

100.2002.21596U2  
HAT/RAP

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern

Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 7. Mai 2014**

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident i.V.  
Verwaltungsrichter Müller und Keller  
Gerichtsschreiber Freudiger

**A. \_\_\_\_\_ SA**  
vertreten durch Rechtsanwalt ... und Rechtsanwältin ...  
Klägerin



gegen

---

**Schweizerische Eidgenossenschaft**  
Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation,  
Bundesamt für Strassen, 3003 Bern

Beklagte

und

**Kanton Bern**  
handelnd durch den Regierungsrat, Staatskanzlei, Postgasse 68,  
Postfach, 3000 Bern 8  
vertreten durch Fürsprecher ...  
Beigeladener

betreffend Forderung (Telekommunikationsinfrastruktur)

## Inhaltsübersicht

### Sachverhalt

A.	<i>Tatsächliches</i>	S. 4
B.	<i>Erster Rechtsgang</i>	S. 5
C.	<i>Fortführung des Verfahrens</i>	S. 7
D.	<i>Parteiwechsel</i>	S. 8
E.	<i>Einholung der Gutachten</i>	S. 9

### Erwägungen

1.	<i>Formelles</i>	S. 10
2.	<i>Tatsächliche und rechtliche Grundlagen</i>	
2.1	Kabelrohranlage	S. 12
2.2	Vereinbarung	S. 13
2.3	Parteistandpunkte	S. 15
2.4	Verwaltungsrechtliche Verträge	S. 16
2.5	Beweisrechtliche Grundlagen	S. 17
3.	<i>Ausgangslage</i>	
3.1	Teilentscheid des Verwaltungsgerichts	S. 18
3.2	Urteil des Bundesgerichts	S. 19
3.3	Bindungswirkung	S. 20
3.4	Weitere geklärte Aspekte	S. 22
3.5	Hinfällige Beweisanträge	S. 23
4.	<i>Aufgabenstellung</i>	
4.1	Konstruktion der Kabelrohranlage	S. 24
4.2	Prüfprogramm	S. 24
4.3	Projektänderung	S. 26
4.4	Berechnungsmethode	S. 31
5.	<i>Bauliche Mehrkosten</i>	
5.1	Standpunkte der Parteien	S. 35
5.2	Grabenvolumen	S. 36
5.3	Einsparungen	S. 38
5.4	Vortriebsrohre	S. 39
5.5	Montage an Brücken	S. 40
5.6	Schächte, Kabelrohre, Kupplungsmanschetten	S. 44
5.7	Weitere bauliche Mehrkosten	S. 47
5.8	Gesamtwert der baulichen Mehrkosten	S. 48

6.	<i>Weitere Leistungen der Klägerin</i>	
6.1	Projektierungs- und Bauleitungskosten	S. 49
6.2	Finanzierungskosten	S. 57
6.3	Gewinnmarge	S. 59
6.4	Geldzahlung	S. 60
6.5	Eigentumsübertragung	S. 61
6.6	Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechte	S. 65
6.7	Gesamtwert der Leistungen der Klägerin	S. 70
7.	<i>Leistungen der Beklagten</i>	
7.1	Geldzahlung	S. 70
7.2	Bauarbeiten	S. 71
7.3	Mehrleistung	S. 73
7.4	Entbindung von der Wiederherstellungspflicht	S. 74
7.5	Unterhalt der Kunstbauten	S. 76
7.6	Unterhalt des Standstreifens	S. 88
7.7	Wertverminderung des Standstreifens	S. 101
7.8	Unterhalts- und Betriebskosten	S. 104
7.9	Ingenieurleistungen	S. 107
7.10	Einräumung eines Nutzungsrechts	S. 109
7.11	Gesamtwert der Leistungen der Beklagten	S. 112
8.	<i>Gegenüberstellung der Leistungen der Parteien</i>	S. 112
9.	<i>Rechtmässigkeit der Vereinbarung</i>	
9.1	Gleichbehandlung der Gewerbetenossen	S. 114
9.2	Treu und Glauben	S. 116
9.3	Furchterregung	S. 117
9.4	Anfechtbarkeit der Vereinbarung	S. 118
10.	<i>Verfahrens- und Parteikosten</i>	S. 119
	Dispostiv	S. 122

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Am 6. Juli 1999 erteilte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) der A. \_\_\_\_\_ SA gestützt auf das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) und zugehörige Vollzugserlasse eine Konzession für das Erbringen von Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation. Gegenstand der Konzession bildet das Recht der A. \_\_\_\_\_ SA zur Erstellung und gewerblichen Nutzung eines durch die Schweiz verlaufenden Glasfaserkabelnetzes, welches mit den in den umliegenden Ländern bestehenden Netzen verbunden ist und damit Teil eines gesamteuropäischen Netzwerks bildet. Die A. \_\_\_\_\_ SA beabsichtigte, die Glasfaserkabel entlang des schweizerischen Nationalstrassennetzes in Kabelrohrblöcken zu verlegen. Nachdem sie diesbezüglich im Herbst 1998 mit dem BAKOM und dem Bundesamt für Strassen (ASTRA) Kontakt aufgenommen hatte, gelangte sie im April und Mai 1999 an das Tiefbauamt (TBA) der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) und ersuchte um Erteilung der Bewilligung zur Erstellung einer Kabelrohranlage entlang der Nationalstrasse A1. Der Baubeginn sollte spätestens Ende Februar 2000 erfolgen und die Anlagen sollten einschliesslich Kabelmontage bis 15. Juni 2000 erstellt sein.

Nach intensiven Verhandlungen zwischen dem ASTRA, dem TBA und der A. \_\_\_\_\_ SA – insbesondere betreffend die Frage, wo innerhalb des Nationalstrassenperimeters die Anlage erstellt werden könne – erteilte das TBA der A. \_\_\_\_\_ SA am 10. Mai 2000 gestützt auf Art. 44 des Bundesgesetzes vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen (NSG; SR 725.11) die strassenbaupolizeiliche Bewilligung für die Realisierung des Bauvorhabens entlang der A1 sowie die Bewilligung nach Art. 35 Abs. 1 FMG zur Benutzung von Boden im Gemeingebrauch. Weiter schlossen der Kanton Bern, vertreten durch das TBA, und die A. \_\_\_\_\_ SA am 16. Mai 2000 eine «Vereinbarung über die Benützung der elektromechanischen Infrastrukturen bestehend aus Rohren und Schächten für Lichtwellenkabel für die Telekommunikation entlang der Nationalstrasse A1 im Kanton Bern» ab. Darin regelten die Parteien Fragen des Eigentums, der Kostentragung sowie der Benützung der Kabelrohranlage vertraglich und vereinbarten zudem, dass die A. \_\_\_\_\_ SA für den Kanton Bern zwölf zusätzliche Rohre in die Anlage einbauen würde. Die Vereinbarung wurde vom ASTRA am 13. Juni 2000 genehmigt.

Bereits am 10. Mai 2000 hatte die A.\_\_\_\_\_ SA im Einvernehmen mit dem Kanton Bern mit der Erstellung der – nun 24 Kabelrohre umfassenden – Anlage begonnen. Die Bauarbeiten wurden im Wesentlichen bis Ende 2000 abgeschlossen und die Lichtwellenkabel im April 2001 in die Kabelrohre eingezogen; anschliessend wurden die Leitungen in Betrieb genommen.

## B.

In der Folge stellte sich die A.\_\_\_\_\_ SA auf den Standpunkt, die Vereinbarung vom 16. Mai 2000 sei ungültig, und verlangte vom Kanton Bern die Ausrichtung einer weitergehenden Entschädigung für den Bau der Kabelrohranlage. Weil keine gütliche Einigung erzielt werden konnte, hat die A.\_\_\_\_\_ SA am 20. Dezember 2002 gegen den Kanton Bern Klage beim Verwaltungsgericht erhoben mit den folgenden Anträgen:

- «1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 14'515'769.-- zuzüglich 5 % Verzugszins seit 7. August 2000 zu bezahlen.
2. Es sei festzustellen, dass das Eigentum an der von der Klägerin genutzten Infrastruktur, insbesondere an den 12 Rohren à je ø 40 mm sowie an sämtlichen Spleiss- und Zugschächten gemäss Plänen der Klägerin zusteht.
3. Es sei der Beklagte [heute: die Beklagte] anzuweisen, der Klägerin die Bewilligung zur Benützung der Nationalstrasse und des öffentlichen Grundes auf seinem Hoheitsgebiet gemäss den Plänen für die Infrastruktur für 12 Rohre à je ø 40 mm sowie für die dazugehörigen Spleiss- und Zugschächte per Verfügung zu erteilen.
4. Eventualiter:  
[...].»

Zur Begründung hat die A.\_\_\_\_\_ SA im Wesentlichen geltend gemacht, die Vereinbarung verstosse einerseits gegen zwingendes Recht (Art. 37 und 35 FMG) sowie andererseits gegen die Gebote der Rechtsgleichheit und der Wettbewerbsneutralität. Zudem bestehe ein offensichtliches und stossendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, wobei der Kanton Bern auch den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt habe. Ferner seien die als subsidiäres öffentliches Recht anwendbaren Tatbestände der Furchterregung gemäss Art. 29 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) und der Übervorteilung gemäss Art. 21 OR erfüllt. Die Vereinbarung sei daher nichtig. Mit ihrem Eventualantrag hat die A.\_\_\_\_\_ SA die Begehren 1-3 wiederholt, aber – ausgehend von einer blossen Anfechtbarkeit der Vereinbarung – deren Anpassung in mehrfacher Hinsicht verlangt (Ziff. 1.2, 1.3, 1.4, 2.1 und 2.3 der Vereinbarung).

In seiner Klageantwort und Widerklage vom 9. Mai 2003 hat der Kanton Bern die folgenden Anträge gestellt:

- «1. Auf die Klage vom 20. Dezember 2002 sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter:
  - a) Die Klage vom 20. Dezember 2002 sei vollumfänglich abzuweisen.
  - b) Die Klägerin sei zu verpflichten, die für den Bau der Infrastruktur ausserhalb des Eigentums der Nationalstrasse notwendigen Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechte auf eigene Kosten zu erwerben und die erworbenen Rechte kostenlos auf den Beklagten und Widerkläger [heute: die Beklagte] zu übertragen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.
4. In verfahrensrechtlicher Hinsicht: Das Verfahren sei vorläufig auf die Frage der Zuständigkeit des Gerichtes und ev. auf die Frage des grundsätzlichen Bestehens einer Forderung der Klägerin zu beschränken. Die Frage des Quantitativen sei vorläufig auszuklammern.»

Nach Auffassung des Kantons Bern steht die abgeschlossene Vereinbarung vollumfänglich in Einklang mit dem geltenden Recht. Zudem verstosse die Anfechtung der Vereinbarung durch die A. \_\_\_\_\_ SA gegen Treu und Glauben. Deren allfällige Ansprüche wären schliesslich ohnehin verjährt. Zur Begründung der Widerklage hat der Kanton sodann vorgebracht, die A. \_\_\_\_\_ SA sei ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Übertragung der genannten Dienstbarkeiten bislang nicht nachgekommen.

Die A. \_\_\_\_\_ SA hat mit Replik und Widerklageantwort vom 17. September 2003 an ihren Anträgen festgehalten und auf Abweisung der Widerklage geschlossen. In der Duplik hat der Kanton Bern ebenfalls an den gestellten Anträgen festgehalten. Am 11. April 2006 hat das Verwaltungsgericht folgenden Teilentscheid gefällt (vgl. Dossier II, act. 45):

1. Hinsichtlich des Klagebegehrens 1 wird im Sinn der Erwägungen festgestellt, dass
  - die Ansprüche der Klägerin nicht verjährt sind;
  - der Klägerin insoweit keine Ansprüche gegen den Beklagten zustehen, als der gerichtlich zu bestimmende wirtschaftliche Wert der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands jenen der von der Klägerin erbrachten Leistungen übersteigt;
  - die Zusprechung einer Geldleistung insoweit vorbehalten bleibt, als der gerichtlich zu bestimmende wirtschaftliche Wert der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands tiefer liegt als jener der von der Klägerin erbrachten Leistungen.
2. Die Klage wird hinsichtlich der Klagebegehren 2 und 3 abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Die Widerklage wird gutgeheissen und die Klägerin/Widerbeklagte wird verpflichtet, die für den Bau der Infrastruktur ausserhalb des Eigentums der Nationalstrasse notwendigen Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechte auf eigene Kosten zu erwerben und die erworbenen Rechte kostenlos auf den Beklagten/Widerkläger zu übertragen.

4. [...]

Dagegen haben der Kanton Bern und die A. \_\_\_\_\_ SA am 19. bzw. 23. Mai 2006 je Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben. Am 19. März 2008 hat dieses die Beschwerden teilweise gutgeheissen und Ziffer 1 Spiegelstriche 2 und 3 des Teilentscheids des Verwaltungsgerichts aufgehoben. Im Übrigen hat es die Beschwerden abgewiesen und die Sache zur Fortführung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen an das Verwaltungsgericht zurückgewiesen (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006).

**C.**

Am 6. Juni 2008 ist das verwaltungsgerichtliche Verfahren wieder aufgenommen (vgl. Dossier III, act. 3) und am 25. August 2008 eine Instruktionsverhandlung durchgeführt worden, anlässlich derer die A. \_\_\_\_\_ SA und der Kanton Bern ihr grundsätzliches Interesse an gerichtlich geführten Vergleichsverhandlungen bekundeten. Gleichentags wurde die Eidgenossenschaft (ASTRA), die an der Instruktionsverhandlung durch eine Vertretung teilgenommen hatte, zum Verfahren beigegeben (Verfügung vom 25.8.2008 [Dossier III, act. 10]). In der Folge haben die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit erhalten, ihre Forderungen bzw. die Leistungen und Gegenleistungen im Licht des Teilentscheids des Verwaltungsgerichts vom 11. April 2006 und des Bundesgerichtsurteils vom 19. März 2008 zu beziffern und zu substantiieren:

Mit Eingabe vom 30. Januar 2009 beantragt die A. \_\_\_\_\_ SA, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sie sich bezüglich des noch nicht geltend gemachten Teils ihrer Forderung eine Nachklage vorbehalte (Dossier III, act. 15, Ziff. 2 der Begehren sowie Rz. 106). Am 22. Juni 2009 schliesst sie auf Abweisung der «Forderungen» des Kantons Bern, soweit diese von ihr nicht ausdrücklich anerkannt würden (Dossier III, act. 21). Ferner verlangt sie, es seien die vom Kanton Bern in Ziffer 3.4 seiner Eingabe vom 22. Juni 2009 «neu aufgestellten Behauptungen bezüglich weiteren, behaupteten Leistungen aus dem Recht zu weisen bzw. auf sie wegen Verspätung nicht einzutreten» (Eingabe vom 31.8.2009 [Dossier III, act. 28], Ziff. 1 der Begehren).

Am 30. Januar 2009 beziffert der Kanton Bern die Ansprüche, die ihm seiner Ansicht nach gegen die A. \_\_\_\_\_ SA zustehen (Dossier III, act. 14). Zudem behält er sich eine «Nachklage seiner Widerklage» vor, soweit die von ihm erbrachten Leistungen wesentlich höher seien als jene der Klägerin (Eingabe vom 22.6.2009, Dossier III,

act. 22, Ziff. 2 der Begehren). Am 31. August 2009 nimmt er ein weiteres Mal Stellung (Dossier III, act. 29).

Die Eidgenossenschaft schliesst in ihrer Eingabe vom 26. August 2009 auf Abweisung der Klage vom 20. Dezember 2002 (Dossier III, act. 27).

Im Nachgang zu diesem Schriftenwechsel haben sich die Verfahrensbeteiligten auf Ersuchen des Instruktionsrichters zum weiteren Vorgehen geäussert: Während die A.\_\_\_\_\_ SA die Aufnahme gerichtlicher Vergleichsverhandlungen begrüsst hätte, haben die Eidgenossenschaft und der Kanton Bern solche Verhandlungen nicht als aussichtsreich erachtet. Am 1. Oktober 2009 hat der Instruktionsrichter deshalb die Fortsetzung des Verfahrens verfügt (Dossier III, act. 34).

#### **D.**

Aufgrund des Übergangs der Hoheit über die Nationalstrassen von den Kantonen auf den Bund (vgl. Art. 8 Abs. 1 NSG) und der damit einhergehenden Gesamtrechtsnachfolge hat das Verwaltungsgericht – nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten – einen Parteiwechsel verfügt: Mit Zwischenentscheid vom 26. Oktober 2010 hat es die Schweizerische Eidgenossenschaft neu als Beklagte in das Verfahren aufgenommen und den Kanton Bern als Beklagten aus diesem entlassen und ihn stattdessen zum Verfahren beigelegt (vgl. Art. 14 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Gleichzeitig hat es seine Zuständigkeit bestätigt (Dossier III, act. 48). In seinen Eingaben als Beigeladener hat der Kanton Bern in der Folge auf Abweisung der Klage geschlossen.

#### **E.**

Mit Verfügung vom 8. September 2011 hat der Instruktionsrichter die Begutachtung mehrerer Sachverhaltsfragen durch einen Sachverständigen angeordnet (Dossier IV, act. 56). Nachdem sich die Verfahrensbeteiligten am 30. November 2011 (Dossier IV, act. 60-62) und 29. Februar 2012 (Dossier IV, act. 67-69) zur Person des Gutachters und zu den Fragen, die diesem zu unterbreiten sind, hatten vernehmen lassen, ist B.\_\_\_\_\_ am 1. Mai 2012 beauftragt worden, anhand des bereinigten Fragenkatalogs ein schriftliches Gutachten zu erstellen. Gleichzeitig ist die A.\_\_\_\_\_ SA

aufgefordert worden, die Kosten zu beziffern und zu belegen, die für die Übertragung aller Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechte ausserhalb des Strassenperimeters auf den Kanton Bern bzw. die Schweizerische Eidgenossenschaft entstanden sind (Dossier IV, act. 74 und 74A).

Mit Eingabe vom 13. Juli 2012 hat sich die A.\_\_\_\_\_ SA zu den Kosten im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechten geäussert (vgl. Dossier IV, act. 79), wozu sich die übrigen Verfahrensbeteiligten am 3. September 2012 haben vernehmen lassen (Dossier IV, act. 82 und 83). Am 29. August 2012 hat B.\_\_\_\_\_ sein Gutachten erstellt (Dossier IV, act. 81A), zu dem die Verfahrensbeteiligten am 30. November bzw. 14. Dezember 2012 Stellung genommen haben (Dossier V, act. 91-93). In der Folge sind B.\_\_\_\_\_ am 26. April 2013 verschiedene Zusatzfragen unterbreitet worden (Dossier V, act. 97), die er am 14. Juni 2013 beantwortet hat (Dossier V, act. 99A). Am 28. Juni bzw. 7. Oktober 2013 haben die Verfahrensbeteiligten zum Zusatzgutachten Stellung genommen (Dossier V, act. 104, 105 und 108).

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Die eingeklagten Ansprüche richten sich heute allein gegen die Eidgenossenschaft als Beklagte; der Kanton Bern als früherer Beklagter ist am Verfahren nur noch als Beigeladener beteiligt (vgl. vorne Bst. D sowie Zwischenentscheid vom 26.10.2010, E. 2). Dennoch – und ungeachtet der Regelung von Art. 35 Bst. a des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG; SR 173.32) – ist das Verwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig: Mit Teilentscheid vom 11. April 2006 hat es seine Zuständigkeit gestützt auf Art. 87 Bst. b VRPG bejaht. Dem Grundsatz der «perpetuatio fori» folgend hat es anlässlich des Parteiwechsels mit Zwischenentscheid vom 26. Oktober 2010 seine Zuständigkeit ausdrücklich bestätigt. Dieser Zwischenentscheid ist in Rechtskraft erwachsen, zumal er gestützt auf Art. 92 BGG selbständig mit Beschwerde in

öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hätte angefochten werden können und müssen (vgl. Zwischenentscheid vom 26.10.2010, E. 6; vgl. auch BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006 vom 19.3.2008, E. 2).

**1.2** Mit dem Parteiwechsel (vorne Bst. D) nimmt die Eidgenossenschaft neu die Rolle der Beklagten ein. Da die Eidgenossenschaft den Prozess so aufgenommen hat, wie er sich im Moment des Parteiwechsels darbot, entfalten die bisherigen Prozesshandlungen – und allfällige Versäumnisse – des aus der Beklagtenrolle entlassenen Kantons Bern die gleiche Wirkung, wie wenn die Eidgenossenschaft schon von Anfang an selber die beklagte Partei gewesen wäre. Im Folgenden werden deshalb die Prozesshandlungen und Standpunkte, die der Kanton Bern im bisherigen Verfahren vertreten hat, durchwegs der Eidgenossenschaft zugerechnet (vgl. Zwischenentscheid vom 26.10.2010, E. 3). Der Kanton Bern hat als Beigeladener weiterhin Parteistellung im Verfahren (Art. 14 Abs. 2 VRPG), ihm werden indes nur jene Prozesshandlungen zugerechnet, die er seit seiner Beiladung vorgenommen hat.

**1.3** Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte haben im Rahmen des Schriftenwechsels, der im Nachgang zum Urteil des Bundesgerichts vom 19. März 2008 und zur Instruktionsverhandlung vom 25. August 2008 zwecks Bezifferung und Substantiierung der Forderungen durchgeführt worden ist, ihre Rechtsbegehren teilweise abgeändert bzw. ergänzt:

**1.3.1** Die Klägerin beantragt, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sie sich bezüglich des noch nicht geltend gemachten Teils ihrer Forderung eine Nachklage vorbehalte (vgl. vorne Bst. C). Ob und inwieweit eine entsprechende Klageänderung vorliegend zulässig ist, kann indes mit Blick auf den Verfahrensausgang offenbleiben.

**1.3.2** Auch die Beklagte hat sich zu ihrer Widerklage eine Nachklage vorbehalten, soweit die von ihr erbrachten Leistungen wesentlich höher seien als jene der Klägerin (vgl. vorne Bst. C): Gegenstand der Widerklage vom 9. Mai 2003 bildete allerdings einzig die Verpflichtung der Klägerin, die für den Bau (und Betrieb) der Infrastruktur erforderlichen Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechte auf eigene Kosten zu erwerben und kostenlos auf die Beklagte zu übertragen (vgl. vorne Bst. B). Diesem Begehren hat das Verwaltungsgericht mit Teilentscheid vom 11. April 2006 entsprochen (E. 8 und Ziff. 3 des Dispositivs), wobei der Teilentscheid insoweit durch das Bundesgericht bestätigt worden ist (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006 vom 19.3.2008, E. 10 und Ziff. 1 des Dispositivs; vgl. auch hinten E. 3.4). Zuzugleich rechtskräftiger Beurteilung des

betreffenden Anspruchs ist vor dem Verwaltungsgericht keine Widerklage mehr hängig, bezüglich der ein Nachklagevorbehalt angebracht werden könnte (so bereits Zwischenentscheid vom 26.10.2010, E. 4 und Ziff. 1 des Dispositivs). Eine neue Widerklage kann nach Ablauf der Klageantwortfrist nicht mehr eingereicht werden (Daniel Willisegger, in Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 224 N. 33; vgl. auch Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 90 N. 8). Das Begehren ist demnach als unzulässig zurückzuweisen.

**1.4** Mit seinem Urteil vom 19. März 2008 hat das Bundesgericht den Teilentscheid des Verwaltungsgerichts vom 11. April 2006 teilweise aufgehoben und die Streitsache zur Fortführung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen an das Verwaltungsgericht zurückgewiesen. Im Anschluss an einen solchen Rückweisungsentscheid hat sich die Vorinstanz bei der neuerlichen Beurteilung an die Vorgaben in den Erwägungen des höchstrichterlichen Urteils zu halten (vgl. BGE 135 III 334 E. 2). Sie darf mithin ihren Entscheid nicht auf Überlegungen stützen, die das Bundesgericht ausdrücklich oder stillschweigend verworfen hat, kann aber neue, zusätzliche Erörterungen vornehmen, soweit sich dieses noch nicht zur Streitsache geäußert hat (BGer 2C\_304/2013 und 2C\_305/2013 vom 22.10.2013, E. 2.1; BGE 112 Ia 353 E. 3c/bb; Ulrich Meyer, in Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 107 N. 18).

**1.5** Das Verwaltungsgericht würdigt die Vorbringen der Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nach pflichtgemäßem Ermessen (Art. 92 Abs. 1 VRPG).

## **2.**

**2.1** Die Klägerin hat eine Kabelrohranlage errichtet, die über eingezogene Lichtleitkabel einen raschen Transport grosser Datenmengen ermöglicht und die Schweiz an das europäische Glasfaserkabelnetz anschliesst. Die Anlage führt über knapp 330 km – vorwiegend entlang der Nationalstrasse A1 – quer durch die Schweiz von Genf nach Zürich, weshalb ihre Errichtung eine Verständigung mit den Kantonen Genf, Waadt, Freiburg, Bern, Solothurn, Basel-Landschaft, Aargau und Zürich über die Benützung deren Infrastruktur voraussetzte. Im Rahmen der erforderlichen Verhandlungen wurden mit den Kantonen Aargau und Basel-Landschaft Verträge geschlossen, die weitestgehend der hier streitigen Vereinbarung vom 16. Mai 2000

zwischen der Klägerin und der Beklagten entsprechen. Alle drei Verträge sehen im Hinblick auf allfällige Bedürfnisse von weiteren Anbieterinnen von Fernmeldedienstleistungen und zwecks Vermeidung wiederholter Bauarbeiten die Erstellung einer erweiterten Anlage vor. Es wurde mit der Klägerin eine Verdoppelung der Kapazität vereinbart, um Reserven zu schaffen, die es erlauben, auch künftigen Bedürfnissen Rechnung zu tragen. So umfasst die von der Klägerin auf dem Gebiet der betreffenden Kantone gebaute Anlage nicht nur die von ihr selber benötigten zwölf Rohre, sondern als Zusatzbestellung weitere zwölf Einheiten, über deren Nutzung die betroffenen Kantone selber verfügen können (vgl. hierzu BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 4.4). Vor dem Hintergrund, dass die Klägerin für den Kanton Bern – wie für die Kantone Aargau und Basel-Landschaft – eine Kapazitätsreserve geschaffen hat und ihrer Auffassung nach hierfür nur ungenügend entschädigt wurde, ist heute zwischen den Verfahrensbeteiligten streitig, ob die vertragliche Vereinbarung vom 16. Mai 2000 verbindlich bzw. rechtsbeständig ist.

**2.2** In der strittigen Vereinbarung wurde, soweit hier interessierend, Folgendes vereinbart:

«1. *Vertragsgegenstand*

1.1 *Begriffe*

Infrastruktur: Kabelrohranlage mit 24 Rohren, Ø = 40 mm, inkl. eventueller Hüllrohre Ø = 120 bzw. 150 mm; Kabelkanäle, Pritschen/Rohrbefestigungen, Schächte.

Installationen A. \_\_\_\_\_ SA: Lichtwellen-Kabel, Spleissungen, eventuelle elektromechanische Ausrüstungen.

1.2 *Infrastruktur*

Die vorliegende Vereinbarung regelt

- das Eigentum an und die Kostentragung der vom Benützer [A. \_\_\_\_\_ SA] erstellten Infrastruktur sowie
- die Benützung der dem Benützer vom Werkeigentümer [Kanton Bern] zur Verfügung gestellten Infrastruktur.

1.3 *Projektbeschreibung*

Dem Benützer wird das Recht eingeräumt, bei den gemäss Technischem Beschrieb (Anhang A1) und gemäss Plänen (Anhang A2) bestimmten Punkten Lichtwellen-Kabel einzuführen, über die Infrastruktur gemäss Ziffer 1.1 hievon des Werkeigentümers zu führen und von dort wieder vom Grundstück der Nationalstrasse wegzuführen.

1.4 *Das Projekt beinhaltet die Nutzung der Infrastruktur entlang der A1 auf dem Gebiet des Kantons Bern. Dabei werden insgesamt 24 Rohre, Ø = 40 mm verlegt. 12 dieser Rohre stehen dem Benützer gemäss Art. 2.4 hiernach zur Verfügung. Die Nutzung der übrigen 12 Rohre steht dem Werkeigentümer zu.*

1.5 [...]

2. *Allgemeine Nutzungsbedingungen*

- 2.1 Die Infrastruktur steht im Eigentum des Werkeigentümers. Die Infrastruktur geht nach dem Bau und nach einer offiziellen Abnahme/Übergabe in das Eigentum des Werkeigentümers über. [...]
- 2.2 Die Installationen sind im Eigentum des Benützers.
- 2.3 Der Benützer baut in eigener Regie, auf eigene Kosten und nach den Weisungen des Werkeigentümers die für die Ausführung des Vorhabens notwendige Infrastruktur. Er verpflichtet sich, die Kosten zu übernehmen, die im Zusammenhang mit den Arbeiten bei den Werkhöfen des Werkeigentümers anfallen. [...]

Der Werkeigentümer beteiligt sich an den Erstellungskosten der Infrastruktur durch Bezahlung der Kosten für die Lieferung, das Versetzen und die Prüfung von 10 Leerrohren,  $\varnothing = 40$  mm, maximal  $10 \times \text{Fr. } 3.--/\text{m}^1$  bzw. total  $\text{Fr. } 30.--/\text{m}^1$  (2 der 12 Rohre, die der Werkeigentümer benützen darf, werden vom Benützer kostenlos zur Verfügung gestellt).

- 2.4 Der Benützer erhält im Gegenzug für 12 der insgesamt 24 Rohre ein Nutzungsrecht zu den in dieser Vereinbarung festgehaltenen Bedingungen und Auflagen.

[...]

#### 5. *Änderungen an der Infrastruktur*

Sind an der Nationalstrasse und/oder an der Infrastruktur des Werkeigentümers aus irgendeinem Grund technische Änderungen notwendig, so trägt der Benützer die Kosten für die notwendigen Änderungen und/oder Anpassungen an seiner Installation.

Der Werkeigentümer ist verpflichtet, dem Benützer derartige technische Änderungen nach Bekanntwerden, jedoch mindestens 2 Monate zum Voraus, schriftlich anzukündigen.

#### 6. *Durchleitungsrechte und Dienstbarkeiten*

6.1 [...]

6.2 [...]

- 6.3 Der Benützer muss die Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechte für den Bau der Infrastruktur ausserhalb des Eigentums des Werkeigentümers (Nationalstrasse) regeln. Die erworbenen Rechte sind nach Inbetriebnahme der Infrastruktur dem Werkeigentümer zu übertragen.

#### 7. *Kosten*

- 7.1 Die Kosten für den Bau der gesamten Infrastruktur inkl. aller notwendigen Projektierungs-, Bauleitungs-, Sicherungs- und Prüfarbeiten etc. werden vom Benützer getragen.

Für zusätzliche Anlageteile, die der Benützer im Auftrag des Werkeigentümers erstellt, werden ihm die Kosten gemäss fallweise vorgängig festzulegender Kostenteilung zurückerstattet. Die Rückerstattung wird nach der Abnahme der Arbeiten, mit einer Zahlungsfrist von 60 Tagen, fällig.

Die Kosten für die 8 Spleisschächte für die dem Werkeigentümer zur Benützung zur Verfügung stehenden 12 Rohre, welche auf Höhe der dem Benützer dienenden Spleisschächte erstellt werden, werden vom Werkeigentümer getragen. Die Verrechnung (ca.  $\text{Fr. } 80'000.--$ ) erfolgt nach Abschluss der Arbeiten. Die Vergütung wird nach Abnahme der Arbeiten mit einer Zahlungsfrist von 60 Tagen fällig.

Im Abschnitt km 179.000 bis km 184.488 wird die Infrastruktur durch den Werkeigentümer zusammen mit anderen laufenden Nationalstrassen-Bauvorhaben erstellt. Der Benützer hat sich an den entsprechenden Anlagekosten zu beteiligen, welche beim Bau der Infrastruktur allein entstehen würden. Die voraussichtliche Kostenaufteilung ist aus Anlage A4 ersichtlich. Die

Verrechnung erfolgt nach Abschluss der Arbeiten. Der vom Werkeigentümer gemäss 2.3 hievor geschuldete Kostenbeitrag wird hievon in Abzug gebracht. Der Saldo ist innert 60 Tagen fällig.

- 7.2 Im gegenseitigen Einvernehmen können Reparaturkosten im Zusammenhang mit einer eventuellen Beschädigung der Fahrbahn oder des Abstellstreifens vereinbart werden, wobei diese à conto einer späteren Sanierung bei der Abnahme des Bauwerkes geschuldet sind.

#### 8. *Benützungsgebühren*

- 8.1 In Übereinstimmung mit Art. 35 Abs. 4 FMG werden keine Nutzungsgebühren für die Nutzung des Bodens erhoben, unter Vorbehalt einer kantonalen Gebühr im Zusammenhang mit einer Wertreduktion der bestehenden Anlagen, von Erschwernissen für den Unterhalt des Eigentümers, von Haftungsrisiken bei Bauarbeiten auf eigenen Anlagen. Diese kantonale Gebühr kann durch Leistungen des Benutzers für den Eigentümer beglichen werden.

- 8.2 Im Gegensatz dazu wird jedes Jahr eine Gebühr zur Deckung der im Rahmen der Aktualisierung der Akte und der Überwachung entstandenen Kosten erhoben.

[...]

#### 12. *Dauer der Vereinbarung und Kündigung*

- 12.1 Die vorliegende Vereinbarung dauert bis zum 31.7.2025. Über eine Verlängerung muss neu verhandelt werden.

- 12.2 Die Installation des Benützers wird nach Vertragsablauf auf dessen Kosten durch den Werkeigentümer entfernt. Der Benutzer kann sie mit Zustimmung des Werkeigentümers in dessen Infrastruktur belassen, wenn er dem Werkeigentümer das Eigentum an der Installation entschädigungslos überträgt.

- 12.3 Muss die vom Benutzer benutzte Infrastruktur des Werkeigentümers aus technischen oder anderen Gründen zwingend verlegt oder aufgehoben werden, so kann die vorliegende Vereinbarung vom Werkeigentümer auf schriftliche Anzeige hin ohne Einhaltung der Kündigungsfristen aufgehoben werden. In diesem Falle entfernt der Werkeigentümer die Installation des Benützers auf dessen Kosten.

Während der ersten fünf Jahre der Vertragsdauer hat der Benutzer in diesem Fall Anspruch auf eine anteilmässige Entschädigung; nach Ablauf der ersten fünf Jahre ist keine Entschädigung mehr geschuldet.

[...]

#### 14. *Salvatorische Klausel*

Ist oder wird eine Bestimmung dieses Vertrages oder ein Teil davon unwirksam, so bleibt die Gültigkeit des übrigen Vertragsinhaltes davon unberührt. In diesem Falle verpflichten sich die Parteien zudem, unverzüglich eine Ersatzbestimmung zu vereinbaren, die dem am nächsten kommt, was sie ursprünglich wirtschaftlich und/oder rechtlich gewollt haben. Dies gilt sinngemäss auch bei einer sich allenfalls ergebenden ergänzungsbedürftigen Vertragslücke.

[...]»

**2.3** Die Klägerin geht von der Nichtigkeit – eventuell Anfechtbarkeit – der Vereinbarung aus, so dass die Abgeltung der Leistungen, die sie für die Beklagte erbracht habe, nicht geregelt sei; es stehe ihr (mindestens) eine zusätzliche Zahlung in der eingeklagten Höhe zu. Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, mit der Zahlung des Kantons Bern gemäss Ziff. 2.3 Abs. 2 der Vereinbarung sei der Aufwand

der Klägerin für die zusätzlich verlegten Rohre abgegolten worden. Die Klägerin verfüge über keine weitergehenden Ansprüche; vielmehr stünden bei richtiger Betrachtung der gesamten ausgetauschten Leistungen ihr als Beklagte Ansprüche gegen die Klägerin zu.

**2.4** Die Nichtigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrags kommt nur dann in Frage, wenn besonders schwere Rechtsmängel vorliegen oder die Vertragsparteien in bewusstem Zusammenwirken einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen wollten. Andernfalls steht nur die Anfechtbarkeit eines Vertrags zur Diskussion, wobei die Regeln über den Widerruf von Verfügungen sinngemäss anwendbar sind. Mithin kann ein rechtswidriger Vertrag aufgehoben werden, falls das Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts gegenüber dem Interesse an der Rechtssicherheit und am Schutz des Vertrauens in seinen Bestand überwiegt. Geeignet, die Ungültigkeit des Vertrags zu bewirken, sind dabei nur Mängel, die derart schwer wiegen, dass ihre Geltendmachung durch die private Vertragspartnerin, die dem Vertrag zugestimmt hat, nicht als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheint. Das gilt dann in besonderem Mass, wenn die andere Vertragspartei ihre Leistung bereits erbracht hat und diese nicht mehr rückgängig machen kann. In aller Regel sind die übernommenen vertraglichen Verpflichtungen also sowohl vom Gemeinwesen als auch von der privaten Vertragspartnerin zu erfüllen. Verwaltungsrechtliche Verträge sind dabei grundsätzlich gleich auszulegen wie privatrechtliche, so dass den Willensäusserungen der Parteien jener Sinn beizulegen ist, den ihnen die empfangende Vertragspartei aufgrund der Umstände, die ihr im Empfangszeitpunkt bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in guten Treuen beilegen durfte oder musste. Besonders zu beachten ist, dass Verwaltungsbehörden beim Abschluss von Verträgen stets den öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen haben. In Zweifelsfällen ist daher zu vermuten, dass die Behörde keinen Vertrag abschliessen wollte, der mit öffentlichen Interessen im Widerspruch steht, und dass sich die private Vertragspartnerin darüber Rechenschaft gab. Allerdings findet die Wahrung des öffentlichen Interesses ihre Schranke im Vertrauensprinzip: Der Vertragspartnerin des Gemeinwesens dürfen bei der Vertragsauslegung nicht Auflagen gemacht werden, die sie beim Vertragsabschluss vernünftigerweise nicht voraussehen konnte (zum Ganzen Teilentscheid vom 11.4.2006, E. 5.3.2 und 8.3.1; vgl. sodann VGE 2010/428 vom 18.9.2013, E. 5.7; BGer 2C\_258/2011 vom 30.8.2012, E. 4.1).

**2.5** Beweisrechtlich gilt was folgt: Gemäss Art. 18 VRPG stellt das Verwaltungsgericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen, ohne an die Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein. Erscheint die Sachlage umfassend abgeklärt und versprechen zusätzliche Erhebungen keine wesentlichen neuen Erkenntnisse, so brauchen keine weiteren Untersuchungen angestellt zu werden, selbst wenn nicht alle denkbaren Möglichkeiten der Beweisführung ausgeschöpft worden sind. Ergibt eine vorweggenommene Beweiswürdigung, dass ein Beweis nicht dazu geeignet ist, das Beweisergebnis zu verändern oder den zu treffenden Entscheid zu beeinflussen, so kann auch unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs von der Beweisabnahme abgesehen werden (BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, 2011 S. 97 E. 4.2.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 18 N. 9 f.; vgl. auch BGE 131 I 153 E. 3, 130 II 425 E. 2.1, E. 4a). Im Allgemeinen gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BVR 2011 S. 97 E. 4.2.3). Vorliegend hat das Verwaltungsgericht gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. g VRPG ein Gutachten und ein Zusatzgutachten eingeholt (vgl. Dossier IV, act. 81A; Dossier V, act. 99A). Solche Gutachten von Sachverständigen unterliegen – wie die übrigen Beweismittel – der freien richterlichen Beweiswürdigung. Kriterien bilden dabei die Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und die Schlüssigkeit der Expertise. Das Gericht darf aber von einem Gutachten – soweit es Fachfragen betrifft – nicht ohne triftige Gründe abweichen, wobei Abweichungen begründet werden müssen und vorab dann in Betracht kommen, wenn die Glaubwürdigkeit eines Gutachtens durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist (vgl. BVR 2012 S. 252 E. 3.1; VGE 21581 vom 9.11.2010, E. 7.1; vgl. auch BGE 130 I 337 E. 5.4.2, 128 I 81 E. 2 S. 86).

