

# **BVGer A-512/2012 vom 12. Juni 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-06-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-512\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-512_2012)

FR: TAF A-512/2012 du 12 juin 2012

IT: TAF A-512/2012 del 12 giugno 2012

## **Regeste**

Bahninfrastruktur

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Die angefochtene Verfügung stützt sich mit dem EBG und der KFEV auf öffentliches Recht des Bundes. Sie stammt von einer Behörde nach Art. 33 Bst. d VGG, eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. Art. 51 Abs. 5 EBG).

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist formelle Adressatin der angefochtenen Verfügung und hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Sie ist mit der beantragten vollumfänglichen Anerkennung der Unterbaurechtszinsen gemäss den Offerten für die Leistungsvereinbarung 2011 - 2012 nicht durchgedrungen und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung. Sie ist somit ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft Verfügungen der Vorinstanz betreffend Vereinbarungen über die Abgeltung nach Art. 49 EBG auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens und unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 51 Abs. 6 EBG).

### **E. 3**

Die Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur und insbesondere das Bestellverfahren werden im 6. Kapitel des EBG und im 6. Abschnitt der KFEV geregelt. Die heute geltende Regelung ist seit dem 1. Januar 2010 in Kraft (vgl. auch Urteil des

Bundesverwaltungsgerichts A-4290/2009 vom 21. Dezember 2010 E. 4). Gemäss Art. 49 Abs. 1 EBG finanzieren Bund und Kantone die Eisenbahninfrastruktur gemeinsam. Strecken von nationaler Bedeutung werden vom Bund allein finanziert (Art. 49 Abs. 3 EBG). Dieser richtet Abgeltungen nur an Unternehmen aus, die die formellen Voraussetzungen gemäss Art. 50 EBG erfüllen. Er, die beteiligten Kantone und die Eisenbahnunternehmen legen aufgrund von Planrechnungen der Unternehmen die von der Sparte Infrastruktur zu erbringenden Leistungen und die dafür vorgesehenen Abgeltungen im Voraus in einer Vereinbarung verbindlich fest (Art. 51 Abs. 1 EBG). Die Abgeltungen dienen in erster Linie dazu, die Infrastruktur in gutem Zustand zu erhalten und sie den Erfordernissen des Verkehrs und dem Stand der Technik anzupassen; in Betracht gezogen werden ausserdem eine angemessene Grunderschliessung sowie Anliegen der Regional- und Raumordnungspolitik, des Umweltschutzes und der Behinderten (Abs. 2). Nach Art. 16 Abs. 2 KFEV sollen die Abgeltungen die für den Zeitraum der Vereinbarung ungedeckten Betriebskosten, einschliesslich des geplanten Abschreibungsaufwands, gemäss der Mittelfristplanung der Konzessionärin ausgleichen. Erst mit dem Abschluss der Vereinbarung entsteht für die beteiligten Eisenbahnunternehmen gegenüber jedem Besteller je ein selbständiger Rechtsanspruch auf die Abgeltung (Art. 51 Abs. 3 EBG; Urteil des Bundesgerichts 2P.315/2004 vom 26. April 2005 E. 2.1). Können sich die Bundesbehörden, Kantone und Eisenbahnunternehmen bei der Aushandlung oder Anwendung einer Vereinbarung über die Abgeltung nicht einigen, entscheidet die Vorinstanz unter Berücksichtigung der Grundsätze von Art. 51 Abs. 2 EBG (Art. 51 Abs. 4 EBG). Verhält sich ein Unternehmen unwirtschaftlich, kann der Bund nach Anhören der beteiligten Kantone die von diesem im Bestellverfahren geltend gemachte Abgeltung kürzen (Art. 52 EBG).

