

Prof. Dr. Andreas Furrer LL.M
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Forschungsstelle für Internationalisiertes
und Europäisiertes Privatrecht



Anpassungsbedarf des Haftungsrisikos für Waldeigentümer bei waldtypischen Gefahren mit Blick auf die „Waldpolitik 2020“

Gutachten
z.H. des Bundesamtes für Umwelt (BAFU),
Abteilung Wald (Auftraggeber)

erstellt von
Prof. Dr. Andreas Furrer
unter Mitarbeit von
MLaw Anna Wehrmüller

Luzern, 24. Februar 2012

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitende Bemerkungen	4
A.	Problemstellung	4
B.	Geprüfte Dokumente.....	4
II.	Haftungsrechtliche Fragestellungen bei walddtypischen Gefahren	5
A.	Haftungsrechtliche Fragestellung	5
B.	Überblick über die walddtypischen Gefahren.....	6
C.	Haftungsrechtliche Ausrichtung als rechtspolitischer Entscheid	7
D.	Zwischenergebnis und weiteres Vorgehen	8
III.	Aktuelle Rechtslage	9
A.	Überblick.....	9
B.	Gesetzliche Grundlagen	12
1.	Verschuldenshaftung (Art. 41 OR)	12
a)	Ziele der Verschuldenshaftung	12
b)	Haftungsverpflichteter Personenkreis	12
c)	Haftungsvoraussetzungen	13
d)	Entlastungsmöglichkeiten.....	18
e)	Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen.....	19
f)	Zusammenfassung der walddspezifischen Rechtsfragen.....	19
2.	Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR).....	20
a)	Ziele der Werkeigentümerhaftung	20
b)	Haftungsverpflichteter Personenkreis	20
c)	Haftungsvoraussetzungen	21
d)	Entlastungsmöglichkeiten.....	23
e)	Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen.....	24
f)	Zusammenfassung der walddspezifischen Rechtsfragen.....	25
3.	Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)	25
a)	Ziele der Geschäftsherrenhaftung.....	25
b)	Haftungsverpflichteter Personenkreis	26
c)	Haftungsvoraussetzungen	26
d)	Entlastungsmöglichkeiten.....	28
e)	Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen.....	29
f)	Zusammenfassung der walddspezifischen Rechtsfragen.....	29
4.	Haftung aus Nachbarrecht (Art. 679, 684 ZGB)	30
a)	Ziele der Haftung aus Nachbarrecht.....	30
b)	Haftungsverpflichteter Personenkreis	31
c)	Haftungsvoraussetzungen	31
d)	Entlastungsmöglichkeiten.....	33
e)	Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen.....	33
f)	Zusammenfassung der walddspezifischen Rechtsfragen.....	33
5.	Staatshaftungsrecht (Kanton und Bund)	34
a)	Ziele des Staatshaftungsrechts	34
b)	Haftungsverpflichteter Personenkreis	35
c)	Haftungsvoraussetzungen	35
d)	Entlastungsmöglichkeiten.....	36
e)	Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen.....	36
f)	Zusammenfassung der walddspezifischen Rechtsfragen.....	36
6.	Vertragliche Haftungsgrundlagen	36
a)	Ziele der vertraglichen Haftungsgrundlagen	36
b)	Haftungsverpflichteter Personenkreis	37
c)	Haftungsvoraussetzungen	38
d)	Entlastungsmöglichkeiten.....	39
e)	Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen.....	41
f)	Zusammenfassung der walddspezifischen Rechtsfragen.....	41

C.	Schlussfolgerungen und Regelungslücken unter dem geltenden Recht	41
1.	Einleitende Bemerkungen	41
2.	Geltendes Haftungsrecht bei walddtypischen Gefahren	41
3.	Schlussfolgerungen	46
a)	Bestehendes Haftungssystem erfasst alle walddtypischen Haftungsfragen	46
b)	Rechtsunsicherheit durch offene Rechtsfragen.....	46
c)	Regelungsoptionen.....	46
IV.	Zielsetzungen und Handlungsbedarf der „Waldpolitik 2020“	47
A.	Ziel 4.1: Nachhaltig nutzbares Holznutzungspotential wird ausgeschöpft	47
B.	Ziele 4.2 bis 4.5, 4.7 bis 4.9: Diverse Massnahmen zur Verbesserung der Waldqualität	48
C.	Ziel 4.6: Verbesserung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Waldwirtschaft	49
D.	Ziel 4.10: Schonende Nutzung des Waldes als Freizeit- und Erholungsraum.....	49
E.	Ziel 4.11: Stärkung der Bildung, Forschung und des Wissenstransfer	50
F.	Ziel 4.12: Übrige strategische Stossrichtungen.....	50
G.	Zusammenfassender Überblick über die haftungsrelevanten Änderungen	50
V.	Handlungsbedarf für eine Neuordnung des walddrelevanten Haftungsrechts	51
A.	Regelungsmöglichkeiten in rechtsvergleichender Hinsicht	51
B.	Drei Problemschwerpunkte.....	51
C.	Fünf Regelungsansätze und ihre Folgen	52
1.	Kein Eingriff in das Haftungssystem	52
2.	Ausschluss der Haftung für walddtypische Gefahren.....	53
3.	Enumerative Festlegung der wichtigsten walddtypischen Sorgfalts- und Verhaltenspflichten und der walddtypischen Gefahren	55
4.	Selbstständige Haftungsnorm für walddtypische Gefahren.....	57
5.	Subsidiäre Staathaftung bei walddregulierenden Eingriffen.....	57
D.	Beantwortung der aufgeworfenen zwei Fragen	59
	Literaturverzeichnis.....	60

I. Einleitende Bemerkungen

A. Problemstellung

1. Das vorliegende Gutachten befasst sich mit der Frage, welche haftungsrechtlichen Auswirkungen zu beachten sind, wenn die vom Bundesrat Ende August 2011 verabschiedete neue „Waldpolitik 2020“¹ (nachfolgend: „Waldpolitik 2020“) umgesetzt wird.
2. Dem Unterzeichnenden wurden hierfür folgende zwei Fragen unterbreitet:
 - a) „Wie ist eine allfällige Haftung zu beurteilen, falls Personen (Erholungssuchende, Teilnehmende an Veranstaltungen, Angestellte des eigenen Forstbetriebs oder eines beauftragten Forstunternehmens etc.) im Wald in verschiedenen Konstellationen [...] , insbesondere durch herabfallendes/umstürzendes Alt-/Totholz, zu Schaden kommen?“
 - b) „Wäre eine Regelung bezüglich einer Haftung bei walddtypischen Gefahren (umstürzende Bäume, abbrechende Äste, Bewegungen von morschem Holz am Boden, etc.) bzw. eine Regelung des Betretens des Waldes "auf eigene Gefahr" zielführend? Falls ja, wie könnten solche Bestimmungen lauten und wo könnten sie verankert werden?“

B. Geprüfte Dokumente

3. Für die vorliegende Untersuchung wurden neben der zitierten Literatur und Rechtsprechung (vgl. Literaturverzeichnis im Anhang) folgende Dokumente herangezogen und berücksichtigt:
 - Umwelt-Materialien Nr. 196: Juristische Aspekte von Freizeit und Erholung im Wald, BAFU, Bern 2008 (nachfolgend zitiert: „Umweltmaterialien“);
 - Umwelt-Vollzug Nr. 0801: Sturmschaden-Handbuch, BAFU, Bern 2008 (nachfolgend zitiert: „Sturm-Handbuch“);
 - Waldpolitik 2020, BAFU, 6. Juli 2011 (nachfolgend zitiert: „Waldpolitik 2020“);
 - Medienmitteilung des Bundesrats: Bundesrat setzt neue Akzente in der Waldpolitik der Schweiz, Bern 31. August 2011 (nachfolgend zitiert: „Mitteilung neue Akzente“).

¹ Aktenzeichen: J494-0682, <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/25653.pdf> (24.02.2012).

II. Haftungsrechtliche Fragestellungen bei walddtypischen Gefahren

A. Haftungsrechtliche Fragestellung

4. Der Wald ist nach bisherigem und neuem Waldkonzept nicht nur ein zu bewirtschaftendes ökologisches und wirtschaftliches System, sondern dient der Bevölkerung auch als Erholungs- und Freizeitgebiet (Wohlfahrtsfunktion).² Diese in Art. 77 Abs. 1 BV und Art. 1 Abs. 1 lit. c WaG festgelegten Funktionen des Waldes stehen in einem gleichrangigen Verhältnis zueinander. Die Bewirtschaftung des Waldes sollte daher der nachhaltigen Sicherung und Wahrung all dieser Ziele dienen (Art. 20 WaG). Damit bildet die Erholungsfunktion ebenfalls einen wichtigen und zentralen Teil der gegenwärtigen³ und zukünftigen⁴ Waldpolitik. Nach dem aktuellen Landesforstinventar (LFI) werden 10% der schweizerischen Waldflächen der Erholungsfunktion zugeordnet.⁵
5. Diese Wohlfahrtsfunktion des Waldes wird durch das sehr umfassend ausgestaltete Betretungsrecht des Waldes verstärkt, wie es in Art. 699 ZGB (im zivilrechtlichen Bereich) und in Art. 14 WaG (für den öffentlichrechtlichen Bereich) gesetzlich verankert ist. Dieses in der Bevölkerung stark verankerte Betretungsrecht hat nicht nur zur Folge, dass der Wald auch als Erholungsraum eine zentrale Rolle spielt und die Multifunktionalität⁶ des Waldes auch in der vorliegenden Fragestellung jeweils berücksichtigt werden muss. Weil das Betretungsrecht des Waldes gesetzlich garantiert ist, muss jede Einschränkung dieses Betretungsrechts ebenfalls auf eine gesetzliche Rechtsgrundlage zurückgeführt werden. Dies erschwert die Steuerung der Besucherströme im Wald: Die Waldeigentümer und –besitzer haben grundsätzlich überall Waldbesucher zu erwarten.
6. In der vorliegenden Studie wird untersucht, wer aus zivilrechtlicher Sicht für die Schäden einzustehen hat, die Dritte im Wald erleiden. Im Kern befasst sich diese Studie daher mit den haftungsrechtlichen Fragen für
 - Personenschäden, die im Rahmen eines Waldaufenthalts entstehen;
 - Sachschäden, die einer Person im Rahmen eines Waldaufenthalts (unabhängig von dem Grund dieses Besuches) entstehen;
 - Sachschäden an Gegenständen, die im Wald stehen und beschädigt werden und an benachbarten Wäldern.
7. In den nachfolgenden Ausführungen wird hierfür der (untechnische) Begriff „Waldhaftungsrecht“ Verwendung finden.

² Diese Funktion wird mit unterschiedlichen Begriffen erfasst: Neben „Wohlfahrtsfunktion“ (Umweltmaterialien, S. 9) werden auch Begriffe wie „Soziale Ziele“ (Waldpolitik 2020, S. 3), „Gesellschaft“ (Mitteilung neue Akzente) und „Erholungsfunktion“ (Umweltmaterialien, S. 10) verwendet.

³ Umweltmaterialien, S. 10.

⁴ Waldpolitik 2020, S. 21.

⁵ Waldpolitik 2020, S. 21.

⁶ Umweltmaterialien, S. 10.

8. Das Waldhaftungsrecht zeichnet sich dadurch aus, dass sich die Gefährdungslage in einem Wald je nach Umständen verändert. Massgebliche Einflussfaktoren sind dabei:
 - der Gesundheitszustand des betroffenen Waldgebiets,
 - die Topographie,
 - die Intensität der Waldbewirtschaftung und –pflege,
 - das aktuelle Wetter,
 - die Art der Waldnutzung durch die betroffenen Personen.
9. Hinzu kommt, dass der Waldeigentümer – seien dies private Personen oder die öffentliche Hand – in der Pflege und Nutzung des Waldes gesetzlich und administrativ eingeschränkt sind und eingeschränkt werden können. Diese staatlichen Eingriffe in die Handlungsfreiheit der potentiell haftenden Personen (bzw. die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die öffentliche Hand als Eigentümerin des Waldes) sind im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen ebenfalls zu prüfen.
10. Diese Übersicht zeigt bereits, dass sehr unterschiedliche Faktoren das Haftungsrisiko beeinflussen: Langfristige Entwicklungen (bspw. Gesundheitszustand des Waldes) und kurzfristige Ereignisse (bspw., Sportfest), globale (bspw. Klimaerwärmung), regionale (bspw. kantonale Vorschriften) und lokale Umstände (bspw. Topographie), unbeeinflussbare (bspw. Wetter, Topographie) und menschengesteuerte (bspw. Waldbewirtschaftung) Faktoren. Das Waldhaftungsrecht muss diesen unterschiedlichen Gegebenheiten gerecht werden.

B. Überblick über die walddtypischen Gefahren

11. Die walddtypischen Gefahren können auf verschiedene Arten strukturiert werden. Da eine Haftung grundsätzlich sowohl durch aktives Tun (bspw. Bewirtschaftung des Waldes) als auch ein passives Unterlassen (bspw. Verzicht auf Pflege des Waldes) in Frage kommt, sind nicht nur die menschengeschaffenen Gefahren zu berücksichtigen, sondern auch die natürlichen Gefahren.
12. Von den natürlichen Gefahren des Waldes stehen folgende Gefahrenquellen im Vordergrund:
 - Herabfallende Äste und Kronenteile sowie umstürzende Bäume;
 - Bewegung von morschem Holz am Boden;
 - Fliessendes Wasser, das Schäden anrichtet (natürlicher Stau eines Wasserlaufes „Verklauserung“);
 - Erdbeben und Lawinen, die sich auf einen kranken Waldbestand zurückführen lassen;
 - Feuer: Zustand des Waldes fördert die Brandgefahr;
 - Giftige Pflanzen, Pilze, Beeren und Früchte im Wald;
 - Pflanzenkrankheiten, die sich aus einem Wald heraus ausbreiten;

- Krankheiten übertragende Insekten und Zecken;
 - Gefährliche und/oder kranke Tiere, die eine Gefahr für Mensch und Tier darstellen.
13. Zu den menschengeschaffenen Gefahren sind folgende Gefahrenquellen zu nennen:
- Schlecht unterhaltene Wege, Brücken, Sitzbänke etc.;
 - Walddtypische Gefahren (herunterfallende Äste, umstürzende Bäume) für Strassen und Wege, die durch den Wald führen;
 - Mangelhafte Spielplätze im Wald;
 - Schlecht gesicherte Feuerstellen;
 - Gefahren von mangelhaften Hütten und Häusern im Wald;
 - Lagerstätten im Wald (insb. Holzlager).
14. Diese Gefahren können noch gesteigert werden, wenn der Wald durch Veranstaltungen intensiver genutzt wird. Zu denken ist dabei bspw. an
- Vita Parcours;
 - Waldkindergärten und schulische Veranstaltungen wie bspw. Waldspaziergänge oder sportliche Aktivitäten;
 - Waldfeste, Waldgottesdienste, ob privat oder von der Gemeinde organisiert;
 - Sportveranstaltungen (Langlauf, Orientierungslauf, Mountainbike, etc.).

C. Haftungsrechtliche Ausrichtung als rechtspolitischer Entscheid

15. Ausgangspunkt aller Überlegungen bildet der im schweizerischen Haftungsrecht immer noch geltende – und leider oft übersehene und gesetzlich nicht direkt festgehaltene – Grundsatz *damnum sentit dominus* (der Geschädigte trägt seinen Schaden selbst).
16. Bei jedem haftungsrechtlichen Anspruch ist daher jeweils zu prüfen, ob eine Ausnahme von diesem Grundsatz gerechtfertigt ist. Zu prüfen ist somit jeweils, ob sich die geschädigte Person auf eine Anspruchsgrundlage stützen kann, um gegen die handelnde oder die zum Handeln verpflichtete Person oder Institution einen Haftungsanspruch geltend zu machen. In dieser Anspruchsgrundlage sind jeweils der Haftungsverpflichtete sowie die Haftungsvoraussetzungen definiert. Ob ein Handeln bzw. Nichthandeln letztendlich unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens oder unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Gefahrenabwehr zu beurteilen ist, hängt, wie noch aufzuzeigen sein wird, vom Haftungskonzept dieser Anspruchsgrundlage ab.
17. Die vorgenannten Auflistungen zeigen die Vielfalt der Gefahrenquellen, die von einem Wald ausgehen oder sich im Wald verwirklichen können. Wie noch aufzuzeigen sein wird, greifen heute im Waldhaftungsrecht sehr unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen. Nur auf der Grundlage einer dieser ge-

gesetzlichen Anspruchsgrundlagen wird das Haftungsrisiko vom Geschädigten selbst auf eine dritte Person oder die öffentliche Hand übertragen.

18. Über die Ausgestaltung dieser gesetzlichen Anspruchsgrundlagen kann daher das Haftungsrisiko auch im Waldhaftungsrecht politisch gesteuert werden. *Es ist letztendlich ein politischer Entscheid, unter welchen Voraussetzungen die Haftung auf eine andere Person als den Geschädigten selbst (oder auf den Staat) übertragen werden soll.* Grundlage hierfür bildet der politische Wertungsentscheid, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen es dem Geschädigten nicht zuzumuten ist, für den erlittenen Schaden selbst einzustehen.
19. Auf wen und unter welchen Voraussetzungen ein konkretes Haftungsrisiko vom Geschädigten wegverlagert werden soll, ist eine rechtspolitische Frage, deren Beantwortung nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist, sein kann und sein möchte. Das Ziel der vorliegenden Untersuchung ist vielmehr, den politischen Handlungsspielraum und die entsprechenden rechtlichen Steuerungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

D. Zwischenergebnis und weiteres Vorgehen

20. Aus diesen Vorüberlegungen ergibt sich somit folgende Matrix der Einflussfaktoren auf die Zuweisung von Haftungsverantwortung, die für die nachfolgenden Ausführungen wegleitend sein wird:

Haftungsverpflichteter	Äussere Faktoren	Verhalten Schädiger	Verhalten Geschädigter
Geschädigter	Trägt grundsätzlich das Schadenrisiko selber		
Schädiger: - Eigentümer Wald - Eigentümer von Bauten im Wald - Arbeitgeber - Auftraggeber - Organisatoren von Veranstaltungen - Staat	- Gesundheitszustand des Waldes - Topographie - Wetter	- Waldbewirtschaftung - Waldpflege - Planung und Vorbereitung	- Benutzung des Waldes - Besuch im Wald - Anlass im Wald - Waldarbeit im Anstellungs- oder Auftragsverhältnis

Abbildung 1

21. Der vorerwähnte politische Entscheid, welches Haftungsrisiko unter welchen Voraussetzungen vom Geschädigten an Dritte verlagert werden soll, muss im Rahmen des bestehenden Systems des Haftungsrechts gefällt werden. Die zahlreichen bestehenden delikts- und vertragsrechtlichen Anspruchsgrundlagen führen bereits heute dazu, dass sich der Geschädigte in vielen Konstellationen an einen Haftungsverpflichteten wenden kann.

22. Es ist daher in einem ersten Schritt die gegenwärtige Rechtslage *de lege lata* darzustellen. Dabei werden Regelungslücken aufgezeigt, ohne damit bereits einen Handlungsbedarf zu implizieren. Schliesslich kann eine solche Regelungslücke auch politisch gewollt sein.
23. In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, welche Änderungen der Haftungsvoraussetzungen durch die „Waldpolitik 2020“ eintreten können. Dabei steht die Frage im Mittelpunkt, ob diese Herausforderungen im Rahmen der geltenden Rechtslage bewältigt werden können. Auch diese Darstellung soll nicht aus sich heraus bereits einen Handlungsbedarf implizieren.
24. Die dadurch zusammengetragenen Regelungslücken werden anschliessend zusammengefasst und die entsprechenden haftungsrechtlichen Ansätze aufgezeigt, mit denen diese Regelungslücken geschlossen werden können.
25. Die Ausführungen werden abgeschlossen mit einer kurzen Stellungnahme des Unterzeichnenden zum politischen Handlungsbedarf.

III. Aktuelle Rechtslage

A. Überblick

26. Das schweizerische Waldgesetz enthält keine spezifische Haftungsnorm.
27. Dies ist rechtsvergleichend ungewöhnlich.
 - Im deutschen Recht findet sich in § 14 Bundeswaldgesetz⁷ folgende Regelung:⁸

§ 14 Betreten des Waldes

(1) Das Betreten des Waldes zum Zwecke der Erholung ist gestattet. Das Radfahren, das Fahren mit Krankenfahrstühlen und das Reiten im Walde ist nur auf Straßen und Wegen gestattet. Die Benutzung geschieht auf eigene Gefahr. Dies gilt insbesondere für walddtypische Gefahren.

(2) Die Länder regeln die Einzelheiten. Sie können das Betreten des Waldes aus wichtigem Grund, insbesondere des Forstschatzes, der Wald- oder Wildbewirtschaftung, zum Schutz der Waldbesucher oder zur Vermeidung erheblicher Schäden oder zur Wahrung anderer schutzwürdiger Interessen des Waldbesitzers, einschränken und andere Benutzungsarten ganz oder teilweise dem Betreten gleichstellen.

⁷ Bundeswaldgesetz vom 2. Mai 1975 (BGBl. I S. 1037), letzte Änderung durch Art. 1 Gesetz vom 31. Juli 2010 (BGBl. I S. 1050).

⁸ Vgl. hierzu RZ 198f.

- In Österreich ist die Haftung in § 176 Forstgesetz⁹ ausführlich geregelt:

§ 176. ForstG Allgemeine Haftungsbestimmungen

Gesetzestext

(Berücksichtigter Stand der Gesetzgebung: 1. Februar 2012)

(1) Wer sich im Wald abseits von öffentlichen Straßen und Wegen aufhält, hat selbst auf alle ihm durch den Wald, im besonderen auch durch die Waldbewirtschaftung drohenden Gefahren zu achten.
(2) Den Waldeigentümer und dessen Leute sowie sonstige an der Waldbewirtschaftung mitwirkende Personen (wie Nutznießer, Einforstungs- oder Bringungsberechtigte, Schlägerungs- oder Bringungsunternehmer) und deren Leute trifft, vorbehaltlich des Abs. 4 oder des Bestehens eines besonderen Rechtsgrundes, keine Pflicht zur Abwendung der Gefahr von Schäden, die abseits von öffentlichen Straßen und Wegen durch den Zustand des Waldes entstehen könnten; sie sind insbesondere nicht verpflichtet, den Zustand des Waldbodens und dessen Bewuchses so zu ändern, daß dadurch solche Gefahren abgewendet oder vermindert werden.
(3) Wird im Zusammenhang mit Arbeiten im Zuge der Waldbewirtschaftung ein an diesen nicht beteiligter Mensch getötet, an seinem Körper oder an seiner Gesundheit verletzt oder eine ihm gehörige Sache beschädigt, so haftet der Waldeigentümer oder eine sonstige, an der Waldbewirtschaftung mitwirkende Person für den Ersatz des Schadens, sofern sie oder einer ihrer Leute den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet haben. Ist der Schaden durch Leute des Haftpflichtigen verschuldet worden, so haften auch sie nur bei Vorsatz oder bei grober Fahrlässigkeit. Entsteht der Schaden in einer gesperrten Fläche, so wird nur für Vorsatz gehaftet. Das Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz, BGBl. Nr. 48/1959, bleibt unberührt.
(4) Für die Haftung für den Zustand einer Forststraße oder eines sonstigen Weges im Wald gilt § 1319a ABGB; zu der dort vorgeschriebenen Vermeidung von Gefahren durch den mangelhaften Zustand eines Weges sind der Waldeigentümer und sonstige an der Waldbewirtschaftung mitwirkende Personen jedoch nur bei Forststraßen verpflichtet sowie bei jenen sonstigen Wegen, die der Waldeigentümer durch eine entsprechende Kennzeichnung der Benützung durch die Allgemeinheit ausdrücklich gewidmet hat. Wird ein Schaden auf Wegen durch den Zustand des danebenliegenden Waldes verursacht, so haften der Waldeigentümer, sonstige an der Waldbewirtschaftung mitwirkende Personen und deren Leute keinesfalls strenger als der Wegehalter.

