



Michael Bütler\*

## Zur Haftung von Werkeigentümern und Tierhaltern bei Unfällen auf Wanderwegen

Der Aufsatz befasst sich mit haftungsrechtlichen Fragen zu Unfällen auf Wanderwegen im Gebirge wegen Werkmängeln, Naturereignissen und Tierangriffen. Die Gesetzgebung über Fuss- und Wanderwege erfasst seit 2007 auch Alpinwanderwege. Für Unterhalt und Signalisation sind primär die Kantone verantwortlich, welche diese Aufgaben an Gemeinden oder Drittpersonen delegieren können. Es werden die Voraussetzungen der Haftung des Werkeigentümers nach Art. 58 OR und verschiedene mögliche Konstellationen untersucht. Schliesslich geht es um die Frage der Haftung des Tierhalters nach Art. 56 OR.

L'article traite des questions de responsabilité qui se posent lors d'accidents survenus sur des chemins de randonnée de montagne suite à des défauts d'ouvrage, à des événements naturels ou à des attaques d'animaux. Depuis 2007, la législation sur les chemins pour piétons et sur les chemins de randonnée pédestre comprend aussi les chemins de randonnée alpine. Ce sont en premier lieu les cantons qui sont chargés de l'entretien et de la signalisation. Ils peuvent déléguer ces tâches aux communes ou à des tiers. L'article analyse les conditions de la responsabilité du propriétaire d'ouvrage selon l'art. 58 CO et examine différentes situations. Enfin, il s'attache à la responsabilité du détenteur d'animaux selon l'art. 56 CO.

### Inhalt

- I. Einleitung
- II. Gesetzgebung über Fuss- und Wanderwege
  1. Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege (FWG)
    - 1.1 Pflichten von Kantonen und Bund
      - a) Planung und Erhaltung der Wanderwegnetze
      - b) Anlage und Signalisation der Wanderwege (Richtlinien des Bundes)
    - 1.2 Welche Wanderwege fallen in den Geltungsbereich des FWG?
      - a) Wander- und Bergwanderwege
      - b) Alpinwanderwege
      - c) Winterwanderwege und andere nicht in die Pläne aufgenommene Wege
  2. Beispiele für kantonales Ausführungsrecht zum FWG
    - 2.1 Kanton Bern
    - 2.2 Kanton Graubünden
    - 2.3 Kanton Wallis
- III. Rechts- und Haftungsgrundlagen
  1. Eigenverantwortung der Wanderer
  2. Grundlage der Verkehrssicherungspflichten
    - 2.1 Gefahrensatz
    - 2.2 Weitere Grundlagen und Umfang der Verkehrssicherungspflichten
  3. Bedeutung von Art. 6 FWG
  4. Haftung des Werkeigentümers (Art. 58 OR)
    - 4.1 Haftungsvoraussetzungen und Anwendbarkeit für Gemeinwesen
    - 4.2 Werkbegriff und Werkmangel bei Wanderwegen
      - a) Bauliche Anlagen, Sicherungen und Markierungen als Werk?
      - b) Zweck und bestimmungsgemässe Benutzung
      - c) Anlage und Unterhalt von Wanderwegen
      - d) Zumutbarkeit von Sicherungs- und Schutzmassnahmen
    - 4.3 Zufall und höhere Gewalt: Haftung bei Naturereignissen?
    - 4.4 Eigenverantwortung, Selbstverschulden und Restrisiko

- 4.5 Eigentum und Hoheit im Bereich von Berg- und Alpinwanderwegen
  - a) Kantone und Gemeinden gestützt auf Art. 664 ZGB
  - b) Eigentum von Privatpersonen als Ausnahme
  - c) Eigentum am Material und am Boden – Akzessionsprinzip
- 4.6 Wer ist Werkeigentümer bei Berg- und Alpinwanderwegen?
  - a) Passivlegitimation bei der Werkeigentümerhaftung
  - b) Kantone und Gemeinden bei Eigentum, Hoheit und Wegunterhalt
  - c) Privatpersonen bei Eigentum und Wegunterhalt?
  - d) Werkeigentümer bei nicht im Wanderwegplan verzeichneten Wegen
  - e) Zwischenfazit
5. Verschuldenshaftung (Art. 41 OR)
  - 5.1 Haftungsvoraussetzungen
  - 5.2 Anwendungsbereich und Verhältnis zu Art. 58 OR
6. Haftung des Tierhalters (Art. 56 OR)
  - 6.1 Haftungsvoraussetzungen
  - 6.2 Gerichtsfall aus der Praxis: Kuhangriff
7. Weitere Haftungsgrundlagen
  - 7.1 Staatshaftung aus Verantwortlichkeitsgesetzen
  - 7.2 Überblick zu anderen Haftungsgrundlagen
    - a) Haftung des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB)
    - b) Staatshaftung aus militärischer Tätigkeit (Art. 115 MG)
    - c) Haftung für Jagdschäden (Art. 15 JSG)

