

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administratif federal

Abteilung I
A-365/2008
{T 0/2}

Urteil vom 25. November 2008

Besetzung

Richter Beat Forster (Vorsitz), Richter Markus Metz,
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Gerichtsschreiber Stefan von Gunten.

Parteien

X._____, Technoparkstrasse 1, 8005 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Alois Schuler,
Auf der Mauer 4, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB, Infrastruktur Pro-
jektmanagement, Region Zürich, Postfach, 8021 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Matthias Becker,
Burghaldenstrasse 59, 5600 Lenzburg,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Schätzungskommission Kreis 10,
p.A. Herr Dr. Niklaus Oberholzer, Kantonsrichter, Kan-
tongsgericht, Klosterhof 1, 9001 St. Gallen,
Vorinstanz.

Gegenstand

Enteignungsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Mit Beschluss vom 25. Juni 1890 erteilte die Bundesversammlung der schweizerischen Eidgenossenschaft der schweizerischen Nordostbahn (SNoB) die Konzession für den Bau und Betrieb der Eisenbahnstrecke von Thalwil nach Zug. Die SNoB baute zwischen 1894 und 1897 die Eisenbahnlinie und in diesem Zusammenhang auch den Zimmerberg-tunnel, der die Gemeinde Horgen und insbesondere die heutigen Grundstücke GB-Nrn. A (Y) und B (Z) unterquert. Im damaligen Enteignungsverfahren konnten die vom Tunnelbau beeinträchtigten Grundeigentümer ihre Forderungen anmelden und wurden entsprechend entschädigt. Im Grundbuch ist bis heute – zumindest für die obgenannten Grundstücke – keine Tunnel- und Bahnbetriebsdienstbarkeit zugunsten der SNoB bzw. deren Rechtsnachfolgerin eingetragen.

B.

Am 19. Dezember 2003 erwarb die X._____ mit öffentlich beurkundetem Vertrag ein Kaufsrecht an der Liegenschaft Z, in der Absicht, das Grundstück zu Wohnzwecken neu zu überbauen. Am 10. November 2004 erwarb sie die Liegenschaft zu ihrem Eigentum und änderte ihr ursprüngliches Projekt wegen dem unterquerenden Eisenbahntunnel in weniger luxuriöse Mehrfamilienhäuser ab. Da die hierfür zur Verfügung stehende Baumassenziffer nicht ausreichte, erwarb sie am 7. Januar 2005 auch noch die benachbarte Liegenschaft (Y) und realisierte ihr Projekt.

C.

Mit Schreiben vom 24. März 2005 gelangte die X._____ an die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB; Rechtsnachfolgerin der SNoB). In der Meinung, sie habe die Liegenschaft Z ohne Eisenbahndienstbarkeiten erworben, verlangte sie, der Betrieb der Eisenbahnlinie sei einzustellen und der Tunnel sei zu verlegen bzw. zu beseitigen oder es sei ein Enteignungsverfahren zum Erwerb einer Tunnel- und Bahnbetriebsdienstbarkeit einzuleiten. In ihrem Schreiben stellte die X._____ Entschädigungsansprüche für bauliche Mehrkosten und Ausgleichsforderungen für verursachten Minderwert des Restgrundstücks in Höhe von insgesamt ca. Fr. 630'000.-- in Aussicht. Am 10. Juni 2005 stellte sie dieselben Ansprüche in Höhe von ca. Fr. 580'000.-- auch für die Liegenschaft an der Y.

D.

Am 5. April 2005 bzw. 10. Juni 2005 meldete die X._____ nachträgliche Entschädigungsforderungen betreffend ihrer Liegenschaften Y und Z bei der Eidgenössischen Schätzungskommission, Kreis 10, an. Weiter verlangte sie die Eröffnung eines Enteignungsverfahrens für den Erwerb einer Eisenbahn- und Tunneldienstbarkeit und von den SBB die Zahlung von insgesamt Fr. 1'205'404.-- Enteignungsentschädigung zuzüglich 5% Zins seit 10. November 2004 bzw. 7. Januar 2005.

