

BVGer A-365/2008 vom 25. November 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-11-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-365_2008

FR: TAF A-365/2008 du 25 novembre 2008

IT: TAF A-365/2008 del 25 novembre 2008

Regeste

Enteignung

Erwägungen

E. 1.1

Die Zuständigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ergibt sich aus Art. 77 Abs. 1 EntG. Danach können Entscheide der Schätzungskommission beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32), soweit das EntG nichts anderes bestimmt (Art. 77 Abs. 2 EntG). Das VGG verweist in Art. 37 ergänzend auf das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

E. 1.2

Die Berechtigung zur Beschwerde richtet sich nach Art. 78 Abs. 1 EntG. Im Übrigen gelten die allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 48 Abs. 1 VwVG. Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Begehren vor der Schätzungskommission nicht durchgedrungen und hat an der Aufhebung bzw. Änderung des Entscheids der Vorinstanz offensichtlich ein schutzwürdiges Interesse. Sie ist deshalb zur Beschwerde berechtigt.

E. 1.3

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde kann aus diesen Gründen eingetreten werden.

E. 1.4

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Gerügt werden kann nicht nur die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder die unrichtige bzw. unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, sondern auch die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (Art. 49 VwVG).

E. 1.5

Der Beschwerdeführerin wurde mit Verfügung vom 25. Juni 2008 bekannt gegeben, der Spruchkörper beabsichtige, den angefochtenen Entscheid im Kostenpunkt zu ihren Ungunsten zu ändern. Hierzu wurden ihr auch die Gründe angezeigt, die zur Abweisung der Beschwerde führen dürften. Die Beschwerdeführerin stösst sich in ihrer Eingabe vom 15. August 2008 daran, dass ihr vom Instruktionsrichter nur das Recht erteilt wurde, sich zur eigentlichen Schlechterstellung zu äussern. Eine Stellungnahme zu den Gründen der Abweisung des Hauptantrages sei ihr zu Unrecht verwehrt worden. Gerügt wird damit eine

Verletzung des rechtlichen Gehörs.

E. 1.5.1

Das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) dient einerseits der Sachaufklärung. Andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört das Recht des Betroffenen, sich vor dem Entscheid zur Sache zu äussern (BGE 127 I 54 E. 2b mit Hinweis). Gestützt auf diese verfassungsrechtliche Garantie des rechtlichen Gehörs schreibt Art. 62 Abs. 3 VwVG vor, dass der Partei eine beabsichtigte Schlechterstellung im Kostenpunkt anzuzeigen und ihr die Möglichkeit zur Gegenäusserung einzuräumen ist. Gemäss Rechtsprechung ist sie dabei ausdrücklich auf die Möglichkeit eines Beschwerderückzuges hinzuweisen (BGE 131 V 414 E. 1; BGE 129 II 385 E. 4.4.3). Darüber hinaus steht einer Partei jedoch kein genereller Anspruch darauf zu, sich zu den Entscheidungsmotiven vorgängig äussern zu können. Der Anspruch auf vorgängige Anhörung erstreckt sich nur dann auf die rechtliche Würdigung eines Sachverhalts, wenn das Gericht seinen Entscheid mit einem Rechtssatz oder einem Rechtstitel zu begründen beabsichtigt, der im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurde, auf den sich die Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit im konkreten Fall sie nicht rechnen konnten. Ein entsprechender Anspruch besteht im Übrigen unter Umständen, wenn das Gericht in Anwendung einer unbestimmt gehaltenen Norm oder in Ausübung eines besonders grossen Ermessensspielraums einen Entscheid von grosser Tragweite für die Betroffenen zu fällen beabsichtigt (vgl. zum Ganzen BGE 131 V 9 E. 5.4.1, BGE 128 V 272 E. 5b.bb und 5b.dd, je mit weiteren Hinweisen; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1634, 1681 und 1708).

E. 1.5.2

Vorliegend ist keine dieser Voraussetzungen erfüllt. Soweit die Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 daran anknüpften, dass der Zimmerbergtunnel im Jahre 1894 im herrenlosen Untergrund errichtet worden sei, lag ihnen dieselbe Annahme zugrunde, von der auch in der Beschwerde vom 18. Januar 2008 ausgegangen wird (vgl. Beschwerdeschrift, S. 14 f., Rz. 14-17). Damit wurde das Äusserungsrecht der Beschwerdeführerin folgerichtig auf die Frage der Schlechterstellung im Kostenpunkt beschränkt. Ohnehin ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin am 15. August 2008 unaufgefordert dennoch auch zu den rechtlichen Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008, die sich auf die Hauptsache bezogen, Stellung genommen hat. Ihre Eingabe wurde insoweit nicht formell aus dem Recht gewiesen. Damit können ihre Äusserungen in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 VwVG nachfolgend berücksichtigt werden, soweit sie ausschlaggebend sind (vgl. Zwischenentscheid A-5698/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 3.2.4). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin im Instruktionsverfahren liegt deshalb so oder anders nicht vor.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin bringt (inhaltlich) im Wesentlichen vor, im Enteignungsverfahren von 1894/1895 sei kein Tunnel- und Eisenbahnservitut erstellt worden. Der damalige Eigentümer der fraglichen Parzellen habe auch keine Rechte abtreten und diesbezügliche Forderungen stellen müssen, da die Rechtslage der heutigen entsprochen und sein Grundeigentum nicht bis zum Tunnel gereicht habe. Der Tunnel habe die Grundstücke