### IV. Fazit

## I. Einleitung

*Wandern* gehört im Alpenland Schweiz mit ca. 1,4 Millionen Aktiven zu den beliebtesten und schönsten Frei-

\* Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich, siehe [www.bergrecht.ch](http://www.bergrecht.ch).

zeitbeschäftigungen. Leider passieren dabei auch immer wieder *Unfälle* mit Verletzungen oder Todesfolge. So verunfallten beim Bergwandern in den Jahren 2006 und 2007 40 respektive 44 Personen tödlich. Unfallursachen beim Bergwandern sind in aller erster Linie Stürze/Abstürze, daneben Erkrankung, Verirren, Erschöpfung/Blockierung; selten sind Steinschlag, Erdrücken/Einklemmen, Tiereinwirkung und Lawinenverschüttung, Blitzschlag sowie andere unbekannte Ursachen.<sup>1</sup>

Unfälle verursachen viel Leid, bei Verletzungen Heilungskosten und bei Todesfällen Versorgerschäden. Es stellt sich in solchen Fällen deshalb nicht zuletzt die Frage einer allfälligen Haftung derjenigen Personen/Gemeinwesen, die Wanderwege angelegt und markiert haben bzw. für den Unterhalt verantwortlich sind. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den Haftungsfragen bei Schäden durch Unfälle auf Wanderwegen im Berggebiet wegen fehlerhafter Anlage, Markierung oder mangelhaften Unterhalts dieser Wege. Der *Schwerpunkt* liegt auf den *Bergwander- und Alpinwanderwegen*, also auf Wegen im alpinen oder hochalpinen Gelände.<sup>2</sup> Die meist im Siedlungsgebiet liegenden Fusswege (Verkehrsverbindungen für die Fussgänger) werden vorliegend weggelassen. Daneben wird die Gefährdung der Wanderer durch aggressive Tiere (insbesondere Kühe) und durch andere Ursachen wie Militär und Jagd geprüft oder kurz gestreift. Im Vordergrund stehen die *Gesetzgebung zu Wander- und Fusswegen* und die *Haftung des Werkeigentümers* sowie des *Tierhalters*; daneben geht es um die *Verschuldenshaftung*. Weggelassen werden weitere mögliche Haftungsgrundlagen wie die Haftung des Geschäftsherrn (Art. 55 Abs. 1 OR) oder die Organhaftung (Art. 55 Abs. 2 ZGB). *Nicht behandelt* wird die bereits viel diskutierte Frage der haftpflichtrechtlichen *Verantwortlichkeit von Bergführern, Tourenleitern* oder von Mitgliedern einer organisierten oder privaten Wandergruppe; ebensowenig die Haftbarkeit von Radfahrern (mit Mountainbikes) und von Lenkern von Motorfahrrädern sowie Motorfahrzeugen für Schäden wegen fahrlässigen Verhaltens. Dazu ist auf die vorhandene Fachliteratur zu verweisen.<sup>3</sup>

## II. Gesetzgebung über Fuss- und Wanderwege

### 1. Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege (FWG)

Basierend auf einer Volksinitiative zur Förderung der Fuss- und Wanderwege wurde Volk und Ständen am 18. Februar 1979 der Verfassungsartikel 37<sup>quater</sup> zur Abstimmung unterbreitet, welcher klar angenommen wurde.<sup>4</sup> Art. 88 der revidierten Bundesverfassung von 1999 lautet wie folgt:

«<sup>1</sup> Der Bund legt Grundsätze über Fuss- und Wanderwegenetze fest.

<sup>2</sup> Er kann Massnahmen der Kantone zur Anlage und Erhaltung solcher Netze unterstützen und koordinieren.

<sup>3</sup> Er nimmt bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf Fuss- und Wanderwegenetze und ersetzt Wege, die er aufheben muss.»

Gestützt auf die erwähnte alte Verfassungsbestimmung erliessen das Parlament das *Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege (FWG)* und der Bundesrat die dazugehörige *Verordnung (FWV)*.<sup>5</sup> Mit diesen Erlassen sollten die bestehenden Fuss- und Wanderwegenetze erhalten und allenfalls ergänzt werden.<sup>6</sup>

#### 1.1 Pflichten von Kantonen und Bund

##### a) Planung und Erhaltung der Wanderwegenetze

Gemäss Art. 4 FWG müssen die Kantone dafür sorgen, bestehende und vorgesehene Fuss- und *Wanderwegenetze in Plänen festzuhalten* (Abs. 1 lit. a) und die Pläne periodisch, d.h. alle zehn Jahre, zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen (Abs. 1 lit. b sowie Art. 1 FWV). Die Kantone haben die Rechtswirkungen dieser Pläne festzulegen und die Verfahrensregeln aufzustellen. Die Betroffenen sowie die interessierten Organisationen und Bundesstellen sind an der Planung zu beteiligen. Art. 5 FWG verpflichtet die Kantone, ihre Fuss- und Wanderwegenetze mit denjenigen der Nachbarkantone sowie mit den raumwirksamen Tätigkeiten der Kantone und des Bundes zu koordinieren. Die Kantone müssen die Pläne dem Bundesamt für Strassen

<sup>1</sup> Die Alpen, 5/2008, 26 ff. (siehe [www.sac-cas.ch](http://www.sac-cas.ch)).