#### **E. 4**

Vorliegend ist unbestritten, dass der Bund die von der Beschwerdeführerin betriebenen Bahnstrecken als Bahnstrecken von nationaler Bedeutung qualifiziert und entsprechend allein zu finanzieren hat (Art. 49 Abs. 3 EBG). Unbestritten ist weiter, dass er nach Art. 16 Abs. 2 KFEV grundsätzlich auch die ungedeckten Unterbaurechtszinsen abzugelten hat. Streitig ist jedoch, in welchem Umfang er die Landverzinsung als Aufwandsposten anzuerkennen hat.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt hinsichtlich der streitigen Frage vor, sie sei zwingend auf die vertragliche Sicherstellung der betriebsnotwendigen Hafengrundstücke angewiesen. Die zu diesem Zweck abgeschlossenen Unterbaurechtsverträge seien verbindlich. Die streitigen Unterbaurechtszinsen stellten somit echte (pagatorische), nicht bloss kalkulatorische Kosten dar. Ein Drittvergleich mit den Unterbaurechtszinsen, die die SRH von anderen Unternehmen für hafenlogistische und verkehrliche Nutzungen des Hafensareals verlangten, zeige weiter, dass sie am unteren Rand lägen und günstig sowie marktkonform seien. Sie seien somit weder zu hoch noch unangemessen, zumal sich weder die SRH noch die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft als deren Eigner an der Finanzierung des Bahnbetriebs beteiligen wollten und die SRH auch nicht verpflichtet seien, diesen aufrecht zu erhalten. Ein unwirtschaftliches Verhalten, das nach Art. 52 EBG eine Kürzung der Abgeltung rechtfertige, könne ihr somit nicht vorgeworfen werden. Der Bund habe folglich die streitigen Unterbaurechtszinsen vollumfänglich anzuerkennen. Für eine analoge Anwendung von Art. 12 KFEV bestehe mangels einer Gesetzeslücke kein Raum. Sie sei

überdies sachlich nicht gerechtfertigt, sei doch der vorliegende Fall mit den Fällen von Art. 12 KFEV nicht vergleichbar.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz macht geltend, auch wenn der Bund einer Eisenbahnstrecke nationale Bedeutung zuspreche, bedeute dies nicht, dass er die geltend gemachten ungedeckten Betriebskosten vorbehaltlos abgelden müsse. Art. 52 KFEV sehe ausdrücklich vor, dass Unternehmen, die sich unwirtschaftlich verhielten, die Abgeltung gekürzt werden könne. Bezahle ein Unternehmen freiwillig einen aus Sicht des Bestellers zu hohen Unterbaurechtszins, könne dies als unwirtschaftliches Verhalten taxiert werden. Es führe daher nichts an der Frage vorbei, ob ein Unterbaurechtszins von Fr. 15.- pro Quadratmeter und Jahr für den Betrieb einer defizitären Eisenbahninfrastruktur zu rechtfertigen sei. Die diesbezügliche Argumentation der Beschwerdeführerin überzeuge nicht. Für die Grundstücke mit der Infrastruktur zur Erschliessung der Hafenanlagen bestehe kein Markt. Auf den anderen Grundstücken lasse sich zudem nur deshalb ein Unterbaurechtszins in der von der Beschwerdeführerin angegebenen Höhe erzielen, weil sie von der Erschliessung durch die Beschwerdeführerin profitierten und einen entsprechenden Mehrwert erzielten. Die Ertragslage der Beschwerdeführerin erlaube weiter auch ohne Bezahlung der Unterbaurechtszinsen die Deckung der Betriebskosten nicht. So oder ähnlich würde es auch einem "privaten" Betreiber dieser Bahn ergehen. Das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin könne entsprechend nicht mit anderen Geschäftsmodellen verglichen werden. Für die massgebliche kurzfristige Betrachtung ohne Bedeutung sei, welcher Unterbaurechtszins ohne die Bahninfrastruktur auf dem Gelände der Beschwerdeführerin erzielt werden könnte. Die von der Beschwerdeführerin angeführten Vergleichsgrössen seien somit irrelevant. Andere, relevante Vergleichsgrössen fehlten. Sie habe deshalb Art. 12 KFEV als Vergleichsgrösse für die Höhe der Unterbaurechtszinsen herangezogen, was, auch in funktionaler Hinsicht, durchaus angebracht sei. Damit habe sie diese Bestimmung nicht etwa analog angewendet, sei sie doch weder davon ausgegangen noch habe sie behauptet, es liege eine Gesetzeslücke vor, die gefüllt werden müsse.

