



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2009.90
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	24.04.2010
<b>Entscheiddatum:</b>	24.04.2010

### **Entscheid Kantonsgericht, 24.04.2010**

**Art. 1, Art. 3 und Art. 12 Verantwortlichkeitsgesetz (sGS 161.1). Eingeklagt war ein Ersatzanspruch der Bauherrschaft gegenüber der politischen Gemeinde für den aus der mangelhaften Kontrolle eines Schnurgerüsts entstandenen Folgeschaden. Die Klage wurde abgewiesen. Zwar waren die Gemeinde bzw. die für sie tätigen Behörden und Personen ihrer Kontrollaufgabe gemäss Baureglement nicht pflichtgemäss nachgekommen. Da die einschlägige Bestimmung des Baureglements aber nicht bezweckt, das Vermögen der Bauherrschaft zu schützen, fehlte es an einer Garantenstellung des Gemeinwesens und damit an einem widerrechtlichen Verhalten (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 21. April 2010, BZ. 2009.90).**

#### **Erwägungen**

I.

1. Die Klägerin projektierte Ende 2005/Anfang 2006 drei aneinandergebaute Einfamilienhäuser. Am 16. Januar 2006 reichte sie die Baueingabe ein und stellte die Visiere. Noch am gleichen Tag teilte ihr ein Mitarbeiter des Bauamtes der politischen Gemeinde (Beklagte) mit, dass ein Mehrlängenzuschlag von 1.41 Metern einzuhalten und daher gegenüber der nördlich angrenzenden Parzelle Nr. 3326 anstelle des projektierten Grenzabstands von 4 Metern ein solcher von 5.41 Metern zu beachten sei. Am 17. Januar 2006 stellte die Klägerin die Visiere dem entsprechend neu. Gleichentags erhielt sie vom Bauamt auf Anfrage die Auskunft, dass nur der Situationsplan neu gezeichnet werden müsse. Am 18. Januar 2006 erstellte der von der



## St.Galler Gerichte

Klägerin beauftragte Planer X einen neuen Situationsplan mit einem nördlichen Grenzabstand von 5.41 Metern und reichte diesen beim Bauamt ein, worauf letzteres am 20. Januar 2006 die Bauanzeige versandte. Einsprachen gingen keine ein. Am 8. März 2006 wurde die Baubewilligung erteilt (Klage, 2 f.; Klageantwort, 4; Berufung, 4; Berufungsantwort, 3 f.).

Die von der Klägerin mit den Aushubarbeiten betraute Y-AG ersuchte daraufhin das Ingenieur- und Geometerbüro Z-AG - welches nach übereinstimmender Darstellung der Parteien (auch) die Aufgabe des Gemeindegeometers der Beklagten wahrnimmt - , den Gebäudeumriss auf der Parzelle einzumessen. Deren Mitarbeiter Zz nahm die Einmessung vor und markierte die Eckpunkte der Baute im Gelände. Dabei stützte er sich nicht auf den neuen - bewilligten - Situationsplan, sondern auf den Grundrissplan des Kellergeschosses, auf dem der geänderte Grenzabstand nicht nachgeführt war (Klage, 4 oben und Klageantwort, 4 f.; kläg. act. 3; Berufungsantwort, 4 f.). Dieser war ihm vom Planer der Klägerin, X, zur Verfügung gestellt worden, wobei sich die Parteien uneinig sind, ob jener Zz den Plan auf entsprechende Anfrage hin oder unaufgefordert übermittelt hatte. Basierend auf dieser Einmessung wurde daraufhin das Schnurgerüst erstellt (Klage, 4; Klageantwort, 5 f.; Berufung, 4; Berufungsantwort, 4 und 6).