einstweilen in einem rechtsfreien bzw. herrenlosen Bereich unterquert. Mit dem Kauf der beiden Liegenschaften habe sich das erworbene Grundeigentum in das Erdreich bis zur Tunnelbasis ausgedehnt. Die Beschwerdegegnerin habe damit fortan ein Recht in Anspruch genommen, das nicht in der Rechtserwerbstabelle von 1894/1895 enthalten gewesen sei. Dies führe zu einem nachträglichen Entschädigungsanspruch gestützt auf Art. 41 EntG, der weder verwirkt noch verjährt sei.

E. 3.1

Damals wie heute bestand ein Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnbetriebsmonopol des Bundes (Art. 23 und 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 3. Mai 1874 [aBV, BS 1 3] i.V.m. Art. 1 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen auf dem Gebiet der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 23. Dezember 1872 [aEBG; BS 7 3]; Art. 81 und 87 BV i.V.m. Art. 5 ff des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 [EBG, SR 742.101]). Es handelt sich dabei um ein unmittelbar rechtliches Monopol. Ein rechtliches Monopol liegt vor, wenn eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit den Privaten durch Rechtsnorm untersagt und ausschliesslich dem Staat vorbehalten ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2561 ff. und 2591 ff.). Wo der Staat ein unmittelbar rechtliches Monopol besitzt, kann er durch eine Monopolkonzession Privaten das Recht einräumen, die an sich ausschliesslich dem Staat vorbehaltene wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben. Da es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt, die aus Gründen des öffentlichen Wohls monopolisiert worden ist, handelt es sich gleichzeitig um die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe. Als Beispiele dienen die Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnbetriebskonzession (Häfelin/ Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1510 f.).

E. 3.2

Unbestritten ist, dass die SNoB mit Bundesbeschluss vom 25. Juni 1890 die Konzession für eine Eisenbahn von Thalwil über Sihlbrugg nach Zug erhalten hat. Die Beschwerdeführerin bestreitet hingegen sinngemäss, dass das Recht zum Bau und Betrieb des einspurigen Zimmerbergtunnels von Oberrieden/Horgen nach Sihlbrugg direkt gestützt auf die Konzession (Bundesbeschluss von 25. Juni 1890) erteilt worden ist. Dabei übersieht sie jedoch, dass in der Botschaft des Bundesrates vom 10. Dezember 1889 an die Bundesversammlung betreffend Konzession für eine Eisenbahn von Thalwil über Sihlbrücke nach Zug (BBl 1889 IV 1120, insb. S. 1125) der fragliche Tunnel explizit erwähnt wird. Damit steht ausser Zweifel, dass der Bund der SNoB 1890 auch das Recht eingeräumt hat, den Zimmerbergtunnel zu bauen und betreiben. Er hat ihr in diesem Sinne ein rechtliches Monopol verliehen und sie mit einer öffentlichen Aufgabe beauftragt.

E. 3.2.1

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer unaufgeforderten Eingabe vom 15. August 2008 vor, die Verweigerung des Bezugs der Konzession und der Einsichtnahme in diese Urkunde verletze ihren Gehörsanspruch. Sie reichte deshalb den beim Bundesamt für Verkehr eingeholten Bundesbeschluss vom 25. Juni 1890 selbst ein und äusserte sich dahingehend, dass er den Tunnel mit keinem Wort erwähne und deshalb der SNoB auch keine Rechtsposition am Untergrund verschafft habe, die sich die nachmalige Grundeigentümerin bei der Ausdehnung des Eigentums entgegenhalten lassen müsse. Zur Übertragung von Rechten am Untergrund und am Tunnel auf die SNoB sei die Konzessionsbehörde denn auch nicht kompetent gewesen.

E. 3.2.2

Die Parteien haben zwar im Beschwerdeverfahren einen Anspruch darauf, dass die von ihnen angebotenen Beweise abgenommen werden, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV. Das Gericht darf aber - im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung - von der Abnahme angebotener Beweismittel absehen, wenn ohne Willkür vorweg die Annahme getroffen werden kann, die rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert, also insbesondere dann, wenn der betreffende Sachverhalt bereits hinreichend erstellt erscheint, das Gericht den Sachverhalt aufgrund eigener Sachkunde und der Aktenlage ausreichend würdigen kann oder von vornherein gewiss ist, dass der angebotene Beweis keine wesentlichen Erkenntnisse zu vermitteln vermag (vgl. BGE 130 II 425 E. 2.1; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 111 und 320).