<sup>2</sup> Zur Abgrenzung der verschiedenen Wegkategorien siehe Ziff. 1.2.

<sup>3</sup> JÜRGEN NEF, *Haftpflicht und Versicherungsschutz des Bergsteigers*, Diss. Zürich 1987; MICHAEL BÜTLER, *Gletscher im Blickfeld des Rechts*, Zürcher Diss., Bern 2006, 196 ff., 223 ff.; CARLO PORTNER, *Haftung für Unfälle auf Wanderwegen*, Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL [heute Bundesamt für Umwelt, BAFU] Hrsg.), Schriftenreihe Umwelt Nr. 266, 29 ff.; ferner VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENT/KANTONSFORSTAMT KANTON SCHWYZ, *Haftung bei Unfällen auf Wanderwegen*, Grundsätze, Schwyz 2008 ([http://www.sz.ch/documents/Wanderwege\\_HaftungI\\_2008-06-10.pdf](http://www.sz.ch/documents/Wanderwege_HaftungI_2008-06-10.pdf)). Zu den strafrechtlichen Aspekten: GREGOR BENISOWITSCH, *Die strafrechtliche Beurteilung von Bergunfällen*, Diss. Zürich 1993; ANDREAS GERBER, *Strafrechtliche Aspekte von Lawinen- und Bergunfällen unter Berücksichtigung der schweizerischen Gerichtspraxis*, Diss. Zürich 1979.

<sup>4</sup> Diese Bestimmung von Art. 37<sup>quater</sup> alt BV lautete: Abs. 1: Der Bund stellt Grundsätze auf für Fuss- und Wanderwegenetze. Abs. 2: Anlage und Erhaltung von Fuss- und Wanderwegenetzen sind Sache der Kantone. Der Bund kann ihre Tätigkeiten unterstützen und koordinieren. Abs. 3: In Erfüllung seiner Aufgaben nimmt der Bund auf Fuss- und Wanderwegenetze Rücksicht und ersetzt Wege, die er aufheben muss. Abs. 4: Bund und Kantone arbeiten mit privaten Organisationen zusammen.

<sup>5</sup> Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege vom 4. Oktober 1985 (SR 704) sowie Verordnung über Fuss- und Wanderwege vom 26. November 1986 (SR 704.1).

<sup>6</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege (FWG), BBl 1983 IV 1 ff.

(ASTRA) vor dem erstmaligen Erlass und vor der Genehmigung erheblicher Anpassungen zur Kenntnis unterbreiten (Art. 2 Abs. 1 FWV). Mehrheitlich legen die Kantone das Wanderwegnetz im *kantonalen Richtplan* (gemäss Art. 9 Raumplanungsgesetz)<sup>7</sup>, in einem provisorischen oder definitiven *Fuss- und Wanderwegplan* fest.<sup>8</sup>

Vielfach werden *Haupt- und Nebenwanderwege* unterschieden (z.B. Kanton Bern); in den meisten Kantonen gibt es neben den kantonalen Wanderwegplänen auch *kommunale Wegpläne* der Gemeinden, welche die Wegnetze von kommunaler Bedeutung abbilden. Entsprechend sind einige dieser mit den offiziellen Farben signalisierten und markierten Wanderwege jedoch nicht in den kantonalen Plänen verzeichnet.<sup>9</sup> M.E. sollten sämtliche offiziell signalisierten und markierten Wanderwege in einem kommunalen und/oder – bei regionaler Bedeutung – in einem kantonalen Wanderwegplan/Richtplan innert der periodischen Überprüfungs- und Anpassungsfrist verzeichnet sein. In der Praxis gibt es relativ wenig *neue Wanderwege* (am ehesten im Gebirge), jedoch viele *Veränderungen wegen Ersatzmassnahmen*, zum Beispiel Wegverlegungen infolge von Verkehrszunahme oder Naturgefahren. Einige Kantone halten Änderungen bei Wanderwegen vorläufig in *Nachführungsverzeichnissen* zum Richtplan fest.