- Auch das französische Recht enthält in Art. 380-1 Loi d'orientation sur la forêt¹⁰ eine Sonderregelung, die aber mit der schweizerischen Rechtslage nicht zu vergleichen ist¹¹ und daher in den nachstehenden Ausführungen keine Berücksichtigung finden wird.
 - Das dänische Recht enthält einen sehr weitgehenden Haftungsausschluss für den Waldeigentümer.¹²
28. Für die Darstellung der aktuellen Rechtslage unter schweizerischem Recht müssen die verschiedenen haftungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen unter den spezifischen Rahmenbedingungen der Waldnutzung untersucht werden. Hierfür werden in den nachfolgenden Ausführungen die gesetzlichen Haftungsbestimmungen, welche die Haftung für einen Schaden vom Geschädigten auf eine andere Person oder Institution umleiten, im Einzelnen dargestellt.
29. Massgebende Kriterien für diese Darstellung sind folgende Punkte:
- a) Ziele der Haftungsregelung
 - b) Haftungsverpflichteter Personenkreis
 - c) Haftungsvoraussetzungen
 - d) Haftungsentlastungsmöglichkeiten
 - e) Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen
30. In den nachfolgenden Ausführungen werden die unterschiedlichen Haftungsgrundlagen anhand dieser Struktur vergleichend und lediglich in

⁹ http://www.jusline.at/176._Allgemeine_Haftungsbestimmungen_ForstG.html (zuletzt besucht am 23.02.2012).

¹⁰ Loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt, Journal Officiel (JO) du 11 juillet 2001, S. 11001.

¹¹ Vgl. die Ausführungen in Umweltmaterialien, S. 46.

¹² Vgl. die Ausführungen in Umweltmaterialien, S. 47.

den Grundzügen dargestellt. Auf dieser Grundlage wird es möglich sein, die Eckpunkte des schweizerischen Waldhaftungsrechts zu skizzieren.

31. Auf eine besondere Problematik soll bereits hier ausdrücklich hingewiesen werden. Bereits heute können Kantone und Gemeinden gestützt auf das kantonale und kommunale Recht den Waldeigentümern und –besitzern Vorgaben zur Bewirtschaftung des Waldes machen. Diese Vorgaben reichen von allgemeinen Vorgaben (wie das Stehenlassen von Totholz), über die Ausscheidung von Zonen, von indirekten Förderungsmassnahmen in Form von Abgeltungszahlungen bei Einhaltung der Vorgaben und vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Staat und den Waldeigentümern¹³ bis zu Einzelanweisungen bezüglich spezifischer (landschaftlich oder ökologisch) exponierter Bäume. Diese staatliche Steuerung der Waldbewirtschaftung wird, wie noch aufzuzeigen sein wird,¹⁴ im Rahmen der neuen „Waldpolitik 2020“ verstärkt.
32. Soweit sich diese staatlichen Eingriffe in die Waldbewirtschaftung nicht auf Einzelbäume oder einzelne konkrete Baumgruppen beziehen, verbleibt dem Waldeigentümer und –besitzer ein Ermessensspielraum, wie er diese Vorgaben in seinem Wald konkret umsetzen will. Im Rahmen dieser Ausübung seines Ermessens muss er besondere Gefährdungslagen (wie Strassen, Wege, Picknickplätze) berücksichtigen. Mit der Umsetzung staatlicher Vorgaben wird er verpflichtet, in seinem Wald ein höheres Risiko einzugehen. Demgegenüber werden bei der (ermessengemässen) Umsetzung dieser Vorgaben seine Sorgfaltspflichten relativiert, sodass er im Rahmen eines Haftungsprozesses auf der Ebene der Widerrechtlichkeit einen Rechtfertigungsgrund des rechtmässigen Handelns anführen, und auf der Ebene des Verschuldens (soweit es sich um eine Verschuldenshaftung handelt) auf die Einhaltung des durch die Vorgaben mitbestimmten und geminderten Sorgfaltsmassstabs verweisen kann. Soweit sich eine Anweisung einer staatlichen Behörde auf einen konkreten Baum oder auf eine spezifische Baumgruppe bezieht, können allenfalls die Voraussetzungen für die Staatshaftung greifen.¹⁵
33. In letzter Konsequenz führen diese Überlegungen aber dazu, dass bei einem staatlichen (direkten oder indirekten) Eingriff in die Waldbewirtschaftung das Haftungsrisiko beim Geschädigten verbleibt, weil der Staat lediglich im Ausnahmefall der Staatshaftung haftet und der Waldeigentümer und -besitzer bei ermessengemässener Ausübung der staatlichen Vorgaben einen Rechtfertigungsgrund hat. Es ist daher zu prüfen, ob diese Übertragung des Haftungsrisikos auf den Waldbesucher angemessen und politisch gewünscht ist.¹⁶
34. Auf die Frage der Schadensberechnung und Schadensbemessung wird nachfolgend aber nicht im Einzelnen eingegangen.¹⁷ Die Schadensberech-

¹³ Vgl. RZ 223.

¹⁴ Vgl. RZ 182ff.

¹⁵ Vgl. hierzu RZ 119ff.

¹⁶ Vgl. hierzu RZ 223ff..

¹⁷ Vgl. hierzu die detaillierte Luzerner Dissertation von Andrea Kottmann, Schadenberechnung und Schadensschätzung – Notwendigkeit der Bildung von Regeln, im Erscheinen.

nung spielt im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle, weil diese sehr stark vom Einzelfall abhängig ist. Auch die Schadensbemessung (der richterliche Entscheid, dass der Geschädigte nicht im vollem Umfang des berechneten Schadens entschädigt wird) ist stark vom Einzelfall abhängig: Es gibt zahlreiche Reduktionsgründe, so bspw.¹⁸ das leichte Verschulden des Schädigers (wenn dieses überhaupt Tatbestandsvoraussetzung war), das Selbstverschulden des Geschädigten, Einwilligung und Handeln auf eigene Gefahr, mitwirkender Zufall, konstitutionelle Prädisposition des Geschädigten, Gefälligkeit des Haftpflichtigen, die finanziellen Verhältnisse der Parteien und anderes mehr.

B. Gesetzliche Grundlagen

1. Verschuldenshaftung (Art. 41 OR)

a) Ziele der Verschuldenshaftung

35. Nach Art. 41 OR wird zum Ersatz verpflichtet, wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt.¹⁹ Dies bewirkt einen Schadensausgleich und schafft so den Anreiz, sich derart zu verhalten, dass Dritte nicht zu Schaden kommen.²⁰
36. Art. 41 OR ist die deliktische Generalklausel, die die Auslegung und Eingrenzung der Haftung den Gerichten überlässt.²¹ Sie bildet die Grundlage aller ausservertraglichen Ansprüche, setzt aber auch die höchsten Ansprüche an die Tatbestandsvoraussetzungen. Alle anderen nachfolgend angeführten Anspruchsgrundlagen bilden aus verschiedenen Gründen Erleichterungen zur Verschuldenshaftung. Daher wird einleitend auf die Verschuldenshaftung eingegangen.

b) Haftungsverpflichteter Personenkreis

37. Grundsätzlich haften diejenigen Personen, die die nachstehenden Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen. Dies können der Waldeigentümer, der Waldbesitzer, aber auch alle anderen Personen sein, deren Verhalten einen entsprechenden Schaden verursacht haben.
38. Nach Art. 61 OR würden auch öffentliche Beamte und Angestellte generell und persönlich nach Art. 41 OR haften, wenn sie den Schaden in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen und der Bund oder die Kantone nichts anderes bestimmten. Heute haben jedoch Bund und alle Kantone diese abweichenden Vorschriften erlassen, sodass Art. 61 OR keine grosse Bedeutung mehr zukommt.²² Dies gilt jedoch nur für Verrichtungen, die in

¹⁸ Vgl. hierzu die Aufzählung in Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 432 ff.

¹⁹ Nach Art. 41 Abs. 2 OR ist auch zum Ersatz verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt. Darauf wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

²⁰ Schwenzler, N 49.04.

²¹ Schwenzler, N 50.02.

²² Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 61 OR; Schnyder/Portmann/Müller-Chen N 358.

Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgen und somit nicht unter Art. 61 Abs. 2 OR fallen.²³ Die Abgrenzung zwischen diesen Tätigkeiten kann komplexe Fragen aufwerfen.

c) Haftungsvoraussetzungen

39. Haftungsvoraussetzung sind (nach wohl herrschender Lehre) kumulativ Schaden, natürliche und adäquate Kausalität, Widerrechtlichkeit und Verschulden.²⁴
40. Der Schaden ist eine ungewollte Vermögensverminderung und besteht nach der Differenztheorie aus der Differenz zwischen dem aktuellen Vermögensstand infolge der Schädigung und dem hypothetischen Vermögensstand bei Ausbleiben dieser Schädigung.²⁵ Nicht als Schaden gelten immaterielle Unbill und das Affektionsinteresse, wobei mit Bezug auf Verletzung oder Tötung von Tieren eine Ausnahme besteht. Immaterielle Unbill kann lediglich einen Anspruch auf Genugtuung begründen.²⁶
41. Zu unterscheiden sind der Eigenschaden und der Dritt- bzw. Reflexschaden (auch direkter und indirekter Schaden). Bei ersterem macht diejenige Person einen Schaden geltend, die von der schädigenden Handlung direkt betroffen ist. Ein Reflexschaden entsteht, wenn bei einer Person die Vermögensverminderung dadurch entsteht, dass eine andere Person einen Eigenschaden erlitten hat (bspw. die Eltern eines geschädigten Kindes). Die direkt geschädigte Person ist grundsätzlich immer anspruchsberechtigt. Der Reflexschaden einer Person löst nach Art. 41 OR grundsätzlich keinen Schadenersatzanspruch aus. Die einzige gesetzlich geregelte Ausnahme findet sich in Art. 45 Abs. 3 OR (Versorgerschaden),²⁷ und das Bundesgericht hat diesen Grundsatz nur sehr zurückhalten ausgebaut.
42. Die Prüfung des Kausalzusammenhangs zwischen der schädigenden Handlung und dem Schaden erfolgt in zwei Schritten: Zuerst muss der natürliche Kausalzusammenhang geprüft werden, anschliessend ist darzulegen, dass zwischen dem schadenverursachenden Ereignis und dem entstandenen Schaden eine adäquate Kausalität vorliegt:
 - Die *natürliche Kausalität* ist gegeben, wenn die schädigende Handlung eine unabdingbare Voraussetzung für den eingetretenen Schaden war. Für die Erstellung des natürlichen Kausalzusammenhangs genügt der Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.²⁸

²³ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 61 OR.

²⁴ Schwenger, N 50.01; Schönenberger, Kurzkomentar OR, N 2 zu Art. 41 OR; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 41 OR.

²⁵ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 3 zu Art. 41 OR; Schönenberger, Kurzkomentar OR, N 4 zu Art. 41 OR.

²⁶ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 4 f. zu Art. 41 OR; Schönenberger, Kurzkomentar OR, N 4 zu Art. 41 OR.

²⁷ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 41 OR; Schönenberger, Kurzkomentar OR, N 11 zu Art. 41 OR.

²⁸ BGE 132 III 715 E. 3.2; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 14 f. zu Art. 41 OR; Schönenberger, Kurzkomentar OR, N 14 zu Art. 41 OR.

- Die *Adäquanz* begrenzt die Haftung, weil eine gewisse Nähe zwischen der verursachenden Handlung und dem Schadenereignis bestehen muss: Ein für die Haftung notwendiger adäquater Kausalzusammenhang liegt nur dann vor, wenn „*ein Verhalten an sich geeignet sein, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen*“.²⁹ Ein Teil der Lehre befürwortet die Schutzzwecktheorie, wonach auch der Zweck der Haftungsnorm für die Beurteilung des Kausalzusammenhangs berücksichtigt werden soll. Andere schlagen vor, diesen Aspekt unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit zu prüfen.³⁰
43. Im Zusammenhang mit dem Waldhaftungsrecht ist zu betonen, dass der adäquate Kausalzusammenhang auch durch Unterlassung begründet werden kann. In diesem Fall bestimmt sich der adäquate Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre.³¹ Die Frage nach diesem hypothetischen Kausalverlauf stellt sich jedoch nur dann, wenn der Haftpflichtige zu diesem (unterlassenen) Handeln rechtlich verpflichtet gewesen wäre.³² Eine solche Pflicht kann sich aus einer besonderen Vorschrift oder aus dem Gefahrensatz ergeben: Nach dem Gefahrensatz besteht immer dort eine Handlungspflicht, wo ein gefährlicher Zustand geschaffen oder unterhalten wird, weil die gefahrenschaffende Person hierfür die Verantwortung zu übernehmen hat. Dieser in der Rechtsprechung entwickelte und fest etablierte Gefahrensatz kann somit eine Handlungspflicht begründen.³³
44. Eine *Unterbrechung des Kausalzusammenhangs* kann vorliegen, wenn für das Schadenereignis weitere Ursachen vorhanden sind. Dafür muss diese neue Ursache jedoch eine gewisse Intensität aufweisen, sodass die ursprüngliche Ursache in den Hintergrund gedrängt wird und als rechtlich nicht mehr relevant erscheint.³⁴ Als Unterbrechungsgründe gelten:
- *Höhere Gewalt*, drunter ist ein unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis zu verstehen, das mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht.³⁵ Es handelt sich um einen zu grosser Intensität gesteigerten Zufall, der zwar in der Rechtsprechung nur wenig Bedeutung hat, im Waldhaftungsrecht aber nicht zu unterschätzen ist. Höhere Gewalt kommt bei ausserordentlichen Naturereignissen in Frage, wie z.B. Blitzschlag, Erdbeben, aussergewöhnliche Lawinen oder ein in seiner Intensität einmaliges Gewitter. Demgegenüber wird bspw. ein Gewitter mit wol-

²⁹ BGE 123 III 110 E. 3a.

³⁰ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 16a zu Art. 41 OR; Schönenberger, Kurzkomentar OR, N 15 zu Art. 41 OR.

³¹ BGE 124 III 155 E. 3d.

³² Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 94; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 18 zu Art. 41 OR; Oftinger/Stark I, § 3 N 52; Brehm, Berner Kommentar, N 108 zu Art. 41 OR.

³³ Nicht aber die Widerrechtlichkeit von reinen Vermögensschäden, vgl. Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 19 zu Art. 41 OR; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 96; Rey, N 593; Oftinger/Stark I, § 3 N 54.

³⁴ Rey, N 552; Schönenberger, Kurzkomentar OR, N 16 zu Art. 41 OR; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 20 zu Art. 41 OR.

³⁵ Oftinger/Stark I, § 3 N 142; Rey, N 574; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 21 zu Art. 41 OR; Schönenberger, Kurzkomentar OR, N 16 zu Art. 41 OR. Alle mit Verweis auf BGE 111 II 429 E.1b.

kenbruchartigen Regenfällen in der warmen Jahreszeit im Berggebiet nicht als höhere Gewalt anerkannt. Ebenso stellt ein heftiger Föhnstoss keine höhere Gewalt dar.³⁶

- Wirkt eine *gewöhnlicher Zufall* mit dem Verhalten des Schädigers zusammen, kann dieser Umstand im Rahmen der Schadenersatzbemessung berücksichtigt werden. Bei Kausalhaftungen hingegen wird eine Haftungsreduktion bei Mitwirken von Zufall nicht leichthin angenommen, da diese gerade das Risiko des Zufalls mitumfassen.³⁷
 - Ein *grobes Selbstverschulden* des Geschädigten vermag den Kausalzusammenhang laut Bundesgericht nur dann zu unterbrechen, wenn ein ausserhalb des normalen Geschehens liegendes Verhalten vorliegt, welches derart unsinnig ist, dass damit nicht zu rechnen gewesen sei.³⁸ Das Selbstverschulden des Geschädigten kann jedoch zu einer Reduktion des zu leistenden Schadenersatzes führen.³⁹
 - Ein grobes, den Kausalzusammenhang unterbrechendes *Drittverschulden* liegt nur dann vor, wenn dieses adäquate Schadensursache ist und eine erhebliche Intensität aufweist.⁴⁰ Das Verhalten von Hilfspersonen und anderen Personen, für die der Haftpflichtige, z.B. nach Art. 333 ZGB, einstehen muss, gilt nicht als Drittverschulden, sondern wird dem Haftpflichtigen selbst zugerechnet.⁴¹ Ein gewöhnliches Drittverschulden unterbricht den Kausalzusammenhang nicht und führt – im Gegensatz zum Selbstverschulden – auch nicht zu einer Reduktion der Haftung.⁴²
45. Eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wird von der Rechtsprechung nicht leichthin angenommen. Hierfür reicht es nicht, dass eine andere Ursache als die wahrscheinlichste anzusehen ist; diese muss vielmehr die primäre und entscheidende Schadensursache sein.⁴³
46. Soweit der Kausalzusammenhang nicht von einem anderen Schadenereignis unterbrochen wird, muss das Verhältnis zwischen diesen Schadenereignissen geklärt werden. Eine solche *konkurrierende Kausalität* liegt vor, wenn ein Schaden auf mehrere Ursachen zurückzuführen ist und keine der Ursachen eine genügende Intensität aufweist, um den adäquaten Kausalzusammenhang der anderen Ursachen zum Schaden zu unterbrechen.⁴⁴ Dabei sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:

³⁶ Rey, N 576; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 21 zu Art. 41 OR; BGE 100 II 134 E. 5; BGE 90 II 9 E. 2.

³⁷ Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 126 und 443; Rey, N 637 ff.; Oftinger/Stark I, § 3 N 89 f.; Brehm, Berner Kommentar, N 141 f. zu Art. 41 OR.

³⁸ BGE 116 II 519 E. 4b; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 119.

³⁹ Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 117; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 21b zu Art. 41 OR.

⁴⁰ Rey, N 569; Oftinger/Stark I, § 3 N 152 f.; Brehm, Berner Kommentar, N 140 zu Art. 41 OR.

⁴¹ Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 130; Rey, N 572.

⁴² Rey, N 571; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 128 und N 452; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 21b zu Art. 41 OR; Oftinger/Stark I, § 3 N 157; Brehm, Berner Kommentar, N 81 zu Art. 41 OR.

⁴³ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 21a zu Art. 41 OR, mit Kritik und Verweis auf BGer 4A_326/2008 E. 5.2 und 4A_169/2010 E. 3.2.

⁴⁴ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 22 zu Art. 41 OR.

- *Kumulative* Kausalität liegt vor, wenn mehrere Gesamtursachen unabhängig voneinander zusammentreffen, welche jede für sich allein bereits ausreichen würde, um den Schaden herbeizuführen. Grundsätzlich haften dem Geschädigten alle Schädiger, wie wenn sie die alleinige Ursache gesetzt hätten.⁴⁵ Kumulation von Gesamtursachen kann auch durch Zusammenwirken des Verhaltens eines Schädigers und des Geschädigten oder Zufall vorliegen. Der Richter kann in einem solchen Fall den Schadenersatz reduzieren.⁴⁶
 - Bei *alternativer Kausalität* kommen mehrere Ursachen als Gesamtursachen eines Schadens in Betracht, jedoch kann nur eine davon zum Schaden kausal sein. Dieser Fall liegt bspw. vor, wenn eine Sache aus einem Zimmer entwendet wird, das nur zwei Personen betreten haben, jedoch keinem von beiden die Entwendung nachgewiesen werden kann. Der Kausalzusammenhang lässt sich für keinen der beiden nachweisen, womit keiner haftbar gemacht werden kann.⁴⁷ Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn die möglichen Schadensverursacher bewusst zusammen wirken. Ein solcher Fall führt zur solidarischen Haftung nach Art. 50 Abs. 1 OR.⁴⁸
 - Bei der *überholenden bzw. hypothetischen Kausalität* liegt neben der tatsächlichen Ursache eines Schadens noch eine Reserveursache vor. Die Reserveursache hätte ebenfalls zu einem Schaden geführt, die sich im Gang befindliche Kausalkette wurde jedoch durch eine zweite Ursache überholt. Die Reserveursache ist haftpflichtrechtlich grundsätzlich nicht relevant, kann jedoch bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden.⁴⁹
47. Von entscheidender Bedeutung im Waldhaftungsrecht ist die Möglichkeit des Schädigers geltend zu machen, dass der Schaden auch bei rechtmässigem Verhalten eingetreten wäre. Soweit er diesen Nachweis erbringen kann, fehlt der Kausalzusammenhang zwischen seinem Verhalten (bzw. seiner Unterlassung) und dem entstandenen Schaden. Dieser Entlastungsbeweis muss allerdings strikt erbracht werden und gilt bereits als gescheitert, wenn lediglich nachgewiesen wird, dass der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nur möglicherweise eingetreten wäre.⁵⁰
48. Die Widerrechtlichkeit unterscheidet haftungsbegründendes Unrecht von hinzunehmenden Nachteilen.⁵¹ Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung gilt die objektive Widerrechtlichkeitstheorie, wonach eine Schadenszufügung widerrechtlich ist, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche

⁴⁵ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 24 zu Art. 41 OR; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 104; Schönenberger, Kurzkommentar OR, N 18 zu Art. 41 OR.

⁴⁶ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 24 zu Art. 41 OR; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 105.

⁴⁷ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 25 zu Art. 41 OR; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 106 ff.

⁴⁸ Schönenberger, Kurzkommentar OR, N 17 zu Art. 41 OR.

⁴⁹ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 26 zu Art. 41 OR; Schönenberger, Kurzkommentar OR, N 19 zu Art. 41 OR.

