

# **BVGer A-5237/2008 vom 15. Juli 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-07-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5237\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5237_2008)

FR: TAF A-5237/2008 du 15 juillet 2009

IT: TAF A-5237/2008 del 15 luglio 2009

## **Regeste**

Luftfahrtbetrieb

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Nach Art. 35 Bst. a des Verwaltungsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht auf Klage als erste Instanz Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, an denen der Bund, seine Anstalten oder Betriebe oder Organisationen im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG - also Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, die in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen - beteiligt sind. Die Klage ist unzulässig, wenn ein anderes Bundesgesetz die Erledigung des Streits einer in Art. 33 VGG erwähnten Behörde überträgt (Art. 36 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen (vgl. Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273] i.V.m. Art. 44 Abs. 1 VGG).

### **E. 1.2**

Die Klägerin hält die Zuständigkeitsvoraussetzungen von Art. 35 Bst. a VGG für erfüllt. Sie zähle zu den Organisationen im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG und sei im Rahmen ihrer Gründung als Rechtsnachfolgerin des Kantons Zürich in den Sondernutzungsvertrag mit der Beklagten eingetreten. Dieser Vertrag sei öffentlich-rechtlich, jedenfalls soweit er der Beklagten - neben dem Sondernutzungsrecht - eine Abfertigungskonzession (ein Selbstabfertigungsrecht) einräume und Sicherheitsmassnahmen im Zusammenhang mit der Abfertigung regle. Die Ausnahmebestimmung von Art. 36 VGG greife vorliegend nicht.

### **E. 1.3**

Die Beklagte bestreitet die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, gestützt auf Art. 35 Bst. a VGG über die vorliegende Klage zu befinden. Sie macht geltend, die mittelbar Streitgegenstand bildenden Sicherheitsmassnahmen und die damit verbundenen baulichen Vorkehrungen der Klägerin hätten keinen Einfluss auf die betrieblichen Abläufe bei der Beklagten. Mit dem vorgesehenen Schiebeter werde lediglich eine zusätzliche Sicherheitsgrenze geschaffen, die von den Fluggeräten der Beklagten überschritten werden müsse. Diese Sicherheitsgrenze liege allein in der Verantwortung der Klägerin. Die Beklagte habe mit diesen Sicherheitsmassnahmen ansonsten nichts zu tun. Die neuen, von der Klägerin vorgesehenen Sicherheitsmassnahmen stünden daher mit dem Abfertigungsrecht der Beklagten gemäss Sondernutzungsvertrag in keinem Zusammenhang. Entsprechend könne auch die Überwälzung von damit verbundenen Kosten auf die Beklagte im Sondernutzungsvertrag "nicht enthalten sein". Da sich die Klägerin mit ihrem Begehren "vollständig ausserhalb des Regelungsgegenstands des

Sondernutzungsvertrags" bewege und der Streitgegenstand sich daher gar nicht auf den Vertrag beziehe, bestehe kein Raum für eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts. Ob die in Streit stehende Vereinbarung ein öffentlich-rechtlicher Vertrag sei, sei hier "eigentlich unerheblich", da jedenfalls über ausserhalb der Vereinbarung liegende Streitigkeiten entweder im Rahmen des regulären Verwaltungsverfahrens (soweit öffentliches Recht tangiert sei) oder im Zivilverfahren (soweit zivilrechtliche Ansprüche zur Diskussion stünden) zu entscheiden wäre. Es sei aber ohnehin nicht einzusehen, weshalb die Überwälzung von Kosten, die mit der zusätzlichen eigenen Sicherheitsstruktur der Klägerin generiert würden, öffentlich-rechtlicher Natur sein solle. So hätten die Flughafengebühren, über welche ebenfalls Kosten für Sicherheitsmassnahmen an Private weitergegeben würden, keinen öffentlich-rechtlichen Charakter. Die Klägerin erwirtschaftete mit den Flughafengebühren denn auch einen Gewinn, was in offensichtlichem Widerspruch zum öffentlich-rechtlichen Kostendeckungsprinzip stehe. Wenn aber schon die Flughafengebühren nicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen seien, gebe es auch keine öffentlich-rechtliche Möglichkeit zur Überbindung von Sicherheitskosten auf private Flugunternehmen. Die in der Betriebskonzession der Klägerin vorgesehene Zuweisung von Vertragsbeziehungen mit Dritten zum öffentlichen Recht sei wegen Kompetenzüberschreitung des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) nichtig. Überdies würden weder das kantonale Recht noch das öffentliche Recht des Bundes Normen enthalten, die eine entsprechende Überwälzung von Kosten durch die Klägerin vorsehen würden. Es bleibe dem Flugplatzhalter damit allein die Möglichkeit einer privatrechtlichen Überwälzung durch Vereinbarung.

#### **E. 1.4.1**

Ein Flughafenhalter nimmt mit dem Betrieb eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Flughafens (Art. 36a Abs. 1 des Luftfahrtgesetzes vom 21. Dezember 1948 [LFG, SR 748.0]) eine öffentliche Aufgabe des Bundes wahr (vgl. Art. 87 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Mit der Konzessionierung wird ihm das Recht eingeräumt, einen Flughafen gewerbmässig zu betreiben (Art. 36a Abs. 2 erster Satz LFG; Art. 10 Abs. 1 der Verordnung vom 23. November 1994 über die Infrastruktur der Luftfahrt [VIL, SR 748.131.1]). Damit sind "gewisse hoheitliche Befugnisse" verbunden, die er für die Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben benötigt. Unerheblich ist dabei, ob der betreffende Flughafenhalter öffentlich- oder - wie vorliegend die als Aktiengesellschaft nach Art. 762 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) konstituierte Klägerin - privatrechtlich organisiert ist (zum Ganzen: BGE 129 II 331 E. 2.3.1, Urteil des Bundesgerichts 2C\_715/2008 vom 15. April 2009 E. 3.3, BVGE 2008/41 E. 6.4 und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-137/2008 vom 21. August 2008 E. 5.1; vgl. auch Tobias Jaag/Julia Hänni, Luftverkehrsrecht Teil I: Infrastruktur der Luftfahrt, in: Georg Müller (Hrsg.), Verkehrsrecht, Basel 2008, S. 354 Rz. 29 und S. 363 Rz. 58). Dass die Klägerin über gewisse hoheitliche Befugnisse verfügt, steht auch für die Beklagte "ausser Frage" (Duplik, S. 6 Rz. 12). Wie weit die durch die Konzession abgedeckten hoheitlichen Befugnisse von Flughafenhaltern reichen, kann nicht in allgemeiner Weise bestimmt werden (Urteil des BVGer A-137/2008 vom 21. August 2008 E. 5.2), an dieser Stelle aber auch offen bleiben. Ebenso wenig braucht abschliessend bestimmt zu werden, inwieweit die Klägerin befugt wäre, ihre Rechtsbeziehungen zur Beklagten einseitig durch Verfügung zu regeln (vgl. hierzu immerhin E. 8 nachfolgend). Entscheidend ist vorliegend nämlich, dass die Klägerin