Die *Erhaltung* – und wo nötig die *Ergänzung* – von Fuss- und Wanderwegen war das Hauptziel für den Erlass des FWG, zumal mit der Verkehrszunahme viele Naturwege asphaltiert wurden und werden.<sup>10</sup> Soweit Fuss- und Wanderwege aufgehoben werden müssen, haben Bund und Kantone für *angemessenen Ersatz* zu sorgen (Art. 7 FWG). Für die Planung, die Anlage und die Erhaltung der Fuss- und Wanderwegnetze sollen Bund und Kantone *private Fachorganisationen beziehen*; sie können ihnen einzelne Aufgaben übertragen (Art. 8 FWG). Zu den privaten Fachorganisationen zählen insbesondere die «Schweizer Wanderwege» als Dachorganisation sowie die kantonalen Wanderweg-Fachorganisationen.<sup>11</sup> In vielen Kantonen wird vor allem die Signalisation der Wanderwege an die kantonalen Organisationen übertragen.<sup>12</sup> Bei der *Delegation* von einzelnen Aufgaben haben die Kantone bzw. Gemeinden die Pflicht, die Privatorganisationen sorgfältig auszuwählen, zu instruieren und zu überwachen. Allerdings befreit selbst sorgfältiges Vorgehen bei der Delegation nicht von der strengen Haftpflicht des Werkeigentümers. Im internen Verhältnis ist aber im Schadenfalle ein Rückgriff auf die beauftragte Person möglich.<sup>13</sup>

Betroffene Gemeinden und vom Bund anerkannte Fachorganisationen von gesamtschweizerischer Bedeutung sind in eidgenössischen und kantonalen Verfahren *beschwerdeberechtigt* (Art. 14 FWG).

Den verschiedenen Wanderwegplänen kommt primär eine *raumplanerische Funktion* zu, indem sie die *kommunale, regionale oder kantonale Bedeutung* der Wanderwege respektive der Wanderwegnetze aufzeigen, wobei die Kantone die Rechtswirkungen festlegen können.<sup>14</sup> Für eine *allfällige Haftung* der Gemeinwesen als Werkeigentümer spielt die *Aufnahme bzw. Nichtaufnahme* eines Wanderweges in die Pläne jedoch *keine ausschlaggebende Rolle*. M.E. können die Kantone Verkehrssicherungspflichten bzw. die Haftung für Werkmängel nicht auf die in den Plänen verzeichneten Wege beschränken. Die Werkeigentümerhaftung ist bundesrechtlich in Art. 58 des Obligationenrechts (OR)<sup>15</sup> geregelt; dessen Voraussetzungen (Anknüpfung an das Eigentum, Werkmangel) können nicht durch kantonales Recht abgeändert werden; dasselbe gilt für den durch die Rechtsprechung anerkannten Gefahrensatz. Immerhin hält die Aufnahme eines Wanderwegs in einen Plan fest, dass es sich um einen offiziellen, behördlich genehmigten Weg handelt.

#### b) Anlage und Signalisation der Wanderwege (Richtlinien des Bundes)

Nach Art. 6 Abs. 1 FWG (und Art. 4 Abs. 1 FWV) haben die Kantone dafür zu sorgen, dass die in die Pläne aufgenommenen Fuss- und Wanderwege angelegt, unterhalten und gekennzeichnet werden (lit. a) und dass der öffentliche Zugang rechtlich gesichert ist (lit. c). Dabei müssen diese Wege frei und möglichst gefahrlos begangen werden können (lit. b). Gestützt auf Art. 4 Abs. 2 FWV und Art. 115 Abs. 1 der Signalisationsverordnung<sup>16</sup> hat das Bundesamt für Strassen Richtlinien über die Kennzeichnung der Wanderwege erlassen, welche in der Schweizer Norm SN 640 829a, «Signalisation Langsamverkehr», verbindlich festgelegt sind.<sup>17</sup> Gemäss deren Ziff. 10 darf die in der Norm festgelegte Wanderwegsignalisation «nur für diejenigen Wege verwendet werden, welche in einer behördenverbindlichen Planung (z. B. Richt- oder Wanderwegplan) festgelegt sind.» Im Impressum der Norm steht allerdings einschränkend, dass Ziff. 10 nicht als Weisung des UVEK gilt. Sie ist deshalb als blosser unverbindliche Empfehlung an die Kantone aufzufassen, was der Rechtssicherheit und -klarheit abträglich ist.

<sup>7</sup> Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).

<sup>8</sup> BUNDESAMT FÜR STRASSEN (ASTRA)/SCHWEIZER WANDERWEGE (Hrsg.), Signalisation Wanderwege, Handbuch, Vollzugshilfe Langsamverkehr Nr. 6, Bern 2008, 10 (<http://www.astra.admin.ch/themen/langsamverkehr/00482/index.html?lang=de>).

<sup>9</sup> Handbuch Signalisation Wanderwege (FN 8), 10; zu damit zusammenhängenden Haftungsfragen siehe Ziff. 4.6.

<sup>10</sup> Botschaft FWG (FN 6), BBl 1983 IV 2, 4 f.

<sup>11</sup> Näheres unter <http://www.swisshiking.ch>.

<sup>12</sup> Handbuch Signalisation Wanderwege (FN 8), 8.

<sup>13</sup> Zur Haftpflicht des Werkeigentümers Ziff. 4; zur Delegation von Aufgaben PORTNER (FN 3), 41.

<sup>14</sup> Darauf lassen die knappen Ausführungen in der Botschaft zum FWG (FN 6), BBl 1983 IV 8 f., schliessen.