#### **E. 5**

Wie die Parteien zutreffend ausführen, hängt die Frage, ob die Vorinstanz die Landverzinsung für die Leistungsvereinbarung 2011 - 2012 zu Recht auf Fr. 5.- pro Quadratmeter und Jahr reduziert hat, davon ab, ob nach Art. 52 EBG die Abgeltung hinsichtlich der Unterbaurechtszinsen gekürzt werden darf. Nachfolgend ist daher in einem ersten Schritt zu klären, was unter einem unwirtschaftlichen Verhalten im Sinn dieser Bestimmung zu verstehen ist (vgl. E. 5.1). Anschliessend ist zu prüfen, ob die Entrichtung der streitigen Unterbaurechtszinsen als unwirtschaftliches Verhalten der Beschwerdeführerin zu taxieren ist (vgl. unten E. 5.2 ff.).

#### **E. 5.1**

Art. 52 EBG umschreibt nicht näher, was unter einem unwirtschaftlichen Verhalten zu verstehen ist. Die Frage ist somit durch Auslegung zu klären. Grundlage bildet dabei der Wortlaut der Bestimmung. Ist dieser nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss unter Berücksichtigung sämtlicher Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien dienen dabei als Hilfsmittel, um den

Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt ihnen eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahe legen (vgl. BGE 121 II 697 E. 4.1). Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (vgl. BGE 131 II 697 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 11.4.1 m.H.).

### **E. 5.1.1**

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird unter "unwirtschaftlich" im hier massgeblichen Zusammenhang "nicht wirtschaftlich", "nicht sparsam" (vgl. Brockhaus, WAHRIG Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl. 2011, S. 1551) verstanden. "Wirtschaftlich" wiederum bedeutet "sparsam", "gut wirtschaften könnend", "finanziell günstig", "grösstmöglichen Erfolg mit den gegebenen Mitteln erzielend" (vgl. Brockhaus, S. 1666; Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl. 2002, S. 1054 f.). Als Synonyme für "wirtschaftlich" werden u.a. "effizient", "ökonomisch", "rationell", "haushälterisch" und "sparsam" genannt (vgl. Duden, Das Synonymwörterbuch, 4. Aufl. 2006, S. 1057). Die französische und die italienische Fassung greifen eines dieser Synonyme auf und sehen die Möglichkeit einer Abgeltungskürzung vor, wenn die Geschäftsführung des Unternehmens nicht "rationell" ist ("si sa gestion n'est pas rationelle" bzw. "se la sua questione non è razionale"). Wann das Verhalten eines Eisenbahnunternehmens als wirtschaftlich bzw. unwirtschaftlich resp. seine Geschäftsführung als rationell bzw. nicht rationell zu qualifizieren ist, ist damit allerdings noch nicht geklärt. Es sind daher nachfolgend die Entstehungsgeschichte der Norm, ihr Zweck und ihr Kontext als weitere Auslegungsmittel heranzuziehen (vgl. E. 5.1.2 ff.).

### **E. 5.1.2**

Die Möglichkeit einer Abgeltungskürzung bei unwirtschaftlichem Verhalten eines Unternehmens wurde bei der Neuregelung der Abgeltungsordnung für den Regionalverkehr als Art. 52 Bst. a ins EBG aufgenommen und trat am 1. Januar 1996 in Kraft (AS 1995 3681). Im Zug der Bahnreform 1 wurde die in Art. 52 Bst. b EBG vorgesehene weitere Kürzungsmöglichkeit von einer anderen Bestimmung des EBG abgelöst und Art. 52 - abgesehen von einer späteren geringfügigen redaktionellen Änderung - in der heute geltenden Fassung verabschiedet (AS 1998 2841, in Kraft seit 1. Januar 1999). Eine diesem Artikel entsprechende Bestimmung wurde in Anlehnung an Art. 52 EBG im Rahmen des ersten Pakets der Bahnreform 2 unter dem Titel "Festlegung der Abgeltung" als Art. 32 auch in den 6. Abschnitt des Personenbeförderungsgesetzes vom 20. März 2009 (PBG, SR 745.1) aufgenommen, der sich mit der Bestellung und Abgeltung des Verkehrsangebots befasst. Sie verlangt für eine Kürzung der Abgeltung ebenfalls ein unwirtschaftliches Verhalten (deutsche Fassung) resp. - damit übereinstimmend - eine unwirtschaftliche (französische Fassung) bzw. nicht rationelle (italienische Fassung) Geschäftsführung des Unternehmens.