Mitte April 2006 ersuchte der von der Klägerin beigezogene Baumeister die Z-AG, die im Baureglement vorgeschriebene Abnahme des Schnurgerüsts vorzunehmen (Klage, 4, unbestritten), worauf deren Mitarbeiter Zz am 18. April 2006 - weiterhin in der irrtümlichen Annahme, der Grenzabstand zur Parzelle müsse nur 4 Meter betragen - das Schnurgerüstprotokoll (kläg. act. 4) erstellte, ohne den zu geringen Grenzabstand zu beanstanden, und dieses dem Bauamt übermittelte (Klage, 4; Klageantwort, 6). Das Bauamt seinerseits legte das Protokoll ohne weitere Prüfung in den Bauakten ab (Klageantwort, 6 f.).

In der Folge wurden die Bauarbeiten an die Hand genommen. Ende September 2006 - die Häuser waren zu diesem Zeitpunkt bereits erstellt, verputzt und gedeckt (vgl. kläg. act. 6) - stellten der Geschäftsführer der Klägerin, A, und die Eigentümer der Parzelle fest, dass der nördliche Grenzabstand statt der bewilligten 5.41 Meter nur 4 Meter betrug (Klage 6). Am 9. Oktober 2006 erliess die Beklagte wegen des zu geringen Grenzabstands eine Baueinstellungsverfügung (kläg. act. 7), wogegen A -



## St.Galler Gerichte

offenbar in Vertretung der Klägerin - am 12. Oktober 2006 beim kantonalen Baudepartement Rekurs erhob (bekl. act. 1). Zugleich kontaktierte die Klägerin alle Handwerker und legte die Baustelle still (Klage, 7 f.).

Am 25./31. Januar 2007 einigte sich die Klägerin mit den Eigentümern der Parzelle gegen eine Entschädigung von Fr. 35'000.- auf ein Näherbaurecht, worauf die Beklagte am 13. Februar 2007 die Baute nachträglich mit dem verminderten nördlichen Grenzabstand von 4 Metern bewilligte (Klage, 8 f.; kläg. act. 8 und 10b). Gleichentags ordnete die Beklagte an, dass die Bauarbeiten nach Rechtskraft der Baubewilligung wieder aufgenommen werden dürfen (kläg. act. 10a), was in der Folge auch geschah. Den beim kantonalen Baudepartement erhobenen Rekurs gegen die Baueinstellungsverfügung zog die Klägerin zurück, worauf dieses das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abschrieb (kläg. act. 8, 2, Replik, 13 und kläg. act. 1, 1; Art. 57 Abs. 1 VRP).

2. Mit Schreiben vom 20. Juni 2007 gelangte die Klägerin an die Beklagte und machte einen Ersatzanspruch von Fr. 231'925.- für den Schaden geltend, der ihr aus der mangelhaften Kontrolle des Schnurgerüsts entstanden sei (vgl. kläg. act. 1, 1). Der Gemeinderat lehnte am 9. Juli 2007 jede Haftung ab (kläg. act. 1), worauf die Klägerin nach erfolglosem Vermittlungsverfahren (vi-act. 1) am 5. Mai 2008 beim Kreisgericht Klage erhob mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr Fr. 226'699.70, eventuell einen Betrag gemäss Ergebnis des Beweisverfahrens, zuzüglich 5% Zins seit 1. März 2007 zu bezahlen (vi-act. 2). In ihrer Klageantwort vom 29. August 2008 ersuchte die Beklagte um kostenfällige Abweisung der Klage (vi-act. 11). Mit Teilentscheid vom 25. Juni 2009 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin für den Schaden hafte, der dieser durch die unterlassene Prüfung und Beanstandung des Schnurgerüstprotokolls vom 18. April 2006 entstanden sei (Ziffer 1). Im gleichen Entscheid fasste sie zudem einen Beweisbeschluss (Ziffern 2-5). Die Gerichtskosten wurden auf Fr. 5'100.- festgesetzt. Deren Verlegung wurde bei der Hauptsache belassen; ebenso die Regelung der Parteikosten (Ziffer 6).

3. Am 28. Oktober 2009 erhob die Beklagte die vorliegende Berufung mit dem Antrag, der erstinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen (B/1). In ihrer Berufungsantwort vom 9. Dezember 2009 ersuchte die



Klägerin um kostenfällige Abweisung der Berufung (B/7). Am 22. Dezember 2009 reichte die Beklagte eine nachträgliche Eingabe ein (B/10). Mit Brief vom 4. Januar 2010 liess die Klägerin beantragen, diese Eingabe sei aus dem Recht zu weisen (B/13). Auf einen zweiten Schriftenwechsel im Sinne von Art. 234 Abs. 3 lit. a ZPO haben die Parteien verzichtet (B/17 und B/19).

II.

1. Zur Beurteilung steht ein Schadenersatzanspruch nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (sGS 161.1; abgekürzt: VG). Dabei handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, für welche erstinstanzlich das Kreisgericht und in zweiter Instanz das Kantonsgericht zuständig ist (Art. 13bis VG i.V.m. Art. 72 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [sGS 951.1; abgekürzt: VRP]).

Mit der Berufung an das Kantonsgericht können Urteile, Erledigungsbeschlüsse und Teilentscheide angefochten werden (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Gegen prozessleitende Entscheide wie Beweisbeschlüsse kommt hingegen nur die Rechtsverweigerungsbeschwerde in Frage (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 1a und 1c zu Art. 224 ZPO). Hier stellt die Beklagte auf Seite 3 der Berufungsschrift denn auch klar, dass sie den Entscheid des Kreisgerichts vom 25. Juni 2009 nur insoweit anfecht, als der Teilentscheid über die Haftungsfrage betroffen ist. Beim - nicht mitangefochtenen - Beweisbeschluss hätte es im Falle der Abweisung der Berufung sein Bewenden; bei Gutheissung der Beschwerde würde er gegenstandslos.

Damit - und da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 79, Art. 229 ZPO und Art. 74 Abs. 2 VRP) - ist auf die Berufung einzutreten.

2. Die nachträgliche Eingabe der Beklagten vom 22. Dezember 2009 (B/10) ist für den Verfahrensausgang nicht relevant, weshalb die umstrittene Frage nach ihrer Zulässigkeit (vgl. Art. 164 ZPO und B/13) offen bleiben kann.



III.

1. Gemäss Art. 1 Abs. 1 VG haften u.a. die Gemeinden für den Schaden, den ihre Behörden, Beamten und Angestellten in Ausübung dienstlicher Verrichtungen Dritten widerrechtlich zufügen. Soweit das VG keine besondere Regelung trifft, sind die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts sachgemäss anwendbar (Art. 12 VG).

Als Beamte und Angestellte im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VG gelten auch Personen, die nebenamtlich, provisorisch oder privatrechtlich angestellt sind (Art. 1 Abs. 2 VG). Demgemäss gehört im vorliegenden Fall neben dem Gemeinderat sowie dem Bauamt und den dort tätigen Personen auch der Gemeindegeometer zum Kreis der potentiellen Schädiger, worüber sich die Parteien denn auch einig sind (Berufung, 7 f. und Berufungsantwort, 8; vgl. dazu Anton K. Schnyder, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 61 OR und Roland Brehm, Berner Kommentar, N 21 zu Art. 61 OR).

Art. 1 VG sieht in der heutigen Fassung gemäss II. Nachtragsgesetz vom 26. Mai 2000 eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung vor (vgl. Botschaft zum II. Nachtragsgesetz vom 5. Oktober 1999, Amtsblatt 1999, 2273 ff.). Im übrigen setzt ein Schadenersatzanspruch nach Art. 1 VG in Übereinstimmung mit Art. 41 OR voraus, dass ein Schaden eingetreten ist, der adäquat kausal auf ein widerrechtliches Verhalten zurückzuführen ist. Widerrechtlichkeit ist bei der Staatshaftung anzunehmen, wenn ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt wird (was hier nicht der Fall war) oder wenn ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung missachtet wird, welches dem Schutz des geschädigten Rechtsguts dient. Demgemäss ist eine Unterlassung im Allgemeinen dann widerrechtlich, wenn mit ihr eine Verhaltensnorm missachtet wird, welche die Verhinderung der eingetretenen Schädigung bezweckt; vorausgesetzt ist mithin eine aus dieser Norm fliessende Garantienstellung des Gemeinwesens zugunsten des Geschädigten (Viviane Sobotich, Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht, Diss. Zürich 2000, 104 f.; Jost Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., 163 ff.; vgl. auch BGE 123 II 577 ff. und Beatrice Weber-Dürler, Die Staatshaftung im Bauwesen, in: Baurechtstagung Freiburg 1997, Band II: Wahlveranstaltungen, Hrsg. Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 56 ff., insbes. 65 f.).



2. Die Beklagte beruft sich u.a. auf Art. 3 VG, wonach es im Verantwortlichkeitsprozess nicht zulässig ist, rechtskräftige Urteile, Entscheide und Verfügungen auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen (Klageantwort, 12 und Berufung, 8 f.). Diese Bestimmung - die auf dem Gedanken beruht, dass nachteilige Verfügungen in erster Linie im verwaltungsrechtlichen Anfechtungsverfahren zu beseitigen sind und die Staatshaftung nur die subsidiäre Aufgabe hat, gleichwohl entstandenen Schaden auszugleichen (vgl. Gross, a.a.O., 353 f.) - steht indes hier einem allfälligen Schadenersatzanspruch der Klägerin nicht entgegen: Zwar zog die Klägerin den gegen die Baueinstellungsverfügung erhobenen Rekurs wieder zurück, womit diese bis zu ihrer Aufhebung im Februar 2007 rechtswirksam wurde. Im vorliegenden Zusammenhang ist indes die Frage, ob diese Verfügung rechtmässig war - was im Rekursverfahren zu prüfen gewesen wäre - nicht relevant. Entscheidend ist vielmehr, ob der Umstand, dass der zu geringe Grenzabstand erst verspätet erkannt wurde - was einerseits Anlass für die Baueinstellung gab, andererseits die Erwirkung eines Näherbaurechts notwendig machte und entsprechende Mehrkosten verursachte, die hier als Schaden geltend gemacht sind - von der Beklagten zu vertreten ist, weil sie bzw. die für sie handelnden Organe und Personen ihre Kontrollaufgabe verletzten. Ob der Baustopp sachlich berechtigt war, ist für die sich daraus allenfalls ergebende Haftung ohne Belang; insbesondere wären die Mehrkosten auch bei Rechtmässigkeit der Baueinstellungsverfügung eingetreten, und eine Weiterführung des Rekursverfahrens hätte sie - unabhängig vom Verfahrensausgang - nicht verhindert, sondern höchstens noch erhöht.

3. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie habe im Zuge der Abnahme des Schnurgerüsts ihre Kontroll- und Anzeigepflicht verletzt. Sie stützt sich dabei auf Art. 46 des Baureglements der politischen Gemeinde, der - soweit hier relevant - wie folgt lautet (kläg. act. 5):

"Baukontrolle

1 Der Bauherr hat dem Bauamt vor und während der Bauzeit unaufgefordert und rechtzeitig Anzeige zu machen:

a) nach Erstellung des Schnurgerüsts



....

2 Die Baukontrolle durch den Gemeinderat oder die von ihm beauftragten

Organe hat in der Regel innert 3 Arbeitstagen nach eingegangener Anzeige

zu erfolgen. Beanstandungen sind dem Bauherrn unverzüglich mitzuteilen.

...."