<sup>15</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

<sup>16</sup> Signalisationsverordnung (SSV) vom 5. September 1979 (SR 741.21).

<sup>17</sup> Art. 2 lit. j der Verordnung des UVEK über die auf die Signalisation von Strassen, Fuss- und Wanderwegen anwendbaren Normen vom 12. Juni 2007 (SR 741.211.5), in Kraft seit 1. August 2007.

Das Handbuch «Signalisation Wanderwege» erläutert, konkretisiert und ergänzt als rechtlich nicht verbindliche Empfehlung die Bedeutung dieser Norm für die in die kantonalen Pläne aufgenommenen Wanderwege.<sup>18</sup> «Wanderrouten werden durch *Wegweiser* mit Ziel- und gegebenenfalls Zeitangaben signalisiert. Diese stehen an den Ausgangspunkten, Zielen und Zwischenzielen aller Routen sowie an allen Verzweigungen von Wanderwegen [...]. *Zwischenmarkierungen* lenken den Wanderer zwischen den Wegweiserstandorten. Sie informieren über den Verlauf des Weges und über die Kategorie des jeweiligen Wegabschnittes [...]. *Markierungen* sind auf Steinblöcken, Bäumen, Mauern, Pfosten und dergleichen aufgemalte Bestätigungen sowie aufgemalte Richtungspfeile.»<sup>19</sup> Das ASTRA hat zusammen mit «Schweizer Wanderwege» im Sommer 2009 das Handbuch «Bau und Unterhalt von Wanderwegen» als weitere Vollzugshilfe veröffentlicht.<sup>20</sup>

## 1.2 Welche Wanderwege fallen in den Geltungsbereich des FWG?

### a) Wander- und Bergwanderwege

Das Handbuch «Signalisation Wanderwege» definiert *Wanderwege* wie folgt:<sup>21</sup>

Es «sind allgemein zugängliche und in der Regel für zu Fuss Gehende bestimmte Wege. Sie verlaufen möglichst abseits von Strassen für den motorisierten Verkehr und weisen möglichst keine Asphalt- oder Betonbeläge auf. Steile Passagen werden mit Stufen überwunden und Absturzstellen werden mit Geländern gesichert. Fließgewässer werden auf Stegen oder Brücken passiert. Wanderwege stellen keine besonderen Anforderungen an die Benutzer. Die Signalisation der Wanderwege ist gelb.»

Die Definition für *Bergwanderwege* lautet:<sup>22</sup>

Es «sind Wanderwege, welche teilweise unwegsames Gelände erschliessen. Sie sind überwiegend steil und schmal angelegt und teilweise exponiert. Besonders schwierige Passagen sind mit Seilen oder Ketten gesichert. Bäche sind unter Umständen über Furten zu passieren. Benutzer von Bergwanderwegen müssen trittsicher, schwindelfrei und in guter körperlicher Verfassung sein und die Gefahren im Gebirge kennen (Steinschlag, Rutsch- und Absturzgefahr, Wetterumschlag). Vorausgesetzt werden feste Schuhe mit griffiger Sohle, der Witterung entsprechende Ausrüstung und das Mitführen topografischer Karten. Die Wegweiser sind gelb mit weiss-rot-weisser Spitze, Bestätigungen und Markierungen sind weiss-rot-weiss.»

Offizielle, gelb und gelb-weiss-rot-weiss signalisierte Wander- und Bergwanderwege fallen klarerweise in den Geltungsbereich des FWG.

### b) Alpinwanderwege

Bis vor kurzem wurden sog. *Alpine Routen* nicht durch das FWG erfasst, wobei die Abgrenzung zu den Bergwanderwegen teilweise zu Schwierigkeiten führte.<sup>23</sup> Im Jahre 2007 wurde der Begriff «Alpinwanderweg» in die revidierte Norm SN 640 829a, «Signalisation Langsamverkehr» aufgenommen und durch das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) für verbindlich erklärt.<sup>24</sup> Gemäss dem Handbuch «Signalisation Wanderwege» sind *Alpinwanderwege*:<sup>25</sup>

«anspruchsvolle Bergwanderwege. Sie führen teilweise durch wegloses Gelände, über Schneefelder und Gletscher, über Geröllhalden, durch Steinschlagrunsen oder durch Fels mit kurzen Kletterstellen. Bauliche Vorkehrungen können nicht vorausgesetzt werden und beschränken sich allenfalls auf Sicherungen von besonders exponierten Stellen mit Absturzgefahr. Benutzer von Alpinwanderwegen müssen trittsicher, schwindelfrei und in sehr guter körperlicher Verfassung sein und den Umgang mit Seil und Pickel sowie das Überwinden von Kletterstellen unter Zuhilfenahme der Hände beherrschen. Sie müssen die Gefahren im Gebirge kennen. Zusätzlich zur Ausrüstung für Bergwanderwege werden Höhenmesser und Kompass, für Gletscherüberquerungen Seil und Pickel vorausgesetzt. Die Wegweiser sind blau mit weiss-blau-weisser Spitze, Bestätigungen und Markierungen sind weiss-blau-weiss. Die Informationstafel Alpinwanderweg weist am Weganfang auf die besonderen Anforderungen hin.»

