

BL_GERICHTE 2006/64 vom 22. Februar 2006

BL Gerichte, 2006-02-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_2006_64

FR: BL_GERICHTE 2006/64 du 22 février 2006

IT: BL_GERICHTE 2006/64 del 22 febbraio 2006

Regeste

Forderung aus öffentlich-rechtlichem Vertrag

Erwägungen

E. 1

Sachurteilsvoraussetzungen Gemäss § 16 Abs. 2 VPO wendet das Gericht das Recht von Amtes wegen an. Es prüft insbesondere, ob die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind. Im vorliegenden Fall wurde eine verwaltungsgerichtliche Klage eingereicht. Die prozessuale Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage entscheidet sich wie im Zivilprozess anhand der Sachurteilsvoraussetzungen (vgl. dazu Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 83 N 2). Diese sind gleich oder ähnlich wie bei der Beschwerde: - sachliche und örtliche Zuständigkeit, - zulässiger Rechtsweg (Klageverfahren und nicht Beschwerdeverfahren oder Zivilgericht), - Partei- und Prozessfähigkeit, - ablehnende Stellungnahme der Verwaltung (§ 52 VPO), - formrichtige Klageerhebung (einschliesslich Antrag und Begründung sowie Vollmacht eines allfälligen Vertreters) - keine res iudicata. Umstritten ist im vorliegenden Fall insbesondere die Frage, ob das Klageverfahren zulässig ist oder ob die Klägerin stattdessen ein Beschwerdeverfahren hätte einleiten müssen (vgl. unten E. I. 1.1). Gerügt wird des Weiteren eine mangelnde Begründung der Klagbegehren (vgl. E. II. 2.). Für den Fall, dass von der Zulässigkeit der Klageerhebung ausgegangen wird, ist die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht (Kantonsgericht), ohne weiteres zu bejahen (vgl. § 50 VPO); ebenso die Partei- und Prozessfähigkeit der Klägerin und des Beklagten. Ausserdem liegt keine res iudicata vor und die Rechtsvertreter der Parteien wurden gehörig bevollmächtigt. Des Weiteren liegt auch eine ablehnende Stellungnahme der Verwaltung im Sinne von § 52 VPO vor (vgl. Schreiben vom 20. November 2002 des Leiters des Rechtsdienstes der BUD).

E. 1.1

In der jüngeren Lehre und Rechtsprechung wird die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge grundsätzlich anerkannt (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 1069). Die Form des verwaltungsrechtlichen Vertrages ist zulässig, wenn einerseits ein Rechtsatz entweder diese Handlungsform vorsieht oder dafür Raum lässt oder sie vom Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird und andererseits der verwaltungsrechtliche Vertrag die zur Erreichung des Gesetzeszwecks geeignetere Handlungsform (das öffentliche Interesse spricht für den Abschluss eines Vertrages) ist als die Verfügung (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 1071; Klein, a.a.O., S. 56 ff.; Rhinow/Krähenmann, a.a.O., Nr. 88 B II b, S. 143; Moor, a.a.O., S. 384 f.; Tschan-nen/Zimmerli, a.a.O., § 33 N 21 ff.; so auch VGE vom 24. Mai 2000 i.S. Stadt Liestal E. 2a). Sofern das Gesetz den Verwaltungsvertrag nicht ausdrücklich zulässt oder

ausdrücklich ausschliesst, muss folglich durch Auslegung ermittelt werden, ob für eine Vereinbarung „Raum“ bleibt. Zu berücksichtigen ist dabei, dass vor allem ältere Erlasse einseitig auf die Handlungsform der Verfügung ausgerichtet sind. Dies bedeutet jedoch nicht zwingend, dass damit die Vertragsform ausgeschlossen ist. Dem Gesetzgeber darf nicht vorschnell die bewusste Ablehnung von verwaltungsrechtlichen Verträgen unterstellt werden (Claire Huguenin, Die bundesgerichtliche Praxis zum öffentlichrechtlichen Vertrag, in: ZBJV, Band 118 [1982], S. 489 ff., S. 507 f.; Klein, a.a.O., S. 61). Die Vertragsform ist dann unzulässig, wenn das Gesetz eine erkennbar zwingend und abschliessend konzipierte Regelung enthält, die den Behörden keine Handlungsspielräume offen lässt. Weiter ist sie ausgeschlossen, wenn zwar ein Ermessen besteht, dieses aber nach dem Sinn der Norm oder aufgrund rechtsstaatlicher Grundsätze einseitig und gerade nicht durch Vertragsverhandlung konkretisiert werden muss (Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 33 N 21 ff.; vgl. dazu auch Huguenin, a.a.O., S. 508 f.; Klein, a.a.O., S. 61 f.).

E. 1.1.1

Vorweg macht der Beklagte geltend, dass mit Schreiben vom 10. Juli 2000 eine Verfügung vorliege und die Vereinbarung vom 7. Juli 2000 ein Bestandteil dieser Verfügung sei. Gemäss § 50 Abs. 2 VPO sei daher die verwaltungsgerichtliche Klage unzulässig. Die Klägerin führt aus, von Bundesrechts wegen sei klar zwischen Erteilung der Bewilligung, die durch Verfügung erfolge, und Entschädigung für die Nutzung des Nationalstrassenareals, die durch Vereinbarung festzustellen sei, zu unterscheiden. Thema des vorliegenden Verfahrens sei die Vereinbarung. Tatsache ist, dass die beiden Streitparteien die Regelung verschiedener Problempunkte in einem Vertrag angestrebt und auch realisiert haben. Im VwVG findet sich keine Regelung, die festschreibt, dass die Verwaltungsbehörden grundsätzlich öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse durch Verfügungen regeln müssen und nur eine andere Form wählen dürfen, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist (so Art. 49 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] im Kanton Bern). Nach heute herrschender Lehre und Rechtsprechung ist die Regelung von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten durch verwaltungsrechtliche Verträge zulässig, wenn einerseits ein Rechtsatz entweder diese Handlungsform vorsieht oder dafür "Raum lässt" oder "sofern sie vom Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen" wird und andererseits der verwaltungsrechtliche Vertrag die zur Erreichung des Gesetzeszweckes geeignetere Handlungsform ist als die Verfügung (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz 1071; Frank Klein, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Zürich 2003, S. 56 ff., der dafür plädiert, das Kriterium der besseren Eignung durch dasjenige des öffentlichen Interesses an der Regelung durch Vertrag zu ersetzen; VGE [heute Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht] vom 24. Mai 2000 i.S. Stadt Liestal, in: BLVGE 2000 S. 247; BGE 105 Ia 209 f. E. 2a, 103 Ia 512 E. 3a; ZBl 85 [1984] S. 65). Ob die im Vertrag statuierten Rechte und Pflichten überhaupt einer vertraglichen Regelung zugänglich waren oder nicht (etwa, weil das FMG bzw. das NSG zwingendes Recht darstellen), ist eine der zu klärenden Fragen im vorliegenden Verfahren. Darauf wird noch zurückzukommen sein. Weiter stellt sich vorliegend die Frage, ob es sich bei der Vereinbarung vom 7. Juli 2000 um einen öffentlich-rechtlichen oder etwa um einen privatrechtlichen Vertrag handelt. Wie Art. 1 FMG festhält, bezweckt das FMG, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden. In der Botschaft des Bundesrates wird einleitend festgehalten, dass die Telekommunikation das

Rückgrat der Informationsgesellschaft sei. Ziel einer rechtlichen Regelung müsse es daher sein, die optimalen Rahmenbedingungen zu schaffen, damit diese Anwendungen allen Interessierten so zuverlässig, so preiswert und so schnell wie möglich zu Verfügung stehen (BBJ 148. Jahrgang (1996) Bd. III S. 1405 ff.). Daraus wird ersichtlich, dass die Regelung dieser Materie und damit auch das Bereitstellen der Infrastruktur zur Erreichung der fernmeldepolitischen Ziele eine öffentliche Aufgabe darstellt. Wird in diesem Zusammenhang eine Vereinbarung zwischen kantonalen Behörden und Telekommunikationsgesellschaften (bzw. im vorliegenden Fall zwischen einer kantonalen Behörde und einer Aktiengesellschaft, die die Erstellung, die Installation und den Verkauf von Glasfaserkabeln sowie die Erstellung von diesbezüglichen Bauten und Anlagen bezweckt und auch eine Konzession des Bundesamtes für Kommunikation zur Betreibung von Telekommunikationsanlagen besitzt) abgeschlossen, so liegt zweifellos ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor. Dies unabhängig davon, ob dieser Vertrag auch privatrechtliche Klauseln - wie vorliegend beispielsweise die Regelung von Eigentum an Leitungen - enthält. Die Lehre lehnt denn auch mehrheitlich die Annahme von Mischverträgen, also die Annahme, dass ein Teil eines Vertrages als öffentlich-rechtlich und ein Teil als privatrechtlich zu qualifizieren sei, ab (Klein, a.a.O., S. 11 f.; René Rhinow, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985, S. 306). Damit wird auch verhindert, dass verschiedene Gerichte über mehrere Einzelfragen, die in einem Vertragswerk geregelt sind, zu entscheiden haben. In diesem Sinne hat übrigens bereits das ehemalige Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft am 10. Februar 1993 entschieden. Damals waren einerseits Bestimmungen zu beurteilen, die ihrem Inhalt nach öffentlich-rechtlicher Natur sind; so die Aufhebung und Neufestlegung der OeW-Zone, Nutzungsumlagerungen und Nutzungserhöhungen, und andererseits ging es um einen mit einer Aufzählung von Seiten der Gemeinde verbundenen Landabtausch unter den Parteien, was als privatrechtliche Regelung zu betrachten ist. Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, dass die Verwaltungsjustizbehörde zur Beurteilung aller Fragen der zur Diskussion stehenden Vereinbarung zuständig sei (VGE vom 10. Februar 1993 i. S. EWG Münchenstein). Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau erachtete sich mit Zwischenentscheid vom 9. September 1983 i.S. Kernkraftwerk Kaiseraugst AG gegen EWG Kaiseraugst als zur Behandlung einer Klage zuständig, da die strittige Erschliessungsvereinbarung eindeutig einen öffentlich-rechtlichen Vertrag darstellen würde. Dies, obwohl auch typisch zivilrechtliche Fragen (Übertragung von Wegparzellen) zu beurteilen waren. In casu ist also ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zu beurteilen.

E. 1.1.2

§ 50 Abs. 1 VPO statuiert, dass das Verwaltungsgericht auf Klage hin als einzige Instanz Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen und Konzessionen (lit. a) sowie vermögensrechtliche Ansprüche aus öffentlichem Recht (lit. b) beurteilt. Gemäss § 50 Abs. 2 lit. a, b und c VPO ist die Klage unzulässig, wenn die zuständige Behörde eine Verfügung erlassen hat, die der Verwaltungs- oder Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegt (lit. a), wenn Verantwortlichkeitsansprüche nach Massgabe des Bundesrechts und nach dem Gesetz für Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten vom 25. November 1851 zu beurteilen sind (lit. b) oder bei Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Arbeitsverträgen (lit. c). Mit Hilfe der relativ weit und offen abgefassten Formulierung in Absatz 1 in Kombination mit dem „Ausnahmekatalog“ von Absatz 2 sollen einerseits möglichst alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten erfasst

werden, die nicht im Beschwerdeverfahren zu erledigen sind. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die verwaltungsgerichtliche Klage als Rechtsmittel mit Auffangfunktion gedacht ist, das dann zum Tragen kommen soll, wenn keine Beschwerdemöglichkeit besteht (vgl. Vorlage des Regierungsrates an den Landrat betreffend Erlass der VPO vom 4. Juni 1991, S. 54). Diese offene Formulierung der Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Klage unterscheidet sich z.B. vom enumerativen Wortlaut von Art. 116 des OG, der die Streitigkeiten, bei denen die verwaltungsrechtliche Klage zulässig ist, explizit aufzählt. Mit Entscheid vom 10. Dezember 1997 hat das Verwaltungsgericht im Übrigen festgehalten, dass § 50 Abs. 2 lit. a VPO korrekterweise folgendermassen lauten müsste: "a. wenn die zuständige Behörde eine Verfügung erlassen hat oder zum Erlass einer Verfügung verpflichtet ist." Die durch Auslegung von § 50 Abs. 2 lit. a VPO gewonnene Ergänzung bringt zum Ausdruck, dass auch in allen Fällen, in denen die zuständige Behörde zum Erlass einer Verfügung verpflichtet ist, aber (noch) nicht verfügt hat, die verwaltungsgerichtliche Klage unzulässig ist (VGE vom 10. Dezember 1997 i.S. E. A. u.a., bestätigt unter anderem in: VGE vom 31. Oktober 2001 i.S. V. B. E.-I.). Im vorliegenden Fall hat die zuständige Behörde am 10. Juli 2000 eine Bewilligung mit dem Titel "Bewilligung und Vereinbarung gemäss FMG Art. 35 / NSV Art. 29" und - auszugsweise - folgendem Text erlassen: "Ihr Vorhaben für die Erstellung und den Betrieb einer Lichtwellenleiter-Kabelrohranlage entlang der N2 BL wurde durch unser Amt geprüft und wird hiermit, unter Vorbehalt der Genehmigung des Bundesamtes für Strassen sowie der beidseitig rechtsgültigen Unterzeichnung der beiliegenden Vereinbarung, bewilligt." Anschliessend wurde der vorliegend strittige Vertrag abgeschlossen. Dabei ist unklar, wann genau dieser Vertrag von der Klägerin unterzeichnet wurde. Auf diese Frage wird noch zurückzukommen sein. Jedenfalls wurde die Vereinbarung am 13. September 2000 von der Klägerin unterzeichnet zurückgesandt. Somit liegt eine (nach dem Willen des Beklagten wohl suspensiv bedingte) Bewilligung vor, die Bezug nimmt auf eine Vereinbarung, die erst noch abgeschlossen werden musste. Beide Parteien haben diese Vorgehensweise bewusst akzeptiert. Im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung waren offensichtlich beide Parteien der Ansicht, dass durchaus Platz für eine vertragliche Regelung besteht. Dass diese Vereinbarung so eng mit der Verfügung gekoppelt sein sollte, dass - wenn die Klägerin mit der Vereinbarung nicht einverstanden wäre - alleine die Verfügung Anfechtungsobjekt bilden könnte, war offensichtlich weder der Klägerin noch dem Beklagten bewusst. Dies zeigt auch die Tatsache, dass im Vertrag selbst eine Gerichtsstandsklausel aufgenommen wurde (Ziff. 13 der Vereinbarung), was für den Fall, dass lediglich von einer Anfechtbarkeit der Verfügung ausgegangen worden wäre, nicht notwendig gewesen wäre. Wenn der Beklagte nun argumentiert, er habe "nun einmal den Weg der Verfügung gewählt, der sicher nicht als falsch bezeichnet werden" könne, so verkennt er, dass er selbst nicht nur den Weg der Verfügung, sondern auch der vertraglichen Lösung gewählt hat. Es wird zudem in der Bewilligung auf die ausstehende Vereinbarung und nicht etwa auf noch zu formulierende Nebenbestimmungen, Auflagen oder Bedingungen hingewiesen. Des Weiteren wird der Vertrag selbst als Vereinbarung bezeichnet und auch der Inhalt ist durch die Parteien - mehr oder weniger - ausgehandelt und bestimmt worden und erscheint als typische vertragliche Regelung. Wenn sich der Kanton nun darauf beruft, dass die Vereinbarung nicht angefochten werden kann, weil ja eine Verfügung erlassen wurde, so erscheint dieses Verhalten widersprüchlich ("venire contra factum proprium") und damit treuwidrig. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass einerseits eine Bewilligung erteilt wurde, gegen die die Klägerin keine Beschwerde erhoben hat, weil sie offensichtlich keinen Anlass

dazu hatte, und andererseits ein öffentlich-rechtlicher Vertrag abgeschlossen wurde. Gemäss § 50 Abs. 1 lit. a VPO ist bei Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen die verwaltungsgerichtliche Klage ans Kantonsgericht zulässig. Ob es zulässig war, einen Vertrag abzuschliessen oder ob alles in einer Verfügung hätte geregelt werden müssen, kann für die Frage, ob die verwaltungsgerichtliche Klage zulässig und das Kantonsgericht zuständig ist, nicht entscheidend sein. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass grundsätzlich auf eine verwaltungsgerichtliche Klage einzutreten ist, wenn die Parteien klarerweise einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abgeschlossen haben, auch wenn streitig ist, ob das Gesetz überhaupt "Raum lässt" für einen solchen Vertrag. Diese Frage muss materiell-rechtlich näher geprüft und entschieden werden (vgl. unten II. 1.)

