



**Fall-Nr.:** BS.2023.14-EZO3  
**Stelle:** Kantonsgericht  
**Rubrik:** Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)  
**Publikationsdatum:** 02.07.2024  
**Entscheiddatum:** 18.04.2024

### **Entscheid Kantonsgericht, 18.04.2024**

**Art. 1 ff. VG; Art. 74 VRP i.V.m. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO: Ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung zum Zwecke der Prüfung von Prozessaussichten ist zu verneinen, wenn sich die spätere Verantwortlichkeitsklage offensichtlich auf Handlungen des Gemeinwesens bezieht, die durch eine rechtskräftige Verfügung gedeckt sind (E. III/2.b.bb). Verneinung einer Beweismittelgefährdung einzig aufgrund des Alters des zu befragenden Zeugen (E. III/3.c). (Kantonsgericht, Einzelrichterin im Obligationenrecht, 18. April 2024, BS.2023.14-EZO3) Hinweis: Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde beim Bundesgericht erhoben (BGer 2C\_228/2024).**

Entscheid siehe PDF



**Kantonsgericht St. Gallen**  
Einzelrichterin im Obligationenrecht

**Entscheid vom 18. April 2024**

\_\_\_\_\_  
Geschäfts-  
nummer

BS.2023.14-EZO3; ZV.2023.196-EZO3 (SZ.2023.11)

\_\_\_\_\_  
Verfahrens-  
beteiligte

**A.\_\_\_\_,**

**Gesuchsteller und  
Berufungskläger,**

vertreten von Rechtsanwalt F.,

gegen

**Politische Gemeinde B.\_\_\_\_,**

**Gesuchsgegnerin und  
Berufungsbeklagte,**

vertreten von Rechtsanwalt G.

\_\_\_\_\_  
Gegenstand

**vorsorgliche Beweisführung**



## **Anträge vor Kreisgericht**

### a) des Gesuchstellers

1. Es sei als Zeuge einzuvernehmen:  
C.\_\_, ehemaliger Unternehmer für den Felsabbruch der Gemeinde D.\_\_  
über die von seiner Unternehmung für die Gesuchsgegnerin deponierten Felsabbruchmaterialien aus dem Ort X. auf der Liegenschaft Kataster-Nr. [...] Y. unter Vorlage der kläg. Beilage 28.1, Foto Nr. 2.
2. Eventuell sei für den Fall, dass der Zeuge keine Kenntnisse mehr über die ausgeführten Arbeiten hat, eine Expertise anzuordnen über die Herkunft dieser Steine im Vergleich zu dem Gestein, das im Ort X an der Gemeindestrasse 1. Klasse, Z.-strasse, in zwei Etappen abgebaut wurde.
3. Über die vom Gesuchsteller auf Parzelle Nr. [...] und [...] ausgeführten Strassen- und Vorplatzbauarbeiten sowie Hangeinschnitte sei eine Expertise für die Menge des angefallenen Aushubmaterials anzuordnen bzw. über die Richtigkeit der von dipl. ing. E.\_\_ in kläg. Beilage 24 gemachten Berechnungen.
4. Als Experte sei ein langjähriger erfahrener unabhängiger Baufachmann mit entsprechend abgeschlossener Hochschul- oder Fachhochschulausbildung einzusetzen.  
Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

### b) der Gesuchsgegnerin

1. Das Gesuch sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten des Gesuchstellers.

## **Entscheid des Einzelrichters des Kreisgerichts V.\_\_ vom 6. November 2023**

1. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 2'500.00 für den begründeten Entscheid werden dem Gesuchsteller auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.00 wird daran angerechnet.
3. Der Gesuchsteller hat die Gesuchstellerin mit Fr. 5'916.40 (inkl. Barauslagen) zu entschädigen.