In ihrer Replik vom 3. März 2006 präzisierte die X._____ ihren Antrag und beantragte bloss noch, die SBB seien zu verpflichten, ihr als nachträgliche Entschädigung Fr. 1'051'312.90 zuzüglich 5% Zins seit dem 10. November 2004 bzw. 7. Januar 2005 zu bezahlen.

E.

Am 28. November 2007 wies die Schätzungskommission das Entschädigungsbegehren der X._____ ab (Dispositiv Ziff. 1) und auferlegte den SBB die Zahlung der Verfahrenskosten (Dispositiv Ziff. 2) und eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 19'393.90 zugunsten der X._____ (Dispositiv Ziff. 3).

In ihrem Entscheid führte die Schätzungskommission unter anderem aus, die damaligen Eigentümer hätten im Enteignungsverfahren 1894/95 für den Bau der Eisenbahnstrecke Thalwil – Zug Forderungen angemeldet und seien vollumfänglich entschädigt worden. Die SNoB habe deshalb originäres Eigentum an sämtlichen im Zusammenhang mit dem Bau und Betrieb des Zimmerbergtunnels stehenden Rechten erworben.

Trotz fehlendem Grundbucheintrag könne sich die Beschwerdeführerin beim Erwerb der Liegenschaften nicht auf den guten Glauben berufen. Aus den Eingaben ergebe sich, dass sie vor dem Eigentumserwerb von der Existenz des Zimmerbergtunnels gewusst und dessen ungefähren Verlauf gekannt habe.

Weiter beruhe der geltend gemachte Entschädigungsanspruch auf einer Nutzungsänderung durch die Beschwerdeführerin und nicht auf einer Mehrbelastung durch die Beschwerdegegnerin oder auf einer zum Zeitpunkt der Enteignung im Jahre 1894/95 nicht voraussehbaren, sich erst beim Bau oder nach Erstellung des Werks oder als Folge seines Gebrauchs erkennbaren Schädigung. Die Voraussetzungen für eine

nachträgliche Entschädigungsforderung seien deshalb ohnehin nicht gegeben.

Die Kostennote des Vertreters der X. _____ kürzte die Vorinstanz von Fr. 37'205.95 auf Fr. 19'393.90. Hierzu führte sie aus, dass sich der übliche Stundenansatz vor der Eidgenössischen Schätzungskommission auf Fr. 250.-- und nicht Fr. 350.-- belaufe. Es hätten sich weiter weder besonders anspruchsvolle Rechtsfragen gestellt noch sei für die Feststellung des Sachverhalts ein umfangreiches Beweisverfahren nötig gewesen. Die Kostennote sei deshalb auch in zeitlicher Hinsicht nicht gerechtfertigt.

F.

Mit Eingabe vom 18. Januar 2008 reichte die X. _____ (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen diesen Entscheid Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie stellte dabei folgende Anträge:

1.

Dispositiv Ziff. 1 des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben.

2.

Es sei festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin verpflichtet ist, die Beschwerdeführerin für

a. sämtliche ihr bei der Neuüberbauung der Liegenschaften Y und Z in Horgen durch den unter den beiden Grundstücken verlaufenden Eisenbahntunnel und durch den Eisenbahnbetrieb verursachten Mehrkosten sowie

b. für die durch den Tunnel und durch den darin abgewickelten Eisenbahnbetrieb verursachten Minderwert der Stockwerkeinheiten auf den Grundstücken Y und Z.

vollumfänglich zu entschädigen.

3.

Das Verfahren sei zur Durchführung des Schätzungsverfahrens und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.

Eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und es seien die Verfahrensakten zur Erteilung des Enteignungsrechts an die Beschwerdegegnerin an das UVEK zu überweisen.

5.

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 wurde, und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren mit Fr. 24'698.50 zzgl. MwSt von 7.6% (CHF 1'877.10), insgesamt mit Fr. 26'575.60 zu entschädigen.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der SBB.

Im Wesentlichen begründete sie die Beschwerde damit, dass im Enteignungsverfahren zum Bau des Zimmerbergtunnels von 1894/95 Dienstbarkeiten zu Lasten der Liegenschaften Y und Z weder errichtet noch entschädigt worden seien. Der Tunnel habe die Grundstücke nicht gestützt auf ein dingliches Recht, sondern in einem einstweilen rechtsfreien Bereich unterquert. Das rechtliche Interesse und die Herrschaftsmöglichkeit des Grundeigentümers hätten sich damals nicht bis zum Tunnel erstreckt.