E. 1.1.3

Handelt es sich bei der vorliegend strittigen Vereinbarung um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, so ist gemäss § 50 Abs. 1 lit. a VPO das Kantonsgericht zur Behandlung der vorliegenden Klage zuständig und zwar auch für allfällig zu behandelnde zivilrechtliche Fragen. Sogenannte Mischverträge, die teilweise dem Zivilrecht, teilweise dem öffentlichen Recht unterstehen, werden von der herrschenden Lehre abgelehnt. Die zivilrechtliche Klage scheidet daher im Zusammenhang mit öffentlichen Verträgen aus (Klein, a.a.O., S. 11 f. m.w.H., S. 153). In diesem Zusammenhang sei noch angemerkt, dass der vorliegende Fall mangels Verfügungsqualität der zu beurteilenden Vereinbarung nicht vergleichbar ist mit dem vom Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen beurteilten Anwendungsfall des FMG. In diesem Zusammenhang hat das Gericht ausgeführt, dass eine Streitigkeit zwischen einer Fernmeldekonzessionärin und dem Kanton St. Gallen über die Frage, ob sich der im FMG verankerte Anspruch auf das Eigentum an Leitungen im öffentlichen Grund auch auf Leerrohre und Kabelschutzanlagen erstreckt, zivilrechtlicher Natur sei. Über privates Eigentum könne nicht hoheitlich per Verfügung entschieden werden, weshalb auch das Verwaltungsgericht nicht befugt sei, über den Antrag der Beschwerdeführerin betreffend die Eigentumsverhältnisse am Kabelkanal und an den Leerrohren zu befinden (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. November 2004 i.S. Swisscom Fixnet AG).

E. 1.2

Vorweg ist festzuhalten, dass auf den vorliegenden Fall sowohl das NSG als auch das FMG anwendbar sind, da es sich um ein fernmeldetechnisches Projekt entlang der Nationalstrassen handelt. Weder die Bestimmungen des NSG noch diejenigen des FMG schliessen ausdrücklich den Abschluss einer Vereinbarung aus. Es ist daher danach zu fragen, ob die beiden Gesetze (inkl. Verordnungen) für den Abschluss einer Vereinbarung Raum lassen oder diese Möglichkeit sogar speziell vorsehen. Kein Raum für eine Vereinbarung wäre gegeben, wenn die vorliegend anwendbaren Bestimmungen in der Weise als abschliessend anzusehen wären, dass den Behörden keine Handlungsspielräume mehr offen stehen würden. Bei Beantwortung der Frage, ob in casu die Vertragsform zulässig ist, ist wohl zwischen der Bewilligungserteilung und der Kosten- und der Entschädigungsregelung zu unterscheiden. Die Klägerin selbst hat ebenfalls eine Unterscheidung zwischen dem Verfahren der Bewilligungserteilung und dem Verfahren betreffend Entschädigung getroffen (Replik S. 3 f. N 8-10; so auch Gutachten Jaag/Rüssli III vom 25. August 2003 S. 3 f.).

E. 1.2.1

Bauliche Umgestaltungen im Bereich der Nationalstrassen, wie z.B. die Verlegung von Leitungen, sind laut Art. 44 Abs. 1 NSG bewilligungspflichtig. Sie dürfen die Strassenanlage und einen allfälligen künftigen Ausbau nicht beeinträchtigen. Bauvorhaben sind zu bewilligen, wenn sie die Sicherheit des Strassenverkehrs, die Zweckbestimmung der Anlage und einen allfälligen künftigen Ausbau der Strasse nicht beeinträchtigen (Art. 29 Abs. 1 NSV). Die Bewilligung wird durch die kantonale Behörde erteilt und unterliegt der Genehmigung durch das Bundesamt für Strassen (Art. 29 Abs. 2 NSV). Gemäss Art. 35 Abs. 1 FMG ist den Konzessionärinnen die Nutzung von Grund und Boden zu bewilligen, wenn der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird. Sowohl Art. 44 NSG i.V.m. Art. 29 NSV als auch Art. 35 FMG sehen somit eine Bewilligungspflicht vor. Sind die Voraussetzungen erfüllt, besteht ein Anspruch auf Bewilligungserteilung (Markus Rüssli, Nutzung öffentlicher Sachen für die Verlegung von Leitungen, in: ZBl 2001 S. 350 ff., S. 360 f.; vgl. Amtl. Bull. SR 1997 S. 98). Aufgrund des Wortlauts („Bewilligung“) und dem Sinn der Bestimmungen ist davon auszugehen, dass in Bezug auf die Bewilligungserteilung für eine Vereinbarung kein Raum bleibt. Im vorliegenden Fall wurde die Bewilligung, wie bereits erwähnt, am 10. Juli 2000 denn auch in Form einer Verfügung erteilt, womit sich in dieser Hinsicht keine Probleme ergeben.

E. 1.2.2

In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob eine Vereinbarung in Bezug auf die Kostenregelung im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben, also während der Bauphase, zulässig ist. Die Art. 45-47 NSG regeln die Kostenverteilung bei baulichen Massnahmen im Zusammenhang mit Nationalstrassen. Beeinträchtigt eine neue Anlage, wie z.B. eine Leitung, eine bestehende Nationalstrasse, so fallen die Kosten, die zur Behebung der Beeinträchtigung erforderlich sind, gemäss Art. 45 Abs. 1 NSG auf die neue Anlage (Verursacherprinzip). Diese Bestimmung ist jedoch gemäss Art. 47 Abs. 1 NSG nicht anwendbar, wenn zwischen den Beteiligten eine abweichende Vereinbarung über die Kosten getroffen wurde. Bei Bauvorhaben Dritter innerhalb der Baulinien veranlasst der Kanton gemäss Art. 29 Abs. 3 NSV die Massnahmen, die zur Sicherheit des Verkehrs und zur Vermeidung der Gefahr für Personen und Sachen erforderlich sind. Diese Kosten gehen zu Lasten des Bewilligungsinhabers (Verursacherprinzip). Art. 35 Abs. 4 FMG bestimmt, dass ausser kostendeckenden Gebühren keine Entschädigung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden gefordert werden darf, sofern der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt ist. Bei der Beurteilung, ob ein Projekt den Gemeingebrauch beeinträchtigt, gilt es zwischen der Bauphase und der Betriebsphase zu unterscheiden. Während der Bauphase kommt es regelmässig, insbesondere im Zusammenhang mit Strassen, zu Beeinträchtigungen des Gemeingebrauchs (z.B. Erfordernis von Umleitungen wegen Bauarbeiten), wofür der Kanton eine Entschädigung in der Höhe der realen Kosten verlangen darf (Verursacherprinzip; vgl. Pierre-Yves Gunter, *Les Infrastructures*, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], *Neues Fernmelderecht*, Zürich 1998, S. 62; so auch das Gutachten Jaag/Rüssli I vom 4. April 2001, S. 12). So entschied auch das Bundesgericht mit Entscheid vom 22. November 2001, dass zum Begriff der „kostendeckenden Gebühren“ u.a. die Kosten für die Umplatzierung bestehender Installationen, die Kosten für die temporäre „Sondernutzung“ während der Bauzeit, die zusätzlichen Leistungen des Grundeigentümers während der Bauzeit sowie der Verwaltungsaufwand für die Bewilligungserteilung und die Kontrolle der Arbeiten gehören. Die Gebühren müssen den effektiven Kosten des Gemeinwesens entsprechen (BGE vom 22. November 2001 i.S. *commune de Vernier*, 2A.304/2001, E. 3). Das Verwaltungsgericht Solothurn hielt mit Urteil vom 18. Februar 2003 fest, dass das

einfache Verlegen von Leitungen nach der Bedeutung von Art. 35 Abs. 4 FMG keine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs bewirke. Es erachtete aber die Erhebung von kostendeckenden Gebühren für die Sondernutzung des Kantonsstrassenareals mit Auswirkungen auf den Verkehrsfluss während der Bauzeit als zulässig. Nach dem Kostendeckungsprinzip solle der Ertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen. Dies schliesse eine gewisse Schematisierung oder Pauschalisierung der Abgabe nicht aus (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 18. Februar 2003, SOG 2003 Nr. 15 E. 3c m.w.H.). Dies ergibt sich ebenso unter Beizug des früher geltenden Art. 5 des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz) vom 24. Juni 1902, aus welchem Art. 35 FMG hervorging. Auch dort war u.a. vorgesehen, dass die PTT den entstehenden Schaden, der durch den Bau und Unterhalt entstand, ersetzen musste (Art. 5 Elektrizitätsgesetz lautete: "Der Bund ist berechtigt, für die Erstellung von oberirdischen und unterirdischen Telegraphen- und Telephonlinien öffentliche Plätze, Strassen, Fahr- und Fusswege, sowie auch öffentliche Kanäle, Flüsse, Seen und deren Ufer, soweit diese dem öffentlichen Gebrauche dienen, unentgeltlich in Anspruch zu nehmen, immerhin unter Wahrung der Zwecke, für welche das in Anspruch genommene öffentliche Gut bestimmt ist, und gegen Ersatz des durch den Bau und Unterhalt allfällig entstehenden Schadens"). Beim Vergleich der einschlägigen Bestimmungen des NSG und des FMG wird ersichtlich, dass die Bestimmungen einander in Bezug auf die Kostentragungspflicht entsprechen. Beide sehen das Verursacherprinzip vor. Im NSG ist jedoch zusätzlich ausdrücklich die Möglichkeit von Vereinbarungen betreffend Kostenregelung vorgesehen. Die Beteiligten sollen die Freiheit haben, eine Vereinbarung zu treffen, damit die im einzelnen Falle gegebenen besonderen Verhältnisse berücksichtigt werden können (vgl. dazu auch Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Nationalstrassen, BBl 111. Jahrgang [1959] Bd. II S. 105 ff., S. 130). Das FMG sieht in Bezug auf die Kostenregelung nicht ausdrücklich die Möglichkeit einer Vereinbarung vor. Sofern Art. 35 Abs. 4 FMG eine zwingende Bestimmung ist, was später geprüft wird, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob Art. 35 Abs. 4 FMG in dem Sinne als abschliessend zu betrachten ist, dass Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Kostenregelung generell ausgeschlossen sind. Art. 35 Abs. 4 FMG beinhaltet, wie oben aufgezeigt, neben der eigentlichen Bewilligungsgebühr weitere von der Konzessionärin zu tragende Kosten. Das FMG ist als Rahmenordnung ausgestaltet. Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, alle Einzelheiten auf Stufe eines formellen Gesetzes festzulegen (vgl. Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996, BBl 148. Jahrgang [1996] Bd. III S. 1405 ff., S. 1417). Weder der Sinn der Norm noch rechtsstaatliche Grundsätze schliessen daher eine vertragliche Regelung a priori aus. Vielmehr erscheint eine Vereinbarung betreffend Kostenregelung im Gegensatz zu einer Verfügung als geeigneter, die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Für diese Ansicht spricht auch der im Jahre 2003 in Kraft getretene Art. 38a Abs. 3 FDV, der ausdrücklich einen Vorbehalt zugunsten abweichender Vereinbarungen zwischen den Beteiligten über die Inanspruchnahme von Grund und Boden macht. Daraus folgt, dass auch das FMG in Bezug auf die Kostenregelung während der Bauphase grundsätzlich eine Vereinbarung durchaus zulässt, während das NSG diese Lösung ausdrücklich vorsieht.

E. 1.2.3

Des Weiteren ist zu prüfen, ob eine Vereinbarung in Bezug auf die Entschädigung für die dauernde Nutzung des Nationalstrassenareals und die Nutzung von bestehender

Infrastruktur zulässig ist. Art. 30 NSV beschlägt die Frage der Entschädigung für die Nutzung des Areals im Eigentum der Nationalstrasse durch Dritte. Danach ist die Nutzung des Nationalstrassenareals zu entgelten, wobei sich das Entgelt in der Regel nach dem Marktpreis zu richten hat. Erhöhte Unterhalts- und Betriebskosten der Strassenanlage infolge Mehrfachnutzung sind durch den Dritten zu tragen (Verursacherprinzip). Die Mehrfachnutzung, insbesondere das Entgelt und die Kostentragung für erhöhte Unterhalts- und Betriebskosten, ist gemäss Art. 30 Abs. 4 NSV durch eine Vereinbarung zwischen dem Kanton und dem Dritten im Einzelfall zu regeln. Die Vereinbarung unterliegt der Genehmigung durch das ASTRA. Zum Nationalstrassenareal gehören gemäss Art. 6 NSG neben dem Strassenkörper alle Anlagen, die zur technisch richtigen Ausgestaltung der Strassen erforderlich sind, insbesondere Kunstbauten, Anschlüsse, Rastplätze, Signale, Einrichtungen für den Betrieb und Unterhalt der Strassen, Bepflanzungen sowie Böschungen, deren Bewirtschaftung dem Anstösser nicht zugemutet werden kann. Art. 3 NSV führt noch näher aus, was alles Bestandteil der Nationalstrassen ist. Das NSG bzw. die NSV definieren die Nationalstrasse somit weit. Die von der Lehre vorgenommene Unterscheidung zwischen Sachen im Gemeingebrauch und Verwaltungsvermögen wird nicht gemacht. Durch diese weite Definition des Nationalstrassenareals bezieht sich die Entschädigungspflicht von Art. 30 NSV sowohl auf den Teil der Nationalstrasse, der unmittelbar dem Verkehr dient und der Allgemeinheit zugänglich ist und damit eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch darstellt, als auch auf denjenigen Teil, der lediglich ihrem Betrieb und Unterhalt dient und der Allgemeinheit nicht zur Verfügung steht und damit zum Verwaltungsvermögen zu zählen ist. Art. 35 Abs. 4 FMG bestimmt, dass derjenige Boden den Konzessionärinnen unentgeltlich zur Verfügung zu stellen ist, welcher im Gemeingebrauch steht und diesen nicht beeinträchtigt. Im Bereich der Nationalstrassen sind dies z.B. Fahrbahn, Pannestreifen, Grünstreifen sowie Bauten und Anlagen wie Brücken, Verkehrsanschlüsse und Rastplätze. Der gesteigerte Gemeingebrauch bzw. die Sondernutzung sind hingegen zu entgelten. Auch zu entgelten ist Benutzung von Verwaltungsvermögen. Dazu gehören im Bereich der Nationalstrassen z.B. Werkhöfe, Materialdepots, Sicherheitseinrichtungen sowie Werkleitungen. Das FMG und NSG stehen dort zueinander im Widerspruch, wo der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt ist. Gemäss Art. 35 Abs. 4 FMG darf in diesem Fall keine Entschädigung verlangt werden, gemäss Art. 30 NSV hingegen schon. Bei einer Normenkollision findet im Allgemeinen die Kollisionsregel „*lex posterior derogat legi priori*“ Anwendung. Danach geht das spätere Gesetz dem früheren Gesetz vor, wobei darauf hinzuweisen ist, dass die angesprochene Regelung bezüglich der Nationalstrassen lediglich auf Verordnungsstufe erlassen wurde. Dieser Grundsatz findet aber dann keine Anwendung, wenn ein neues allgemeines Gesetz auf ein älteres Spezialgesetz stösst (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*). Das FMG ist im Verhältnis zum NSG das jüngere Gesetz. In ihrem Verhältnis zueinander sind das FMG und das NSG teils allgemeine, teils spezielle Gesetze. Das NSG bzw. Art. 30 NSV regelt die Entgeltlichkeit der Nutzung des Nationalstrassenareals als solches und ist insofern eine *lex generalis*; es erfasst nur Nutzungen im Nationalstrassenareal und ist insofern eine *lex specialis*. Art. 35 Abs. 4 FMG betrifft nur die Nutzung von Boden im Gemeingebrauch durch Fernmeldeleitungen und ist insofern eine *lex specialis*; er bezieht sich jedoch auf die Benutzung des gesamten Bodens im Gemeingebrauch und ist daher eine *lex generalis*. Eine Differenzierung nach *lex specialis* und *lex generalis* ist somit in casu nicht möglich, weshalb vorliegend das jüngere Gesetz, d.h. das FMG vorgehen muss (vgl. dazu BGE 96 I 485 E. 4). Dies rechtfertigt sich im Übrigen auch aus dem Grunde, dass die

fernmelderechtliche Regelung in einem Gesetz, die Regelung bezüglich Nationalstrassen hingegen lediglich in einer Verordnung getroffen wurde. Art. 30 Abs. 4 NSV schreibt den Abschluss einer Vereinbarung vor. Im FMG nicht ausdrücklich geregelt ist, ob es zulässig ist, über die Nutzung von Boden eine Vereinbarung zu treffen. Selbst wenn Art. 34 Abs. 4 FMG als zwingende Bestimmung qualifiziert würde, ist zumindest für die über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung des Bodens sowie für die Nutzung von Verwaltungsvermögen (inkl. bestehende Infrastruktur) nicht erkennbar, dass das FMG nach seinem Sinn den Abschluss einer Vereinbarung generell ausschliesst. Der beim Abschluss der Vereinbarung vom 7. Juli 2000 noch nicht in Kraft gewesene Art. 38a Abs. 3 FDV macht ausdrücklich einen Vorbehalt zugunsten anders lautender Vereinbarungen über die Inanspruchnahme von Grund und Boden. Ob sich dieser Vorbehalt lediglich auf Art. 38a FDV (Nutzung von bestehenden Infrastrukturen) oder auch auf Art. 35 Abs. 4 FMG (Nutzung von Boden im Gemeingebrauch) bezieht und ob Art. 38a Abs. 3 FDV allenfalls im Widerspruch zu Art. 35 Abs. 4 FMG steht, ist unklar, braucht aber hier nicht weiter geklärt zu werden. Zur kantonalen Gesetzgebung ist zu bemerken, dass entgegen dem Gutachten Jaag/Rüssli I vom 4. April 2001 weder das Strassengesetz vom 24. März 1986 noch die Verordnung über die Gebühren zum Strassengesetz vom 16. Oktober 1990 Bestimmungen über die Gebühren für die dauernde Nutzung des Nationalstrassenareals bzw. von Verwaltungsvermögen enthalten. Diese regeln lediglich die Bewilligungs- und Gebührenpflicht bzw. die Höhe der Bewilligungsgebühren. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall sowohl das FMG als auch das NSG anwendbar sind. Das NSG bzw. die NSV schreiben teilweise ausdrücklich den Abschluss von Vereinbarungen vor, teilweise wird ausdrücklich die Möglichkeit von Vereinbarungen erwähnt. Bezüglich FMG kann gesagt werden, dass es zwar nicht ausdrücklich die Möglichkeit von Vereinbarungen vorsieht, aber in gewissen, in casu tangierten Bereichen für eine Vereinbarung Raum lässt. Aufgrund der Komplexität des Projekts hat der Abschluss eines Vertrags vorliegendenfalls durchaus Sinn gemacht. Mit der Vereinbarung war es möglich, beidseitig Rechte und Pflichten zu begründen und eine differenzierte Lösung zu erarbeiten (zur Abgrenzung zwischen Verwaltungsverträgen und Verfügungen siehe Thomas P. Müller, Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft, Basel 1997, S. 284 ff.). Damit ergibt sich, dass die Gesetzesbestimmungen "Raum lassen" für den Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen. Ob die einzelnen Vertragsbestimmungen inhaltlich rechtmässig sind (Verstoss gegen zwingende Bestimmungen, Verstoss gegen Verfassungsprinzipien), ist nachfolgend zu prüfen.