### **E. 5.1.3**

Weder die Botschaft des Bundesrats zur Bahnreform 1 noch diejenige zum ersten Paket der Bahnreform 2 geben Aufschluss über die in Art. 52 EBG bzw. Art. 32 PBG vorgesehene Kürzungsmöglichkeit (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 13. November 1996 zur Bahnreform, BBl 1997 I 909, insb. 955; Zusatzbotschaft des Bundesrats vom 9. März 2007

zur Bahnreform 2, BBl 2007 2681, insb. 2723). In der Botschaft des Bundesrats zur neuen Abgeltungsordnung für den Regionalverkehr wird die Kürzungsmöglichkeit demgegenüber erläutert (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 17. November 1993 über die Revision des Eisenbahngesetzes, BBl 1994 I 497). Zu Art. 52 EBG wird ausgeführt, die Unternehmungen des öffentlichen Verkehrs müssten ihre Leistungen nur bedingt unter Konkurrenzbedingungen erbringen. Die Bestimmung behalte dem Bund daher vor, die Offerten der Transportunternehmungen zu modifizieren, wenn davon auszugehen sei, diese verhielten sich nicht marktgerecht. Bst. a sehe eine generelle Kürzungsmöglichkeit vor, wenn die wirtschaftliche Situation einer Linie nicht befriedige. Als Beurteilungsmassstab würden Kennziffern der Kostenrechnung vergleichbarer Unternehmen in vergleichbaren Verhältnissen herangezogen. In gewissen Fällen könne zur Beurteilung auch eine Offerte einer anderen konzessionierten Transportunternehmung eingeholt werden. Bedingung sei in diesem Fall, dass es sich nicht um eine theoretische Offerte handle, sondern die angefragte Unternehmung tatsächlich bereit wäre, die Leistung zum offerierten Preis längerfristig zu erbringen (vgl. BBl 1994 I 533 f.). Im Rahmen der Kommentierung von Art. 51 EBG (vgl. AS 1995 3681) wird weiter angemerkt, die Unternehmung müsse sich an ihrer Leistung messen lassen. Ob sie diese effizient (im Vergleich zu anderen Unternehmungen in ähnlichen Verhältnissen) und kundenfreundlich erbringe, werde sich auf die folgenden Bestellungen auswirken und gebe die Möglichkeit von Vorbehalten seitens der öffentlichen Hand nach Art. 52. Es bleibe allerdings anzumerken, dass die unternehmerische Freiheit der Unternehmungen des öffentlichen Verkehrs durch verschiedene Sachzwänge (z.B. Verbundtarife, Anschlüsse an andere Linien) beschränkt sei. Bei der Bestellung habe auch die öffentliche Hand zu berücksichtigen, dass die Unternehmungen nicht isolierte, beliebig steuerbare Leistungen erbrächten, sondern in ein Gesamtsystem eingebettet seien und ausserdem hohe Fixkosten zu bewältigen hätten (vgl. BBl 1994 I 531 f.).

#### **E. 5.1.4**

Aus diesen Ausführungen, die in der parlamentarischen Beratung - soweit ersichtlich - nicht in Frage gestellt wurden, wird deutlich, dass der Gesetzgeber dem Bund mit Art. 52 Bst. a EBG grundsätzlich die Möglichkeit einräumen wollte, die bestellten Leistungen nur so weit abzugelten, als sie von den offerierenden Unternehmen in einer Weise erbracht werden, wie sie es auch unter Konkurrenz- bzw. Marktbedingungen tun würden. Dabei wollte er allerdings der besonderen Situation der Unternehmen des öffentlichen Verkehrs, namentlich allfälligen Sachzwängen, und ausserdem den Grundsätzen von Art. 51 Abs. 2 EBG (vgl. BBl 1994 I 532 und oben E. 3) Rechnung tragen. Der Begriff des unwirtschaftlichen Verhaltens bzw. der nicht rationellen Geschäftsführung ist in diesem Sinn auszulegen. Es liegt entsprechend nahe, beim Drittvergleich, der nach dem Gesetzgeber bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung in der Regel vorzunehmen ist, in erster Linie vergleichbare Unternehmen des öffentlichen Verkehrs in vergleichbaren Verhältnissen und (erst) in zweiter Linie allfällige weitere vergleichbare Unternehmen in vergleichbaren Verhältnissen heranzuziehen. Für den heutigen, auf Eisenbahnunternehmen beschränkten Art. 52 EBG ist grundsätzlich somit in erster Linie ein Vergleich mit vergleichbaren Eisenbahnunternehmen in vergleichbaren Verhältnissen vorzunehmen.

