



<b>Fall-Nr.:</b>	BS.2014.9/10
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	09.09.2014
<b>Entscheiddatum:</b>	09.09.2014

### **Entscheid Kantonsgericht, 09.09.2014**

**Art. 13 und Art. 261 ZPO (SR 272), Art. 17 Abs. 1 lit. a EG-ZPO (sGS 961.2). Vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines gleichzeitig anhängig gemachten Hauptverfahrens sind - ausser im Falle der abweichenden örtlichen Zuständigkeit bei Anrufung des Gerichts am Ort der Vollstreckung der Massnahme - durch den Verfahrensleiter (und nicht durch den Einzelrichter) zu entscheiden. Diesem ist verwehrt, mit der Begründung der Nichtzuständigkeit des Kollegialgerichts im Hauptverfahren auf das Massnahmegesuch nicht einzutreten (E. III.1.b). Art. 684 f. ZGB (SR 210). Art. 86 BauG (sGS 731.1). Art. 685 ZGB ist eine Spezialvorschrift, welche die allgemeinen nachbarrechtlichen Grundsätze des Art. 684 ZGB konkretisiert. Über privatrechtliche Einsprachen, die sich auf Art. 685 ZGB stützen ist damit - gleich wie über auf Art. 684 ZGB gestützte - im öffentlich-rechtlichen Verfahren zu entscheiden (Art. 86 Abs. 1 BauG). Weist die Baubewilligungsbehörde privatrechtliche Einsprachen ab, welche sich auf Art. 684 ZGB stützen, und verweist sie anderweitige privatrechtliche Einsprachegründe auf den Zivilweg, so sind auf Art. 685 ZGB gestützte Ansprüche von der Abweisung mit umfasst (E. III.2.b). Art. 75 BGG (SR 173.110). Prinzip der "double instance". Das Bundesrecht erfordert als letzte kantonale Instanz resp. als Vorinstanz des Bundesgerichts ein oberes Gericht. Die erstinstanzliche Beurteilung durch ein Gericht ist nicht vorgeschrieben. Der im kantonalen Recht vorgesehene Instanzenzug, gemäss welchem auf Art. 684 f. ZGB gestützte privatrechtliche Einsprachen unterinstanzlich durch Verwaltungsbehörden und kantonal letztinstanzlich durch das Verwaltungsgericht beurteilt werden, ist bundesrechtskonform (E. III.2.b) (Kantonsgericht, Einzelrichter im Personen-, Erb- und Sachenrecht, 9. September 2014, BS.2014.9+10). Das Bundesgericht wies eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 12. Dezember 2014 ab, soweit es auf diese eintrat (BGer 5A\_814/2014 neues Fenster).**

Erwägungen (Auszug)



I.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Politische Gemeinde U. ist Eigentümerin des in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen gelegenen Grundstücks Nr. X. Gegen ihr Baugesuch betreffend die Erstellung eines Alters- und Pflegezentrums erhoben u.a. A. und die Ehegatten B. als Eigentümer je eines Nachbargrundstückes des Grundstückes X sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Einsprachen.

Mit Entscheiden vom 2. Juli 2013 wies der Gemeinderat U. die Einsprachen ab. Die privatrechtliche Einsprache von A. wurde abgewiesen, soweit sie Immissionsrecht nach Art. 684 ZGB betrifft. Die öffentlich-rechtliche Einsprache der Gatten B. wurde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte, die privatrechtliche, soweit sie Immissionsrecht nach Art. 684 ZGB betrifft. Soweit andere als Abwehransprüche nach Art. 684 ZGB geltend gemacht wurden, wurden die Einsprecher unter Ansetzung einer Frist von vierzehn Tagen zur Einleitung des Verfahrens auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen (Art. 84 Abs. 3 BauG). Gemäss Rechtsmittelbelehrung konnte gegen die Einspracheentscheide Rekurs beim Baudepartement erhoben werden.

