



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für
Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK
Bundesamt für Verkehr BAV
Abteilung Politik

Referenz/Aktenzeichen: [REDACTED]

Unser Zeichen: [REDACTED]

Sachbearbeiter/in: [REDACTED]

Bern, 12. Februar 2015

DAS BUNDESAMT FÜR VERKEHR

hat im verwaltungsrechtlichen Verfahren gemäss Art. 40 Abs. 2 des Eisenbahngesetzes (EBG)¹

Schweizerische Bundesbahnen AG, mit Sitz in Bern,
vertreten durch Infrastruktur, Recht, Kasernenstrasse 95/97, Postfach, 8021 Zürich

Gesuchstellerin

gegen

Kraftwerk Bärau AG, Bäraustrasse 58, 3552 Bärau

Gesuchsgegnerin 1

und

Lauterburg & Cie. AG, Bäraustrasse 58, 3552 Bärau

beide vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED] Postfach, 3001 Bern

Gesuchsgegnerin 2

betreffend

die Kostenverteilung des Durchlasses des Gewerbekanals der Lauterburg & Cie. bzw. Kraftwerke Bärau AG auf der Strecke Langnau – Trubschachen, Bahnkilometer 39.643 und 40.523

¹ SR 742.101

I festgestellt:

- 1 Mit Gesuch vom 3. September 2003, ergänzt mit Eingabe vom 19. September 2003 und einer Planänderung vom 9. Dezember 2003, unterbreitete die Schweizerischen Bundesbahnen AG (SBB AG) dem Bundesamt für Verkehr (BAV) die Planvorlage betreffend den Ersatz des Durchlasses (DU) Gohlbach (Bahn-km 39.627 der Strecke Langnau – Trubschachen) durch einen Neubau und den Ersatz des DU Gewerbekanal (Bahn-km 39.643 der Strecke Langnau – Trubschachen) durch einen Wellrohrstahldurchlass zur Genehmigung in einem vereinfachten eisenbahnrechtlichen Plangenehmigungsverfahren nach Art. 18i EBG. Das Gesuch enthielt die Zustimmungen mehrerer Anwohner. Darunter befand sich diejenige der Genossenschaft Heimstätte Bärau, 3552 Bärau, Eigentümerin der Parzellen GB 882, 883 und 888. In ihrer Zustimmungserklärung vom 25. August 2003 äusserte sie den Vorbehalt „Ohne Kostenfolge für die Heimstätte Bärau“. Diese Grundstücke der Genossenschaft Heimstätte Bärau (Pflegeheim Bärau) waren mit einem Kanaldurchleitungsrecht zu Gunsten der Lauterburg + Cie. AG, Bäraustrasse 58, 3552 Bärau, belastet.
- 2 Mit Verfügung vom 15. Januar 2004 genehmigte das BAV die genannte Planvorlage unter Anordnung verschiedener Auflagen. Die Verfügung wurde u.a. der Genossenschaft Heimstätte Bärau, 3552 Bärau, der Kraftwerke Bärau AG, 3552 Bärau, und der Lauterburg + Cie. AG, Bäraustrasse 58, 3552 Bärau, eröffnet. In der Folge ersetzte die SBB AG den DU Gewerbekanal (Bahn-km 39.643 der Strecke Langnau – Trubschachen) durch einen Wellrohrstahldurchlass gemäss den genehmigten Plänen.
- 3 Am 17. Juli 2007 reichte die SBB AG beim BAV ein Begehren um Entscheid gemäss Art. 40 EBG betreffend die Kostenverteilung des DU Gewerbekanal der Lauterburg & Cie. / Kraftwerke Bärau AG. Darin stellte sie die folgenden Anträge:
 1. *Die Lauterburg & Cie. AG bzw. die Kraftwerke Bärau AG habe sich an den Erneuerungskosten des Gewerbekanaldurchlasses bei Bahnkilometer 39.643 zur Hälfte zu beteiligen und der SBB einen Betrag von CHF 170'266 (inkl. MWST) zuzüglich 5 % Verzugszins seit Einleitung des Anstandsverfahrens zu bezahlen; ferner sei festzustellen, dass sich die Lauterburg & Cie. AG bzw. die KW Bärau AG mit der Hälfte an den künftigen Unterhaltskosten zu beteiligen habe.*
 2. *Es sei festzustellen, dass sich die SBB einerseits und die Lauterburg & Cie. AG bzw. die KW Bärau AG andererseits an der noch anstehenden Erneuerung des Gewerbekanal durchlasses bei Bahnkilometer 40.523 und dessen künftigen Unterhaltskosten je zur Hälfte zu beteiligen habe.*
 3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.*
- 4 Das BAV eröffnete hierauf das Anstandsverfahren nach Art. 40 Abs. 2 EBG und forderte die Lauterburg AG und die Kraftwerke Bärau AG mit Schreiben vom 6. August 2007 zur Stellungnahme auf. Der rechtliche Vertreter der Lauterburg AG und Kraftwerke Bärau AG reichte seine Stellungnahme am 26. Oktober 2007 ein und beantragte, dass das Gesuch unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der SBB AG abzuweisen sei, soweit darauf einzutreten ist. Auf die Rechtsbegehren 1 und 2 könne nicht eingetreten werden, zumal das Rechtsbegehren 1 nicht direkt zum Urteil erhoben werden könne und es beim Rechtsbegehren 2 am Feststellungsinteresse fehle.

- 5 Mit Schreiben vom 31. Oktober 2007 ersuchte das BAV die SBB AG innert Frist ihr Rechtsbegehren 1 zu präzisieren.
- 6 Im zweiten Schriftenwechsel, mit Replik vom 13. Dezember 2007 resp. Duplik vom 8. Februar 2008, hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest.
- 7 Unter der Leitung des BAV wurde ein Augenschein beim DU Gewerbekanal in Langnau am 22. Februar 2008 durchgeführt. Seitens des BAV wurde ein Kurzprotokoll, der den Ablauf und die Ergebnisse des Augenscheins wiedergeben, verfasst und den Parteien mit Schreiben vom 28. Februar 2008 zur Stellungnahme zugestellt.
- 8 Von der Möglichkeit, Korrekturen und Bemerkungen zum Kurzprotokoll anzubringen, machte die SBB AG mit Schreiben vom 25. März 2008 und die Lauterburg AG und die Kraftwerke Bärau AG mit Schreiben vom 14. März 2008 Gebrauch.
- 9 Zur Abklärung der Entstehungsgeschichte der Kreuzungsstelle ersuchte das BAV mit Schreiben vom 26. und 29. Februar 2008 den Kanton Bern und die Gemeinde Langnau i.E. um eine Stellungnahme.
- 10 Im Rahmen dieser Vernehmlassungsrunde gingen beim BAV die Stellungnahme des Amtes für öffentlichen Verkehr des Kantons Bern (AöV) vom 28. Februar 2008 und diejenige des Staatsarchivs vom 4. April 2008 ein. Mit Schreiben vom 27. März 2008 antwortete die Gemeinde Langnau i.E., dass sie keine Angaben zur Entstehungsgeschichte liefern könne.
- 11 Mit Schreiben vom 8. April 2008 gab das BAV den Parteien sodann von sämtlichen Eingaben Kenntnis und wies sie an, zur Eingabe des Kantons Bern Stellung zu nehmen.
- 12 Mit Schreiben vom 29. April 2008 bzw. vom 8. Mai 2008 teilten die SBB AG bzw. der rechtliche Vertreter der Lauterburg AG und Kraftwerke Bärau AG dem BAV ihre Bemerkungen zur Eingabe des Kantons Bern mit.
- 13 Mit Schreiben vom 19. Mai 2008 schloss das BAV den Schriftenwechsel ab und reichte den Parteien die Kopie der Stellungnahme der Parteien je wechselseitig zur Kenntnisnahme ein.

Auf die einzelnen Eingaben wird – soweit entscheidrelevant – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

II in Erwägung gezogen:

A *Formelles:*

1 Zuständigkeit

Gemäss Art. 40 Abs. 2 EBG entscheidet das Bundesamt über die aus den Bestimmungen des 4. Abschnittes des EBG (Art. 17 – Art. 40a) erwachsenden Streitigkeiten über Kosten und deren Verteilung sowie über Vergütungen. Das Gesuch der SBB AG beinhaltet eine Kostenstreitigkeit für ein Bauvorhaben, das überwiegend dem Bau und Betrieb der Eisenbahn dient (Art. 18 EBG). Die sachliche Zuständigkeit des BAV in vorliegender Streitsache ist somit gegeben.

2 Anwendbares Verfahren

Bei vorliegendem Verfahren handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren, das dem Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsbehörden nach Art. 44 ff. des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG)² ähnlich ist, ohne ihm jedoch ganz zu entsprechen (BGE 97 I 591 E. 4). Mangels anderer anwendbarer prozessrechtlicher Grundlagen finden daher die Bestimmungen des VwVG zum Verfahren auf Erlass einer Verfügung Anwendung (Art. 1 VwVG bis Art. 43 VwVG).