### **3.**

**3.1** In seinem Teilentscheid vom 11. April 2006 hat das Verwaltungsgericht die Nichtigkeit der Vereinbarung vom 16. Mai 2000 verneint und grundsätzlich auch deren Anfechtbarkeit ausgeschlossen. Es hat zunächst erkannt, dass vorliegend die Wahl der Vertragsform zulässig war. Die strassenbaupolizeiliche Bewilligung sowie die Bewilligung nach Art. 35 FMG für die Benützung von Boden im Gemeingebrauch seien

mit der Verfügung vom 10. Mai 2000 erteilt worden. Die Vereinbarung betreffe deshalb bloss Punkte, über welche die Behörden nicht von Gesetzes wegen zu verfügen hätten, sondern die vertraglich geregelt werden dürften, nämlich Benützung und Unterhalt der Kabelrohranlage sowie die Eigentumsverhältnisse an dieser und Fragen der Kostentragung (Teilentscheid, E. 1.4-1.8). Sodann hat das Verwaltungsgericht entschieden, die vereinbarte Eigentumsregelung verstosse nicht gegen Art. 37 Abs. 1 FMG und sei deshalb insoweit nicht bundesrechtswidrig (Teilentscheid, E. 5). Weiter hat es festgestellt, dass die streitige Vereinbarung – falls der Wert jener Leistungen, welche die Beklagte erbringt, den Wert der von der Klägerin erbrachten Leistungen übersteigt – auch nicht gegen Art. 35 Abs. 4 FMG verstosse, welcher der Klägerin Anspruch auf unentgeltliche Inanspruchnahme von Grund und Boden gewährt (Teilentscheid, E. 7). Es hat diese Feststellung vor dem Hintergrund getroffen, dass die Konzessionärinnen von Fernmeldediensten an sich gesetzlich verpflichtet sind, die Kosten für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands des beanspruchten Grundstücks zu übernehmen (vgl. Art. 35 Abs. 2 FMG). Diese Wiederherstellungspflicht sei vorliegend mit der Übertragung des Eigentums auf die Beklagte dahingefallen, könne sie doch selbstredend nur insoweit zum Tragen kommen, als die betroffenen Leitungen im Eigentum der Konzessionärin stünden. Die Entbindung von der gesetzlichen Wiederherstellungspflicht sei nicht unentgeltlich erfolgt, da die Vertragsparteien in Ziff. 8.1 der Vereinbarung eine «kantonale Gebühr» vorgesehen hätten, die (auch) im Zusammenhang mit der «Wertreduktion der bestehenden Anlagen» erhoben werde. Es sei diese «Gebühr» gewesen, die die Klägerin durch ihre Leistungen – nämlich die Erstellung der gesamten Anlagen auf eigene Kosten abzüglich eines Beitrags des Kantons Bern von Fr. 30.-- pro Laufmeter – abgegolten habe (Teilentscheid, E. 6 und 9). Unter der Voraussetzung, dass der Wert des entsprechenden «Auskaufs» der Wiederherstellungspflicht höher zu veranschlagen sei als der Wert der von der Klägerin erbrachten Leistungen, könne die Vereinbarung Art. 35 Abs. 4 FMG von vornherein nicht verletzen.

**3.2** Mit Urteil vom 19. März 2008 hat das Bundesgericht diesen Teilentscheid weitgehend geschützt: Zunächst hat es festgehalten, dass ohne Verletzung von Bundesrecht auf die Zulässigkeit einer vertraglichen Regelung des streitbetroffenen Rechtsverhältnisses geschlossen werden konnte (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 2). Weiter hat es bestätigt, dass die Kabelrohranlage im Eigentum des Kantons Bern (bzw. heute der Beklagten) steht und erkennt, dass die in Ziff. 2.1 der Vereinbarung getroffene dahingehende Regelung Art. 37 Abs. 1 FMG nicht verletzt.

Demzufolge hat es den Teilentscheid des Verwaltungsgerichts bestätigt, soweit das Klagebegehren 2 auf Feststellung des (Mit-)Eigentums der Klägerin an der Kabelrohranlage und das Klagebegehren 3 (Anweisung der kantonalen Behörden, eine Bewilligung nach Art. 35 FMG zu erteilen) abgewiesen wurden (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 4). Nicht gefolgt ist das Bundesgericht dem Verwaltungsgericht aber insoweit, als dieses im Umstand, dass die Klägerin von ihrer gesetzlichen Wiederherstellungspflicht gemäss Art. 35 Abs. 2 FMG entbunden wurde, eine (zusätzliche) Entschädigung für die von der Klägerin erbrachten Leistungen gesehen hat: Zwar ist auch das Bundesgericht zum Schluss gekommen, die Klägerin sei vertraglich von ihrer Pflicht entbunden worden, nach Ablauf der 25-jährigen Laufzeit der Vereinbarung den ursprünglichen Zustand der Nationalstrasse wiederherzustellen. Wie das Verwaltungsgericht hat es diesen Wegfall der gesetzlichen Wiederherstellungspflicht als logische Folge der vertraglich vereinbarten Eigentumsregelung betrachtet (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 7.2 und 8.2; vgl. auch Teilentscheid, E. 6.1 ff.). Anschliessend hat es aber die Auffassung des Verwaltungsgerichts als bundesrechtswidrig verworfen, für die Entbindung von der Wiederherstellungspflicht gemäss Art. 35 Abs. 2 FMG sei unter den Parteien ein Entgelt verabredet worden: Weder der Wortlaut der Vereinbarung noch die bei deren Abschluss herrschenden Umstände deuteten darauf hin, dass ein eigentlicher Auskauf der Wiederherstellungspflicht vereinbart worden sein könnte. Anders als das Verwaltungsgericht annehme (vgl. Teilentscheid, E. 6.4), sei denn auch keineswegs sicher, dass die Kabelrohranlage nach Ablauf der vertraglichen Nutzungsdauer von 25 Jahren zu einer Wertreduktion der Nationalstrasse führen werde. Wie es sich damit verhalte, sei offen und könne im heutigen Zeitpunkt nicht zuverlässig beurteilt werden. Möglicherweise werde im Jahr 2025 weiterhin ein Interesse an der Nutzung der Kabelrohre bestehen, so dass die Beklagte diese noch vermieten könne. Gegebenenfalls werde die Anlage für die Strasseneigentümerin – trotz eines gewissen Unterhaltsbedarfs – nicht eine Minderung des Werts, sondern dessen Erhöhung bewirken. Zudem sei selbst bei einem Verzicht der Beklagten auf die weitere Nutzung der Kabelrohranlage unklar, ob überhaupt ein Interesse an deren Entfernung bestehe. Sei somit ungewiss, ob der Wegfall der Wiederherstellungspflicht im Jahr 2025 einen Minderwert des Strasseneigentums zur Folge habe, könne darin keine Wertreduktion im Sinn des Wortlauts von Ziff. 8.1 der Vereinbarung gesehen werden. Die Beklagte habe das Eigentum an der neu erstellten Kabelrohranlage erhalten, verbunden mit der Chance, jene auch nach Ablauf der Nutzungsdauer gewinnbringend vermieten zu können. Umgekehrt sei damit die Pflicht der Klägerin zur Wiederherstellung entfallen.

Dem Verzicht auf die Wiederherstellungspflicht stehe die Erlangung des Eigentums an der ganzen Anlage gegenüber, so dass der Wegfall der Wiederherstellungspflicht die Gegenleistung für die Einräumung des Eigentums darstelle (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 8.2).

**3.3** Aufgrund der Bindungswirkung des verwaltungsgerichtlichen Teilentscheids vom 11. April 2006 und des Bundesgerichtsurteils vom 19. März 2008 (vgl. vorne E. 1.4) ist damit für das vorliegende Verfahren verbindlich entschieden, dass kein Fall der Nichtigkeit vorliegt, dass das Gemeinwesen zur vertraglichen Regelung der streitigen Fragen befugt war und dass die Kabelrohranlage im Eigentum der Beklagten steht. Soweit das Bundesgericht den Teilentscheid des Verwaltungsgerichts aufgehoben hat, steht weiter fest, dass die Entbindung der Klägerin von deren gesetzlicher Wiederherstellungspflicht keine im Rahmen der hier vorzunehmenden Gegenüberstellung (vgl. hinten E. 4.2) zu berücksichtigende Leistung der Beklagten darstellt. Aus den betreffenden Erwägungen des Bundesgerichts ergibt sich aber gleichzeitig, dass die streitige Vereinbarung nicht gegen Art. 35 Abs. 4 FMG verstösst: Da die einschlägige gesetzliche Regelung kostendeckende Gebühren nicht ausschliesst, ist davon auszugehen, dass die Parteien mit dem Vorbehalt einer (näher umschriebenen) kantonalen Gebühr in Ziff. 8.1 der Vereinbarung keine von Art. 35 Abs. 4 FMG abweichende Regelung treffen wollten; die Parteien erklären in der betreffenden Bestimmung ausdrücklich, in Übereinstimmung mit der genannten Gesetzesbestimmung seien keine Gebühren für die Nutzung des Bodens geschuldet (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 5.2). Gleich hat das Bundesgericht bezüglich der analogen Vereinbarung entschieden, welche die Klägerin am 7. Juli 2000 mit dem Kanton Basel-Landschaft geschlossen hat; von einer Verletzung von Art. 35 Abs. 4 FMG könne insoweit keine Rede sein (BGer 2A.414/2006 vom 19.3.2008, E. 6.3). Vor dem Hintergrund, dass die betreffende Vereinbarung die Entrichtung öffentlicher Abgaben regle, hat es ferner unter Äquivalenzgesichtspunkten erörtert, wie sich die Leistungen von Klägerin und Kanton Basel-Landschaft insgesamt zueinander verhalten. Angesichts der «teilweise völlig offenen Angaben» vermochte es dabei allerdings die Einhaltung des Äquivalenzprinzips nicht abschliessend zu beurteilen (BGer 2A.414/2006 vom 19.3.2008, E. 8.3, 9 und 10). Auch im hier massgebenden, das Gebiet des Kantons Bern betreffenden Urteil hat das Bundesgericht das Äquivalenzprinzip angesprochen: Zwar hat es eine Verletzung von Art. 35 Abs. 4 FMG ausdrücklich verneint, aber nicht ausgeschlossen, dass «die vereinbarten Leistungen gegen andere Vorschriften» verstossen könnten, und dabei auf die Möglichkeit einer

Verletzung des Äquivalenzprinzips hingewiesen (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 5.2). – Das Verwaltungsgericht hat den in Ziff. 8.1 der Vereinbarung verwendeten Begriff der «kantonalen Gebühr» nicht im rechtstechnischen Sinn verstanden, sondern vorab mit dem Bestreben der Parteien erklärt, die von der Klägerin versprochenen Leistungen auch in redaktioneller Hinsicht von einer gemäss Art. 35 Abs. 4 FMG unzulässigen Entschädigung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden abzugrenzen (Teilentscheid, E. 6.4.3). Es ist deshalb nicht davon ausgegangen, dass die Parteien die Entrichtung einer eigentlichen Gebühr vereinbart haben, und hat mithin auch nicht auf die (unmittelbare) Geltung des Äquivalenzprinzips geschlossen. Letztlich ist indes nicht entscheidend, ob vorliegend dieses als gebührenrechtliche Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes Anwendung findet, oder ob – wovon das Verwaltungsgericht ausgeht – direkt aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips als allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsatz (vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) zu beurteilen ist, ob die vereinbarten Leistungen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Dies bildet nämlich Voraussetzung für die Annahme eines rechtmässigen verwaltungsrechtlichen Vertrags (vgl. Frank Klein, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Diss. Zürich 2003, S. 93; Georg Müller, Zulässigkeit des Vertrags und zulässige Vertragsinhalte, in Häner/Waldmann [Hrsg.], Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, 2007, S. 36), weshalb die Rechtmässigkeit der Vereinbarung so oder anders voraussetzt, dass sich Leistungen der Klägerin und Gegenleistungen der Beklagten wertmässig in etwa entsprechen. Der Austausch von Naturalleistungen der Klägerin gegen die Hinnahme von Minderwerten und Mehraufwand durch die Beklagte entspricht dem Willen der Vertragsparteien, zumal in Ziff. 8.1 der Vereinbarung ausdrücklich vereinbart wurde, dass «diese kantonale Gebühr durch Leistungen des Benutzers für den Eigentümer beglichen werden» kann. Es wird deshalb massgebend sein, ob die von der Klägerin erbrachte Naturalleistung in etwa den als Rechtsgründe für eine «Gebührenerhebung» bezeichneten Gegenleistungen des Gemeinwesens (zuzüglich der Zahlung gemäss Ziff. 2.3 Abs. 2) entsprechen. Nach dem Gesagten gilt dies unabhängig von der rechtlichen Einordnung dieser «kantonalen Gebühr», so dass im Folgenden das Verhältnis der ausgetauschten Leistungen zu prüfen ist (vgl. hinten E. 4.2).

**3.4** Mit Blick auf das Bundesgerichtsurteil vom 19. März 2008 und den verwaltungsgerichtlichen Teilentscheid vom 11. April 2006 sind verschiedene weitere Aspekte der Streitigkeit bereits verbindlich geklärt: So steht fest, dass allfällige

Ansprüche der Klägerin nicht verjährt sind (Teilentscheid, E. 3; BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 3). Weiter hat das Bundesgericht die Auffassung des Verwaltungsgerichts bestätigt, dass die Klägerin und die Beklagte (bzw. der Kanton Bern) nicht mit Gesellschaftswillen gehandelt haben, weshalb eine (auf Art. 531 Abs. 2 OR gestützte) hälftige Teilung der Baukosten nicht in Frage kommt. Damit bleibt es dabei, dass der Klägerin lediglich jene Mehrkosten als Leistung anzurechnen sind, die durch die Zusatzbestellung der Beklagten im Umfang von zwölf weiteren Rohren verursacht worden sind (Teilentscheid, E. 7.2.2 f.; BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 6). Sodann ist das Bundesgericht – wie zuvor das Verwaltungsgericht – zum Schluss gekommen, die vom Kanton Bern erteilte Zustimmung zum Einbau der Kabelrohranlage in den Standstreifen der Autobahn stelle keine Leistung dar, für die eine Entschädigung verlangt werden könne. Allerdings dürfe die Beklagte für den allenfalls erhöhten Verwaltungsaufwand, der ihr durch die Verlegung der Rohre im Standstreifen erwachse, Gebühren erheben. Zulässig sei jedoch nur die Erhebung von «kostendeckenden Verwaltungsgebühren» im Sinn von Art. 35 Abs. 4 FMG und nicht auch von Benutzungsgebühren (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 9.2). Ferner hat das Bundesgericht entschieden, die Beklagte könne sich auf die in Ziff. 8.1 der Vereinbarung ausdrücklich vorbehaltene kantonale «Gebühr» stützen, soweit sie eine Entschädigung wegen Wertverminderung des Standstreifens geltend mache. Es sei Sache des Verwaltungsgerichts, zu prüfen, ob und in welchem Umfang für die behaupteten Leistungen «Verwaltungsgebühren» erhoben werden dürften. Dasselbe gelte mit Bezug auf die geltend gemachten erhöhten Ingenieurleistungen (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 9.3). Schliesslich hat das Bundesgericht sowohl die Gutheissung des Widerklagebegehrens durch das Verwaltungsgericht als auch dessen Betrachtungsweise bestätigt, dass die Kosten für die Übertragung der betroffenen Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechte bei der Beurteilung der Zulässigkeit der vereinbarten Entschädigungsregelung als Leistung der Klägerin mitzuberücksichtigen sind (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 10). Im Übrigen steht angesichts der Ausführungen des Bundesgerichts im den Kanton Basel-Landschaft betreffenden Urteil fest, dass die nachträgliche Berufung der Klägerin auf das angebliche Missverhältnis der vereinbarten Leistungen nicht treuwidrig ist (BGer 2A.414/2006 vom 19.3.2008, E. 11.3). Bei im vorliegenden Rechtsstreit insoweit gleicher Ausgangslage braucht dem dahingehenden Einwand der Beklagten mithin nicht weiter nachgegangen zu werden.

**3.5** Zu all jenen Aspekten der vorliegenden Streitigkeit, die durch das Bundesgerichtsurteil vom 19. März 2008 und den verwaltungsgerichtlichen Teilentscheid vom 11. April 2006 bereits verbindlich entschieden worden sind, erübrigen sich weitere Sachverhaltsabklärungen, weshalb alle diesbezüglichen Beweisanträge der Verfahrensbeteiligten abgewiesen werden.

#### **4.**

**4.1** Auf das Gebiet des Kantons Bern kommen gut 56,5 km der von der Klägerin errichteten (erweiterten) Kabelrohranlage zu liegen, die hier zwischen Kerzers und Oensingen entlang der Nationalstrasse A1 verläuft und sich aufgrund der Pläne der erstellten Infrastruktur in die fünf Abschnitte Mühleberg, Bern, Schönbühl, Utzenstorf und Wangen unterteilen lässt. Die Kabelrohranlage ist grösstenteils in den Standstreifen der A1 eingebaut und dabei wie folgt konstruiert worden: In einer Tiefe von rund 60 cm kommen auf einer Breite von 48 cm nebeneinander drei aus Betonelementen bestehende Rohrblöcke zu liegen, in denen je acht Kunststoffrohre mit einem Durchmesser von 40 mm verlaufen (vgl. auch die Darstellung auf S. 6 der Klageschrift sowie auf S. 17 der Eingabe der Klägerin vom 30.1.2009 [Dossier III, act. 15]). Über Zug- und Spleisschächte, die alle 2'400 m bzw. alle 7'000 m errichtet worden sind, wurden die Glasfaserkabel in diese Kunststoffrohre eingezogen. Eine andere Konstruktion mit teils frei verlegten Kabelrohren war im Bereich von Tunneln und Brücken erforderlich. Allerdings hat die Klägerin nicht die gesamte auf dem Gebiet des Kantons Bern liegende Anlage gebaut, wurde doch ein Teil davon vom Kanton Bern selber errichtet: Auf dem Abschnitt der Nationalstrasse A1 im Bereich «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» waren im Zusammenhang mit dem Projekt «Bahn 2000» ohnehin Bauarbeiten auszuführen, so dass das TBA dort (zwischen Kilometer 179.000 und 184.488, auf die Teilabschnitte Schönbühl und Utzenstorf entfallend) auch die Kabelrohranlage gebaut hat (vgl. hinten E. 7.2). Dabei wurde eine andere Konstruktionsart gewählt und ein einziger, breiterer Kabelrohrblock erstellt, der acht grosse Kabelrohre mit einem Durchmesser von 150 mm enthält, in dem dann je vier kleinere Kabelrohre mit einem Durchmesser von 40 mm verlaufen (vgl. die Darstellung auf S. 23 der Eingabe der Klägerin vom 30.1.2009 [Dossier III, act. 15]). Teils wurde die Anlage auf diesem Abschnitt offenbar noch zusätzlich auf insgesamt 32 Kabelrohre erweitert (vgl. Dossier IV, act. 61, Ziff. II/B/4).

**4.2** Vor diesem Hintergrund gilt es zunächst zu identifizieren, welche Leistungen die Klägerin gestützt auf die streitige Vereinbarung für die Beklagte erbracht hat; anschliessend sind diese Leistungen zu bewerten (vgl. hinten E. 5 und 6). In der Folge gilt es die Leistungen der Beklagten zu identifizieren und zu bewerten (vgl. hinten E. 7). Danach kann anhand einer Gegenüberstellung von Leistungen und Gegenleistungen beurteilt werden, ob die Vereinbarung insgesamt ausgewogen ist und mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip respektiert (vgl. vorne E. 3.3 und hinten E. 8). Ist diese Frage zu bejahen, bleibt zu prüfen, ob die weiteren Einwände der Klägerin gegen die Rechtmässigkeit der Vereinbarung begründet sind (vgl. hinten E. 9). – Hinsichtlich der Ermittlung und Bewertung der Leistungen der Klägerin steht zwar fest, dass im Zusammenhang mit der Errichtung der Anlage lediglich jene Mehrkosten zu berücksichtigen sind, die der Klägerin durch die Zusatzbestellung im Umfang von zwölf weiteren Rohren verursacht worden sind (vgl. vorne E. 3.4). Allerdings sind zwischen den Verfahrensbeteiligten sowohl die effektive Höhe dieser Mehrkosten als auch die Art und Weise der Berechnung umstritten. Nachdem die Klägerin ursprünglich von einer hälftigen Beteiligung der Beklagten an den entstandenen Gesamtkosten ausging (vgl. hierzu Teilentscheid, E. 7.2.2 f.; BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006, E. 6), kommt sie heute zum Schluss, die durch die Zusatzbestellung verursachten Mehrkosten machten letztlich gar mehr als die Hälfte der Gesamtkosten aus. Im Folgenden ist deshalb zunächst zu prüfen, welche zusätzlichen Kosten ihr für die Erweiterung der Anlage tatsächlich entstanden sind. Den entsprechenden Erörterungen können – ungeachtet der Einwände der Beklagten und des Kantons Bern – die von der Klägerin ausgewiesenen Aufwendungen zugrunde gelegt werden, soweit sie überhaupt relevant sind (vgl. hierzu hinten E. 4.4). Es gibt keine objektiven Hinweise darauf, dass die entsprechenden Zahlen generell um rund 10-15 % überhöht wären, selbst wenn die Klägerin bei der Ausführung der Bauarbeiten unter einem gewissen Zeitdruck gestanden haben mag (vgl. auch Gerichtsgutachten, A1.5 [Dossier IV, act. 81A]; Zusatzgutachten, Frage 1 [Dossier V, act. 99A]). Dass es die Klägerin versäumt habe, mit den beauftragten Bauunternehmen marktübliche Preise auszuhandeln, bzw. über das Einholen von Konkurrenzofferten eine generelle Kostenreduktion hätte erreichen können, wird von Beklagter und Kanton Bern zwar behauptet, aber weder näher substantiiert noch belegt. Allein mit dem Hinweis, der Kanton habe auf dem Abschnitt, auf dem er die Anlage selber errichtet hat (km 179.000-184.488), insgesamt geringere Kosten pro Laufmeter ausgewiesen als die Klägerin auf den übrigen Abschnitten (Dossier V, act. 91, Ziff. I/2 und act. 92, Ziff. II/B/5.2), lassen sich mit Blick auf die unterschiedlichen Rahmenbedingungen der Bauarbeiten und die andere

Konstruktionsweise der vom Kanton Bern erstellten Anlage (vgl. dazu vorne E. 4.1) von vornherein keine überhöhten Baukosten der Klägerin dartun (vgl. auch hinten E. 7.2.3). Demzufolge erübrigt es sich, die von der Klägerin angerufenen Zeugen einzuvernehmen, die bestätigen sollen, dass die von dieser bezahlten Preise marktüblich gewesen sind; der dahingehende Beweisantrag (Dossier III, act. 28, Rzn. 31 und 33) wird abgewiesen.

**4.3** Die Mehrkosten machen gemäss den Vorbringen der Klägerin darum mehr als die Hälfte der Gesamtkosten aus, weil sie zugunsten der Beklagten eine «Projektänderung» habe vornehmen müssen. Ihr ursprüngliches Bauprojekt habe den wesentlich kostengünstigeren Einbau der Kabelrohranlage in den Grünstreifen neben dem Nationalstrassenkörper vorgesehen. Allein aufgrund der Zusatzbestellung der Beklagten habe sie die Anlage in den Pannenstreifen einbauen müssen, was mit erheblichen Mehrkosten verbunden gewesen sei. – Zu prüfen ist deshalb zunächst, ob die Klägerin eine Projektänderung vornehmen musste, die allenfalls zu Mehrkosten geführt hat.

**4.3.1** Die angeblich nötig gewordene «Projektänderung» erwähnt die Klägerin erstmals in ihrer Eingabe vom 30. Januar 2009. Weder in der Klageschrift vom 22. Dezember 2002 noch in der Replik vom 17. September 2003 war davon die Rede gewesen: Nach den damaligen Vorbringen stellte es für die Klägerin vielmehr eine «grosse Überraschung» dar, dass das ASTRA das von ihr und dem Kanton Bern vorbereitete Projekt, das den Einbau der Kabelrohranlage in den Pannenstreifen vorsah, ablehnte und «eine andere Linienführung verlangte» (Klageschrift, Rz. 91; vgl. auch Rzn. 61 und 94 der Replik [Dossier I, act. 21]). Demgegenüber behauptet die Klägerin heute, die Bestellung von zusätzlichen zwölf Rohren für den Bedarf des Kantons habe sie zu einer Neudimensionierung des gesamten Bauprojekts gezwungen und damit zu erheblichen Mehrkosten geführt (Dossier III, act. 15, Rz. 25). Ursprünglich habe sie geplant gehabt, die Anlage im Grünstreifen neben der Nationalstrasse zu erstellen; dass sie stattdessen den Pannenstreifen habe benutzen müssen, gehe allein auf die Zusatzbestellung des Kantons zurück. Durch die entsprechende Projektänderung sei die Anlage derart verteuert worden, dass die verursachten Mehrkosten letztlich mehr als die Hälfte der Gesamtkosten ausmachten (Dossier III, act. 15, Rz. 40). Gemeint seien nicht (unnütze) Projektierungs- und Planungsarbeiten für das nicht realisierte Projekt im Grünstreifen der Autobahn, sondern effektive Mehrkosten, die dadurch entstanden seien, dass im Pannenstreifen

statt im Grünstreifen habe gebaut werden müssen (Dossier III, act. 28, Rz. 42 ff.). – Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, mit der Zustimmung zum Einbau der Kabelrohranlage in den Pannenstreifen sei man, nach einer anfänglich ablehnenden Haltung, den Bedürfnissen der Klägerin entgegengekommen, zumal diese von allem Anfang an verlangt habe, die Kabelrohrblöcke im Pannenstreifen verlegen zu dürfen (Dossier III, act. 22, Ziff. II/9).

**4.3.2** Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Klägerin die geplanten zwölf Rohre ursprünglich tatsächlich im Pannenstreifen verlegen wollte und dem ASTRA aufgrund einer Mustervereinbarung auch einen entsprechenden Vorschlag unterbreitete (Klagebeilage [KB] 17, Ziff. 2.1 und 3.1; vgl. auch S. 2 des Schreibens der Klägerin vom 9.4.1999 [Dossier III, act. 22A, Beilage 2]; Schreiben der IUB Engineering AG [IUB] vom 23.9.1999 [Klageantwortbeilage {KAB} 7]). Das TBA und insbesondere das ASTRA lehnten dieses Vorhaben aber anfänglich ab; auch in der Folge wollten die Behörden eine Benützung des Standstreifens nur dann zulassen, wenn es mangels Alternativen unvermeidlich war (Schreiben ASTRA vom 26.5.1999 [KB 18] und vom 14.12.1999 [KB 27]; Rundschreiben des ASTRA an die Kantonsingenieure und Vorsteher der kantonalen Büros für Nationalstrassen vom 17.12.1999 [KB 29]; Protokoll der Sitzung vom 18.1.2000 [KB 30], S. 2 und 4; vgl. auch E. 5.3.5.5 des Teilentscheids vom 11.4.2006). Erst im Lauf der Zeit hat das ASTRA seine ablehnende Haltung insoweit differenziert, als es den Kantonen in einem Rundschreiben empfahl, dort, wo diese einem Einbau der Kabelrohranlage in den Standstreifen zustimmten, stets eine erweiterte Anlage mit zusätzlichen eigenen Kabelrohren erstellen zu lassen (S. 2 des Rundschreibens vom 17.12.1999 [KB 29]). Dieser Empfehlung entsprechend hat sich das TBA erst in jenem Zeitpunkt zugunsten einer Verlegung der Kabelrohranlage im Pannenstreifen ausgesprochen, als es beschlossen hatte, bei der Klägerin für künftige Bedürfnisse Dritter zusätzliche Kabelrohre zu bestellen, was erst im Frühjahr 2000 der Fall war (vgl. Ziff. 1 der Aktennotiz des TBA vom 2.3.2000 [«neue Ausgangslage»]; KAB 13). Damit ergibt sich zwar aus den Akten ein gewisser Zusammenhang zwischen der Zusatzbestellung des Kantons und dem anschliessenden Einbau der Kabelrohranlage in den Standstreifen. Indes ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin ihr Projekt wegen der Zusatzbestellung hätte ändern müssen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sie dieses wegen der Zusatzbestellung in der von ihr selber gewünschten Art realisieren konnte; das TBA bzw. das ASTRA hat die Benutzung des Standstreifens durch die Klägerin nämlich erst mit Blick auf die zusätzlichen, für das Gemeinwesen erstellten Rohre erlaubt.

**4.3.3** Entgegen den Behauptungen der Klägerin ist nach dem Gesagten weder darauf zu schliessen, dass es zu einer Projektänderung gekommen ist, noch dass je ernsthaft die Erstellung der Anlage im Grünstreifen geplant gewesen wäre: Zunächst steht fest, dass die Klägerin ihre Anlage selber in den Pannenstreifen einbauen wollte; es scheint sich dabei um ihre bevorzugte Art der Realisierung gehandelt zu haben, auf die sie auch in den andern betroffenen Kantonen zurückgegriffen hat (vgl. etwa Replik, Rz. 61 [Dossier I, act. 21]). Weiter konnte – anders als die Klägerin vorbringt (Dossier III, act. 28, Rz. 44) – keineswegs bereits im Mai 1999 als sicher erscheinen, dass eine Verlegung der Rohre im Standstreifen nicht in Frage komme. Zum einen hat die Klägerin die zuständigen kantonalen Behörden in diesem Zeitpunkt erstmals kontaktiert. Zum andern wurde in der Folge, trotz deren Vorbehalte gegen die betreffende Art der Realisierung, stets auch über den Einbau der Rohrblöcke in den Pannenstreifen diskutiert, dies etwa anlässlich einer Koordinationssitzung Mitte November 1999 (Aktennotiz zur Besprechung vom 16.11.1999 [KAB 8], insb. S. 3 [«Rohrblock... im Bereich Standstreifen/Grünstreifen»], S. 5 [«Die Rohrblöcke werden im Pannenstreifen oder in den Banketten erstellt»] und S. 6 [«Rohrblöcke in Pannenstreifen und Banketten»]). So erklärte das TBA noch Ende November 1999 gegenüber dem ASTRA, dass die Klägerin vorsehe, ihre Rohrblöcke «in den Standstreifen der Nationalstrassen» zu verlegen bzw. dass «die meisten Anlagen, vor allem bei Brücken und Tunnels, im Strassenkörper inkl. Standstreifen liegen werden» (Schreiben vom 30.11.1999 [KB 24]). Diese Dokumente zeigen klar, dass das Gemeinwesen und insbesondere die zuständigen kantonalen Behörden den bautechnischen Vorstellungen der Klägerin nicht mit einer derart entschiedenen Ablehnung begegneten, dass die Klägerin je hätte ernsthaft damit rechnen müssen, entgegen ihren eigenen Wünschen im Grünstreifen der A1 bauen zu müssen. Sie hatte mithin keinen Anlass, definitiv in diese Richtung zu planen, und hat den Behörden denn auch nie das Projekt einer Kabelrohranlage im Grünstreifen vorgelegt.

**4.3.4** Im Übrigen ist es ohnehin die Klägerin selber gewesen, die dem Gemeinwesen angeboten hat, zusätzliche Rohre für dessen Bedürfnisse zu erstellen und das Eigentum an der Infrastruktur im Austausch gegen ein (langjähriges) Nutzungsrecht von 25 Jahren auf die Strasseneigentümer zu übertragen, wobei sie die entsprechenden Vorschläge schon relativ kurz nach der ersten Kontaktnahme im Herbst 1999 unterbreitet hat (vgl. S. 2 des Schreibens der IUB vom 23.9.1999 [KAB 7]; S. 2 des Schreibens der Klägerin vom 23.11.1999 [KAB 9]). In der Folge sind die Grundzüge des Projekts entsprechend diesen Vorschlägen konkretisiert worden

(Akttenotiz der IUB zur Koordinationssitzung vom 16.11.1999 [KAB 8], Ziff. 3.1). Bei diesen Gegebenheiten erweist sich die Behauptung der Klägerin, die Zusatzbestellung des Kantons sei im März 2000 «überraschend und kurzfristig» erfolgt (Dossier III, act. 28, Rz. 44), als aktenwidrig. Weiter liegt auf der Hand, dass sich die Interessenlage des Kantons mit der – von der Klägerin vorgeschlagenen – Zusatzbestellung und der damit einhergehenden Regelung der Eigentumsverhältnisse wesentlich veränderte. Wenn dies dazu geführt hat, dass TBA und ASTRA einer Verlegung der Rohre in den Pannestreifen anders gegenüberstanden als noch zu Beginn der Verhandlungen mit der Klägerin, bedeutet das nicht, dass diese insoweit mit einer überraschenden «Projektänderung» konfrontiert worden wäre. Im Lauf der relativ kurzen, intensiven und wenig koordinierten Planungs- und Projektierungsphase, in die mehrere Behörden auf verschiedenen föderalen Ebenen involviert waren, galt es, die unterschiedlichen Bedürfnisse und Interessenlagen aller Beteiligten so gut als möglich aufeinander abzustimmen und dabei gleichzeitig den knappen Zeitvorstellungen der Klägerin Rechnung zu tragen (ASTRA und BAKOM wurden im Herbst 1998 bzw. Frühling 1999 kontaktiert [vgl. KB 14-16], während die erste unverbindliche Information des Kantons Bern vom 9.4.1999 datiert [Dossier III, act. 22A, Beilage 2]; die Bewilligungserteilung durch das TBA erfolgte rund ein Jahr später am 10.5.2000). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Klägerin, die von Anfang an bestrebt war, eine Bewilligung für die Verlegung der Kabelrohre in den Pannestreifen zu erhalten, Anlass gehabt haben könnte, vor der Bewilligung ihres Vorhabens am 10. Mai 2000 mit einiger Sicherheit anzunehmen, ihr Projekt im Grünstreifen realisieren zu können bzw. zu müssen. Bei diesen (klaren) Gegebenheiten kann sich aus einer Befragung des ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten der Klägerin von vornherein nichts Entscheidwesentliches ergeben; der dahingehende Beweisantrag der Klägerin (Dossier III, act. 28, Rz. 44) wird abgewiesen.

**4.3.5** Schliesslich versteht sich von selbst, dass der definitive Entscheid darüber, wo und wie die Kabelrohranlage entlang der Nationalstrasse A1 einzubauen war, der Strasseneigentümerschaft (mithin dem TBA bzw. dem ASTRA) und nicht der Klägerin vorbehalten war. In diesem Sinn regelt heute Art. 78 Abs. 1 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) ausdrücklich, dass die Eigentümerschaft von Strassenanlagen bestimmt, wo die Anbieterinnen von Fernmeldediensten innerhalb des Strassenperimeters ihre Leitungen verlegen (etwas anderes gilt nur für Erschliessungsstrassen; vgl. auch Gutachten C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_) [KB 52, S. 13], wonach die Bewilligungsbehörde über die

Leitungsführung entscheidet, wenn keine Einigung erzielt werden kann). Vor diesem Hintergrund könnte nur ein Verhalten der Behörden eine Projektänderung bedingt haben, das in einem Abweichen von einer bereits erteilten, verbindlichen Zusage darüber bestehen würde, wo und auf welche Weise die Klägerin die Kabelrohranlage errichten darf. Da eine solche Zusage weder behauptet wird noch ersichtlich ist, war mit der Zusatzbestellung des Kantons auch aus diesem Grund keine Projektänderung verbunden. Es kann deshalb offenbleiben, ob die Verlegung der Kabelrohranlage ausserhalb des Pannenstreifens überhaupt möglich gewesen wäre; die Beklagte bestreitet dies mit Blick auf die allgemeinen Platzverhältnisse (Dossier III, act. 22, Ziff. II/9.3).

**4.3.6** Mangels einer «Projektänderung» ist im Folgenden bei der Berechnung der Mehrkosten nicht zu prüfen, ob und inwieweit das Bauwerk allenfalls dadurch verteuert worden ist, dass es nicht im Grün-, sondern im Pannenstreifen errichtet wurde. Für die weiteren Erwägungen ist vielmehr davon auszugehen, dass das ursprüngliche Projekt der Klägerin, einen Kabelrohrblock in den Standstreifen einzubauen, lediglich insoweit erweitert worden ist, als zugunsten der Beklagten zusätzliche zwölf Rohre verlegt worden sind. Damit können Sachverhaltsabklärungen, die im Zusammenhang mit der behaupteten Projektänderung stehen, generell unterbleiben (vgl. vorne E. 2.5); soweit die Klägerin solche Fragen durch den gerichtlich bestellten Experten klären lassen will, werden ihre Beweisanträge abgewiesen. Als Mehrkosten, die sich für die Klägerin aus der Zusatzbestellung ergeben haben, sind primär die zusätzlichen Baukosten zu betrachten. Zu ermitteln ist insoweit bei den betroffenen Positionen jeweils der Kostenanteil, der unmittelbar durch den Bau der grösseren Anlage mit 24 Rohren verursacht wurde und der der Klägerin nicht entstanden wäre, wenn sie die kleinere Anlage mit zwölf Rohren gebaut hätte. Dabei ist jeweils der Abschnitt «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» (km 179.000-184.488) auszuklammern, auf dem der Kanton Bern die Bauarbeiten übernommen hat (dazu hinten E. 6.4 und 7.2).

**4.4** Allerdings sind die Verfahrensbeteiligten bereits uneinig darüber, wie diese Differenz im Einzelnen zu bestimmen ist. Klägerin und Beklagte schlagen zur Ermittlung der entstandenen baulichen Mehrkosten unterschiedliche Methoden vor:

**4.4.1** Die Klägerin will die Mehrkosten ausgehend von den gesamten Kosten berechnen, die für die Errichtung der Kabelrohranlage mit 24 Rohren auf dem Gebiet des Kantons Bern entstanden sind und die sie auf Fr. 35'590'261.45 beziffert (Baukosten, Projektierungs- und Bauleitungskosten sowie Finanzierungskosten; vgl.

Dossier III, act. 15, Rz. 71). Von diesem Betrag sollen jene (zu bestimmenden) hypothetischen Kosten abgezogen werden, die bei Realisierung des ursprünglichen Projekts mit zwölf Rohren angefallen wären. Mit Blick hierauf definiert sie verschiedene «Kostengruppen», bei denen sie je einen bestimmten Prozentsatz ausscheidet, der ihrer Auffassung nach dem Anteil der verursachten Mehrkosten entspricht (vgl. die Tabelle in Dossier III, act. 15, Rz. 74). – Die Beklagte schlägt demgegenüber vor, die Mehrkosten unmittelbar anhand der konkret entstandenen zusätzlichen Aufwendungen zu bestimmen. Solche anerkennt sie vorab beim Materialbedarf, beim Aufwand für den Einbau sowie bei den Baggerarbeiten (Verbreiterung des Profils um 3 cm). Ausgehend von den Basispreisen, welche die von der Klägerin beigezogenen Unternehmen verrechnet hätten, seien die Kosten für die zusätzlichen Grabungsarbeiten (Aushub und Erweiterung des Profils), für die Beschaffung von Rohren, Kupplungsmanschetten und Schächten, für die Einführung der Rohre und das Versetzen der Schächte zu berechnen (vgl. Dossier III, act. 22, Ziff. II/10.2-10.8, II/18 und II/19).

**4.4.2** Der Sachverständige, dem die Frage nach der zu bevorzugenden Berechnungsweise unterbreitet worden ist, kommt in seinem Gutachten zum Schluss, dass theoretisch beide Ansätze zur Beantwortung von Fragen im Rahmen einer Kostenbeteiligung tauglich wären, hier aber mit Blick auf den Zeitpunkt ihrer Anwendung nicht gleich gut geeignet sind. Eine prozentuale Beteiligung an Gesamtkosten («top down») sei nur dann geeignet, wenn eine solche vorgängig vereinbart werde, auf einem Kostenvoranschlag basiere und die Schlussabrechnung dann in einem angemessenen Verhältnis zu den veranschlagten Kosten stehe. Eine derartige Form der Kostenbeteiligung sei für den Abschnitt «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» gewählt worden, indem die Baukosten im Rahmen der Vereinbarung veranschlagt und nach Abschluss der Arbeiten anhand der Schlussrechnung vereinbarungsgemäss verrechnet worden seien. Bezüglich der Abschnitte, auf denen die Klägerin als Bauherrin aufgetreten ist, fehle es demgegenüber an jeglicher Grundlage zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit des von ihr vorgeschlagenen Vorgehens. Deshalb sei hier die Methode der Beklagten zur Berechnung der Mehrkosten anzuwenden; es sei auch im nachhinein möglich, die Mehrkosten anhand konkret entstandener, zusätzlicher Aufwendungen («bottom up») zu quantifizieren (Gerichtsgutachten, A1.1-1.4 [Dossier IV, act. 81A]).