E. 1.3

Für jedes Prozessverfahren ist ein rechtliches Interesse an der Beurteilung des Rechtsbegehrens erforderlich, das von Amtes wegen überprüft werden muss (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 72 ff.). In der VPO finden sich jedoch, im Gegensatz zur Verfassungs- und Verwaltungsbeschwerde, keine Bestimmungen, die regeln, wer zur Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage berechtigt ist. Aufgrund der im Klageverfahren zu beurteilenden Rechtsverhältnisse rechtfertigt es sich, nicht ein schutzwürdiges Interesse gemäss § 47 VPO zu verlangen, sondern das Zivilprozessrecht analog anzuwenden (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 83 N 4 m.w.H.; Gygi, a.a.O., S. 147; vgl. auch Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1995, § 2 N 38 ff.) Bezüglich Rechtsbegehren 3 ist folgendes zu bemerken: Der Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 10. Juli 2000 mit dem Titel „Nationalstrasse N2, Telekommunikationsleitungen/Mitbenützung NS Infrastruktur, F. L. SA, BAKOM

Konzessions-Nr. 255100203, Bewilligung und Vereinbarung gem. FMG Art. 35/NSV Art. 29" mit, dass ihr Vorhaben für die Erstellung und den Betrieb einer Lichtwellenleiter-Kabelrohranlage entlang der N2 BL geprüft und hiermit, unter Vorbehalt der Genehmigung des Bundesamtes für Strassen sowie der beidseitig rechtsgültigen Unterzeichnung der Vereinbarung, bewilligt werde. Somit liegt, wie dies auch der Beklagte in seiner Klagantwort (S. 55 f. N 84) bzw. in seiner Duplik (S. 3 N 5) dargelegt hat, eine (gültige) Bewilligung bereits vor. Das Fehlen der Rechtsmittelbelehrung oder der Begründung stellt keinen Nichtigkeitsgrund dar und ändert auch nichts am Bestand der Bewilligung, zumal der Klägerin kein Nachteil durch die fehlende Bezeichnung als Verfügung und die fehlende Rechtsmittelbelehrung entstanden ist (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 976; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, § 31 N 18; BGE 104 V 166 f. E. 3). Selbst die Klägerin geht in der Replik (S. 3 N 9) davon aus, dass ihr mit Schreiben vom 10. Juli 2000 die Erstellung und der Betrieb einer Lichtwellenleiter-Kabelrohranlage bewilligt worden sei. Daraus ergibt sich, dass das Rechtsbegehren 3 überflüssig ist und die Klägerin somit kein rechtliches Interesse an dessen Beurteilung hat, weshalb auf das Rechtsbegehren nicht einzutreten ist. Mit Ziff. 14 der Vereinbarung haben sich die Parteien dazu verpflichtet, im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung oder Teilen davon, unverzüglich Ersatzbestimmungen zu vereinbaren. Bevor überhaupt der Versuch unternommen werden kann, Ersatzbestimmungen zu vereinbaren, muss die Unwirksamkeit der Vereinbarung gerichtlich festgestellt werden. Dann aber läge es zunächst an den Parteien, eine Ersatzbestimmung zu suchen, was offensichtlich noch nicht erfolgt ist. Die Klägerin hat somit auch (noch) kein Rechtsschutzinteresse in Bezug auf das Rechtsbegehren 4 (Umformulierung im Sinne der salvatorischen Klausel), weshalb auch auf dieses Rechtsbegehren nicht einzutreten ist. Bezüglich der Rechtsbegehren 1 und 2 sind keine Gründe ersichtlich, die gegen das Bestehen eines Rechtsschutzinteresses sprechen würden. Nach dem Gesagten ist die verwaltungsgerichtliche Klage vorliegend somit prinzipiell zulässig, weshalb darauf mit Ausnahme der Rechtsbegehren 3 und 4 eingetreten werden kann. Die weiteren Fragen, ob die Klage auch als Beschwerde behandelt werden könnte und ob diesfalls die Beschwerdefrist eingehalten wurde, können demzufolge offen gelassen werden.

E. 2

Sie nehmen dabei Rücksicht auf den Zweck und die Nutzung des in Anspruch genommenen Grund und Bodens, tragen die Kosten für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes und sind verpflichtet, ihre Leitungen zu verlegen, wenn die Grundeigentümerin oder der Grundeigentümer eine damit nicht verträgliche Verfügung über den eigenen Grund und Boden treffen will.

E. 2.1

Nicht eindeutig ist die Lehre und Rechtsprechung in Bezug auf die Frage, was inhaltlich in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag geregelt werden darf. Insbesondere ist nicht restlos geklärt, inwieweit der Grundsatz „volenti non fit iniuria“ bei verwaltungsrechtlichen Verträgen Geltung beanspruchen kann (Klein, a.a.O., S. 77). Gemäss Rhinow darf das Vereinbarte einerseits dem Gesetz nicht widersprechen (Gesetzesvorrang), andererseits muss es auf eine, wenn auch nur mittelbare, gesetzliche Grundlage zurückgeführt werden können (Gesetzesvorbehalt). Die gesetzliche Basis muss aber nicht so beschaffen sein, dass die Verwaltung auch ohne vertragliches Vorgehen zum nämlichen Erfolg gelangen könnte (René Rhinow, Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, in: ZBl

1979, S. 1 ff., S. 1; so auch Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 1069, Rz 1077). Huguenin erachtet das Abweichen von dispositiven Normen durch verwaltungsrechtlichen Vertrag als zulässig. Die Idee des Vertrages bestehe gerade darin, dass der Schuldner nicht von Gesetzes wegen, sondern aufgrund übereinstimmend vereinbarten persönlichen ad hoc geschaffenen Rechts leiste. Seine Zustimmung beruhe typischerweise auf der Wünschbarkeit der versprochenen Gegenleistung und nicht auf einem durch Machtgefälle begründeten Zwang. Die Behörde sei jedoch beim Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen nicht frei, sondern an die verfassungsmässigen Werte gebunden. Der Inhalt eines verwaltungsrechtlichen Vertrages müsse einem öffentlichen Interesse entsprechen und dürfe dabei keine anderen gleich- oder höherwertigen Interessen vernachlässigen und insbesondere das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzen (Huguenin, a.a.O., S. 510 f.). Moor verlangt, dass die für den Vertrag massgebende Leistung einem vom Gesetz anerkannten öffentlichen Interesse diene, die Leistungen objektiv betrachtet dem Verhältnismässigkeitsprinzip genügen und die Verwaltung keine Druckmittel eingesetzt hat (Moor, a.a.O., S. 387). Klein teilt die Auffassung von Rhinow und präzisiert in Bezug auf den Vorrang des Gesetzes, dass dies nur gelte, wenn die Bestimmung zwingendes Recht darstelle. Von dispositiven Normen dürfe abgewichen werden. Ob eine Bestimmung zwingend oder dispositiv sei, müsse durch Auslegung ermittelt werden. Vertragliche Abweichungen von einer Norm seien dann als rechtmässig zu erachten, wenn die betreffende Norm nur Individualinteressen des privaten Vertragspartners und nicht zugleich seine Persönlichkeitsrechte, öffentliche Interessen oder Interessen Dritter schützen wolle. Im Rahmen von freiwilligen Leistungen des Privaten dürfe sich jedoch die Verwaltung nicht mehr geben lassen, als sie gestützt auf ihre Bindung an das Gesetz nehmen dürfe. Sie dürfe sich nichts schenken lassen. Zudem müsse auch die Gegenleistung des Privaten im öffentlichen Interesse liegen und das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet werden (Klein, a.a.O., S. 85 ff.). Noch 1979 hielt das Bundesgericht fest, dass das Gemeinwesen beim Abschluss eines öffentlichrechtlichen Vertrages gleichermassen an das materielle Recht gebunden sei, wie wenn es eine Verfügung erlassen würde, und dass es von den Bürgern keine Leistungen fordern kann, für die keine gesetzliche Grundlage gegeben sei (BGE 105 Ia 207 E. 2b.; vgl. aber BGE 103 Ia 505, wo das Bundesgericht für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Vertragsinhaltes lediglich prüfte, ob gegen zwingende Rechtsvorschriften verstossen wurde). Das Zürcher Verwaltungsgericht teilte ursprünglich die Meinung des Bundesgerichts, schloss sich jedoch später der Auffassung von Rhinow an (ZBl 1981 S. 361 ff., S. 362; ZBl 1984 S. 63 ff., S. 65; vgl. dazu auch Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 82 Rz 36). Das Aargauer Verwaltungsgericht hielt in einem Urteil aus dem Jahre 1990 fest, dass der Staat grundsätzlich befugt sei, sich mittels Vertrag vom Bürger Leistungen versprechen zu lassen, sofern das Vereinbarte dem Gesetz nicht widerspreche, sondern sich mittelbar auf eine gesetzliche Grundlage zurückführen lasse und der Bürger damit seinerseits nicht eine unverzichtbare Rechtsposition aufgeben (AGVE 1991 S. 159 ff., S. 165). Das Berner Verwaltungsgericht hielt in einem Entscheid vom 19. Dezember 1983 dafür, dass sich der Kanton zwar nicht auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage berufen könne, um die Abgabe einseitig, kraft hoheitlicher Kompetenz vom Privaten zu fordern. Dies schliesse jedoch nicht aus, dass die Abgabe dennoch geschuldet sei. Nach dem Prinzip des Gesetzesvorbehalts dürften niemandem ohne gesetzliche Grundlagen öffentliche Pflichten auferlegt werden. Der Gesetzesvorbehalt diene mit anderen Worten dem Schutz vor ungerechtfertigten Eingriffen in Grundrechte. Es frage sich aber, ob der Private nicht auch staatlichen Eingriffen in seine Rechte zustimmen und gesetzlich nicht geschuldete

Leistungen freiwillig versprechen oder erbringen dürfe. Diese Frage müsse vernünftigerweise insoweit bejaht werden, als der Bürger auf eine ihm zustehende Rechtsposition überhaupt verzichten könne. Freilich bestehe kein Anlass, leichthin anzunehmen, der Bürger verzichte auf die sich aus dem Gesetzesvorbehalt ergebende Möglichkeit zum Einwand gegen eine geforderte Abgabe. Immerhin werde man aber davon ausgehen dürfen, dass einen solchen Verzicht leiste, wer förmlich und in rechtsgeschäftlicher Verpflichtungsabsicht erkläre, er wolle dem Gemeinwesen zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe einen bestimmten Betrag bezahlen (BVR 1985 S. 315 ff., 322 f.). Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid und führte aus, dass sich ein Privater ohne weiteres zu Leistungen verpflichten könne, die ihm das Gemeinwesen mangels gesetzlicher Grundlage durch einseitigen Hoheitsakt nicht hätte auferlegen können, soweit es sich nicht um ein unverzichtbares Freiheitsrecht handle (Entscheid des Bundesgerichts vom 26. März 1985, in: BVR 1985 S. 315 ff., S. 328). In Bezug auf die Leistungsvereinbarung ist aufgrund der bisherigen Ausführungen die klare Tendenz zum Grundsatz erkennbar, dass die von der privaten Partei übernommene Leistung keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedarf und sie sich insoweit verpflichten darf, als nicht zwingendes Recht entgegensteht (BGE 103 Ia 512 E. 3a). Der Vertragsinhalt ist damit weitgehend verhandelbar und abhängig von der Einwilligung des Privaten. Angesichts der geringen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage wird von einem Teil der Lehre davon ausgegangen, dass es sich bei verwaltungsrechtlichen Verträgen sogar um einen Ausnahmefall vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage handelt (Isabelle Häner, Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell konkreten Staatshandlungen, ZBl 2002 S. 57 ff., S. 60 f. m.w.H.). Selbstverständlich ist dabei erforderlich, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, was beim Abschluss eines Vertrages nach Treu und Glauben eher angenommen werden kann, als z.B. bei einem durch Verfügung begründeten Rechtsverhältnis (Häner, a.a.O., S. 67 f.). Ob eine Bestimmung zwingender oder dispositiver Natur ist, ist stets durch Auslegung zu ermitteln. Im öffentlichen Recht gilt - im Gegensatz zum Privatrecht - der Grundsatz, dass seine Bestimmungen zwingender Natur sind. Jedoch ist nicht jede Abweichung vom Gesetzestext als unzulässig zu betrachten. Auch bei einer öffentlich-rechtlichen Norm ist stets durch Auslegung zu ermitteln, ob diese zwingend ist. Ergibt sich, dass der Norm dispositiver Charakter zukommt, ist ein Abweichen zulässige Rechtsausschöpfung ((vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 250; Klein, a.a.O., S. 85 f.; BGE 86 II 71 E. 4). Dabei muss das Gesetz gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Zwar ist die Auslegung des Gesetzes nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt. Dabei ist ein pragmatischer Methodenpluralismus zu befolgen, die einzelnen Auslegungselemente unterstehen keiner hierarchischen Prioritätsordnung (BGE 123 III 26 E. 2a).

E. 2.1.1

Vom Beklagten wird geltend gemacht, die Klägerin sei teilweise nicht zur Klage legitimiert, da sie das Eigentum an 11 Rohren an Dritte abgetreten habe. Die Klägerin macht geltend, die Eigentumsübertragung setze voraus, dass das Eigentum überhaupt übertragen werden könne. Gerade dies solle mit dem Rechtsbegehren 1 der vorliegenden Klage geklärt werden. Die Klägerin habe sich lediglich verpflichtet, das Eigentum an der Infrastruktur noch zu übertragen.

E. 2.1.2

Wie bereits im Zusammenhang mit dem Rechtsschutzinteresse ausgeführt, finden sich in der VPO keine Bestimmungen zur Frage, wer zur verwaltungsgerichtlichen Klage legitimiert ist (vgl. oben E. I. 1.1.3). Es sind die zivilprozessualen Regeln analog anzuwenden. Es ist, abweichend vom Beschwerdeverfahren, der Begriff der Sachlegitimation (Aktiv- und Passivlegitimation) heranzuziehen. Wer als Kläger bzw. als Beklagter auftreten muss, ist eine Frage des materiellen Rechts. Die Sachlegitimation ist im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren somit keine Sachurteilsvoraussetzung. Dementsprechend führt eine Verneinung der Legitimationsfrage im Klageverfahren zu einer Abweisung der Klage und nicht zu einem Nichteintreten (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 83 N 3; Urs Peter Cavelti/Thomas Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen - dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, St. Gallen 2003, § 11 N 321; Gygi, a.a.O., S. 147; Adrian Staehelin/Thomas Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 9 Rz 19). Es ist nachfolgend zu prüfen, ob die Klägerin in Bezug auf das Rechtsbegehren 1 sachlegitimiert ist. Anspruchsgrundlage für dieses Rechtsbegehren bildet Art. 37 FMG i.V.m. Art. 641 Abs. 2 ZGB.