E. 3.2.3

Mit der Aufforderung an die Beschwerdegegnerin vom 4. Juni 2008, zusammen mit der Duplik die Eisenbahnkonzession vom 25. Juni 1890 einzureichen, war beabsichtigt, zu prüfen, ob ihr hinsichtlich der vorliegend strittigen enteignungsrechtlich erworbenen Tunnelbau- und Betriebsdienstbarkeiten etwas erhellendes entnommen werden kann. Diese Abklärung erübrigte sich, weil - wie nachfolgend noch ausgeführt wird - erste rechtliche Abklärungen ergaben, dass solche Dienstbarkeiten gar nicht erworben werden mussten. Auch deshalb wurde der Beschwerdegegnerin am 25. Juni 2008 aus prozessökonomischen Gründen die Frist zur Einreichung einer Duplik und damit auch der Konzession abgenommen. Dass die SNoB mit der Konzession von der Eidgenossenschaft das Recht zugesprochen erhalten hat, die Eisenbahnlinie samt Tunnel zu bauen und zu betreiben, bestritt zu diesem Zeitpunkt auch die Beschwerdeführerin nicht. Vielmehr vertrat sie die Auffassung, der Tunnel sei bis zu ihrem Erwerb der beiden fraglichen Liegenschaften in einem herrenlosen Bereich verlaufen, ohne zu behaupten, der Tunnel sei bereits von Anfang an unrechtmässig gebaut und betrieben worden. Auch im Entscheidzeitpunkt erachtet das Bundesverwaltungsgericht den Beizug der Konzession zu Klärung des Sachverhalts als nicht erforderlich. Denn die Frage, ob die Konzessionserteilung von 1890 tatsächlich auch das Recht der SNoB umfasst hat, den Zimmerbergtunnel zu bauen und betreiben, lässt sich hinreichend klar mit der ihr zu Grunde liegenden Botschaft des Bundesrates belegen. Diese enthält eine detaillierte Umschreibung des Projekts samt Tunnel, das zumindest im fraglichen Bereich dementsprechend baulich umgesetzt worden ist. Der nachträglich von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Konzession, deren Inhalt ebenfalls in der Botschaft des Bundesrates enthalten war, kann im Übrigen nichts weitergehendes oder anderslautendes entnommen werden. In ihr wird der Tunnel nur insoweit erwähnt, als gemäss Art. 5 die Arbeiten daran bis zum 1. April 1891 zu beginnen hatten. Auch für die andere, nach Ansicht der Beschwerdeführerin an Hand der Konzession zu klärende Frage, welche Rechte der SNoB am Untergrund eingeräumt worden sind, vermag die Konzession nicht weiter zu führen, was aber bereits die Botschaft des Bundesrates erkennen liess. Vielmehr ist die Frage der Rechte am Untergrund in Würdigung der damaligen und heutigen Rechtslage und unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Lehre zu beurteilen. Die Einschätzungen im Rahmen der Instruktion, die Eisenbahnkonzession vermöge für die hier entscheidrelevanten Fragen keine Aufschlüsse zu geben, welche nicht bereits als rechtsgenügend bewiesen zu erachten sind, hält damit auch nachträglich einer Überprüfung stand. Rügen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Verzicht

auf die Einholung der Konzession gehen deshalb fehl. Dies soweit sie nicht als gegenstandslos zu erachten sind. Denn die Beschwerdeführerin hat die Konzession nachträglich selber eingereicht, dazu Stellung genommen und das Bundesverwaltungsgericht konnte diese ebenfalls in die rechtliche Würdigung einbeziehen (Art. 32 Abs. 2 VwVG).

E. 3.3

1894 fand für den Bau der Eisenbahnlinie ein Enteignungsverfahren statt, bei welchem die Grundeigentümer ihre Forderungen anmelden konnten. Aus den Unterlagen ist nicht genau ersichtlich, welche damaligen Parzellen sich mit den heute fraglichen decken. Es dürfte sich aber (unbestrittenermassen) um die Grundstücke von Robert Stäubli handeln, die heute als Y und Z deklariert werden. Den damaligen Eingaben (insbesondere Forderungseingabe) ist zu entnehmen, dass Robert Stäubli die Abtretung von Rebland, Baumgarten (insgesamt 5'750 m²) und 28 Stück Bäumen eingefordert hatte. Hinzu kamen noch zwei Abschnitte (vgl. Forderungseingabe II., insgesamt 1'760 m²). Zudem machte er eine Entschädigung für den Mindertwert in Folge der Durchschneidung und Verunstaltung des grossen Einfanges und Wegnahme des bestgelegenen Landes geltend (vgl. Forderungseingabe III.). Aus der Grunderwerbstabelle ist ersichtlich, dass Robert Stäubli schliesslich insgesamt 9'821,8 m² Grundfläche abgetreten und für diese inkl. Minderwert (Fr. 300.--), zwei unlesbaren (Fr. 778.--) und zwei nicht deklarierten Kostenstellen (Fr. 281.--) Fr. 9'807.30 erhalten hatte. Bei den unlesbaren und nicht deklarierten Kostenstellen ist nicht davon auszugehen, dass es sich dabei um Entschädigungen für Dienstbarkeiten handelt: einerseits ist nirgends von Dienstbarkeiten (oder Ähnlichem) die Rede, andererseits erscheinen die Beträge für Dienstbarkeiten von dieser Grössenordnung zu gering zu sein. Mit der Beschwerdeführerin ist daher einig zu gehen, dass damals keine Tunnel- und Eisenbahnbetriebservitute zu Lasten dieser Grundstücke errichtet bzw. entschädigt wurden. Diese Feststellung erscheint im Lichte der nachfolgenden Erwägungen denn auch als zutreffend.

