

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB170005-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, und
Dr. D. Scherrer, Oberrichter Dr. M. Kriech und Gerichtsschreiberin
lic. iur. S. Notz

Urteil vom 25. August 2017

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Politische Gemeinde Geroldswil,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

sowie

B._____ AG,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Dietikon vom
23. November 2016 (CG150003-M)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 67'597.65 nebst Zins zu 5% seit 09.10.2013 zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Geroldswil-Oetwil-Weiningen im Umfang von CHF 67'597.65 nebst Zins zu 5% seit 09.10.2013 aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MWST zulasten der Beklagten.

Beschluss des Bezirksgerichtes Dietikon vom 23. November 2016:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'500.--.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 5'000.-- (zuzüglich 8% MwSt.) zu bezahlen.

(4./5. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 38 S. 2):

„Es sei

1. der vorinstanzliche Beschluss des Bezirksgerichtes Dietikon vom 23. November 2016 (Geschäfts-Nr. CG150003-M) aufzuheben, die Vorinstanz für sachlich zuständig zu erklären und anzuweisen, auf die Klage vom 27. Februar 2015 materiell einzutreten;
2. das vorliegende Berufungsverfahren gegen den Entscheid des Bezirksgerichtes Dietikon vom 23. November 2016 (Geschäfts-Nr. CG150003-M) sowie das Berufungsverfahren gegen den Entscheid des Bezirksgerichtes Dietikon vom 23. November 2016 (Geschäfts-Nr. CG150004-M) in Sachen C. _____ gegen Politische Gemeinde Geroldswil sowie B. _____ AG zu vereinen;

- 3 alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzgl. MWST) zulasten der Berufungsbeklagten.“

Der Beklagten und Berufungsbeklagten:

Keine.

Erwägungen:

I.

Der Kläger ist seit dem Jahr 2010 Eigentümer der Liegenschaft D. _____ -strasse ... in E. _____ [Ortschaft]. Sein Grundstück grenzt direkt an die D. _____ -strasse. Diese ist eine öffentliche Strasse im Gemeingebrauch, die im Eigentum der Beklagten – der Gemeinde Geroldswil – steht. Im Sommer 2012 haben an der D. _____ -strasse umfassende Sanierungsarbeiten stattgefunden. Die Beklagte beauftragte die F. _____ AG mit der Ausführung dieser Tiefbauarbeiten. Die Bauleitung hatte die B. _____ AG inne. Im Rahmen der Bauarbeiten wurden Walzen und andere Verdichtungsgeräte verwendet. Der Einsatz dieser Baumaschinen verursachte Erschütterungen. Nach der Darstellung des Klägers sollen diese Geräte den Untergrund in Bewegung gebracht haben, was sich auf die umliegenden Gebäude – unter anderem auch auf die Liegenschaft des Klägers – ausgewirkt und dort zu Schäden (insbesondere Rissen in der Gebäudehülle) geführt haben soll (Urk. 39 S. 3). Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger von der Beklagten Schadenersatz für die an seiner Liegenschaft entstandenen Schäden, für die eingeholten Expertisen und die vorprozessualen Anwaltskosten geltend. Die Vorinstanz ist auf die Klage nicht eingetreten, weil sie sachlich nicht zuständig sei. Es handle sich um eine Entschädigung, welche auf dem Enteignungsweg geltend zu machen sei.

II.

Die Klageschrift samt Klagebewilligung ist am 2. März 2015 bei der Vorinstanz eingegangen (Urk. 2). Der erstinstanzliche Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 39 S. 4). Gegen den Beschluss vom 23. November 2016 hat der Kläger fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 37/1, Urk. 38). Er hat einen Kostenvorschuss von Fr. 3'500.– innert angesetzter Frist geleistet (Urk. 43 und 44). Mit Präsidialverfügung vom 7. März 2017 wurde der Beklagten eine 30tägige Frist angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten. Die Zustellung der Verfügung erfolgte am 10. März 2017 (Urk. 45). Die Frist lief demzufolge unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) am 24. April 2017 ab. Die am 2. Mai 2017 der Post übergebene Berufungsantwortschrift (Urk. 46) ist verspätet und unbeachtlich; das Verfahren ist ohne Berufungsantwort weiterzuführen (Art. 147 ZPO).