Den am 19. Juli 2013 erhobenen Rekurs von A. und B. schrieb das Baudepartement am 3. Oktober 2013, unter Abweisung eines Wiederherstellungsgesuchs, wegen Nichtleistens des Kostenvorschusses ab. Die Rekurrenten erhoben hiergegen Beschwerde beim Verwaltungsgesicht.

Ebenfalls am 19. Juli 2013 leiteten A. und die Ehegatten B. das Schlichtungsverfahren ein. In der Folge reichten sie beim Kreisgericht V. eine Unterlassungsklage gegen die Politische Gemeinde U. ein, mit welcher sie beantragten, dieser sei unter Strafandrohung zu untersagen, das Bauvorhaben gemäss Baubewilligung auszuführen und im Rahmen der Zweckbestimmung zu betreiben resp. betreiben zu lassen. Gleichzeitig stellten sie das Gesuch, es sei der Beklagten vorsorglich zu untersagen, bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens mit der Ausführung des



Bauvorhabens zu beginnen. Die Politische Gemeinde U. beantragte die Abweisung des Massnahmegesuchs, soweit darauf einzutreten sei.

Die Vorinstanz trat am 14. April 2014 auf das Gesuch nicht ein und belies die Prozesskosten bei der Hauptsache.

[...]

III.

1. Der Vorderrichter ist mit einer Doppelbegründung auf das Massnahmebegehren nicht eingetreten. Zum einen verneinte er ein schutzwürdiges Interesse der Gesuchsteller im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO, da die Klagen innert der vom Gemeinderat gesetzten Frist von Art. 84 Abs. 3 BauG auf dem Zivilweg anhängig gemacht worden seien und "somit diesen privatrechtlichen Einsprachen per se eine aufschiebende Wirkung ... im Sinne von Art. 89 Satz 2 BauG" zukomme (vi-Entscheid, S. 5 E. 4 mit Verweis auf Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, S. 286 Rz. 952 ff.). Zum andern, so der Vorderrichter weiter, sei das Kreisgericht V. zur Beurteilung der Klagen sachlich gar nicht zuständig, weil sich die Kläger in ihrer Klageschrift ausschliesslich auf eine Verletzung von Art. 684 und Art. 685 Abs. 1 ZGB beriefen und über solche privatrechtlichen Einsprachen, welche der Gemeinderat abgewiesen habe, ausschliesslich im öffentlich-rechtlichen Verfahren zu entscheiden sei

[...].

a) Die Gesuchsteller bestreiten, dass die Klagen bereits aufgrund von Art. 89 Satz 2 BauG "bauhindernde Wirkung" hätten [...]. Sie halten dafür, das Kreisgericht sei für die Beurteilung sämtlicher zivilrechtlichen Ansprüche zuständig, und zwar - trotz der anders lautenden Regelung von Art. 86 BauG - auch für die Beurteilung von Ansprüchen aus Art. 684 ZGB [...].

Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, zwar hätte Art. 89 Satz 2 BauG durchaus "bauhindernde Wirkung", wenn die Kläger im Hauptverfahren andere Ansprüche als



Abwehransprüche aus Art. 684 und Art. 685 ZGB geltend gemacht hätten. Das sei vorliegend, nach dem massgeblichen Behauptungsstand gemäss Klageschrift vom 19. November 2013 und Eingabe vom 12. Februar 2014, aber nicht der Fall [...], denn nach Art. 86 BauG sei über Ansprüche sowohl aus Art. 684 ZGB als auch aus Art. 685 ZGB im öffentlich-rechtlichen Verfahren zu entscheiden, weshalb der Vorderrichter die Zuständigkeit des Kreisgerichts zu Recht verneint habe und auf das Massnahmebegehren nicht eingetreten sei [...].

b) Der Auffassung des Vorderrichters, den privatrechtlichen Einsprachen der Kläger komme per se aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 89 Satz 2 BauG zu (gemeint: im hängigen Hauptverfahren), so dass diese kein schutzwürdiges Interesse an vorsorglichen Massnahmen hätten, kann so nicht beigepflichtet werden. Dies träfe nur zu, wenn im Hauptverfahren andere - als gemäss Art. 86 BauG im öffentlich-rechtlichen Bewilligungsverfahren zu verfolgende - Abwehransprüche geltend gemacht würden. Nur für solche nämlich hat der Gemeinderat die Baugesuchsteller - unter Fristansetzung (dazu Art. 84 Abs. 3 Satz 2 BauG) - auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen; die Abwehransprüche nach Art. 684 ZGB aber hat er nicht auf den Zivilprozessweg verwiesen, sondern abgewiesen. [...]