## Anträge vor Kantonsgericht

### a) des Gesuchstellers und Berufungsklägers

1. Das Urteil des Kreisgerichtes V.\_\_ vom 6. November 2023 sei vollumfänglich aufzuheben und die Streitsache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventuell sei als Zeuge einzuvernehmen:  
C.\_\_, ehemaliger Unternehmer für den Felsabbruch der Gemeinde D.\_\_  
über die von seiner Unternehmung für den Kläger deponierten Felsabbruchmaterialien aus dem Ort X. auf der Liegenschaft Kataster-Nr. [...] Y. unter Vorlage der kläg. Beilage 28.1, Foto Nr. 2 und kläg. Beilage 69, Foto Nr. 5.
3. Subeventuell sei für den Fall, dass der Zeuge keine Kenntnisse mehr über die ausgeführten Arbeiten hat, eine Expertise anzuordnen über die Herkunft dieser Steine im Vergleich zu dem Gestein, das im Ort X. an der Gemeindestrasse 1. Klasse, Z.-strasse, in zwei Etappen abgebaut wurde.
4. Eventuell sei über die vom Kläger auf Parzelle Nr. [...] und [...] ausgeführten Strassen- und Vorplatzbauarbeiten sowie Hangeinschnitte eine Expertise für die Menge des angefallenen Aushubmaterials anzuordnen bzw. über die Richtigkeit der von dipl. ing. E.\_\_ in kläg. Beilage 24 gemachten Berechnungen.
5. Als Experte sei ein langjähriger erfahrener unabhängiger Baufachmann mit entsprechend abgeschlossener Hochschul- oder Fachhochschulausbildung einzusetzen.
6. Der Berufung sei aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.  
Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Barauslagen und Mehrwertsteuer).

### b) der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten

1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und der Entscheid des Einzelrichters des Kreisgerichts V.\_\_ vom 6. November 2023 zu bestätigen, soweit überhaupt auf die Berufungsanträge einzutreten ist.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7% MwSt. zulasten des Berufungsklägers und Klägers.



## Erwägungen

I.

1. A.\_\_\_\_ (Gesuchsteller) ist Grundeigentümer in der politischen Gemeinde B.\_\_\_\_ (Gesuchsgegnerin). In den Jahren 2001 und 2002 reichte er jeweils ein Baugesuch zur Erstellung einer Erschliessungstrasse sowie zur Einkiesung von Vorplätzen bei der Gesuchsgegnerin bzw. dazumal der Gemeinde D.\_\_\_\_ ein. Das sich aus diesen Arbeiten ergebende Material konnte der Gesuchsteller in drei Geländemulden auf seinem Grundstück einfüllen. Die Gesuchsgegnerin stellte in der Folge fest, dass der Gesuchsteller auch Fremdmaterial, welches nicht von den bewilligten Arbeiten stammte, in die Mulden eingefüllt hatte und verfügte am 14. August 2014 die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bzw. die Aushebung des Fremdmaterials insbesondere aus der Mulde Nr. 2. Nachdem die Verfügung im Jahr 2019 rechtskräftig geworden war, verfügte die Gesuchsgegnerin am 16. September 2020 die Ersatzvornahme. Der Gesuchsteller ist der Ansicht, die Gesuchsgegnerin habe ihre Verfügungen auf einer falschen Grundlage getroffen und zudem selber Material in der Mulde Nr. 2 deponiert.