E. 3.4

Die Bundesverfassung von 1874 befasste sich mit Fragen der Eigentumsgarantie und des Eigentums an Grund und Boden nicht ausdrücklich und in einem ordnenden System. Sie setzte die Geltung und Anerkennung des Eigentumsrechts voraus. Die Rechts- und Wirtschaftsordnung sah im Privateigentum einen ihrer Grundpfeiler. Lehre und Rechtsprechung zählten die Eigentumsgarantie zum ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes. Erst mit der Ergänzung der alten Bundesverfassung durch Art. 22ter wurde die Eigentumsgarantie zu einem ausdrücklich genannten Grundrecht. Diese Bestimmung enthielt aber nichts, was nicht damals schon ungeschriebenes Verfassungsrecht oder feststehende Rechtsprechung des Bundesgerichts war (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 15. August 1967 an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Artikel 22ter und 22quater [BB1 1967 II 133, S. 146]). In Bezug auf die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse im Zeitraum des Enteignungsverfahrens (1894) muss daher gelten, was das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) mit dessen Einführung ausformuliert und die Rechtsprechung in der Folge festgelegt haben. Der Auffassung der Beschwerdeführerin, dass die Rechtslage damals dieselbe wie heute war (Replik vom 29. Mai 2008, S. 6 [8]), ist deshalb zu teilen.

E. 3.5

Nach Art. 667 Abs. 1 ZGB erstreckt sich das Eigentum an Grund und Boden nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht. Das Interesse bestimmt mithin die Ausdehnung des Grundeigentums in vertikaler Richtung: im darüber hinausgehenden bzw. darunter liegendem Raum kennt das ZGB kein privates Eigentum (BGE 119 Ia 390 E. 5bb). Dies führt zur Frage, wer denn über den restlichen Teil des Erdkörpers - also den "Untergrund" - verfügen darf. Diese Verfügungsbefugnis ist dem Staat zuzugestehen, in dessen Gebiet sich der fragliche Untergrund befindet. Eine derartige Zuordnung entspricht auch dem Grundgedanken von Art. 664 ZGB, wonach die herrenlosen und öffentlichen Sachen der staatlichen Hoheit der Kantone unterstehen (BGE 119 Ia 390 E. 5d).

E. 3.6

Die hier massgeblichen Landparzellen Nrn. A und B wurden im 19. Jahrhundert bis Mitte des 20. Jahrhunderts landwirtschaftlich - als Baumgarten und Rebland - genutzt. Es ist unbestritten, dass sich das Interesse des damaligen Eigentümers nicht bis zum Tunnelscheitelpunkt, der gemäss angefochtenem Entscheid im fraglichen Bereich rund 5 Meter unter der Erdoberfläche liegt, erstreckt hat. Der Tunnel wurde damals somit im herrenlosen, der Hoheit des Staates unterstehendem Untergrund, ausserhalb des privaten Eigentums, gebaut. Auf die Eigentumsverhältnisse im Portalbereich muss hier nicht eingegangen werden. Der Enteignung unterlagen damals (gestützt auf das Bundesgesetz vom 1. Mai 1850 über die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten; AS I 319 [Expropriationsgesetz], Art. 1) wie heute (im Rahmen des EntG, Art. 5 ff.) nur das private Eigentum bzw. hier nicht interessierende Ausnahmen (vgl. Hess/Weibel, Enteignungsrecht des Bundes, Rn 7 ff. zu Art. 5). Die SNoB musste daher im Enteignungsverfahren 1894/95 im Untergrund für den Tunnel keine Enteignung vornehmen bzw. kein Bahnbetriebs- oder Tunnel servitut errichten.

E. 3.7

Das Recht des Bundes über den grundsätzlich unter der Hoheit des Kantons liegenden Untergrund zu verfügen, gründete damals wie heute in Art. 3 BV: Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind. Wie bereits ausgeführt (E. 3.1) bestand damals wie auch heute ein Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnbetriebsmonopol. Nach Art. 1 aEBG war für den Bau und Betrieb von Eisenbahnen auf schweizerischem Gebiet in jedem Fall eine staatliche Konzession erforderlich. Die Erteilung von Konzessionen war (und ist) Sache des Bundes. Die Kantone wirkten lediglich bei den vorbereitenden Aufgaben mit. Der Bau und Betrieb von Eisenbahnen war daher Aufgabe des Bundes und schränkte die Souveränität der Kantone, d.h. auch die Hoheit über den Untergrund im Tunnelbereich, zugunsten des Bundes ein. Indem der Bund der SNoB die Konzession für den Bau und Betrieb der Eisenbahnstrecke Thalwil - Zug erteilte, erhielt diese die dafür benötigten Rechte zugesprochen, soweit nicht der Enteignung unterliegende (private) Rechte betroffen waren. Die Hoheit des Kantons Zürich über den Untergrund fand damit im Bereich der fraglichen Parzellen seine Grenze an den von der Eidgenossenschaft der SNoB verliehenen bundesrechtlichen Eisenbahn- und Tunnelrechten.