#### **E. 5.2.1**

Vorliegend ist ein Vergleich mit vergleichbaren Eisenbahnunternehmen in vergleichbaren Verhältnissen nicht möglich, da zum einen fast alle Unternehmen mit Eisenbahninfrastruktur Eigentümer der betriebsnotwendigen Grundstücke sind und zum

anderen die Situationen der Beschwerdeführerin schweizweit einmalig ist. Diese stellt denn auch, wie ausgeführt (vgl. oben E. 4.1), nicht auf einen derartigen Vergleich ab, sondern auf einen Vergleich mit den Unterbaurechtszinsen, die den SRH von anderen Unternehmen für hafenlogistische und verkehrliche Nutzungen des Hafensareals zu entrichten sind. Dieses Vorgehen vermag allerdings nicht auf Anhieb zu überzeugen. Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt (vgl. oben E. 4.2), kann das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin, die mit ihrer Eisenbahninfrastruktur die zentrale Erschliessung des Hafensareals für den Verkehrsträger Bahn bereitstellt und betreibt, nicht mit dem von Unternehmen verglichen werden, die das Hafensareal individuell für verkehrliche oder hafenlogistische Nutzungen in Anspruch nehmen. Namentlich vermag die Beschwerdeführerin ihre Betriebskosten auch ohne die Bezahlung von Unterbaurechtszinsen nicht zu decken. Für die Grundstücke mit der Infrastruktur zur Erschliessung der Hafenanlage besteht im Weiteren, wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend feststellt (vgl. oben E. 4.2), im Unterschied zu den Hafengrundstücken ohne solche Infrastruktur kein Markt. Für Letztere lässt sich überdies nur deshalb ein Unterbaurechtszins in der von der Beschwerdeführerin angegebenen Höhe erzielen, weil sie von der Erschliessung durch diese profitieren und einen entsprechenden Mehrwert erzielen. Ein solcher Mehrwert lässt sich jedoch auf den Grundstücken mit der Infrastruktur der Beschwerdeführerin nicht erreichen.

### **E. 5.2.2**

Aus diesen Unterschieden darf allerdings nicht gefolgert werden, der von der Beschwerdeführerin angestellte Drittvergleich sei unzutreffend. Die Vorinstanz macht ausdrücklich nicht geltend, die SRH seien verpflichtet, den Betrieb der Beschwerdeführerin aufrecht zu erhalten. Auch hält sie eine alternative Nutzung der dieser überlassenen Grundstücke zwar kurzfristig nicht für möglich, schliesst sie aber nicht grundsätzlich aus. Unternehmen, die eine alternative Nutzung anstreben, stehen hinsichtlich der Überlassung dieser Grundstücke durch die SRH somit potentiell mit der Beschwerdeführerin in Konkurrenz. Sie sind demnach insofern mit dieser vergleichbar, als sie potentiell betriebsnotwendig auf die Nutzung dieser Grundstücke angewiesen sind und ihnen diese (grundsätzlich) nur von den SRH überlassen werden können. Es erscheint entsprechend nicht als sachfremd, wenn die SRH dem Rechnung tragen und die für diese Grundstücke zu entrichtenden Unterbaurechtszinsen an diejenigen orientieren, die sie von den Unternehmen für eine alternative Nutzung des Hafengebiets verlangen. Die Heranziehung der Unterbaurechtsverträge dieser Unternehmen mit den SRH für die Wirtschaftlichkeitsprüfung durch die Beschwerdeführerin vermag daher ungeachtet der erwähnten Unterschiede grundsätzlich zu überzeugen. Von dieser Einschätzung wäre nur abzuweichen, wenn diesem Drittvergleich die von der Vorinstanz herangezogene Vergleichsgrösse vorzuziehen wäre. Dies ist nachfolgend zu prüfen (vgl. E. 5.3).