aufgrund der ihr zumindest in gewissen Bereichen zukommenden hoheitlichen Befugnisse grundsätzlich zu den "Organisationen" im Sinne von Art. 35 Bst. a i.V.m. Art. 33 Bst. h VGG gezählt werden kann (BVGE 2008/41 E. 6.5; vgl. auch Urteile des BVGer A-137/2008 vom 21. August 2008 E. 5.1 und A-7171/2008 vom 12. Mai 2009 E. 2) und sie vorliegend nicht verfügt hat, sondern in eine vertragliche Regelung mit der Beklagten eingetreten ist (vgl. allgemein zur Abgrenzung zwischen [verwaltungsrechtlichem] Vertrag und Verfügung Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1053 f.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 33 Rz. 4 ff.).

#### **E. 1.4.2**

Wird die Rechtsnatur eines Vertrags nicht durch das Gesetz selbst bestimmt, ist das massgebliche Kriterium für die Unterscheidung zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag der Gegenstand der dadurch geregelten Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnisse. Es kommt auf die Funktion der Regelung oder die damit verfolgten Interessen an. Der verwaltungsrechtliche Vertrag dient unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe; die Wahl des privatrechtlichen Vertrags erfolgt im Hinblick auf die Erreichung privater Interessen der Vertragsparteien. Die Rechtsnatur hängt mit anderen Worten davon ab, zu welchem Zweck der Vertrag abgeschlossen wird. Keine Rolle spielt die Organisationsform oder die Stellung der Vertragsparteien (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1057 ff.; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 33 Rz. 7 ff.; August Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 118; Bernhard Waldmann, Der verwaltungsrechtliche Vertrag - Eine Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich 2007, S. 6 ff.; Frank Klein, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Zürich 2003, S. 11 ff.; BGE 134 II 297 E. 2.2, BGE 128 III 250 E. 2b; vgl. dazu kritisch Andreas Abegg, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 54 ff., 75 f.).

##### **E. 1.4.2.1**

Vorliegend wurde der Beklagten im Vertrag aus dem Jahre 1996 in erster Linie ein "Sondernutzungsrecht" erteilt, das heisst das Recht zur Sondernutzung eines bestimmten Flughafengrundstücks (vgl. Ziff. I/1.1 des Vertrags). Ob dieses Sondernutzungsrecht als öffentlich-rechtlich zu betrachten ist, kann offen bleiben, weil dieser Vertragsbestandteil selbst nicht Gegenstand der Klage ist.

##### **E. 1.4.2.2**

Der Beklagten wurde mit dem Sondernutzungsvertrag auch ein Recht zur "Abfertigung ihrer eigenen Luftfahrzeuge" (Ziff. I/1.1 und 1.2) eingeräumt. Das Verhältnis zwischen einem Flughafenhalter als Konzessionär und den Erbringern von Bodenabfertigungsdiensten - unter Einschluss von Fluggesellschaften, die ihre Abfertigung selbst vornehmen (sogenannte Selbstabfertigung) - ist angesichts der damit verbundenen Übertragung von "Rechten und Pflichten" beziehungsweise "Aufgaben" aus der Betriebskonzession (Art. 36a Abs. 3 LFG; Art. 15 VIL) öffentlich-rechtlicher Natur (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_715/2008 vom 15. April 2009 E. 4.1; Urteil des BVGer A-137/2008 vom 21. August 2008 E. 5.3; Marc Patrick Streit, Grundlagen und Ausgestaltung von Flughafengebühren im schweizerischen Recht, Bern 2005, S. 99 ff.). Die der Klägerin erteilte Konzession sieht denn auch ausdrücklich vor, dass die

Rechtsverhältnisse zu Dritten, denen sie die Erfüllung "flughafenspezifischer Aufgaben" wie Treibstoffausschank, Flugzeugabfertigung, Passagier-, Gepäck-, Post- und Frachtabfertigung sowie Catering übertragen hat, dem öffentlichen Recht unterliegen (Ziff. 2.3 der Konzessionsverfügung des UVEK vom 31. Mai 2001). Der Sondernutzungsvertrag regelt im Zusammenhang mit dem Selbstabfertigungsrecht der Beklagten auch Fragen der Sicherheit. Im Einzelnen wird die Beklagte verpflichtet, sich an bestimmte Sicherheitsvorgaben zu halten (Ziff. I/1.2), bauliche Vorkehrungen "für die Durchführung der Abfertigung" gemäss den "[...] sicherheitsmässigen Anforderungen" zu treffen (Ziff. I/4.2.2) und bestimmte "Bau- und Betriebskosten im Zusammenhang mit der Abfertigung" zu übernehmen (Ziff. I/4.2.3). Bedeutung und Tragweite dieser vertraglichen Regelungen betreffend die Sicherheit bilden den eigentlichen Kern der vorliegenden Streitsache, leitet doch die Klägerin die von ihr gegen die Beklagte erhobenen Ansprüche in erster Linie gerade aus diesen vertraglichen Regelungen ab. Ob sich die Klägerin zu Recht darauf beruft, ist eine Frage, von der die Begründetheit ihres Begehrens, nicht aber die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nach Art. 35 Bst. a VGG abhängt. Fehl geht daher der Einwand der Beklagten, das Bundesverwaltungsgericht sei vorliegend nicht zuständig, weil sich die Klägerin mit ihrem Begehren "vollständig ausserhalb des Regelungsgegenstands des Sondernutzungsvertrags" bewege (Duplik, S. 5 Rz. 11). Sachlich hat die Luftfahrtgesetzgebung namentlich alle Bereiche zu erfassen, die für die Sicherheit erforderlich sind (Martin Lendi, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 37 zu Art. 87 BV). Gemäss Art. 36a Abs. 2 LFG ist der Flughafenhalter unter anderem verpflichtet, einen "sicheren" Flughafenbetrieb zu gewährleisten. Art. 122a ff. der Luftfahrtverordnung vom 14. November 1973 (LFV, SR 748.01) schreiben den Flugplatzhaltern beziehungsweise den Luftverkehrsunternehmen bestimmte "Sicherheitsmassnahmen" vor. Die nähere Ausgestaltung dieser Sicherheitsmassnahmen und die Verteilung der damit verbundenen Kosten ist in der Verordnung des UVEK vom 31. März 1993 über Sicherheitsmassnahmen im Luftverkehr (VSL, SR 748.122) geregelt. Daraus wird deutlich, dass sich der Sondernutzungsvertrag von 1996 mit seinen Bestimmungen über die Sicherheit und die damit verbundenen Kosten auf Fragen von öffentlichem Interesse bezieht, die entsprechend auch öffentlich-rechtlich geregelt sind. Was die Beklagte gegen den öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Vertragsbestimmungen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. So ist ihre Ansicht, die Flughafengebühren, über welche ebenfalls Kosten für Sicherheitsmassnahmen an Private weitergegeben würden, seien nicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen, zumindest in dieser allgemeinen Form unzutreffend (vgl. BGE 129 II 331 E. 2.3, BGE 125 I 182 E. 4 sowie BVGE 2008/41 E. 5.2, je mit weiteren Hinweisen), ganz abgesehen davon, dass sich vorliegend der Streit um Sicherheitskosten dreht, welche die Klägerin gegenüber der Beklagten selbständig, also gerade nicht mit den Flughafengebühren, geltend macht. Von vornherein ohne Bedeutung für die Frage der Zuständigkeit ist daher auch, ob die Höhe der von der Klägerin erhobenen Flughafengebühren zulässig ist.