Nicht gefolgt werden kann sodann der Argumentation, auf das Massnahmegesuch sei deshalb nicht einzutreten, weil das Kreisgericht für die Beurteilung der in der Klage geltend gemachten, ausschliesslich im öffentlich-rechtlichen Bewilligungsverfahren zu verfolgenden Ansprüche nicht zuständig sei. Ist - wie hier - beim Kreisgericht als Kollegialbehörde eine Klage eingereicht worden, so steht der Entscheid über die Zuständigkeit in der Hauptsache (als Prozessvoraussetzung nach Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) und mithin die Frage, ob auf die Klage eingetreten werden kann oder nicht, allein dem Kreisgericht zu. Dass der Massnahmerichter nicht über die Zuständigkeit in der Hauptsache zu befinden hat, ergibt sich auch aus Art. 263 ZPO i.V.m. Art. 13 und Art. 29 Abs. 1 lit. a ZPO (dingliche Klagen im Sinne dieser Bestimmung sind auch Abwehrklagen aus Nachbarrecht; BSK ZPO-Tenchio, Art. 29 N 11 Al. 5).

Die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen in einem bereits hängigen Verfahren wie hier ist abschliessend in Art. 17 Abs. 1 lit. a EG-ZPO geregelt, wonach der Verfahrensleiter darüber zu entscheiden hat. Dieser aber darf - weil das Kreisgericht



oder in einem folgenden Rechtsmittelverfahren übergeordnete Gerichtsinstanzen die Zuständigkeit auch anders beurteilen können - das Gesuch nicht schon mangels Zuständigkeit des Gerichts ablehnen, es sei denn im Rahmen einer negativen Hauptsachenprognose bei der Prüfung des Begehrens nach Massgabe von Art. 261 ZPO (dazu sogleich; E. III.2), was jedoch Eintreten voraussetzt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Vorderrichter in casu nicht - wie von Art. 17 Abs. 1 lit. a EG-ZPO vorgesehen - als Verfahrensleiter im Hauptverfahren (OZ.2013.12 und 13; vgl. dazu auch Ziff. II.3 der Weisung des Kantonsgerichts betreffend Aktenführung und Aktenordnung vom 9. Dezember 2010), sondern formell unzutreffenderweise als Einzelrichter in einem separaten Summarverfahren gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a EG-ZPO, welches als selbständiges Verfahren für vorsorgliche Massnahmen nur bei Zuständigkeiten nach Art. 13 lit. b ZPO zum Tragen kommt, entschieden hat (SZ. 2013.104 und 105).

Von einer Rückweisung der Streitsache zur nochmaligen Beurteilung an die Vorinstanz, wie von den Gesuchstellern eventualiter beantragt wird [...], ist jedoch abzusehen, da die Rechtsmittelinstanz bei einer Berufung, im Gegensatz zur Beschwerde, sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (Art. 310 ZPO) und sich der Vorderrichter zudem in der - im Rahmen von Art. 261 Abs. 1 ZPO zu erwägenden - Frage der sachlichen Zuständigkeit bereits festgelegt hat.