E. 3.8

Mit Einführung des Bundesgesetzes betreffend die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes und die Organisation der Verwaltung der schweizerischen Bundesbahnen vom 15. Oktober 1897 (Rückkaufgesetz, BBl 1897 IV 471) schaffte der Bund die Grundlage für den Rückkauf der konzessionierten Bahnstrecken, damit er diese unter dem Namen "Schweizerische Bundesbahnen" für seine Rechnung einheitlich betreiben konnte (vgl. Art. 1 Rückkaufgesetz). Der Rückkauf fand gemäss den Bestimmungen der Bundesgesetzgebung und der Konzession statt (Art. 2 Abs. 1 Rückkaufgesetz). Durch den Rückkauf der Bahnlinien der SNoB wurde der Bund Eigentümer der Bahnstrecke Thalwil - Zug (inkl. Tunnel) mit ihrem Betriebsmaterial und allen übrigen Zugehören (Art. 26 lit. c des Bundesbeschlusses vom 25. Juni 1890) und erwarb das ihm grundsätzlich ausschliesslich zustehende Recht zum Betrieb der Eisenbahn (inkl. Tunnel) von der SNoB zurück. Mit dem Übergang der Bahn an den Bund erloschen sämtliche Bestimmungen der bezüglichen Konzession (Art. 9 Rückkaufgesetz).

E. 3.8.1

Zur Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach gestützt auf Art. 9 Rückkaufgesetz die Rechtsposition der SNoB am Untergrund der fraglichen Liegenschaften erloschen sei, ist folgendes zu bemerken: Die Erteilung einer Konzession ist als Zweiparteienverhältnis anzusehen. Der Bund erteilt dem Privaten ein ihm (dem Bund) ausschliesslich zustehendes Recht. Beim Rückkauf erlöscht zwar das Recht des Privaten, jedoch geht es als solches nicht unter, sondern fällt an den Bund zurück. Er kann dieses Recht fortan wieder selbst ausüben. Bezüglich der durch die Konzession überbundenen Verpflichtungen hält Art. 9 Rückkaufgesetz denn auch ausdrücklich fest, dass diese auf den Bund übergehen (vgl. auch Art. 6 Rückkaufgesetz). Damit trifft zwar zu, dass die SNoB durch die Einführung und den Vollzug des Rückkaufgesetzes 1897 die "Rechtsposition am Untergrund" verloren hat. Die Beschwerdeführerin kann daraus aber keinen Nutzen ziehen, da das Recht am Betrieb und das Eigentum an der Infrastruktur (inkl. Tunnel) auf den Bund übergegangen ist und fortan durch diesen ausgeübt wurde.

E. 3.9

Mit Einführung des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG, SR 742.31) übernahm die Beschwerdegegnerin als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft das Eigentum an der Bahnstrecke und am Tunnel sowie das Recht zum Betrieb der Bahn. Hierfür bedarf sie keiner Konzession mehr (Art. 4 Abs. 1 SBBG).

E. 3.10

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die SNoB mit der Konzessionierung der Eisenbahnstrecke Thalwil - Zug direkt gestützt auf die Konzession das dem Bund zustehende Recht erhalten hat, auch im herrenlosen Untergrund der beiden fraglichen Grundstücke Y und Z den Zimmerbergtunnel zu bauen und zu betreiben. Rechtmässige Inhaberin dieses Tunnel- und Eisenbahnbetriebsrechts war in den letzten Jahren, zumindest bis zum Zeitpunkt des Erwerbs der beiden Grundstücke durch die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, dass sich mit dem Erwerb der Grundstücke das Ausübungsinteresse und damit das (vertikale) Grundeigentum in der sprichwörtlichen "juristischen Sekunde" auf eine Tiefe von ca. 15 Meter, bis zur Basis des Eisenbahntunnels, in den Untergrund ausgedehnt habe. Die Beschwerdegegnerin habe ab diesem Zeitpunkt

unberechtigterweise eine Tunnel- und Eisenbahnbetriebsdienstbarkeit in Anspruch genommen. Die bei der Ausübung ihrer Eigentumsrechte entstandenen Mehrkosten sowie der Minderwert der Liegenschaften seien ihr von der Beschwerdegegnerin zu ersetzen. Eventualiter seien die Akten dem UVEK zu überweisen, damit ein Enteignungsverfahren eingeleitet werden könne.