E. 2.1.3

Leitungen, die aufgrund einer Dienstbarkeit in fremden Boden verlegt werden, werden gemäss Art. 675 und 676 ZGB nicht Bestandteil des Grundstücks und werden deshalb in der Lehre als bewegliche Sachen qualifiziert, obwohl sie dem äusseren Anschein nach unbeweglich sind (Wolfgang Wiegand, in: Basler Kommentar, ZGB II, 2. Auflage, Basel 2003, Vorbemerkungen zu Art. 641 ZGB N 24). Auch abgestützt auf das FMG spielt hier das Akzessionsprinzip nicht, womit die Rechtsbehelfe des Art. 641 ZGB zu betrachten sind. Eine Eigentumsherausgabeklage (rei vindicatio) scheidet von vornherein aus, da der Beklagte nicht unmittelbar Besitzer an den 12 von der Klägerin bzw. ihren Kunden benutzten Rohren und damit nicht passivlegitimiert ist. Gleich verhält es sich in Bezug auf eine Eigentumsfreiheitsklage, da der Beklagte aufgrund fehlender Störereigenschaft nicht passivlegitimiert ist. Möglich ist in casu nur die Eigentumsfeststellungsklage. Diese ist dann zu erheben, wenn das Eigentum als solches streitig ist, was vorliegend der Fall ist (vgl. dazu Wolfgang Wiegand, a.a.O., Art. 641 N 40 ff.). Die Frage, ob dem Rechtsbegehren 1 gefolgt werden kann und falls ja, ob es in Bezug auf sämtliche 12 Rohre oder nur in Bezug auf 1 Rohr (diesbezüglich ist die Aktivlegitimation unbestritten) berechtigt ist, kann erst beantwortet werden, wenn über die Rechtsfolgen einer allfälligen Fehlerhaftigkeit des Vertrages (Nichtigkeit/ Anfechtbarkeit/ Bestandeskraft trotz Fehlerhaftigkeit) entschieden worden ist. Das Gericht gelangt diesbezüglich zum Schluss, dass die Sachlegitimation zur Eigentumsfeststellungsklage lediglich bezüglich eines Rohres gegeben wäre. Dies, weil im Falle einer Nichtigkeit bzw. erfolgreichen Anfechtung der Vereinbarung das Eigentum an den 12 Rohren gemäss Art. 37 FMG immer bei der Klägerin geblieben wäre. Demzufolge hätte sie rechtmässig über die 11 Rohre verfügen können und wäre diesbezüglich nicht mehr Eigentümerin. Wie sich im Folgenden zeigen wird, kann diese Frage aber letztlich

offen bleiben.

E. 2.2

Nachfolgend ist als Erstes zu prüfen, ob mit der Vereinbarung vom 7. Juli 2000 überhaupt von den Art. 35 und 37 FMG abgewichen wurde. Erst in einem zweiten Schritt wäre durch Auslegung zu ermitteln, ob die Bestimmungen von Art. 35 und 37 FMG zwingender Natur sind.

E. 2.2.1

In der Vereinbarung wurde geregelt, dass die Installationen im Eigentum der Klägerin bleiben sollen (Ziff. 2.2). Die vom Beklagten der Klägerin zur Verfügung gestellte Infrastruktur stehe in seinem Eigentum. Die zu erstellende Infrastruktur gehe nach dem Bau ins Eigentum des Beklagten über (Ziff. 2.1). Die Parteien streiten sich nicht darüber, was unter den in der Vereinbarung genannten Begriffen "Installationen" sowie "Infrastruktur" zu verstehen ist. Diese Begriffe werden in der Vereinbarung auch definiert. Zu der "Installation" gehören danach Lichtwellen-Kabel, Spleissungen sowie eventuelle elektromechanische Ausrüstungen (Ziff. 1.1). Der Begriff "Infrastruktur" umfasst die Kabelrohranlage mit 24 Rohren, A 40 mm. inkl. eventueller Hüllrohre, Kabelkanäle, Pritschen/Rohrbefestigungen und Schächte (Ziff. 1.1). Vorliegend ist streitig, ob der Begriff "Leitungen zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen" im Sinne von Art. 37 FMG weit oder eng auszulegen ist. Eine weite Auslegung würde dazu führen, dass sowohl die "Installationen" als auch die "Infrastruktur" erfasst wären und somit mit der Vereinbarung von Art. 37 FMG abgewichen worden wäre. Eine enge Auslegung würde hingegen bedeuten, dass nur die "Installationen" erfasst und Art. 37 FMG eingehalten wäre.

E. 2.2.1.1

Grammatikalische Auslegung Art. 3 lit. c FMG definiert den Begriff „fernmeldetechnische Übertragung“ wie folgt: „Elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk.“ Im allgemeinen Sprachgebrauch versteht man unter einer Leitung ein Material, mit dem verschiedenartige Stoffe (Strom, Wasser etc.) weitergeleitet, d.h. transportiert werden können. Eine „Leitung zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen“ ist daher nach dem allgemeinen Sprachgebrauch das Material, welches die Informationen transportiert. Diese Aufgabe übernimmt nur das Kabel. Nach dem Wortlaut ist daher unter dem Begriff „Leitung zur fernmeldetechnischen Übertragung“ lediglich das Kabel zu verstehen. Art. 37 Abs. 1 FMG besagt, dass die Leitungen im Eigentum der Konzessionärinnen stehen, die sie erstellt oder von Dritten erworben haben. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch versteht man unter Erstellen bauen, errichten, anfertigen, unter Erwerben sich etwas aneignen. Diese Formulierung deutet in Bezug auf das Erstellen darauf hin, dass der Begriff „Leitung“ weit zu verstehen ist, da wohl kaum der Bau des Kabels selbst gemeint sein kann. Auch das blosse Einziehen von Kabeln in eine bestehende Anlage ist damit nicht gemeint, da dies von Art. 36 Abs. 2 FMG erfasst wird. Bezüglich Erwerb ergibt sich kein Hinweis, wie der Begriff „Leitung“ zu verstehen ist, es könnte damit nur das Kabel selbst aber auch das Kabelrohr mitsamt Kabel gemeint sein.

E. 2.2.1.2

Historische Auslegung Während den Beratungen in den Eidgenössischen Räten machte lediglich einmal Bundesrat Moritz Leuenberger eine Bemerkung, welche man als Begriffsdefinition verstehen könnte. Bundesrat Leuenberger bezeichnete die Leitungen als

Schläuche, die unterirdisch durch die Grundstücke gehen (Amtl. Bull. SR 1997 S. 100.). Zu berücksichtigen ist jedoch, dass es bei dieser Äusserung nicht um die Begriffsdefinition „Leitung“ ging. Was Bundesrat Leuenberger bei seiner Äusserung genau meinte, ob er eine Unterscheidung zwischen Kabel und Kabelrohr machte oder lediglich die Kabel meinte, bleibt unklar, weshalb nicht darauf abgestellt werden kann. Im Zusammenhang mit Art. 35 FMG führte Ständerat Maissen aus, dass daran zu denken sei, dass nur dort eine Bewilligung erforderlich sei, wo gegraben werden müsse. Wenn in eine bestehende Kabelrohranlage Leitungen einzuziehen seien, brauche es natürlich keine Bewilligung (Amtl. Bull. SR 1997 S. 98). Dies macht deutlich, dass zwischen dem Bau von neuen Leitungen und dem Einzug von Leitungen in bestehende Anlagen unterschieden wurde. Anlässlich der Beantwortung der Interpellation Christen nahm Bundesrat Leuenberger zum Begriff „Leitungen“ ausdrücklich Stellung. Er führte aus, dass der Ausdruck „Leitungen“ im Sinne von Art. 35 FMG grosszügig interpretiert werden müsse und alles umfasse, was in technischer Hinsicht einen unentbehrlichen, integrierenden Bestandteil einer Leitung darstelle, insbesondere einschliesslich der Kabelschächte, der Entwässerungskanäle und der Lüftungsanlagen (Antwort des Bundesrates vom 14. Juni 2002 auf die Interpellation von Yves Christen vom 22. März 2002). Art. 35 FMG bezieht sich auf den Bau von Leitungen, Art. 37 FMG auf das Eigentum an denselben, sofern sie selber erstellt oder von Dritten erworben wurden. Es stellt sich die Frage, ob die Begriffe in beiden Artikel übereinstimmen. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber einem bestimmten Begriff in ein und demselben Gesetz unterschiedliche Bedeutungen beimessen wollte, es sei denn, es bestünden konkrete Hinweise dafür, dass dies so gewollt war. Vorliegend ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Begriff „Leitung“ in Art. 35 und Art. 37 FMG unterschiedlich verstanden werden müsste. Daher ist davon auszugehen, dass die Antwort von Bundesrat Moritz Leuenberger auch für Art. 37 FMG Geltung hat.

E. 2.2.1.3

Systematische Auslegung Art. 36 FMG trägt den Titel "Eigentums- und Mitbenutzungsrecht" und schreibt in Abs. 2 vor, dass Konzessionärinnen verpflichtet werden können, Dritten gegen ein angemessenes Entgelt die Mitbenutzung ihrer Fernmeldeanlagen zu gestatten. Art. 37 FMG hat den Titel „Eigentum an Leitungen“ und regelt in Abs. 1, dass Leitungen zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen im Eigentum der Konzessionärinnen stehen, die sie erstellt oder von Dritten erworben haben. Art. 38a Abs. 2 1. Satz FDV bestimmt, dass die Eigentümer von den Konzessionärinnen verlangen können, ihre freie Infrastrukturen zu benutzen. Aus Satz 2 geht hervor, dass die Entschädigung nicht höher sein darf, als die geschätzten Kosten zur Verlegung eigener Leitungen. Diese Darstellung zeigt, dass zwischen Infrastrukturen bzw. Fernmeldeanlage und Leitungen unterschieden wird und deutet darauf hin, dass unter dem Begriff „Leitung“ in Art. 37 FMG nur das Kabel zu verstehen ist.

E. 2.2.1.4

Teleologische Auslegung Art. 37 FMG (Eigentum an Leitungen) wurde erst anlässlich der Beratung im Ständerat aufgrund eines dringenden Wunsches des Bundesrates und der Verwaltung eingeführt. Die unterirdischen Leitungen der Telecom PTT in privaten Grundstücken gehörten vor der PTT-Reform aufgrund der Durchleitungsrechte des Bundes zum Verwaltungsvermögen. Folge der Revision war, dass diese Leitungen künftig nicht mehr zum Verwaltungsvermögen gehörten. Damit wäre das Eigentum an nicht im Grundbuch eingetragenen Leitungen gemäss Akzessionsprinzip dem jeweiligen

Grundeigentümer zugefallen. Da die Leitungen einen grossen Teil des Anlagewertes der Telecom PTT ausmachten (rund eine halbe Million Leitungen im Gesamtwert von ca. Fr. 10 Milliarden) und es vom Arbeitsaufwand nicht mehr möglich war, diese noch vor der Liberalisierung im Grundbuch einzutragen, war eine spezialgesetzliche Lösung erforderlich (Amtl. Bull. SR 1997 S. 100). Art. 37 FMG wurde somit eingeführt, um den Anlagewert der Telecom PTT zu schützen. Zum Anlagevermögen zählen die Vermögensgegenstände, die dazu bestimmt sind, dem Geschäftsbetrieb langfristig zu dienen. Die Leerrohre dienen dem Schutz der Kabel, sie gehören nach dem Zweck der Bestimmung auch zum Anlagevermögen, da ohne Leerrohre gerade die speziellen Lichtwellenleiter gar nicht funktionsfähig wären und überdies die Leitungen längerfristig beschädigt werden würden und diese folglich dem Geschäftsbetrieb nicht mehr dienen könnten. Demzufolge muss der Begriff „Leitungen“ nach Art. 37 FMG auch die Kabelrohre umfassen.

E. 2.2.1.5

Ergebnis Aus der teleologischen Auslegung geht hervor, dass der Begriff „Leitungen zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen“ in Art. 37 FMG weit auszulegen ist und dazu auch die Kabelschächte und -rohre gehören (ebenfalls für eine weite Auslegung Gunter, a.a.O., S. 56 f.). Auch Bundesrat Leuenberger äusserte sich anlässlich der Beantwortung der Interpellation Christen dahingehend, dass der Ausdruck „Leitungen“ im Sinne von Art. 35 FMG grosszügig interpretiert werden müsse. Diese Ansicht muss auch für Art. 37 FMG gelten. Auch wenn die anderen Auslegungselemente teilweise eher dafür sprechen, dass unter „Leitungen“ nur die Kabel gemeint sind, muss vorliegend die teleologische Auslegung überwiegen, da diese Interpretation am ehesten den wahren Sinn der Norm wiedergibt (Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage, Zürich 2005, Rz 130 ff.). Somit ist festzustellen, dass mit der vorliegend strittigen Vereinbarung von Art. 37 FMG abgewichen wurde.

E. 2.3

Als Nächstes ist folglich zu prüfen, ob Art. 37 FMG zwingender Natur und damit eine Abweichung unzulässig ist.

E. 2.3.1

Grammatikalische Auslegung Dem Gesetzestext ist semantisch nicht zu entnehmen, ob der Norm zwingender oder dispositiver Charakter zukommt.

E. 2.3.2

Historische Auslegung Die Materialien weisen nicht darauf hin, dass der Bestimmung zwingender Charakter zukommen soll. Weder war dies in den Eidgenössischen Räten Thema, noch äussert sich die Botschaft darüber.

E. 2.3.3

Systematische Auslegung Die Systematische Auslegung gibt keinen Hinweis darauf, ob Art. 37 FMG zwingender oder dispositiver Natur sei.

E. 2.3.4

Teleologische Auslegung Wie bereits bei der Prüfung des Begriffs „Leitungen zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen“ dargelegt, wurde Art. 37 FMG eingeführt, um den Anlagewert der Telecom PTT zu schützen. Es ging nicht um den Schutz zukünftiger Konzessionäre. Diese hätten ihr Eigentum ohne weiteres durch Errichtung einer

Dienstbarkeit mittels Eintrag im Grundbuch schützen können. Der Bestimmung kommt somit kein Schutzgedanke für neue Fernmeldeanbieter zu.

E. 2.3.5

Ergebnis Die teleologische Auslegung deutet darauf hin, dass Art. 37 FMG nachgiebiges Recht darstellt. Die anderen Auslegungselemente ergeben keine Hinweise darauf, ob die Bestimmung zwingend oder dispositiv ist. Das Gericht kommt daher zum Ergebnis, dass das Gesetz abweichende Vereinbarungen zulässt. Im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Betrachtung der Gesamtvereinbarung wird später noch zu prüfen sein, ob diese abweichende Vereinbarung mit dem Äquivalenzprinzip vereinbar ist (vgl. unten II. 2.6 ff.).

E. 2.4

Im Folgenden ist weiter zu prüfen, ob mit der in der Vereinbarung getroffenen Regelung von Art. 35 FMG abgewichen wurde. In Ziff. 8 der Vereinbarung vom 7. Juli 2000 wird festgehalten: " In Übereinstimmung mit Art. 35 Abs. 4 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 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 wird durch die Leistungen des Benützers für den Werkeigentümer gemäss Abschnitt 2 der vorliegenden Vereinbarung abgegolten ."

E. 2.4.1

Nach dem Wortlaut der Vereinbarung werden keine Nutzungsgebühren für die Nutzung des Bodens erhoben. Es wird lediglich eine Gebühr im Zusammenhang mit einer Wertreduktion der bestehenden Anlagen, mit Erschwernissen für den Unterhalt des Eigentümers und mit Haftungsrisiken bei Bauarbeiten auf eigenen Anlagen erhoben. Diese kantonale Gebühr wird durch die Leistungen der Klägerin für den Beklagten (d.h. die Erstellung von 12 Rohren) gemäss Abschnitt 2 abgegolten. Die Klägerin erhält im Gegenzug für 12 der insgesamt 24 Rohre ein Nutzungsrecht für die Dauer von 25 Jahren. Das Argument des Beklagten, die Entschädigung sei nicht für Inanspruchnahme von Grund und Boden im Gemeingebrauch, sondern für Zusatzleistungen des Beklagten vereinbart worden, lässt sich somit nicht einfach so von der Hand weisen und ist näher zu prüfen. Verwaltungsrechtliche Verträge sind wie privatrechtliche grundsätzlich nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Eine Willenserklärung ist so auszulegen, wie sie unter Berücksichtigung des früheren Verhaltens des Erklärenden und der im Zeitpunkt der Erklärung bekannten Umstände in guten Treuen vernünftigerweise verstanden und als wirklich gewollt betrachtet werden durfte und musste. In Zweifelsfällen ist 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 (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 1103; BGE 122 I 328 E. 4e mit Hinweisen; BGE 121 II 81 E. 4a mit Hinweis; BGE 103 Ia 509 E. 2b mit Hinweisen; Thomas Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005, S. 170 mit Hinweisen, der sich jedoch dafür ausspricht, dass die Mitberücksichtigung der zu wahren öffentlichen Interessen in ihren Auswirkungen nicht überschätzt werden darf). Die Vereinbarung vom 7. Juli 2000 wurde mehr als zwei Jahre nach Inkrafttreten des neuen FMG abgeschlossen. Seit Abschluss der Vereinbarung haben sich weder Rechtslage noch die tatsächlichen Verhältnisse geändert. In Ziff. 8 der

Vereinbarung vom 7. Juli 2000 wird ausdrücklich auf Art. 35 FMG Bezug genommen und festgehalten, dass in Übereinstimmung mit Art. 35 Abs. 4 FMG keine Nutzungsgebühren für die Inanspruchnahme von Grund und Boden erhoben würden. Ziff. 8 der Vereinbarung ist vom Wortlaut her gut verständlich und deckt sich mit der Regelung in Art. 35 Abs. 4 FMG. Die Klägerin macht nicht geltend, es sei von beiden Parteien auf dem Papier Unentgeltlichkeit vereinbart worden, aber in Wirklichkeit durch übereinstimmenden wirklichen Willen Entgeltlichkeit gemeint gewesen (Simulation). Ein solcher Willen der Parteien ist auch aufgrund der Umstände nicht ersichtlich. Es kann daher nach dem Vertrauensprinzip davon ausgegangen werden, dass die Vereinbarung von beiden Parteien offensichtlich in der Meinung abgeschlossen wurde, dass entsprechend Art. 35 Abs. 4 FMG kein Entgelt für die Nutzung von Grund und Boden verlangt werde. Wenn nun die Klägerin vorbringt, es sei eben doch (verdeckt) eine Entschädigung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden bezahlt worden, dann handelt sie widersprüchlich und damit treuwidrig („venire contra factum proprium“), sofern sie sich nicht darauf berufen kann, sie habe die Vereinbarung unfreiwillig (Übervorteilung, Furchterregung) oder irrtümlicherweise (Willensmangel, absichtliche Täuschung) so abgeschlossen (Heinrich Honsell, in: Basler Kommentar, ZGB I, 2. Auflage, Basel 2002, Art. 2 N 43 f.). Inwiefern sich die Klägerin auf solche Mängel beim Vertragsschluss beruft und ob dies zu recht erfolgt, ist später unter dem Aspekt der Rechtsfolgen eines mangelhaften verwaltungsrechtlichen Vertrages zu prüfen (vgl. unten II. 3.).

