

**B. Entscheidungen des Bundesgerichts als einziger
Zivilgerichtsinstanz.**

**Arrêts rendus par le Tribunal fédéral comme
instance unique en matière civile.**

Nebenbahngesetz. (Kompetenz nach Art. 50 OG.)

**Chemins de fer secondaires. (Compétence :
Art. 50 OJF.)**

112. Urteil vom 19. Dezember 1907 in Sachen

**Schweizerische Bundesbahnen, Kl., gegen
Elektrische Straßenbahn Zürich-Orlikon-Seebach A.-G., Bell.**

**Art. 7 des Nebenbahngesetzes : Teilung der Kosten einer Bahn-
kreuzung. — Umfang der Kompetenz des Bundesgerichts (Abs. 3).
— Voraussetzungen der Kostenteilung nach Art. 7 Abs. 2.**

A. I. Mit Klage vom 27. Februar 1907 hat die Klägerin gegen die Beklagte beim Bundesgericht folgendes Rechtsbegehren gestellt :

Die Beklagte sei zu verurteilen, den Schweizerischen Bundesbahnen an die Kosten der Unterführung der Zürichstraße in Orlikon die Summe von 75,000 Fr., eventuell einen auf Grund der maßgebenden Faktoren noch näher festzusetzenden angemessenen Beitrag nebst Zins zu 5 % vom Tage der Klagerhebung an zu bezahlen.

II. In ihrer Antwort vom 29. Mai 1907 hat die Beklagte beantragt :

Das Bundesgericht möge sich als unzuständig erklären.

Eventuell sei die Klage zurzeit, weiter eventuell überhaupt abzuweisen ;

ganz eventuell sei die Klage nur in einem reduzierten auf Grund der maßgebenden Faktoren festzusetzenden Betrag gutzuheißen.

B. Die elektrische Straßenbahn Zürich-Orlikon-Seebach wurde gebaut auf Grund einer Bundeskonzession vom 25. März 1896 und einer kantonalen Konzession vom 13. August 1895. Das Konzessionsgesuch war vom 2. Februar 1894 und 6. November 1895 datiert. Durch Beschluß des Bundesrates vom 23. Februar 1897 wurde auf Grund der eingereichten Pläne die Baubewilligung erteilt, wobei aber hinsichtlich der Verhältnisse des Niveauübergangs der Schaffhauserstraße über die Geleise der Nordostbahn beim Bahnhof Orlikon folgender Vorbehalt gemacht wurde : „Mit Bezug auf die Strecke zwischen Km. 3,9 und 4,8“ (in der Mitte dieser Strecke liegt der besagte Niveauübergang) „ist die „Genehmigung des vorliegenden Projektes nur eine provisorische, „und die Bahngesellschaft wird verpflichtet, nach Erstellung der „Unterführung der Schaffhauserstraße unter den Nordostbahnlinien „durch und entsprechender Verlegung dieser Straße das Tramway- „geleise auf eigene Kosten in die neue Straße zu verlegen. Dem- „entsprechend wird auch die Niveaure Kreuzung der Nordostbahngeleise „bloß als provisorische Anlage und unter der ausdrücklichen Be- „dingung gestattet, daß der Tramwaybetrieb über dieselbe für immer „gänzlich unterjagt bleibt und bloß das tägliche Durchfahren je „eines leeren Tramwaywagens am Morgen und am Abend je- „weilen nach Verständigung mit dem Personal der Nordostbahn „bewilligt wird.“ Ein solcher beschränkter Betrieb der Straßenbahn über die Geleise der Nordostbahn entsprach den Wünschen der Beklagten, die am 16. November 1896 an das schweizerische Eisenbahndepartement geschrieben hatte, sie beabsichtige selbstverständlich nicht, den Tramverkehr à niveau über die Geleise der Nordostbahn beim Bahnhof Orlikon zu leiten, sondern es habe die Meinung, daß auf der Strecke Orlikon-Seebach ein eigener Wagen den Verkehr vermittele, und daß dieser Wagen behufs Unterbringung in die Remise je abends und morgens die Geleise passiere. Die Nordostbahn hatte sich gegen jede Kreuzung des

Tramwayverkehr mit ihren Geleisen ausgesprochen und in einem Briefe vom 5. Dezember 1896 an die Beklagte das bestimmte Verlangen gestellt, daß so lange die in Verbindung mit der Stationserweiterung Orlikon projektierte Unterführung der Straße nicht ausgeführt sei, die Geleise der Straßenbahn auf beiden Seiten der Bahn auslaufen. Bis in die jüngste Zeit geschah der Betrieb der Beklagten über den Niveauübergang der Schaffhauserstraße gemäß jenem Vorbehalt in der bundesrätlichen Plangenehmigung vom 27. Februar 1897.