E. 4.2

Wie bereits ausgeführt (E 3.5), erstreckt sich das Eigentum an Grund und Boden gemäss Art. 667 Abs. 1 ZGB nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht. Das Interesse an der Ausübung des Eigentums muss schutzwürdig sein. Ein solches Interesse liegt mit Bezug auf einen bestimmten Raum über oder unter dem Erdboden nur vor, wenn der Grundeigentümer diesen Raum beherrschen und darin aus dem Eigentum fliessende Nutzungsbefugnisse ausüben kann, oder wenn Vorkehren Dritter in diesem Raum die Nutzung seines Grundstücks beeinträchtigen würden. Ob an einer bestimmten Art der Ausübung des Eigentums ein derartiges Interesse besteht, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab (vgl. BGE 93 II 170 E. 5). Die Ausübung eines solchen Interesses muss unter objektiven Gesichtspunkten einerseits technisch möglich und andererseits rechtlich zulässig sein (Heinz Rey, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 2. Aufl., Basel 2003, N. 6 zu Art. 667 ZGB). Ein schützenswertes Interesse kann nicht vorliegen, wenn z.B. ein Tunnel in einer solchen Tiefe gegraben wird, dass Erschütterungen, Senkungen der Fundamente oder weitere Einwirkungen ausgeschlossen sind (Heinz Rey, a.a.O., N. 8 zu Art. 667 ZGB mit Hinweisen). Mit Art. 667 Abs. 1 ZGB wird eine Schranke für die Ausübung der Eigentümerbefugnisse normiert, insbesondere um die Erfüllung öffentlicher Infrastrukturaufgaben (z.B. Tunnel- und Leitungsbau) zu erleichtern und unbegründeten Widerstand privater Grundeigentümer zu vermeiden (Amtliches Bulletin Nationalrat [AB NR] 1906, S. 534).

E. 4.3

Als der Tunnel gebaut wurde, wurden die fraglichen Landstücke als Baumgarten und Rebland genutzt. Unbestritten ist, dass sie damals keinen Einwirkungen durch den Betrieb des Tunnels ausgesetzt waren. Weiter ist festzustellen, dass der Tunnel gestützt auf den Bundesbeschluss vom 25. Juni 1890 rechtmässig gebaut und betrieben wurde. Er bildete deshalb schon damals die Schranke für die Ausübung privater Eigentümerbefugnisse. Wie bereits ausgeführt, verfügte die Beschwerdegegnerin als Rechtsnachfolgerin der SNoB im Zeitpunkt des Erwerbs der Liegenschaften Y und Z durch die Beschwerdeführerin rechtmässig über die Tunnel- und Eisenbahnbetriebsrechte in deren Untergrund. Diese Rechte der Beschwerdegegnerin stellen daher im Zeitpunkt des Erwerbs der Liegenschaften und auch heute die Schranke für die Ausübung des privaten Grundeigentums durch die Beschwerdeführerin dar. Die Ausdehnung des Eigentumsinteresses nach unten in den Tunnelbereich ist deshalb bereits aus rechtlichen Gründen nicht zulässig. Im Übrigen würde es Sinn und Zweck von Art. 667 ZGB zuwider laufen, wenn einerseits der Bau von öffentlicher Infrastruktur erleichtert werden soll, andererseits aber jeder Eigentümer, der sich entschliesst, in die Tiefe seines Grundstücks zu bauen, Eigentumsrechte im Bereich eines rechtmässig bereits bestehenden Eisenbahntunnels geltend machen könnte. Betrachtet man zudem den Einzelfall in seiner zeitlichen Entwicklung, ist folgendes festzuhalten: Der Tunnel wurde im 19. Jahrhundert gebaut und die Grundstücke erstmals 1950 überbaut. Selbst mit dem Einbezug in die Bauzone (1965) hat sich das Interesse wohl nur wenige

Meter in den Boden erstreckt. Die Tunnel- und Eisenbahnbetriebsrechte bestanden daher bis zum Erwerb der Liegenschaften durch die Beschwerdeführerin, d.h. mehr als ein Jahrhundert, ohne jeglichen Berührungspunkt mit dem Privateigentum der jeweiligen Grundeigentümer. Es wäre daher äusserst stossend und widerspräche jeglichem Gerechtigkeitsgedanken, müsste das Recht der Beschwerdegegnerin nun dem Ausübungsinteresse der Beschwerdeführerin weichen.

E. 4.4

Es kann aus diesen Gründen festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin kein schützenswertes Interesse an der Ausdehnung ihres Grundeigentums in den Tunnelbereich zu begründen vermag. Ihr Eigentum am Untergrund wird somit begrenzt durch jenen Bereich, der von den SBB für den (sicheren) Betrieb des Tunnels benötigt wird. In diesem Bereich besteht somit auch heute kein Privateigentum der Beschwerdeführerin. Bereits aus diesem Grund geht ihr Vergleich mit dem Leitungsrecht fehl, wonach bei blossen Durchleitungsrechten der Werkeigentümer seine Leitung verlegen oder Bauverbotservitute erwerben müsse, falls der Grundeigentümer sein Land überbauen wolle (BGE 115 Ib 13 E. 2 und 5b, mit Hinweisen). Denn diese Rechtsprechung setzt voraus, dass die Leitung Privateigentum durchläuft. Die von der Beschwerdeführerin beantragte Überweisung ans UVEK zur Anordnung des Enteignungsverfahrens ist deshalb nicht angezeigt und der Eventualantrag abzuweisen.