E. 2.4.2

Gestützt auf den nach Treu und Glauben ausgelegten Wortlaut der Vereinbarung gelangt das Gericht zum Schluss, dass vorliegend keine Entschädigung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden verlangt werden sollte. Demzufolge wurde mit der strittigen Vereinbarung von Art. 35 FMG nicht abgewichen.

E. 2.5

Wie die nachfolgenden Erwägungen (vgl. unten Ziff. 2.5.1 ff.) zeigen, ist das Gericht im Übrigen der Auffassung, dass Art. 35 FMG nicht zwingender Natur ist, weshalb ein Abweichen von dieser Bestimmung mittels vertraglicher Vereinbarung zulässig gewesen wäre.

E. 2.5.1

Grammatikalische Auslegung Dem Gesetzestext ist semantisch nicht zu entnehmen, ob der Norm zwingender Charakter zukommt oder nicht.

E. 2.5.2

Historische Auslegung Das Fernmeldegesetz ist gemäss Botschaft ein Rahmenerlass. Er geht von der Überzeugung aus, dass mit dem Wettbewerb die Ziele der Fernmeldepolitik der Schweiz besser erreicht werden, als mit teilweise Monopolschutz (Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996, 148. Jahrgang [1996], Bd. III, S. 1405 ff., S. 1417). Der Gesetzestext, der mit der Botschaft vorgelegt wurde, lautete wie folgt: Art. 35 Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung 1 Konzessionärinnen von Fernmeldediensten sind berechtigt, für die Erstellung von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen unentgeltlich und bewilligungsfrei in Anspruch zu nehmen: a. den Boden im Gemeingebrauch wie Strassen, Fusswege, öffentliche Plätze, Flüsse, Seen sowie Ufer; b. den Luftraum über privatem Grund und Boden, wenn dies für das Ziehen von Luftleitungen erforderlich ist.

E. 2.5.3

Systematische Auslegung Die Systematische Auslegung gibt keinen Hinweis darauf, ob Art. 35 FMG zwingender oder dispositiver Natur sei. Unüblich ist, dass Abs. 3, wonach der Bundesrat die Einzelheiten regle, nicht am Schluss des Artikels platziert ist. Aus den Materialien geht hervor, dass Abs. 4 nachträglich eingefügt wurde. Über die Platzierung der Absätze 3 und 4 wurde in der Folge nie diskutiert, was darauf schliessen lässt, dass schlechthin vergessen wurde, die Absätze 3 und 4 in ihrer Position auszutauschen, jedoch nicht gemeint war, dass Abs. 4, im Gegensatz zu den Absätzen 1 und 2, zwingender Natur sei. Die These der Klägerin, wonach die Delegationsnorm in Abs. 3 die Frage der Entschädigung einer Inanspruchnahme von Grund und Boden im Gemeingebrauch gerade nicht erfasse, da die Regelung der Entschädigung bewusst nach der Delegationsnorm platziert worden sei, lässt sich somit nicht stützen. Es stellt sich auch die Frage nach dem Sinn einer speziellen Delegation zur Regelung der Einzelheiten an den Bundesrat in Art. 35 Abs. 3, wenn in Art. 62 FMG der Bundesrat generell zum Vollzug des Gesetzes ermächtigt wird. Mit den vom Beklagten beauftragten Gutachtern Schmid/Schott ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung den Verzicht auf eine umfassende und zwingende generell-abstrakte Regelung auf Stufe des formellen Gesetzes zum Ausdruck gebracht und lediglich Grundsätze für die Suche nach sachbezogenen Lösungen im Einzelfall aufgestellt hat. Dass eine Flexibilität der Beteiligten im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von öffentlichem Grund und Boden für die Verlegung von Fernmeldeleitungen unabdingbar ist, bringt auch Art. 38a Abs. 3 FDV zum Ausdruck, wenn er ausdrücklich abweichende Vereinbarungen vorbehält. Diese Bestimmung ist zwar erst nach Abschluss des Vertrages in Kraft getreten. Sie konkretisiert aber kompetenzgemäss das (im Übrigen ursprünglich auch von der Verwaltung ausgearbeitete) FMG, welches seit Abschluss der Vereinbarung unverändert gilt. Es kann nicht einfach angenommen werden, der Bundesrat habe mit Art. 38a Abs. 3 FDV eine gesetzeswidrige Verordnungsbestimmung geschaffen. Die Bestimmung bringt vielmehr das auch im vorliegenden Fall manifeste Bedürfnis nach einzelfallgerechten spezifischen Vereinbarungslösungen zum Ausdruck. Eine Konzeption, welche das NSG auch im Zusammenhang etwa mit der Entschädigung für die Inanspruchnahme des Nationalstrassenareals aufweist.

E. 2.5.4

Teleologische Auslegung Art. 35 FMG hat den Zweck, Behinderungen des Netzaufbaus durch kantonale und kommunale Unterschiede zu verhindern und Ungleichbehandlungen zwischen dem früheren Anbieter, Telecom PTT, und neuen Anbietern auszuschliessen. Wie die Klägerin richtig feststellt, wurde das Bewilligungsverfahren von den Eidgenössischen Räten deshalb eingeführt, um die Koordination der Bauvorhaben der verschiedenen Fernmeldedienstleister sicherzustellen. Um die neuen Fernmeldedienstleister gegenüber der früheren PTT nicht zu benachteiligen, sollten diese zudem ebenso das Recht haben, den öffentlichen Grund unentgeltlich zu benutzen, sofern der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird. Die neuen Fernmeldedienstleister sollten die gleichen Wettbewerbschancen auf dem Markt haben wie die PTT. Die Bestimmung ist somit nicht, wie von der Klägerin sinngemäss behauptet (Klagschrift S. 81 N 211), als eine Schutzbestimmung in dem Sinne zu verstehen, dass eine schwächere Partei vor einer stärkeren geschützt werden soll, wie dies z.B. im Arbeitsrecht der Fall ist.

E. 2.5.5

Ergebnis Weder der Wortlaut noch die Materialien weisen ausdrücklich darauf hin, dass die Regelung von Art. 35 FMG zwingender Natur ist. Auch der Bundesrat hat auf die Interpellation Yves Christen vom 22. März 2002 ausgeführt, dass abweichende Vereinbarungen möglich seien. Auch die systematische Auslegung und der Zweck der Bestimmung lassen nicht auf einen zwingenden Charakter schliessen. Vom Gesetz abweichende Vereinbarungen sind daher als zulässig zu erachten. Das Gericht gelangt somit zum Schluss, dass Art. 35 FMG nicht zwingender Natur ist und daher eine davon abweichende Vereinbarung zulässig wäre. Wie oben bereits dargelegt (E. 2.4.2), wurde jedoch mit der Vereinbarung nicht von Art. 35 FMG abgewichen.

E. 2.6

Des Weiteren ist bei diesem Ergebnis zu prüfen, ob die ganze Vereinbarung das Äquivalenzprinzip beachtet. Die Klägerin bringt vor, der Vertrag verletze das Verhältnismässigkeitsprinzip. Dies wird vom Beklagten bestritten.

E. 2.6.1

Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot. Es gilt grundsätzlich für alle Gebühren (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 2642). Nach dem Äquivalenzprinzip muss die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zu der vom Gemeinwesen erbrachten Leistung stehen. Ein gewisser Ausgleich im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung und das Interesse des Privaten an der Leistung ist zulässig. Auch eine Pauschalisierung aus Gründen der Verwaltungsökonomie in beschränktem Ausmass ist erlaubt (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 2641). Der Wert der staatlichen Leistung bemisst sich entweder nach dem - nicht notwendigerweise wirtschaftlichen - Nutzen, den diese dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme der Verwaltung im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges (BGE 128 I 52 E. 4a; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 56 Rz 22; Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 2642). In gewissen Fällen, z.B. wenn die Leistung keinen „Marktwert“ hat, ist es schwierig, den Nutzen einer staatlichen Leistung bzw. den Kostenaufwand der Verwaltung zu bestimmen. In solchen Fällen erfüllt das Äquivalenzprinzip seine Begrenzungsfunktion kaum und dem Gesetzgeber kommt bei der Bestimmung der Höhe der Gebühr ein grosser Ermessensspielraum zu (Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 56 Rz 25; Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 2642). Das Äquivalenzprinzip gilt grundsätzlich auch beim Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen. Zu beachten gilt es hier jedoch, dass die Bindung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag der Zustimmung der Parteien bedarf, weshalb ein weniger strenger Massstab anzusetzen ist. Nicht erforderlich ist, dass Leistung und Gegenleistung absolut gleichwertig sind (Klein, a.a.O., S. 93). Die Behörde darf aber „weder wuchern noch verschleudern“ (Willy Spannowski, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, Berlin 1994, S. 347 f.). Ungleichwertige Leistungen, die den Tatbestand der Übervorteilung erreichen, erfüllen die Anforderungen des Äquivalenzprinzips klarerweise nicht. Die Grenze, bei der nicht mehr von verhältnismässigen Leistungen gesprochen werden kann, ist jedoch tiefer anzusetzen, als bei der Übervorteilung. Auch Tatbestände, die privatrechtlich noch keine Übervorteilung darstellen, können das Gebot der Ausgewogenheit der Leistungen verletzen (Klein, a.a.O., S. 93, S. 182). Bei einem verwaltungsrechtlichen Vertrag stehen sich vielfach nicht nur eine Leistung des Staates und eine des Privaten, sondern ein ganzer Komplex von verschiedenen Leistungen gegenüber. Ob die diversen Leistungen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, ist

anhand einer Gesamtbetrachtung der einzelnen Leistungen festzustellen. Ein Indiz für die erforderliche Ausgewogenheit der Leistungen ist deren Marktnähe. Eine entsprechende Überprüfung des Vertragsinhalts setzt jedoch voraus, dass die Leistungen einen Marktwert aufweisen (Klein, a.a.O., S. 93; Thomas P. Müller, a.a.O., S. 200 ff.).

E. 2.6.2

Auch im vorliegenden Fall steht sich ein ganzer Komplex von verschiedenen Leistungen gegenüber. Nachfolgend gilt es zu untersuchen, welche gegenseitigen Leistungsversprechen die Vereinbarung vom 7. Juli 2000 enthält bzw. welche Leistungen einander gegenüberstehen. Dabei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Marktwert der Leistungen - vor allem aus der Retrospektive nach Abklingen der Telecom-Euphorie - teilweise gar nicht mehr oder nur sehr schwer zu bestimmen ist. Unter diesem Aspekt ist die heutige rückwirkende Beurteilung und Bewertung der Teilleistungen eines synallagmatischen Vertrages aufgrund der Volatilität des Marktwertes etwa des „first come“ infolge kürzerer Bauzeit durch Beanspruchung des Standstreifens ohnehin problematisch. Die wesentliche Leistung der Klägerin besteht in der Kostentragung für den Bau der Infrastruktur in der Höhe von (behauptetermassen) Fr. 21'972'308.-- (Ziff. 7.1 der Vereinbarung). Weiter wurde das Eigentum an der Infrastruktur, d.h. an den 24 Rohren, an den Beklagten übertragen (Ziff. 2.1 der Vereinbarung). Der Wert der Infrastruktur kann wohl nicht den Erstellungskosten gleichgesetzt werden, da aufgrund des im Zeitpunkt der Erstellung hohen Zeitdrucks keine Ausschreibung erfolgen konnte, so dass von Mehrkosten im Umfang von 20-30 % auszugehen ist. Auch ist eine in der Höhe nicht bestimmbare Werteinbusse anzunehmen, da der Markt offensichtlich kaum Interesse an den Leitungen zeigt. Dem stehen die Leistungen des Kantons entgegen. Unbestrittenermassen hat der Kanton rund Fr. 2'300'000.-- an die Erstellung des 4er Rohrblocks 120 mm bezahlt. Weiter hat sich der Kanton mit rund Fr. 950'000.-- an den Erstellungskosten von 10 Rohren beteiligt. Der Kanton hat der Klägerin ausserdem die Benutzung von Verwaltungsvermögen gestattet. Der Wert dieser Leistung wurde im Vorabzug mit rund Fr. 2,7 Mio. beziffert. Der Beklagte behauptet heute, diese Leistung habe einen Wert von Fr. 3,5 Mio. bis Fr. 4 Mio. In einer internen Notiz von Jacques G. wurde festgehalten, dass die Benutzungsgebühr für das Verwaltungsvermögen von Fr. 4,5 Mio. auf Fr. 2,5 Mio. habe heruntergehandelt werden können. Entgegen dem Gutachten Jaag/Rüssli I vom 4. April 2001 regelt die Verordnung über die Gebühren zum Strassengesetz nicht die zu erhebenden Gebühren für die Benutzung von Verwaltungsvermögen und ist daher vorliegend nicht anwendbar. Gemäss Art. 38a Abs. 2 FDV (die FDV ist am 15. November 2001 in Kraft getreten, die Bestimmung von Art. 38a wurde erst am 7. März 2003 eingefügt und trat am 1. April 2003 in Kraft) darf die Entschädigung bei der Benutzung von freien Infrastrukturen des Strasseneigentümers nicht höher sein als die geschätzten Kosten der Konzessionärin für die Verlegung eigener Leitungen. Gemäss Abs. 3 bleiben abweichende Vereinbarungen zwischen den Beteiligten über die Inanspruchnahme von Grund und Boden vorbehalten. Art. 39 FDV hält fest, dass als angemessenes Entgelt für die Mitbenutzung von anderen Anlagen und Sendestandorten der massgebende Anteil an den Vollkosten gilt. Das ASTRA hat am 11. September 1998 Richtlinien erlassen, welche Richtpreise für die Benützung eines Leerrohres oder Teilen davon zum Durchleiten dritter Leiter vorsieht. Je nach Berechnung (Berücksichtigung der Gesamtlänge des Verwaltungsvermögens von 6750 m oder Aufteilung in die einzelnen Teilstrecken des benutzten Verwaltungsvermögens) ergibt sich gestützt auf die genannte Richtlinie ein Betrag zwischen Fr. 1,6 Mio. und Fr. 2,68 Mio. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass diese Richtlinie des ASTRA keinen verbindlichen, sondern lediglich

empfehlenden Charakter hat. Zudem war diese Richtlinie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits rund 2 Jahre alt, so dass sich die Preise durchaus geändert haben könnten. Ein Vergleich mit der Regelung im Kanton Aargau zeigt, dass die jährliche Gebühr für Leitungen bei Mitbenutzung von Rohrblöcken und Hüllrohren zwischen Fr. 2.-- bis Fr. 10.-- pro Meter und Rohr beträgt (vgl. § 2 lit. b der aargauischen Verordnung über die zur Benutzung des National- und Kantonsstrassenareals zu erhebenden Gebühren vom 18. November 1998). Im vorliegenden Fall ergäbe sich unter Annahme dieser Zahlen für die im Kanton Basel-Landschaft gelegene Strecke eine Gebühr zwischen Fr. 4,05 Mio. und Fr. 20,25 Mio. Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen erscheint die Annahme, dass der Gegenwert für die Benutzung des Verwaltungsvermögens rund Fr. 4 Mio. beträgt, durchaus gerechtfertigt. In der Vereinbarung wurde auch die Wertverminderung der Nationalstrasse nicht berücksichtigt, die durch die Benutzung des Standstreifens entstanden ist. Die Benutzung des Standstreifens war im Vorabzug noch nicht vorgesehen. Die Lebensdauer des Belages soll gemäss Auskunft von Thomas Weber, Tiefbauamt, durch die Benutzung um 1/3 bis 1/2 reduziert werden, was freilich entsprechende Kostenfolgen zeitigt. Der Beklagte kann ausserdem eine kostendeckende Gebühr für die Bewilligungserteilung geltend machen. Gesetzliche Grundlage dazu bietet Art. 35 Abs. 4 FMG. Die Bestimmungen von § 26 Abs. 3 bzw. § 41 Abs. 1-3 Strassengesetz und § 1 bis 3 der Verordnung über die Gebühren zum Strassengesetz gelten vorliegend aufgrund von Art. 35 Abs. 4 FMG insoweit nicht, als die Gebühr über eine reine Verwaltungsgebühr hinausgeht bzw. darunter liegt. Die Gebühr für die Bewilligungserteilung gemäss § 1 Gebührenordnung beträgt somit in casu Fr. 630'860.-- (Fr. 120.-- + Fr. 240.-- [da vorliegend ein grosser Verwaltungsaufwand betrieben werden musste und komplizierte Verhältnisse herrschten] + Fr. 25.-- x 25'220m [Länge Leitungen ohne Tunnels und Brücken, vgl. Schreiben Beklagter vom 8. Februar 2006; aus Klagebeilage 75 ergeben sich 26'011m]). Weiter würde dem Beklagten eine Gebühr für Bauplatzinstallation gemäss § 2 der Verordnung über die Gebühren zum Strassengesetz zustehen, welche rund Fr. 1'495.-- beträgt (Fr. 120.-- + [Fr. 25.-- x 43 (vgl. weekly reports)] + Fr. 300.-- [da vorliegend ein grosser Verwaltungsaufwand betrieben werden musste und komplizierte Verhältnisse herrschten]). Gemäss § 2 Abs. 4 Gebührenordnung werden für weitere Bewilligungen für eine über den Gemeindegebrauch hinausgehende Benutzung von Kantons- und Nationalstrassen Gebühren erhoben, die sich nach dem Verwaltungsaufwand richten. Des Weiteren fällt durch die Übertragung des Eigentums an der Infrastruktur auf den Beklagten die Pflicht der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nach Vertragsabschluss diesem zu. Entgegen den Ausführungen der Klägerin beinhaltet die in Art. 35 Abs. 2 FMG vorgesehene Rückbauverpflichtung nach Auffassung des Gerichts nicht nur das Wiederherstellen der Oberfläche nach dem Verlegen der Leitungen, sondern eine komplette Entfernung der Anlage. Nur so kann Gewähr dafür geboten werden, dass sich die Rohrblöcke im Falle einer Veränderung der Beanspruchung des Trassees der Nationalstrasse nicht störend auswirken. Gemäss Kostenschätzung der Marti AG, welche im Übrigen eine Auftragnehmerin der Klägerin ist, betragen die Gesamtrückbaukosten ca. Fr. 13'490'000.-- (vgl. Beilage zum Schreiben des Tiefbauamtes an das Kantonsgericht vom 8. Februar 2006). Die Klägerin ihrerseits hat folgende Angaben [Klagschrift S. 49 ff. N 88ff.; Replik S. 10 ff. N 19 ff.] zu ihrer Geldforderung gemacht: Rechnung der X. 13'597'500.-- Rechnungen anderer Unternehmer + 3'220'095.-- Total Kosten Bauunternehmer 16'817'595.-- Quotenmässige Belastung weiterer Kosten (12% von 2'950'696.-- [Vgl. Replikbeilage 5.] + 345'540.-- [Richtig wohl: Fr. 354'084.--]

Überschneidungen mit Aargau + 82'137.65 Total 17'254'272.-- [Richtig wohl: Fr. 17'253'817.--] Leistungen für Schächte + 349'400.-- Gesamtsumme Baukosten 17'603'672.-- [Richtig wohl: Fr. 17'603'217.--] Übrige Kosten (Bauleitung etc.) + 4'318'637.-- [= Fr. 2'667'548.00 (Administration, Planung, Bauleitung: 12.3% von Fr. 21'687'386.00. Andere Berechnung: Fr. 2'334'501 [FLAC-Awarding Auth.] + Fr. 233'599.00 [BL Awarding Auth.] + 99'000.00 [ROW Legal Registration Costs]) + Fr. 1'651'537.00 (Finanzierungsausgaben: 12.3% von Fr. 13'462'692.00).] Aufwendungen für Beklagten + 50'000.-- [Unklar von wo diese Zahl kommt.] Total 21'972'308.-- [Richtig wohl: Fr. 21'971'854.-- oder zumindest aufgrund Rechnungsfehler Fr. 21'972'309.--] Spezifische Kosten Beklagter - 1'078'416.-- Spezifische Kosten Klägerin - 1'343'316.-- Total Infrastruktur-Kosten 19'550'576.-- [Richtig wohl: Fr. 19'550'122.--] Kostenanteil je 50% Beklagter: 9'775'288.-- [Richtig wohl Fr. 9'775'061.--] Klägerin: 9'770'288.-- [Richtig wohl Fr. 9'775'061.-- oder zumindest aufgrund Rechnungsfehler auch Fr. 9'775'288.--] Gesamtkosten Beklagter: 9'775'288.-- + 1'078'416.-- = Fr. 10'853'704.-- Bei der vorstehenden Rechnung ist jedoch zunächst zu berücksichtigen, dass gemäss Angaben der X____ die Aufwendungen für den 4-er Rohrblock 120 mm im Betrag der Schlussabrechnung enthalten sind (vgl. E-Mail von H.____ R:____ von der X.____ vom 8. Februar 2006). Dies bedeutet, dass der vom Beklagten bezahlte Betrag von Fr. 2'338'387.95 wohl von der X.____-Rechnung abzuziehen ist. Daraus ergibt sich, dass sich der zu teilende Betrag bereits auf Fr. 17'212'188.-- (Fr. 21'972'308.-- abzüglich Fr. 3'416'803.95 [Spezifische Kosten Beklagter] abzüglich Fr. 1'343'316.-- [spezifische Kosten Klägerin]) reduziert. Nach dem Verteilungsschlüssel der Klägerin würde somit lediglich noch ein Betrag von Fr. 8'606'094.50 resultieren. Sofern der Betrag von Fr. 1'078'416.-- die vom Beklagten bezahlten 12 bzw. 10 Rohre a 40 mm darstellt, wären diese zur Forderungsberechnung nicht mehr hinzuzuzählen, da diese ja bereits bezahlt wurden. Die Forderung der Klägerin könnte somit, sofern ihren Berechnungen und Zahlen ansonsten gefolgt würde, nur noch rund Fr. 8'600'000.-- Mio. betragen. Des Weiteren kann aber auch der Argumentation der Klägerin, der Beklagte müsse die Hälfte der Gesamtkosten übernehmen (Klagschrift S. 50 N 90), kaum gefolgt werden. Das Projekt wurde nachweislich von der Klägerin initiiert und in der Folge wurden die gegenseitigen Rechte und Pflichten in der Vereinbarung vom 7. Juli 2000 festgehalten. Die Projektausfertigung für 12 Rohre lag am 25. Februar 2000 vor. Der mit Fax-Schreiben vom 15. Mai 2000 vorgeschlagene Kostenteiler von 50 % kann sich höchstens auf denjenigen Abschnitt, in dem der 4er Block a 120mm auch im Auftrag des Beklagten verlegt wurde, beziehen, jedoch sicherlich nicht auf das gesamte von der Klägerin verlegte Netz (Klagbeilage 40; vgl. dazu auch das Schreiben der Klägerin vom 18. Oktober 1999, Klagbeilage 24). Die zusätzlichen Rohre für den Beklagten können nicht zu einer Verdoppelung der gesamten Projektkosten geführt haben. Es kann daher im Nachhinein nicht einfach ein animus societatis angenommen und gesagt werden, der Beklagte habe die Hälfte der Gesamtkosten zu tragen. Vielmehr wäre bei Annahme der Verletzung des Äquivalenzprinzips davon auszugehen, dass der Beklagte höchstens die durch den Bau der zusätzlichen 12 Rohre verursachten zusätzlichen Kosten zu tragen hätte. Ebenso muss ein deutliches Fragezeichen zur Intention der Klägerin gemacht werden, dem Beklagten unbesehen der internen Verhältnisse die Hälfte der (teuren) Fremdfinanzierungskosten auferlegen zu wollen. Es kann offen gelassen werden, ob sich der Beklagte in Kenntnis der von der Klägerin nachträglich postulierten wirtschaftlichen Prämissen überhaupt am Unterfangen beteiligt hätte. Allerdings kann mit grosser Wahrscheinlichkeit davon

ausgegangen werden, dass der Beklagte bei einer weitergehenden Kostentragungspflicht für seinen Teil wohl ein weitaus kostengünstigeres Finanzierungsmodell gewählt hätte.

E. 2.6.3

Aus der gemachten Gegenüberstellung sämtlicher Leistungen und Gegenleistungen bzw. deren mutmasslichen Werte ergibt sich, dass entgegen dem Gutachten Jaag/Rüssli II vom 23. Juli 2001, S. 20 f., wohl kaum von einer Verletzung des bei verwaltungsrechtlichen Verträgen ohnehin weniger streng anzuwendenden Äquivalenzprinzips ausgegangen werden kann. Dies im Übrigen sogar bereits ohne Berücksichtigung der Rückbaukosten von rund Fr. 13,5 Mio., die der Kanton gemäss Art. 35 Abs. 2 FMG übernehmen müsste, da das Eigentum an der Infrastruktur auf den Beklagten übertragen wurde. Das Vorliegen eines offenbaren Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne einer Übervorteilung, d.h. einer schweren Verletzung des Äquivalenzprinzips, kann jedenfalls verneint werden. Die gegenseitigen Leistungen scheinen mehr oder weniger ausgewogen zu sein. Aufgrund dieser Gegenüberstellung ergibt sich ausserdem, dass eine von der Klägerin geltend gemachte versteckte Zahlung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden nicht ersichtlich ist. Eine detailliertere Bewertung der Leistungen ist beim vorliegenden sehr speziellen wirtschaftlichen Sachverhalt problematisch und hier ohnehin nicht nötig.

E. 2.7

Es ist weiter zu prüfen, ob die Vereinbarung gegen das Rechtsgleichheitsgebot oder das Gebot der Wettbewerbsneutralität verstösst. Von der Klägerin wird im Wesentlichen eine mögliche zukünftige Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots und des Gebots der Wettbewerbsneutralität geltend gemacht.

E. 2.7.1

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit wird durch Art. 8 BV gewährleistet. Danach ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 495). Nach früherer Auffassung verletzte der verwaltungsrechtliche Vertrag nur schon durch seine Existenz den Grundsatz der Rechtsgleichheit, weshalb er generell abgelehnt wurde. Diese Auffassung ist heute jedoch überwunden. Der blosser Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages führt somit nicht automatisch zu einer rechtsungleichen Behandlung. Bei der Beurteilung, ob ein verwaltungsrechtlicher Vertrag das Rechtsgleichheitsgebot einhält, ist grundsätzlich auf die Massstäbe wie bei der Überprüfung von Verfügungen abzustellen (Klein, a.a.O., S. 83 f.). Eine Ungleichbehandlung eines Vertragspartners gegenüber einem Dritten, mit dem ebenfalls ein Vertrag abgeschlossen oder demgegenüber verfügt wurde, muss sich auf sachliche Gründe stützen können. Sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung können nach Klein etwa dann vorliegen, wenn ein Entgegenkommen des Staates durch eine Gegenleistung des Privaten gleichsam kompensiert wird. Bei einem weiten Ermessensspielraum und bei komplexen Sachverhalten ist die Vergleichbarkeit jedoch mit grossen Schwierigkeiten verbunden (Klein, a.a.O., S. 84). Das Gebot der Wettbewerbsneutralität wird aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleitet. Diesem Grundsatz zufolge sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren. Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um dasselbe Bedürfnis zu befriedigen (Häfelin/Haller, a.a.O., Rz 692 ff.). Die Klägerin rügt nicht, der Beklagte habe das Rechtsgleichheitsgebot und das Gebot der Wettbewerbsneutralität in einem konkreten Fall

verletzt. Die 12 Rohre des Beklagten sind auch nicht vermietet. Damit das Gericht überprüfen kann, ob die Rechtsnormen auf gleichliegende Fälle in gleicher Weise angewendet werden, ist zwingendermassen ein Fall erforderlich, mit dem die Situation der Klägerin verglichen werden kann. Bei bloss virtuellem Betroffensein ist eine materielle Überprüfung somit nicht möglich, weshalb dies nicht genügen kann. Gleiches gilt für die Wettbewerbsneutralität. Die leeren Rohre des Beklagten könnten für unterschiedliche Zwecke benutzt werden und müssen nicht zwingend an direkte Konkurrenten vermietet werden.

E. 2.7.2

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Klägerin vorliegend lediglich virtuell betroffen ist, was für die Geltendmachung einer Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots und der Wettbewerbsneutralität nicht genügt. Das Gericht kann somit diese Rüge nicht überprüfen.

E. 2.8

Die Klägerin macht weiter geltend, in casu gebe es keine gesetzliche Grundlage für die Leistung der Klägerin, weshalb das Legalitätsprinzip verletzt sei. Wie bereits aufgezeigt wurde, ist für die vom Privaten übernommene Leistung keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich. Er darf sich insofern verpflichten, als nicht zwingendes Recht entgegensteht. Die im vorliegenden Verfahren anwendbaren Bestimmungen des FMG und des NSG bzw. der NSV sind als genügende gesetzliche Grundlage in Bezug auf den Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages als solcher und die grundsätzliche Vereinbarung von gegenseitigen Leistungen zu betrachten. Nur wenn Art. 35 und 37 FMG als zwingende Bestimmungen betrachtet würden und festgestellt würde, dass in der Vereinbarung von diesen Bestimmungen abgewichen worden wäre, wäre für diesen Teil der Leistungsvereinbarung das Legalitätsprinzip verletzt. Wie aber die vorherigen Prüfungen ergeben haben, sind Art. 35 und 37 FMG nicht zwingend bzw. es wurde prima facie nicht davon abgewichen, weshalb auch in Bezug auf die Eigentumsübertragung und ein allfälliges Entgelt für die Nutzung von Grund und Boden im Gemeingebrauch kein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip vorliegt.

E. 2.9

Ausserdem bringt die Klägerin vor, es sei nicht Aufgabe des Beklagten, Infrastrukturen für Glasfaserkabel zu erstellen. Es sei nicht zulässig, dass sich der Beklagte Leistungen versprechen lasse, die nicht zu seinem Aufgabenbereich gehören. Der Beklagte habe die innerkantonale Kompetenzordnung verletzt, weil er sich von einem Privaten eine Infrastrukturanlage habe finanzieren lassen, die - hätte er sie selbst erstellt - dem fakultativen Finanzreferendum unterstellt wäre (§ 31 Abs. 1 lit. b KV).

E. 2.9.1

Die Klägerin rügt sinngemäss einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung bzw. eine Verletzung des Stimmrechts. Beides sind verfassungsmässig garantierte Rechte, die eigentlich mit einer Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte gemäss § 32 ff. VPO bzw. wegen Verletzung der Volksrechte gemäss § 37 ff. VPO geltend zu machen wären. Die Abgrenzung der Beschwerde wegen Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips zur Beschwerde wegen Verletzung des Stimmrechts ist umstritten. Die Abgrenzung ist jedoch deshalb von praktischer Bedeutung, weil die Stimmrechtsbeschwerde von jedem stimmberechtigten Einwohner des betreffenden Gemeinwesens erhoben werden kann, die Beschwerde wegen Verletzung des

Gewaltenteilungsprinzips hingegen nur von Personen, die durch den beanstandeten Hoheitsakt in schutzwürdigen Interessen betroffen sind (Häfelin/Haller, a.a.O., Rz 1984 ff.; KGE VV vom 26. Oktober 2005 i.S. M.H. E. 2c). Das Bundesgericht geht seit 1978 von einem restriktiven Verständnis der Stimmrechtsbeschwerde aus. Gemäss Bundesgericht ist die Stimmrechtsbeschwerde „ein Rechtsbehelf, mit dem vorab durchgesetzt werden kann, dass ein Erlass oder Verwaltungsakt, der formell dem fakultativen oder obligatorischen Referendum unterliegt, diesem Mitwirkungsrecht des Volkes auch wirklich unterstellt wird. [...] Sie ist aber nicht zur Anfechtung von Erlassen oder Einzelakten der Exekutive bestimmt, die nach der verfassungsrechtlichen Ordnung zum vorneherein nicht der Volksabstimmung unterliegen können und auch nicht die konkrete Durchführung einer Abstimmung oder Wahl betreffen. Enthält eine Verordnung oder ein Einzelakt der Verwaltung Vorschriften, die richtigerweise Gegenstand eines dem Referendum unterliegenden Gesetzes sein müssten, so ist nicht die Stimmrechtsbeschwerde, sondern gestützt auf Art. 84 Abs. 1 lit. a OG die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Gewaltentrennung zu ergreifen. Ziel der Beschwerde ist in diesem Falle nämlich nicht, eine Abstimmung herbeizuführen; die Beschwerde ist vielmehr auf die Aufhebung des fraglichen Hoheitsaktes gerichtet" (BGE 105 Ia 360 E. 4b). Die Klägerin rügt sinngemäss, dass das Tiefbauamt bzw. die Bau- und Umweltschutzdirektion nicht über die im Vertrag festgelegte Regelung betreffend Erstellung der Infrastrukturanlage hätte allein entscheiden dürfen. Richtigerweise hätte diese Anordnung Gegenstand eines dem Finanzreferendums unterliegenden Landratsbeschlusses sein müssen. Ziel der Klägerin ist offensichtlich nicht, eine Abstimmung herbeizuführen, sondern die Aufhebung der Vereinbarung zu bewirken. Rechtsbehelf wäre vorliegend damit grundsätzlich nicht die Stimmrechtsbeschwerde, sondern eine Beschwerde wegen Verletzung der Gewaltenteilung (vgl. KGE VV vom 26. Oktober 2005 i.S. M.H. E. 2b).