⁵⁰ BGE 131 III 115 E. 3.3; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 29a zu Art. 41 OR.

⁵¹ Schwenger, N 50.04.

Pflicht verstösst. Dabei ist nach herrschender Lehre zwischen zwei Schutzgütern zu unterscheiden:⁵²

- Verletzt ein Schädiger ein absolutes Recht eines Geschädigten, liegt eine Widerrechtlichkeit *per se* vor. Solche *absolut geschützte Rechtsgüter* sind das Leben, die körperliche und psychische Integrität, die Persönlichkeit, das Eigentum, der Besitz, die beschränkten dinglichen Rechte und Immaterialgüterrechte.⁵³
- Das Vermögen als solches ist dagegen kein absolut geschütztes Rechtsgut. *Reine Vermögensschäden* sind nur dann widerrechtlich, wenn sie unter Verletzung einer gesetzlichen Norm bewirkt werden, die (auch) den zivilrechtlichen Schutz des Vermögens bezweckt – dies ist eine Frage der (oft umstrittenen) Auslegung der einschlägigen Norm. Solche haftpflichtrechtlich relevante Schutznormen finden sich u.a. im Strafrecht, Verwaltungsrecht und auch z.B. im Strassenverkehrsrecht.⁵⁴

49. Besteht eine Pflicht zum Handeln, kann sich Widerrechtlichkeit auch durch eine Unterlassung ergeben:

- Eine Garantenstellung des Schädigers in Bezug auf den Geschädigten kann sich vor allem aus Normen des Privat-, Straf- oder Verwaltungsrechts ergeben.⁵⁵
- Auch aus dem Gefahrensatz können sich Handlungspflichten ergeben. Jedoch begründet der Gefahrensatz bei reinen Vermögensschäden allein noch keine Haftung.⁵⁶

50. Kein widerrechtliches Verhalten liegt vor, wenn der Schädiger sich rechtmässig auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann. Als solche kommen Notwehr, Notstand und Selbsthilfe nach Art. 52 OR in Frage. Des Weiteren kann sich der Schädiger auf besondere privatrechtliche Befugnisse wie z.B. das Erziehungsrecht der Eltern nach Art. 301 ZGB oder die rechtmässige Ausübung öffentlicher Gewalt und die Einwilligung berufen.⁵⁷ Eine solche Einwilligung setzt jedoch Urteilsfähigkeit voraus, wobei die Schranken von Art. 20 Abs. 1 OR bzw. Art. 27 Abs. 2 ZGB gelten. Ist eine Einwilligung nicht gültig erfolgt, so kann sie allenfalls als Herabsetzungsgrund nach Art. 44 Abs. 1 OR berücksichtigt werden.⁵⁸ Als Entlastungsgrund kann auch angefügt werden, dass staatliche Vorgaben erfüllt werden mussten und dass die Handlung oder Unterlassung den dafür vorgesehenen Ermessensspielraum nicht überschritten habe.

⁵² Schwenger, N 50.04; Schönenberger, Kurzkomentar OR, N 23 zu Art. 41 OR; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 31 zu Art. 41 OR. Je mit Ausführungen zu weiteren Widerrechtlichkeitstheorien.

⁵³ Schwenger, N 50.05; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 33 zu Art. 41 OR; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 150.

⁵⁴ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 34 f. zu Art. 41 OR.

⁵⁵ Schwenger, N 50.29; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 37 zu Art. 41 OR.

⁵⁶ Vgl. oben, RZ 4343.

⁵⁷ Schönenberger, Kurzkomentar OR, N 27 zu Art. 41 OR; Schwenger, N 50.35.

⁵⁸ Schönenberger, Kurzkomentar OR, N 28 zu Art. 41 OR; Brehm, Berner Kommentar, N 63a zu Art. 41 OR.

51. Schliesslich muss im Rahmen von Art. 41 OR auch ein Verschulden vorliegen, dies im Gegensatz zu den Kausalhaftungen. Dem Haftpflichtigen muss somit ein persönlicher Vorwurf für die Verursachung des Schadens gemacht werden können.⁵⁹ Dies bedingt die Urteilsfähigkeit des Schädigers.⁶⁰ Ist der Schaden in korrekter Erfüllung staatlicher Vorgaben entstanden, kann sein fahrlässiges Verhalten dem Schädiger nicht zum Vorwurf gemacht werden.
52. Ein Verschulden liegt vor, wenn die Verursachung des Schadens vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Bei der Fahrlässigkeit ist im Zivilrecht die Unterscheidung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit von Bedeutung, wobei für die Haftung nach Art. 41 OR auch leichte Fahrlässigkeit ausreicht.⁶¹
53. Soweit ein Verschulden vorliegt, haftet der Schädiger. Der Grad des Verschuldens spielt aber eine Rolle für die Frage, ob er für den vollen Schaden einstehen muss oder ob im Rahmen der Schadensbemessung eine Reduktion der Schadenersatzpflicht in Frage kommt, da nach Art. 44 Abs. 2 OR für die Bemessung des Schadenersatzes und für die Frage der Ermässigung der Ersatzpflicht auf diese Unterscheidung abgestellt wird.⁶² Dabei ist zu berücksichtigen, dass für die Beurteilung des Mangels an Sorgfalt ein objektiverer Massstab anzuwenden ist. Es ist somit nicht auf die individuellen Fähigkeiten des Schädigers abzustellen.⁶³

d) Entlastungsmöglichkeiten

54. Aus den vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass sich der Schädiger im allgemeinen Deliktsrecht nach Art. 41 OR auf folgende Entlastungsmöglichkeiten berufen kann:
 - Im Bereich des Kausalität:
 - Unterbrechung des Kausalzusammenhangs;⁶⁴
 - Konkurrierende Kausalität;⁶⁵
 - Schadenseintritt auch bei rechtmässigem Verhalten.⁶⁶
 - Fehlende Widerrechtlichkeit des Verhaltens;⁶⁷
 - Fehlendes oder nur leichtes Verschulden.⁶⁸

⁵⁹ Schwenzer, N 22.01; Schönenberger, Kurzkommentar OR, N 29 zu Art. 41 OR.

⁶⁰ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 51 zu Art. 41 OR.

⁶¹ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 48 zu Art. 41 OR; Schönenberger, Kurzkommentar OR, N 31 zu Art. 41 OR.

⁶² Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 48 zu Art. 41 OR.

⁶³ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 48a zu Art. 41 OR; Schönenberger, Kurzkommentar OR, N 33 zu Art. 41 OR.

⁶⁴ Vgl. RZ 44f.

⁶⁵ Vgl. RZ 46f.

⁶⁶ Vgl. RZ 47.

⁶⁷ Vgl. RZ 48ff.

⁶⁸ Vgl. RZ 52f.

e) Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen

55. Liegen die Voraussetzungen eines Kausalhaftungstatbestands und der Verschuldenshaftung vor, so tritt Art. 41 OR hinter die Kausalhaftung zurück. Das Verschulden kann in einem solchen Fall jedoch bei der Schadensbemessung berücksichtigt werden.⁶⁹ Reicht die Kausalhaftung aber weniger weit als die Verschuldenshaftung, so ist zu Gunsten des Geschädigten von Anspruchskonkurrenz auszugehen.⁷⁰
56. Zwischen einer vertraglichen Haftung und der Haftung nach Art. 41 OR besteht Anspruchskonkurrenz. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kann sich ein vertraglicher Haftungsausschluss auch auf die ausservertragliche Haftung auswirken, da die Vereinbarung ansonsten unterlaufen würde. Entscheidend ist der Parteiwille.⁷¹ Ein solcher Ausschluss ist in den Grenzen des Vertragsrechts zulässig, wobei insbesondere die Haftung für Personenschäden nicht ausgeschlossen werden kann. Die körperliche Integrität gilt als so hohes Rechtsgut, dass ein Haftungsausschluss sittenwidrig und somit nichtig ist.⁷²

f) Zusammenfassung der waldspezifischen Rechtsfragen

57. Im Waldhaftungsrecht steht Art. 41 OR nicht im Vordergrund, weil die Ursachen für einen Schaden oft komplex sind und daher die oben erwähnten Haftungsentlastungsgründe greifen:
- Erstens entstehen Schäden im Waldhaftungsrecht überdurchschnittlich oft durch ein Unterlassen (bspw. Verzicht auf Waldpflege). Damit muss die Gegenpartei den Nachweis erbringen, dass der Schädiger eine Garantstellung (d.h. eine Handlungspflicht, vgl. RZ 49) inne hatte.⁷³
 - Zweitens führen oft unterschiedliche Ursachen zu einem Schaden, womit die Gegenpartei erhebliche Probleme beim Nachweis der Kausalität zu überwinden hat.⁷⁴
 - Schliesslich kann auch das Verschulden meist nur in Ausnahmefällen nachgewiesen werden (bspw. grobfahrlässiges Stehenlassen eines kranken oder toten Baumes am Wegrand).⁷⁵
58. Damit bildet Art. 41 OR mehr die Hintergrundfolie für die Waldhaftung: Haftungsentlastungen oder –verschärfungen werden eher über die nachstehenden Anspruchsgrundlagen oder aber über eine spezifische Haftungsnorm zu erreichen sein.

⁶⁹ Schwenzler, N 49.11; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 1a zu Art. 41 OR.

⁷⁰ Schwenzler, N 49.12.

⁷¹ BGE 120 II 58 E. 3a; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 41 OR, wobei dies der Lehre durchaus umstritten ist.

⁷² Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 41 OR; Schwenzler, N 24.14.

⁷³ Vgl. RZ 49.

⁷⁴ Vgl. RZ 42ff.

⁷⁵ Vgl. RZ 51ff.

2. Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR)

a) Ziele der Werkeigentümerhaftung

59. Der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes haftet für den Schaden, der aufgrund seines Werkes⁷⁶ entsteht, sei dies infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhaftem Unterhalt. Die Werkeigentümerhaftung ist in Art. 58 Abs. 1 OR geregelt und gilt als die „schärfste“ der einfachen Kausalhaftungen.⁷⁷
60. Die Rechtfertigung der kausalen Haftung des Werkeigentümers sieht das Bundesgericht und die einhellige Lehre darin, dass der Eigentümer, der die wirtschaftlichen Vorteile eines Werkes genießt, auch für jeden Schaden haften soll, der aufgrund eines Werkmangels entsteht.⁷⁸

b) Haftungsverpflichteter Personenkreis

61. Die haftungsverpflichtete Person ist grundsätzlich der sachenrechtliche Eigentümer, unabhängig davon, ob dieser effektiv einen wirtschaftlichen Nutzen aus dem Werk zieht.⁷⁹
62. Mieter, Pächter oder Nutzniesser haften demnach grundsätzlich nicht nach Art. 58 OR. Soweit diese aber – bspw. nach Art. 41 OR –⁸⁰ für denselben Schaden haftbar gemacht werden können, ist jeweils zu prüfen, ob diese Personen zusammen mit dem Eigentümer solidarisch haften und in welchem Umfang der Eigentümer auf diese Personen Rückgriff nehmen kann.⁸¹
63. Das Bundesgericht macht hiervon jedoch für bestimmte Sonderfälle Ausnahmen, wobei die Ausdehnung der subjektiven Haftbarkeit angesichts des klaren Gesetzeswortlautes und mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit nur mit Zurückhaltung angenommen werden dürfe.⁸² Aus der Kasuistik können folgende Ausnahmefälle angeführt werden:
- Ein Gemeinwesen haftet nach Art. 58 OR, wenn es aufgrund seiner besonderen Rechtsstellung eine mit privatem Sacheigentum vergleichbare Sachherrschaft über das Werk ausübt.⁸³
 - Ebenfalls wurde die Haftung des Gemeinwesens bejaht, wo der Kanton aufgrund eines öffentlichen Wegrechts auf einem Privatgrundstück einen Weg gebaut hat und ohne Mitwirkung des Eigentümers auch für dessen Unterhalt zuständig war.⁸⁴

⁷⁶ Zum Begriff nachstehend III.B.a.c.

⁷⁷ Rey, N 1023.

⁷⁸ BGE 121 III 448 E. 2c; BGE 69 II 394 E. 3, Rey, N 1024; Fischer, OR-Handkommentar, N 1 zu Art. 58 OR.

⁷⁹ BGE 121 III 448 E. 2c.

⁸⁰ Vgl. RZ 35ff.

⁸¹ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 58; Oftinger/Stark II/1, § 19 N 25.

⁸² BGE 121 III 448 E. 2d.

⁸³ BGE 121 III 448 E. 2d.

⁸⁴ Rey, N 1070; Schwenzler, N 53.27.

- Ebenso wurde die Haftung der Konzessionärin für einen Schaden bejaht, der sich während der Dauer der Konzession zur Nutzung eines öffentlichen Strandes und darauf errichteten Anlagen ereignete.⁸⁵
64. Bei einer Mehrheit von Eigentümern geht das Bundesgericht bei Mit- und bei Gesamteigentümern von solidarischer Haftung aus. In der Lehre ist die solidarische Haftung von Miteigentümern jedoch umstritten.⁸⁶

c) Haftungsvoraussetzungen

65. Bei der Werkeigentümerhaftung steht neben den zwei allgemeinen Haftungsvoraussetzungen bei Kausalhaftungen – Schaden bzw. immaterielle Unbill und Widerrechtlichkeit – der Kausalzusammenhang zwischen dem Mangel am Werk und der Schadensverursachung im Mittelpunkt.⁸⁷ Damit sind drei Fragen zu klären: Es muss (a) ein Werk im Sinne von Art. 58 OR vorliegen, dieses Werk muss (b) einen Mangel vorweisen, der (c) in einem adäquat kausalen Verhältnis zur Schadensverursachung steht.
66. (a) Unter „*Werken im Sinne der Werkeigentümerhaftung gemäss Art. 58 Abs. 1 OR sind Gebäude oder andere stabile, künstlich hergestellte, bauliche oder technische Anlagen zu verstehen, die mit dem Erdboden, sei es direkt oder indirekt, dauerhaft verbunden sind*“⁸⁸. Das Werk muss also einerseits eine gewisse Stabilität aufweisen und andererseits das Ergebnis einer künstlichen Herstellung sein:
- Gewisse Stabilität: Eine Verbindung mit dem Boden als Voraussetzung der Stabilität muss bestehen, kann jedoch auch nur vorübergehend sein, wie z.B. bei mit der Erde verbundenen Maschinen, einem Zaunpfahl oder einem Baugerüst.⁸⁹
 - Von Menschenhand künstlich geschaffen: Tiere oder Naturerzeugnisse wie Bäume sind keine Werke. Jedoch kann auch einem solchen ausnahmsweise, durch die Art seiner Anpflanzung oder infolge künstlicher Veränderungen, Werkcharakter zukommen.⁹⁰
67. Als Werk gelten nach langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts auch Strassen und Trottoirs.⁹¹ Ob ein Werk beendet sein muss, um eine Werkeigentümerhaftung zu begründen ist in der Lehre umstritten.⁹²

⁸⁵ Schwenger, N 53.27, mit Verweis auf BGE 123 III 306, 309 f. Für weitere Ausführungen dazu siehe Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 10 zu Art. 58 OR und Fischer, OR-Handkommentar, N 30 zu Art. 58 OR.

⁸⁶ Rey, N 1066; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 289.

⁸⁷ BGE 130 III E. 1.3.

⁸⁸ BGE 130 III 736 E. 1.1.

⁸⁹ BGE 96 II 355 E. II.; Rey, N 1039 f.; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 58 OR; Schwenger, N 53.20; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 293; Oftinger/Stark II/1, § 19 N 42; Brehm, Berner Kommentar, N 35 f. zu Art. 58 OR.

⁹⁰ Kantonsgericht Baselland, KGE ZS vom 04. März 2008 i.S. A. A. gegen Bürgergemeinde X. (100 07 538/NOD), E. 4.1; Rey, N 1045; Schwenger, N 53.21; Oftinger/Stark II/1, § 19 N 46 ff.; Brehm, Berner Kommentar, N 30 zu Art. 58 OR.

⁹¹ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 21 zu Art. 58 OR; Fischer, OR-Handkommentar, N 23 zu Art. 58 OR.

⁹² Dies ist aber umstritten, vgl. hierzu Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 12a zu Art. 58 OR.

68. (b) Meist ist die zentrale Frage der Werkeigentümerhaftung die Frage, ob das Werk einen Mangel aufwies. Dies hängt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vom Zweck ab, den das Werk zu erfüllen hat: Dieser Zweck bildet den Orientierungsmassstab dafür, ob ein Werk fehlerhaft angelegt oder mangelhaft unterhalten ist.
69. Dabei wird ein strenger Massstab angelegt: *„Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk beim bestimmungsgemässen Gebrauch keine genügende Sicherheit bietet“*⁹³. Was letztendlich einen „bestimmungsgemässen Gebrauch“ umfasst, muss im Einzelfall beurteilt werden und bestimmt sich nach dem Benutzerkreis des Werks (unterschiedlich z.B. ob das Werk ein von Familien viel benutzter Wanderweg oder ein anspruchsvollerer Klettersteig ist) und dem Verhalten, das von diesem vernünftigerweise erwartet werden darf. Ein Werkmangel kann auch darin bestehen, dass z.B. für eine Strasse ein gefährlicher Kurs gewählt wurde.⁹⁴ Bestimmungswidrigem Gebrauch muss das Werk nicht gewachsen sein, es sei denn, dieser sei voraussehbar.⁹⁵ Die Zumutbarkeit der zu treffenden Massnahmen bestimmt sich aus dem Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen, sowie der Wahrscheinlichkeit des Eintretens der Gefahr.⁹⁶
70. Im Rahmen der Prüfung des bestimmungsgemässen Gebrauchs muss daher der Werkeigentümer auch das vorhersehbare Verhalten der Waldbesucher antizipieren: Seine Wege, Brücken, Bänke und Feuerstellen, Befestigungen, Hütten, Unterstände, u.U. auch Holzlager regen erfahrungsgemäss Waldbesucher zu einem Verhalten an, das nicht zwingend der Bestimmung im engeren Sinne des Wortes entspricht, das aber auch nicht ausserhalb jeglicher Erwartungen liegt (bspw. Klettern auf das Dach einer Hütte, Schaukeln auf einer Brücke, Klettern und Balancieren auf gelagerten Holzstämmen). Hier ist eine Abgrenzung schwierig vorzunehmen, die Werkeigentümerhaftung geht aber erfahrungsgemäss meist weiter, als dies die Werkeigentümer erwarten.
71. Unter besonderen Umständen können auch Bäume unter den Werkbegriff fallen, obwohl sie nicht von Menschenhand geschaffen sind: *„Wird indessen ein Baum von Menschenhand versetzt, um in ein Werk integriert zu werden, oder beschränkt sich der menschliche Eingriff auch nur auf das Zurückschneiden der Äste, so ist die Werkeigenschaft eines Baumes zu bejahen“*⁹⁷. Ein ähnlicher Einbezug eines Baumes in ein Werk kann dadurch geschehen, dass ein Baum in einem engen funktionalen und räumlichen Bezug zu einem Werk (bspw. Feuerstelle mit Bänken) steht.⁹⁸

⁹³ BGE 130 III 736 E. 1.3.

⁹⁴ Bütler/Sutter, Verkehrssicherungspflichten gegen Steinschlag auf Strassen Überlegungen mit Blick auf jüngste Ereignisse auf der Gotthard-Autobahn, ZBI 108/2007, S. 481.

⁹⁵ Schwenger, N 53.25; BGE 116 II 422 E. 1; BGE 130 III 736 E. 1.6.

⁹⁶ Schwenger, N 53.26; Rey, N 1057; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 300; Oftinger/Stark II/1, § 19 N 78; Brehm, Berner Kommentar, N 60 zu Art. 58 OR.

⁹⁷ Kantonsgericht Baselland, KGE ZS vom 04. März 2008 i.S. A. A. gegen Bürgergemeinde X. (100 07 538/NOD), E. 4.1.

⁹⁸ Kantonsgericht Baselland, KGE ZS vom 04. März 2008 i.S. A. A. gegen Bürgergemeinde X. (100 07 538/NOD), hierzu auch RZ 167.

72. Eine besondere, im vorliegenden Zusammenhang aber wichtige Frage werfen „kombinierte Werke“ auf. Damit sind mehrere Werke angesprochen, die als Anlagen in einer räumlichen und funktionellen Verbindung zueinander stehen. Ein Teil der Lehre spricht dafür, bei einem „kombinierten“ Werk konkurrierende Klagen gegen beide Werkeigentümer zuzulassen, wenn (lediglich) die Kombination der Werke beide als mangelhaft erscheinen lasse.⁹⁹ Das Bundesgericht hat jedoch seine Rechtsprechung noch 2004 bestätigt, wonach eine solidarische Haftung der Eigentümer mehrerer Werke nur dann in Betracht kommt, wenn die Mängel alle beteiligten Anlagen in ihrer Funktion berühren. Ausschlaggebend ist, welchen Anlagen (welchem Werk) die Mängel zuzuordnen sind. Ein nicht mangelhaftes Werk kann von vornherein keine Werkeigentümerhaftung begründen, gleichviel, ob es allein im Raum oder mit anderen, möglicherweise mangelhaften Werken in räumlicher und funktioneller Beziehung steht.¹⁰⁰

d) Entlastungsmöglichkeiten

73. Zuerst einmal ist festzuhalten, was zur Entlastung nicht vorgebracht werden kann: Der Eigentümer kann bei der Werkeigentümerhaftung nicht geltend machen, er habe die nötige Sorgfalt im Zusammenhang mit Erstellung und Unterhalt des Werks walten lassen. Er haftet überdies auch dann, wenn der Mangel nicht auf menschliches Verhalten, sondern auf Zufall zurückzuführen ist.¹⁰¹
74. Zwei wichtige Entlastungsgründe ergeben sich aus den vorstehenden Ausführungen: Der Werkeigentümer kann geltend machen, dass überhaupt kein Werk im Sinne von Art. 58 OR vorliegt (bspw. ein Baum) oder dass der Schaden entstanden ist, weil das Werk nicht bestimmungsgemäss verwendet wurde und dieser bestimmungswidrige Gebrauch nicht voraussehbar war.¹⁰²
75. Für den Waldeigentümer von entscheidender Bedeutung kann die Frage des bestimmungsgemässen Gebrauchs sein. Bauten des Waldeigentümers (Wege, Brücken, Bänke, Befestigungen, Hütten, Unterstände, u.U. auch Holzlager) regen die Phantasie der Waldbesucher an, sodass auch ein unüblicher Gebrauch dieser Werke in Betracht gezogen werden sollte.¹⁰³
76. Des Weiteren entfällt die Haftung bei Unterbrechung des Kausalzusammenhangs.¹⁰⁴ Eine solche Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ist jedoch bei Drittverhalten oder Selbstverschulden des Geschädigten nach Lehre und Rechtsprechung nicht leichthin anzunehmen. Ist der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen, kommt eine Kürzung des Schadenersatzes je nach Grad

⁹⁹ Rey, N 1042; Oftinger/Stark II/1, § 19 N 57 ff.; Brehm, Berner Kommentar, N 21 f. zu Art. 58 OR.