#### **E. 1.4.2.3**

Ob ein Vertrag teilweise dem Privatrecht - hier gegebenenfalls die "Sondernutzung" des betreffenden Flughafengrundstücks durch die Beklagte (vgl. E. 1.4.2.1 hiervor) - und zugleich teilweise dem öffentlichen Recht - hier die vertraglichen Bestimmungen betreffend Sicherheitsmassnahmen und damit verbundene Kosten (vgl. E. 1.4.2.2) - zugeordnet werden kann, ist zwar umstritten. Da dies aber jedenfalls bei lose zusammenhängenden Komplexen

von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsverhältnissen als unbedenklich eingestuft wird (zum Ganzen: Klein, a.a.O., S. 11 mit zahlreichen Hinweisen), spricht vorliegend nichts dagegen, den Sondernutzungsvertrag von 1996 zumindest mit Bezug auf die im Zentrum des Rechtsstreits stehenden Fragen dem öffentlichen Recht zuzuordnen und gestützt darauf von der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nach Art. 35 Bst. a VGG auszugehen, zumal eine Zuständigkeit einer anderen Bundesbehörde nicht ersichtlich ist (vgl. Art. 36 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der Klage zuständig.

### **E. 2.1**

Das Klageverfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 44 Abs. 1 VGG grundsätzlich nach Art. 3-73 sowie Art. 79-85 BZP.

### **E. 2.2**

Die Klageschrift hat gemäss Art. 23 Bst. b BZP das Rechtsbegehren des Klägers zu enthalten. Im Klageverfahren hat die Dispositionsmaxime grössere Bedeutung als im Beschwerdeverfahren (nach dem VGG und dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]) vor Bundesverwaltungsgericht. Der Streitgegenstand wird ausschliesslich durch die gestellten Anträge (und allenfalls die entsprechende Begründung) definiert (BVGE 2008/16 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen). Das Rechtsbegehren kann auf Leistung, Gestaltung oder Feststellung lauten und ist so abzufassen, dass es unverändert zum Urteil erhoben werden könnte, was namentlich bedeutet, dass Forderungen auf Geldleistungen grundsätzlich zu beziffern sind (vgl. André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 238 Rz. 5.10 mit weiteren Hinweisen). Die Klägerin führt mit Bezug auf die von ihr geltend gemachten Investitionskosten aus, gemäss dem durch ein externes Planungs- und Ingenieurbüro ermittelten Kostenvoranschlag (vom 5. August 2008) würden sich die Kosten für die Erstellung des Schiebetors auf Fr. 882'000.-- belaufen (Klageschrift, S. 21 f. Rz. 30). Auf die Höhe der zukünftigen Betriebskosten soll sich die Erstellung des Schiebetors insofern auswirken, als ab diesem Zeitpunkt nur noch eine reduzierte Präsenz von Sicherheitspersonal erforderlich sei (Klageschrift, S. 21 Rz. 29). Soweit die Klägerin vorliegend Kosten im Zusammenhang mit der geplanten Erstellung eines Schiebetors geltend macht, ist ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an einer gerichtlichen Entscheidung, mit der die Beklagte zur Leistung eines bestimmten Betrags verpflichtet würde, nicht ohne weiteres ersichtlich, bevor überhaupt feststeht, dass das Schiebetor in der von der Klägerin geplanten Weise gebaut werden darf (vgl. zur dazu erforderlichen Plangenehmigung Art. 37 ff. LFG und Art. 27a ff. VIL). Sollte die Klägerin diesbezüglich bloss die gerichtliche Feststellung verlangen, dass die Beklagte die mit Erstellung und Bewachung des geplanten Schiebetors verbundenen Kosten - unabhängig von ihrer Höhe - zu tragen habe, hätte sie ein aktuelles rechtliches Interesse an sofortiger Feststellung gemäss Art. 25 BZP nachzuweisen (zum Ganzen: Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 238 Rz. 5.10 Fn. 20, und Bernhard Waldmann, in: Basler Kommentar - Bundesgerichtsgesetz, Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basel 2008, Rz. 7 und 29 zu Art. 120 BGG). Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Klägerin kann aber jedenfalls mit Bezug auf die von ihr geltend gemachten, gemäss ihren Ausführungen seit 1. Januar 2008 bereits angefallenen Betriebskosten angenommen werden, weshalb auf ihre Klage zumindest insoweit einzutreten ist. Ob die Klägerin auch darüber hinaus ein aktuelles Rechtsschutzinteresse hat,

braucht nicht abschliessend beurteilt zu werden, weil die Klage - wie noch darzulegen ist - ohnehin abzuweisen ist.

### **E. 3**

Die Klägerin leitet ihre Forderungen gegen die Beklagte unmittelbar aus dem Sondernutzungsvertrag von 1996 ab. Dieser Vertrag ist nach Ansicht der Klägerin so auszulegen, dass die Beklagte die Kosten für Sicherheitsmassnahmen auf ihrem Gelände generell und damit auch im Zusammenhang mit den baulichen Vorkehrungen zur Umsetzung von Staff Screening III zu tragen habe. Dies wird von der Beklagten bestritten. Im Folgenden ist daher die Bedeutung der betreffenden Vertragsbestimmungen durch Auslegung zu ermitteln (vgl. E. 4 f. nachfolgend).