E. 2.9.2

Die Verfassungsgerichtsbeschwerde an das Kantonsgericht ist u.a. zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide einer Direktion. Ohne dass der Instanzenzug ausgeschöpft werden muss, ist die Beschwerde zulässig, wenn die Direktion, die letztinstanzlich zu entscheiden hat, den Erlass einer Verfügung, eines Entscheides oder eines Beschlusses verweigert oder verzögert (§ 32 Abs. 4 VPO). Die Beschwerdefrist beträgt gemäss § 34 VPO 10 Tage und beginnt mit Eröffnung der Verfügung oder des Entscheides bzw. sofern keine Veröffentlichung erfolgt, mit dessen Kenntnismahme zu laufen. Im vorliegenden Fall war die Klägerin an der Entwicklung der Vereinbarung vom 7. Juli 2000 massgebend beteiligt und hat diese spätestens am 13. September 2000 unterschrieben. Nach Treu und Glauben hatte die Klägerin in dieser Zeit Kenntnis davon bzw. hätte sie Kenntnis davon erhalten können (sofern es sie interessiert hätte), dass die Vereinbarung nicht dem fakultativen Referendum unterstellt wurde. Wenn nun die Klägerin in der Klagschrift vom 23. Dezember 2002 erstmals vorbringt, es sei vorliegend das Gewaltenteilungsprinzip verletzt worden, ist die Frist längstens abgelaufen, weshalb auf diese Rüge nicht einzugehen ist. Es kann offen bleiben, ob die Klägerin einerseits die von ihr behauptete Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips zuerst bei der Bau- und Umweltschutzdirektion hätte rügen müssen und ob überhaupt eine Verletzung der Gewaltenteilung vorliegt. Eine Verletzung der Gewaltenteilung wäre dann zu bejahen, wenn der Bau der Infrastruktur eine neue Ausgabe wäre, nicht hingegen, wenn dies eine gebundene Ausgabe ist (§ 31 Abs. lit. b KV schreibt vor, dass Beschlüsse des Landrates über neue einmalige Ausgaben von mehr als Fr. 500'000.-- dem fakultativen Referendum unterstehen). Eine Ausgabe ist gemäss § 1 des

Dekreets zum Finanzhaushaltsgesetz vom 20. Mai 1996 gebunden, wenn sie durch einen Rechtsatz prinzipiell sowie dem Umfang nach vorgeschrieben ist oder wenn sie zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verwaltung unbedingt nötig ist oder wenn anzunehmen ist, die Stimmberechtigten hätten mit einem vorausgehenden Grunderlass auch die aus ihm folgenden Aufwendungen gebilligt, falls ein entsprechendes Bedürfnis voraussehbar war, oder falls es gleichgültig ist, welche Sachmittel zur Erfüllung der vom Gemeinwesen mit dem Grunderlass übernommenen Aufgaben gewählt werden. Eine rechtliche Grundlage liegt gemäss § 3 des Finanzhaushaltsgesetzes vom 18. Juni 1987 unter anderem vor, wenn eine Ausgabe Folge der Anwendung zwingender Vorschriften des Bundes ist, die unmittelbare oder voraussehbare Folge der Anwendung kantonaler Gesetze ist oder Folge eines Beschlusses des für die Ausgabenbewilligung zuständigen Organes ist. Vorliegend erfolgten die Zahlungen des Beklagten auf Rechnung des Nationalstrassenbaus (vgl. Beilagen zum Schreiben Tiefbauamt an das Kantonsgericht vom 8. Februar 2006). Gemäss Art. 5 Abs. 1 NSG haben die Nationalstrassen hohen verkehrstechnischen Anforderungen zu genügen; sie sollen insbesondere eine sichere und wirtschaftliche Abwicklung des Verkehrs gewährleisten. § 1 des Strassengesetzes bestimmt, dass der Kanton und die Gemeinden das öffentliche Strassennetz im Rahmen der übergeordneten Raumplanung und unter Berücksichtigung des Umwelt- und des Landschaftsschutzes planen, erstellen und unterhalten. Der Beklagte liess die zusätzlichen 12 Rohre auf Anweisung des ASTRA bauen (vgl. Klagantwortbeilage 12). Mit dem Bau von Reserverohren sollte in Übereinstimmung mit den Zielen von Art. 5 Abs. 1 NSG, § 1 des Strassengesetzes vom und dem Verhältnismässigkeitsprinzip verhindert werden, dass die Strassenanlage durch neue Fernmeldekonzessionäre immer wieder aufgerissen würde. Eine gesetzliche Grundlage für die Ausgabe des Beklagten ist daher zu bejahen, weshalb diese als gebunden zu betrachten und dem fakultativen Finanzreferendum ohnehin nicht zu unterstellen ist. Im Übrigen stellt die heutige Berufung der Klägerin auf den Grundsatz der Gewaltenteilung in diesem Zusammenhang ein "venire contra factum proprium" dar, welches als rechtsmissbräuchliches Verhalten keinen Rechtsschutz verdient. Die Klägerin hat immer betont, wie dringend die Angelegenheit sei und entsprechend Druck aufgesetzt. Sie weiss genau, dass das Abwarten eines Finanzbeschlusses des Landrates ihr Projekt zum Scheitern gebracht hätte.

E. 2.9.3

Wie bereits aufgezeigt wurde, ist vorliegend die Stimmrechtsbeschwerde unzulässig. Zudem wäre die Klägerin zur Stimmrechtsbeschwerde gar nicht legitimiert, da sie als juristische Person nicht Trägerin des von ihr angerufenen verfassungsmässigen Rechts und auch keine politische Partei ist, die im Kanton Basel-Landschaft tätig ist (Häfelin/Haller, a.a.O., Rz 2020 f., 2024).

E. 2.9.4

Das Gericht gelangt somit zum Schluss, dass die Rüge der Klägerin, es sei in casu die innerkantonale Kompetenzordnung verletzt worden, unbehelflich ist.

E. 2.10

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zwar in der Vereinbarung vom 7. Juli 2000 von Art. 37 FMG abgewichen wurde, jedoch diese Bestimmung als dispositiv anzusehen ist. Von Art. 35 FMG wurde hingegen nicht abgewichen und es ist keine Verletzung des Äquivalenzprinzip ersichtlich. Es liegt auch kein Verstoss gegen das

Legalitätsprinzip, gegen das Rechtsgleichheitsgebot oder das Gebot der Wettbewerbsneutralität vor. Die Rüge, es sei die innerkantonale Kompetenzordnung verletzt worden, kann (mangels formeller Voraussetzungen) nicht gehört werden. Demzufolge ist die Vereinbarung vom 7. Juli 2000 als rechtmässig zu beurteilen und die vorliegende Klage ist abzuweisen. 3. Nachfolgend soll der Vollständigkeit halber aufgezeigt werden, welche Rechtsfolgen es in casu nach sich ziehen würde, wenn man davon ausginge, dass die Vereinbarung fehlerhaft im Sinne der klägerischen Vorbringen sei.

E. 3

Der Bundesrat regelt die Einzelheiten, namentlich die Koordinationspflicht der Konzessionärinnen sowie die Voraussetzungen für die Verlegung von Leitungen und öffentlichen Sprechzellen.

E. 3.1

Die Klägerin macht geltend, die Rechtsfolge der unzulässigen Vertragsform müsse vorliegend Nichtigkeit sein. Betreffend Rechtsfolgen des rechtswidrigen Vertragsinhalts macht die Klägerin geltend, unabhängig von welchem Ansatz (Nichtigkeit, Widerrufbarkeit, Anfechtbarkeit) man ausginge habe sie einen Anspruch darauf, dass die Rechtswidrigkeit der Vereinbarung korrigiert werde. Eine Interessensabwägung brauche nicht vorgenommen zu werden. Aber auch die Durchführung einer Interessenabwägung führe zum gleichen Resultat, da vorliegend das Interesse an der Herstellung des gesetzmässigen Zustandes bei weitem überwiege. Der Beklagte führt aus, im vorliegenden Fall müsse eine Interessenabwägung dazu führen, dass an der Vereinbarung festgehalten werde, da das Rechtsschutzinteresse überwiege. Zudem verstosse die Anfechtung gegen Treu und Glauben.

E. 3.1.1

Ein ursprünglich fehlerhafter verwaltungsrechtlicher Vertrag kann nichtig, anfechtbar oder widerrufbar sein (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 1112). Die Nichtigkeit im öffentlichen Recht bildet grundsätzlich die Ausnahme. Fehlerhafte Verfügungen sind nur nichtig, wenn der ihnen innewohnende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird (Evidenztheorie; vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 955 ff.; Klein, a.a.O., S. 132 ff.). Die gleichen Grundsätze gelten für verwaltungsrechtliche Verträge (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 1114; Klein, a.a.O., S. 133 ff.). Möglich ist auch, dass sich nur ein Teil des verwaltungsrechtlichen Vertrages als nichtig erweist. In einem solchen Fall bleibt entweder der gesamte Vertrag gültig, da der rechtswidrige Teil als von untergeordneter Bedeutung eingestuft wird. Oder der nichtige Vertragsteil bewirkt die Nichtigkeit des gesamten Vertrages, oder aber nur ein Teil ist nichtig und der restliche Teil bleibt gültig (Klein, a.a.O., S. 139). In der Lehre ist umstritten, ob die Unzulässigkeit der Vertragsform, der Verstoss gegen zwingende Rechtsnormen oder Zuständigkeitsfehler die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge haben. Tendenziell wird dies jedoch eher verneint und die Anfechtbarkeit bzw. Widerrufbarkeit befürwortet (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 1114 ff.; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 35 N 8.; Thomas P. Müller, a.a.O., S. 226; Klein, a.a.O., S. 194 ff.). Da zwischen dem Prinzip des Vertrauensschutzes und dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit ein Spannungsverhältnis besteht, ist im Einzelfall zwischen dem Vertrauensschutzinteresse und dem Gesetzmässigkeitsinteresse abzuwägen

(Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 22 N 7; Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 629). Ein Vertrag ist nur dann aufzuheben, wenn das Gesetzmässigkeitsinteresse gegenüber dem Vertrauensschutzinteresse überwiegt (Klein, a.a.O., S. 173 m.w.H.; a.M. Huguenin, a.a.O., S. 518). Ist nur ein Teil des Vertrages fehlerhaft und überwiegt das Gesetzmässigkeitsinteresse gegenüber dem Vertrauensschutzinteresse, ist nach dem Grundsatz des „favor negotii“ der rechtmässige Teil nach Möglichkeit zu erhalten und der Vertrag nicht aufzuheben sondern anzupassen (Klein, a.a.O., S. 141 m.w.H.). Die Anfechtung einer vertraglich übernommenen Verpflichtung unter Berufung auf die Rechtswidrigkeit ist unzulässig, wenn dadurch das Gebot von Treu und Glauben verletzt wird (Moor, a.a.O., S. 394). Das Gebot von Treu und Glauben ist ein allgemein geltendes Rechtsprinzip. Es bindet das Verhalten sämtlicher Rechtssubjekte und verpflichtet zur gegenseitigen Rücksichtnahme. Früher war dieses Prinzip lediglich in Art. 2 ZGB erwähnt, mit der Verfassungsrevision von 1999 wurde es ausdrücklich in Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 verankert. Ein Teilgehalt von Treu und Glauben ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Ein solches findet keinen Rechtsschutz (vgl. dazu Häfelin/Haller, a.a.O., Rz 818 ff.; Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 622 ff.; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 22 Rz 1 ff., insbesondere Rz. 16 ff.; Honsell, a.a.O., Art. 2 N 4 und 11; Katharina Sameli, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in: Schweizerischer Juristenverein, Referate und Mitteilungen, Heft 4, 1977, S. 297 ff.). Das Vertrauen einer Behörde in das Verhalten eines Privaten ist nach einem Teil der Lehre nur unter strengen Voraussetzungen zu schützen. Erforderlich sei zunächst eine enge Beziehung zwischen der Behörde und dem Privaten, die bei einem öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis zweifelsfrei vorliegt. Innerhalb dieser Beziehung müsse das Verhalten des Privaten nach Treu und Glauben als eindeutiger und vorbehaltloser Bindungswille interpretiert werden können. Weiter wird gefordert, dass sich die Zusicherung oder Erklärung des Privaten auf einen zulässigen Gegenstand bezieht. Nach dieser Auffassung darf die Verwaltung nicht auf eine Zusicherung vertrauen, die gegen zwingendes Recht verstösst, da dieses nicht zur Disposition steht. Grundsätzlich ist widersprüchliches Verhalten nicht zu beachten. Die Abwägung der verschiedenen Interessen kann jedoch im Einzelfall die Beachtung der Folgehandlung gebieten (Gächter, a.a.O., S. 195 f., S. 202, S. 207 f.). Auch das Bundesgericht nimmt eine Interessenabwägung vor und wendet bei ursprünglich fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Verträgen die Regeln über den Widerruf von Verfügungen sinngemäss an. Der Vertrag kann demnach aufgehoben werden, wenn das Interesse an der Verwirklichung des objektiven Rechts das Interesse an der Rechtssicherheit und das Vertrauen in die Beständigkeit des Vertrages überwiegt (BGE 105 Ia 210 E. 2b, 103 Ia 514 E. 4). Das Bundesgericht erachtet dabei das Interesse am Vertrauen in den Bestand des Vertrages als sehr gewichtig, liege es doch im Wesen des Vertrages, Vertrauen im Hinblick auf das zukünftige Verhalten des Vertragspartners zu begründen (BGE 103 Ia 514 E. 4). Wurde zwischen der Verwaltung und dem Privaten jedoch gewollt ein widerrechtlicher Vertrag geschlossen, so ist dieser unwirksam und bei einer Güterabwägung hat die Durchführung des objektiven Rechts Vorrang vor der Beibehaltung der durch den Vertrag geschaffenen Rechtslage (BGE 103 Ia 515 E. 4c). Gemäss Bundesgericht gebietet der Grundsatz „pacta sunt servanda“, dass vertraglich übernommene Verpflichtungen vom Gemeinwesen und vom Privaten auch zu erfüllen sind, falls sich der Vertrag als rechtswidrig erweist, sofern es sich dabei nicht um einen schwerwiegenden Mangel handelt. Das Vertrauensschutzinteresse des Privaten ist dann besonders gewichtig, wenn er durch

den Vertrag begünstigt wird. Aber auch bei einem den Privaten belastenden Vertrag ist nicht jeder Rechtsfehler geeignet, die Aufhebung des Vertrages zu bewirken, sondern bloss Mängel, die so schwer wiegen, dass die Geltendmachung durch den Privaten, der dem Vertrag zugestimmt hat, nicht als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheint (BGE 105 Ia 211 E. 2b). Dies gilt insbesondere, wenn die andere Vertragspartei ihre Leistung bereits erbracht hat und sie nicht mehr rückgängig machen kann (BVR 1985 S. 326). Im Folgenden werden Beispiele aus der Judikatur zur rechtsmissbräuchlichen Berufung auf einen Mangel in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag in chronologischer Reihenfolge aufgeführt: Der Bundesrat entschied am 11. April 1984, dass die Eltern ein Schulgeld zu bezahlen haben, wenn ihre Kinder auf ihren Wunsch in die Schule einer Nachbargemeinde aufgenommen werden und sie sich vertraglich zur Zahlung eines Schulgeldes verpflichtet haben. Die nachträgliche Bestreitung der Gesetzmässigkeit dieser Vereinbarung verstosse gegen Treu und Glauben (VPB 48.39 E. 5). In seinem Urteil vom 26. März 1985 stellte das Bundesgericht fest, aus der rechtlichen Unmöglichkeit, dass sich ein Gemeinwesen vertraglich binde, ergebe sich nicht zwingend die Ungültigkeit einer derartigen Vereinbarung. Diese Rechtsfolge sei jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn die Berufung des Privaten auf die Mangelhaftigkeit des Vertrages, welchem er zuvor zugestimmt habe, als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheine. Dieser Vorwurf müsse dem Beschwerdeführer in casu gemacht werden. Das Gemeinwesen habe seine Leistungen erbracht und könne diese auch nicht mehr zurückfordern (BGE vom 26. März 1985, in: BVR 1985 S. 315 ff., S. 326 f.). Das Verwaltungsgericht Wallis hielt mit Urteil vom 12. September 1991 fest, dass es gegen Treu und Glauben verstosse, wenn sich ein Privater nach einer Vertragsdauer von rund 15 Jahren auf die mangelnde gesetzliche Grundlage berufe. Im konkreten Fall war eine Vereinbarung zu beurteilen, mit der sich ein Privater verpflichtete, der Gemeinde für die Schneeräumung einer Strasse einen jährlichen Betrag zu bezahlen (Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung [ZWR] 1992 S. 19 ff., S. 26 f.). Der Bundesrat befand mit Entscheid vom 19. April 2000, dass im Betritt zu einem Tarifvertrag und in der späteren Anfechtung des nämlichen Vertrages ein widersprüchliches Verhalten liege, welches gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstosse und dem der Rechtsschutz versagt bleiben müsse (VPB 66.70 E. 4.). Die Eidgenössische Steuerrekurskommission hatte am 26. September 2002 folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Eine Aktiengesellschaft übernahm eine Einzelfirma und schloss mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung eine Abzahlungsvereinbarung ab, in der sie sich verpflichtete, auch die Steuerschuld der Einzelfirma zu tilgen. Obwohl eine Aktiengesellschaft bei Übernahme der Aktiven und Passiven einer Einzelfirma vom Gesetz her nicht Steuernachfolgerin werden kann und kein Raum für eine Vereinbarung gegeben war, erachtete es die Eidgenössische Steuerrekurskommission als rechtsmissbräuchlich, sich auf die Rechtswidrigkeit der Vereinbarung zu berufen (VPB 67.48 E. 3bb). Aus diesen Ausführungen wird deutlich, dass gemäss Rechtsprechung strenge Voraussetzungen zu erfüllen sind, damit die nachträgliche Geltendmachung der Rechtswidrigkeit eines aus freiem Willen abgeschlossenen Vertrages nicht als treuwidrig erscheint.