2. Voraussetzung einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ZPO bei einer Unterlassungsklage (Bauverbot) ist die Glaubhaftmachung, dass die Verletzung eines dem Gesuchsteller zustehenden Anspruchs zu befürchten ist (Abs. 1). Dabei ist im Rahmen einer Hauptsachenprognose vorab zu prüfen, ob aufgrund der tatsächlichen Behauptungen des Gesuchstellers dessen Rechtsbegehren in Ansprüchen eine Stütze finden könnten, deren Beurteilung in die Zuständigkeit des Gerichtes fallen, welches in der Hauptsache zu entscheiden hat; denn der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist nicht gerechtfertigt, wenn das Hauptbegehren des Klägers unbegründet oder wenig aussichtsreich ist (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., S. 355 f. N 211 und N 213).

a) Als Anspruchstitel für ein Bauverbot kommen grundsätzlich Art. 679 sowie die Art. 684 und Art. 685 ZGB in Frage (zum Zusammenhang der Rechtsbehelfe im Bereich des Nachbarrechts vgl. BSK ZGB II-Rey/Strebel, Art. 679 N 1 ff.).



Die von den Gesuchstellern vorgebrachten Befürchtungen beschränken sich nun aber auf mit dem Bauvorhaben im Zusammenhang stehende Einwirkungen, deren Zulässigkeit umfassend aufgrund von Art. 684 und Art. 685 ZGB beurteilt werden kann; weitere - aus Art. 667 ff. ZGB [...], insbesondere aus Art. 679 ZGB sich ergebende - Abwehransprüche sind nicht ersichtlich und werden von den Gesuchstellern auch nicht substantiiert geltend gemacht [...].

b) Soweit die privatrechtlichen Einsprachen gestützt auf Art. 684 ZGB erhoben wurden, hat der Gemeinderat sie abgewiesen, wogegen gemäss Art. 86 BauG Rekurs beim Baudepartement erhoben werden konnte und denn auch erhoben wurde [...]. Streitig ist in diesem Zusammenhang, ob der Gemeinderat zugleich auch über den Abwehranspruch von Art. 685 ZGB entschieden habe, und wenn ja, ob zu Recht oder nicht. Die Gesuchsteller halten dafür, dass der Gemeinderat nach dem Wortlaut von Art. 86 BauG nur für die Beurteilung von Ansprüchen aus Art. 684 ZGB, nicht aber von solchen aus Art. 685 ZGB zuständig sei [...]. Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, dass der nachbarrechtliche Abwehranspruch gemäss Art. 685 ZGB gegen schädigende Einwirkungen durch Grabungen und Bauten ebenfalls im öffentlich-rechtlichen Bewilligungsverfahren geltend zu machen war und vom Gemeinderat denn auch geprüft und materiell abgewiesen - und nicht etwa auf den Weg des Zivilprozessen verwiesen - worden sei [...].

Der Gesuchsgegnerin ist beizupflichten. Zum einen hat der Gemeinderat U. die nach zutreffender Auffassung der Kläger ([...], vgl. dazu auch Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 72 zu Art. 685 ZGB) unter Art. 685 ZGB fallenden Einwände betreffend Gefährdung der bestehenden Bauten durch die Grundwasser-absenkung sehr wohl geprüft [...], aber verworfen, d.h. der Gemeinderat hat in der Sache die in diesem Zusammenhang geltend gemachten materiellen Abwehransprüche als unbegründet erachtet und die privatrechtliche Einsprache demgemäss, "soweit sie Immissionsrecht nach Art. 684 ZGB betrifft, abgewiesen" [...]. Zum andern gibt es keinen Grund, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, wonach Art. 685 ZGB keinen eigenständigen nachbarrechtlichen Sachverhalt regelt, sondern als Spezialvorschrift vielmehr die in Art. 684 ZGB enthaltenen allgemeinen nachbarrechtlichen Grundsätze konkretisiert (vi-Entscheid, S. 7 f. E. 7.b mit Hinweisen auf BGer 5A\_285/2011 E. 3.1 vom 14. November 2011 und Rey/Strebel, a.a.O., Art. 685/686 N 4; vgl. schon



Leemann, Berner Kommentar, N 1 zu Art. 685 ZGB, und Meier-Hayoz, a.a.O., N 27 zu Art. 685/686 ZGB). Dementsprechend ist - über den blossen Wortlaut hinaus - auch Art. 86 BauG auszulegen, zumal nur so Sinn und Zweck dieser Bestimmung, Doppelspurigkeiten so weit möglich zu vermeiden und deshalb Streitigkeiten sowohl betreffend den öffentlich-rechtlichen als auch den privatrechtlichen präventiven Immissionsschutz auf den Weg des öffentlich-rechtlichen Verfahrens zu verweisen (vgl. dazu auch Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, S. 287 ff., insbesondere Rz. 959) Rechnung getragen werden kann.