Durch die Aufnahme des Begriffs «Alpinwanderweg» und entsprechender Wegweiser und Informationstafeln in der erwähnten, inzwischen rechtsverbindlichen Norm und durch die zunehmende Signalisation und weiss-blau-weisse Markierung im alpinen Gelände ist m.E. davon auszugehen, dass *Alpinwanderwege* seither zum Geltungsbereich des FWG gehören, auch wenn der Gesetzgeber dies ursprünglich nicht vorgesehen hatte.<sup>26</sup> Für die Umsetzung eines grossen Teils der Signalisation des Langsamverkehrs wurde jedoch eine Übergangsfrist von 20 Jahren (bis zum Jahre 2026) eingeräumt.<sup>27</sup> Die Kantone und Gemeinden müssen die bestehenden Alpinwanderwege künftig in die Wanderwegnetze und -pläne aufnehmen; andernfalls sollten die schon vorhandenen Markierungen und baulichen

<sup>23</sup> PORTNER (FN 3), 25. Die Botschaft zum FWG (FN 6), BBl 1983 IV 1 ff., spricht nur von Fuss- und Wanderwegen.

<sup>24</sup> Die Verordnung des UVEK über die auf die Signalisation von Strassen, Fuss- und Wanderwegen anwendbaren Normen (FN 17) erklärt in Art. 2 lit. j die Norm Signalisation Langsamverkehr, SN 640 829a, für Signale als anwendbar. Der genaue Inhalt dieser Norm kann beim Schweizerischen Verband der Strassen- und Verkehrsfachleute (VSS) gegen Entgelt bezogen werden (unter [www.vss.ch](http://www.vss.ch)).

<sup>25</sup> Handbuch Signalisation Wanderwege (FN 8), 9 f.

<sup>26</sup> Es ist nicht nachvollziehbar, warum für Alpinwanderwege trotz vergleichbarer Signalisation etwas anderes gelten sollte als für die übrigen Wanderwegkategorien; siehe auch Ziff. 3.

<sup>27</sup> Art. 6 lit. e der Verordnung des UVEK über die auf die Signalisation von Strassen, Fuss- und Wanderwegen anwendbaren Normen (FN 17). Zu den haftungsrechtlichen Fragen: Ziff. 4.6.

<sup>18</sup> Handbuch Signalisation Wanderwege (FN 8), 1 ff.

<sup>19</sup> Handbuch Signalisation Wanderwege (FN 8), 13 ff., insbes. 13, 23 und 24 (Zitate).

<sup>20</sup> Siehe auch <http://www.swisshiking.ch>.

<sup>21</sup> Handbuch Signalisation Wanderwege (FN 8), 9.

<sup>22</sup> Handbuch Signalisation Wanderwege (FN 8), 9.

Massnahmen entfernt und rückgebaut werden.<sup>28</sup> Dies schafft klare Verhältnisse und verringert das Risiko einer allfälligen Haftbarkeit der Gemeinwesen als Werkeigentümer. Im Zusammenhang mit Haftungsfragen ist zu bedenken, dass sich Alpinwanderwege auf Grund der teilweise hohen Anforderungen nicht für ein breites Publikum eignen.

### c) Winterwanderwege und andere nicht in die Pläne aufgenommene Wege

Seit einigen Jahren richten die Behörden vieler touristischer Orte speziell markierte und präparierte *Winterwanderwege* ein. Die saisonale Signalisation mit pinkfarbenen Wegweisern und Pfosten ist weder in der Norm SN 640 829a noch im Handbuch «Signalisation Wanderwege» aufgeführt. Die Winterwanderwege sind bisher auch nicht in den kantonalen Wanderwegplänen verzeichnet. Soweit die Streckenführung der Winterwanderwege den in den Plänen verzeichneten Wanderwegen genau folgt, stellt sich die Frage, ob sie nicht dennoch in den Anwendungsbereich des FWG fallen.<sup>29</sup> Unabhängig davon treffen die Wegunterhalter für geöffnete und markierte Winterwanderwege *Verkehrssicherungspflichten*, zum Beispiel wegen Absturz- und Lawinengefahr. Insbesondere die *Sicherung vor der Lawinengefahr* erfordert ein umfangreiches Sicherheitskonzept während des Winterhalbjahres. Grundlage für die Beurteilung bilden das nationale und die regionalen Lawinenbulletin(s) des Instituts für Lawinenforschung in Davos sowie tägliche Messungen und Beobachtungen vor Ort. Ab der Gefahrenstufe «erheblich» ist die Sperrung solcher Winterwanderwege zu prüfen und wenn nötig durchzuführen.<sup>30</sup>