#### **E. 4.1**

Die Klägerin macht geltend, der Vertrag sei so auszulegen, dass nicht nur die im Zeitpunkt von 1996 bei Vertragsabschluss geltenden und umgesetzten Sicherheitsvorschriften "relevant" seien, sondern dass die Beklagte dazu verpflichtet werden sollte, auch alle zukünftig massgebenden Sicherheitsvorschriften einzuhalten. Auch wenn dies der Vertrag seinem Wortlaut nach nicht explizit erwähne, werde im Grundsatzartikel (Ziff. I/1.1) der Beklagten ausdrücklich die Pflicht auferlegt, den Betrieb "im Rahmen der allgemeinen Vorschriften für den Flughafen Zürich" vorzunehmen. Damit werde die Beklagte generell diesen Vorschriften unterworfen, wie sie jeweils für den Flughafen Zürich gelten würden. Selbstredend seien auch Änderungen dieser Vorschriften miterfasst. Eng verknüpft mit dieser Unterstellung unter die allgemeinen Vorschriften des Flughafens Zürich sei aber auch die Zuweisung der Pflicht an die Beklagte, "die Kosten der baulichen Massnahmen, die Installationen und die Betriebskosten für das Personal und die Anlagen für Grenzkontrolle, Zutrittskontrolle und Sicherheitskontrolle selbst zu tragen" (Klageschrift, S. 24 Rz. 35). Dieses Verständnis ergebe sich aus der exklusiven Zuweisung eines selbständig nutzbaren Gebiets innerhalb des Flughafenareals. Das Gebäude der Beklagten bilde nach seiner Lage und Ausgestaltung ein autonomes, nicht in die Betriebsabläufe des Flughafens Zürich integriertes System. Diese Autonomie sei von den Vertragsparteien mit entsprechenden Auflagen verbunden worden, indem die Beklagte verpflichtet worden sei, selbständig die Vorgaben der Grenz-, Zutritts- und Sicherheitskontrolle einzuhalten und zu finanzieren, das heisst für Sonderkosten im Sicherheitsbereich und bezüglich Zoll und Grenzpolizei aufzukommen. Wenn von der Beklagten heute die Bezahlung der neu anfallenden Investitions- und Betriebskosten verlangt werde, würden ihr keine Auflagen gemacht, die diese bei Vertragsschluss vernünftigerweise nicht habe voraussehen können und die deshalb nicht vom Vertrauensschutz gedeckt wären. Vielmehr seien sich die Parteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen potenzieller Verschärfungen der Sicherheitsvorschriften bewusst gewesen und hätten sich über mögliche Folgekosten sehr detailliert unterhalten. Die Beklagte sei bereits ab 1994 auf künftig zu erwartende Verschärfungen bei den Sicherheitsmassnahmen und die entsprechenden, auf Schätzungen beruhenden Kosten hingewiesen worden.

#### **E. 4.2**

Die Beklagte hält dem entgegen, der Sondernutzungsvertrag enthalte seinem Wortlaut nach einen abschliessenden Katalog der von ihr zu tragenden Kosten. Sie habe insbesondere auch sämtliche in Ziff. I/4.2.3 aufgelisteten Bau- und Betriebskosten im Zusammenhang mit der Abfertigung übernommen. Für die Überbindung zusätzlicher Kosten biete der Vertrag

keinen Raum. Die relevanten Vertragsbestimmungen seien nicht offen formuliert und enthielten keinen "dynamischen Verweis" auf die Anforderungen nach dem jeweils geltenden Recht. Vielmehr stelle der Vertrag in Ziff. I/4.2.3 Bst. b durch den Verweis auf Anhang Nr. 1 klar, dass die Beklagte "in einem statischen Sinne" nur Kosten übernehmen müsse, die gemäss dem im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Recht anfallen würden. Das Sicherheitskonzept gemäss Staff Screening III sprengte den im Sondernutzungsvertrag vereinbarten Rahmen bei weitem. Hätten die Parteien tatsächlich gewollt, dass in diesem Zusammenhang die zu irgendeinem Zeitpunkt in der Zukunft anwendbaren Anforderungen gelten sollten, so hätte dies der Vertrag ausdrücklich reflektieren müssen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte des Vertrags und insbesondere aus dem Verhalten der Beklagten in den Vertragsverhandlungen. Der Umstand, dass die Parteien selbst in Anbetracht möglicher Verschärfungen der Sicherheitsbestimmungen die erforderlichen Klarstellungen im Vertrag nicht vorgenommen hätten, mache klar, dass sie eine Überbindung solcher Kosten nicht vereinbart hätten.

### **E. 4.3**

Soweit der tatsächliche Wille der Vertragsparteien nicht nachgewiesen ist, sind öffentlichrechtliche Verträge - gleich wie privatrechtliche - nach den Regeln von Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) auszulegen. Das bedeutet, dass einer Willensäußerung der Sinn zu geben ist, den ihr der Empfänger aufgrund der Umstände, die ihm im Zeitpunkt des Empfangs bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in guten Treuen beilegen durfte und beilegen musste. Bei der Auslegung öffentlichrechtlicher Verträge ist besonders zu beachten, dass die Verwaltung beim Abschluss solcher Verträge dem öffentlichen Interesse Rechnung zu tragen hat. In Zweifelsfällen ist deshalb zu vermuten, dass sie keinen Vertrag abschliessen wollte, der mit den von ihr wahrzunehmenden öffentlichen Interessen in Widerspruch steht, und dass sich der Vertragspartner hierüber Rechenschaft gab. Indessen wäre es verfehlt, in allen Fällen der dem öffentlichen Interesse besser dienenden Auslegung den Vorzug zu geben. Die Wahrung des öffentlichen Interesses findet ihre Schranke vielmehr gerade im Vertrauensprinzip, das heisst sie darf nicht dazu führen, dass dem Vertragspartner des Gemeinwesens bei der Vertragsauslegung Auflagen gemacht werden, die er beim Vertragsschluss vernünftigerweise nicht voraussehen konnte (BGE 122 I 328 E. 4e mit weiteren Hinweisen; vgl. aus der neueren Bundesgerichtsrechtsprechung BGE 132 I 140 E. 3.2.4 und Urteil 2A.296/2006/2A.301/2006 vom 19. März 2008 E. 8.2). Bei der Auslegung eines öffentlich-rechtlichen Vertrags ist primär von seinem Wortlaut auszugehen. Anderen Umständen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kommt die Bedeutung ergänzender Auslegungsmittel zu, soweit sie dazu dienen können, den wirklichen oder - in Anwendung des Vertrauensprinzips - zumindest den mutmasslichen Willen der Parteien zu ermitteln (vgl. zum entsprechenden "Vorrang des Wortlauts" bei der Auslegung privatrechtlicher Verträge Peter Gauch/ Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2008, Rz. 1205 ff. und insbesondere 1220).