Das Eigentumsrecht habe sich erstmals im Zeitpunkt des Erwerbs der Liegenschaften durch die Beschwerdeführerin bis zum Tunnel ausgedehnt. Erst dann habe der Tunnel den Bau der Terrassenhäuser auf den Liegenschaften Y und Z erschwert, behindert und verteuert. Daraus folge, dass die Beschwerdegegnerin 2005 ein Recht in Anspruch genommen habe, das nicht in der Rechtserwerbstabelle von 1894/1895 enthalten gewesen sei. Dies führe zu einer nachträglichen Entschädigung zugunsten der Beschwerdeführerin.

Im Übrigen habe sie sich aufgrund der vorgängigen Einsicht ins Grundbuch und dem Fehlen von eingetragenen Dienstbarkeiten beim Erwerb des Kaufsrecht – dem massgebenden Zeitpunkt – im berechtigten Glauben befunden, dass die Grundstücke unbelastet seien. Der Tunnel sei auch anlässlich der Begehung der Z durch C._____ (Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin) nicht erkennbar gewesen.

Bezüglich der gesprochenen Parteientschädigung hielt die Beschwerdeführerin dafür, dass der vorliegende Fall in sachverhaltlicher und rechtlicher Hinsicht ausserordentlichen Aufwand verursacht habe und die eingereichte Kostennote zumindest in zeitlicher Hinsicht gerecht-

fertigt sei. Die Schätzungskommission hätte ihr deshalb Fr. 26'575.60 zusprechen müssen.

G.

Die Schätzungskommission (nachfolgend Vorinstanz) verzichtete am 14. Februar 2008 auf die Einreichung einer Vernehmlassung.

H.

Mit Beschwerdeantwort vom 13. März 2008 führten die SBB (nachfolgend Beschwerdegegnerin) aus, falls überhaupt ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Entschädigung bestehen sollte, sei dieser verwirkt, allenfalls verjährt.

Für den Beginn der Verwirkungsfrist müsse sich die Beschwerdeführerin das Verhalten der früheren Grundeigentümer und damit auch der Verkäuferschaft anrechnen lassen. Der Anspruch, nachträglich für diese Rechte eine Entschädigungsforderung zu stellen, sei daher bereits zu Beginn des Jahres 1895 verwirkt. Sollte das Bundesverwaltungsgericht dieser Auffassung nicht Folge leisten, sei die Verwirkungsfolge 1932 eingetreten, 30 Tage nach Inkrafttreten des Enteignungsgesetzes (Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930, EntG, SR 711). Falls auch davon nicht ausgegangen werde, sei die Verwirkungsfrist nach Massgabe des neuen Rechts nicht eingehalten worden. Es sei erwiesen, dass der Beschwerdeführerin mehr als 6 Monate vor Klageeinreichung alle Kenntnisse vorgelegen hätten, welche eine frühere Klageeinreichung ermöglicht hätten. Mit den Eingaben vom 5. April 2005 bzw. vom 10. Juni 2005 bei der Schätzungskommission sei die 6-monatige Frist demnach nicht eingehalten worden.

Wenn nicht verwirkt, sei ein allfälliger Anspruch der Beschwerdeführerin sodann sicherlich verjährt. Öffentlich-rechtliche Ansprüche unterliegen einer 5-jährigen Verjährungsfrist. Diese habe mit Inbetriebnahme des Tunnels begonnen und sei daher längst verstrichen. Nebst fehlenden rechtlichen Einschränkungen sei es auch in technischer Hinsicht bereits unmittelbar nach der Erstellung des Tunnels, spätestens aber nach Zuweisung der fraglichen Parzellen in die Bauzone im Jahre 1965, durchaus möglich gewesen, Tiefbauten von 4 bis 8 Metern oder mehr zu erstellen. Das Interesse habe daher schon vor Jahrzehnten ins Erdreich hinein gereicht und allfällige Ansprüche hätten bereits damals geltend gemacht werden müssen. Von der Voraussehbarkeit einer solchen Nutzung erst ab 2005 könne daher keine Rede sein.