E. 5.1

Damit bleibt nachfolgend zu prüfen, wie es sich mit dem Hauptantrag der Beschwerdeführerin, der nachträglichen Entschädigungsforderung gestützt auf Art. 41 EntG, verhält.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ihr die Beschwerdegegnerin aufgrund von Art. 41 Abs. 1 lit. b EntG die für den Neubau entstandenen, durch den Tunnel bedingten Mehrkosten und den verursachten Minderwert der Liegenschaften zu entschädigen habe. Es gehöre nicht zu den Tatbestandsmerkmalen von dieser Bestimmung, dass eine Änderung des vorhandenen Zustandes durch den Enteigner erfolge. Die Inanspruchnahme eines Rechts durch den Werkbetreiber genüge.

E. 5.3

Art. 41 Abs. 1 lit. b EntG setzt eine Inanspruchnahme oder Schmälerung von Eigentumsrechten des Enteigneten oder dessen Schädigung voraus. Die vorstehenden Ausführungen haben zum Ergebnis geführt, dass die Beschwerdeführerin im Tunnelbereich gar kein Privateigentum geltend machen kann. Bereits dieser Umstand steht der Annahme entgegen, die Beschwerdegegnerin nehme Eigentumsrechte der Beschwerdeführerin in Anspruch bzw. schmälere diese. Hinsichtlich der Frage, ob der Tunnelbetrieb sonstwie die Eigentumsnutzung der Beschwerdeführerin beeinträchtigt oder ihr einen Schaden zufügt und eine nachträgliche Entschädigungspflicht auslöst, ist ausserdem folgendes zu beachten: Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist der Enteigner nur dann nach Art. 41 Abs. 1 lit. b EntG entschädigungspflichtig, wenn der Enteignungsschaden als Folge seines eignen Verhaltens grösser ausgefallen ist, als der Enteignete im Zeitpunkt des Auflageverfahrens hatte annehmen müssen (HESS/WEIBEL, a.a.O., Rz. 8 und 10 zu Art. 41). Diese Auslegung rechtfertigt sich auch mit Blick auf den unter der Eisenbahngesetzgebung geltenden Grundsatz, wonach jene Partei, die später kommt und

den bestehenden Zustand ändern will, die daraus herrührenden Kosten zu tragen hat (Art. 19 Abs. 2, Art. 21 Abs. 2, Art. 25 Abs. 1 und Art. 31 Abs. 2 EBG; BGE 126 II 54 E. 4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5867/2008 vom 27. Oktober 2008 E. 6.1 mit Hinweisen). Vorliegend ist unbestritten, dass der Eisenbahnbetrieb seit 1894 keine massgebenden baulichen Veränderungen, insbesondere keine Erweiterungen, erfahren hat. Auch ist seit längerer Zeit kein Rollmaterial neu zum Einsatz gekommen, das zu erheblichen neuen oder anderen Beeinträchtigungen geführt hat. Der Tunnelbetrieb hat somit in den letzten Jahren nichts mit sich gebracht, was als unvorhersehbar zu werten ist. Vielmehr hat das Verhalten der Beschwerdeführerin, den Untergrund neu bis in den Einflussbereich des Eisenbahntunnels bebauen zu wollen, ihre nachträgliche Entschädigungsforderung ausgelöst. Diese Sachlage wird aber vom gerade umgekehrt liegenden Tatbestand des Art. 41 EntG nicht erfasst. Die Beschwerdeführerin kann sich somit nicht auf diese Bestimmung berufen. Damit ist auf die in den Rechtsschriften eingehend erörterten Fragen der Verwirkung und Verjährung der nachträglichen Entschädigungsansprüche sowie des guten Glaubens im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs nicht weiter einzugehen.

E. 6.1

Letzten Endes verlangt die Beschwerdeführerin, Dispositiv Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids sei insoweit aufzuheben, als die vor der Vorinstanz geltend gemachte Parteientschädigung in dem Fr. 19'393.90 (inkl. MwSt) übersteigenden Betrag abgewiesen worden sei, und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren mit Fr. 24'698.50 zuzüglich MwSt von 7.6% (CHF 1'877.10), insgesamt mit Fr. 26'575.60, zu entschädigen.

E. 6.2

Nicht angefochten und damit vom Bundesverwaltungsgericht nicht zu überprüfen ist Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids mit der Regelung der Verfahrenskosten.