Die erste Vorlage der Nordostbahn für die Erweiterung der Station Orlikon trägt das Datum des 29. Januar 1894; sie wurde vom schweizerischen Eisenbahndepartement am 2. Juni 1894 genehmigt, u. a. mit einem Vorbehalt des Inhalts, es sei die Frage zu studieren, ob nicht der Niveauübergang der Schaffhauserstraße durch einen Fußgängerdurchgang und eine geeignete Unterführung ersetzt werden könnte. Im Projekt der Nordostbahn vom 6. November 1895, vom Eisenbahndepartement am 17. August 1896 unter Vorbehalten genehmigt, ist vorgesehen, daß der Niveauübergang der Schaffhauserstraße durch eine mehr ostwärts gelegene Unterführung einer neu zu erstellenden, in Orlikon von der Schaffhauserstraße abzweigenden und in Seebach wieder in diese einmündenden Straße ersetzt wird. In seiner Vernehmlassung über dieses Projekt vom 27. Februar 1897 verlangte der Regierungsrat des Kantons Zürich u. a., daß die Unterführung eine Breite von mindestens 15 M. erhalte, da in der Schaffhauserstraße eine Straßenbahn erstellt werde und daher die baldige Anbringung von Trottoirs ins Auge zu fassen sei. Am 13. September 1897 verfügte das Eisenbahndepartement in Bezug auf die Breite der zu erstellenden Durchfahrt: „Zu einer Verbreiterung der Durchfahrt auf 14 (statt 10) M. auf ihre eigenen Kosten darf die Nordostbahn nicht gezwungen werden, weil das Bedürfnis gegenwärtig nicht vorliegt, die Durchfahrt mit einer weit größern Breite zu erstellen, als diejenige, welche die Regierung selbst für die beidseitigen Anschlußstraßen fordert und offenbar auf absehbare Zeit genügend findet. Aus der Unterführung der Straße bezw. der Eliminierung des Niveauüberganges erwachsen übrigens nicht für die Bahn allein, sondern

„auch für den Straßenverkehr wesentliche Vorteile, so daß es ganz „unbillig erscheinen würde, der Bahngesellschaft, außer den von „ihr bereits übernommenen beträchtlichen Kosten der Straßen- „unterführung, noch diejenigen einer für eine unsichere Zukunft „berechneten kostspieligen Erweiterung der Durchfahrtsbrücke auf- „zuerlegen.“ In seiner Vernehmlassung auf ein revidiertes Projekt der Nordostbahn vom 27. Januar 1898 stellte der Regierungsrat am 10. November 1898 das Gesuch ans Eisenbahndepartement, dieses möge seinen Entscheid vom 13. September 1897 in Wiedererwägung ziehen und die Nordostbahn verhalten, die Unterführung in einer Breite von 14 M. zu erstellen. Die Nordostbahn berechnete die Mehrkosten einer 14 M. breiten Durchfahrt gegenüber einer 10 M. breiten auf 55,500 Fr. Es gelang dann dem Regierungsrat, vom Kanton, den beiden Gemeinden und der Beklagten einen Gesambeitrag von 10,000 Fr. an die erwähnten Mehrkosten aufzubringen; das Betreffnis der Beklagten betrug 2500 Fr. Am 11. Dezember 1899 verfügte das Eisenbahndepartement in Bezug auf die projektierte Unterführung: „Für „die Unterführung der Schaffhauserstraße und die verschiedenen „Zufahrten zu derselben gilt der von der Bahndirektion unterm „18. August 1899 vorgelegte Spezialplan und es ist dabei die „Durchfahrtsbrücke mit 14 M. Lichtweite auszuführen, unter dem „ausdrücklichen Vorbehalt jedoch, daß laut Erklärung der Kantons- „regierung in ihrer Vernehmlassung vom 16. November 1899 „die Interessenten einen Beitrag von mindestens 10,000 Fr. an „die Mehrkosten dieses Objektes gegenüber denjenigen einer Durch- „fahrt von 10 M. Breite leisten.“ Die Nordostbahn kam nicht mehr dazu, das Projekt der Erweiterung der Station Orlikon auszuführen. Nachdem die Klägerin, die Schweizerischen Bundesbahnen, an ihre Stelle getreten, wurde von ihr im Jahre 1903 ein neues Projekt fertiggestellt. Darnach war die fragliche Unterführung 80 M. östlich von dem zu kassierenden Niveauübergang in einer Breite von 14 M. vorgesehen und wird die Straße auf eine Länge von zirka 400 M. verlegt. Von diesem neuen Projekt gab die Klägerin der Beklagten am 15. Mai 1903 Kenntnis mit der Bemerkung: „Über die in dem Projekt enthaltene Unter- „führung der Schaffhauserstraße, welche auch Ihre Verwaltung

„berührt, und an deren Kosten Sie gemäß den Bestimmungen des „Nebenbahngesetzes einen entsprechenden Beitrag zu leisten haben, „übermachen wir ihnen anbei einen bezüglichen Plan, mit dem „Ersuchen, sich darüber an das Eisenbahndepartement gefälligst „äußern zu wollen. Als Ihren Anteil an den Kosten für diese „Straßenunterführung im Betrage von über 350,000 Fr. halten „wir einen Betrag von zirka 60,000 Fr. als angemessen.“ Mit Eingabe ans Eisenbahndepartement vom 24. Mai 1903 bestritt die Beklagte, daß sie außer den freiwillig zugesicherten 2500 Fr. von den Bundesbahnen zu einem weitem Beitrag an die Unterführungskosten aus Art. 7 des Nebenbahngesetzes verhalten werden könne; diese Bestimmung habe nur Geltung für neu zu erstellende Nebenbahnen, nicht aber auf schon Jahre lang bestehende Nebenbahnen, die durch eine Bahnhofserweiterung und damit zusammenhängende Straßenverlegung gezwungen seien, ihre Geleiseanlage zu verändern. In seiner Verfügung betreffend Genehmigung des Projektes der Erweiterung des Bahnhofes Drlifon vom 24. Mai 1904 sprach sich das Eisenbahndepartement über die Einsprache der Beklagten wie folgt aus: „Dieser Stellungnahme „ist hierseits entgegenzuhalten, daß in Anbetracht des Umstandes, „daß die bis jetzt in zwei von einander getrennten Strecken betriebene Straßenbahn künftighin den direkten Betrieb unter Benutzung der Straßenunterführung beansprucht, dieselbe für die „neu entstehende Verbindungsstrecke als neu zu erstellende Bahn „zu betrachten ist, auf welche die Bestimmungen des Art. 7 des „Nebenbahngesetzes lemma 2 angewendet werden können. Mangels einer Verständigung mit den SBW über den Beitrag der „Straßenbahn an die Unterführung der Straße überhaupt wird „die Kostenverteilung dagegen nicht von der Aufsichtsbehörde, „sondern vom Bundesgericht bestimmt (lemma 3 des zitierten „Art. 7 des Nebenbahngesetzes), welchem dabei offenbar die Beurteilung sämtlicher hier in Betracht fallender Verhältnisse überlassen werden muß.“ Demgemäß verfügte das Departement unter Dispositiv 4: „Über die Frage der Beitragspflicht der Straßenbahn Zürich-Drlifon-Seebach an die Kosten der Unterführung der Schaffhauserstraße überhaupt hat mangels einer Verständigung mit den Bundesbahnen das Bundesgericht nach Maßgabe

„des Art. 7 des Nebenbahngesetzes zu entscheiden.“ Ein von der Beklagten hiegegen ergriffener Rekurs wurde vom Bundesrat durch Entscheid vom 3. Februar 1905 wegen Inkompetenz abgewiesen mit folgender Begründung: „Laut dem letzten Alinea des Art. 7 „des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb der schweizerischen „Nebenbahnen vom 21. Dezember 1899 wird da, wo die Kreuzung einer bestehenden Bahn durch eine Nebenbahn in Schienenhöhe nicht zulässig erscheint und sich die Beteiligten über die Verteilung der Kosten einer Unter- oder Überführung nicht verständigen können, die Kostenverteilung vom Bundesgericht bestimmt. Glaubt die Straßenbahn Zürich-Drlifon-Seebach zu einer solchen Beteiligung nicht verpflichtet zu sein, so kann sie ihre Rechtsgründe geltend machen, wenn die Bundesbahnen beim Bundesgericht die verlangte Summe einklagen. Dagegen steht der Administrativbehörde nicht zu, die Beitragspflicht der Nebenbahn grundsätzlich zu statuieren oder zu verneinen. Der Rekurs muß daher wegen Inkompetenz abgewiesen werden.“ Zur Zeit der Einreichung der Klage war die Bahnhofserweiterung Drlifon noch im Bau und die den Niveauübergang der Schaffhauserstraße ersetzende Unterführung mit ihren Zufahrtsstraßen noch nicht vollendet.

C. Zur Begründung der Klage wird im wesentlichen ausgeführt: Die Voraussetzungen des Art. 7 des Nebenbahngesetzes für eine Beitragspflicht der Beklagten an die Kosten der Unterführung der Schaffhauserstraße seien gegeben: Die Hauptbahn werde durch eine neu zu erstellende Nebenbahnstrecke auf einer öffentlichen Straße gekreuzt. Aus Gründen der Betriebssicherheit sei seinerzeit die Kreuzung auf Schienenhöhe als unzulässig erklärt worden. Bis zur Erstellung der Unterführung habe die Straßenbahn inzwischen den Verkehr auf zwei von einander getrennten Strecken abwickeln müssen. Die Kreuzung à niveau sei nicht zum Zwecke des durchgehenden Verkehrs erstellt, sondern als solche im Gegenteil als unzulässig erklärt worden, und es sei von Anfang an der Beklagten die Verpflichtung zur Erstellung einer Verbindungsstrecke zum Zwecke des durchgehenden Verkehrs auf dem später zu unterführenden Straßenstück der Schaffhauserstraße auferlegt worden. Auf Grund dieser Verpflichtung sei die Beklagte

genötigt, die Kreuzung an der unterführten Stelle zu verlangen und auf dem über 400 M. langen neuen Straßenstück der verlegten und unterführten Schaffhauserstrasse eine Verbindungsstrecke herzustellen. Es handle sich also tatsächlich um die Erstellung einer neuen Bahnstrecke, für welche die Kreuzung verlangt werden müsse. An dieser Sachlage vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, daß erst nach Erteilung der Konzession und nach Genehmigung des allgemeinen Bauprojektes das Nebenbahngesetz in Kraft getreten sei. In Art. 1 der Konzession sei ausdrücklich vorgeesehen, daß die jeweiligen Bundesgesetze, sowie alle übrigen Vorschriften der Bundesbehörden über den Bau und Betrieb der schweizerischen Eisenbahnen jederzeit genaue Beachtung finden sollten. Ebensovienig sei von Belang, daß die neue Bahnstrecke nicht auf Grund einer neuen, sondern einer schon vor dem Inkrafttreten des Nebenbahngesetzes bestehenden Konzession und gemäß einer ihr durch die frühere Plangenehmigung auferlegten Pflicht erstellt werde. Die Beklagte könne sich auch nicht etwa darauf berufen, daß nicht sie die Kreuzung verlange, sondern die Behörden. Als vom Staat konzedierte Unternehmung habe sie sich eben den im öffentlichen Interesse getroffenen Anordnungen der zuständigen staatlichen Aufsichtsbehörde zu unterwerfen, und sie könne daher nicht mit der Einrede kommen, daß sie, wenn es auf sie allein ankäme, den Betrieb anders einrichten würde. Maßgebend sei allein, daß sie die Kreuzung mit der Hauptbahn nunmehr verlange, ob aus freien Stücken oder auf Veranlassung der Aufsichtsbehörden, sei durchaus gleichgültig. Es wird sodann dargelegt, daß der von der Beklagten geforderte Beitrag von 75,000 Fr. in seiner Höhe dem Verhältnis des beidseitigen Verkehrs entspreche.

D. Die Beklagte hat die Kompetenz des Bundesgerichts in Abrede gestellt, weil überhaupt hier der Tatbestand des Art. 7 des Nebenbahngesetzes nicht vorliege, eventuell wird aus diesem Grunde die Abweisung der Klage verlangt. Es wird ausgeführt: Die Beklagte sei keine neue Straßenbahn und sie verlange auch von der Klägerin nicht an Stelle einer nicht zulässigen à Niveau-Kreuzung eine Unter- oder Überführung einer die Hauptbahn kreuzenden öffentlichen Straße; sie habe sich bisher während mehr als 10 Jahren ohne eine solche Unterführung behelfen können und auch behelfen müssen (seit Jahresfrist würden die Geleise der

Hauptbahn nicht einmal mehr mit den leeren Wagen gekreuzt). Die Beklagte sei auch nicht genötigt, eine Unter- oder Überführung der bezeichneten Art auszuführen, weil ihre Geleise schon seit 1897 bestünden und weil sie einer solchen Unter- oder Überführung für ihren Betrieb nicht bedürfe. Die Beklagte sei niemals verpflichtet worden, die fragliche Unterführung zu erstellen, sondern lediglich ihr Geleise auf eigene Kosten in die verlegte Straße zu legen. Schon vor der Konzessionserteilung an die Beklagte sei eine Verlegung und Unterführung der Schaffhauserstrasse allseitig als notwendiger Bestandteil der der damaligen Nordostbahn obliegenden und vorgeschriebenen Bahnhofumbaute Orlikon betrachtet worden. Die Beklagte habe zudem die Verlegung ihres Geleises in die neu unterführte Straße bisher nicht verlangt und verlange sie auch heute nicht. Aber auch wenn die Beklagte sich hierzu entschließen würde, würde es sich nicht um die Erstellung einer neuen, sondern nur um die Verlegung einer bestehenden Bahnstrecke in eine nunmehr unterführte Straße handeln. Eventuell sei die Klage abzuweisen, weil im jetzigen Moment durchaus noch nicht abzusehen sei, ob und wann die Beklagte die verlegte Schaffhauserstrasse und deren Unterführung für ihre Bahngeleise benutzen werde, und weil die verlegte Schaffhauserstrasse samt Unterführung wegen ihres gänzlich unfertigen Zustandes überhaupt noch nicht zur Einlegung eines Straßenbahngeleises benutzt werden könne. Ganz eventuell hat die Beklagte das Quantitativ der Klage bestritten.

E. In der heutigen (auf die Erörterung der grundsätzlichen Frage der Beitragspflicht der Beklagten beschränkten) Verhandlung vor Bundesgericht haben die Vertreter der Parteien deren Anträge wiederholt und neuerdings begründet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Art. 7 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb der schweizerischen Nebenbahnen vom 21. Dezember 1899 lautet:

„Die Kreuzung in Schienenhöhe bestehender Haupt- oder Nebenbahnen durch eine neu zu erstellende Nebenbahn kann vom Bundesrate unter Anordnung der zur Wahrung der Betriebssicherheit erforderlichen Vorkehrungen gestattet werden; die bezüglichen Kosten sind von der Bahnunternehmung zu tragen, welche die Kreuzung verlangt.

„Wenn aus Gründen der Betriebssicherheit eine Kreuzung in

„Schienenhöhe nicht zulässig erscheint, fallen die Erstellungskosten „der zur Vermeidung der Niveaufkreuzung auszuführenden Unter- „oder Überführung ebenfalls zu Lasten der die Kreuzung verlan- „genden Bahnunternehmung, mit Ausnahme des Falles, daß die „Kreuzung auf einer öffentlichen Straße stattfindet, oder die im „übrigen auf einer öffentlichen Straße angelegte Nebenbahn zur „Vermeidung der Niveaufkreuzung außerhalb derselben geführt „werden muß. In diesem Falle sind die bezüglichen Kosten zwi- „schen der bereits bestehenden und der neuen Bahnunternehmung „im Verhältnis des durch die betreffenden Bahnlinien zu vermit- „telnden Verkehrs zu verteilen.

„Die Kostenverteilung wird in Ermangelung einer Verständi- „gung unter den Beteiligten vom Bundesgerichte bestimmt.“

Abf. 3 könnte seinem Wortlaut nach dahin verstanden werden, daß die Zuständigkeit des Bundesgerichts sich auf diejenigen Fälle beschränke, wo feststeht, daß eine Kostenverteilung unter die an der Kreuzung beteiligten Bahnen stattzufinden hat und lediglich deren Verhältnis streitig ist, wobei dann die grundsätzliche Frage, ob die Kosten zu verteilen sind, durch die Bundesadministrativbehörden zu entscheiden wäre. Doch würde diese Auslegung augenscheinlich dem Sinn und Geist des Gesetzes widersprechen. Abf. 3 ist als besonderer Absatz in Beziehung gesetzt zu Abf. 1 und zu Abf. 2 des Art. 7; Abf. 1 wie auch der erste Teil von Abf. 2 behandeln aber den Fall, da die Kosten der Kreuzung von der neu hinzutretenden Bahn allein zu tragen sind. Schon hieraus folgt, daß das Bundesgericht auch zu prüfen befugt ist, ob die Voraussetzungen einer Kostenverteilung oder nicht vielmehr einer einseitigen Kostentragung durch eine Bahn vorliegen. Es kommt hinzu, daß nach der gedachten, eng auf den Gesetzestext abstellenden Interpretation die primäre Rechtsfrage, ob überhaupt die Kosten zu verteilen sind, den Verwaltungsbehörden vorbehalten wäre, und das Bundesgericht nur die sekundäre, mehr nach technischen Gesichtspunkten zu lösende Frage der Repartition der Kosten zu entscheiden hätte. Eine solche, dem Wesen der Verwaltung und der Gerichte und ihrem gegenseitigen Verhältnis nicht entsprechende Kompetenzverteilung kann unmöglich im Willen des Gesetzes liegen. Es ist daher, in Übereinstimmung mit der vom Bundesrat in seinem Beschluß vom 3. Februar 1905 aus-

gesprochenen Auffassung, anzunehmen, daß die Administrativbehörde, d. h. der Bundesrat, nach Art. 7 nur über die ihm ausdrücklich zugeschienenen technischen Fragen, ob und in welcher Weise die Kreuzung zu gestatten ist, zu befinden hat, und daß das Bundesgericht im Streitfall auch darüber entscheiden soll, ob die Kosten zu verteilen sind, und zwar gleichgiltig, welche Bahn, die gekreuzte oder die kreuzende, die Kosten ausgelegt hat und nun die andere auf Ersatz belangt. (Über die Auslegung ähnlich lautender Kompetenznormen — Art. 30 Abs. 4 Eisenbahngesetz von 1872, Art. 10 des Bundesgesetzes betreffend Erstellung von Telegraphen- und Telephonlinien — siehe US 25 II S. 752 ff.; 29 II S. 211 ff.)

Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten aus Art. 7 Abs. 2 leg. cit. Ersatz eines Teils der Kosten, die sie für die Unterführung der Schaffhauserstraße beim Bahnhof Drilikon ausgelegt hat, während die Beklagte jede Beitragspflicht bestreitet. Die Kompetenz des Bundesgerichts ist daher nach dem Gesagten gegeben. Ob die Voraussetzungen des Gesetzes für die Pflicht der Beklagten, die Kosten mitzutragen, wirklich zutreffen, ist eine Frage, die nicht die richterliche Kompetenz berührt, sondern die materielle Begründetheit der Klage beschlägt. Andererseits ist nach der Formulierung der Klage die Kognition des Bundesgerichts darauf beschränkt, ob der Anspruch der Klägerin aus Art. 7 leg. cit. begründet ist.

2. Art. 7 des Nebenbahngesetzes ordnet die Fälle, da eine neu zu erstellende Nebenbahn eine bestehende Bahn in Schienenhöhe kreuzen will und der Bundesrat als Aufsichtsbehörde entweder die Niveaufkreuzung gestattet oder an deren Stelle, zu deren Vermeidung, eine Unter- oder Überführung vorschreibt. Im allgemeinen gilt die Regel, daß die neue Bahn sich zwar in der Benützung des Areals der bestehenden zum Zwecke der Kreuzung nicht einkaufen muß, daß sie dagegen die Erstellungskosten der Niveaufkreuzung oder der Unter- oder Überführung allein zu tragen hat. Handelt es sich aber um eine Straßenbahn und muß zum Zweck der Vermeidung der Niveaufkreuzung die Straße oder die zu diesem Behufe außerhalb der Straße verlegte neue Bahn unter oder über der bestehenden Bahn durchgeführt werden, so sind die Kosten solcher Anlagen nach bestimmtem Verhältnis unter

die beiden Bahnen zu verteilen. Art. 7 ist, wie das Nebenbahnen-gesetz im allgemeinen, dem Bestreben entsprungen, Erleichterungen zu Gunsten der Nebenbahnen zu schaffen. Durch die zuletzt erwähnte Norm sollte speziell der Bau von neuen Straßenbahnen gefördert werden, indem ihnen in Ansehung der Kosten der zur Vermeidung von Niveaukreuzungen notwendigen Anlagen eine bevorzugte Stellung eingeräumt wurde, die ihnen nach dem bisherigen Rechtszustand, wenigstens aller Regel nach, nicht zukam. Bei der Beratung des Gesetzes wurde die Bestimmung damit begründet, daß die bestehende, die öffentliche Straße kreuzende Bahn und die neu hinzukommende Straßenbahn ein gleichwertiges Recht auf Benutzung der öffentlichen Straße haben, und daß, wenn die Ausübung dieser beiden Rechte nebeneinander aus Gründen der Betriebssicherheit nicht möglich ist, die Kosten der durch deren Kollision bedingten Anlagen billigerweise von beiden Teilen zu tragen sind. (Siehe über die Entstehungsgeschichte des Art. 7 Stenogr. Bull. 1897 S. 885 f.; 1898 S. 449, 455 f.; 1899 S. 682 ff., 900; BBl 1898 III S. 402 ff.)

3. Fragt es sich nun, ob der Klageanspruch aus Art. 7 legitim hergeleitet werden kann, so fällt von vorneherein auf, daß die Straßenunterführung, um deren Kosten es sich handelt, nicht von der Beklagten, auch nicht von der Klägerin auf Grund einer Vereinbarung mit der Beklagten, sondern von der erstern ohne Zutun der letztern projektiert und erstellt worden ist, während doch die durch die Straßenbahn veranlaßte Anlage im Sinne des Art. 7 normalerweise auch durch die Straßenbahn oder doch in ihrem Einverständnis durch die andere Bahn ausgeführt werden sollte. Das entscheidende Argument dafür, daß der erwähnte Tatbestand des Gesetzes hier nicht zutrifft, liegt aber darin, daß die fragliche Unterführung, wie aus den Akten deutlich hervorgeht, erstellt wurde, nicht sowohl um die Kreuzung mit der Beklagten zu vermeiden, sondern im Interesse der Betriebssicherheit der Klägerin selber, zum Zwecke der Verhütung von Kollisionen ihres Betriebs mit dem auf der stark frequentierten Straße sich abspielenden Verkehr im allgemeinen. Die Absicht, die Schaffhauserstraße unter den Geleisen der damaligen Nordostbahn durchzuführen, bestand schon, bevor (am 25. März 1896) die Konzession für eine Straßenbahn Zürich-Orlikon-Seebach erteilt wurde. Bereits im

Juni 1894 hatte das Eisenbahndepartement in seiner Verfügung betreffend Genehmigung des ersten Projekts der Nordostbahn für die Erweiterung des Bahnhofes Orlikon auf die Wünschbarkeit einer solchen Unterführung hingewiesen, und schon im zweiten (vom Eisenbahndepartement am 17. August 1896 genehmigten) Projekt der Nordostbahn vom 6. November 1895 ist die östliche Verlegung und Unterführung der Schaffhauserstraße vorgesehen. Allerdings war damals das Konzessionsgesuch für die Straßenbahn bereits anhängig. Aber es ist nicht ersichtlich und von der Klägerin auch nicht behauptet, daß der Plan, die Straße zu unterführen, hierdurch veranlaßt worden sei. Vielmehr war offenbar die Erkenntnis maßgebend, daß angesichts des äußerst lebhaften Bahnverkehrs und der sehr starken Frequenz der Straße das Fortbestehen des Niveauübergangs mit den Anforderungen der Betriebssicherheit sich nicht vertrage, und die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, daß über kurz oder lang eine Straßenbahn erstellt werden sollte, ist dabei höchstens als ein Element des Straßenverkehrs mit in Betracht gezogen worden. Deshalb bildet von 1895 an die Verlegung und Unterführung der Schaffhauserstraße einen festen Bestandteil aller weiteren Projekte betreffend den Umbau der Station Orlikon. Beim Bau der Straßenbahn hat sodann die Beklagte gar nicht beansprucht, die Geleise der Nordostbahn mit ihrem regelmäßigen Betrieb auf Schienenhöhe zu kreuzen, sondern sie hat sich durchaus damit begnügt, daß Morgens und Abends je ein Straßenbahnwagen die Geleise der Hauptbahn passiere. In diesem Sinne ist durch die bundesrätliche Genehmigung der Baupläne der Beklagten am 23. Februar 1897 die Kreuzungsfrage geregelt worden. Und wenn dabei der Vorbehalt gemacht wurde, daß in Ansehung der Kreuzungsstrecke die Genehmigung nur eine provisorische und daß die Beklagte verpflichtet sei, nach der Verlegung und Unterführung der Schaffhauserstraße ihr Geleise auf eigene Kosten auf die neue Straße zu verlegen, so hatte dies nach dem klaren Wortlaut des Beschlusses und nach der ganzen Sachlage nicht die Bedeutung, daß die Beklagte gehalten werden sollte, zur Vermeidung, bezw. Beseitigung der Niveaukreuzung eine Unterführung, sei es allein, sei es in Verbindung mit der Nordostbahn, zu erstellen, sondern es wurde ihr lediglich aufgegeben, s. Z. über das neue Straßenstück, von dem

feststand, daß es nicht sowohl zur Vermeidung der Niveaufkreuzung der Beklagten, sondern zur Beseitigung des Niveauübergangs der Straße gebaut und unter der Bahn durchgeführt werden würde, den direkten Betrieb Orlikon-Seebach einzurichten. In jenem bundesrätlichen Beschluß ist denn auch mit keinem Worte die Rede davon, daß die Beklagte an die Kosten der erwähnten Anlage beizutragen habe, sondern ihre Obliegenheiten hinsichtlich der Straßenunterführung erschöpfen sich darnach in der Pflicht, ihre Geleise dereinst zu verlegen. Dafür, daß die Unterführung nicht wegen der Kreuzung der Beklagten erstellt wurde, spricht weiterhin die Tatsache, daß bei der Ausführung der Straßenverlegung auf die Beklagte keine besondere Rücksicht genommen wurde, und daß die letztere in dieser Beziehung keine andere Stellung hatte als jeder sonstige Interessent; auch die breitere Anlage der Unterführung ist nicht ausschließlich durch die Beklagte veranlaßt, sondern vom Regierungsrat im allgemeinen öffentlichen Interesse, allerdings mit im Hinblick auf die Straßenbahn, verlangt und vom Eisenbahndepartement auch aus diesem Gesichtspunkt und unter dem Vorbehalt, daß die Interessenten den versprochenen Beitrag von 10,000 Fr. an die Mehrkosten leisten, zugestanden worden.

4. Nach den bisherigen Ausführungen geht es schlechterdings nicht an, die Unterführung der Schaffhauserstraße in die vom Gesetze für eine Kostenverteilung unter den Parteien vorausgesetzte Beziehung mit der Niveaufkreuzung auf der alten Schaffhauserstraße zu bringen, da die Unterführung überall nicht zum Zweck der Vermeidung der Niveaufkreuzung, oder der Beseitigung einer (etwa unter Auflage späterer Unter- oder Überführung) bloß provisorisch bewilligten Niveaufkreuzung erstellt worden ist. Bei dieser Sachlage braucht nicht geprüft zu werden, ob und inwieweit das am 15. April 1900 in Kraft getretene Nebenbahnen-gesetz auf die Abwicklung eines schon vorher entstandenen Kreuzungsverhältnisses Anwendung finden könnte. Die Klage läßt sich aber auch nicht in der Weise aus Art. 7 leg. cit. begründen, daß auf die neu zu bauende Straßenbahnstrecke in der verlegten Schaffhauserstraße abgestellt wird, wofür die Beklagte von der Klägerin die Kreuzung an der unterführten Stelle verlangen müsse. Zwar bedarf es, damit Art. 7 anwendbar ist, keiner neuen Bahnunternehmung, sondern es genügt, daß eine bestehende Unter-

nehmung eine neue Bahnstrecke anlegt, die, wie es hier der Fall ist, eine andere Bahn (in einer Unterführung) kreuzen muß. Auch wird es vom Standpunkt des Gesetzes aus gleichgiltig sein, ob die neue Bahn von sich aus die bestehende zu kreuzen gedenkt, oder ob sie durch die Aufsichtsbehörde dazu verhalten wird. Allein aus dem gesagten erhellt, daß hier die Unterführung nicht die Folge der neuen Bahnstrecke der Beklagten, sondern umgekehrt diese die Folge der Verlegung und Unterführung der Straße ist. Die Unterführung wurde nicht gemacht, weil die Beklagte dort eine neue, die Klägerin kreuzende Bahnstrecke erstellen wollte, sondern diese Bahnstrecke muß gebaut werden, weil nunmehr die Straßenunterführung vorhanden ist. Bei ihrer Argumentation übersieht die Klägerin, daß es nach Art. 7 für die grundsätzliche Zulässigkeit der Verteilung der Kosten einer Über- oder Unterführung nicht darauf ankommt, ob die Straßenbahn ein Interesse an der Benützung der Straßenunterführung hat und daß sie sich darnach der vermittelt der Unterführung gekreuzten Bahn gegenüber nicht in die Benützung einer solchen Anlage einkaufen muß, sondern daß das entscheidende Moment der Zweck der Anlage ist: ob sie erstellt wurde, um die Niveaufkreuzung der Straßenbahn mit der bestehenden Bahn zu vermeiden. Die Klägerin kann nicht behaupten, daß sie die Beklagte nach dem vor dem Nebenbahngesetz herrschenden Rechtszustand zu einem Beitrag an die Kosten der fraglichen Unterführung hätte heranziehen können. Ihre Auslegung würde also entgegen dem ganzen Sinn und Geist des Gesetzes und speziell auch der ausgesprochenen ratio des Art. 7 dazu führen, daß die Rechtsstellung der Nebenbahn, statt der vom Gesetz gewollten Erleichterung, empfindlich erschwert wäre, in welcher Konsequenz sich wiederum die Unrichtigkeit der Interpretation der Klägerin zeigt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Klage der Schweizerischen Bundesbahnen wird abgewiesen.