2. Deshalb reichte der Gesuchsteller am 17. März 2023 ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung mit den eingangs genannten Rechtsbegehren beim Kreisgericht V.\_\_\_\_ ein (vi-act. 1 [Gesuch]). Mit Stellungnahme vom 27. April 2023 ersuchte die Gesuchsgegnerin um die kostenfällige Abweisung des Gesuchs, soweit darauf einzutreten sei (vi-act. 6). Der Einzelrichter des Kreisgerichts V.\_\_\_\_ (Vorinstanz) gab dem Gesuchsteller in der Folge am 3. Mai 2023 Gelegenheit, zur Eingabe der Gesuchsgegnerin Stellung zu nehmen (vi-act. 8), wovon dieser am 23. Mai 2023 Gebrauch machte (vi-act. 11). Darauf replizierte die Gesuchsgegnerin am 21. Juni 2023 (vi-act. 16). Am 30. Juni 2023 übermittelte die Vorinstanz dem Gesuchsteller die zweite Stellungnahme der Gesuchsgegnerin zur Kenntnisnahme mit dem Hinweis, dass der Schriftenwechsel abgeschlossen sei (vi-act. 17). Am 7. Juli 2023 (vi-act. 18), 14. Juli 2023 (vi-act. 20), 16. August 2023 (vi-act. 22), 23. August 2023 (vi-act. 24), 5. September 2023 (vi-act. 26) und 14. September 2023 (vi-act. 28) folgten weitere unaufgeforderte Eingaben durch die Parteien. Mit begründetem Entscheid vom 6. November 2023 wies die Vorinstanz das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung ab und auferlegte die Prozesskosten dem Gesuchsteller (vi-Entscheid, S. 19).



3. Gegen diesen Entscheid – versandt am 6. November 2023 – erhob der Gesuchsteller am 17. November 2023 Berufung beim Kantonsgericht mit den eingangs genannten Rechtsbegehren (B/1 [Berufung], S. 2). Mit Berufungsantwort vom 14. Dezember 2023 beantragte die Gesuchsgegnerin die kostenfällige Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten werden könne (B/8 [Berufungsantwort]). Am 18. Dezember 2023 übermittelte die Einzelrichterin dem Gesuchsteller die Berufungsantwort zur Kenntnisnahme, verbunden mit dem Hinweis, eine allfällige Stellungnahme zur Wahrung des rechtlichen Gehörs sei innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen. Gleichzeitig teilte sie den Parteien mit, dass weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Verhandlung vorgesehen seien und voraussichtlich aufgrund der Akten entschieden werde (B/11). Am 29. Dezember 2023 reichte der Gesuchsteller eine nachträgliche Stellungnahme ein (B/12), worauf die Gesuchsgegnerin am 5. Januar 2024 mitteilte, auf eine weitere Stellungnahme werde verzichtet, und gleichzeitig die neuen Ausführungen des Gesuchstellers bestritt (B/15). Es folgten keine weiteren Eingaben.

## II.

1. Die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen für das Berufungsverfahren sind erfüllt (Art. 74 VRP i.V.m. Art. 59 f., Art. 308 Abs. 1 lit. b, Art. 314 Abs. 1 ZPO). Auf die Berufung ist vorbehältlich der nachfolgenden Ausführungen einzutreten. Zuständig ist die Einzelrichterin im Obligationenrecht (Art. 13<sup>bis</sup> VG i.V.m. Art. 72 lit. a und Art. 74 VRP i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. a EG-ZPO; Art. 14 Abs. 2 Ziff. 4 GO).

Das Gesuch sowie ein allfällig daraus entstehender Hauptprozess richten sich gegen eine Gemeinde, womit es sich grundsätzlich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Soweit dabei Entschädigungsansprüche geltend gemacht werden, ist für deren Beurteilung das Verantwortlichkeitsgesetz (VG; sGS 161.1) sowie das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; sGS 951.1) anwendbar. Art. 74 VRP verweist dabei für die Verfahrensvorschriften auf die Zivilprozessordnung (ZPO) sowie das kantonale Einführungsgesetz (EG-ZPO) dazu, während Art. 12 VG für das ergänzende materielle Recht auf das Obligationenrecht (OR) verweist. Die Beurteilung der Berufung hat deshalb in erster Linie nach den einschlägigen Normen des Bundesrechts zu erfolgen.