#### **E. 4.3.1**

Vorliegend kann offen bleiben, ob der Sondernutzungsvertrag von 1996 von den Parteien so verstanden wurde beziehungsweise werden musste, dass die Beklagte im Zusammenhang mit Sicherheitsmassnahmen auf ihrem Gelände auch sämtliche Kosten zu tragen haben würde, die in Zukunft - aufgrund verschärfter Sicherheitsvorschriften - nötig würden (so die

Klägerin), oder aber im Gegenteil nur Kosten übernehmen musste, die gemäss dem im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Recht anfielen (so die Beklagte). Für die Beurteilung der Begehren der Klägerin genügt nämlich die Feststellung, dass jedenfalls die von ihr geltend gemachten Kosten nicht vom Wortlaut des Vertrags erfasst sind. Das von der Klägerin geplante Schiebtor ist Teil der Sicherheitsmassnahmen von Staff Screening III. Bei Staff Screening III geht es ausschliesslich um die Kontrolle (Durchsuchung) von Mitarbeitenden von auf dem Flughafen tätigen Unternehmen ("Staff", in einem engeren, Besatzungsmitglieder nicht umfassenden Sinne) und ihrer mitgeführten Waren beim Übertritt von der Landseite in den Sicherheitsbereich ("Critical Part") des Flughafens (vgl. insbesondere Beilage 21 zur Klageschrift). Entsprechende Kontrollen werden durch die Verordnung 2320/2002/EG (vgl. dort insbesondere Anhang Ziff. 2.2 und 2.3) vorgeschrieben, die aufgrund des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68) in der Schweiz Anwendung findet (vgl. den Anhang des Abkommens in Verbindung mit dessen Art. 1 Abs. 2, Art. 18 und Art. 32). Die Beklagte hatte gemäss Ziff. I/4.2.2 des Sondernutzungsvertrags bestimmte bauliche Auflagen für die Durchführung der "Abfertigung" zu erfüllen und ist gemäss Ziff. I/4.2.3 zur Zahlung einzeln aufgelisteter Bau- und Betriebskosten "im Zusammenhang mit der Abfertigung" verpflichtet. Der Begriff "Abfertigung" wird in Ziff. I/1.2 Abs. 2 näher umschrieben, wo festgehalten wird, das Recht der Rega zur Abfertigung ihrer eigenen Luftfahrzeuge umfasse auch deren "Betankung" sowie die Abfertigung von deren "Besatzungen, Patienten, Angehörigen und ihres Gepäcks". Keine Rede ist dabei von Mitarbeiterkontrollen, wie sie nun auf dem Flughafen Zürich im Rahmen von Staff Screening III durchgeführt werden. In Ziff. I/1.2 Abs. 4 wird zwar festgelegt, jede Person, die den luftseitigen Bereich der Rega-Anlage betreten wolle, unterstehe der "Zutrittskontrolle" durch die zuständigen Flughafenorgane gemäss den allgemeinen Vorschriften über den Flughafen sowie der "Zutrittsregelung" zum nichtöffentlichen Gebiet des Flughafens Zürichs. Damit wird aber lediglich bekräftigt, dass die Beklagte bei der Ausübung ihres Selbstabfertigungsrechts die allgemein für den Flughafen geltenden Regeln zu beachten hat, wie dies bereits mit dem Vorbehalt der "allgemeinen Vorschriften für den Flughafen Zürich" in Ziff. I/1.1 zum Ausdruck gebracht wird. Darauf lässt sich allenfalls die Pflicht der Beklagten abstützen, die Umsetzung der Sicherheitsmassnahmen von Staff Screening III auf ihrem Gelände dulden zu müssen, nicht aber auch eine Verpflichtung, die damit verbundenen Kosten zu tragen, die in keinem Zusammenhang mit der Abfertigung stehen. Hinzuweisen ist zudem darauf, dass Kontrollen von Mitarbeitenden auch nicht unter den Begriff der Abfertigung fallen, wie er im Luftfahrtrecht gemeinhin verwendet wird (vgl. etwa das Verzeichnis der Bodenabfertigungsdienste in der Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft). Die Klägerin selbst bestreitet nicht, dass der Vertrag keine ausdrückliche Regelung darüber enthält, wer die Kosten für entsprechende Mitarbeiterkontrollen und die Bereitstellung der dazu nötigen Anlagen und Einrichtungen zu tragen habe. Sie führt diesbezüglich aus, der Vertrag erwähne "nicht explizit", dass künftige gesetzliche Änderungen einzuhalten seien (Klageschrift, S. 24 Rz. 34). Zukünftige Sicherheitsmassnahmen seien zwar absehbar und Gegenstand von Diskussionen gewesen, jedoch "nicht weiter im Vertrag ausformuliert worden" (Klageschrift, S. 8 Rz. 12). Obwohl höhere Kosten für Sicherheitsmassnahmen zu erwarten gewesen seien, hätten die Parteien "nicht bereits vertraglich festgehalten", wie verschärfte Sicherheitsvorschriften umzusetzen