Neben den Winterwanderwegen unterstehen weitere Wege nicht dem FWG, so spezielle, eventuell gebührenpflichtige Anlagen (z.B. Schluchtenwege, private Lehrpfade), Langlaufloipen, nicht offizielle alpine Routen sowie nicht markierte Trampelpfade; an den je nach Umständen bestehenden Verkehrssicherungspflichten ändert dies jedoch nichts. Mit Blick auf haftungsrechtliche Risiken ist es für die Gemeinwesen rechtlich problematisch, falls private Organisationen neue Berg- oder Alpinwanderwege ohne Rücksprache mit den kantonalen oder kommunalen Behörden anlegen und weiss-rot-weiss oder weiss-blau-weiss markieren sollten. Einerseits steht der betroffene Boden meistens im Hoheits- oder Eigentumsgebiet von Kantonen oder Gemeinden (auf Grund von Art. 664 des Zivilgesetz-

buches [ZGB]<sup>31</sup> und kantonalem Recht), was für die Stellung als Werkeigentümer bedeutsam ist. Andererseits entsteht durch die Markierung der täuschende Eindruck, es handle sich um einen offiziellen genehmigten, im betreffenden Wanderwegplan verzeichneten Berg- oder Alpinwanderweg.<sup>32</sup>

## 2. Beispiele für kantonales Ausführungsrecht zum FWG

### 2.1 Kanton Bern

Das Berner Strassengesetz (SG) und die dazugehörige Verordnung (SV) regeln den Vollzug des FWG (Art. 1 lit. d SG).<sup>33</sup> Gemäss Art. 44 Abs. 1 SG erlässt der Regierungsrat den kantonalen Sachplan des Wanderroutennetzes. Er umfasst sog. Hauptwander- und Nebenwanderrouten sowie Qualitätsanforderungen für Wanderwege (Art. 25 SV). Die Gemeinden sind dafür verantwortlich, Wanderwege zu planen, zu bauen und zu unterhalten (Art. 44 Abs. 2 SG). Der Kanton leistet den Gemeinden Beiträge in Höhe von 40% der Kosten an die kantonalen Hauptwanderrouten (Art. 60 SG). Gemäss Art. 27 Abs. 1 SV müssen die Gemeinden das Fuss- und das Wanderwegnetz in ihrer Richt- oder Nutzungsplanung festlegen. Art. 28 SV erklärt das FWG und die FWV auf die in den kantonalen und kommunalen Plänen verzeichneten Wanderwege als anwendbar. Das Tiefbauamt ist die kantonale Fachstelle für Fuss- und Wanderwege im Sinne des Bundesrechts; es wirkt vor allem beratend (Art. 31 SV). Kanton und Gemeinden arbeiten mit dem Verein Berner Wanderwege<sup>34</sup> zusammen, welcher Wanderrouten plant, baut, saniert und markiert. Nach Art. 118 Abs. 2 des Berner Baugesetzes<sup>35</sup> unterhalten die Gemeinden die Wege und Anlagen, «soweit diese Aufgabe nicht gemäss besonderer Vorschrift oder Vereinbarung den Eigentümern oder Dritten obliegt.» Abs. 3 sieht eine Ersatzvornahme für den Fall vor, dass die Pflichtigen die planmässige Erstellung oder den Unterhalt nicht gehörig vornehmen. Eine spezielle Haftungsnorm findet sich im Berner Recht nicht; Art. 31 SV wiederholt lediglich im Sinne des FWG die Pflicht der Gemeinden, dafür zu sorgen, dass Wanderwege frei und möglichst gefahrlos begehbar sind.

<sup>28</sup> Dies auch die Empfehlung in der Schweizer Norm SN 640 829a, «Signalisation Langsamverkehr», Ziff. 10 (welche als einzige Ziff. nicht zur verbindlichen Weisung des UVEK gehört).

<sup>29</sup> Dies verneint zum Beispiel die ARBEITSGRUPPE NATURGEFAHREN DES KANTONS BERN, Naturgefahren bei Fuss- und Wanderwegen, Aufgaben und Verantwortlichkeiten der Gemeinden, Bern 2002, 8 ff.

<sup>30</sup> Näheres bei HEINZ WALTER MATHYS, Lawinenunfall – Rechtslage in der Schweiz, SKUS-Jahresbericht 2005, 20 ff. (www.skus.ch); EIDGENÖSSISCHES INSTITUT FÜR SCHNEE- UND LAWINENFORSCHUNG SLF, Lawinen und Recht, Proceedings zum Internationalen Seminar vom 6.-9. November 2005 in Davos, 2006, 1 ff. (www.slf.ch).

<sup>31</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

<sup>32</sup> Zur Frage der Verkehrssicherungspflichten und der Haftung siehe Ziff. 4.

<sup>33</sup> Strassengesetz BE vom 4. Juni 2008 (BSG 732.11) und Strassenverordnung BE vom 29. Oktober 2008 (BSG 732.111.1).

<sup>34</sup> Siehe <http://www.mywalk.ch>.