2.a) Nach Art. 317 Abs. 2 ZPO ist eine Klageänderung im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind (lit. a) und sie auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht (lit. b). Demnach muss der geänderte



oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen sein und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang stehen oder die Gegenpartei muss der Änderung zustimmen (vgl. Art. 227 Abs. 1 ZPO). Gleiches gilt auch für eine (nachträgliche) Änderung des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 248 lit. d i.V.m. Art. 219 ZPO).

b) Der Gesuchsteller hat seine Rechtsbegehren im Berufungsverfahren gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren dahingehend abgeändert, dass dem von ihm beantragten Zeugen neu auch ges.act. 69, Foto Nr. 5, vorgelegt werden soll. Nachdem das ges.act. 69 bereits bei der Vorinstanz eingereicht wurde und der Gesuchsteller im Übrigen nicht begründet, inwiefern die Voraussetzungen für eine Gesuchsänderung erfüllt sind, ist auf das Rechtsbegehren, soweit es vom ursprünglichen abweicht, nicht einzutreten.

3. Mit der Berufung nach Art. 308 ff. ZPO können die unrichtige Rechtsanwendung und/oder die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Den Berufungskläger trifft dabei eine Begründungspflicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Er hat sich daher sachbezogen mit dem Entscheid der Vorinstanz auseinanderzusetzen und unter Bezugnahme auf die erstinstanzlichen Erwägungen im Einzelnen darzulegen, warum dieser in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A\_651/2012 E. 4.2; REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 311 N 36). Fehlt eine hinreichende Begründung, hat dies zur Folge, dass auf die Berufung nicht einzutreten ist (ZPO-Rechtsmittel-KUNZ, 2013, Art. 311 N 84; STAEHELIN A./BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., § 26 N 42; SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 601). Ungeachtet der Begründungspflicht gilt allerdings der Grundsatz, dass das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist, auch im Rechtsmittelverfahren, weshalb die Berufungsinstanz in rechtlicher Hinsicht nicht auf die Prüfung geltend gemachter Rechtsverletzungen beschränkt ist (Art. 57 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-KUNZ, 2013, Art. 311 N 94; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., N 4.52 und 12.41; SEILER, a.a.O., N 893; vgl. auch REETZ/THEILER, ZPO Komm., Art. 311 N 36, S. 2442 unten).

4. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgetragen werden konnten sowie ohne Verzug geltend gemacht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Ob der Gesuchsteller unzulässige Noven vorgebracht hat, ist – soweit entscheidrelevant – im entsprechenden Sachzusammenhang zu prüfen.



5. Nach Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO hat die Berufung gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen keine aufschiebende Wirkung. Die Vollstreckung kann aber ausnahmsweise aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Abs. 5). Der Gesuchsteller hat vorliegend um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung ersucht. Da die fehlende aufschiebende Wirkung bzw. die direkte Vollstreckbarkeit gesetzlich normiert ist, hat die Vorinstanz mit ihrer Rechtsmittelbelehrung – entgegen der Ansicht des Gesuchstellers – nicht gegen die Dispositionsmaxime verstossen. Dem Antrag des Gesuchstellers kann aber unabhängig davon ohnehin nicht entsprochen werden. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bezweckt den Aufschub der Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Entscheids und verhindert damit, dass das gerichtliche Urteil zu einem Nachteil für die unterliegende Partei führt. Bei einem abweisenden Entscheid kann ein solcher Nachteil aber gerade nicht entstehen, da nicht ersichtlich ist, inwiefern dieser – abgesehen vom Kostenspruch – vollstreckt werden sollte. Der Gesuchsteller hat denn auch in keiner Weise dargetan, inwiefern ihm ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil i.S.v. Art. 315 Abs. 5 ZPO drohen würde. Vor diesem Hintergrund wäre der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, wenn er sich mit dem vorliegenden Entscheid nicht ohnehin als gegenstandslos erweisen würde.