III.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten

Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

2. Der Kläger stellt den Antrag, das vorliegende Berufungsverfahren sei mit der von C._____ gegen die Politische Gemeinde Geroldswil erhobenen Berufung (Geschäfts-Nr. LB170006-O) zu vereinigen. Gemäss Art. 125 lit. c ZPO kann das Gericht zur Vereinfachung des Prozesses selbständig eingereichte Klagen vereinigen. Vorliegend stellen sich zwar in beiden Verfahren zunächst – abgesehen von den konkret geltend gemachten Sachschäden – die gleichen Sach- und Rechtsfragen. Zudem liess C._____ in seinem Berufungsverfahren ebenfalls einen Vereinigungsantrag stellen. Eine Vereinfachung des Verfahrens ist indessen im jetzigen Verfahrensstadium nicht auszumachen, da beide Berufungsverfahren spruchreif sind. Eine Vereinigung der Verfahren ist daher nicht angezeigt.

IV.

1. Der Kläger macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe seine Klage vorbehaltlos angenommen und die Prozessvoraussetzung der zivilgerichtlichen Zuständigkeit bewusst bejaht. Daran sei die Vorinstanz zu behaften. Zur Begrün-

dung wiederholt der Kläger in der Berufungsschrift praktisch wortwörtlich seine Ausführungen in der Stellungnahme zur sachlichen Zuständigkeit vor Vorinstanz (Urk. 38 S. 5 f.; Urk. 30 S. 3 f.). Die Vorinstanz hat diese Einwände mit eingehender – und zutreffender – Begründung verworfen (Urk. 39 S. 4 f. Ziff. 3.1.-3.3.). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Kläger in seiner Berufungsschrift nicht auseinander; diese genügt damit den eingangs erwähnten Anforderungen nicht (Ziff. III/1).

2. a) Die Vorinstanz begründete ihre Unzuständigkeit zusammengefasst damit, dass der Enteignungsweg einzuschlagen sei, wenn durch ein mit dem Enteignungsrecht ausgestattetes oder noch auszustattendes Unternehmen Rechte entzogen oder beschränkt würden, die nach Bundesrecht Enteignungsobjekte bilden (BGE 106 Ib 235 E. 3). Gemäss Art. 5 EntG könnten neben anderen dinglichen Rechten auch die aus dem Grundeigentum hervorgehenden Nachbarrechte, wie etwa die hier interessierenden, aus Art. 684 f. ZGB fließenden, Gegenstand der Enteignung sein. Darunter seien gemäss BGE 113 Ib 34 insbesondere die Ansprüche des Grundeigentümers auf Unterlassung übermässiger Einwirkungen zu verstehen, und zwar nicht nur der Anspruch auf Unterlassung von schädlichen Immissionen im Sinne von Art. 684 ZGB, sondern etwa auch jener auf Unterlassung von Grabungen und Bauten, die das nachbarliche Grundstück dadurch schädigten, dass Erdreich in Bewegung gebracht oder gefährdet werde oder vorhandene Vorrichtungen beeinträchtigt würden. Gingen solcherlei schädliche Immissionen auf benachbarte Liegenschaften von einem Werk, seinem Bau, Betrieb, Unterhalt oder seiner Sanierung aus, für das dem Werkeigentümer das Enteignungsrecht zustehe, so könne der Geschädigte nicht zivilrechtlich auf Beseitigung der Schädigung oder Schutz gegen den drohenden Schaden sowie auf Schadenersatz klagen (Art. 679 ZGB), sondern nur gestützt auf Art. 5 EntG auf dem Enteignungsweg eine Entschädigung verlangen (vgl. etwa BGE 107 Ib 388 E. 2a, 106 Ib 244 E. 3 mit zahlreichen Verweisungen). Nicht notwendig sei, dass es sich um *anhaltende* Immissionen handle; es reiche aus, wenn die Immissionen, welche zu Schäden führten, auf den Bau oder die Sanierung eines Werkes zurückzuführen seien und damit nur vorübergehender Natur seien. Über den Entschädigungsanspruch entscheide diesfalls einzig der Enteignungsrichter, und