sein würden (Klageschrift, S. 11 Rz. 16). Die Klägerin leitet die Massgeblichkeit künftiger Sicherheitsvorschriften aber aus dem Grundsatzartikel (Ziff. I/1.1) ab, wo der Beklagten "ausdrücklich" die Pflicht auferlegt werde, ihren Betrieb "im Rahmen der allgemeinen Vorschriften für den Flughafen Zürich" vorzunehmen. Mit diesen Ausführungen verkennt die Klägerin jedoch den Unterschied zwischen neuen rechtlichen Anforderungen an die Sicherheit des Flughafenbetriebs, wie sie sich etwa aus der Verordnung 2320/2002/EG ergeben, und der Erhöhung der finanziellen Leistungen der Beklagten. Im ersten Fall geht es um grundlegende öffentliche Interessen, weshalb es sich von selbst versteht, dass auch neue, das heisst erst nach Vertragsabschluss in Kraft getretene Sicherheitsvorschriften anderslautenden vertraglichen Regelungen stets vorgehen müssen. Im zweiten Fall ist unmittelbar das Leistungsverhältnis zwischen den Vertragsparteien betroffen und damit die Substanz des Vertrags selbst. Änderungen dieses Leistungsverhältnisses bedürfen daher einer klaren Grundlage im Vertrag, die jedoch nicht bereits im allgemeinen Vorbehalt der "Vorschriften für den Flughafen Zürich" (Ziff. I/1.1) erblickt werden kann (vgl. BGE 126 II 171 E. 4b). Die Beklagte bestreitet denn auch nicht, dass sie "die Vorschriften für den Flughafen Zürich" einhalten und die Umsetzung neuer Sicherheitsmassnahmen auf ihrem Gelände grundsätzlich hinnehmen müsse, macht aber zu Recht geltend, allein daraus lasse sich nicht ableiten, dass ihr die dabei anfallenden Kosten überwältzt werden könnten (vgl. Klageantwort, S. 18 Rz. 68 und S. 20 Rz. 73, und Duplik, S. 8 Rz. 22).

#### **E. 4.3.2**

Nichts anderes ergibt sich aus den dem Vertragsabschluss vorangegangenen Verhandlungen (vgl. zu deren Bedeutung für die Vertragsauslegung BGE 103 Ia 505 E. 2c und Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz. 1214). Die Klägerin macht zwar geltend, Verschärfungen der Sicherheitsvorschriften seien bereits damals absehbar gewesen, weshalb im Rahmen der Vertragsverhandlungen auch über zukünftige Sicherheitsmassnahmen und die damit verbundenen Kosten diskutiert worden sei (vgl. E. 4.1 hiervor). Sie räumt aber selbst ein, zu jenem Zeitpunkt sei nicht bekannt gewesen, wie sich Verschärfungen im Bereich der Sicherheit genau auf die Betriebsabläufe ("die Prozesse") auswirken würden (Klageschrift, S. 11 Rz. 16). Davon hing aber die Höhe zukünftiger Sicherheitskosten entscheidend ab. Nicht voraussehen waren für die Beklagte jedenfalls die künftigen Kosten bei der Umsetzung der Sicherheitsmassnahmen von Staff Screening III. Die Klägerin verweist auf die Protokolle verschiedener Sitzungen, die im Vorfeld des Vertragsabschlusses zwischen den Vertragsparteien stattfanden. Gerade aus diesen Protokollen wird aber deutlich, dass von möglichen Verschärfungen der Sicherheitsvorschriften und damit verbundenen Kosten nur im Zusammenhang mit dem der Beklagten einzuräumenden Selbstabfertigungsrecht gesprochen wurde (vgl. etwa das Protokoll der Sitzung vom 25. November 1994, Beilage 12 zur Klageschrift, S. 2 f.). Mitarbeiterkontrollen im Rahmen von Staff Screening III haben jedoch keinen unmittelbaren Bezug zur Abfertigung, wie sie schliesslich im Sondernutzungsvertrag (Ziff. I/1.2) definiert wurde (vgl. bereits E. 4.3.1 hiervor). Mit Blick auf die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Beklagte angesichts der von ihr zu tätigen, beträchtlichen Investitionen darauf angewiesen war, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Sicherheit über die finanziellen Lasten aus dem Vertrag zu haben. Sie weist denn auch in nachvollziehbarer Weise auf die unerwünschten Folgen für die "Planungs- und Rechtssicherheit" hin, die sich ergeben würden, wenn der Kostenrahmen bei Infrastrukturvorhaben wie der Erstellung ihres Betriebsgebäudes nicht bereits bei Vertragsabschluss ("von vornherein") feststehen würde, sondern über die Jahre

immer wieder aufgrund nicht kontrollierbarer Faktoren nach oben korrigiert werden könnte (Klageantwort, S. 19 Rz. 71; vgl. allgemein dazu BGE 127 II 69 E. 5a und BGE 126 II 171 E. 4b am Ende). Von Bedeutung ist dabei auch, dass die Beklagte in erster Linie Rettungsflügeinsätze durchführt und entsprechend kaum Passagiere befördert. Zudem starten vom Flughafen Zürich aus keine Luftfahrzeuge der Beklagten zu Rettungseinsätzen. Das Betriebsgebäude am Flughafen Zürich dient ihr vielmehr vorwiegend als Einsatzzentrale und Unterhaltswerkstätte. Gemäss Erhebungen der Klägerin wickelt die Beklagte pro Tag Übertritte von der Land- auf die Luftseite von weniger als 10 Personen (Passagiere und Besatzung) ab, während gleichzeitig 50 ihrer rund 150 am Flughafen Zürich beschäftigten Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen betriebsbedingt auf die Luftseite gelangen müssen (Klageschrift, S. 17 Rz. 23). Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass Mitarbeiterkontrollen und damit verbundene Kosten für die Beklagte betrieblich und finanziell erheblich grössere Auswirkungen haben können als entsprechende Kontrollen von Passagieren und Besatzungsmitgliedern. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Kosten im Zusammenhang mit Mitarbeiterkontrollen eine ausdrückliche Regelung im Sondernutzungsvertrag gefunden hätten, wenn sie bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen voraussehbar gewesen wären. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte vertraglich verpflichtet ist, für das Sondernutzungsrecht eine jährliche Entschädigung an die Klägerin zu entrichten (vgl. im Einzelnen Ziff. I/3 des Sondernutzungsvertrags). Es lässt sich den Akten aber nicht entnehmen und wird auch von der Klägerin nicht behauptet, dass diese Sondernutzungsentschädigung etwa besonders tief angesetzt worden wäre, weil die Vertragsparteien künftige, von der Beklagten zu bezahlende Kosten für Mitarbeiterkontrollen vorausgesehen hätten.