3 Legitimation

Gemäss Art. 6 VwVG gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berührt, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Art. 48 VwVG bezeichnet als zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Abs. 1 lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Abs. 1 lit. c) bzw. jede andere Person, Organisation oder Behörde, die das Bundesrecht zur Beschwerde ermächtigt (Abs. 2). Dieses Interesse kann rechtlicher oder auch nur tatsächlicher Natur sein. Wer Parteistellung beansprucht, muss durch die Verfügung mehr als die Allgemeinheit betroffen sein und in einer besonderen, achtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen.

Die Frage der Kostenteilung berührt die Stellung der SBB AG sowie der Lauterburg & Cie. AG und der Kraftwerke Bärau AG direkt, da mit ihr entschieden wird, wie gross der finanzielle Anteil an den Erneuerungskosten des Gewerbekanaldurchlasses gemäss vorhergehender Ziff. 1.2 ist. Der Status einer Partei in diesem Verfahren steht demzufolge der SBB AG, der Lauterburg & Cie. AG und der Kraftwerke Bärau AG zu.

4 Form und Inhalt des Gesuchs

4.1 Die Forderungen für die strittigen Erneuerungs- und Unterhaltskosten richtet die Gesuchstellerin gegen die Lauterburg & Cie. AG bzw. die Kraftwerke Bärau AG. Sie begründet dies damit, dass sie aus ihren bisherigen Schriftenwechsel mit der Lauterburg & Cie. AG und der Kraftwerke Bärau AG keine Klarheit gewinnen konnte, welches Unternehmen Inhaberin der Kanaldurchleitungsrechte, die das SBB-Grundstück angrenzen, ist. Aufgrund dieser Rechtsunsicherheit sehe sie sich gezwungen, nebst der KW Bärau AG, auch die Lauterburg & Cie. AG als offiziell eingetragene Gewerbekanaleigentümerin ins Recht zu fassen. In der Stellungnahme vom 26. Oktober 2007 beantragt der Rechtsanwalt der

² SR 172.021

Gesuchsgegnerinnen, auf das Rechtsbegehren nicht einzutreten, zumal es der Anforderung direkt zum Urteil erhoben werden zu können, nicht genüge.

Die Rechtsschrift hat u.a. die Begehren und deren Begründung zu enthalten (vgl. Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 17. Juli 2007 mit der Bezeichnung, die Kosten seien der Lauterburg & Cie. AG „bzw.“ der Kraftwerke Bärau AG aufzuerlegen, lässt eine gewisse Klarheit vermissen. Daher hat das BAV der Gesuchstellerin die Gelegenheit gegeben, ihre Begehren zu präzisieren (vgl. Art. 52 Abs. 2 VwVG). Die Gesuchstellerin hat mit Schreiben vom 13. Dezember 2007 an ihre Rechtsbegehren festgehalten. Dies allein schadet ihr allerdings nicht. Denn aus der Begründung ihrer Rechtsbegehren geht hervor, dass sie beide Firmen solidarisch auf den ganzen Streitgegenstand einklagen will (Replik, S. 3). Insofern ist ausreichend bestimmt, wer mit welchen Begehren belastet werden soll. Die Eingabeform des Gesuchs erachtet das BAV somit als rechtsgenügend.

- 4.2 Die Gesuchstellerin stellt mehrere Feststellungsbegehren, indem sie die Frage stellt, wer die künftigen Unterhaltskosten des Gewerbekanal durchlasses bei Bahn-km 39.643 (Rechtsbegehren 1) und wer die Kosten für die anstehende Sanierung des Gewerbedurchlass bei Bahn-km 40.523 (Rechtsbegehren 2) zu tragen habe.

Voraussetzung für die Zulässigkeit solcher Anträge ist das Vorliegen eines Feststellungsinteresses. Ein solches ist gegeben, wenn die antragstellende Person ohne die verbindliche und sofortige Feststellung des Bestandes, Nichtbestandes oder Umfangs öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten Gefahr liefe, dass sie oder die Behörde ihr nachteilige Massnahmen treffen oder ihr günstige unterlassen würde. Ein rechtliches Interesse ist nicht erforderlich, vielmehr genügt auch ein bloss tatsächliches Interesse (vgl. Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 200 ff.). Die Feststellungsverfügung ist jedoch gegenüber der Leistungsverfügung subsidiär (Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 207; VPB 60.57). Nach der Rechtsprechung dürfen dem schutzwürdigen Interesse an einer Feststellungsverfügung keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen gegenüberstehen (BGE 114 V 201 E. 2c, VPB 62.45 E. 2a, 60.56 E. 3.1; differenziert: Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 208).

Die Gesuchstellerin hat vorliegend ein erhebliches tatsächliches Interesse an der Klärung der Frage der Kostenübernahme des Unterhalts und der Sanierungskosten des Durchlasses, bevor sie das eigentliche Baugesuch bei der Bewilligungsbehörde einreicht, um sich auf die entsprechenden Besonderheiten einzurichten und überhaupt zu wissen, welche Bewilligung sie beantragen und entsprechend dokumentieren muss. Damit kann die Gefahr verkleinert werden, dass nach Einleitung des eigentlichen Bewilligungsverfahrens Verzögerungen durch Unklarheiten betreffend den Sanierungsumfang auftreten. Es sind auch keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen ersichtlich, die dem schutzwürdigen Interesse der Gesuchstellerin am Erlass einer Feststellungsverfügung entgegenstünden. Auf die Rechtsbegehren 1 und 2 ist insofern einzutreten.

B Materielles:

1 Die zuständige Behörde hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und sich nötigenfalls verschiedener Beweismittel zu bedienen (Art. 12 VwVG). Gemäss Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (BZP)³ würdigt sie die Beweise nach freier Überzeugung. Ein Beweis gilt als erbracht, wenn die Behörde von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Sie muss nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen der Tatsache überzeugt sein. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen.

Vorliegend ergeben sich die entscheiderelevanten Tatsachen aus den unter der obenerwähnten Ziffer I aufgeführten Akten, weshalb das BAV während des Verfahrens auf die Einholung weiterer Beweismittel (wie Parteigutachten) verzichtet hat.

2 Die Verfahrensbeteiligten sind sich darin einig, dass vorliegend die Kostentragung für Unterhalt und Erneuerung bestehender Anlagen beurteilt werden muss. Eine vertragliche Regelung, wie sie nach Art. 32 EBG getroffen werden könnte, liegt nicht vor. Es ist daher zu prüfen, ob sich aus der gesetzlichen Regelung ein Anspruch der Gesuchstellerin gegenüber den Gesuchsgegnerinnen auf Kostenbeteiligung ergibt.

3 Das EBG enthält in den ersten drei Abschnitten des Kapitels XII umfassende Bestimmungen über die Genehmigung und Kostentragung von Kreuzungen mit mindestens einem Bahngleis, wobei dessen Abschnitt 1 (Art. 24 – 29) die Kreuzungen zwischen Bahn und Strasse, Abschnitt 2 die Kreuzungen zwischen Bahnlinien (Art. 30) und Abschnitt 3 die Kreuzungen mit andern Anlagen (Art. 31) betrifft.

4 Das Rechtsbegehren 1 der Gesuchstellerin betrifft die Fragen, wer für die Kosten der erneuerten Kreuzungsanlage und wer für deren künftigen Unterhaltskosten des Gewerbekanal-durchlasses bei Bahn-km 39.643 aufzukommen hat. Diese Fragen werden nachfolgend geprüft.

4.1 Die Planvorlage der Kreuzung, die das Rechtsbegehren 1 der Gesuchstellerin betrifft, wurde von der Gesuchstellerin ans BAV zur Plangenehmigung gemäss Art. 18ff. EBG eingereicht und vom BAV mit Plangenehmigungsverfügung vom 15. Januar 2004 gemäss Art. 18 EBG genehmigt. Aus den Akten ist ersichtlich, dass sich diese Kreuzung weder zwischen Bahn und Strasse noch zwischen Bahnlinien befindet. Es stellt sich somit die Frage, ob die vorliegende Kreuzung eine Kreuzung mit andern Anlagen im Sinne von Art. 31 Abs. 1 EBG darstellt.

Artikel 31 Abs. 1 EBG statuiert, dass Art. 24 EBG sinngemässe Anwendung auf Kreuzungen zwischen der Bahn und öffentlichen oder privaten Gewässern, Transmissionen, Transportseilanlagen, Leitungen und ähnliche Anlagen findet. Gemäss Art. 24 Abs. 1 EBG untersteht eine Kreuzung, die neu erstellt oder

³ SR 273

geändert wird, der Plangenehmigung des Bundesamtes gemäss Artikel 18–18i und 18m EBG.

