



Abteilung I  
A-4896/2021

## Urteil vom 11. Juli 2023

Besetzung

Richter Jürg Marcel Tiefenthal (Vorsitz),  
Richter Jérôme Candrian,  
Richterin Christine Ackermann,  
Gerichtsschreiberin Flurina Peerdeman.

Parteien

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Recht & Compliance, Infrastruktur,  
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65 SBB,  
vertreten durch  
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüeb, Rechtsanwalt LL.M.,  
und MLaw Felix Tuchschnid, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Stadt Bern,**  
Direktion für Tiefbau,  
Bundesgasse 38, Postfach, 3001 Bern,  
Beschwerdegegnerin,

**Bundesamt für Verkehr BAV,**  
Abteilung Politik, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Kostenstreitigkeit betreffend Ersatz des Siedlungs-  
entwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse in Bern,  
Bahnlinie 450, Bahn-km 103.475.

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

Der Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse in der Stadt Bern wurde im Jahr 1910 als Unterquerung zur bestehenden Bahnlinie Bern-Olten errichtet.

Mit Revers vom 1. September 1909 anerkannte die Stadt Bern die Bedingungen, unter denen die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) diese Durchleitung gestatteten.

**B.**

**B.a** Am 27. Juni 2014 reichte die SBB beim Bundesamt für Verkehr (BAV) ein Plangenehmigungsgesuch betreffend "Zukünftige Entwicklung Bahninfrastruktur (ZEB) Bern Wylerfeld, Entflechtung" ein. Das Projekt umfasste den Bau eines einspurigen Tunnels zur Beseitigung eines Abkreuzungskonfliktes auf dem Streckenabschnitt. Die Realisierung des Unterwerfungsbauwerkes erforderte Ersatzneubauten für die folgenden drei Bauwerke, so auch für den Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse:

- Strassenüberführung Scheibenstrasse (Bahnlinie 450, Bahn-km 104.118);
- Strassenüberführung Stauffacherstrasse (Bahnlinie 450, Bahn-km 103.82);
- Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse (Bahnlinie 450, Bahn-km 103.475).

**B.b** Mit Verfügung vom 14. Dezember 2015 genehmigte das BAV das Gesuch der SBB vom 27. Juni 2014 im ordentlichen Plangenehmigungsverfahren. Die Plangenehmigung erwuchs in Rechtskraft.

**B.c** Am 31. Mai 2017 legte die SBB ein Projektänderungsgesuch betreffend "ZEB Bern Wylerfeld, Entflechtung Mischwasserkanal Stadt Bern" vor, das vom BAV mit Verfügung vom 12. Mai 2017 im vereinfachten Verfahren genehmigt wurde. Diese Plangenehmigung erwuchs ebenfalls in Rechtskraft.

**B.d** Der Ersatz des Siedlungsentwässerungskanals Wylergut-Winkelriedstrasse wurde in den Jahren 2017 bis 2018 gebaut, wobei der neue Kanal tiefer unter der Gleisanlage verlegt wurde.

**C.**

Am 28. März resp. 7. Juni 2019 stellte die Stadt Bern beim BAV drei Gesuche zur Regelung der Kostenverteilung betreffend die drei vorgenannten Ersatzneubauten gestützt auf Art. 40 Abs. 2 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101).

Hinsichtlich des Ersatzes des Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse beantragte die Stadt Bern mit Gesuch vom 7. Juni 2019, die SBB habe die Kosten von Fr. 7'341'000.-- (inkl. MwSt.) vollumfänglich zu tragen.

**D.**

**D.a** Mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 hiess das BAV die drei Gesuche der Stadt Bern vom 28. März resp. 7. Juni 2019 im Sinne der Erwägungen teilweise gut (Disp. Ziff. 1).

Betreffend Ersatz des Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse verpflichtete das BAV die Stadt Bern, sich an den Investitionskosten im Umfang von Fr. 797'640.-- zu beteiligen. Die restlichen Kosten von Fr. 6'543'360.-- habe die SBB zu tragen (Disp. Ziff. 1.4).

Die weitergehenden Anträge der SBB wies das BAV ab, soweit es darauf eintrat (Disp. Ziff. 2). Die Verfahrenskosten von Fr. 7'000.-- wurden nach Massgabe des Unterliegens im Umfang von Fr. 6'300.-- (90 %) der SBB und im Umfang von Fr. 700.-- (10 %) der Stadt Bern auferlegt (Disp. Ziff. 4).

**D.b** In seiner Begründung zur Kostenverteilung Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse erwog das BAV zusammengefasst, dass im Revers vom 1. September 1909 keine abweichende Kostenvereinbarung der Parteien im Sinne von Art. 32 EBG erblickt werden könne. Das ergebe sich aus der Vertragsauslegung sowie vor dem Hintergrund der *clausula rebus sic stantibus*. Es fänden daher die gesetzlichen Bestimmungen von Art. 25 ff. EBG Anwendung. Vorliegend sei die SBB als Bauherrin gemäss Art. 31 Abs. 2 EBG anzusehen, weshalb sie grundsätzlich die gesamten Investitionskosten zu tragen habe. Soweit die Stadt Bern jedoch Sanierungs- und betriebliche Unterhaltskosten im Umfang von Fr. 797'640.-- habe einsparen können, sei ihr dieser Betrag als Vorteil im Sinne von Art. 27 Abs. 1 EBG anzurechnen.

**E.**

**E.a** Am 8. November 2021 erhob die SBB (nachfolgend auch: Beschwerdeführerin) gegen die Verfügung des BAV vom 7. Oktober 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt die folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Dispositiv-Ziffer 1.4 der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Oktober 2021 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin die gesamten Kosten für den Ersatz des Siedlungsentwässerungskanals Wylergut-Winkelriedstrasse trägt.
2. Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 1.4 der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Oktober 2021 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, die gesamten Kosten für den Ersatz des Siedlungsentwässerungskanals Wylergut-Winkelriedstrasse zu tragen.
3. Subeventualiter sei Dispositiv-Ziffer 1.4 der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Oktober 2021 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, sich an den Kosten für den Ersatz des Siedlungsentwässerungskanals Wylergut-Winkelriedstrasse im Umfang von Fr. 7'173'391.80 zu beteiligen.
4. Dispositiv-Ziff. 4 der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Oktober 2021 sei aufzuheben und die Kosten für das Verfahren vor der Vorinstanz betreffend den Ersatz des Siedlungsentwässerungskanals Wylergut-Winkelriedstrasse seien vollumfänglich der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen."

Gegen die Verfügung des BAV vom 7. Oktober 2021 reichte auch die Stadt Bern Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Ihre Beschwerde vom 2. November 2021 betrifft die Kostenverteilung für den Ersatzneubau Überführung Stauffacherstrasse und wird vom vorliegenden Verfahren separat geführt (A-4874/2021).

**E.b** In der Beschwerdebegründung macht die SBB im Wesentlichen geltend, dass das BAV kein Anstandsverfahren nach Art. 40 Abs. 2 EBG hätte eröffnen dürfen. Neben einer fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung rügt sie in der Hauptsache, dass die Kostenpflicht der Stadt Bern für die Verlegung schon aus dem Revers vom 1. September 1909 resultiere. Der Vertrag sei zu erfüllen und es liege kein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* vor. Selbst nach den gesetzlichen Kostenverteilungsregeln habe die Stadt Bern als Bauherrin im Sinne von Art. 31 Abs. 2 EBG die gesamten Kosten zu übernehmen. Auch sei in der angefochtenen Verfügung die Vorteilsanrechnung nach Art. 27 Abs. 1 EBG fehlerhaft bemessen. Schliesslich habe die Stadt Bern dem Verfahrensausgang entsprechend die vorinstanzlichen Verfahrenskosten zu tragen.

**F.**

Mit Eingabe vom 14. Dezember 2021 verzichtet das BAV (nachfolgend: Vorinstanz) darauf, eine Vernehmlassung einzureichen.

**G.**

In der Beschwerdeantwort vom 17. Januar 2022 schliesst die Stadt Bern (nachfolgend auch: Beschwerdegegnerin) auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

**H.**

In den Schlussbemerkungen vom 21. Februar 2022 hält die SBB an ihren Rechtsbegehren fest.

**I.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die bei den Akten liegenden Schriftstücke wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), die von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) erlassen wurde. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Damit ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

**1.2** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die SBB ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und durch diese beschwert. Sie ist somit zur Beschwerde legitimiert.

### 1.3

**1.3.1** Die Stadt Bern bestreitet in der Beschwerdeantwort vorab, dass auf das Feststellungsbegehren der SBB einzutreten sei.

**1.3.2** Gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG ist dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin ein entsprechendes schutzwürdiges Interesse nachweist. Der Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist dabei subsidiär gegenüber rechtsgestaltenden Verfügungen (vgl. BGE 126 II 300 E. 2c; Urteil des BGer 2C\_488/2020 vom 29. März 2023 E. 1.2.3; BVGE 2010/12 E. 2.3; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 25 Rz. 13 ff. [nachfolgend: VwVG Kommentar]).

Das von der SBB gestellte Feststellungsbegehren (Rechtsbegehren Nr. 1) ist inhaltlich bereits vom Leistungsbegehren (Rechtsbegehren Nr. 2) erfasst, nämlich dem Antrag, dass die Stadt Bern zu verpflichten sei, die gesamten Kosten für den Ersatz des Siedlungsentwässerungskanals Wylergut-Winkelriedstrasse zu tragen. Dem Feststellungsbegehren kommt keine eigständige Bedeutung zu. Mangels eines Feststellungsinteresses ist auf das Rechtsbegehren Nr. 1 nicht einzutreten.

**1.4** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher – vorbehältlich der vorstehenden Ausführungen in E. 1.3 – einzutreten (Art. 50 und Art. 52 VwVG).