¹⁰⁰ BGE 130 III 736 E. 1.2.

¹⁰¹ Oftinger/Stark II/1, § 19 N 67; Brehm, Berner Kommentar, N 100 zu Art. 58 OR; Rey, N 1028 (mit Verweis auf BGE 111 II 429 E. 3).

¹⁰² Vgl. hierzu vorne, RZ 69f.

¹⁰³ Vgl. RZ 70.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu auch die Ausführungen bei der Verschuldenshaftung, RZ 44.

des Selbstverschuldens des Geschädigten in Frage. Die Art. 42 ff. sind anwendbar.¹⁰⁵

77. Schliesslich ist die Befreiung von der Haftung auch möglich, wenn feststeht, dass auch bei richtigem Unterhalt des Werkes der Schaden nicht verhindert oder dessen Auswirkungen gemindert worden wären (Berufung auf das rechtmässige Alternativverhalten).¹⁰⁶ Auch an diesen Entlastungsgrund wird ein strenger Massstab angelegt.
78. Ob die Werkeigentümerhaftung vertraglich wegbedungen werden kann ist umstritten. Hinweistafeln wie „Zutritt verboten – jede Haftung wird abgelehnt“ vermögen die Haftung i.d.R. nicht wegzubedingen, könnten jedoch eventuell dazu führen, dass ein Werkmangel zu verneinen ist oder die Kausalität aufgrund groben Selbstverschuldens unterbrochen wird. Zumindest besteht die Möglichkeit, dass der Umfang des Schadenersatzes aufgrund des Selbstverschuldens reduziert wird.¹⁰⁷

e) Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen

79. Soweit grundsätzlich mehrere haftungsrechtliche Anspruchsgrundlagen angewandt werden können, muss die Frage geprüft werden, in welchem Verhältnis diese Anspruchsgrundlagen zueinander stehen, d.h. ob sie sich gegenseitig ausschliessen (und welche dann vorgeht), oder ob sie gleichzeitig angewandt werden können (selbstverständlich ohne eine kumulative Entschädigung des Geschädigten).
80. Im Bereich der Werkeigentümerhaftung sind folgende Grundsätze zu beachten:
- Art. 58 OR und Art. 679 ZGB sind – entgegen einer älteren Auffassung – konkurrierend abwendbar, da Art. 679 ZGB keine blosse Ergänzung zu Art. 58 OR ist, sondern einen eigenen sachenrechtlichen Tatbestand regelt. Diese Konstellation kommt zur Anwendung, wenn die Überschreitung des Grundeigentümerrechts auf einen Werkmangel zurückzuführen ist.¹⁰⁸
 - Art. 58 OR geht der Hilfspersonenhaftung nach Art. 55 OR vor.¹⁰⁹
 - Art. 58 OR geht als Kausalhaftung auch der verschuldensabhängigen Haftung nach Art. 41 OR vor. Ob den Werkeigentümer also im Falle einer Haftung nach Art. 58 OR zusätzlich noch ein Verschulden trifft, ist für die Anwendung von Art. 58 OR nicht von Bedeutung.¹¹⁰

¹⁰⁵ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 58 OR; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 303; BGer 4A_481/2009, E. 3.1.; Brehm, Berner Kommentar, N 115a zu Art. 58 OR.

¹⁰⁶ Rey, 1057a; BGE 122 III 229 E. 5b; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 303; BGer 4C.45/2005 vom 18.05.2002; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 6a zu Art. 58.

¹⁰⁷ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 58 OR; Fischer, OR-Handkommentar, N 5 zu Art. 58 OR; Brehm, Berner Kommentar, N 133 zu Art. 58 OR.

¹⁰⁸ Fischer, OR-Handkommentar, N 7 zu Art. 58 OR; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 58; Rey, N 1120 f.; Oftinger/Stark II/1, § 19 N 16; BGE 11 II 429 E. 2c, 96 II 337 E. 5a, 91 II 474 E. 7.

¹⁰⁹ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 58; Fischer, OR-Handkommentar, N 3 zu Art. 58.

¹¹⁰ Fischer, OR-Handkommentar, N 3 zu Art. 58; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 58; Oftinger/Stark II/1, § 19 N 21; BGE 129 III 65 E. 7.2.

81. Von besonderer Bedeutung im Waldhaftungsrecht ist die Frage der Haftung der öffentlichen Beamten oder Angestellten nach Art. 61 OR: Grundsätzlich ist nach allgemeiner Auffassung Art. 58 OR vollumfänglich anwendbar und geht damit den Normen über die Beamtenhaftpflicht vor.¹¹¹ Art. 61 greift nur, wenn ein Schaden unvermeidbar mit der Ausübung hoheitlicher Funktionen zusammenhängt. Die Praxisrelevanz dieses Abwägungsprozesses zeigt sich, wenn Unfälle durch Mängel an Strassen, Plätzen oder öffentlichen Treppen geschehen. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass „Art. 58 OR als *lex specialis* zu kantonrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen [zu verstehen ist], soweit die den Beamten vorgeworfenen Verfehlungen [...] mit dem behaupteten Werkmangel im Zusammenhang stehen“¹¹² Die Kantone können nach dieser Entscheidung den Anwendungsbereich von Art. 58 OR nur ausweiten (und damit ein zusätzliches Haftungsrisiko übernehmen), nicht einengen.

f) Zusammenfassung der walddspezifischen Rechtsfragen

82. Aus dem Werkbegriff¹¹³ ergibt sich, dass der Eigentümer des Waldes nur für diejenigen Gefahren einzustehen hat, die sich aus Einrichtungen und Bauten ergeben: Für Schäden, die auf Pflanzen und Tiere zurückzuführen sind, haftet der Eigentümer des Waldes nicht aus Art. 58 OR.
83. Als Werke im Wald gelten Einrichtungen wie Waldstrassen und –wege, Hütten, Feuerstellen, aber auch Zäune und Lager (bspw. Holzlager), soweit diese – wenn auch nur vorübergehend - fest mit dem Boden verbunden sind.¹¹⁴ Aus der Sicht der Werkeigentümerhaftung ist der Waldeigentümer daher verpflichtet, sich um die sich in seinem Eigentum befindlichen Werke so zu kümmern, dass von ihnen keine Gefahr ausgeht. Dabei ist insbesondere auch auf eine Verwendung zu achten, die zwar nicht bestimmungsgemäss, aber doch dem vorhersehbaren Verhalten der Waldbesucher entspricht.
84. Gehören diese Werke einer anderen Person, haftet selbstredend diese Person aus Art. 58 OR. Soweit nicht der Eigentümer dieser Werke selbst die Pflege und den Unterhalt dieser Werke sicherstellt, kann der Werkeigentümer meist auf vertraglicher Basis Rückgriff auf die zum Handeln verpflichtete Person nehmen, dies schliesst ihn aber nicht von der Werkeigentümerhaftung aus.

3. Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR)

a) Ziele der Geschäftsherrenhaftung

85. Bei der Geschäftsherrenhaftung geht es um das Entstehen des Arbeitgebers oder Unternehmers/Auftraggebers für ausservertragliche Schäden, die im

¹¹¹ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 58 OR.

¹¹² BGer 4A_235/2009, Urteil vom 13.10.2009, E. 3.1.

¹¹³ Vgl. RZ 66 f.

¹¹⁴ „Verbindung mit dem Boden als Voraussetzung der Stabilität“, vgl. RZ 66.

Rahmen der Tätigkeiten des Arbeitnehmers bzw. der Hilfsperson entstanden sind. Nach Art. 55 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben.

86. Es handelt sich um eine einfache Kausalhaftung, d.h. dass eine Haftung auch ohne Verschulden des Geschäftsherrn besteht. Wie noch aufzuzeigen sein wird,¹¹⁵ kann sich der Geschäftsherr nur durch den Sorgfaltsbeweis von der Haftung befreien.
87. Die Haftung des Geschäftsherrn ohne eigenes Verschulden für die von seinen Hilfspersonen verursachten Schäden rechtfertigt sich, weil der Geschäftsherr den wirtschaftlichen Nutzen aus der Übertragung der Arbeit an die Hilfsperson zieht. Zudem soll dem Geschädigten nicht die Pflicht auferlegt werden, den tatsächlichen Schädiger in einem Betrieb ausfindig zu machen, was oft kaum möglich ist. Der (zur Haftung des Schädigers nach Art. 41 OR hinzutretende) Zugriff auf das Vermögen des Geschäftsherrn gibt dem Geschädigten die besseren Chancen auf vollständige Erstattung des Schadens.¹¹⁶

b) Haftungsverpflichteter Personenkreis

88. Geschäftsherr kann jede natürliche oder juristische Person sein. Der Staat kann Geschäftsherr sein, wenn die schadensverursachende Tätigkeit nicht hoheitlicher Natur ist, also insbes. bei gewerblichen Verrichtungen.¹¹⁷

c) Haftungsvoraussetzungen

89. Neben den allgemeinen Haftungsvoraussetzungen eines Schadens¹¹⁸ und der Widerrechtlichkeit¹¹⁹ muss auch der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der Verhaltensweise der Hilfsperson gegeben sein.¹²⁰
90. Wie bereits einleitend dargelegt, muss kein Verschulden des Geschäftsherrn vorliegen, da Art. 55 OR eine Kausalhaftung ist. Dies gilt auch für die Hilfsperson, die den Schaden nicht schuldhaft verursacht haben muss; so greift bspw. die Geschäftsherrenhaftung auch dann, wenn die Hilfsperson nicht urteilsfähig war.¹²¹
91. Die Geschäftsherrenhaftung setzt aber voraus, dass zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson ein Subordinationsverhältnis vorliegt und dass die Hilfsperson den Schaden in Ausübung dienstlicher oder ge-

¹¹⁵ Vgl. RZ 88ff.

¹¹⁶ Rey, N 897; Oftinger/Stark II/1, § 20 N 11; Brehm, Berner Kommentar, N 4 zu Art. 55 OR.

¹¹⁷ Rey, N 907.

¹¹⁸ Vgl. RZ 40ff.

¹¹⁹ Vgl. RZ 48ff.

¹²⁰ Rey, N 902; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 55 OR; RZ 42ff.; Oftinger/Stark II/1, § 20 N 97; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 233.

¹²¹ Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 232; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 55 OR.

schäftlicher Verrichtungen verursacht hat, dass also ein funktioneller Zusammenhang vorliegt:¹²²

- Die rechtliche Natur oder die tatsächliche Beziehung zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson ist irrelevant: Massgebend ist allein, dass der Geschäftsherr gegenüber der Hilfsperson weisungsbefugt ist und sie zu beaufsichtigen vermag. Ein solches Subordinationsverhältnis ergibt sich häufig aus Arbeitsvertrag, aber auch aus Auftrag, Agenturvertrag oder auch gegenüber Familienangehörigen. Je grösser der Grad an Selbständigkeit des Beauftragten, desto weniger wahrscheinlich ist das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses (z.B. ein Anwalt, ein Architekt oder ein Taxifahrer).¹²³
- Als Geschäftsherr gilt bei einer mehrstufigen Hierarchie immer nur die „hierarchisch höchst stehende Person“.¹²⁴ Es kann jedoch auch vorkommen, dass die Hilfsperson zu mehreren Geschäftsherren in einem Subordinationsverhältnis steht, wenn diese etwa als einfache Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft gemeinsam ein Geschäft betreiben. In einem solchen Fall haften die Geschäftsherren dem Geschädigten solidarisch.¹²⁵
- In der Praxis schwierig zu beurteilen ist die Frage, welche Aktivitäten als dienstliche und geschäftliche Verrichtungen zu verstehen sind. Hierfür muss ein funktioneller Zusammenhang zur (rechtlichen oder tatsächlichen) Beziehung zum Geschäftsherrn bestehen. Dieser liegt vor, wenn ein Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem Risiko besteht, das durch die Verrichtung der übertragenen Aufgabe geschaffen wurde.¹²⁶ Diese Abgrenzung ist im Einzelnen umstritten: Unklar ist beispielsweise, ob eine Haftung nach Art. 55 OR auch besteht, wenn die Hilfsperson dem Dritten den Schaden vorsätzlich zufügt¹²⁷ und welche Risiken von den übertragenen Aufgaben noch erfasst sind: Je nach Umständen und Rechtsauffassung haftet der Geschäftsherr bspw. für die vom Arbeitnehmer beim Kunden gestohlene Uhr.
- Einig ist sich die Lehre jedoch darin, dass der funktionelle Zusammenhang nicht bereits dadurch unterbrochen wird, dass die Hilfsperson ihre Aufgabe unrichtig wahrnimmt, ihre Kompetenzen überschreitet oder von den Weisungen des Geschäftsherrn abweicht, sofern der Zusammenhang mit den (Geschäfts-)zwecken des Geschäftsherrn noch besteht.¹²⁸ Ebenfalls einhellig wird die Haftung nach Art. 55 OR auch für schädigende Handlungen der Hilfsperson während Arbeitspausen angenommen (bspw.

¹²² Rey, N 309 ff. und 912 ff.; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 233 ff.; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 7 ff. und 12 ff. zu Art. 55 OR; Schwenger, N 23.15 ff. und 23.19 f.; Fischer, OR-Handkommentar, N 12 ff. und 16 ff. zu Art. 55 OR.

¹²³ Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 234; Rey, N 904; Schwenger N 23.16.

¹²⁴ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 10 zu Art. 55 OR; Fischer, OR-Handkommentar, N 18 zu Art. 55 OR; Schwenger N 23.17; Rey, N 905.

¹²⁵ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 55 OR; Rey N 905; Fischer, OR-Handkommentar, N 19 zu Art. 55 OR.

¹²⁶ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 55 OR.

¹²⁷ Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 236; Rey N 914 f., anders: Schwenger, N 23.20.

¹²⁸ Rey N 913; Schwenger, N 23.19; Oftinger/Stark II/1, § 20 N 93; Brehm, Berner Kommentar, N 25 f. zu Art. 55 OR; Fischer, OR-Handkommentar, N 14 zu Art. 55 OR; mit Verweisen auf BGE 95 II 93 E. II.4a.

wenn eine Hilfsperson in der Pause eine brennende Zigarette wegwirft und dadurch einen Brand verursacht; nicht aber, wenn sich Beschäftigte während einer Pause prügeln).¹²⁹

d) Entlastungsmöglichkeiten

Der Geschäftsherr kann sich von der Haftung befreien, indem er entweder beweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe, um einen Schaden zu verhüten (Sorgfaltsbeweis) oder indem er beweist, dass der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt eingetreten wäre (rechtmässiges Alternativverhalten).

92. Der *Sorgfaltsnachweis* ist schwer zu erbringen: Die nach Art. 55 OR verlangte Sorgfalt beurteilt sich nach der Gesamtheit der objektiven Kriterien und den durch die Umstände gebotenen Massnahmen. Der Sorgfaltsmassstab ist strenger als bei der Verschuldenshaftung, wo lediglich ein durchschnittlich sorgfältiges Verhalten gefordert wird.¹³⁰ Generell ist der Sorgfaltsmassstab strenger anzulegen, wenn die Sicherheit und Unversehrtheit von Menschen von der Ausführung einer Aufgabe abhängen kann.¹³¹
93. Der Sorgfaltsbeweis bezieht sich nicht auf die zum Schaden führende Tätigkeit der Hilfsperson, sondern auf das Verhältnis zwischen ihr und dem Geschäftsherrn und umfasst die Sorgfalt in:
- der *Auswahl der Hilfsperson*: Der Geschäftsherr darf sich nur auf eine Hilfsperson verlassen, wenn er sie für die in Frage stehende Aufgabe als zuverlässig und geeignet hält, sie ohne ständige Ermahnung und Überwachung arbeiten zu lassen.¹³²
 - der *Instruktion und Überwachung der Hilfsperson*: Der Umfang der Instruktion und Überwachung der Hilfsperson hängt von ihrer fachlichen Qualifikation ab. Ein entscheidender Faktor ist auch die Dauer und Intensität der Beziehung zwischen Geschäftsherr und Hilfsperson.
 - der *Organisation der Arbeit und des Unternehmens*: Die Organisation eines Unternehmens muss eine klare Kompetenz- und Aufgabenverteilung vorsehen, damit keine Beaufsichtigungslücken entstehen können.¹³³ Dieser Teil des Sorgfaltsbeweises macht es praktisch kaum mehr möglich, den Sorgfaltsbeweis zu erbringen,¹³⁴ da nahezu jedes pflichtwidrige Verhalten durch eine sorgfältige, zweckmässige Organisation verhindert werden kann.¹³⁵

¹²⁹ Schwenzer N 23.19;

¹³⁰ Rey, N 924; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 16; lit. B N 238; Kren K./... N 21 ff.; Schwenzer N 23.22

¹³¹ Fischer, OR-Handkommentar, N 22; BGE 96 II 27 E. 1.

¹³² BGE 110 II 456 E. 2a; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 20 zu Art. 55 OR; Fischer, OR-Handkommentar, N 26 zu Art. 55 OR; Schwenzer, N 23.23.

¹³³ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 21 zu Art. 55 OR; Rey N 940.

¹³⁴ Das Bundesgericht hat auf dieser Grundlage in der Schweiz bereits vor Einführung des Produkthaftpflichtgesetzes eine Produkthaftung eingeführt.

¹³⁵ Schwenzer N 23.25; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 22 zu Art. 55 OR.

- der Auswahl der *Hilfsmittel für die Hilfsperson*: Der Geschäftsherr hat auch für Schäden einzustehen, die dadurch entstehen, dass er der Hilfsperson keine und/oder ungeeignete Arbeitshilfsmittel zur Verfügung gestellt hat.¹³⁶
94. Der Geschäftsherr kann sich seiner Haftpflicht auch durch den Nachweis entziehen, dass der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt eingetreten wäre. Der Geschäftsführer soll nur dann für den Schaden aufkommen, wenn dieser auch tatsächlich aufgrund seiner Sorgfaltspflichtverletzung entstanden ist. Hatte die Unsorgfalt des Geschäftsherren gar keinen Einfluss auf den Schadenseintritt, ist die Kausalität nicht gegeben.¹³⁷
95. Schliesslich kann sich der Geschäftsherr auf die bereits dargestellten¹³⁸ Grundsätze der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs berufen.

e) Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen

96. Art. 55 ist eine *lex specialis* zu Art. 41 OR. Sind die Voraussetzungen von Art. 55 OR nicht erfüllt, kann der Geschäftsherr nur dann nach Art. 41 OR haftbar gemacht werden, wenn sich die geforderte Widerrechtlichkeit auf die Weisungen bezieht, die er seiner Hilfsperson erteilt hat.¹³⁹
97. Trifft die Hilfsperson ein Verschulden am Schaden, so kann der Geschädigte nach Art. 41 OR direkt auch gegen die Hilfsperson vorgehen. Diese ist neben dem Geschäftsherrn solidarisch haftbar.¹⁴⁰ Der Rückgriff des Geschäftsherrn auf die Hilfsperson ist in Art. 55 Abs. 2 OR ausdrücklich festgehalten, würde sich aber bereits aus Art. 51 Abs. 2 OR (Solidarität) ergeben.¹⁴¹

f) Zusammenfassung der walddspezifischen Rechtsfragen

98. Die Geschäftsherrenhaftung nimmt im Waldhaftungsrecht eine besondere Rolle in dem Sinne ein, als es um die Haftung für diejenigen Personen geht, die im Arbeits- oder Auftragsverhältnis im Wald tätig sind.
99. Die Arbeiten im Wald unterscheiden sich nicht grundlegend von anderen (gefährlichen) Arbeiten. Eine Änderung dieser Ausgangslage für die Haftung der Hilfspersonen würde eine Privilegierung des Geschäftsherrn gegenüber anderen Branchen darstellen.

¹³⁶ Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 937 f.; Schwenger, N 23.24.

¹³⁷ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 23 zu Art. 55 OR; Fischer, OR-Handkommentar, N 28 zu Art. 55 OR; Schwenger, N 23.26 (rechtmässiges Alternativverhalten); Rey N 943 ff.; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 246.

¹³⁸ Vgl. RZ 42ff.

¹³⁹ Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 55 OR (mit Verweis auf BGE 80 II 247 E. 4b).

¹⁴⁰ Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 232; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 55 OR.

¹⁴¹ Rey N 963; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 24 zu Art. 55 OR; Oftinger/Stark II/1, § 20 N 154; Brehm, Berner Kommentar, N 108 zu Art. 55 OR.

4. Haftung aus Nachbarrecht (Art. 679, 684 ZGB)

a) Ziele der Haftung aus Nachbarrecht

100. Der Grundeigentümer ist nach Art. 684 ZGB verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums alle übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu vermeiden. Verboten sind „*alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung*“¹⁴².
101. Auf der Grundlage von Art. 679 ZGB haftet der Grundeigentümer für den Schaden, den er seinen Nachbarn in Ausübung seines Eigentums zufügt. Es handelt sich auch hier um eine Kausalhaftung, die sich dadurch rechtfertigt, dass sich der Grundeigentümer durch sein Grundeigentum in einer privilegierten Rechtsposition befindet und daher auch für diejenigen Schäden einstehen soll, die den Nachbarn im Rahmen der Nutzung dieses Privilegs entstehen.¹⁴³
102. Aus Art. 684 i.V.m. 679 ZGB ergeben sich somit die Grenzen der Eigentumsausübung.
103. Dem geschädigten Nachbarn stehen nach Art. 679 ZGB als primäre Rechtsbehelfe¹⁴⁴ die Beseitigungs-, Unterlassungs-, und Präventivklage zur Verfügung. Im vorliegenden Zusammenhang geht es aber um die ebenfalls auf Art. 679 ZGB gestützte subsidiäre Schadenersatzklage, die nur dann zum Zug kommt, wenn die übrigen Rechtsbehelfe nicht zum Ziel führen.¹⁴⁵
104. Am 1. Januar 2012 traten Art. 679 Abs. 2 ZGB und Art. 679a ZGB in Kraft:
 - Wenn dem Nachbargrundstück durch eine Baute oder Einrichtung eine Eigenschaft (wie z.B. Besonnung, Tageslicht oder allenfalls auch eine schöne Aussicht) entzogen wird, können neu die Rechtsbehelfe von Art. 679 Abs. 1 ZGB nur dann ergriffen werden, wenn im Zeitpunkt der Erstellung dieser Baute oder Einrichtung die – insbesondere öffentlich-rechtlichen – Regelungen nicht eingehalten worden sind. Wurde die Baute oder Einrichtung also rechtmässig erstellt, können keine Rechtsbehelfe gegen negative Immissionen ergriffen werden.¹⁴⁶
 - Artikel 679a ZGB beschränkt für Fälle der rechtmässigen Bewirtschaftung eines Grundstücks die Rechtsbehelfe aus dem Nachbarrecht auf die Geltendmachung eines Schadenersatzes. Dem Nachbarn sind die übermässigen und unvermeidlichen Nachteile als Schadenersatz zu ersetzen, die ihm namentlich beim Bauen, zugefügt werden.¹⁴⁷ Dieser neue Artikel

¹⁴² Art. 684 Abs. 2 ZGB.