Weiter hätten im damaligen Enteignungsverfahren die Eigentümer der fraglichen Parzellen ihre Forderungen ordnungsgemäss und fristgerecht angemeldet und seien vollumfänglich, d.h. auch für allfällige Minderwerte, entschädigt worden. Die Bahnbetreiberin habe im Plangenehmigungs- und Entschädigungsverfahren in den Jahren 1894/95 für sich und alle Rechtsnachfolger das Recht zum Betrieb eines Eisenbahntunnels im Bereich der fraglichen Parzellen nach Massgabe des Bauprojekts erworben und halte dieses auch heute noch inne.

Abgesehen von einer späteren Verlegung des Tunnelportals in westlicher Richtung seien seit 1894 keine massgebenden baulichen Veränderungen, insbesondere keine Erweiterungen, vorgenommen worden. Auch sei seit längerer Zeit kein Rollmaterial neu zum Einsatz gekommen, welches zu erheblich neuen oder anderen Beeinträchtigungen geführt habe. Der Betrieb des Bahntunnels habe in den letzten Jahren nichts mit sich gebracht, was als unvorhersehbar zu werten und damit zu entschädigen sei. Es handle sich vorliegend zudem nicht um eine Bautätigkeit der Beschwerdegegnerin, sondern um eine Nutzungsänderung der Beschwerdeführerin, weshalb eine nachträgliche Entschädigung grundsätzlich ausgeschlossen sei.

Die Beschwerdegegnerin fügte weiter an, dass die Beschwerdeführerin den für den Bau der Eigentumswohnungen angefallenen Mehraufwand aufgrund der Bahngesetzgebung selber zu tragen und zu bezahlen habe. Dieser könne nicht auf dem Weg des Enteignungsrechts geltend gemacht werden, da er von der Beschwerdeführerin mit der Baubewilligung bereits rechtskräftig akzeptiert worden sei.

Im Übrigen könne die Beschwerdeführerin bereits beim Abschluss des Kaufrechtsvertrages nicht mehr gutgläubig gewesen sein. Aufgrund einer Anmerkung im Vertrag und der offenkundigen Erkennbarkeit der Eisenbahnlinie hätte die Beschwerdeführerin auf den Bestand eines Tunnels schliessen und dementsprechend nähere Abklärungen treffen müssen. Die Beschwerdeführerin habe die beiden Liegenschaften daher in voller Kenntnis der Situation erworben und allfällige kalkulatorische Fehler selber zu tragen.

Die Beschwerdegegnerin hielt weiter dafür, dass die gesprochene Par-teientschädigung angemessen und damit nicht zu beanstanden sei.

I.

Mit Replik vom 29. Mai 2008 präzisierte die Beschwerdeführerin ihren Eventualantrag (Ziff. 4) wie folgt:

4.

Eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und es seien die Verfahrensakten zur Anordnung des Enteignungsverfahrens an das UVEK zu überweisen.

Im Weiteren stellte sie fest, für den Umfang der 1894/95 abgetretenen Rechte sei der Bau- oder Werkplan massgebend. Nachdem ein solcher Plan offensichtlich nicht vorliege, fehle es an der Bestimmtheit der damals vermeintlich abgetretenen Rechte. Aus diesem Grund sei auch keine Dienstbarkeit erworben worden. Der damalige Grundstückseigentümer sei nur insoweit in das Expropriationsverfahren miteinbezogen worden, als er eine Teilfläche seines Grundstücks zu Eigentum habe abtreten müssen. Er habe keine weiteren Forderungen stellen müssen, da sein Eigentum bzw. das rechtliche Interesse nicht bis zum Tunnel gereicht habe. Dementsprechend habe auch keine Verwirkungsfrist zu laufen begonnen. Die damalige Rechtslage habe der heutigen entsprochen: Ausserhalb der Interessensphäre sei der Untergrund herrenloses Gut gewesen.

Da die Beschwerdegegnerin 1894/95 kein dingliches Recht erworben habe, verfüge sie auch nicht über Eigentum am Tunnel. Mit dem Erwerb der Liegenschaften am 10. November 2004 bzw. 7. Januar 2005 durch die Beschwerdeführerin stehe der unterquerende Tunnelabschnitt heute im Miteigentum der beiden Stockwerkeigentümerschaften Y und Z. Die Beschwerdeführerin habe sich daher die enteignungsrechtlichen Entschädigungsansprüche kaufvertraglich vorbehalten.