E. 6.3

Die Vorinstanz hat der als obsiegend geltenden Beschwerdegegnerin in Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Enteignungsverfahrens (Art. 114 Abs. 1 und Art. 115 Abs. 1 EntG) eine Parteientschädigung zugunsten der Beschwerdeführerin auferlegt. Dabei hat die Vorinstanz jedoch übersehen, dass die Kostenfolge für das Verfahren der nachträglichen Entschädigungsforderungen speziell geregelt ist. Gemäss Art. 115 Abs. 4 i.V.m. Art. 114 Abs. 3 EntG sind die allgemeinen Grundsätze des Bundeszivilprozessgesetzes vom 4. Dezember 1947 (BZP, SR 273) über die Kosten anwendbar, sofern die Voraussetzungen für die nachträgliche Geltendmachung von Entschädigungsforderungen gemäss Art. 41 EntG fehlen. Wird die Entschädigung zu Unrecht erst nachträglich geltend gemacht, so soll der Enteigner nicht mit den durch das Verfahren entstandenen Kosten belastet werden und es sollen die allgemeinen Grundsätze zur Kostenverteilung gelten (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 20. Mai 1970 betreffend Revision des Bundesgesetzes über die Enteignung, BBl 1970 I 1010, S. 1015). Massgebend sind somit gestützt auf den Verweis in Art. 69 Abs. 1 BZP die Art. 65, 66 und 68 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110). Damit hätte für das Verfahren vor der Schätzungskommission das Unterliegerprinzip (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG) und nicht der enteignungsrechtliche Grundsatz der Kostenverlegung zur Anwendung kommen sollen. Der vorinstanzliche Entscheid wäre damit in diesem Punkt zu Ungunsten

der Beschwerdeführerin abzuändern.

E. 6.4

Der Beschwerdeführerin wurde in Anwendung von Art. 62 Abs. 3 VwVG diese beabsichtigte Schlechterstellung angezeigt, und sie wurde auf die Möglichkeit des Beschwerderückzuges hingewiesen. In ihrer Stellungnahme vom 15. August 2008 stützt sie sich auf den Standpunkt, mit ihrem Eventualantrag habe sie die Überweisung der Akten an das UVEK zur Anordnung eines Enteignungsverfahrens beantragt. Insoweit gelte der enteignungsrechtliche Grundsatz der Kostenverlegung gemäss den Art. 114 Abs. 1 und Art. 115 Abs. 1 EntG. Danach habe die Beschwerdegegnerin als Enteignerin die Verfahrenskosten zu tragen und ihr eine Parteientschädigung auszurichten. Die Beschwerdeführerin hat somit von der Möglichkeit eines Beschwerderückzuges keinen Gebrauch gemacht und Ziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheides ist aufzuheben. Die Streichung der Parteientschädigung für die Beschwerdeführerin hat ersatzlos zu erfolgen. Zwar beantragte die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren ursprünglich die Eröffnung des Enteignungsverfahrens (durch die Vorinstanz). In ihrer vorinstanzlichen Replik vom 3. März 2006 verzichtete sie darauf und beantragte (bloss) noch eine nachträgliche Entschädigung gestützt auf Art. 41 Abs. 1 Bst. b EntG. Die Vorinstanz prüfte ihre Eingabe einzig im Hinblick auf diesen Antrag und wies ihn ab. Bereits deshalb findet für die Frage der Parteientschädigung im vorinstanzlichen Verfahren die Ausnahmeregelung gemäss Art. 115 Abs. 4 i.V.m. Art. 114 Abs. 3 EntG uneingeschränkt Anwendung.

E. 6.5

Die Beschwerdeführerin muss der im vorinstanzlichen Verfahren als obsiegend geltenden Beschwerdegegnerin hingegen keine Parteientschädigung ausrichten. Da es sich bei den SBB um eine mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraute Organisation handelt, steht ihr in Anwendung von Art. 68 Abs. 3 BGG keine Parteientschädigung zu (vgl. Thomas Geiser, Basler Kommentar zum BGG, Basel 2008, Art. 68 N 19 mit Verweis auf Art. 66 N 27).

E. 7

Die Kostenverlegung für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich bei unbegründeten nachträglichen Entschädigungsforderungen gestützt auf Art. 41 EntG ebenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen des BZP bzw. BGG (Art. 116 Abs. 2 EntG). Demnach hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die auf Fr. 10'000.-- festzusetzenden Verfahrenskosten zu tragen. Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin den Eventualantrag gestellt hat, die Sache sei zur Erteilung des Enteignungsrechts an die SBB an das UVEK zu überweisen, ändert daran nichts. Denn dieser Antrag wurde gemäss Beschwerde für den Fall erhoben, dass die Vorinstanz als nicht zuständig zur Beurteilung der Entschädigungsforderung erachtet würde. Zudem ist auch der Eventualantrag auf die Leistung einer nachträglichen Entschädigung ausgerichtet. Schliesslich wurde er im vorliegenden Urteil nicht gesondert behandelt. Damit besteht kein Grund, hierfür eine andere Kostenregelung vorzunehmen. Ebenfalls gestützt auf den Verweis von Art. 116 Abs. 2 EntG steht der obsiegenden Beschwerdegegnerin in Anwendung von Art. 68 Abs. 3 BGG keine Parteientschädigung zu (vgl. E. 6.4).

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