Mithin ist der privatrechtlichen Einsprache der Kläger trotz fristgerechter Anhängigmachung der Klage beim Vermittleramt keine bauhindernde bzw. aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 89 Satz 2 BauG zuzuerkennen.

c) Die Gesuchsteller wenden schliesslich ein, auch im Zivilprozess gelte der Grundsatz der "double instance". Davon könne nur abgewichen werden, wenn das Zivilprozessgesetz eine Ausnahme vorsehe. Diese seien in Art. 5, 6 und 7 ZPO aufgeführt, in deren abschliessender Aufzählung Art. 684 ZGB nicht figuriere. Die st. gallische Regelung verstosse gegen den genannten Grundsatz, weil es sich beim Gemeinderat und beim Baudepartement um Verwaltungsbehörden und nicht um Gerichte handle [...].

Die Gesuchsgegnerin hält dagegen, dass sich der Grundsatz der "double instance" nicht aus der Zivilprozessordnung, sondern aus Art. 75 BGG herleite. Dabei sei nicht erforderlich, dass auf der kantonalen Ebene die Sache erstinstanzlich von einem Gericht entschieden werden müsse. Es genüge, wenn gewährleistet sei, dass als letzte kantonale Instanz ein Gericht den Sachverhalte frei prüfen und das massgebende Recht vom Amtes wegen anwenden könne [...].

Der Gesuchsgegnerin ist auch hier beizupflichten. Nach Art. 75 Abs. 2 BGG setzen die Kantone als letzte kantonale Instanzen obere Gerichte ein, welche - von hier nicht zutreffenden Ausnahmen (lit. a, b und c) abgesehen - aber nicht als einzige Instanzen entscheiden dürfen, sondern als Rechtsmittelinstanzen entscheiden müssen. Als erste kantonale Instanz kommt dabei nicht nur ein unteres Gericht, sondern kommt auch eine Verwaltungsbehörde in Betracht. Die von der erstinstanzlichen Behörde



## St.Galler Gerichte

erlassenen Entscheide müssen daher nicht ihrerseits Gerichtsurteile, sondern können auch Verfügungen sein (BSK BGG-Klett, Art. 75 N 3 mit Hinweis auf die Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege; BBl 2001, 4202 ff., 4311). Im Kanton St. Gallen entscheidet als erste Instanz der Gemeinderat über privatrechtliche Abwehransprüche nach Art. 684 ZGB (und, wie ausgeführt, Art. 685 ZGB). Solche Entscheide können mit Rekurs beim Baudepartement als zweiter Instanz angefochten werden (Art. 43<sup>bis</sup> lit. a VRP) mit Weiterzugsmöglichkeit an das Verwaltungsgericht (Art. 59<sup>bis</sup> Abs. 1 VRP; vgl. GVP 1992 Nr. 29) und von dort mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (Art. 86 Abs. 4 BauG; Art. 72 ff. BGG). Dass es sich beim Verwaltungsgericht um ein oberes kantonales Gericht handelt, das den Sachverhalt frei prüfen und das massgebende Recht von Amtes wegen anwenden kann (zur Kognition vgl. Art. 61 VRP), ist unbestritten, womit die Bundesrechtskonformität dieses Instanzenzugs nicht zweifelhaft sein kann.

d) Nach dem Gesagten bleibt es dabei, dass der vor Kreisgericht V. anhängigen Klage aufgrund des von den Klägern bisher geltend Gemachten keine bauhindernde bzw. aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 89 Satz 2 BauG zuerkannt werden kann.

Das Massnahmegesuch ist daher abzuweisen.