Bezüglich Art. 41 EntG stellte sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, dass die Verwirkungsfolge nachträglicher Entschädigungsansprüche zwingend angedroht werden müsse. Die Beschwerdegegnerin habe den Nachweis nicht erbringen können, dass die Verwirkungsfolge 1894/95 angedroht worden sei, weshalb diese hier auch nicht Platz greife. Im Übrigen sei die Verwirkungsfrist mit den Eingaben am 24. März 2005 bei der Beschwerdegegnerin und am 5. April 2005 bzw. 10. Juni 2005 bei der Vorinstanz gewahrt worden.

Weiter sehe Art. 41 Abs. lit. b EntG drei Tatbestände – die nachträgliche Inanspruchnahme, die nachträgliche Schmälerung und die nicht vorhersehbare Schädigung – vor, welche hier allesamt erfüllt seien.

Die nachträgliche Inanspruchnahme könne sehr wohl auch darauf beruhen, dass wegen einer neuen, erlaubten Nutzung des Grundstücks das rechtliche Interesse und damit das Eigentum sich ausdehne und mit der anfänglichen nicht rechtswidrigen Nutzung des Werkbetriebs kollidiere. Da der Grundeigentümer die sich daraus ergebenden negatorischen Ansprüche nicht durchsetzen könne, sei der Werkbetreiber zur nachträglichen Enteignung verpflichtet.

Mit Erwerb des Grundstücks Z habe sich ihr Ausübungsinteresse und damit die vertikale Ausdehnung des Grundeigentums in der sprichwörtlichen juristischen Sekunde auf eine Tiefe von ca. 15 Meter in den Untergrund ausgedehnt, nämlich bis zur Basis des Eisenbahntunnels. Dies sei gleichzeitig mit dem Eintrag der Anmeldungserklärung im Tagebuch des Grundbuches Horgen, also am 10. November 2004, geschehen. Erst ab diesem Zeitpunkt habe die Neuüberbauung des Grundstücks festgestanden und ab dann habe die Beschwerdegegnerin die Tunnel- und Eisenbahnbetriebsdienstbarkeit unberechtigt-erweise in Anspruch genommen. Hiervon Kenntnis habe sie (die Beschwerdeführerin) aber erst Februar/März 2005 erhalten.

Die Errichtung der Einfamilienhäuser im Jahre 1950 habe noch keine nachträgliche Inanspruchnahme durch die Beschwerdegegnerin bedeutet. Diese hätten nur geringfügig ins Erdreich eingegriffen, insbesondere nicht in den Fels. Das Grundeigentum habe sich dazumal deshalb nicht tiefer in den Untergrund ausgedehnt. Dies gelte im Übrigen auch für die Zuweisung der Grundstücke zur Bauzone im Jahre 1963.

Allenfalls handle es sich um eine nachträgliche Schmälerung des Eigentumsrechts, indem über den Umfang der (bestrittenen) Dienstbarkeit hinaus, für den Fall einer Neuüberbauung des Grundstücks, Verpflichtungen zum Schutz des Tunnels und des Eisenbahnbetriebs auferlegt worden seien. Diese Verpflichtungen hätten Mehrkosten für die Liegenschaften zur Folge, welche nicht Gegenstand des Enteignungsverfahrens 1894/95 und damals auch nicht vorhersehbar gewesen seien.

Vorliegend sei auch der dritte Tatbestand – die nicht voraussehbare und nicht in ihrem Umfang vorauszusehende Schädigung – erfüllt. Die Verwirkungsfrist beginne dabei mit der Kenntnis der Tatsache und des wesentlichen Umfangs des Schadens, sodass eine Forderung angemeldet werden könne. 1894/95 und 1950 – erstmalige Überbauung der Parzellen – hätten die verursachten Mehrkosten und Minderwerte nicht vorausgesehen werden können. Endgültig festgestanden seien die Kosten erst nach Vollendung des Gebäudes beim Vorliegen der Bauabrechnung.