Nach Auffassung der Gesuchstellerin handelt es sich vorliegend um eine Kreuzungsstelle zwischen der Bahn und einem privaten Gewässer bzw. einem privaten Gewerbekanal, der das Grundeigentum der SBB durchquere bzw. beanspruche, ohne dass ein entsprechendes Dienstbarkeitsrecht eingeräumt worden wäre (Gesuch, S.3). Der Gewerbekanal stelle kein natürliches Gewässer dar, sondern sei ein von Menschenhand geschaffener künstlicher Kanal. Er sei nicht als öffentliches Gewässer ausgeschieden. Die Gesuchstellerin sei Grundeigentümerin im Bereich der Kreuzungsstelle und die Gesuchsgegnerinnen Eigentümerinnen des Gewerbekanals. Der Gewerbekanal als private Anlage benütze zum einen den Durchlass der Gesuchstellerin und andererseits deren Grundstück, ohne diesbezüglich ein Dienstbarkeitsrecht zu besitzen oder eine Abgeltung zu bezahlen.

Die Gesuchsgegnerinnen erwidern dazu, dass es sich beim Durchlass des Gewerbekanals unter der SBB Bahnlinie Langnau - Trubschachen um eine Anlage handle, welche im Sinne von Art. 31 Abs. 1 EBG als Kreuzung gelte (vgl. Bundesgerichtsentscheid [BGE] 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000 E.1). Laut dem Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt [REKO/INUM]⁴ A-2004-20 vom 15.10.2004 E. 8 (bestätigt in BGE 1A.270/2004 vom 27. April 2005) sei auch Art. 31 Abs. 2 EBG auf Kreuzungen zwischen der Bahn und Gewässern anwendbar.

Gemäss Ziffer II.B.1.1 der obengenannten Plangenehmigungsverfügung ist Gegenstand der Planvorlage der Gesuchstellerin u.a. der Ersatz des DU Gewerbekanal (Bahn-km 39.643 der Strecke Langnau – Trubschachen) durch einen Wellrohrstahldurchlass. Aus den Plangenehmigungsakten ist ersichtlich, dass sich auf diesem Durchlass das Bahngleis befindet, das den Gewerbekanal quert, der unter sowie rund um den Durchlass liegt (Schnitte, Ersatz Gewerbekanal, 1:100 / 1:50, 26.08.03, Plan-nr. 105-C). Dieser Gewerbekanal dient als private Wassernutzungsanlage der Gesuchsgegnerin 1, um die Wasserkraft des öffentlichen Gewässers Ilfis zur Erzeugung von elektrischer Energie für Parallelbetrieb zu nutzen (Wasserkraftrecht der Kraftwerk Bärau AG, 3552 Bärau Nr. 40073, Konzession vom 7. Februar 2003, Ziffer A. 4 und 5.b.d). Dabei erfolgt eine Ober- und Unterwasserab- bzw. -überleitung in den z.T. offenen Gewerbekanal. Aus der Wasserkraftkonzession ist ersichtlich, dass gemäss Art. 3 Abs. 2 und Art. 9 des kantonalen Wassernutzungsgesetzes (WNG)⁵ der Gesuchsgegnerin 1 die Konzession für die Benützung eines öffentlichen Gewässers erteilt wurde. Aus den Verfahrensakten ergibt sich ausserdem, dass die Lauterburg & Comp., die Rechtsvorgängerin der Gesuchsgegnerin 1, bereits vor 1873 kantonale Wassernutzungsrechte für das Wasser aus der Ilfis für den Betrieb ihres Mühlebachs und ihrer späteren mechanischen Weberei besaßen (Stellungnahme des Staatsarchivs des Kanton Bern vom 4. April 2008, Protokoll des des Regierungsrates des Kantons Bern vom 23. September 1874). Gemäss

⁴ ehemalige Rekurskommission des eidgenössischen Departementes für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (REKO UVEK)

⁵ BSG 752.41

Art. 17 der Schlussbestimmung zum Zivilgesetzbuch (SchITZGB) sind ehehafte (althergebrachte) Wasserrechte private Rechte an einem öffentlichen Gewässer, die als Dienstbarkeiten gelten (BGE 88 II 498). Die vorliegende Kreuzung kann aus diesem Grund und auch in Anlehnung an die von den Gesuchsgegnerinnen zitierten Rechtsprechung (BGE 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000 E.1, Entscheid REKO/INUM A-2004-20 vom 15.10.2004 E. 8, bestätigt in BGE 1A.270/2004 vom 27. April 2005) als Kreuzungsanlage zwischen der Bahn und einem privaten Gewässer im Sinne von Art. 31 Abs. 1 EBG qualifiziert werden.

- 4.2 Aus der genannten Qualifikation und dem Gesetzesaufbau des Kapitels XII des EBG (Art. 24 - 32) folgt, dass für nach Art. 24 EBG genehmigte Kreuzungsanlagen die Kostenfolge gemäss Art. 25 - 29 EBG, für nach Art. 31 Abs. 1 EBG genehmigte Kreuzungsanlagen hingegen Art. 31 Abs. 2 EBG Anwendung findet.

Nach der Kostenfolge gemäss Art. 31 Abs. 2 Satz 1 EBG gehen die durch Erstellung einer neuen Kreuzung oder Änderung einer bestehenden Kreuzung entstehenden Kosten für Bau, Unterhalt und Erneuerung sowie für alle vorübergehenden und dauernden Massnahmen im Interesse der Verhütung von Schäden an der Kreuzungsstelle zu Lasten des jeweiligen Bauherrn.

- 4.3 Die Gesuchstellerin macht in ihren Eingaben geltend (vgl. Gesuch, S. 6, Replik S. 8 ff.), dass bei der Frage der Kostentragung nicht einfach darauf abgestellt werden könne, wer nach aussen die Bauherrenfunktion wahrnehme. Vielmehr sei das jeweilige Interesse an der Erneuerung des Durchlasses massgeblich. Da sich die Bahn aufgrund sicherheitsrechtlicher Überlegungen in der Regel im Zugzwang befinden würde, komme sie vielfach nicht darum herum, eine aktive Rolle beim Ersatz von erneuerungsbedürftigen Kreuzungsbauwerken und damit die Bauherrschaft zu übernehmen. Die Alternative, den beteiligten Dritten gemäss Art. 21 EBG aufzuerlegen, bei Beeinträchtigungen der Sicherheit der Bahn die nötige Abhilfe zu schaffen, sei demgegenüber eher realitätsfremd. Wer „Bauherr“ im werkvertraglichen Sinne ist, hänge im konkreten Fall häufig von Zufälligkeiten ab. Die anfallenden Kosten dürften daher nicht einfach dem zwangsweise aktiveren Partner auferlegt werden, sondern seien nach der Interessenlage aufzuteilen. Letztlich hätten beide Seiten am Fortbestand der Kreuzungsstelle ein Interesse, d.h. die SBB an der durchgehenden Eisenbahnlinie und die Lauterburg & Cie. AG bzw. KW Bärau AG an einem durchgehenden Wasserkanal für die Erzeugung von elektrischem Strom. Ohne die Anlage könnte weder die Bahn noch der Gewerbekanal ungehindert funktionieren. Die ursprüngliche Kreuzungsstelle wie auch deren altersbedingter Ersatz seien von beiden Seiten verursacht worden. Eine hälftige Kostenbeteiligung seitens des Eigentümers und Nutzers des Gewerbekanal sei daher angezeigt. Aus der gemeinsamen verursachten Kreuzungsstelle liesse sich aufgrund der allgemeinen eisenbahnrechtlichen Bestimmungen ableiten, dass sich beide Parteien an den Kosten entsprechend zu beteiligen hätten.

Die Gesuchsgegnerinnen erwidern in ihrer Stellungnahme vom 26. Oktober 2007 (S. 7 ff.) und Duplik (S. 5 f.), dass die Gesuchstellerin ihre Forderung auf keiner Rechtsgrundlage klar stützen könnte. Der Gewerbekanal bestehe seit über hundert Jahren, schaffe keinen Gefährdungstatbestand gemäss Art. 21 Abs. 1 EBG, insbesondere beeinträchtige er nicht plötzlich die Sicherheit der Bahn. Nicht

der Gewerbekanal, sondern der Gewerbekanaldurchlass sei in schlechtem Zustand. So sei dessen Fahrbahnplatte noch aus alten einbetonierten Eisenbahnschienen mit unkontrollierbaren Hohlräumen. Auch gemäss Art. 19 EBG hätten die Gesuchsgegnerinnen keine Kostentragungspflicht, seien doch keine Massnahmen an der Kreuzungsbaute in ihrem Interesse getroffen worden. Im Übrigen komme Art. 19 EBG nicht zur Anwendung, weil es sich vorliegend um die planmässige Erneuerung des Durchlasses nach Ablauf der erwarteten Lebensdauer gehe. Zur Kostentragungspflicht nach Art. 31 EBG führen die Gesuchsgegnerinnen aus, dass die Umschreibung des Begriffs Bauherr aus dem BGE 2A.80/1999 E.4d ersichtlich sei. Daraus folge, dass die Gesuchstellerin Bauherrin sei und sämtliche Kosten zu tragen habe. Im Übrigen würde die Gesuchstellerin selber zugeben, dass bei der Eisenbahn regelmässig erhöhte Anforderungen an die Sicherheit der Kreuzungsbaute bestehen würden. Hier zeige sich, dass die Erneuerung der Durchlässe aus bahntechnischen Gründen und damit im Interesse der Gesuchstellerin erfolgt sei. Die Gesuchstellerin übernehme zu Recht die Bauherrenrolle.

Hierzu erwägt das BAV, dass Art. 31 Abs. 2 EBG gegenüber den Regeln aus Art. 25 ff. EBG eine Sonderregelung für Kreuzungen zwischen der Bahn und Gewässer bzw. anderen Anlagen enthält. Die Kostenverteilungsregel aus Art. 25 ff. EBG sind nur analog anwendbar (BGE 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000 E.4.c und Botschaft zum Entwurf des Eisenbahngesetzes vom 3. Februar 1956 [BBl 1956 I 213], hier 247). Dies liegt daran, dass bei Kreuzungen zwischen der Bahn und einem Gewässer nicht zwei - gleichwertige - Verkehrswege aufeinander treffen wie bei Kreuzungen zwischen Bahn und Strasse ist. Es lässt sich schlecht durch Gegenüberstellung von (geänderten) Bedürfnissen von Bahnunternehmung und Gewässereigentümer ermitteln, wer die Änderung verursacht hat, wie dies bei der Kreuzung zwischen zwei Verkehrswegen auf der Hand liegt (Entwicklung des Verkehrsaufkommens auf dem jeweiligen Verkehrsweg, vgl. Art. 26 EBG). Deshalb ist es nahe liegend, die Kosten der Änderung einer Kreuzung zwischen der Bahn und "anderen Anlagen" im Sinne einer vereinfachten Abwägung demjenigen aufzubürden, der konkret und aus nachvollziehbaren Gründen als Bauherr im Sinne von Art. 31 EBG auftritt (vgl. BGE 2A.80/1999 vom 5. Januar 2000 E.4.d).

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin das Baugesuch in ihrem Namen stellte und offensichtlich als Bauherrin auftrat (vgl. vorerwähnte Ziff. I.1, I.2, II. B. 4.3 und Plangenehmigungsakten). Die Gesuchstellerin suchte zwar auch das Einvernehmen mit den Gesuchsgegnerinnen. Diese selber befassten sich aber nur in ganz untergeordnetem Masse mit der Baute, indem sie für ihr Projekt neues Wasserkraftwerk Bärau 2 die gemeinsame Nutzung der Installationsplätze und die Baustellenzufahrt des Projektes der Gesuchstellerin beschlossen. Sodann ist aus den Plangenehmigungsakten ersichtlich, dass die Gesuchstellerin das Projekt für die Sanierung dieses Gewerbekanals ausarbeiten liess, da der Durchlass den Sicherheitsanforderungen nicht mehr genügte. Gemäss Art. 17 Abs. 1 EBG müssen die Bahnunternehmen ihre Bahnanlagen und Fahrzeuge nach den Anforderungen des Verkehrs, des Umweltschutzes und gemäss dem Stande der Technik erstellen, betreiben, unterhalten und erneuern. Die Gesuchsgegnerinnen wurden hingegen weder vom BAV oder von der

Gemeinde oder dem Kanton förmlich als hochwasserschutzpflichtig oder als sanierungspflichtig behandelt. Die Sanierung des Gewerbedurchlasses oblag gemäss EBG und der Eisenbahnverordnung (EBV)⁶ allein der Gesuchstellerin, und am Bauvorhaben hatte die Gesuchstellerin ein erhöhtes Bedürfnis als die Gesuchsgegnerinnen. In Anlehnung an den von den Gesuchsgegnerinnen zitierten BGE 2A.80/1999 E.4d ist die Gesuchstellerin als Bauherrin gemäss Art. 31 Abs. 2 EBG im Bereich des strittigen Kreuzungswerks anzusehen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Gesuchsgegnerinnen keine Pflicht gestützt auf Art. 31 Abs. 2 Satz 1 EBG haben, für die Hälfte der Kosten für die Erneuerung und den Unterhalt aufzukommen. Die Gesuchstellerin hat somit gemäss Art. 31 Abs. 2 Satz 1 EBG sämtliche Kosten aus der vorliegenden Kostenstreitigkeit zu übernehmen.

- 4.4 Aber auch wenn der Argumentation der Gesuchstellerin gefolgt würde und die Gesuchstellerin nicht als Bauherrin gemäss Art. 31 Abs. 2 EBG anzusehen wäre, würde eine analoge Anwendung der Kostenverteilungsregeln gemäss Art. 25 – 29 EBG im vorliegenden Fall das Resultat nicht ändern, was nachfolgend aufzuzeigen ist.

Die Kostenverteilungsregeln aus Art. 25 ff. EBG enthalten in Art. 29 EBG eine explizite Regelung für die Berechnung der Kosten für Unterhalt und Erneuerung. Darin ist festgehalten, dass auf die Kosten für Unterhalt und Erneuerung sowie für alle vorübergehenden und dauernden Massnahmen zur Verhütung von Unfällen an der Kreuzungsstelle die Art. 25 – 28 EBG sinngemäss Anwendung finden.

Den Vorschriften gemäss Art. 25 – 28 EBG liegt das Ebenbürtigkeitsprinzip von Bahn und Strasse zugrunde (BBl 1956 I 213, hier 247 und 249). Ausfluss findet dieses Prinzip in der Kostenverteilung im eisenbahnrechtlichen Verursacherprinzip (Art. 25 und Art. 26 EBG) und im Prinzip der Vorteilsanrechnung (Art. 27 EBG). Art. 25 und 26 EBG regeln die Kostenfrage einer neu entstandenen resp. einer Änderung der Verkehrssituation. Dabei hat derjenige Eigentümer jenes Verkehrsweges, der die Änderung der Verkehrssituation erforderlich macht, für die dadurch verursachten Kosten aufzukommen. Nach Art. 25 EBG hat der Verursacher des neuen Verkehrsweges die Kosten für die Errichtung zu tragen. Nach Art. 26 Abs. 2 EBG hat der Verursacher des Mehrverkehrs die Kosten dadurch notwendig werdender Änderungen zu tragen.

Bei Erneuerungsarbeiten wird die Verkehrssituation nicht geändert, sondern es geht um deren Aufrechterhaltung. Mit den Erneuerungsarbeiten wird die einmal getroffene Verkehrssituation beibehalten. Eine Kostenregelung, welche dieses beibehaltende Element berücksichtigt, findet sich nicht explizit in den Art. 25 – 27 EBG. Eine direkte Anwendung der in Art. 25 und 26 EBG getroffenen Kostenregelung auf Erneuerungskosten würde somit dem Charakter von Erneuerungsarbeiten zu wenig Rechnung tragen. In Anlehnung an den Entscheid der REKO UVEK A-2000-33 vom 5. April 2001 E. 7.2 in Sachen Gemeinde Muttenz vs. SBB betr. Erneuerung des Überführungsbauwerkes Grenzacherstrasse in der Gemeinde Muttenz (nachfolgend: Entscheid Muttenz)

⁶ SR 742.141.1

sind also die Kostenregelung nach Art. 25 - 27 EBG im Einzelfall analog heranzuziehen.

Die Gesuchstellerin macht geltend, dass beide Verkehrsträger zu gleichen Teilen die fragliche Kreuzungsstelle verursacht hätten und zieht daraus den Schluss, dass die Kosten von Unterhalt und Erneuerung zu je 50 % auf die Bahn und der Kanalverantwortlichen aufzuteilen seien (vgl. Replik, S. 8).

Das Verursacherprinzip ist Ausfluss aus dem Ebenbürtigkeitsprinzip, was ganz klar aus dem Wortlaut von Art. 25 und 26 EBG hervorgeht. Auch die REKO UVEK, hat im Entscheid Muttenz diese gesetzliche Regelung bestätigt, nach der im Grundsatz der Verursacher des neuen Verkehrsweges die Kosten auch des Erneuerungsbaus zu tragen hat (E. 7 – 7.1.3.). Bei Erneuerungsarbeiten hat weiter zu unterscheiden, ob die Erneuerung vorzeitig oder erst nach Ablauf der für das Bauwerk vorgesehenen Lebensdauer vorgenommen werden musste. Bei einer vorzeitigen Erneuerung hat derjenige Verkehrsträger, welcher für die Übernutzung verantwortlich ist, als Verursacher zu gelten. Das Mass der Verursachung lässt sich dabei anhand der Verkehrsentwicklung feststellen. Bei der Kostenteilung der vorzeitigen Erneuerung kann also analog der Kostenregelung gemäss Art. 26 Abs. 2 EBG bezüglich Änderung des Bauwerkes verfahren werden. Wird dagegen die Erneuerung eines Bauwerkes erst mit Ablauf seiner erwarteten Lebensdauer notwendig, so liegt die Verursachung der Erneuerung nicht in der zu intensiven Nutzung des Bauwerkes, somit auch nicht in der Verkehrsentwicklung. Die Erneuerung ist also nur notwendig, weil eine Kreuzungsanlage vorhanden ist und die einmal gewählte Verkehrslösung Aufrecht erhalten werden soll. Derjenige Verkehrsträger, welcher einen bestehenden Verkehrsweg kreuzen musste und somit die ursprüngliche Kreuzungsanlage verursachte, hat gemäss Art. 29 i.V.m. Art. 25 Abs. 1 EBG auch als Verursacher der Erneuerung zu gelten. Die Anwendung des Verursacherprinzips nach Art. 25 und 26 Abs. 1 EBG auf Erneuerungskosten eines Kreuzungsbauwerkes nach Ablauf seiner ordentlichen Lebensdauer führt also dazu, dass diese als Folgekosten der seinerzeit für den Bau der Kreuzungsanlage anfallenden Kosten gelten und somit den vor dem Kreuzungsbauwerk bestehenden Zustand bevorzugt (vgl. Entscheid Muttenz E. 7.2). Die nach dem Verursacherprinzip getroffene Kostenregelung ist sodann anhand des Prinzips der Vorteilsanrechnung zu überprüfen und allenfalls abzuändern. Dies gilt sowohl bei einer vorzeitigen Vornahme der Erneuerung wie auch bei einer Erneuerung nach Ablauf der erwarteten Lebensdauer.

Bei der vorliegenden Kreuzungsstelle ist daher zuerst zu prüfen, welcher Verkehrsträger die ursprüngliche Kreuzung verursacht hat (nachfolgende Ziff. II.B. 4.4.1), sodann ob es sich bei den ausgeführten Arbeiten um eine vorzeitige Erneuerung oder einer Erneuerung nach Ablauf der ordentlichen Lebensdauer handelt (nachfolgende Ziff. II.B.4.4.2) und schliesslich welche Vorteile den Verkehrsträgern aus der Erneuerung angerechnet werden können (nachfolgende Ziff. II.B.4.4.3).

- 4.4.1 Nach Auffassung der Gesuchstellerin geht aus den historischen Daten nicht hervor, ob zuerst die Bahn oder der Kanal errichtet worden sei. Aus diesem Grund sei von einer Gleichzeitigkeit beider Anlagen auszugehen, und die ursprüngliche

Verursachung der Kreuzungsstelle würde damit offen bleiben. Zwischen den Parteien würden weder vertragliche Abmachungen noch irgendwelche Durchleitungsrechte oder Dienstbarkeiten zu Gunsten der Lauterburg & Cie. bzw. KW Bärau als Eigentümerin des Gewerbekanals bestehen. Der Bereich der Kreuzungsstelle liege auf dem Grundeigentum der SBB (Gesuch, S.2).

Die Gesuchsgegnerinnen wenden dagegen ein, dass der Kanal zeitlich nicht nach den Bahngleisen errichtet worden sei. Die Gleise seien erstellt worden im Wissen, dass es im fraglichen Gebiet einen Gewerbekanal gibt, der überquert werden müsse. Die Gesuchstellerin habe der Gesuchsgegnerin nie einen Kostenanteil für Bau, Unterhalt oder Benutzung weder der Durchlässe noch des Bodens verlangt (Stellungnahme vom 26. Oktober 2007, S. 4).

Aus den Eröffnungsdaten der Linien des Kreises II (Beilage 1 des Gesuchs) ist ersichtlich, dass im Jahre 1875 die erste Inbetriebnahme der Eisenbahnlinie erfolgte (Gesuch, S. 2). Nach den Ausführungen der Gesuchstellerin wurden danach die ursprünglichen Bauwerke der beiden Gewerbekanal durchlässe im Jahre 1895 (Widerlager) und die Brückenplatten im Jahr 1923 erstellt. Weitere Akten oder weiter gehende Belege zum Entstehungszeitpunkt der Bahnlinie liegen dem BAV nicht vor. Über den Entstehungszeitpunkt des Kanals hat das BAV den Akten entnommen, dass der Regierungsrat des Kantons Bern am 23. September 1874 der Vorgängerin der Gesuchsgegnerinnen die Bewilligung für den Bau des Gewerbekanals und den damit verbundenen Wasserwerk-Anlagen erteilte (Beilage Stellungnahme des Staatsarchivs vom 4. April 2008). Sie beinhaltete die Erstellung einer mechanischen Weberei um dieselbe mittels eines Wasserkanals und einer Turbine zu betreiben. Das Wasser floss von der Weberei in die Ilfis hinunter. Dabei sollte der vorhandene Mühlebach in neuer Anlage benutzt werden. Auch ist unbestritten, dass bereits vor dieser Bewilligung ein künstlicher Wasserlauf, der zum Antrieb von Wasserrädern diente, aus der Ilfis abgeleitet wurde. Dieser betrieb im „Sagibach“ bzw. „Mühlebach“ ein Sägewerk und eine Mühle. Die Linienführung dieses Kanals unterschied sich damals in verschiedenen Bereichen vom später gleichzeitig mit der Bahn im Jahre 1874 erstellten Gewerbekanal (Plan von 1874 Beilage aus Stellungnahme AöV vom 28.02.2008 und Stellungnahme AöV, Seite 1).

Auf Hinweis des AöV hat das BAV im Verlauf des Verfahrens sodann auch das Staatsarchiv um seine Stellungnahme ersucht, weil das AöV nicht im Besitz der Bewilligung aus dem Jahre 1874 war und darüber nicht näher Auskunft geben konnte. In seiner Eingabe erläutert das Staatsarchiv zum Wasserkanal in Bärau, dass aus den historischen Quellen ersichtlich sei, dass dieser bereits im Mittelalter gebaut worden war. Zusammenfassend stellt es fest, dass "zum Zeitpunkt des Bahnbaus existierte der Gewerbekanal bereits seit sehr langer Zeit. Damals bestanden auch bereits mindestens zwei konzessionierte Räderwerke an diesem Kanal: die Sägerei und die Mühle (ihre Konzession wurde offenbar am 22. November 1906 „eliminiert“). Die Streckenführung der Eisenbahn machte Eingriffe am Verlauf des Gewerbekanals notwendig. Im Vorfeld dieser Arbeiten trat offenbar mit der Firma Joost, Lauterburg & Comp, ein neuer Akteur auf, der die Gelegenheit nutzte, den bestehenden Gewerbekanal zu erneuern. In das Verhältnis zwischen Bahn und drei Wasserrechtskonzessionäre hat der Staat Bern da offenbar hoheitlich nicht eingegriffen." (Stellungnahme vom 4. April 2008, S. 2).

Die Gesuchsgegnerinnen schliessen sich den Feststellungen des Staatsarchivs an (Schreiben vom 8. Mai 2008). Auch die Gesuchstellerin bestreitet die Feststellungen des AöV und des Staatsarchivs (Schreiben vom 29. April 2008) nicht grundsätzlich. Sie wendet aber gegen die Schlussfolgerungen des Staatsarchivs ein, dass es sich beim Bau des neuen Gewerbekanals im Jahre 1874 nicht bloss um eine Erneuerung des bestehenden Kanals Mühlebach handle. Die baulichen Veränderungen gegenüber dem Mühlebach würden aus den Unterlagen und Plänen deutlich hervorgehen. Es sei erwiesen, dass der Bau des neuen Gewerbekanals im Jahre 1874 aus gewerblichen Gründen erfolgte und dessen Anforderungen bezüglich Qualität und neuer Linienführung primär wassernutzungsbedingt und nicht eisenbahnseitig ausgelöst bzw. verursacht wurden.

Bei der Stellungnahme des Kantons handelt es sich um eine schriftliche Auskunft einer Amtsstelle (vgl. Art. 49 BZP in Verbindung mit Art. 19 VwVG), die einzelfallbezogen frei zu würdigen ist. Das kantonale Staatsarchiv hat im Gegensatz zum AöV seine Stellungnahme direkt auf die Bewilligung für den Bau des Gewerbekanals vom 1874 stützen können, weil sie in deren Besitz war. Die Feststellungen dieser kantonalen Fachbehörde, sind schlüssig, in sich widerspruchsfrei und nachvollziehbar begründet, weshalb ihnen im Vergleich zu den Parteivorbringen erhöhter Beweiswert im vorliegenden Fall zugemessen werden kann. Nach eingehender Prüfung des Vernehmlassungsergebnisses und der Akten erachtet das BAV es als erwiesen, dass der Kanal Mühlebach, der in das öffentliche Gewässer Ilfis einfließt, vor dem Bau der Eisenbahnlinie bestand, und dass die Eisenbahn diesen Kanal für den Bau ihrer Linie durchqueren musste. Die Ausführungen der Gesuchstellerin in ihrem Schreiben vom 29. April 2008 mögen daran nichts zu ändern. Auch aus der Stellungnahme des Staatsarchivs ist zu lesen, dass der künstliche Gewerbekanal bereits im Mittelalter in die Ilfis führte. Zu erwähnen ist weiter, dass die nördlich und entlang der Ilfis führende Eisenbahnlinie den quer in der Landschaft liegenden Gewerbekanal, der in die Ilfis einfließt, gezwungenermassen kreuzen musste. Wie die Gesuchsgegnerinnen zu Recht bemerken, hätte beim ursprünglichen Kanalverlauf die Eisenbahn auf einer erheblich längeren Strecke Kreuzungsbauwerke errichten müssen. Die Bahn hätte also Kreuzungsbauwerke auch ohne die Erneuerungsarbeiten am Gewerbekanal im Jahre 1874 verursacht. Die Sachverhaltsabklärungen des BAV haben somit ergeben, dass die Bahn ihre Bahnlinie auf einer bestehenden Kanallinie gebaut hat. Die Kanallinie wurde von den Vorgängern der Gesuchsgegnerinnen gebaut. Aus all diesen Gründen ist die Bahn als Verursacherin der Kreuzungsstelle mit dem Gewerbekanal anzusehen. Schliesslich ist anzumerken, dass die Gesuchstellerin nicht bestritten hat, dass sich die Gesuchsgegnerinnen nie an die Kosten der Erstellung und des Unterhalts der Kreuzungsstelle beteiligt haben. Dies deutet ebenfalls darauf hin, dass die Bahn die Kreuzungsstelle auf eigene Kosten bauen musste und dies als Verursacherin der Kreuzungsstelle tat. Im Übrigen wird auf die unter Ziffer II.B.4.3 vorerwähnten Ausführungen zur Bauherrschaft der Gesuchstellerin verwiesen. Das BAV erachtet es aus all diesen Gründen als erwiesen, dass die Gesuchstellerin den bestehenden Kanal kreuzen wollte und damit die ursprüngliche Kreuzungsanlage verursacht hat. Selbst wenn die Kanaleigentümerin bei der Erneuerung der Kreuzungsanlage in den letzten

Jahrzehnten einen Teil der Kosten übernommen hätte, könnte nicht davon abgeleitet werden, dass diese als Verursacherin oder Mitverursacherin der Kreuzung gilt. Die Bahn, welche die Kreuzungsbaute ursprünglich verursacht hat, gilt als Verursacherin der Kreuzungsanlage und muss als solche grundsätzlich für deren Folgekosten aufkommen.

- 4.4.2 Weiter ist zu prüfen, ob es sich bei den ausgeführten Arbeiten um eine vorzeitige Erneuerung oder einer Erneuerung nach Ablauf der ordentlichen Lebensdauer handelt.

Aus den Plangenehmigungsakten geht hervor, dass der DU Gohlbach aus dem Jahre 1895 (Widerlager) und 1923 (Brückenplatten) stammt und in schlechtem Zustand war und dass der DU Gewerbekanal aus der vorliegenden Kostenstreitigkeit gleichzeitig mit dem DU Gohlbach erstellt bzw. erneuert wurde und sich ebenfalls in schlechtem Zustand befand (Technischer Bericht vom 18.07.2003, Objektbeschreibung, S. 2). Die Sanierung des DU Gewerbekanals sah vor, den alten DU abzubauen und mit einem Wellstahlrohrdurchlass zu ersetzen (Plangenehmigungsgesuch der SBB vom 3. und 19. September 2003). Das BAV folgt daraus, dass der DU Gewerbekanal saniert werden musste, weil dessen ordentliche Lebensdauer abgelaufen war. Das Bedürfnis und die Initiative zur Erneuerung sind überdies von der Bahn ausgegangen. Das BAV erachtet es demnach als erwiesen, dass die ordentliche Lebensdauer der Kreuzungsanlage abgelaufen ist. Auch folgt aus den Plangenehmigungsakten und den überzeugenden Ausführungen der Gesuchsgegnerinnen (Stellungnahme vom 26. Oktober 2007, S. 11; Duplik, S. 3 f.), dass der Bau und Betrieb weder des Kraftwerks Bärau 2 noch des Kanals selbst (z.B. Hochwasser- oder Verstopfungsgefahr) eine Änderung des Durchlasses verlangten oder eine Gefahr für den Durchlass darstellten. Die Gesuchsgegnerinnen setzten somit keinen Grund, den Durchlass zu ersetzen. Die vorliegende Erneuerung der Kreuzungsanlage war für die Sicherheit des Eisenbahnbetriebes erforderlich und nicht etwa durch eine zu intensive Nutzung der Kreuzungsanlage durch die Kanaleigentümerin verursacht worden.

In Anlehnung an den Entscheid Muttenz E. B.7.1 ist zu erwägen, dass bei der Erneuerung einer Anlage nach Ablauf der ordentlichen Lebensdauer es sich weder um einen Neubau (Art. 25 Abs. 1) noch um einen Ersatz oder die Aufhebung eines Niveauüberganges (Art. 26 Abs. 1) noch um eine durch Verkehrsentwicklungen bedingte Veränderung eines bestehenden Zustandes (Art. 26 Abs. 2) handelt. Bei der Erneuerung einer Anlage nach Ablauf der ordentlichen Lebensdauer ist gestützt auf Art. 29 EBG Art. 25 Abs. 1 oder allenfalls Art. 26 Abs. 1 EBG analog vorzugehen. Derjenige Verkehrsträger, welcher einen bestehenden Verkehrsweg kreuzen will und damit die ursprüngliche Kreuzungsanlage verursacht hat, hat auch als Verursacher der Erneuerung zu gelten. Dass die Kreuzung nach Ablauf ihrer Lebensdauer erneuert werden muss, obliegt somit gestützt auf Art. 25 und 26 EBG und in Anlehnung an die Rechtsprechung, insbesondere den Entscheid Muttenz, der Verursacherin - der Bahn. Die Beschwerdeführerin hat daher nach dieser gesetzlichen Regelung die gesamten Erneuerungskosten zu übernehmen.

- 4.4.3 Es verbleibt zu prüfen, ob im Rahmen der Vorteilsanrechnung gemäss Art. 27 EBG noch Kosten in Abzug gebracht werden können.

Die Gesuchstellerin rügt weiter, dass der Vorteil der Gesuchsgegnerinnen darin liege, dass sie nun wieder über eine längere Zeit einen Durchlass benützen können, der betriebssicher sei und kaum eines Unterhalts bedürfe, insbesondere auch im Sinne des kantonalen Wassernutzungsgesetzes (Replik, S. 10). Die Gesuchsgegnerin bestreitet jeglichen Vorteil.

Aus den Plangenehmigungsakten ist zu entnehmen, dass der Wellstahldurchlass, der die alte Brücke ersetzte, den Kanal umfasst, an welchem aber keine Bauarbeiten vorgenommen wurden. Die Lebensdauer der Rohrleitung oder die Wassernutzungsmöglichkeiten der Kanaleigentümerin wurden durch die Ersetzung des Durchlasses durch den Wellrohrstahldurchlass nicht erhöht. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass Werkstoffe für Rohrleitungsteile (wie Rohre, Formstücke, Armaturen usw.) hinsichtlich Festigkeit, Alterungs- und Korrosionsbeständigkeit, Feuersicherheit oder Verbindungsfähigkeit irgendwie erneuert oder geändert wurden. Auch gibt es keine Anhaltspunkte aus den Plangenehmigungsakten und insbesondere den Stellungnahmen der kantonalen Fachbehörde, dass der fragliche Kanal mit dem SBB-Bau im Sinne des Wassernutzungsgesetzes des Kantons Bern betriebssicherer und weniger unterhaltsbedürftig sei. Weiter ist unbestritten, dass beim Durchlass des Gewerbekanals im Gegensatz zum Durchlass Gohl weder Hochwasserschutzgefahr bestand noch Massnahmen zur Verhinderung der Kanalverstopfung nötig waren (vgl. Plangenehmigungsverfügung; Gesuch, S.2; Stellungnahme der Gesuchsgegnerinnen vom 26. Oktober 2007, S. 5; Protokoll Augenschein, S.2).

Am Kanal wurde somit weder der ursprüngliche Zustand des Gewerbekanals (der Rohrleitung) erhalten noch stellt das neue Bauwerk eine Kanalverbesserung dar. Aus all diesen Gründen sind der Kanaleigentümerin keine Vorteile aus einer Umgestaltung der Kreuzungsstelle oder aufgrund von ihr explizit gestellter Begehren erwachsen (Art. 27 EBG).

Der Kanaleigentümerin ist somit kein Vorteil analog Art. 27 EBG anzurechnen.

- 4.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass nach Art. 31 Abs. 2 Satz 1 EBG und analoger Anwendung der Kostenverteilungsregeln gemäss Art. 24 – 29 EBG die Bahn hinsichtlich des Rechtsbegehrens 1 die gesamten Erneuerungskosten und zukünftigen Unterhaltskosten zu übernehmen hat. Damit ist aber noch nicht geklärt, ob der Gesuchstellerin eine angemessene Vergütung nach Art. 31 Abs. 2 Satz 2 EBG zusteht, was nachfolgend zu prüfen ist.
- 4.6 Die Gesuchstellerin macht geltend, dass sie Grundeigentümerin im Bereich der Kreuzungsstelle sei, und der Gewerbekanal die Grundstücke der Gesuchstellerin durchfliesse, ohne dass entsprechende Durchleitungsrechte bzw. Dienstbarkeiten zugunsten der Gesuchsgegnerinnen im Grundbuch bestünden. Die Gesuchsgegnerinnen würden an der Kreuzungsstelle den Durchlass, in welchem das Wasser für ihr Wasserkraftwerk fliesst, benützen und hätten für die Bodenbenützung nie einen Kostenbeitrag bezahlt. Aus diesem Grund hätten die Gesuchsgegnerinnen gemäss Art. 31 Abs. 2 EBG eine angemessene Vergütung

der Gesuchstellerin zu leisten und sich angemessen an den Kosten zu beteiligen. Ohne die fraglichen Durchlässe würden der Gesuchstellerin keine zusätzlichen Kosten entstehen. Demzufolge rechtfertige sich eine hälftige Kostenbeteiligung seitens der Gesuchsgegnerinnen an der Erneuerung und den Unterhalt des Kanaldurchlasses. Auch aus den zivilrechtlichen Bestimmungen gemäss Art 691 und 741 ZGB könnte die Gesuchstellerin Entschädigungsforderungen begründen.

Die Gesuchsgegnerinnen erwidern, dass die Wasserkraftnutzung seit über 150 Jahre vor dem Bahnbau erfolgte. Es sei widersprüchlich die Durchleitungsbefugnis der Gesuchsgegnerinnen in Frage zu stellen und neu eine Kostenbeteiligung zu verlangen. Überdies sei das BAV für die Beurteilung von Ansprüchen aus dem Zivilrecht nicht zuständig. Die private Anlage sei der Gewerbekanal, der aber keine Einrichtung der Gesuchstellerin benütze, sondern lediglich an der Kreuzungsstelle über deren Grundeigentum führe.

Für die Beantwortung der Frage, ob vorliegend der Gesuchstellerin ein Anspruch gegenüber der Gesuchstellerin auf Benützung ihres Grundeigentums besteht, ist zuerst auf den Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 EBG abzustellen, welcher wie folgt lautet: „Die durch Erstellung einer neuen Kreuzung oder Änderung einer bestehenden Kreuzung entstehenden Kosten für Bau, Unterhalt und Erneuerung sowie für alle vorübergehenden und dauernden Massnahmen im Interesse der Verhütung von Schäden an der Kreuzungsstelle gehen zu Lasten des jeweiligen Bauherrn. Für die Benützung des Eigentums der Bahn durch private Anlagen kann die Bahnunternehmung eine angemessene Vergütung verlangen. Auf Kreuzungen mit öffentlichen Anlagen finden die Artikel 25 Absatz 2 und 26 Absatz 3 sinngemäss Anwendung.“

Art. 31 Abs. 2 EBG knüpft den Vergütungsanspruch an die Erstellung einer neuen Kreuzung oder Änderung einer bestehenden Kreuzung. Aus dem Wortlaut des Art. 31 Abs. 2 EBG und dem systematischen Zusammenhang mit Absatz 1 dieser Bestimmung ergibt sich überdies, dass eine Vergütung nur bei Erstellung einer neuen Kreuzung oder Änderung einer bestehenden Kreuzung eines mit der Plangenehmigung eingeräumten Rechts auszurichten ist (Art. 31 Abs. 1 EBG i.V.m. Art. 24 sowie Art. 18-18i und 18m EBG).

Mit Blick auf Sinn und Zweck von Art. 31 EBG erstaunt dies nicht. Ziel der Bestimmung war es, eine im bisherigen Recht enthaltene Lücke zu schliessen, indem auch Kreuzungen der Bahn mit anderen Anlagen der Plangenehmigung unterstellt werden und für diese auch eine Kostenregelung aufgestellt werde (BBl 1956 I 213, hier 250). Die Bedeutung der plangenehmigten Kreuzungsbauwerke zeigt sich auch darin, dass erst im Plangenehmigungsverfahren (vgl. Art. 18-18i oder 18m EBG) die richtige Würdigung der Verhältnisse und der Bedürfnisse der am Bauvorhaben Beteiligten zum einzelnen Kreuzungsbauvorhaben möglich ist. Nur so können die Interessen der am Bauvorhaben Beteiligten geltend gemacht und gegenseitig einander abgewägt werden. Sind Enteignungen, dauernde oder vorübergehende Benutzungsrechte für das Bauvorhaben nötig, werden diese im Plangenehmigungsverfahren (PGV) definiert und bei Streitigkeiten nach einer Interessenabwägung abgelehnt oder zugeteilt. Sodann sind die angemeldeten Enteignungs- und Entschädigungsforderungen der Schätzungskommission weiterzuleiten, die über deren Umfang und Höhe entscheidet.

Vorliegend wurde der Durchlass aus dem Jahre 1895 (Widerlager) und 1923 (Brücke) saniert, indem er durch einen Wellstahldurchlass ersetzt wurde. Aus den Plangenehmigungsakten geht hervor, dass für dieses Bauvorhaben kein freihändiger Landerwerb oder eine Enteignung nötig war. Infolgedessen musste das BAV während des PGV keiner Partei Enteignungsrechte oder Benützungsrechte für das Bauvorhaben zuteilen, und es erübrigte sich eine darüber hinausgehende Prüfung der Enteignungsrechte und Benützungsrechte. Die Änderung des Gewerbekanals und die Rechte für den Gewerbekanalbetrieb notwendigen, seit über 150 Jahren bestehenden Bodenbenützung waren nicht Gegenstand des Verfahrens. Sie wurden denn auch nicht von der Gesuchstellerin oder der Kanaleigentümerin im PGV thematisiert oder in Frage gestellt. Daraus folgt, dass das gemäss Plangenehmigungsverfügung vom 15. Januar 2004 gebaute Kreuzungsbauwerk die Bodenbenützungsrechte der Kanaleigentümerin nicht betrifft. Werden die Bodenbenützungsrechte vom Kreuzungsbauvorhaben nicht betroffen, so kann der Grundeigentümerin auch kein Vergütungsanspruch gemäss Art. 31 Abs. 2 EBG zustehen.

Anders würde sich der Fall verhalten, wenn die Kanaleigentümerin ihre Kanalleitung auf dem SBB-Grundstück an der Kreuzungsstelle erneuern, erweitern oder verlegen möchte. Würde die Bahn als Grundstückseigentümerin dem Projekt der Kanaleigentümerin, insbesondere der für den Bau und Betrieb des Kanals benötigten Bodenbenützung im Baubewilligungsverfahren nicht zustimmen, müsste in diesem Verfahren abgeklärt werden, ob die Einleitung eines Enteignungsverfahrens nötig sei oder ob eine Enteignung infolge vorangegangener privatrechtlicher Vereinbarungen zwischen den Parteien oder durch eine Verleihung der fraglichen Rechte an die Enteignerin allenfalls gegenstandslos geworden sei.

Wie oben erwähnt, betrifft die vorliegende Kostenstreitigkeit aber allein das am 15. Januar 2004 genehmigte Bauvorhaben, das den Bau und Betrieb sowie die damit zusammenhängenden Bodenbenützungsrechte der Kanaleigentümerin nicht berührt. Die Parteien haben den Bestand und Umfang der Bodenbenützungsrechte oder die Möglichkeit der Schliessung des Gewerbekanals im PGV nicht in Frage gestellt und geltend gemacht, infolgedessen war die damit verbundene Interessenabwägung nicht Gegenstand der Prüfung. Ob gestützt auf das Zivilrecht oder Enteignungsrecht der Bahn in diesem Fall ein Entschädigungsanspruch und der Gewerbekanalbetreiberin ein Wasserdurchleitungsrecht gemäss Art. 691 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 19 Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG)⁷ als Enteignungstitel (vgl. BGE 51 II 159) oder gestützt auf ein Zivilurteil zustehen, müsste vor dem Zivilgericht bzw. der Enteignungsbehörde geprüft werden.

Schliesslich erwägt das BAV, dass die Rechtsvorgängerin der Gesuchsgegnerin 1, bereits vor 1873 den Mühlebach betrieb und dass für eine neue Anlage die Bau- und Einrichtungsbewilligung des Wasserkanals mit Regierungsratsbeschluss am 23. September 1874 erteilt wurde. Dagegen gab es keine Einsprachen (Stellungnahme des Staatsarchivs des Kanton Bern vom 4. April 2008, Protokoll des Regierungsrates des Kantons Bern vom 23. September 1874). Daraus könnte

⁷ SR 721.80

abgeleitet werden, dass mit dieser Errichtungsbewilligung des Kanals die Rechtsvorgängerin der Gesuchsgegnerin 1 die Bodenbenutzungsrechte neben den bestehenden Wasserrechten erworben hat. Die Dienstbarkeit an der Kanalleitung könnte also bereits vor dem Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (1. Januar 1912) kraft kantonalem Recht entstanden sei und gemäss Art. 21 SchITZGB grundsätzlich auch nach der Einführung des eidgenössischen Grundbuches und ohne Eintragung bestehen (vgl. dazu BGE 114 II 318 S. 324). Sind die Gesuchsgegnerinnen nun seit Jahrzehnten Dienstbarkeitsberechtigte, so benötigen sie darüber hinaus keine weiteren Benützungsrechte und schulden der Gesuchstellerin im vorliegenden Fall auch keine Entschädigung für die Benützung des Grundstücks gemäss Art. 31 Abs. 2 EBG.

Wenn aber auch die Dienstbarkeitsberechtigung verneint werden müsste, so wäre eine weitere Voraussetzung für einen Vergütungsanspruch im vorliegenden Fall nicht erfüllt:

Bei der Vergütung gemäss Art. 31 Abs. 2 Satz 2 EBG handelt es sich um einen Entschädigungsanspruch. Die private Anlageinhaberin haftet in diesem Fall für rechtmässig zugefügten Schaden. Die Entschädigungspflicht beruht auf der Erwägung, dass eine Eisenbahninfrastrukturanlage einen Grundstückskauf in der Regel erfordert und es unbillig wäre, wenn bei der Erstellung der Kreuzungsstelle oder der Änderung der Kreuzungsstelle aus Gründen, für die die Grundstückseigentümerin nicht einzustehen hat, diese für den Verlust des vollen Gebrauchs- und Grundeigentumsrechts nicht entschädigt würde. Durch die Garantie des Bestandes des verliehenen Grundeigentumsrechts soll der Inhaberin ermöglicht werden, die erheblichen Investitionen zu amortisieren, welche die Ausübung des Rechts regelmässig erfordert, und durch die Entschädigungs- bzw. Vergütungspflicht soll die gesetzlich statuierte Beschränkung des Grundeigentumsrechts im Bereich des Eigengebrauchs ausgeglichen werden.

Auf dieses Motiv des Vertrauens- und Investitionsschutzes des Grundeigentums kann sich die Bahn aber vorliegend nicht berufen, denn der Bestand des Grundeigentums hat sich nicht geändert: Seitdem die Bahn Grundeigentümerin geworden ist, hat die private Anlage an der fraglichen Kreuzungsstelle keine Erneuerung oder Änderung verursacht, denn die Kanallinie bestand vor der Bahnlinie. Somit hat die private Anlageinhaberin in die Substanz oder in den Wesensgehalt des Grundeigentumsrechts der Bahn nicht eingegriffen und ihr keinen Schaden zugefügt. Seit Entstehung der Kreuzungsstelle und insbesondere mit der Änderung der bestehenden Kreuzung aus dem vorliegenden PGV ist der Grundstückseigentümerin somit nie ein Schaden entstanden. Damit fehlt es an der Voraussetzung für den Vergütungsanspruch. Es braucht an dieser Stelle weiter nicht bestimmt zu werden für welche Gründe die private Anlageninhaberin gemäss Art. 31 Abs. 2 EBG einzustehen hätte. Die private Anlageinhaberin ist aus den erwähnten Gründen gemäss Art. 31 Abs. 2 EBG nicht vergütungspflichtig.

- 4.7 Schliesslich erweisen sich die Rügen der Gesuchstellerin (Gesuch, S. 5), wonach sie vorliegend die Möglichkeit gehabt hätte, gemäss Art. 19 EBG vorzugehen oder gemäss Art. 21 EBG den Eigentümer des Gewerbekanal anzuhalten, die Kreuzungsanlage zu ersetzen oder den Gewerbekanal zu schliessen, als

unbegründet. Sie sind vage formuliert und gehen fälschlicherweise davon aus, dass vorliegend Sicherheitsmassnahmen gemäss Art. 19 oder Art. 21 Abs. 1 EBG nötig wären. Vorliegend geht es um die Sanierung einer Kreuzungsanlage nach Ablauf der ordentlichen Lebensdauer, für welche ein PGV durchzuführen ist. Möchte die Bahnunternehmung die Kreuzung schliessen, könnte sie dies nur nach Durchführung eines PGV gemäss Art. 18 – 18m EBG und Erteilung der entsprechenden Abbruchbewilligung durch das BAV (vgl. vorerwähnte Ziffer II.B.4.6). Im Übrigen gilt das unter Ziffer II.B. 4.4.1 Gesagte, zumal auch die in Art. 19 Abs. 2 EBG vorgesehene Entschädigungspflicht auf dem Verursachungsprinzip basiert (BGE 126 II 54 E. 4). Die Rügen der Gesuchstellerin müssen daher nicht weitergehend geprüft werden.

5 Das Rechtsbegehren 2 der Gesuchstellerin betrifft sodann die Fragen, wer für die Kosten der zu sanierenden Kreuzungsanlage und wer für deren künftigen Unterhaltskosten des Gewerbekanal durchlasses bei Bahn-km 40.523 aufzukommen hätte. Die Beantwortung dieser Fragen ergibt sich aus den vorangehenden Erwägungen unter Ziffer II.B.4.1, 4.2, 4.4 ff., weshalb vollumfänglich darauf verwiesen wird. Auch das Rechtsbegehren 2 ist demnach abzuweisen.

6 Aus all den obenerwähnten Gründen erweisen sich die Rechtsbegehren 1 und 2 der Gesuchstellerin, soweit darauf eingetreten werden kann, als unbegründet und werden abgewiesen.

Die Gesuchstellerin hat also die ganzen Kosten der Erneuerung der Kreuzungsstelle und damit auch die von ihr eingeklagten CHF 170'266.— und deren Unterhaltskosten zu tragen.

7 Die Parteien machen ihre Rechtsbegehren unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der jeweiligen Gegenpartei geltend.

Nach Art. 94 EBG i.V.m. Art. 43 der Verordnung über die Gebühren und Abgaben im Aufgabenbereich des Bundesamtes für Verkehr (GebV-BAV)⁸ richten sich die Kosten und die Entschädigungspflicht in Streitigkeiten nach Art. 40 EBG nach der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (VwKV)⁹. Nach dem einschlägigen Art. 13 Abs. 2 lit. a VwKV kann die verfügende Behörde von der Partei eine Entscheidgebühr von CHF. 100.- bis 3'000.- verlangen. Innerhalb dieses Gebührenrahmens erscheint gemessen am Aufwand, den die Erledigung der Streitsache seit Verfahrensbeginn erforderte, eine Gebühr von 2'500.- als angemessen. Diese Verfahrenskosten werden daher der Gesuchstellerin als unterliegende Partei auferlegt.

8 Art. 8 VwKV regelt die Entschädigungspflicht. Dem steht allerdings der Entscheid Muttenz der REKO UVEK (E. 10) entgegen, der die Aussage enthält, dass für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen sei. Dies ergebe sich aus Art. 64 Abs. 1 VwVG. Das BAV teilt diese Ansicht. Somit wird keine Parteientschädigung ausgesprochen.

⁸ SR 742.102

⁹ SR 172.041.0

- 9 Die Verfügung ist der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnerinnen eingeschrieben zu eröffnen. Die beteiligten Stellen des Kantons, der AöV, das Staatsarchiv und die Gemeinde Langnau erhalten eine Kopie der Verfügung.

III verfügt:

- 1 Die Rechtsbegehren der Schweizerische Bundesbahnen AG betreffend die Kostenverteilung des Durchlasses des Gewerbekanals der Lauterburg & Cie. bzw. Kraftwerke Bärau AG auf der Strecke Langnau – Trubschachen, Bahnkilometer 39.643 und 40.523 werden, soweit darauf einzutreten ist, abgewiesen.
- 2 Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 2'500.- festgelegt. Diese werden der SBB AG auferlegt.
- 3 Die Verfahrenskosten werden fällig 30 Tage nach Eröffnung der Verfügung bzw. im Falle der Anfechtung mit Rechtskraft des Beschwerdeentscheides. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage vom Eintritt der Fälligkeit an. Dieser Betrag ist dem BAV gemäss der separaten Rechnung zu überweisen.
- 4 Parteientschädigungen werden keine gesprochen.
- 5 Die Verfügung wird den Parteien eröffnet.

BUNDESAMT FÜR VERKEHR
Sektion Recht

Ueli Stückelberger
Leiter Rechtsdienst, stv. Abteilungschef Politik

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann gestützt auf die Art. 44 ff. des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) binnen 30 Tagen seit der Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden.

Der Stillstand der Fristen bestimmt sich nach Art. 22a VwVG. Demnach steht die Beschwerdefrist vom 15. Juli bis und mit 15. August 2008 still (Art. 22a Abs. 1 lit. b VwVG).

Eingeschrieben zu eröffnen an:

- Schweizerische Bundesbahnen SBB
Infrastruktur, Recht
Kasernenstrasse 95/97
Postfach
8021 Zürich



Postfach
3001 Bern

Kopie z.K. an:

- Amt für öffentlichen
Verkehr
Bau-, Verkehrs- und
Energiedirektion
des Kantons Bern
Reiterstrasse 11
3011 Bern
- Staatsarchiv
des Kantons Bern
z.H.v. V. Bartlome
Falkenplatz 4
Postfach 8424
3001 Bern
- Gemeinde Langnau
Bauverwaltung
Alleestrass 8
3550 Langnau i.E.