zwar nicht nur über die Höhe der Entschädigung, sondern auch darüber, ob überhaupt ein Nachbarrecht verletzt worden sei. Dass es sich bei der D. _____-strasse um ein Werk im eben beschriebenen Sinne handle, für das die Gemeinde als Werkeigentümerin grundsätzlich ein Enteignungsrecht besitze, stehe ausser Zweifel und werde vom Kläger auch nicht in Abrede gestellt.

Gemäss § 21 des kantonalen Strassengesetzes (LS 722.1) komme der Gemeinde das Enteignungsrecht zu, etwa für den Landerwerb zwecks Strassenbau. Für das Verfahren verweise das Strassengesetz auf das kantonale Abtretungsgesetz (LS 781). Dieses enthalte zwar im Gegensatz zu Art. 5 EntG keine explizite Erwähnung der Enteignung von Nachbarrechten, doch gehe die herrschende Lehre davon aus, dass sich die mögliche Enteignung von Nachbarrechten auch unter dem kantonalen Abtretungsgesetz schon aus Art. 26 der Bundesverfassung ergebe (vgl. etwa ZBI 2007, S. 20 ff.). Weiter sehe etwa § 230 Abs. 2 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes (PBG, LS 700.1) eine Enteignung von Nachbarrechten mit Entschädigungspflicht vor, und vor dessen Einführung im Jahre 1991 seien Nachbarrechte trotz der fehlenden expliziten Erwähnung nach dem kantonalen Abtretungsgesetz enteignet worden (vgl. Dominik Bachmann, in: Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht, 4/2014, S. 26, FN 119), womit klar scheine, dass die Enteignung von Nachbarrechten auch nach dem kantonalen Enteignungsrecht (analog Art. 5 EntG) möglich sei.

Der Grundeigentümer könne den Zivilrichter nur dann anrufen, wenn er geltend mache, die Einwirkungen seien nicht notwendige oder doch leicht vermeidbare Folgen des Baus, Betriebs oder Unterhalts eines Werkes und seien insbesondere auf unsachgemässe Erstellung bzw. Ausführung zurückzuführen. Der Kläger beschränke sich in der Klagebegründung auf die blosser Behauptung, ein solcher Fall liege hier nicht vor. Und auch der Stellungnahme zur sachlichen Zuständigkeit sei lediglich zu entnehmen, es sei trotz aller Risiken vermeidbar, dass beim Strassenbau Häuser beschädigt würden, da ansonsten eine Flut von Ansprüchen auf den Gerichtstischen liegen würden. Als gänzlich unsubstantiiert erweise sich auch die weitere Behauptung des Klägers, die Beklagte habe in unsorgfältiger Art und Weise Baumaschinen verwenden lassen, und diese Tätigkeit

hätte ohne weiteres schonender ausgeübt werden können, weshalb der Kläger nicht auf das Enteignungsrecht verwiesen werden könne. In der Stellungnahme zur Zuständigkeit äussere sich der Kläger dazu überhaupt nicht. Vibrationen und Erschütterungen durch Presslufthammer, schwere Lastfahrzeuge und Walzen seien beim Abbruch eines bestehenden und Anbringen und Verdichten eines neuen Strassenbelages untrennbar mit dem Gebrauch einer öffentlichen Sache verbundene Immissionen. Es könne als notorisch betrachtet werden, dass die im Strassenbau eingesetzten schweren Maschinen wie Bagger, Lastwagen, Walzen etc. regelmässig Vibrationen verursachten und solche daher auch nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand (etwa der Verwendung nur sehr kleiner Maschinen, die aufgrund viel kleinerer Kapazität eine erhebliche Verteuerung und zeitliche Verzögerung der Sanierung zeitigen würden) vermieden oder entscheidend reduziert werden könnten. Der Kläger führe denn auch in seiner Klageschrift selbst aus, dass Fahrzeuge wie die im vorliegenden Fall eingesetzten nicht nur regelmässig im Rahmen von Strassensanierungen eingesetzt würden, etwa zur Verdichtung des Untergrundes oder zum Walzen des eingebrachten Belags, sondern dass diese Maschinen auch ebenso regelmässig Vibrationen und Erschütterungen verursachten. Ja, der Kläger halte gar dafür, dass solche Vibrationen gerichtsnotorisch Schäden der vorliegenden Art an umliegenden Gebäuden bewirken könnten. Damit widerlege er selbst seine nicht näher ausgeführte Behauptung, dass solche Immissionen – wobei er fälschlicherweise die Risse als Immissionen ansehe – leicht vermeidbar gewesen wären bzw. die Beklagte die Sanierungsarbeiten unsachgemäss habe ausführen lassen (Urk. 39 S. 6 ff.).

b) aa) Zur Frage der Vermeidbarkeit der Immissionen führt der Kläger in seiner Berufungsschrift aus, es sei *notorisch*, dass eine Strassensanierung ohne Beschädigung der Nachbarliegenschaften erfolgen könne. Viele Strasse würden baulich saniert, erneuert, gebaut und unterhalten. Zum Glück seien Beschädigungen an Nachbarliegenschaften selten, was die Praxis belege. Offenbar würden die entsprechenden Fälle über Haftpflichtversicherungen abgewickelt, denn es gebe kaum einschlägige Fälle. Offenbar seien Beschädigungen von Dritteigentum bei Strassensanierungen vermeidbar, ansonsten wären diese verboten. Daraus lasse sich unschwer erkennen, dass die Strassenarbeiten in aller Regel ohne

Drittschäden erfolgen könnten und auch ausgeführt würden. Es sei der Strassenbau-Branche also möglich, so zu bauen, dass Nachbarn nicht geschädigt würden. Das entspreche dem allgemeinen Wissen und der allgemeinen Lebenserfahrung, sei also notorisch (Urk. 38 S. 9).

Notorisch ist eine Tatsache, die allgemein bekannt ist und an der vernünftigerweise nicht gezweifelt werden kann, d.h. die zum Allgemeinwissen gehört oder einem sehr grossen Personenkreis bekannt ist und durch jedermann mit allgemein zugänglichen Mitteln feststellbar ist. Sie muss im Prozess weder behauptet noch bewiesen werden (Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 151 N 3; BK ZPO-Brönnimann, Art. 151 N 2; BGE 135 III 88, E. 4.1; BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014, E. 7.3.1; BGer 4D_5/2008 vom 11. März 2008, E. 2.1). Notorische Tatsachen können daher auch erstmals im Berufungsverfahren vorgetragen werden und fallen nicht unter das Novenverbot (vgl. BGer 4A_286/2014 vom 15. Januar 2015, E. 2.3.2).

Als notorisch kann durchaus gelten, dass nicht bei jeder Strassensanierung Risse an angrenzenden Gebäuden entstehen. Über die Häufigkeit von Schäden ist damit nichts gesagt, und ein (notorischer) „Beleg aus der Praxis“ gibt es darüber nicht. Ob im vorliegenden Fall die Immissionen mit vernünftigem Aufwand auf ein Mass hätten herabgesetzt werden können, dass keine Risse entstanden wären, und ob die Immissionen auf eine unsachgemässe Ausführung der Strassensanierung zurückzuführen ist, steht damit lediglich aufgrund der Notorietät nicht fest.

bb) Der Kläger wehrt sich gegen den Vorwurf mangelnder *Substantiierung*. Gerichtsnotorisches könne man nicht unsubstantiiert behaupten. Er habe *de lege artis* differenziert behauptet, „u.a. Rz 11 der Klage, Rz 33 f. in der Stellungnahme zur sachlichen Zuständigkeit“, und entsprechende Beweisanträge gestellt. Die Frage der Vermeidbarkeit der Immissionen sei subsidiär zu prüfen, sofern man an einer notorischen Situation zweifle (Urk. 38 S. 9).

Die Vorinstanz hat dem Kläger im Zusammenhang mit dem Erfordernis, dass die Einwirkungen nicht notwendige oder doch leicht vermeidbare Folgen des

Baus, Betriebs oder Unterhalts eines Werkes sind und insbesondere auf unsachgemässe Erstellung bzw. Ausführung zurückzuführen sind, mangelhafte Substantiierung vorgeworfen. Mit dem blossen Verweis auf Urk. 2 Rz 11, welche Randziffer dreieinhalb Seiten umfasst, genügt der Kläger wiederum den Anforderungen nicht, welche an eine Berufungsschrift gestellt werden. In Urk. 30 S. 9 Rz 33 f. hat der Kläger lediglich behauptet, der Strassenbau führe nicht unvermeidbar zu Sachschaden, das Thema sei jedoch sehr wohl gerichtsnotorisch, denn nachbarschaftliches Bauen führe oft zu Rissen an Gebäuden. Dies bestätigt gerade die Unsubstantiiertheit der klägerischen Behauptungen.

cc) aaa) Der Kläger räumt ein, dass Vibrationen und Erschütterungen bei Strassensanierungen nicht vollständig vermeidbar, aber reduzierbar seien. Sobald die Grenze von übermässigen Vibrationen erreicht werde, müssten die Arbeiten unterbrochen werden. Dies ergebe sich aus der Sorgfaltspflicht der ausführenden Bauunternehmung und der beauftragten Ingenieure sowie aus dem Gefahrensatz oder dem Eigentumsrecht. Vibrationen, welche eine nachbarschaftliche Liegenschaft beschädigten, seien immer übermässig. Derart starke Immissionen in Form von Erschütterungen bzw. Vibrationen, dass am Haus des Klägers und demjenigen seines Nachbarn zahlreiche Risse und somit Sachschäden entstünden, seien vermeidbar. Dazu verweist der Kläger auf drei Beweismittel, nämlich G._____ als Zeuge gemäss Beweismittelverzeichnis zur Klage und zwei gutachterliche Protokolle der H._____ GmbH vom 24. April bzw. 11. September 2013 (Urk. 4/11 und 4/12; Urk. 38 S. 10 und 15).

Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO enthält die Klage die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen. Die Beweismittel müssen den einzelnen Tatsachen klar zugeordnet werden. Für das Gericht und die Gegenpartei muss eindeutig ersichtlich sein, welche Beweismittel zu welchen Tatsachenbehauptungen angerufen werden. Entsprechend sind die einzelnen Beweismittel in der Regel unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen, die damit bewiesen werden sollen, aufzuführen. Die Angabe des Beweismittels muss in dem Sinne spezifisch sein, als etwa ein pauschaler Verweis auf eine Urkundensammlung oder eine umfangreiche Urkunde nicht angeht; vielmehr ist z.B.

bei einem mehrseitigen Dokument die relevante Seite oder Stelle anzugeben (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 221 N 17; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm, Art. 221 N 51; BSK ZPO-Willisegger, Art. 221 N 31 f.; BK ZPO-Killias, Art. 221 N 29). Diesen Anforderungen genügen weder die Hinweise in der Berufungsschrift noch die Beweismittellofferten des Klägers in der Klageschrift, insbesondere nicht das Beweismittelverzeichnis in deren Anhang (Urk. 2; vgl. Urk. 38 S. 10 oben). Er zeigt nicht auf, dass er vor Vorinstanz G._____ als Zeugen zur Frage der Vermeidbarkeit der Schäden angerufen hätte. Ebenso wenig weist der Kläger nach, an welchen Stellen der 40- bzw. 31seitigen gutachterlichen Protokolle dazu Stellung genommen wird. Weiter hat der Kläger zwar eine Expertise über die Auswirkung der bei den Arbeiten verwendeten Maschinen beantragt (Urk. 38 S. 15; Urk. 2 S. 5). Er macht aber in der Berufungsschrift nicht geltend, ein Gutachten zur Vermeidbarkeit der Schäden als Beweisofferte bezeichnet zu haben.

bbb) Der Kläger wirft der Vorinstanz vor, ihre Begründung, wonach kleinere Maschinen zu wenig effizient wären, sei eine gerichtliche Mutmassung und damit schlicht willkürlich. Gerade um übermässige und schädigende Immissionen zu vermeiden, müssten die Maschinen entsprechend gewählt werden. Sachschäden dürften wohl nicht mit der Effizienz einer Strassensanierung gerechtfertigt werden. Die unterschiedliche Bodenbeschaffenheit fordere den Einsatz anderer Maschinen. Um das zu planen, setzten der ordentliche Tiefbauer und sein Bauleiter Sensoren ein. Der Kläger weist darauf hin, dass er in der Klageschrift die Edition der verwendeten Baumaschinen verlangt habe. Die Vorinstanz versuche mit argumentativen Verwirrungen, die Nichtvermeidbarkeit der Immissionen zu konstruieren (Urk. 38 S. 10, 21).

Ob die Immissionen mit kleineren Maschinen (leicht) vermieden oder wenigstens auf ein Mass hätten reduziert werden können, dass keine Gebäudeschäden aufgetreten wären, kann dahingestellt bleiben, denn es wäre Sache des Klägers gewesen, solches substantiiert zu behaupten (vgl. BGE 113 Ib 34, E. 2, m.w.H.). Er legt zudem nicht dar, wo er vor Vorinstanz den Einsatz von Sensoren

geltend gemacht hätte. Mit der Edition der verwendeten Baumaschinen wäre für die Frage der Vermeidbarkeit der Immissionen von vornherein nichts gewonnen.

dd) Zusammenfassend hat der Kläger den Nachweis nicht erbracht, dass die Beklagte Vibrationen und Erschütterungen im Untergrund bei der Sanierung der D._____-strasse mit vernünftigem Aufwand hätte vermeiden oder wenigstens soweit reduzieren können, dass Gebäudeschäden an seiner Liegenschaft vermieden worden wären, mit andern Worten, dass die Einwirkungen nicht notwendige oder doch leicht vermeidbare Folge der Sanierung waren und insbesondere auf deren unsachgemässe Ausführung zurückzuführen sind.

c) aa) Der Kläger hält das Enteignungsrecht nicht für anwendbar. Die Vorinstanz stütze sich auf Bundesgerichtsentscheide, welche die Beseitigung/Unterlassung von Immissionen in Form von Lärm etc. zum Streitgegenstand hätten. Vorliegend gehe es nicht um geltend gemachte Abwehrrechte. Dem Kläger sei als Folge der Strassensanierung ein Sachschaden entstanden. Es gehe nicht um Immissionsabwehr, sondern um die Haftung des Grundeigentümers für einen verursachten Sachschaden am Gebäude des Klägers. Der vorliegende Sachverhalt mit dem Begehren um Zusprechung von Schadenersatz passe nicht auf die zur Enteignung von Nachbarrechten entwickelte Rechtsprechung. Ein Schadenersatzanspruch könne nicht enteignet werden. Gegenstand von Enteignungen könnten zivilrechtliche Abwehransprüche aus Nachbarrecht sein: Abwehransprüche, welche die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben verunmöglichen oder erheblich erschweren würden. Vorliegend gehe es jedoch um Ersatz für bereits erlittenen Sachschaden und nicht um einen solchen Abwehranspruch, der enteignet werden könnte. Die Erfüllung von (künftigen, aktuellen) öffentlichen Aufgaben sei dadurch nicht tangiert. Daraus folge, dass die Vorinstanz für die Schadenersatzklage sachlich zuständig sei. Art. 679 ZGB handle mehrere Rechte ab. Einerseits seien die Abwehrrechte enthalten und andererseits die strenge Kausalhaftung, nämlich Schadenersatz, wenn man durch den Nachbarn geschädigt werde. Immissionsabwehr und strenge Kausalhaftung seien typologisch verschieden. Deshalb könne nicht tel quel alles unter Art. 679 ZGB einfach plakativ dem Enteignungsrichter überbunden werden. Ein Schadenersatzanspruch aus bereits erlitten-

nem Sachschaden verhindere nicht die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, weshalb eine Enteignung nicht zur Diskussion stehen könne. Allenfalls sei Schadenersatz aus Sachschaden adhäsionsweise beim Enteignungsgericht geltend zu machen, wenn in erster Linie nachbarschaftliche Abwehrrechte geltend gemacht und Schadenersatz nur nebenbei gefordert werde (Urk. 38 S. 11 f., 14, 15 f.).

bb) Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (vgl. vorn IV/2/a), hat das Bundesgericht wiederholt entschieden, dass Gegenstand der Enteignung auch die nachträgliche Entschädigungsforderung für Gebäudeschäden als Folge von Immissionen sein kann: „Werden demnach solche Abgrabungen oder Bauten für ein Werk unternommen, für das dem Werkeigentümer das Enteignungsrecht zusteht, so kann der Geschädigte nicht zivilrechtlich auf Beseitigung der Schädigung oder Schutz gegen drohenden Schaden sowie auf Schadenersatz klagen (Art. 679 ZGB), sondern nur gestützt auf Art. 5 EntG auf dem Enteignungsweg eine Entschädigung verlangen (...).“ (BGE 113 Ib 34, E. 2, m.w.H.; vgl. auch BGE 131 II 65; 128 II 368, E. 2.1; 119 Ib 334, E. 3a = Praxis 83 {1994} Nr. 74; BGE 96 II 337, E. 5, = Praxis 60 {1971} Nr. 83; BGE 91 II 474, E. 5; 64 I 225, E. 2; 62 I 266, E. 1; BGer 1C_460/2013 vom 6. November 2013, E. 2; BGer E.14/1994 vom 31. Dezember 1996, E. 3, abgedruckt in ZBI 99 {1998} 233). In BGE 119 II 411, auf den sich der Kläger für seine gegenteilige Auffassung beruft (Urk. 38 S. 20), war für das Bundesgericht nicht dargetan, dass die Einwirkungen auf die benachbarten Liegenschaften unvermeidbar gewesen wären oder sich nur mit einem unverhältnismässigen Aufwand hätten verringern lassen, weshalb grundsätzlich ein Anspruch auf Schadenersatz gestützt auf Art. 679 ZGB gegeben sei. Folgerichtig bejahte das Bundesgericht die Zulässigkeit der Zivilklage (E. 3c und 6; vgl. auch BGE 132 III 49, E. 2.3).

In der Literatur ist der bundesgerichtlichen Rechtsprechung teilweise Kritik erwachsen: Gemäss Jaag macht die Enteignung eines Schadenersatzanspruchs keinen Sinn. Er schliesst aber nicht aus, dass nachbarrechtliche Schadenersatzansprüche wie die Enteignung von Nachbarrechten behandelt werden, indem sie dem öffentlichen Recht zugeordnet und der Schätzungskommission zur Beurteilung zugewiesen werden (Jaag, Öffentliches Entschädigungsrecht, Gemeinsam-

keiten und Unterschiede zwischen verschiedenen Formen öffentlichrechtlicher Entschädigungen, ZBI 98 {1997} 151 f.; vgl. auch Ruch, Die expansive Kraft der materiellen Enteignung, in ZBI 101 {2000} 627; Fahrländer, Zur Abgeltung von Immissionen aus dem Betrieb öffentlicher Werke, unter Berücksichtigung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz, Diss. Bern 1985, S. 82 f.; Ender, Die Verantwortlichkeit des Bauherrn für unvermeidbare übermässige Bauimmissionen, Diss. Freiburg 1995, S. 289 ff.; Bovey, L'expropriation des droits de voisinage, Diss. Lausanne 1999, S. 196 f.; Eckenstein, Spannungsfelder bei nachbarrechtlichen Klagen nach Art. 679, Zürich 2010, S. 58 f.). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat sich trotz dieser Kritik nicht veranlasst gesehen, „von der gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen.“ (Rechenschaftsbericht 1998, Nr. 174 = ZBI 101 {2000} 462). Auch die Eidgenössische Schätzungskommission verweist den von einem Gebäudeschaden betroffenen Grundeigentümer unter den genannten Voraussetzungen auf das Enteignungsrecht (Wagner Pfeifer/Gebhardt, Enteignungsrechtliche Entschädigungsansprüche beim Bau der Nordtangente -- aus der Praxis der Eidgenössischen Schätzungskommission Kreis 7, BJM 2000 S. 29 f.). Gossweiler befürwortet die enteignungsrechtliche Abgeltung nachbarrechtlicher Schadenersatzansprüche vor allem aus Gründen der Prozessökonomie ausdrücklich (Gossweiler, Entschädigungen für Lärm von öffentlichen Verkehrsanlagen, Zürich 2014, S. 221 f.). Andere Autoren verweisen auf die bundesgerichtliche Praxis, ohne diese einer Kritik zu unterziehen (Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. A., Bern 2016, 669; Filippo Gianoni, L'expropriation des voisins exposés aux nuisances de la construction, in: Journées suisses du droit de la construction 2015, S. 88 f.; Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2008, Rz 1119, m.w.H.; Wagner Pfeifer, Beweissicherung und Entschädigung bei Bauschäden – Verfahren vor der Eidgenössischen Schätzungskommission, BJM 2011 S. 82). Angesichts der langjährigen, gefestigten Rechtsprechung und zumal das Bundesgericht trotz der geäußerten Kritik an dieser integral festgehalten hat (vgl. BGE 121 II 317, E. 4e = Praxis 85 {1986} Nr. 165), besteht kein Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Erleidet ein Grundeigentümer Schäden als Folge von Immissionen, welche von einem Werk ausgehen, für das dem Werkeigentümer das Enteignungs-

recht zusteht, und sind diese Immissionen auch bei sachgemässer Handhabung nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand vermeidbar, so entscheidet über den Entschädigungsanspruch der Enteignungsrichter und besteht keine Zuständigkeit der Zivilgerichte.

Die Vorinstanz hat dargelegt, dass diese Zuständigkeitsregelung auch für das kantonale Enteignungsrecht Gültigkeit hat (Urk. 39 S. 9 f.; vorn Ziff. IV/2/a). Der Kläger beanstandet diese Erwägungen zu Recht nicht.

d) Da die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz fehlt, ist die Berufung abzuweisen und der angefochtene Beschluss zu bestätigen.

V.

Bei diesem Verfahrensausgang bleibt es bei der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist unter Berücksichtigung des Parallelverfahrens auf Fr. 3'500.– festzusetzen und dem Kläger aufzuerlegen. Da die Beklagte innert Frist keine Berufungsantwort eingereicht hat, hat sie keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Der Kläger wirft zwar der Beklagten widersprüchliches Verhalten vor, weil sie ihn mit Schreiben vom 12. Februar 2013 auf den Zivilweg verwiesen habe und nun die Zulässigkeit dieses Zivilwegs bestreite. Die Beklagte sei aus Vertrauensschutz haftbar (Urk. 38 S. 13). Allerdings macht der Kläger im vorliegenden Verfahren keine konkreten Ansprüche geltend. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und der Beschluss des Bezirksgerichts Dietikon vom 23. November 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagten wird für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 67'597.65.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 25. August 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. S. Notz

versandt am:

mc