#### **E. 4.3.3**

Das Verhalten der Vertragsparteien nach Vertragsabschluss lässt, was die hier interessierenden Fragen betrifft, keine eindeutigen Schlüsse auf ihren tatsächlichen oder mutmasslichen Vertragswillen zu (vgl. allgemein zur Bedeutung dieses Aspekts für die Vertragsauslegung BGE 126 II 171 E. 4c.cc; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz. 1215). Die Klägerin beruft sich darauf, die Beklagte habe im Vorfeld der Umsetzung der Sicherheitsmassnahmen von Staff Screening III die Übernahme entsprechender Kosten zugesichert. Sie verweist dabei auf ein Treffen vom 17. April 2007 und macht geltend, der Finanzchef der Beklagten habe damals erklärt, "einen eigenen Durchgang zu besetzen und zu bezahlen". Dies zeige, dass die Beklagte die vertraglichen Verpflichtungen im gleichen Sinn verstanden habe wie die Klägerin (Klageschrift S. 17 f. Rz. 24 f.; Replik, S. 14 f. Rz. 34). Die Beklagte wendet demgegenüber ein, sie habe der Klägerin keine rechtlich relevanten Zusicherungen abgegeben, Kosten im Zusammenhang mit Sicherheitsmassnahmen, die über den Stand von 1996 hinausgehen würden, zu übernehmen (Klageantwort, S. 20 Rz. 75). Insbesondere bestreitet sie, sich anlässlich der Sitzung vom 17. April 2007 zur Übernahme der Kosten der neuen Sicherheitsmassnahmen bereit erklärt zu haben (Klageantwort, S. 12 Rz. 42; Duplik, S. 9 Rz. 24 f.). Aufgrund der Akten können die von der Klägerin behaupteten Zusicherungen der Beklagten nicht als hinreichend belegt erachtet werden. Gerade was das Treffen vom 17. April 2007 angeht, befinden sich in den Akten lediglich Handnotizen eines Vertreters der Klägerin, die von der Beklagten in keiner Weise genehmigt wurden (vgl. Beilage 19 zur Klageschrift). Bereits aus diesem Grund kann diesen Handnotizen kein entscheidender Beweiswert zukommen. Da in diesem Zusammenhang insbesondere auch von einer Befragung der Parteien keine erheblichen neuen Erkenntnisse zu erwarten sind, erübrigen sich weitere Beweiserhebungen nach Art.

36 ff. BZP.

## **E. 5**

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass der Sondernutzungsvertrag von 1996 nicht regelt, wer die von der Klägerin geltend gemachten Kosten im Zusammenhang mit den Sicherheitsmassnahmen von Staff Screening III zu übernehmen hat. Die Beklagte stellt sich zwar auf den Standpunkt, die Vertragsparteien hätten bewusst keine Regelung getroffen (Duplik, S. 7 Rz. 18) beziehungsweise "sich [...] nachgerade darüber geeinigt [...], dass solche Kosten nicht [der Beklagten] überbunden werden" könnten (Klageantwort, S. 10 Rz. 36). Den Akten lässt sich jedoch nichts entnehmen, das diese Behauptung stützen könnte. Nicht zuletzt angesichts der Tatsache, dass die betreffenden Kosten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht voraussehbar waren (vgl. E. 5.4.2 hiervor), ist davon auszugehen, dass diesbezüglich eine Vertragslücke vorliegt, weil die Vertragsparteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht geregelt haben (vgl. BGE 115 II 484 E. 4a).

## **E. 6.1**

Im Privatrecht ist umstritten, ob lückenhafte Verträge vom Gericht durch dispositives Gesetzesrecht oder gestützt auf den "hypothetischen Parteiwillen" zu ergänzen sind. Das Bundesgericht spricht sich für den Vorrang des dispositiven Rechts aus (BGE 115 II 484 E. 4b; nicht in jeder Hinsicht klar dagegen BGE 131 III 467 E. 1.2, wonach unter bestimmten Voraussetzungen der "subsidiäre Parteiwille" vorgehen soll; ebenfalls für den Vorrang des dispositiven Rechts Gauch/ Schluop/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz. 1249 ff. mit Hinweisen auf Gegenmeinungen in der Lehre). Verwaltungsrecht als öffentliches Recht ist in der Regel zwingender Natur (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 88).

Verwaltungsrechtliche Verträge können entsprechend im Einzelfall in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) stehen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1071 ff.; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 33 Rz. 20 ff.; Waldmann, a.a.O., S. 13 ff.; Klein, a.a.O., S. 51 ff. und 75 ff.; Abegg, a.a.O., S. 102, 185 f., 195 f.). Erweist sich ein verwaltungsrechtlicher Vertrag als lückenhaft, ist er daher primär nach dem anwendbaren öffentlichen Recht zu ergänzen, es sei denn, es stellen sich ausschliesslich Fragen des allgemeinen Vertragsrechts, die - mangels spezifischer Regelung im öffentlichen Recht - grundsätzlich unter Heranziehung der Regeln des Obligationenrechts zu beurteilen sind (vgl. zu letzterem Fall BGE 122 I 328 E. 7b; Waldmann, a.a.O., S. 12 f.).

## **E. 6.2**

Die Finanzierung von Sicherheitsmassnahmen im Luftverkehr ist in Art. 23 ff. VSL geregelt (vgl. bereits E. 1.4.2.2 hiervor), die eine Verteilung der damit verbundenen Kosten zwischen dem Bund (Art. 23 und Art. 23a VSL), den Flugplatzhaltern (Art. 24 VSL) und den Luftverkehrsunternehmen (Art. 25 und Art. 26 VSL) vorsehen. Die Luftverkehrsunternehmen tragen nach Art. 25 VSL insbesondere die Kosten für: a. die Kontrolle des Zutritts zu ihren Luftfahrzeugen und ihren betrieblichen Einrichtungen, die dem Unterhalt von Luftfahrzeugen dienen (Art. 15 VSL); b. die Kontrolle des Einstiegs der Fluggäste (Art. 16 VSL); c. die Durchsuchung ihrer Luftfahrzeuge (Art. 17 VSL); d. die Kontrolle der Bordverpflegung und der anderen Versorgungsgüter (Art. 18 VSL); e. die Kontrolle der Fracht, soweit diese Kontrolle nicht von einem zugelassenen Spediteur vorgenommen wird (Art. 19 VSL); f. die Kontrolle der Post, soweit diese Kontrolle nicht

von einem zugelassenen Postunternehmen vorgenommen wird (Art. 19 VSL). Von den Luftverkehrsunternehmen sind überdies die Kosten von Sicherheitskontrollen zu tragen, die auf deren Gesuch für bestimmte besonders gefährdete Flüge vorgenommen werden (Art. 26 Abs. 1 VSL i.V.m. Art. 22 Abs. 2 VSL). In Art. 25 und Art. 26 VSL kann idessen keine genügende Grundlage für die Überwälzung der Kosten von Staff Screening III auf die Beklagte erblickt werden. Etwas anderes wird denn auch von der Klägerin selbst nicht behauptet (vgl. Klageschrift, S. 27 Rz. 38). Die Beklagte kann daher auch auf dem Wege richterlicher Vertragsergänzung nicht zur Zahlung der von der Klägerin geltend gemachten Kosten verpflichtet werden.

