



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm als Vorsitzender, Ersatzoberrichterin Franziska Egloff, die Handelsrichter Ruedi Kessler, Christoph Pfenninger und Peter Leutenegger sowie der Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Buechler

Urteil vom 7. Dezember 2015

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____,
vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y2._____,

betreffend **Aberkennung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Forderungen von CHF 692'160.00 nebst Zins zu 5% seit 10. Mai 2011 und für CHF 5'167.50 nebst Zins zu 5% seit 25. Januar 2012, für welche das Bezirksgericht Uster, Einzelgericht im summarischen Verfahren, im Geschäft Nr. EB 120230 mit Urteil vom 16. April 2013 provisorische Rechtsöffnung erteilt hat (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dübendorf, Zahlungsbefehl vom 27. Januar 2012), nicht bestehen.
2. Verfahrensantrag: [...]
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWSt) zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 19 S. 2)

- "1. Die Klage sei abzuweisen;
 2. die in der Betreuung Nr. 1 (Zahlungsbefehl vom 27. Januar 2012) mit Verfügung vom 16. April 2013 erteilte provisorische Rechtsöffnung sei daher definitiv zu erklären;
- unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt und Verfahren	5
A. Sachverhaltsübersicht	5
a. Parteien und ihre Stellung.....	5
b. Prozessgegenstand	5
B. Prozessverlauf	7
Erwägungen	8
1. Formelles	8
1.1. Aberkennungsklage	8
1.2. Zuständigkeit	9
1.2.1. Örtliche Zuständigkeit	9
1.2.2. Sachliche Zuständigkeit	9
1.3. Frist	10
1.4. Beweislast	11
1.5. Allgemeines zur Beweisführung	11
1.6. Noveneingabe	12
2. Bestand der Hauptforderung	13
2.1. Unbestrittener Sachverhalt	13
2.2. Anfechtung wegen Irrtums	14
2.2.1. Parteistandpunkte	14
2.2.1.1. Klägerin.....	14
2.2.1.2. Beklagte	15
2.2.2. Rechtliches	16
2.2.3. Würdigung.....	18
2.3. Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung durch die Beklagte ..	28
2.3.1. Parteistandpunkte	28
2.3.2. Rechtliches	30
2.3.3. Würdigung.....	31
2.4. Rechtzeitige Geltendmachung	33
2.4.1. Parteistandpunkte	33
2.4.2. Rechtliches	34
2.4.3. Würdigung.....	34
2.4.4. Fazit	35
2.5. Fazit	35

3.	Verrechnungsforderungen	36
3.1.	Voraussetzungen der Verrechnung.....	36
3.2.	Zuständigkeit.....	37
3.2.1.	Zuständigkeit für öffentlich-rechtliche Verrechnungsforderungen	37
3.2.2.	Folgen der Unzuständigkeit	38
3.2.3.	Fazit	41
3.3.	Miete Installationsplatz	41
3.3.1.	Unbestrittener Sachverhalt.....	41
3.3.2.	Parteistandpunkte	42
3.3.3.	Anspruch aus konkludentem oder faktischem Mietverhältnis.....	44
3.3.4.	Ausservertragliche Ansprüche	55
3.3.5.	Anspruch aus dem Vergleich 2003	56
3.3.6.	Zusammenfassung	58
3.4.	Unbefugte Materialentnahme	58
3.4.1.	Unbestrittener Sachverhalt.....	59
3.4.2.	Parteistandpunkte	59
3.4.3.	Vertragliche Ansprüche.....	60
3.4.4.	Ausservertraglicher Anspruch	70
3.4.5.	Anspruch aus dem Vergleich 2003	71
3.4.6.	Fazit	72
3.5.	Entschädigung für Fuss- und Radweg.....	72
3.5.1.	Unbestrittener Sachverhalt.....	73
3.5.2.	Parteistandpunkte	73
3.5.3.	Rechtliches	74
3.5.4.	Würdigung.....	74
3.5.5.	Fazit	80
3.6.	Ersatz von Planungskosten	80
3.6.1.	Parteistandpunkte	81
3.6.2.	Würdigung.....	82
3.6.3.	Fazit	86
4.	Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen	86
5.	Definitive Rechtsöffnung	88
6.	Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	88
6.1.	Streitwert.....	88
6.2.	Gerichtskosten	88
6.3.	Parteientschädigung.....	89
	Dispositiv:	89

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____, deren Zweck der Betrieb eines Architektur-, Planungs- und Beratungsbüros ist (act. 19 Rz. 3; act. 20/2).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____, die ein öffentliches Verkehrsnetz in der Region E._____ betreibt (act. 19 Rz. 1; act. 20/1).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte wurde vom Regierungsrat des Kantons Zürich beauftragt, die E._____-bahn zu bauen. Dazu wurde ihr vom Bundesrat eine Eisenbahn-Infrastrukturkonzession und das Enteignungsrecht erteilt (act. 19 Rz. 2). Das Bahnprojekt beinhaltet eine Teilstrecke, welche quer durch das Grundstück der Klägerin in F._____, Kat.-Nr. 1, führt.

Gegen das Projekt wurde von Seiten der Rechtsvorgängerin der Klägerin, der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Einsprache erhoben (act. 19 Rz. 4). Am 20. August/5. November 2003 schlossen die Beklagte, die Schweizerische Eidgenossenschaft und der Kanton Zürich einen Vergleich (in der Folge "Vergleich 2003"; act. 19 Rz. 5; act. 1 S. 5). Inhalt dieser Vereinbarung war im Wesentlichen, dass anstelle der Enteignung eine Dienstbarkeit zu Gunsten der Beklagten errichtet werden soll (act. 3/8 Ziff. 1). Dabei wurde der voraussichtliche Platzbedarf des Bahndammes auf 4'075 m² beziffert (act. 3/8 Ziff. 0). Vereinbart wurde eine Entschädigung von CHF 350.– pro m², woraus sich eine Entschädigung von total CHF 1'426'250.– ergab. Festgehalten wurde ausserdem, dass das genaue Mass der beanspruchten Fläche nach der Bauvollendung ermittelt werden soll und allfällige Differenzen zum Ansatz von CHF 350.– pro m² ausgeglichen werden sollen (act. 3/8 Ziff. 3.1).

Am 5. Dezember 2006 hat die Klägerin das Grundstück in F._____, Kataster-Nr. 1, von der Schweizerischen Eidgenossenschaft erworben. Dabei hat sie die Rechte und Pflichten aus dem Vergleich 2003 übernommen (act. 19 Rz. 8; act. 3/7 Ziff. 8). Gestützt auf den Vergleich 2003 leistete die Beklagte der Klägerin am 20. Juni 2007 die vereinbarte Entschädigung von CHF 1'588'022.– inklusive Zins (act. 1 S. 6; act. 19 Rz. 9; act. 20/3 und 4).

Nach verschiedenen Besprechungen zwischen den Parteien stellte die Beklagte am 4. April 2008 beim Bundesamt für Verkehr (BAV) ein Gesuch um Projektänderung (act. 20/9). Dabei sollte anstelle der zuvor geplanten Dammschüttung ein Eisenbahnviadukt erstellt werden (act. 19 Rz. 10; act. 36 Rz. 10.1 ff.). Aus welchen Gründen die Projektänderung erfolgte, ist für das vorliegende Verfahren nicht relevant. Die entsprechende Plangenehmigung erfolgte am 16. April 2009 (act. 19 Rz. 12; act. 3/15). Ab Juli/August 2008 begannen die Bauarbeiten auf dem klägerischen Grundstück. Diese waren im Sommer 2010 abgeschlossen. Die Betriebsbewilligung für die E._____-bahn wurde am 6. Dezember 2010 erteilt, woraufhin die Bahn am 12. Dezember 2010 in Betrieb genommen worden ist (act. 19 Rz. 11 ff.).

Aufgrund des geringeren Platzbedarfs des Viadukts im Vergleich zum ursprünglich geplanten Damm schlossen die Parteien am 20. Januar 2011 einen Dienstbarkeitsvertrag ab. Darin wurde der Platzbedarf des Viadukts festgehalten und aufgrund des Flächenunterschieds zum Vergleich 2003 eine Ausgleichszahlung zu Lasten der Klägerin vereinbart. Ausserdem vereinbarten die Parteien eine Kostenbeteiligung der Klägerin an den Mehrkosten des Viadukts und begründeten für beide Forderungen je ein Grundpfandrecht zu Gunsten der Beklagten (act. 1 Ziff. II.3; act. 19 Rz. 19 ff.; act. 3/5; act. 20/22).

Am 18. Juni 2012 machte die Klägerin Willensmängel geltend und focht den Vertrag gestützt auf Art. 31 OR an. Sie sei beim Vertragsschluss einem Grundlagenirrtum unterlegen und sei von der Gegenseite absichtlich getäuscht worden (act. 1 Ziff. 5.1; act. 3/24).

B. Prozessverlauf

Am 25. Januar 2012 leitete die Beklagte gegen die Klägerin beim Betreibungsamt Dübendorf Betreuung auf Pfandverwertung ein. Der Zahlungsbefehl lautet auf CHF 692'160.– nebst 5% Verzugszins seit 10. Mai 2011 (Ausgleichszahlung) sowie CHF 5'167.50 nebst 5% Verzugszins seit 10. Mai 2011 (Vertragszins). Die Klägerin erhob gegen die Betreuung Rechtsvorschlag (act. 3/2; act. 20/28). Am 16. April 2013 erteilte das Bezirksgericht Uster, auf Gesuch der Beklagten, provisorische Rechtsöffnung (act. 20/29). Die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 7. November 2013 abgewiesen (act. 20/30).

Mit Eingabe vom 9. Dezember 2013 machte die Klägerin die vorliegende Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren beim hiesigen Handelsgericht anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 11. Dezember 2013 wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 25'000.– angesetzt (act. 5), welchen sie fristgerecht leistete (act. 10). In der Folge wurde der Beklagten mit Verfügung vom 27. Januar 2014 Frist zur Stellungnahme zum Sistierungsantrag der Klägerin angesetzt (act. 11). Die Stellungnahme der Beklagten vom 5. Februar 2014 (act. 13) wurde der Klägerin zugestellt (Prot. S. 5), welche dazu unaufgefordert Stellung nahm (act. 15). Mit Beschluss vom 20. Februar 2014 wurde das klägerische Begehren um Sistierung des Verfahrens abgewiesen und der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 17). Nachdem die Beklagte die Klageantwort fristgerecht eingereicht hatte (act. 19), wurden die Parteien zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen (act. 23). Noch vor dem angesetzten Termin reichten beide Parteien Entscheide aus weiteren Verfahren ins Recht (act. 24 und 28). Die Vergleichsverhandlung vom 17. November 2014 endete ohne eine Einigung (Prot. S. 12 f.). In der Folge wurde mit Verfügung vom 18. November 2014 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Erstattung der Replik angesetzt (act. 32). Nachdem diese am 6. Februar 2015 ergangen war (act. 36), erstattete die Beklagte innert angesetzter Frist (act. 38) ihre Duplik (act. 40), welche der Klägerin zugestellt wurde (act. 41). Mit Schreiben vom 12. Mai 2015 ersuchte der Vertreter der Klägerin um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zur Duplik

(act. 43). Dieses Begehren wurde unter Hinweis auf Art. 225 und Art. 229 ZPO abgewiesen (act. 44). Am 16. Oktober 2015 reichte die Klägerin eine Noveneingabe ein (act. 50). Mit Eingabe vom 6. November 2015 nahm die Beklagte dazu Stellung (act. 58). Diese Eingabe wurde der Klägerin am 9. November 2015 zugestellt (Prot. S. 23).

Mit Verfügung vom 25. September 2015 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie - unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens - auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichten (act. 46). Auf Verlangen der Klägerin fand am 7. Dezember 2015 eine Hauptverhandlung statt.

Der Prozess erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbringen sowie auf die Akten ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen, soweit sich dies zur Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Aberkennungsklage

Die Aberkennungsklage eröffnet einem betriebenen Schuldner die Möglichkeit, innert 20 Tagen nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung auf dem Weg des ordentlichen Prozesses auf Aberkennung der Forderung zu klagen (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Die Aberkennungsklage stellt zwar kein Rechtsmittel gegen den Rechtsöffnungsentscheid dar, jedoch werden dessen Wirkungen bestätigt oder aufgehoben (DANIEL STAEHELIN in: STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, Basler Kommentar SchKG I, 2. Aufl., Basel 2010, N 16 zu Art. 83 SchKG).

1.2. Zuständigkeit

1.2.1. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit für eine Aberkennungsklage richtet sich nach Art. 83 Abs. 2 SchKG. Demgemäss sind die Gerichte des Betreibungsortes für die Klage zuständig. Dabei handelt es sich um einen ausschliesslichen Gerichtsstand (STAEHELIN, BSK SchKG I, a.a.O., N 34 zu Art. 83 SchKG).

Die Betreibung auf Pfandverwertung eines Grundstückes ist am Ort der gelegenen Sache einzuleiten (Art. 51 Abs. 1 SchKG). Vorliegend geht es um ein Grundstück in der Gemeinde F._____, wo auch die Betreibung eingeleitet worden ist (act. 1 S. 2; act. 3/2). Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist folglich gegeben.

1.2.2. Sachliche Zuständigkeit

Für die Beurteilung der Aberkennungsklage ist dasjenige Gericht sachlich zuständig, welches auch für die Behandlung einer entsprechenden materiellen Forderungsklage zuständig wäre (STAEHELIN, BSK SchKG I, a.a.O., N 39 zu Art. 83 SchKG). Handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Forderung, für die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann, so ist die Aberkennungsklage beim zuständigen Verwaltungsgericht einzuleiten (STAEHELIN, BSK SchKG I, a.a.O., N 43 zu Art. 83 SchKG).

Die Beklagte stützt ihre Forderung auf einen Dienstbarkeitsvertrag vom 20. Januar 2011 (in der Folge: "Dienstbarkeitsvertrag 2011"). Darin haben die Parteien vereinbart, dass die gegenüber dem Enteignungsvergleich vom 20. August/5. November 2003 weniger beanspruchte Fläche durch die Klägerin mit CHF 350.– pro m² entschädigt werden soll (act. 3/5 S. 2 f.). Die Grundzüge dieser Regelung waren bereits im Vergleich von 2003 enthalten (act. 3/8 S. 5). Dabei stellt sich die Frage, ob die in Frage stehende Vereinbarung öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist.

Bei der Beklagten handelt es sich um eine staatlich konzessionierte Bahnunternehmung. In dieser Rolle steht ihr das Enteignungsrecht nach der Bundesgesetzgebung zu, soweit ein öffentliches Interesse besteht (Art. 3 Abs. 1 EBG). Nach Abs. 2 der Bestimmung, kommt ein Enteignungsverfahren nur dann zur Anwendung, wenn ein freihändiger Erwerb der erforderlichen Rechte nicht zum Ziel führen kann. In Anwendung dieser Bestimmung geht eine privatrechtliche Vereinbarung, die **vor** der Einleitung eines Enteignungsverfahrens abgeschlossen worden ist, einem solchen vor. Gleichzeitig bedeutet dies, dass es sich bei einer so gefundenen Lösung um einen privatrechtlichen Vertrag handelt (vgl. auch HEINZ HESS/HEINRICH WEIBEL, Das Enteignungsrecht des Bundes, Band I, Bern 1986, N 2 zu Art. 54 EntG), sodass für die Beurteilung von dessen Gültigkeit die Zivilgerichte zuständig sind. Die Parteien haben den in Frage stehenden Dienstbarkeitsvertrag vom 20. Januar 2011 abgeschlossen, ohne zuvor die Schätzungskommission anzurufen. Gleichzeitig wurde das ursprünglich eingeleitete Enteignungsverfahren mit dem Vergleich vom 20. August/5. November 2003 abgeschlossen. Folglich handelt es sich beim Dienstbarkeitsvertrag 2011 um einen Vertrag, der ausserhalb eines Enteignungsverfahrens abgeschlossen wurde, und damit um einen privatrechtlichen Vertrag.

Da es sich bei den Parteien um im Handelsregister eingetragene juristische Personen handelt und Grundstücksgeschäfte zum geschäftlichen Betrieb der Klägerin zu zählen sind, ist das Handelsgericht auch sachlich zuständig für die Aberkennungsklage, zumal die erforderliche Streitwertgrenze erreicht wird.

1.3. Frist

Der Schuldner muss das Verfahren innert 20 Tagen nach dem Rechtsöffnungsentscheid der ersten Instanz einleiten, wobei unerheblich ist, ob er gleichzeitig eine Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid anhängig macht (STAEHELIN, BSK SchKG I, a.a.O., N 22 f. zu Art. 83 SchKG). Die Frist beginnt erst mit dem Urteil der Beschwerdeinstanz zu laufen, wenn dem erstinstanzlichen Urteil die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist (STAEHELIN, BSK SchKG I, a.a.O., N 25 zu Art. 83 SchKG).

Das Obergericht hat dem Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 16. April 2013 mit Verfügung vom 2. Mai 2013 aufschiebende Wirkung erteilt (act. 3/6). Das Urteil des Obergerichts ist am 7. November 2013 ergangen (act. 20/30) und wurde der Klägerin am 18. November 2013 zugestellt (act. 1 S. 4). Mit Eingabe vom 9. Dezember 2013 (Datum Poststempel) hat die Klägerin die Frist gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG gewahrt.

1.4. Beweislast

Bei der Aberkennungsklage handelt es sich um eine negative Feststellungsklage materiellrechtlicher Natur. Das Feststellungsinteresse ist durch die Schuldbetreibung begründet (STAEHELIN, BSK SchKG I, a.a.O., N 17 zu Art. 83 SchKG). Beim Aberkennungsprozess ist der Schuldner zwar der Kläger, es findet jedoch keine Umkehr der Beweislast statt. Vielmehr hat der Gläubiger - wie im Anerkennungsprozess - Bestand, Umfang, Fälligkeit und Betreibbarkeit seiner Forderung zu beweisen. Somit obliegt nach der allgemeinen Beweislastregel der Beweis des Bestands der Forderung der Beklagten, während die Klägerin allfällige Einreden zu beweisen hat. Kann weder der Gläubiger den Bestand noch der Schuldner den Nichtbestand der Forderung beweisen, so muss die Aberkennungsklage gutgeheissen werden (MARC WEBER in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Basler Kommentar Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 25 zu Art. 88 ZPO).

1.5. Allgemeines zur Beweisführung

Nach Art. 150 Abs. 1 ZPO ist der Beweis über rechtserhebliche, Streitige Tatsachen zu führen. Rechtserheblich sind dabei Tatsachen, deren Vorliegen oder Fehlen den Ausgang des konkreten Verfahrens beeinflussen können (PETER GUYAN in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, BSK ZPO, a.a.O., N 3 zu Art. 150 ZPO; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: HAUSHEER/WALTER, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150-352 ZPO, Art. 400-406 ZPO, Bern 2012, N 27 zu Art. 152 ZPO). Keine Beweise sind demgegenüber über Behauptungen abzunehmen, die für das Verfahren nicht relevant sind. Ebenso stehen Rechtsfragen nicht dem Beweis offen.

Das Recht, Beweis zu führen (Art. 152 Abs. 1 ZPO), befreit die Parteien nicht davon, ihre Sachdarstellungen substantiiert vorzubringen. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen. Die rechtserheblichen Tatsachen sind umfassend und klar darzulegen, sodass darüber Beweis abgenommen werden kann (ANETTE DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: DOLGE, Substantiieren und Beweisen, Praktische Probleme, Zürich 2013, S. 17 ff., S. 22 f.). Über einen nicht substantiiert behaupteten Sachverhalt ist kein Beweis abzunehmen. Insbesondere sind vage, generelle und pauschale Behauptungen, die auf einen Ausforschungsbeweis abzielen, nicht beachtlich (BRÖNNIMANN, a.a.O., N 33 f. zu Art. 152 ZPO).

In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen, die damit bewiesen werden sollen, aufzuführen (Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juni 2013, 4A_56/2013, E.4.4). Insbesondere ist zu bezeichnen, welche Behauptung mit welchem Beweismittel bewiesen werden soll (BRÖNNIMANN, a.a.O., N 22 zu Art. 152 ZPO). Beweisangebote nach seitenlangen Ausführungen sind ungenügend, da diese nicht den einzelnen Behauptungen zugeordnet werden können. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass eine Zeugenaussage nur über Tatsachen erfolgen kann, die der Zeuge persönlich unmittelbar wahrgenommen hat (Art. 169 ZPO, SVEN RÜETSCHI, in: HAUSHEER/WALTER, BK ZPO II, a.a.O., N 7 f. zu Art. 169 ZPO).

Soweit die Beweisangebote der Parteien diese Grundsätze nicht erfüllen, kann ohne Weiterungen auf die Abnahme der angebotenen Beweise verzichtet werden.

1.6. Noveneingabe

Mit Eingabe vom 16. Oktober 2015 erstattete die Klägerin eine Noveneingabe (act. 50).

Nach dem Abschluss des zweiten Schriftenwechsels können neue Tatsachen nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO ins Verfahren eingebracht werden. Dabei wird vorausgesetzt, dass die Noven ohne Verzug ins Verfahren

eingebraucht werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Ausserdem dürfen die Tatsachen und Beweismittel erst nach dem letzten Schriftenwechsel entstanden oder gefunden worden sein (echte Noven, lit. a) oder trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher vorgebracht worden sein können (unechte Noven, lit. b).

Im vorliegenden Verfahren ist der Aktenschluss mit dem Abschluss des zweiten Schriftenwechsels, also mit der Duplik der Beklagten vom 28. April 2015 (act. 40), eingetreten. Die Klägerin reichte einen Fragenkatalog an die Stadt F._____ vom 26. Mai 2015 (act. 51/2) sowie einen Amtsbericht der Stadt F._____ vom 22. September 2015 (act. 51/3) als Novum ein. Diese Dokumente sind nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden. Ausserdem belegt die Klägerin mit dem Empfangsschein vom 8. Oktober 2015 (act. 51/1), dass ihr die Urkunden erst zu diesem Zeitpunkt von der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich zugestellt worden sind. Demgemäss ist die Eingabe vom 16. Oktober 2015 im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO als rechtzeitig anzusehen. Die eingereichten Dokumente sind damit im Verfahren zu beachten. Die klägerische Eingabe (act. 50) ist demgegenüber nur soweit zu berücksichtigen, als sich diese auf die echten Noven bezieht. Ausführungen, die einem dritten Parteivortrag gleichkommen, ohne dass sie durch neue Beweismittel unterlegt würden, sind hingegen nicht beachtlich.

2. Bestand der Hauptforderung

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten ist, dass die Parteien am 20. Januar 2011 einen öffentlich beurkundeten Dienstbarkeits- und Grundpfandvertrag abgeschlossen haben (act. 1 S. 9; act. 19 Rz. 19).

Der Dienstbarkeitsvertrag 2011 (act. 20/22) enthält unter anderem in Ziffer 2 die Einräumung von zwei Grundpfandverschreibungen auf dem Grundstück G._____ Kat. Nr. 1, davon eine zur Sicherung der streitgegenständlichen Ausgleichszahlung im Betrag von CHF 692'160.-. In Ziffer 3.4 wird sodann festgehalten, dass die Beklagte der Klägerin in Abgeltung einer Dienstbarkeitsfläche von 4'075 m² am 20. Juni 2007 CHF 1'426'250.- bezahlt hat und der Eisenbahnvia-

dukt gemäss dem Spezialplan amtliche Vermessung vom 3. August 2010 eine Dienstbarkeitsfläche von 2'097.4 m² beansprucht. Ebenso enthält Ziffer 3.4 die Verpflichtung der Klägerin, für die Reduktion der Dienstbarkeitsfläche um 1'977.6 m² eine Ausgleichszahlung von CHF 692'160.– (das heisst CHF 350.– pro m²) zu leisten. Die Ausgleichszahlung wird fällig, sobald das Brückenwerk erstellt, die definitive Dienstbarkeitsfläche aufgenommen und die geänderte Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist. Die Ausgleichszahlung ist ab Fälligkeit innert 60 Tagen zu bezahlen. Sie ist sodann zum Zinssatz der ZKB für variable Hypotheken im ersten Satz für Wohnungsbau zu verzinsen, wobei die Zinspflicht mit der Unterzeichnung des Vergleiches beginnt. Das Pfandrecht ergibt sich auch aus dem Grundbuchauszug über das klägerische Grundstück (Kataster-Nr. 1, G._____, F._____; act. 20/5 S. 10).

Unbestritten ist weiter, dass die Klägerin der Beklagten die betriebene Forderung gestützt auf den Dienstbarkeitsvertrag 2011, soweit der Vertrag gültig ist, schuldet, dass diese fällig ist und dass dafür ein Pfandrecht besteht. Ebenso wenig bestreitet die Klägerin sodann die Zinspflicht (act. 19 Rz. 33 ff.; act. 36 Rz. 29).

2.2. Anfechtung wegen Irrtums

2.2.1. Parteistandpunkte

2.2.1.1. Klägerin

Die Klägerin macht geltend, der Dienstbarkeitsvertrag 2011 sei nicht gültig zustande gekommen. Sie, bzw. ihre Organe, seien beim Abschluss des Vertrages im Januar 2011 davon ausgegangen, dass die definitive Landbeanspruchung nach Vollendung der Arbeiten ermittelt, der im Vergleich 2003 vorläufig angenommenen Landbeanspruchung gegenübergestellt und die daraus resultierende Ausgleichszahlung berechnet würde. Dementsprechend sei sie davon ausgegangen, dass das definitive genaue Mass der gesamten Landbeanspruchung auf dem Grundstück Kat. Nr. 1 feststehe. Diese Vorstellung sei aber falsch gewesen; das genaue Mass der Landbeanspruchung habe damals nicht festgestanden und

stehe bis heute nicht fest, einerseits wegen der Bike&Ride-Anlage, andererseits wegen den Fuss- und Fahrwegen (act. 1 S. 11 ff.). Der Irrtum sei subjektiv wie objektiv wesentlich, da für die Klägerin das Feststehen der gesamten Landbeanspruchung notwendige Grundlage des Dienstbarkeitsvertrages gewesen sei und der Irrtum sich auf die Vertragsleistung der Klägerin beziehe, welche nach Berücksichtigung aller Teilflächen der Landbeanspruchung tiefer ausgefallen wäre. Schliesslich sei der klägerische Irrtum aufgrund der direkten Auswirkung des irrtümlich festgestellten Sachverhaltes auf die Höhe der Ausgleichszahlung als Vertragsleistung auch für die Beklagte ohne Weiteres erkennbar gewesen (act. 1 S. 15 ff.).

In der Replik hält die Klägerin an ihren Ausführungen fest. Ausserdem macht sie geltend, sie hätte sich über die Kostensituation auf Seiten der Beklagten geirrt. Sie sei von Mehrkosten von über CHF 3.8 Mio. ausgegangen, wobei bei diesem Betrag die Minderkosten, die durch die Betonwanne für den Radweg entfallen seien, nicht berücksichtigt worden seien (act. 36 Rz. 34). Schliesslich sei sie auch bezüglich der Geländegestaltung unter dem Viadukt einem Irrtum unterlegen (act. 36 Rz. 54.4).

2.2.1.2. Beklagte

Demgegenüber macht die Beklagte geltend, dass der Dienstbarkeitsvertrag 2011 klar gewesen sei. Daraus ergebe sich, dass die Dienstbarkeitsfläche alleine das Brückenbauwerk betreffe. Bei der Damm-Variante sei geplant gewesen, die Fuss- und Radwege auf den Böschungen zu führen. Der Wechsel zum Brückenbauwerk hätte ermöglicht, diese Wege der H. _____ [Fluss] entlang zu führen; das sei bereits in der Planung der Projektänderung vorgesehen gewesen. Die Parteien hätten sodann über den Zugang zur Haltestelle separat verhandelt (act. 19 Rz. 56 f.). Im Zeitpunkt des Abschlusses des Dienstbarkeitsvertrages 2011 sei die Brücke erstellt gewesen und die E. _____-bahn habe ihren Betrieb aufgenommen. Auch der Fuss- und Radweg entlang der H. _____ sei erstellt gewesen. Die Klägerin habe sodann am 2. März 2011 ein Abnahmeprotokoll unterzeichnet und entsprechend Kenntnis vom Verlauf der Wege gehabt (act. 19 Rz. 58 f.).

Weiter sei der Klägerin bekannt gewesen, dass die Parteien über fünf verschiedene Themenbereiche bzw. Dienstbarkeiten separat verhandelt hätten. So seien über die Bike&Ride-Anlage und die Zugänge zur Haltestelle G._____ Vergleiche abgeschlossen worden, in denen eine Entschädigung zu Lasten der Gemeinde F._____ vereinbart worden sei. Ausserdem sei die Dienstbarkeit zu Gunsten des Kantons Zürich mit dem Dienstbarkeitsvertrag nicht aufgehoben worden. Es sei denkbar, dass der Klägerin dafür eine Entschädigung zustehe, allerdings nicht zu Lasten der Beklagten (act. 19 Rz. 60 ff.).

Schliesslich sei, selbst wenn von einem Grundlagenirrtum ausgegangen werde, die Anfechtung durch die Klägerin verspätet erfolgt. Der Klägerin sei spätestens bei der Abnahme der Bauarbeiten, also spätestens mit Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls am 2. März 2011, bekannt gewesen, dass Fuss- und Radweg dem H._____ -ufer entlang verlaufen und daher nicht von der Dienstbarkeitsfläche umfasst waren. Entsprechend sei die Jahresfrist gemäss Art. 31 OR am 2. März 2012 abgelaufen (act. 19 Rz. 71 ff.).

Die Beklagte hält auch in der Duplik an ihren Ausführungen fest. Sie bestreitet weiter, dass sich die Klägerin über die Kostensituation bei der Beklagten geirrt habe und dies für den Vertragsabschluss wesentlich gewesen sein soll. Vielmehr sei die Klägerin zur Kostenbeteiligung bereit gewesen, weil ihr der Wechsel von Damm zu Brücke Vorteile gebracht habe (act. 40 Rz. 21 ff.).

2.2.2. Rechtliches

a. Die Klägerin stützt ihre Anfechtung auf das Vorliegen von Willensmängeln. Die Willensmängel umfassen Situationen, in denen der Wille einer Vertragspartei fehlerhaft gebildet oder geäussert wurde, sodass dem Erklärenden die Möglichkeit zu geben ist, sich von seiner Erklärung zu lösen (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 36.01).

b. Ein Irrtum ist die Abweichung der eigenen Sachverhaltsvorstellung vom normativ wirksamen Konsens (BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Obligatio-

nenrecht, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Bern 2013, N 7 zu Art. 23/24 OR). Dabei muss der Irrende von der Richtigkeit seiner Vorstellung überzeugt sein. Sobald er an deren Richtigkeit zweifelt, irrt er sich nicht (SCHMIDLIN, a.a.O., N 15 zu Art. 23/24 OR). Zu unterscheiden ist zwischen den Erklärungsirrtümern und dem Grundlagenirrtum. Während bei ersteren der innere Wille nicht mit dem Erklärten übereinstimmt, betrifft letzterer das, was der Irrende als Grundlage des Vertrages betrachtet (SCHMIDLIN, a.a.O., N 92 zu Art. 23/24 OR). Dabei handelt es sich um einen Motivirrtum, der nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR qualifiziert ist (SCHMIDLIN, a.a.O., N 94 zu Art. 23/24 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 37.26).

Gegenstand eines Grundlagenirrtums kann nur ein bestimmter Sachverhalt sein; das heisst, der Sachverhalt muss objektiv klar umgrenzt sein. Hingegen sind ihrer Natur nach unbestimmte Sachverhalte ausgeschlossen. Mit umfasst sind allerdings - über den eigentlichen Willen hinaus - die Umstände des Vertragsabschlusses (SCHMIDLIN, a.a.O., N 96 ff. zu Art. 23/24 OR). Die objektive Wesentlichkeit eines solchen Irrtums ist dann gegeben, wenn der Irrtum die im allgemeinen Geschäftsverkehr geltende Grundlage aufhebt und dem Irrenden die Einhaltung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist. Dies ist wiederum dann der Fall, wenn jeder vernünftige Verkehrsteilnehmer in der Lage des Irrenden das Geschäft nicht eingegangen wäre (SCHMIDLIN, a.a.O., N 105 f. zu Art. 23/24 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 37.26). Aus subjektiver Sicht ist erforderlich, dass der massgebende Sachverhalt notwendige Grundlage des Vertragsschlusses war. Dabei wird vorausgesetzt, dass bei Nichtvorhandensein des irrigen Sachverhaltes der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre (SCHMIDLIN, a.a.O., N 162 ff. zu Art. 23/24 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 37.25). Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich sodann, dass ein Grundlagenirrtum nur geltend gemacht werden kann, wenn der Vertragsgegner die Bedeutung des angenommenen Umstandes für den Irrenden erkennen konnte. Dabei muss für das Gegenüber nicht erkennbar sein, dass sich der Irrende in einem Irrtum befunden hat. Vielmehr ist massgebend, dass für ihn die grundlegende Bedeutung der fraglichen Tatsache erkennbar war (SCHMIDLIN, a.a.O., N 180 ff. zu Art. 23/24 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 37.27).

Der Beweis des Irrtums obliegt dem Irrenden. Dieser hat nachzuweisen, dass "seine irrige Vorstellung für den Vertragsabschluss subjektiv notwendig, objektiv erheblich und hinsichtlich der Bedeutung dem Partner erkennbar war" (SCHMIDLIN, a.a.O., N 211 zu Art. 23/24 OR).

2.2.3. Würdigung

Der in Frage stehende Dienstbarkeitsvertrag 2011 wurde von den Parteien am 20. Januar 2011 abgeschlossen. Die Klägerin hält fest, dass der Inhalt schon lange vorher vorgefertigt worden sei (act. 36 Rz. 32.5 S. 96). Dies ändert nichts daran, dass für das Vorliegen eines Irrtums der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend ist (SCHMIDLIN, a.a.O., N 24 zu Art. 23/24 OR).

2.2.3.1. Irrtum über die beinhaltete Fläche

a. Der Dienstbarkeitsvertrag vom 20. Januar 2011 wurde zwischen den Parteien abgeschlossen. Dabei werden in den Vorbemerkungen die Dienstbarkeiten zu Gunsten des Kantons Zürich erwähnt (act. 20/22 Ziff. 0 Abs. 2). Dieser war im Rahmen des ursprünglichen Vergleichs 2003, den die Beklagte mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft als damaliger Grundeigentümerin abgeschlossen hat, ebenfalls Partei (act. 3/8 S. 1).

Der Dienstbarkeitsvertrag 2011 enthält in seinen Vorbemerkungen auch die von den Streitparteien gemeinsam vorgenommene Projektoptimierung mittels Wechsels von einer Dammschüttung zu einem Brückenbauwerk für das Bahntrasse. Im Anschluss an diese Beschreibung der Projektentwicklung wird in den Vorbemerkungen des Vertrages in klaren und unzweideutigen Worten umschrieben, worum es geht (act. 20/22 Ziff. 0, Hervorhebung hinzugefügt): "Die Eisenbahnbrücke beschlägt eine Dienstbarkeitsfläche von 2'097.4 m². Die Differenz zur beanspruchten Fläche der Dammschüttung beträgt 1'977.6 m². Die A. _____ erstattet der B. _____ eine Ausgleichszahlung von Fr. 692'160.00 für die Reduktion der Dienstbarkeitsfläche (Fr. 350.00/m²)."

In den obligatorischen Bestimmungen des Dienstbarkeitsvertrages, welche die massgebliche Verpflichtung der Klägerin enthalten, wird sodann auf die für die

Reduktion der Dienstbarkeitsfläche massgeblichen Pläne, nämlich den Situationsplan / Längsschnitt 1:200 vom 22. Februar 2008, rev. 19. März, rev. 14. April 2008 (act. 20/22 Ziff. 1) sowie auf den Spezialplan amtliche Vermessung vom 3. August 2010 (act. 20/22 Ziff. 3.4) verwiesen. Der im Anhang zum Dienstbarkeitsvertrag befindliche Plan (act. 20/22 S. 8) enthält eine grün eingefärbte zeichnerische Hervorhebung der für den Eisenbahnviadukt beanspruchten Dienstbarkeitsfläche. Die Ausmasse der Fläche sind auf dem zugehörigen Spezialplan amtliche Vermessung 1:750 (act. 20/22 S. 9) mit 2'097.4 m² beziffert, wobei die massgebliche Fläche blau umrandet ist. Dabei sind auf beiden Plänen weder Flächen für Fuss- oder Fahrwege noch solche für die Bike&Ride-Anlage verzeichnet. Angedeutet bzw. eingezeichnet sind lediglich die Fussgängerstege, die als Haltestellenzugang dienen, wobei nur einer davon realisiert wurde. Die ebenfalls Vertragsbestandteil bildende Grundbuchanmeldung enthält zunächst die Löschung des Eisenbahnbau- und Eisenbahnbetriebsrechts mit Unterhaltsregelung sowie die Löschung des Baurechts für die Erstellung einer Wartehalle und zwei Bike&Ride-Anlagen und alsdann die Eintragung eines Baurechts für ein Eisenbahnviadukt (laut Vertrag mit Haltestelle und zwei Wartehallen) mit Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnbetriebsrecht. Nicht gelöscht wird demgegenüber das Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten des Kantons Zürich. Dieses ist aber auch nicht vergessen gegangen, zumal im Dienstbarkeitsvertrag ausdrücklich davon die Rede ist (act. 20/22 Ziff. 0). Mangels Beteiligung des Kantons Zürich am Vertrag wäre eine Löschung gar nicht möglich gewesen.

Bei dieser Ausgangslage konnte die Beklagte in guten Treuen davon ausgehen, dass die Ausgleichszahlung die um 1'977.6 m² reduzierte Dienstbarkeitsfläche für den Eisenbahnviadukt samt Haltestelle und zwei Wartehallen betroffen hat. Solches ergibt sich mit hinreichender Klarheit sowohl aus dem Vertragstext als auch aus dem zugehörigen Spezialplan sowie aus der Grundbuchanmeldung. Das Fuss- und Fahrwegrecht wird hingegen nicht beziffert, besteht aber weiterhin und ist damit offensichtlich nicht von der Flächenberechnung umfasst.

b. Die Klägerin führt aus, dass sie beim Vertragsabschluss davon ausgegangen sei, dass sämtliche vom ursprünglichen Dienstbarkeitsvertrag umfassten Flä-

chen mit dem neuen Vertrag geregelt würden. Für sie sei dies wesentlich gewesen (act. 36 Rz. 50). Sie stützt sich dabei auf den zum Dienstbarkeitsvertrag gehörigen Ausmassplan (act. 20/22 S. 9), den in Frage zu stellen es keinen Anlass gegeben habe, da nach dem durch das BAV genehmigten Plan der Fahrradweg nicht über ihr Grundstück geführt hätte (act. 36 Rz. 54.4). Keinen Irrtum macht sie betreffend der durch den Viadukt beanspruchten Fläche geltend (act. 36 Rz. 44).

In der Darstellung der Klägerin ist allerdings ein Widerspruch zu erkennen. So führt sie aus, es sei ihr wichtig gewesen, dass sämtliche Dienstbarkeitsflächen mit dem Vertrag geregelt werden (act. 1 S. 16). Auf den zugehörigen Plänen ist nur die für den Viadukt beanspruchte Fläche farblich markiert (act. 20/22 S. 8 f.). Demgegenüber sind weder der von der Klägerin monierte Fuss- und Radweg noch die Zugänge zu den Haltestellen oder die Bike&Ride-Anlage auf dem Plan verzeichnet, auch nicht an anderer Stelle. Alleine aufgrund der auf dem Plan enthaltenen Bauten wäre so ein Zugang zur Haltestelle gar nicht möglich. Insbesondere sind die Fussgängerstege zu erwähnen, die als Haltestellenzugang dienen. Diese sind auf dem Spezialplan zwar angedeutet, aber klar nicht von der farbigen Fläche umfasst. Im Situationsplan sind sie enthalten, so aber nur teilweise realisiert worden. Die dazugehörige Grundbuchanmeldung sieht sodann vor, dass die Dienstbarkeit zugunsten der Beklagten für den Bau einer Wartehalle und der Bike&Ride-Anlage, die auch mit dem Vergleich 2003 eingeräumt wurde, gelöscht wird (act. 20/22 S. 10). Aus dem Gesagten erhellt, dass offensichtlich nicht alle benötigten Flächen Gegenstand des Dienstbarkeitsvertrags 2011 waren. Wie die Klägerin unter diesen Umständen verstanden haben will, dass es sich um eine abschliessende Klärung sämtlicher bebauter Flächen handeln soll, ist nicht nachvollziehbar. Mindestens wäre diesfalls zu erwarten gewesen, dass sie aufgrund der Nichtbeanspruchung des Grundstücks durch den Radweg die Löschung des Wegrechts zu Gunsten des Kantons Zürich verlangt hätte.

Hinzu kommt, dass das kantonale Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft (AWEL) mit Verfügung der Baudirektion des Kantons Zürich vom 19. Februar 2008 entschieden hat, dass der Radweg den Gewässerabstand von 5 Metern einzuhalten habe und daher unter den Viadukt zu verschieben sei (act. 37/21 S. 8

Ziff. V). Diese Verfügung wurde der Klägerin gemäss Mitteilungssatz zugestellt (act. 37/21 S. 9), was I._____, CEO der Klägerin, am 28. Februar 2008 bestätigte (act. 37/53 S. 3). Weiter hat das AWEL festgehalten, dass die Bewilligung des Radwegs nicht Teil der eisenbahnrechtlichen Bewilligung sei (act. 37/21 S. 5). Daraus lässt sich schliessen, dass der Klägerin bereits 2008 bekannt sein musste, dass der Radweg gegenüber der projektierten Betonwanne verschoben werden muss. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Betonwanne in den beim BAV am 4. April 2008, also kurz nach der Verfügung des AWEL, eingereichten Plänen weiterhin an derselben Stelle enthalten war (act. 36 Rz. 23; act. 37/16; act. 3/15 und 3/16), zumal dieses gestützt auf die Verfügung des AWEL ohnehin nicht für die Bewilligung zuständig war. Wenn die Klägerin von der Verbindlichkeit der genannten Pläne ausgegangen war, so hätte sie sich aufgrund von deren Widerspruch zur Verfügung des AWEL bei der Beklagten über allfällige Planänderungen informieren müssen. Die Beklagte durfte jedenfalls davon ausgehen, dass die Klägerin diese Kenntnisse hatte.

Ebenso legt die Klägerin nur knapp dar, wieso die Regelung sämtlicher Flächen für sie wesentlich war (act. 36 Rz. 47). Insbesondere erscheint aufgrund der Klarheit des Vertrages fraglich, ob der Einbezug des Radwegs für die Klägerin tatsächlich *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss war, zumal es sich bei der Radwegführung ohnehin um eine provisorische handelt.

Der Beweis, dass sie beim Vertragsabschluss davon ausgegangen ist und für sie wesentlich war, dass eine Vereinbarung über sämtliche Flächen geschlossen wird, gelingt der Klägerin mit den bisher eingereichten Beweismitteln nicht. Sie offeriert als weitere Beweismittel die Befragung verschiedener Personen (act. 1 S. 14 ff.; act. 36 Rz. 40 ff.). Da die weiteren Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung vorliegend nicht erfüllt sind (dazu sogleich), kann die Abnahme der offerierten Beweismittel unterbleiben.

c. Die objektive Wesentlichkeit wird von der Klägerin nicht weiter begründet. Sie geht pauschal davon aus, dass diese vorliegt, weil der Rückzahlungsbetrag von der Fläche abhängig sei (act. 36 Rz. 50). Wie gezeigt, beschränkt sich der Dienstbarkeitsvertrag 2011 ausdrücklich auf die Fläche des Viadukts. Weitere

Flächen wurden nicht geregelt. Der Klägerin als Grundeigentümerin steht bzw. stand offen, mit den weiteren Berechtigten separate Verträge über die Grundstücknutzung abzuschliessen, was sie in Bezug auf den Zugangssteg und die Bike&Ride-Anlage offenbar später auch gemacht hat (act. 20/10 und act. 20/11). Zwar erscheint nachvollziehbar, dass es für den Grundeigentümer komfortabler wäre, sämtliche Dienstbarkeiten mit demselben Vertragspartner und im gleichen Vertrag zu regeln, zwingend ist dies hingegen nicht. Alsdann ist festzustellen, dass der Dienstbarkeitsvertrag weder eine Saldoklausel noch anderweitige Bestimmungen enthält, gemäss welchen die Berechnung blosser Teilflächen der Klägerin langfristig Nachteile finanzieller oder anderer Art beschere würde. Solange die einzelnen Flächen korrekt bezeichnet und berechnet sind, ist davon auszugehen, dass eine durchschnittliche Partei auch einen derartigen Vertrag unterzeichnen würde, der einen klar abgegrenzten Teilbereich regelt. Folglich fehlt es beim behaupteten Irrtum an der objektiven Wesentlichkeit.

d. Hinzu kommt, dass die von der Klägerin geltend gemachte Bedeutung für die Beklagte ohnehin nicht erkennbar war. Massgeblich sind dabei die gesamten Umstände. Der Dienstbarkeitsvertrag wurde am 20. Januar 2011 abgeschlossen. Bereits im 17. September 2010 wurde der Viadukt fertiggestellt. In der Folge fand am 3. November 2010 die Bauabnahme seitens der Beklagten statt, zu welcher die Klägerin ebenfalls eingeladen wurde (act. 19 Rz. 16; act. 20/21; act. 37/37). Am 12. Dezember 2010 nahm die E. _____-bahn sodann den Betrieb auf (act. 19 Rz. 18). Zu diesem Zeitpunkt waren sämtliche Bauarbeiten vollendet; es war somit auf dem klägerischen Grundstück ersichtlich, welche Bauten an welchen Stellen errichtet waren. Mit der Einladung zur Bauabnahme hat die Beklagte der Klägerin dies am 22. Oktober 2010 auch angezeigt (act. 37/37). Aus der klägerischen Fotodokumentation ist sodann ersichtlich, dass der Verlauf des Radwegs spätestens am 14. Juli 2010 in der heutigen Form feststand (act. 36 S. 67 Foto 1). Zwar ist der Klägerin zugute zu halten, dass einzelne Quadratmeter nicht von blossem Auge erkennbar sind, doch geht es nach ihrer eigenen Darstellung gerade um eine Fläche von massgeblicher Grösse. Aufgrund der Pfeiler des Viadukts ist der Verlauf der Grundstücksgrenze auf dem Plan und in natura leicht vergleich- und erkennbar. Insbesondere ergibt sich aus dem von der Klägerin als bekannt aner-

kannten Plan Nr. 2, der sich auch im Anhang des Dienstbarkeitsvertrages befindet, dass sich die zweite Pfeilerreihe, hinter welcher der Weg geführt wird, auf dem klägerischen Grundstück befindet (act. 3/16, act. 20/22 S. 8). Entsprechend war auch ohne Weiteres erkennbar, dass der Weg ebenfalls auf dem Grundstück liegen muss.

Die Klägerin macht auch nicht geltend, sich bei der Beklagten darüber erkundigt zu haben, welche Teilflächen von der neuen Dienstbarkeit umfasst sind oder nach welchen Plänen der Fuss- und Radweg erstellt worden ist. Zwischen den Plänen, der Bewilligungslage und dem Verständnis der Klägerin über den Umfang des Dienstbarkeitsvertrages 2011 bestanden offensichtliche Differenzen. Die Zugänge zur Haltestelle sowie der Fuss- und Radweg waren nicht eingezeichnet (vorne E. 2.2.3.1.a). Ausserdem widersprach der im Plan enthaltene Weg der Bewilligung, die der Klägerin bekannt war (vorne E. 2.2.3.1.b). In dieser Situation ist es Sache der Beteiligten, die Gegenpartei auf Unklarheiten anzusprechen und die wesentlichen Punkte zu klären. Kümmert sich eine Partei beim Vertragsabschluss nicht um offensichtlich sich stellende Fragen, kann die Gegenpartei davon ausgehen, dass diese Punkte für den Vertragspartner nicht wesentlich sind (BGE 129 III 363 = Pra. 93 (2004) Nr. 10, E. 5.3).

Der Vertrag war, wie ausgeführt, klar abgefasst und hatte die Dienstbarkeit für den Viadukt zum Inhalt. Die Dienstbarkeit für den Radweg wurde erwähnt, aber nicht gelöscht, während die Dienstbarkeiten für die Bike&Ride-Anlage und die Haltestellenzugänge gelöscht wurden (act. 20/20). Ausserdem war der Kanton Zürich als Dienstbarkeitsberechtigter nicht Partei des Vertrages. Zusammen mit der eindeutigen baulichen Situation auf dem Grundstück konnte die Beklagte nicht erkennen, dass es für die Klägerin wesentlich gewesen sein soll, dass sämtliche Flächen mit dem Dienstbarkeitsvertrag 2011 geregelt werden.

e. Der Klägerin gelingt der Beweis folglich nicht, dass es sich beim behaupteten Irrtum über den Verlauf des Radwegs um einen wesentlichen Irrtum im Sinne von Art. 24 OR handelt.

2.2.3.2. Irrtum über die Geländegestaltung unter dem Viadukt

a. Die Klägerin stellt sich in der Replik ausserdem auf den Standpunkt, sie sei bezüglich der Gestaltung des Geländes unter dem Viadukt in einem Irrtum gewesen (act. 36 Rz. 54.4). Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass die Geländegestaltung bereits im Herbst 2010 abgeschlossen war, was der Klägerin angezeigt worden ist. Daran ändert nichts, dass die Klägerin von anderen Plänen ausgegangen sein will, die ihrer Meinung nach verbindlich waren, weil sie diese genehmigt habe (act. 36 Rz. 10.6). Das Plangenehmigungsverfahren nach Art. 18 ff. EBG sieht keine Genehmigung durch den Grundeigentümer vor. Die Pläne sind durch das BAV zu genehmigen (Art. 18 Abs. 1 lit. a EBG), was vorliegend der Fall war. Entsprechend waren die von der Beklagten verwendeten Pläne verbindlich, unabhängig von deren Kenntnis durch die Klägerin. Ohnehin würde eine Abweichung allenfalls bei der Abnahme der Baute eine Rolle spielen, nicht aber in Bezug auf den Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages. Immerhin geht es im Vertrag einzig um die Fläche, die durch den Viadukt belegt und die als Dienstbarkeitsfläche benötigt wird. Die Geländegestaltung unter dem Viadukt hat darauf keinen Einfluss. Selbst wenn von der subjektiven Wesentlichkeit des Irrtums ausgegangen würde, kann der Klägerin der Beweis des Willensmangels nicht gelingen, weshalb auf die Abnahme der weiteren angebotenen Beweismittel zu verzichten ist.

b. Insbesondere gelingt es der Klägerin nicht, darzulegen, weshalb die Geländegestaltung als objektiv wesentlicher Vertragspunkt anzusehen sei. Der Vertrag regelt die benötigte Dienstbarkeitsfläche und die von der Klägerin zu bezahlende Kostenbeteiligung am Viadukt. Die Fläche ändert sich durch die Geländegestaltung nicht, sodass ein durchschnittlicher Vertragspartner diese nicht als wesentlich ansehen dürfte. Auch die Entschädigung wird von der Gestaltung nicht direkt beeinflusst. Aus dem Vertrag geht hervor, dass man sich auf diese aufgrund der Mehrkosten der Beklagten und der Vorteile der Klägerin geeinigt hat (act. 20/22). Inwiefern sich all die genannten Aspekte durch die andere Gestaltung ändern sollen, legt die Klägerin nicht schlüssig dar. Dass dies in objektiver Hinsicht eine wesentliche Vertragsgrundlage darstellt, kann sie damit ebenfalls nicht beweisen.

c. Schliesslich fehlt es ohnehin erneut an der Erkennbarkeit der klägerischerseits behaupteten Bedeutung des Umstandes für die Gegenpartei. Das Bauwerk war bereits längere Zeit fertig gestellt und in Betrieb. Die Gestaltung hatte keinen Einfluss auf die benötigte Fläche und die Klägerin plante damals - wie anscheinend auch heute (act. 40 Rz. 2) -, das Grundstück grossflächig zu überbauen, wobei im Bereich unter dem Viadukt eine Tiefgarage und Lagerflächen vorgesehen waren (act. 20/27/a Grundrisse, 2.UG; act. 37/50). Entsprechend müsste das Gelände früher oder später ohnehin ausgehoben werden. Dass die Geländegestaltung unter diesen Umständen entscheidend für die Unterzeichnung des Dienstbarkeitsvertrages gewesen sein soll, war für die Beklagte ebenfalls nicht erkennbar.

d. Entsprechend ist auch ein allfälliger Irrtum über die Geländegestaltung unter dem Viadukt kein rechtlich relevanter Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 OR.

2.2.3.3. Irrtum über die Mehrkosten der Beklagten

a. Weiter macht die Klägerin geltend, sie sei beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages 2011 dahingehend in einem Irrtum gewesen, als dass ihr die tatsächlichen Mehrkosten der Beklagten beim Bau des Viadukts nicht bekannt gewesen seien. Anders als angenommen hätten die Mehrkosten nicht CHF 3.8 Mio. betragen; dadurch, dass die geplante Betonwanne für den Fuss- und Radweg nicht gebaut worden sei, habe die Beklagte rund CHF 181'000.- eingespart, was hätte berücksichtigt werden müssen (act. 36 Rz. 34).

b. Die im Dienstbarkeitsvertrag genannten Mehrkosten, die durch den Bau des Viadukts entstanden sind, basieren auf einer Schätzung der Beklagten, die Gegenstand einer Besprechung mit der Klägerin vom 28. Februar 2008 waren (act. 37/52 und 53). Die Beklagte hat dabei die Kosten für den Damm mit CHF 1.09 Mio. und diejenigen für den Viadukt mit CHF 4.96 Mio. veranschlagt. Daraus ergaben sich Mehrkosten von CHF 3.87 Mio. (act. 37/52 S. 7). Eine andere, ebenfalls provisorische, Berechnung vom 5. März 2008 ergibt Mehrkosten von CHF 3'653'000.- (act. 20/8). Dass darin auch Kosten für eine Betonwanne entlang der H._____ enthalten sein sollen, ergibt sich weder aus der Berechnung

und den Plänen noch aus dem Protokoll der Besprechung (act. 37/52 S. 3; act. 37/53; act. 20/8). Die Betonwanne wurde bereits mit Verfügung der Baudirektion des Kantons Zürich/AWEL vom 19. Februar 2008 nicht bewilligt, was der Klägerin bekannt war (act. 37/21), was ebenfalls dafür spricht, dass sie in der Kostenrechnung nicht enthalten war. Auch kann nicht von einer Einsparung gegenüber dem ursprünglichen Projekt gesprochen werden, zumal zum damaligen Zeitpunkt geplant war, die Wege über den Bahndamm zu führen (act. 3/10); von einer Betonwanne war nicht die Rede. Der Klägerin gelingt es entsprechend nicht, substantiiert darzulegen, dass die Beklagte durch den Verzicht auf die Betonwanne eine in der Mehrkostenberechnung nicht berücksichtigte Einsparung machen konnte. Folglich kann sie auch nicht beweisen, dass sie beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages 2011 diesbezüglich einem Irrtum erlegen ist.

Die Klägerin beantragt die Edition der Baukostenabrechnung (act. 36 Rz. 10.2). Die Edition von Beweismitteln ist dann zu genehmigen, wenn die Partei darlegt, was sie damit beweisen will. Hingegen dient das Beweisverfahren nicht dazu, die erforderlichen Beweise erst zusammenzusuchen (BRÖNNIMANN, a.a.O., N 33 zu Art. 152 ZPO). Die Klägerin legt nicht substantiiert dar, inwiefern die Baukosten von den im Sitzungsprotokoll veranschlagten Kosten abweichen sollen. Einziges Argument ist die erwähnte Betonwanne, die, soweit ersichtlich, nie in eine Rechnung aufgenommen worden ist.

c. Ohnehin stellt die Klägerin nicht nachvollziehbar dar, warum sie bei leicht geringeren Mehrkosten - sie macht selbst Einsparungen im Umfang von CHF 181'000.- geltend - zu einer geringeren Kostenbeteiligung am Bauwerk bereit gewesen wäre. Die Parteien haben sich auf einen Betrag von CHF 800'000.- geeinigt. Dabei wurden sowohl Kosten als auch Vorteile beider Seiten in die Beurteilung mit einbezogen (act. 37/52 S. 6), auch wenn die Klägerin einzelne Vorteile bestreitet. Eine eigentliche Berechnung oder ein Zusammenhang mit einem bestimmten Wert (wie etwa ein Anteil an den Gesamtkosten) wird nicht festgehalten (act. 20/22 Ziff. 2). Der pauschale Hinweis der Klägerin auf die Gesamtkosten kann hierfür nicht genügen.

d. Hinzu kommt, dass der Dienstbarkeitsvertrag 2011 in diesem Punkt Elemente eines Vergleichsvertrags beinhaltet. Die Parteien haben sich auf eine Summe geeinigt, die nicht streng rechnerisch dargestellt wird, sondern auf Verhandlungen basiert. Dabei bleibt es, auch wenn die Klägerin behauptet, der Betrag basiere auf objektiven Argumenten zur Kostensituation (act. 36 Rz. 46 S. 103). Wie die Parteien zu einem Vergleich kommen, ist nicht entscheidend, massgebend ist einzig dessen Inhalt. Der Irrtum über die Höhe der Ausgleichszahlung kann daher ohnehin kein wesentlicher sei, da es sich um diejenige Frage handelt, über die sich die Parteien geeinigt haben.

e. Anzufügen ist ausserdem, dass auch in Bezug auf die Kosten nicht von der Erkennbarkeit ausgegangen werden kann. Die Beklagte hat eine Kostenschätzung vorgelegt (act. 37/52), auf deren Grundlage verhandelt worden ist. Dabei war für die Klägerin deutlich ersichtlich, dass es sich um eine Schätzung handelt, nicht zuletzt, weil die fragliche Besprechung im Februar 2008, vor Baubeginn, stattgefunden hat. Die Parteien haben in der Folge am 28. September 2009 eine erste Fassung des Dienstbarkeitsvertrages unterzeichnet. Bereits darin war die Entschädigung von CHF 800'000.– vorgesehen (act. 20/16 Ziff. 2.2). Zu diesem Zeitpunkt konnte die definitive Abrechnung noch nicht vorliegen, da sich der Viadukt noch im Bau befunden hat. Dass die Klägerin die Beteiligung später neu verhandeln wollte, wird nicht geltend gemacht. Ebenso wird nicht substantiiert behauptet, dass bereits früher eine genauere Berechnung verlangt worden wäre. Die Ausgleichszahlung basiert einerseits auf den Mehrkosten der Beklagten und andererseits auf den Vorteilen, die der Viadukt der Klägerin bringt. Diese Vorteile sind ebenfalls nicht genau bezifferbar, solange kein Projekt erstellt worden ist, so dass die Beklagte ohne Weiteres davon ausgehen durfte, dass die definitive Kostenrechnung für die Klägerin nicht wesentlich war. Es fehlt folglich auch in dieser Hinsicht an der Erkennbarkeit.

f. Der Klägerin gelingt es auch nicht darzulegen, dass sie beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages in Bezug auf die Mehrkosten der Beklagten einem Irrtum erlegen sei. Entsprechend kann sie den Dienstbarkeitsvertrag 2011 auch aus diesem Grund nicht anfechten.

2.3. Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung durch die Beklagte

2.3.1. Parteistandpunkte

2.3.1.1. Klägerin

Die Klägerin macht geltend, sie sei beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages 2011 durch die Beklagte getäuscht worden. Sie wirft der Beklagten zusammengefasst vor, sie habe beim Bauprojekt auf der Kataster-Nr. 1 ohne klägerische Zustimmung eine im Plan "Viadukt G. _____ Geländegestaltung" vom 17. Juli 2009 (F10'027-5.3187B; act. 3/20) abgebildete, wesentliche Projektänderung vorgenommen und durch Verwendung des alten Planes (F10'027-4.3101A; act. 3/16) im Zuge der Verhandlungen, welche zum Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages 2011 geführt hätten, eine falsche Tatsache vorgespiegelt, nämlich, dass der vorgelegte Projektplan auch der Ausführungsplan sei und keine für sie nachteiligen Projektänderungen vorlägen. Wenn die Klägerin um die Projektänderungen (Verzicht auf die Wiederauffüllung des Terrains unterhalb des Eisenbahnviadukts) gewusst hätte, hätte sie den Dienstbarkeitsvertrag nicht unterzeichnet (act. 1 S. 18 ff.).

Sie bringt weiter vor, die Beklagte habe Pläne verwendet, welche die Klägerin nicht genehmigt habe. Die Klägerin habe auch nicht gewusst, was gebaut worden sei und welche Flächen die Beklagte genutzt habe. Der Dienstbarkeitsvertrag 2011 sei auf der Basis von Plänen erstellt worden, die damals nicht den aktuellen Stand widerspiegeln hätten. Die Beklagte habe sich in der Zwischenzeit eine andere Radwegführung bewilligen lassen, weshalb das Ausmass nicht mehr gestimmt habe. Entweder sei der Geometer versehentlich oder aber absichtlich falsch instruiert worden; er habe ein falsches Ausmass genommen. Weiter sei offensichtlich, dass die Klägerin der beklagten Forderung eine eigene Forderung entgegengestellt hätte, wenn ihr diese bekannt gewesen wäre (act. 36 Rz. 53 ff.).

In der Noveneingabe vom 16. Oktober 2015 hält die Klägerin weiterhin daran fest, dass sie von der Beklagten bezüglich des Verlaufs des Radwegs ge-

täuscht worden sein. Dieser sei gemäss Auskunft der Stadt F. _____ ohne Bewilligung erstellt worden. Eine solche sei aber erforderlich gewesen. Es sei sodann klar, dass die Klägerin einer illegalen Baute nicht zugestimmt hätte (act. 50 Rz. 6 ff.).

2.3.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet, die Klägerin beim Vertragsschluss getäuscht zu haben. Bei der Unterzeichnung des Vertrages seien die Bauten und Anlagen seit drei Monaten fertig erstellt und seit über einem Monat in Betrieb gewesen. Die Klägerin habe daher gewusst, was gebaut worden sei. Aus dem Plan seien Lage und Ausmass der Dienstbarkeitsfläche ersichtlich, wie dies Art. 732 Abs. 2 ZGB seit dem 1. Januar 2012 verlange. Der Plan solle hingegen nicht zeigen, wie das Terrain unter dem Viadukt gestaltet werde. Bei den von der Klägerin unterzeichneten Plänen habe es sich um Vorprojektpläne gehandelt, naturgemäss sei der Detaillierungsgrad gestiegen, dabei handle es sich jedoch nicht um eine Projektänderung. Die Beklagte habe sich 2003 verpflichtet, die Anlage so zu bauen, dass sie unter- oder überbaut werden könne, dies habe aber nicht zur Folge, dass die Grundeigentümerin sämtliche Pläne genehmigen müsse. Die Mitwirkungsrechte der Klägerin im Plangenehmigungsverfahren seien durch die Zustimmung zur Projektänderung ausgeschöpft gewesen. Trotzdem habe die Beklagte der Klägerin die Planunterlagen weiterhin zur Orientierung zugestellt (act. 19 Rz. 78 ff.). Eine Täuschung erscheine nur schon deshalb abwegig, weil das Bauwerk bei Vertragsunterzeichnung bereits erstellt gewesen sei. Ausserdem zeige der Plan die Brücke im Längsschnitt, nicht in einem Querschnitt; die Terraingestaltung gehe daraus nicht hervor. Gestützt auf die Dienstbarkeit habe die Beklagte sodann das Recht, die Brücke und das Terrain nach ihren Bedürfnissen auszugestalten. Dabei habe sie auf den Eigentümer Rücksicht zu nehmen, was sie vorliegend auch getan habe (act. 19 Rz. 89 ff.).

Weiter führt die Beklagte aus, die Bauarbeiten seien im Sommer 2010 abgeschlossen und das Grundstück im Herbst 2010 in den vertragsgemässen Zustand versetzt gewesen. Die Abnahme habe am 3. November 2010 stattgefunden und die Klägerin habe am 2. März 2011 das Abnahmeprotokoll unterzeichnet. Damit

habe die Klägerin der Gestaltung ohnehin zugestimmt (act. 19 Rz. 89 ff.). Ausserdem fehle es an der Kausalität eines allfälligen Irrtums, weil die Klägerin zur Erstellung der Tiefgarage das Terrain auf eigene Kosten erneut ausheben müsste, weshalb nicht denkbar sei, dass sie alleine aus diesem Grund den Dienstbarkeitsvertrag 2011 nicht unterzeichnet hätte (act. 19 Rz. 92 ff.).

2.3.2. Rechtliches

Bei einem Irrtum, der durch eine absichtliche Täuschung hervorgerufen worden ist, wird keine Wesentlichkeit verlangt; es genügt die kausale Wirkung auf den Willen zum Vertragsabschluss (SCHMIDLIN, a.a.O., N 9 zu Art. 28 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 38.01). Die Täuschung muss eine irrige Vorstellung über einen Sachverhalt hervorrufen, und kann aus der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder der Unterdrückung wahrer Tatsachen bestehen, wobei ein konkludentes Verhalten genügt. Das Verschweigen einer Tatsache kann dabei nur dann als Täuschung im Rechtssinne gelten, wenn seitens des Täuschenden eine Aufklärungspflicht bestehen würde (SCHMIDLIN, a.a.O., N 12 ff. zu Art. 28 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 38.03 ff.). Die Täuschung muss eine bestehende oder in Aussicht gestellte Tatsache betreffen. Darunter sind auch zukünftige Sachverhalte zu subsumieren, soweit sie als vorweggenommenes Faktum dargestellt werden (SCHMIDLIN, a.a.O., N 58 ff. zu Art. 28 OR). Die Täuschung muss absichtlich erfolgen. Absicht ist gegeben, wenn der Täuschende die Unrichtigkeit der vorgegebenen Tatsachen kannte und den Willen hatte, beim Vertragspartner einen Irrtum hervorzurufen und ihn so zum Vertragsschluss zu bewegen. Eventualvorsatz genügt (SCHMIDLIN, a.a.O., N 69 ff. zu Art. 28 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 38.07 f.). Schliesslich wird verlangt, dass die Täuschung erfolgreich ist, also dass sie kausal ist für den Vertragsabschluss (SCHMIDLIN, a.a.O., N 74 zu Art. 28 OR; SCHWENZER, a.a.O., N 38.10).

Eine Täuschung kann auch durch das Verschweigen von Tatsachen erfolgen. Dies ist der Fall, wenn der Täuschende den Getäuschten in einem Irrtum belässt, obwohl er weiss, dass dieser bei Kenntnis der wahren Sachlage den Vertrag nicht schliessen würde. Das Unterdrücken einer Tatsache ist jedoch nur als Täuschung anzusehen, wenn den Täuschenden eine Aufklärungspflicht trifft. Eine

solche kann sich aus gesetzlicher Vorschrift oder Vertrag ergeben. Ausserdem wird eine Aufklärungspflicht angenommen, wenn diese nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten ist. Massgebend sind die Umstände im Einzelfall (SCHMIDLIN, a.a.O., N 29 f. zu Art. 28 OR, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Die Beweislast trägt die getäuschte Partei. Sie hat zu beweisen, dass sie von der Gegenseite absichtlich getäuscht worden ist und insbesondere, dass zwischen Täuschung und Vertragsabschluss ein Kausalzusammenhang besteht. Auch hat sie darzulegen und zu beweisen, dass überhaupt ein anderer Sachverhalt, als der beim Vertragsabschluss angenommene, vorliegt (SCHMIDLIN, a.a.O., N 162 zu Art. 28 OR).

2.3.3. Würdigung

a. Die Täuschungshandlung sieht die Klägerin in der Verwendung nicht mehr aktueller Pläne im Rahmen des Vertragsabschlusses. Darin sei der Radweg in einer Betonwanne vorgesehen gewesen. Ausserdem sei vorgesehen gewesen, dass das Gelände unter dem Viadukt wieder aufgefüllt werde. Mit der Verwendung dieser Pläne habe die Beklagte suggeriert, dass die Bauwerke denselben entsprechen würden, wovon die Klägerin auch ausgegangen sei (act. 36 Rz. 53 ff.).

Eine Täuschungshandlung durch die Beklagte ist darin jedoch nicht zu erblicken. Die Pläne dienten dazu, die Fläche zu bestimmen, die der Viadukt benötigte, zumal der zentrale Punkt der Vereinbarung die Festlegung der Dienstbarkeitsfläche war. Der verwendete Plan stellt denn auch dies in den Vordergrund. So ist der Plan als "Situation 1:200, Längsschnitt 1:200" bezeichnet (act. 20/22 S. 8; act. 3/16). Daraus ist in erster Linie die Ansicht des Viadukts von oben ersichtlich. Daneben ergibt sich die Lage der einzelnen Pfeiler. Nur angedeutet sind hingegen die Geländegestaltung und der Radweg bzw. die Betonwanne. Dass diese Punkte in anderen Plänen detaillierter festgelegt werden mussten, erscheint nachvollziehbar. Ebenso erscheint aber sinnvoll, diesen Plan für die Vereinbarung der Dienstbarkeitsfläche zu verwenden, zumal die für den Viadukt benötigte Fläche -

selbst nach der Darstellung der Klägerin - nicht mehr geändert hat. Eine Täuschungshandlung ist aufgrund der Sachverhaltsdarstellung der Klägerin nicht ersichtlich.

Die von der Klägerin vorgebrachten Einwände vermögen daran nichts zu ändern. Die Klägerin bezieht sich einzig auf die Pläne, welche ihr nicht bekannt gewesen sein sollen (act. 36 Rz. 54.4). Daraus kann die Klägerin jedoch nichts zu ihren Gunsten herleiten. Im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung waren der Viadukt und der Radweg fertiggestellt. Diese für jedermann klar ersichtlichen Grundlagen befanden sich auf dem Grundstück der Klägerin. Wenn die Klägerin diese nicht wahrgenommen haben will, kann dies der Beklagten nicht vorgeworfen werden, zumal die Klägerin nicht geltend macht, sie sei an der Besichtigung gehindert worden. Inwiefern die Beklagte sodann eine Pflicht getroffen hätte, die Klägerin über die bauliche Situation auf deren Grundstück aufzuklären, wird weder dargelegt, noch ist eine entsprechende Grundlage ersichtlich. Eine Täuschung ist unter diesen Umständen nicht denkbar. Eine Einvernahme der offerierten Zeugen und Parteien (act. 36 Rz. 53 ff.) kann folglich unterbleiben. Auch das Editionsbegehren bezüglich der Instruktion des Geometers (act. 36 Rz. 54.3) ist abzuweisen, zumal die Klägerin das Ausmass des Viadukts nicht bestreitet.

Auch der Amtsbericht der Stadt F._____ lässt keine andere Auslegung zu. Der Klägerin ist insofern zuzustimmen, dass sich aus dem Amtsbericht ergibt, dass die (wohl) zuständige Stadt F._____ keine Bewilligung für den Fuss- und Radweg erteilt hat (act. 51/3 Ziff. 3). Die Stadt F._____ führt aber auch aus, dass aus ihrer Sicht keine Bewilligung erforderlich gewesen sei (act. 51/3 Ziff. 3), dass das Projekt Fuss- und Radweg mit den Beteiligten, insbesondere der Klägerin, weiter bearbeitet worden sei (act. 51/3 Ziff. 2a), dass die Wege und Zugänglichkeiten mit der Klägerin abgesprochen worden seien (act. 51/3 Ziff. 5) und dass es sich um eine provisorische Linienführung handle (act. 51/3 S. 1). Diese Punkte sprechen für eine Beteiligung oder zumindest Kenntnis der Klägerin im Rahmen der Planung. Unabhängig davon ist jedoch festzuhalten, dass Pläne und Bewilligungen bei der Frage nach der Täuschung eine untergeordnete Rolle spielen. Für die Klägerin war im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ohne weiteres erkennbar,

welche Linienführung der Fuss- und Radweg aufweist. Eine Täuschung ist unter diesen Umständen nicht denkbar.

b. Hinzu kommt, dass es der Klägerin ohnehin nicht gelingen kann, eine Täuschungsabsicht der Beklagten zu beweisen. Wie ausgeführt, waren sowohl der Viadukt als auch der Radweg im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits seit mehreren Monaten fertiggestellt. Die Beklagte zeigte dies der Klägerin auch an (act. 37/36). Die Bauten stehen auf dem Grundstück der Klägerin. Die Beklagte durfte und musste davon ausgehen, dass diese die bauliche Situation kannte. Inwiefern sie unter diesen Umständen auch nur gedacht haben könnte, dass sie die Klägerin täuschen könnte, wird nicht substantiiert dargelegt.

c. Eine Täuschung über die Kostensituation seitens der Beklagten ist ebenfalls nicht ersichtlich. Die Klägerin macht lediglich pauschal Einsparungen durch den Verzicht auf die Betonwanne geltend (act. 36 Rz. 54.5). Wie erwähnt (vorne E. 2.2.3.3.b), wurde die Betonwanne - soweit ersichtlich - bei der Mehrkostenberechnung gar nicht berücksichtigt. Auch hierzu bringt die Klägerin nicht vor, inwiefern die Beklagte ihr weitere Informationen hätte offenlegen müssen, sodass nicht von einer Täuschung ausgegangen werden kann.

d. Der Klägerin gelingt es nicht, eine Täuschungshandlung oder eine Täuschungsabsicht durch die Beklagte zu belegen. Unter diesen Umständen kann auch offen gelassen werden, ob der Kausalzusammenhang zwischen der behaupteten Täuschung und dem Vertragsschluss tatsächlich gegeben wäre. Der Beweis einer rechtserheblichen Täuschung im Sinne von Art. 28 OR gelingt der Klägerin nicht. Entsprechend kann sie den abgeschlossenen Dienstbarkeitsvertrag nicht anfechten.

2.4. Rechtzeitige Geltendmachung

2.4.1. Parteistandpunkte

a. Die Klägerin macht geltend, sie habe den Irrtum im Mai 2012 erkannt, als ihr durch J._____ von der Stadt F._____ der abgeänderte Projektplan zugestellt worden sei. Damals habe sie realisiert, dass die Beklagte das Projekt nicht entspre-

chend den genehmigten Plänen ausgeführt habe (act. 1 S. 23 f.). Sie habe erst dann erfahren, dass die Stadt F._____ von einer verbindlichen und bewilligten Planung ausgehe und es sich nicht um ein Provisorium handle. Das tatsächlich Ausgeführte sei für sie nur im Zusammenhang mit der Planung relevant gewesen (act. 36 Rz. 49).

b. Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin das Anfechtungsrecht rechtzeitig geltend gemacht haben soll. Der behauptete Irrtum sei der Klägerin spätestens am 2. März 2011, bei der Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls, bekannt gewesen. Die Jahresfrist sei daher mit der Vertragsanfechtung am 18. Juni 2012 nicht eingehalten worden (act. 19 Rz. 71 f.).

2.4.2. Rechtliches

Ein Vertrag ist für die irrende bzw. getäuschte Partei unverbindlich, wenn diese den Willensmangel innerhalb eines Jahres geltend macht (Art. 31 Abs. 1 OR). Die Frist beginnt dabei mit der Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung zu laufen (Art. 31 Abs. 2 OR). Verlangt wird, dass der Irrende sichere Kenntnis vom Irrtum hat, blosse Vermutungen genügen nicht (SCHMIDLIN, a.a.O., N 125 zu Art. 31 OR, m.w.H.; BGE 98 II 15 E. 3). Der Beweis der rechtzeitigen Geltendmachung des Willensmangels obliegt derjenigen Partei, die den Irrtum geltend macht.

2.4.3. Würdigung

Den Ausführungen der Klägerin zur sicheren Kenntnisnahme des Irrtums ist nicht zu folgen. Zunächst macht sie geltend, sie sei davon ausgegangen, dass eine definitive Ausgleichszahlung vereinbart werde (vorne E. 2.2.1.1). Ist sie vor der besagten E-Mail von einer provisorischen Situation ausgegangen, widerspricht dies ihrer eigenen Darstellung. Ohnehin ist bezüglich der geltend gemachten Irrtümer davon auszugehen, dass die Klägerin diese allesamt erkennen musste und auch erkannt hat, sobald sie von der Situation auf ihrem Grundstück Kenntnis erlangt hat. Diesbezüglich bringt die Klägerin einzig vor, dass sie bei der Unter-

zeichnung des Abnahmeprotokolls am 2. März 2011 keine Besichtigung des Grundstückes vorgenommen habe (act. 36 Rz. 49).

Weiter ist auf den Abschluss der Dienstbarkeitsverträge mit der Stadt F._____ am 3. Februar 2012 hinzuweisen, mit denen der Zugang zu den Haltestellen und die Erstellung der Bike&Ride-Anlage geregelt wurden (act. 20/10 und 11). Spätestens zu diesem Zeitpunkt war der Klägerin bekannt, dass nicht sämtliche beanspruchten Flächen vom Dienstbarkeitsvertrag 2011 erfasst sein können.

Aufgrund der eingereichten Akten und der klägerischen Argumentation ist davon auszugehen, dass die behaupteten Willensmängel mit der Kenntnisnahme der tatsächlichen Situation bekannt wurden. Wann sie erstmals davon Kenntnis erlangt haben will, führt die Klägerin nicht aus. Allerdings erscheint wenig glaubhaft, dass sie das Grundstück während mehr als einem Jahr nicht besichtigt haben will.

Angesichts der ungenügenden Behauptungen ist die Anfechtungserklärung als verspätet anzusehen. Da ohnehin kein rechtlich relevanter Irrtum und keine Täuschung vorliegt (vorne E. 2.2.3 und 2.3.3), kann auf die zur Frage der Kenntnisnahme offerierte Parteibefragung (act. 1 S. 24) verzichtet werden.

2.4.4. Fazit

Aus dem Gesagten erhellt, dass die Klägerin die Kenntnisnahme des behaupteten Irrtums nur ungenügend darlegt. Demzufolge ist von einer verspäteten Anfechtung auszugehen.

2.5. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages vom 20. Januar 2011 weder einem rechtlich relevanten Irrtum erlegen noch durch die Beklagte getäuscht worden ist. Die Irrtumsanfechtung scheitert spätestens bei der Erkennbarkeit desselben, während bei der absichtlichen Täuschung der Nachweis der Täuschung wie auch der Täuschungsabsicht fehlt. Entscheidend ist bei beiden Sachverhalten, dass die bauliche Aus-

gestaltung beim Vertragsabschluss beendet war und die Beklagte davon ausgehen durfte und musste, dass die Klägerin die Situation auf ihrem Grundstück kannte. Hinzu kommt, dass die Irrtumsanfechtung der Klägerin verspätet erfolgt ist. Entsprechend ist der Dienstbarkeitsvertrag vom 20. Januar 2011 gültig.

Die von der Beklagten in Betreuung gesetzte Forderung stützt sich auf den Dienstbarkeitsvertrag 2011. Deren Höhe und Fälligkeit wird von der Klägerin nicht bestritten (act. 36 Rz. 29). Unter Vorbehalt der sogleich zu behandelnden Verrechnungsforderungen ist der Bestand und die Fälligkeit der Hauptforderung daher zu bejahen.

3. Verrechnungsforderungen

Die Klägerin macht verschiedene Gegenforderungen im Gesamtbetrag von CHF 2'444'510.– geltend (act. 36 S. 4). Sie erklärte dabei bereits in der Stellungnahme vom 20. Juni 2012 im Rechtsöffnungsverfahren gegenüber der Beklagten die Verrechnung (act. 1 S. 31, 35, 38 und 40) und erhebt in diesem Prozess die Einrede der Verrechnung. Da die Hauptforderung besteht, sind die geltend gemachten Verrechnungsforderungen näher zu prüfen.

3.1. Voraussetzungen der Verrechnung

Mit der Verrechnung befassen sich die Art. 120 ff. OR. Neben einer Erklärung des Verrechnenden wird verlangt, dass die Hauptforderung existent, erfüllbar und liquide ist und dass die Verrechnungsforderung existent und durchsetzbar ist. Ausserdem müssen die beiden Forderungen gleichartig und gegenseitig sein (CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Verrechnung, Art. 120-126 OR, Bern 2012, N 4 zu Art. 120 OR).

In Anwendung der allgemeinen Beweisregeln hat der Gläubiger das Vorliegen einer Forderung zu beweisen. Entsprechend obliegt die Beweislast für den Bestand der Verrechnungsforderungen der Klägerin.

3.2. Zuständigkeit

3.2.1. Zuständigkeit für öffentlich-rechtliche Verrechnungsforderungen

Die Streitigkeit zwischen den Parteien spielt sich in einem Bereich ab, der im Schnittbereich des öffentlichen Rechts und des Privatrechts liegt. Die Forderung der Beklagten stützt sich auf einen privatrechtlichen Vergleich, der im Nachgang eines Plangenehmigungsverfahrens, bei welchem der Beklagten das Enteignungsrecht zugestanden hätte, abgeschlossen wurde (vgl. vorne E. 1.2.2). Bei verschiedenen Verrechnungsforderungen der Klägerin macht die Beklagte - und teilweise auch die Klägerin - geltend, dass für die Beurteilung der Forderung eine Verwaltungsbehörde zuständig wäre (act. 1 S. 26; act. 19 Rz. 157; act. 3/61).

Solange sowohl die privatrechtliche als auch die öffentlich-rechtliche Forderung eine Geldforderung ist, bleibt die Verrechnung zulässig. Die Gleichartigkeit der Forderungen wird mit dem unterschiedlichen Rechtsgebiet nicht aufgehoben (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 236 f. zu Art. 120 OR). Allerdings sind die Verwaltungsbehörden für die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Forderungen zuständig, während sich die Zivilgerichte mit privatrechtlichen befassen. Dies ist unproblematisch, sofern über die eine Forderung bereits entschieden worden ist (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 250 vor Art. 120-126 OR). Weiter wird allgemein anerkannt, dass Zivilgerichte vorfrageweise auch über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten urteilen können. Dabei bildet die Vorfrage eine Urteilsabwägung, die nicht in Rechtskraft erwächst (BGE 137 III 8 E. 3.3.1). Diese Rechtsprechung kann jedoch nicht auf die Verrechnung übertragen werden, da hier in Bezug auf die zur Verrechnung gebrachte Forderung auch die entsprechende Urteilsabwägung in Rechtskraft erwächst (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 253 vor Art. 120-126 OR; VIKTOR AEPLI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 1h, Art. 114-126 OR, Zürich 1991, N 141 ff. vor Art. 120-126 OR). Die rechtskräftige Beurteilung öffentlich-rechtlicher Forderungen durch ein Zivilgericht ist jedoch nicht zulässig (vgl. auch BGE 126 V 314 E. 3.a.bb). Insbesondere würde dadurch das spezielle Fachwissen der entsprechenden Behörden ignoriert. Eine Kompetenzattraktion gestützt auf die Verrechnungserklärung ist daher abzulehnen (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 258 vor Art. 120-126 OR).

Die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Forderungen durch das hiesige Handelsgericht ist folglich ausgeschlossen.

3.2.2. Folgen der Unzuständigkeit

a. Als Folge der Unzuständigkeit des Handelsgerichts kann die Verrechnungseinrede - soweit sie öffentlich-rechtliche Forderungen betrifft - im vorliegenden Prozess nicht ohne Weiteres berücksichtigt werden.

Die Folgen eines Auseinanderfallens der Zuständigkeit für die Hauptforderung und für die Verrechnungsforderung wurden vom Bundesgericht bisher lediglich in einem Entscheid behandelt. Dabei hat es angeordnet, dass das entscheidende Gericht die Vollstreckbarkeit seines Urteils aufzuschieben habe, bis die Gegenpartei ein Urteil über den Bestand der zur Verrechnung verstellten Forderung erwirkt hat. Dem Verrechnenden sei dafür eine Frist anzusetzen (BGE 85 II 103 = Pra. 48 (1959), Nr. 122, E. 3). Diese Folge wird auch von STAEHELIN aufgeführt (DANIEL STAEHELIN in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, N 21 zu Art. 236 ZPO). Allerdings ist auch darauf hinzuweisen, dass der Aufschub problematisch sein kann, weil die Verrechnbarkeit der Forderung bereits im ersten Urteil zu prüfen ist (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 229 vor Art. 120-126 OR; AEPLI, a.a.O., N 128 vor Art. 120-126 OR).

Anstelle des Aufschubs der Vollstreckung könnte das Verfahren sistiert werden, bis der Entscheid über die Verrechnungsforderung gefällt worden ist. Dies bedingt aber, dass innert nützlicher Frist ein entsprechender Entscheid zu erwarten ist (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 232 ff. vor Art. 120-126 OR; AEPLI, a.a.O., N 128 vor Art. 120-126 OR). Eine andere Lösung besteht in der Überweisung des Verfahrens an die für die Verrechnungsforderung zuständige Instanz (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 243 vor Art. 120-126 OR).

Schliesslich besteht die Möglichkeit, die Verrechnung prozessual unberücksichtigt zu lassen oder mittels prozessleitender Verfügung aus dem Recht zu weisen. Dabei ist Zurückhaltung zu wahren, da der verrechnenden Partei eine

Rechtseinbusse droht. Mit der Nichtbeachtung der Verrechnungserklärung hat sie die Hauptforderung zu erfüllen, auch wenn die Verrechnung materiell zulässig wäre (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 222 ff. vor Art. 120-126 OR). Dies wird in der Lehre teilweise als unzulässig angesehen (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 224 vor Art. 120-126 OR). Dabei wird auf die materielle Wirkung der Verrechnung verwiesen. Diese trete ein, sobald die Verrechnung erklärt wird. Solange dies zu einem Zeitpunkt geschehe, in dem die Verrechnung prozessual noch vorgebracht werden könne, sei es Sache der Partei, dies prozesskonform zu machen (ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 163 vor Art. 120-126 OR; ähnlich JEAN-MARC SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Zürich 2010, N 541 f.).

Dieser Lehrmeinung ist in dieser Absolutheit nicht zu folgen. Die Folgen der Unzuständigkeit für die Verrechnungsforderungen sind im Einzelfall zu beurteilen. Dabei kann es abhängig von den Umständen gerechtfertigt sein, die Einrede der Verrechnung ohne Weiterungen gänzlich unbeachtet zu lassen. Insbesondere soll einer Partei nicht ermöglicht werden, alleine aufgrund der Behauptung einer Gegenforderung, für die eine andere Zuständigkeit besteht, die Vollstreckung einer rechtskräftig festgestellten Forderung zu verzögern. Immerhin ist sich die Lehre weitgehend einig, dass, auch wenn die Forderung grundsätzlich mit der Verrechnungserklärung untergeht, sich die Gegenpartei nicht darauf berufen kann, wenn die Verrechnung aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigt wird. Ein solches Verhalten wäre rechtsmissbräuchlich (u.a. AEPLI, a.a.O., N 151 vor Art. 120-126 OR; SCHALLER, N 543; vgl. auch ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., N 156 vor Art. 120-126 OR m.w.H.). Es ist folglich nicht Sache des Gerichts, die Beurteilung der Verrechnungsforderung um jeden Preis zu ermöglichen. Der von ZELLWEGER-GUTKNECHT vorgebrachte Rechtsverlust beschränkt sich damit darauf, dass der Verrechnende seine Forderung vorab zu begleichen hat, während er nach der gerichtlichen Festsetzung der eigenen Forderung gegen die Gegenpartei vorgehen kann. Der Nachteil ist damit in erster Linie zeitlicher Natur.

b. Im vorliegenden Fall sind bereits von vornherein verschiedene Vorgehensweisen abzulehnen. Wie ausgeführt (vorne E. 3.2.2.a), kommt eine Kompetenzat-

traktion durch das Handelsgericht für öffentlich-rechtliche Forderungen nicht in Betracht. Umgekehrt ist es aber auch nicht zulässig, den vorliegenden Prozess an die für die Verrechnungsforderungen zuständige Verwaltungsbehörde zu überweisen. Diese wäre für die Beurteilung der privatrechtlichen Forderung nicht zuständig und könnte entsprechend nicht darauf eintreten. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der vorliegende Prozess spruchreif ist, während das laufende Verfahren bei der Schätzungskommission derzeit sistiert ist (act. 20/60). Dabei ist die Klägerin der Meinung, dass ohnehin das Verwaltungsgericht für die Beurteilung der Ansprüche zuständig wäre (act. 1 S. 26). Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich nicht, das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung der verwaltungsrechtlichen Prozesse zu sistieren. Hinzu kommt, dass bei der Forderung aufgrund der Beanspruchung des Grundstücks während der Bauzeit ein allfälliger Anspruch aus privatrechtlichem Vertrag den öffentlich-rechtlichen Ansprüchen wohl vorgehen würde (vorne E. 1.2.2), sodass den Verwaltungsbehörden eine Beurteilung vor Vorliegen des handelsgerichtlichen Urteils gar nicht möglich wäre.

Aus dem Gesagten erhellt, dass im vorliegenden Verfahren höchstens ein Aufschub der Vollstreckbarkeit des Urteils in Frage kommt. Dies erscheint jedoch nur dann angemessen, wenn die von der Klägerin vorgebrachten Forderungen nicht aussichtslos erscheinen. Dabei kann keine pauschale Einschätzung vorgenommen werden. Vielmehr sind die einzelnen vorgebrachten Forderungen in summarischer Weise zu prüfen. Soweit der Bestand einer Forderung aufgrund dieser Prüfung als glaubhaft anzusehen ist, ist der Vollzug des Urteils aufzuschieben. Demgegenüber rechtfertigt es sich, die Verrechnungseinrede ohne Weiterungen unberücksichtigt zu lassen, soweit die Gegenforderungen aussichtslos erscheinen.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte in ihrer Stellungnahme zum Sistierungsantrag festhält, dass sie bereit sei, rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen der Klägerin sofort zu begleichen (act. 13 S. 2). Darin ist ein Verzicht auf die Geltendmachung des Untergangs der Forderung zu sehen. Auch handelt es sich bei der Beklagten um die Betreiberin eines öffentlichen Verkehrs-

betriebes, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass die Erfüllung allfälliger Forderungen im Grundsatz nicht gefährdet ist.

3.2.3. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das hiesige Handelsgericht für die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Gegenforderungen der Klägerin nicht zuständig ist. Entsprechend ist die Verrechnungseinrede in Bezug auf diese Forderungen unberücksichtigt zu lassen. Soweit keine privatrechtlichen Forderungen in genügendem Umfang zur Verrechnung gebracht worden sind, sind die öffentlich-rechtlichen Forderungen in summarischer Weise zu prüfen, um allenfalls weitere Anordnungen zu treffen.

3.3. Miete Installationsplatz

Die Klägerin macht eine Verrechnungsforderung von CHF 1'523'211.– für die Mehrnutzung des klägerischen Grundstückes in der Bauphase geltend.

3.3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten ist, dass die Parteien am 28./29. Mai 2008 einen Vertrag über die Beanspruchung des klägerischen Grundstücks in der Bauphase abgeschlossen haben. Darin wurde für einen Installationsplatz von rund 2'500 m² eine Entschädigung von CHF 250'000.– für die Nutzung während 30 Monaten vereinbart (act. 3/30). Nachdem sich gezeigt hatte, dass die Beklagte eine grössere Fläche als Installationsplatz benötigte, schlossen die Parteien am 16. Juli 2009 einen weiteren Vertrag. Dieser regelte die Beanspruchung von bis zu 5'400 m² für eine Phase von 17 Monaten, wofür die Beklagte die Klägerin mit einem Pauschalpreis von CHF 260'000.– entschädigte (act. 3/31; act. 1 S. 27 f.; act. 19 Rz. 106 ff.; act. 36 Rz. 74 ff.).

3.3.2. Parteistandpunkte

3.3.2.1. Klägerin

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe in Verletzung und Missachtung der beiden Mietverträge vom 28./29. Mai 2008 (act. 3/30) und vom 16. Juli 2009 (act. 3/31) auf dem Grundstück Kataster-Nr. 1 für den Installationsplatz eine Fläche von rund 22'600 m² für einen Zeitraum von 30 Monaten in Anspruch genommen. Daraus resultiere unter Heranziehung des vereinbarten Ansatzes von CHF 40 pro m² und Jahr gemäss den beiden Mietverträgen und gemäss einem klägerischen Berechnungsblatt vom 29. Mai 2012 (act. 3/32) eine Forderung von CHF 1'434'000.– (act. 1 S. 27 ff.).

In der Replik setzt die Klägerin ihre Forderungen aus verschiedenen Teilforderungen zusammen. Die Beklagte habe die gesamte ursprünglich vereinbarte Dienstbarkeitsfläche benötigt, diese sei später reduziert worden, wobei sich die Beklagte die Miete für diese Fläche anzurechnen habe. Für die gesamte Dauer der Bauarbeiten ergebe sich daraus ein Betrag von CHF 176'176.– (act. 36 Rz. 85 ff.). Weiter ergebe sich aus Satelliten-Bildern von Google Earth, dass die zusätzlich gemietete Fläche von 5'400 m² bis mindestens Ende Februar 2010 genutzt worden sei. Dies ergebe eine Entschädigung von CHF 90'785.–. Die Fotodokumentation belege sodann eine Nutzung bis zum Ende der Bauarbeiten, wofür eine weitere Forderung von CHF 180'900.– bestehe (act. 36 Rz. 89 ff.). Schliesslich habe die Beklagte mehr als die berechnete Fläche benutzt. Sie habe bis auf zwei Teilflächen das gesamte Grundstück beansprucht, gesamthaft eine Fläche von 22'600 m². Dies ergebe sich aus der Fotodokumentation und aus dem Entsorgungsbericht für Boden und Aushub. Daraus resultiere eine Forderung von CHF 1'075'350.–. Die Gesamtforderung für die Beanspruchung des Bodens belaufe sich auf CHF 1'523'211.– (act. 36 Rz. 94 ff.).

Die Klägerin nennt verschiedene Grundlagen für ihre Forderung. In erster Linie stehe ihr ein Anspruch aus dem Vergleich 2003 zu. Laut diesem stehe ihr ein finanzieller Anspruch für sämtliche Nachteile zu (act. 36 Rz. 109.3). Weiter stehe ihr der Ersatzanspruch aus einem konkludenten Mietverhältnis zu, da sich

die Parteien zweimal über eine Entschädigung geeinigt hätten, die Beklagte das Grundstück aber darüber hinaus genutzt habe (act. 36 Rz. 109.4). Liege kein konkludenter Mietvertrag vor, so sei zumindest von einem faktischen Mietvertrag auszugehen (act. 36 Rz. 109.5). Schliesslich sei subsidiär auch eine Entschädigung aus ausservertraglicher Schädigung gegeben, wobei sowohl eine unerlaubte Handlung als auch eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliegen würden (act. 36 Rz. 109.6).

3.3.2.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet die Forderung und ebenso, eine Fläche von 22'600 m² während 30 Monaten belegt zu haben (act. 19 Rz. 104). Weder aufgrund der Rechnung oder der Excel-Tabelle noch anhand der Fotos könne die Beanspruchung der Flächen belegt werden (act. 19 Rz. 104.1 ff.). Die Grundlagen für die Berechnung der Entschädigungen seien die Faktoren Fläche, Preis und Zeit gewesen. Dabei seien sich die Parteien uneinig gewesen, namentlich für die zwischen Baubeginn und Abschluss des zweiten Mietvertrags vom 16. Juli 2009 beanspruchte Mehrfläche. Gestützt auf die klägerische Berechnung von CHF 305'500.– und das beklagte Angebot von CHF 235'505.– habe man sich vergleichsweise auf einen Pauschalpreis von CHF 260'000.– geeinigt. Die Flächen seien wie vertraglich vereinbart genutzt und schrittweise zurückgegeben worden (act. 19 Rz. 109 ff.). Dass sie darüber hinaus Flächen genutzt habe, bestreitet die Beklagte. Die Berechnung der Klägerin sei nicht nachvollziehbar und es sei teilweise nicht klar, welche Flächen gemeint seien (act. 19 Rz. 112 ff.). Ohnehin seien allfällige Ansprüche verjährt, wenn es sich um Forderungen aus unerlaubter Handlung handle. Das Terrain sei spätestens im November 2010 in den vertragsgemässen Zustand zurückversetzt worden, womit die Ansprüche bei Geltendmachung am 22. Mai 2012 grundsätzlich verjährt gewesen wären. Dasselbe gelte für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Handle es sich um eine Forderung enteignungsrechtlicher Natur, sei der Anspruch verwirkt (act. 19 Rz. 114 f.).

In der Duplik hält die Beklagte weiterhin daran fest, dass sie keine weitere Entschädigung schulde. Die Forderung sei weder substantiiert noch begründet.

Ohnehin könnte aufgrund der vergleichweisen Einigung am 16. Juli 2009 lediglich die Zeit danach massgebend sei. Auch sei beim Abschluss dieses Vertrages bereits bekannt gewesen, dass der Viadukt gebaut werde und dieser weniger Platz benötige als der Damm, sodass auch kein Raum für eine Miete für die ursprüngliche Dienstbarkeitsfläche bestehe (act. 40 Rz. 61 ff.). Die Ausführungen der Klägerin bestreitet sie (act. 40 Rz. 187 ff.).

3.3.3. Anspruch aus konkludentem oder faktischem Mietverhältnis

Die Klägerin macht verschiedene zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen geltend (konkludenter Mietvertrag; faktisches Mietverhältnis; ausservertragliche Schädigung; act. 36 N 109.4 ff.). Die privatrechtliche Vereinbarung einer Entschädigung geht der Enteignung vor (Art. 3 Abs. 2 EBG, vgl. vorne E. 1.2.2). Von dieser Möglichkeit haben die Parteien im vorliegenden Fall Gebrauch gemacht. Sie haben für die Installationsplätze am 28./29. Mai 2008 und am 16. Juli 2009 zwei Mietverträge abgeschlossen (act. 3/30 und 3/31). Dies ist ausserhalb des Enteignungsverfahrens geschehen, sodass es sich dabei um privatrechtliche Verträge handelt. Entsprechend ist zu prüfen, ob auch die von der Klägerin zusätzlich geltend gemachte Fläche durch eine privatrechtliche Regelung abgedeckt wird. Dabei kommt, wie von der Klägerin vorgebracht, ein konkludent abgeschlossener oder ein faktischer Mietvertrag in Frage.

3.3.3.1. Rechtliches

a. Bei einem Mietvertrag handelt es sich um einen zweiseitigen Vertrag über die entgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauch (Art. 253 OR). Der wesentliche Inhalt eines Mietvertrages besteht aus der Umschreibung des Mietgegenstandes und dem dafür geschuldeten Mietzins (CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, Zürich 2012, N 2091).

Der Abschluss eines Mietvertrages ist an keine Form gebunden. Entsprechend kann der Vertrag in jeder Form zustande kommen, insbesondere auch durch eine konkludente Einigung der Parteien (ROGER WEBER in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel

2015, N 7 zu Art. 253 OR; DAVID LACHAT/MARKUS WYTTENBACH in: LACHAT, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, N 6/4.5.1). Auch dabei ist jedoch zu verlangen, dass über die wesentlichen Inhalte eine Einigung gefunden wird.

b. Ein faktisches Mietverhältnis wird von Rechtsprechung und Lehre zurückhaltend angenommen. Dabei soll ein Vermieter, der den Mieter nach Vertragsbeendigung vorübergehend gegen seinen Willen in den Räumlichkeiten duldet, gegenüber dem vertraglichen Zustand nicht schlechter gestellt werden (BGE 63 II 368 E. 2; BGE 119 II 437 = Pra. 83 (1994), Nr. 226 E. 3b). Dies gilt jedoch nur, solange er den Schwebezustand nicht ungebührlich ausdehnt (BGE 63 II 368 E. 2; BGE 131 III 257 E. 1.1). Auf das Konstrukt ist weiter dann zurückzugreifen, wenn ein ungültiger Vertrag auf unbestimmte Dauer von den Parteien, die vom Mangel nichts wissen, dennoch erfüllt wird (BGE 119 II 437 E. 3b). Teilweise wird hingegen vertreten, es handle sich dabei um einen gesetzlichen Entschädigungsanspruch (ERNST A. KRAMER in: KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986, N 252 zu Art. 1 OR).

c. Die Beweislast liegt in Anwendung von Art. 8 ZGB bei der Klägerin. Sie hat sowohl den Vertragsschluss zu beweisen, als auch den Inhalt der entsprechenden Vereinbarung.

3.3.3.2. Würdigung

a. Einigkeit besteht einzig darüber, dass die Beklagte die Dienstbarkeitsfläche gemäss dem Vergleich 2003 genutzt hat. Diesbezüglich bringt selbst die Klägerin vor, dass die Beklagte dies durfte (act. 36 Rz. 75). Im Zeitraum der Bauarbeiten war die Beklagte ohne Weiteres dazu berechtigt, diese Fläche zu nutzen. Immerhin bestand im Grundbuch eine Dienstbarkeit zu ihren Gunsten. Dafür wurde die Klägerin auch entschädigt. Wenn die Klägerin eine Entschädigung für die vorübergehende Nutzung hätte erlangen wollen, wäre es an ihr gewesen, dies im Rahmen der Verhandlungen zum Dienstbarkeitsvertrag 2011 einzubringen. Es war ihr bekannt, dass die Fläche verringert werden soll und dass zuvor eine grössere Fläche eingetragen war. Auch wussten die Parteien bereits beim Abschluss

des Mietvertrages vom 28./29. Mai 2008, dass ein Viadukt, der weniger Platz benötigt, gebaut werden soll, zumal die Projektänderung bereits am 4. April 2008 eingereicht worden war (act. 20/9). Ein weitergehender Anspruch ist daher nicht ersichtlich.

b. Damit ein konkludenter Vertrag angenommen werden kann, hat die Klägerin zu behaupten und beweisen, dass sich die Parteien über die Konditionen der Miete geeinigt haben. Die Klägerin stützt sich dabei auf die beiden Mietverträge vom 28./29. Mai 2008 (act. 3/30) und vom 16. Juli 2009 (act. 3/31).

Mit dem Mietvertrag vom 28./29. Mai 2008 (in der Folge "Mietvertrag 2008") hat die Klägerin der Beklagten von Juli 2008 bis Dezember 2010 einen Bauinstallationsplatz von 2'500 m² Fläche zur Verfügung gestellt. Dafür wurde eine Entschädigung von CHF 250'000.– vereinbart (act. 3/30 S. 2). Für die von der Vereinbarung umfasste Fläche verweist der Vertrag in Ziff. 1 auf einen Situationsplan. Aus diesem ergibt sich, dass sich der Installationsplatz in der süd-westlichen Ecke des Grundstückes befinden soll. Daneben sind auf dem Situationsplan eine Baustellenzufahrt und ein Humusdepot eingezeichnet (act. 3/31 S. 4). Diese zusätzliche Fläche beträgt rund 2'000 m² (act. 20/40 S. 4) und wurde der Beklagten zur Verfügung gestellt, ohne dass eine zusätzliche Entschädigung vereinbart worden wäre. Da sich die Fläche klar aus dem Mietvertrag 2008 ergibt, ist davon auszugehen, dass diese der Beklagten kostenfrei zur Verfügung stehen sollte.

Der Mietvertrag vom 16. Juli 2009 (in der Folge "Mietvertrag 2009") ergänzt den Mietvertrag 2008. Darin wird für die Nutzung von weiteren ca. 5'400 m² während 17 Monaten eine Entschädigung von CHF 260'000.– festgelegt (act. 3/31). Dem Vertrag ist ebenfalls ein Plan beigelegt, aus dem jedoch die einzelnen Teilflächen und Zeiträume nicht genau ersichtlich sind (act. 3/31 S. 3). Dem Vertragsabschluss gingen verschiedene Schreiben und Besprechungen voraus. Daraus ergibt sich, dass beide Seiten Berechnungen für die gesamte beanspruchte Fläche bis zum Abschluss der Bauarbeiten aufgestellt haben. So errechnete die Klägerin einen Anspruch von CHF 305'550.– (act. 20/39), während die Beklagte in einer detaillierten Aufstellung einen Betrag von CHF 100'000.– (inkl. Minderbeanspruchung, act. 20/40, S. 3) in Aussicht stellte. In der Folge korrigierte die Beklag-

te ihre Berechnung auf CHF 235'505.– und offerierte der Klägerin eine Entschädigung von CHF 250'000.– (act. 20/41). Diese Berechnung basierte auf den Plänen der Klägerin und den von der Beklagten in verschiedenen Phasen der Baudauer genutzten Flächen (act. 20/41 S. 2 ff.). Aus dem abgeschlossenen Vertrag ergibt sich sodann, dass es sich bei der Entschädigung um einen Pauschalbetrag handelt (act. 3/31, S. 2). Dies bestätigen beide Parteien (act. 36 Rz. 106 und act. 40 Rz. 64).

Aus den vor dem Vertragsschluss erstellten Unterlagen ergibt sich zudem, dass die Parteien sowohl die bisherige als auch die zukünftige Nutzung regeln wollten. Dass dabei die zukünftige Nutzung nicht auf den Tag und Quadratmeter genau festgelegt werden konnte, ist offensichtlich. Dies zeigt sich auch in der Formulierung des Vertrages. Dieser bezieht sich auf eine Fläche von "ca. 5'400 m² während ca. 17 Monaten" (act. 3/31 S. 1, Hervorhebungen hinzugefügt). Trotzdem hat man sich auf einen Betrag geeinigt. Die Unsicherheit hat sich sodann darin gezeigt, dass beide Parteien der jeweiligen Gegenpartei entgegen gekommen sind. In diesem Sinne handelt es sich beim Mietvertrag 2009 um eine vergleichsweise Einigung über die Nutzung des klägerischen Grundstücks während der gesamten Beanspruchungsdauer. Soweit sich die Nutzung räumlich und zeitlich im Bereich des Vereinbarten bewegt, besteht damit kein Raum für eine weitere Entschädigungsforderung der Klägerin. Einzig bei einer grossflächigen Mehrbeanspruchung kann die Klägerin allenfalls weiteren Ersatz geltend machen.

c. Ein konkludenter Mietvertrag bedingt, dass die Parteien sich über den Mietzins einig geworden sind. Dieser ist durch die Klägerin zu beweisen. Eine Einigung über den Mietzins sieht die Klägerin im Mietvertrag vom 28./29. Mai 2008 (act. 3/30), wo eine Entschädigung von CHF 40.– pro m² vereinbart worden sei. Eine Analyse der verschiedenen, von den Verträgen umfassten Flächen ergibt jedoch, dass nicht mit einer einheitlichen Entschädigung pro m² und Monat bzw. Jahr gerechnet worden ist. Zutreffend ist, dass für den Installationsplatz im Mietvertrag 2008 eine Entschädigung von CHF 40.– pro m² und Jahr vorgesehen war. Allerdings wurde der Beklagten im gleichen Vertrag eine weitere Fläche von rund 2'000 m² zur Verfügung gestellt, welche nicht entschädigt werden musste (vgl.

vorne E. 3.3.3.2.b). Selbst wenn also vom genannten Preis ausgegangen werden könnte, müsste nach dem Zweck der einzelnen (Teil-)Flächen unterschieden werden, da lediglich die Installationsplätze zu diesem Preis entschädigt werden müssten. Diese Abgrenzung wird von der Klägerin nicht vorgenommen. Ebenso wenig kann beim Mietvertrag 2009 von dieser Entschädigung ausgegangen werden. Zwar haben die Parteien - soweit ersichtlich - in ihren Prognosen mit einem Preis von CHF 3.35 pro m² und Monat gerechnet (act. 20/39-41), doch einigte man sich letztlich auf eine Pauschale, sodass nicht mehr von einem m²-Preis ausgegangen werden kann. Da für verschiedene Flächen jeweils unterschiedliche Preise vereinbart worden sind, kann nicht von einer Einigung im Sinne von Art. 1 OR ausgegangen werden.

Daran kann auch die von der Klägerin offerierte Parteibefragung (act. 1 S. 28) nichts ändern. Die Parteien haben sich in ihren Rechtsschriften bereits ausführlich zur Problematik geäußert. Dass die Beteiligten in einer Befragung von ihren bisherigen Standpunkten abweichen würden, kann unter diesen Umständen nicht erwartet werden. Daher kann vorweggenommen werden, dass eine Parteibefragung keine neuen Erkenntnisse bringen würde, weshalb darauf zu verzichten ist. Ein konkludenter Vertragsschluss kommt damit nicht in Frage.

d. Von einem faktischen Mietvertrag kann im vorliegenden Fall ebenfalls nicht ausgegangen werden. Wie ausgeführt, ist dafür entweder eine vorübergehende Duldung des Mieters nach Vertragsbeendigung oder die Erfüllung eines mangelhaften Vertrages erforderlich. Eine Duldung der beklaglichen Nutzung durch die Klägerin wird vorliegend nicht behauptet. Vielmehr will die Klägerin gar nicht gewusst haben, dass das Grundstück weiterhin genutzt wird. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird für ein faktisches Mietverhältnis gerade vorausgesetzt, dass der Eigentümer zeitnah rechtlich gegen den "Mieter" vorgeht. So führte das Bundesgericht in BGE 131 III 257 aus: "Dieses faktische Vertragsverhältnis endet, wenn der Verpächter keine rechtlichen Schritte gegen den Pächter wegen der Nichtrückgabe der Geschäftsbeziehungen unternimmt." (BGE 131 III 257 E. 1.1). Der Vermieter soll in einer kurzen Übergangsfrist geschützt werden. Wartet er zu, kommt höchstens ein konkludentes Vertragsverhältnis in Frage. Die

Klägerin wusste aufgrund der Verträge, bis zu welchem Zeitpunkt eine Nutzung welcher Flächen durch die Beklagte vereinbart war. Entsprechend hätte sie von der Beklagten zeitnah eine Entschädigung fordern müssen. Insbesondere ist ein Zuwarten bis weit nach Abschluss der Bauarbeiten als verspätet anzusehen. Ein ungültiger Mietvertrag wird sodann nicht behauptet, sodass nicht von einem faktischen Mietverhältnis ausgegangen werden kann.

e. Unabhängig von der Anspruchsgrundlage hat die Klägerin zu behaupten und zu beweisen, welche Grundstücksfläche die Beklagte während welcher Zeitdauer belegt hat. Nach den Ausführungen der Klägerin soll die Beklagte beinahe das ganze Grundstück während der gesamten Baudauer beansprucht haben. Als Beweis reicht die Klägerin verschiedene Fotos und Pläne ein, beantragt die Edition weiterer Unterlagen, nennt verschiedene Zeugen und beantragt die Erstellung eines Gutachtens.

aa. Als Basis für die Beurteilung dienen die Pläne in den Anhängen der beiden Mietverträge (act. 3/30 S. 5; act. 3/31 S. 3), welche die durch die Beklagte beanspruchte Fläche festlegen. Aus den eingereichten Fotos (act. 36 S. 28 ff., act. 37/34 und act. 3/35) kann die Klägerin nichts Näheres herleiten. Im Wesentlichen zeigen die Fotos die Baustelle an sich, wobei hauptsächlich Flächen abgebildet sind, welche aufgrund der Mietverträge abgegolten sind. Im Hintergrund sind verschiedentlich grüne oder brach liegende Flächen zu sehen, welche gerade nicht durch die Beklagte genutzt werden. Keine der Fotografien zeigt eine Nutzung durch die Beklagte, welche die klägerischen Ausführungen beweisen könnte. Eine detaillierte Auswertung sämtlicher Bilder kann aufgrund der gleichbleibenden Erkenntnis offen bleiben. Im Einzelnen ist auf folgende Bilder hinzuweisen:

- act. 36 S. 30, Bild 8: Aus der Informationstafel kann die Klägerin keine Beanspruchung des Grundstücks herleiten. Die Beklagte hat damit die Öffentlichkeit über die Sperrung des H.____-uferwegs informiert, wobei eine detaillierte Abgrenzung nicht erforderlich war. Vielmehr erscheint die Bezeichnung des gesamten Grundstücks als Baustelle besser geeignet, um das Betreten durch Unbefugte zu verhindern.

- act. 36 S. 31, Bild 1: Ersichtlich ist in der Mitte des Grundstücks die Führung des Viadukts, welches die Dienstbarkeitsfläche darstellt. Östlich davon befindet sich ein Erdlager, wie durch den ersten Mietvertrag abgedeckt. Im Westen des Viadukts ist der frühere Weg ersichtlich, anhand dessen die beanspruchten Flächen abgeschätzt werden können. Diese beschränken sich auf die durch die beiden Mietverträge abgedeckten Flächen.
- act. 36 S. 53, Bild 1: Das Luftbild bietet eine gute Übersicht über die beanspruchten Flächen. Im Osten des Viadukts liegt eine grüne Wiese, die nicht durch die Beklagte beansprucht wird. Darauf findet sich einzig ein Lager an Baumstämmen von wenigen m². Westlich des Viadukts findet sich der rechteckige Installationsplatz, der mit den beiden Mietverträgen vereinbart wurde. Darauf liegen zwei Erdhügel. Entlang des Viadukts bestehen ausserdem eine Zufahrt und ein weiterer Erdhügel auf der Höhe der Haltestelle, ebenfalls innerhalb der vereinbarten Fläche. Die übrigen Flächen des Grundstücks werden nicht beansprucht. Eine Mehrnutzung ist nicht ersichtlich.
- act. 36 S. 62, Bild 1-4: Neben dem Viadukt ist lediglich westlich ein Erdhügel ersichtlich, der sich aber innerhalb der vertraglich vereinbarten Fläche befindet. Daraus, dass das Gelände verwildert, kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Nutzung der übrigen Grundstücksflächen ist nicht Sache der Beklagten. Vielmehr zeigt dies gerade, dass das Gelände weder genutzt noch abhumusiert worden ist.
- act. 36 S. 76 f.: Die Bilder zeigen die Wiederherstellungsarbeiten auf dem Grundstück. Dabei ist ersichtlich, dass die Beklagte auch Flächen bearbeitete, die nicht von den Mietverträgen umfasst waren. Daraus kann die Klägerin jedoch ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal zuvor nicht ersichtlich war, dass die Beklagten diese Flächen über längere Dauer beansprucht hätte.

Schliesslich ist festzuhalten, dass es sich bei Fotografien immer um Momentaufnahmen handelt. Insbesondere können diese eine dauernde Nutzung nicht belegen, wenn lediglich an einzelnen Tagen eine Beanspruchung einer gewissen Fläche ersichtlich ist. Dies gilt vor allem auch für Fahrzeuge, die (vorübergehend) abgestellt sind.

bb. Die eingereichten Bilder von Google Street View zeigen keine andere Situation. Beansprucht werden lediglich die durch die Mietverträge geregelten Flächen, das übrige Grundstück liegt brach (act. 37/65). Eine Mehrnutzung ist auch hier nicht ersichtlich. Die Bilder von Google Earth lassen sich ebenfalls direkt mit den Plänen aus den Mietverträgen vergleichen. Auf der Aufnahme vom 1. Juli 2009 ist ersichtlich, dass die Beklagte die vereinbarte Fläche weitgehend beansprucht. Im Osten des Viadukts wird hingegen praktisch keine Fläche beansprucht, obwohl aufgrund des ersten Mietvertrages eine Beanspruchung möglich gewesen wäre. Im Westen sind ebenfalls freie Flächen ersichtlich (act. 37/66). Die Aufnahmen vom 25. und 27. Februar 2010 zeigen, dass der Installationsplatz weiterhin genutzt wird, ausserdem ist auch hier das Baumstammlager auf der Ostseite des Viadukts sichtbar. Im Westen des Viadukts hat die Nutzung im Vergleich zum Juli 2009 tendenziell abgenommen, wobei sich noch Erdhaufen auf dem Grundstück befinden. Diese liegen aber innerhalb der von den Mietverträgen umfassten Flächen (act. 37/67). Eine darüber hinausgehende genutzte Fläche ist jedoch nicht ersichtlich.

cc. Als weiteres Beweismittel nennt die Klägerin den von der Beklagten ins Verfahren eingebrachten Entsorgungsbericht (act. 20/44). Dabei handelt es sich um einen 62-seitigen Bericht, wobei die Klägerin die Fundstelle ihrer Behauptungen nicht näher nennt. Die von der Klägerin (vermutungsweise) angerufenen Bodenabtragungen finden sich auf Seite 53 des Berichts. Enthalten ist jeweils die Mächtigkeit des ausgehobenen (Ober-)Bodens und die Gesamtmenge des Aushubs; daraus lässt sich die vom Aushub betroffene Fläche berechnen (Aushub / Dicke):

Ort	Aushub	Dicke	Fläche
Acker G. Nord	360 m ³ / 540 t	30 cm	1'200 m ²
Acker G. Mitte	460 m ³ / 700 t	40 cm	1'150 m ²
Acker G. Süd	230 m ³ / 350 t	25 cm	920 m ²

Daraus ergibt sich, dass auf insgesamt rund 3'270 m² des klägerischen Grundstückes Aushubarbeiten vorgenommen worden sind. Dies entspricht der Dienstbarkeitsfläche und einem Streifen daneben. Dies deckt sich auch mit dem Schreiben von K._____, L._____ AG, der ausführt, auf dem klägerischen Grundstück sei nur Aushub getätigt worden, wo dies für das Projekt E._____-bahn erforderlich gewesen sei. Dies betreffe den Arealteil unter und unmittelbar neben dem Viadukt G._____ (act. 20/45 S. 1). Ein Anzeichen dafür, dass weitere Grundstücksflächen durch die Beklagte beansprucht worden wären, stellen die Angaben jedoch nicht dar. Auch die Ausführungen im Bericht zur "Böschung M._____-strasse", dem "Böschungsfuss Acker G._____" und dem "IP G._____" (act. 20/44 S. 53) ergeben keine Hinweise auf eine weitergehende Beanspruchung.

dd. Weiter hält die Klägerin fest, es sei nie zu teilweisen Rückgaben oder Instandstellungsarbeiten gekommen. Sie verweist sodann insbesondere auf die Abnahme vom 3. November 2010, bei welcher sie die Teilnahme verweigert habe (act. 36 Rz. 97). Bei der Beendigung des Mietverhältnisses hat der Mieter die Pflicht, die Mietsache an den Vermieter zurückzugeben (Art. 267 OR). Der Vermieter hat die Sache zu prüfen und allfällige Mängel zu nennen (Art. 267a Abs. 1 OR). Die Parteien haben im Mietvertrag vom 28./29. Mai 2008 eine formelle Rückgabe vereinbart (act. 3/30 Ziff. 5), wobei die Bestimmung für den Mietvertrag vom 16. Juli 2009 ebenfalls für anwendbar erklärt wurde (act. 3/31 Ziff. 1). Keine ausdrückliche Regelung findet sich für die Frage, wie mit den nicht mehr beanspruchten Teilflächen zu verfahren ist, dies obwohl bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages bekannt war, dass die Teilflächen zu unterschiedlichen Zeitpunkten nicht mehr beansprucht werden. Da der zweite Mietvertrag pauschal auf den ersten verweist, ist naheliegend, dass es nur eine formelle Rückgabe geben sollte. Gleichzeitig war beiden Parteien beim Abschluss des Mietvertrages 2009 klar, dass nicht die ganze Fläche während der gesamten Baudauer benötigt werde. Die Klägerin hat die Beklagte aber nie aufgefordert, Teilflächen zurückzugeben, obwohl auch ihr bekannt war, dass der Mietvertrag für diese Flächen ausgelaufen war. Entsprechend kann sie sich aber auch nicht auf eine fehlende Rückgabe berufen, solange sie die weitere Beanspruchung nicht beweisen kann.

Eine Abnahme der zu den Rückgaben angebotenen Beweise (act. 36 Rz. 105) kann daher unterbleiben.

ee. Gestützt auf die vorgelegten Fotos und den Entsorgungsbericht beantragt die Klägerin die Erstellung eines Gutachtens über den Umfang der beklagischen Nutzung des Grundstücks (act. 36 Rz. 98). Ein gerichtliches Gutachten dient zur Feststellung von Tatsachen und wäre daher grundsätzlich geeignet, den Umfang der Beanspruchung des Grundstückes festzustellen. Allerdings befreit die Möglichkeit eines Gutachtens die Parteien nicht von der substantiierten Darlegung ihrer Standpunkte. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen. Die rechtserheblichen Tatsachen sind umfassend und klar darzulegen, sodass darüber Beweis abgenommen werden kann (BRÖNNIMANN, a.a.O., N 33 f. zu Art. 152 ZPO, DOLGE, a.a.O., S. 17 ff., S. 22 f.).

Die klägerischen Vorbringen genügen den Anforderungen an eine substantiierte Sachdarstellung nicht. Aus den vorgelegten Fotos ergibt sich deutlich, dass die Nutzung im von der Klägerin behaupteten Umfang nicht stattgefunden hat. Dabei ist erneut auf die regelmässig sichtbaren grünen Flächen rund um die Baustelle hinzuweisen. Daran vermag die wiederholte Aussage, die Beklagte habe das gesamte Grundstück mit Beschlag belegt, nichts zu ändern (act. 36 Rz. 15.4, S. 28 ff.). Eine substantiierte Behauptung liegt nicht vor. Vielmehr wäre es an der Klägerin gewesen, anhand der Fotos detailliert darzulegen, welche Bereiche allenfalls für einen gewissen Zeitraum zusätzlich genutzt worden sind. Ein Gutachten befreit die Partei nicht von der Pflicht, dies substantiiert zu behaupten. Es kann lediglich den Beweis der substantiierten Behauptung erbringen. Da eine wesentliche Abweichung von der vertraglichen Nutzung durch die Klägerin nicht substantiiert dargelegt wird, ist auf die Erstellung eines Gutachtens zu verzichten.

ff. Die Klägerin beantragt sodann die Edition sämtlicher Projektpläne des Bahnprojekts Stadtbahn E._____ auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 sowie sämtliche Pläne betreffend Installationsplatz/tatsächliche Nutzung, sämtlicher Bausitzungsprotokolle des Bahnprojektes Stadtbahn E._____ der Beklagten betreffend den Bahnabschnitt über das Grundstück F._____ Kat.-Nr. 1 sowie sämtlicher Namen der involvierten Bauunternehmer bei der Erstellung des Eisenbahnviaduktes und

Nebenanlagen auf dem Grundstück F. _____ Kat.-Nr. 1 (act. 1 S. 29). Ausserdem beantragt sie die Edition einer Dokumentation über die Nutzung ihres Grundstückes (act. 36 Rz. 20). Grundsätzlich haben die Parteien ein Recht auf die Abnahme von form- und fristgerecht angebotenen, tauglichen Beweismitteln (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Dabei besteht auch die Möglichkeit, die Herausgabe von Urkunden durch die Gegenpartei zu verlangen (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO). Eine Grenze besteht dann, wenn das Editionsbegehren auf ein Ausforschen der Gegenpartei hinausläuft. Die Begründung des Prozessstandpunktes darf nicht erst durch den allgemeinen Editionsantrag ermöglicht werden (ERNST F. SCHMID, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, BSK ZPO, a.a.O., N 24 zu Art. 160 ZPO). Eine solche Situation ist vorliegend gegeben. Die Klägerin vermag nicht darzulegen, inwiefern die Beklagte ihr Grundstück über die Vereinbarung hinaus beansprucht haben soll. Insbesondere ergeben sich aus den eingereichten Unterlagen und Fotos keinerlei Hinweise auf eine Mehrbeanspruchung gegenüber den mietvertraglichen Vereinbarungen. Die Klägerin legt auch nicht dar, dass und weshalb sie nicht konkret die besagte Mehrbeanspruchung behaupten könnte. Die Klägerin beschreibt denn auch nicht genauer, was konkret Behauptetes sie mit den Urkunden zu beweisen sich erhofft. Die pauschalen Editionsbegehren erweisen sich als überschliessend und zudem als "fishing expedition". Sie sind abzuweisen.

3.3.3.3. Fazit

Aus dem Gesagten erhellt, dass die Parteien über die vorübergehende Nutzung des klägerischen Grundstücks am 16. Juli 2009 einen Vergleich abgeschlossen haben. Dieser regelt die Entschädigung der Klägerin abschliessend. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Klägerin darüber hinaus Ansprüche für beanspruchte Grundstücksflächen geltend machen könnte, so gelingt es ihr nicht, einen diesbezüglichen privatrechtlichen Vertrag zu beweisen. Ein konkludentes Mietverhältnis kommt mangels Einigung über den Mietpreis nicht in Frage, während ein faktisches Mietverhältnis nur in Ausnahmefällen angenommen werden kann, welche hier nicht vorliegen. Ausserdem legt die Klägerin nicht substantiiert dar, in welchem Umfang die Beklagte das Grundstück überhaupt be-

ansprucht haben soll. Der Beweis einer Mehrnutzung kann ihr so nicht gelingen. Eine privatrechtliche vertragliche Forderung besteht folglich nicht.

3.3.4. Ausservertragliche Ansprüche

a. Die Klägerin nennt ausserdem die unerlaubte Handlung nach Art. 41 ff. OR und die ungerechtfertigte Bereicherung nach Art. 62 ff. OR als Anspruchsgrundlagen (act. 36 Rz. 109.6 f.). Dabei handelt es sich um privatrechtliche Ansprüche, welche durch das hiesige Handelsgericht beurteilt werden können. In beiden Fällen wird vorausgesetzt, dass der Eingriff in das Eigentum widerrechtlich bzw. ungerechtfertigt erfolgt ist (Art. 41 Abs. 1 OR; Art. 62 Abs. 1 OR). Bei einer Enteignung handelt es sich jedoch um einen rechtmässigen Eingriff in die Eigentumsrechte (PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltrecht, 5. Aufl., Bern 2008, S. 562). Die Rechtmässigkeit des Eingriffs ist gegeben, wenn die Massnahme auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (TOBIAS JAAG, Öffentliches Entschädigungsrecht, in: ZBl 98 (1997), S. 145 ff., S. 163). Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Klägerin auf das Entschädigungsverfahren des Enteignungsrechts zu verweisen.

Die gesetzliche Grundlage besteht vorliegend mit Art. 4 lit. b EntG i.V.m. Art. 3 EBG. Demnach steht dem Betreiber eines Bahnunternehmens für den Bau einer Strecke ein Recht zur vorübergehenden Enteignung einer Fläche als Installationsplatz zu. Dieses Recht wurde von der Beklagten vorliegend beansprucht. Das öffentliche Interesse ist sodann gegeben, zumal unstrittig ist, dass der Bau der E.____-bahn an sich im öffentlichen Interesse lag und der Beklagten der Bau der Teilstrecke G.____ ohne die Beanspruchung des klägerischen Grundstücks nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich ist der Eingriff auch verhältnismässig. Die Beklagte hat jeweils nur diejenigen Teile des Grundstückes genutzt, die für den Bau erforderlich waren. Gleichzeitig nutzte die Klägerin ihr Grundstück im gleichen Zeitraum anscheinend nicht.

b. Hinzu kommt, dass es der Klägerin, wie gezeigt (vorne E. 3.3.3.2.e), nicht gelingt, die beklagte Mehrnutzung des Grundstückes hinreichend zu behaup-

ten und zu beweisen. Damit kann die Klägerin auch keinen Schaden und keine Entreichung nachweisen.

c. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Nutzung des Grundstückes - auch soweit kein Mietvertrag bestand - als rechtmässig anzusehen ist. Ebenso hat die Klägerin keinen Schaden erlitten. Entsprechend sind die Voraussetzungen eines ausservertraglichen, zivilrechtlichen Ersatzanspruches nicht gegeben.

3.3.5. Anspruch aus dem Vergleich 2003

3.3.5.1. Qualifikation der Forderung

a. Die Klägerin stützt sich in erster Linie auf den Vergleich 2003. Darin sei vereinbart worden, dass der Klägerin ein finanzieller Anspruch für sämtliche Nachteile, die aus der Beanspruchung des Grundstückes resultieren, zustehe. Zweimal habe man eine Einigung gefunden, bei der dritten Entschädigung, um die die Klägerin ersucht habe, sei dies bisher nicht möglich gewesen (act. 40 Rz. 109.3).

Zutreffend ist, dass Ziff. 3.2 des Vergleichs 2003 vorsieht, dass die Beklagte sich verpflichtet, die Eigentümerin für die mit der vorübergehenden Landbeanspruchung verbundenen Nachteile zu entschädigen. Über die Höhe der Entschädigung sollten sich die Parteien einigen (act. 3/8 Ziff. 3.2). Hingegen sieht der Vergleich 2003 keine Regelung vor, wie bei fehlender Einigung der Parteien verfahren werden soll.

b. Der Vergleich 2003 ist im Rahmen eines Enteignungsverfahrens abgeschlossen worden. Der Klägerin stand gestützt auf Art. 3 EBG das Enteignungsrecht für die Eisenbahnbauten zu. Dieses richtet sich nach dem Enteignungsgesetz des Bundes (Art. 3 Abs. 1 EBG). Das Enteignungsrecht steht der Eisenbahngesellschaft auch für diejenigen Flächen zur Verfügung, die für Bauinstallationen oder zur Ablagerung von Baumaterialien etc. benötigt werden, wobei die vorübergehende Beanspruchung im gleichen Enteignungsverfahren geregelt werden kann und sollte (Art. 4 lit. b EntG; HESS/WEIBEL, a.a.O., N 16 zu Art. 4 EntG).

Wie bereits ausgeführt (vorne E. 1.2.2), geht nach Art. 3 Abs. 2 EBG der privatrechtliche Eigentumserwerb einem Enteignungsverfahren vor. Findet sich jedoch keine Einigung, so ist ein Enteignungsverfahren durchzuführen. Wurde das Verfahren bereits eingeleitet, so schliesst ein Vergleich dieses ab, unbesehen dessen, ob er im Rahmen der Einigungsverhandlung oder ausseramtlich abgeschlossen worden ist (Art. 53 und 54 EntG). Bei beiden Varianten handelt es sich um öffentlich-rechtliche Verträge (HESS/WEIBEL, a.a.O., N 1 zu Art. 53 EntG und N 1 zu Art. 54 EntG; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_116/2010 vom 28. Juni 2010, E. 4.3 ff.). Ob vorliegend - entsprechend der Ansicht der Klägerin - der Vergleich 2003 eine genügende Grundlage darstellt, sodass die Entschädigung durch ein Verwaltungsgericht bestimmt werden kann (so die Klägerin, act. 1 S. 26), oder ob die Schätzungskommission für die Bestimmung der Entschädigung zuständig ist (in diesem Sinne die Beklagte, act. 13), kann offen gelassen werden. So oder anders handelt es sich um Verwaltungsbehörden, die öffentliches Recht anwenden. Das Handelsgericht ist für die Beantwortung dieser Fragen nicht zuständig. Wie ausgeführt, kann keine Kompetenzattraktion aufgrund der Verrechnungserklärung erfolgen, sodass die Beurteilung im vorliegenden Verfahren nicht erfolgen kann (vorne E. 3.3.2.b).

Die Klägerin stellt den Abschluss des Vergleichs 2003 ausführlich dar und nennt zahlreiche Beweismittel zu dessen Auslegung (act. 36 Rz. 5 ff.). Da das Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung von Ansprüchen, die auf diesem Vertrag beruhen, nicht zuständig ist, ist eine Abnahme der angebotenen Beweismittel nicht erforderlich. Insbesondere wird der Vertrag an sich von der Klägerin nicht in Frage gestellt, sodass sich eine Diskussion über allfällige Kompromisse, Eingeständnisse und tatsächlichen Werte erübrigt.

c. Als Folge der Unzuständigkeit des Handelsgerichts kann die Verrechnungsforderung im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden, soweit sie auf öffentlichem Recht beruht. Inwiefern weitere Anordnungen zu treffen sind, ist dabei vom Einzelfall abhängig.

3.3.5.2. Folge der Unzuständigkeit

Mit Verweis auf die Ausführungen zum Ersatzanspruch aus zivilrechtlichem Vertrag (vorne E. 3.3.3.2), erscheint die klägerische Forderung ohne Weiterungen als aussichtslos. Insbesondere gelingt der Klägerin der Beweis nicht, dass die Beklagte eine grössere Fläche als vereinbart genutzt haben soll, was ihr auch in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren nicht gelingen dürfte. Der Vollzug des Urteils ist jedoch nur aufzuschieben, wenn die Verrechnungsforderung der Klägerin glaubhaft erscheint. Da dies vorliegend nicht der Fall ist, ist es angemessen, die Verrechnungserklärung ohne weitere Massnahmen unberücksichtigt zu lassen.

3.3.6. Zusammenfassung

Die Klägerin kann das Vorliegen einer privatrechtlichen Forderung nicht belegen. Dabei ist einerseits davon auszugehen, dass sich die Parteien im Mietvertrag vom 16. Juli 2009 (act. 3/31) vergleichsweise über die gesamte Nutzung des klägerischen Grundstücks während der Bauphase geeinigt haben. Andererseits gelingt es der Klägerin nicht, eine konkludente Einigung über die Kosten einer allfälligen weitergehenden Mietfläche zu beweisen. Ein faktisches Mietverhältnis kommt mangels vorübergehender Duldung nicht in Frage. Ausserdem bestehen aufgrund der Rechtmässigkeit des Eigentumseingriffs keine ausservertraglichen Ansprüche. Schliesslich gelingt es der Klägerin nicht, die angebliche Mehrbeanspruchung durch die Beklagte hinreichend zu behaupten und zu beweisen. Folglich steht der Klägerin keine privatrechtliche Verrechnungsforderung zu. Für die Beurteilung allfälliger öffentlich-rechtlicher Ansprüche ist das angerufene Handelsgericht nicht zuständig, weshalb die Verrechnungseinrede diesbezüglich unberücksichtigt zu lassen ist. Da die geltend gemachte Forderung der Klägerin aussichtslos erscheint, sind keine weiteren Anordnungen zu treffen.

3.4. Unbefugte Materialentnahme

Die Klägerin macht weiter eine Gegenforderung von CHF 501'000.– für die Entnahme von Humus auf ihrem Grundstück geltend. Diese bringt sie ebenfalls zur Verrechnung.

3.4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten ist, dass die Beklagte vom Grundstück der Klägerin 681 m³ Humus entnommen hat und belasteten Boden entsorgt hat (act. 19 Rz. 121; act. 36 Rz. 116; act. 40 Rz. 76).

3.4.2. Parteistandpunkte

3.4.2.1. Klägerin

Die Klägerin hält fest, dass darüber hinaus weitere 3'361 m³ Material entnommen worden sei (act. 36 Rz. 113.7). Das Grundstück sei beim Erwerb im Jahr 2007 landwirtschaftlich genutzt worden. Aufgrund von Erfahrungswerten sei dabei von einer Humusschicht von rund 40 cm auszugehen. Diese sei von der Beklagten im Rahmen der Bauarbeiten grossflächig abgetragen und nicht wieder aufgefüllt worden (act. 1 S. 31 ff.)

Weiter sei auf den von der Klägerin genehmigten Plänen für das Eisenbahnviadukt vorgesehen gewesen, dass das Land unter dem Bauwerk auf das ursprüngliche Niveau aufzufüllen sei. Die Arbeiten seien jedoch nach einem späteren Plan ausgeführt worden, weshalb unter der Brücke Erdreich von 8'146.3 m³ fehle (act. 1 S. 33 f.).

In der Replik korrigiert die Klägerin ihre Forderung auf total CHF 501'000.–. Sie habe in der Zwischenzeit die Bodenverhältnisse prüfen lassen. Der Geometer sei zum Resultat gekommen, dass 3'361 m³ Material entnommen worden sei. Daraus resultiere ein Schaden von CHF 501'000.–, welcher sich aus den Kosten für die Wiedereinbringung ergebe (act. 36 Rz. 113.2 ff.).

3.4.2.2. Beklagte

Die Beklagte führt aus, es sei auf dem klägerischen Grundstück nur so weit Aushub getätigt worden, wie dies für das Projekt E. _____-bahn zwingend erforderlich gewesen sei. Konkret habe dies den Bereich unter und unmittelbar neben dem Brückenbauwerk betroffen. Der Humus sei abgeschält, vor Ort zwischengelagert und nach Abschluss der Arbeiten vor Ort wieder eingebaut worden. Die Be-

klagte sei aufgrund der Dienstbarkeit berechtigt gewesen, den für die Brücke erforderlichen Aushub zu tätigen. Lediglich ein Teil des Aushubs, der als belastet qualifiziert worden sei, sei abtransportiert und fachgerecht entsorgt worden. Dadurch sei das Grundstück aus dem Kataster der belasteten Standorte gelöscht worden und habe an Wert gewonnen (act. 19 Rz. 118 ff.).

Bezüglich des Terrains unter der Brücke stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass sich aus dem Dienstbarkeitsvertrag 2011 keine Pflicht ergebe, das Terrain wieder aufzufüllen. Vielmehr habe das BAV als zuständige Behörde die Brücke bewilligt; die Auffüllung sei nie ein Thema gewesen. Die Beklagte sei aufgrund der Dienstbarkeit berechtigt gewesen, das Terrain ihren Bedürfnissen anzupassen. Die Klägerin habe keine Einwände gegen die Terraingestaltung, die schon bei der Unterzeichnung des Dienstbarkeitsvertrages 2011 fertiggestellt gewesen sei, erhoben. Vielmehr sei sie bereit gewesen, für die Vorteile, die ihr der Raum unter der Brücke bringe, einen Beitrag von CHF 800'000.– zu bezahlen (act. 19 Rz. 124 ff.).

Schliesslich habe die Klägerin das Terrain genehmigt. Das Abnahmeprotokoll vom 2. März 2011 beziehe sich ausdrücklich auf das Terrain, wobei eine grossflächige Abhumusierung wie auch die Nichtauffüllung klar ersichtlich gewesen wäre (act. 19 Rz. 129).

3.4.3. Vertragliche Ansprüche

3.4.3.1. Rechtliches

Die Klägerin macht einen Anspruch aus Schlechterfüllung der beiden Mietverträge geltend. Dabei handelt es sich um eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 ff. OR (WOLFGANG WIEGAND in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK OR I, a.a.O., N 26 ff. zu Art. 97 OR). Eine Spezialregelung im Mietrecht, welche den allgemeinen Bestimmungen vorgehen würde, besteht nicht. Für eine Haftung des Schuldners wird vorausgesetzt, dass der Vertrag nicht oder nicht gehörig erfüllt werden kann, dass dem Gläubiger ein Schaden entstanden ist, wobei ein Kausalzusammenhang verlangt wird, und dass der Schuldner nicht beweisen kann, dass ihn

kein Verschulden trifft (WIEGAND, a.a.O., N 5 zu Art. 97 OR). Die Beweislast für die Vertragsverletzung, den Schaden und den Kausalzusammenhang obliegt dabei dem Geschädigten.

Die Rückgabe einer Mietsache ist in Art. 267 OR geregelt. Demnach hat der Mieter die Sache in dem Zustand zurückzugeben, der aufgrund der vertragsgemässen Nutzung zu erwarten ist (R. WEBER, a.a.O., N 4 zu Art. 267 OR). Die Beweislast für einen geltend gemachten Schaden und den Kausalzusammenhang liegt beim Vermieter (R. WEBER, a.a.O., N 5 zu Art. 267 OR). Der Vermieter hat den Zustand der Sache bei der Rückgabe zu prüfen und allfällige Mängel sofort zu melden (Art. 267a Abs. 1 OR). In der Regel erfolgt dies in einem Rückgabeprotokoll (R. WEBER, a.a.O., N 2 zu Art. 267a OR). Missachtet der Vermieter die auferlegten Prüfungs- und Meldepflichten, verwirkt er seine Ansprüche (Art. 267a Abs. 2 OR; R. WEBER, a.a.O., N 5 zu Art. 267a OR). Lediglich nicht erkennbare Mängel können später noch gerügt werden, sind aber sofort nach deren Entdeckung zu melden, wobei weiterhin der Beweis zu erbringen ist, dass der Mangel durch den Mieter verursacht worden ist (Art. 267a Abs. 3 OR; R. WEBER, a.a.O., N 4 zu Art. 267a OR).

3.4.3.2. Würdigung

a. Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf eine Schlechterfüllung der beiden Mietverträge über die Installationsplätze. Dabei hat sie darzulegen, dass die Beklagte die Sache, also die Grundstücksfläche, nicht ordnungsgemäss zurückgegeben hat. Vorab ist festzuhalten, dass ein vertraglicher Anspruch nur die vom Mietvertrag umfasste Fläche, bzw. den darauf fehlenden Humus, enthalten kann. Demgegenüber ist der Humus im Bereich der Dienstbarkeitsfläche allenfalls Gegenstand eines Anspruchs aus dem Vergleich 2003 oder dem Dienstbarkeitsvertrag 2011.

b. Die Fläche unter dem Viadukt ist durch den Dienstbarkeitsvertrag 2011 abgedeckt. Die Dienstbarkeit erlaubt es der Beklagten, eine Brücke über das klägerische Grundstück zu führen (act. 20/22). Eine Grunddienstbarkeit erlaubt dem Berechtigten, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nö-

tig ist (Art. 737 Abs. 1 ZGB). Massgebend sind dabei die Interessen des Berechtigten (PETER LIVER, Zürcher Kommentar, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Art. 730-792 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1980, N 15 zu Art. 737 ZGB). Darin ist auch das Recht enthalten, das Gelände so zu gestalten, wie dies für das Bauwerk sinnvoll ist. Unbestrittenermassen vereinfacht die heutige Terraingestaltung die Wartung und Kontrolle des Viadukts (act. 40 Rz. 33). Diese ist für den sicheren Bahnbetrieb unerlässlich. Der Geländeeinschnitt dient damit der Ausübung der Dienstbarkeit.

Die Dienstbarkeit ist möglichst schonend auszuüben (Art. 737 Abs. 2 ZGB). Der Berechtigte hat folglich die Interessen des Grundeigentümers zu berücksichtigen. Was ihr Interesse an der Auffüllung sein soll, legt die Klägerin nicht schlüssig dar. Sie hat geplant - und plant soweit ersichtlich immer noch - den Viadukt mit einer Tiefgarage zu unterbauen (act. 20/27/a Grundrisse, 2.UG; act. 37/50). Zu diesem Zweck wird sie früher oder später den Boden unter der Brücke ausheben müssen. Die gegenwärtige Gestaltung liegt daher zumindest teilweise auch in ihrem Interesse. Hinzu kommt, dass sich die Brücke, unter Annahme der Auffüllung des Bodens auf die frühere Höhe, zwischen 0.63 m und 2.30 m über dem Boden befinden würde (act. 3/20). Eine landwirtschaftliche Bewirtschaftung des Bodens ist unter diesen Umständen kaum denkbar, zumal der Boden nicht mit Maschinen bearbeitet werden könnte. Auch erscheint es nicht notwendig, auf der tiefer gelegenen Fläche unter dem Viadukt Humus auszubringen, da auch diese - bei einem Einschnitt von bis zu 1.57 m (act. 3/20) - nicht sinnvoll bewirtschaftet werden könnte. Entsprechend ist auch in dieser Hinsicht kein Interesse der Klägerin an der Wiederauffüllung ersichtlich. Soweit die Beklagte aber berechtigt war, das Terrain zu gestalten, war sie auch berechtigt, nicht mehr benötigten Boden zu entsorgen.

c. Die Beklagte hat der Klägerin mit E-Mail vom 18. Oktober 2010 angezeigt, dass die Bauarbeiten beendet sind und das Gelände fertiggestellt ist (act. 37/36). Eine gemeinsame Übergabe, mit Begehung des Grundstücks, hat in der Folge nicht stattgefunden. Die Klägerin hat am 2. März 2011 ein Abnahmeprotokoll unterzeichnet. Dieses ist als "Bauliche Abnahme der Anpassungsarbeiten inkl. Ge-

ländegestaltung" bezeichnet und nennt die "Parzelle Kat. Nr. 1 - A._____" (act. 20/24). Darin wird festgehalten, dass das Werk "keine Mängel" aufweise und dass "die baulichen Anpassungen [...] projektgerecht erstellt und abgenommen" sind (act. 20/24).

Die Klägerin macht geltend, bei der Unterzeichnung des Protokolls einem Irrtum unterlegen zu sein. Sie sei davon ausgegangen, dass das Bauwerk nach den von ihr genehmigten Plänen erstellt worden sei, dies sei jedoch nicht der Fall gewesen (act.36 Rz. 35). Wie zuvor ausgeführt (vgl. vorne E. 2.2.2), liegt ein Irrtum vor, wenn die eigene Vorstellung vom tatsächlichen Sachverhalt abweicht, dieser Irrtum für den Vertragsschluss wesentlich war und der Irrtum für die Gegenpartei erkennbar war.

Ob der behauptete Irrtum für die Klägerin subjektiv wesentlich war, kann offen gelassen werden. Ohnehin ist nicht von einer objektiv wesentlichen Grundlage für die Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls auszugehen. Wesentlicher Inhalt eines Abnahmeprotokolls, so auch im Rahmen eines Mietverhältnisses, ist die Bestätigung des Zustandes einer Sache. In diesem Sinne ist in objektiver Hinsicht einzig relevant, dass die Instandstellung - welche vorliegend abgenommen wurde - nach der Meinung der Unterzeichnenden mängelfrei erstellt worden ist. Welche Pläne bei der Erstellung verwendet worden sind, ist einzig in dem Sinne relevant, als dass dadurch ein Mangel klarer belegt werden kann. Es kann folglich nicht davon ausgegangen werden, dass ein durchschnittlicher Dritter, in Kenntnis der Tatsache, dass andere Pläne verwendet wurden als erwartet, das Abnahmeprotokoll grundsätzlich nicht unterzeichnet hätte. Zwar wäre wahrscheinlich, dass der Dritte unter diesen Umständen das Vorliegen von Mängeln gerügt hätte. Das Vorliegen von Plänen befreit jedoch nicht von der Prüfung der Sache. Es wäre an der Klägerin gewesen, vor der Bestätigung der Mängelfreiheit das Grundstück zu besichtigen.

Aus denselben Gründen wie beim Dienstbarkeitsvertrag 2011 ist auch die Erkennbarkeit des Irrtums bei der Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls zu verneinen. Wie erwähnt, war die Geländegestaltung im Zeitpunkt der Unterzeichnung längst fertiggestellt. Die Beklagte konnte daher nicht erkennen, dass die Klägerin

bei der Unterzeichnung von einer gänzlich anderen Situation ausgehen und diese für sie wesentlich sein könnte (vgl. auch vorne E. 2.2.3.1.b).

Mit Verweis auf die Ausführungen zum Dienstbarkeitsvertrag 2011 ist auch eine Täuschung seitens der Beklagten zu verneinen (vgl. vorne E 2.3.3). Der Klägerin gelingt es nicht, eine Täuschungshandlung zu beweisen, zumal im E-Mail-Verkehr zum Abnahmeprotokoll keine Pläne verwendet worden sind und die Beklagte die Klägerin ausdrücklich zur Besichtigung des Grundstückes eingeladen hat. Inwiefern unter diesen Umständen eine Täuschungsabsicht bestehen könnte, wird von der Klägerin ebenfalls nicht substantiiert dargelegt.

Entsprechend gelingt es der Klägerin nicht, das Vorliegen eines Willensmangels im Sinne der Art. 24 ff. OR zu beweisen. Damit ist das Abnahmeprotokoll vom 2. März 2011 rechtsgültig unterzeichnet worden und es stellt sich die Frage, welche Wirkungen dieses hat.

d. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, das Abnahmeprotokoll habe keine rechtliche Wirkung. Zwischen den Parteien habe es nie ein Projekt gegeben, so dass gar keine projektgerechte Fertigstellung möglich sei. Ausserdem sei ihr zugesichert worden, dass das Protokoll nur den Installationsplatz betreffe und keine weitergehende Wirkung habe (act. 36 Rz. 25). Demgegenüber hält die Beklagte daran fest, dass die Klägerin mit der Unterzeichnung des Protokolls die Geländegestaltung abgenommen und auf die Geltendmachung allfälliger Mängel verzichtet habe (act. 40 Rz. 4 ff.).

aa. Das Abnahmeprotokoll ist mit "Bauliche Abnahme der Anpassungsarbeiten inkl. Geländegestaltung" bezeichnet (act. 20/24). Damit wird der Umfang des "Werks" umrissen. Es geht aus der Bezeichnung klar hervor, welche Arbeiten abgenommen werden sollen, nämlich die Umgebungsarbeiten und die Geländegestaltung. Wie die Klägerin unter diesen Umständen verstanden haben will, es handle sich um die Abnahme des Viadukts (act. 36 Rz. 25 S. 85), ist nicht nachvollziehbar. Wie sie selbst hervorhebt, ist sie nicht die Abnahmebehörde für den Viadukt. Weshalb die Beklagte dann auf eine Abnahme insistieren sollte, legt sie nicht dar.

Weiter bezeichnet das Protokoll das Bauobjekt als "Parzelle Kat.-Nr. 1 - A._____" und das Gebäude als "Parz. 1 - A._____" (act. 20/24). Damit wird deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Abnahme die ganze Parzelle umfassen soll. Eine Einschränkung bezüglich der umfassten Fläche findet sich nicht. Insbesondere findet sich kein Hinweis darauf, dass lediglich der Installationsplatz abgenommen werden soll. Vielmehr geht es um die Geländegestaltung, welche sowohl auf dem Installationsplatz als auch unter dem Viadukt vorgenommen wurde. Die Klägerin selbst stützt sich auf den Vergleich 2003, nach welchem die Beklagte sämtliches Terrain wiederherzustellen habe (act. 36 Rz. 18). Auch wenn sich die Verpflichtung für die Dienstbarkeitsfläche aus dem Vergleich 2003 ergeben soll und diejenige für die Mietfläche aus dem Mietvertrag 2008, können diese Flächen im selben Protokoll abgenommen werden. Insbesondere wurden die Flächen gleichzeitig fertiggestellt und der Klägerin gleichzeitig zur Abnahme angemeldet. Folglich ist davon auszugehen, dass sämtliche von der Beklagten in Stand zu setzenden Flächen vom Abnahmeprotokoll umfasst werden.

bb. Inhaltlich hat die Klägerin mit der Unterzeichnung des Abnahme-Protokolls bestätigt, dass "die baulichen Anpassungen [...] projektgerecht erstellt und abgenommen" worden sind (act. 20/24). Die Klägerin geht davon aus, dass die Beklagte eine Pflicht getroffen habe, das Terrain wiederherzustellen. Dies leitet sie insbesondere aus dem Vergleich 2003 ab, wonach sich die Beklagte verpflichte, das Gelände auf ihre Kosten wiederherzustellen. Sie hebt dabei die Wiederherstellung hervor (act. 36 Rz. 18). Allerdings ergibt sich aus derselben Bestimmung, dass die Wiederherstellung in Absprache der Parteien erfolgen soll (act. 3/8 Ziff. 1.4 S. 5). Es erscheint daher nicht zwingend, dass das klägerische Grundstück in den Urzustand zurückversetzt werden muss. Eine vollständige Wiederherstellung wäre ohnehin nicht möglich und auch kaum gewünscht, zumal sich der Viadukt vorher nicht auf dem Grundstück befunden hat. Vielmehr erscheint vernünftig, dass das Grundstück direkt an die Bedürfnisse beider Parteien angepasst wird.

Die Klägerin bezieht sich sodann auf den Wortlaut des Protokolls. Es habe zwischen den Parteien gar kein Projekt gegeben (act. 36 Rz. 35). Alleine aus dem Wortlaut kann jedoch nichts zu Gunsten der Klägerin hergeleitet werden. Ob die

zu beurteilenden Arbeiten der Beklagten als "projektgerecht" oder anders bezeichnet sind, ist nicht relevant. Die Wiederherstellung sollte im Einvernehmen der Parteien erfolgen. Massgebend ist daher einzig, dass die Klägerin die Gestaltung als mängelfrei bezeichnet hat.

Ebenfalls nicht entscheidend ist, dass dabei ein SIA Protokoll erstellt worden ist. Zwar ist der Klägerin insofern zuzustimmen, dass zwischen den Parteien kein Werkvertrag abgeschlossen worden ist (act. 36 Rz. 35). Trotzdem erscheint die Verwendung eines Norm-Protokolls für die Abnahme angemessen. Es war den Parteien klar, dass die Mietsache für deren Nutzung verändert und am Ende wieder in Stand gesetzt werden muss. Dass hier ein mietrechtliches Protokoll wenig geeignet ist, ist nachvollziehbar.

Das Fehlen einer Saldoklausel (act. 36 Rz. 28 S. 85) kann daran ebenfalls nichts ändern. Dies ermöglicht der Klägerin lediglich, Ansprüche durchzusetzen, die nicht auf dem abgenommenen Terrain beruhen.

cc. Die Klägerin beantragt die Edition des Werkvertrages mit der R._____, weil sie nur so beurteilen könne, was bezüglich der Wiederherstellung in Auftrag gegeben worden sei (act. 36 Rz. 20). Dieser Vertrag wurde jedoch nicht zwischen den Parteien abgeschlossen, weshalb er für sie auch keine Wirkung entfalten kann. Massgebend ist einzig, dass die Klägerin bestätigt hat, dass die Arbeiten in ihrem Sinne ausgeführt worden sind. Dies hat sie dadurch zum Ausdruck gegeben, dass sie im Protokoll angegeben hat, dass keine Mängel beständen und dass sie das Werk abnehme.

dd. Aus dem eingereichten E-Mail-Verkehr zwischen I._____, Verwaltungsratspräsident der Klägerin, und S._____, Mitarbeiter der T._____ Ingenieure AG, kann die Klägerin ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. Aus den E-Mails ergibt sich klar, dass der Klägerin mitgeteilt worden ist, welchen Zweck die Abnahme haben soll (act. 37/36). Weiter erhellt, dass die Klägerin anfänglich mit dem Text des Abnahmeprotokolls nicht einverstanden war (act. 37/39). Es ist sodann auch ersichtlich, dass die Beklagte den Text mehrmals geändert hat, bis sich die Klägerin bereit erklärte, das Protokoll zu unterschreiben (act. 37/38, 37/41

und 37/46). Ausserdem geht aus den E-Mails hervor, dass die Beklagte der Klägerin den Abschluss der Arbeiten angezeigt hat (act. 37/36). Sie hat die Klägerin dazu eingeladen, an der gemeinsamen Begehung des Grundstücks mit der Generalunternehmerin teilzunehmen, dies hat die Klägerin abgelehnt (act. 37/42 und 37/43).

Damit ein Abnahmeprotokoll eine Wirkung erzielen kann, muss die Möglichkeit bestehen, die Sache zu prüfen. Die Beklagte hat mitgeteilt, dass sie das Grundstück soweit fertig gestellt hat. Ab diesem Moment hatte die Klägerin die Möglichkeit, die Arbeiten zu prüfen. Die Klägerin bestreitet, dass eine Übergabe stattgefunden haben soll (act. 36 Rz. 39). Eine formelle Übergabe war jedoch vorliegend auch nicht nötig. Die Beklagte hat das Grundstück der Klägerin geräumt und in Stand gestellt. Die Klägerin konnte ohne Weiteres wieder vollständig darüber verfügen. Weder aus dem Gesetz noch aus den verschiedenen Verträgen ergibt sich jedoch, dass eine gemeinsame Begehung bei der Übergabe zwingend sein soll. Die von der Klägerin zitierte Literatur (act. 36 Rz. 59) bezieht sich einzig auf den Werkvertrag. Ein solcher hat aber nicht vorgelegen. Mit der Unterschrift auf dem Abnahmeprotokoll haben die verschiedenen Beteiligten bestätigt, dass aus ihrer Sicht keine Mängel bestehen. Dies konnten sie auch unabhängig voneinander feststellen.

ee. Bei der Klägerin handelt es sich um eine Gesellschaft, die Architektur- und Bauleistungen erbringt (act. 3/3). Sie kennt die Bedeutung eines Abnahmeprotokolls. Wieso gerade dieses Abnahmeprotokoll überhaupt keine Wirkungen entfalten soll, legt sie nicht substantiiert dar. Sie beschränkt sich auf verschiedenste pauschale Behauptungen, wobei sie zahlreiche Zeugen nennt, welche diese stützen sollen (act. 36 Rz. 26). Da nicht davon auszugehen ist, dass die genannten Vertreter der Beklagten, nachdem diese die Ausführungen bestritten hat (act. 40 Rz. 18 und 149), die Argumentation der Klägerin bestätigen würden und von den Mitarbeitern der Klägerin aufgrund der bisherigen Darstellung keine weiterführenden Aussagen zu erwarten sind, ist auf eine Einvernahme zu verzichten. Dabei ist auch nicht relevant, ob die Klägerin eine Besichtigung des Grundstückes vorgenommen hat (act. 36 Rz. 26 S. 85), wobei die fehlende Besichtigung

ohnehin wenig glaubhaft erscheint und nicht bewiesen werden kann. Wenn sie sich auf die erhaltenen Pläne verlassen will, so ist dies ihre Sache, hat aber keine Auswirkungen zu ihren Gunsten. Sie hat das Gelände als mängelfrei abgenommen, was sie sich nun entgegenhalten lassen muss.

ff. Schliesslich ist in Bezug auf die Rechtzeitigkeit der Anfechtung im Sinne von Art. 31 OR auf die Ausführungen zur Anfechtung des Dienstbarkeitsvertrags zu verweisen (vorne E. 2.4). Aufgrund der klägerischen Ausführungen und der eingereichten Unterlagen ist auch beim Abnahmeprotokoll kaum von einer rechtzeitigen Anfechtung auszugehen.

e. Selbst wenn von einer gültigen Anfechtung des Abnahmeprotokolls ausgegangen werden könnte, kann die Klägerin gestützt auf den Mietvertrag keinen Anspruch geltend machen. In Anwendung von Art. 267a Abs. 1 OR sind Mängel an der zurückgegebenen Sache sofort zu rügen. Dasselbe gilt für den Werkvertrag, wo das Unterlassen der Prüfung nach Art. 370 Abs. 2 OR als stillschweigende Abnahme gilt. Zwar ist der Klägerin zugute zu halten, dass geringe Höhenunterschiede kaum erkennbar sind. Allerdings sind die gesamten Umstände in Betracht zu ziehen (R. WEBER, a.a.O., N 4 zu Art. 267a OR). Unter dem Viadukt wurde der Boden nicht wieder aufgefüllt, was die Klägerin ebenfalls als Mangel bezeichnet. Dies ist deutlich ersichtlich. Ebenso klar ist, dass sich der ursprünglich an dieser Stelle befundene Humus nicht mehr dort befindet. Es war somit evident, dass zumindest eine Verschiebung des Humus auf dem Grundstück stattgefunden hat. Demzufolge war es an der Klägerin, die Problematik anzusprechen und genauer zu prüfen, soweit sie diese bemängelt. Da dazu gewisse Abklärungen vonnöten waren, wäre der Klägerin allenfalls eine kurze Rügefrist zu gewähren. Die Rechnungsstellung am 22. und 31. Mai 2012 (act. 20/54), somit mehr als ein Jahr nach der Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls, kann jedoch nicht mehr als rechtzeitig angesehen werden.

f. Ohnehin gelingt es der Klägerin nicht, zu beweisen, dass dem Grundstück insgesamt tatsächlich Humus in grösserem Ausmass entnommen worden ist. In der Klageschrift behauptet die Klägerin die Humusentnahme lediglich pauschal (act. 1 S. 31 f.). In der Replik wird sie insofern genauer, als dass die neue Darstel-

lung auf einer von der Klägerin in Auftrag gegebenen Beurteilung eines Geometers beruht (act. 36 Rz. 113.3 ff.). Dabei handelt es sich jedoch um eine Parteibehauptung, der keine erhöhte Beweiskraft zukommt. Demgegenüber unterlegt die Beklagte ihre Darstellung mit dem offiziellen Schlussbericht "Entsorgung" (act. 20/44). Auch dieser ist als Parteibehauptung anzusehen, doch kommt ihm aufgrund seiner Entstehung ausserhalb dieses Verfahrens und zu Händen einer amtliche Stelle (act. 20/49) eine leicht erhöhte Glaubwürdigkeit zu.

Hinzu kommt, dass ein brauchbares Gutachten im heutigen Zeitpunkt nicht mehr möglich scheint. Die Terrainkoten sind nach der Darstellung der Klägerin vor dem Bauvorhaben nur ungenügend erfasst worden. Bezüglich der Dicke der Humusdecke stehen nur pauschale Behauptungen im Raum (act. 1 S. 31; act 36 Rz. 113.10 f.). Die dabei vorgebrachten 25-40 cm widersprechen jedoch der Auswertung der Sondierborung vom 17. Oktober 2001, die eine Humusdicke von 5 cm ergab (act. 37/7). Da die Forderung der Klägerin nur den Humus umfasst, müsste sie jedoch die Dicke dieser Schicht nachweisen können. Aufgrund der fehlenden Grundlagen wäre dies auch mit einem Gutachten nicht möglich, was die Klägerin selbst vorbringt (act. 36 Rz. 113.33). Der Beweis könnte der Klägerin folglich nicht gelingen. Entsprechend kann auch aus diesem Grund auf das Einholen eines Gutachtens über allfällig entnommenen Humus verzichtet werden. Da die Klägerin die Geländegestaltung und damit die Materialentnahme als mängelfrei abgenommen hat, fällt ein Gutachten ohnehin ausser Betracht.

g. Schliesslich wird auch der Schaden nicht näher quantifiziert. Die Klägerin hält lediglich pauschal fest, dass der Humus fehle und wieder einzubringen sei (act. 36 Rz. 113.12). Warum dies erforderlich sein soll, erklärt sie hingegen nicht. Gerade weil weiterhin ein Bauprojekt geplant ist und das Grundstück früher oder später ohnehin ausgehoben werden müsste, erscheint fraglich, ob sie überhaupt ein Interesse daran hat, den Humus wieder einzubringen. Der Geschädigte hat seinen Schaden konkret nachzuweisen (MARTIN A. KESSLER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK OR I, a.a.O., N 2 zu Art. 42 OR). Soweit die Wiedereinbringung nicht geplant ist, stellen die von der Klägerin geltend gemachten Positionen jedoch keinen Bestandteil des Schadens dar. Diesfalls wäre höchstens der Wert

des Humus zu ersetzen. Inwiefern allfällige Vorteile (Abtransport belastetes Material, Entfernung aus dem Kataster belasteter Standorte; Abtransport überflüssiges Material beim Bau) anzurechnen wären, kann unter diesen Umständen offen gelassen werden.

3.4.3.3. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Klägerin kein vertraglicher Anspruch auf Schadenersatz für entnommenen Humus zusteht. Die Klägerin hat die Geländegestaltung durch die Beklagte mit dem Abnahmeprotokoll vom 2. März 2011 genehmigt und damit zum Ausdruck gebracht, dass keine Mängel bestehen. Dabei ist nicht von versteckten Mängeln auszugehen, da das Fehlen der Erde unter dem Viadukt deutlich sichtbar war. Hinzu kommt, dass es der Klägerin nicht gelingt, das Vorliegen eines Schadens zu beweisen. Sie kann nicht nachweisen, dass auf dem Grundstück überhaupt Humus fehlt. Entsprechend kann ihr auch mangels eines Schadens kein Schadenersatz zugesprochen werden.

3.4.4. Ausservertraglicher Anspruch

3.4.4.1. Rechtliches

Die Klägerin stützt sich auch auf das Vorliegen eines ausservertraglichen Anspruchs. Hierfür hat sie zu beweisen, dass ein Schaden besteht, der durch ein kausales schädigendes Verhalten hervorgerufen worden ist. Weiter muss die Schädigung widerrechtlich erfolgt sein und den Schädiger ein Verschulden treffen (KESSLER, a.a.O., N 2c zu Art. 41 OR).

3.4.4.2. Würdigung

a. Die Klägerin macht eine widerrechtliche Schädigung im Sinne von Art. 41 ff. OR geltend. Dabei wird vorausgesetzt, dass der Schädiger widerrechtlich gehandelt hat. Wie gezeigt, hat die Beklagte das Grundstück der Klägerin gestützt auf die Mietverträge und den Dienstbarkeitsvertrag genutzt. Die Nutzung an sich ist folglich rechtmässig erfolgt. Nach Abschluss der Bauarbeiten hat die Beklagte das Gelände wiederhergestellt, was von der Klägerin im Abnahmeprotokoll vom

2. März 2011 bestätigt worden ist (vgl. vorne E. 3.4.3.2.c f.). Daraus erhellt, dass sich die Beklagte vertragsgemäss und damit rechtmässig verhalten hat, weshalb sich die Klägerin nicht auf eine ausservertragliche Schädigung berufen kann.

Dasselbe gilt für den behaupteten Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (act. 36 Rz. 113.31). Da eine allfällige Entnahme von Humus durch die Bauarbeiten bedingt war und die Klägerin diese letztlich genehmigt hat, rechtfertigt sich das Verhalten der Beklagten. Die Voraussetzungen von Art. 62 ff. OR sind nicht erfüllt.

b. Selbst wenn von einem widerrechtlichen Verhalten der Beklagten auszugehen wäre, besteht kein Anspruch der Klägerin. Wie gezeigt, gelingt es ihr nicht, nachzuweisen, dass überhaupt mehr Humus abtransportiert worden ist, als aufgrund der Verunreinigungen angezeigt war (vorne E. 3.4.3.3.i). Entsprechend gelingt ihr der Nachweis eines Schadens oder einer Entreicherung nicht, und die ausservertraglichen Ansprüche sind ebenfalls abzuweisen.

3.4.4.3. Fazit

Der Klägerin gelingt auch der Nachweis eines ausservertraglichen Anspruchs nicht, den sie gegen die beklagtische Forderung zur Verrechnung bringen könnte.

3.4.5. Anspruch aus dem Vergleich 2003

Die Klägerin macht ausserdem einen Anspruch aus dem Vergleich 2003 geltend. Dabei handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag (vgl. vorne E. 3.3.5.1). Für die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Verrechnungsforderungen ist das hiesige Handelsgericht nicht zuständig, weshalb die Verrechnungsforderung unberücksichtigt zu bleiben hat, soweit sie sich auf den Vergleich 2003 stützt (dazu vorne E. 3.2.1).

Die Klägerin bringt dabei vor, dass sich die Parteien bereits im Vergleich 2003 über die Höhe der Entschädigung für Nachteile, die durch die vorübergehende Beanspruchung entstehen, geeinigt hätten (act. 1 S. 31). Der Vertrag sieht

jedoch lediglich allgemein vor, dass die Nachteile zu entschädigen seien und sich die Parteien zu gegebener Zeit darüber einigen würden (act. 3/8 Ziff. 3.2). Auf jeden Fall besteht grundsätzlich ein Anspruch auf eine Entschädigung für erlittene Nachteile; in welcher Höhe, kann offen gelassen werden. Da es der Klägerin, wie gezeigt (vorne E. 3.4.3.3.i), nicht gelingen kann, die Entnahme von Humus von ihrem Grundstück nachzuweisen, und nicht davon auszugehen ist, dass sie in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren weitere Beweismittel vorlegen könnte, erscheint ein Aufschub der Vollstreckbarkeit bis zur Entscheid über die Verrechnungsforderung vorliegend nicht angemessen. Folglich ist die Forderung wegen unbefugter Materialentnahme ohne weitere Anordnungen unberücksichtigt zu lassen.

3.4.6. Fazit

Aus dem Gesagten erhellt, dass der Klägerin aus der behaupteten Entnahme von Humus keine privatrechtliche Forderung gegenüber der Beklagten zusteht. Einerseits gelingt es ihr aufgrund der Genehmigung der Geländegestaltung nicht, ein vertrags- oder rechtswidriges Verhalten der Beklagten zu beweisen. Andererseits kann sie auch nicht darlegen, in welchem Umfang tatsächlich Humus von ihrem Grundstück entnommen worden sein soll. Der Klägerin steht somit keine Forderung zu, welche sie zur Verrechnung bringen könnte.

Das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Forderung erscheint aufgrund derselben Umstände nicht glaubhaft. Entsprechend rechtfertigt es sich, die Verrechnungseinrede in Bezug auf diese Forderung gänzlich unbeachtet zu lassen.

3.5. Entschädigung für Fuss- und Radweg

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten eine Entschädigung von CHF 94'500.– für den von dieser erstellten Fuss- und Radweg entlang der H._____ geltend. Diese Forderung bringt sie ebenfalls zur Verrechnung.

3.5.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten ist, dass derzeit in der südwestlichen Ecke des Grundstücks ein Fuss- und Radweg von der ...-strasse her, unter dem Viadukt hindurch, über das Grundstück der Klägerin führt, bevor er am Rand des Grundstücks der H. _____ entlang geführt wird (act. 20/13). Der Weg beschlägt eine Fläche von rund 150 m² (act. 19 Rz. 143).

3.5.2. Parteistandpunkte

3.5.2.1. Klägerin

Die Klägerin macht - im Sinne eines Eventualstandpunktes - geltend, die Beklagte sei gestützt auf den Vergleich 2003 verpflichtet, ihr eine Entschädigung für die durch den Fuss- und Radweg belegte Fläche zu bezahlen.

In der Klageschrift führt die Klägerin aus, dass der Dienstbarkeitsvertrag 2011 die für die Fuss- und Fahrwegrechte beanspruchte Fläche offensichtlich nicht berücksichtige. Tatsächlich seien aber Fuss- und Fahrwege erstellt worden. Gestützt auf den Vergleich 2003 sei die Beklagte verpflichtet, der Klägerin diese Fläche zu entschädigen. Die Wege würden eine Fläche von ungefähr 380 m² belegen, was bei der vereinbarten Entschädigung von CHF 350.-/m² eine Entschädigung von CHF 133'000.- ergebe (act. 1 S. 36).

In der Replik korrigiert die Klägerin ihre Forderung nach unten. Der Radweg belege gemäss heutigem Stand 150 m² des Grundstücks. Hinzu komme eine weitere Fläche von 120 m², die hinzuzurechnen sei, weil sie durch den Weg nutzlos werde. Daraus ergebe sich eine Gesamtforderung von CHF 94'500.-, welche sie mit der beklagischen Forderung verrechne. Die Forderung leite sie aus dem Vergleich 2003 ab. Daraus ergebe sich, dass die Beklagte kostenpflichtig sei für den Dienstbarkeitsberechtigten. Das von der Beklagten vorgebrachte Sitzungsprotokoll werde bestritten, es sei darin keine Abweichung von der Rechtslage vereinbart worden. Nach dieser sei nach wie vor die Beklagte kostenpflichtig, was auch vom Kanton Zürich bestätigt werde (act. 36 Rz. 132 ff.).

3.5.2.2. Beklagte

Die Beklagte bringt dagegen vor, sie sei betreffend die klägerische Forderung nicht passivlegitimiert. In der ursprünglichen Planung sei vorgesehen gewesen, den Fuss- und Radweg auf dem Bahndamm entlang den Gleisen (auf der Böschung) zu führen. Dies sei mit der Planung des Viadukts aufgegeben worden, weshalb der Weg nicht mehr Gegenstand des eisenbahnrechtlichen Plangenehmigungsverfahrens gewesen sei. Im Vergleich 2003 sei vereinbart gewesen, dass die Beklagte die Baukosten bezahle und die Parteien die Differenzen in den Dienstbarkeitsflächen nach der Vollendung bereinigen würden. Die Klägerin und die Beklagte hätten dies im Dienstbarkeitsvertrag 2011 gemacht, mit dem Kanton Zürich habe sich die Klägerin bisher nicht geeinigt. Zuständig für den Bau des Fuss- und Radwegs, inklusive Enteignung und Entschädigung, seien nach wie vor der Kanton Zürich und die Stadt F._____ (act. 19 Rz. 138 ff.). Im Übrigen sei die Berechnung der Wegfläche falsch, der Anspruch sei verwirkt und das Handelsgericht für dessen Beurteilung nicht zuständig (act. 19 Rz. 143 ff.).

3.5.3. Rechtliches

Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf den Vergleich 2003, wobei sie daraus einen Anspruch gegenüber der Beklagten herleitet. Für die Voraussetzungen der Verrechnung (E. 3.1) sowie für die Zuständigkeit des Handelsgerichts (E. 3.2) ist auf die allgemeinen Ausführungen zu verweisen.

3.5.4. Würdigung

3.5.4.1. Rechtsnatur der Forderung

a. Die Klägerin stützt ihre Forderung in erster Linie auf den enteignungsrechtlichen Vergleich vom 20. August/5. November 2003 (act. 3/8). Dabei handelt es sich - wie gezeigt (E. 3.3.5.1) - um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag.

Weiter kommt eine Entschädigung aus einer Enteignung in Frage. Die Klägerin führt aus, der Weg gehöre zur Eisenbahnanlage. Entsprechend sei sie durch das Enteignungsrecht der Beklagten gedeckt (act. 36 Rz. 6.7). Demgegen-

über stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Wegbauten seien im kantonalen Richtplan vorgesehen und damit unabhängig von der eisenbahnrechtlichen Enteignung (act. 19 Rz. 141; act. 40 Rz. 234 f.).

So oder anders steht der zuständigen Organisationseinheit für die Erstellung des H.____-uferwegs ein Enteignungsrecht zu. Solange die Wege als Teil der Eisenbahnanlagen anzusehen sind, steht der Beklagten dafür in Anwendung von Art. 3 i.V.m. Art. 18 Abs. 6 EBG das Enteignungsrecht zu. Dazu sind insbesondere Zugänge zu den Haltestellen zu zählen. Handelt es sich um von der Eisenbahnanlage unabhängige Wege, richtet sich die Erstellung nach dem Strassengesetz. Gemäss § 1 des Strassengesetzes des Kantons Zürich (StrG) zählen auch Wege, insbesondere Rad- und Fusswege, zu den Strassen. Für den Bau von Strassen kann das zuständige Gemeinwesen das Enteignungsrecht beanspruchen (§ 15 Abs. 1 und 2 StrG). Entsprechend können der Kanton Zürich bzw. die Stadt F.____ für den Bau des H.____-uferwegs das Enteignungsrecht beanspruchen.

b. Sowohl für die Festlegung einer enteignungsrechtlichen Forderung als auch für die Prüfung einer Forderung aus dem Vergleich 2003, wie dies die Klägerin geltend macht (act. 36 Rz. 138), sind Verwaltungsbehörden zuständig. Dem hiesigen Handelsgericht fehlt es hingegen an der sachlichen Zuständigkeit zur Beurteilung der in Frage stehenden Forderung. Entsprechend ist die Verrechnungseinrede unbeachtet zu lassen. Darüber hinaus ist der geltend gemachte Anspruch summarisch zu prüfen, um die Erforderlichkeit zusätzlicher Massnahmen zu beurteilen. Die Beurteilung ist aufgrund der vorliegenden Akten vorzunehmen. Die Abnahme weiterer Beweise rechtfertigt sich bei einer summarischen Prüfung nicht.

3.5.4.2. Summarische Prüfung des Anspruchs

a. Unbestrittenermassen führt der H.____-uferweg auf einer Fläche von rund 150 m² über das Grundstück der Klägerin. Ebenso unbestritten ist, dass der Klägerin für diese Beanspruchung grundsätzlich eine Entschädigung zusteht. Strittig ist aber, wer der Klägerin diese Entschädigung zu entrichten hat. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sich die Beklagte im Vergleich 2003 zur Be-

zahlung der Entschädigung für die gesamte beanspruchte Fläche verpflichtet habe, weshalb die Forderung gegen sie gerichtet sei (act. 36 Rz. 132). Demgegenüber hält die Beklagte dazu fest, dass die Dienstbarkeit auf dem Grundstück der Klägerin zu Gunsten des Kantons Zürich eingetragen ist, weshalb sich die Klägerin an diesen zu halten habe (act. 19 Rz. 139).

b. Aus dem enteignungsrechtlichen Vergleich vom 20. August/5. November 2003 ergibt sich klar, dass der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks Kat.-Nr. 2 (heute 1) dem Kanton Zürich auf einer Fläche von ca. 850 m² (3.5 m Breite), östlich entlang dem Bahntrasse, ein Fuss- und Fahrradwegrecht (für die Öffentlichkeit) einräumt (act. 3/8 Ziff. 1.4). Dass die Dienstbarkeit zu Gunsten des Kantons Zürich und nicht zu Gunsten der Beklagten errichtet worden ist, wird denn von der Klägerin auch nicht bestritten (act. 36 Rz. 133). Aus dem Vergleich 2003 geht weiter hervor, dass die Beklagte die Klägerin für die eingeräumten Dienstbarkeiten entschädigt. Die Klausel lautet wörtlich: "Die B. _____ bezahlt der Einsprecherin für die Begründung dieser Dienstbarkeiten eine Entschädigung von Fr. 350.– pro m² Dienstbarkeitsfläche." Weiter wird festgehalten: "Das genaue Mass der Landbeanspruchung wird nach der Bauvollendung erhoben und allfällige Differenzen zu den der vorliegenden Berechnung zugrundeliegenden Dienstbarkeitsflächen werden zwischen den Parteien zum Ansatz von 350.– pro m² ausgeglichen. Aufgrund des in Aussicht genommenen Verzichts auf den westlich des Bahntrassees vorgesehenen Fussweges, wird die beanspruchte Fläche und damit die Entschädigung geringer ausfallen." (act. 3/8 Ziff. 3.1).

Die vertragliche Klausel betreffend die Entschädigungszahlung unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Flächen. Vielmehr verpflichtete sich die Beklagte, der Klägerin bzw. damals der Schweizerischen Eidgenossenschaft die Entschädigung für sämtliche beanspruchten Flächen zu bezahlen. Allerdings legt der zweite Absatz der Bestimmung nahe, dass sämtliche Vertragsparteien eine definitive Abrechnung vornehmen, wenn die beanspruchten Flächen definitiv feststehen. Partei des Vergleichs 2003 war, neben den Streitparteien im vorliegenden Verfahren, auch der Kanton Zürich (act. 3/8 Ziff. 1). Dieser ist, wie gesagt, Berechtigter der Dienstbarkeit für den Fuss- und Fahrradweg. Es kann daher nicht

ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass sich die Beklagte unwiderruflich verpflichtet haben soll, die Klägerin für sämtliche beanspruchten Flächen zu entschädigen. Vielmehr ist in erster Linie der Kanton Zürich als Berechtigter entschädigungspflichtig. Dieser ist gestützt auf den Vergleich 2003 auch in den Ausgleich der Flächen zu involvieren. Wenn die Klägerin vorbringt, die Beklagte habe den Weg aufgrund der Vereinbarung zu entschädigen, es sei nicht ihre Sache, weshalb sie sich darin dazu verpflichtet hat (act. 36 Rz. 14.6), so ist dem nicht zu folgen. Es ist gerade nicht Sache der Klägerin, wer die Kosten letztlich zu tragen hat. Aus dem Vergleich 2003 ergibt sich klar, dass die Dienstbarkeit dem Kanton Zürich zusteht, weshalb sich die Klägerin in erster Linie an diesen zu halten hat, wobei offen zu lassen ist, ob der Klägerin tatsächlich eine Entschädigung zusteht. Wieso die Beklagte die Kosten ursprünglich übernommen hat, ergibt sich aus dem Vergleich 2003 nicht. Eine Kostenübernahme könnte die Klägerin gegenüber der Beklagten (so act. 36 Rz. 42) jedoch ohnehin nicht geltend machen, das wäre Sache des Kantons Zürich.

Die Klägerin offeriert die Befragung von N._____, Baudirektion des Kantons Zürich, und führt dazu aus, dieser würde bestätigen, dass aus seiner Sicht die Beklagte für die Entschädigung zuständig sei (act. 36 Rz. 134 ff.). Sie reicht auch eine E-Mail ein, in welcher N._____ ausführt, er sehe keinen Grund, weshalb der Kanton eine Entschädigung zu zahlen habe, der H._____uferweg führe einzig aufgrund des Viadukts über das klägerische Grundstück. Es liege daher auf der Hand, dass die Beklagte für die Entschädigung für die Dienstbarkeit aufzukommen habe (act. 16). Alleine der Hinweis auf eine Meinung eines Mitarbeiters der zuständigen Behörde - wobei die Beklagte O._____, Landerwerb Kanton, als zuständig erachtet (act. 19 Rz. 140; act. 3/34 Ziff. 4) -, stellt keine behördliche Auskunft dar, die eine erhöhte Verbindlichkeit haben könnte. Eine solche ist im Verwaltungsrecht gegeben, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, N 668 ff.). Der Vertrauensschutz kann aber nur gegenüber der Auskunft erteilenden Behörde geltend gemacht werden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 697 f.). Für das vorliegende Verfahren kann die Auskunft folglich keine Wirkungen haben.

Die Begründung von N._____ ist zwar nachvollziehbar, doch beschlägt sie das Verhältnis zwischen der Beklagten und dem Kanton Zürich. Die Klägerin kann daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Klägerin bringt weiter vor, die Kostentragung sei nur logisch, da die Beklagte nach dem Vergleich auch sämtliche Kosten des Kantons Zürich zu tragen habe. Dies ergibt sich in dieser Absolutheit nicht aus dem Vertrag. Dort wird lediglich festgehalten, dass die Beklagte die geplanten Wege auf eigene Kosten erstelle. Ein schlüssiger Beweis dafür, dass sie damit auch die Kosten für eine Dienstbarkeit tragen soll, ist in dieser Regelung (act. 3/8 Ziff. 1.4) jedoch nicht zu sehen.

c. Zu berücksichtigen ist auch die bauliche Situation. Die Klägerin macht dazu geltend, dass aufgrund des Unterbruchs des Weges von einer Eisenbahnanlage auszugehen sei. Daraus ergebe sich auch die Zahlungspflicht (act. 36 Rz. 6.7). Eine dem Bahnbetrieb dienende Anlage besteht nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wenn sachlich und räumlich ein notwendiger, enger Zusammenhang der Anlage mit dem Bahnbetrieb besteht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3341/2013, A-3384/2013 und A-3396/2013 vom 17. März 2014, E. 7.4.5). Für den in der ursprünglichen Planung vorgesehenen Fuss- und Radweg kann dies wohl bejaht werden. Dieser sollte auf dem Bahndamm den Geleisen entlang führen und diese überqueren. Gleichzeitig wäre es möglich gewesen, die Haltestelle "G._____" über diesen Weg zu erreichen.

Bei der aktuellen Wegführung fehlt es an einer solchen Verbindung. Aufgrund der Kreuzung besteht zwar ein räumlicher Zusammenhang, welcher sich auch darin zeigt, dass der Weg aufgrund des Viadukts verschoben werden musste. Ein sachlicher Zusammenhang ist jedoch nicht ersichtlich, zumal kein Zugang zur Haltestelle mehr möglich ist. Diese Auslegung deckt sich auch mit Art. 18 Abs. 6 EBG, wonach zur Eisenbahnanlage auch die mit dem Bau und Betrieb zusammenhängenden Erschliessungsanlagen gehören. Inwiefern vorliegend der H._____-uferweg dem Betrieb der E._____-bahn dienen soll, wird von der Klägerin nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich.

Die Änderung der Planung hatte zur Folge, dass die Wegführung nicht mehr im Rahmen des eisenbahnrechtlichen Plangenehmigungsverfahrens bewilligt

werden konnte. Die Klausel, wonach die Wege entsprechend der Genehmigung des BAV zu erstellen seien (act. 3/8 Ziff. 1.4 S. 8), kann folglich keine Wirkung mehr entfalten. Ebenso wenig kann massgebend sein, wo der Weg auf den beim BAV eingereichten Plänen eingezeichnet ist (act. 36 Rz. 10.5 S. 20). Diese Konsequenzen sind der Klägerin bekannt, nahm sie doch wiederholt an Sitzungen teil, welche just dieses Thema zum Gegenstand hatten. Aus dem von der Beklagten vorgelegten Sitzungsprotokoll vom 1. Oktober 2007 (act. 20/6) erhellt klar, dass die Klägerin an der Sitzung teilgenommen hat und dass damals unter anderem festgehalten worden ist, dass der Fuss- und Radweg losgelöst und unabhängig vom Projekt E.____-bahn durch die Stadt F.____ zusammen mit dem Kanton Zürich (AWEL, VD/VIS) und im Rahmen des Gestaltungsplans der Klägerin bearbeitet werde (act. 20/6 S. 3). Zudem wurde die Wegführung in der Bewilligung der Baudirektion des Kantons Zürichs/AWEL vom 19. Februar 2008 thematisiert, welche der Klägerin gemäss Mitteilungssatz zugestellt worden ist (act. 37/21 Dispositiv-Ziff. V., S. 8 und S. 9). Ebenso ergibt sich aus dem Sitzungsprotokoll vom 5. Februar 2009 (act. 20/34) die Teilnahme der Klägerin und die Feststellung, dass die provisorische Fusswegerschliessung bis zur Überbauung des Grundstückes zwischen der Klägerin und der Stadt F.____ zu vereinbaren sei. Alleine diese formelle Trennung legt nahe, dass sich die Klägerin für die Entschädigung nicht mehr an die Beklagte halten kann.

Die Klägerin führt ausserdem an, der Weg müsse in Zukunft grossflächig über ihr Grundstück geführt werden, wofür die Beklagte ebenfalls entschädigungspflichtig sei (act. 1 S. 12 f.; act. 36 Rz. 14.15 ff.). Dabei verkennt die Klägerin, dass hierbei der Zusammenhang mit dem Bahnprojekt erst recht nicht mehr besteht. Die Wegführung resultiert - nach der klägerischen Darstellung - aus dem Vorliegen einer Freihaltezone in der südöstlichen Grundstücksecke (act. 1 S. 12; act. 36 Rz. 15). Diese hat folglich einen Zusammenhang mit der Richt- und Raumplanung sowie allenfalls einem Gestaltungsplan. Eine Grundlage, die zu einer Kostentragung der Beklagten führen könnte, ist nicht ersichtlich.

d. Hinzu kommt, dass es sich bei der aktuellen Wegführung um einen provisorischen Verlauf handelt, wie selbst die Klägerin festhält (act. 1 S. 12; act. 36

Rz. 14.15 ff.). Die definitive Beanspruchung des klägerischen Grundstückes durch die Dienstbarkeit zu Gunsten des Kantons Zürich wird erst festgelegt werden können, wenn der Gestaltungsplan für die Bebauung weiter fortgeschritten ist. Entsprechend wird auch eine allfällige Entschädigung zu Gunsten der Klägerin erst dann definitiv bestimmt werden können. Soweit ersichtlich, kann dafür derzeit kein Zeithorizont genannt werden.

3.5.5. Fazit

Der Klägerin stehen für die Beanspruchung ihres Grundstücks durch den Fuss- und Fahrradweg keine zivilrechtlichen Ansprüche zu. Für die Beurteilung allfälliger öffentlich-rechtlicher Ansprüche (Enteignung, verwaltungsrechtlicher Vertrag) ist das Handelsgericht des Kantons Zürich sachlich nicht zuständig. Entsprechend kann das hiesige Handelsgericht die Verrechnungsforderung nicht beurteilen.

Aufgrund der summarischen Prüfung erscheint ein Anspruch der Klägerin auf Entschädigung der durch die Fuss- und Radwege beanspruchten Flächen nicht aussichtslos. Allerdings ergibt die Prüfung, dass der Klägerin in erster Linie ein Anspruch gegen den Dienstbarkeitsberechtigten, den Kanton Zürich, zustehen dürfte. Eine Forderung kann nur verrechnet werden, wenn Haupt- und Verrechnungsforderung zwischen den gleichen Parteien bestehen (Erfordernis der Gegenseitigkeit). Die Glaubhaftmachung einer Entschädigungsforderung gegenüber der Beklagten gelingt der Klägerin hingegen nicht. Da ausserdem aufgrund des erst provisorischen Verlaufs des Weges bis auf weiteres nicht mit einem definitiven Entscheid über die Kostentragung zu rechnen ist, rechtfertigt es sich, diese Verrechnungsforderung der Klägerin ohne weitere Anordnungen unberücksichtigt zu lassen.

3.6. Ersatz von Planungskosten

Schliesslich stellt die Klägerin der beklagten Forderung eine Verrechnungsforderung von CHF 325'799.– für Planungsmehraufwand gegenüber.

3.6.1. Parteistandpunkte

3.6.1.1. Klägerin

Die Klägerin verlangt gestützt auf Ziffer 3.3 des Vergleichs 2003 (act. 3/8) Ersatz von Planungskosten. Sie führt aus, sie habe im Zusammenhang mit der Ausarbeitung des Gestaltungsplans bereits zahlreiche Detailstudien erarbeitet und es sei ihr durch die Bahnquerung ein Mehraufwand entstanden. Allein die Diskussion und Planung der Projektänderung (vom Damm zur Brücke) habe bei der Klägerin erhebliche Kosten verursacht. Zudem habe sie durch ihre Fachleute einen wesentlichen Beitrag an die Planungsarbeiten für die Bewerkstellung des Viadukts geleistet (act. 1 S. 38 f.).

In der Replik hält die Klägerin daran fest, dass sämtliche Mehrkosten, die unvermeidbar seien, zu vergüten seien. Sie habe durch einen Fachexperten prüfen lassen, welche unvermeidbaren Mehrkosten durch die E.____-bahn entstehen könnten. Die meisten würden im Zusammenhang mit statischen Überlegungen stehen. Die Quantifizierung des Teils der bisherigen Planungskosten, die als Mehrkosten anzusehen seien, sei schwierig, wenn nicht unmöglich. Deshalb habe die Klägerin eine pauschale Herangehensweise gewählt. Sie zeigt sodann auf, dass voraussichtlich planerische Mehrkosten von über CHF 1'000'000.– anfallen würden, womit es sich beim bisher angefallenen Mehraufwand um eine konservative Schätzung handle (act. 36 Rz. 141.2 ff.).

3.6.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet die Forderung im Grundsatz und der Höhe nach und rügt deren ungenügende Substantiierung. Sie weist auch darauf hin, dass weder eine vertragliche Grundlage ersichtlich sei, noch der Beklagten Planungskosten für die Projektänderung entstanden seien, da die Projektänderung am 1. Oktober 2007 (act. 20/6 Ziff. 3 Abs. 1) beschlossen worden sei und die erste Ankündigung der Klägerin, einen Gestaltungsplan auszuarbeiten, erst am 15. Januar 2008 (act. 20/7 Ziff. 1.2) ergangen sei. In der Folge habe sich der Termin des Gestaltungsplans sodann immer wieder verschoben, namentlich auf den Frühling 2009

(act. 20/34 Ziff. 2) hin. Schliesslich erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung (act. 19 Rz. 148 ff.).

Die Beklagte bestreitet die Forderung der Klägerin auch in der Duplik. Die Anerkennung durch die Beklagte im Vergleich 2003 sei im Zusammenhang mit dem Antrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft zu lesen. Damals sei noch unklar gewesen, ob die Planungswerte bei den Immissionen eingehalten werden könnten. Dies sei heute klar. Auch den damaligen Bedenken in statischer Hinsicht sei mit der Brücke Rechnung getragen worden. Planungskosten, wie sie die Klägerin gelten mache, würden hingegen nicht unter die Klausel fallen. Ebensowenig seien andere Kosten und Mehraufwände zu ersetzen, die die Klägerin ankündige. Die angebliche Forderung sei zudem nicht substantiiert. Es handle sich um Mehrkosten, die "entstehen könnten", wobei der von der Klägerin so bezeichnete Fachexperte lediglich ausführe, die meisten würden im Zusammenhang mit statischen Überlegungen stehen. Zahlen zu diesen Mehrkosten nenne die Replik nicht, diese verweise lediglich auf eine Aktennotiz, die als Parteibehauptung anzusehen sei (act. 40 Rz. 97 ff und Rz. 242 ff.).

3.6.2. Würdigung

3.6.2.1. Rechtsnatur der Forderung

Die Klägerin stützt ihre Forderung auf den enteignungsrechtlichen Vergleich vom 20. August/5. November 2003. Eine andere vertragliche Grundlage oder ausservertragliche Ansprüche sind nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht. Insbesondere fehlt es im Dienstbarkeitsvertrag 2011 an einer Regelung allfälliger Mehrkosten. Ausserdem ist aufgrund der Rechtmässigkeit des Viadukts (Enteignung/Dienstbarkeit) kein Schadenersatzanspruch aus Art. 41 OR geschuldet.

Da es sich beim Vergleich 2003 um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag handelt (vorne E. 3.3.5.1), ist das hiesige Handelsgericht für die Beurteilung der Verrechnungsforderung nicht zuständig. Entsprechend ist für die Verrechnungsforderung lediglich eine summarische Prüfung des Anspruchs vorzunehmen, um

zu klären, ob weitere Anordnungen zu treffen sind. Die Beurteilung ist aufgrund der vorliegenden Akten vorzunehmen. Die Abnahme weiterer Beweise rechtfertigt sich bei einer summarischen Prüfung nicht.

3.6.2.2. Summarische Prüfung

a. Der enteignungsrechtliche Vergleich 2003 (act. 3/8) enthält eine Regelung für die Tragung von Mehrkosten. Unter der Ziffer 3.3 "Mehrkosten" findet sich darin das Begehren Nr. 9, das wie folgt lautet: "Allfällige Mehrkosten, welche der Einsprecherin bei einer Überbauung von Kat.-Nr. 2 [neu 1] zufolge Rücksichtnahme auf die Stadtbahn in statischer und immissionsmässiger Beziehung entstehen, seien dem Bund zu vergüten." Dieses Begehren wurde von der Beklagten anerkannt. Wörtlich wird ausgeführt: "Die B. _____ anerkennt das Begehren und sie verpflichtet sich, bei einer Überbauung des Grundstücks Kat.-Nr. 2 der Einsprecherin die ausgewiesenen und unvermeidbaren Mehrkosten, welche von der Stadtbahn verursacht werden, zu ersetzen. Mehrkosten gelten als unvermeidbar, wenn keine gleichwertige alternative Lösung gefunden werden kann, welche keine oder geringere Mehrkosten verursacht. Im Rahmen der allgemeinen Koordinationspflicht einigen sich die Parteien über die Art und die Höhe der zu ersetzenden Mehrkosten."

Die Klägerin schliesst aus der Formulierung der Anerkennungsklausel und aus den Protokollen zur Einigungsverhandlung, dass sämtliche Mehrkosten, die in irgend einer Weise mit dem Viadukt zusammenhängen, von der Beklagten zu ersetzen seien (act. 36 Rz. 6.3 S. 12 f.). Dies bringt sie auch dadurch zum Ausdruck, dass sie zu erwartende Mehrkosten in der Höhe von insgesamt rund CHF 16'000'000.– aufführt, die verschiedenste Ursachen hätten (act. 36 Rz. 141.4 f.). Dieser pauschalen Auslegung der Klägerin ist nicht zu folgen. So erscheint aufgrund des Wortlautes deutlich wahrscheinlicher, dass die Anerkennung der Beklagten lediglich bauliche Massnahmen im Bereich der Immissionen und der Statik umfasst. Daran ändern die Protokolle nichts. Daraus ergibt sich lediglich, dass die Beklagte der Meinung war, dass eine Aufzählung der möglichen Massnahmen nicht nötig sei (act. 37/3 Ziff. 2.8) und dass für die "Massnahmen Stadtbahn" die Beklagte verantwortlich sei (act. 37/4 S. 2). Offen gelassen wird

aber nur die Formulierung, nicht der Grund der Mehrkosten (act. 37/4 S. 2). Soweit ersichtlich gab es keinen Grund für die Beklagte, ohne entsprechendes Begehren jegliche Mehrkosten der Einsprecherin bzw. nun der Klägerin zu übernehmen. Dies wird von der Klägerin auch nicht näher begründet. Insbesondere wird die Bestimmung keine Grundlage sein, um "Wertverluste" aufgrund geringerer bebaubarer Flächen zu entschädigen. Die Beklagte hat mit der Dienstbarkeit das Recht, einen Viadukt über eine genau definierte Fläche des Grundstückes zu führen. Auch besteht für den H._____-uferweg eine Dienstbarkeit. Wenn dies die Ausnutzung durch die Klägerin einschränkt, so ist dies bereits durch die Entschädigung für die Dienstbarkeit abgegolten. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Klägerin nur Mehrkosten, die aufgrund von Immissionen und statischen Überlegungen entstehen, geltend machen kann. Ausserdem ist gestützt auf den Vertrag erforderlich, dass die Mehrkosten unvermeidbar und ausgewiesen sind.

b. Die Klägerin beziffert ihre Forderung mit einer Honorarberechnung nach SIA LHO 102 (2003) (act. 3/41) und einer Aktennotiz vom 6. Februar 2015 von P._____, Q._____ AG (act. 37/29). Die Honorarberechnung ist bezeichnet mit "Kostenschätzung nach Baugesuchsplanung und Anforderungen Bauherr". Sie führt honorarberechtigte Baukosten von CHF 19'664'140.– auf. Die angeblich durch den Viadukt entstandenen Mehrkosten werden als Teilaufträge gekennzeichnet, wobei dies einen Honoraranteil von 10.5% ergibt. So ergibt sich der von der Klägerin geltend gemachte Betrag von CHF 325'799.– (act. 3/41). Die Aktennotiz von P._____ führt verschiedene Kosten bzw. Kostenschätzungen auf, wobei sie sich teilweise auf Angaben der Klägerin stützt. Eine Kostenschätzung im Bereich des Planung ergibt total CHF 690'000.– (act. 37/29 S. 2 f.).

Mit diesen Dokumenten gelingt es der Klägerin nicht, ihre Forderung glaubhaft zu machen, geschweige denn zu beweisen. Es ist darauf hinzuweisen, dass - unabhängig von einer Beschränkung auf Statik und Immissionen - lediglich ausgewiesene und unvermeidbare Mehrkosten zu ersetzen wären. Eine Kostenschätzung vermag keine Kosten auszuweisen. Daran ändert auch die Behauptung nichts, dass die betreffenden Mitarbeiter nicht mehr für die Klägerin tätig seien. Dasselbe gilt für den Verweis auf angeblich vorliegende Stundenlisten, zumal

die Klägerin selbst sagt, eine Zuordnung zum unvermeidbaren Mehraufwand sei nicht möglich (act. 36 Rz. 141.4). In Bezug auf den Beitrag an die Planungsarbeiten für den Viadukt (act. 1 S. 39) belässt es die Klägerin ebenfalls bei einer unsubstantiierten Behauptung, wobei nicht ersichtlich ist, welche Leistungen hier erbracht worden sein sollen. Es ist Sache der Klägerin, die entstandenen Kosten detailliert darzulegen. Die vagen Aussagen genügen dafür nicht.

In Bezug auf die Unvermeidbarkeit wäre sodann substantiiert darzulegen, wieso diese Kosten nicht vermieden werden können. Die Klägerin begnügt sich dabei mit einem pauschalen Hinweis, welcher dafür nicht taugt. Im Übrigen ist ein allfälliger Ersatz klar auf Mehrkosten beschränkt. Auch hierzu macht die Klägerin keine substantiierten Ausführungen. Insbesondere ist bei der Planung davon auszugehen, dass die Überbauung ohnehin hätte geplant werden müssen, weshalb nicht alle Kosten, die einen Zusammenhang mit dem Viadukt haben, als Mehrkosten anzusehen sind.

Als weitere Beweismittel nennt die Klägerin verschiedene Zeugen und beantragt die Erstellung eines Gutachtens zur Frage, welche der unter Ziffer 3 der Klagebeilage 29 (gemeint ist wohl die Replikbeilage 29, act. 37/29) genannten Positionen als Mehraufwand zu qualifizieren sind, der mit Statik/Immissionen zusammen hängt (act. 36 Rz. 141.3), sowie eines Gutachtens zum Bestand und zur Bezifferung der Forderung für planerischen Mehraufwand (act. 36 Rz. 141.4). Zur Beurteilung der provisorischen Prozessaussichten der Klägerin sind keine weiteren Beweismittel abzunehmen. Immerhin ist anzumerken, dass das Gutachten zur Beurteilung der einzelnen Positionen in act. 37/29 nichts zur Beurteilung der Forderung beitragen könnte, da es sich nur um Kostenschätzungen handelt. Ohnehin nicht relevant sind Kosten, die die Klägerin aufzählt, aber nicht geltend macht. Ein Gutachten über die Frage, welchen Minderwert die Klägerin durch die Anpassung der Überbauung infolge Rücksichtnahme auf den erstellten Radweg erleidet, ist daher nicht anzuordnen (act. 36 Rz. 14.19). Ein Gutachten zur Bezifferung des eigenen Aufwands wäre ebenfalls nicht zu erstellen. Die Klägerin trifft die Behauptungs- und Beweislast. Ein Gutachten kann dabei die substantiierte Behauptung nicht ersetzen. Insbesondere handelt es sich bei der Darlegung der eigenen Kos-

ten um einen Bereich, den alleine die Klägerin dokumentieren kann. Ein Gerichtsgutachten kann nicht dazu dienen, Behauptungen und Beweise zu erstellen, die von der Partei vorgängig ins Verfahren eingebracht werden müssten.

c. Aus dem Gesagten erhellt, dass die Verrechnungsforderung der Klägerin aussichtslos erscheint. Abgesehen davon, dass gestützt auf den Vergleich wohl ohnehin nur diejenigen Mehrkosten zu ersetzen wären, welche aufgrund der Statik und von Immissionen entstehen, gelingt es der Klägerin nicht, die weiteren Voraussetzungen darzulegen. So kann sie weder glaubhaft machen, dass ihr die behaupteten Kosten überhaupt entstanden sind, noch dass es sich dabei um Mehrkosten aufgrund des Viadukts handelt, geschweige denn um unvermeidbare.

3.6.3. Fazit

Die Verrechnungsforderung der Klägerin von CHF 325'799.– stützt sich - wenn dafür überhaupt eine Grundlage besteht - auf den enteignungsrechtlichen Vergleich vom 20. August/5. November 2003. Folglich handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch, für dessen Beurteilung das Handelsgericht des Kantons Zürich nicht zuständig ist. Die summarische Prüfung der Forderung im Hinblick auf die erhobene Einrede der Verrechnung ergibt, dass es der Klägerin nicht gelingt, den behaupteten Anspruch mit den bisher eingereichten und beantragten Beweismitteln glaubhaft zu machen. Dementsprechend sind keine weiteren Anordnungen zu treffen.

4. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die Forderung der Beklagten beruht auf einem Dienstbarkeitsvertrag zwischen den Parteien vom 20. Januar 2011. Der Klägerin gelingt es nicht, die von ihr geltend gemachten Willensmängel zu beweisen, zumal der Viadukt und der H.____-uferweg zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung auf ihrem Grundstück gestanden haben und fertiggestellt waren. Entsprechend ist der Dienstbarkeitsvertrag gültig zu Stande gekommen und die beklagtische Forderung ausgewiesen.

Die Klägerin bringt verschiedene Verrechnungsforderungen gegenüber der Beklagten vor. Soweit sich diese Forderungen auf eine öffentlich-rechtliche Grundlage stützen, ist das hiesige Handelsgericht für deren Beurteilung nicht zuständig. Da bei der Verrechnungseinrede auch die Begründung teilweise in Rechtskraft erwächst, sind diese Forderungen entsprechend gänzlich unberücksichtigt zu lassen.

In Bezug auf die Miete des Installationsplatzes macht die Klägerin zivilrechtliche Ansprüche geltend. Es gelingt ihr aber nicht, substantiiert darzulegen, dass die Beklagte grössere als die durch die beiden Mietverträge abgeholzten Flächen beansprucht hat. Entsprechend ist diese Forderung abzuweisen. Auch gelingt es der Klägerin nicht, nachzuweisen, dass die Beklagte Humus von ihrem Grundstück entnommen hat, wofür ihr ein zivilrechtlicher Schadenersatz zustehen würde, weshalb auch diese Forderung abzuweisen ist.

In Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Ansprüche für die Beanspruchung während der Bauzeit, die Materialentnahme, die Beanspruchung durch den H.____-uferweg und den Ersatz von Planungskosten ist festzuhalten, dass die Forderungen aufgrund einer summarischen Prüfung allesamt als aussichtslos anzusehen sind. Hinzu kommt, dass die Beklagte zugesichert hat, allfällige von Verwaltungsbehörden zugesprochene Forderungen zu begleichen. Somit rechtfertigt es sich vorliegend, keine weiteren Massnahmen zu treffen und die Forderungen ohne weiteres unberücksichtigt zu lassen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Forderung der Beklagten gutzuheissen ist, während die zur Verrechnung gebrachten Forderungen der Klägerin teilweise abzuweisen und teilweise unberücksichtigt zu lassen sind. Entsprechend ist der in Betreuung gesetzte Betrag weiterhin geschuldet und die Aberkennungsklage ist abzuweisen.

5. Definitive Rechtsöffnung

Die Beklagte beantragt die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dübendorf (Zahlungsbefehl vom 27. Januar 2012).

Die Abweisung der Aberkennungsklage bewirkt in betreibungsrechtlicher Hinsicht, dass die provisorische Rechtsöffnung mit der Rechtskraft der Urteils von Gesetzes wegen zur definitiven wird. Eine gerichtliche Anordnung ist folglich nicht erforderlich, kann aber erfolgen (STAEHELIN, BSK SchKG I, a.a.O., N 63 zu Art. 83 SchKG).

Da die Beklagte die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung beantragt hat, rechtfertigt es sich, diese formell anzuordnen. Entsprechend ist der Antrag gutzuheissen und die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Streitwert

Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Im Rahmen einer Aberkennungsklage richtet sich der Streitwert nach dem Betrag der Forderung (STAEHELIN, BSK SchKG I, a.a.O., N 48 zu Art. 83 SchKG). Dabei sind Zinsen, die als selbständige Forderung geltend gemacht werden, ebenfalls zu berücksichtigen (VIKTOR RÜEGG in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, BSK ZPO, a.a.O., N 5 zu Art. 91 ZPO). Entsprechend der in Betreuung gesetzten Forderung beträgt der Streitwert vorliegend CHF 697'327.50.

6.2. Gerichtskosten

Die Kosten für die Aberkennungsklage richten sich nach den Bestimmungen der ZPO über die Gerichtsgebühren, die GebV SchKG ist nicht anwendbar (STAEHELIN, BSK SchKG I, a.a.O., N 68 zu Art. 83 SchKG). Die Gerichtskosten sind gestützt auf die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) festzulegen. Unter Berücksichtigung der durchgeführten Vergleichsverhandlung sowie der zahlreichen Akten und des daraus resultierenden

erheblichen Aufwands des Gerichts sind die Gerichtskosten in Anwendung von § 4 Abs 1 und 2 GebV OG auf vier Drittel der Grundgebühr festzusetzen. Die Kosten sind nach Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Die Klägerin unterliegt vorliegend vollumfänglich, weshalb ihr die Kosten aufzuerlegen sind.

6.3. Parteientschädigung

Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt. Entsprechend der vollumfänglichen Abweisung der Klage ist der Beklagten eine Parteientschädigung zuzusprechen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie von § 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 40'500.– festzulegen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Aberkennungsklage wird abgewiesen.
2. Der Beklagten wird in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dübendorf (Zahlungsbefehl vom 27. Januar 2012) definitive Rechtsöffnung erteilt.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgelegt auf CHF 33'000.–.
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und, teilweise, mit dem geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 40'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 697'327.50.

Zürich, 7. Dezember 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Peter Helm

Dr. Benjamin Büchler