**4.4.3** Es besteht kein Anlass, von dieser vollständigen und schlüssigen Analyse des Experten abzuweichen (vgl. vorne E. 2.5): Zwar bezeichnet das Gutachten beide

Methoden als grundsätzlich tauglich; anschliessend wird aber sachlich und überzeugend begründet, weshalb im vorliegenden Kontext die Berechnungsart der Beklagten vorzuziehen ist. Eine prozentuale Aufteilung der gesamten angefallenen Kosten, wie sie die Klägerin befürwortet, setzt gemäss den einleuchtenden Ausführungen des Gutachters voraus, dass die Parteien vorgängig eine Vorstellung über die Höhe der aufzuteilenden Kosten haben. Die Kostenverteilung orientiert sich nämlich nach dieser Methode nicht allein an den effektiv anfallenden zusätzlichen Kosten; anders als die gemäss dem Gutachten hier allein in Frage kommende «bottom up»-Methode der Beklagten lässt sie vielmehr – über die verschiedenen Prozentsätze, die für die Aufteilung der Kosten pro «Kostengruppe» vorzusehen sind – einigen Spielraum für Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien. Eine zuverlässige Bestimmung der Mehrkosten ex post erscheint damit in der Tat nicht mehr möglich. Selbst ein Experte ist dazu nicht in der Lage, wie sich aus der Antwort auf die Zusatzfrage 2 ergibt, die dem Gerichtsgutachter vor dem Hintergrund der Kritik der Klägerin an seinen Feststellungen zur richtigen Berechnungsmethode (vgl. Dossier V, act. 93, Rzn. 4 ff. und 18 ff.) unterbreitet worden ist (vgl. Zusatzgutachten, S. 3 [Dossier V, act. 99A]). Die Behauptung der Klägerin, eine fachkundige Schätzung wäre sehr wohl möglich gewesen (vgl. Dossier V, act. 108, Rz. 17 ff.), überzeugt schon mit Blick auf die erwähnten Verhandlungsspielräume nicht, die bezüglich der prozentualen Aufteilung bestehen. Dabei kann offenbleiben, inwiefern es der Klägerin überhaupt möglich gewesen wäre, eine vorgängige Kostenaufteilung auszuhandeln; die Antwort auf die betreffende Frage ist für die heute vorzunehmende Bestimmung der effektiv entstandenen Mehrkosten unerheblich, zumal diese aufgrund einer tauglichen und zuverlässigen Methode ermittelt werden können. So fällt denn auf, dass die Klägerin zwar nachdrücklich auf der von ihr bevorzugten prozentualen Aufteilung der Gesamtkosten besteht, aber keine substantiierten Einwände gegen die Berechnungsart der Beklagten vorträgt. Die Berechnungsmethode der Beklagten ist auch darum vorzuziehen, weil sie leicht verständlich und klar ist und ihre Ergebnisse ohne weiteres überprüfbar sind. Demgegenüber beruht die Methode der Klägerin auf kaum nachvollziehbaren hypothetischen Teil- und Gesamtkostenrechnungen sowie nicht näher begründeten Annahmen zu den prozentualen Anteilen, die bei den verschiedenen Kostenpositionen von der Beklagten zu tragen seien. Ihre Ergebnisse sind nicht überprüfbar und es fällt zudem auf, dass die Klägerin bei einem Grossteil der von ihr identifizierten «Kostengruppen» eine hälftige Aufteilung der Kosten zwischen ihr und der Beklagten vorsieht (vgl. Dossier III, act. 15, Rz. 74). So entsteht der Eindruck, dass sie im Ergebnis die von Verwaltungsgericht und Bundesgericht bereits verbindlich

verworfenen hälftigen Kostenteilung (vgl. vorne E. 3.4) zu erreichen sucht, was offensichtlich unzulässig wäre. Jedenfalls erscheint die Berechnungsmethode der Klägerin, selbst wenn sie nach Auffassung des Experten nicht generell untauglich sein mag, im vorliegenden Kontext, in dem im nachhinein klar umrissene Mehrkosten zu bestimmen sind, ungeeignet. Die Klägerin hat ihrerseits nichts vorgebracht, was die Berechnungsmethode der Beklagten in Frage stellen würde.

**4.4.4** Aufgrund des Gesagten wäre selbst dann keine den Vorstellungen der Klägerin entsprechende prozentuale Aufteilung von Gesamtkosten vorzunehmen, wenn es sich bei der Fragestellung nach der richtigen Berechnungsmethode nicht um eine Tatfrage handeln würde, zu deren Beantwortung der Gerichtsgutachter berufen ist, sondern – wie die Klägerin (fälschlicherweise) meint – eine gerichtlich zu beurteilende Rechtsfrage vorliegen würde.

**4.4.5** Schliesslich ist unerheblich, was die Klägerin bezüglich Kostenteilung mit den Kantonen Waadt und Freiburg vereinbart hat (vgl. Beilagen 6 und 8 zur Eingabe der Klägerin vom 7.10.2013 [act. 108A]). Dass sie sich mit diesen Vertragspartnern auf eine höhere Kostenbeteiligung geeinigt hat als mit dem Kanton Bern, kann für die Methode, nach der hier die effektiv entstandenen Mehrkosten zu bestimmen sind, nicht massgebend sein. Ohnehin ist nicht einzusehen, was aus einer vertraglich vereinbarten Pauschale für methodische Rückschlüsse gezogen werden könnten. Im Übrigen scheinen die betreffenden Kantone von sich aus Abklärungen über den Bau einer Kabelrohranlage getroffen zu haben, bevor sie von der Klägerin mit deren Projekt konfrontiert worden sind; im Unterschied zum Kanton Bern haben sie also offenbar ursprünglich ein eigenes Interesse an der Kabelrohranlage der Klägerin gehabt (vgl. hierzu S. 8 der Klageantwort [Dossier I, act. 11]). Nach dem Gesagten können weitere Sachverhaltsabklärungen zur richtigen Berechnungsmethode für die Mehrkosten – auch vor dem Hintergrund der Vereinbarungen der Klägerin mit den Kantonen Waadt und Freiburg – unterbleiben (vgl. vorne E. 2.5); die dahingehenden Beweisanträge der Klägerin werden abgewiesen.

## 5.

Nach dem Gesagten sind zunächst die konkret entstandenen zusätzlichen Aufwendungen für den Bau der erweiterten Kabelrohranlage zu bestimmen. Weil sich

Art und Höhe dieser baulichen Mehrkosten teils nicht ohne technischen Sachverstand ermitteln lassen, hat das Verwaltungsgericht dem Experten verschiedene Fragen unterbreitet, die dieser im Gerichtsgutachten (Dossier IV, act. 81A) und im Zusatzgutachten (Dossier V, act. 99A) beantwortet hat. Im Folgenden sind die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten zu den baulichen Mehrkosten gestützt auf das eingeholte Gutachten und dessen gerichtliche Würdigung (vgl. vorne E. 2.5) zu beurteilen. Nicht massgebend sein können dabei die Äusserungen, die ein anderer Gutachter im Parallelverfahren gemacht hat, das zwischen der Klägerin und der Beklagten vor dem Kantonsgericht Basel-Landschaft geführt wird, auch wenn seine Expertise einen verwandten Sachverhalt mit ähnlichen Fragestellungen betreffen mag (Gutachten vom 16.11.2011 [Dossier IV, act. 61A/1] und Zusatzgutachten vom 5.4.2013 [Dossier V, act. 96A]). Weiter kann auf die Befragung von Zeugen verzichtet werden, welche die Schätzungen der Parteien über die Höhe der baulichen Mehrkosten bestätigen sollen (vgl. etwa Dossier III, act. 15, Rzn. 80-91), da diese Sachverhaltsfragen dem Gutachter zur fachkundigen Klärung unterbreitet wurden.

**5.1** Die Beklagte macht geltend, die gesamten baulichen Mehrkosten könnten über eine einfache Addition der zusätzlichen Aufwendungen für die Verbreiterung des Profils, für die Beschaffung von weiteren Rohren, Schächten und Kupplungsmanschetten, für die Versetzung der Schächte und den Einzug der Rohre sowie für die zusätzlichen Baggerarbeiten bestimmt werden. Die Bestellung von zusätzlichen zwölf Rohren habe sich auf die Bauarbeiten nur insoweit ausgewirkt, als unterhalb des Strassenbelags eine Verbreiterung des Profils um 3 cm (von ursprünglich 45 auf 48 cm) erforderlich gewesen sei. Unter Berücksichtigung von Grabenlänge, Mehrvolumen und Kosten pro Kubikmeter seien konkret Mehrkosten von Fr. 197'000.-- angefallen. Zu beachten sei jedoch, dass die grössere Anzahl von verlegten Rohren Einsparungen bei den Betonierungskosten zur Folge gehabt und sich in einer Kostenreduktion im Umfang von Fr. 57'000.-- niedergeschlagen habe (vgl. zum Ganzen Dossier III, act. 22, Ziff. II/18.1). Für die mächtigeren Vortriebsrohre, die wegen der Zusatzbestellung verwendet werden mussten, seien Mehrkosten von Fr. 36'000.-- entstanden (Dossier III, act. 22, Ziff. II/18.2), während die Kostensteigerung, zu der die Montage der grösseren Anlage unter den Brücken geführt habe, bei Fr. 74'000.-- liege (Dossier III, act. 22, Ziff. II/18.3). – Die Klägerin bestreitet die Richtigkeit dieser Berechnungen der Beklagten (Dossier III, act. 28, Rzn. 4 ff. und 79 ff.) und beziffert die baulichen Mehrkosten ihrerseits auf gut 15 Mio. Franken (Dossier III, act. 15, Rz. 94), wobei ihre entsprechenden Vorbringen allerdings auf der unrichtigen Annahme

beruhen, dass die Erweiterung der Kabelrohranlage um zwölf zusätzliche Rohre eine Projektänderung bedingt und zu einer wesentlichen Verteuerung geführt habe (vgl. dazu vorne E. 4.3).

**5.2** Zu den Mehrkosten für das *grössere Grabenvolumen* ergibt sich was folgt:

**5.2.1** Der Gutachter bestätigt, dass die Erweiterung der Kabelrohranlage bei den Grabungsarbeiten grundsätzlich bloss zu einer Verbreiterung des Profils um 3 cm geführt hat (Gerichtsgutachten, A3.2). Die von der Beklagten mit 623 m<sup>3</sup> bezifferte Volumendifferenz erachtet er aber als zu gering und hält fest, dass eine wesentlich höhere Differenz resultiert, wenn der für die kleinere Anlage vorgesehene, durchgehend auf einer Breite von 45 cm verlaufende Graben mit dem tatsächlich ausgeführten Bauwerk verglichen wird. Beruht die Berechnung nicht auf einer konstanten Mehrbreite von 3 cm bei einer konstanten Grabentiefe von 60 cm, sondern – in Abhängigkeit vom effektiv verbauten Querschnitt, wie er aus den Bauplänen der Anlage ersichtlich ist – auf der tatsächlichen Differenz zwischen der geplanten kleineren und der wirklich realisierten Anlage, ergibt dies über die gesamte auf dem Gebiet des Kantons Bern gelegene Strecke eine Kubaturdifferenz von 3'195 m<sup>3</sup>.

	Mühleberg	Bern	Schönbühl	Utzenstorf	Wangen	Total
Streckenlänge in Metern	12'035	8'858	11'026	11'078	9'206	52'203
Kubaturdif- ferenz in m <sup>3</sup>	237	198	247	2'263	250	<b>3'195</b>

Vom so bestimmten Volumen von 3'195 m<sup>3</sup> ist die Kubaturdifferenz abzuziehen, die auf den Bereich «km 179.000-184.488» entfällt, für den nicht die Klägerin, sondern der Kanton Bern verantwortlich zeichnet (vgl. vorne E. 4.1); auf dem Abschnitt Schönbühl sind dies 29 m<sup>3</sup> und auf dem Abschnitt Utzenstorf 1'822 m<sup>3</sup>. Die massgebende Differenz macht mithin 1'344 m<sup>3</sup> aus. Unter Verwendung eines Kostenansatzes von Fr. 316.-- pro Kubikmeter ergibt dies Mehrkosten für das grössere Grabenvolumen in der Höhe von insgesamt Fr. 424'704.-- (Gerichtsgutachten, A3.4.1).

**5.2.2** Die Klägerin wendet hiergegen ein, der Gutachter gehe zu Unrecht von einer blossen Verbreiterung um 3 cm aus, habe ihr ursprüngliches Projekt doch eine Solenbreite von 33 cm vorgesehen (Dossier V, act. 93, Rz. 29 ff.; act. 108, Rz. 33 ff.). Dabei nimmt sie jedoch auf ihr angeblich im Grünstreifen der A1 geplantes Projekt bzw. auf die vom Verwaltungsgericht bereits verworfene (behauptete) Projektänderung Bezug (vgl. Dossier III, act. 15, Rz. 38), weshalb auf dieses Vorbringen nicht weiter einzugehen ist (vgl. vorne E. 4.3.6). Sie behauptet zudem, zwar habe die «Sohlenbreite» 48 cm betragen, aber die «Aushubbreite» sei effektiv 70 cm gewesen; das zusätzliche Grabenvolumen mache damit effektiv acht Mal mehr aus als angenommen. Diese Behauptung, die erstmals in der Eingabe vom 14. Dezember 2012 aufgestellt wird (Dossier V, act. 93, Rz. 37), findet indes weder in den Akten noch in den Ausführungen des Gutachters eine Stütze. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang auf eine Grafik des Gutachters verweist (Zusatzgutachten, S. 4), übersieht sie, dass die betreffende Darstellung einzig zur abstrakten Illustration des Unterschieds zwischen der planerisch und der ausführungstechnisch bedingten Volumendifferenz dient und keineswegs massstabsgetreu gehalten ist (vgl. sogleich E. 5.2.3). – Beklagte und Kanton Bern wenden ihrerseits ein, dass es auch ohne die Zusatzbestellung des Kantons zu Differenzen zwischen dem geplanten und dem tatsächlich verbauten Querschnitt des Grabens gekommen wäre, etwa dort, wo die örtlichen Verhältnisse vertikale Wände des Grabens nicht zugelassen hätten, so dass eine andere Bauweise habe gewählt werden müssen. Die Kosten für solche Differenzen dürften nicht zulasten der Beklagten berücksichtigt werden (Dossier V, act. 91, Ziff. I/4; act. 92, Ziff. II/B/6).

**5.2.3** Der Gutachter akzeptiert den Einwand von Beklagter und Kanton Bern und bestätigt, dass seine Berechnung gestützt auf die Baupläne neben den «planerisch bedingten Querschnittsdifferenzen» auch solche umfasse, die «ausführungstechnisch bedingt» seien. Dabei seien an sich nur die Mehrkosten im Zusammenhang mit der planerisch bedingten Volumenvergrösserung auf die Zusatzbestellung zurückzuführen und der Beklagten anzurechnen, während jene baulichen Mehrkosten, die sich – beispielsweise aufgrund der Beschaffenheit des Baugrunds – unabhängig von der Grabenbreite ergeben haben, zu Lasten der Klägerin gingen (Zusatzgutachten, Frage 4). Aus diesen Ausführungen des Gutachters ist ersichtlich, dass ein Teil der von ihm auf Fr. 424'704.-- bestimmten Mehrkosten für das grössere Grabenvolumen richtigerweise als «ausführungstechnisch bedingte» Kosten betrachtet werden müssen, die auch ohne Zusatzbestellung beim Bau der kleineren Anlage angefallen wären.

Allerdings lässt der Gutachter bei der Beantwortung der entsprechenden Zusatzfrage offen, wie dieser Anteil zu quantifizieren ist. Insbesondere bestätigt er die Behauptung von Beklagter und Beigeladenem nicht explizit, die angesichts der «ausführungstechnisch bedingten Querschnittsdifferenzen» auf einer massgebenden Volumendifferenz von bloss 623 m<sup>3</sup> beharren. Es kann jedoch davon abgesehen werden, vom Gutachter insoweit eine Klärung zu verlangen, beeinflusst doch die Berücksichtigung des (zu hohen) gesamten Betrags von Fr. 424'704.-- den Ausgang des Verfahrens nicht (vgl. hinten E. 8.1).

**5.3** Zur Frage von allfälligen *Einsparungen*, welche die grössere Anzahl von verlegten Rohren bei den Betonierungskosten mit sich gebracht haben könnte (und die von der Beklagten für das streitbetroffene Projekt mit insgesamt Fr. 57'000.-- beziffert werden; vgl. vorne E. 5.1), ergibt sich Folgendes:

**5.3.1** Der Gutachter bestätigt zunächst, dass es theoretisch zu entsprechenden Einsparungen kommen könnte, verneint aber, dass der Klägerin bei der Betonierung der Anlage wegen der Zusatzbestellung tatsächlich geringere Kosten entstanden sind. Im Einzelnen hält er fest (Gerichtsgutachten, A3.4.2):

«Die Fragestellung und auch die Berechnung des Mindervolumens können in der Theorie nachvollzogen und auch bestätigt werden. Dafür muss (wie von der Beklagten) angenommen werden, dass der betonierte Rohrleitungsblock bei einer 12+2- effektiv dieselben Aussenabmessungen wie bei einer 24-Rohr-Anlage aufweist.

Dieser theoretische Ansatz ist aber für die Praxis kaum relevant. So wird üblicherweise durch entsprechende Grabengestaltung oder Abschalung bei Betonierarbeiten der Verbrauch an Beton optimiert.

Hier muss also unterschieden werden zwischen einem theoretischen Mindermass, welches durchaus nachvollzogen werden kann, und einer dem gegenüberstehenden ausführungstechnischen Optimierung. Die theoretischen Mindermasse dürften durch die entsprechende Optimierung kompensiert werden. Deshalb ist von keiner diesbezüglichen Kostenreduktion auszugehen.»

**5.3.2** Die Beklagte und der Kanton Bern wenden zwar ein, mit der Grabengestaltung sei darum keine Optimierung möglich gewesen, weil die Grabenbreite von 45 cm durch die Breite der eingesetzten Baggerschaufel bedingt gewesen sei. Zudem wäre eine seitliche Abschalung zu teuer gewesen, weshalb sie zu Recht auf Einsparungen geschlossen hätten (Dossier V, act. 91, Ziff. I/5; act. 92, Ziff. II/6). Mit diesen unbelegten Behauptungen (vgl. auch Dossier V, act. 104, Ziff. II/B/5; act. 92, Ziff. II/B/5) vermögen sie jedoch die schlüssigen Ausführungen des Gutachters nicht in Frage zu stellen, finden sich doch – wie dieser auf Zusatzfrage hin ausdrücklich festhält

(Zusatzgutachten, Frage 5) – keine Hinweise darauf, dass beim streitbetroffenen Projekt nicht kostenoptimiert gearbeitet worden wäre. Mithin ist davon auszugehen, dass mit der Errichtung der erweiterten Kabelrohranlage keine Kosteneinsparungen verbunden waren.

**5.4** Zu den Mehrkosten für die *Verwendung von mächtigeren Vortriebsrohren*, welche die Beklagte auf insgesamt Fr. 36'000.-- beziffert (vgl. vorne E. 5.1), ergibt sich Folgendes:

**5.4.1** Der Gutachter bestätigt, dass für den Einbau der erweiterten Anlage grössere Vortriebsrohre mit einem Durchmesser von 400 mm (anstatt 300 mm) verwendet werden mussten. Aufgrund der Baupläne ermittelt er eine Strecke von insgesamt 388 m, auf der Querungen mittels Pressvortriebs vorgenommen wurden.

	Mühleberg	Bern	Schönbühl	Utzenstorf	Wangen	Total
Streckenlänge in Metern	33	168	103	0	84	388

Die von der Beklagten für ihre Berechnung verwendete «Kostendifferenz» von Fr. 89.-- pro Laufmeter erachtete er als «plausibel» und bestimmte die Mehrkosten dementsprechend auf Fr. 34'542.-- (richtig: Fr. 34'532.--; Gerichtsgutachten, A3.4.3).

**5.4.2** Die Beklagte und der Kanton Bern haben hiezu keine Bemerkungen gemacht (vgl. Dossier V, act. 91, Ziff. I/6; act. 92, Ziff. II/B/6), während die Klägerin – unter Hinweis auf den Umstand, dass sie die Berechnung der Mehrkosten insgesamt bestritten habe – eine gutachterliche Überprüfung des Kostenansatzes auf seine Angemessenheit verlangt (Dossier V, act. 93, Rz. 39). Sie übersieht dabei, dass der Gutachter den von der Klägerin verwendeten Kostensatz ausdrücklich für angemessen bzw. «plausibel» bezeichnet und mithin (implizit) überprüft hat. Demnach darf als erstellt gelten, dass die Errichtung der erweiterten Kabelrohranlage die Verwendung von mächtigeren Vortriebsrohren bedingte, was zu Mehrkosten von insgesamt Fr. 34'532.-- geführt hat.

**5.5** Zu den Mehrkosten, die mit der *Montage der grösseren Anlage unter den Brücken* verbunden sind (und die von der Beklagten mit Fr. 74'000.-- beziffert werden; vgl. vorne E. 5.1), ergibt sich Folgendes:

**5.5.1** Der Gutachter bestimmt die Strecke, auf der die (erweiterte) Kabelrohranlage an Brücken montiert worden ist, auf 3'848 m [richtig: 3'847 m]:

Montageart	Mühleberg	Bern	Schönbühl	Utzenstorf	Wangen	Total
Kragplatte	540	524	17	0	0	1'081
Leiteinrichtung	0	71	0	0	43	114
Leiteinrichtung und Kragplatte	0	350	0	0	0	350
Hohlkasten	890	34	0	0	0	924*
Hohlkasten und Leiteinrichtung	0	1'168	0	0	0	1'168
(unbekannt)	0	0	0	0	210	210
<b>Total</b>						<b>3'847*</b>

(\* Korrektur einer offensichtlich fehlerhaften Addition bzw. einer Misschreibung)

Anschliessend hält er fest, dass der von Beklagter und Beigeladenem zur Bestimmung der Mehrkosten verwendete Satz von Fr. 17.-- pro Laufmeter zu tief angesetzt ist. Da das TBA an anderer Stelle selber von Kosten in der Höhe von Fr. 115.-- ausgehe, könne zur Bestimmung der effektiven Mehrkosten auf diesen Wert abgestellt werden (vgl. die Aufstellung der Laufmeterkosten vom 23.10.2008, Dossier III, act. 14A, Beilage 7). Unter Berücksichtigung der zusätzlichen Kosten für «Mehrlängen Widerlagerbereiche» von Fr. 2'700.-- und für zusätzliche Kernbohrungen von Fr. 8'600.-- mache der Gesamtbetrag der Mehrkosten für die Montage an Brücken Fr. 453'820.-- [richtig: Fr. 453'705.--] aus (Gerichtsgutachten, A3.4.4).

**5.5.2** Die Beklagte und der Kanton Bern wenden ein, der Gutachter habe nicht die «effektiv aufgehängten Konstruktionslängen», sondern fälschlicherweise die «Objektlängen» berücksichtigt, weshalb die Gesamtlänge der betroffenen Strecke auf 3'697 m reduziert werden müsse. Weiter entspreche der Betrag von Fr. 17.-- pro Laufmeter den Kosten für das Hüllrohr, das wegen der Erweiterung der

Kabelrohranlage zusätzlich habe verbaut werden müssen. Der gutachterliche Ansatz von Fr. 115.-- könne nicht verwendet werden, weil die Kostenaufstellung, der er entnommen worden sei, nicht nur die Kosten betreffe, die wegen der Erweiterung der Anlage angefallen seien, sondern die gesamten Montagekosten für alle Hüllrohre ausweise. Zudem beruhe er auf Preisen des Jahres 2008, die um 21 % höher seien als die hier massgebenden des Jahres 2000 (Dossier V, act. 91, Ziff. I/7; act. 92, Ziff. II/B/6). – Die Klägerin führt ihrerseits aus, die Beklagte sei «auf ihren eigenen Zahlen zu behaften» (Dossier V, act. 93, Rz. 40).

**5.5.3** Zu den Einwendungen von Beklagter und Beigeladenem betreffend den Kostenansatz hat der Gutachter wie folgt Stellung genommen (Zusatzgutachten, Frage 6):

«Es wird davon ausgegangen, dass die Frage hier bezüglich den Mehrkosten einer (Erst-)Montage einer 24-Rohr-Anlage anstelle einer 12-Rohr-Anlage gestellt wird. [...] Die von der Beklagten bezifferten Mehrkosten von 17 CHF pro Laufmeter beziehen sich auf reine Materialkosten für ein zusätzliches Hüllrohr. Die mit der Arbeitsleistung zur Montage des zusätzlichen Hüllrohrs verbundenen Mehrkosten sowie insbesondere ein grösserer Materialaufwand zur Aufhängung der Anlage werden dabei ausser Acht gelassen. [...] Demgegenüber bezieht sich der im Gutachten vorgelegte Mehrkostensatz von 115 CHF zugegebenermassen eher auf eine vollumfängliche Montage einer Anlage mit 24 Kabelrohren.

Ein zuverlässiger Kostenwert zur Beurteilung der Mehrkosten im Rahmen der Brückenmontage wird in der Spannweite zwischen diesen beiden Grenzwerten unter Berücksichtigung von reinen Materialkosten und zusätzlichem Arbeitsaufwand zu finden sein. Wird betreffend Materialkosten von 17 CHF pro Laufmeter ausgegangen, so könnten die Mehrkosten zum Arbeitsaufwand anhand [folgender] Ansätze geschätzt werden. Die Regie-Tarife 2000 für Baumeisterarbeiten des Kantonalen Baumeisterverbands Zürich betragen im Tiefbau:

-	85
CHF pro Stunde für einen Vorarbeiter und	
-	61 CHF pro Stunde für einen Bauarbeiter.

Wird davon ausgegangen, dass für derartige Arbeiten eine Gruppe bestehend aus einem Vorarbeiter und vier Bauarbeiter am Werk sind, so beträgt deren Gruppentarif 329 CHF pro Stunde. Relevante Faktoren wie die 'Arbeitsleistung' (in Metern pro Stunde) und der 'Mehraufwand zur Montage' (der 24- anstelle einer 12-Rohr-Anlage) können bloss geschätzt werden. Betreffend 'Arbeitsleistung' kann schätzungsweise von 5 m pro Stunde ausgegangen werden. Wird der 'Mehraufwand zur Montage' auf rund 40 % (um 'Ohnehin-Aufwand' verminderter Anteil einer doppelt so grossen Anlage) geschätzt, so fallen also pro Laufmeter Brückenmontage neben den Materialkosten von 17 CHF zusätzlich:

$329 \text{ CHF/h} \times \frac{1}{5} \text{ h/m} \times 40 \% = 26.3 \text{ CHF/m}$   
an – in der Summe also rund  $17 + 26 = 43 \text{ CHF}$  pro Laufmeter Brückenmontage einer 24- anstelle einer 12-Rohr-Anlage.

Der zusätzliche Materialaufwand für die Aufhängung lässt sich ausgehend von dem in den Planunterlagen charakteristisch dargestellten Querschnitt 'ZD05' (Länge Gewindeschrauben ca. 0.4 m, Länge 4-kant-Rohre ca. 0.7 m) und mit Hilfe einer praxisüblichen Lösung zur Aufhängung von Kabelschutzrohren unter Brücken (Typ KRs 3-1) bestimmen:

-Gewicht zwei Gewindestangen Ø 12mm: [...] 0.71 kg

- Gewicht zwei 4-kant-Rohre 40/40/2mm: [...] 3.34 kg  
in der Summe also rund 4 kg Stahl pro Aufhängpunkt. Unter Annahme von Aufhängpunkten alle 2 Meter, 40 % Mehrkosten gegenüber einer 12-Rohr-Anlage und einem Stahlpreises von 5 CHF pro Kilogramm ergibt sich ein zusätzlicher Materialaufwand (für die Aufhängung der 24- anstelle einer 12-Rohr-Anlage) von [...] 4 CHF/m.

Gesamthaft also  $[43] + 4 = 47$  CHF pro Laufmeter Mehrkosten für die Montage der grösseren Kabelrohranlage (Materialkosten und zusätzlicher Arbeitsaufwand berücksichtigend) unter Brücken. Es ist davon auszugehen, dass dieser Wert von knapp 50 CHF pro Laufmeter einen verhältnismässigen Wert zur Bestimmung der Mehrkosten darstellt.»

**5.5.4** Beklagte und Beigeladener begrüssen, dass der Gutachter ihrem Einwand Rechnung trägt und anerkennen ausdrücklich die Berücksichtigung von Mehrkosten in der Höhe von Fr. 4.-- pro Laufmeter für den zusätzlichen Materialaufwand. Sie bemängeln aber, dass der Gutachter die Beklagte zu 40 % an den Lohnkosten für die Montage beteiligen wolle; dieser Prozentsatz sei mit Blick auf den hohen Anteil der «Ohnehin-Kosten» bei derartigen Arbeiten zu hoch angesetzt (Dossier V, act. 104, Ziff. II/B/6; act. 105, Ziff. II/B/6). – Die Klägerin führt ihrerseits aus, die vom Gutachter verwendeten Formulierungen zeigten, dass dieser «hier in keiner Weise sein eigenes Fachwissen im Sinne von Fakten» einbringe, sondern «ganz offensichtlich spekuliert». Die effektiv bezahlten Kosten ergäben sich «aus den beim Gericht vorhandenen Akten» (Dossier V, act. 108, Rz. 41).

**5.5.5** Die Beklagte und der Kanton Bern haben zwar die vom Gutachter ermittelte Montagestrecke als zu lang beanstandet, bringen aber nichts vor, was dessen Feststellung einer (um eine Missschreibung bzw. einen Additionsfehler korrigierte) Länge von 3'847 m in Frage zu stellen vermöchte; im Gutachten ist im Übrigen ausdrücklich von «Montagelängen» und nicht von «Objektlängen» die Rede. Weiter kann auf den Wert von Fr. 47.-- pro Laufmeter abgestellt werden, den der Gutachter im Zusammenhang mit der Montage der grösseren Anlage unter den Brücken als Mehrkosten für zusätzliches Material und zusätzlichen Arbeitsaufwand ermittelt hat. Es leuchtet ein, dass jener Anteil des Aufwands, der durch das Anbringen einer Anlage mit 24 anstatt zwölf Kabelrohren zusätzlich entsteht, im Bereich von Brücken grösser ist als beim Einbau der Anlage in den Standstreifen. Dort beschränkt sich der Zusatzaufwand, wie gesehen, im Wesentlichen auf eine Verbreiterung des auszuhebenden Grabens und auf zusätzliche Materialkosten (vgl. sogleich E. 5.6), während insbesondere beim Einbringen des Betons kein zusätzlicher Arbeitsaufwand entsteht. Demgegenüber muss die Anlage im Bereich der Brücken eigens befestigt werden, weshalb mit dem Gutachter anzunehmen ist, dass wegen der doppelten

Grösse und dem doppelten Gewicht der Anlage ein merklich grösserer Arbeitsaufwand anfällt; dabei besteht kein Anlass, vom gutachterlich bestimmten Anteil von 40 % abzuweichen. Auch die Einwände, welche die Klägerin gegen den Wert von Fr. 47.-- pro Laufmeter vorbringt, sind unbegründet: Der ursprünglich verwendete Betrag von Fr. 115.-- entstammt einer Aufstellung des TBA, welches die Gesamtkosten pro Laufmeter für das Wiederanbringen der gesamten Kabelrohranlage nach einer zeitweiligen «Umlegung» wegen Sanierungsarbeiten ausweist, ist also im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig. Aus den Erwägungen des Gutachters ist ohne weiteres ersichtlich, dass dieser im Zusatzgutachten eine fachkundige Schätzung des Mehraufwands vornimmt. Was die Klägerin als «Spekulation» abtut, ist vielmehr eine schlüssige Beurteilung des zusätzlich angefallenen Aufwands unter Berücksichtigung der bekannten Elemente einerseits und Schätzung der übrigen Elemente andererseits; genau dies wird von einem Sachverständigen erwartet.

**5.5.6** Nach dem Gesagten lassen sich die Mehrkosten, die aufgrund der Montage der grösseren Anlage unter den Brücken entstehen, wie folgt bestimmen: 3'847 m à Fr. 47.--, ausmachend Fr. 180'809.--, zuzüglich Fr. 2'700.-- für «Mehrlängen Widerlagerbereiche» und Fr. 8'600.-- für zusätzliche Kernbohrungen, insgesamt also Fr. 192'109.--.

**5.6** Die Errichtung der erweiterten Anlage hat zu Mehrkosten für die Beschaffung von zusätzlichen *Schächten, Kabelrohren und Kupplungsmanschetten* sowie für das Versetzen der Schächte und das Einziehen der Rohre geführt. Zwischen den Verfahrensbeteiligten erscheint auf den ersten Blick umstritten, wie hoch diese zusätzlichen Aufwendungen sind. Bei näherer Betrachtung und unter Korrektur von offensichtlichen Fehlern in den Ausführungen der Beklagten hat diese für die Beschaffung von zusätzlichen Schächten, Kabelrohren und Kupplungsmanschetten sowie für das Versetzen der Schächte und das Einziehen der Rohre letztlich aber durchwegs Mehrkosten anerkannt, die mindestens gleich hoch sind wie die von der Klägerin geltend gemachten. Es kann deshalb auf eine gutachterliche Bestimmung der entsprechenden Mehrkosten verzichtet und auf die insoweit grundsätzlich überzeugende Sachverhaltsdarstellung der Klägerin abgestellt werden (vgl. Verfügung vom 8.9.2011 [Dossier IV, act. 56]). Nicht zu hören ist deren Vorbringen, die Beklagte sei dort, wo sie selber von höheren Mehrkosten ausgehe, auf den entsprechenden Beträgen zu behaften (vgl. Dossier IV, act. 62, Rz. 18). Tatsachenfeststellungen unterliegen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht der Dispositionsmaxime;

vielmehr hat das Verwaltungsgericht seinem Urteil den von ihm vollständig und korrekt ermittelten entscheidewesentlichen Sachverhalt zugrunde zu legen (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 18 N. 1). Es sind darum im vorliegenden Bereich die nachvollziehbaren und überwiegend auf Belege gestützten Kostenberechnungen der Klägerin massgebend, zumal sich die abweichenden, etwas höheren Beträge, wie sie sich aus den Berechnungen der Beklagten in deren Stellungnahmen vom 22. Juni 2009 (Dossier III, act. 22) ergeben, entweder auf einen Berechnungsfehler, eine Misschreibung oder einen Irrtum zurückführen lassen. Jedenfalls sind insoweit keine Abklärungen durch einen Experten erforderlich, weshalb der Beweisantrag der Klägerin, auch betreffend Mehrkosten im Zusammenhang mit der Beschaffung von zusätzlichen Schächten, Kabelrohren und Kupplungsmanschetten sowie für das Versetzen der Schächte und das Einziehen der Rohre ein Gutachten einzuholen (Dossier IV, act. 62, Rz. 38), abgewiesen wird.

**5.6.1** Für die Beschaffung zwölf zusätzlicher (schwarzer) *Kabelrohre* mit einem Durchmesser von 40 mm sind gemäss den Ausführungen der Klägerin über die massgebende Gesamtstrecke Kosten in der Höhe von Fr. 826'360.-- angefallen (Dossier III, act. 15, Rzn. 61-64 und 83). Die Beklagte anerkennt die Auslagen für die Beschaffung der zwölf zusätzlichen Rohre als Mehrkosten (Dossier III, act. 22, Ziff. II/10.6) und setzt in ihrer Berechnung hierfür einen Betrag von Fr. 925'976.-- ein (Dossier III, act. 22, Ziff. II/10.8). Auf diesen höheren Betrag kommt die Beklagte darum, weil sie irrtümlicherweise von den Aufwendungen der Klägerin für die Beschaffung der etwas teureren, von ihr selber verwendeten gestreiften Rohre ausgegangen ist (vgl. Dossier III, act. 15, Rzn. 62 und 64). Es ist mithin davon auszugehen, dass im Zusammenhang mit der Beschaffung von zusätzlichen Kabelrohren Mehrkosten von insgesamt Fr. 826'360.-- angefallen sind.

**5.6.2** Weiter macht die Klägerin geltend, auf dem Gebiet des Kantons Bern seien 4'164 *Kupplungsmanschetten* mit einem Stückpreis von rund Fr. 6.40 verbaut worden; insgesamt seien hierfür Kosten von Fr. 26'651.43 angefallen, welche der Beklagten zur Hälfte anzurechnen seien, ausmachend Fr. 13'325.72 (Dossier III, act. 15, Rzn. 65 und 94). Die Beklagte anerkennt ausdrücklich, dass die Hälfte der verwendeten Kupplungsmanschetten auf ihre Zusatzbestellung entfallen und berechnet hierfür alsdann Mehrkosten von Fr. 13'644.80 (2'132 Stück à Fr. 6.40; Dossier III, act. 22, Ziff. II/10.7). Dieser höhere Betrag beruht jedoch auf einem Rechnungsfehler der Beklagten, macht die Hälfte von 4'164 Kupplungsmanschetten doch 2'082 und nicht 2'132 Stück aus. Es

ist mithin davon auszugehen, dass im Zusammenhang mit der Beschaffung von zusätzlichen Kupplungsmanschetten Mehrkosten von insgesamt Fr. 13'325.70 angefallen sind.

**5.6.3** Sodann macht die Klägerin für die Beschaffung zusätzlicher *Zug- und Spleissschächte* Mehrkosten von Fr. 277'127.70 geltend, für deren Versetzen solche von Fr. 95'450.-- und für die Einführung der Rohre in die Anlage solche von Fr. 35'112.50 (Dossier III, act. 15, Rzn. 43, 50, 66 f. und 94). Die Beklagte geht ihrerseits von Mehrkosten in der Höhe von Fr. 290'027.-- für die Beschaffung der Schächte, von Fr. 37'853.75 für die Einführung der Rohre in die Anlage und von (wohl) Fr. 104'995.-- für das Versetzen der Schächte aus (der hierfür eingesetzte Betrag von Fr. 104'665.-- basiert auf einem offensichtlichen Rechnungsfehler und der auch verwendete Betrag von Fr. 113'080.-- ist auf einen offensichtlich falschen Kostenansatz gestützt; vgl. Dossier III, act. 22, Ziff. II/10.2 und II/10.8). Bei diesen Gegebenheiten ist – der schlüssigen Darstellung der Klägerin entsprechend – von folgenden weiteren Mehrkosten für die Erweiterung der Anlage auf 24 Kabelrohre auszugehen: Fr. 277'127.70 für die Beschaffung der Schächte, Fr. 95'450.-- für das Versetzen der Schächte und Fr. 35'112.50 für die Einführung der Rohre in die Anlage.

**5.7** Es fragt sich schliesslich, ob noch *weitere bauliche Mehrkosten* entstanden sind. Die Klägerin macht insoweit geltend, die Aufzählung der Beklagten sei nicht vollständig, umfasse sie doch insbesondere die vom Gutachter erwähnten Kosten für die Baustelleninstallation oder für Eigenleistungen des Bauherrn nicht (Dossier V, act. 93, Rz. 27).

**5.7.1** In der Tat erwähnt der Gutachter im Rahmen der allgemeinen Beurteilung der Berechnungsmethode der Beklagten weitere, von dieser in ihrer Aufzählung nicht genannte Positionen. Zur Beantwortung der Frage, ob sich die gesamten baulichen Mehrkosten über eine einfache Addition der zusätzlichen Aufwendungen bestimmen lassen, führt er Folgendes aus (Gerichtsgutachten, A3.1):

«Diese Aussage trifft insbesondere vor dem Hintergrund der Anwendung der Berechnungsmethode der Beklagten zu.

Die Fragestellung muss jedoch einerseits in methodischer und andererseits in quantitativer Hinsicht beurteilt werden. Methodisch ist die Addition von effektiv ausgewiesenen, zusätzlichen Aufwendungen das zutreffende Vorgehen für die Bestimmung der baulichen Mehrkosten (vgl. Beantwortung der Gutachterfrage A1.1). In quantitativer Hinsicht gilt der Hinweis, dass die Aufzählung eventuell nicht abschliessend ist. So bleiben dadurch beispielsweise Kosten für die

Baustelleninstallation oder Eigenleistungen des Bauherrn unberücksichtigt. Auch geht die Aufzählung von einer Verlegung im Stand- oder Grünstreifen aus.»

Aus diesen Ausführungen ist ersichtlich, dass der Gutachter die Frage A3.1 mit Blick auf seine Erörterungen über die vorzuziehende Berechnungsmethode bei Frage A1 (vgl. vorne E. 4.4) und mithin abstrakt beantwortet hat. Er erklärt bloss in allgemeiner Art und Weise, dass die Aufzählung der Beklagten «eventuell nicht abschliessend» sein könnte und ergänzt werden müsste, falls weitere Kosten wie jene, die er dann «beispielsweise» aufzählt, angefallen wären.

**5.7.2** Dieses Verständnis der betreffenden Passage hat der Gutachter bestätigt und erklärt, die von ihm erwähnten zusätzlichen Elemente seien bloss als beispielhafte Aufzählung von Positionen zu verstehen, die im konkreten Einzelfall je nach den Umständen auch zu berücksichtigen sein könnten. Zudem verneint er auf entsprechende Frage hin ausdrücklich, dass vorliegend weitere, in der Aufzählung der Beklagten nicht enthaltene Kosten angefallen sind (Zusatzgutachten, Frage 3). – Die Klägerin macht zwar geltend, entgegen den Ausführungen des Gutachters seien sehr wohl weitere bauliche Mehrkosten angefallen. Sie behauptet insoweit aber bloss, es hätten «grössere, leistungsstärkere und damit auch teurere Geräte eingesetzt werden» müssen, wobei sie erneut auf die vom Verwaltungsgericht bereits verworfene angebliche Projektänderung Bezug zu nehmen scheint (vgl. vorne E. 4.3); Belege bietet sie keine an, sondern verweist diesbezüglich lediglich auf ihre Eingabe vom 30. Januar 2009 und die «Gerichtsakten» (Dossier V, act. 108, Rz. 27 ff.). Diese unsubstantiierten Behauptungen und allgemeinen Verweise auf die Akten und frühere Eingaben sind nicht geeignet, die anderslautende Feststellung des Gutachters in Zweifel zu ziehen. Mithin ist davon auszugehen, dass zu den bereits ermittelten baulichen Mehrkosten keine weiteren hinzukommen.

**5.8** Nach dem Gesagten ist insgesamt von folgenden baulichen Mehrkosten auszugehen:

	<b>Mehrkosten (in Franken)</b>
grösseres Grabenvolumen	424'704.--
mächtiger Vortriebsrohre	34'532.--
Montage unter den Brücken	192'109.--

zusätzliche Kabelrohre	826'360.--
zusätzliche Kupplungsmanschetten	13'325.70
Beschaffung der Schächte	277'127.70
Versetzen der Schächte	95'450.--
Einführung der Rohre	35'112.50
<b>Total</b>	<b>1'898'720.90</b>

## 6.

Die Klägerin macht neben den rein baulichen Mehrkosten noch andere geltend, die ihr im Zusammenhang mit der Erweiterung der Kabelrohranlage auf 24 Rohre entstanden seien. Soweit sich dabei Sachverhaltsfragen stellen, die nicht ohne technischen Sachverstand geklärt werden können, hat das Verwaltungsgericht den Experten mit ihrer Beantwortung beauftragt (vgl. Gerichtsgutachten [Dossier IV, act. 81A] und Zusatzgutachten [Dossier V, act. 99A]).