#### **E. 7**

Ausser Betracht fällt im Übrigen eine richterliche Vertragsanpassung in analoger Anwendung der Regeln der "clausula rebus sic stantibus", wie sie von der Klägerin in ihrem "Eventualstandpunkt" beantragt wird (Klageschrift, S. 30 f. Rz. 44-47; vgl. bereits Bst. C hiervor). Nicht im Einzelnen geprüft zu werden braucht dabei, ob die Voraussetzungen für eine - im Vergleich zum Privatrecht allenfalls erleichterte - Anwendbarkeit der "clausula rebus sic stantibus" erfüllt sind (vgl. dazu Klein, a.a.O., S. 204 ff.; Waldmann, a.a.O., S. 12; BGE 122 I 328 E. 7d). Ebenso wenig braucht darauf eingegangen zu werden, ob mit einer Vertragsanpassung allenfalls ein Eingriff in wohlerworbene Rechte der Beklagten verbunden sein könnte (vgl. zu den vertraglich begründeten wohlerworbenen Rechten Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1008 und 1079). Entscheidend ist nämlich bereits, dass das betreffende Eventualbegehren die erforderliche Bestimmtheit (vgl. zu den Anforderungen E. 2.2 hiervor) in jeder Hinsicht vermissen lässt, wird doch von der Klägerin - auf der Grundlage einer "hypothetischen Ausgestaltung" des von der Beklagten genutzten Geländes (Klageschrift, S. 30 Rz. 45) - beantragt, sie selbst (sic!) sei "zu verpflichten, maximal einen Drittel der Kosten [...] eines hypothetischen Durchgangs [...] an die Beklagte zu bezahlen" (Klageschrift, S. 31 Rz. 46). Es bleibt damit unklar, welchen konkreten Betrag sie von der Beklagten fordert. Auf das Eventualbegehren ist daher nicht weiter einzugehen.

#### **E. 8**

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Beklagte vertraglich nicht verpflichtet ist, die von der Klägerin eingeforderten Investitions- und Betriebskosten zu bezahlen. Soweit zwischen den Parteien weiterhin strittig sein sollte, wer diese Kosten zu tragen hat, wäre die Klägerin nicht befugt, darüber einseitig zu verfügen. Vielmehr dürfte wohl auch hier der vom Bundesgericht im Urteil 2C\_715/2008 vom 15. April 2009 aufgezeigte Weg massgeblich sein: Im Streitfall müsste das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) angerufen werden, das eine anfechtbare Verfügung zu erlassen hätte (vgl. a.a.O. E. 4.4). Die vorliegende Klage ist entsprechend abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist (vgl. E. 2 und 7 hiervor).

#### **E. 9.1**

Gemäss Art. 69 Abs. 1 BZP entscheidet das Gericht über die Prozesskosten von Amtes wegen nach den Art. 65, 66 und 68 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110). Der Verweis in Art. 69 Abs. 1 BZP auf die Regelungen des Bundesgerichtsgesetzes hat zur Folge, dass das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) im Klageverfahren nicht unmittelbar zur Anwendung gelangt (vgl.

Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., S. 193 Rz. 4.7 und S. 240 Rz. 5.16).

### **E. 9.2**

Die Klägerin unterliegt vollumfänglich. Sie hat im vorliegenden Verfahren eigene Vermögensinteressen geltend gemacht, weshalb Art. 66 Abs. 4 BGG nicht anwendbar ist. Vielmehr sind ihr gestützt auf Art. 66 Abs. 1 BGG die Gerichtskosten aufzuerlegen. Diese sind auf insgesamt Fr. 10'000.-- festzusetzen (vgl. Art. 65 Abs. 2 und Abs. 3 Bst. b BGG i.V.m. Ziff. 1 des Tarif vom 31. März 2006 für die Gerichtsgebühren im Verfahren vor dem Bundesgericht [SR 173.110.210.1]). Dieser Betrag ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe zu verrechnen.

### **E. 9.3**

Nach Art. 68 Abs. 2 BGG sind der obsiegenden Partei, hier der Beklagten, alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten nach Massgabe des Tarifs des Bundesgerichts zu ersetzen. Mit Eingabe vom 13. März 2009 haben die Rechtsvertreter der Beklagten eine Kostennote im Betrag von Fr. 48'574.90 (inkl. Auslagen und MwSt) eingereicht. Dieser Betrag erscheint als nicht angemessen und ist daher vom Bundesverwaltungsgericht zu kürzen. Bei Streitsachen mit Vermögensinteresse richtet sich das Anwaltshonorar in der Regel nach dem Streitwert, wobei dieser aufgrund der streitigen Begehren zu ermitteln ist. Lässt sich der Streitwert nicht beziffern, so ist das Honorar nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts oder der Anwältin zu bemessen (Art. 3 des Reglements vom 31. März 2006 über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht [Entschädigungsreglement BGer, SR 173.110.210.3]). Vorliegend ist von einem Streitwert von mindestens 1 Million Franken auszugehen, der indessen nicht genauer beziffert werden kann, weil die Höhe der von der Klägerin geltend gemachten Investitionskosten und zukünftigen Betriebskosten unter anderem davon abhängt, ob das Schiebeter in der von ihr geplanten Weise erstellt werden darf (vgl. Bst. C und E. 2.2 hiervor). Der von den Rechtsvertretern der Beklagten ausgewiesene Zeitaufwand (insgesamt 103.2 Stunden) lässt sich - nicht zuletzt angesichts des Aufwands auf klägerischer Seite (insgesamt 62.7 Stunden) - nicht mit der gewissen Wichtigkeit und Schwierigkeit der Streitsache rechtfertigen, zumal er sich zum Teil auf die Zeit vor Klageeinreichung bezieht und daher insoweit bereits aus diesem Grund nicht zu entschädigen ist. Zudem beruht die Berechnung des Honorars gemäss eingereichter Kostennote zu einem erheblichen Teil auf einem Stundenansatz von Fr. 500.--, der den üblicherweise vor Bundesverwaltungsgericht geltenden Höchstbetrag von Fr. 400.-- (vgl. Art. 10 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) bei weitem überschreitet. Die der Beklagten zuzusprechende Parteientschädigung ist damit aufgrund der massgeblichen Bemessungskriterien (Art. 1-3, Art. 5 und Art. 12 Entschädigungsreglement BGer) auf insgesamt Fr. 30'000.-- (inkl. MwSt) festzusetzen. (Dispositiv nächste Seite)

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