### **E. 5.3.1**

Jedes Eisenbahnunternehmen ist verpflichtet, einer anderen Eisenbahn den technischen und betrieblichen Anschluss namentlich so zu gewähren, dass die Reisenden ungehindert von den Zügen der einen Bahnlinie auf die einer anderen umsteigen können (Art. 34 Abs. 1 Bst. a EBG). Die gemeinsame Benützung von Bauten, Anlagen und Einrichtungen und die gegenseitige Leistungserbringung, soweit sie nicht Gegenstand des Netzzugangs sind, sind dabei schriftlich in einer Vereinbarung zu regeln (Art. 34 Abs. 2 EBG). Diese Regelung gilt sinngemäss auch für den Anschluss zwischen Eisenbahnen und anderen öffentlichen Transportunternehmen (Art. 35 EBG). Art. 12 KFEV, der systematisch einen eigenen

Abschnitt bildet (5. Abschnitt: Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen Transportunternehmen) und nicht zum 6. Abschnitt betreffend die Infrastrukturfinanzierung zählt, nimmt auf diese Regelung Bezug. Er sieht vor, dass die Transportunternehmen bei Vereinbarungen über die Vergütung für die Benützung von Bauten, Anlagen, insbesondere Landflächen, und Einrichtungen die Interessen der Besteller von Verkehrsangeboten nach Art. 28 PBG berücksichtigen und insbesondere Entgelte vereinbaren, die neben der Anlastung der pagatorischen Kosten eine kalkulatorische Verzinsung vorsehen, die in der Regel nicht mehr als Fr. 5.- pro Quadratmeter und Jahr beträgt.

### **E. 5.3.2**

Vorliegend ist zu Recht unbestritten, dass Art. 12 KFEV auf die SRH und die hier zu beurteilende Situation nicht unmittelbar anwendbar ist. Die Vorinstanz möchte weiter - ebenfalls zu Recht - die Bestimmung auch nicht analog anwenden. Vielmehr will sie sie mangels relevanter Vergleichsgrössen in "tatbeständlicher Hinsicht" als Vergleichsgrösse heranziehen. Wie dies zu verstehen ist, wird nicht ohne Weiteres klar, braucht jedoch nicht geklärt zu werden. Ebenso wenig ist erforderlich, näher auf Art. 12 KFEV, namentlich auf dessen Rechtmässigkeit, einzugehen. Art. 12 KFEV gilt für beide am Anschluss beteiligten Unternehmen, also auch für dasjenige, das dem anderen zur Ermöglichung des Anschlusses ein Grundstück zur Nutzung überlässt und dafür u.a. einen kalkulatorischen Zins verlangt. Der maximale kalkulatorische Zins gemäss dieser Bestimmung käme somit im vorliegenden Fall - ungeachtet der weiteren sich stellenden Fragen - als alternative Vergleichsgrösse von vornherein nur in Betracht, wenn der Handlungsspielraum der SRH gegenüber der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Zinshöhe in vergleichbarer Weise eingeschränkt wäre. In diesem Fall wäre die Situation der Beschwerdeführerin mit derjenigen der nach dieser Bestimmung um Anschluss ersuchenden öffentlichen Transportunternehmen zumindest insofern vergleichbar, als sie wie diese grundsätzlich auf einen maximalen Zinssatz von Fr. 5.- pro Quadratmeter und Jahr bestehen könnte. Eine derartige Beschränkung des Handlungsspielraums der SRH geht allerdings aus den Akten nicht hervor und wird von der Vorinstanz auch nicht geltend gemacht. Es besteht deshalb grundsätzlich (vgl. dazu nachfolgend E. 5.4) kein Anlass, vom Drittvergleich der Beschwerdeführerin abzuweichen. Zu erwähnen bleibt, dass es der Vorinstanz unbenommen ist, auf eine mit Art. 12 KFEV übereinstimmende gesetzgeberische Beschränkung der Handlungsfreiheit der SRH hinzuwirken.