**6.1** Die Klägerin bringt unter anderem vor, ihre *Projektierungs- und Bauleitungskosten* hätten sich wegen der Erweiterung der Anlage um insgesamt 2,46 Mio. Franken erhöht.

**6.1.1** Die Klägerin beziffert jene Projektierungs- und Bauleitungskosten, die für den Bau der Anlage auf dem Gebiet des Kantons Bern angefallen sind, nicht anhand konkret getätigter Ausgaben, sondern versucht, die entsprechenden Kosten schätzungsweise zu bestimmen. Sie begründet dieses Vorgehen damit, dass die Aufträge für Projektierung und Bauleitung für die gesamte Strecke von Genf bis Zürich vergeben worden seien, so dass sich die entstandenen Kosten nicht genau nach Kantonsgebiet abgrenzen liessen. Die Klägerin behauptet, für die Errichtung der gesamten Anlage von Genf bis Zürich seien Kosten von rund 140,3 Mio. Franken angefallen, wovon die Projektierungs- und Bauleitungskosten rund 22,4 Mio. Franken bzw. 15,97 % ausmachten. In Anwendung dieses Prozentsatzes will sie anschliessend die hier massgebenden Projektierungs- und Bauleitungskosten bestimmen: Die

gesamten Baukosten für die Kabelrohranlage auf dem Gebiet des Kantons Bern hätten Fr. 28'778'884.59 betragen, so dass die Projektierungs- und Bauleitungskosten 15,97 % hievon bzw. Fr. 4'595'987.87 betragen würden. Von diesem Betrag seien 53,51 % bzw. Fr. 2'459'313.10 durch die Erweiterung der Anlage bedingt (Dossier III, act. 15, Rzn. 33 ff., 68 und 94). – Die Beklagte wendet ein, die Berechnungsweise der Klägerin sei von vornherein untauglich. Die Projektierungs- und Bauleitungskosten könnten nicht 15,97 % der Baukosten ausmachen; der entsprechende Satz sei viel zu hoch, sei doch erfahrungsgemäss von bloss rund 10 % der Baukosten auszugehen. Sie habe jedenfalls maximal eine Erhöhung der Projektierungs- und Bauleitungskosten im Umfang von Fr. 155'125.-- zu verantworten (Dossier III, act. 22, Ziff. II/8).

**6.1.2** Zur Methode, nach der die Projektierungs- und Bauleitungskosten der streitbetroffenen Anlage ermittelt werden können, wurde der Gutachter ausführlich befragt. Dieser hält zunächst fest, dass die Klägerin grundsätzlich Angaben über die bezahlten Honorare machen können müsste; ihm selber sei die Ermittlung der tatsächlichen Auslagen nicht möglich, weil sich in den Akten weder die mit den beauftragten Planern geschlossenen Verträge noch Belege über den Zahlungsverkehr mit diesen fänden (Gerichtsgutachten, A5.1). Weiter führt er aus, das Verhältnis zwischen Baukosten und Projektierungs- und Bauleitungskosten hänge wesentlich von der Art des Vorhabens und den Rahmenbedingungen des Projekts ab. Weil Letztere bei der errichteten Kabelrohranlage von Kanton zu Kanton stark variiert hätten, sei die «Anwendung eines einheitlich über die gesamte Strecke gemittelten Prozentsatzes nicht angebracht» (Gerichtsgutachten, A5.2). Anschliessend weist der Gutachter darauf hin, dass es keine klar definierbare Bandbreite bzw. keine Grössenordnung gebe, in der sich die Projektierungs- und Bauleitungskosten üblicherweise bewegen; dafür spielten die Rahmenbedingungen des konkret betroffenen Bauvorhabens – insbesondere die Art des Projekts, die Umstände seiner Ausführung, der Terminplan, der Infrastrukturtyp und die Abrechnungsweise – eine zu grosse Rolle. Für den vorliegenden Sachverhalt könne aber eine Honorarberechnung gemäss der Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieure und Bauingenieurinnen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) vorgenommen werden (SIA-Ordnung 103, Ausgabe 2003). Der Gutachter erläutert anschliessend die betreffende Berechnungsformel und die einzelnen für ihre Anwendung massgebenden Grössen (Gerichtsgutachten, A5.3):

«Der Zeitaufwand  $T_m$  in Stunden berechnet sich in Abhängigkeit der Baukosten zu:

$$T_m = B \times \frac{p}{100} \times n \times \frac{q}{100} \times r$$

mit

B den Baukosten [CHF] exkl. MWSt.

und

$$p = Z1 + \frac{Z2}{B_p^3}$$

mit

$B_p$  den faktorbestimmenden Baukosten [CHF] exkl. MWSt.

Z1 den Grundfaktor p bestimmenden Koeffizienten [-]

Z2 den Grundfaktor p bestimmenden Koeffizienten [-]

und weiter

n dem Schwierigkeitsgrad [-] ( $n \in [0.8, 1.2]$ )

q dem Leistungsanteil des Ingenieurs [%] ( $q \in [78, 100]$ )

r dem Anpassungsfaktor an den konkreten Auftrag [-] ( $r \in [0.75, 1.2]$ )

Gemäss [SIA-Ordnung 103], Ziffer 7.6 können bei der vorliegenden Sachlage die faktorbestimmenden Baukosten  $B_p$  den Baukosten  $B$  gleichgesetzt werden.

Aus dem durchschnittlichen Zeitaufwand  $T_m$  ergibt sich der auftragsspezifisch prognostizierte Zeitaufwand  $T_p$ :

$$T_p = T_m \times i$$

mit

i dem Teamfaktor ( $i = \text{i.d.R. } 1.0$ )

Das Honorar schliesslich berechnet sich aus:

$$H = T_p \times s \times h$$

mit

s dem Faktor für Sonderleistungen [-] ( $s \in [1.0, 1.5]$ )

h dem angebotenen Stundenansatz

Wird davon ausgegangen, dass es sich bei den Ingenieurleistungen eher um Routinetätigkeit bei grossen Baukosten im Verhältnis zum Ingenieuraufwand handelt, so kann ein Schwierigkeitsgrad  $n$  von 0.8 vorausgesetzt werden.

Der Leistungsanteil  $q$  des Ingenieurs ist abhängig davon, welche Leistungen vom Bauherrn selbst bzw. Dritten übernommen wird. Übernimmt der Ingenieur alle Aufgaben in den Phasen Projektierung bis Realisierung wahr, so beträgt der Leistungsanteil 100 %. Im vorliegenden Sachverhalt ist nicht klar, ob die beauftragte Ingenieurunternehmung IUB beispielsweise den Bauunternehmer selbst beschafft hat und am Abschluss der Realisierung beteiligt war. Somit beträgt der Leistungsanteil der IUB zwischen 78 % und 100 % und kann mit 90 % festgelegt werden.

Bei vorliegendem Projekt sind keine besonderen lokalen oder organisatorischen Einflüsse resp. kein besonderer Bearbeitungsaufwand erkennbar, was für einen Anpassungsfaktor  $r$  von 1.0 spricht.

Beim Teamfaktor  $i$  gibt es keine Veranlassung vom Faktor 1.0 abzuweichen.

Betreffend den Faktor für Sonderleistungen  $s$  kann geltend gemacht werden, dass grosser Zeitdruck vorhanden war. Demzufolge kann der Faktor guten Gewissens um 25 % (die Hälfte des möglichen Spektrums für  $s$ ) auf 1.25 erhöht werden.

Die grundfaktorbestimmenden Koeffizienten  $Z1$  und  $Z2$  werden periodisch durch den  $sia$  aktualisiert und betragen im Jahr 2005  $Z1 = 0.07$  und  $Z2 = 6.75$ . Für die Jahre zuvor müssten tendenziell tiefere Werte für diese beiden Faktoren angenommen werden. Die Werte aus 2005 sind jedoch die am längsten zurück liegenden Werte, welche aktuell vom  $sia$  publiziert werden und sind somit für das vorliegende Gutachten zumindest besser geeignet als aktuelle Werte.

Im Jahr 2004 betrug gemäss Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) der Mittelansatz für Planungsgruppen 140 CHF/h. Werden nun alle in diesem Kapitel angestellten Überlegungen mit Hilfe der Formel umgesetzt, Baukosten exkl. MwSt. von 28'778'884.59 CHF [...] eingesetzt, so resultiert ein Honorar in der Höhe von 3'337'010 CHF. Nach dieser Rechnung machen also die Projektierungs- und Bauleitungskosten 11.6 % der Baukosten aus.»

Die entstandenen Mehrkosten bestimmt der Gutachter anschliessend wie folgt: Er bringt die dargestellte Berechnungsformel zunächst auf die gesamten (von der Klägerin geltend gemachten) Baukosten in der Höhe von Fr. 28'778'884.59 zur Anwendung, was ein Honorar von Fr. 3'337'010.-- ergibt. Anschliessend bringt er von den gesamten Baukosten die baulichen Mehrkosten in Abzug, die gemäss seinen Erwägungen Fr. 2'160'441.90 ausmachen, und wendet die Formel auf den resultierenden Differenzbetrag von Fr. 26'618'442.69 an, was ein Honorar von Fr. 3'105'968.-- ergibt. Der Unterschied zwischen den beiden Honoraren im Betrag von Fr. 231'042.-- entspricht den Mehrkosten, die im Bereich der Projektierungs- und Bauleitungskosten aufgrund der Erweiterung der Anlage angefallen sind (Gerichtsgutachten, A5.5 und A5.6).

**6.1.3** Die Beklagte und der Kanton Bern halten an ihrer Behauptung fest, es seien für Projektierung und Bauleitung bloss Mehrkosten in der Höhe von Fr. 155'125.-- angefallen. Gegen die abweichende Feststellung des Gutachters wenden sie ein, der von diesem in die Formel eingesetzte Stundenansatz von Fr. 140.-- stamme aus dem Jahr 2004 und sei auf den Wert der Jahre 1999 und 2000 zu senken; im Vergleich zu den heute marktüblichen «Mittelstundenansätzen» von Fr. 100.-- sei er im Übrigen ohnehin zu hoch angesetzt. Sodann könne der Zeitdruck, dem der Gutachter beim Faktor «Sonderleistungen» mit einer Erhöhung um 25 % Rechnung trage, nicht zum Nachteil der Beklagten berücksichtigt werden. Ferner sei die Höhe der gesamten von der Klägerin geltend gemachten Baukosten stets bestritten worden; auf den Wert von

Fr. 28'778'884.59 könne deshalb nicht abgestellt werden. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die baulichen Mehrkosten, welche durch die Zusatzbestellung tatsächlich verursacht worden seien, unter der Annahme des Gutachters lägen. Schliesslich habe es die Klägerin versäumt, Unterlagen für eine korrekte Ermittlung der tatsächlich angefallenen Projektierungs- und Bauleitungskosten einzureichen, und müsse nun die Folgen dieser Beweislosigkeit tragen (Dossier V, act. 91, Ziff. I/10 ff.; act. 92, Ziff. II/B/6). – Die Klägerin ist der Auffassung, der Gutachter habe die Frage A5.3 nach der «Bandbreite» der Projektierungs- und Bauleitungskosten nicht beantwortet. Weiter wendet auch sie ein, der Betrag der ermittelten Mehrkosten sei unzutreffend (Dossier V, act. 93, Rz. 48 ff.), wobei sie sich diesbezüglich auf ihre eigenen vom Verwaltungsgericht bereits verworfene Berechnungsmethode beruft (vgl. vorne E. 4.4).

**6.1.4** Auf entsprechende Frage hin erklärt der Gutachter, dass er die von der Klägerin auf Fr. 28'778'884.59 bezifferten Gesamtbaukosten nicht verifiziert habe. Weil sich deren Höhe nicht direkt auf die Bestimmung der Mehrkosten auswirke, sei dies auch nicht erforderlich; die vorgenommene Vergleichsrechnung sei «beurteilungsneutral gegenüber den von der Klägerin eingebrachten Baukosten» (Zusatzgutachten, Frage 1). Weiter hat der Gutachter den Stundenansatz ermittelt, der gemäss den «Grundlagen zur Honorierung für das Jahr 2000» des SIA massgebend ist; er liegt wie der bereits in die Berechnungsformel eingesetzte Wert des Jahres 2004 bei Fr. 140.-- pro Stunde (Zusatzgutachten, Frage 7). Ferner hat er sich zur Verwendung der «Z-Werte» des Jahres 2005 wie folgt geäußert (Zusatzgutachten, Frage 8):

«Mit [der SIA-Ordnung 103] ist im Jahr 2003 eine gegenüber den Vorjahren überarbeitete Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieure mit dem im vorgelegten Gutachten zur Anwendung gelangten Berechnungsmodell veröffentlicht worden. Davor (Jahre 2002 und früher) konnte ein 'Honorargrundprozentsatz' [...] berechnet werden, welcher die Honorierung von Planerleistungen in Prozenten der Baukosten abschätzen liess. Daneben bestand kein Berechnungsmodell analog [der hier verwendeten Berechnungsformel], welches Prognosen über den in Abhängigkeit von den Baukosten anfallenden Zeitaufwand zuliess. Das Verhältnis zwischen reinen Baukosten und Projektierungs- beziehungsweise Bauleitungskosten wird also nach 'altem Modell' direkt (ohne zusätzliche Einflussfaktoren wie in [der hier verwendeten Berechnungsformel]) bestimmt. [...]

[Unter Verwendung der alten Methode kommt hier] der 'Honorargrundprozentsatz' unter vergleichbarer Berücksichtigung von Baukosten in der Höhe von 28'778'884.59 CHF bei 10.6 % zu liegen. Damit bewegt sich das Verhältnis zwischen Projektierungs- beziehungsweise Bauleitungskosten und Baukosten nach 'altem Modell' unter Berücksichtigung der damals geltenden [...] Werte in vergleichbarer Grössenordnung wie im vorgelegten Gutachten unter Berücksichtigung des Berechnungsmodells respektive der Einflussfaktoren gemäss [der hier verwendeten Berechnungsformel] (vgl. dort 11.6 %).

Vor diesem Hintergrund und weiter der Tatsache, dass die Gesamtaussage im vorgelegten Gutachten aufgrund der minimalen Differenz nicht ändert, scheint eine generelle Anpassung der dortigen Berechnung nicht zwingend notwendig; die Folgerungen des Gutachtens bleiben dieselben.»

**6.1.5** Das Verwaltungsgericht klärt den Sachverhalt von Amtes wegen ab (vgl. vorne E. 2.5), weshalb der Umstand, dass die von der Klägerin im Zusammenhang mit Projektierung und Bauleitung geltend gemachten Mehrkosten unbelegt sind, nicht ausschlaggebend sein kann. Dies selbst dann nicht, wenn insoweit eine Verletzung der gesetzlichen Obliegenheit der Klägerin, an der Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhalts mitzuwirken (vgl. Art. 20 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 20 N. 2 f.), vorliegen sollte, zumal im Grundsatz unbestritten ist, dass Projektierungs- und Bauleitungskosten angefallen und durch die Erweiterung der Anlage erhöht worden sind. Weil sich die betreffenden Mehrkosten nicht zuverlässig ermitteln lassen (Gerichtsgutachten, A5.1) und die Schätzungsmethode der Klägerin untauglich ist (Gerichtsgutachten, A5.2), sind sowohl die auf dem Gebiet des Kantons Bern angefallenen Projektierungs- und Bauleitungskosten an und für sich als auch der Anteil der durch die Zusatzbestellung verursachten Mehrkosten gutachterlich zu schätzen. Das eingeholte Gerichtsgutachten verwendet hierfür eine (aktuelle) Berechnungsformel des SIA (vgl. vorne E. 6.1.2), deren Tauglichkeit unbestritten ist. Zur Bestimmung der massgebenden Grössen kann auf diese Formel abgestellt werden, wobei kein Anlass besteht, für die Berechnung von den gutachterlich geschätzten Faktoren abzuweichen: Aus dem Zusatzgutachten ergibt sich, dass der kritisierte Stundenansatz von Fr. 140.-- auch zur Berechnung von Kosten des Jahres 2000 verwendet wird. Die entsprechende Feststellung des Gutachters wird durch die unbelegte Behauptung von Beklagter und Beigeladenem, es handle sich dabei um einen blossen Richt- und nicht um einen «Marktwert» bzw. die marktüblichen Ansätze betrügen bloss Fr. 100.-- (vgl. auch Dossier V, act. 104, Ziff. II/B/7; act. 105, Ziff. II/B/7), nicht ernsthaft in Zweifel gezogen. Weiter mag zwar zutreffen, dass der vom Gutachter faktorerhöhend berücksichtigte Zeitdruck primär durch die Klägerin selber verursacht ist, da sie sich offenbar gegenüber Dritten bereits verpflichtet hatte, bevor sie die für die Errichtung der Anlage erforderlichen Bewilligungen erhalten hat. Dieser Umstand ändert jedoch nichts daran, dass offenbar ein Zeitdruck bestand, der sich gemäss schlüssiger Auffassung des Gutachters auf die Höhe der Projektierungs- und Bauleitungskosten ausgewirkt hat, was eine korrekte Schätzung nun zu berücksichtigen hat. Der bestehende Zeitdruck ist durch die hier zu beurteilende Erweiterung der Anlage sicherlich nicht verkleinert worden, weshalb es gerechtfertigt erscheint, den entsprechend erhöhten Faktor auch für die Bestimmung der entstandenen Mehrkosten zu verwenden. Sodann werden in

der Berechnungsformel tatsächlich die «Z-Werte» des Jahres 2005 verwendet, obschon vorliegend die Kosten des Jahres 2000 interessieren. Diese Ungenauigkeit ist indes hinzunehmen, weil nicht einfach auf Werte des Jahres 2000 zurückgegriffen werden kann, zumal es zwischenzeitlich zu einer Verfeinerung der Berechnungsmethode gekommen ist. Die aktuelle Berechnungsformel erlaubt eine wesentlich präzisere Berücksichtigung der massgebenden Umstände des Einzelfalls als die starre, im Jahr 2000 noch verwendete Methode (vgl. vorne E. 6.1.4), und führt damit zu einem besseren Resultat, auch wenn die verwendeten «Z-Werte» neueren Datums sind; die Rahmenbedingungen des konkret betroffenen Bauvorhabens spielen für die Höhe der Projektierungs- und Bauleitungskosten eine wichtige Rolle (vgl. vorne E. 6.1.2) und sind deshalb, soweit wie möglich, in die Schätzung einzubeziehen. Ferner fällt die Höhe der beanstandeten Gesamtbaukosten bei der vorliegenden Berechnung der Kosten für Projektierung und Bauleitung nicht ins Gewicht, weil letztlich anhand der baulichen Mehrkosten, die der Beklagten zuzurechnen sind, ein Differenzbetrag ermittelt wird; der Gutachter hat denn auch klargestellt, dass seine Vergleichsrechnung «beurteilungsneutral» sei (vgl. vorne E. 6.1.4). Es braucht deshalb nicht weiter abgeklärt zu werden, ob die gesamten Baukosten für die Kabelrohranlage auf dem Gebiet des Kantons Bern tatsächlich, wie von der Klägerin behauptet, Fr. 28'778'884.59 betragen haben (vgl. vorne E. 2.5). Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass das blosses Einreichen des ungeordneten und unkommentierten gesamten Zahlungsverkehrs, den die Klägerin für die Errichtung der Anlage zwischen Genf und Zürich getätigt hat, als «Sammelbeilagen I und II» entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. Dossier V, act. 108, Rzn. 1 und 10) von vornherein untauglich ist, die im Rahmen des vorliegenden Verfahrens allein interessierenden Kosten für die Arbeiten auf dem Gebiet des Kantons Bern nachzuweisen. Weiter ist zu bemerken, dass die Beklagte zwar tatsächlich stets die Richtigkeit der Aufstellung der Klägerin über ihre Gesamtbaukosten bestritten hat, sie aber für die Ermittlung der Projektierungs- und Bauleitungskosten selber gar von höheren «realistischen Baukosten» im Betrag von über 31 Mio. Franken ausgegangen ist (vgl. Dossier III, act. 22, Ziff. II/8).

**6.1.6** Zu Recht geltend machen die Beklagte und der Kanton Bern demgegenüber, dass der Gutachter bei seinen Berechnungen von zu hohen baulichen Mehrkosten ausgeht, setzt er doch hierfür einen Betrag von Fr. 2'160'441.90 ein, während die baulichen Mehrkosten vorliegend auf Fr. 1'898'720.90 bestimmt werden (vgl. vorne E. 5.8). Es sind deshalb die Mehrkosten für Projektierung und Bauleitung anhand der

Formel des Gutachters unter Verwendung des korrigierten Betrags für die baulichen Mehrkosten neu zu ermitteln: Am Honorar von Fr. 3'337'010.--, das den Kosten für Projektierung und Bauleitung unter Berücksichtigung der gesamten (von der Klägerin geltend gemachten) Baukosten in der Höhe von Fr. 28'778'884.59 entspricht, ändert sich dabei nichts. Es gilt aber jenes Honorar neu zu bestimmen, das aus einer Berechnung unter Ausklammerung der von der Beklagten verursachten baulichen Mehrkosten resultiert. Ausgehend von – um bauliche Mehrkosten von Fr. 1'898'720.90 reduzierten – Baukosten in der Höhe von Fr. 26'880'163.69 ergibt sich aufgrund der gutachterlichen Berechnungsformel hierfür ein Honorar von Fr. 3'134'013.--. Die Differenz zwischen diesem Betrag und dem Honorar von Fr. 3'337'010.-- entspricht den massgebenden Mehrkosten für Projektierung und Bauleitung (vgl. vorne E. 6.1.2); sie beträgt Fr. 202'997.--.

**6.1.7** Was die Klägerin ihrerseits bezüglich Mehrkosten für Projektierung und Bauleitung noch vorbringt, ändert nichts an diesem Ergebnis: Zunächst ist bereits geklärt, dass die Mehrkosten aufgrund der Berechnungsmethode der Beklagten zu ermitteln sind (vgl. vorne E. 4.4). Sodann hält der Gutachter klar fest, dass für das Verhältnis zwischen Baukosten und Projektierungs- und Bauleitungskosten weder eine übliche Grössenordnung noch eine massgebende Bandbreite bestehe (vgl. vorne E. 6.1.2); weitere Abklärungen hiezu erübrigen sich damit. Es ist ohnehin unklar, was die Klägerin aus zusätzlichen Angaben zu einer Bandbreite ableiten möchte, nachdem der Gutachter ausdrücklich festhält, dass der von ihr behauptete Satz von 15,97 % der Baukosten nicht etwa von vornherein falsch (vgl. Gerichtsgutachten, A5.4), aber die Art und Weise seiner Herleitung untauglich sei (vgl. vorne E. 6.1.2). Aus diesem Grund sind die Verweise der Klägerin auf ihre Ausführungen zu den Projektierungs- und Bauleitungskosten der Gesamtanlage unbehelflich (Dossier V, act. 108, Rz. 43 ff.); weitere Abklärungen in diesem Zusammenhang erübrigen sich. Die Klägerin ist denn auch schon mit Verfügung vom 26. April 2013 aufgefordert worden, zur Bestimmung der tatsächlichen Mehrkosten taugliche Belege einzureichen, anstatt weitere gutachterliche Schätzungen zu verlangen (Dossier V, act. 97).

**6.2** In engem Zusammenhang mit den baulichen Mehrkosten stehen die von der Klägerin geltend gemachten Mehrkosten für die *Finanzierung der Kabelrohranlage* im Betrag von Fr. 1'185'530.77.

**6.2.1** Die Klägerin bringt vor, ihr seien für die Finanzierung der Kabelrohranlage auf dem Gebiet des Kantons Bern Kosten in der Höhe von Fr. 2'215'389.-- entstanden.

Entsprechend «der definitiven prozentualen Beteiligung [...] an den Gesamtbaukosten» im Umfang von 53,51 % sei der Beklagten davon ein Betrag von Fr. 1'185'530.77 anzurechnen (Dossier III, act. 15, Rzn. 69, 92 und 94). Diesen Betrag hat die Klägerin wie folgt bestimmt: Zunächst hat sie das Verhältnis ermittelt, in dem ihrer Auffassung nach die auf dem Gebiet des Kantons Bern angefallenen Kosten zu den Gesamtkosten der Kabelrohranlage zwischen Genf und Zürich stehen. Den entsprechenden Satz von 16,5 % hat sie alsdann auf die mit gut 13 Mio. Franken bezifferten gesamten Finanzierungskosten angewandt, um jenen Teil zu bestimmen, der den Kanton Bern betreffe.– Die Beklagte setzt sich mit der Art und Weise, nach der die geltend gemachten Finanzierungskosten bestimmt werden, nicht näher auseinander. Sie macht aber geltend, angesichts des bescheidenen Umfangs der von ihr verursachten Mehrkosten und der Tatsache, dass sie diese «sofort bezahlt» habe, sei die Klägerin – trotz der Vergrößerung der Anlage auf 24 Rohre – nicht gezwungen gewesen, zusätzliches Kapital aufzunehmen (Dossier III, act. 22, Ziff. II/12).

**6.2.2** Entgegen der Auffassung der Beklagten erscheint es angesichts des grossen Finanzbedarfs von offenbar über 140 Mio. Franken, der für die Klägerin zudem relativ kurzfristig anfiel, nicht gänzlich unbeachtlich, dass für die Erweiterung der Anlage zusätzliche Kosten entstanden sind, die finanziert werden mussten; dies ungeachtet der Tatsache, dass der zusätzliche Finanzbedarf – gemessen am Gesamtvolumen der benötigten Mittel – in der Tat nicht gross gewesen sein mag. Es ist deshalb mit der Klägerin davon auszugehen, dass für die Finanzierung der erweiterten Anlage Mehrkosten angefallen sind, die im vorliegenden Zusammenhang grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Allerdings ist der von der Klägerin geltend gemachte Betrag offensichtlich übersetzt: Massgebend sind die von der Beklagten tatsächlich verursachten Mehrkosten, die nach dem Gesagten rund 2,1 Mio. Franken ausmachen (bauliche Mehrkosten von Fr. 1'898'720.90 und Mehrkosten für Projektierung und Bauleitung von Fr. 202'997.--). Gemessen an den Gesamtkosten von offenbar rund 140,3 Mio. Franken entspricht dieser Betrag 1,5 % der Mittel, welche die Klägerin aufbringen musste. Es könnte deshalb von vornherein höchstens ein entsprechender Teil des Gesamtaufwands für die Finanzierung der Anlage als Mehrkosten berücksichtigt werden, was bei (unbestrittenen) Finanzierungskosten von insgesamt Fr. 13'462'692.-- einem Betrag von Fr. 201'940.-- entsprechen würde.

**6.2.3** Nun gilt es jedoch zu beachten, dass nicht nur die Klägerin für den Kanton Bern gebaut hat, sondern dieser auf dem Abschnitt «km 179.000-184.488» gleichzeitig auch

für jene. Die Kostenbeteiligung der Klägerin an den entsprechenden Bauarbeiten macht insgesamt Fr. 1'980'909.60 aus, wobei die entsprechende Forderung des Kantons Bern durch Verrechnung mit dessen Schuld für die von ihm vertraglich übernommenen Mehrkosten getilgt worden ist (vgl. hinten E. 6.4 und E. 7.2). Ist es der Klägerin als Leistung anzurechnen, dass sie die wegen der Erweiterung der Anlage angefallenen Mehrkosten finanziert hat, ist gleichzeitig zu berücksichtigen, dass sie Einsparungen gemacht hat, weil die Beklagte bzw. der Kanton Bern die Arbeiten auf dem Abschnitt «km 179.000-184.488» ausgeführt und finanziert hat. Zumal sich die Kostenbeteiligung der Klägerin von knapp 2 Mio. Franken, welche diese nicht finanzieren musste, und die Mehrkosten von 2,1 Mio. Franken, die sie zusätzlich zu finanzieren hatte, ziemlich genau entsprechen, halten sich Mehraufwand und Einsparungen die Waage. Letztlich sind also für die Finanzierung der Kabelrohranlage auf dem Gebiet des Kantons Bern keine zu berücksichtigenden Mehrkosten entstanden. Insgesamt dürfte die Klägerin bei der Finanzierung gar Kosten gespart haben, wenn bedacht wird, dass sie für eigene Bauarbeiten auf dem Abschnitt «km 179.000-184.488» wohl mehr als die 2 Mio. Franken aufgewendet hätte, die ihre Kostenbeteiligung ausmachen (vgl. hinten E. 7.3), so dass auch der Finanzierungsaufwand entsprechend höher ausgefallen wäre.

**6.3** Als Teil ihrer Leistung zugunsten der Beklagten macht die Klägerin weiter eine *Gewinnmarge* von Fr. 2'856'812.10 geltend.

**6.3.1** Sie bringt vor, für die im Auftrag des Kantons Bern erstellten zusätzlichen zwölf Rohre habe sie Anspruch auf eine angemessene Gewinnmarge, wie sie die Beklagte einem Dritten hätte bezahlen müssen, wenn sie diesen mit dem Bau der Anlage betraut hätte. Die «übliche durchschnittliche (General-)Unternehmermarge» betrage 15 % und entspreche, ausgehend von durch die Erweiterung der Anlage verursachten Mehrkosten in der Höhe von Fr. 19'045'413.85, einem Betrag von Fr. 2'856'812.10 (Dossier III, act. 15, Rzn. 25 und 93). – Die Beklagte bestreitet, dass vorliegend eine Gewinnmarge einzurechnen ist, ohne sich mit dieser Frage jedoch näher auseinanderzusetzen (vgl. Dossier III, act. 22, Ziff. II/6).

**6.3.2** In der Tat besteht kein Anlass, im Rahmen der Beurteilung, ob sich die gestützt auf die Vereinbarung erbrachten Leistungen von Klägerin und Beklagter in etwa entsprechen, eine Gewinnmarge der Klägerin zu berücksichtigen. Eine solche zählt offensichtlich nicht zu den Mehrkosten, welche der Klägerin wegen der Erweiterung der Kabelrohranlage angefallen sind. Die Berücksichtigung einer Gewinnmarge zugunsten

der Klägerin wäre auch nicht sachgerecht: Die Parteien stehen in keiner Geschäftsbeziehung und das Gemeinwesen verfolgt mit der streitigen Vereinbarung keinerlei kommerzielle Ziele. Es ist die Klägerin, die mit ihrem Vorhaben an Bund und Kantone herangetreten ist, weil dessen Realisierung verschiedene Bewilligungen voraussetzte; es war nicht etwa die Beklagte, die der Klägerin aus eigenem Antrieb einen entschädigungspflichtigen Auftrag erteilt hätte. Die Erweiterung der Kabelrohranlage dient dementsprechend einzig öffentlichen Interessen, indem es möglich sein soll, Dritten, die – wie die Klägerin – grundsätzlich Anspruch auf eine Nutzung des öffentlichen Grundes und Bodens haben, eine Anlage zur Verfügung zu stellen, ohne dass ein weiteres Mal Bauarbeiten erforderlich werden, die den Verkehrsfluss und die Sicherheit gefährden (vgl. auch BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006 vom 19.3.2008, E. 4.3). Zwar haben die Parteien vertraglich vereinbart, dass die Klägerin für die Erstellung dieser zusätzlichen Kapazität unter anderem auch durch eine Geldzahlung entschädigt wird (vgl. Ziff. 2.3 Abs. 2 der Vereinbarung sowie hinten E. 7.1). Dabei handelt es sich aber um eine bloss finanzielle Beteiligung des Gemeinwesens an den entstandenen Mehrkosten und nicht etwa um einen Werklohn. Die Parteien sind offensichtlich nie von einer gewinnträchtigen Bautätigkeit der Klägerin ausgegangen. Deren heutige Forderung nach einer «Unternehmermarge» widerspricht deshalb Sinn und Geist der Vereinbarung, gemäss welcher vorab eine Naturalleistung gegen die Inkaufnahme von Minderwerten und Mehraufwendungen ausgetauscht wurde. Auf einem solchen Leistungsaustausch sind keine Margen einzurechnen.

**6.4** Weiter verlangt die Klägerin die Berücksichtigung der *Geldzahlung* in der Höhe von Fr. 1'980'909.60, die sie dem Kanton Bern für dessen Bautätigkeit auf dem Abschnitt «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» (km 179.000-184.488) entrichtet hat (Dossier III, act. 15, Rz. 57 ff.). – Gestützt auf Ziff. 7.1 Abs. 4 der Vereinbarung wurde die Kabelrohranlage im betreffenden Bereich nicht von der Klägerin selber, sondern vom Kanton erstellt, parallel zu den damals im Zusammenhang mit dem Projekt «Bahn 2000» auf diesem Abschnitt der Nationalstrasse ausgeführten Bauarbeiten. An den entsprechenden Aufwendungen des Kantons hatte sich die Klägerin vereinbarungsgemäss im Umfang jener Kosten «zu beteiligen, welche beim Bau der Infrastruktur allein entstehen würden». Mit Rechnungen vom 6. September 2001 forderte der Kanton für den Anteil der Klägerin an diesen Baukosten Entschädigungen in der Höhe von Fr. 1'798'818.45 und Fr. 182'091.15, also insgesamt Fr. 1'980'909.60 (Dossier III, act. 15B, Beilage 2). Heute ist unbestritten und erstellt, dass die Klägerin

diesen Betrag durch Verrechnung mit ihrer Forderung gegen den Kanton Bern aus Ziff. 2.3 Abs. 2 und Ziff. 7.1 Abs. 3 der Vereinbarung (vgl. hinten E. 7.1) bzw. Überweisung eines Betrags von Fr. 216'215.80 beglichen hat (Dossier III, act. 15B, Beilage 4). Mithin hat sie gestützt auf die Vereinbarung eine Zahlung von Fr. 1'980'909.60 erbracht, die vorliegend zu berücksichtigen ist.

**6.5** Nachdem entschieden ist, dass die ganze Kabelrohranlage im Eigentum der Beklagten steht (vgl. vorne E. 3.2), macht die Klägerin geltend, es seien ihr für die *Übertragung des (nackten) Eigentums* an jenem Teil der Anlage, den sie für ihre eigene Nutzung errichtet hat, Fr. 16'544'847.60 als Leistung anzurechnen.

**6.5.1** Den betreffenden Betrag hat sie ermittelt, indem sie die (angeblichen) Gesamtkosten der Kabelrohranlage mit den «hypothetischen Erstellungskosten» einer Anlage mit zwölf Rohren verglichen hat. Zu diesem Zweck bringt sie von den auf Fr. 35'590'261.45 bezifferten Gesamtkosten die angeblich durch die Erweiterung verursachten Mehrkosten von Fr. 19'045'413.85 zum Abzug in der Auffassung, die Differenz entspreche dem Wert jener zwölf Rohre, die sie mit der Vereinbarung auf die Beklagte übertragen habe. Auf diesem Weg bestimmt die Klägerin den Wert der Eigentumsübertragung auf Fr. 16'544'847.60 (Dossier III, act. 15, Rzn. 23 und 95). – Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, weil ihr nur das nackte Eigentum übertragen worden sei, stelle die fragliche Eigentumsübertragung keine wirtschaftliche Leistung der Klägerin dar. Nach Ablauf der 25-jährigen Vertragsdauer werde die Anlage keinen (Rest-)Wert mehr aufweisen, sondern vielmehr Kosten verursachen, da der ursprüngliche Zustand des Strassenkörpers wiederhergestellt werden müsse (Dossier III, act. 22, Ziff. II/6; vgl. auch Klageantwort, Rz. 88 [Dossier I, act. 11]).

**6.5.2** Zunächst ist fraglich, ob es überhaupt zu einer eigentlichen Übertragung des Eigentums an der Kabelrohranlage gekommen ist: Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 19. März 2008 festgehalten, zwar sehe der Wortlaut von Ziff. 2.1 der getroffenen Vereinbarung vor, dass die zu errichtende Anlage erst nach ihrer «offiziellen Abnahme/Übergabe» in das Eigentum des Kantons übergehe, doch sei für eine entsprechende Regelung kein vernünftiger Grund ersichtlich. Deshalb sei zweifelhaft, ob ein Ablauf, bei dem zunächst die Klägerin Eigentümerin der Anlage werde und ihr Eigentum anschliessend übertrage, dem wirklichen Willen der Vertragsparteien entspreche. Die zwölf Rohre, welche die Klägerin nicht selber nutzt, würden von der gesetzlichen Eigentumsregelung in Art. 37 Abs. 1 FMG nicht erfasst und es sei nicht ersichtlich, weshalb sie nicht von Anfang an im Eigentum des

Werkeigentümers stehen sollten (so bereits der Teilentscheid vom 11.4.2006, E. 7.2.6). Aber auch jene zwölf Rohre, an denen der Klägerin ein Nutzungsrecht eingeräumt wird, stünden gestützt auf Art. 37 Abs. 1 FMG weder während der Bauzeit noch nachher zwingend im Eigentum der Klägerin. Was die Parteien mit ihrer Regelung bezweckt hätten, könne jedoch dahingestellt bleiben (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006 vom 19.3.2008, E. 4.4). Diese Erwägungen des Bundesgerichts legen den Schluss nahe, dass das Eigentum an der gesamten Kabelrohranlage beim Kanton Bern entstanden ist und nie bei der Klägerin lag. Diesfalls wäre keine Eigentumsübertragung erfolgt, welche die Klägerin heute als Leistung zugunsten der Beklagten geltend machen könnte. Anders als bezüglich der für den Kanton verlegten Rohre wurde aber letztlich die Frage, wie der Beklagten (bzw. dem Kanton Bern) das Eigentum an den zwölf von der Klägerin selber genutzten Rohren zugekommen ist, nicht abschliessend geklärt. Damit mögen zwar erhebliche Zweifel an einer ursprünglichen Eigentümerstellung der Klägerin bestehen, für das Verwaltungsgericht verbindlich entschieden ist diese Frage jedoch nicht. Wie die folgenden Erwägungen zeigen, braucht sie auch hier nicht abschliessend beantwortet zu werden.

**6.5.3** Es erscheint unwahrscheinlich, dass es für die Schlüssigkeit der Argumentation der Klägerin einen Unterschied macht, ob es einer Übertragung des Eigentums an der Anlage bedurfte oder ob dieses unmittelbar bei der Beklagten (bzw. dem Kanton Bern) entstanden ist. Die Klägerin kann als Bauherrin so oder anders in Anspruch nehmen, der Beklagten das Eigentum am betreffenden Teil der Anlage verschafft zu haben. Allerdings weist die Beklagte insoweit zu Recht darauf hin, dass ihr an den von der Klägerin selber genutzten Rohren nur das nackte Eigentum übertragen wurde. Während der Vertragsdauer zieht sie deshalb aus ihrer Eigentümerstellung keinen direkten Nutzen, so dass die Verschaffung des Eigentums zumindest bis 2025 keinen wirtschaftlichen Wert aufweist. Ob der Kabelrohranlage nach Ablauf der 25-jährigen Vertragsdauer – wie von der Klägerin behauptet – noch ein Wert zukommen wird und die Eigentumsübertragung an den zwölf von der Klägerin genutzten Rohren darum Leistungscharakter aufweisen könnte, lässt sich nicht zuverlässig beurteilen. Zwar geht diese selber von einer Lebensdauer der Anlage von 100 Jahren und der entsprechenden Möglichkeit einer gewinnbringenden Weiternutzung aus. Die Beklagte will jedoch ihrerseits aus eigener Erfahrung wissen, dass Kabelrohranlagen gewöhnlich bereits nach 25 Jahren nicht mehr benutzbar seien und entfernt werden müssten (vgl. hinten E. 7.4). Offen ist zudem die technische Entwicklung, von der eine künftige Nachfrage für die Nutzung der Anlage wesentlich abhängen dürfte.

**6.5.4** Genau mit Blick auf diese Unsicherheiten hat das Bundesgericht die Frage, ob der streitbetroffenen Anlage nach Ablauf der 25-jährigen Vertragsdauer noch ein Wert zukommen wird oder ob die Kabelrohrblöcke unbrauchbar sein werden und aus der Strasse entfernt werden müssen, als völlig offen und im heutigen Zeitpunkt nicht zuverlässig beurteilbar bezeichnet. Es hat aus diesen Gegebenheiten den Schluss gezogen, in der Entbindung der Klägerin von deren gesetzlicher Wiederherstellungspflicht könne keine wirtschaftliche Leistung der Beklagten gesehen werden. Diesbezüglich hat es weiter erwogen, die Entbindung von der Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der A1 erscheine unter den gegebenen Umständen als Gegenleistung für die Erlangung des Eigentums an der ganzen Anlage (vgl. vorne E. 3.2). Stehen die Entbindung von der gesetzlichen Wiederherstellungspflicht und die Eigentumsübertragung aufgrund der verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts in einem Austauschverhältnis und kommt Ersterer kein zu berücksichtigender wirtschaftlicher Wert zu, so muss das gleiche für die Letztere – also die Verschaffung des Eigentums – gelten, zumal die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung dabei vom Bundesgericht nicht in Frage gestellt worden ist. Der Klägerin ist also im Zusammenhang mit einer allfälligen Eigentumsübertragung keine Leistung zugunsten der Beklagten anzurechnen. Abklärungen über den Wert der Kabelrohranlage, deren Lebensdauer und deren «Restwert» können deshalb unterbleiben; die Beweisanträge der Klägerin, die zu verschiedenen damit zusammenhängenden Fragen eine Expertise einholen lassen will (vgl. etwa Dossier III, act. 15, Rz. 99; act. 28, Rzn. 7 und 77; Dossier IV, act. 62, Rzn. 16 und 53; Dossier V, act. 93, Rzn. 1, 3 und 58; act. 108, Rz. 1), werden abgewiesen.

**6.5.5** Angesichts folgender Überlegungen erscheint es denn auch sachgerecht, eine allfällige Eigentumsübertragung nicht als Leistung zu berücksichtigen: Hätten die Parteien ihre Vereinbarung so geschlossen, wie es die Klägerin ursprünglich vorgeschlagen hatte, so wäre eine Kabelrohranlage mit zwölf Rohren erstellt worden, welche die Klägerin während 25 Jahren hätte im Strassenkörper belassen und nutzen können (vgl. Schreiben IUB vom 23.9.1999 [KAB 7], S. 2; Schreiben Klägerin vom 23.11.1999 [KAB 9], S. 2). Vorbehältlich einer (auszuhandelnden) Vertragsverlängerung wäre sie anschliessend gestützt auf Art. 35 Abs. 2 FMG verpflichtet gewesen, die Kosten für die Wiederherstellung des ursprünglichen Strassenzustands zu übernehmen. Mit der streitigen Vereinbarung haben sich die Parteien darauf geeinigt, dass die Klägerin für den Kanton Bern zwölf zusätzliche Rohre verlegt, diesem das Eigentum an der ganzen Anlage überlässt und gleichzeitig

von ihrer gesetzlichen Wiederherstellungspflicht entbunden wird. Vorausgesetzt, dass der Kanton jene Mehrkosten, die seine Zusatzbestellung verursacht, tatsächlich übernommen hat, ist die geschlossene Vereinbarung für die Klägerin offensichtlich wesentlich vorteilhafter als ihr ursprünglicher eigener Vorschlag: Nach diesem hätte die Klägerin neben den Kosten für den Bau der Anlage zusätzlich einen beträchtlichen finanziellen Aufwand für die Wiederherstellung der Nationalstrasse zu tragen gehabt, während sie ihren Aufwand nun durch den Abschluss der Vereinbarung auf die eigenen Baukosten hat begrenzen können. Es wäre deshalb geradezu stossend, wenn ihr vor dem Hintergrund dieser für sie günstigen vertraglichen Regelung, bei der die Entbindung von der Wiederherstellungspflicht – wie gesehen – das Gegenstück zur getroffenen Eigentumsregelung darstellt, für die Übertragung des Eigentums am allein im eigenen Interesse erstellten Teil der Anlage noch eine zusätzliche Leistung angerechnet würde. Hinzu kommt, dass Verwaltungsgericht und Bundesgericht erkannt haben, dass die zu berücksichtigenden Leistungen der Klägerin auf die Mehrkosten begrenzt sind, welche durch die Erweiterung der Anlage verursacht wurden (vgl. vorne E. 3.4). Eine entsprechende Begrenzung ergibt von vornherein nur dann einen Sinn, wenn die übrigen Kosten, die mit der Erstellung der Anlage der Klägerin verbunden waren, nicht unter einem anderen Titel – etwa jenem der Eigentumsübertragung – berücksichtigt werden. Wären die Erstellungskosten der kleineren Anlage mit zwölf Rohren, die nach Auffassung der Klägerin dem Wert der Eigentumsübertragung entsprechen, als zusätzliche Leistung anzurechnen, bräuchten die Mehrkosten nämlich gar nicht bestimmt zu werden; es könnten stattdessen einfach die gesamten Erstellungskosten der Kabelrohranlage als zu berücksichtigende Leistung der Klägerin bezeichnet werden.

**6.5.6** Schliesslich entspricht es der geltenden Rechtslage, wenn der Klägerin im Zusammenhang mit einer allfälligen Eigentumsübertragung keine Leistung angerechnet wird: Der zwischenzeitlich erlassene Art. 78 Abs. 2 FDV regelt wie zuvor Art. 38a Abs. 2 aFDV (AS 2003 S. 545 f.) die «angemessene Entschädigung», die das Gemeinwesen als Eigentümerin von Strassenanlagen von den Anbieterinnen von Fernmeldediensten erhebt, wenn diese keine eigene Anlage bauen, sondern die verfügbare bestehende Infrastruktur benützen. Beide Bestimmungen begrenzen solche Benutzungsgebühren auf einen Maximalbetrag, der jenen Kosten entspricht, die der betroffenen Anbieterin für das Verlegen eigener Leitungen entstehen würden. Soweit die Klägerin ihre Mehrkosten im Zusammenhang mit der Zusatzbestellung des Kantons Bern auf diesen überwälzen kann, hat sie hier einzig jene Kosten zu tragen, die ihr für

die Erstellung der ursprünglich geplanten Anlage mit zwölf Rohren ohnehin entstanden wären. Sie wird letztlich also nicht stärker belastet als durch die Gebühr, die sie maximal für ein entsprechendes Nutzungsrecht an einer von der Beklagten selber errichteten Anlage bezahlen müsste (vgl. auch BGer 2A.414/2006 vom 19.3.2008, E. 9.3).

**6.6** Die Klägerin macht ferner Mehrkosten im Zusammenhang mit der Übertragung von *Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechten* ausserhalb des Strassenperimeters geltend.

**6.6.1** Sie bringt vor, teils sei für das Verlegen von Rohren und für die Platzierung von Zug- und Spleissschächten privater Boden beansprucht worden. Hiefür seien Kosten angefallen, da die privaten Grundeigentümer entschädigt und die Dienstbarkeiten im Grundbuch eingetragen werden mussten. Die Kosten seien durch die Erweiterung der Anlage verdoppelt worden, weil für jedes Rohr ein separates Durchleitungsrecht als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen und die Entschädigung der Grundeigentümer für die eingeräumten Dienstbarkeiten in Abhängigkeit von der Anzahl der zu verlegenden Rohre bestimmt worden sei (Dossier III, act. 15, Rz. 84 f.). – Die Beklagte macht ihrerseits geltend, das Vorgehen der Klägerin sei vertragswidrig, soweit diese je zwölf Rechte auf sich selber und den Kanton Bern habe eintragen lassen, anstatt unmittelbar diesen als Berechtigten aller Dienstbarkeiten zu bestimmen. Dadurch seien unnötige Zusatzkosten entstanden, an denen sich die Beklagte nicht zu beteiligen habe bzw. die nicht als Mehrkosten berücksichtigt werden könnten (Dossier III, act. 22, Ziff. II/14.5). Zudem habe sie in einigen Fällen selber Durchleitungsrechte für die Kabelrohranlage der Klägerin erworben und dafür insgesamt Fr. 13'620.-- aufgewendet (Dossier III, act. 14, Ziff. 9; act. 29, Ziff. II/15; act. 29A, Beilagen 3-5).

**6.6.2** Die Differenzen zwischen den Verfahrensbeteiligten bezüglich der Dienstbarkeiten gehen auf einen Vertragsentwurf der Klägerin zurück, mit dem diese den Kanton Bern Anfang 2002 zur Hälfte an den Kosten für die Eintragung der Rechte im Grundbuch beteiligen wollte. Sie war damals der Auffassung, dem Kanton komme die Eigentümerstellung und folglich auch die Dienstbarkeitsberechtigung nur bezüglich zwölf Rohren zu (Schreiben vom 18.1.2002 [KB 75], vom 1.2.2002 [KB 78] und vom 11.2.2002 [KB 80]). Der Kanton verlangte seinerseits, für sämtliche 24 Rohre als Dienstbarkeitsberechtigter im Grundbuch eingetragen zu werden. Zum einen ging er davon aus, dass ihm das Eigentum an der ganzen Anlage zustehe, zum anderen hielt er dafür, dass die Klägerin gestützt auf Ziff. 6.3 und 7.1 der Vereinbarung die Kosten

für die Eintragung der Dienstbarkeiten gänzlich zu übernehmen habe (Schreiben vom 30.1.2002 [KB 77], vom 4.2.2002 [KB 79], vom 26.2.2002 [KB 81] und vom 26.3.2002 [KB 83]). Zwischenzeitlich sind diese Streitpunkte im Sinn des Kantons bzw. der Beklagten geklärt worden: Zum einen steht fest, dass Letztere Eigentümerin der gesamten Kabelrohranlage ist. Zum andern wurde die Widerklage des Kantons von Verwaltungsgericht und Bundesgericht rechtskräftig gutgeheissen. Die Klägerin muss deshalb sämtliche Durchleitungsrechte als Dienstbarkeiten auf die Beklagte übertragen und die dafür notwendigen Kosten gesamthaft übernehmen. Allerdings sind ihre entsprechenden Aufwendungen, soweit sie durch die Erweiterung der Anlage bedingt sind, in die Gegenüberstellung der Leistungen von Klägerin und Beklagter einzubeziehen (Teilentscheid vom 11.4.2006, E. 8.3 und 8.4; BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006 vom 19.3.2008, E. 10; vgl. auch vorne E. 3.4).

**6.6.3** Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass die Klägerin die streitbetroffenen Dienstbarkeiten zu Unrecht nicht allesamt auf den Kanton, sondern teils auf sich bzw. dritte Telekomanbieterinnen übertragen hat (vgl. etwa die Vereinbarung vom 17.4.2002 mit der Einwohnergemeinde Hindelbank [Dossier III, act. 15B, Beilage 27]). Gleichzeitig steht fest, dass die Weigerung des Kantons gerechtfertigt war, die ihm von der Klägerin unterbreitete Vollmacht zum Abschluss von Dienstbarkeitsvereinbarungen zu unterzeichnen. Soweit dieses vereinbarungswidrige Verhalten der Klägerin zu zusätzlichen Kosten geführt hat, hat sie diese alleine zu tragen. Vorliegend sind nur jene Aufwendungen als Leistung der Klägerin gemäss Ziff. 6.3 der Vereinbarung zu berücksichtigen, die auch entstanden wären, wenn die Klägerin die erworbenen Dienstbarkeiten für alle 24 Kabelrohre von Anfang an und in einem einzigen Schritt auf die Beklagte bzw. auf den Kanton übertragen hätte. Unbeachtlich sind demgegenüber jene Mehrkosten, die dadurch entstehen, dass die Klägerin die Durchleitungsrechte bezüglich der Hälfte der Rohre zurückbehalten hat und für diese deshalb je zwei Einträge ins Grundbuch veranlassen muss.

**6.6.4** Am 1. Mai 2012 ist die Klägerin vom Instruktionsrichter aufgefordert worden, jene Kosten, die auf dem Gebiet des Kantons Bern für die Übertragung aller Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechte ausserhalb des Strassenperimeters auf die Beklagte angefallen sind, zu substantiieren und nachzuweisen. Mit Eingabe vom 13. Juli 2012 (Dossier IV, act. 79) erklärt sie, die betreffenden Kosten liessen «sich heute nicht mehr exakt ausscheiden». Insgesamt seien im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechten per 27. September 2001 aber Kosten von

Fr. 1'221'111.80 angefallen, «bei der Klägerin direkt angefallene Kosten in Höhe von CHF 606'285.00, von den beteiligten Ingenieurbüros der Klägerin in Rechnung gestellte Kosten von 541'223.55, die (bis dann) von den verschiedenen Notaren und Grundbuchämtern in Rechnung gestellten Beträge von CHF 67'553.75 sowie weitere Kosten [...] in Höhe von CHF 6'049.50». Im Vergleich zur Gesamtlänge der Anlage von 327,55 km mache der auf dem Gebiet des Kantons Bern liegende Teil der Anlage 17,2 % aus, was gemessen an den Gesamtkosten einem Betrag von Fr. 209'898.50 [richtig: Fr. 210'031.25] entspreche. Für die Übertragung der Dienstbarkeiten kämen noch geschätzt Fr. 15'000.-- bis Fr 25'000.-- hinzu, weil die Dienstbarkeiten bisher noch nicht auf die Beklagte übertragen worden seien. Belege hat die Klägerin keine eingereicht, sondern sich mit dem Hinweis begnügt, «die vom Gericht angefragten Belege [seien] Teil der insgesamt 1'421 'bons de paiements'», die sie dem Gericht als (ungeordnete) «Sammelbeilage» bereits mit der Klageschrift eingereicht hatte. – Die Beklagte und der Kanton Bern weisen darauf hin, dass die Klägerin mit ihren Ausführungen den geforderten Nachweis nicht erbringe, obschon dies hinsichtlich des Erwerbs von dinglichen Rechten problemlos möglich sein sollte. Die Klägerin habe die Folgen dieser Beweislosigkeit zu tragen (Dossier IV, act. 82; Dossier V, act. 92, Ziff. II/B/4).

**6.6.5** Es ist offensichtlich, dass die Klägerin den geforderten Nachweis für die im Zusammenhang mit Erwerb und Übertragung der Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechte entstandenen Kosten nicht einmal ansatzweise erbringt. Mit Beklagter und Beigeladenem ist diesbezüglich festzuhalten, dass es an sich ohne weiteres möglich sein sollte, die entsprechenden Kosten zu ermitteln und zu belegen, können doch kaum Unklarheiten bestehen, wo auf dem Gebiet des Kantons Bern welche dinglichen Rechte erworben worden sind. Worauf die fehlende Substantiierung zurückzuführen ist, bleibt unklar, aber letztlich nicht entscheidend: Wie bereits wiederholt festgehalten, klärt das Verwaltungsgericht den Sachverhalt von Amtes wegen ab (vgl. vorne E. 2.5) und kann sich auch hier nicht mit der Feststellung begnügen, die geltend gemachten Kosten von Fr. 209'898.50 bzw. richtig Fr. 210'031.25 seien nicht nachgewiesen. Es ist im Grundsatz unbestritten, dass im Zusammenhang mit Erwerb und Übertragung von Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechten Mehrkosten angefallen sind, und zudem höchstrichterlich bestätigt, dass diese Mehrkosten in der vorliegenden Gegenüberstellung der vereinbarten Leistungen zu berücksichtigen sind. Die Verletzung der Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 20 VRPG) könnte höchstens bei der Beweiswürdigung zu Ungunsten der Klägerin berücksichtigt werden

(Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 20 N. 3), wobei dem Gericht keinerlei Beweise zur Würdigung vorliegen, zumal der blosser Verweis auf «kistenweise» ungeordnete Zahlungsbelege keine taugliche Beweisofferte der anwaltlich vertretenen Klägerin darstellt.

**6.6.6** Letztlich braucht aber auf das entsprechende prozessuale Verhalten der Klägerin nicht weiter eingegangen zu werden, zumal die genaue Höhe der Kosten, die auf dem Gebiet des Kantons Bern für die Übertragung aller Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechte ausserhalb des Strassenperimeters anfallen, offenbleiben kann: Es beeinflusst nämlich den Ausgang des Verfahrens nicht, wenn vorliegend insoweit auf die unbelegten Behauptungen der Klägerin abgestellt wird, als zu ihren Gunsten davon ausgegangen wird, die geltend gemachten Kosten in der Höhe von Fr. 210'031.25 seien – wie behauptet – zur Hälfte durch die Zusatzbestellung verursacht und mithin in diesem Umfang als Leistung zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen. Nicht anzurechnen sind der Klägerin jedoch die angeblich für die Übertragung der Rechte auf die Beklagte noch zusätzlich anfallenden, auf Fr. 15'000.-- bis Fr. 25'000.-- geschätzten Auslagen. Dabei handelt es sich nicht um Aufwendungen, welche auf Ziff. 6.3 der Vereinbarung zurückgehen, sondern um Kosten, die sich aus einer Vertragsverletzung der Klägerin ergeben (vgl. vorne E. 6.6.3). Mithin kann im vorliegenden Zusammenhang (zugunsten der Klägerin) von Mehrkosten in der Höhe von Fr. 105'015.60 ausgegangen werden.

**6.6.7** Es bleibt noch zu bemerken, dass der Kanton Bern tatsächlich gewisse Dienstbarkeiten selber erworben hat (vgl. Ziff. 2 des Schreibens vom 26.3.2002 [KB 83]). Aus den Akten ist ersichtlich, dass er hierfür insgesamt Fr. 13'620.-- aufgewendet hat (vgl. Rechnungen vom 2.5.2003, 19.9.2002 und 22.11.2000, Dossier III, act. 29A, Beilagen 3-5). Weil die Durchleitungsrechte gemäss Ziff. 6.3 der Vereinbarung von der Klägerin auf eigene Kosten zu erwerben und anschliessend auf den Kanton Bern bzw. die Beklagte zu übertragen sind, ist jedoch mit der Klägerin festzuhalten (Dossier III, act. 21, Rz. 47), dass insoweit keine Leistung der Beklagten vorliegt, die hier zu berücksichtigen wäre. Hätte die Klägerin diese Auslagen getätigt, wären sie ihr anzurechnen. Dass nun aber die Beklagte bzw. der Kanton an ihrer Stelle gehandelt hat, ist in der vorliegenden Gegenüberstellung der Leistungen nicht zu berücksichtigen, da der Kanton gestützt auf die rechtskräftige Beurteilung seiner Widerklage von der Klägerin jederzeit den Ersatz seiner entsprechenden Aufwendungen verlangen kann.

**6.7** Zusammenfassend ergeben sich insgesamt folgende Leistungen, welche die Klägerin gestützt auf die streitige Vereinbarung erbracht hat:

	<b>Beträge in Franken</b>
bauliche Mehrkosten	1'898'720.90
Mehrkosten Projektierung und Bauleitung	202'997.--
Zahlung km 179.000-184.488	1'980'909.60
Mehrkosten Durchleitungsrechte	105'015.60
<b>Total</b>	<b>4'187'643.10</b>

## 7.

Nachdem die Leistungen der Klägerin bestimmt und bewertet worden sind, gilt es jene der Beklagten zu ermitteln. Auch diesbezüglich stellen sich teilweise Sachverhaltsfragen, die nicht ohne technischen Sachverstand geklärt werden können und die das Verwaltungsgericht deshalb dem Experten zur Beantwortung unterbreitet hat (vgl. Gerichtsgutachten [Dossier IV, act. 81A] und Zusatzgutachten [Dossier V, act. 99A]).

**7.1** Die Beklagte macht zunächst geltend, sie habe sich durch eine *Geldzahlung* von Fr. 1'764'693.80 an den erhöhten Erstellungskosten der Anlage beteiligt (Dossier III, act. 14, Ziff. 1 und 2). – In der streitigen Vereinbarung sind die Parteien übereingekommen, dass sich die Beklagte bzw. der Kanton Bern an den Kosten für die Erstellung der erweiterten Kabelrohranlage beteiligt: Gemäss Ziff. 2.3 Abs. 2 hat er für den Einbau der zusätzlichen zwölf Kabelrohre insgesamt Fr. 30.-- pro Laufmeter zu bezahlen. Zusätzlich übernimmt er die Kosten für die Errichtung von acht Spleisschächten in der Höhe von «ca. Fr. 80'000.--» (Ziff. 7.1 Abs. 3). Gestützt auf diese vertraglichen Vereinbarungen verlangte die Klägerin mit Rechnungen vom 9. August 2001 die Überweisung von Fr. 1'667'100.60 und Fr. 97'593.20, insgesamt also Fr. 1'764'693.80 (Dossier III, act. 15B, Beilage 1). Es ist unbestritten, dass der Kanton diese Forderung durch Verrechnung mit seinem Anspruch gegenüber der Klägerin aus

der Errichtung der Kabelrohranlage im Bereich «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» (km 179.000-184.488) getilgt hat (vgl. vorne E. 6.4 und sogleich E. 7.2). Es ist also im Rahmen der Gegenüberstellung der gestützt auf die Vereinbarung erbrachten Leistungen eine Geldzahlung der Beklagten in der Höhe von Fr. 1'764'693.80 zu berücksichtigen.

**7.2** Weiter will die Beklagte die *Bauarbeiten* berücksichtigt sehen, die der Kanton Bern auf dem Strassenabschnitt «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» (km 179.000-184.488) anstelle der Klägerin erbracht hat (Dossier III, act. 14, Ziff. 3).

**7.2.1** Gestützt auf Ziff. 7.1 Abs. 4 der Vereinbarung wurde die Kabelrohranlage im betreffenden Bereich nicht von der Klägerin selber, sondern vom Kanton erstellt. An den diesbezüglichen Aufwendungen hatte sich die Klägerin im Umfang jener Kosten zu beteiligen, «welche beim Bau der Infrastruktur allein entstehen würden», wobei der Kanton letztlich eine Entschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 1'980'909.60 eingefordert hat (vgl. vorne E. 6.4). Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob dieser Betrag dem effektiven Wert der Bauleistung des Kantons entspricht. Trifft dies zu, so ist der Beklagten in entsprechender Höhe eine auf die Vereinbarung gestützte Leistung anzurechnen. Falls die Klägerin aber selber günstiger gebaut hätte, ist der Beklagten nur der tiefere, den eigenen Baukosten der Klägerin entsprechende Wert als Leistung anzurechnen, weil nur insoweit eine Leistung zugunsten der Klägerin erbracht wurde; diese hat sich in der Vereinbarung denn auch nur zur Vergütung entsprechender Selbstkosten verpflichtet. Angesichts der Berücksichtigung der Zahlung in der Höhe von Fr. 1'980'909.60 als Leistung der Klägerin (vgl. vorne E. 6.4 und 6.7) ergäbe sich gegebenenfalls eine Mehrleistung der Klägerin zugunsten der Beklagten. Letztlich stellt sich also auch bezüglich der vom Kanton ausgeführten Bauarbeiten die Frage, ob den durch die Erweiterung der Kabelrohranlage von zwölf auf 24 Rohre angefallenen Mehrkosten auf korrekte Art und Weise Rechnung getragen wurde. Weil das Verwaltungsgericht dies nicht selber abschliessend beurteilen kann, wurde der Gerichtsgutachter mit der Beantwortung der Frage beauftragt.

**7.2.2** Der Gutachter hat keine Hinweise dafür gefunden, dass die Klägerin der Beklagten bzw. dem Kanton Bern mehr bezahlt hat, als ihre entsprechenden Selbstkosten für den Bau einer eigenen (kleineren) Anlage ausgemacht hätten, und erachtet die Kostenbeteiligung der Klägerin «aufgrund der Verhältnismässigkeit durchaus als vereinbarungsgetreu». Er hält zudem fest, der mit der Schlussabrechnung erhobene Betrag liege wesentlich unter der vorgesehenen

Beteiligung der Klägerin, die gemäss Kostenvoranschlag noch 2,59 Mio. Franken ausgemacht habe. Ferner schliesst er aus einer Gegenüberstellung der Kosten pro Laufmeter, die einerseits im Bereich, in dem die Klägerin selber als Bauherrin aufgetreten ist, bei Fr. 654.-- liegen und andererseits auf dem Abschnitt «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» Fr. 472.-- betragen, dass der Kanton «aus wirtschaftlicher Sicht vergleichbar bzw. sogar günstiger als auf dem restlichen Kantonsgebiet gebaut» habe (Gerichtsgutachten, A4). – Gegen diese schlüssigen Feststellungen des Gutachters erheben die Verfahrensbeteiligten keinerlei Einwände. Es kann deshalb einerseits davon ausgegangen werden, dass die von der Klägerin bezahlte Entschädigung dem Wert der vom Kanton durch Bauarbeiten auf dem Strassenabschnitt «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» (km 179.000-184.488) erbrachten Leistungen entspricht, und andererseits, dass die Selbstkosten der Klägerin nicht tiefer gelegen hätten. Mithin ist der Beklagten für Bauarbeiten eine Leistung von Fr. 1'980'909.60 anzurechnen, so dass sich die Werte der Arbeiten und des überwiesenen Geldbetrags letztlich aufheben.

**7.2.3** Die Klägerin hat zwar die Feststellungen des Gutachters akzeptiert, sieht sich aber durch diese in ihrer Auffassung bestätigt, dass die Kostenbeteiligung der Beklagten am von ihr erstellten Teil der Anlage ungenügend sei. Entsprechendes will sie aus der Gegenüberstellung der Kosten pro Laufmeter ableiten, zumal die Beklagte auf dem Abschnitt «km 179.000-184.488» nach Abzug der Kostenbeteiligung von Fr. 1'980'909.60 immer noch Aufwendungen in der Höhe von Fr. 134.-- pro Laufmeter selber getragen habe (Dossier V, act. 93, Rz. 43 f.). – In der Tat sind die dort von der Beklagten getragenen Kosten wesentlich höher als die Fr. 31.-- pro Laufmeter, welche die Beklagte (gemäss den Berechnungen der Klägerin) an die Baukosten für die Errichtung der restlichen Anlage beigetragen hat. Allerdings sind derartige Vergleiche zwischen den beiden Abschnitten insoweit untauglich, als zum einen – vorab angesichts des Koordinationsbedarfs mit den Arbeiten im Zusammenhang mit dem Projekt «Bahn 2000» – wesentlich andere Rahmenbedingungen für die Bauarbeiten herrschten und zum andern auch unterschiedliche Anlagen konstruiert worden sind (vgl. vorne E. 4.1). Darum geben die festgestellten Unterschiede bei den Baukosten für die beiden Abschnitte ebenso wenig Anlass, auf eine Übervorteilung der Klägerin durch die Beklagte zu schliessen, wie sich aus ihnen ableiten lässt, dass die Klägerin eine überteuerte Anlage gebaut hat (vgl. vorne E. 4.2). Im Übrigen wäre nicht einzusehen, weshalb die Beklagte bzw. der Kanton ohne besonderen Anlass bereit sein sollte, auf dem von ihm betreuten Abschnitt der Kabelrohranlage höhere Kosten zu übernehmen

als im Bereich der restlichen Anlage. Mit Blick hierauf liegt der Schluss ohnehin nicht nahe, der Wert von Fr. 134.-- pro Laufmeter entspreche jener Kostenbeteiligung, welche die Beklagte richtigerweise über die gesamte Länge der erweiterten Kabelrohranlage zu übernehmen hätte.

**7.3** Nach dem Gesagten taugt der Vergleich des Abschnitts «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» mit der restlichen Anlage einzig zur Illustration, dass die finanzielle Beteiligung der Klägerin an den auf Ersterem angefallenen Kosten die in Ziff. 7.1 Abs. 4 der Vereinbarung getroffene Abrede respektiert; dies und nichts Anderes hat der Gutachter mit seinen Ausführungen getan. Allerdings zeigt eine Umrechnung der jeweiligen Gesamtkosten auf die Länge der beiden betroffenen Abschnitte, dass die Klägerin über ihre Kostenbeteiligung auf dem Abschnitt «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» wohl günstiger zur Kabelrohranlage gekommen ist, als wenn sie selber als Bauherrin aufgetreten wäre: Mit ihrer Zahlung in der Höhe von Fr. 1'980'909.60 hat die Klägerin dem Kanton Bern über die Strecke von 5'488 m Fr. 361.-- pro Laufmeter und mithin nur unwesentlich mehr bezahlt, als ihre Selbstkosten im für sie günstigsten Fall – unter Berücksichtigung der verworfenen Projektänderung und Annahme einer Verteuerung der Anlage um mehr als die Hälfte (vgl. vorne E. 4.3) – betragen hätten. Nach ihren eigenen Angaben hätten die Gesamtkosten für den Bau einer kleineren Anlage mit zwölf Rohren im Grünstreifen immer noch über 16,5 Mio. Franken ausgemacht (vgl. Dossier III, act. 15, Rz. 95), was – angesichts der Länge der von ihr selber errichteten Anlage von 51 km – Kosten pro Laufmeter von rund Fr. 324.-- ergäbe. Diese Gegebenheiten bzw. die Feststellungen des Gutachters zu den Bauarbeiten auf dem Strassenabschnitt «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» führen die Beklagte zum Schluss, sie habe zugunsten der Klägerin eine *Mehrleistung in der Höhe von Fr. 998'816.--* erbracht, zumal die Klägerin angesichts des grossen Kostenunterschieds von Fr. 182.-- pro Laufmeter im Vergleich zur restlichen Kabelrohranlage Einsparungen in entsprechender Höhe gemacht habe (Dossier V, act. 92, Ziff. II/B/6 und II/B/5.2). – Zwar ist es nicht abwegig, im Umstand, dass die Klägerin auf dem Abschnitt «km 179.000-184.488» wohl günstiger zur Kabelrohranlage gekommen ist, als wenn sie selber als Bauherrin aufgetreten wäre, eine Leistung der Beklagten zu ihren Gunsten zu sehen. Es ist jedoch gänzlich unklar, wie eine solche Leistung zu quantifizieren wäre, können doch nach dem Gesagten nicht einfach die Durchschnittskosten miteinander verglichen werden (vgl. insb. vorne E. 7.2.3). Zudem gilt es zu bedenken, dass die vereinbarte Lösung, gemäss welcher der Kanton Bern die Bauarbeiten übernimmt, vorab dessen eigenen Anliegen und nicht den Interessen der

Klägerin Rechnung trug. Mit Blick auf den Ausgang des Verfahrens (vgl. hinten E. 8.1) kann letztlich aber offenbleiben, ob der Beklagten im Zusammenhang mit allfälligen Einsparungen der Klägerin für Bauarbeiten auf dem Abschnitt «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» eine Leistung anzurechnen ist.

**7.4** Die Beklagte macht weiter geltend, sie trage aufgrund der Vereinbarung die Kosten für die *Wiederherstellung* des ursprünglichen Zustands der Strasse.

**7.4.1** Sie ist der Auffassung, die Kabelrohranlage werde nach Ablauf der 25-jährigen Vertragsdauer nicht mehr nutzbar sein. Zum einen betrage die Lebensdauer einer solchen Anlage erfahrungsgemäss nur 25 Jahre. Zum andern werde bei Vertragsende kein Bedarf mehr bestehen, die Kabelrohranlage weiter zu nutzen. Diese werde deshalb zurückgebaut und die Rohrblöcke müssten aus der Strasse entfernt werden. Zuzufolge ihrer Eigentümerstellung werde die Beklagte die Kosten für diese Wiederherstellungsarbeiten zu übernehmen haben. Gemäss einer Kostenschätzung der E. \_\_\_\_ AG, welche die Anlage der Klägerin seinerzeit erstellt habe, würden dafür Aufwendungen in der Höhe von Fr. 23'116'000.-- anfallen (Dossier III, act. 14, Ziff. 4; act. 14A, Beilage 6; act. 22, Ziff. II/3.2 f. und II/16.2). – Die Klägerin wendet hiergegen ein, es bilde die logische Folge der vertraglich getroffenen Eigentumsregelung und stelle deshalb keine relevante Leistung dar, dass eine allfällige Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Beklagten obliege. Im Übrigen vermöchte sich die Berücksichtigung der Wiederherstellungskosten im vorliegenden Zusammenhang ohnehin nicht auf eine ausreichende vertragliche oder gesetzliche Grundlage zu stützen. Ferner könne die Beklagte die Anlage, welche eine Lebensdauer von 100 Jahren aufweise, nach Ablauf der 25-jährigen Vertragsdauer noch gewinnbringend nutzen. Ein Rückbau sei deshalb weder erforderlich noch verhältnismässig oder «praktisch möglich». Schliesslich bestreitet die Klägerin auch die Höhe der hiefür geltend gemachten Kosten (Dossier III, act. 21, Rz. 6 ff.; act. 28, Rz. 10 ff.).

**7.4.2** Von Anfang an bildete die Frage der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands und des Schicksals der Kabelrohranlage nach dem Ende der Vertrags- bzw. Nutzungsdauer einen zentralen Aspekt der vorliegenden Streitigkeit. Das Bundesgericht hat diese Frage indes zwischenzeitlich weitgehend geklärt: Es hat zwar erwogen, es sei völlig ungewiss, wie sich die Dinge bei Ablauf der 25-jährigen Vertragsdauer präsentieren werden, hat aber gleichzeitig ausdrücklich als möglich erachtet, dass die Kabelrohranlage dannzumal noch technisch nutzbar und wirtschaftlich verwertbar sein werde (BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006 vom

19.3.2008, E. 8.2; vgl. auch vorne E. 3.2). Aus diesem Grund und mit Blick auf die getroffene Eigentumsregelung (vgl. hierzu hinten E. 7.4.3) hat es die Auffassung des Verwaltungsgerichts verworfen, wonach die Parteien einen *entgeltlichen* Wegfall der gesetzlichen Wiederherstellungspflicht vereinbart hatten. Damit ist für das Verwaltungsgericht verbindlich entschieden, dass sich zurzeit nicht ergründen lässt, ob und wann gegebenenfalls eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands des Standstreifens der betroffenen Nationalstrassenabschnitte erforderlich sein wird. Ausdrücklich ausgeschlossen wurde auch, dass die Entbindung der Klägerin von der gesetzlichen Wiederherstellungspflicht eine wirtschaftliche Leistung darstellt, die der Beklagten im vorliegenden Zusammenhang anzurechnen wäre (vgl. vorne E. 3.3).

**7.4.3** Insoweit hat das Bundesgericht ferner erwogen, die Entbindung der Klägerin von der gesetzlichen Wiederherstellungspflicht bilde die «logische Folge der von den Parteien getroffenen Eigentumsregelung» und stelle die «Gegenleistung für die Einräumung des Eigentums» dar (vgl. BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006 vom 19.3.2008, E. 8.2; vorne E. 3.2). Stehen aber der Verzicht auf die Wiederherstellung des Strassenkörpers durch die Klägerin und die Erlangung des Eigentums an der Kabelrohranlage nach der für das Verwaltungsgericht verbindlichen Auffassung des Bundesgerichts in einem Austauschverhältnis, gelten beide «Leistungen» als abgegolten, ohne dass sie noch einander wertmässig gegenüberzustellen wären (vgl. vorne E. 6.5.4). Abklärungen über die Höhe der Kosten, die mit der Entfernung der Kabelrohranlage aus dem Strassenkörper bzw. der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands verbunden sind, können deshalb unterbleiben und der Beweisantrag der Parteien, diesbezüglich eine Expertise einzuholen (Dossier III, act. 14, Ziff. 4; act. 21, Rzn. 8 und 14; Dossier IV, act. 61, Ziff. II/B/1), wird abgewiesen. Abgewiesen wird auch der Beweisantrag, zu diesem Fragenkomplex Zeugen einzuvernehmen.

**7.5** Die Beklagte bringt sodann vor, wegen der Kabelrohranlage der Klägerin entstehe ihr Mehraufwand beim Unterhalt der sog. *Kunstbauten*. Als solche gelten Tunnel, Brücken, Unter- und Überführungen, Galerien, Überdeckungen, Durchlässe, Stütz- und Schutzbauwerke sowie Lärmschutzbauwerke (Gerichtsgutachten, B1). Gemäss Ziff. 2.1 der Richtlinie Nr. 12002 des ASTRA betreffend Überwachung und Unterhalt der Kunstbauten der Nationalstrassen (Ausgabe 2005; abrufbar unter <[www.astra.admin.ch/dienstleistungen](http://www.astra.admin.ch/dienstleistungen)>, Rubriken «Standards für Nationalstrassen», «2. Kunstbauten») sind die Kunstbauten bezüglich ihres Unterhalts von den beiden

anderen «Teilsystemen» der Nationalstrassen abzugrenzen, der «Fahrbahn» (vgl. unten E. 7.6) und den «elektromechanischen Einrichtungen».

**7.5.1** Die Beklagte macht geltend, die Unterhaltsplanung für Nationalstrassen (UPlaNS) sehe vor, dass sämtliche Strassenabschnitte alle 10-15 Jahre ordentlichen Unterhaltsarbeiten zu unterziehen seien. Im Bereich der Kunstbauten bedinge dies jeweils, dass die Kabelrohranlage – unabhängig davon, wo und wie sie genau eingebaut worden sei – verlegt werde, nur um anschliessend wieder in ihre ursprüngliche Position zurückgebracht zu werden; dadurch entstehe ein erheblicher Zusatzaufwand. Über die Nutzungsdauer der Kabelrohranlage von 25 Jahren gesehen müsse jeder Nationalstrassenabschnitt mindestens einmal solchen Unterhaltsarbeiten unterzogen werden. Dadurch entstünden hohe Mehrkosten; so seien etwa für die Arbeiten auf der Stadttangente Bern 1,72 Mio. Franken veranschlagt worden, um auf einer Strecke von 1,6 km Länge die Kabelrohre an den «Kunstbauten L4, L2 und L1» zu verlegen (vgl. «Kostenvergleich Offerte zu KV» [Dossier III, act. 29A, Beilage 2]). Weiter verweist die Beklagte auf eine vom TBA verfasste «pauschale und hypothetische» Kostenzusammenstellung vom 23. Oktober 2008, die auf den Abschnitten «Nr. 5.1, 5.2, 5.3, 6.1» hierfür Kosten von Fr. 330.-- pro Laufmeter bzw. von insgesamt Fr. 1'226'000.-- beziffert (Dossier III, act. 14A, Beilage 7). Falls diese Angaben als ungenügend erachtet würden, sei über den Zusatzaufwand, der beim Unterhalt der Kunstbauten im Zusammenhang mit der Kabelrohranlage entstehe, ein gerichtliches Gutachten erstellen zu lassen (Dossier III, act. 14, Ziff. 5; act. 29, Ziff. II/8). – Nach Auffassung der Klägerin fehlt es zunächst an einer gesetzlichen Grundlage, um künftige und unbestimmte Unterhaltsleistungen geltend zu machen; die Beklagte vermöge nicht aufzuzeigen, wo die in Ziffer 8.1 der Vereinbarung vorgesehene «kantonale Gebühr» im kantonalen Recht geregelt sei. Zudem könnten Gebühren für *künftige* Leistungen, die noch gar nicht bestimmt seien, nicht auf Art. 30 Abs. 4 der (alten) Verordnung vom 18. Dezember 1995 über die Nationalstrassen (aNSV; AS 1996 S. 257) gestützt werden; dies widerspreche sowohl dem Kostendeckungs- als auch dem Äquivalenzprinzip. Weiter macht die Klägerin geltend, es sei ohnehin unklar, wodurch ein Zusatzaufwand entstehen solle, zumal der Kanton es unterlassen habe, diesen anhand der betroffenen Brücken und Tunnel zu substantiieren. Ferner bestreitet die Klägerin, dass Unterhaltsarbeiten alle 10-15 Jahre stattfinden würden und dass dabei die Rohrblöcke im Standstreifen temporär verlegt werden müssen. Schliesslich könne der Zusatzaufwand für die gesamte Anlage auch deshalb nicht der Klägerin angelastet werden, weil die Anlage der Beklagten gehöre

und die Klägerin nur die Hälfte davon benütze. Allenfalls sei über die Höhe der unsubstantiierten Kosten ein Gutachten zu erstellen (Dossier III, act. 21, Rzn. 15-25).

**7.5.2** Ziff. 8.1 der Vereinbarung behält eine von der Klägerin zu entrichtende «kantonale Gebühr» vor, mit welcher Mehraufwand und Minderwerte abzugelten sind, die der Beklagten im Zusammenhang mit der Kabelrohranlage entstehen. Dabei wurde ausdrücklich bestimmt, dass «diese kantonale Gebühr durch Leistungen des Benutzers für den Eigentümer beglichen werden» kann, so dass der Austausch von Naturalleistungen der Klägerin – also der Bau der erweiterten Kabelrohranlage – gegen die Hinnahme von Minderwerten und Mehraufwand durch die Beklagte dem Willen der Vertragsparteien entspricht. Deshalb ist der Begriff der «kantonalen Gebühr» denn auch nicht im rechtstechnischen Sinn zu verstehen; er wurde bei der Redaktion des Vertragstextes in der Absicht gewählt, die von der Klägerin geschuldeten Leistungen begrifflich von einer gestützt auf Art. 35 Abs. 4 FMG unzulässigen Entschädigung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden abzugrenzen, und soll nicht auf eine bestimmte, gesetzlich vorgesehene Gebühr verweisen (vgl. vorne E. 3.3). Als Rechtsgrund für die «Gebührenerhebung» nennt Ziff. 8.1 der Vereinbarung neben einer «Wertreduktion der bestehenden Anlagen» auch die «Erschwernisse für den Unterhalt des Eigentümers». Entsteht bei den Unterhaltsarbeiten an den Kunstbauten wegen der Kabelrohranlage – wie von der Beklagten geltend gemacht – Zusatzaufwand, erscheint er gestützt auf die genannte Vertragsbestimmung grundsätzlich als Gegenleistung für die Errichtung der erweiterten Anlage durch die Klägerin; in Bezug auf eine allfällige Entschädigung wegen Wertverminderung des Standstreifens hat das Bundesgericht ausdrücklich in diesem Sinn entschieden (vgl. vorne E. 3.4). Da bei «Erschwernissen für den Unterhalt» ausdrücklich eine Abgeltung durch die Klägerin vorgesehen ist, verhält es sich bei diesen anders als bei der Entbindung der Klägerin von der gesetzlichen Wiederherstellungspflicht gemäss Art. 35 Abs. 2 FMG; die mit der Eigentümerstellung der Beklagten untrennbar verknüpften Verpflichtungen stehen einer Berücksichtigung als Leistung nicht entgegen.

**7.5.3** Nachdem feststeht, dass die Wahl der Vertragsform vorliegend zulässig und das Gemeinwesen zur vertraglichen Regelung der streitigen Fragen befugt war (vgl. vorne E. 3.3), ist fraglich, ob die Inanspruchnahme der Klägerin für entsprechenden Mehraufwand neben der dargestellten vertraglichen Grundlage in Ziff. 8.1 der Vereinbarung überdies einer spezifischen gesetzlichen Grundlage bedarf. So oder anders kann sich die Beklagte aber insoweit auf Art. 30 Abs. 3 aNSV in der zur Zeit

des Vertragsschlusses geltenden Fassung (vgl. heute Art. 29 Abs. 3 der Nationalstrassenverordnung vom 7. November 2007 [NSV; SR 725.111]) stützen: Gemäss dieser Bestimmung sind erhöhte Unterhalts- und Betriebskosten für die Strassenanlage, die aus deren Mehrfachnutzung resultieren, von den verursachenden Dritten zu tragen. Dabei ist unbestritten, dass die Nutzung des Nationalstrassenareals – und damit auch die von den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen erfassten erhöhten Unterhalts- und Betriebskosten – vertraglich geregelt werden können (vgl. Replik, Rz. 128 [Dossier I, act. 21], sowie Ergänzungsgutachten C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_ vom 25.8.2003 [Replikbeilage 6, S. 4]). Weiter erscheint unproblematisch, dass hier Kosten betroffen sind, die teils erst bei künftigen Unterhaltsarbeiten entstehen werden. Im vorliegenden Verfahren gilt es bloss, vor dem Hintergrund des Verhältnismässigkeits- bzw. des Äquivalenzprinzips die Höhe eines allfälligen Mehraufwands möglichst genau zu beziffern und abzuschätzen, ob die Summe der getroffenen vertraglichen Abmachungen insgesamt zu einem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung führt. Zu diesem Zweck müssen auch künftig anfallende Aufwendungen der Vertragsparteien miteinbezogen werden, soweit sie sich direkt aus der streitigen Vereinbarung ergeben. Ferner verfängt das Vorbringen der Klägerin, die streitige «kantonale Gebühr» bedürfe einer gesetzlichen Grundlage im *kantonalen* Recht, schon darum nicht, weil Bau und Unterhalt der Nationalstrassen stets bundesrechtlich geregelt waren (vgl. Art. 36<sup>bis</sup> Abs. 2 der alten Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 [aBV; AS 1958 S. 770, 1962 S. 1804] sowie Art. 83 Abs. 2 BV in der bis Ende 2007 geltenden Fassung [AS 1999 S. 2573]).

**7.5.4** Dem übereinstimmenden Beweisantrag der Verfahrensbeteiligten entsprechend ist der Gutachter beauftragt worden, sich zur Frage zu äussern, ob und inwieweit die Kabelrohranlage beim Unterhalt der Kunstbauten Mehrkosten verursacht. Ausgangspunkt dieses Auftrags bildet die Umschreibung der Beklagten, wonach folgende Unterhaltsarbeiten regelmässig anfallen: Oberflächenbehandlung der Brüstungen und aller der Witterung ausgesetzten Betonflächen, Verstärkung der Haupttragelemente bei Trog- und Kastenkonstruktionen, Ersatz von Fugen, Abdichtungen, Konsolköpfen usw. sowie gegebenenfalls weitere Unterhaltsarbeiten vorwiegend bei Brückenübergängen (Dossier III, act. 29 Ziff. II/8). Der Gutachter kommt – unter Hinweis auf die Regelung des ASTRA in der Richtlinie 11002 betreffend Berücksichtigung des Unterhalts bei der Projektierung und beim Bau der Nationalstrassen, Planung und Durchführung des Unterhalts (Ausgabe 18.10.2002; abrufbar unter <[www.astra.admin.ch/dienstleistungen](http://www.astra.admin.ch/dienstleistungen)>, Rubriken «Standards für

Nationalstrassen», «1. Trasse») – zum Schluss, diese Auflistung der Beklagten erfasse nicht alle im Rahmen des Unterhalts anstehenden Arbeiten über die Gesamtlebensdauer der betroffenen Bauwerke. Ferner sei nicht anhand des vom Verwaltungsgericht im Fragenkatalog verwendeten Begriffs des «ordentlichen Unterhalts» zu differenzieren, sondern seien einerseits Arbeiten des «baulichen Unterhalts» und andererseits solche der «Erneuerung» zu unterscheiden. Im Einzelnen führt er zu den Unterhaltsarbeiten, die an Kunstbauten anfallen, Folgendes aus (Gerichtsgutachten, B2):

«Der Unterhalt besteht gemäss Richtlinie [11002] des ASTRA aus baulichem Unterhalt und Erneuerung. Unter baulichen Unterhalt fallen Massnahmen, welche Schäden grösseren Ausmasses sowie Verschleisserscheinungen durch periodisch wiederkehrende Vorkehrungen beheben. Unter Erneuerung ist die vollständige Wiederherstellung oder der Ersatz von ganzen Teilen zu verstehen. Die Schilderung der Beklagten befasst sich demnach sinngemäss mit dem baulichen Unterhalt.

Baulicher Unterhalt wird zusammengefasst als Behebung von Schäden grösseren Ausmasses und Verschleisserscheinungen an der Strassenanlage und ihrer technischen Einrichtung durch periodisch wiederkehrende Massnahmen ohne vollständigen Ersatz ganzer Teile der Strassenanlage (z.B. Spurrinnensanierungen, Fugensanierungen bei Betonbelägen, Ersatz der Verschleisssschicht, Ersatz von Fahrbahnübergängen, Behebung von Schäden an Tunnelzwischendecken usw. Diese Gruppe entspricht dem Begriff «Instandsetzung»). Verstärkung: Massnahmen zur Erreichung des erforderlichen Sollzustandes, wie Erhöhen der Tragfähigkeit der Strasse, Verstärken von Kunstbauten zur Anpassung an die Entwicklung der Lasten und Fahrzeugabmessungen. Zustandserfassungen gemäss besonderen Vorschriften, Richtlinien, Pflichtenheften oder schriftlichen Weisungen für besondere Bauwerke, Anlagen oder Bauteile, Ingenieurarbeiten für Zustandserfassung, Studien, Vorprojekte usw.

Erneuerung beinhaltet: Vollständige Wiederherstellung oder vollständiger Ersatz ganzer Teile einer Strassenanlage, wie Brücken, Fahrbahndecken, Leiteinrichtungen, Notrufanlagen, ganze elektromechanische Anlagen usw. Demontage, Überholung und Neumontage ganzer Teile einer Strassenanlage mit Ersatz unbrauchbar gewordener Komponenten. Planungs-, Projektierungs- und Bauleitungsarbeiten.»

Der Gutachter äussert sich sodann zum Intervall, in dem Unterhaltsarbeiten erforderlich werden, bzw. zur Behauptung der Beklagten, dass solche alle 10-15 Jahre vorzunehmen sind. Er erachtet diesen Wert als Planungsgrösse, die im Bereich des baulichen Unterhalts in etwa eingehalten werden dürfte. Demgegenüber werden eigentliche Erneuerungsarbeiten in grösseren zeitlichen Intervallen erforderlich (Gerichtsgutachten, B3):

«Ziel der Unterhaltsplanung für Nationalstrassen (UPlaNS) ist eine – unter Berücksichtigung der Unterhaltsanforderungen – möglichst lange Zeitspanne ohne bauliche Behinderungen auf einer betrachteten Achse. Die genannten 10-15 Jahre sind eine im Rahmen des Planungswerkzeugs relevante Zielgrösse. Dies bedeutet jedoch nicht, dass auch effektiv alle 10-15 Jahre Massnahmen ergriffen werden. In Bezug auf Kunstbauten, welche doch oft eine Lebensdauer von deutlich über 50 Jahren aufweisen, ist ein Unterhaltsintervall von 10-15 Jahren eher intensiv und als

unterer Grenzwert – zumindest für Erneuerungsmassnahmen (als Bestandteil von Unterhaltsmassnahmen) – zu verstehen. Ein Intervall von 10-15 Jahren wäre eher für Massnahmen im Rahmen des baulichen Unterhalts durchaus denkbar.

So gilt es besonders im Rahmen von Kunstbauten zu unterscheiden, ob es sich um Bestandteile der Tragkonstruktion oder um Bestandteile mit einer kürzeren Lebensdauer, wie beispielsweise Fugen und Deckbeläge handelt. Für solche Bestandteile kann eine Lebensdauer von 10 resp. 20 Jahren angenommen werden.»

In der Folge präzisiert er, dass sich der Unterhaltsbedarf je nach Art der Kunstbaute wesentlich unterscheidet (Gerichtsgutachten, B4):

«Der Unterhalt ist klar abhängig von der Art der Kunstbaute. So sind beispielsweise Unterhaltsmassnahmen an einem Tunnel komplett anders als solche an einer Brücke oder einem Stützbauwerk.

Auch haben weiter Verschleissteile von Kunstbauten unterschiedliche Lebens- und Nutzungsdauern. Vor diesem Hintergrund kommt hinzu, dass nicht alle im Kanton Bern befindlichen Kunstbauten denselben Zustand und damit verbunden ein zeitlich gesehen deckungsgleiches Interventionsbedürfnis aufweisen. Eine pauschale Aussage über den effektiven Unterhaltsbedarf der Kunstbauten ist nicht angemessen und liesse sich ohnehin nur unter vorgängiger Zustandserfassung und Berücksichtigung der Lebensdauer machen.

Neben der Art einer Kunstbaute kann weiter davon ausgegangen werden, dass sich Unterhaltsmassnahmen zusätzlich je nach Exposition und Alter der Kunstbaute, Verkehrslast und -zusammensetzung oder Topographie unterscheiden.»

Letztlich schliesst er aber für alle Arten von Kunstbauten aus, dass wegen der Kabelrohranlage der Klägerin zusätzliche Unterhaltsarbeiten nötig werden oder der geplante Unterhalt auf relevante Art und Weise erschwert wird (Gerichtsgutachten, B5):

«Ziffer 2.7 [des technischen Berichts im Anhang der streitigen Vereinbarung] und die Verlegungsquerschnitte in [den Plänen] machen [...] Angaben über die Anordnung des Rohrblocks in Brücken. Daraus ist ableitbar, dass die Kabelrohranlage beispielsweise bei Brücken entweder im Hohlkasten oder unter der Kragplatte geführt wird. Diese Ausführungen liefern keinen Hinweis darauf, dass der Unterhalt durch die Anlage erschwert oder der Aufwand erhöht werden könnte. Bei Tunnels und Einhausungen wird gemäss [den Plänen] die Kabelrohranlage in oder neben der Fahrbahn ähnlich der freien Strecke im Standstreifen geführt.

Wird davon ausgegangen, dass alle Montagearbeiten fachmännisch durchgeführt wurden, ist nicht von einem kabelrohranlagebedingten Mehraufwand beim Unterhalt der Kunstbauten auszugehen. Ein erschwerter Zugang im Rahmen von Unterhaltsarbeiten an Brücken könnte diskutiert werden. Jedoch wurde die Kabelrohranlage gemäss den Plänen [...] an Orten montiert, wo oftmals (wenn nicht gar schon im vorliegenden Fall) bereits andere Werkleitungen geführt werden.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass die montierte Kabelrohranlage weder zusätzliche Unterhaltsarbeiten erfordert, noch den geplanten Unterhalt in bedeutender Art und Weise erschwert. Es ist also nicht von einem kabelrohranlagebedingten Mehraufwand auszugehen.»

Demgegenüber fallen Mehrkosten bei grösseren Unterhaltsarbeiten an den Kunstbauten, die das Ausmass einer eigentlichen Erneuerung erreichen, darum an, weil eine vorübergehende Verlegung der Kabelrohranlage erforderlich wird. Der

Gutachter äussert sich hiezu und zu den entsprechenden Kostenschätzungen der Beklagten – dem «Kostenvergleich» (Dossier III, act. 29A, Beilage 2) bzw. der «Kostenzusammenstellung» (Dossier III, act. 14A, Beilage 7) – wie folgt (Gerichtsgutachten, B6):

«Es ist nicht davon auszugehen, dass bei allen Unterhaltsarbeiten an Kunstbauten eine vorübergehende Verlegung der Kabelrohranlage notwendig ist. Eher ist anzunehmen, dass dies auf Teilabschnitten während intensiven Eingriffen im Rahmen von Erneuerungsmassnahmen an den Bauwerken nötig sein könnte. Dies könnte dann der Fall sein, wenn beispielsweise auch übrige Werkleitungen temporär verlegt werden müssten.

[Die Kostenzusammenstellung] enthält eine Kostenschätzung für eine temporäre Verlegung der Kabelrohranlage an Kunstbauten, angegeben mit Kosten pro Laufmeter. Diese basiert auf der Annahme, dass innerhalb der Lebensdauer der Anlage eine einmalige, temporäre Verlegung infolge Unterhaltsmassnahmen an der Kunstbaute notwendig wird. Diese Annahme ist insofern zu relativieren, als dass die Lebens- bzw. Nutzungsdauer einer Kabelrohranlage kürzer ist, als das Erneuerungsintervall, welches eine temporäre Verlegung der Anlage erfordert. Wird bei der Lebens- bzw. Nutzungsdauer einer Kabelrohranlage von 25 Jahren und einem Erneuerungsintervall bei Kunstbauten von 35 Jahren (siehe Stadttangente Bern weiter unten) ausgegangen, so ist diese Kostenschätzung um knapp 30 % ( $25 / 35 = 0.71$ ) entsprechend der Wahrscheinlichkeit des gleichzeitigen Eintretens der beiden Ereignisse zu reduzieren.

[Der Kostenvergleich] vergleicht eine Unternehmerofferte mit dem genehmigten Massnahmenprojektkredit für den Bau einer provisorischen und einer definitiven Anlage auf der Stadttangente Bern. Diese Offerte umfasst also neben einer provisorischen Verlegung weiter auch den Bau einer definitiven – also neuwertigen – Anlage. Sie beinhaltet also sowohl Verlegungs- als auch Neubaukosten. Weiter gilt es zu erwähnen, dass die Offerte wenig Aufschluss darüber liefert, in wieweit Kunstbauten von dieser Verlegung betroffen waren.

Der Abschnitt der Stadttangente Bern wurde Mitte bis Ende der 70er-Jahre erstellt. Das Alter dieses Abschnitts beträgt also rund 35 Jahre. Bei Unterhaltsmassnahmen nach einer derartigen Nutzungsdauer ist klar von Erneuerungsmassnahmen zu sprechen. Somit war wohl auch die abschnittsweise Verlegung der Kabelrohranlage unumgänglich.»

Anschliessend beziffert der Gutachter den konkreten Mehraufwand, der wegen der vorübergehenden Verlegung der Kabelrohranlage bei Bauarbeiten an den Kunstbauten der A1 entsteht (Gerichtsgutachten, B7):

«Mit Bezug zu obenstehender Fragenbeantwortung kann die von der Beklagten beigebrachte Kostenschätzung [in der Kostenzusammenstellung] zwar als Grundlage zur Schätzung des Mehraufwands an Kunstbauten verwendet werden, jedoch nur unter Berücksichtigung der Erneuerungszyklen der Kunstbauten bzw. der Lebens- und Nutzungsdauer der Kabelrohranlage.

In der Fragenbeantwortung [...] wurde erwähnt, dass nur falls Erneuerungsmassnahmen mit einem Intervall von 35 Jahren in die Lebens- bzw. Nutzungsdauer der Kabelrohranlage fallen, auch von dieser Kostenschätzung ausgegangen werden kann. Andernfalls, bzw. ohne Kenntnisse über den Zustand und das Alter der jeweiligen Kunstbauten, ist dieses Ausmass wie vorgeschlagen zu reduzieren.

Die Laufmeterkosten scheinen soweit plausibel. [...] Die Kabelrohranlage [ist] über eine Gesamtlänge von 3'848 m [richtig: 3'847 m; vgl. vorne E. 5.5.1] an Brücken montiert. Unter Berücksichtigung der Ausmassreduktion, der totalen Montagelänge und dem vorgeschlagenen Kostensatz ergeben sich Mehrkosten in der Höhe von 330 CHF/m x 3'848 [richtig: 3'847] m x 25/35 = 907'029 [richtig: 906'793] CHF über das gesamte Gebiet des Kantons Bern.»

**7.5.5** Die Beklagte und der Kanton Bern sind der Auffassung, der Gutachter berücksichtige bei seinen Ausführungen zu wenig, dass einerseits «hochsensible Kabelanlagen» betroffen seien und andererseits die Betreiberschaft nicht bereit sei, diese während Bauarbeiten ausser Betrieb zu nehmen. Darum seien Unterhaltsarbeiten an Bauwerken, bei denen Telekommunikationsanlagen geführt werden, «besonders heikel» und würden «entsprechend erschwert». In der Praxis zeige sich regelmässig, dass die Leitungen «bei umfassenden Sanierungs-, Erneuerungs- und/oder Ausbaumassnahmen bereits aus Sicherheitsgründen provisorisch verlegt» werden müssten. Dabei könne nicht von einem Erneuerungsintervall von 35 Jahren ausgegangen werden, sondern müsse auf ein bedeutend kürzeres Eingriffsintervall geschlossen werden. So seien die vom Gutachter erwähnten Arbeiten an der Stadttangente Bern nicht die ersten Unterhaltsmassnahmen seit deren Inbetriebnahme (Dossier V, act. 91, Ziff. I/17 und I/18; act. 92, Ziff. II/B/6). – Die Klägerin wendet ihrerseits ein, der Gutachter gehe von einer Lebensdauer der Kabelrohranlage von bloss 25 Jahren aus; diese Frage sei aber unter den Parteien gerade umstritten und müsse vom Gutachter noch gesondert geklärt werden. Im Übrigen beanstandet sie, dass die Berechnung der Mehrkosten auf einer Lebensdauer von 25 Jahren beruhe (Dossier V, act. 93, Rz. 58 ff.).

**7.5.6** Im Zusatzgutachten bestätigt der Gutachter zunächst, dass es sich beim Intervall für Erneuerungsarbeiten von rund 35 Jahren um einen Erfahrungswert handelt, der auf seinem Fachwissen gründet (Zusatzgutachten, Frage 9):

«Die Zeitspanne von rund 35 Jahren zwischen Erstellung und Erneuerung am Beispiel der Stadttangente Bern bestätigt einerseits einen in der Praxis üblicherweise angesetzten Erfahrungswert und wird andererseits bekräftigt durch die Erneuerungszyklen anderer Kunstbauten auf dem Nationalstrassennetz, welche aktuell in Planung beziehungsweise Ausführung sind [...]:

- A1 Bünztalviadukt, Erneuerung nach rund 40 Jahren
- A1 Brüttseller Kreuz, Erneuerung nach rund 35 Jahren
- A2 Sentibrücken Cityring Luzern, Erneuerung nach rund 40 Jahren
- A6 Aarebrücke Thun-Nord, Erneuerung nach rund 40 Jahren
- A9 Brücken Avançon Bex, Erneuerung nach rund 35 Jahren

Die angenommene Zyklusdauer von rund 35 Jahren für umfangreiche Erneuerungsmassnahmen an Kunstbauten (bei welchen von einer Verlegung der

Kabelrohranlage ausgegangen werden kann) ist mit Blick auf aktuelle Nationalstrassenprojekte also durchaus als praxisüblich zu bezeichnen.»

Sodann bestätigt der Gutachter ausdrücklich, dass einzig während Erneuerungsmassnahmen an *Brücken* eine vorübergehende Verlegung der Kabelrohranlage erforderlich ist, während bei andern Kunstbauten, selbst bei Erneuerungsmassnahmen, keine solche Verlegung notwendig wird, so dass keine entsprechenden Mehrkosten entstehen (Zusatzgutachten, Frage 10):

«Wie [...] bemerkt, wird die Kabelrohranlage auf Abschnitten mit Tunnels und Einhausungen ähnlich der freien Strecke im Standstreifen beziehungsweise im Bankett geführt. Somit ist davon auszugehen, dass auf Abschnitten mit andersartigen Kunstbauten als Brücken, die Kabelrohranlage räumlich getrennt von diesen Kunstbauten verlegt wurde.

Daraus ist zu schliessen, dass auf Abschnitten mit andersartigen Kunstbauten als Brücken bei Erneuerungsmassnahmen aufgrund der räumlichen Trennung zwischen Kunstbaute und Kabelrohranlage keine vorübergehende Verlegung einer Kabelrohranlage notwendig ist respektive keine Mehrkosten entstehen. So hat beispielsweise die Gewölbepanierung eines Tunnels oder die Erneuerung einer Überdeckung keinen Einfluss auf die im Standstreifen oder im Bankett verlegte Kabelrohranlage. Gleichermassen kann auch die Erneuerung eines Stütz- oder Lärmschutzbauwerks in der Regel unabhängig dem Vorhandensein einer Kabelrohranlage erfolgen.»

Alsdann hält der Gutachter fest, dass die Höhe des Mehraufwands für die vorübergehende Verlegung der Kabelrohranlage durch die Grösse der Anlage beeinflusst wird. Eine Kabelrohranlage mit bloss zwölf Rohren würde bei der vorübergehenden Verlegung einen geringeren Mehraufwand verursachen, wobei hinsichtlich der Bemessung dieser Differenz – bezüglich Arbeitsaufwand und Materialaufwand – auf die Ausführungen zu den Mehrkosten für die Montage der grösseren Anlage unter den Brücken verwiesen werden kann (Zusatzgutachten, Frage 11).

**7.5.7** In ihren Stellungnahmen beharren die Beklagte und der Kanton auf dem Standpunkt, die Annahme eines Intervalls von 35 Jahren sei unzutreffend. Weil sich die «Philosophie [...] mit der UPlaNS völlig geändert» habe, werde heute mit dem Unterhalt nicht mehr zugewartet, bis die Anlagen nach 35 Jahren ersetzt werden müssen. Diese würden vielmehr alle 10 bis 15 Jahre in Stand gesetzt und «die totale Erneuerung entsprechend hinausgeschoben» (Dossier V, act. 104, Ziff. II/B/9; act. 105, Ziff. II/B/9). Die Klägerin wiederholt ihrerseits den Einwand, die vom Experten «in den Raum gestellte» Lebens- oder Nutzungsdauer von 25 Jahren entbehre jeder Grundlage, es sei vielmehr von einer Lebensdauer von 100 Jahren auszugehen. Weiter behauptet sie, der Experte gebe keine klare Antwort auf die Frage, ob eine

zeitweilige Verlegung der Kabelrohranlage erforderlich sei, verwende er doch Formulierungen wie «eher sei anzunehmen» und «könnte nötig sein» (Dossier V, act. 108, Rz. 47 ff.).

**7.5.8** Entgegen diesen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten sind die Feststellungen des Gutachters zum Mehraufwand beim Unterhalt der Kunstbauten vollständig, klar und überzeugend: Zunächst übersehen Beklagte und Kanton, dass der Experte – den einschlägigen Richtlinien des ASTRA folgend – konsequent zwischen baulichem Unterhalt und Erneuerung der Kunstbauten unterscheidet (vgl. hierzu vorne E. 7.5.4; Gerichtsgutachten, B2). Für Arbeiten im Bereich des baulichen Unterhalts erachtet er ein Intervall von 10 bis 15 Jahren, wie es Beklagte und Kanton postulieren, durchaus als realistisch; das von ihnen beanstandete längere Intervall von 35 Jahren gilt allein für eigentliche Erneuerungsarbeiten (vgl. vorne E. 7.5.4; Gerichtsgutachten, B3 und B6). Dabei bestätigt der Gutachter ausdrücklich, dass seine Einschätzung auf persönlicher Erfahrung und auf Fachwissen beruht und nicht etwa aus einem Einzelfall abgeleitet wird (vgl. vorne E. 7.5.6; Zusatzgutachten, Frage 9). Die Unterscheidung zwischen baulichem Unterhalt und Erneuerung ist darum von entscheidender Bedeutung, weil die Kabelrohranlage der Klägerin nur bei Arbeiten, welche die Intensität einer Erneuerung aufweisen, Mehraufwand verursacht. Sind ganze Teile der Strassenanlage zu ersetzen oder zu überholen, ist die vorübergehende Verlegung der Kabelrohranlage erforderlich, was mit einem nicht unerheblichen Zusatzaufwand verbunden ist (vgl. vorne E. 7.5.4; Gerichtsgutachten, B6 und B7). Demgegenüber ist die Verlegung der Anlage bei weniger intensiven Arbeiten, wie sie periodisch zur Behebung von Schäden oder Verschleisserscheinungen erforderlich sind, in aller Regel nicht nötig (vgl. vorne E. 7.5.4; Gerichtsgutachten, B5). Die anderslautenden Behauptungen von Beklagter und Kanton werden nicht näher substantiiert und sind nicht geeignet, die einleuchtende Schlussfolgerung des Gutachters in Zweifel zu ziehen. Nicht in Frage gestellt wird im Übrigen dessen Feststellung, dass die zeitweilige Verlegung der Kabelrohranlage nur bei Erneuerungsarbeiten im Bereich von Brücken, nicht aber auch bei solchen an andern Kunstbauten erforderlich ist (Dossier V, act. 104, Ziff. II/B/10; act. 105, Ziff. II/B/10). Die Klägerin verkennt ihrerseits, dass vorliegend Leistungen und Gegenleistungen zu erfassen sind, wie sie sich aus der streitigen Vereinbarung ergeben, die für eine Geltungsdauer von 25 Jahren abgeschlossen worden ist. Deshalb interessiert nur jener Mehraufwand, den die Kabelrohranlage während dieser Zeitspanne verursacht und der Gutachter hat den allfälligen Mehraufwand gemäss ausdrücklicher Anweisung «mit Blick auf die vereinbarte Nutzungsdauer von 25 Jahren»

zu beziffern (Verfügung vom 1.5.2012, Gutachterfrage B8 [Dossier IV, act. 74, S. 13]). Der Zeitraum von 25 Jahren, der den gutachterlichen Feststellungen zugrunde gelegt wird, fusst demnach nicht auf einer unbegründeten sachverhaltlichen Annahme, sondern auf der korrekten Umsetzung des Auftrags, der dem Experten vom Verwaltungsgericht erteilt worden ist. Damit erübrigen sich Sachverhaltsabklärungen zur Lebensdauer der Kabelrohranlage und der dahingehende Beweisantrag der Klägerin wird abgewiesen. Sodann besteht trotz der stellenweise allenfalls etwas offen gehaltenen Formulierungen des Gutachters kein Zweifel, dass dieser klar zum Mehraufwand beim Unterhalt der Kunstbauten Stellung nimmt; der Einwand der Klägerin, das Gutachten gebe keine klaren Antworten auf die gestellten Fragen, ist unbegründet. Ferner übersieht die Klägerin, dass hier nicht Mehraufwand für den Unterhalt des Standstreifens bzw. der Fahrbahn zur Diskussion steht, sondern solcher betreffend die Kunstbauten, bei denen die Kabelrohranlage – meist (vgl. Gerichtsgutachten, S. 15 oben) – gerade nicht in den Standstreifen verlegt werden konnte. Schliesslich erscheint unproblematisch, dass hier Kosten betroffen sind, die teils erst bei künftigen Unterhaltsarbeiten entstehen werden, da vor dem Hintergrund des Verhältnismässigkeits- bzw. des Äquivalenzprinzips zu prüfen ist, ob ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung besteht; zu diesem Zweck müssen auch künftig anfallende Aufwendungen miteinbezogen werden, soweit sie sich direkt aus der streitbetroffenen Vereinbarung ergeben (vgl. vorne E. 7.5.3).

**7.5.9** Nach dem Gesagten steht fest, dass bei eigentlichen Erneuerungsarbeiten an Brücken wegen der Notwendigkeit, die Kabelrohranlage vorübergehend zu verlegen, Mehraufwand entsteht. Der Gutachter hat zwar den von der Beklagten eingereichten «Kostenvergleich Offerte zu KV» (Dossier III, act. 29A, Beilage 2) verworfen, weil dieser den Bau einer neuwertigen Anlage betrifft und sich nicht eigens auf Kunstbauten bezieht. Er hat aber die «Kostenzusammenstellung» vom 23. Oktober 2008 (Dossier III, act. 14A, Beilage 7) als taugliche Berechnungsbasis für den Mehraufwand erachtet (vgl. vorne E. 7.5.4; Gerichtsgutachten, B6). Allerdings beruht der dort bestimmte Wert von Fr. 330.-- pro Laufmeter auf der Annahme, dass während der Geltungsdauer der Vereinbarung einmal eine Verlegung der Kabelrohranlage nötig sein wird. Weil Erneuerungsarbeiten nicht alle 25 Jahre, sondern nur in einem Intervall von 35 Jahren nötig werden, ist dieser Wert entsprechend zu korrigieren und mit dem Gutachter um knapp 29 % auf rund Fr. 235.70 zu reduzieren (vgl. vorne E. 7.5.4; Gerichtsgutachten, B6). Unter Berücksichtigung der (korrekten) gesamten Montagestrecke an Brücken von 3'847 m (vgl. vorne E. 5.5.1) resultiert so ein

Mehraufwand von insgesamt (gerundet) Fr. 906'793.-- (vgl. vorne E. 7.5.4; Gerichtsgutachten, B7). Zu berücksichtigen bleibt noch, dass die Erweiterung der Kabelrohranlage auf 24 Rohre für einen Teil dieses Mehraufwands verantwortlich ist. Der Gutachter verweist insoweit auf seine Ausführungen zu den Mehrkosten für die Montage der grösseren Anlage unter den Brücken (Zusatzgutachten, Frage 6). Es kann deshalb anhand der betreffenden Schätzungen bestimmt werden, wieviel der durch die Erweiterung der Anlage verursachte zusätzliche Aufwand vom gesamten Mehraufwand ausmacht. Dabei ist zu beachten, dass hier nicht die Erstmontage einer grösseren Anlage in Frage steht, weshalb keine Kosten für ein zusätzliches Hüllrohr anfallen; vom gutachterlich bestimmten Wert der Mehrkosten von Fr. 47.-- pro Laufmeter für die Montage sind mithin Fr. 17.-- abzuziehen, so dass Fr. 30.-- pro Laufmeter verbleiben (Fr. 26.-- für Arbeitsaufwand und Fr. 4.-- für Materialaufwand; vgl. vorne E. 5.5.3). Über die gesamte Montagelänge von 3'847 m führt die Erweiterung der Anlage auf 24 Rohre also zu einem zusätzlichen Aufwand von insgesamt Fr. 115'410.--, der vom gesamten Mehraufwand für den Unterhalt der Kunstbauten in der Höhe von Fr. 906'793.-- abzuziehen ist. So resultiert letztlich eine gestützt auf Ziff. 8.1 der Vereinbarung erbrachte anrechenbare Leistung der Beklagten von (netto) Fr. 791'383.--.

**7.6** Die Beklagte macht zudem geltend, die Kabelrohranlage verursache beim Unterhalt der Fahrbahn bzw. des Strassenkörpers – oder genauer des *Standstreifens* – Mehraufwand.

**7.6.1** Sie bringt vor, zufolge ihrer Eigentümerstellung habe sie die Kosten zu übernehmen, die bei Bauarbeiten an der Nationalstrasse entstünden, wenn eine Verlegung der Kabelrohranlage erforderlich sei. Bei der Gesamterneuerung der Stadttangente Bern habe sich gezeigt, dass die Rohre zuerst provisorisch verlegt und dann wieder neu eingebaut werden müssten. Dafür seien auf dem betreffenden Abschnitt von rund 1 km Länge Kosten in der Höhe von 1,91 Mio. Franken angefallen («Massnahmenprojektgenehmigung Stadttangente Bern: Transitrohranlage» des ASTRA vom 13.11.2008 [Dossier III, act. 22A, Beilage 1]). Nach heutigem Planungsstand seien während der Vertragsdauer auf dem Gebiet des Kantons Bern entsprechende Umbauten auf einer Strecke von 45 km Länge vorgesehen. Ausgehend von der Annahme, dass sich eine Verlegung der Kabelrohranlage letztlich auf mindestens der Hälfte der Gesamtstrecke von 56 km Länge als nötig erweisen werde, ergebe dies Verlegungskosten von insgesamt 53 Mio. Franken (Dossier III, act. 22,

Ziff. II/3.4). – Nach Auffassung der Klägerin ist dieses Vorbringen der Beklagten verspätet und deshalb nicht zu hören. Zudem fehle es an einer gesetzlichen Grundlage, um derartige Leistungen vorliegend berücksichtigen zu können; als Eigentümerin der Anlage habe die Beklagte die Kosten von vornherein selber zu tragen. Die Klägerin beruft sich weiter auf Ziff. 5 der Vereinbarung, wonach «der Benützer» bei Änderungen an der Nationalstrasse die Kosten nur für allfällige Anpassungen an seiner Installation trage, so dass sie bloss für Änderungen an den Kabeln leistungspflichtig wäre. Die Klägerin bestreitet zudem, dass bei periodischen Unterhaltsarbeiten im Bereich des Standstreifens die Rohre überhaupt (temporär) verlegt werden müssten bzw. macht geltend, zum jetzigen Zeitpunkt sei unklar, ob und auf welchen Strecken eine Verlegung der Kabelrohranlage notwendig sei, weshalb hierfür keine Kosten berücksichtigt werden könnten. Es gehe nicht an, im Rahmen der Äquivalenzprüfung alle in Zukunft allenfalls denkbaren Aufwendungen als Leistung der Beklagten zu behandeln. Ferner wird bestritten, dass pro Kilometer verlegter Kabelrohranlage Kosten im Umfang von 1,91 Mio. Franken entstehen, also für jeden Meter Fr. 1'910.--; diese Verlegungskosten erschienen im Vergleich zu den Kosten für die Erstellung der Anlage «zwischen CHF 110.-- und CHF 255.-- pro Meter [...] geradezu absurd». Schliesslich sei fraglich, ob sich die geltend gemachten Verlegungskosten nicht auch auf die übrige Infrastruktur (Wasser- und Stromleitungen) beziehen und somit nicht (allein) durch die Kabelrohranlage verursacht würden (Dossier III, act. 21, Rz. 23; act. 28, Rzn. 19-26).

**7.6.2** Der Klägerin ist zuzustimmen, dass es sich bei den geltend gemachten Aufwendungen für die Verlegung der Kabelrohranlage um eine Leistung handelt, auf deren Erbringung sich die Beklagte erst im Lauf des Verfahrens berufen hat. Allerdings kommt die Eventualmaxime, anders als die Klägerin meint (vgl. Dossier III, act. 28, Rz. 20), vor Verwaltungsgericht auch im Klageverfahren nur beschränkt zum Tragen: Gemäss Art. 25 VRPG ist es den Parteien nämlich unbenommen, neue Tatsachen und Beweismittel in das Verfahren einzubringen, solange weder mit prozessleitender Verfügung das Beweisverfahren förmlich geschlossen noch in der Sache entschieden worden ist (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 25 N. 2, 12). Weil vorliegend weder das eine noch das andere geschehen ist und die geltend gemachten Kosten nicht ausserhalb des Streitgegenstands liegen, ist das fragliche Vorbringen zulässig und zu behandeln. Sodann weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass die Vereinbarung mehrere Bestimmungen enthält, die sich (explizit) mit der Kostentragung bei einer Verlegung der Kabelrohranlage befassen: Zunächst regelt Ziff. 5 Abs. 1 der

Vereinbarung den Fall einer «technischen Änderung» an der Nationalstrasse oder der Kabelrohranlage (Infrastruktur) und bestimmt in der Tat, dass die Klägerin als Benützerin nur die Kosten für notwendige Anpassungen an den Lichtwellenkabeln (Installation) zu tragen hat (vgl. vorne E. 2.2). Dabei bleibt allerdings unklar, was unter einer «technischen Änderung» genau zu verstehen ist, wobei diese Frage vorliegend nicht näher erörtert zu werden braucht. Aus dem Sprachgebrauch der Parteien in der Vereinbarung ergibt sich ohne weiteres, dass jedenfalls Bau- und Unterhaltsarbeiten nicht unter Ziff. 5 Abs. 1 der Vereinbarung fallen. Während von «technischen Änderungen» einzig in Ziff. 5 Abs. 1 der Vereinbarung die Rede ist, haben die Parteien konsequent die Begriffe «Unterhalt», «Ausbau», «Bauarbeiten» oder «Sanierungsmassnahmen» verwendet, wenn sie Aspekte im Zusammenhang mit Bau- und Unterhaltsarbeiten geregelt haben. Neben der bekannten Formulierung von Ziff. 8.1 zeigen dies insbesondere auch die folgenden Bestimmungen:

- «2.7 Der Betrieb, Unterhalt und Ausbau der Nationalstrassen-Infrastruktur des Werkeigentümers darf durch die Installation des Benützers nicht wesentlich behindert werden.»
- «3.4 Der Werkeigentümer behält sich vor, die Installation des Benützers in allen für den reibungslosen Betrieb der Nationalstrasse, für deren Unterhalt und für Sanierungsmassnahmen notwendigen Fällen ohne Kostenfolge für den Werkeigentümer vorübergehend für so lange zu unterbrechen, als es der Zweck erfordert [...].»
- «9. *Betrieblicher Unterhalt/Behebung von Störungen*  
Die Durchführung der Leistungen und die Übernahme der Kosten für betriebliche und bauliche Unterhaltsarbeiten sowie die Behebung von Störungen werden wie folgt geregelt: [...].»

Die Kostentragung im hier interessierenden Fall, in dem die Kabelrohranlage im Rahmen von Unterhaltsarbeiten verlegt wird, ist mithin von den Parteien in Ziff. 5 Abs. 1 der Vereinbarung nicht speziell geregelt worden. Neben dieser – von der Klägerin ausdrücklich angerufenen – Bestimmung befasst sich auch Ziff. 12.3 Abs. 1 der Vereinbarung mit der Verlegung der Kabelrohranlage. Nach dieser Bestimmung kann die Beklagte die Vereinbarung fristlos «aufheben», falls die Kabelrohranlage aus «technischen oder anderen Gründen zwingend verlegt oder aufgehoben» werden muss (vgl. vorne E. 2.2). Von Ziff. 12.3 Abs. 1 der Vereinbarung werden mithin – anders als von Ziff. 5 Abs. 1 – nicht nur «technische», sondern auch «andere Gründe» erfasst, weshalb die Anwendung der Bestimmung auf Unterhaltsarbeiten nicht von vornherein ausgeschlossen scheint. Allerdings wird auch dort nicht geregelt, wer die Kosten einer Verlegung zu tragen hat, sondern bloss (aber immerhin) eine Möglichkeit geschaffen, die Entstehung von Verlegungskosten zu verhindern, indem die

berechtigte Anrufung von Ziff. 12.3 Abs. 1 der Vereinbarung zu deren Kündigung führt. Für den Kündigungsfall explizit geregelt ist jedoch, dass die Klägerin die Kosten der Entfernung der Installation (d.h. der Lichtwellenkabel; vgl. Ziff. 1.1 der Vereinbarung) zu tragen hat. Letztlich enthält auch Ziff. 12.3 Abs. 1 der Vereinbarung indes keine Normierung der hier geltend gemachten Ansprüche im Zusammenhang mit einer Verlegung der Kabelrohranlage. Zu erwähnen bleibt, dass weitere Aspekte der Kostentragung im Fall von Unterhaltsarbeiten noch durch Ziff. 9 der Vereinbarung geregelt werden, wobei diese Bestimmung aber nur den Unterhalt der Kabelrohranlage selber und nicht auch jenen der Nationalstrasse erfasst (vgl. auch hinten E. 7.8.4); sie ist deshalb ebenfalls nicht einschlägig.