Art. 46 des Baureglements sieht somit vor, dass die Anzeige des Bauherrn über die Erstellung des Schnurgerüsts gegenüber dem Bauamt zu erfolgen hat und alsdann der Gemeinderat die Kontrolle durchführt oder - was angesichts der erforderlichen Fachkompetenz der Regelfall sein dürfte - durch das Bauamt und den Gemeindegeometer als damit beauftragte Organe durchführen lässt. Dabei bedarf keiner näheren Erörterung, dass (auch) im Falle einer Delegation der Gemeinderat die Verantwortung dafür trägt, dass die Kontrolle zeitgerecht und sachgemäss erfolgt. Demgemäss hat denn auch in erster Linie dieser sicherzustellen, dass die von Seiten der Gemeinde an der Kontrolle Beteiligten korrekt und umfassend instruiert sind und namentlich der Geometer mit den notwendigen Unterlagen ausgestattet ist, wozu insbesondere die für die Kontrolle des Schnurgerüsts relevanten - bewilligten - Pläne gehören. Ist dies gewährleistet, dürfte die Kontrollaufgabe mit dem Eingang des Schnurgerüstprotokolls beim Bauamt - sofern dieses keine Beanstandungen enthält, was zu einer Mitteilung an die Bauherrschaft führen muss - im Allgemeinen erfüllt sein. Besteht hingegen aus irgend einem Grund keine Gewähr, dass der Geometer das Schnurgerüst aufgrund bewilligter Pläne prüfte - was hier wie noch zu zeigen ist der Fall war - , kann sich die aus Art. 46 des Baureglements fliessende Kontrollaufgabe der Gemeinde nicht in der blossen Entgegennahme des Schnurgerüstprotokolls durch das Bauamt erschöpfen; vielmehr ist es in diesem Fall unerlässlich, die dem Protokoll zugrunde liegenden Pläne auf ihre Übereinstimmung mit dem bewilligten Projekt zu überprüfen.

Im vorliegenden Fall hat - nach den insoweit übereinstimmenden Parteivorbringen (vgl. oben Erw. I.1) - die Klägerin die vorgeschriebene Anzeige nach Erstellung des Schurgerüsts nicht (wie es Art. 46 des Baureglements vorsieht) gegenüber dem



Bauamt, sondern - ihrerseits offenbar vertreten durch den Baumeister - direkt gegenüber dem Gemeindegeometer gemacht, der die Schnurgerüstprotokolle für die Beklagte aufzunehmen pflegt (vgl. zu letzterem Klageantwort, 10, Duplik, 5, Berufung, 4 und 10). Dass die Klägerin anstelle einer Anzeige an das Bauamt diesen direkten Weg beschritt, schadet ihr freilich nicht, da die Beklagte dieses Vorgehen nach ihren Ausführungen in der Klageantwort zu schliessen offensichtlich als zureichende Anzeige im Sinne von Art. 46 des Baureglements akzeptierte, führt sie doch - wörtlich - aus, im vorliegenden Fall sei die Kontrolle innerhalb von drei Tagen "nach Eingang der entsprechenden Anzeige der Bauherrschaft" erfolgt (Klageantwort, 7). Der Umstand, dass die Anzeige direkt an den Gemeindegeometer erfolgte, entband indes den Gemeinderat - der dieses nicht reglementskonforme Vorgehen offenbar billigte - nicht von seiner Verantwortung dafür, dass die Kontrolle korrekt durchgeführt wird. Sofern die direkte Anzeige an den Gemeindegeometer in der Gemeinde der Beklagten der gängigen Praxis entspricht - was aus den Akten und Parteivorbringen nicht schlüssig hervorgeht - , hätte in erster Linie der Gemeinderat sicherzustellen, dass entweder der Gemeindegeometer die Kontrolltätigkeit im Einzelfall dennoch aufgrund bewilligter - idealerweise beim Bauamt eingeholter - Pläne vornimmt, oder aber das Bauamt die vom Geometer erstellten Schnurgerüstprotokolle nach deren Eingang routinemässig auf deren Übereinstimmung mit dem bewilligten Projekt überprüft. Weder das eine noch das andere war aber offenbar der Fall. Sollte die hier erfolgte direkte Anzeige der Klägerin an den Gemeindegeometer hingegen bloss ein Ausnahmefall gewesen sein, hätte einerseits der Gemeindegeometer nicht unbesehen auf die ihm zuvor für die Einmessung von der Bauherrschaft zur Verfügung gestellten Pläne abstellen dürfen. Aber auch das Bauamt - welches mangels bei ihm eingegangener Anzeige die Kontrolle nicht initiiert und den Gemeindegeometer nicht selbst mit den bewilligten Plänen bedient hatte - wäre nach dem oben Gesagten gehalten gewesen, das Protokoll auf seine Übereinstimmung mit den bewilligten Plänen zu überprüfen, womit der zu geringe Grenzabstand erkannt worden wäre, was zu einer entsprechenden Mitteilung an die Klägerin geführt hätte. Insoweit trifft daher die Beklagte der Vorwurf, dass sie bzw. die für sie tätigen Behörden und Personen im vorliegenden Fall bei der Prüfung des Schnurgerüsts ihrer Kontrollaufgabe gemäss Art. 46 des Baureglements nicht pflichtgemäss nachgekommen sind. Auf der anderen Seite fällt allerdings in Betracht, dass die Klägerin ein durchaus erhebliches - wohl überwiegendes - Mitverschulden



trifft; denn wie dargelegt hat ihr Planer - dessen Verhalten der Klägerin als deren Hilfsperson zuzurechnen ist - dem Geometer (ob aufgefordert oder unaufgefordert bleibe dahingestellt) einen nicht nachgeführten und daher für die Einmessung untauglichen Plan zur Verfügung gestellt, obschon er kurz zuvor selbst den geänderten Situationsplan erstellt hatte und ohne Zweifel auch um den Stand des Bauvorhabens und die anstehende Aufgabe des Geometers, das Gebäude auf der Parzelle einzumessen, wusste. Ob vor diesem Hintergrund nicht ohnehin von einer Durchbrechung des Kausalzusammenhangs auszugehen wäre, kann indes offen bleiben, da die Klage unabhängig davon aus folgendem Grund abzuweisen ist:

Die in Art. 46 des Baureglements der Beklagten vorgeschriebene Kontrolltätigkeit bezweckt in erster Linie den Schutz öffentlicher und nachbarlicher Interessen und soll darüber hinaus einen geordneten Bauablauf sicherstellen. Wird sie korrekt wahrgenommen, bewahrt sie zwar auch die Bauherrschaft vor nicht regelkonformen Dispositionen und daraus resultierenden Vermögenseinbussen. Dabei handelt es sich indes bloss um eine Reflexwirkung oder einen Nebeneffekt. Der Schluss, die in Art. 46 des Baureglements geregelte Kontrolltätigkeit bezwecke (auch), die vermögensrechtlichen Interessen der Bauherrschaft zu schützen, rechtfertigt sich hingegen nicht. Es liegt in erster Linie in der Verantwortung des Bauherrn, (nur) gemäss den bewilligten Plänen zu bauen, und allein der Umstand, dass die Gemeinde dies gemäss Baureglement zu überprüfen hat, bewirkt nicht, dass diese Verantwortung auf die Gemeinde übergeht und eine entsprechende Garantenstellung des Gemeinwesens gegenüber der Bauherrschaft begründet wird. Daraus folgt nach dem in Erw. III.1 Gesagten, dass der Beklagten, da sie ihre Kontrollpflicht verletzte, zwar ein fehlerhaftes, aber kein widerrechtliches Verhalten im Sinne des Haftpflichtrechts vorzuwerfen ist, womit die Voraussetzungen für eine Haftung nicht erfüllt sind und die Klage abzuweisen ist.

-----