6. Wie erwähnt wurde den Parteien mit Brief vom 18. Dezember 2023 (B/11) mitgeteilt, vorbehältlich eines allfälligen Beweisverfahrens seien weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Verhandlung vorgesehen und es werde voraussichtlich aufgrund der Akten entschieden. Demgemäss wurde dem Gesuchsteller (mit gleicher Post) die Berufungsantwort der Gesuchsgegnerin bloss zur Kenntnisnahme sowie mit dem Hinweis zugestellt, eine allfällige Stellungnahme zur Wahrung des rechtlichen Gehörs wäre innert zehn Tagen einzureichen (s. dazu BGer 4A\_213/2015 E. 2.1.2). In seiner nachträglichen Eingabe vom 29. Dezember 2023 schweigt sich der Gesuchsteller darüber aus, inwiefern er mit seinen darin enthaltenen Ausführungen zu Noven in der Berufungsantwort Stellung nehmen will. Es ist auch nicht ersichtlich, in welcher Hinsicht die Berufungsantwort sonstwie eine weitere Stellungnahme zur Wahrung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör erfordert hätte. Mit seinen Ausführungen in der nachträglichen Eingabe ist der Gesuchsteller daher nicht zu hören. Zuzulassen ist dagegen die Stellungnahme zur von der Gesuchsgegnerin mit der Berufungsantwort eingereichten Kostennote (B/9).

7. Der Streitwert wird nach Art. 91 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens oder einer allfälligen Publikation des Entscheids sowie allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet (Abs. 1). Lautet das



Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich richtig sind (Abs. 2). Für die Bestimmung des Streitwerts im erstinstanzlichen Verfahren ist der Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht massgeblich (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 91 N 7; KUKO ZPO-KÖLZ, 3. Aufl., Art. 91 N 2; STAEHELIN D., in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. § 15 N 1a; BK-STERCHI, 2012, Vorb. zu Art. 91-94 ZPO N 3). Im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung (Art. 158 ZPO) sind zudem die mutmasslichen Begehren im Hauptprozess massgebend (BGE 140 III 12 E. 3.3). Nachdem der Gesuchsteller im Hauptprozess in erster Linie die Aushebung der Mulde Nr. 2 verhindern wollte und die Kosten für die drohende Ersatzvornahme durch die Gesuchsgegnerin mit Fr. 66'640.00 beziffert wurden, wurde dieser Betrag zu Recht durch die Vorinstanz als Streitwert herbeigezogen. Unterdessen hat der Gesuchsteller die Mulde auf eigene Kosten selber ausheben lassen, wofür ihm nach eigenen Angaben Kosten von rund Fr. 37'000.00 entstanden sind (vi-act. 26, S. 3; B/12, S. 8). Da der Gesuchsteller vorbringt, gegenüber der Gesuchsgegnerin nun in einem allfälligen Hauptprozess Schadenersatz für die Aushebung verlangen zu wollen, ist für das Berufungsverfahren neu von einem Streitwert von Fr. 37'000.00 auszugehen.

### III.

1.a) Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid (stark) zusammengefasst aus, dem Gesuchsteller gelinge es zunächst nicht, einen Hauptsachenanspruch glaubhaft zu machen. Da die Aushebung der Mulde Nr. 2 durch eine rechtskräftige öffentlich-rechtliche Verfügung beschlossen worden sei, sei eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 3 VG ausgeschlossen. Auch der Umfang des zu entfernenden Materials sei rechtskräftig festgestellt worden. Sodann könne die vorsorgliche Beweisabnahme nicht einem Revisionsbegehren in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten dienen (vi-Entscheid, S. 16). Im Weiteren vermöge der Gesuchsteller nicht glaubhaft zu machen, dass eine Gefährdung der Beweismittel vorliege. Somit seien die Voraussetzungen für das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung nicht erfüllt (vi-Entscheid, S. 17).

b) Der Gesuchsteller bringt dagegen im Wesentlichen vor, es sei bisher nicht über die zusätzlichen Baubewilligungen für die Vorplätze, den zusätzlichen Aushub für Hangeinschnitte oder die Eigendeponie durch die damalige Gemeinde D.\_\_\_ entschieden worden. Somit seien auch keine rechtskräftigen Urteile darüber vorhanden, welche einen Staatshaftungsprozess nach Art. 3 VG ausschliessen würden (Berufung, S. 6 ff., 13 und 17).



Zudem habe die Vorinstanz verkannt, dass der beantragte Zeuge nicht nur alt, sondern auch schwer krank sei, was auf eine akute Gefährdung des Beweises hinweise (Berufung, S. 17).

2.a) Nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Ein schutzwürdiges Interesse besteht unter anderem auch darin, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären. Jedoch muss der Gesuchsteller glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (BGE 143 III 113 E. 4.4; BGE 138 III 76 E. 2.4.2). Da die vorsorgliche Beweisführung nur als Hilfsverfahren für das beabsichtigte Hauptverfahren zulässig ist, hat der Gesuchsteller seine Rechtsbegehren zu bezeichnen, die er im Hauptprozess aufgrund eines schlüssig und substantiiert behaupteten Lebenssachverhalts einzuklagen gedenkt (BGE 140 III 12 E. 3.3; BGE 138 III 76 E. 2.4.2; BGE 140 III 16 E. 2.2.2). Abgesehen von der Glaubhaftigkeit des Hauptanspruchs bzw. der tatsächlichen Vorbringen, die diesen Anspruch stützen, darf das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses nicht an zu strenge Anforderungen geknüpft werden, weshalb es nur verneint werden darf, wenn es offensichtlich nicht besteht (BGer 5A\_832/2012 E. 7.1.1; BGer 4A\_419/2016 E. 1.6). Die Prüfung, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisführung erfüllt sind, hat von Amtes wegen zu erfolgen (BGE 140 III 30 E. 3.4.1).

b/aa) Wie aus den Vorbringen des Gesuchstellers gegenüber der Vorinstanz hervorgeht, beantragte er die vorsorgliche Beweisführung in erster Linie, um die Prozessaussichten gegenüber der Gesuchsgegnerin in einem späteren, allfälligen Hauptverfahren prüfen zu können. Namentlich soll durch die beantragten Beweise geprüft werden, wie viel Material in der Mulde Nr. 2 ursprünglich abgelagert werden dürfen, und ob die Gesuchsgegnerin ebenfalls Material abgelagert hat, damit gegebenenfalls mit der Herausnahme zugewartet werden könne (vgl. Gesuch, S. 6 und 9). In seiner "Vernehmlassung" vom 23. Mai 2023 ergänzte der Gesuchsteller seine Gesuchsbegründung und führte neu aus, aufgrund der falschen Berechnung der angefallenen Aushubmenge durch die Gesuchsgegnerin, sei die verfügte, kostenpflichtige Entnahme aus der Mulde Nr. 2 nicht rechtens, weshalb ihm, dem Gesuchsteller, daraus ein (widerrechtlicher) Schaden entstehe (vi-act. 11, S. 20). Da die Gesuchsgegnerin die Entfernung von Material ersatzweise für Fr. 66'460.00 vornehmen wolle, obwohl dessen Deponierung rechtmässig oder durch die Gemeinde D.\_\_ erfolgt sei, belaufe sich sein materieller Schaden bei Vollzug auf rund Fr. 66'000.00 (vi-act. 11, S. 23). Nachdem der Gesuchsteller die Entnahme des Materials



aus der Mulde Nr. 2 vor Vollzug der Ersatzvornahme selber veranlasst hatte, führte er gegenüber der Vorinstanz sinngemäss aus, sein Schadenersatzanspruch gegenüber der Gesuchsgegnerin entspreche neu den Kosten der Materialentnahme von vorläufig Fr. 32'848.50 (vi-act. 26).

bb) Da ein Zuwarten mit der Entnahme von Material aus der Mulde Nr. 2 nicht mehr möglich ist, beschränkt sich das schutzwürdige Interesse des Geschwärtellers auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch gegenüber der Gesuchsgegnerin im Umfang der ihm für den Rückbau der Mulde entstandenen Kosten. Eine solche Forderung wäre – wie bereits die Vorinstanz richtig feststellte – nach dem kantonalen Verantwortlichkeitsgesetz zu beurteilen. Nach Art. 1 Abs. 1 VG haften die Gemeinden für den Schaden, den ihre Behörden und Angestellten in Ausübung dienstlicher Verrichtungen Dritten widerrechtlich zufügen. Rechtskräftige Urteile, Entscheide und Verfügungen können indes nicht auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden (Art. 3 VG). Mit anderen Worten kann eine Verfügung, welche einen Schaden verursacht hat, nach Eintritt der Rechtskraft nicht mehr auf ihre Widerrechtlichkeit geprüft werden. Ohne Widerrechtlichkeit fehlt es aber an einer zwingenden Voraussetzung für einen Schadenersatz- bzw. Staatshaftungsanspruch, womit dessen Abweisung einhergehen muss (BGE 126 I 144 E. 2a; BGE 119 Ib 208 E. 3c; zum Ganzen ausführlich: GÄHWILER, Das erstinstanzliche Verfahren im allgemeinen Staatshaftungsrecht, in Schmid: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, 2021, S. 1 ff., N 48 f.). Vor diesem Hintergrund ist auch nicht relevant, ob der Sachverhalt im öffentlich-rechtlichen Verfahren betreffend die Verfügungen korrekt festgestellt oder überhaupt vollständig beurteilt wurde.

cc) Soweit der Geschwärteller also in einem späteren Hauptverfahren gegenüber der Gesuchsgegnerin einen Schadenersatzanspruch geltend machen will, kann ein solcher im Grundsatz nur dann bejaht werden, wenn die Ursache für den Schaden nicht allein in einer rechtskräftigen Verfügung liegt. Vorliegend sind zwei Verfügungen der Gesuchsgegnerin bzw. der Gemeinde D.\_\_\_\_ von Relevanz. Zunächst verfügte die Gemeinde D.\_\_\_\_ am 14. August 2014 den Rückbau der Mehrdeponie bei der Mulde Nr. 2 im Umfang von 600m<sup>3</sup> (vgl. gesg.act. 1) und am 16. September 2020 die Ersatzvornahme innert 30 Tagen ab Rechtskraft, sofern die Deponie bis dahin nicht beseitigt wurde (vgl. gesg.act. 8). Beide diese Verfügungen sind in Rechtskraft erwachsen (vgl. ges.act. 60). Somit kann der Geschwärteller nur noch Schadenersatz für Schäden verlangen, welche ihre Ursache nicht in einer dieser beiden Verfügungen haben. Ein Staatshaftungsanspruch für die Entnahme des Materials aus der Mulde Nr. 2 oder eine Wiedereinführung des Materials ist somit nach dem Verantwortlichkeitsgesetz von vornherein ausgeschlossen.



Einzig eine allfällige Deponie durch die Gesuchsgegnerin in der Mulde Nr. 2 auf dem Grundstück des Gesuchstellers wäre nicht durch eine bestehende, rechtskräftige Verfügung gedeckt. Der Gesuchsteller vermag diesbezüglich aber – auch bei Auslegung seiner Begründung nach Treu und Glauben – nicht aufzuzeigen, welche Rechtsbegehren er dazu in einem allfälligen Hauptprozess zu stellen gedenkt; ein Anspruch auf Wiederherstellung oder vollständigen Ersatz der Kosten für die Entnahme ist gestützt darauf jedenfalls nicht ersichtlich. Unabhängig davon ist auch kein einklagbarer Lebenssachverhalt erkennbar, behauptet der Gesuchsteller doch nicht einmal, die Gesuchsgegnerin habe widerrechtlich gehandelt. Das Gesuch ist in dieser Hinsicht nicht ausreichend begründet.

c) Insgesamt ist damit ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung zu verneinen.

3.a) Der Gesuchsteller machte im Weiteren zusammenfassend geltend, die beantragte Zeugenbefragung müsse vorsorglich durchgeführt werden, da aufgrund des hohen Alters des Zeugen sowie dessen gesundheitlichen Zustands von einer Beweisgefährdung auszugehen sei (Gesuch, S. 6; vi-act. 11, S. 21 f.).

b) Anders als bei der vorsorglichen Beweisführung aufgrund eines schutzwürdigen Interesses (vgl. E. 2 hiavor), muss bei einer Beweismittelgefährdung lediglich diese und nicht auch ein materieller Anspruch glaubhaft gemacht werden. Eine hinreichende Gefährdung besteht, wenn Beweise in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr erhoben werden können (BGer 4A\_128/2017 E. 2.1.2; BGer 4A\_478/2011 E. 1.1) oder zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit einer entscheidenden Reduktion der möglichen Beweiskraft vorliegt (BGE 142 III 40 E. 3.1.1; BGer 4A\_118/2012 E. 2.1; zum Ganzen CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, 2021, Art. 158 N 8). Ob das abzunehmende Beweismittel in einem späteren Hauptprozess wesentlich ist, ist nicht von Bedeutung, sofern die Irrelevanz nicht geradezu offensichtlich ist (FELLMANN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 158 N 15; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 158 N 9).

Eine Tatsache ist dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1). Blosses Behaupten genügt nicht (BGer 4P.64/2003 E. 3.3; BSK ZPO-GUYAN, 3. Aufl., Art. 157 N 10).



c) Der Gesuchsteller belässt es in seinen Vorbringen bei der blossen Behauptung des schlechten Gesundheitszustandes des zu befragenden Zeugen. Zudem kann allein aufgrund des behaupteten Alters des Zeugen von 74 Jahren nicht direkt auf eine Beweisgefährdung geschlossen werden, sondern es sind noch weitere Umstände darzulegen, welche auf eine Gefährdung schliessen lassen. Die Beweismittelgefährdung ist damit nicht glaubhaft gemacht und die Vorinstanz hat das Gesuch auch in dieser Hinsicht zu Recht abgewiesen.

4. Zusammenfassend gelingt es dem Gesuchsteller nicht, die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO glaubhaft zu machen. Die Berufung ist entsprechend abzuweisen.

#### IV.

1. Bei diesem Verfahrensausgang bleiben die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Entscheids unverändert. Die Kosten des Verfahrens um vorsorgliche Beweisführung sind auch im Berufungsverfahren ermessensweise und unabhängig vom Verfahrensausgang dem Gesuchsteller aufzuerlegen (BGE 140 III 130 E. 3.4.1; Art. 74 VRP i.V.m. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).

2. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden auf Fr. 3'200.00 festgesetzt (Art. 10 Ziff. 211 GKV) und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 74 VRP i.V.m. Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3. Der Gesuchsteller hat die Gesuchsgegnerin für deren Parteikosten im Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 74 VRP i.V.m. Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Gesuchsgegnerin hat eine Kostennote über Fr. 3'944.30 eingereicht (B/9). Da sie in ihrer Kostennote von einem Streitwert von Fr. 66'640.60 ausging, ist das Honorar auf den vorliegend massgebenden Streitwert von Fr. 37'000.00 (vgl. E. II.7. hiervor) anzupassen. Demnach hat der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin mit Fr. 1'700.00 (mittleres Honorar Fr. 6'830.00 [Art. 14 lit. c HonO], davon 60% = Fr. 4'098.00 [Art. 16 HonO], davon 40% = Fr. 1'639.20 [Art. 26 Abs. 1 lit. a HonO], zuzüglich 4% pauschal für Barauslagen [Art. 28<sup>bis</sup> HonO], mangels begründeten Antrag ohne Mehrwertsteuer [Art. 29 HonO, vgl. auch vi-Entscheid, S. 18], gerundet) zu entschädigen.



## Entscheid

1. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
3. A.\_\_\_ hat die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von Fr. 3'200.00 zu bezahlen, unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses in gleicher Höhe.
4. A.\_\_\_ hat die Politische Gemeinde B.\_\_\_ für deren Parteikosten im Berufungsverfahren mit Fr. 1'700.00 zu entschädigen.