**7.6.3** Nach dem Gesagten fehlt es der Vereinbarung an einer expliziten Regelung der Frage, wer die Kosten für eine Verlegung der Kabelrohranlage anlässlich von Erneuerungsarbeiten zu tragen hat. Allerdings wäre mit einer vertraglichen Vereinbarung, die die Beklagte zur Kostentragung verpflichten würde, das Thema der Mehrkosten wegen der Verlegung der Anlage nicht etwa erledigt gewesen. Vorliegend geht es allein um die Klärung, welche Leistungen die Parteien gestützt auf die streitige Vereinbarung zu erbringen haben. Eine explizite Verpflichtung der Beklagten zur Kostentragung hätte deshalb – anders als die Klägerin meint – nicht zur Folge, dass die Berücksichtigung der betreffenden Aufwendungen als Leistung der Beklagten ausgeschlossen wäre; im Gegenteil. Mangels einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung hat sich die Beklagte bezüglich der Verlegungskosten bloss in allgemeiner Weise auf ihre Eigentümerstellung berufen (vgl. vorne E. 7.6.1), wobei hier offensichtlich ein Mehraufwand bzw. eine «Erschwernis für den Unterhalt» im Sinn von Ziff. 8.1 der Vereinbarung in Frage steht. Es verhält sich diesbezüglich gleich wie bei den zusätzlichen Aufwendungen für den Unterhalt der Kunstbauten, wo die Kosten für eine vorübergehende Verlegung der Kabelrohranlage während der Vornahme von Erneuerungsarbeiten an Brücken eine Leistung der Beklagten darstellt (vgl. vorne E. 7.5). Falls also tatsächlich bei Unterhaltsarbeiten am Strassenkörper bzw. am Pannestreifen der Nationalstrasse ein Mehraufwand entsteht, weil – wie von der Beklagten geltend gemacht wird – die Kabelrohranlage verlegt werden muss, ist dieser Mehraufwand grundsätzlich gestützt auf Ziff. 8.1 der Vereinbarung der Beklagten als Leistung anzurechnen; in Bezug auf eine allfällige Entschädigung wegen Wertverminderung des Standstreifens hat das Bundesgericht ausdrücklich in diesem Sinn entschieden (vgl. vorne E. 3.4). Da bei «Erschwernissen für den Unterhalt» ausdrücklich eine Abgeltung durch die Klägerin vorgesehen ist, verhält es sich bei

diesen anders als bei der Entbindung der Klägerin von der gesetzlichen Wiederherstellungspflicht gemäss Art. 35 Abs. 2 FMG; die Eigentümerstellung der Beklagten steht der Berücksichtigung als Leistung nicht entgegen (vgl. vorne E. 7.5.2). Soweit für eine entsprechende Inanspruchnahme der Klägerin eine gesetzliche Grundlage erforderlich sein sollte, könnte sich die Beklagte auf Art. 30 Abs. 3 aNSV bzw. Art. 29 Abs. 3 NSV stützen: Gemäss diesen Bestimmungen sind erhöhte Unterhalts- und Betriebskosten für die Strassenanlage, die aus deren Mehrfachnutzung resultieren, von den verursachenden Dritten zu tragen. Sodann erscheint unproblematisch, dass hier Kosten betroffen sind, die teils erst bei künftigen Unterhaltsarbeiten entstehen werden. Im vorliegenden Verfahren gilt es bloss, vor dem Hintergrund des Verhältnismässigkeits- bzw. des Äquivalenzprinzips die Höhe eines allfälligen Mehraufwands möglichst genau zu beziffern und abzuschätzen, ob die Summe der getroffenen vertraglichen Abmachungen insgesamt zu einem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung führt. Zu diesem Zweck müssen ohne weiteres auch künftig anfallende Aufwendungen der Vertragsparteien miteinbezogen werden, soweit sie sich direkt aus der streitigen Vereinbarung ergeben. Ferner verfängt das Vorbringen der Klägerin, die streitige «kantonale Gebühr» bedürfe einer gesetzlichen Grundlage im *kantonalen* Recht, schon darum nicht, weil Bau und Unterhalt der Nationalstrassen stets bundesrechtlich geregelt waren (vgl. Art. 36<sup>bis</sup> Abs. 2 aBV [AS 1958 S. 770, 1962 S. 1804] sowie Art. 83 Abs. 2 BV in der bis Ende 2007 geltenden Fassung [AS 1999 S. 2573]). Im Übrigen ist – wie gesehen – die Formulierung, gemäss welcher der Klägerin eine «kantonale Gebühr» auferlegt wird, nicht im rechtstechnischen Sinn zu verstehen; es wird damit nicht eine im kantonalen Recht geregelte Kausalabgabe erhoben, sondern vielmehr eine dem Kanton für Mehraufwände und Minderwerte zustehende Entschädigung vereinbart (zum Ganzen vorne E. 7.5.2 und 7.5.3).

**7.6.4** Die Beklagte geht davon aus, dass während der 25-jährigen Vertragsdauer die gesamte auf dem Gebiet des Kantons Bern liegende Nationalstrasse einmal Gegenstand von Unterhaltsarbeiten bilden werde, bei denen eine Verlegung der Kabelrohranlage erforderlich sei. Sie beruft sich auf die Umbauarbeiten an der Stadttangente Bern (km 166,5-168,5) und macht geltend, während der 25-jährigen Nutzungsdauer der Kabelrohranlage würden etliche ähnliche Bauprojekte realisiert werden: in den Jahren 2016/2017 auf der Strecke Kirchberg-Kriegstetten (km 15,2-26), in den Jahren 2017-2019 auf der Strecke Wankdorf-Kirchberg (km 0-15,2) und in den Jahren 2020-2023 auf der Strecke Kerzers-Forsthaus (km 145-162), so dass

insgesamt also auf einer Länge von 45 km mit einer Verlegung der Kabelrohranlage zu rechnen sei (Dossier III, act. 22, Ziff. 3.4). Weil das Verwaltungsgericht die Berechtigung dieser Vorbringen nicht selber abschliessend beurteilen kann, wurden dem Gerichtsgutachter verschiedene Fragen zum Mehraufwand beim Unterhalt des Standstreifens unterbreitet. Der Experte erläutert zunächst, dass die Kabelrohranlage im Standstreifen in einer minimalen Tiefe von 45 bis 50 cm «unter Terrain» verlegt wurde, so dass sie «niveaumässig klar vom Strassenoberbau getrennt» ist. Deshalb gilt für alle Arbeiten, bei denen nicht tiefer als gut 40 cm unter Strassenniveau in den Strassenkörper eingegriffen wird, dass grundsätzlich «keine Interaktion zwischen Kabelrohranlage und Unterhalt besteht» (Gerichtsgutachten, S. 19 oben). Zur Auflistung der Strassenabschnitte, auf denen gemäss der Beklagten eine Verlegung der Anlage erforderlich sein wird, nimmt der Gutachter alsdann wie folgt Stellung (Gerichtsgutachten, C1):

«Durch ihre Lage von rund 45 cm unter Terrain ist die Kabelrohranlage nur in geringem Mass von Unterhaltsarbeiten betroffen. Ausnahmefälle hierbei bilden Bauvorhaben mit Spurausbau, neuen Anschlüssen, Komplettersatz des Unterbaus auf der gesamten Fahrbahnbreite oder neuer Linienführung; also Massnahmen, welche 45 cm oder tiefer unter Terrain greifen.

Eine Möglichkeit zur Abschätzung absehbarer, derartiger Vorhaben bietet [die Botschaft vom 11.11.2009 zum Programm zur Beseitigung von Engpässen im Nationalstrassennetz und zur Freigabe von Mitteln], wo Projekte der kommenden Jahre zwecks Engpassbeseitigung auf dem Schweizer Nationalstrassennetz verzeichnet sind und demnach mit Sicherheit eine zumindest teilweise Verlegung der Kabelrohranlage erwartet werden kann.»

Alsdann erklärt der Gutachter, dass die Annahme der Beklagten, es werde auf der Hälfte der betroffenen Strecke eine Verlegung der Anlage erforderlich sein, «klar zu reduzieren» ist. Gestützt auf die erwähnte bundesrätliche Botschaft (vgl. BBl 2009 S. 8387 ff.) kommt er zum Schluss, dass eine Verlegung hauptsächlich auf den Abschnitten Schönbühl-Kirchberg mit einer Länge von 10 km und Wankdorf-Schönbühl mit einer Länge von 7,5 km in Frage kommt (Gerichtsgutachten, C2). Der Gutachter geht indes nicht davon aus, dass im Rahmen der Engpassbeseitigung auf der gesamten betroffenen Strecke von 17,5 km eine Verlegung der Anlage erforderlich sein wird. Eine solche sei im hier interessierenden Bereich «sicher auf einer Teilstrecke [...] notwendig», deren Länge er – gestützt auf einen Erfahrungswert von 40 % – auf 7 km schätzt (Gerichtsgutachten, C7). Weiter hält der Gutachter die «Kostenberechnung» der Beklagten, wonach für die Verlegung im Zusammenhang mit dem Umbau der Stadttangente Bern auf einer Strecke von 1 km Länge Kosten in der Höhe von

1,91 Mio. Franken anfallen (Dossier III, act. 22A, Beilage 1; vgl. vorne E. 7.6.1), für wenig aussagekräftig (Gerichtsgutachten, C4):

«Beim beigebrachten Dokument handelt es sich [...] um einen Kostenvoranschlag im Zusammenhang mit dem **Bau einer provisorischen und einer definitiven Kabelrohranlage** im Zuge der Erneuerungsmassnahmen auf der Stadttangente Bern. [...]

Der Abschnitt 20 (Forsthaus bis Wankdorf) hat [...] eine Länge von 4,5 km. Die Angabe, dass sich die Kosten in der Höhe von 1.91 Mio. CHF auf eine Streckenlänge von 1 km beziehen, fehlt in den amtlichen Akten gänzlich. Eher wird angenommen, dass zwar nicht über die ganze Abschnittslänge von 4.5 km, aber sicher über eine Teilstrecke länger [als] 1 km eine Verlegung der Kabelrohranlage stattgefunden hat.

Wie sich [bei der Beantwortung von Frage] A4 gezeigt hat, wurde die Kabelrohranlage auf diesem Abschnitt unter Regie der Klägerin zu einem durchschnittlichen Laufmeterpreis von rund 650 CHF erstellt [vgl. vorne E. 7.2.2]. Dagegen sind die hier angegebenen **Laufmeterkosten für den Bau einer provisorischen und einer definitiven Kabelrohranlage** knapp dreimal höher und damit für eine blosser Verlegung der Kabelrohranlage viel zu hoch.»

Letztlich schliesst der Gutachter aus, dass aufgrund der Kosten, welche im Bereich der Stadttangente Bern entstanden sind, auf jene Kosten geschlossen werden kann, die bei anderen Bauprojekten auf dem Gebiet des Kantons Bern anfallen werden (Gerichtsgutachten, C6). Zum Mehraufwand, der der Beklagten durch die (provisorische) Verlegung der Kabelrohranlage konkret entsteht und zur Schätzung der Beklagten, die von Gesamtkosten in der Höhe von 53 Mio. Franken bzw. Kosten von Fr. 1'910.-- pro Laufmeter ausgeht, führt er Folgendes aus (Gerichtsgutachten, C7):

«Die Kosten für eine temporäre Verlegung liegen mit Sicherheit unterhalb denjenigen, die für eine neue Anlage veranschlagt werden müssen. Die Annahme von etwa zwei Drittel der Neubaukosten als Kosten für die temporäre Verlegung scheint deshalb vernünftig. Werden also Verlegungskosten von rund 450 CHF/m angenommen, so belaufen sich absehbare Kosten in Zusammenhang mit der Verlegung der Kabelrohranlagen bei Erneuerungsvorhaben auf dem Gebiet des Kantons Bern auf  $7'000 \text{ m} \times 450 \text{ CHF/m} = 3'150'000 \text{ CHF}$ .

Die Schätzung der Beklagten geht hingegen davon aus, dass erstens die Hälfte der Strecke von 56 km erneuert werden muss, zweitens im Rahmen dieser Erneuerung zwingend über die gesamte Streckenlänge des Erneuerungsvorhabens eine zeitweilige Verlegung stattfindet und drittens Verlegungskosten in der Höhe von 1'910 CHF/m (als knapp dreimal so hoch wie die Neubaukosten) zu veranschlagen sind.»

**7.6.5** Der Kanton bestreitet die Schlüssigkeit dieser Ausführungen des Gutachters. Er ist der Auffassung, die von der Beklagten und ihm «konkret aufgeführten Projekte, in welchen der Standstreifen umgebaut werden müsse», blieben zu Unrecht unberücksichtigt; der Experte verkenne die Realität. Weil die bestehenden Standstreifen nicht den neusten Standards entsprächen, müssten sie bei jedem

grösseren Unterhalt, also grundsätzlich alle 15 Jahre, verbreitert und verstärkt werden. Zudem sei auf zahlreichen Abschnitten zwecks Beseitigung von Engpässen vorgesehen, den Standstreifen zu einem zusätzlichen Fahrstreifen auszubauen, der bezüglich Breite und Tragfähigkeit der Normalspur entsprechen müsse. Deshalb sei «sehr wohl» eine Verschiebung der Kabelrohranlage notwendig und die Nichtberücksichtigung der erwähnten Umbauprojekte sei «willkürlich und unzulässig» (Dossier V, act. 91, Ziff. I/19). Weiter führt der Kanton Bern aus, es gehe nicht an, den für die Erstellung im Jahr 2000 angefallenen Laufmeterpreis mit den Kosten für den Umbau der Stadttangente zu vergleichen. Während sich das Projekt der Klägerin auf eine einmalige Erstellung der Infrastruktur beschränkt habe, seien die angefallenen Umbauarbeiten «wesentlich umfassender und komplexer». Es habe zunächst eine provisorische Infrastruktur erstellt, dann die bestehende Anlage zurückgebaut und eine neue definitive Infrastruktur errichtet und schliesslich noch die provisorische Anlage zurückgebaut werden müssen. Zudem mache die seit dem Jahr 2000 aufgelaufene «Bauteuerung» insgesamt 25 % aus und sei zu berücksichtigen, dass die ursprüngliche Materialbeschaffung als Grossbestellung zu wesentlich günstigeren Konditionen habe erfolgen können (Dossier V, act. 91, Ziff. I/21). Die Beklagte argumentiert ähnlich und hält an ihrer Behauptung fest, dass eine Verlegung der Kabelrohranlage – der «UPIaNS-Philosophie» für den Standstreifen entsprechend – über eine Gesamtlänge von 45 km erforderlich sei, zumal der Ober- und Unterbau einer Fahrbahn zwischen 45 cm (Mindestmass) und 62 cm betrage. Weiter ist auch sie der Auffassung, dass die (provisorische) Verlegung «weitaus komplexer sei als die Erstverlegung». Die inzwischen vorliegenden Schlussrechnungen für die Stadttangente Bern wiesen deshalb für ein Teilstück von 900 m mit einer «Verlegungslänge» von 1'350 m Gesamtkosten von Fr. 1'676'790.-- bzw. einen Laufmeterpreis von Fr. 1'862.-- aus (Dossier V, act. 92, Ziff. II/B/6). – Die Klägerin ist ihrerseits der Auffassung, der Gutachter halte eine Verlegung nur für möglich, nicht aber für sicher notwendig. Ohne konkrete Verlegungsvorhaben könnten solche «theoretischen Aufwendungen nicht berücksichtigt werden» (Dossier V, act. 93, Rzn. 64 und 69).

**7.6.6** Die Einwände von Beklagter und Kanton fussen auf der Erwartung, dass es in den nächsten Jahren auf weiten Strecken der Nationalstrasse A1 zu eigentlichen Erneuerungsarbeiten mit tief greifender Bautätigkeit kommen wird. Im Zusatzgutachten hat der Gerichtsexperte erläutert, weshalb er davon ausgeht, dass eine Verlegung der Kabelrohranlage nicht auf der ganzen betroffenen Strecke, sondern nur auf 40 % davon notwendig sein wird (Zusatzgutachten, Frage 12):

«Wie im vorgelegten Gutachten ausgeführt, ist die Kabelrohranlage (Oberkante Rohrblock) auf Abschnitten mit Anordnung im Standstreifen in einer minimalen Tiefe von 45 bis 50 cm unter Niveau der Fahrbahn verlegt.

Wie von der Beklagten mit [dem technischen Merkblatt] bestätigt, beträgt im nationalstrassentypischen Schichtaufbau die Mächtigkeit des Oberbaus 42 bis 63 cm, wobei die bituminösen Schichten bis maximal 43 cm in die Tiefe reichen und der Rest je nach Frostdimensionierung mit mehr oder weniger Kiessand gefüllt wird. Es ist nicht davon auszugehen, dass in jedem Fall bei Erneuerungsarbeiten alle Tragschichten des Strassenaufbaus betroffen sind – sicher ist zumindest die Kabelrohranlage durch ihre Tieflage von einem Ersatz der bituminösen Schichten nicht betroffen.

Eine Verlegung der Kabelrohranlage ist dann absehbar, wenn durch einen Spurausbau der Strassenraum verbreitert wird und somit die Kabelrohranlage mit den zugehörigen Kontrollpunkten (Schächte) in der verbreiterten Fahrbahn zu liegen kämen [...]. Wäre hingegen bei Erneuerungsmassnahmen in jedem Fall von einer Verlegung der Kabelrohranlage auszugehen, so wäre die beabsichtigte Tieferlegung des Rohrblocks sinnfrei.»

Der Gutachter nimmt auch zum Einwand Stellung, eine Verlegung der Kabelrohranlage für Arbeiten am Standstreifen sei insgesamt aufwendiger als der ursprüngliche Bau der Anlage, da zunächst ein Provisorium errichtet und die Anlage anschliessend wieder eingebaut werden müsse (Zusatzgutachten, Frage 13):

«[Es gilt] wiederum zu unterscheiden zwischen Unterhalts- beziehungsweise Erneuerungsmassnahmen und effektiven Ausbautvorhaben. Von einer zeitweiligen Verlegung der Kabelrohranlage aufgrund von Unterhalts- beziehungsweise Erneuerungsarbeiten ist entsprechend der Beantwortung der Zusatzfrage 12 grundsätzlich nicht auszugehen.

Zu den grundlegenden Voraussetzungen zur Verlegung der Kabelrohranlage anlässlich eines Ausbautvorhabens wurde mit der Beantwortung der Zusatzfrage 12 ebenfalls Stellung genommen. Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit einer provisorischen Infrastruktur. So kann in diesem Fall die Anlage direkt an ihrem Bestimmungsort in der ausgebauten Spur (ohne temporäre Zwischenlösung) verlegt werden.

Die damit verbundenen Kosten fallen tiefer aus als bei der erstmaligen Erstellung der Anlage, weil ein Anteil der Materialkosten entfällt, Installationen zum Spurausbau und der Verlegung der Anlage gemeinsam genutzt werden können sowie gewisse Arbeiten im Zusammenhang mit Erdbewegungen ohnehin im Rahmen des Spurausbaus geleistet würden. Zwei Drittel der Neubaukosten scheinen deshalb verhältnismässig.

[Die Botschaft vom 11.11.2009 zum Programm zur Beseitigung von Engpässen im Nationalstrassennetz und zur Freigabe von Mitteln] scheint grundsätzlich zur Schätzung der von einer Verlegung betroffenen Abschnitte durchaus tauglich. Jedoch hat sich beispielsweise aus einem Variantenstudium zum Abschnitt Bern Weyermannshaus-Schönbühl gezeigt (vgl. [www.astra.admin.ch, Rubriken: 'Themen', 'Nationalstrassen', 'Grosse Baustellen und Projekte', 'Engpassbeseitigung']), dass ein Spurausbau nicht zwingend die wirtschaftlichste und verträglichste Lösung zur Engpassbeseitigung sein muss. Auf der genannten Strecke wird dem zu erwartenden Verkehrsaufkommen über einen bedeutenden Abschnitt mit Verkehrsmanagementmassnahmen (flankierende und betriebliche Massnahmen) begegnet. Es ist davon auszugehen, dass sich vergleichbare Varianten auch auf weiteren, vom Programm zur Beseitigung von Engpässen betroffenen Streckenabschnitten ergeben, und daher nicht die Gesamtlänge der dort verzeichneten

Abschnitte von Ausbauvorhaben betroffen sein wird. Die Annahme, der Ausbau von 40 % der in [der Botschaft] ausgewiesenen Strecken bedinge eine Verlegung der Kabelrohranlage soll zum Ausdruck bringen, dass eine Verlegung bei Ausbauvorhaben nicht grundsätzlich auszuschliessen ist, jedoch bestimmt weniger als die Hälfte der Strecken davon betroffen sind. [...]»

**7.6.7** Beklagte und Kanton wenden ein, bei der Arbeit mit «grossen Maschinen» sei – angesichts der kleinen «Toleranz» von bloss zwei bis drei Zentimetern – die Gefahr zu gross, dass die Kabelrohranlage beschädigt werde. Die zeitweilige Verlegung der Anlage erfolge deshalb auch im Interesse der Klägerin. Zudem sei es in den allermeisten Fällen nicht möglich, die Anlage direkt an ihren definitiven neuen Platz zu verlegen, weshalb zwingend eine provisorische Infrastruktur errichtet werden müsse (Dossier V, act. 104, Ziff. II/B/12 f.; act. 105, Ziff. II/B/12 f.). Demgegenüber erachtet die Klägerin die entsprechenden Ausführungen im Zusatzgutachten für «nachvollziehbar» (Dossier V, act. 108, Rz. 56 ff.). – Der Gutachter hat eingangs seiner Ausführungen klargestellt, dass bei all jenen Arbeiten, bei denen nicht tiefer als 40 cm unter das bestehende Strassenniveau in den Strassenkörper eingegriffen wird, keine Beeinträchtigung der Kabelrohranlage entsteht (vgl. vorne E. 7.6.4). Diese liegt unter den festen Schichten des Strassenkörpers – der Deck-, der Binde- und der Tragschicht, die zusammen eine maximale Dicke von 42 bzw. 43 cm erreichen (vgl. auch das technische Merkblatt «Bauteile» des ASTRA [Dossier V, act. 92A, Beilage 3]) – in bzw. unter der Foundationsschicht, die den Oberbau der Nationalstrasse vervollständigt und aus maximal 20 cm Kiessand besteht. Eine Verlegung der Anlage während Bauarbeiten ist deshalb nur dann erforderlich, wenn einerseits die festen Deck-, Binde- und Tragschichten des Strassenkörpers zusammen die maximal vorgesehene Dicke von 42 bzw. 43 cm erreichen und andererseits von den vorgenommenen Arbeiten auch die tieferen Schichten betroffen sind (vgl. vorne E. 7.6.6). Weil dies bei blossen Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten nicht der Fall ist, ist bei solchen keine (vorübergehende) Verlegung der Kabelrohranlage erforderlich. Anders verhält es sich jedoch bei eigentlichen Ausbauvorhaben, die dann eine (nicht nur vorübergehende) Verlegung der Anlage bedingen, wenn diese bzw. die zugehörigen Schächte in der verbreiterten Fahrbahn zu liegen kämen. Die dahingehenden Ausführungen des Gutachtes sind schlüssig, wobei vorausgesetzt werden kann, dass ihm die Arbeitsweise im Nationalstrassenbau mit «grossen Maschinen» bekannt ist. Weiter stützt der Gutachter seine Annahme zu den Strassenabschnitten, auf denen während der 25-jährigen Vertragsdauer mit einem Spurausbau zu rechnen ist, der eine Verlegung der Anlage wegen Bauarbeiten erforderlich macht, ausdrücklich auf das Programm des Bundesrats zur Beseitigung

von Engpässen im Nationalstrassennetz (vgl. BBI 2009 S. 8387 ff.). Die Kritik von Beklagter und Kanton an seinen Schlussfolgerungen ist unsubstantiiert. Zudem hat er deren Behauptung widerlegt, dass es überall dort, wo auf der Nationalstrasse Engpässe zu beseitigen sind, zu einem Spurausbau kommen wird (vgl. vorne E. 7.6.6; Zusatzgutachten, Frage 13). Es ist deshalb mit dem Gutachter davon auszugehen, dass während der 25-jährigen Vertragsdauer bloss auf einer Strecke von 7 km eine Verlegung der Kabelrohranlage erforderlich sein wird. Entgegen den Vorbringen der Klägerin ist allerdings fest damit zu rechnen, dass es bei einem Spurausbau im entsprechenden Umfang tatsächlich zu einer Verlegung ihrer Anlage kommen wird. Ferner besteht kein Anlass, an der Richtigkeit der Kostenschätzung des Gutachters von Fr. 450.-- pro Laufmeter zu zweifeln: Es leuchtet ein, dass eine Verlegung der Anlage günstiger zu bewerkstelligen ist als deren erstmaliger Bau. Beklagte und Beigeladener behaupten zwar, es müsse jeweils sowohl eine provisorische als auch eine definitive Anlage gebaut werden, setzen sich aber mit den überzeugenden Erwägungen des Gutachters, der zu einem andern Schluss kommt, nicht näher auseinander. Dabei ist auch nicht zu beanstanden, dass der Gutachter für seine Schätzung vom Durchschnittswert pro Laufmeter ausgeht, der sich aus den Angaben der Klägerin zu den Kosten für die Errichtung der Anlage ergibt (vgl. vorne E. 7.2.2). Die Einwände von Beklagter und Kanton Bern hiergegen sind nicht zu hören; es ist widersprüchlich, für die Schätzung der eigenen Aufwendungen wegen aufgelaufener Teuerung eine Erhöhung genau jenes Werts zu verlangen, der im Rahmen der Berechnungen der Klägerin stets als überhöht kritisiert worden ist.

**7.6.8** Mithin lässt sich der Mehraufwand, der der Beklagten beim Unterhalt des Standstreifens entstehen wird, wie folgt bestimmen: Es ist davon auszugehen, dass vor Ablauf der Vertragsdauer auf einer Länge von 7'000 m die Kabelrohranlage der Klägerin verlegt werden müssen. Bei geschätzten Kosten von Fr. 450.-- pro Laufmeter ergeben sich hierfür Aufwendungen von insgesamt Fr. 3'150'000.--. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Erweiterung der Anlage auf 24 Rohre für einen Teil dieses Mehraufwands verantwortlich ist, wobei im Rahmen einer Verlegung der Anlage nur Mehrkosten für ein grösseres Grabenvolumen entstehen (vgl. auch zum Folgenden vorne E. 5.2). Die Verbreiterung des Grabenprofils um 3 cm über die Strecke von 7'000 m ergibt – unter Berücksichtigung einer Grabentiefe von 60 cm – eine Volumendifferenz von 126 m<sup>3</sup>. Unter Berücksichtigung des vom Gutachter verwendeten Kostenansatzes von Fr. 316.-- pro Kubikmeter ergibt dies Mehrkosten für das grössere Grabenvolumen von Fr. 39'816.--. Dieser Betrag ist vom gesamten

Mehraufwand für den Unterhalt des Standstreifens in der Höhe von Fr. 3'150'000.-- abzuziehen. So resultiert eine gestützt auf Ziff. 8.1 der Vereinbarung erbrachte Leistung der Beklagten von (netto) Fr. 3'110'184.--.

**7.6.9** Zur Frage des Mehraufwands für die Verlegung der Kabelrohranlage der Klägerin sei noch Folgendes erwähnt: Die Anrechnung der gesamten von Beklagter und Beigeladenem geltend gemachten Kosten in der Höhe von 53 Mio. Franken als Leistung, die sich aus der Vereinbarung ergibt, käme von vornherein nicht in Frage. Falls tatsächlich eine Verlegung der Anlage der Klägerin auf mehr als der Hälfte der Strecke zwingend erforderlich wäre und dies zu Folgekosten in der geltend gemachten Höhe führen würde, wäre die Beklagte mit Sicherheit nicht mehr an die streitige Vereinbarung gebunden. Eine entsprechende Entwicklung mit derart hohen Mehrkosten war bei Vertragsabschluss nicht vorzusehen, so dass ein Fall von Ziff. 12.3 Abs. 1 der Vereinbarung vorliegen würde, in dem die Beklagte die Vereinbarung fristlos kündigen könnte, entweder weil auf eine zwingende Verlegung der Anlage geschlossen oder weil die zwingende Aufhebung wegen unzumutbarer Folgekosten angenommen wird. Ansonsten käme auch eine Berufung auf die «*clausula rebus sic stantibus*» in Frage, was letztlich ebenfalls zur Aufhebung der Vereinbarung führen müsste (vgl. hierzu BGer 2A.432/2005 vom 18.7.2006, E. 3.5; Frank Klein, a.a.O., S. 206 ff.). Jedenfalls ist nicht denkbar, dass die Beklagte durch die streitige Vereinbarung tatsächlich verpflichtet würde, die (nota bene ihr gehörende) Kabelrohranlage allein für die Weiternutzung durch die Klägerin zu erhalten, falls sie tatsächlich derart hohe Kosten verursachen würde.

**7.7** Ferner bringt die Beklagte vor, es sei zu berücksichtigen, dass der Standstreifen durch den Einbau der Kabelrohranlage eine *Wertverminderung* erfahren habe.

**7.7.1** Sie macht geltend, der «bestehende homogene Querschnitt der Nationalstrasse» habe für den Einbau der Kabelrohranlage «aufgebrochen werden» müssen. Weil die Auffüllung des für den Einbau der Kabelrohranlage ausgehobenen Grabens nicht die ursprüngliche Qualität aufweise, komme es zu Setzungen sowie zu Absätzen und unebenen Flächen im Belag; allenfalls entstünden gar Risse, was zu Frostschäden führe. Das Auftreten solcher Mängel erfordere häufigere und eingehendere Kontrollen des Standstreifens. Zum entsprechend erhöhten Kontrollaufwand komme ein kürzeres Intervall für den ordentlichen baulichen Unterhalt des Standstreifens sowie ein häufigerer Bedarf an örtlichen Reparaturen hinzu. Der

Minderwert des Standstreifens entspreche deshalb dem mittelfristig anfallenden entsprechenden Mehraufwand. Die Kosten hierfür würden «anhand eines zusätzlich erforderlichen Ersatzes des Deckbelags auf den Standstreifen veranschlagt» und auf 5,06 Mio. Franken beziffert (vgl. Kostenschätzung der IUB vom 2.12.2008 [Dossier III, act. 14A, Beilage 8]). Werde auch der zusätzliche Kontrollaufwand für die erforderlichen örtlichen Reparaturen über die 25-jährige Nutzungsdauer hochgerechnet, ergebe dies einen gesamten, mittelfristigen Mehraufwand von 5-8 Mio. Franken (Dossier III, act. 14, Ziff. 6; vgl. bereits Klageantwort vom 9.5.2003 [Dossier I, act. 11, Rzn. 54 und 78] sowie Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 19.5.2006 [Dossier II, hinter act. 47, Ziff. 4.2]). – Die Klägerin bestreitet ihrerseits, dass die Kabelrohranlage zu einem Minderwert führe und macht geltend, diese bewirke vielmehr einen Mehrwert des Standstreifens. Im Übrigen stelle ein allfälliger Minderwert ohnehin keine relevante Leistung der Beklagten dar, weil es ja deren eigene Anlage sei, die einen Minderwert bewirke; zudem habe die Beklagte selber den Einbau der Anlage in den Standstreifen verlangt. Ferner stellt die Klägerin sowohl in Abrede, dass nach dem Stand der Technik und den Regeln der Baukunst ausgeführte Arbeiten für die Errichtung der Kabelrohranlage die Qualität des Standstreifens beeinträchtigen, als auch, dass wegen des Einbaus der Kabelrohrblöcke ein zusätzlicher Deckbelag erforderlich sei. Weiter komme es auch darum zu keinen Nachsetzungen im Standstreifen, weil dieser nicht befahren werde. Schliesslich bestreitet die Klägerin die Höhe des geltend gemachten Minderwerts, zumal diesbezüglich keine Parteibehauptungen vorlägen, die weder substantiiert noch belegt seien, obwohl die Anlage seit mehreren Jahren bestehe. Sollte wider Erwarten doch ein Minderwert bestehen, fehle es sodann an einer kantonalen Gebührenregelung, die als gesetzliche Grundlage für Ziff. 8.1 der Vereinbarung dienen könnte (Dossier III, act. 21, Rzn. 26-37).

**7.7.2** Da in Ziff. 8.1 der Vereinbarung sowohl eine «Wertreduktion der bestehenden Anlagen» als auch «Erschwernisse für den Unterhalt des Eigentümers» die Erhebung einer (untechnischen) Gebühr erlauben, ist unerheblich, ob die zusätzlichen Aufwendungen der Beklagten, die aus der verkürzten Lebensdauer des Standstreifens resultieren, als Minderwert oder als Mehraufwand zu qualifizieren sind. So oder anders liegt gegebenenfalls eine Leistung der Beklagten vor, die gestützt auf die genannte Vertragsbestimmung als Teil der Gegenleistung für die Errichtung der Kabelrohranlage durch die Klägerin erscheint. Ausdrücklich in diesem Sinn hat sich bereits das Bundesgericht geäußert (vgl. vorne E. 3.4). Hinsichtlich des Einwands der Klägerin, es

fehle insoweit an einer gesetzlichen Grundlage, kann auf das Gesagte verwiesen werden (vgl. vorne E. 7.5.3 und 7.6.3). Die «Strassenanlage» im Sinn von Art. 30 Abs. 3 aNSV bzw. Art. 29 Abs. 3 NSV umfasst den gesamten Strassenkörper der Nationalstrasse einschliesslich Trasse, Fahrbahn und Standstreifen.

**7.7.3** Dem übereinstimmenden Antrag der Verfahrensbeteiligten entsprechend ist der Gutachter beauftragt worden, sich zum geltend gemachten Mehraufwand bzw. Minderwert zu äussern. Er kommt in seinen Ausführungen zum eindeutigen Schluss, dass der Einbau der Anlage bei einer fachmännisch ausgeführten Auffüllung des Grabens zu keiner Beeinträchtigung der Qualität des Strassenkörpers führt. Dabei sei zu beachten, dass die Kabelrohranlage hauptsächlich im Standstreifen liegt, auf dem der Verkehr nur in Ausnahmefällen geführt werde, es also kaum zu Belastungen des Untergrunds komme (Gerichtsgutachten, D1). Weiter verneint der Gutachter, dass es wegen des Einbaus der Kabelrohranlage zwingend zu vermehrten Setzungen, Absätzen, Rissen oder ähnlichen Beeinträchtigungen kommt, die einen erhöhten Kontrollaufwand und vermehrt lokale Reparaturen mit sich bringen (Gerichtsgutachten, D2). Die Behauptung der Beklagten, als Folge des Einbaus der Kabelrohranlage werde über die 25-jährige Nutzungsdauer der Anlage gesehen das Anbringen eines zusätzlichen Deckbelags erforderlich, verwirft er mit folgenden Ausführungen (Gerichtsgutachten, D5):

«Es kann grundlegend nicht nachvollzogen werden, warum von einer aus dem Einbau der Kabelrohranlage resultierenden Minderqualität insbesondere der Deckbelag betroffen sein soll. So wären von einer qualitativ minderwertigen Auffüllung des Grabens auch Schichten unterhalb der Deckschicht betroffen. Einer Minderqualität in der Auffüllung des Grabens würde sich nicht bloss in Schäden im Deckbelag äussern, sondern auch andere Schichten des Strassenaufbaus betreffen.

[Es] ist grundsätzlich die Annahme von Mehrkosten abzulehnen. Davon abgesehen macht die angesprochene Kostenschätzung eine generelle Minderqualität geltend, da angenommen wird, der Deckbelag über die gesamte Abschnittslänge müsse einmal mehr als vorgesehen ersetzt werden. Diese Betrachtung entspricht quasi dem «worst case», da neben der generellen Minderqualität ausserdem angenommen wird, der Deckbelag habe zum Erstellungszeitpunkt der Kabelrohranlage einen quasi neuwertigen Zustand aufgewiesen.

Im Weiteren sind seit der Erstellung gut 10 Jahre vergangen. Hätte der Einbau der Kabelrohranlage effektiv eine Minderqualität zur Folge, so wären Mängel, welche für Mehrkosten in der veranschlagten Höhe sprechen, längst augenscheinlich geworden. Aus den vorliegenden amtlichen Dokumenten geht nichts dergleichen hervor.»

**7.7.4** Die Beklagte wendet ein, Restsetzungen und Niveauveränderungen könnten nur dann vollständig ausgeschlossen werden, wenn der Aufbau der Schichten «völlig analog wäre», was im Nachhinein nicht erreicht werden könne. Selbst geringfügige

Abweichungen führten zum Eintritt von Wasser, das «aufgrund ständigen Gefrierens und Wiederauftauens» zu Schäden führe (Dossier V, act. 92, Ziff. II/B/6). Der Kanton ist gleicher Auffassung und führt zudem aus, der Experte sei sich seiner Sache offenbar nicht ganz sicher, erkläre er doch, dass, «falls es tatsächlich Probleme geben würde, diese nun sichtbar wären» (Dossier V, act. 91, Ziff. I/26). Die Klägerin hat ihrerseits keine Bemerkungen zu den Ausführungen des Gutachters zu machen (Dossier V, act. 93, Rz. 72 ff.).

**7.7.5** Was Beklagte und Kanton einwenden, mag zwar auf den ersten Blick plausibel erscheinen, wird aber durch keinerlei Beweismittel gestützt. Ihre Vorbringen vermögen deshalb letztlich keine Zweifel an der Schlüssigkeit der klaren und vollständigen Ausführungen des Gutachters zu wecken. Dieser weist zu Recht darauf hin, dass sich eine Beeinträchtigung des Standstreifens durch den Einbau der Kabelrohranlage längst hätte bemerkbar machen müssen. Aus dem Umstand, dass die Beklagte und der Kanton Bern auch nach der entsprechenden Feststellung des Gutachters keine konkreten Beispiele für die behaupteten Schäden aufgezeigt haben, ist zu schliessen, dass das Auftreten derartiger Schäden zu Recht verneint wird. Es ist mithin nicht davon auszugehen, dass der Standstreifen durch den Einbau der Kabelrohranlage der Klägerin eine Wertverminderung erfahren hat, weshalb insoweit keine auf Ziff. 8.1 der Vereinbarung gestützte Leistung der Beklagten vorliegt.

**7.8** Neben dem Mehraufwand für den Unterhalt von Kunstbauten und Standstreifen macht die Beklagte zusätzlich eine Erhöhung von *Unterhalts- und Betriebskosten* geltend.

**7.8.1** Die Erhöhung von Unterhalts- und Betriebskosten fällt gemäss den Ausführungen der Beklagten an für die Kontrolle von Schächten «vor allem im Bereich von Baustellen» und von Rohrblöcken «innerhalb und ausserhalb der Brückenkästen» sowie für die «Säuberung der Schachtabdeckungen dort, wo sich diese im Grünen, also ausserhalb des Standstreifens», befänden. Der entsprechende Zusatzaufwand entstehe unabhängig davon, ob die Anlage zwölf oder 24 Rohre umfasse, und mache jährlich «15 Mannstunden» aus. Gemäss Berechnung vom 9. Oktober 2008 (Dossier III, act. 14A, Beilage 10) entspreche dies über die 25-jährige Nutzungsdauer der Anlage Mehrkosten in der Höhe von Fr. 54'375.-- (Dossier III, act. 14, Ziff. 8; act. 29, Ziff. II/14). – Die Klägerin bestreitet, dass die Kabelrohranlage zu einem Kontrollbedarf führe, der über das hinausgehe, was bereits als Minderwert des Standstreifens geltend gemacht werde. Zudem handle es sich auch hier um

unbestimmte, künftige Leistungen, die ohnehin nicht Gegenstand einer Gebühr bilden könnten (Dossier III, act. 21, Rz. 43 ff.).

**7.8.2** Weil das Verhältnis der geltend gemachten Erhöhung bei Unterhalts- und Betriebskosten zum Mehraufwand für den Unterhalt der Kunstbauten bzw. des Standstreifens und dessen angeblichem Minderwert unklar ist, hat das Verwaltungsgericht auch hiezu den Gutachter befragt. Dieser hat grundsätzlich bestätigt, dass die Kabelrohranlage Aufwendungen für Schachtkontrollen, für Kontrollen der Rohrblöcke und Säuberungen von Schachtabdeckungen zur Folge hat, indem er festhält: «Die Kabelrohranlage führt wohl zu solchen Unterhaltskosten.» Er betrachtet diese indes nicht als Teil des Nationalstrassenunterhalts, sondern als Teil des betrieblichen Unterhalts der Kabelrohranlage gemäss Ziff. 9 der Vereinbarung, weshalb er sich nicht näher mit der Thematik auseinandersetzt (Gerichtsgutachten, C8). Immerhin erachtet er aber die Berechnung der Beklagten für die Aufwendungen des Werkhofs Bern als in sich stimmig (Gerichtsgutachten, C9).

**7.8.3** Der Kanton teilt die Auffassung des Gutachters, dass hier betrieblicher Unterhalt der Kabelrohranlage in Frage steht (Dossier V, act. 91, Ziff. I/25), während die Beklagte zwar ebenfalls auf einer Berücksichtigung des Betrags von Fr. 54'375.-- beharrt, sich aber nicht zur Qualifikation der geltend gemachten Aufwendungen äussert (Dossier V, act. 92, Ziff. II/B/6). Auch die Klägerin nimmt zur Frage, ob die bestrittenen Aufwendungen gegebenenfalls unter Ziff. 8.1 oder unter Ziff. 9 der Vereinbarung zu subsumieren sind, keine Stellung.

**7.8.4** Gerichtsexperten haben sich auf die Beantwortung von Fachfragen zu beschränken. Als solche erscheint im vorliegenden Zusammenhang die (gestellte) Frage, ob die Kabelrohranlage eine gewisse Erhöhung des Kontrollaufwands – verbunden mit entsprechenden Mehrkosten – verursacht. Der Gutachter bejaht sie im Grundsatz, setzt sich allerdings in seiner Antwort nicht detailliert mit der Thematik auseinander. Dies, weil er davon ausgeht, dass insoweit nicht Unterhalt der Nationalstrasse, sondern solcher der Kabelrohranlage betroffen ist, für den in Ziff. 9 der Vereinbarung eine Regelung getroffen worden sei. Bei der Frage, unter welche Vertragsbestimmung ein allfälliger Mehraufwand zu subsumieren ist, handelt es sich indes um eine Rechtsfrage, deren Beantwortung dem Verwaltungsgericht vorbehalten ist (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 19 N. 24). Nun sind die Ausführungen des Gutachters zur gestellten Fachfrage nicht vollständig und zu wenig detailliert, um für das Verwaltungsgericht nachvollziehbar zu machen, dass der geltend gemachte

Mehraufwand tatsächlich anfällt (vgl. vorne E. 2.5). Auf das Stellen von Zusatzfragen betreffend die Unterhalts- und Betriebskosten kann indes verzichtet werden, weil – wie der Experte zwar ausserhalb seines Aufgabenbereichs, aber dennoch richtig bemerkt hat – hier in der Tat nicht (betrieblicher) Unterhalt der Nationalstrasse, sondern solcher der Kabelrohranlage im Streit liegt. Mithin ist, wie die folgenden Erwägungen zeigen, letztlich unerheblich, ob der Beklagten der geltend gemachte Mehraufwand entsteht oder nicht.