## 2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Es auferlegt sich allerdings eine gewisse Zurückhaltung, wenn technische Fragen zu beurteilen sind oder die Vorinstanz gestützt auf eigene besondere Fachkompetenz oder die ihr vom Gesetzgeber beigegebenen Fachbehörden entschieden hat. Voraussetzung für diese Zurückhaltung ist indes, dass im konkreten Fall keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung vorliegen und davon ausgegangen werden kann, die Vorinstanz habe die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen (vgl. BGE 142 II 451 E. 4.5.1, 139 II 185 E. 9.3;

MOSER et. al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.149 ff.; je mit weiteren Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

## Rechtsgrundlagen

### 3.

**3.1** Wer die Kosten aus dem Bau, der Änderung oder der Erneuerung einer Kreuzungsanlage zwischen einer öffentlichen Strasse und einer Bahnlinie zu tragen hat, ist in den Art. 25 ff. EBG geregelt. Den Bestimmungen liegen die Prinzipien der Ebenbürtigkeit der Verkehrswege, der Verursachung und der Vorteilsanrechnung zu Grunde. Nach dem Ebenbürtigkeitsprinzip sind die öffentlichen Verkehrswege einander gleichgestellt und die Kosten nicht zum Vornherein einer Seite aufzubürden. Aus der grundsätzlichen Ebenbürtigkeit der öffentlichen Verkehrswege ergibt sich als zweiter Grundsatz das eisenbahnrechtliche Verursacherprinzip, wonach diejenige Partei, die eine Veränderung des bestehenden Zustandes auslöst, die daraus herrührenden Kosten zu tragen hat. Nach dem Prinzip der Vorteilsanrechnung soll sodann derjenige, der die Umgestaltung einer Kreuzungsanlage verursacht, von der Finanzierung der Umgestaltung so weit befreit werden, als der Nichtverursacher daraus Vorteile zieht.

**3.2** Im Einzelnen sieht Art. 25 Abs. 1 EBG vor, dass der Eigentümer eines neuen Verkehrsweges die Kosten der ganzen Anlage an der Kreuzungsstelle trägt, wenn ein neues, dem öffentlichen Verkehr dienendes Bahngelände eine öffentliche Strasse oder eine neue öffentliche Strasse eine bereits bestehende Bahnlinie kreuzt. Wird ein Niveauübergang durch eine Über- oder Unterführung ersetzt oder infolge Verlegung der Strasse aufgehoben, so hat das Eisenbahnunternehmen die Kosten aller Änderungen an der Bahn- und Strassenanlage zu tragen, wenn die Änderung vorwiegend durch die Bedürfnisse des Bahnverkehrs bedingt ist. Ist die Änderung hingegen vorwiegend auf die Bedürfnisse des Strassenverkehrs zurückzuführen, so hat der Strasseneigentümer die Kosten zu tragen (Art. 26 Abs. 1 EBG). Bei allen anderen Änderungen einer Kreuzung, einschliesslich der Anpassung und Verbesserung von Sicherheitseinrichtungen, haben Eisenbahnunternehmen und Strasseneigentümer die Kosten aller Änderungen der Bahn- und Strassenanlage in dem Verhältnis zu tragen, als die Entwicklung des Verkehrs auf ihren Anlagen sie bedingt (Art. 26 Abs. 2 EBG). Schliesslich hat sich jede Partei in dem Umfang an den Kosten zu

beteiligen, als ihr aus der Umgestaltung der Anlage Vorteile erwachsen (Art. 27 Abs. 1 EBG) und überdies jene Kosten zu tragen, die durch besondere Begehren verursacht wurden, welche eine Partei im Interesse der dauernden Verbesserung oder des künftigen Ausbaues ihrer eigenen Anlage gestellt hat (Art. 27 Abs. 2 EBG).

Diese Regelungen finden gemäss Art. 29 EBG sinngemäss auf die Kosten für Unterhalt und Erneuerung sowie auf alle vorübergehenden und dauernden Massnahmen zur Verhütung von Unfällen an der Kreuzungsstelle mit Einschluss der Bedienung der dazu bestimmten Anlagen Anwendung. Für Kreuzungen zwischen der Bahn und Gewässern, Transmissionen, Transportseilanlagen, Leitungen und ähnlichen Anlagen gilt Art. 31 Abs. 2 EBG. Danach gehen die durch die Erstellung einer neuen Kreuzung oder Änderung einer bestehenden Kreuzung entstehenden Kosten für Bau, Unterhalt und Erneuerung sowie für alle vorübergehenden und dauernden Massnahmen im Interesse der Verhütung von Schäden an der Kreuzungsstelle zu Lasten des jeweiligen Bauherrn.

Die gesetzliche Kostenverteilung ist allerdings nur insoweit zu beachten, als die Beteiligten keine abweichende Vereinbarung über die Kosten getroffen haben (Art. 32 EBG). Die aus den Bestimmungen des 4. Kapitels des EBG erwachsenden Streitigkeiten über Kosten und deren Verteilung sowie über Vergütungen beurteilt die Vorinstanz im sog. Anstandsverfahren (Art. 40 Abs. 2 EBG; vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000 E. 5c; BVGE 2013/53 E. 5.1 und E. 6, 2011/12 E. 7.1 f.; Urteil des BVGer A-3893/2015 vom 3. Oktober 2016 E. 3.3; TSCHANEN/LOCHER, Massnahmezuständigkeit und Kostentragungspflicht bei Kreuzungen zwischen Strasse und Gewässer, in: Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftungsrecht - öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2011, S. 73 ff.; STÜCKELBERGER/HALDIMANN, Schienenverkehrsrecht, in: Müller [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Verkehrsrecht, Band IV, 2008, Rz. 46 f.; ENRICO RIVA, Kostentragung für den Unterhalt und die Erneuerung von Kreuzungsbauwerken Schiene-Strasse, ZBI 94/1993 S. 335 ff.; je mit Hinweisen).

## **Anstandsverfahren**

### **4.**

**4.1** Im Rahmen des Anstandsverfahrens nach Art. 40 Abs. 2 EBG ist strittig, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch der Stadt Bern zur Regelung der Kostenverteilung eingetreten ist.

**4.2** Die SBB rügt in der Beschwerde, die Vorinstanz hätte auf das Gesuch der Stadt Bern betreffend Kostenverteilung Ersatz Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse gar nicht eintreten dürfen. Die Stadt Bern hätte ihre Anträge schon im Plangenehmigungsverfahren mit Einsprache gelten machen müssen (vgl. Art. 18f Abs. 3 EBG). Wer keine Einsprache erhebe, sei vom weiteren Verfahren ausgeschlossen (vgl. Art. 18f Abs. 1 EBG). Der Umfang des Projekts, die voraussichtlichen Kosten und der Inhalt des Revers seien schon zum damaligen Zeitpunkt bekannt gewesen und hätten sich auch nicht geändert. Die Stadt Bern habe deshalb die Möglichkeit gehabt, ihre Rechte bereits mittels Einsprache zu wahren. Das Anstandsverfahren nach Art. 40 Abs. 2 EBG dürfe nicht dazu dienen, verpasste Fristen im Plangenehmigungsverfahren wieder aufleben zu lassen (vgl. BGE 140 II 214 E. 3.1, 131 II 581 nicht publ. E. 4.3). Aufgrund der Res iudicata-Wirkung der rechtskräftigen Plangenehmigung sei die Vorinstanz nicht zuständig, in der gleichen Sache ein Anstandsverfahren zu eröffnen, und hätte von Amtes wegen einen Nichteintretensentscheid erlassen müssen.

**4.3** Die Stadt Bern bestreitet in der Beschwerdeantwort die Ausführungen der SBB im Einzelnen. Sie vertritt den Standpunkt, dass in keinem der beiden Plangenehmigungsverfahren verbindliche Anordnungen zur Kostenverteilung getroffen worden seien. Dementsprechend könne keine Res iudicata vorliegen. Die SBB vermische die Frage der Zuständigkeit und der materiellen Rechtskraft. Die in der Beschwerdeschrift zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung äussere sich nicht zu Kostenstreitigkeiten, wie sie vorliegend zu beurteilen seien. Die Vorinstanz sei auf ihr Gesuch nach Art. 40 Abs. 2 EBG zu Recht eingetreten.

**4.4** Die Vorinstanz weist in der angefochtenen Verfügung darauf hin, dass die von der Stadt Bern vorgetragene Kostenstreitigkeit nach Art. 40 EBG ein Kreuzungsbauwerk betreffe, das Gegenstand eines ordentlichen Plangenehmigungsverfahrens gewesen sei. Nach Art. 18f EBG seien Gemeinden gehalten, ihre Ansprüche mittels Einsprache im Plangenehmigungsverfahren geltend zu machen. Das Gesuch der Stadt Bern sei lange nach

Eintritt der Rechtskraft der Plangenehmigung eingegangen. Da die Parteien die Zuständigkeit der Vorinstanz nicht in Frage gestellt hätten, sei gestützt auf die bisherige Praxis auf das vorliegende Gesuch einzutreten. Angesichts des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-3893/2015 vom 3. Oktober 2016 behalte sie sich jedoch für zukünftige Fälle vor, gegebenenfalls nach einem Meinungs austausch mit der Eidgenössischen Schätzungskommission, nur noch auf Gesuche einer Partei einzutreten, die während des Plangenehmigungsverfahrens nicht innert Frist Einsprache erhoben oder eine Stellungnahme eingereicht habe.

## **5.**

**5.1** Gemäss Art. 18 Abs. 1 EBG dürfen Eisenbahnanlagen nur mit einer Plangenehmigung erstellt oder geändert werden. Bei Plangenehmigungsverfahren ist zu beachten, dass die betroffenen Gemeinden ihre Interessen mit Einsprache wahren (Art. 18f Abs. 3 EBG). So ist gewährleistet, dass im Interesse der Konzentration der Entscheidungsverfahren alle Einwände gesamthaft geprüft werden und in den Plangenehmigungsentscheid einfließen können (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 25. Februar 1998 zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren, BBl 1998 2591, 2620 und 2634).

**5.2** In den Plangenehmigungsgesuchen vom 27. Juni 2014 resp. 31. Mai 2017 betreffend Gleisentflechtung Wylerfeld hat die SBB soweit ersichtlich keine Anträge zur Verteilung der Investitionskosten für den Ersatz des Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse bei der Vorinstanz gestellt. Der Revers vom 1. September 1909 war ebenfalls nicht Bestandteil der Gesuchsunterlagen. In den Plangenehmigungen vom 14. Dezember 2015 resp. 12. Mai 2017 hat sich die Vorinstanz mit der Kostenverteilung in keiner Weise befasst und darüber nicht entschieden. Eine Res iudicata hinsichtlich der Kostenverteilung kann deshalb nicht vorliegen, wie dies auch von der Stadt Bern in der Beschwerdeantwort zutreffend dargelegt wird. Es entspricht vielmehr der langjährigen Praxis, dass für reine Kostenstreitigkeiten von Kreuzungsbauwerken ein eigenständiges Verfahren nach Art. 40 Abs. 2 EBG eingeleitet werden kann. Dies räumt den Parteien zunächst die Möglichkeit ein, die Kostenverlegung einvernehmlich zu regeln. Erst im Streitfall ist darüber im Rahmen eines Anstandsverfahrens zu befinden (vgl. Urteile des BVGer A-4708/2018 vom 15. Oktober 2019 E. 1.3 und A-5292/2017 vom 10. April 2019 E. 9). Folglich kann der Stadt Bern auch nicht vorgehalten werden, dass sie ihre

Interessen hinsichtlich der Verteilung der Investitionskosten mittels Einsprache nach Art. 18f Abs. 3 EBG hätte geltend machen müssen.

In der angefochtenen Verfügung wird im Sinne eines Obiter dictum auf das Urteil A-3893/2015 vom 3. Oktober 2016 verwiesen. In jenem Urteil entschied das Bundesverwaltungsgericht über die Koordination eines hängigen Enteignungsverfahrens mit einem später eröffneten Anstandsverfahren. Im vorliegenden Fall präsentiert sich jedoch eine andere Sach- und Prozesslage. Insbesondere stehen hier keine Ansprüche nach Art. 7 und Art. 26 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (EntG, SR 711) im Streit. Die SBB vermag daher aus dem Obiter dictum der Vorinstanz keine Rückschlüsse auf die vorliegende Kostenstreitigkeit zu ziehen.

Die SBB beruft sich sodann auf BGE 140 II 214 E. 3.1 und auf BGE 131 II 581 nicht publ. E. 4.3. Das erstgenannte Bundesgerichtsurteil betrifft eine Beschwerde im Rahmen eines Anstandsverfahrens gegen Lichtemissionen eines Bahnhofs, die vor Inbetriebnahme im Plangenehmigungsverfahren kaum abschätzbar waren. Im zweiten Fall befasste sich das Bundesgericht mit dem Verhältnis zwischen Plangenehmigungs- und Detailprojektierungsverfahren. Da im vorliegenden Fall die Verteilung der Investitionskosten gar nie Gegenstand des Plangenehmigungsverfahrens war, erweisen sich auch diese Urteile als nicht einschlägig.

**5.3** Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Vorinstanz auf das Gesuch der Stadt Bern zur Regelung der Kostenstreitigkeit eintreten durfte.

## **Vertragsauslegung**

### **6.**

**6.1** In der Hauptsache ist strittig, ob die Parteien in Ziff. 2 des Revers vom 1. September 1909 eine abweichende Vereinbarung zur Kostenverteilung im Sinne von Art. 32 EBG getroffen haben.

**6.2** Die SBB fordert in der Beschwerde, dass die Stadt Bern die Kosten für den Ersatz des Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse vollständig übernehme. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, Ziff. 2 des Revers vom 1. September 1909 könne nur dahingehend verstanden werden, dass die Stadt Bern sämtliche Kosten einer Verlegung zu tragen habe, und zwar unabhängig davon, weshalb und wann

eine solche erfolge. Die Vorinstanz habe den dortigen Nebensatz "worüber einzig die SBB entscheiden" fehlerhaft ausgelegt. Aufgrund des Adverbs "worüber" und der gewählten Satzstellung beziehe sich der Nebensatz auf die "Notwendigkeit" der Verlegung. Die systematische Auslegung bestätige den klaren Wortlaut von Ziff. 2, da die Stadt Bern gemäss Ziff. 1 und 3 auch sämtliche Unterhaltskosten und die Haftung zu tragen habe. Hinsichtlich der Gesamtumstände und des Sinns und Zwecks des Revers sei zu berücksichtigen, dass bereits im Jahr 1909 der Grundsatz bestanden habe, dass solche öffentlichen Anlagen unentgeltlich zu dulden seien. Die SBB habe sich deswegen vertraglich abgesichert, weiterhin über ihr Grundstück verfügen zu können und keine Kosten für eine fremde Anlage zu tragen, die allein dem öffentlichen Interesse der Stadt Bern diene. Angesichts der mangelhaften Kostenregelung im EBG von 1872 sei zu vermuten, dass die Parteien die Kostenverteilung vertraglich umfassend regeln wollten, d.h. auch bei einer erforderlichen Genehmigung des Bauplans durch den Bundesrat. Der Vertragsinhalt stehe nicht im Widerspruch zu den öffentlichen Interessen, die beide Parteien zu wahren hätten. Als Vertragsinhalt sei der getroffene Ausgleich zulässig, dass die Stadt Bern – im Gegenzug zur unentgeltlichen langfristigen Grundstücksnutzung – die Verlegungskosten zu tragen habe (vgl. Art. 19 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Nach Art. 691 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) erfordere das nachbarrechtliche Durchleitungsrecht als gesetzliche Dienstbarkeit keinen Grundbucheintrag. Die Stadt Bern sei daher als Eigentümerin des Kanals zu qualifizieren, was sich schon aus dem Wortlaut des Revers ergebe.

**6.3** Die Stadt Bern stützt in der Beschwerdeantwort die vorinstanzliche Auslegung von Ziff. 2 des Revers. Der Nebensatz "worüber einzig die SBB entscheiden" beziehe sich auf die "Verlegung" der Leitung, was das Adverb "worüber" verdeutliche. Es hätte kaum der Absicht der Parteien entsprochen, dass nur die SBB über die Verlegung entscheiden könne. Eine solch aussergewöhnliche Regelung wäre wohl auch in einem eigenen Hauptsatz festgehalten worden. In Berücksichtigung der damaligen Gesetzeslage sei der Nebensatz von Ziff. 2 auf diejenigen Fälle einer Verlegung einzugrenzen, über die die SBB unabhängig von Dritten entscheiden könne. Diese Konstellation sei vorliegend nicht gegeben, da das Projekt Gleisentflechtung Wylerfeld der Plangenehmigung unterstehe.

**6.4** Die Vorinstanz kommt in der angefochtenen Verfügung zum Ergebnis, dass im Revers von 1909 keine abweichende Kostenvereinbarung gemäss Art. 32 EBG erblickt werden könne. Der in Ziff. 2 enthaltene Satzteil

"worüber einzig die SBB entscheiden" könne auf mindestens zwei Arten gelesen werden. Er könne erstens so verstanden werden, dass die Stadt Bern keinerlei Mitspracherecht habe. Eine solche absolute Bevorzugung der SBB erscheine aber nur schwer nachvollziehbar. Nach der zweiten Auslegung könne sich der Satzteil auf den Wirkungskreis beziehen, in dem damals die SBB hätte autonom handeln können. Nach früherem Recht wäre es Sache der SBB gewesen, über die Verlegung zu entscheiden, d.h. der Bauplan hätte nicht vom Bundesrat genehmigt werden müssen. Die Genehmigungskompetenz für das heutige Projekt liege hingegen fraglos bei der Vorinstanz. Es sei naheliegend, dass die Parteien den Vertrag im Bewusstsein der damaligen Gesetzeslage abgeschlossen hätten. Angesichts des fehlenden Grundbucheintrages sei es ausserdem zweifelhaft, ob die vertragliche Anknüpfung an die Eigentumsstellung vollzogen worden sei. Aus den genannten Gründen bestehe kein Raum, um den Revers über den Wortlaut hinaus und entgegen der heutigen Regelung von Art. 25 ff. EBG auszulegen.

## 7.

**7.1** Für die Auslegung verwaltungsrechtlicher Verträge ist wie bei einem privatrechtlichen Vertrag in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR; subjektive Vertragsauslegung). Die subjektive Vertragsauslegung bezieht sich auf den Willen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Lässt sich ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellen, ist der Vertrag so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (objektive Vertragsauslegung). Die objektive Vertragsauslegung ergibt sich nicht allein aus dem Wortlaut, sondern kann sich auch aus anderen Elementen ergeben wie aus dem verfolgten Ziel, der Interessenlage der Parteien oder aus den Gesamtumständen; von einem klaren Vertragswortlaut ist jedoch nur abzuweichen, wenn sich ernsthafte Anhaltspunkte dafür ergeben, dass dieser nicht dem Willen der Parteien entspricht. Bei der Auslegung öffentlich-rechtlicher Verträge ist zudem in Zweifelsfällen zu vermuten, dass die Verwaltung nicht bereit ist, etwas anzuordnen oder zu vereinbaren, was mit den von ihr zu wahren öffentlichen Interessen und der einschlägigen Gesetzgebung im Widerspruch steht. Indessen wäre es verfehlt, in allen Fällen der dem öffentlichen Interesse besser dienenden Auslegung den Vorzug zu geben (vgl. zum Ganzen BGE 144 V 84 E. 6.2.1; Urteil des BVGer A-4768/2014 vom 8. April 2015 E. 4.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1343 f.; je mit Hinweisen).

**7.2** Der Revers vom 1. September 1909 ist unbestrittenermassen als öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen der Stadt Bern und der SBB zu qualifizieren. In Ziff. 2 anerkannte der Gemeinderat von Bern betreffend Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse Folgendes:

"2. Sollte früher oder später aus irgendeinem Grunde eine Verlegung der Leitung nötig werden, worüber einzig die Schweizerischen Bundesbahnen entscheiden, so hat solche ganz auf Kosten der Eigentümer derselben zu geschehen."

Die Parteien haben keine Unterlagen eingereicht, aus denen hervorgeht, welche Bedeutung sie Ziff. 2 des Revers tatsächlich beigemessen haben. Die Vertragsabrede ist daher nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen.

**7.3** Soweit der Wortlaut von Ziff. 2 des Revers von "Eigentümern" spricht, ist es zumindest naheliegend, dass damit nur die Stadt Bern gemeint sein kann. Es liegt ein Zweiparteienverhältnis vor und die SBB ihrerseits wird im Vertragstext namentlich erwähnt.

Aus dem Wortlaut von Ziff. 2 ergibt sich, dass die vertraglich vereinbarte Kostenpflicht der Stadt Bern unabhängig davon greift, wann und aus welchen Gründen eine Verlegung erfolgt. Strittig geblieben ist hierbei allerdings, welche Bedeutung dem Nebensatz "worüber einzig die SBB entscheiden" zukommt. Mit der Vorinstanz ist einig zu gehen, dass Ziff. 2 in diesem Punkt mehrdeutig erscheint: Erstens könnte dieser Nebensatz so verstanden werden, dass allein die SBB, nicht aber die Stadt Bern über eine notwendige Verlegung entscheiden darf. Zweitens wäre es dem Wortlaut nach auch denkbar, dass einschränkend nur diejenigen Fälle einer notwendigen Verlegung erfasst werden, für deren Bewilligung die SBB alleine und nicht der Bundesrat nach der damaligen Rechtslage zuständig war. Letztere Auslegung hätte zur Folge, dass die vorliegende plangenehmigungspflichtige Verlegung nicht unter die Vertragsbestimmung fallen würde. Sowohl das Adverb "worüber" als auch die eingeschobene Satzstellung lassen beide Auslegungsvarianten zu. Der Wortlaut von Ziff. 2 des Revers erweist sich insofern als unklar.

**7.4** Aufgrund der nachfolgenden Erwägungen braucht an dieser Stelle nicht abschliessend geklärt zu werden, zu welchem Ergebnis die übrigen vertraglichen Auslegungselemente führen würden. Denn selbst wenn der Auffassung der SBB zu folgen wäre, dass Ziff. 2 des Revers eine Kostenpflicht der Stadt Bern für jegliche notwendige Leitungsverlegung statuiert,

könnte sich diese vorliegend auf die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* berufen.

### **Clausula rebus sic stantibus**

#### **8.**

**8.1** Zur Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* bestehen zwischen den Verfahrensbeteiligten wiederum gegensätzliche Auffassungen.

**8.2** Die SBB fordert in der Beschwerde ein, dass der Revers vom 1. September 1909 weiterhin zu erfüllen sei (*pacta sunt servanda*). Der Vertrag sei weder übermässig noch nichtig, da die lange Geltungsdauer durch die Lebensdauer des Siedlungsentwässerungskanals bedingt sei. Die Stadt Bern könne sich nicht auf die *clausula rebus sic stantibus* berufen, an die nach der Rechtsprechung auch bei öffentlich-rechtlichen Verträgen hohe Anforderungen zu stellen seien. Die vertraglich gewählten Formulierungen "früher oder später" und "aus irgendeinem Grunde" sprächen dafür, dass die Parteien bewusst künftige Entwicklungen des Eisenbahnverkehrs verbindlich regeln wollten. Der Blick in die Geschichte zeige, dass im Jahr 1909 die Veränderungen im Eisenbahnverkehr vorhersehbar gewesen seien, dies insbesondere vor dem Hintergrund der Industrialisierung, der Modernisierung der Gesellschaft und des starken Bevölkerungswachstums. Um den Eisenbahnverkehr zu entflechten, seien Hoch- und Untergrundbahnen bereits gelebte Realität gewesen, z.B. in London, Paris, Berlin oder auch in Zürich mit dem Lettentunnel. Die ergangenen eisenbahnrechtlichen und sachenrechtlichen Gesetzesänderungen beträfen nur das dispositive Recht. Die Entwicklungen im Eisenbahnverkehr würden zu keiner gravierenden Äquivalenzstörung führen. Der Kanal habe mit 110 Jahren das Ende der Lebensdauer erreicht und sei vollständig abgeschrieben, wobei die Kosten für den anstehenden Ersatz die Stadt Bern hätte tragen müssen. Sanierungsmassnahmen hätten die Lebensdauer allenfalls um wenige Jahre verlängert, nicht aber um weitere 120 Jahre. Der Eisenbahnverkehr bedinge lediglich die Tieferlegung des Kanals, weshalb sich die Leistungspflicht der Stadt Bern nur gering verändere. Nicht zuletzt wegen der dichteren Besiedlung und der gestiegenen Landpreise habe sich demgegenüber der Vorteil vervielfacht, den die Stadt Bern durch die unentgeltliche Nutzung des Grundeigentums der SBB bislang und zukünftig geniesse. Der neue Kanal weise auch einen grösseren Durchmesser auf (1.6 m gegenüber 1.0 - 1.5 m). Der Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* stehe schliesslich das widersprüchliche Verhalten der Stadt Bern

entgegen. Diese habe den Revers in den letzten 110 Jahren stets für gültig erachtet und 1974 resp. 1977 weitere vergleichbare Verträge abgeschlossen. Wie sich im Protokoll zeige, seien auch an der Besprechung zum Projekt Gleisentflechtung Wylerfeld vom 6. März 2017 alle Teilnehmenden davon ausgegangen, dass die Stadt Bern die Kosten alleine trage. Erst lange nach Fertigstellung des Projekts habe die Stadt Bern die Ungültigkeit des Revers geltend gemacht. Die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* sei deshalb ausgeschlossen.

**8.3** Die Stadt Bern stellt sich in der Beschwerdeantwort auf den Standpunkt, dass der Revers von 1909 keine Gültigkeit mehr beanspruchen könne, dies schon aufgrund des Verbots der übermässigen Selbstbindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB. Die Zeitspanne von mehr als 110 Jahre entspreche ungefähr dem Vierfachen dessen, was als zulässige Höchstdauer einer unkündbaren Vereinbarung gelte. Der Revers sei daher nach Art. 20 Abs. 1 OR als nichtig zu qualifizieren oder zumindest könne sie die "Einde" der Ungültigkeit erheben. Die *clausula rebus sic stantibus* sei jedenfalls anwendbar, wobei nach einhelliger Auffassung für den Bereich des öffentlichen Rechts weniger hohe Anforderungen als im Privatrecht zu stellen seien. Im Jahr 1909 sei es nicht vorstellbar gewesen, dass ein Jahrhundert später eine Unterquerung auf dieser offenen Strecke und der Ersatz des noch funktionstüchtigen Kanals erforderlich werde. Zudem würden heute das EBG und das ZGB Kostenregelungen für die Verlegung kennen, die vom Revers grundlegend abweichen würden. Sie selbst habe keinen Anlass zu baulichen Vorkehren oder sogar zu einem Ersatz gehabt. Aus technischer Sicht hätte der alte Kanal mit der sog. Inline-Technik für eine Dauer von mindestens 40 Jahre abgedichtet werden können. Gemäss der eingeholten Offerte vom 28. Januar 2021 hätten sich die Sanierungskosten in der Grössenordnung von Fr. 200'000.-- bewegt, was in keinem Verhältnis zu den vorliegenden Erstellungskosten von Fr. 7'341'000.-- stehe. Auch der grössere Durchmesser des neuen Kanals wäre aus abwassertechnischer Sicht nicht notwendig gewesen, sondern sei rein bautechnisch bedingt. Die SBB könne sich nicht auf die gestiegenen Bodenpreise berufen, da das Recht zur unterirdischen Leitungsführung unentgeltlich eingeräumt werde und der freie Marktpreis ohnehin für Grundstücke im Verwaltungsvermögen nicht gelte. Es könne ihr kein widersprüchliches Verhalten zur Last gelegt werden. Anders als der Revers von 1909 habe namentlich der Vertrag von 1974 eine Kündigungsklausel enthalten. Auch bei den Verhandlungen mit der SBB habe sie keine Zugeständnisse gemacht, sondern nur zum Ausdruck gebracht, dass ein Kredit durch das zuständige Organ zu beschliessen wäre. Aufgrund unvorhersehbar

geänderter tatsächlicher und rechtlicher Verhältnisse wäre es unbillig, ihr die gesamten Investitionskosten aufzuerlegen.

**8.4** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, dass sich die Stadt Bern auf die *clausula rebus sic stantibus* berufen könne. Zur Zeit des Vertragsschlusses im Jahr 1909 sei es für die Parteien nicht absehbar gewesen, wie der Eisenbahnverkehr und die Möglichkeiten des Infrastrukturausbaus sich entwickeln würden. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts seien Unterwerfungsbauwerke praktisch unbekannt gewesen. Aufgrund der damaligen Gleisbelegung hätte eine *à-niveau*-Kreuzung nicht um jeden Preis vermieden werden müssen. Statt aufwendige Kunstbauten zu errichten, sei damals kostengünstig in die Breite gebaut worden, was die Grösse vieler Bahnanlagen jener Zeit erkläre. So seien beispielsweise zusätzliche Zirkulationsgleise errichtet worden. Der Verkehr im Bereich Wylerfeld sei von wenigen Dutzend Zügen im Jahr 1908 auf nun über 1000 Züge täglich angewachsen. Die Zugfolge habe sich massiv verkürzt, die Geschwindigkeiten und die Anforderungen an Sicherheit, Fahrplanstabilität und Pünktlichkeit seien gestiegen. Demgegenüber hätten sich seit 1909 auf Seiten der Stadt Bern keine Änderungen hinsichtlich des Kanals ergeben. Die Stadt Bern erhalte infolge der geänderten Verhältnisse für ihre Leistung keine angemessene Gegenleistung. Die von den SBB angebehrte Verlegung sei nach Inkrafttreten der Revision des ZGB vom 1. Januar 2012 erfolgt. Die altrechtliche Sonderregelung von Art. 742 Abs. 3 aZGB sei aufgehoben worden, wonach für die Verlegung von Leitungen die nachbarrechtlichen Vorschriften anwendbar seien. De lege lata würden sich die Kostenfolgen nach Art. 742 Abs. 1 ZGB bestimmen, womit die SBB die Kosten zu tragen habe. Auch bei Notleitungen, bei denen die nachbarrechtliche Bestimmung von Art. 693 ZGB weiterhin anwendbar seien, könne gemäss Abs. 3 dem Belasteten bei besonderen Umständen ein angemessener Teil der Verlegungskosten auferlegt werden. Solch besondere Umstände seien gegeben, da der Kanal auch zur Ableitung von Sickerwasser aus den Drainagen der Gleise unentgeltlich genutzt worden sei. Keine der weiteren Leitungsverträge, die die SBB zu den Akten gelegt habe, enthalte dieselben Regelungen wie der Revers. Insbesondere statuiere der Revers kein Kündigungsrecht. Vorliegend würden somit die enormen und unvorhersehbaren Veränderungen im Eisenbahnverkehr zu einer gravierenden Äquivalenzstörung führen, weshalb ein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* vorliege. Es wäre stossend, wenn die Stadt Bern derartige Kosten auf ewige Zeiten selbst tragen müsste.

**9.**

Nach der sog. *clausula rebus sic stantibus* kann eine vertragliche Vereinbarung gegen den Willen einer Partei angepasst werden, wenn infolge einer – im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – unvorhersehbaren und unvermeidbaren grundlegenden und ausserordentlichen Veränderung der Umstände eine gravierende Störung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung eintritt, so dass ein Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt, der nach Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz findet. Diese Regel gilt auch für öffentlich-rechtliche Verträge (Urteil des BGer 2C\_825/2013 vom 24. März 2014 E. 6.1 mit Verweisen auf BGE 138 V 366 E. 5.1 und 122 I 328 E. 7b; vgl. MARCO WEISS, Vertragsanpassung bei öffentlich-rechtlichen Verträgen, ZBJV 157/2021 S. 405 und S. 416 f.; BENJAMIN V. ENZ, *Clausula rebus sic stantibus*, 2018, S. 11 ff.; vgl. auch RIVA, a.a.O., S. 355 f.; Entscheide der Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt [REKO INUM] A-2000-60 vom 11. September 2001 E. 6.3.1 und A-2000-33 vom 5. April 2001 E. 6.8). Beim verwaltungsrechtlichen Vertrag wird die *clausula rebus sic stantibus* im Allgemeinen weniger restriktiv angewendet als beim privatrechtlichen, weil der Staat auch andere Prinzipien als Treu und Glauben zu beachten hat (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1362; STEFAN VOGEL, Die "*clausula rebus sic stantibus*" als Mittel zur Anpassung und Aufhebung von verwaltungsrechtlichen Verträgen, ZBI 2008 S. 307 f.). Dieser Differenzierung hat das Bundesgericht soweit ersichtlich in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht widersprochen.

**10.**

**10.1** Gemäss der dargelegten Rechtsprechung ist somit zu klären, ob sich die Verhältnisse seit Abschluss von Ziff. 2 des Revers vom 1. September 1909 unvorhersehbar und grundlegend geändert haben, so dass eine gravierende Äquivalenzstörung entstanden ist. Ferner ist zu prüfen, ob das Verhalten der Stadt Bern einer Vertragsanpassung entgegensteht.

**10.2** Es ist im Grunde unbestritten, dass die Parteien zum Zeitpunkt des Revers im Jahr 1909 mit einem künftigen Wachstum des Eisenbahnverkehrs rechnen mussten. Ebenfalls bedarf es keiner weiteren Ausführungen, dass schon zu jener Zeit unterirdisch geführte Eisenbahnstrecken in der Schweiz und andernorts existierten. Wie von der fachkundigen Vorinstanz jedoch nachvollziehbar aufgezeigt, waren Entflechtungsbauwerke damals noch praktisch unbekannt. Statt aufwendige Kunstbauten zu

schaffen, wurde nach Möglichkeit kostengünstig in die Fläche gebaut, indem z.B. zusätzliche Zirkulationsgleise errichtet wurden. Laut Vorinstanz erklärt das die Grösse vieler Bahnanlagen aus jener Zeit. Die Erstellung von Unterwerfungsbauwerken gehörte demnach bei Vertragsschluss noch nicht zur gelebten Realität. Hinzu kommt, dass gemäss Angaben der Vorinstanz sich der Eisenbahnverkehr im Bereich Wylerfeld von wenig Dutzend Züge im Jahr 1908 auf heute über 1000 Züge pro Tag massiv erhöht hat. Nicht nur die Zugfolge hat sich verkürzt, sondern auch die Anforderungen an Sicherheit, Fahrplanstabilität und Pünktlichkeit sind stark gestiegen. In dem Zeitraum von rund 110 Jahren haben sich damit die bahnseitigen Ansprüche vor Ort grundlegend geändert. Für die Parteien im Jahr 1909 waren diese ausserordentlichen bahnseitigen Entwicklungen in der Art und Grössenordnung weder vorhersehbar noch vermeidbar.

**10.3** Was das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betrifft, so verpflichtete sich die Stadt Bern im Revers von 1909 für die Erstellungs- und die Unterhaltskosten des Kanals aufzukommen sowie die Haftung zu übernehmen. Des Weiteren haben die Parteien Vorkehrungen hinsichtlich einer künftigen Verlegung getroffen. So erklärte sich die Stadt Bern in Ziff. 2 bereit, zumindest gewisse Verlegungskosten zu übernehmen (vgl. vorstehend E. 7). Diese Vertragsbestimmungen sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass zu jenem Zeitpunkt die Bahnlinie bereits bestand und der Kanalbau vorwiegend dem öffentlichen Interesse der Stadt Bern diene. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kann demnach noch nicht von einem Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung gesprochen werden.

Zwischenzeitlich sind rund 110 Jahre vergangen. Wie aufgezeigt hat sich der Eisenbahnverkehr auf dem Streckenabschnitt massiv erhöht. Um das neue Unterwerfungsbauwerk errichten zu können und so die Gleise zu entflechten, musste in der Konsequenz der Kanal tiefer gelegt werden. Die in den Jahren 2017 bis 2018 realisierte Verlegung ist somit rein bahnseitig bedingt. Gemäss den schlüssigen Ausführungen der Vorinstanz und der Stadt Bern war der alte Kanal zum Zeitpunkt des Rückbaus vollständig funktionsfähig. Es erscheint überzeugend, dass er trotz seines Alters mit entsprechenden Sanierungsmassnahmen noch eine geraume Zeit hätte weiterbetrieben werden können. Nicht ausschlaggebend kann hingegen der Umstand sein, dass die SBB ihr Grundstück für die Durchleitung der Stadt Bern unentgeltlich zur Verfügung stellt. Zunächst ist anzumerken, dass der alte Kanal auch zur Ableitung von Sickerwasser aus den Drainagen der Geleise genutzt wurde, d.h. er kam auch direkt dem Eisenbahnverkehr zu Gute. Laut eigenen Angaben der SBB galt überdies schon im

Jahr 1909 der Grundsatz, dass solche öffentlichen Anlagen unentgeltlich zu dulden waren. Es ist somit eine Verpflichtung, die ihr als Grundeigentümerin unabhängig vom Revers obliegt.

Würde nun der Forderung der SBB entsprochen, so müsste die Stadt Bern für die hohen Investitionskosten alleine aufkommen, obwohl die Verlegung ausschliesslich durch unvorhersehbare Entwicklungen im Bahnverkehr verursacht wurde. Im Vergleich zum Vertragsschluss im Jahr 1909 präsentiert sich eine wesentlich geänderte Interessenlage, die zu einem erheblichen Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung führt. Wie daher von der Vorinstanz zu Recht erkannt, entsteht hinsichtlich Ziff. 2 des Revers eine gravierende Äquivalenzstörung zu Lasten der Stadt Bern, die keinen Rechtsschutz finden soll.

**10.4** Schliesslich ergeben sich aus dem Verhalten der Stadt Bern keine Gründe, die der Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* entgegenstehen könnten.

Die Stadt Bern hat zwar den Revers über eine Dauer von rund 110 Jahren akzeptiert. Während dieser Zeit stand jedoch eine Verlegung nie zur Diskussion. Es bestand deshalb auch kein Anlass, den Inhalt von Ziff. 2 des Revers zu überprüfen. Diese Frage stellte sich vielmehr erstmals beim Projekt Gleisentflechtung Wylerfeld. Dementsprechend kann nicht davon gesprochen werden, dass die Stadt Bern diese Vertragsabrede bislang ungeachtet geänderter Umstände vorbehaltlos erfüllt hätte. Auch aus den anderweitigen Verträgen, die die Vertragsparteien am 25. Januar 1974 und am 11. März 1977 abgeschlossen haben, lässt sich kein widersprüchliches Verhalten der Stadt Bern ableiten. Denn anders als beim Revers von 1909 enthält zumindest der Vertrag von 1974 eine Kündigungsklausel. Daraus ist zu schliessen, dass die Stadt Bern fortan nicht mehr vorbehaltlos gewillt war, einen Vertrag in der Gestalt des Revers von 1909 einzugehen.

Im Rahmen des Projekts Gleisentflechtung Wylerfeld fanden sodann Besprechungen zwischen der SBB und der Stadt Bern statt. Die SBB beruft sich in ihrer Beschwerde speziell auf folgende Stelle im Protokoll vom 6. März 2017 S. 2:

"Der Kredit für die Kosten, die die Stadt Bern alleine trägt, liegt in Stadtratskompetenz."

Darin ist jedoch noch keine verbindliche Zusage der Stadt Bern für die Kostenübernahme zu sehen, sondern primär ein Hinweis auf die kommunale

Zuständigkeitsordnung. Auch der übrigen Aktenlage sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, dass die Stadt Bern eine Bereitschaft zur Kostenübernahme treuwidrig vorgetäuscht hätte, um die SBB zur Projektrealisierung zu bewegen. Gegen eine solche Annahme spricht schon der Umstand, dass die Verlegung rein bahnseitig bedingt ist.

**10.5** Betreffend Ziff. 2 des Revers von 1909 ist daher als Zwischenfazit festzuhalten, dass sämtliche Voraussetzungen für die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* erfüllt sind und sich die Stadt Bern darauf berufen kann. Infolgedessen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die Investitionskosten für den Ersatz des Siedlungsentwässerungskanals Wylergut-Winkelriedstrasse nicht nach Vereinbarung im Sinne von Art. 32 EBG, sondern nach den gesetzlichen Vorgaben von Art. 25 ff. EBG verteilt.

Da Ziff. 2 des Revers für die vorliegende Kostenstreitigkeit ohnehin nicht anwendbar ist, braucht nicht geklärt zu werden, wie es sich mit der zulässigen Höchstdauer des Vertrages verhält.

## **Gesetzliche Kostenverteilung**

### **11.**

**11.1** Zu prüfen ist nachfolgend, ob in der angefochtenen Verfügung die gesetzlichen Kostenverteilungsregeln von Art. 25 ff. EBG richtig angewandt werden.

**11.2** Eventualiter rügt die SBB, dass – selbst in Anwendung von Art. 25 ff. EBG – die Stadt Bern die Kosten für den Ersatz des Siedlungsentwässerungskanals Wylergut-Winkelriedstrasse zu tragen habe. Zur Begründung legt sie dar, die Kreuzung sei im Sinne von Art. 31 Abs. 2 EBG von der Stadt Bern verursacht, die den Kanal gestützt auf den Revers von 1909 ursprünglich gebaut habe. Der Ersatz diene weiterhin der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Stadt Bern und diese ziehe den hauptsächlichen Nutzen daraus. Das originäre Recht zur Ergreifung von Baumassnahmen komme der Stadt Bern als Leitungseigentümerin zu, auch wenn die Entscheidung der Verlegung vertraglich übertragen worden sei. Die Stadt Bern sei für die Erneuerung und den Unterhalt des Kanals zuständig. Sie selbst hingegen erziele aus dem neuen Kanal keinen Vorteil und erhalte von der Stadt Bern für die Benützung ihres Eigentums kein Entgelt. Zur Ableitung des Meteorwassers von den SBB-Liegenschaften habe sie neu einen

eigenen Staukanal gebaut, der nicht mehr in den Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse führe. Den vorliegenden Ersatzneubau habe sie im Auftrag der Stadt Bern erstellt. Die Tieferlegung verhindere lediglich, dass sie in der Ausübung ihres Eigentums eingeschränkt werde. Der Umstand allein, dass sie bei der Ausführung mitgewirkt habe und Eigentümerin der Kreuzungsparzelle sei, lege keine andere Kostenverteilung nahe (vgl. Urteil des BGer 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000 E. 4d). Entsprechend dem Verursacher- und Vorteilsanrechnungsprinzip sei daher die Stadt Bern als kostenpflichtige Bauherrin im Sinne von Art. 31 Abs. 2 EBG zu qualifizieren.

**11.3** Die Stadt Bern entgegnet in der Beschwerdeantwort, dass das gesamte Bauvorhaben Gleisentflechtung Wylerfeld der SBB obliege. Sie selbst sei nicht als Bauherrin aufgetreten, auch wenn das Projekt mit ihr abgesprochen worden sei. Sie habe keinen Anlass für bauliche Massnahmen gehabt, da der Kanal nicht sanierungsbedürftig gewesen sei. Die hier strittigen Kosten der Verlegung habe nicht sie, sondern die SBB verursacht. Im Licht der Vorteilsanrechnung und der Verursachergerechtigkeit (vgl. Urteil des BGer 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000 E. 4d) habe somit die SBB als Bauherrin nach Art. 31 Abs. 2 EBG zu gelten.

**11.4** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, dass die Stadt Bern zwar die Kreuzungsstelle im Jahr 1910 verursacht habe, als sie damals den Kanal unter der bestehenden Bahnlinie erstellt habe. In den Plangenehmigungsverfahren betreffend Gleisentflechtung Wylerfeld sei jedoch die SBB als Gesuchstellerin aufgetreten, während die Stadt Bern als Auftraggeberin für den Ersatz des Kanals sich nur in ganz untergeordnetem Masse mit der Baute befasst habe. Der Kanal sei zum Zeitpunkt des Rückbaus auch nicht sanierungspflichtig gewesen. Das Projekt Gleisentflechtung Wylerfeld, das den Ersatz des Kanals mitumfasse, obliege gesetzlich der SBB. Am Bauvorhaben habe die SBB – anders als die Stadt Bern – ein Bedürfnis. In Anlehnung an das Urteil des Bundesgerichts 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000 E. 4d sei daher die SBB als Bauherrin gemäss Art. 31 Abs. 2 EBG anzusehen.

## **12.**

**12.1** Für Kreuzungen zwischen der Bahn und Gewässern, Transmissio-  
nen, Transportseilanlagen, Leitungen und ähnlichen Anlagen gilt Art. 31  
Abs. 2 EBG. Danach gehen die durch die Erstellung einer neuen Kreuzung  
oder Änderung einer bestehenden Kreuzung entstehenden Kosten für Bau,

Unterhalt und Erneuerung sowie für alle vorübergehenden und dauernden Massnahmen im Interesse der Verhütung von Schäden an der Kreuzungsstelle zu Lasten des jeweiligen Bauherrn. Für Kreuzungen zwischen der Bahn und anderen Anlagen besteht damit eine Sonderregelung und die Kostenverteilungsregeln aus Art. 25 ff. EBG sind nur analog anwendbar (vgl. Urteil des BGer 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000 E. 4c f.; Botschaft zum Eisenbahngesetz vom 8. Februar 1956, BBl 1956 I 213, 247).

Nach der bundesgerichtlichen Auslegung von Art. 31 Abs. 2 EBG ist der Bauherr derjenige, der ein konkretes Bauvorhaben ausführen will und die dafür notwendigen Vorkehren trifft oder jemanden mit der Durchführung beauftragt. Vorausgesetzt ist, dass er die tatsächliche und rechtliche Verfügungsgewalt besitzt, eine Sache durch bauliche Massnahmen zu ändern. Diese Umschreibung liegt vom üblichen Sprachgebrauch her nahe und berücksichtigt – sinngemäss – sowohl das Verursacherprinzip wie auch das Vorteilsanrechnungsprinzip. Als Bauherr im beschriebenen Sinn aktiv wird nämlich regelmässig derjenige, der ein Interesse an der Ausführung eines Bauprojekts hat. In seinem Bereich liegt üblicherweise die Ursache für eine bauliche Änderung, und er zieht den hauptsächlichen Nutzen daraus. Auch bestimmt er den wesentlichen Umfang des Projekts und damit das Ausmass der Kosten. Die Sonderregelung ist darin begründet, dass bei Kreuzungen zwischen der Bahn und einer anderen Anlage wie einer Leitung nicht zwei – gleichwertige – Verkehrswege aufeinandertreffen wie bei Kreuzungen zwischen Bahn und Strasse. Es lässt sich schlecht durch Gegenüberstellung von (geänderten) Bedürfnissen von Bahnunternehmung und Anlageinhaber ermitteln, wer die Änderung verursacht hat, wie dies bei der Kreuzung zwischen zwei Verkehrswegen auf der Hand liegt (Entwicklung des Verkehrsaufkommens auf dem jeweiligen Verkehrsweg, vgl. Art. 26 EBG). Deshalb ist es naheliegend, die Kosten der Änderung einer Kreuzung zwischen der Bahn und "anderen Anlagen" im Sinne einer vereinfachten Abwägung demjenigen aufzubürden, der konkret und aus nachvollziehbaren Gründen als Bauherr auftritt. Der Umstand allein, dass in gewissem Masse auch eine Mitwirkung des Eigentümers der anderen Anlage erforderlich ist, legt keine andere Kostenverteilung nahe (Urteil des BGer 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000 E. 4d).

**12.2** Bei der Gleisentflechtung Wylersfeld handelt es sich um ein rein bahnseitig verursachtes Bauprojekt, das die Tieferlegung des Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse notwendig machte. Der Kanal selbst war zum Zeitpunkt des Rückbaus noch nicht sanierungsbedürftig. Die Initiative für dessen Verlegung ging entsprechend von der SBB aus. In

ihren Plangenehmigungsgesuchen legte sie den wesentlichen Umfang des Projekts und damit auch die Kosten fest. Die Stadt Bern hat zwar die SBB mit dem Ersatz des Kanals beauftragt und diesbezüglich fand ein fachlicher Austausch statt. Soweit die Stadt Bern jedoch in baulicher Hinsicht mit dem Projekt nicht einverstanden war, musste sie ihre Ansprüche letztlich mittels Einsprache nach Art. 18f Abs. 3 EBG in das Plangenehmigungsverfahren einbringen (vgl. Disp. Ziff. 13.2 der Plangenehmigung vom 14. Dezember 2015). Die tragende Rolle als Bauherrin im Sinne von Art. 31 Abs. 2 EBG kam vorliegend nicht ihr, sondern der SBB zu, die das Projekt ausgelöst und vorangetrieben hat.

Soweit der Stadt Bern aus der künftigen Nutzung des Ersatzneubaus Vorteile erwachsen, worauf sich die SBB in ihrer Beschwerde beruft, so ist dieser Umstand im Rahmen der anschliessenden Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen.

**12.3** Die angefochtene Verfügung ist somit insoweit zu bestätigen, als die SBB als kostenpflichtige Bauherrin im Sinne von Art. 31 Abs. 2 EBG qualifiziert wird.

## **Vorteilsanrechnung**

### **13.**

**13.1** Abschliessend bleibt zu klären, wie hoch der Vorteil ausfällt, den sich die Stadt Bern anrechnen lassen muss.

**13.2** Subeventualiter macht die SBB in der Beschwerde geltend, dass die Stadt Bern zu verpflichten sei, sich an den Investitionskosten im Umfang von Fr. 7'173'391.80 zu beteiligen (Gesamtwert des Ersatzneubaus von Fr. 7'341'000.--, abzüglich der Mehrkosten für die Tieferlegung von Fr. 167'608.20). Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, dass sämtliche Vorteile nach Art. 27 Abs. 1 EBG anrechenbar seien, die die Stadt Bern aus dem Ersatzneubau ziehe. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz seien bei der Vorteilsanrechnung nicht nur die eingesparten Kosten einer allfälligen Kanalsanierung einzubeziehen. Die Stadt Bern erhalte einen neuen Kanal, der in vollem Wert von Fr. 7'431'000.-- in die Bilanz eingestellt und in den nächsten Jahren abgeschrieben werden könne. Der Wert sei nicht zu vergleichen mit demjenigen eines 110 Jahre alten, sanierten Kanals. Es werde bestritten, dass die alte Anlage mit Sanierungsmassnahmen noch während 120 Jahren hätte weiterbetrieben werden können.

Ein Ersatz hätte in einigen Jahren ohnehin angestanden und die Kosten dafür hätte die Stadt Bern tragen müssen. Folglich bedinge das Projekt Gleisentflechtung Wylerfeld lediglich die Tieferlegung des Kanals, nicht jedoch den Ersatz an sich. Die Stadt Bern müsse sich daher die gesamten Investitionskosten – mit Ausnahme der berechneten Mehrkosten der Tieferlegung von Fr. 167'608.20 – als Vorteil anrechnen lassen.

**13.3** Die Stadt Bern vertritt in der Beschwerdeantwort demgegenüber die Auffassung, dass bei der Vorteilsanrechnung richtigerweise auf die Aufwendungen abgestellt werde, die ihr im Falle einer Sanierung entstanden wären. Sie habe keinen Anlass gehabt, den Kanal vollständig neu zu erstellen, sondern sie hätte – bei Bedarf – mit einer Sanierung eine erhebliche Verlängerung der Lebensdauer des Kanals erzielen können. Eine Verlängerung um mindestens 120 Jahren sei nicht unrealistisch. Die SBB habe sämtliche Kosten für den Ersatz des Kanals verursacht und nicht nur die Mehrkosten für die Tieferlegung. Die Stadt Bern müsse sich nicht vollständig oder überwiegend anrechnen lassen, dass mit der neuen Anlage eine aus ihrer Sicht nicht gebotene "Luxusvariante" erstellt worden sei. Nicht erheblich sei, wie der Ersatzneubau in der Gemeinderechnung bewertet werde.

**13.4** Die Vorinstanz nimmt in der angefochtenen Verfügung Bezug auf die Rechtsprechung zur Vorteilsanrechnung nach Art. 27 Abs. 1 EBG. Es sei zu berücksichtigen, dass mit dem Ersatzneubau der Ist-Zustand erhalten werde. Unabhängig von der ordentlichen Lebensdauer hätte der alte Kanal in naher Zukunft ersetzt werden müssen. Für die Erneuerung und den Unterhalt sei die Stadt Bern zuständig. Würden die gesamten strittigen Kosten der SBB auferlegt, so könnte die Stadt Bern Kosten einsparen, die diese durch den ursprünglichen Bau verursacht habe. Nach der Stadt Bern wäre eine Erneuerung des Kanals mittels Inline-Technik deutlich günstiger gekommen. Anhand der Offerte werde von der Stadt Bern präzisiert, dass der Kanal hochgerechnet auf 120 Jahre zu Sanierungskosten von Fr. 600'000.-- und zu betrieblichen Unterhaltskosten von Fr. 197'640.-- geführt hätte. Die Stadt Bern hätte demnach ihn mit einem Aufwand von rund 0,8 Mio. Franken während wohl rund 120 Jahren weiter betreiben können. Demgegenüber liessen sich die Erstellungskosten für den neuen Kanal auf Fr. 7'341'000.-- beziffern, ohne betriebliche Unterhaltskosten also rund das Neunfache. Der neue Kanal habe eine Länge von 276.12 m. Die betrieblichen Unterhaltskosten von ebenfalls Fr. 9.-- pro Laufmeter und Jahr würden sich demzufolge neu auf Fr. 2'485.10 jährlich belaufen, hochgerechnet auf 120 Jahre auf Fr. 298'209.60. Diese Aussage sei von der SBB

unwidersprochen geblieben. Die Vorinstanz stelle fest, dass der neue Kanal somit eine Mehrlänge von 93.12 m aufweise (276.12 m abzüglich 183 m). Die Kosten seien als plausibel zu erachten. Der Betrag im Umfang von Fr. 797'640.--, den die Stadt Bern aufgrund des Ersatzneubaus einsparen könne, sei als Vorteil im Sinne von Art. 27 Abs. 1 EBG anzurechnen.

#### **14.**

**14.1** Die Vorteilsanrechnung bei Kreuzungsbauwerken ist in Art. 27 EBG eigens normiert. Nach Art. 27 Abs. 1 EBG hat jede Partei in dem Umfang an die Kosten beizutragen, als ihr aus der Umgestaltung der Anlage Vorteile erwachsen. Rechtsprechungsgemäss kann ein Vorteil gemäss Art. 27 Abs. 1 EBG nicht nur finanzieller Natur, sondern – beispielsweise in Form eines Sicherheitsgewinnes – auch ideeller Natur sein, wobei die Erhaltung des Ist-Zustandes auf längere Zeit ebenfalls als Vorteil zu werten ist. Bei der Vorteilsanrechnung sind demnach sämtliche Vorteile einzubeziehen, welche der Nichtverursacher aufgrund der Umgestaltung der Kreuzungsanlage erwirbt oder ihm durch diese bauliche Vorkehr erhalten bleiben (vgl. BVGE 2013/53 E. 6.3.4, 2011/12 E. 9.6, je mit Hinweisen). Bei der Bestimmung des Vorteils ist davon auszugehen, dass das hauptsächliche Interesse an der Erstellung oder Änderung einer Kreuzungsanlage in der Regel beim Inhaber der Bauherrschaft liegt. Als Bauherr wird regelmässig derjenige aktiv, der ein Interesse an der Ausführung eines Bauprojektes hat. In dessen Bereich liegt üblicherweise die Ursache für eine bauliche Änderung, weshalb er den hauptsächlichen Nutzen bzw. Vorteil daraus zieht. Schliesslich bestimmt der Bauherr auch den wesentlichen Umfang des Projekts und damit das Ausmass der Kosten (vgl. BVGE 2011/12 nicht publ. E. 10.1; Urteil des BVGer A-5867/2007 vom 27. Oktober 2008 E. 9.1 mit Verweis auf das Urteil des BGer 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000 E. 4d). In diesen Überlegungen kommt zum Ausdruck, dass es sich bei der Vorteilsanrechnung nicht um einen rein rechnerischen Vorgang handelt, sondern es sind nur diejenigen Vorteile zu beachten, die sich der Dritte billigerweise anrechnen lassen muss. Der anrechenbare Vorteil bestimmt sich insbesondere nach der Sanierungsbedürftigkeit der ersetzten Sache (vgl. Urteil des BVGer A-4632/2012 vom 11. Juni 2013 E. 5.6.2 mit Hinweisen).

**14.2** Der Gesetzgeber hat den in Art. 27 Abs. 1 EBG verwendeten Begriff "Vorteil" als unbestimmten Rechtsbegriff ausgestaltet und ihn nicht näher ausgeführt (vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 26 Rz. 604 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 413 ff.; je mit Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht übt bei der

Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen eine gewisse Zurückhaltung aus, wenn der Entscheid eine besondere eigene Fachkompetenz der Vorinstanz voraussetzt (vgl. vorstehend E. 2).

## 15.

**15.1** Der Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse weist infolge des erstellten Ersatzneubaus eine verlängerte Lebensdauer auf, d.h. die Sanierung wird erst zu einem späteren Zeitpunkt wieder erforderlich. Darin ist ein Vorteil im Sinne von Art. 27 Abs. 1 EBG zu erblicken, den sich die Stadt Bern anrechnen lassen muss. In der angefochtenen Verfügung bemisst die Vorinstanz den anrechenbaren Vorteil anhand der Kosten, die die Stadt Bern durch den Ersatzneubau einsparen kann. Der anrechenbare Betrag von Fr. 797'640.-- setzt sich zusammen aus den in den nächsten 120 Jahren eingesparten Sanierungskosten von Fr. 600'000.-- (Fr. 200'000.-- für 40 Jahre x 3) und den betrieblichen Unterhaltskosten von Fr. 197'640.-- (Fr. 9.-- jährliche Unterhaltskosten pro Laufmeter x 183 m Länge des alten Kanals x 120 Jahre). Als Grundlage dient die Offerte vom 28. Januar 2021, die die Stadt Bern bei einer Firma für Kanalsanierungen eingeholt hatte. Die dort kalkulierten Kosten für eine Inliner-Sanierung von Fr. 160'434.-- wurden mit Blick auf Unwägbarkeiten aufgerundet, was zum vorgenannten Betrag von Fr. 200'000.-- führte (vgl. Eingabe der Stadt Bern vom 3. Februar 2021 S. 2).

Was die Sanierungs- und betrieblichen Unterhaltskosten betrifft, so bleiben – trotz der ausführlichen vorinstanzlichen Begründung – verschiedene Fragen offen. Bei der Lebensdauer des Kanals handelt es sich um eine Fachfrage, die das Bundesverwaltungsgericht nur mit Zurückhaltung prüft (vgl. vorstehend E. 2 und E. 14.2). In der angefochtenen Verfügung wird indes nicht im Einzelnen begründet, worauf sich die angenommene Lebensdauer des Kanals von 120 Jahren stützt, die von der SBB ausdrücklich bestritten wird. Des Weiteren wird die Höhe der betrieblichen Unterhaltskosten von Fr. 9.-- pro Laufmeter und Jahr nicht hergeleitet. Auch erscheint unklar, welche Bedeutung die Vorinstanz den berechneten betrieblichen Unterhaltskosten des neuen Kanals von Fr. 298'209.60 beimisst, die im Ergebnis unberücksichtigt bleiben. Es ist nicht auszuschliessen, dass dieser Betrag versehentlich keinen Eingang in die Vorteilsanrechnung gefunden hat. Die SBB rügt ausserdem, dass nach dem Situationsplan der alte Kanal zwischen Schacht Süd und Schacht Nord eine Länge von ca. 298 m und nicht von 183 m aufweise. Anhand der vorhandenen Akten lässt sich nicht klären, auf welcher Grundlage das Längenmass von 183 m beruht, das die

Vorinstanz als Angabe für die Berechnung der betrieblichen Unterhaltskosten von der Stadt Bern übernommen hatte (vgl. Eingabe der Stadt Bern vom 3. Februar 2021 S. 1). In diesen Punkten ist daher eine ergänzende Begründung resp. Sachverhaltsabklärung erforderlich.

Zudem wird in der angefochtenen Verfügung nicht hinreichend dargelegt, weshalb die Vorteilsanrechnung im Ergebnis allein nach diesen eingesparten Sanierungs- und Unterhaltskosten bemessen wird. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung erscheint es zumindest fraglich und bedarf der Klärung, ob auf diese Weise der Vorteil im Sinne von Art. 27 Abs. 1 EBG adäquat abgebildet wird. Insbesondere gilt es mitzuberücksichtigen, dass die Stadt Bern unbestrittenermassen das Kreuzungsbauwerk ursprünglich verursacht hat, da der Kanal im Jahr 1910 unter der schon bestehenden Bahnlinie errichtet wurde. Der nun erstellte Ersatzneubau ermöglicht es ihr, den Kanal auch zukünftig zu nutzen. Rechtsprechungsgemäss sind auch diejenigen Vorteile anrechenbar, die durch die baulichen Vorkehrungen erhalten bleiben (vgl. vorstehend E. 14.1). Der Erhalt des Ist-Zustandes wird in der angefochtenen Verfügung zwar erwähnt, jedoch nicht bezogen auf den konkreten Einzelfall beurteilt. Bei dieser Ausgangslage kann deshalb nicht mit der nötigen Gewissheit gesagt werden, dass in der angefochtenen Verfügung alle Vorteile in geeigneter Weise berücksichtigt werden, die sich die Stadt Bern billigerweise anrechnen lassen muss. Die gegen die Vorteilsanrechnung erhobene Rüge der SBB erweist sich in diesem Punkt als begründet.

**15.2** Gleichzeitig würde jedoch die Forderung der SBB zu weit führen, die gesamten Investitionskosten abzüglich der von ihr berechneten Tieferlegungskosten als Vorteil anzurechnen. Wie von der Stadt Bern zu Recht eingewendet, lässt ein solches Vorgehen unberücksichtigt, dass die Verlegung gesamthaft durch das Bahnprojekt bedingt ist und der alte Kanal mit Sanierungsmassnahmen noch eine geraume Zeit hätte weiterbetrieben werden können. Bei der Vorteilsanrechnung darf vorliegend nicht ausser Acht gelassen werden, dass das Hauptinteresse an der Errichtung des Ersatzneubaus bei der Bauherrschaft und damit bei der SBB liegt. Im konkreten Fall wäre es unangemessen, wenn die SBB selbst nur die von ihr berechneten Tieferlegungskosten, mithin nur einen geringen Teil der gesamten Investitionskosten für den bahnseitig bedingten, vorzeitigen Ersatzneubau tragen müsste.

**15.3** Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit

verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Bei der Wahl zwischen diesen beiden Entscheidarten steht dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Eine Rückweisung ist als Ausnahme insbesondere dann angezeigt, wenn die Vorinstanz infolge ihrer Kenntnisse als Fachbehörde zur Beurteilung besser geeignet erscheint (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-215/2021 vom 21. März 2023 E. 4.7; MADELEINE CAMPRUBI, VwVG Kommentar, Art. 61 Rz. 10 ff.; je mit Hinweisen).

Die vorzunehmende Vorteilsanrechnung nach Art. 27 Abs. 1 EBG verlangt nach speziellen Fachkenntnissen und allenfalls auch ergänzenden Sachverhaltsabklärungen. Es ist daher unumgänglich, die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie den anrechenbaren Vorteil im Sinne der Erwägungen neu bemessen kann. Sollte die Vorinstanz nach erneuter Prüfung an der bisherigen Vorteilsanrechnung festhalten wollen, so ist im Hinblick auf die Technizität der Materie darauf zu achten, dass sowohl das gewählte Vorgehen als auch die konkrete Berechnung hinreichend begründet werden.

### **Ausgang des Beschwerdeverfahrens**

#### **16.**

Betreffend Kostenverteilung Ersatz Siedlungsentwässerungskanal Wylergut-Winkelriedstrasse ist zusammenfassend zu erkennen, dass das Rechtsbegehren Nr. 3 der SBB teilweise gutzuheissen und der Vorteil neu zu prüfen ist, den sich die Stadt Bern nach Art. 27 Abs. 1 EBG anrechnen lassen muss. Die Angelegenheit ist daher an die Vorinstanz zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen. Disp. Ziff. 1.4 und 2 der angefochtenen Verfügung sind in diesem Umfange aufzuheben.

In Disp. Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung legt die Vorinstanz der SBB die Verfahrenskosten im Umfange von 90 % gemäss dem Unterliegerprinzip auf. Soweit nun Disp. Ziff. 1.4 und 2 der angefochtenen Verfügung teilweise aufgehoben werden, entfällt die Grundlage für die Verlegung der Verfahrenskosten (vgl. BGE 143 I 395 nicht publ. E. 6; Urteil des BVGer A-2372/2021 vom 26. Juli 2022 E. 8). In teilweiser Guttheissung des Rechtsbegehrens Nr. 4 ist die Vorinstanz daher anzuweisen, über die Verlegung der Verfahrenskosten im Rahmen ihres neuen Entscheids zu befinden. Disp. Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung ist insofern ebenfalls aufzuheben.

Im Übrigen ist die Beschwerde der SBB abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. So ist die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch der Stadt Bern zur Kostenverlegung nach Art. 40 Abs. 2 EBG eingetreten. Die vertragliche Vereinbarung in Ziff. 2 des Revers vom 1. September 1909 ist nicht anwendbar, da sich die Stadt Bern auf die *clausula rebus sic stantibus* berufen kann. Des Weiteren ist die SBB als kostenpflichtige Bauherrin gemäss Art. 31 Abs. 2 EBG anzusehen. Im Rahmen der Vorteilsanrechnung nach Art. 27 Abs. 1 EBG wäre es schliesslich unangemessen, der Stadt Bern die gesamten Investitionskosten abzüglich der Tieferlegungskosten aufzuerlegen.

## **Kosten- und Entschädigungsfolgen**

### **17.**

**17.1** Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen; unterliegt sie nur teilweise, so werden sie ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten haben Vorinstanzen oder Bundesbehörden zu tragen; anderen als Bundesbehörden, die Beschwerde führen und unterliegen, werden Verfahrenskosten auferlegt, soweit sich der Streit um vermögensrechtliche Interessen der Körperschaften oder autonomen Anstalten dreht (Art. 63 Abs. 3 VwVG). Die Rückweisung einer Sache an die Vorinstanz zum neuen Entscheid mit noch offenem Ausgang gilt dabei praxismässig als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-5566/2022 vom 15. Februar 2023 E. 6.2). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse Fr. 200.-- bis Fr. 50'000.-- (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Unter Berücksichtigung, dass eine vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegt, sind die Verfahrenskosten auf Fr. 15'000.-- festzusetzen und wie folgt zu verlegen: Die Rechtsbegehren Nr. 3 und 4 der Beschwerde sind teilweise gutzuheissen und die Angelegenheit an die Vorinstanz zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen. Dabei ist zu beachten, dass der Verfahrensausgang auch insofern nicht mehr offen ist, als die SBB verlangt, es seien der Stadt Bern die gesamten Investitionskosten abzüglich der Tieferlegungskosten als Vorteil anzurechnen. Es rechtfertigt sich daher, die beschwerdeführende SBB als zur Hälfte obsiegend

anzusehen. Ihr sind somit Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 7'500.-- zur Bezahlung aufzuerlegen. Die übrigen Verfahrenskosten von Fr. 7'500.-- sind entsprechend von der Stadt Bern zu tragen, die in ihren vermögensrechtlichen Interessen betroffen ist und als Beschwerdegegnerin zur Hälfte unterliegt.

**17.2** Ganz oder teilweise obsiegenden Parteien ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Liegt dem Gericht keine Kostennote vor, so setzt es die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Die anwaltlich vertretene und zur Hälfte obsiegende SBB hat Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung. Die Höhe ist aufgrund der Akten zu bestimmen. Für das Beschwerdeverfahren erscheint eine reduzierte Parteientschädigung Fr. 4'000.-- als angemessen. Die Stadt Bern hat somit der SBB eine Parteientschädigung in dieser Höhe nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG). Die Stadt Bern, die ihrerseits nicht anwaltlich vertreten ist, hat im Umfang ihres Obsiegens keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Disp. Ziff. 1.4, 2 und 4 der angefochtenen Verfügung vom 7. Oktober 2021 werden in diesem Umfange aufgehoben und die Angelegenheit zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

**2.1** Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 7'500.-- auferlegt. Der Betrag wird dem Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 35'000.-- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 27'500.-- wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**2.2** Der Beschwerdegegnerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 7'500.-- auferlegt. Der Betrag ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

**3.**

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'000.-- auszurichten.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz und an das Generalsekretariat UVEK.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Jürg Marcel Tiefenthal

Flurina Peerdeman

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand:

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. BAV-012-1/16/24/6; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)