E. 3.1.2

Die Klägerin bringt vor, sie habe die Vereinbarung unterschrieben, obwohl sie Zweifel an der Rechtmässigkeit gehabt habe. Es ist daher als erstes zu prüfen, ob die Parteien bewusst einen rechtswidrigen Vertrag abschliessen wollten. Aufgrund der Akten ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der Beklagte bewusst einen vertragswidrigen Vertrag abschliessen wollte. Auch in Bezug auf die Klägerin ist aufgrund der Akten davon auszugehen, dass sie

bei Vertragsschluss davon ausging, dass die Vereinbarung rechtlich zulässig sei. Die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit aufgrund des bewussten Abschliessens eines widerrechtlichen Vertrages durch beide Parteien kann nach dem Vertrauensprinzip ausgeschlossen werden. Es stellt sich weiter die Frage, ob die Vereinbarung nichtig ist, weil sie einen besonders schweren und offensichtlichen oder zumindest leicht erkennbaren Mangel aufweist. In casu können die allfälligen Mängel der Vereinbarung (Unzulässigkeit der Vertragsform, Verstoss gegen zwingende Rechtsnormen, Verstoss gegen Äquivalenzprinzip, Verstoss gegen Rechtsgleichheit und Gebot der Wettbewerbsneutralität, Verstoss gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz, Verstoss gegen das Legalitätsprinzip) nicht als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar bezeichnet werden, da diverse Gutachten erstellt werden mussten, um die im Raume stehenden Fragen zu klären und auch diese teilweise nicht zu den gleichen Ergebnissen gekommen sind. Von Evidenz kann nach Auffassung des Kantonsgerichts keine Rede sein, womit Nichtigkeit nicht gegeben sein kann. Zudem erschienen die gerügten Rechtsmängel bei deren Bejahung nicht als besonders schwer. Dies umso weniger, als ein komplexes Vertragsverhältnis vorliegt, in welchem sich diverse Leistungen und Gegenleistungen gegenüberstehen (vgl. dazu BVR 1996 S. 229). Das im vertraglichen Bereich gelockerte Äquivalenzprinzip kann höchstens in geringem Masse verletzt sein. Das Tiefbauamt war zuständig für die Bewilligungserteilung (vgl. § 1 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 16. April 1962 zum NSG, der regelt, dass der Regierungsrat für den Vollzug der vom NSG an den Kanton oder die kantonale Behörde übertragenen Aufgaben zuständig ist). Der Regierungsrat ist befugt, einzelne Kompetenzen den Direktionen zu übertragen (§ 1 Abs. 2 der Vollziehungsverordnung zum NSG). § 26 Strassengesetz bestimmt, dass das Tiefbauamt zuständig ist für die Bewilligungserteilung für die Verlegung von Leitungen im Bereich der Nationalstrassen). Eine allfällige unrichtige Nichtunterstellung unter das Finanzreferendum hätte die inhaltlich richtige Beurteilung nicht verunmöglicht oder wesentlich erschwert (Klein, a.a.O., S. 194). Die Vereinbarung vom 7. Juli 2000 wäre somit nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar. Somit wäre noch aufgrund einer Interessenabwägung zu prüfen, ob in casu das Gesetzmässigkeitsinteresse gegenüber dem Vertrauensschutzinteresse überwiegt. Insbesondere interessiert, ob der Klägerin nicht ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorgeworfen werden muss.

E. 3.1.3

Gegen eine Aufhebung der Vereinbarung spricht, dass vorliegend eine Vereinbarung über das ganze Projekt getroffen wurde, das diverse Leistungen und Gegenleistungen enthielt. Der Beklagte hat in der Vereinbarung einem Bau im Standstreifen zugestimmt und diverse Leistungen erbracht. Die Klägerin hat sämtliche Leitungen verlegt. Eine Rückgängigmachung der Vereinbarung ist praktisch nicht durchführbar. Die Vereinbarung vom 7. Juli 2000 wurde mehr als zwei Jahre nach Inkrafttreten des neuen FMG abgeschlossen. Die Materialien dürfen als bekannt vorausgesetzt werden. Der Gesetzesinhalt war beiden Parteien zweifelsfrei bekannt (vgl. Klagbeilage 10, deutsche Übersetzung im Literaturordner, Klagbeilage 30, Klagbeilage 15, Klagbeilage 17 und 18). Nicht restlos geklärt war beim Vertragsschluss zwar die Frage, ob die relevanten Bestimmungen des FMG zwingender oder dispositiver Natur sind und welche Tarife für die Inanspruchnahme schon bestehender Infrastruktur verlangt werden durften. Das ASTRA vertrat klar die Meinung, dass die Bestimmungen dispositiv seien (Klagbeilage 64). Das BAKOM äusserte sich in seiner Stellungnahme vom 30. Januar 2001 nicht ausdrücklich zur Frage, ob die Bestimmungen dispositiv oder zwingend seien (Klagbeilage 63). Die Parteien

gingen jedoch offenbar davon aus, dass ihre Vereinbarung im Einklang mit den massgebenden Bestimmungen stehe bzw. durch Vereinbarung davon abgewichen werden könne. Die Klägerin hat gegenüber dem Beklagten bis zum 29. August 2000 nie zum Ausdruck gebracht, die Vereinbarung würde Art. 35 Abs. 4 FMG widersprechen und dies, obwohl die Vereinbarung ca. 2 Monate bei ihr lag, bevor sie diese unterschrieb und obschon sie anwaltlich vertreten war. Wenn sie tatsächlich Zweifel daran gehabt hätte, ob die Vereinbarung überhaupt zulässig sei, hätte sie dies auch nach Treu und Glauben zum Ausdruck bringen müssen (culpa in contrahendo, Pflicht zum ernsthaften Verhandeln). Was die Frage der Eigentumsübertragung betrifft, kann anhand der Akten festgestellt werden, dass es offensichtlich von Anfang an die Idee der Klägerin und nicht diejenige des Beklagten war, das Eigentum der Infrastruktur an den Beklagten abzutreten. Anlässlich der Koordinationssitzung vom 16. November 1999 machte die Klägerin selbst diesen Vorschlag (Klagantwortbeilage 1) und mit Fax-Schreiben vom 10. Mai 2000 unterbreitete sie dem Beklagten ausdrücklich eine derartige Offerte (Klagbeilage 39). Es entsprach auch ihrer Vorstellung, die Vereinbarung mit dem Kanton Bern als Modell für die Vereinbarung mit dem Beklagten heranzuziehen (vgl. Klagbeilage 31, Klagantwortbeilage 4 und Klagantwortbeilage 5). Zudem korrigierte die Klägerin selbst im Dokument „ergänzende Weisungen und Bedingungen zur Vereinbarung zwischen dem Kanton BL und der F. L. SA“ die Formulierung, dass die Betreiberin Eigentümerin der Werkleitungen sei, indem sie „die Betreiberin“ durchstrich und „Kanton wird Eigentümer“ hinschrieb (Klagbeilage 38). Die Klägerin hat somit die Eigentumsübertragung klar gewollt. Vom Beklagten wurde dies nie so gewünscht. Wäre dies der Fall gewesen, ist nicht einsichtig, wieso er sich die Mühe nahm, einen ausführlichen Vorabzug einer Bewilligung auszuarbeiten, die das Eigentum an der Infrastruktur bei der Klägerin beliess (Klagbeilage 36). Zudem gilt es zu beachten, dass sich die Klägerin mit der Eigentumsübertragung in Abweichung von Art. 35 Abs. 2 FMG der Pflicht entledigen konnte, die Kosten für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu übernehmen. Die Klägerin hat zwar anlässlich der Hauptverhandlung vorgebracht, damit sei lediglich das Schliessen der Gräben und Wiederherstellen des Strassenbelages gemeint. Gegen diese Ansicht spricht jedoch der Wille des Gesetzgebers, wonach mit der Kostenregelung von Art. 35 Abs. 2 FMG verhindert werden sollte, dass die Betroffenen, d.h. hauptsächlich die Kantone und Gemeinden, irgendwelche Mehrbelastungen im Zusammenhang mit dem Bau von Fernmeldeinfrastrukturen tragen müssen (Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996, BBl 148. Jahrgang [1996] Bd. III S. 1405 ff., S.1438). Die Bestimmung von Art. 35 Abs. 2 FMG kann auch keinen anderen Sinn haben, sie statuiert klar das Verursacherprinzip. Einmal verlegte Rohre können in der Zukunft störend sein und müssen entfernt bzw. verlegt werden, was Kosten verursacht. Für die Verlegung von Leitungen bestimmt denn auch Art. 37 Abs. 2 FDV, dem Verursacherprinzip folgend, dass die entsprechenden Kosten grundsätzlich von der Konzessionärin zu tragen sind. Dieser Grundsatz muss ebenso für das Entfernen der Leitungen gelten. Nach dem Willen des Gesetzgebers und dem Sinn der Bestimmung kann somit keinesfalls nur die oberflächliche Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes gemeint sein, sondern die Entfernung der gesamten Infrastruktur. Zurückgelassene Rohrblöcke im Nationalstrassentrassee stellen eine Altlast dar, welche zweifellos als Passivum zu betrachten ist. Sollte dem Begehren der Klägerin auf Eigentumsübertragung entsprochen werden, hätte sie im Gegenzug somit auch die Rückbaukosten zu tragen, die - aktuell - insgesamt immerhin mit ca. Fr. 13 Mio. zu veranschlagen wären.

E. 3.1.4

Die Klägerin führt in der Klagschrift aus, sie könne sich in analoger Anwendung der obligationenrechtlichen Bestimmungen auf Willensmängel berufen. Geltend gemacht werde eine analoge Anwendung von Art. 21 OR. Der Beklagte habe über eine Monopolstellung verfügt und die Zwangslage der Klägerin ausgenutzt. So habe er ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung erreicht (Klagschrift, S. 75 f. N 180-184). In der Replik bringt die Klägerin vor, es sei offensichtlich, dass die Verweigerung der Bewilligung, die bereits im Vorabzug zugestellt worden sei, die Klägerin, deren Planung weit fortgeschritten gewesen sei, in eine grosse Zwangslage versetzt und ihr erhebliche Zugeständnisse abgenötigt habe. Das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung sei angesichts der Tatsache, dass Grund und Boden unentgeltlich zur Verfügung gestellt habe werden müssen, evident (Replik S. 49 N 105). Die Klägerin beruft sich auf einen Willensmangel und macht ausdrücklich die analoge Anwendung von Art. 21 OR (Übervorteilung) geltend. Dazu ist vorweg zu bemerken, dass der Tatbestand der Übervorteilung zwar Gemeinsamkeiten mit den Willensmängeln aufweist, aber nicht zu diesen gezählt wird (Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2003, 32.48). Die Tatbestände sind daher zu unterscheiden. Die Klägerin beruft sich somit materiell nicht auf einen Willensmangel, sondern auf eine Übervorteilung. Eine absichtliche Täuschung oder Furchterregung wird nicht geltend gemacht. Aus den Akten geht hervor, dass die Klägerin erstmals am 25. Februar 2000 ein Ausführungsprojekt vorgelegt hat (Klagbeilage 35). Am 15. Mai 2000 wurden die Bauarbeiten durch den Beklagten bereits freigegeben, obwohl noch keine Bewilligung und definitive Vereinbarung vorlag (Klagantwortbeilage 13). Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der Beklagte während den Vertragsverhandlungen Druck auf die Klägerin ausgeübt und ihre Zwangslage ausgenutzt hat. Vielmehr nahm er eher eine passive Rolle ein oder kam der Klägerin in zeitlicher Hinsicht entgegen. Auch die Auskunftspersonen, insbesondere der in den Diensten beider Parteien stehende J. _____ S. _____ (von Y. _____ AG), verneinten auf Frage hin ausdrücklich, dass der Beklagte je Druck auf die Klägerin ausgeübt hat. Selbst J. G. gab auf Frage hin an, der Druck sei von den Vertragspartnern der Klägerin gekommen. Im Schreiben vom 4. Februar 2000 an das ASTRA (Klagbeilage 33) erwähnt die Klägerin zwar, sie habe vom Kanton Aargau erfahren, dass dieser von ihr als Gegenleistung für die Gewährung des Durchleitungsrechts übersetzte Beträge fordere und der Beklagte ähnlich vorgehen wolle. Aufgrund der Akten lässt sich jedoch nicht belegen, dass der Beklagte auch tatsächlich solche Forderungen an die Klägerin stellte. Auch anlässlich der Besprechung vom 25. Februar 2000 kam gemäss Protokoll nichts derartiges zur Sprache (vgl. Klagbeilage 34). Auch in der internen Notiz von Herrn G. über diese Besprechung wurde nichts über angeblich übersetzte Forderungen des Beklagten vermerkt, vielmehr wurde notiert, dass die Benutzungsgebühr für das Verwaltungsvermögen von Fr. 4.5 Mio. auf Fr. 2.5 Mio. habe heruntergehandelt werden können (Klagbeilage 35). Es trifft zwar sicherlich zu, dass die Klägerin unter enormem Zeitdruck stand, jedoch kann dem Beklagten nicht der Vorwurf gemacht werden, er habe die Situation der Klägerin ausgenutzt. Vielmehr muss sich die Klägerin den Vorwurf gefallen lassen, dass sie sich selbst in diese Zwangssituation gebracht hat, indem sie in unverantwortlicher Weise Verpflichtungen mit Vertragspartnern eingegangen ist, ohne dass die Realisierung des 150 Millionen-Projekts an sich lege artis geplant, geschweige denn schon gesichert war. Die Zeitvorstellungen der Klägerin waren unrealistisch und die Planung mit den Worten von J. _____ S. _____ (Y. _____ AG) „sehr, sehr rollend“. Diesen Umstand hat die Klägerin zu verantworten. Der Beklagte hat auch keine Zwangslage ausgenutzt. Zudem ist festzuhalten, dass gemäss bundesgerichtlicher

Rechtsprechung bei verwaltungsrechtlichen Verträgen Willensmängel in analoger Anwendung von Art. 31 OR innert Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums bzw. Beseitigung der Furcht durch an den Vertragspartner gerichtete Erklärung geltend zu machen sind (BGE 105 Ia 211 E. 2c; BGE vom 26. März 1985, in: BVR 1985 S. 327; Klein, a.a.O., S. 192). Gleiches muss auch in Bezug auf die Geltendmachung einer Übervorteilung gelten, d.h. die obligationenrechtlichen Bestimmungen sind analog anzuwenden. Der Übervorteilte hat somit innert Jahresfrist seit Vertragsabschluss dem Vertragspartner zu erklären, dass er den Vertrag wegen Übervorteilung nicht halten wolle. Nach unbenutztem Ablauf der Verwirkungsfrist gilt der Vertrag als geheilt (Claire Huguenin, in: Basler Kommentar, OR I, 3. Aufl., Basel 2003, Art. 21 N 2 u. 15 m.w.H.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 2003, N 745 f.). Die Klägerin machte erstmals in der Klageschrift vom 23. Dezember 2002 geltend, sie sei übervorteilt worden. Aus den Unterlagen geht hervor, dass sie sich zuvor lediglich auf den Standpunkt stellte, die Vereinbarung vom 7. Juli 2000 widerspreche Art. 35 und 37 FMG und es habe ein grosser Zeitdruck geherrscht, ohne jedoch die Verantwortung dafür auf den Beklagten zu schieben (vgl. z.B. Klagbeilage 70, Schreiben an Frau Regierungsrätin Schneider vom 21. September 2001). Die Jahresfrist zur Geltendmachung der Übervorteilung ist somit abgelaufen.

E. 3.2

Aufgrund dieser Ausführungen ergibt sich, dass sich die Klägerin rechtsmissbräuchlich auf die - angebliche - Fehlerhaftigkeit der Vereinbarung beruft.

E. 4

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vereinbarung rechtmässig abgeschlossen wurde und demzufolge von beiden Parteien einzuhalten ist. Selbst bei Annahme einer Fehlerhaftigkeit der Vereinbarung würde diese nicht an einem derart schwerwiegenden und offensichtlichen oder zumindest leicht erkennbaren Mangel leiden, dass die Nichtigkeit der Vereinbarung anzunehmen wäre. Dies, selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Vereinbarung sämtliche von der Klägerin vorgebrachten Mängel aufweisen würde. Die Vereinbarung wäre somit lediglich anfechtbar, weshalb eine Interessensabwägung vorzunehmen wäre. Aufgrund der (theoretisch) vorgenommenen Interessenabwägung ist der Schluss zu ziehen, dass an der Vereinbarung auch bei Annahme ihrer Fehlerhaftigkeit festzuhalten ist, da die Anfechtung der Vereinbarung durch die Klägerin als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden muss. Zudem ist der Anspruch auf Geltendmachung einer Übervorteilung ohnehin verwirkt. III. Kosten (.....). IV. Rechtsmittel (.....). KGE VV vom 22. Februar 2006 i.S. F.L. SA (820 02 473)GFD Gegen diesen Entscheid hat die Klägerin am 4. Juli 2006 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht erhoben. [Back to Top](#)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.