Hinsichtlich der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Verjährung hielt die Beschwerdeführerin dafür, ihr Anspruch könne nicht verjähren, da es sich nicht bloss um einen Anspruch auf Entschädigung aus Enteignung nachbarrechtlicher Unterlassungsansprüche wegen übermässigen Immissionen handle, sondern um einen Entschädigungsanspruch wegen direktem Eingriff in das Grundeigentum.

Bezüglich des guten Glaubens hält die Beschwerdeführerin an ihren Ausführungen fest. Sie habe im Februar 2004 vom Tunnel Kenntnis erhalten. Für die Frage des guten Glaubens sei aber auf den Zeitpunkt der Vormerkung des Kaufsrecht und nicht auf jenen des Eigentumsübergangs abzustellen.

Für die Begründung der Parteientschädigung hielt die Beschwerdeführerin an ihren bisherigen Ausführungen fest.

J.

Die Vorinstanz verzichtete am 9. Juni 2008 auf eine Stellungnahme zur Replik.

K.

Mit Verfügung vom 25. Juni 2008 teilte das Bundesverwaltungsgericht den Verfahrensbeteiligten mit, es beabsichtige, die Beschwerdeanträge auf Aufhebung von Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheides abzuweisen und Dispositivziffer 3 (Parteikostenentschädigung) zu Ungunsten der Beschwerdeführerin zu ändern (reformatio in peius). Es gab der Beschwerdeführerin deshalb die Gelegenheit, sich zur drohenden Schlechterstellung zu äussern. Gleichzeitig wurde der Beschwerdegegnerin die Frist zur Einreichung einer Duplik abgenommen.

L.

Die Beschwerdeführerin teilte am 15. August 2008 mit, dass sie die

Beschwerde nicht zurückziehen wolle. Die reformatio in peius komme allenfalls nur in Bezug auf den Haupt-, nicht aber beim Eventualantrag zur Anwendung. Im Weiteren äusserte sie sich (unaufgefordert) zu den vom Bundesverwaltungsgericht am 25. Juni 2008 bekanntgegebenen Gründen der Abweisung des Hauptantrages.

M.

Am 20. Oktober 2008 wies das Bundesverwaltungsgericht ein Ausstandsbegehren der Beschwerdeführerin gegen den Instruktionsrichter ab (A-5698/2008).

N.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird, sofern sie für den Entscheid wesentlich sind, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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).

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.

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

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Gerügt werden kann nicht nur die Verlet-

zung 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).

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.

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 Entscheidmotiven 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).

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.

2.

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.

3.

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 vorbehalten 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.).

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 Thalweil 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.

3.2.1 Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer unaufgeforderten Eingabe vom 15. August 2008 vor, die Verweigerung des Beizugs der Konzession und der Einsichtnahme in diese Urkunde verletze ihren Gehörsanspruch. Sie reichte deshalb den beim Bundesamt für Verkehr eingehol-

ten 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.

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).

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 Konzessionerteilung 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 klärenden 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).

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. Mindertwert (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.

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 [BBl 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.

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).

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 Privat-rechten; 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 Tunnelservitut errichten.

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.

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 (Rückkaufsgesetz, 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 Rückkaufsgesetz). Der Rückkauf fand gemäss den Bestimmungen der Bundesgesetzgebung und der Konzession statt (Art. 2 Abs. 1 Rückkaufsgesetz). 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 Rückkaufsgesetz).

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.

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).

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.

4.

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.

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).

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 Bun-

desbeschluss 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 widersprüche jeglichem Gerechtigkeitsgedanken, müsste das Recht der Beschwerdegegnerin nun dem Ausübungsinteresse der Beschwerdeführerin weichen.

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 Bauverbotsservitute 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.

5.

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

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.

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/WEBEL, a.a.O., Rz. 8 und 10 zu Art. 41). Diese Auslegung rechtfertigt sich auch mit Blick auf den unter der Ei-

senbahngesetzgebung 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.

6.

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.

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

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 Parteientschä-

digung 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.

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.

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).

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).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Ziffer 3 des Entscheides der Eidgenössischen Schätzungskommission Kreis 10 vom 28. November 2007 wird aufgehoben.

2.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

4.

Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. SK 2005-183; Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Forster

Stefan von Gunten

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Frist steht still vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 Abs. 1 Bst. c BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzu-

fassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: