Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-5698/2008
{T 0/2}

Zwischenentscheid vom 20. Oktober 2008

Besetzung

Richter André Moser (Vorsitz), Richter Markus Metz, Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot, Gerichtsschreiber Mario Vena.

Parteien

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Alois Schuler,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Matthias Becker,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Schätzungskommission Kreis 10,
Vorinstanz.

Gegenstand

Ausstandsbegehren.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

A.
Die A._____, Eigentümerin zweier Grundstücke in der Gemeinde B._____, meldete mit Gesuch vom 5. April 2005 beziehungsweise 10. Juni 2005 bei der Eidgenössischen Schätzungskommission nachträgliche Entschädigungsforderungen aus Enteignungsrecht im Gesamtbetrag von Fr. 1'051'312.90 nebst Zins an. Sie machte im Wesentlichen Mehrkosten im Zusammenhang mit einer Neuüberbauung sowie einen Minderwert ihrer Grundstücke geltend, die durch den unter ihnen verlaufenden C._____tunnel verursacht worden seien. Der C._____tunnel wurde im Zusammenhang mit der Eisenbahnstrecke von D._____ nach E._____ errichtet, für deren Bau und Betrieb die Schweizerische Nordostbahn mit Bundesbeschluss vom (...) die Konzession erhalten hatte.

B.
Mit Entscheid vom 28. November 2007 wies die Schätzungskommission das Entschädigungsbegehren der A._____ ab, sprach ihr aber zulasten der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) eine Parteientschädigung im Betrag von Fr. 19'393.90 zu.

C.
Die A._____ führt mit Eingabe vom 18. Januar 2008 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Die Beschwerdeführerin beantragt unter anderem, es sei festzustellen, dass die SBB (Beschwerdegegnerin) verpflichtet seien, sie für bauliche Mehrkosten und den Grundstücksminderwert im Zusammenhang mit dem C._____tunnel vollumfänglich zu entschädigen; weiter sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, sie für das vorinstanzliche Verfahren mit Fr. 24'698.50 (zuzüglich MwST) zu entschädigen.

D.
Die Schätzungskommission (Vorinstanz) verzichtete mit Schreiben vom 14. Februar 2008 auf eine Vernehmlassung.

Die Beschwerdegegnerin reichte mit Eingabe vom 13. März 2008 eine Beschwerdeantwort ein.

Dazu nahm die Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 29. Mai 2008 Stellung.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 4. Juni 2008 wurde der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zu einer Duplik bis zum 4. Juli 2008 gegeben. Gleichzeitig wurde sie ersucht, innert derselben Frist die Konzession für den Bau und Betrieb des Eisenbahntunnels C._____ einzureichen.

F.
Mit Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, der Spruchkörper beabsichtige, die Beschwerde in der Hauptsache (nachträgliche Entschädigungsforderungen aus Enteignungsrecht) aus bestimmten, in der Verfügung näher genannten Gründen abzuweisen und überdies den angefochtenen Entscheid der Vorinstanz in dem Sinne zuungunsten der Beschwerdeführerin zu ändern (reformatio in peius), dass ihr für das vorinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen sei. Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit zu einer Stellungnahme bis zum 14. Juli 2008, wobei sie besonders darauf aufmerksam gemacht wurde, sie habe sich darauf zu beschränken, sich zur beabsichtigten reformatio in peius zu äussern. Weiter wurde ihr für den Fall eines Beschwerderückzugs innert derselben Frist die Abschreibung des Verfahrens unter Auferlegung reduzierter Kosten in Aussicht gestellt; für den Fall, dass sie an der Beschwerde festhalten würde, wurde sie aufgefordert, bis zum 14. Juli 2008 einen Kostenvorschuss von Fr. 10'000.-- zu leisten. Der Beschwerdegegnerin wurde die mit Verfügung vom 4. Juni 2008 gesetzte Frist zur Einreichung einer Duplik abgenommen.

G.
Mit Eingaben vom 30. Juni und 4. Juli 2008 ersuchte die Beschwerdeführerin um Einsicht in die von der Beschwerdegegnerin vorzulegende Konzession für den Bau und Betrieb des Eisenbahntunnels C._____. Weiter beantragte sie, sich umfassend zu der vom Bundesverwaltungsgericht in der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 dargelegten Rechtsauffassung und nicht bloss zur beabsichtigten reformatio in peius äussern zu können. Die Frist für eine Stellungnahme zur Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 sowie zur Leistung des Kostenvorschusses sei nach Vorlage der Eisenbahnkonzession durch die Beschwerdegegnerin neu anzusetzen, jedenfalls aber bis zum 4. September 2008 zu erstrecken.

H.
Mit Zwischenverfügung vom 7. Juli 2008 wurde festgehalten, der Beschwerdegegnerin sei mit der Abnahme der Frist zur Einreichung einer Duplik sinngemäss auch die Frist abgenommen worden, die Eisenbahnkonzession vorzulegen. Das Bundesverwaltungsgericht verzichte mittlerweile darauf, dieses Beweismittel vorlegen zu lassen. Weiter wurde bekräftigt, dass das Recht zur Gegenäusserung, wie es in der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 eingeräumt worden sei, auf die beabsichtigte reformatio in peius beschränkt sei. Die der Beschwerdeführerin in der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 gesetzten Fristen wurden bis zum 18. August 2008 erstreckt.

I.
Die Beschwerdeführerin erklärte in ihrer Stellungnahme vom 15. August 2008, sie halte an der Beschwerde fest, und äusserte sich zur beabsichtigten reformatio in peius, darüber hinaus aber auch zu den in der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 dargelegten Gründen für eine Abweisung der Beschwerde in der Hauptsache. Sie stützte sich dabei auch auf den Bundesbeschluss (Konzession) vom (...), den sie gemäss ihren Angaben inzwischen selbst beim Bundesamt für Verkehr bezogen hatte und mit ihrer Stellungnahme zu den Akten reichte.

J.
Am 21. August 2008 teilte der Instruktionsrichter den Parteien mit, der Schriftenwechsel werde unter Vorbehalt weiterer Instruktionsmassnahmen abgeschlossen.

K.
Mit Eingabe vom 5. September 2008 verlangt die Beschwerdeführerin den Ausstand von Richter X._____ als Instruktionsrichter sowie Vorsitzender des Spruchkörpers für den Entscheid in der Sache. Zur Begründung des Ausstandsbegehrens wird im Wesentlichen angeführt, Richter X._____ erscheine aufgrund der "Art des Zustandekommens" der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 sowie seines Verhaltens bei den nachfolgenden Verfahrensschritten als befangen.

L.
In seiner Stellungnahme vom 15. September 2008 äussert sich Richter X._____ zu den vorgebrachten Ausstandsgründen und bestreitet, befangen zu sein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 77 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (EntG, SR 711) zur Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Schätzungskommission zuständig. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls zur Beurteilung von Fragen formeller Natur und damit auch zum Entscheid über Ausstandsbegehren zuständig (vgl. BVGE 2007/4 E. 1.1).

Die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) über den Ausstand (Art. 34 ff. BGG) gelten im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäss (Art. 38 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.2 Bestreitet die Gerichtsperson, deren Ausstand verlangt wird, oder ein Richter beziehungsweise eine Richterin der Abteilung den Ausstandsgrund, so entscheidet die Abteilung unter Ausschluss der betroffenen Gerichtsperson über den Ausstand (Art. 37 Abs. 1 BGG).

Diese Bestimmung äussert sich nicht darüber, in welcher Besetzung der Entscheid über ein Ausstandsbegehren zu ergehen hat. Die allgemeinen Bestimmungen zur Bildung der Spruchkörper in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sehen in der Regel die Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen vor (Art. 21 Abs. 1 und Art. 24 VGG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht [VGR, SR 173.320.1]). Beim Entscheid über ein Ausstandsbegehren handelt es sich zwar um einen Zwischenentscheid (vgl. Art. 45 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] bzw. Art. 92 Abs. 1 BGG). Da aber mit diesem Entscheid abschliessend über das Vorliegen von Ausstandsgründen befunden wird, erscheint es auch in diesen Fällen angebracht, den Spruchkörper gemäss den allgemeinen Bestimmungen zu bilden. Entsprechend ist auch über Ausstandsbegehren in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen zu entscheiden (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts C-787/2008 vom 29. Februar 2008).

1.3 Da über die Ausstandsfrage ohne Anhörung der Gegenpartei entschieden werden kann (Art. 37 Abs. 2 BGG), wird vorliegend von einer vorgängigen Anhörung der Beschwerdegegnerin abgesehen.

1.4 Auf das formgerechte und rechtzeitig eingereichte Ausstandsbegehren ist einzutreten (vgl. Art. 36 Abs. 1 BGG).

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin macht – wie bereits erwähnt – geltend, Richter X._____ erscheine aufgrund seines Verhaltens im Verlaufe der Verfahrensinstruktion als befangen. Sie beruft sich ausdrücklich auf Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101), sinngemäss aber auch auf den Ausstandsgrund von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG.

2.2 Die Ausstandsregelung von Art. 34 BGG, welche die Bestimmungen von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK konkretisiert (vgl. ANDREAS GÜNGERICH, in Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG]: Bundesgesetz über das Bundesgericht, Handkommentar, Bern 2007, zu Art. 34 Rz. 2), gewährleistet die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht.

Gemäss Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG treten Gerichtspersonen in den Ausstand, wenn sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder persönlicher Feindschaft mit einer Partei oder ihrem Vertreter beziehungsweise ihrer Vertreterin, befangen sein könnten. Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, dass sich weder aus der Begründung des Ausstandsbegehrens der Beschwerdeführerin noch aus der Stellungnahme von Richter X._____ konkrete Hinweise auf das Bestehen einer persönlichen Feindschaft zwischen den Genannten ergeben.

Bei Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG handelt es sich im Verhältnis zu Art. 34 Abs. 1 Bst. a-d BGG um einen Auffangtatbestand, für dessen Auslegung nach wie vor auch auf die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes abgestellt werden kann (ANDREAS GÜNGERICH, a.a.O., zu Art. 34 Rz. 5 f.). Danach ist eine Gerichtsperson befangen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet erscheinen, Misstrauen in ihre Unparteilichkeit zu erwecken. Die Gründe dafür können in einem bestimmten Verhalten oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur liegen, wobei zur Ablehnung einer Gerichtsperson nicht deren tatsächliche Befangenheit nachgewiesen werden muss, sondern es ausreicht, wenn Tatsachen glaubhaft gemacht werden (vgl. Art. 36 Abs. 1 letzter Satz BGG), die den Anschein

der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss jedoch in objektiver Weise begründet erscheinen, und es kann dabei nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Die Ausstandsregelung steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf ein gesetzmässiges Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV) und auf Beurteilung der Streitsache durch einen auf abstrakte Weise bestimmten Spruchkörper (Art. 24 VGG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 zweiter Satz und Art. 31 Abs. 3 VGR). Bei Fehlen eines Ausstandsgrundes hat namentlich eine allfällige Gegenpartei Anspruch darauf, dass die Streitsache durch den ursprünglich vorgesehenen Spruchkörper und nicht durch andere Richterinnen oder Richter beurteilt wird. Aus diesen Gründen muss der Ausstand eine Ausnahme bleiben. Die persönliche Unbefangenheit eines Richters oder einer Richterin ist deshalb im Grundsatz zu vermuten, und von der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung darf – auch im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) – nicht leichthin abgewichen werden (vgl. zum Ganzen BGE 134 I 20 E. 4.2; BGE 133 I 1 E. 5.2 und 6.2; BGE 122 II 477 E. 3b; BGE 116 Ia 19 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 2C_171/2007 / 2C_283/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts vom 3. April 1997, veröffentlicht in: Die Praxis des Bundesgerichts [Pra] 86/1997, S. 613 f.; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts C-787/ 2008 vom 29. Februar 2008).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin begründet ihr Ausstandsbegehren im Einzelnen wie folgt:

Erste Zweifel an der Unvoreingenommenheit von Richter X._____ seien bei der Beschwerdeführerin dadurch geweckt worden, dass ihr die Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin am 19. März 2008 ohne begleitende Verfügung zugegangen sei. Im Lichte der späteren Ereignisse könne man annehmen, es habe ein Versuch vorgelegen, die Beschwerdeführerin um das Recht auf eine Replik zu bringen.

Weiter sei völlig unverständlich, dass der Instruktionsrichter vor Erlass der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 nicht zuerst die durch ihn selbst angeordnete Vorlage der Konzession durch die Beschwerdegegnerin abgewartet habe. Mit dem Verzicht, die Eisenbahnkonzession beizuziehen, sei der Beschwerdeführerin das verfassungsmässige Recht abgeschnitten worden, in dieses Dokument von entscheidender

Bedeutung Einsicht zu nehmen und sich zum Konzessionsinhalt zu äussern. Der Anschein der Voreingenommenheit werde in diesem Zusammenhang durch den Umstand bestätigt, dass der Instruktionsrichter in der Zwischenverfügung vom 7. Juli 2008 den Beizug der Konzession mit der aktenwidrigen, unzutreffenden Behauptung verweigert habe, es sei der Beschwerdegegnerin am 25. Juni 2008 mit der Abnahme der Frist zur Einreichung der Duplik "sinngemäss" auch die Frist abgenommen worden, die Eisenbahnkonzession vorzulegen. Diese Begründung lege den Schluss nahe, dass der Inhalt der Zwischenverfügung vom 7. Juli 2008 nicht durch den gesamten Spruchkörper getragen gewesen, sondern ausschliesslich durch den Instruktionsrichter bestimmt worden sei.

In der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 habe sich Richter X._____ bereits in eindeutiger Weise festgelegt. Umso eher sei er aber gehalten gewesen, den Eindruck zu vermeiden, er sei für neue Gesichtspunkte und Argumente nicht mehr offen, und es gehe ihm nur noch darum, seine gefasste Meinung im Endentscheid zu bestätigen. Gerade dieser Eindruck sei jedoch durch das Verhalten des Instruktionsrichters in überaus deutlicher Weise entstanden.

So habe er der Beschwerdeführerin das verfassungsmässige Recht verweigert, sich zur neuen, erstmals in der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 dargelegten und nicht zu erwartenden Rechtsauffassung in der Hauptsache zu äussern.

Zudem habe sich der Instruktionsrichter geweigert, der Beschwerdeführerin die Frist zum Entscheid über einen allfälligen Rückzug der Beschwerde und zur Leistung des Kostenvorschusses bis zum Vorliegen der Konzession abzunehmen. Damit sei der Anschein entstanden, er habe beabsichtigt, den finanziellen Druck auf die Beschwerdeführerin aufrechtzuerhalten, um sie dazu zu zwingen, in Unkenntnis des Inhalts der Konzession den keineswegs unbedeutenden Kostenvorschuss von Fr. 10'000.-- zu leisten oder aber die Beschwerde zurückzuziehen.

Die Beschwerdeführerin sehe sich im Übrigen auch durch die rasche zeitliche Abfolge der verschiedenen Verfügungen im Verhältnis zu ihren Eingaben in ihrer Einschätzung bestätigt, dass der Instruktionsrichter nach der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 nicht mehr habe zulassen wollen, dass seine vorgefasste Meinung in Frage gestellt werde.

3.2 Mit diesen Ausführungen vermag die Beschwerdeführerin indessen nicht glaubhaft zu machen, dass Richter X._____ aufgrund der von ihm getroffenen Instruktionsmassnahmen nunmehr als befangen im Sinne von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG (bzw. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) erscheinen müsste.

3.2.1 Vorab ist daran zu erinnern, dass das Instruktionsverfahren bis zum Entscheid in der Sache vom Instruktionsrichter beziehungsweise von der Instruktionsrichterin geleitet wird (vgl. Art. 39 Abs. 1 VGG). Er oder sie trifft prozessleitende Verfügungen und nimmt die nötigen Beweiserhebungen vor (vgl. Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG), wozu die Mitwirkung der weiteren Mitglieder des Spruchkörpers – mit Ausnahme der in Art. 39 Abs. 2 VGG genannten Fälle von Zeugeneinvernahmen, Augenschein und Parteiverhör – nicht erforderlich ist (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff., 4393; MICHAEL BEUSCH/ANDRÉ MOSER/LORENZ KNEUBÜHLER, Ausgewählte prozessrechtliche Fragen im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2008, S. 23).

Dies wird von der Beschwerdeführerin offensichtlich übersehen, wenn sie rügt, der Inhalt der Zwischenverfügung vom 7. Juli 2008 sei "nicht durch den gesamten Spruchkörper getragen gewesen [...], sondern ausschliesslich durch den Instruktionsrichter bestimmt worden". Es ergibt sich aus Art. 21 Abs. 1 VGG, dass die Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 nicht ohne Einbezug der zwei anderen Mitglieder des Spruchkörpers ergehen konnte, soweit mit Blick auf den Endentscheid eine reformatio in peius in Aussicht gestellt wurde. In der Zwischenverfügung vom 7. Juli 2008 wurde aber nichts Näheres über die Gründe für die beabsichtigte reformatio in peius ausgesagt, weshalb sich ein erneuter Einbezug der zwei weiteren Mitglieder des Spruchkörpers erübrigte.

3.2.2 Wenn der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin die nötigen Beweiserhebungen grundsätzlich allein vornimmt, so schliesst dies auch die Befugnis ein, im Rahmen des Instruktionsverfahrens zu beurteilen, ob bestimmte Beweise abgenommen werden sollen oder nicht. Vorbehalten bleibt das Recht der weiteren Mitglieder des Spruchkörpers, im Rahmen der Aktenzirkulation oder einer mündlichen Beratung (vgl. Art. 41 VGG) weitere Beweiserhebungen zu beantragen. Die Parteien haben zwar im Beschwerdeverfahren einen An-

spruch 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).

Vorliegend verzichtete Richter X._____ nachträglich darauf, die Eisenbahnkonzession aus dem (...) Jahrhundert einzuholen, nachdem er zunächst die Beschwerdegegnerin mit Zwischenverfügung vom 4. Juni 2008 zu deren Einreichung aufgefordert hatte. In der Zwischenverfügung vom 7. Juli 2008 führte er diesbezüglich aus, auf die Erhebung dieses Beweismittels, das "zur Klärung der Frage der enteignungsrechtlich erworbenen Dienstbarkeiten zum Bau und Betrieb des Eisenbahntunnels einverlangt" worden sei, werde "im Rahmen der Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts" verzichtet.

Sinngemäss wurde damit nichts anderes als eine antizipierte Würdigung dessen vorgenommen, was sich aus der Abnahme der betreffenden Eisenbahnkonzession für die Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts hätte ergeben können. Dafür scheinen denn auch nachvollziehbare Gründe bestanden zu haben. In der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 war nämlich – wie erwähnt – bereits auch die Abweisung der Beschwerde in der Hauptsache in Aussicht gestellt worden. Zur Begründung wurde unter anderem angeführt, der C._____tunnel sei im Jahre (...) im Untergrund und damit in einem Bereich gebaut und betrieben worden, der als herrenlos beziehungsweise öffentliche Sache unter der Hoheit des Kantons F._____ gestanden habe; damals wie heute könnten nur Grundeigentumsrechte Privater Gegenstand der Enteignung sein; das Enteignungsrecht habe damit im fraglichen Bereich gar keine Anwendung gefunden (vgl. a.a.O., E. 1). Wenn das Enteignungsrecht aber tatsächlich

nicht zur Anwendung kommt, erklärt sich auch von selbst, dass sich die Beantwortung der "Frage der enteignungsrechtlich erworbenen Dienstbarkeiten" von vornherein erübrigt und auf die Erhebung von Beweismitteln in diesem Zusammenhang – so auch der betreffenden Eisenbahnkonzession – verzichtet werden kann. Es wird damit auch deutlich, dass die Feststellungen in der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – getroffen werden konnten, ohne dass dazu die Einreichung der Eisenbahnkonzession hätte "abgewartet" werden müssen.

Wie es sich mit der Begründetheit dieses Standpunktes verhält, braucht indessen im vorliegenden Ausstandsverfahren nicht abschliessend beurteilt zu werden. Ganz abgesehen davon, dass die betreffende Eisenbahnkonzession inzwischen von der Beschwerdeführerin selbst zu den Akten gegeben worden ist und es dem Spruchkörper nach Art. 12 VwVG unbenommen bleibt, im Endentscheid auch auf dieses Beweismittel einzugehen, bildet eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rahmen des Instruktionsverfahrens, wie sie von der Beschwerdeführerin gerügt wird, nicht bereits für sich allein einen Ausstandsgrund nach Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG. Vielmehr sind entsprechende Verfahrensmängel in erster Linie in dem dazu vorgesehenen Rechtsmittelverfahren bei der übergeordneten Gerichtsinstanz zu rügen. In diesem Sinne umfasst die Garantie richterlicher Unabhängigkeit nicht auch eine Garantie jederzeit fehlerfrei arbeitender Richterinnen und Richter. Eine den Ausstand begründende Befangenheit ist nur anzunehmen, wenn sich in richterlichen Fachfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht (Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, S. 105 f.). Darauf kann aber erst dann geschlossen werden, wenn besonders krasse und wiederholte Irrtümer vorliegen, die einer schweren Amtspflichtsverletzung gleichkommen und sich einseitig zu Lasten einer der Prozessparteien auswirken können (BGE 125 I 119 E. 3e mit weiteren Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 1B_60/2008 vom 4. Juni 2008 E. 4, 1B_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.4; Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, zu Art. 9 Rz. 17). Konkrete Anhaltspunkte für die Annahme solcher qualifizierter Fehler in der Verfahrensführung durch Richter X._____ sind vorliegend – entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin – nicht zu erkennen.

Da Richter X._____ von der Einholung der Eisenbahnkonzession aus dem (...) Jahrhundert mit Zwischenverfügung vom 7. Juli 2008 absehen durfte, ohne dass deshalb der Anschein seiner Befangenheit entstanden wäre, erweist sich im vorliegenden Zusammenhang als unerheblich, ob die Frist, die der Beschwerdegegnerin für die Einreichung der Eisenbahnkonzession gesetzt wurde, bereits mit Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 "sinngemäss" – das heisst durch Abnahme der Frist für eine Duplik – abgenommen wurde oder aber zunächst weiterhin lief. Auf die betreffenden Ausführungen der Beschwerdeführerin braucht entsprechend nicht weiter eingegangen zu werden.

Der Verzicht auf die Erhebung der Eisenbahnkonzession brachte es zudem mit sich, dass auch keine Einsicht in dieses Beweismittel gewährt werden konnte. Inwiefern darin ein Ausstandsgrund zu erblicken wäre, ist daher nicht ersichtlich. Es erscheint im Übrigen folgerichtig und ist jedenfalls aus ausstandsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, dass angesichts des Verzichts auf die gerichtliche Einforderung der Eisenbahnkonzession auch dem Gesuch nicht stattgegeben wurde, der Beschwerdeführerin die Frist zum Entscheid über einen allfälligen Rückzug der Beschwerde und zur Leistung des Kostenvorschusses "bis zum Vorliegen der Konzession" abzunehmen. Eine unzulässige Druckausübung durch Richter X._____ ist darin nicht zu erblicken.

3.2.3 In der blossen Ankündigung einer reformatio in peius, wie sie vorliegend mit der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 erfolgt ist, erblickt die Beschwerdeführerin selbst zu Recht noch keinen Grund für eine Befangenheit von Richter X._____. Art. 62 Abs. 3 VwVG schreibt denn auch ausdrücklich vor, dass die Beschwerdeinstanz, die beabsichtigt, die angefochtene Verfügung zuungunsten einer Partei zu ändern, diese Absicht der Partei zur Kenntnis zu bringen und ihr Gelegenheit zur Gegenäusserung einzuräumen hat. Diese Verpflichtung ergibt sich auch direkt aus der verfassungsrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, die so weit geht, dass die mit der Verschlechterung der Rechtslage bedrohten Beschwerdeführenden im Rahmen ihrer Anhörung ausdrücklich darauf hinzuweisen sind, sie könnten – um den in Aussicht stehenden ungünstigen Entscheid abzuwenden – ihre Beschwerde zurückziehen (BGE 129 II 385 E. 4.4.3; ANDRÉ MOSER, in: André Moser/Peter Uebersax, Prozessie-

ren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, Rz. 3.93 f.).

Die Beschwerdeführerin rügt jedoch, Richter X._____ habe sich mit der Ankündigung, ihr sei im Sinne einer reformatio in peius keine Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren zuzusprechen, bereits auch in der Hauptsache in eindeutiger Weise festgelegt und sei für neue Argumente nicht mehr offen gewesen. Die Unvoreingenommenheit einer Gerichtsperson, die bereits in einem früheren Zeitpunkt mit der konkreten Streitsache zu tun hatte, ist auch danach zu beurteilen, ob der Verfahrensausgang trotz dieser sogenannten Vorbefassung (vgl. zu den verschiedenen Formen der Vorbefassung KIENER, a.a.O., S. 142 f.) noch offen erscheint (vgl. BGE 133 I 89 E. 3.2, BGE 131 I 113 E. 3.4, BGE 114 Ia 50 E. 3c-d). Allerdings kommt ein Richter oder eine Richterin in bestimmten Verfahrenskonstellationen nicht umhin, sich bereits in einem früheren Verfahrensstadium, im Rahmen prozessleitender Anordnungen, zu Fragestellungen zu äussern, die auch für den Endentscheid relevant sind. Dies trifft namentlich bei Zwischenentscheiden zu, mit denen im Hinblick auf eine mögliche reformatio in peius das rechtliche Gehör gewährt wird. Hier kann angesichts der hohen Präjudizialität des Zwischenentscheids für den Endentscheid eine vertiefte Erörterung der voraussichtlichen Entscheidgründe mit Blick auf das rechtliche Gehör nötig sein und begründet daher regelmässig keine Befangenheit. Vielmehr liegt die gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Fall geradezu im Interesse der Partei, ist es doch erforderlich, dass sie ihren Entscheid, die Beschwerde zurückzuziehen oder aufrechtzuerhalten, im Wissen um die ausschlaggebenden Gesichtspunkte treffen kann, welche das Gericht anlässlich einer ersten summarischen Prüfung des Falles bewogen haben, eine reformatio in peius ins Auge zu fassen (Urteile des Bundesgerichts U 8/02 vom 16. Dezember 2002 E. 3.4 ff., U 391/04 vom 13. September 2005 E. 3.2.2 und 4.2, 8C_555/2007 / 8C_556/2007 vom 31. Juli 2008 E. 6.1.3, je mit weiteren Hinweisen).

Vorliegend wurde die beabsichtigte reformatio in peius damit begründet, die Vorinstanz habe übersehen, dass die Kostenfolge für das Verfahren der nachträglichen Entschädigungsforderungen speziell geregelt sei; gemäss dieser Spezialregelung gelte das Unterliegerprinzip, falls die Voraussetzungen für die nachträgliche Geltendmachung von Entschädigungsforderungen nicht erfüllt seien (Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 E. 2). Wenn aber die reformatio in peius davon ab-

hängt, dass die Beschwerdeführerin mit ihren nachträglichen Entschädigungsforderungen unterliegt, war ihre Ankündigung gar nicht möglich, ohne dass gleichzeitig auch die Absicht angezeigt worden wäre, die Beschwerde in der Hauptsache abzuweisen. Die Begründung für diese Absicht (vgl. Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 E. 1 und dazu bereits vorne, E. 3.2.2, und hinten E. 3.2.4) ging nicht über das prozessual Erforderliche hinaus. Im Übrigen muss die Absicht, den angefochtenen Entscheid zuungunsten einer Partei zu ändern, vom gesamten Spruchkörper (der "Beschwerdeinstanz", vgl. Art. 62 Abs. 3 VwVG), ausgehen (vgl. bereits vorne, E. 3.2.1), weshalb in einer entsprechenden Mitteilung des Spruchkörpers von vornherein nicht die Befangenheit nur eines oder einer der beteiligten Richter oder Richterinnen erblickt werden kann.

3.2.4 Die Beschwerdeführerin wendet zu Unrecht ein, Richter X._____ sei auch deshalb befangen, weil er ihr nur zur beabsichtigten reformatio in peius, nicht aber auch zur "neuen", erstmals in der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 dargelegten Rechtsauffassung in der Hauptsache das rechtliche Gehör gewährt habe. Der Anspruch auf vorgängige Anhörung erstreckt sich nämlich grundsätzlich 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).

Beides scheint vorliegend nicht der Fall gewesen zu sein. Soweit die Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 daran anknüpften, dass der C._____tunnel im Jahre (...) im herrenlosen Untergrund errichtet worden sei (vgl. dazu bereits vorne, E. 3.2.2), 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). Wenn andererseits festgestellt wurde, die Voraussetzungen von Art. 41 Abs. 1 Bst. b EntG seien als nicht erfüllt zu erachten, wurde damit lediglich die entsprechende Würdigung durch die Vorinstanz bestätigt (vgl. den angefochtenen Entscheid vom 28. November 2007, E. 4).

Vor allem aber ist erneut darauf hinzuweisen, dass es nicht Zweck eines Ausstandsverfahrens sein kann, alle möglichen Rügen einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu prüfen. Entsprechende Verfahrensfehler bilden nur dann einen Ausstandsgrund, wenn sie besonders krass sind und sich wiederholen (vgl. im Einzelnen bereits vorne, E. 3.2.2), was aber vorliegend nicht der Fall ist. Insbesondere bestehen aufgrund der Akten keine objektiv gerechtfertigten Gründe zur Annahme, Richter X._____ hätte das Recht zur Gegenäusserung nach Art. 62 Abs. 3 VwVG nicht aufgrund einer unabhängigen Einschätzung der Sach- und Rechtslage, sondern aufgrund fehlender Distanz und Neutralität, auf die beabsichtigte reformatio in peius beschränkt.

Ausserdem hat sich die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 15. August 2008 – unaufgefordert – auch zu den rechtlichen Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 25. Juni 2008 geäussert, die sich auf die Hauptsache bezogen, weshalb das Gericht nunmehr – ungeachtet der Beschränkung des Rechts auf Gegenäusserung – ohnehin auch diese Vorbringen zu würdigen haben wird, soweit sie für den Ausgang des Verfahrens ausschlaggebend erscheinen (vgl. Art. 32 Abs. 2 VwVG).

3.2.5 Nicht zuletzt vor dem Hintergrund des bisher Gesagten erblickt das Bundesverwaltungsgericht im Übrigen weder in dem von der Beschwerdeführerin erwähnen Vorfall vom 19. März 2008 noch in der zeitlichen Abfolge der verschiedenen Zwischenverfügungen konkrete Hinweise auf eine allfällige Befangenheit von Richter X._____.

Dass der Beschwerdeführerin die Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin am 19. März 2008 offenbar zunächst ohne die dazugehörige Zwischenverfügung vom 18. März 2008 zugestellt worden ist, erscheint als blosses Kanzleiversehen, das nachträglich korrigiert werden konnte.

Dass die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 4. Juli 2008 bereits am 7. Juli 2008 beantwortet wurde und auf die Stellungnahme der Be-

schwerdeführerin vom 15. August 2008 bereits am 21. August 2008 die Mitteilung des Abschlusses des Schriftenwechsels folgte, ist unter dem hier interessierenden Gesichtswinkel ebenfalls nicht zu beanstanden. So lag es grundsätzlich im Ermessen von Richter X._____, als Instruktionsrichter zu beurteilen, ob die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15. August 2008 Anlass zu weiteren Instruktionsmassnahmen gab. Dies wurde von ihm offensichtlich verneint, wobei in der Mitteilung des Abschlusses des Schriftenwechsels allfällige weitere Instruktionsmassnahmen ausdrücklich vorbehalten wurden.

4.

Damit bleibt festzuhalten, dass keine Gründe für einen Ausstand von Richter X._____ im hängigen Beschwerdeverfahren vorliegen. Das Ausstandsbegehren ist daher abzuweisen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Ausstandsbegehren wird abgewiesen.

2.
Für den vorliegenden Zwischenentscheid werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteientschädigungen zugesprochen.

3.
Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin
- die Vorinstanz

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

André Moser Mario Vena

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: