

I.	Einleitung	2
II.	Entschädigungsansprüche nach Art. 679 und 679a ZGB.....	2
	1. Privatrechtliche Duldungspflichten und ihre Grenzen.....	2
	2. Rechtmässigkeit der Bewirtschaftung des Ausgangsgrundstücks	3
	3. Verursachung von Vermögens- oder Sachschäden.....	4
	4. Haftung nur für beträchtliche Schäden?.....	5
	5. Kausalzusammenhang.....	5
III.	Entschädigungsansprüche nach Art. 5 EntG	6
	1. Formelle oder materielle Enteignung?.....	6
	2. Verhältnis von Art. 5 EntG zu Art. 679/679a ZGB	7
	3. Vermeidbarkeit übermässiger Einwirkungen und umweltschutzrechtliches Vorsorgeprinzip bei Bauarbeiten für öffentliche Infrastrukturprojekte	8
	3.1 Vorsorgeprinzip (Art. 11 Abs. 2 USG).....	8
	3.2 Harmonisierende Auslegung von zivilrechtlichem und öffentlich- rechtlichem Immissionsschutz	8
	4. Erleiden eines «beträchtlichen Schadens»	10
	4.1 Grundsatz der entschädigungslosen Duldungspflicht bei vorübergehenden Störungen	10
	4.2 Erforderliche Dauer der übermässigen Einwirkungen.....	10
	4.3 Berechnung der Entschädigung	11

Entschädigungsansprüche infolge vorübergehender Immissionen¹

I. Einleitung

Die *vorübergehenden Immissionen* stehen im Gegensatz zu den dauernden Einwirkungen, und zwar zu den dauernden *übermässigen* Einwirkungen. Übermässige Einwirkungen auf nachbarliche Grundstücke, namentlich in Form von Luftverunreinigung, Lärm, Erschütterungen u.a., sind gemäss Art. 684 ZGB verboten. Wenn ein Grundstückseigentümer solche Einwirkungen verursacht, hat der betroffene Nachbar Anspruch auf Unterlassung, Abwehr drohenden weiteren Schadens, und auf Schadenersatz. Wenn solche Einwirkungen jedoch nur vorübergehend auftreten, namentlich im Zusammenhang mit rechtmässig vorgenommenen Bauarbeiten, dann gelten besondere Regeln.

Die Entschädigungspflicht bei vorübergehend übermässigen Einwirkungen ist nicht nur im ZGB geregelt, sondern auch im Enteignungsgesetz. Die öffentlich-rechtliche Norm des Art. 5 Abs. 2 EntG räumt dem Enteigner das Recht ein, «die aus dem Grundeigentum hervorgehenden Nachbarrechte» dauernd oder ebenfalls bloss vorübergehend zu enteignen. Hierfür ist eine enteignungsrechtliche Entschädigung geschuldet.

Welche Beziehung besteht zwischen diesen beiden Regelungen?

Art. 5 EntG nimmt Bezug auf das «Nachbarrecht», also auf das ZGB. Ich werde daher im Folgenden zuerst auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen des ZGB eingehen.

II. Entschädigungsansprüche nach Art. 679 und 679a ZGB

1. Privatrechtliche Duldungspflichten und ihre Grenzen

Im ZGB gibt es zwei Gesetzesartikel, welche die Entschädigungspflichten bei Eingriffen in die Rechte von Nachbarn regeln.

Bis 2012 gab es nur Art. 679 ZGB. Danach hat der betroffene «Nachbar» im Fall von Überschreitungen des Eigentumsrechts, wie erwähnt, einen Anspruch auf Beseitigung der Schädigung, auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz.

Das BGer hat Art. 679 ZGB aber schon früh einschränkend ausgelegt, und zwar in dem Sinne, dass bloss vorübergehende Eingriffe in den Rechtsbereich des Nachbarn, wie sie namentlich bei Bauarbeiten vorkommen, ausnahmsweise geduldet werden müssen, soweit sich der Eingriff nicht vermeiden lasse.² Das BGer ging von einer Gesetzeslücke aus, die es in dem Sinne ausfüllte, dass es dem bauenden Grundeigentümer das Privileg zuerkannte, die Schranken des Nachbarrechtes zu überschreiten, weil Grundeigentümer ein besonderes Interesse an der Möglichkeit zu bauen haben.

Die gemäss BGer bestehende Duldungspflicht bedeutete also schon unter dem damals massgeblichen Art. 679 ZGB, dass dem Nachbarn *kein Abwehr- oder Unterlassungsanspruch* zustand. Denn der Eingriff in die Nachbarrechte ist gemäss BGer zwar «objektiv übermässig», aber nicht rechtswidrig. Obwohl gemäss BGer kein rechtswidriges Verhalten vorliegt, soll jedoch trotzdem eine Schadenersatzpflicht bestehen.

¹ Referat gehalten anlässlich der Tagung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen «Aktuelle Rechtsfragen im Bau-, Planungs- und Umweltrecht» vom 22. November 2018, Luzern.

² BGE 91 II 100 E. 2; 114 II 230 E.2.

Diese Rechtslage wird auch als «privatrechtliche Enteignung» bezeichnet. Das BGer wies dabei auf die Analogien zum Überbaurecht od. zum Durchleitungs- und Notwegrecht u.a. hin, die einem Nachbarn ebenfalls eine Duldungspflicht gegenüber notwendigen Eingriffen in sein Eigentum zumuten können.³

Rechtmässig sind Eigentumsüberschreitungen durch bauende Grundeigentümer gemäss der Rechtsprechung des BGer zu Art. 679 ZGB allerdings nur, soweit die Bauarbeiten «notwendig und zweckmässig» und die Einwirkungen trotz «Anwendung aller Sorgfalt unvermeidlich» sind. Zudem muss die Beanspruchung des öffentlichen Grundes von den zuständigen Behörden bewilligt worden sein.⁴

In dem vom BGer zu beurteilenden Fall war die Beanspruchung des öffentlichen Grundes von Relevanz, weil es um Einwirkungen im Zusammenhang mit Baueinrichtungen auf dem öffentlichen Strassen- und Trottoirboden ging. Für diese Nutzung des öffentlichen Grundes lag in diesem Fall eine *öffentlich-rechtliche Sonderbewilligung* vor.

Häufig werden Einwirkungen auf Nachbargrundstücke aber nicht bloss vom Trottoir aus, sondern direkt als Folge der Bauarbeiten auf dem angrenzenden Privatgrundstück verursacht. In solchen Fällen muss nicht immer auch eine Bewilligung zur Nutzung des öffentlichen Grundes vorliegen, wohl aber eine (*rechtskräftige*) *Baubewilligung*.

Die vom BGer gestützt auf Art. 679 ZGB aufgestellten Voraussetzungen sind in den heute massgeblichen Art. 679a ZGB eingeflossen: Danach muss ein Nachbar vorübergehend übermässige Nachteile dulden, sofern sie unvermeidlich sind und die «Bewirtschaftung rechtmässig» ist.

Es kann allerdings mit guten Gründen gefragt werden, ob die «Bewirtschaftung» tatsächlich allein deshalb als «rechtmässig» angesehen werden kann, weil eine Baubewilligung vorliegt.

2. Rechtmässigkeit der Bewirtschaftung des Ausgangsgrundstücks

Das Baubewilligungsverfahren dient nicht dem Schutz zivilrechtlicher Ansprüche der Nachbarn. Ob die geplanten Bauarbeiten gesetzlich zulässig sind, wird im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens aufgrund der Vorschriften des *öffentlichen* Rechts beurteilt. Diese regeln den Immissionsschutz nach anderen Massstäben als das Zivilrecht. Namentlich berücksichtigt die Baubewilligungsbehörde nicht besondere Interessenlagen bestimmter Nachbarn.⁵ Gar nicht geprüft wird im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens zudem, ob durch Baugerüste u.Ä. die Kundschaft von einem benachbarten Geschäft abgehalten wird.

Das Zivilrecht ist dagegen gerade auf einen solchen Ausgleich einander entgegenstehender Interessen ausgerichtet. Es soll eine Abwägung der Interessen der konkret betroffenen Einzelpersonen vorgenommen werden.

Der öffentlich-rechtliche und der zivilrechtliche Schutz vor Einwirkungen sind somit nicht deckungsgleich. Immerhin aber sollen die beiden Regelungsbereiche möglichst *harmonisierend ausgelegt* werden. Namentlich sind die massgeblichen Belastungsgrenzwerte des eidg. Umweltschutzrechts auch im Zivilrecht heranzuziehen.⁶ Auf die harmonisierende Auslegung

³ BGE 114 II 230 E. 4a.

⁴ BGE 114 II 230 E. 4a.

⁵ Vgl. PASCAL ECKENSTEIN, Spannungsfelder bei nachbarrechtlichen Klagen nach Art. 679 ZGB Unter besonderer Berücksichtigung von Art. 679 Abs. 2 und Art. 679a E-ZGB, Zürcher Diss., Zürich 2010, 78 (80 ff.).

⁶ BEATRICE WAGNER PFEIFER, Umweltrecht, Allgemeine Grundlagen, Rz. 637 ff. m.w.H.

von öffentlich- bzw. zivilrechtlichem Immissionsschutz wird im Zusammenhang mit den enteignungsrechtlichen Eigentumseingriffen nachher nochmals zurückzukommen sein.

Festzuhalten ist also, dass das Vorliegen einer Baubewilligung die Schadenszufügung infolge vorübergehend übermässiger Einwirkungen aus zivilrechtlicher Sicht nicht notwendigerweise rechtmässig macht. Unabhängig von dieser Frage der Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit der Schadenszufügung hat der Gesetzgeber aber entschieden, dass der Nachbar einen Anspruch auf Entschädigung hat, wenn die weiteren Voraussetzungen des Art. 679a ZGB erfüllt sind.

3. Verursachung von Vermögens- oder Sachschäden

Das zivile Haftungsrecht unterscheidet zwischen Vermögens- und Sachschäden. Ein *Vermögensschaden* infolge übermässiger Einwirkungen durch Bauarbeiten kann z.B. resultieren, wenn ein Vermieter seinen Mietern Mietzinsreduktionen gewähren muss, oder wenn es zu Mietleerständen wegen lang anhaltender Immissionen kommt, oder auch wenn bei einem Geschäft die Umsätze zurückgehen. Ist ein Umsatzrückgang auf eine Erschwerung des Zugangs zum Geschäft zurückzuführen, so stellt sich noch die rechtliche Zusatzfrage, ob auch für negative Immissionen gehaftet wird. Dazu ist auf den seit 2012 geltenden Art. 679 Abs. 2 ZGB zu verweisen⁷.

Im Unterschied zu solchen Vermögensschäden liegt ein *Sachschaden* vor, wenn Bauten oder Pflanzen oder auch Fahrniseigentum, das sich auf dem Grundstück des Nachbarn befindet geschädigt werden. Im Vordergrund stehen bei Bauarbeiten Schäden in Form von Rissen, die am Gebäude des Nachbarn auftreten.

Lehre und Rechtsprechung gehen übereinstimmend davon aus, dass die durch Art. 679a ZGB begründete *Duldungspflicht nur gegenüber Vermögensschäden* besteht, nicht aber gegenüber Sach- (oder gar Personen-) Schäden.⁸ In solchen Fällen bleiben die Abwehr- und Unterlassungsansprüche also bestehen, unter Vorbehalt von «Bagatellfällen».⁹

Das Verwaltungsgericht Zürich hatte einen Fall zu beurteilen, in dem es im Zusammenhang mit Werkleitungsarbeiten bei einem Strassenbauprojekt zu Rissen am Gebäude eines Nachbarn gekommen war. Der Nachbar machte keine Abwehr- oder Unterlassungsansprüche geltend, verlangte jedoch Schadenersatz. Das Gericht entschied, dass die Erschütterungseinwirkungen zwar kausal waren für die Entstehung der Risse, dass aber dennoch die Voraussetzung der Übermässigkeit nicht erfüllt sei. Denn die geschädigte Baute habe aufgrund ihres Alters (Baujahr 1927) und der damals gängigen Bauweise eine erhöhte Empfindlichkeit aufgewiesen.¹⁰

Das BGer hat dieser Sichtweise inzwischen widersprochen.¹¹ Es stellte klar, dass im Falle eines Sachschadens nicht massgeblich ist, ob die Richtwerte gemäss der einschlägigen Norm des VSS¹² eingehalten od. sogar deutlich unterschritten wurden. Die Übermässigkeit – und damit die *Rechtswidrigkeit* – der Einwirkung folgt gemäss BGer vielmehr aus der Tatsache, dass es zu einem *Sachschaden* kam.

⁷ Vgl. zur Rechtslage davor BGE 114 II 230 E. 4b.

⁸ BGer 1C_671/2017 vom 14.8.2018, E.5.1, 5.2; ECKENSTEIN (Fn 5), 98; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/FABIA NYFFELER, Übermässige Immissionen als Folge rechtmässiger Bautätigkeit, (Teil 1), Baurecht 1/2015, 5 (7); vgl. auch ADRIAN GOSSWEILER, Besprechung des Urteils des Verwaltungsgerichts Kanton Zürich VR.2016.00002, Baurecht 2/2018, 132 f.

⁹ BGer 1C_671/2017 vom 14.8.2018, E. 5.2, m.w.H.

¹⁰ VGer Kanton Zürich, Urteil vom 26.10.2017 (VR.2016.00002), E. 4.5.8.

¹¹ BGer 1C_671/2017 vom 14.8.2018.

¹² Vereinigung Schweizer Strassenfachleute, SN 640312-2013 «Erschütterungen, Erschütterungseinwirkungen auf Bauwerke», Zürich 2013.

Das BGer erwähnt in diesem Zusammenhang auch Art. 685 ZGB, der die Schädigung von nachbarlichen Grundstücken durch Grabungen und Bauten regelt. Solche Schäden fallen nach BGer also nicht unter Art. 679a ZGB, sondern berechtigen zu allen Ansprüchen, wie sie in Art. 679 ZGB geregelt sind.

4. Haftung nur für beträchtliche Schäden?

Während in Bezug auf die Unterscheidung von Vermögens- und Sachschäden in Lehre und Rechtsprechung Übereinstimmung besteht, wird eine andere Frage uneinheitlich beantwortet: nämlich, ob nach Art. 679a ZGB nur «beträchtliche» Schäden ersetzt werden müssen oder alle, also auch kleinere Schäden. Das BGer hatte in seiner früheren Rechtsprechung zu Art. 679 ZGB im Zusammenhang mit einem Vermögensschaden die Auffassung vertreten, dass nur für «beträchtliche» Schäden gehaftet werde.¹³

In der neueren Lehre wird demgegenüber teilweise die Ansicht vertreten, dass die vom BGer verlangte Voraussetzung eines «beträchtlichen» Schadens entfallen sei, weil der Gesetzgeber dieses Erfordernis nicht in den Wortlaut des neuen Art. 679a ZGB aufgenommen habe. Eine allgemeine Geringfügigkeitsgrenze für den Ausgleich von Vermögensschäden gebe es im Privatrecht nicht.¹⁴

Ein bloss geringer Schaden kann allerdings ein Hinweis darauf sein, dass der erlittene Nachteil *nicht übermässig* i.S.v. Art. 679a ZGB ist.¹⁵ Dann fehlt es aus diesem Grund an einem Schadenersatzanspruch. Zwischen der Übermässigkeit der Einwirkung und der Schwere des verursachten Schadens besteht insofern ein gewisser sachlicher Zusammenhang. Darauf wird bei der Besprechung der enteignungsrechtlichen Entschädigungsansprüche nochmals zurückzukommen sein.

Hier ist vorerst nochmals festzuhalten, dass bei Sachschäden – im Unterschied zu reinen Vermögensschäden – gemäss BGer die Übermässigkeit immer gegeben ist. Ein kleiner Riss in einer Mauer muss also nicht wegen einer erforderlichen «Beträchtlichkeit» des Schadens ersatzlos hingenommen werden, wie erwähnt: unter Vorbehalt von Bagatellfällen.¹⁶

5. Kausalzusammenhang

Zu überwinden bleibt für diejenigen, die infolge übermässiger Einwirkungen aus Bauarbeiten Schadenersatzansprüche geltend machen wollen, schliesslich noch die Hürde des Kausalzusammenhangs. Dieser ist nicht nur bei Vermögens-, sondern auch bei Sachschäden unter Umständen schwer nachweisbar. So gibt es kleinere Risse praktisch in jedem Haus, so dass der Beweis, dass ein solcher Riss erst wegen der Bauarbeiten entstanden ist, schwierig werden kann, insbesondere wenn die Richtwerte der massgeblichen Fachnorm eingehalten wurden. Das BGer hat im Zusammenhang mit Rissbildungen festgehalten, dass von Laien nicht erwartet werden könne, dass sie einen strikten Nachweis des Kausalzusammenhangs erbringen.¹⁷ Es genügt vielmehr das Beweismass der *überwiegenden Wahrscheinlichkeit*. Der Beweis ist aber

¹³ BGE 114 II 230 E. 5, 6. Der Vermögensschaden bestand in diesem Fall in einem Rückgang geschäftlicher Umsätze.

¹⁴ ISABELLE BERGER-STEINER/DOMINIK SCHMID, Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Basel/Bern/Freiburg/Zürich 2016, N 7 zu Art. 679a ZGB. Vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017, 265 f.; ADRIAN GOSSWEILER, Entschädigungen für Lärm von öffentlichen Verkehrsanlagen, Elemente für eine Neuordnung durch den Gesetzgeber Zürcher Diss., Zürich 2014, Rz. 329.

¹⁵ Vgl. ECKENSTEIN (Fn 5), 49. Zustimmend BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/FABIA NYFFELER (Fn 8), 7.

¹⁶ Vgl. oben bei Fn 9.

¹⁷ BGE 131 II 65 E. 3; BGer 1C_460/2013 vom 6.11.2013, E. 3.2.

nicht erbracht, wenn «ernsthafte Zweifel» bestehen, dass die Bauarbeiten tatsächlich die Ursache für die Rissbildung waren.¹⁸

In dem vorhin erwähnten Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts hatte sich bezüglich Kausalzusammenhang die Frage gestellt, ob die sozusagen «konstitutionelle Prädisposition» eines Gebäudes – d.h. seine unzulängliche Stabilität und erhöhte Empfindlichkeit infolge Erstellung vor vielen Jahrzehnten – von Relevanz sei für den Kausalzusammenhang. Nach haftpflichtrechtlichen Grundsätzen wird der Kausalzusammenhang jedoch nur *unterbrochen*, wenn wesentliche Konstruktionsmängel vorlagen, welche im Vergleich mit den Einwirkungen durch die Bauarbeiten stark im Vordergrund standen.¹⁹

Angesichts der Beweisproblematik kann es sich für den bauenden Grundeigentümer empfehlen, vor Baubeginn Rissprotokolle anfertigen zu lassen. Im Rahmen meiner Funktion bei der Eidgenössischen Schätzungscommission (ESchK) habe ich diese Beweismassnahme in der näheren Umgebung des Bauprojekts regelmässig anzuordnen. Bei privaten Bauvorhaben wird das dagegen nicht in gleicher Weise quasi routinemässig gemacht. Es kann aber auch hier Fälle geben, in denen Rissprotokolle nützlich wären.

Damit möchte ich überleiten zu den öffentlich-rechtlichen Fragestellungen, d.h. zur Frage der Entschädigungspflicht nach Enteignungsrecht.

III. Entschädigungsansprüche nach Art. 5 EntG

1. Formelle oder materielle Enteignung?

Bei Bauvorhaben für öffentliche Werke des Bundes, für welche dem Werkeigentümer oder Konzessionär das Enteignungsrecht zusteht, hat das BGER in ständiger Rechtsprechung schon seit über 100 Jahren wiederholt entschieden, dass die Abwehransprüche des Grundeigentümers dem vorrangigen öffentlichen Interesse am Unternehmen weichen müssen, sofern die Immissionen nicht oder nur mit einem unverhältnismässigen Kostenaufwand vermieden werden können. Dem Nachbarn verbleibt anstelle der privatrechtlichen Unterlassungsklage einzig die Möglichkeit, für die Unterdrückung seines Abwehrrechts gestützt auf Art. 5 Abs. 2 EntG eine Entschädigung zu fordern.²⁰ Dabei handelt es sich um einen Entschädigungsanspruch aus *formeller Enteignung*. Denn auf dem Grundstück des Nachbarn wird zwangsweise eine Grunddienstbarkeit errichtet, deren Inhalt in der Pflicht zur Duldung der übermässigen Immissionen besteht.

In der Literatur werden allerdings teilweise und schon seit längerer Zeit Diskussionen geführt, ob nicht eher von einer materiellen als von einer formellen Enteignung auszugehen wäre.²¹ Auf die verschiedenen dogmatischen Kriterien will ich hier nicht näher eingehen. Das BGER hat sich in seinem Urteil BGE 116 Ib 11 mit den dogmatischen Fragen ausführlich auseinandergesetzt. Ich möchte aber immerhin auf einen aus meiner Sicht wesentlichen Punkt hinweisen: nämlich die verfahrensrechtliche Bedeutung von Art. 5 EntG.

Mit dieser Bestimmung wurde vom Gesetzgeber entschieden, dass auf Bundesebene der Entschädigungsanspruch für zu dulden übermässige Einwirkungen dem Recht der formellen Enteignung unterstellt wird. Damit kann der entschädigungsberechtigte Nachbar seine Forde-

¹⁸ BEATRICE WAGNER PFEIFER, Entschädigung für übermässige Einwirkungen durch Bauarbeiten, Baurecht 1/2016, 5 (8 f.), m.w.H.

¹⁹ WAGNER PFEIFER (Fh 18), 9, m.w.H.

²⁰ BGE 132 II 427 (Pra 2007 Nr. 76), E. 3, m.w.H.

²¹ Vgl. die Hinweise bei ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 2385.

rung bei der ESchK geltend machen. Müssten solche Forderungen nach den Grundsätzen über die materielle Enteignung entschädigt werden, so wäre die ESchK mangels spezialgesetzlicher Grundlage nicht zuständig. Das Verfahren vor der ESchK ist für die Geschädigten aber in verschiedener Hinsicht vorteilhafter als wenn sie gemäss den Grundsätzen des Staatshaftungsrechts vorgehen müssen.²²

2. Verhältnis von Art. 5 EntG zu Art. 679/679a ZGB

Eine formelle Enteignung muss nur vorgenommen werden, wenn nicht ohnehin aufgrund gesetzlicher Regelungen bereits eine Duldungspflicht besteht. Wie vorhin dargelegt, stellt Art. 679a ZGB eine solche Regelung dar, die eine gesetzliche Pflicht zur Duldung übermässiger Einwirkungen aus Bauarbeiten begründet. Wenn die Voraussetzungen des Art. 679a ZGB erfüllt sind, gibt es keine Abwehr- oder Unterlassungsansprüche. Folglich braucht es auch keinen Akt der Enteignung mehr.

Das Verwaltungsgericht Zürich nahm im bereits erwähnten Urteil zu dieser Frage Stellung und kam zum Schluss, dass auch nach Inkrafttreten des neuen Art. 679a ZGB eine formelle Enteignung vorliege; denn das BGer habe schon früher bei Bauarbeiten lediglich einen Anspruch auf Schadenersatz gewährt und solche Entschädigungsansprüche bei Arbeiten des Gemeinwesens als formelle Enteignung behandelt.²³

Das erklärt allerdings noch nicht, was denn nun heute eigentlich noch Gegenstand einer solchen formellen Enteignung sein soll. Ein Blick in die Gesetzesmaterialien zeigt jedenfalls, dass im Zeitpunkt der Entstehung des Art. 5 EntG davon ausgegangen wurde, dass ein *zivilrechtlicher Abwehranspruch* besteht – also auch wenn es um Bauarbeiten geht.²⁴ Diese Grundlage des Art. 5 EntG besteht heute aber nicht mehr. Die wesentlichste Bedeutung des Art. 5 EntG liegt heute, wie erwähnt, noch darin, dass entschädigungsberechtigte Nachbarn ihre Forderungen bei der ESchK geltend machen können.

Übereinstimmend mit Art. 679a ZGB wird jedoch auch bei Art. 5 EntG verlangt, dass die dem Nachbarn zugefügten Nachteile *unvermeidlich* sind – oder nur mit unverhältnismässigem Kostenaufwand vermieden werden können.²⁵ Da es bei Art. 5 EntG um Werke von öffentlichem Interesse geht, kann dabei die Frage gestellt werden, ob das Kriterium der Unvermeidlichkeit gleich auszulegen ist wie bei einem privaten Bauvorhaben, oder ob nicht vielleicht nach Enteignungsrecht den betroffenen Nachbarn in weiterem Umfang Nachteile zugemutet werden dürfen als unter Privaten.

Die Frage, welche Vermeidungspflichten für das Gemeinwesen gelten, beurteilt sich primär nach den Bestimmungen des öffentlichen Umweltschutzrechts.

²² Vgl. zum Vorgehen bei Vorliegen einer materiellen Enteignung in Fällen, in denen die Spezialgesetzgebung des Bundes *nicht* auf das EntG verweist: PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 65 Rz. 42; BGE 116 Ib 11 E.2c.

²³ VGer Kanton Zürich, VR.2016.00002, E. 3.6 (vgl. vorne Fn 10).

²⁴ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 21.6.1926 zum Entwurfe eines Bundesgesetzes über die Enteignung, BBl 1926 II 1, 14.

²⁵ BGE 132 II 427 (Pra 2007 Nr. 76), E. 3.

3. Vermeidbarkeit übermässiger Einwirkungen und umweltschutzrechtliches Vorsorgeprinzip bei Bauarbeiten für öffentliche Infrastrukturprojekte

3.1 Vorsorgeprinzip (Art. 11 Abs. 2 USG)

Das eidg. Umweltschutzgesetz (USG) begründet in seinem Art. 11 Abs. 2 eine Pflicht zur vorsorglichen Vermeidung übermässiger Einwirkungen. Diese vorsorgliche Vermeidungspflicht gilt auch für den Staat als Bauherrn. Im Lärmschutzrecht gibt es zwar unter bestimmten Voraussetzungen Erleichterungen für öffentliche Verkehrsanlagen; dabei geht es aber immer um Einwirkungen aus dem *Betrieb* einer Strasse, Bahnlinie oder Flugpiste, d.h. aus den Verkehrsbewegungen. Für Einwirkungen im Zusammenhang mit *Bauarbeiten* kennen das USG und seine Ausführungsverordnungen dagegen keine Erleichterungen zu Gunsten von öffentlichen Werken. So gelten z.B. die Grundsätze der Baulärm-Richtlinie²⁶ des BAFU für öffentliche Infrastrukturprojekte ebenso wie für private Bauvorhaben. Soweit allerdings im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Regelung Raum bleibt für Interessenabwägungen, kann und darf den besonderen öffentlichen Interessen an einem staatlichen Infrastrukturprojekt Rechnung getragen werden.

So hatte das BGer kürzlich im Fall des geplanten Doppelspurausbaus der Bahngleise zwischen Goldach und Rorschach Stadt zu beurteilen, ob während Zeiten mit erhöhtem Ruheanspruch, d.h. während der Nacht und an Sonn- und Feiertagen, lärmintensive Bauarbeiten zulässig waren. Die Baulärm-Richtlinie des BAFU sieht für solche Fälle in ihrem Massnahmenkatalog vor, dass für die zu ergreifenden Lärmschutzmassnahmen die nächst höhere, d.h. strengere Massnahmenstufe massgeblich ist. Es können z.B. restriktivere Schalleistungspegel vorgesehen werden, od. auch besondere organisatorische Massnahmen, wie die gleichzeitige Durchführung verschiedener Arbeiten mit hohen Lärmimmissionen, oder anderes. Diese Grundsätze kommen also auch bei Bauarbeiten für öffentliche Werke zum Tragen.

Im konkreten Fall war an Werktagen tagsüber die Massnahmenstufe B vorgesehen, wohingegen während der Nacht und an Sonn- und Feiertagen Lärmschutzmassnahmen gemäss der strengeren Stufe C zu ergreifen waren. Die SBB wurde zudem in der Plangenehmigung mit einer Auflage verpflichtet, während der Bauphase zum Schutz exponierter Gebäude vor lärmintensiven Arbeiten mobile Lärmschutzwände zu errichten.

Das BGer entschied, dass mit diesen Massnahmen dem Vorsorgeprinzip hinreichend Rechnung getragen wurde. Ein Verbot von Nachtarbeit liesse sich nicht rechtfertigen, da bei einem solchen Bahnprojekt darauf Rücksicht genommen werden darf, dass die betroffene Bahnlinie während des Tages in Betrieb ist, so dass zu bestimmten Bauphasen auf die Nacht ausgewichen werden muss.²⁷

Wenn die Interessenabwägung in diesem Sinne mit dem bundesrechtlichen Vorsorgeprinzip vereinbar ist, können die Nachbarn weder nach Art. 5 EntG noch nach Art. 679a ZGB geltend machen, dass die lärmintensiven Nachtarbeiten *vermeidbar* wären.

3.2 Harmonisierende Auslegung von zivilrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Immissionsschutz

Der Begriff der «Unvermeidlichkeit» ist nicht ausschliesslich nach den Bestimmungen des USG auszulegen. Das Gemeinwesen muss als Bauherr je nach Fall auch der zivilrechtlichen

²⁶ BAFU (Hrsg.), Baulärm-Richtlinie, Richtlinie über bauliche und betriebliche Massnahmen zur Begrenzung des Baulärms gemäss Artikel 6 der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986, UV-0606-D, Bern 2006 (Stand 2011).

²⁷ BGer 1C_315/2017 vom 4.9.2018, E. 3.6.

Interessenlage betroffener Nachbarn Rechnung tragen. So hat das BVerG im Fall Gotthard/Alp Transit festgehalten, dass die Tatsache, dass sämtliche Bestimmungen der Baurichtlinien Luft und Lärm eingehalten waren, es nicht ausschliesst, dass dennoch aus zivilrechtlicher Sicht die Einwirkungen übermässig waren und damit Anspruch auf Schadenersatz gaben.

Eine harmonisierende Auslegung von zivilrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Immissionsschutz²⁸ bedeutet also nicht bloss, dass im Zivilrecht öffentlich-rechtliche Grenzwerte heranzuziehen sind,²⁹ sondern es kann je nachdem auch umgekehrt bedeuten, dass das Gemeinwesen bei Bauarbeiten besondere Interessen betroffener Einzelpersonen mitberücksichtigen soll.

Das gilt z.B. bei geschäftlichen Betrieben, die gegenüber Baulärm, Staubimmissionen oder Zugangerschwerungen eine verstärkte Sensibilität aufweisen. Es kann daher im Einzelfall angezeigt sein, mit dem Inhaber eines Gartenrestaurants individuelle Absprachen über Ruhephasen zu treffen, oder bei einem Ladengeschäft, das stärker von Laufkundschaft als von einem festen Kundenstamm lebt, können vom Ladeninhaber eigene Vorschläge betreffend Gestaltung des Durchgangs auf dem Trottoir, Hinweisschilder oder anderes eingeholt werden.

Solche Massnahmen bilden nicht Teil der öffentlich-rechtlichen Plangenehmigung, sondern sie sind im Zeitpunkt der Bauausführung durch die örtliche Bauleitung, ev. durch die Umweltbaubegleitung, vorzusehen. Wie in der Baulärm-Richtlinie richtigerweise mit Ausrufezeichen hervorgehoben wird: Eine umfassende Information der Nachbarschaft und frühzeitige Gespräche sind wichtig!³⁰

Das ist auch im Interesse der Bauherrschaft. Denn wenn nach Beginn einwirkungsintensiver Bauarbeiten die Umsätze bei angrenzenden Geschäften einbrechen, können die betroffenen Geschäftsinhaber ihre enteignungsrechtlichen Entschädigungsforderungen grundsätzlich auch noch nachträglich bei der ESchK anmelden (bzw. bei der Plangenehmigungsbehörde zu Händen der ESchK). Art. 41 EntG verlangt zwar für die Zulässigkeit einer nachträglichen Forderungsanmeldung, dass die Schädigung im Zeitpunkt der Planaufgabe noch nicht erkennbar war. Bei Entschädigungsforderungen im Zusammenhang mit Bauarbeiten wird diese Voraussetzung aber eher grosszügig gehandhabt.

Dazu möchte ich allerdings sagen, dass aus den mit dem Plangenehmigungsgesuch aufgelegten Plänen und Unterlagen in vielen Fällen durchaus beurteilt werden kann, ob man als Nachbar mit einer Grossbaustelle und mit erheblichen und lange andauernden Bauarbeiten konfrontiert sein wird. Man kann also nicht generell sagen, dass Entschädigungsforderungen infolge Baulärm erst nachträglich geltend gemacht werden dürfen, weil vor Baubeginn noch keine Kenntnis davon bestanden habe.

Wenn die Voraussetzungen in einem konkreten Fall aber erfüllt sind, ist ein enteignungsrechtliches Entschädigungsverfahren während bereits laufender Bauarbeiten auch für die Bauherrschaft ein Erschwernis. Das lässt sich in vielen Fällen mit proaktiven Informationsgesprächen vermeiden.

²⁸ Vgl. dazu WAGNER PFEIFER, Umweltrecht, Allgemeine Grundlagen, Rz. 637 f.; BVerG A-6544/2016 vom 1.5.2017, E.5.3.4.

²⁹ Vgl. oben bei Fn 6.

³⁰ Baulärm-Richtlinie, Massnahmenkatalog, 3.2 Bauausführung, 3.2.1.3 Orientierung der Lärmbetroffenen.

4. Erleiden eines «beträchtlichen Schadens»

4.1 Grundsatz der entschädigungslosen Duldungspflicht bei vorübergehenden Störungen

Bei Art. 5 EntG stellt sich ebenso wie bei Art. 679a ZGB die Frage, ob ein «beträchtlicher Schaden» erforderlich ist oder ob jeder Vermögensschaden entschädigt werden muss. Wir hatten im Zusammenhang mit Art. 679a ZGB festgehalten, dass in der Lehre umstritten ist, ob diese von der früheren Rechtsprechung des BGer zu Art. 679 ZGB verlangte Voraussetzung auch unter dem neuen Art. 679a ZGB weiter Bestand haben soll.³¹ Das BGer selber hat dazu noch nicht Stellung genommen.

Im Zusammenhang mit enteignungsrechtlichen Entschädigungen gilt demgegenüber nach ständiger und langjähriger Praxis, dass vorübergehende Störungen, die sich aus Bauarbeiten für ein öffentliches Werk ergeben, grundsätzlich entschädigungslos hingenommen werden müssen. Ersatz ist nur zu leisten, wenn die Einwirkungen «ihrer Art, Stärke und Dauer nach aussergewöhnlich sind und zu einer beträchtlichen Schädigung der Nachbarn führen».³² Nach Enteignungsrecht wird also stets ein beträchtlicher Schaden bzw. eine erhebliche Vermögenseinbusse verlangt.³³

Für das Aufreissen eines Trottoirs oder ähnliche «gewöhnliche» Bauarbeiten des Gemeinwesens ist demnach keine Entschädigung geschuldet, selbst wenn solche Bauarbeiten für einen konkreten Geschäftsinhaber mit Beeinträchtigungen verbunden sind und möglicherweise vorübergehend auch nachteilige Auswirkungen auf die Umsatzentwicklung haben. Dem besonderen Interesse an Bauarbeiten für öffentliche Werke ist aber Rechnung zu tragen.

Im Rahmen unserer Praxis im Kreis 7 der ESchK hatten wir aus Gründen der Rechtsgleichheit in Fällen, in denen eine Entschädigung wegen besonders intensiver Einwirkungen geschuldet war, einen Abzug gemacht für die «gewöhnlicher Weise» entschädigungslos hinzunehmenden Einwirkungen.³⁴

Ähnliche Überlegungen sind möglicherweise auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen, d.h. bei Art. 679a ZGB, nicht von vornherein unbegründet. Zwar geht es hier nicht um das besondere Interesse an Bauarbeiten für ein öffentliches Werk; die Unterscheidung zwischen «gewöhnlichen» Bauarbeiten, die vorübergehend auch mit übermässigen Einwirkungen verbunden sein können, und Bauarbeiten grösseren Umfangs, welche über die orts- und quartierübliche Bautätigkeit hinausgehen, kann aber dennoch begründet sein. Es erscheint mir jedenfalls nicht abwegig, auch unter Privaten bei reinen Vermögensschäden die Entschädigungspflicht von einer gewissen Schwere der erlittenen Ertragseinbussen abhängig zu machen.

4.2 Erforderliche Dauer der übermässigen Einwirkungen

Die Frage der Erheblichkeit der Vermögenseinbusse hängt häufig mit der Dauer der zu duldenen Einwirkungen zusammen. So hatten in dem vorhin erwähnten BGE betr. Bauarbeiten am Gotthard-Basistunnel die «vorübergehend» übermässigen Staub- und Lärmimmissionen 13 Jahre lang angedauert. Das BGer hiess die Beschwerde des betroffenen Nachbarn gut und erhöhte die von der ESchK zugesprochene Entschädigung noch.

³¹ Vgl. oben Abschnitt II./4.

³² BGE 134 II 164 E. 8.1, m.w.H.

³³ BGE 134 II 164 E. 8.4 i.f.

³⁴ Vgl. BEATRICE WAGNER PFEIFER/DANIEL GEBHARDT, Enteignungsrechtliche Entschädigungsansprüche beim Bau der Nordtangente – aus der Praxis der Eidgenössischen Schätzungskommission Kreis 7, Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 1/2000, 1, 24.

Demgegenüber verneinte das BVGer einen Entschädigungsanspruch im Fall einer Baustelle der SBB für einen Hochgeschwindigkeitsverkehrs-Anschluss, bei dem die «nicht unerheblichen Lärmimmissionen», die regelmässig auch Nacht- sowie Sonn- und Feiertage betrafen, vier Monate lang gedauert hatten. In seiner Begründung nahm das BVGer allerdings Bezug auf verschiedene Urteile des BGer, die nicht vorübergehende Einwirkungen aus Bauarbeiten betroffen hatten, sondern vorübergehende Einwirkungen aus dem Betrieb des Flughafens Zürich.³⁵

Denn auch die Einwirkungen aus dem *Betrieb* einer Verkehrsanlage können u.U. bloss *vorübergehender Natur* sein, z.B. wenn das Verkehrsregime nach einer gewissen Zeit geändert wird. Dafür gelten grundsätzlich zwar die gleichen rechtlichen Voraussetzungen wie bei vorübergehenden Einwirkungen aus Bauarbeiten, aber die erforderliche Dauer wird unterschiedlich beurteilt. Bei *vorübergehenden Einwirkungen aus dem Betrieb einer Anlage* müssen die IGW während mehrerer Jahre überschritten gewesen sein.

Im Zusammenhang mit *Bauarbeiten* dagegen hatte das BGer in zwei älteren Urteilen (betr. private Bauvorhaben, also nicht öffentliche Infrastrukturprojekte) die Übermässigkeit aufgrund von schädigenden Einwirkungen während zwei Jahren, mit geringen Unterbrechungen, bzw. im anderen Fall während acht Monaten, bejaht.³⁶ Im Rahmen unserer Basler Praxis zur Nordtangente wurden Entschädigungen für einwirkungsintensive Bauarbeiten ab einer Dauer von 11–26 Monaten zugesprochen, wenn es zu einwirkungsintensiven Bauarbeiten wie dem Einrammen von Spundwänden gekommen war.³⁷ Je nach Eingriffsstärke und Art der Nutzung können aber auch kürzer dauernde Einwirkungen genügen. Jedenfalls kann ein enteignungsrechtlicher Entschädigungsanspruch nicht nur gegeben sein, wenn die Bauarbeiten wie im Fall Gotthard 13 Jahre oder auch bloss 5 Jahre lang dauern. Es wird auch kein ununterbrochenes Andauern der übermässigen Einwirkungen während der gesamten Zeitdauer verlangt, jedoch muss es zumindest während eines langen Zeitraums wiederholt immer wieder zu übermässigen Einwirkungen gekommen sein.

4.3 Berechnung der Entschädigung

Die Berechnung der enteignungsrechtlichen Entschädigung erfolgt bei nur vorübergehend übermässigen Einwirkungen nicht aufgrund von Verkehrswertschätzungen bzw. einem erlittenen Minderwert des Grundstücks. Denn nach Beendigung der Bauarbeiten ist der Verkehrswert ja wieder gleich wie vorher – oder u.U. sogar noch grösser, weil Bauarbeiten auch zu einer Aufwertung des betroffenen Gebiets führen können.

Die Entschädigung für vorübergehende Nachteile infolge zu dulddender übermässiger Einwirkungen aus Bauarbeiten entspricht im Enteignungsrecht «im Wesentlichen einer Inkonvenienzentschädigung»³⁸, d.h. es geht um den *Ersatz des tatsächlich erlittenen Schadens*. Der tatsächlich erlittene Schaden bedeutet z.B. bei einem Miethaus od. einem Ladengeschäft ein nachweisbar reduzierter Ertrag während der Dauer der intensiven Bauphasen. Wieweit ein reduzierter Geschäftsertrag im konkreten Fall effektiv auf die Bauarbeiten zurückzuführen ist und inwieweit auch andere Faktoren mit eine Rolle gespielt haben mögen, muss jeweils aufgrund von Gutachten geklärt werden.

³⁵ BVGer A-6544/2016 vom 1.5.2017, E. 8.3.1.

³⁶ BGE 91 II 107 E. 2; 83 II 375 E. 3. Vgl. auch WAGNER PFEIFER (Fn 18), BR 1/2016, 5, 7.

³⁷ WAGNER PFEIFER/GEBHARDT (Fn 34), BJM 1/2000, 18. Vgl. auch das Urteil der ESchK vom 21.11.2014 (Auszug), BJM 3/2015, 162, E. 4.5–4.8.

³⁸ BGE 132 II 427 (Pra 2007 Nr. 76), E. 6.2.