¹⁴³ Rey, N 1096; Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 4 zu Art. 679 ZGB.

¹⁴⁴ Schmid/Hürlimann-Kaup, § 18 N 947; Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 679 ZGB.

¹⁴⁵ Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 679 ZGB.

¹⁴⁶ Botschaft Register-Schuldbrief, BBI 2007, S. 5307; Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 36 zu Art. 679 ZGB: eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des Abs. 2 auf positive Immissionen, durch Auslegung des Begriffs der bestimmten Eigenschaft, ist nicht ausgeschlossen (z.B. durch Lärmwirkungen wird die ruhige Lage, als Eigenschaft des Grundstücks, entzogen).

¹⁴⁷ Botschaft Register-Schuldbrief, BBI 2007, S. 5307.

wurde in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung eingeführt.¹⁴⁸

b) Haftungsverpflichteter Personenkreis

105. Grundeigentümer im Sinne von Art. 679 ZGB ist der sachenrechtliche Eigentümer des Grundstückes. Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes ist jedoch nach herrschender Lehre und Praxis auch der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts passivlegitimiert (und damit schadenersatzpflichtig), auf dessen selbständiges Verhalten die Immissionen zurückzuführen sind. Das Bundesgericht bejahte zudem die Passivlegitimation für Mieter und Pächter, also von bloss obligatorisch am Grundstück berechtigten. Diese Ausweitung des Begriffs des Grundeigentümers wird in der Lehre z.T. kritisiert.¹⁴⁹
106. Ist der beschränkt dinglich Berechtigte oder der obligatorisch Berechtigte nach Art. 679 ZGB haftbar, hat das Bundesgericht bisher offen gelassen, ob es Fälle gibt, in denen der Grundeigentümer solidarisch neben diesem haftet. Verneint hat das Bundesgericht die gleichzeitige Haftung des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB im Falle der Haftung eines Baurechtsberechtigten, wenn der Eigentümer keinen Einfluss auf die Art und Weise hatte, wie der Baurechtsberechtigte die tatsächliche Herrschaft ausübt.¹⁵⁰
107. Grundsätzlich kann auch das Gemeinwesen als Grundeigentümer nach Art. 679 ZGB in Frage kommen. Dies jedoch nur dann, wenn die Immissionen nicht durch eine hoheitliche Tätigkeit verursacht werden. Eine Entschädigung der betroffenen Nachbarn wäre in einem solchen Fall über die Entgegnung nachbarrechtlicher Abwehransprüche zu erreichen.¹⁵¹

c) Haftungsvoraussetzungen

108. Das Bundesgericht hat die Klageberechtigung (Aktivlegitimation) in teleologischer Auslegung eingeschränkt und präzisiert: Klageberechtigt ist nicht jedermann, sondern nur die Nachbarn. Als solche gelten die räumlich betroffenen Eigentümer oder Besitzer (also auch Mieter und Pächter) eines Grundstücks, wobei die Grundstücke nicht unmittelbar aneinander angrenzen müssen. Nicht als Nachbarn gelten Passanten und Personen, die sich lediglich vorübergehend auf dem Nachbargrundstück aufhalten.¹⁵²
109. Für die Verantwortlichkeit nach Art. 679 ZGB müssen die Haftungsvoraussetzungen Schaden,¹⁵³ Kausalzusammenhang¹⁵⁴ zwischen Überschreitung

¹⁴⁸ Schmid/Hürlimann-Kaup, § 18 N 961.

¹⁴⁹ Rey, N 1118, Rey/Strebel, Basler Kommentar N 27 zu Art. 679 ZGB, Schmid/Hürlimann-Kaup § 18 N 959; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 306.

¹⁵⁰ Schmid/Hürlimann-Kaup, § 18 N 959; Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 26 zu Art. 679 ZGB; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 308.

¹⁵¹ BGE 132 III 689 E. 2.3; Rey, N 1119; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 306; Schmid/Hürlimann-Kaup, § 18 N 960; Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 679 ZGB.

¹⁵² Schmid/Hürlimann-Kaup, §18 N 948; Rey, N 1113 ff.; Rey/Strebel, Basler Kommentar, N23 ff. zu Art. 679 ZGB; Schwenzler, N 53.52 f.; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 310.

¹⁵³ Vgl. RZ 40ff.

des Eigentumsrechts und dem Schaden, und die Widerrechtlichkeit¹⁵⁵ gegeben sein. Da es sich um eine Kausalhaftung handelt, ist kein Verschulden vorausgesetzt.

110. Die entscheidende Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 679 ZGB ist die Überschreitung der aus dem Grundeigentum fliessenden Nutzungsrechte. Die Schranken des Eigentumsrechts ergeben sich aus öffentlich-rechtlichen Bestimmungen und aus Nachbarrecht.¹⁵⁶ Verboten sind jedoch nur übermässige Einwirkungen. Nach dem neu formulierten Art. 684 Abs. 2 ZGB sind dies „insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht“. Mit dieser Formulierung wurden im Gesetzestext neben den positiven Immissionen auch die negativen Immissionen (Entzug der Besonnung oder des Tageslichts) erwähnt und somit die bundesgerichtliche Rechtsprechung in das Gesetz aufgenommen.¹⁵⁷
111. Nicht unter die Ausübung des Eigentums fällt das blosses Belassen des Grundstücks in seinem natürlichen Zustand. Wird aber ein Grundstück in einem gefährlichen Zustand belassen, ist für eine Haftung nach Art. 679 ZGB folgende Unterscheidung zu treffen: Ergibt sich die Gefährlichkeit aus einer gegenwärtigen oder früheren Bewirtschaftung oder Benützung des Grundstücks, liegt eine Haftung nach Art. 679 ZGB vor.¹⁵⁸ Ausgeschlossen ist jedoch eine Haftung, wenn die Gefahr ausschliesslich auf Naturereignisse zurückzuführen ist, weil es sich dann nicht um eine Überschreitung des Eigentumsrechts im Sinne von Art. 679 ZGB handelt.¹⁵⁹ Steht somit die Gefahr mit der Bewirtschaftung oder Benützung des Grundstücks (wann auch immer diese erfolgte) im Zusammenhang, ist eine Haftung nach Art. 679 ZGB auch durch Unterlassung möglich.¹⁶⁰
112. Der Grundeigentümer muss auf Beschwerde des Nachbarn überragende Äste und Wurzeln kappen (Art. 687 ZGB). Nach Art. 687 Abs. 3 ZGB findet diese Bestimmung jedoch keine Anwendung, wenn zwei Waldstücke aneinander grenzen. Für öffentliche Wälder kann das Kapprecht durch öffentliches Recht ausgeschlossen werden.¹⁶¹ Des Weiteren muss der Grundeigen-

¹⁵⁴ Vgl. RZ 42ff.

¹⁵⁵ Vgl. RZ 48ff.

¹⁵⁶ Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 8 zu Art. 679 ZGB; Rey, N 1098; Schwenger, N 53.50.

¹⁵⁷ Botschaft Register-Schuldbrief, BBI 2007, S. 5307.

¹⁵⁸ So wurde in einer Entscheidung des Luzerner Obergerichts auf der Grundlage von Art. 679 ZGB ein Schadenersatz zugesprochen, der dem Nachbarn durch einen schräg stehenden und flach verwurzelten Baum entstanden ist, zitiert nach Sturm-Handbuch, S. 17.

¹⁵⁹ BGE 93 II 230 E. 3 b; Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 679 ZGB, wobei höhere Gewalt nur zurückhaltend anzunehmen sei.

¹⁶⁰ Rey, N 1100; Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 679 ZGB; Göksu, CHK Art. 679, RZ 4, befürwortet (ohne Begründung und entgegen BGE 93 II 230, E. 3b) eine Haftung, wenn ein Grundeigentümer „trotz Erkennbarkeit und Zumutbarkeit einen längst zu fällenden, brüchigen, alten Baum stehen lässt, und dieser dann wegen Brüchigkeit bei einem Sturm auf das Nachbargrundstück stürzt.

¹⁶¹ Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 25 zu Art. 687/688 ZGB.

tümer nach Art. 689 f. ZGB Regenwasser, Schneeschmelze und Quellenwasser aus dem oberhalb liegenden Grundstück aufnehmen und darf den natürlichen Ablauf des Wassers nicht zum Schaden des Nachbarn verändern. Beide Pflichtverletzungen können zu Schadenersatzforderungen führen.¹⁶²

d) Entlastungsmöglichkeiten

113. Aus den vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass sich der Grundeigentümer dann von der Haftung befreien kann, wenn er nachweist, dass
- das Nutzungsrecht des Grundstückes nicht überschritten wurde,¹⁶³ oder
 - das Grundstück in seinem natürlichen Zustand belassen wurde.¹⁶⁴
114. Eine Haftungsbefreiung aufgrund des Sorgfaltsbeweises ist ausgeschlossen. Soweit die vorstehenden Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, kann sich der Grundeigentümer nur noch durch Verweis auf den fehlenden Kausalzusammenhang von der Haftung befreien.¹⁶⁵

e) Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen

115. Nach Grundeigentümerhaftung werden Schäden ersetzt, welche aufgrund der Art der Ausübung der Eigentumsrechte am Grundstück entstanden sind. Nach Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) werden Schäden ersetzt, welche aufgrund von Mängeln am Werk entstanden sind. Sind beide Haftungstatbestände erfüllt, indem ein Werkmangel zu schädigenden Immissionen auf einem Nachbargrundstück führt, sind Art. 58 OR und Art. 679 ZGB konkurrierend anwendbar.¹⁶⁶
116. Art. 679 ZGB geht der Negatorienklage nach Art. 641 Abs. 2 als *lex specialis* vor. Die Schadenersatzklage nach 706 ZGB (Abgrabungsverbot von Quellen), geht der von Art. 679 vor.¹⁶⁷

f) Zusammenfassung der walddspezifischen Rechtsfragen

117. Der Waldeigentümer unterliegt grundsätzlich der Haftung aus dem Nachbarrecht, sobald er am natürlichen Zustand des Waldes etwas verändert hat. Dies führt zu folgender Schlussfolgerung:
- Bei natürlichem Zustand des Waldes: Da das schweizerische Recht keine entsprechende Bewirtschaftungspflicht des Waldeigentümers festlegt, fliesst aus dem Nachbarrecht auch keine Pflicht zur Gefahrenvorsorge. Der Waldeigentümer haftet demnach gegenüber seinen Waldanrainern

¹⁶² Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 687/688 und N 15 zu Art. 689/690 ZGB.

¹⁶³ Vgl. RZ 110.

¹⁶⁴ Vgl. RZ 111.

¹⁶⁵ Vgl. RZ 42ff.

¹⁶⁶ Rey, N 1120 f.; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 309; Schwenzer, N 53.52.

¹⁶⁷ Rey/Strebel, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 679 ZGB.

nicht aus Nachbarrecht, wenn bspw. ein Schaden aus einem umstürzenden Baum entsteht.¹⁶⁸

- Bei verändertem Zustand des Waldes: Sobald der Waldeigentümer aber den Wald bewirtschaftet, greift die Haftung aus Nachbarrecht. Er hat für die Schäden einzustehen, die den Nachbarn aus der Nutzung des Waldes entstehen.

118. Ein besonderes Charakteristikum des Waldhaftungsrechts ist die langfristige Entwicklung eines möglichen haftungsbegründenden Waldschadens, die sich u.U. über mehrere Jahrzehnte strecken kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die jeweiligen möglichen Handlungs- oder Unterlassungspflichten aus der Eigentümerschaft am Grundstück ergeben; aus dieser Anknüpfung an das Grundstück ist der jeweilige Eigentümer des Grundstücks haftungspflichtig. Ansprüche gegen Vorbesitzer kann allein der aktuelle haftungspflichtige Eigentümer im Rahmen eines Regressanspruches geltend machen, soweit die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

5. Staatshaftungsrecht (Kanton und Bund)

a) Ziele des Staatshaftungsrechts

119. Staatshaftung bedeutet die Haftung des Staates und seiner Beamten für den vermögensrechtlichen Schaden, den die Beamten in Ausführung ihrer dienstlichen Aufgaben verursacht haben. Geschädigte können Dritte sein, oder aber auch der Staat selber.¹⁶⁹
120. Bereits hingewiesen wurde auf Art. 61 OR, wonach Bund und Kantone die zivilrechtliche Haftung für ihre Beamten übernehmen können, soweit der Schaden im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeiten des Gemeinwesens entstanden ist.¹⁷⁰ Da sowohl Bund als auch sämtliche Kantone eine entsprechende Gesetzgebung erlassen haben, haftet in der Schweiz grundsätzlich der Staat für das Handeln seiner Beamten oder öffentlichen Angestellten.¹⁷¹
121. Mit der ausschliesslichen Staatshaftung¹⁷² vermeidet der Staat ein übervorsichtiges Handeln der Staatsangestellten und sichert den Geschädigten vor dessen Zahlungsunfähigkeit. Dies schliesst jedoch einen Regressanspruch des Staates gegen den Beamten nicht aus.¹⁷³
122. Tritt der Staat selbst als Subjekt des Zivilrechts auf, unterliegt er dem zivilrechtlichen Haftungsregime, so z.B. im Bereich der Verwaltung des Finanzvermögens oder in Ausübung administrativer Hilfstätigkeiten.¹⁷⁴

¹⁶⁸ Zu prüfen ist aber selbstverständlich eine Haftung auf der Grundlage der anderen angeführten Anspruchsgrundlagen.

¹⁶⁹ Tschannen/Zimmerli/Müller, § 61 N 1.

¹⁷⁰ Vgl. RZ 38f.

¹⁷¹ Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N 358; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 61 OR.

¹⁷² Tschannen/Zimmerli/Müller, § 61 N 8.

¹⁷³ Häfelin/Müller/Uhlmann, N 2224 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, § 61 N 8 ff.

¹⁷⁴ Tschannen/Zimmerli/Müller, § 62 N 10; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 2243.

b) Haftungsverpflichteter Personenkreis

123. Damit der Staat haftbar wird muss ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten des Beamten und einer amtlichen Tätigkeit bestehen, der Beamte muss in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit handeln.¹⁷⁵
124. Als haftungsverpflichteter Personenkreis kommen Bund, Kantone und Gemeinden, aber auch alle anderen öffentlich-rechtlichen Institutionen in Frage.¹⁷⁶

c) Haftungsvoraussetzungen

125. Neben den allgemeinen Haftungsgesetzen enthalten auch verschiedene Spezialgesetze Haftungsbestimmungen, welche den allgemeinen Regeln vorgehen, so bspw. im Epidemiengesetz^{177, 178}.
126. Besondere Haftungsnormen aus dem Privatrecht gelten auch für den Staat. So kann auch der Staat als Werkeigentümer nach Art. 58 OR oder als Grundeigentümer nach Art. 679 ZGB haftbar werden, wenn der Schaden nicht im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben erfolgte. Wäre dies der Fall, würde der Schadensausgleich über das Enteignungsrecht erfolgen.¹⁷⁹ Auch wenn in diesen Fällen letztendlich der Staat haftet, gelten dieselben bereits diskutierten Haftungsvoraussetzungen.
127. Für die direkte Haftung des Staates wird i.d.R. die Rechtswidrigkeit der Handlung oder Unterlassung eines Beamten vorausgesetzt.¹⁸⁰ Nur ausnahmsweise müssen Schäden, die durch rechtmässige staatliche Handlungen entstanden sind, ersetzt werden: Einerseits wenn die Haftung für rechtmässiges Staatshandeln ausdrücklich geregelt ist, wie z.B. bei formellen oder materiellen Enteignungen oder in einigen Kantonen bei unverhältnismässig schwerer Betroffenheit eines Einzelnen und wenn diesem nicht zugemutet werden kann, den Schaden alleine zu tragen. Andererseits kann sich nach der Lehre eine Entschädigungspflicht des Staates aufgrund von Art. 8 BV ergeben, wenn der Geschädigte ein mit der Rechtsgleichheit nicht zu vereinbarendes Sonderopfer zu tragen hat. Ein solches darf jedoch nur mit Zurückhaltung angenommen werden.¹⁸¹
128. Eine behördliche Unterlassung kann nur dann eine Staatshaftung auslösen, wenn eine besondere Rechtspflicht zum Handeln besteht. Eine solche Pflicht kann sich aus geschriebenem Recht, aber auch aus ungeschriebenen Handlungsprinzipien ergeben. Der Staat muss jedoch nicht alle erdenklichen Sicherheitsvorkehrungen treffen, um eine Gefahr schadlos abzuwenden. Der Um-

¹⁷⁵ Häfelin/Müller/Uhlmann, N 2244.

¹⁷⁶ Häfelin/Müller/Uhlmann, N 2237.

¹⁷⁷ SR 818.101 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz).

¹⁷⁸ Häfelin/Müller/Uhlmann, N 2221 f.

¹⁷⁹ Tschannen/Zimmerli/Müller, § 61 N 22 und § 62 N 7; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 2273 ff.

¹⁸⁰ Tschannen/Zimmerli/Müller, § 61 N 12; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 2235.

¹⁸¹ Tschannen/Zimmerli/Müller, § 62 N 46 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 2295 ff.

fang der Schutzpflicht ergibt sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses und der Schutzbedürftigkeit der beteiligten Personen. Die Verletzung der Aufsichtspflicht einer Behörde wird z.B. nur zurückhaltend angenommen.¹⁸²

d) Entlastungsmöglichkeiten

129. Eine Handlung ist nicht rechtswidrig, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Im Bereich der Staatshaftung kann sich ein solcher aus der rechtmässigen Ausübung hoheitlicher Gewalt ergeben. Ebenfalls entfällt die Rechtswidrigkeit bei Einwilligung.¹⁸³

e) Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen

130. Bei der Konkurrenz zu den anderen Haftungsansprüchen ergeben sich keine Besonderheiten dadurch, dass für den Schaden der Staat als Haftungssubjekt eintritt.

f) Zusammenfassung der walddspezifischen Rechtsfragen

131. Auf Bundesebene bestehen zwischen der Haftung einer Privatperson als Waldeigentümer und der Haftung des Staates als Waldeigentümer keine Unterschiede. In kantonalen Gesetzgebungen können jedoch, da die Vollzugskompetenz des WaG den Kantonen übertragen wurde (Art. 50 WaG), im Rahmen von Art. 61 OR andere Haftungsordnungen vorgesehen werden.

6. Vertragliche Haftungsgrundlagen

a) Ziele der vertraglichen Haftungsgrundlagen

132. Nach Art. 97 OR haftet der Schuldner für den entstehenden Schaden, wenn er die Erfüllung seiner vertraglichen Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirken kann, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Diese gesetzliche Verschuldensvermutung bildet somit eine Beweislastumkehr.
133. Diese Abweichung zu Art. 8 ZGB zulasten des schadenverursachenden Vertragspartner rechtfertigt sich dadurch, dass der Vertrag eine Sonderverbindung zwischen Gläubiger und Schuldner begründet. Der geschädigte Vertragspartner durfte darauf vertrauen, dass der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt wird.¹⁸⁴
134. Eine besondere Regelung der vertraglichen Haftung findet sich im Bereich des Arbeitsrechts, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, für den Schutz der Arbeitnehmer zu sorgen und die Gesundheit und die persönliche Integrität der Arbeitnehmer zu schützen. Diese Schutzpflichten ergeben sich aus Art. 328 OR sowie aus öffentlich-rechtlichen Normen, so insbesondere aus

¹⁸² Tschannen/Zimmerli/Müller, § 62 N 40 f., mit Verweis auf BGE 116 Ib 193 und BGer 2A.402/2000.

¹⁸³ Häfelin/Müller/Uhlmann, N 2250.

¹⁸⁴ Wiegand, Basler Kommentar, N 42 zu Art. 97 OR.

dem Arbeitsgesetz und dem Unfallversicherungsgesetz.¹⁸⁵ Zwar fliesst aus Art. 328 OR bereits eine umfangreiche Schutzpflicht, die sich am technisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren orientiert. Im Anwendungsbereich des ArG und des UVG bestehen jedoch oft präzisere und manchmal auch strengere Vorschriften, weshalb die praktische Bedeutung von Art. 328 Abs. 2 OR gering ist.¹⁸⁶

b) Haftungsverpflichteter Personenkreis

135. Zur Haftung verpflichtet ist der Schuldner, der seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommt.
136. Der Schuldner haftet auch für das Verhalten seiner Hilfspersonen unter den Voraussetzungen von Art. 101 OR und demnach für den Schaden, die seine Hilfsperson in Ausübung der vertraglichen Verrichtungen verursacht.
137. Art. 101 OR stellt die Zurechnungsnorm für das Drittverhalten dar. Sie kommt nur dann zum Zug, wenn der Schuldner befugt war, einen Erfüllungsgehilfen beizuziehen. Wurde eine Hilfsperson beigezogen, obwohl es auf die höchstpersönliche Erfüllung durch den Schuldner ankommt, handelt dieser bereits deshalb schuldhaft im Sinne von Art. 97 OR.¹⁸⁷
138. Im Unterschied zu Art. 55 OR ist bei Art. 101 OR kein Subordinationsverhältnis zwischen Schuldner und Erfüllungsgehilfen erforderlich. Voraussetzung für die Haftung ist lediglich, dass die Hilfsperson mit Einwilligung des Schuldners handelt.¹⁸⁸
139. Die schädigende Handlung muss von der Hilfsperson in Ausübung einer Schuldpflicht erfolgt sein. Es wird ein funktioneller Zusammenhang in dem Sinne verlangt, dass die schädigende Handlung der Hilfsperson zugleich eine Nicht- bzw. Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Schuldners aus dem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt. Streitig ist die Frage, ob auch Handlungen darunterfallen, die lediglich bei Gelegenheit der Verrichtung verübt wurden.¹⁸⁹ Nach herrschender Meinung wird ein funktioneller Zusammenhang nur dann bejaht, wenn die Hilfsperson weisungsgemäss handelt. Eine Handlung, die lediglich bei Gelegenheit der Verrichtung ohne konkreten Bezug erfolgt ist, kann nach Art. 101 OR dem Schuldner folglich nicht zugerechnet werden.
140. Weder der Schuldner, noch die Hilfsperson muss schuldhaft gehandelt haben.¹⁹⁰ Der Schuldner haftet nach der hypothetischen Vorwerfbarkeit dann für das Verhalten seiner Hilfsperson, wenn deren Handlung dem Schuldner vorzuwerfen wäre, wenn dieser die Handlung selbst vorgenom-

¹⁸⁵ Pietruszak, Kurzkommentar OR, N 18 zu Art. 328 OR; Wiegand, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 328 OR.

¹⁸⁶ Wiegand, Basler Kommentar, N 11 zu Art. 328 OR.

¹⁸⁷ Schwenger, N 23.02 f.; Wiegand, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 101 OR.

¹⁸⁸ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3027 f.

¹⁸⁹ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3034; Wiegand, Basler Kommentar, N 10 zu Art. 101 OR; Schwenger, N 23.09; Thier, Kurzkommentar OR, N 4 zu Art. 101 OR.

¹⁹⁰ Schwenger, N 23.10; Thier, Kurzkommentar OR, N 5 zu Art. 101 OR.

men hätte.¹⁹¹ Der Geschäftsherr kann sich daher nicht wie bei Art. 55 OR durch den Nachweis der sorgfältigen Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfsperson von der Haftung befreien.¹⁹²

141. Inwieweit der Geschäftsherr auf die Hilfsperson Rückgriff nehmen kann, hängt vom Rechtsverhältnis zwischen den beiden Vertragsparteien ab.¹⁹³
142. Hinzuweisen bleibt auf die Besonderheiten des Auftragsrechts, wenn der Geschäftsherr eine Aufgabe befugterweise einem Substituten übertragen hat, der diese Aufgabe im Gegensatz zur Hilfsperson ohne die Weisung und Aufsicht des Geschäftsherrn erbringt. Eine solche Substitution liegt auch dann vor, wenn der Auftrag nicht im Interesse des Beauftragten (nämlich seine Geschäftsführung zu optimieren), sondern vielmehr im Interesse des Auftraggebers dem Substituten übertragen wurde (weil bspw. der Substitut über bessere Fachkenntnisse verfügt).¹⁹⁴ Bei befugter Substitution haftet der Beauftragte nach Art. 399 Abs. 2 OR nur für die gehörige Sorgfalt bei der Auswahl und Instruktion des Substituten und nicht für dessen Fehlverhalten.¹⁹⁵ Bei unbefugter Substitution haftet der Beauftragte hingegen nach Art. 97 OR und muss für die Handlungen des Dritten nach Art. 101 OR einstehen.¹⁹⁶

c) Haftungsvoraussetzungen

143. Voraussetzung der Haftung nach Art. 97 OR sind ein Schaden, pflichtwidriges Verhalten, ein natürlich adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Schuldners und dem Schaden, und das Verschulden.¹⁹⁷
144. Der Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensminderung, die nach der Differenztheorie ermittelt wird.¹⁹⁸ Die Ersatzfähigkeit und der Umfang des Schadenersatzes wird gesondert bewertet.¹⁹⁹ Der Schaden berechnet sich gemäss herrschender Lehre nach dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner hätte erfüllen sollen.²⁰⁰ Geschuldet ist das positive Vertragsinteresse.²⁰¹ Bei Dienstleistungsverträgen berechnet sich der Schadenersatzanspruch nach dem Minderwert der erbrachten Leistung, welcher mit dem Honoraranspruch verrechnet wird.²⁰²

¹⁹¹ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3039; Schwenger, N 23.10; Wiegand, Basler Kommentar, N 13 zu Art. 101 OR.

¹⁹² Schwenger, N 23.10; Wiegand, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 101 OR.

¹⁹³ Wiegand, Basler Kommentar, N 18 zu Art. 101 OR; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3053.

¹⁹⁴ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3061.

¹⁹⁵ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3063; Schwenger, N 23.05 f.

¹⁹⁶ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3066.

¹⁹⁷ Thier, Kurzkommentar OR, N 3 zu Art. 97 OR; Wiegand, Basler Kommentar, N 5 f. zu Art. 97 OR.

¹⁹⁸ Vgl. hierzu RZ 40ff.

¹⁹⁹ Thier, Kurzkommentar OR, N 18 zu Art. 97 OR.

²⁰⁰ Wiegand, Basler Kommentar, N 50 zu Art. 97 OR.

²⁰¹ Wiegand, Basler Kommentar, N 46 zu Art. 97 OR.

²⁰² Thier, Kurzkommentar OR, N 27 zu Art. 97 OR.

145. Das pflichtwidrige Verhalten ergibt sich aus einer Vertragsverletzung. Die Verbindlichkeit aus einer rechtlichen Sonderverbindung kann nicht erfüllt werden oder wird nicht gehörig erfüllt.²⁰³
- *Eine Nichterfüllung i.S.v. Art. 97 OR* kann vorliegen, wenn eine Leistung ursprünglich möglich ist, jedoch durch Verschulden des Schuldners unmöglich wird. Art. 97 Abs. 1 OR wird nach herrschender Meinung zudem auf Fälle der ursprünglichen subjektiven Unmöglichkeit analog angewandt, da ein Übernahmeverschulden vorliegt. Ist eine Leistung jedoch bereits ursprünglich objektiv unmöglich, liegt ein Fall von Art. 20 Abs. 1 OR vor. Ist die nachträgliche Unmöglichkeit nicht vom Schuldner verschuldet, so greift Art. 119 Abs. 1 OR, wonach die Forderung als erloschen gilt.²⁰⁴ Die Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR setzt voraus, dass die Leistung dauerhaft unmöglich ist. Ist sie nur vorübergehend unmöglich, besteht lediglich Leistungsverzögerung mit den Folgen des Schuldnerverzugs nach Art. 102 ff. OR.²⁰⁵
 - *Eine positive Vertragsverletzung* liegt vor, wenn eine Verpflichtung nicht gehörig erfüllt wird. Dies geschieht insbesondere durch Schlechterfüllung von Hauptleistungspflichten und durch Verletzung von Nebenpflichten.²⁰⁶ Bei Arbeits- und Dienstleistungen besteht die Pflichtverletzung regelmässig in einer Sorgfaltspflichtverletzung, wobei umstritten ist, ob es sich dabei um eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht handelt. In beiden Fällen ist jedoch Schadenersatz wegen nichtgehöriger Erfüllung zu leisten.²⁰⁷ Zu den Nebenleistungspflichten zählen neben den mit der vertragsgemässen Erbringung der Leistung in unmittelbarem Zusammenhang stehenden leistungsbegleitenden Pflichten auch Verhaltenspflichten, wie z.B. die Pistensicherungspflicht eines Skiliftunternehmers. Die Verhaltenspflichten gleichen den deliktischen Verkehrssicherungspflichten, führen jedoch auch bei reinen Vermögensschäden zu einer Ersatzpflicht.²⁰⁸ Staatliche Vorgaben wirken sich auf die Sorgfaltspflichten eines Vertragspartners aus. Sie müssen deshalb bei der Beurteilung einer Sorgfaltspflichtverletzung mitberücksichtigt werden.
146. Es muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang²⁰⁹ bestehen zwischen der Nicht- bzw. nicht gehörigen Erfüllung und dem Schaden.²¹⁰

d) Entlastungsmöglichkeiten

147. Wie bereits einleitend dargelegt, wird das Verschulden des Schuldners im Rahmen des Art. 97 Abs. 1 OR vermutet. Der Schuldner kann sich, wenn er schuldlos gehandelt hat, durch Erbringen des Exkulpationsbeweises von der Haftung befreien. Da die Sorgfaltspflicht des Schuldners nach einem objek-

²⁰³ Thier, Kurzkommentar OR, N 4 zu Art. 97 OR; Wiegand, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 97 OR.

²⁰⁴ Thier, Kurzkommentar OR, N 5 zu Art. 97 OR.

²⁰⁵ Thier, Kurzkommentar OR, N 7 zu Art. 97 OR; Wiegand, Basler Kommentar, N 16 zu Art. 97 OR.

²⁰⁶ Wiegand, Basler Kommentar, N 25 zu Art. 97 OR; Thier, N 13 zu Art. 97 OR.

²⁰⁷ Wiegand, Basler Kommentar, N 31 zu Art. 97 OR; Thier, N 14 zu Art. 97 OR.

²⁰⁸ Thier, Kurzkommentar OR, N 15 zu Art. 97 OR; Wiegand, Basler Kommentar, N 34 zu Art. 97 OR.

²⁰⁹ Vgl. RZ 42ff.

²¹⁰ Wiegand, Basler Kommentar, N 41 zu Art. 97 OR.

- tivierten Fahrlässigkeitsmassstab beurteilt wird, ist die Erbringung des Exkulpationsbeweises bei Dienstleistungsobligationen regelmässig zum Scheitern verurteilt.²¹¹ Das Bundesgericht hat offen gelassen, ob eine Exkulpation bei erwiesener Sorgfaltspflichtverletzung überhaupt möglich sei.²¹²
148. Für die Entlastungsmöglichkeiten des schadenverursachenden Vertragspartners ist zu unterscheiden zwischen der Haftungsbeschränkung bzw. dem Haftungsausschluss des Vertragspartners selbst oder dessen Hilfsperson.
149. Die Vertragspartner können ihre Haftung in weitem Umfang vertraglich einschränken oder ausschliessen (vertragliche Freizeichnung): Soweit zwingende Gesetzesbestimmungen der Freizeichnung entgegenstehen, ist in der Lehre streitig, ob dies zur Nichtigkeit der Haftungsbeschränkung führt oder ob diese lediglich auf das erlaubte Mass zurückzuführen ist.²¹³
150. Eine vor Entstehung der Schadenersatzforderung vereinbarte Haftungsfreizeichnung ist lediglich für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit nach Art. 100 Abs. 1 OR nichtig. Dieses weitgehende Freizeichnungsrecht wird aber durch Art. 100 Abs. 2 OR eingeschränkt für Fälle, in denen ein Arbeitsverhältnis besteht oder wenn diese zugunsten eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes vereinbart wurde. In diesen Fällen kann das Gericht auch eine Freizeichnung für leichtes Verschulden als nichtig erklären.²¹⁴
151. Auch für die vertragliche Freizeichnung gelten die Inhaltsschranken von Art. 19 und 20 OR, wonach der Inhalt des Vertrags insbesondere nicht sittenwidrig sein darf. Für Personenschäden kann die Haftung folglich nicht beschränkt werden.²¹⁵ Bei Dienstleistungen und insbesondere im Auftragsrecht kann eine Freizeichnungsklausel aufgrund der Sorgfaltspflicht problematisch sein. Das Bundesgericht hat diese in der Lehre umstrittene Frage bislang offen gelassen.²¹⁶
152. Die Haftung nach Art. 101 Abs. 2 OR kann ebenfalls zum Voraus beschränkt oder aufgehoben werden. Dieser Haftungsausschluss gilt auch für grobe Fahrlässigkeit und Verschulden und geht über die Freizeichnung nach Art. 100 Art. 1 OR hinaus.²¹⁷ Die Freizeichnung ist jedoch auf die vertragliche Haftung des Schuldners begrenzt.²¹⁸
153. Art. 101 Abs. 3 OR beinhaltet schliesslich Schranken des Haftungsausschlusses und der Haftungsbeschränkung, wenn der Verzichtende im Dienst des Schuldners steht, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb

²¹¹ Thier, Kurzkommentar OR, N 20 zu Art. 97 OR; Wiegand, Basler Kommentar, N 43 zu Art. 97 OR.

²¹² BGer 4C.186/1999 E. 3.

²¹³ Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3082.

²¹⁴ Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N3090; Wiegand, Basler Kommentar, N 9 f. zu Art. 100 OR.

²¹⁵ Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3094.

²¹⁶ BGE 124 III 155 E. 3c; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3096.

²¹⁷ Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3054; Thier, N 6 zu Art. 101 OR; Wiegand, Basler Kommentar, N 16 zu Art. 101 OR.

²¹⁸ Thier, Kurzkommentar OR, N 6 zu Art. 101 OR.

eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt. In diesen Fällen ist die Wegbedingung der Haftung höchstens für leichtes Verschulden möglich.²¹⁹

154. Der Arbeitnehmer kann nicht zum Voraus auf die Haftung des Arbeitgebers verzichten.²²⁰

e) Konkurrenz zu anderen Haftungsansprüchen

155. Liegen neben den Voraussetzungen der Haftung des Arbeitgebers nach Art. 97 OR auch die Voraussetzungen der Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR, der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR oder der Werkeigentümershaftung nach Art. 58 OR vor, so besteht Anspruchskonkurrenz.²²¹
156. Die Haftung des Schuldners für seine Hilfsperson nach Art. 101 OR schliesst die Haftung der Hilfsperson gegenüber dem Geschädigten nicht von vornherein aus. Diese hängt vielmehr davon ab, ob das Verhalten der Hilfsperson gegenüber dem Geschädigten als unerlaubte Handlung zu qualifizieren ist.²²²

f) Zusammenfassung der walddspezifischen Rechtsfragen

157. Die walddspezifischen vertraglichen Vereinbarungen sind vielfältig und nur schwer zu systematisieren. Es ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte, dass dabei spezifische Fragestellungen aufgeworfen werden, bei denen sich die Anwendung der vorstehenden Grundsätze als unangemessen erweisen würden.
158. Eine Privilegierung oder Verschärfung der vertraglichen Haftung drängt sich mangels walddspezifischer Fragen nicht auf.

C. Schlussfolgerungen und Regelungslücken unter dem geltenden Recht

1. Einleitende Bemerkungen

159. Aus der vorstehenden Darstellung des schweizerischen Haftungssystems wird deutlich, dass das geltende Recht eine Vielzahl der einleitend dargestellten walddtypischen Gefahren bereits erfasst und regelt.

2. Geltendes Haftungsrecht bei walddtypischen Gefahren

160. Anhand der vorstehenden Ausführungen²²³ werden nun die Haftungsgrundsätze für die verschiedenen walddtypischen Gefahren konkret skizziert. Dabei sind folgende Grundsätze in Erinnerung zu rufen:

²¹⁹ Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3055; Wiegand, Basler Kommentar, N 17 zu Art. 101 OR.

²²⁰ Wiegand, Basler Kommentar, N 53d zu Art. 328 OR.

²²¹ Wiegand, Basler Kommentar, N 55 zu Art. 328 OR.

²²² Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3053.

²²³ Vgl. RZ 11ff.

- Grundsätzlich muss der Geschädigte für den entstandenen Schaden selber einstehen:²²⁴ Jeder Waldbesucher trägt somit grundsätzlich (auch) das Risiko der walddtypischen Gefahren.
 - Für die Übertragung des Haftungsrisikos auf eine andere Person – bspw. den Wald- oder Werkeigentümer oder den Geschäftsherrn – müssen die Tatbestandsvoraussetzungen einer der vorstehenden Anspruchsgrundlagen erfüllt sein.
 - Jede Entlastung der haftenden dritten Person führt grundsätzlich zurück zur Haftung des Geschädigten, soweit diese Entlastung nicht mit einer Übertragung der Haftung auf eine andere Person oder auf den Staat verbunden wird.
161. Selbstverständlich kommt es gerade im Haftungsrecht jeweils entscheidend auf die Einzelheiten an, sodass lediglich die Grundsätze dargelegt werden können:
162. - Bei Schäden durch herabfallende Äste und umstürzende Bäume oder Bewegung von morschem Holz am Boden:
- Es steht eine Haftung aus Art. 41 OR im Vordergrund. Meist scheidet diese Anspruchsgrundlage jedoch am Verschuldensnachweis.²²⁵ Soweit dieser Schaden auf ein Unterlassen zurückzuführen ist, muss die Gegenpartei den Nachweis erbringen, dass der Schädiger eine Garantstellung inne hatte.²²⁶ Eine solche Garantstellung und eine daraus folgende Handlungspflicht kann sich dann ergeben, wenn der Waldeigentümer im Wald einen besonders gefährlichen Zustand geschaffen hat (bspw. durch unsachgemässes Zurückschneiden von Ästen oder Fällen von Bäumen, Erstellung eines Werkes in der Nähe eines Baumes; Zustimmung zu einer öffentlich ausgeschriebenen Grossveranstaltung im Wald).²²⁷

Erhebliche Probleme wird eine geschädigte Person auch im Rahmen des Nachweises des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem schädigenden Verhalten und dem bewirkten Schaden haben: Meist führen mehrere Gründe letztendlich zu einem herabfallenden Ast oder einem umstürzenden Baum.
 - Eine Haftung nach Art. 58 OR scheidet aufgrund des engen Werkbegriffs meistens aus, doch kann unter Umständen ein versetzter oder stark beschnittener Baum selber ein Werk darstellen. Ein Baum kann auch durch seine (tatsächliche und funktionale) Nähe zu einem Werk (bspw. Picknickplatz) ein Teil dieses Werkes werden (kombinierte Werke).²²⁸
 - Eine Haftung nach Art. 55 OR (Geschäftsherrenhaftung) und 101 OR (Hilfspersonenhaftung) ist grundsätzlich möglich.

²²⁴ Vgl. RZ 15.

²²⁵ Vgl. RZ 51ff.

²²⁶ Vgl. RZ 49.

²²⁷ Vgl. hierzu Ausführungen bei FN 238.

²²⁸ Vgl. RZ 71.

- Eine Haftung aus Art. 679 ZGB scheidet meistens aus, weil herabfallende Äste und umstürzende Bäume nicht eine Überschreitung des Eigentumsrechts darstellen.²²⁹ Soweit aber ein Zusammenhang zwischen der Nutzung des Grundstückes und dem herabfallenden Ast bzw. umstürzenden Baum erstellt und nachgewiesen werden kann, ist eine Haftung nach Art. 679 ZGB grundsätzlich möglich.
 - Eine vertragliche Haftung kann sich gegenüber dem vertraglich gebundenen Waldbesucher, und insbesondere auch gegenüber den Personen ergeben, die im Arbeits- oder Auftragsverhältnis im Wald Abreiten erledigen: Hinzuweisen ist aber auf die weitreichenden Möglichkeiten eines vertraglich vereinbarten Haftungsausschlusses.²³⁰
163. - Bei Schäden aus fliessendem Wasser kommen grundsätzlich dieselben vorstehenden Ausführungen zum Tragen. Besondere Beachtung finden dabei aber folgende Überlegungen:
- Soweit der Schaden aus dem fliessenden Wasser mit einem Werk zusammenhängt (bspw. kleiner Staudamm, gestautes Wasser bei einer Brücke), kann der Werkeigentümer der Haftung nach Art. 58 OR unterliegen.
 - Im Bereich der sachenrechtlichen Haftung ist auf die Pflicht des Waldeigentümers hinzuweisen, das Wasser vom obenliegenden Grundstück aufzunehmen und auf das Verbot, das Wasser zum Schaden des Nachbargrundstückes umzuleiten.²³¹
164. - Soweit sich Erdrutsche und Lawinen auf einen kranken Waldbestand zurückführen lassen, ist zu prüfen, ob der Waldeigentümer eine entsprechende öffentlichrechtliche Schutznorm verletzt hat.²³² Dabei kommen neben den kantonalen Vorschriften (Art. 27 WaG) insbesondere die Art. 22 und 23 WaG in Frage. Soweit der Waldbesitzer behördliche Anweisungen befolgt hat, kann er sich von der Haftung befreien. Dieselben Überlegungen sind bezüglich der Feuergefahr eines Waldes anzustellen.
165. - Bezüglich der sich im Wald befindlichen giftigen Pilze, Beeren und Früchte finden sich keine haftungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen, es sei denn, der Waldbesitzer hätte entsprechende Sorgfaltspflichten vertraglich übernommen.
166. - Auch bezüglich der natürlichen Gefahren wie Pilzkrankheiten, Krankheiten übertragende Insekten und Zecken sowie gefährliche und/oder kranke Tiere finden sich grundsätzlich keine Anspruchsgrundlagen im schweizerischen Zivilrecht. Dem freien Betretungsrecht des Waldes steht damit die Übernahme der im Wald lauernden natürlichen Gefahren durch den Waldbesucher gegenüber.

Etwas anderes ergibt sich nur, wenn sich aus den Umständen, aus gesetzlichen Bestimmungen oder behördlichen Anweisungen oder schliess-

²²⁹ Vgl. aber Beispiel in RZ 111.

²³⁰ Vgl. RZ 147ff.

²³¹ Vgl. RZ 112.

²³² Vgl. RZ 48.

lich aus einem Vertrag (bspw. gegenüber den Organisatoren eines Sportanlasses) entsprechende Sorgfalts- oder Informationspflichten ergeben. In diesem Fall muss der Waldeigentümer oder -besitzer die angemessenen Sorgfaltspflichten übernehmen, um die Waldbesucher oder Eigentümer benachbarter Grundstücke vor diesen Gefahren zu schützen.

Soweit ein Waldeigentümer seine Sorgfaltspflichten bei Insektenbefall (bspw. Borkenkäfer) nicht wahrnimmt und damit benachbarte Waldgebiete schädigt, kann auf der Grundlage von Art. 41 OR eine Haftung für die entstandenen Schäden in Frage kommen. Hierfür muss der Geschädigte alle Tatbestandsmerkmale nachweisen, was insbesondere beim Verschulden und der Widerrechtlichkeit (bei einem reinem Vermögensschaden das Vorliegen einer Schutznorm)²³³ schwierig sein dürfte. Für eine Haftung nach Art. 679 ZGB ist der Nachweis eines adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der überschreitenden Nutzung des Grundstückes und dem entstandenen Schaden notwendig.²³⁴ Diese Voraussetzungen könnten bspw. vorliegen, wenn ein Borkenkäfernest trotz einer Handlungspflicht nicht oder nicht richtig bekämpft wird und damit im Nachbarwald ein Borkenkäferschaden entsteht.

167. - Sobald der Waldeigentümer oder -besitzer Anlagen im Wald erstellt (Wege, Brücken, Sitzbänke, Spielplätze, Feuerstellen, Hütten, Häuser, Lagerstätten), können sich daraus haftungsrechtliche Ansprüche aus der Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) ergeben. Zu prüfen ist in diesen Fällen zudem, ob sich aus diesen Anlagen Verkehrssicherungspflichten ergeben, bei deren Verletzung allenfalls auch eine Haftung nach Art. 41 OR in Frage kommt.

Zwar erfüllen Bäume an sich nicht den Werkbegriff, da sie nicht von Menschenhand geschaffen sind. „*Wird indessen ein Baum von Menschenhand versetzt, um in ein Werk integriert zu werden, oder beschränkt sich der menschliche Eingriff auch nur auf das Zurückschneiden der Äste, so ist die Werkeigenschaft eines Baumes zu bejahen*“²³⁵. Hinzu kommt, dass sich der Werkbegriff auf die umliegenden Bäume erstrecken kann, indem das Werk (z.B. ein Grillplatz) zusammen mit den umliegenden Bäumen eine Einheit bildet.²³⁶ Der Umfang der dadurch entstehenden Sorgfaltspflicht hängt einerseits von dem zu erwartenden Publikum, aber nicht zuletzt auch davon ab, ob die Nutzung dieses Werkes gewinnorientiert ist.²³⁷ Inwieweit jedoch ein Gericht die fehlende Gewinnorientierung – welche in solchen Konstellation wohl den Regelfall darstellt – als haftungsmindernden Umstand berücksichtigen wird, ist schwer einzuschätzen, die entsprechende Rechtsprechung dürftig.

²³³ Vgl. RZ 49.

²³⁴ Vgl. RZ 109.

²³⁵ Kantonsgericht Baselland, KGE ZS vom 04. März 2008 i.S. A. A. gegen Bürgergemeinde X. (100 07 538/NOD), E. 4.1.

²³⁶ Im vorstehenden (FN 235) Entscheidung wurde diese Frage in erster Instanz bejaht, in zweiter Instanz offen gelassen (E. 4.1).

²³⁷ Vorstehender Entscheidung (FN 235), E. 4.5.

Selbst wenn diese Bäume vom Werkbegriff nicht erfasst sind, stellt sich die Frage, ob durch die Erstellung eines Werkes (bzw. durch die Erlaubnis, eine Feuerstelle einzurichten) dem Waldeigentümer oder -besitzer eine Garantenstellung zukommt,²³⁸ die ihn verpflichtet, einen möglichen Schaden abzuwenden. Eine Haftung nach Art. 41 OR kommt in diesen Fällen in Frage, wobei der Umfang der dadurch einzuhaltenden Sorgfaltspflichten (bspw. periodische Baumkontrollen) schwer einzuschätzen ist.

168. - Komplexere Rechtsfragen stellen sich bei (öffentlichen) Strassen und Wegen, die durch einen Wald führen. In diesen Fällen verteilt sich die Verantwortung auf den Werkeigentümer der Strasse (Gemeinde, Kanton oder Bund) und den Waldeigentümer: Soweit keine öffentlichrechtliche Bestimmung eine andere Haftungsverteilung vorsieht, haftet der Werkeigentümer aufgrund von Art. 58 OR²³⁹ und der Waldeigentümer aus Art. 41 OR und 679 ZGB. Dabei stellen sich diverse Rechtsfragen:

- Wer hat welche Verkehrssicherungspflichten (bspw. Wahrung des Lichtraumprofils; regelmässige Prüfung des Gefährdungspotentials durch die Bäume)?²⁴⁰
- Hat der Werkeigentümer, der Sicherungsmassnahmen zu ergreifen hat, ein Betretungs- und Kapprecht (vgl. Art. 687 ZGB)?²⁴¹
- Bestehen vertragliche Vereinbarungen, welche die entsprechenden Rechte und Pflichten regeln?

Der Werkeigentümer haftet einem geschädigten Dritten somit nach Art. 58 OR, der Waldeigentümer oder -besitzer nach Art. 41 OR und/oder Art. 679 ZGB.

Soweit der Geschädigte mit dem Werkeigentümer und/oder dem Waldeigentümer oder -besitzer vertraglich verbunden ist, können entsprechende vertragliche Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden, soweit der Schaden in einem adäquat kausalen Verhältnis zur Vertragsverletzung steht und der Entlastungsbeweis für das Verschulden misslingt.

Bei solidarischer Haftung mehrerer Schädiger geht nach Art. 51 OR die vertragliche Haftung der Verschuldenshaftung, und die Verschuldenshaftung der gesetzlichen Haftung vor.

169. - Ähnliche Grundsätze kommen auch im Rahmen von im Wald organisierten Veranstaltungen zum Tragen. Die im Einverständnis mit dem Waldeigentümer und -besitzer erfolgende intensivere Nutzung des Waldes kann zu einer erhöhten Sorgfaltspflicht führen (Garantenstellung)²⁴². Ob sich

²³⁸ Diese Frage wurde im vorstehenden (FN 235) Entscheid ebenfalls geprüft, jedoch das Verschulden verneint (E. 4.6).

²³⁹ Vgl. hierzu ausführlich Bütler/Sutter, Verkehrssicherungspflichten gegen Steinschlag auf Strassen Überlegungen mit Blick auf jüngste Ereignisse auf der Gotthard-Autobahn, ZBI 108/2007, S. 469 ff.

²⁴⁰ Die Aufteilung der Verantwortung zwischen dem Strasseneigentümer als Werkeigentümer und dem Waldeigentümer ist heute kantonal unterschiedlich geregelt: vgl. hierzu z.B. für den Kanton Bern Art. 73, 80, 83 und 84 Strassengesetz (SG; BSG 732.11); für den Kanton Zürich §§ 14 und 16-18 Strassenabstandsverordnung (StrAV, LS 700.4); für den Kanton Luzern § 86 Strassengesetz (StrG, SRL 755).

²⁴¹ Vgl. RZ 112

²⁴² Vgl. RZ 49.

daraus letztendlich eine Haftung nach Art. 41 OR ergibt, hängt davon ab, ob die übrigen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind und entsprechende Massnahmen zumutbar sind. Diese Frage sollte daher im Vertragsverhältnis zwischen den Organisatoren und dem Waldeigentümer/-besitzer einerseits, und den Teilnehmern und den Organisatoren andererseits geregelt werden, sodass für alle Beteiligten klar ist, wer welche Informations-, Sicherungs- und Unterhaltungspflichten zu übernehmen hat und welche Risiken letztendlich beim Teilnehmer dieses Anlasses verbleiben.

3. Schlussfolgerungen

a) Bestehendes Haftungssystem erfasst alle walddtypischen Haftungsfragen

170. Die dem allgemeinen Haftungsrecht inhärente Vielfalt der Anspruchsgrundlagen und die sich daraus ergebende Komplexität ist selbstverständlich keine Besonderheit des Waldhaftungsrechts. Es entspricht vielmehr dem historisch gewachsenen Haftungsrecht: Sowohl Gesetzgeber als auch die Gerichte haben auf die verschiedenen sich in der Praxis zeigenden Konstellationen reagiert und die Voraussetzungen für eine Übertragung des Haftungsrisikos auf eine dritte Person entweder ermöglicht oder eingeschränkt.
171. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass das heutige Haftungssystem alle aufgeworfenen Fragestellungen erfassen kann. Es bleiben aber verschiedene, dem Haftungsrecht meist immanente Fragen, wie man den Anforderungen des Einzelfalls am besten gerecht werden kann.

b) Rechtsunsicherheit durch offene Rechtsfragen

172. Aus der vorstehenden Analyse wurde deutlich, dass die Anwendung der bestehenden Haftungsnormen in gewissen Fällen zu Rechtsunsicherheiten führen kann. Rechtsunsicherheit schafft nicht nur ein schwer kalkulierbares Prozessrisiko für alle involvierten Parteien und überträgt damit die Kosten der Güterabwägung letztendlich auf die streitenden Parteien. Das noch grössere Problem liegt darin, dass das Haftungsrisiko auch das Verhalten der potentiell haftpflichtigen Personen beeinflusst: Eine strenge Haftung des Waldbesitzers lässt seine Neigung schwinden, sein Handeln auf die Zielsetzung einer nachhaltigen Waldbewirtschaftung im Sinne des Programms Waldpolitik 2020 auszurichten.

c) Regelungsoptionen

173. Es wird sicherlich die erste grundsätzliche politikstrategische Frage sein, ob und unter welchen Voraussetzungen eine **Haftungsverschärfung oder eine Haftungserleichterung** für den Waldeigentümer oder –besitzer festgeschrieben werden soll und wie dieses politische Ziel in der Vielfalt der vorstehenden Anspruchsgrundlagen verwirklicht werden soll.
174. Des Weiteren muss ein Grundsatzentscheid gefällt werden, ob für alle walddspezifischen Haftungsfragen eine **selbständige Haftungsnorm** ge-

schaffen werden soll, wie dies bspw. im Bereich der Motorfahrzeughaftung, der Haftung für Schäden aus der Kernenergie oder dem Rohrleitungsbau als Option gewählt wurde.

175. Ansatzpunkte für eine entsprechende Regelung zur Haftung für walddtypische Risiken können sein:
- Gesetzliche Vermutungen (bspw. Vermutung der Erfüllung aller Verkehrssicherungspflichten, sodass das Gegenteil bewiesen werden muss);
 - Umschreibung der Verkehrssicherungspflichten;
 - Beschränkungen bezüglich der Haftungshöhe;
 - Übertragung des Haftungsrisikos auf den Staat;
 - Ausschluss gewisser Anspruchsgrundlagen für walddtypische Risiken.
176. Eine konkrete Ausformulierung des Reformbedarfs kann erst nach einer Untersuchung der haftungsrechtlichen Relevanz der „Waldpolitik 2020“ erfolgen.

IV. Zielsetzungen und Handlungsbedarf der „Waldpolitik 2020“

177. Im Mittelpunkt der Waldpolitik 2020 steht die nachhaltige Waldbewirtschaftung.²⁴³ Diese Nachhaltigkeit soll anhand von sozialen, ökologischen und ökonomischen Zielen optimiert werden:
178. Mit der Vision 2030 strebt der Bundesrat die Wahrung der zentralen Funktionen des Waldes an: Gestaltung der Landschaft, Schutz von natürlichen Ressourcen (Holz und andere Waldprodukte), Wahrung der Artenvielfalt und Lebensräume, Schutz vor Naturgefahren sowie Wahrung des Freizeit- und Erholungsraums.²⁴⁴ Die Waldpolitik wird als Verbundaufgabe gesehen, in der Bund, Kantone sowie andere öffentliche und private Waldeigentümer zusammenarbeiten. Es wird auch darauf hingewiesen, dass eine erfolgreiche Waldpolitik durch eine internationale Koordination gestärkt werden kann.
179. Die für die Haftungsfrage relevanten Ziele der Waldpolitik 2020 können folgendermassen zusammengefasst werden:

A. Ziel 4.1: Nachhaltig nutzbares Holznutzungspotential wird ausgeschöpft

180. In der Umschreibung dieses Ziels wird auf die Notwendigkeit eines weiteren Ausbaus der Erschliessung des Waldes auch ausserhalb des Schutzwaldes und deren Anpassung an die Entwicklungen in der Technik hingewiesen.
181. Soweit mit diesen Massnahmen eine Minderung des Risikos der Holzbewirtschaftung erreicht werden kann, ist zu prüfen,

²⁴³ Waldpolitik, S. 3/21.

²⁴⁴ Waldpolitik, S. 3/21f.

- ob und in welchem Umfang die Erstellung der entsprechenden Bauten bzw. der Erlass der gesetzlichen technischen Vorgaben Auswirkungen auf die Haftung des Staates haben;
- ob und inwieweit die Nichtanpassung der Erschliessung oder die fehlende Anpassung an den Stand der Technik durch den Waldeigentümer ein vorwerfbares Verhalten darstellen kann.

B. Ziele 4.2 bis 4.5, 4.7 bis 4.9: Diverse Massnahmen zur Verbesserung der Waldqualität

182. Die Ziele 4.2 bis 4.5 sind darauf ausgerichtet, die langfristige gesunde Entwicklung des Waldes sicherzustellen.
183. Für die zukünftige Waldpolitik besonders hervorzuheben ist das Ziel 4.4: Zur Erhaltung und Verbesserung der Biodiversität sind eine naturnahe Waldbewirtschaftung und weitere Schutz- und Aufwertungsmassnahmen (Ausscheidung von Schutzflächen, Aufwertung prioritärer Lebensräume, mehr Alt- und Totholz) notwendig.²⁴⁵ Hier stellen sich besondere Probleme bei der Suche nach einem tragbaren Ausgleich der eingangs erwähnten Zielkonflikte.
184. Die verschiedenen Massnahmen zur Verbesserung der Waldqualität sollen die langfristigen Folgen des Klimawandels auf den Wald antizipieren und es sollen Massnahmen ergriffen werden, um den Wald schneller an die sich ändernden Umweltbedingungen anzupassen.²⁴⁶ Dabei steht die Sicherung der Schutzwälder im Vordergrund, als kostengünstige Lösung für die Sicherung von Siedlungen und Verkehrswegen.²⁴⁷ Im Rahmen der Erhaltung der Waldfläche wird auf die Entwicklung hingewiesen, dass die Siedlungszonen zunehmend an den Wald grenzen und diesen bedrängen, während insbesondere in den Berggebieten der Wald durch die Aufgabe von landwirtschaftlicher Bewirtschaftung wächst²⁴⁸
185. Für die vorliegenden Zwecke von Bedeutung ist der Vorschlag, statische Waldgrenzen auch ausserhalb von Bauzonen zu ermöglichen und so in der Richt- und Nutzungsplanung Offenland-Zonen auszuweisen. In diesen Zonen könnte es vermehrt zu Situationen kommen, in denen die (bereits divergierenden) Waldinteressen mit anderen Interessen in Einklang zu bringen sind. Dies wird auch die Prüfung der haftungsrechtlichen Voraussetzungen erschweren.
186. Mit Ziel 4.7 werden Massnahmen zur Verbesserung der Waldböden, des Trinkwassers und der Vitalität der Bäume angekündigt. Der staatliche Handlungsspielraum werde durch internationales Recht und durch die Interdependenz zu anderen Sektoren (wie Landwirtschaft) eingeschränkt.²⁴⁹ Auch

²⁴⁵ Waldpolitik 2020, S. 8, Ziel 4.4.

²⁴⁶ Waldpolitik 2020, S. 6, Ziel 4.2.

²⁴⁷ Waldpolitik 2020, S. 7, Ziel 4.3.

²⁴⁸ Waldpolitik 2020, S. 9, Ziel 4.5.

²⁴⁹ Waldpolitik 2020, S. 11, Ziel 4.7.

wenn keine eigenständigen gesetzlichen Massnahmen angekündigt werden, so sind tendenziell neue zwingende staatliche Vorschriften (allenfalls aus anderen Sektoren) für die Waldbewirtschaftung zu erwarten. Ähnliches gilt auch für die Ziele 4.8 und 4.9: Zum Schutz des Waldes vor Schadorganismen²⁵⁰ und zur Erhaltung des Gleichgewichts von Wald und Wild²⁵¹ werden staatliche Bewirtschaftungsvorschriften ins Auge gefasst: Es handelt sich voraussichtlich um Massnahmen für die Prävention, Bekämpfung von Schadensorganismen bzw. zur Regulierung von Wald und Wild. Davon zu unterscheiden sind die eigentlichen Bewirtschaftungsvorschriften wie z.B. naturnaher Waldbau.

187. Aus diesem Zielen ergibt sich kein Handlungsbedarf.

C. Ziel 4.6: Verbesserung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Waldwirtschaft

188. Mit der „Inwertsetzung“ von Waldleistungen der Forstbetriebe sollen deren Leistungen für den Wald (als Erholungsraum, für die Trinkwasserversorgung, CO₂-Senkungsleistungen) stärker abgegolten werden.²⁵² Dies wirft die Frage auf, ob damit auch ein verstärkter staatlicher Einfluss auf die Art der Waldbewirtschaftung ausgelöst und mit welchen Massnahmen (Lenkung durch Subventionen; zwingende Vorschriften für die Waldbewirtschaftung) dies erreicht werden soll.

189. Angestrebt werden eigentumsübergreifende Strukturen zur Verbesserung der Leistungsfähigkeit.²⁵³ In diesem Zusammenhang zu prüfen ist die Frage, ob und in welchem Umfang die haftungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen genügen, um in einem Schadensfall das Haftungssubjekt bzw. die Haftungssubjekte zu bestimmen.

D. Ziel 4.10: Schonende Nutzung des Waldes als Freizeit- und Erholungsraum

190. Da die zu beobachtende verstärkte Nutzung des Waldes als Freizeit- und Erholungsraum zu Zielkonflikten mit anderen vorstehenden Zielsetzungen führt, muss ein ausgewogenes Gleichgewicht gefunden werden, um eine schonende Nutzung des Waldes zu gewährleisten.²⁵⁴ Aufgrund des freien Zugangsrechts zum Wald können diese Zielkonflikte dazu führen, dass das Gefährdungspotential des Waldes für die Waldnutzer steigt. Das vorliegende Gutachten dient der Abklärung dieser Frage.

²⁵⁰ Waldpolitik 2020, S. 12, Ziel 4.8.

²⁵¹ Waldpolitik 2020, S. 13, Ziel 4.9.

²⁵² Waldpolitik 2020, S. 10, Ziel 4.6.

²⁵³ Waldpolitik 2020, S. 10, Ziel 4.6.

²⁵⁴ Waldpolitik 2020, S. 14, Ziel 4.10.

E. Ziel 4.11: Stärkung der Bildung, Forschung und des Wissenstransfer

191. Der Bund strebt zur Stärkung der Bildung, der Forschung und des Wissenstransfers²⁵⁵ eine verstärkte Zentralisierung und Verbesserung der Ausbildung, auch im Rahmen der Fort- und Weiterbildung, und die Sicherstellung der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes für Waldarbeiter an. Diese Massnahmen haben soweit ersichtlich keinen Einfluss auf die Haftungsfrage; ausser dass die Akteure über die Haftungsfrage ebenfalls geschult werden sollten.

F. Ziel 4.12: Übrige strategische Stossrichtungen

192. Bei den übrigen strategischen Stossrichtungen (Waldbeobachtung; Förderung der überbetrieblichen Waldplanung und Aufbau sektorale Partnerschaften; internationaler Aktivitäten; Information und Dialog)²⁵⁶ können für die vorliegende Fragestellung die überbetrieblichen Waldplanungen und die sektoralen Partnerschaften von Bedeutung sein. Wenn diese den Handlungsspielraum der Waldeigentümer und Waldbewirtschafter einengen, ist zu prüfen, in welchem Umfang solche Partnerschaften und Kooperationsübereinkommen die Haftungsfrage aufgreifen und regeln sollten.

G. Zusammenfassender Überblick über die haftungsrelevanten Änderungen

193. Aus haftungsrechtlicher Sicht halten sich die Neuerungen durch die Waldpolitik 2020 in Grenzen. Im Kern geht es durchgehend darum, dass im Rahmen der Austarierung der Zielkonflikte verstärkt mit staatlichen Eingriffen in die Waldbewirtschaftung zu rechnen ist. Diese staatlichen Eingriffe bilden eine Reaktion auf eine erwartete verstärkte Gefährdung des Waldes, aber auch auf das wachsende Gefährdungspotential, das vom Wald ausgeht.
194. Diese staatlichen Eingriffe werden sich voraussichtlich auf indirekte Massnahmen beschränken, so insbesondere auf Lenkungs- und Förderungsmassnahmen. Direkte staatliche Vorgaben sind jedoch bspw. im Rahmen der Schädlingsbekämpfung möglich. Der genaue Massnahmenkatalog ist aber noch nicht entscheidungsreif.
195. Die angestrebte Intensivierung der Zusammenarbeit der Waldeigentümer kann in haftungsrechtlicher Hinsicht über die bewährten Instrumente der Voraussetzungen einer solidarischen Haftung gelöst werden.
196. In diesem Sinne ist die aufgeworfene und hier untersuchte Frage der haftungsrechtlichen Folgen der Waldpolitik 2020 auch bereits heute aktuell: Es verschiebt sich durch die Waldpolitik 2020 lediglich der Parameter, wel-

²⁵⁵ Waldpolitik 2020, S. 15, Ziel 4.11.

²⁵⁶ Waldpolitik 2020, S. 16, Ziel 4.12.

chen Einfluss staatliche Massnahmen auf die zivilrechtliche Haftung haben kann.

V. Handlungsbedarf für eine Neuordnung des walddrelevanten Haftungsrechts

197. Damit stellt sich die Frage, ob das geltende Haftungssystem den Anforderungen der „Waldpolitik 2020“ gerecht werden kann.

A. Regelungsmöglichkeiten in rechtsvergleichender Hinsicht

198. Es wurde einleitend bereits auf die zwei Sondernormen im deutschen und im österreichischen Recht verwiesen.²⁵⁷ Während die deutsche Norm seit der Revision von 2010 den Grundsatz festgeschrieben hat, dass die Benutzung des Waldes auf eigene Gefahr geschieht und dies besonders für walddtypische Gefahren gelte, verweist die österreichische Regel ebenfalls auf die Selbstverantwortung der Waldbenutzer, regelt dann aber ausführlich die Pflichten des „Waldeigentümers und dessen Leuten“ und hält fest, dass keine Pflicht zur Abwendung einer Gefahr von Schäden besteht, soweit es nicht um die Pflege von Forststrassen und der Allgemeinheit gewidmeten Wegen geht. Bei Personenschäden wird eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit festgeschrieben.
199. Während somit mit der Revision des deutschen Rechts die Normierung der geltenden Rechtslage angestrebt wurde,²⁵⁸ ist die österreichische Regelung erkennbar auf eine Haftungserleichterung bzw. Haftungsbefreiung des Waldeigentümers ausgerichtet. Dänemark hat sich für eine sehr weitgehende Privilegierung des Waldeigentümers entschlossen.

B. Drei Problemschwerpunkte

200. In der Schweiz sind drei Rechtsfragen aufgrund der sehr spärlichen Rechtsprechung und Lehre weitgehend ungeklärt:
- Zum einen ist unklar, welche Sorgfaltspflichten der Waldeigentümer oder -besitzer erfüllen muss. Diese Sorgfaltspflichten könnten grundsätzlich gesetzlich festgelegt und es könnte klargestellt werden, dass eine Verletzung dieser Sorgfaltspflichten eine Schadenersatzpflicht gegenüber den Waldbesuchern auslösen kann. Dabei wäre zu prüfen, ob grundsätzlich eine Haftungsbefreiung des Waldbesitzers festgehalten werden sollte, während für bestimmte ausgewiesene Zonen – insb. Zonen, in denen ein erhöhter Publikumsverkehr zu erwarten ist – eine Verletzung der umschriebenen Sorgfaltspflichten zu einer Schadenersatzpflicht führen würde.

²⁵⁷ Vgl. RZ 27.

²⁵⁸ Vgl. den erläuternden Bericht des deutschen Bundestages vom 24.03.2010 (Drucksache 17/1220) zur Änderung des Waldgesetzes, RZ 2.

Mit einer solchen Sondernorm könnten die Abgrenzungsprobleme zwischen der Haftung nach Art. 41 und 58 OR sowie Art. 679 ZGB vermieden werden. Ob für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten auf das einschlägige Bundesrecht und die kantonalen Bestimmungen verwiesen werden kann, wäre in diesem Fall noch gesondert zu prüfen.²⁵⁹

- In ähnlicher Weise ist der bestimmungsgemässe Gebrauch²⁶⁰ im Rahmen der Werkeigentümerhaftung sehr unbestimmt. Es könnte bspw. geprüft werden, ob dem Waldbesitzer zusätzliche Möglichkeiten zur rechtsverbindlichen Steuerung des Verhaltens von Waldbesuchern eingeräumt werden sollte.²⁶¹
- In den einzelnen Anspruchsgrundlagen nur indirekt enthalten ist die Frage, ob und in welchem Umfang sich der Waldeigentümer und -besitzer von der Haftung befreien kann, wenn sich sein Handeln oder Unterlassen auf eine staatliche Intervention zurückführen lässt. Diese Haftungsbefreiung tritt *de lege lata* ein, wenn das Handeln oder Unterlassen gesetzlich vorgeschrieben ist und kein rechtmässiges Alternativhandeln möglich ist. Rechtsunsicherheit besteht dann, wenn sich aus dem Gesetz oder aus den staatlichen Anweisungen nur allgemeine Verhaltensweisen ableiten lassen und die konkreten Umsetzungsmassnahmen dem Waldeigentümer bzw. -besitzer obliegen.

Es ist daher zu prüfen, ob eine Haftungsbefreiung gesetzlich festgelegt werden soll, wenn der Schadenseintritt dadurch begünstigt oder überhaupt ermöglicht wurde, dass der Waldeigentümer oder -besitzer staatlich festgelegte Waldbewirtschaftungsgrundsätze einhielt: Dabei ist zu unterscheiden zwischen gesetzlichen Vorgaben und vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Kanton und den privaten Waldeigentümern bspw. über Altholzinseln, Waldreservate u.ä.m., die dann über finanzielle Beiträge abgegolten werden.

In diesem Zusammenhang ist aber zu beachten, dass eine solche Haftungsbefreiung der Waldeigentümer letztendlich das Haftungsrisiko auf den Geschädigten zurücküberträgt, womit bei solchen Regelungen zu prüfen ist, ob dies durch eine diese Haftungsbefreiung ausfüllende Staatshaftung verhindert werden soll.

C. Fünf Regelungsansätze und ihre Folgen

1. Kein Eingriff in das Haftungssystem

201. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass mit dem gegenwärtigen System des schweizerischen Haftungsrechts alle walddtypischen Haftungsfragen grundsätzlich einer angemessenen Lösung zugeführt werden können. Die Analyse hat aber auch gezeigt, dass die vorstehenden drei

²⁵⁹ Vgl. RZ 211ff.

²⁶⁰ Vgl. RZ 69ff.

²⁶¹ Vgl. RZ 211ff.

zentralen Fragen in der Rechtsprechung weitgehend ungeklärt geblieben sind.

202. Dies zeigt den Nachteil dieses Ansatzes: Erfahrene Experten berichten von zahlreichen Auseinandersetzungen zwischen Waldbesitzern, zwischen Waldbesitzern und dem Staat sowie zwischen Waldbesitzern und Dritten. Aus der Tatsache, dass diese Fälle nicht vor Gericht geklärt wurden, kann nicht zwingend geschlossen werden, dass sie einer einvernehmlichen Lösung zugeführt werden konnten. Im Gegenteil ist anzunehmen, dass eine oder beide Parteien die offenen Rechtsfragen als ein zu grosses Prozessrisiko angesehen haben und daher die anspruchsberechtigte Partei auf die gerichtliche Durchsetzung ihrer Ansprüche verzichtet hat.
203. Es ist letztendlich eine rechtspolitische Frage, ob dieser Zustand so aufrecht erhalten werden soll. Ohne gesetzliche Klärung scheint eine Überwindung dieses unbefriedigenden Zustandes aber kaum möglich.
204. Die Vor- und Nachteile einer solchen Regelung können folgendermassen zusammengefasst werden:
 - Vorteile:
 - Keine gesetzgeberische Massnahmen notwendig;
 - keine Änderung der Rechtslage;
 - Einzelfallbezogene, dynamische Rechtsentwicklung.
 - Nachteile:
 - Die drei zentralen Rechtsunsicherheiten²⁶² verbleiben;
 - Hohe Rechtsschutzhürde.

2. Ausschluss der Haftung für walddtypische Gefahren

205. Ein sanfter Eingriff in das bestehende Haftungssystem könnte in der Festlegung des Grundsatzes liegen, dass der Walddnutzer für die walddtypischen Gefahren selber haftet. Dies würde den haftungsrechtlichen Grundsatz *damnum sentit dominus*²⁶³ positivrechtlich festhalten, allerdings mit der Einschränkung, dass dieser nur für die walddtypischen Gefahren Anwendung findet.
206. Der Begriff der walddtypischen Gefahr könnte dann der Rechtsprechung überlassen werden. Einige Aspekte dieser walddtypischen Gefahren wurden in den einleitenden Bemerkungen bereits dargelegt.²⁶⁴ Die Gerichte müssten somit einen Ausgleich zwischen den Sorgfaltspflichten der Walddbesitzer und den Verhaltenspflichten des Walddnutzers finden: Der Vorteil würde darin liegen, dass die Gerichte diesen Ausgleich jeweils im Lichte der konkreten

²⁶² Vgl. RZ 200.

²⁶³ Vgl. RZ 15.

²⁶⁴ Vgl. RZ 11ff.

Umstände finden müssten, womit die vielgestaltigen Ausgangslagen und Einflussfaktoren²⁶⁵ jeweils berücksichtigt werden könnten.

207. Der Ausschluss der Haftung für walddtypische Gefahren bildet ein Gegenstück zum freien Betretungsrecht des Waldes nach Art. 699 ZGB.²⁶⁶ Wenn Waldbesitzer dazu verpflichtet werden, ihre Wälder der Bevölkerung zur (fast) freien Nutzung zu überlassen, sollen sie hierfür nicht haften. Demgemäss wäre wohl Art. 699 ZGB auch der richtige Ort, den Ausschluss der Haftung für walddtypische Gefahren positivrechtlich festzuhalten.²⁶⁷
208. So könnte man in Art. 699 ZGB einen neuen Absatz mit folgendem Wortlaut einfügen:

Art. 699 ZGB

¹Das Betreten von Wald und Weide und die Aneignung wildwachsender Beeren, Pilze u. dgl. sind in ortsüblichem Umfange jedermann gestattet, soweit nicht im Interesse der Kulturen seitens der zuständigen Behörde einzelne bestimmte umgrenzte Verbote erlassen werden.

^{1bis}Das Betreten des Waldes geschieht auf eigene Verantwortung, eine Haftung des Waldeigentümers für walddtypische Gefahren ist ausgeschlossen.

²Über das Betreten fremden Eigentums zur Ausübung von Jagd und Fischerei kann das kantonale Recht nähere Vorschriften aufstellen.

209. Eine weitere Frage, die Lehre und Rechtsprechung überlassen werden müsste wäre das Verhältnis dieser Bestimmung zu den anderen Haftungsgrundlagen. Der vorgeschlagene Absatz setzt hier m.E. klare Grenzen: Zum einen ist auf die systematische Einbindung in Art. 699 ZGB zu verweisen, sodass es hier lediglich um das Gegenstück zum freien Betretungsrecht des Waldes geht: Dies wird verstärkt durch die Einleitung „Das Betreten des Waldes ...“. Damit wird noch einmal herausgestrichen, dass es nur um das allgemeine Betretungsrecht geht, nicht aber um besondere Nutzungen des Waldes wie bspw. zu kommerziellen Zwecken (bspw. Holzschlag). Klargestellt wird auch, dass es nur um die walddtypischen Gefahren geht.
210. Die Vor- und Nachteile einer solchen Regelung können folgendermassen zusammengefasst werden:
- Vorteile:
 - keine grundlegende Änderung der Rechtslage, aber Stärkung der Rechtsstellung der Waldeigentümer und -besitzer;
 - Systemimmanenter Lösungsansatz;
 - Einzelfallbezogene, dynamische Rechtsentwicklung.
 - Nachteile:
 - Keine grundlegende Lösung der zentralen Rechtsunsicherheiten²⁶⁸;
 - Immer noch relativ hohe Rechtsschutzhürde.

²⁶⁵ Vgl. hierzu bei RZ 8.

²⁶⁶ Vgl. RZ 5.

²⁶⁷ Dies würde auch der in Deutschland eingeführten Lösung entsprechen, vgl. RZ 27.

²⁶⁸ Vgl. RZ 200.

3. Enumerative Festlegung der wichtigsten walddtypischen Sorgfalts- und Verhaltenspflichten und der walddtypischen Gefahren

211. Eine weitere indirekte Möglichkeit der Steuerung der Haftungsvoraussetzungen und des –umfangs besteht darin, die walddtypischen Sorgfaltspflichten der Waldbesitzer und/oder Verhaltenspflichten der Walddnutzer in einer enumerativen Aufzählung zu konkretisieren. Wie vorstehend dargelegt,²⁶⁹ besteht das Hauptproblem des gegenwärtigen Haftungssystems in der Rechtsunsicherheit der Verteilung dieser Pflichten.
212. Selbstverständlich könnte dieser Ansatz ergänzt werden durch den vorstehenden Ansatz der positivrechtlichen Festschreibung des Ausschlusses der Haftung für walddtypische Gefahren.²⁷⁰ Diese walddtypischen Gefahren könnten zwar ebenfalls in einer enumerativen Aufzählung konkretisiert werden; möglich wäre aber auch, dies der Rechtsprechung zu überlassen, die sich dabei von der Zusammenschau der Auflistung der walddtypischen Sorgfalts- und Verhaltenspflichten leiten lassen könnten.
213. Einen angemessenen Ort für eine solche Konkretisierung der Pflichten des Waldeigentümers bzw. -besitzers und Walddnutzers bildet das Waldgesetz oder die Waldverordnung. Der Vorteil der Regelung im Waldgesetz liegt darin, dass diese Pflichten rechtlich besser legitimiert, für die Betroffenen leichter aufzufinden und notwendigerweise auf die zentralen Aspekte fokussiert geregelt werden. Der Vorteil (und Nachteil) einer Regelung auf Verordnungsebene liegt darin, dass eine Anpassung dieser Rechte gesetzgebungstechnisch leichter möglich sein wird.
214. Im Waldgesetz könnten die Sorgfaltspflichten des Waldbesitzers im 4. Kapitel²⁷¹, 2. Abschnitt²⁷² WaG aufgelistet werden. Die Verhaltenspflichten der Walddbenutzer und die walddtypischen Gefahren könnten – analog zu Art. 699 ZGB – Eingang in das 2. Kapitel²⁷³, 3. Abschnitt²⁷⁴ WaG finden.
215. Bei der Auflistung der Sorgfaltspflichten des Waldeigentümers oder -besitzers könnte folgende Struktur massgebend sein:
- Festhalten des Grundsatzes, dass der Waldbesitzer für die walddtypischen Gefahren keine Vorkehrungen treffen muss;
 - Aufzählung der Situationen, in denen der Waldbesitzer spezielle Sorgfaltspflichten einzuhalten hat, wie bspw.
 - bei Strassen und der Öffentlichkeit zugänglichen befahrenen Wegen entlang der ersten Baumlinie;
 - bei Freizeiteinrichtungen wie Feuer- und Picknickstellen, Sportanlagen und Aussichtspunkten, entlang der ersten Baumlinie;

²⁶⁹ Vgl. RZ 200.

²⁷⁰ Vgl. RZ 205ff.

²⁷¹ Art. 20 bis 28 WaG: „Pfleger und Nutzung des Waldes“.

²⁷² Art. 26 bis 28 WaG: „Verhütung und Behebung von Waldschäden“.

²⁷³ Art. 4 bis 18 WaG: „Schutz des Waldes vor Eingriffen“.

²⁷⁴ Art. 14 bis 18 WaG: „Betreten und Befahren des Waldes“.

- im Rahmen von bewilligten Fest- und Sportaktivitäten, entlang der ersten Baumlinie;
 - im Rahmen der Einhaltung der Vorgaben der öffentlichen Hand (Gesetze, Ausscheidungen von Waldzonen; Verträge mit öffentlicher Hand, Empfehlungen, etc.).
- Ev. Klarstellung, dass nach öffentlichen Wetterwarnungen keine besonderen Massnahmen notwendig sind.
216. Bei der Auflistung der Verhaltenspflichten der Waldnutzer könnte folgende Struktur massgebend sein:
- Festhalten des Grundsatzes, dass das Betreten des Waldes auf eigene Gefahr geschieht und für walddtypische Gefahren nicht gehaftet wird;
 - Aufzählung der Situationen, in denen dem Waldnutzer besondere Verhaltenspflichten auferlegt werden, so bspw.:
 - Beachtung der Wetterwarnungen und Verhaltensanweisungen des Waldbesitzers, die sich aber auf eine konkrete Gefahr beziehen müssen;
 - Beachtung der Topographie, des Wetters und des allgemeinen Zustandes des Waldes (bspw. viel Totholz, umgestürzte Bäume, Bewegungen von morschem Holz am Boden) (dies könnte dann im Rahmen des Selbstverschuldens des Geschädigten berücksichtigt werden);
 - Besondere Vorsicht bei Nutzung von Fahrzeugen und anderen Hilfsmitteln zur schnelleren Fortbewegung im Wald;
 - Erhöhte Vorsicht bei Verlassen markierter Wege.
217. Bei der Auflistung der walddtypischen Gefahren wäre einleitend festzuhalten, dass das Betreten des Waldes auf eigene Gefahr geschieht und für walddtypische Gefahren nicht gehaftet wird. Im Anschluss daran würde eine Positiv- oder Negativliste folgen, auch eine Kombination dieser zwei Listen wäre denkbar.
218. Die Vor- und Nachteile einer solchen Regelung können folgendermassen zusammengefasst werden:
- Vorteile:
 - keine grundlegende Änderung der Rechtslage, aber Stärkung der Rechtsstellung der Waldbesitzer;
 - Indirekte Steuerung der Haftungszuweisung über alle Anspruchsgrundlagen hinweg;
 - Systemimmanenter Lösungsansatz;
 - Bessere Einschätzung des Prozessrisikos möglich, da zentrale Rechtsunsicherheiten²⁷⁵ besser eingeschätzt werden können.
 - Nachteile:
 - Umfangreiche Gesetzgebungsaktivitäten notwendig;
 - Gefahr der Verwässerung der Pflichten im politischen Prozess;

²⁷⁵ Vgl. RZ 200.

- Verlust der einzelfallbezogenen dynamischen Weiterentwicklung des Rechts.

4. Selbstständige Haftungsnorm für walddtypische Gefahren

219. Grundsätzlich wäre auch die Einführung einer selbständigen Haftungsnorm möglich, die wohl systematisch am besten Eingang in das Waldgesetz finden würde.
220. In der Konkretisierung einer solchen selbständigen Haftungsnorm müsste man sich wohl an der umfassenden österreichischen Regulierung orientieren.²⁷⁶
221. Eine solche umfassende Regelung würde sich aber schlecht in die schweizerische gesetzgeberische Tradition einfügen und erscheint angesichts der in diesem Gutachten aufgezeigten Problemschwerpunkte²⁷⁷ auch als unnötig.
222. Die Vor- und Nachteile einer solchen Regelung können folgendermassen zusammengefasst werden:
- Vorteile:
 - keine grundlegende Änderung der Rechtslage, aber Stärkung der Rechtsstellung der Waldbesitzer;
 - Direkte Steuerung der Haftungszuweisung;
 - Systemimmanenter Lösungsansatz;
 - Bessere Einschätzung des Prozessrisikos möglich, da zentrale Rechtsunsicherheiten²⁷⁸ besser eingeschätzt werden können.
 - Nachteile:
 - Umfangreiche Gesetzgebungsaktivitäten notwendig;
 - Gefahr der Verwässerung der Pflichten im politischen Prozess;
 - Abgrenzungsprobleme zu anderen haftungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen;
 - Verlust der einzelfallbezogenen dynamischen Weiterentwicklung des Rechts.

5. Subsidiäre Staathaftung bei walddregulierenden Eingriffen

223. Im Rahmen der „Waldpolitik 2020“ wird der Staat wie aufgezeigt²⁷⁹ eine aktivere Rolle übernehmen und versuchen, einen stärkeren Einfluss auf die Bewirtschaftung der Wälder wahrzunehmen. Wie dargelegt setzt der Staat dabei vor allem auf marktwirtschaftliche Ansätze wie Lenkungsabgaben und

²⁷⁶ Vgl. RZ 27.

²⁷⁷ Vgl. RZ 200.

²⁷⁸ Vgl. RZ 200.

²⁷⁹ Vgl. RZ 177ff.

Abgeltungszahlungen für die Einhaltung gewisser Bewirtschaftungsgrundsätze.²⁸⁰

224. Ein Waldbesitzer wird sich im Rahmen eines Haftungsprozesses mit dem Hinweis auf die Einhaltung von staatlichen Vorgaben meist von der Haftung befreien können.²⁸¹ Da der Staat aber weder für die Folgen seiner Gesetze noch für das rechtmässige Handeln von Privaten haftet,²⁸² muss letztendlich der Geschädigte (bzw. seine Versicherung) für seinen eigenen Schaden aufkommen.
225. Es ist aber zu bezweifeln, ob in diesen Fällen eine Rückübertragung der Haftung auf die Geschädigten sinnvoll und angemessen ist. Der Waldnutzer hat in der Regel von diesen staatlichen Vorgaben, welche sein eigenes Verletzungsrisiko erhöhen, keine Kenntnis und kann diese erhöhte Gefahr im Wald nur in Ausnahmefällen richtig einschätzen. Es wäre daher angemessen, dass die staatliche Entlastung des Waldbesitzers nicht auf Kosten des Waldnutzers geschieht.
226. Es ist zu prüfen, ob die Haftungsentlastung für die Waldbesitzer bei Einhaltung zwingender und nicht zwingender Vorgaben für die Waldbewirtschaftung positivrechtlich festgeschrieben werden sollte, was zwar keine Änderung der Rechtslage, aber eine Klarstellung darstellen würde.
227. Diese Haftungsentlastung könnte dann durch eine subsidiäre staatliche Haftung für diejenigen Fällen ergänzt werden, in denen sich ein Waldbesitzer mit Verweis auf einen staatlichen walddregulierenden Eingriff von der Haftung befreien konnte.
228. Die Regelung könnte im Waldgesetz im 4. Kapitel²⁸³, 2. Abschnitt²⁸⁴ eingeführt werden.
229. Die Vor- und Nachteile einer solchen Regelung können folgendermassen zusammengefasst werden:
 - Vorteile:
 - Förderung der Einhaltung der staatlichen Vorgaben durch Waldbesitzer;
 - Zuweisung des Haftungsrisikos auf den Staat als gefahrenschaffende Stelle;
 - Systemimmanenter Lösungsansatz;
 - Nachteile:
 - Erhöhtes staatliches Haftungsrisiko.

²⁸⁰ Vgl. RZ 194.

²⁸¹ Vgl. RZ 31.

²⁸² Vgl. RZ 125ff.

²⁸³ Art. 20 bis 28 WaG: „Pflege und Nutzung des Waldes“.

²⁸⁴ Art. 26 bis 28 WaG: „Verhütung und Behebung von Waldschäden“.

D. Beantwortung der aufgeworfenen zwei Fragen

230. Zusammenfassend kann somit auf die gestellten Fragestellungen folgendermassen geantwortet werden:

231. Frage 1: „Wie ist eine allfällige Haftung zu beurteilen, falls Personen (Erholungssuchende, Teilnehmende an Veranstaltungen, Angestellte des eigenen Forstbetriebs oder eines beauftragten Forstunternehmens etc.) im Wald in verschiedenen Konstellationen [...], insbesondere durch herabfallendes/umstürzendes Alt-/Totholz, zu Schaden kommen?“

Antwort: In der vorliegenden Untersuchung wurden die verschiedenen walddtypischen Risiken aufgezeigt und die Lösungsansätze unter dem geltenden Recht in RZ 160ff. aufgezeigt.

232. Frage 2: „Wäre eine Regelung bezüglich einer Haftung bei walddtypischen Gefahren (umstürzende Bäume, abbrechende Äste, Bewegungen von morschem Holz am Boden, etc.) bzw. eine Regelung des Betretens des Waldes "auf eigene Gefahr" zielführend? Falls ja, wie könnten solche Bestimmungen lauten und wo könnten sie verankert werden?“

Antwort: Mit einer solchen Regelung kann in das bestehende Gleichgewicht der Risikoverteilung zwischen den Waldeigentümern und –besitzern eingegriffen werden. Grundsätzlich sind fünf Lösungsansätze möglich:²⁸⁵

- **Ansatz 1**: Kein Eingriff in das Haftungssystem;
- **Ansatz 2**: Ausschluss der Haftung für walddtypische Gefahren in Art. 699 ZGB;
- **Ansatz 3**: Enumerative Festlegung der wichtigsten walddtypischen Sorgfalts- und Verhaltenspflichten und der walddtypischen Gefahren im WaG;
- **Ansatz 4**: Selbstständige Haftungsnorm für walddtypische Gefahren im WaG;
- **Ansatz 5**: Subsidiäre Staathaftung bei walddregulierenden Eingriffen im WaG.

233. Ansatz 2, 3 und 5 sowie 3, 4 und 5 können jeweils miteinander kombiniert werden.

²⁸⁵ Vgl. RZ 201ff.

Literaturverzeichnis

Vgl. auch die einleitend in RZ 3 zitierten Materialien

BREHM ROLAND, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band IV/3, 1. Unterteilband: Kommentierung zu Art. 41-61 OR, 3. Aufl., Bern 2006

FISCHER WILLI, Kommentierung zu Art. 55 und 58 OR, in: J. Kren Kostkiewicz/P. Nobel/ I. Schwander/S. Wolf (Hrsg.), OR-Handkommentar, 2. Aufl., Zürich 2009

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 9. Aufl., Zürich 2008

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010

HEIERLI CHRISTIAN / SCHNYDER ANTON K., Kommentierung zu Art. 41, 55, 58 und 61 OR, in: H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011

OFTINGER KARL / STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995; Band II/1: Besonderer Teil, erster Teilband, 4. Aufl., Zürich 1987

PIETRUSZAK THOMAS, Kommentierung zu Art. 328 OR, in: H. Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel 2008

PORTMANN WOLFGANG, Kommentierung zu Art. 328 OR, in: H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011

REY HEINZ / STREBEL LORENZ, Kommentierung zu Art. 679 ZGB, in: H. Honsell/N. P. Vogt/T. Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011

REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008

SCHMID JÖRG / HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich 2009

SCHNYDER ANTON K. / PORTMANN WOLFGANG / MÜLLER-CHEN MARKUS, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2008.

SCHÖNENBERGER BEAT, Kommentierung zu Art. 41 und 55 OR, in: H. Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel 2008

SCHWENZER INGBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009

THIER ANDREAS, Kommentierung zu Art. 97 und 101 OR, in: H. Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel 2008

TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.

WIEGAND WOLFGANG, Kommentierung zu Art. 97 und 101 OR, in: H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011