**7.8.5** Ziff. 9 der Vereinbarung enthält folgende Regelung zur Kostentragung für den betrieblichen Unterhalt:

«9. *Betrieblicher Unterhalt/Behebung von Störungen*

Die Durchführung der Leistungen und die Übernahme der Kosten für betriebliche und bauliche Unterhaltsarbeiten sowie die Behebung von Störungen werden wie folgt geregelt:

Infrastruktur und Installationen, welche vom Benutzer genutzt werden:

- Infrastruktur ausserhalb Nationalstrassenperimeter: Durchführung betrieblicher Unterhalt und Behebung von Störungen durch Benutzer auf Kosten Benutzer. Durchführung baulicher Unterhalt durch Werkeigentümer auf Kosten Benutzer.
- Infrastruktur innerhalb Nationalstrassenperimeter: Durchführung betrieblicher Unterhalt und baulicher Unterhalt sowie Behebung von Störungen durch Benutzer nach Weisung des Werkeigentümers und nach vorgängiger Absprache mit dem Werkeigentümer auf Kosten Benutzer.

Der Aufwand des zuständigen Werkhofes ist dem Werkeigentümer nach dem jeweils gültigen Regietarif des Werkeigentümers durch den Benutzer abzugelten. [...]»

Die Parteien haben demnach vereinbart, dass die Klägerin die Kosten für sämtliche Unterhaltsarbeiten an der Kabelrohranlage (Infrastruktur) zu tragen hat und dass ihr insbesondere auch der Aufwand, der dem jeweils zuständigen Werkhof entsteht, weiterverrechnet werden kann. Dabei bestimmt Ziff. 9 der Vereinbarung aber ausdrücklich, dass der – hier allein in Frage stehende – betriebliche Unterhalt sowohl innerhalb als auch ausserhalb des Nationalstrassenperimeters von der Klägerin selber zu besorgen ist. Die Beklagte als Werkeigentümerin hat zwar gemäss Ziff. 9 Abs. 2 zweites Lemma für Arbeiten innerhalb des Nationalstrassenperimeters ein Weisungsrecht, ist aber grundsätzlich nur für die Durchführung von *baulichen* Unterhaltsarbeiten ausserhalb des Nationalstrassenperimeters zuständig (vgl. Ziff. 9 Abs. 2 erstes Lemma), um die es hier unbestrittenermassen nicht geht. Hat die Klägerin nach dem Gesagten den betrieblichen Unterhalt – allenfalls aufgrund von ihr

erteilten Weisungen – selber zu besorgen, ist unklar, weshalb der Beklagten bzw. dem Werkhof Bern überhaupt zusätzlicher Kontrollaufwand entstehen sollte. Wie es sich damit verhält, braucht indes nicht weiter erörtert zu werden, wäre doch ein allfälliger Mehraufwand vorliegend ohnehin unerheblich: Macht die Beklagte den Mehraufwand von Fr. 54'375.-- nämlich zu Recht geltend, ist ihr zwar im Rahmen der Gegenüberstellung eine gestützt auf Ziff. 9 der Vereinbarung erbrachte Leistung in entsprechender Höhe anzurechnen. Aus der betreffenden Bestimmung ergibt sich aber gleichzeitig, dass die Klägerin diesen Mehraufwand abzugelten hat, ihn also letztlich zu tragen und der Beklagten einen Betrag von Fr. 54'375.-- zu überweisen hat (den rechtsgenügenden Nachweis der entsprechenden Aufwendungen vorausgesetzt). Die Klägerin leistet also ihrerseits gestützt auf Ziff. 9 der Vereinbarung eine Geldzahlung im Wert des Mehraufwands der Beklagten, so dass sich Leistung und Gegenleistung – wie bei den Bauarbeiten auf dem Abschnitt km 179.000-184.488 (vgl. vorne E. 7.2.2) – gegenseitig aufheben. Anders würde es sich nur dann verhalten, wenn hier der Unterhalt der Nationalstrasse betroffen wäre, dessen Erschwerung gestützt auf Ziff. 8.1 der Vereinbarung in einem Austauschverhältnis zur Naturalleistung der Klägerin stünde. Diesfalls hätte die Klägerin ihre Leistung bereits erbracht, während die von der Beklagten erbrachte Gegenleistung um ein weiteres «Erschwernis für den Unterhalt» vergrössert würde.

**7.9** Schliesslich macht die Beklagte noch geltend, sie bzw. das TBA habe für die Klägerin *Ingenieurleistungen* erbracht, die abzugelten seien.

**7.9.1** Sie behauptet, für die Begleitung und Unterstützung des klägerischen Projekts seien im TBA Ingenieurleistungen im Umfang von 1'141 Stunden angefallen (vgl. Liste und Berechnung vom 9.10.2008 [Dossier III, act. 14A, Beilagen 9 und 10]). In Anwendung der Verordnung über die Gebühren der Kantonsverwaltung vom 22. Februar 1995 (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21) habe sie bzw. der Kanton Bern hierfür ein Entgelt in der Höhe von Fr. 168'783.-- zugute. Konkret hätten die Angestellten des TBA folgende Leistungen erbracht: Unterstützung bei Projektierung und Bauleitung, technische und juristische Abklärungen, Machbarkeitsstudien, Beschaffung und Nachführung von Plänen und Unterlagen sowie Besichtigung der Linienführung und der Schächte. Diese «Ingenieurleistungen» seien zwar – angesichts der vertraglichen Einigung und in Erwartung einer vertrauensvollen Zusammenarbeit – nicht sofort in Rechnung gestellt, aber doch bereits in der Klageantwort vom 9. Mai 2003 erwähnt worden (Dossier III, act. 14, Ziff. 7; act. 29,

Ziff. II/13). – Die Klägerin entgegnet, über die geschuldeten Gebühren sei in der Form einer Bearbeitungsgebühr von Fr. 920.-- mit Verfügung vom 10. Mai 2000 rechtskräftig entschieden worden. Weiter erachtet sie die Forderung der Beklagten für verjährt. Ferner sei die Aufzählung der Rechtsgründe, für welche gestützt auf Ziff. 8.1 der Vereinbarung eine «kantonale Gebühr» erhoben werden könne, abschliessend und enthalte keinen Hinweis auf derartige Ingenieurleistungen. Im Übrigen seien die Leistungen ohnehin unsubstantiiert und unbelegt (Dossier III, act. 21, Rz. 38 ff.).

**7.9.2** Wie die vorstehenden Erwägungen zum betrieblichen Unterhalt der Kabelrohranlage zeigen, ist unerheblich, ob die geltend gemachten Ingenieurleistungen erbracht worden sind oder nicht, falls es sich dabei um Aufwendungen der Beklagten handelt, welche die Klägerin abzugelten hat. Diesfalls ist nämlich der Dienstleistung der Beklagten eine gleich hohe Zahlung der Klägerin gegenüberzustellen, womit sich Leistung und Gegenleistung aufheben (vgl. vorne E. 7.8.4). Die Beklagte erläutert zwar nicht, auf welche Bestimmung der Vereinbarung sie ihren angeblichen Anspruch abstützen will. Es kann nach dem Gesagten jedoch offenbleiben, ob und inwieweit die Vereinbarung eine Grundlage für die Überwälzung allfälliger Ingenieurleistungen auf die Klägerin bietet, weil einerseits die Beklagte nicht geltend macht, vertraglich zur entschädigungslosen Erbringung dieser Dienstleistungen verpflichtet zu sein, und andererseits die Klägerin zu Recht vorbringt, dass Ziff. 8.1 der Vereinbarung allfällige Ingenieurleistungen nicht erfasst: Als Teil der Gegenleistung für die Errichtung der Kabelrohranlage durch die Klägerin sieht die betreffende Bestimmung «eine kantonale Gebühr im Zusammenhang mit einer Wertreduktion der bestehenden Anlagen, von Erschwernissen für den Unterhalt des Eigentümers, von Haftungsrisiken bei Bauarbeiten auf eigenen Anlagen» vor (vgl. vorne E. 2.2). Es ist nicht ersichtlich, dass die Vertragsparteien mit dieser Formulierung auch die Erbringung von Dienstleistungen durch die Beklagte bzw. den Kanton hätten erfassen wollen. Mithin braucht nicht geklärt zu werden, ob die Beklagte tatsächlich Ingenieurleistungen im Wert von Fr. 168'783.-- erbracht hat. Es ist nämlich weder ersichtlich noch geltend gemacht, dass sie gemäss der streitigen Vereinbarung keinen Anspruch auf eine Gegenleistung hätte. Demzufolge kann die von der Beklagten beantragte Befragung der betroffenen Mitarbeiter unterbleiben (Dossier III, act. 29, Ziff. II/13); der dahingehende Beweisantrag wird abgewiesen.

**7.10** Zu behandeln bleibt noch eine angebliche Leistung der Beklagten, deren Erbringung sie nicht selber in Anspruch nimmt, sondern die ihr von der Klägerin

zugeschrieben wird. Ausgehend von der Tatsache, dass die Kabelrohranlage im Eigentum der Beklagten steht, sieht die Klägerin im Umstand, dass ihr an zwölf der 24 eingezogenen Rohre ein *Nutzungsrecht* eingeräumt wird, eine zu berücksichtigende Leistung der Beklagten.

**7.10.1** Obschon sie die Kabelrohranlage selber bauen liess, geht die Klägerin davon aus, dass das ihr gewährte Nutzungsrecht entgeltlich ist und sie der Beklagten eine Sondernutzungsgebühr schuldet. Deren Höhe sucht sie ausgehend von «geschätzten hypothetischen Selbstkosten für die Verlegung eigener Leitungen» zu bestimmen. Indem sie von den (behaupteten) Gesamtkosten in der Höhe von Fr. 35'590'261.45 angebliche Mehrkosten für die Zusatzbestellung des Kantons von Fr. 19'045'413.85 zum Abzug bringt, beziffert sie diese «hypothetischen Selbstkosten» auf Fr. 16'544'847.60. Den betreffenden Betrag verteilt sie anschliessend auf die gesamte Lebensdauer der Anlage von (behaupteten) 100 Jahren, um angesichts der vereinbarten Vertragsdauer von 25 Jahren und unter Hinweis auf Art. 78 Abs. 2 FDV (vgl. vorne E. 6.5.6) die maximal zulässige Benützungsggebühr auf einen Viertel der «hypothetischen Selbstkosten» zu bestimmen, ausmachend Fr. 4'136'211.90 (Dossier III, act. 15, Rzn. 27 f. und 96; act. 28, Rz. 39). – Die Beklagte ist demgegenüber selber der Auffassung, die Berechnung einer Nutzungsgebühr sei in der Gegenüberstellung der gegenseitig erbrachten Leistungen unnötig, da die Vereinbarung vorsehe, dass die Klägerin die Anlage auf eigene Kosten erstelle und im Gegenzug während der 25-jährigen Vertragsdauer keine Nutzungsgebühr schulde; im Übrigen betrage die Lebensdauer der Anlage ohnehin nicht mehr als 25 Jahre (Dossier III, act. 22, Ziff. II/7).

**7.10.2** Dem Strasseneigentümer wird durch Art. 37 Abs. 1 FMG nicht verwehrt, Kabelkanäle zu besitzen und diese Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur Nutzung zu überlassen. Art. 38a Abs. 2 aFDV bzw. Art. 78 Abs. 2 FDV sehen gar ausdrücklich vor, dass Anbieterinnen verpflichtet werden können, bestehende Infrastrukturen in Strassenanlagen gegen eine «angemessene» bzw. «marktgerechte» Entschädigung zu benützen. Vor dem Inkrafttreten dieser expliziten Regelung am 1. April 2003 ergab sich die gleiche Rechtslage aus Art. 30 aNSV (AS 1996 S. 257; vgl. BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006 vom 19.3.2008, E. 4.3, 2A.414/2006 vom 19.3.2008, E. 8.4). Ist das Gemeinwesen gehalten, für die Nutzung seiner *Anlagen* Gebühren zu erheben (sei es gestützt auf Art. 30 aNSV, Art. 38a Abs. 2 aFDV oder Art. 78 Abs. 2 FDV), stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese Regelung zu Art. 35 Abs. 4 FMG steht, der für

die Inanspruchnahme von *Grund und Boden*, soweit diese den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt, bloss die Erhebung kostendeckender Gebühren, aber keine Entschädigung in Form von Benutzungsgebühren zulässt: Art. 38a aFDV und Art. 78 Abs. 2 FDV stehen zwar selber je unter dem Randtitel «Nutzung von Strassenanlagen», dienen aber der Konkretisierung des die «Inanspruchnahme von Grund und Boden» regelnden Art. 35 FMG auf Verordnungsstufe, zumal sie sich im Kapitel über die «Inanspruchnahme von Grund und Boden» bzw. die «Inanspruchnahme von Grund und Boden im Gemeingebrauch und Mitbenützung» finden. Mit dem Zwang für Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur (entschädigungspflichtigen) Nutzung bestehender Infrastruktur verfolgen sie den Zweck, jene Beeinträchtigungen der Verkehrssicherheit zu minimieren, die mit dem Verlegen von Leitungen zwingend einhergehen (so auch die Erläuterungen des BAKOM zu Art. 38a aFDV [Dossier II, act. 31A]). Die Statuierung einer Entschädigungspflicht einerseits und deren Begrenzung auf die geschätzten Kosten für das Verlegen eigener Leitungen andererseits führen dazu, dass nur (aber immerhin) die Inanspruchnahme des Bodens selber unentgeltlich bleibt. Diese Konkretisierung von Art. 35 Abs. 4 FMG (Ausklammerung der Infrastruktur und Beschränkung der Unentgeltlichkeit auf die Inanspruchnahme des Bodens selber ohne Einschluss von Anlagen) scheint zulässig (vgl. auch BGer 2A.414/2006 vom 19.3.2008, E. 8.4).

**7.10.3** Nach dem Gesagten könnte tatsächlich angenommen werden, die Klägerin schulde der Beklagten für die Benützung von deren Infrastruktur eine (marktgerechte) Entschädigung. Bei genauerer Betrachtung der Gegebenheiten drängt sich jedoch der Schluss auf, dass hier kein Fall von Art. 38a aFDV bzw. Art. 78 Abs. 2 FDV vorliegt: Formell benutzt die Klägerin mit ihren Glasfaserkabeln heute zwar eine Kabelrohranlage, die im Eigentum der Beklagten steht. Es handelt sich dabei jedoch nicht um eine vorbestehende Infrastruktur, die ihr zur (kostenpflichtigen) Nutzung zugeteilt wurde, um erneute Bauarbeiten und die damit verbundene Beeinträchtigung von Verkehr und Sicherheit zu vermeiden. Vielmehr war es die Klägerin selber, welche die fragliche Kabelrohranlage errichtet und finanziert hat. Das Eigentum an der Infrastruktur liegt wegen der dahingehenden vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien bei der Beklagten und nicht etwa darum, weil diese die Anlage selber gebaut oder bezahlt hätte. Eine solche Anlage, die zwar im Eigentum der Strassenbesitzerin steht, aber von jener Anbieterin von Fernmeldediensten benutzt wird, die sie selber auf eigene Kosten gebaut hat, fällt weder unter Art. 30 aNSV noch unter Art. 38a Abs. 2 aFDV oder Art. 78 Abs. 2 FDV, so dass die in diesen Bestimmungen enthaltenen

Regelungen keine Anwendung finden. Dementsprechend lässt sich aus den betreffenden Gesetzesbestimmungen hier keine Kostenpflicht der Klägerin ableiten. Es wäre auch stossend, allein wegen des vertraglich vereinbarten Übergangs des Eigentums auf die Beklagte eine Gebührenpflicht der Klägerin für die Benützung der von ihr selber gebauten und finanzierten Anlage zu statuieren. Es fällt denn auch auf, dass die Beklagte ihrerseits keine Benützungsgebühren geltend macht; vielmehr ist es die Klägerin selber, die behauptet, solche zu schulden. Dies allerdings nur darum, weil sie (fälschlicherweise; vgl. vorne E. 6.5) meint, mit der blossen Verschaffung des Eigentums eine (grössere) Gegenleistung erbracht zu haben.

**7.11** Insgesamt ergeben sich folgende Leistungen, welche die Beklagte gestützt auf die streitige Vereinbarung erbringt:

	<b>Beträge in Franken</b>
Zahlung Mehrkosten	1'764'693.80
Bauarbeiten km 179.000-184.488	1'980'909.60
Mehraufwand Kunstbauten	791'383.--
Mehraufwand Standstreifen	3'110'184.--
<b>Total</b>	<b>7'647'170.40</b>

## 8.

Nach dem Gesagten ist anhand einer Gegenüberstellung der Leistungen von Klägerin und Beklagter zu beurteilen, ob die streitige Vereinbarung ausgewogen ist und das Verhältnismässigkeitsprinzip respektiert (vgl. vorne E. 3.3), oder ob das von der Klägerin behauptete Ungleichgewicht besteht und sich diese zu wesentlich grösseren Leistungen verpflichtet hat als die Beklagte.

**8.1** Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Klägerin gestützt auf die Vereinbarung folgende Leistungen erbracht hat: Sie hat im Zusammenhang mit der Erweiterung der Kabelrohranlage bauliche Mehrkosten übernommen (E. 5), höhere Projektierungs- und Bauleitungskosten getragen (E. 6.1) und Aufwendungen für die

Übertragung von Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechten auf die Beklagte getätigt (E. 6.6), zudem hat sie der Beklagten für deren Bautätigkeit auf einem Teilstück der A1 eine Zahlung entrichtet (E. 6.4); insgesamt hat sie Leistungen im Wert von Fr. 4'187'643.10 erbracht (E. 6.7). Die Beklagte hat sich ihrerseits mit einer Zahlung an den baulichen Mehrkosten beteiligt (E. 7.1), hat auf einem Teilstück der A1 für die Klägerin die Bauarbeiten übernommen (E. 7.2) und trägt wegen der Kabelrohranlage Mehraufwand bei Unterhaltsarbeiten an Brücken (E. 7.5) und Mehrkosten beim Ausbau der A1 (E. 7.6); insgesamt erbringt sie gestützt auf die Vereinbarung Leistungen im Wert von Fr. 7'647'170.40 (E. 7.11).

**8.2** Mithin kann keine Rede von einem Ungleichgewicht der Leistungen zum Nachteil der Klägerin sein; dies umso weniger, wenn man bedenkt, dass – mit Blick auf das klare Ergebnis der vorstehenden Gegenüberstellung – die Bewertung der Leistungen der Klägerin in mehreren Punkten (zu) wohlwollend ausfällt: So umfassen die Mehrkosten, die für das grössere Grabenvolumen berücksichtigt werden, auch die «ausführungstechnisch bedingten» Mehrkosten, obschon diese eigentlich von der Klägerin selber zu tragen wären; auf eine gutachterliche Trennung der von der Beklagten zu verantwortenden «planerisch bedingten» und jenen Mehrkosten, die unabhängig von der Grabenbreite entstanden sind, wird allein wegen des klaren Ergebnisses des vorliegenden Leistungsvergleichs verzichtet (vgl. E. 5.2.3). Weiter wird bei den Aufwendungen für die Übertragung von Dienstbarkeiten und Durchleitungsrechten auf gänzlich unbelegte Behauptungen der Klägerin abgestellt (E. 6.6.5) und dabei auch – obschon dies wohl kaum gerechtfertigt wäre – die Hälfte der behaupteten Aufwendungen als Mehrkosten berücksichtigt (E. 6.6.6). Auch sonst gereicht es der Klägerin nicht zum Nachteil, wenn sie zur Bestimmung der effektiv angefallenen Kosten wenig beiträgt, obschon sie diese eigentlich ohne weiteres mit Dokumenten belegen können müsste (vgl. E. 6.1.2). Ferner stünden allenfalls im Zusammenhang mit den Bauarbeiten des Kantons Bern auf dem Strassenabschnitt «Hurst» bis «Gewerbekanal Kirchberg» Mehrleistungen in Frage, die zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen wären (E. 7.3). Schliesslich ist zu bemerken, dass die Vereinbarung auch deshalb für die Klägerin vorteilhaft ist, weil sie mit der verabredeten Eigentumsübertragung auf die Beklagte von ihrer Pflicht gemäss Art. 35 Abs. 2 FMG entbunden wurde, nach Ablauf der Vertragsdauer die Kosten für die Wiederherstellung der Strasse zu übernehmen; allein die streitige Vereinbarung führt dazu, dass die Klägerin die Aufwendungen, die für sie mit der Errichtung der Kabelrohranlage

verbunden sind, gesamthaft auf die eigenen Baukosten begrenzen kann (vgl. E. 6.5.5 f.).

**8.3** Nach dem Gesagten ist die Vereinbarung nicht wegen einer Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (oder des Äquivalenzprinzips) anfechtbar.

## **9.**

Neben dem Verhältnismässigkeits- bzw. Äquivalenzprinzip, dessen Einhaltung aufgrund der Erwägungen des Bundesgerichts zu prüfen war, stehen weitere Einwände der Klägerin gegen die Rechtmässigkeit der Vereinbarung im Raum.

**9.1** So macht die Klägerin geltend, die Vereinbarung verstosse gegen das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV; Art. 10 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]) bzw. das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen (Art. 27 BV; Art. 23 KV). Weil sie die erweiterte Anlage im Hinblick auf eine allfällige spätere Nutzung durch Dritte bauen müssen, kämen künftige Benutzerinnen weit kostengünstiger als sie selber zu einer Infrastruktur für ihre Kabelnetze. Das Gemeinwesen dürfe nämlich mit Blick auf das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip keine höheren Benützungsgebühren verlangen, als ihm selber Kosten entstanden seien. So sei sie dazu gezwungen worden, Leitungen für ihre eigene Konkurrenz zu bauen (Klageschrift, Rz. 164 ff.).

**9.1.1** Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen. Die Gleichbehandlung der Gewerbetenossen geht weiter als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot: Sie gewährt einen Schutz vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen mögen, gleichzeitig aber, ohne in der Hauptstossrichtung wirtschaftspolitisch motiviert zu sein, einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen. Der

Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen ist selbst dann zu beachten, wenn zulässigerweise wirtschaftspolitische Massnahmen getroffen werden. Er gilt aber nicht absolut und schliesst gewisse Differenzierungen etwa aus Gründen des Umweltschutzes oder der Kulturpolitik nicht aus. Vermögen in diesem Rahmen haltbare öffentliche Interessen und Anliegen eine Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung in Grenzen zu rechtfertigen, muss eine entsprechend begründete Ungleichbehandlung doch verhältnismässig sein; zudem darf sie das Gleichbehandlungsgebot nicht geradezu seiner Substanz entleeren. Zu vermeiden sind spürbare Wettbewerbsverzerrungen, was eine Abwägung der widerstreitenden Interessen voraussetzt (BGE 125 I 431 E. 4b/aa mit Hinweisen).

**9.1.2** Mit ihrer Argumentation vermag die Klägerin keine Ungleichbehandlung darzutun: Zunächst ist fraglich, inwieweit sie sich als Unternehmen, das eine Kabelrohranlage erstellen lässt und so gerade die mit den Bauarbeiten verbundenen Belastungen für das Gemeinwesen verursacht, überhaupt in der gleichen Situation befindet wie eine Konkurrentin, die eine bereits bestehende Anlage nutzen will. Weiter wird die «angemessene Entschädigung», welche gemäss Art. 78 Abs. 2 FDV für die Nutzung von zur Verfügung gestellter Infrastruktur zu bezahlen ist, ausdrücklich auf die geschätzten Kosten für die Verlegung eigener Leitungen und nicht auf die Selbstkosten des Gemeinwesens begrenzt. Wie diese Bestimmung im konkreten Einzelfall genau zu handhaben ist, scheint nicht abschliessend geklärt. Ob eine Entschädigung für die Nutzung von freier Infrastruktur in einem Fall wie dem vorliegenden tatsächlich, wie die Klägerin annimmt, maximal jenen Betrag ausmachen dürfte, der den Kosten entspricht, die das Gemeinwesen seinerseits der Bauherrin bezahlt hat, ist aber fraglich. Der Wortlaut der gesetzlichen Regelung beschränkt die Entschädigung jedenfalls auf die geschätzten Kosten für die Errichtung einer eigenen Infrastruktur, die – wie das vorliegende Verfahren zeigt – wesentlich höher sein können als die Selbstkosten des Gemeinwesens. Eine wortlautgetreue Lesart der Vorschrift mag zwar – je nachdem, welche der hier angesprochenen «Leistungen» der Beklagten für die Bestimmung der «Selbstkosten» herangezogen werden – in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Kostendeckungsprinzip stehen, sie entspricht aber ohne weiteres dem Äquivalenzprinzip, bestimmt sich doch die Entschädigung für die Nutzung der Infrastruktur direkt anhand des objektiven Werts des eingeräumten Vorteils (vgl. BGE 122 I 279 E. 6c). Die Beklagte führt denn auch aus, es könne zu keiner Wettbewerbsverzerrung kommen, weil sie von Dritten den gleichen «Preis» verlangen werde, den sie fordern würde, wenn sie die Rohre selber verlegt hätte (Klageantwort, Rz. 88 [Dossier I,

act. 11]). Jedenfalls ist aber weder ersichtlich noch dargetan, dass tatsächlich direkte Konkurrentinnen, die sich in der gleichen Branche mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen, die streit-betroffene Kabelrohranlage (zu günstigeren Konditionen) nutzen würden.

**9.2** Die Klägerin rügt weiter einen Verstoss gegen Treu und Glauben (Art. 9 BV; Art. 11 Abs. 2 KV). Obschon sie gemäss Art. 35 FMG einen gesetzlichen Anspruch auf unentgeltliche Nutzung des öffentlichen Grundes habe, seien von ihr Gegenleistungen «in zweistelliger Millionenhöhe» verlangt worden. Dabei habe sich die Beklagte bzw. der Kanton Bern über eine klare gesetzliche Regelung hinweggesetzt, auf deren Einhaltung sie habe vertrauen dürfen (Klageschrift, Rz. 167 ff.). – Zwischenzeitlich hat das Bundesgericht entschieden, die streitige Vereinbarung verstosse nicht gegen Art. 35 Abs. 4 FMG (vgl. vorne E. 3.3 f.). Damit erweist sich die vorliegende Rüge eines Verstosses gegen Treu und Glauben als unbegründet, ohne dass erörtert zu werden braucht, inwieweit eine generell-abstrakte Gesetzesbestimmung überhaupt geeignet ist, eine Vertrauensgrundlage zu schaffen. Im Übrigen zeigen die vorstehenden Erwägungen, dass die Leistungen, welche die Klägerin gestützt auf die Vereinbarung erbringt, wesentlich geringer sind, als sie selber geltend macht. Soweit sie diesbezüglich auch das Bestehen eines offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung behauptet, kann deshalb auf das Gesagte verwiesen werden (vgl. insb. auch E. 8.2). Sodann behauptet die Klägerin am Rand auch, ihre Ansprüche auf die kantonale Regelung über die Staatshaftung stützen zu können, ohne aber in nachvollziehbarer Art und Weise darzutun, inwiefern sich im vorliegenden Zusammenhang Fragen des Staatshaftungsrechts stellen könnten (vgl. Klageschrift, Rz. 234); darauf ist nicht weiter einzugehen. Gleiches gilt bezüglich angeblich verletzter Bestimmungen über das «Finanzreferendum» sowie der «Submissionsbestimmungen» (Klageschrift, Rz. 172).

**9.3** Ferner macht die Klägerin geltend, sie sei durch Erregung begründeter Furcht (vgl. Art. 29 f. OR) zur Eingehung der Vereinbarung bewegt worden; damit beruft sie sich auf das Vorliegen eines Willensmangels, was grundsätzlich zulässig ist, da es einem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Grundsatz entspricht, dass die Regeln von Art. 23 ff. OR auf verwaltungsrechtliche Verträge analog anzuwenden sind (BGE 132 II 161 E. 3.1; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 35 N. 10).

**9.3.1** Die Klägerin bringt vor, sie habe sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einer wirtschaftlichen Notlage befunden, weil sie auf die Bewilligung des TBA angewiesen gewesen sei, um ihre Anlage bauen zu können. Aus dieser Notlage heraus habe sie sich in der streitigen Vereinbarung zur Erbringung einer vollkommen unverhältnismässigen Leistung verpflichten müssen. Dabei habe die Beklagte bzw. der Kanton ihre Notlage «bestmöglich ausgenutzt, um von [ihr] das Maximum herauszuholen». Sie habe wegen der «Monopolstellung des Kantons» über keine Freiheit in der Willensbildung mehr verfügt und den Vertrag aus Furcht vor einem «schwerwiegenden Vermögensnachteil» unterzeichnet (Klageschrift, Rz. 207 ff.).

**9.3.2** Diese Argumentation ist nicht stichhaltig: Zunächst behauptet die Klägerin zwar einen drohenden «schwerwiegenden Vermögensnachteil», führt aber nicht aus, was sie damit im Einzelnen meint; an anderer Stelle erklärt sie pauschal, es wären «sämtliche Investitionen für das Projekt hinfällig [geworden] und damit auf einen Schlag wirtschaftliche Werte von rund CHF 90 Mio. vernichtet worden» (Klageschrift, Rz. 214). Damit bleibt offen, worin die Gefahr genau bestanden haben soll und weshalb sie drohte. Eine erhebliche und nahe Gefahr, wie sie Art. 30 Abs. 1 OR für die Annahme von «gegründeter Furcht» verlangt, ist damit nicht dargetan. Weiter liegt kein Handeln des Kantons vor, das auf die Erregung von Furcht gerichtet gewesen wäre. Die Klägerin wirft diesem bloss ein Hinauszögern des Vertragsabschlusses vor und legt nicht näher dar, inwiefern sie durch eine gezielte Bedrohung zum Eingehen der streitigen Vereinbarung gezwungen worden sein sollte. Der Umstand, dass sich die Klägerin gegenüber Dritten verbindlich zum Erbringen gewisser Leistungen verpflichtet haben mag, bevor sie die Realisierung ihres Projekts mit den zuständigen Behörden geklärt hatte, kann jedenfalls nicht dem Kanton Bern angelastet werden. Falls dieser den Umstand ausgenutzt hätte, dass die Klägerin bezüglich der ersuchten Bewilligung für die Nutzung von öffentlichem Grund unter zeitlichem Druck stand, um sich einen unverhältnismässigen Vorteil zu verschaffen, käme allenfalls eine Übervorteilung gemäss Art. 21 OR in Frage (vgl. Bruno Schmidlin, in Berner Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 29/30 OR N. 13). Weil hier indes kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht (vgl. vorne insb. E. 8.2), kann eine solche von vornherein ausgeschlossen werden; auf die dahingehenden Ausführungen der Klägerin (Klageschrift, Rz. 213 ff.) braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Schliesslich ist die Widerrechtlichkeit der Drohung (vgl. hierzu Schmidlin, a.a.O., Art. 29/30 OR N. 33 ff.) nicht erstellt, da unklar bleibt, in welcher Form und mit welcher erheblichen und nahen Gefahr die Klägerin bedroht worden sein soll. Falls die Klägerin von der

widerrechtlichen Geltendmachung eines Rechts ausgehen sollte (so allenfalls in der Klageschrift, Rz. 208 a.E.), fehlt es hier bereits an der Einräumung übermässiger Vorteile im Sinn von Art. 30 Abs. 2 OR. Im Übrigen kommen selbst die von der Klägerin beauftragten Experten im Privatgutachten über die «Gültigkeit der zwischen der A.\_\_\_\_\_ SA, ..., und den Kantonen Aargau, Bern und Basel-Landschaft geschlossenen Verträge» zum Schluss, zwar sei der Zeitdruck von den Kantonen ausgenutzt worden, aber diesem Verhalten komme nicht die Bedeutung eines eigentlichen Willensmangels zu (vgl. KB 53, S. 22).

**9.4** Nachdem sich auch die weiteren Einwände der Klägerin gegen die Rechtmässigkeit der streitigen Vereinbarung als unbegründet erweisen, steht fest, dass diese nicht wegen Rechtsmängeln anfechtbar ist; es sind keine anderen Gründe ersichtlich, an der Bestandeskraft der Vereinbarung vom 16. Mai 2000 zu zweifeln, als die geltend gemachten. Damit erweist sich das einzige noch unbehandelte Hauptbegehren der Klage, die Beklagte sei zur Bezahlung eines Betrags von Fr. 14'515'769.-- zu verpflichten, als unbegründet. Gleiches gilt für den Eventualantrag, mit dem die Klägerin neben dem Zuspruch eines Betrags von Fr. 14'515'769.-- zusätzlich noch Anpassungen von Ziff. 1.2, Ziff. 1.3, Ziff. 1.4, Ziff. 2.1 und Ziff. 2.3 der Vereinbarung verlangt; da der Vertrag nach dem Gesagten rechtsbeständig ist, bleibt kein Raum für punktuelle Vertragsanpassungen. Weil (auch) der Eventualantrag abzuweisen ist, kann offenbleiben, inwieweit die beantragten Anpassungen des Vertrags überhaupt noch im Streit liegen. Sie scheinen vorab mit dem von der Klägerin geltend gemachten Eigentumsanspruch zusammenzuhängen (vgl. hiezu Klageschrift, Rz. 231 ff.), der bereits durch das Urteil des Bundesgerichts rechtskräftig abgewiesen worden ist (vgl. vorne E. 3.3). Der Klarheit halber sind das Klagebegehren 1 und die Eventualbegehren im Dispositiv ohne Einschränkungen abzuweisen.

## **10.**

**10.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kostenpflichtig, sind doch Verfahrens- und Parteikosten nach Massgabe des Unterliegens auf die Parteien zu verlegen (Art. 109 Abs. 1 VRPG). Allerdings gilt es neben den Kosten des zweiten auch jene des ersten Rechtsgangs zu liquidieren, da die Kostenregelung im Teilentscheid bis zur Ausfällung des Endurteils aufgeschoben wurde (vgl. Teilentscheid vom 11.4.2006, E. 10). Wird der Ausgang des ersten Rechtsgangs mitberücksichtigt,

unterliegt die Klägerin nicht gänzlich, hat doch die Beklagte – der infolge des Parteiwechsels die damaligen Prozesshandlungen des Kantons Bern zuzurechnen sind (Zwischenentscheid vom 26.10.2010, E. 3) – den Hauptantrag gestellt, auf die Klage sei nicht einzutreten (vorne Bst. B; vgl. Teilentscheid vom 11.4.2006, E. 1; BGer 2A.296/2006 und 2A.301/2006 vom 19.3.2008, E. 2); insoweit ist sie unterlegen. Allerdings war der Aufwand für den zweiten Teil des Verfahrens nach Ausfällung des Teilentscheids und nach Ergehen des Urteils des Bundesgerichts wesentlich grösser als für den ersten Rechtsgang. Zudem war mit der Behandlung des unbegründeten Antrags, auf die Klage nicht einzutreten, kaum Zusatzaufwand verbunden, weil das Verwaltungsgericht die Sachurteilsvoraussetzungen ohnehin von Amtes wegen zu prüfen hat (vgl. Art. 20a Abs. 1 VRPG). Letztlich ist deshalb von einem Unterliegen der Klägerin im Umfang von vier Fünfteln und der Beklagten im Umfang von einem Fünftel auszugehen. Zu erwähnen bleibt, dass dem Kanton nur jene Anträge zuzuschreiben sind, die er seit seiner Beiladung zum Verfahren gestellt hat; weil er einzig auf Abweisung der Klage geschlossen hat, unterliegt er selber nicht und hat deshalb keine Verfahrenskosten zu tragen.

**10.2** Die Verfahrenskosten werden als Pauschalgebühr bestimmt, wobei das Verwaltungsgericht für Gutachten, besondere Untersuchungen und dergleichen zusätzliche Gebühren erhebt (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Festgesetzt wird die Pauschalgebühr gestützt auf die Gebührenordnung nach pflichtgemäsem Ermessen (Art. 103 Abs. 2 VRPG). Die Gebühren für Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht liegen zwischen Fr. 300.-- und Fr. 25'000.-- (Art. 51 Bst. b des Dekrets vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12]), wobei für das vorliegende Verfahren vom Maximalansatz auszugehen ist. Da es sich zudem um ein besonders umfangreiches und zeitraubendes Verfahren handelt, das gleichzeitig einen hohen Streitwert aufweist, ist die Gebühr zu verdoppeln (Art. 6 Abs. 1 VKD). Sodann ist der Höchstansatz zu überschreiten, weil ein Verfahren mit mehreren Beteiligten (und entsprechendem Zusatzaufwand) geführt wurde; allerdings darf dabei das Doppelte der ordentlichen Höchstgebühr für keine Partei übertroffen werden (Art. 6 Abs. 2 VKD). Die Pauschalgebühr ist mithin auf Fr. 62'500.-- zu bestimmen. – Zu diesem Betrag kommt die Entschädigung für den Gerichtsgutachter hinzu: Die Sachverständigen werden nach den branchenüblichen Ansätzen gestützt auf eingereichte Honorarnoten entschädigt, wobei die Mehrwertsteuer einzurechnen ist (vgl. Art. 58 VKD). Vorliegend hat der Experte ein Honorar von

Fr. 58'233.60 für das Gutachten (Dossier IV, act. 87) und von Fr. 19'148.40 für das Zusatzgutachten (Dossier V, act. 102) in Rechnung gestellt; er hat insgesamt also eine Entschädigung von Fr. 77'382.-- bezogen, die zusätzlich zur Pauschalgebühr zu erheben ist (vgl. Art. 103 Abs. 1 VRPG; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 103 N. 1). Von den dergestalt auf insgesamt Fr. 139'882.-- bestimmten Verfahrenskosten sind vier Fünftel der Klägerin und ein Fünftel der Beklagten aufzuerlegen.

**10.3** Die Parteikosten sind grundsätzlich gleich zu verlegen wie die Verfahrenskosten (Art. 109 Abs. 1 VRPG).

**10.3.1** Hier ist allerdings dem Umstand Rechnung zu tragen, dass am Verfahren neben den beiden Hauptparteien auch der Kanton Bern als Beigeladener beteiligt ist. Er ist durch einen Rechtsanwalt vertreten und hat als obsiegende Nebenpartei Anspruch auf Ersatz der angefallenen Parteikosten. Sein Rechtsvertreter hat eine Kostennote über Fr. 107'140.45 (einschliesslich Auslagen und MWSt) eingereicht, die sich jedoch nicht nach der massgebenden Regelung von Art. 41 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 12 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) richtet. Gemäss Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 PKV bestimmt sich das Honorar in Klageverfahren nach dem Streitwert und ist vorliegend auf maximal 3,8 % von Fr. 14'515'769.-- bzw. auf Fr. 551'599.20 begrenzt. Vor diesem Hintergrund gibt die Honorarforderung des Kantons in der Höhe von Fr. 107'140.45 zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass.

**10.3.2** Die Beklagte ist ihrerseits nicht anwaltlich vertreten, weshalb bei ihr keine ersatzfähigen Parteikosten angefallen sind (vgl. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Ihr Antrag auf Zuspruch von Parteikostenersatz wird abgewiesen. Die Ausrichtung einer Parteientschädigung für aufwändige Verfahren gemäss Art. 104 Abs. 2 VRPG kommt nicht in Frage, da eine solche nur Privatpersonen zusteht.

**10.3.3** Schliesslich hat auch die Klägerin im Umfang ihres Obsiegens Anspruch auf Parteikostenersatz, wobei sie gestützt auf die Kostennote ihrer Rechtsvertretung vom 5. Februar 2014 ein Anwaltshonorar von Fr. 551'000.-- und Auslagen von Fr. 16'500.-- geltend macht, insgesamt also Parteikosten in der Höhe von Fr. 567'500.-- ausweist. Wie gesehen ist das Honorar vorliegend auf 3,8 % des Streitwerts, ausmachend Fr. 551'599.20, begrenzt (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 PKV), so dass die geltend gemachte Honorarforderung in etwa dem gesetzlich vorgesehenen Maximalbetrag

entspricht. Mit Blick auf den gebotenen Zeitaufwand, die grosse Tragweite der Streitsache und die namentlich in sachverhaltlicher Hinsicht besondere Komplexität des Rechtsstreits ist das geltend gemachte Honorar auch in dieser Höhe nicht zu beanstanden. Demgegenüber sind die geltend gemachten Auslagen übersetzt und zu kürzen. Die Klägerin hat den Betrag von Fr. 16'500.-- als Pauschale bestimmt und ihre Auslagen nicht belegt. Gemäss Art. 2 PKV sind nur die «notwendigen Auslagen» zu ersetzen, die hier ermessensweise auf Fr. 5'000.-- bestimmt werden. Die Beklagte hat mithin der Klägerin einen Fünftel der gerichtlich auf Fr. 556'000.-- bestimmten Parteikosten zu ersetzen.

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Das Klagebegehren 1 und die Eventualbegehren der Klägerin werden abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 62'500.-- und Beweiskosten von Fr. 77'382.--, ausmachend Fr. 139'882.--, werden zu vier Fünfteln der Klägerin, ausmachend Fr. 111'905.60, und zu einem Fünftel der Beklagten, ausmachend Fr. 27'976.40, auferlegt.
3. Die Klägerin hat dem Kanton Bern die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 107'140.45 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
4. Die Beklagte hat der Klägerin einen Fünftel der Parteikosten, bestimmt auf Fr. 556'000.-- (inkl. Auslagen), ausmachend Fr. 111'200.--, zu ersetzen.
5. Zu eröffnen:
  - der Klägerin
  - der Beklagten
  - dem Kanton Bernund mitzuteilen:
  - dem Bundesamt für Kommunikation

Der Abteilungspräsident i.V.:

Der Gerichtsschreiber:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.