### **E. 5.4.1**

Wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, erscheinen die streitigen Unterbaurechtszinsen von Fr. 15.- pro Quadratmeter und Jahr verglichen mit den Unterbaurechtszinsen, die die SRH von alternativen Unternehmen verlangen, als günstig und marktkonform. Sie können deshalb entgegen der Ansicht der Vorinstanz grundsätzlich nicht als unwirtschaftlich im Sinn von Art. 52 EBG bezeichnet werden. Nicht nachvollziehbar ist jedoch, wieso die Beschwerdeführerin bereits für die hier relevanten Jahre 2011 und 2012 einen Zins in dieser Höhe geltend macht. Wie dargelegt (vgl. oben Bst. B), wird ein derartiger Zins gemäss den beiden Unterbaurechtsverträgen erst für die Jahre 2013 bis 2020 angestrebt. Für die Jahre 2011 und 2012 ist dagegen jeweils ein pauschaler Zins vorgesehen, der für die Hafentbahn Basel-Landschaft Fr. 1'236'807.- und für die Hafentbahn Basel-Stadt Fr. 2'002'938 beträgt. Die Bezahlung eines höheren als des vertraglich vereinbarten Zinses kann ohne Weiteres als unwirtschaftliches Verhalten im Sinn von Art. 52 EBG qualifiziert werden. Die Vorinstanz darf daher gestützt auf Art. 52

EBG die Abgeltung bzw. die Landverzinsung für die Leistungsvereinbarung 2011 - 2012 um den den vertraglich vereinbarten Zins übersteigenden Betrag kürzen. Eine weiter gehende Kürzung ist ihr dagegen nach dem Gesagten (vgl. vorstehend und oben E. 5.2 f.) nicht gestattet.

#### **E. 5.4.2**

Im Ergebnis ist die Beschwerde, mit der ungeachtet des förmlichen Rückweisungsantrags implizit verlangt wird, die Landverzinsung in der offerierten Höhe für die Vorinstanz verbindlich festzulegen, somit teilweise gutzuheissen und die Landverzinsung für die Leistungsvereinbarung 2011 - 2012 reformatorisch (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3224/2010 vom 28. Juni 2010 E. 6; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008 Rz. 3.191 m.H.) auf Fr. 1'236'807.- pro Jahr für die Hafentaxi Basel-Landschaft und Fr. 2'002'938.- pro Jahr für die Hafentaxi Basel-Stadt festzusetzen. Im Mehrbetrag ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 6.1**

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin insofern, als die Landverzinsung lediglich auf insgesamt Fr. 3'239'745.- pro Jahr (Fr. 1'236'807.- + Fr. 2'002'938.-) und nicht, wie implizit von ihr beantragt, auf Fr. 4'281'030.- pro Jahr (Fr. 2'023'890.- + Fr. 2'257'140.-) festzusetzen ist. Die Vorinstanz wiederum unterliegt insofern, als nicht bloss eine Landverzinsung von Fr. 5.- pro Quadratmeter und Jahr bzw. - gestützt auf die Flächenangaben im Budget der Beschwerdeführerin - von insgesamt Fr. 1'427'010.- pro Jahr (Fr. 674'630.- + Fr. 752'380.-) anzuerkennen ist. Die festzusetzende Landverzinsung ist somit insgesamt Fr. 1'812'735.- pro Jahr höher, als von der Vorinstanz beantragt, und Fr. 1'041'285.- pro Jahr tiefer, als von der Beschwerdeführerin beantragt. Bezogen auf den streitigen Betrag von Fr. 2'854'020.- pro Jahr unterliegt die Beschwerdeführerin somit zu rund 36%, die Vorinstanz zu rund 64%. Letztere unterliegt weiter in der Grundsatzfrage, ob der von der Beschwerdeführerin angestellte Drittvergleich zulässig oder stattdessen die in Art. 12 KFEV genannte maximale Zinshöhe als Vergleichsgrösse heranzuziehen ist. Es rechtfertigt sich daher, sie zu 80% und die Beschwerdeführerin zu 20% als unterliegend zu betrachten. Dieser sind entsprechend die auf Fr. 15'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) im Umfang von einem Fünftel bzw. Fr. 3'000.- aufzuerlegen. Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat keine Kosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

#### **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerin hat die intern zuständige Stelle mit der Interessenwahrung betraut und ist nicht durch externe Anwälte vertreten; es steht ihr somit keine Parteientschädigung zu (Art. 8 ff. VGKE, insb. Art. 9 Abs. 2 VGKE). Ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat die Vorinstanz als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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