<sup>35</sup> Baugesetz BE vom 9. Juni 1985 (BSG 721.0). Die Fragen, wer bei einer solchen Delegation bzw. Zusammenarbeit Werkeigentümer ist und inwiefern die Gemeinde oder der kantonale Wanderwegverein gestützt auf Art. 58 Abs. 1 OR oder auf das kantonale Verantwortlichkeitsgesetz einem Geschädigten gegenüber haftet, werden hier und bei den nachfolgenden Beispielen Graubünden und Wallis nicht erörtert; dazu Ziff. 4.6.

## 2.2 Kanton Graubünden

Nach Art. 45 Abs. 2 des bündnerischen Raumplanungsgesetzes (KRG)<sup>36</sup> werden die Fuss- und Wanderwege im generellen Erschliessungsplan festgelegt. Das Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement Graubünden, Fachstelle Langsamverkehr, ist für Vollzug und Umsetzung der eidgenössischen und kantonalen Wanderweggesetzgebung zuständig. Die Fachstelle beaufsichtigt die Gemeinden, welche die Wanderwege projektieren, bauen und unterhalten. Die Gemeinden haben dafür zu sorgen, dass die Wanderwege möglichst gefahrlos benützt werden können und dass der öffentliche Zugang rechtlich gesichert ist. Der Kanton und die Gemeinden können private Fachorganisationen beiziehen und diesen vertraglich einzelne Aufgaben übertragen (Art. 6 Strassengesetz)<sup>37</sup>. Der Kanton leistet an Bau und Unterhalt der Wanderwege, welche den kantonalen Plänen entsprechen, Beiträge von 50% der Kosten (Art. 32 Abs. 1 Strassenverordnung)<sup>38</sup>. Der Kanton hat mit dem Verein Bündner Arbeitsgemeinschaft für Wanderwege (BAW) gestützt auf Art. 32 Abs. 3 Strassenverordnung einen Leistungsauftrag abgeschlossen. Danach muss die BAW die Gemeinden bei der Planung, Realisierung und Erhaltung der Wanderwege unterstützen, Wanderwegprojekte koordinieren sowie die Wanderwege signalisieren und markieren.

## 2.3 Kanton Wallis

Der Kanton Wallis hat ein Ausführungsgesetz zum FWG (AGFWG) sowie ein dazugehöriges Reglement (RFWG) erlassen.<sup>39</sup> Die mit der Raumplanung befasste kantonale Dienststelle erstellt zusammen mit den Gemeinden den Sachplan des Hauptwanderwegnetzes. Für Planung, Anlage, Kennzeichnung, Erhaltung und Ersatz der Fuss- und Wanderwegnetze sind die Gemeinden zuständig, wobei die Dienststelle für Wald und Landschaft Aufsichts- und Kontrollfunktion ausübt. Die Gemeinden können sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben zu Gemeindevereinigungen zusammenschliessen und bestimmte Aufgaben an touristische Vereinigungen oder an private Fachorganisationen übertragen. Die Fachstellen arbeiten vor allem bei der Planung neuer Wegprojekte und bei der Kennzeichnung mit der Walliser Dachvereinigung für Wanderwege<sup>40</sup> zusammen (Art. 4 AGFWG und Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 2 RFWG). Die Form der Pläne, das Auflage- und Einspracheverfahren sind detailliert geregelt (Art. 6-9 AGFWG). Nach Art. 10 AGFWG haben die Gemeinden den unentgeltlichen Durchgang auf ihrem unkultivierten Boden für die Wanderwege zu erlauben.

<sup>36</sup> Raumplanungsgesetz GR vom 6. Dezember 2004 (801.100).

<sup>37</sup> Strassengesetz des Kantons Graubünden vom 1. September 2005 (807.100); <http://www.langsamverkehr.gr.ch/unsere-aufgaben>.

<sup>38</sup> Strassenverordnung des Kantons Graubünden vom 20. Dezember 2005 (807.110).

<sup>39</sup> Ausführungsgesetz des Kantons Wallis zum Bundesgesetz über Fuss- und Wanderwege (AGFWG) vom 27. Januar 1988 (704.1) sowie Reglement zum Ausführungsgesetz über Fuss- und Wanderwege (RFWG) vom 29. März 2006 (704.100).

<sup>40</sup> Dazu [www.valrando.ch](http://www.valrando.ch).

Sie müssen zudem für die möglichst gefahrlose Begehrbarkeit dieser Wege sorgen und den öffentlichrechtlichen Zugang sicherstellen (Art. 11 AGFWG). Der Kanton entrichtet den Gemeinden für Anlage und Unterhalt der Wanderwege Beiträge zwischen 10 und 40% der Kosten (Art. 14 AGFWG). Interessant ist, dass die Pläne jedes Bauwerkes, welches Auswirkungen auf Raum und Umwelt hat (z.B. Brücke, Steg, Verbreiterung, bedeutende Aufschüttung oder Abtragung), einer Genehmigung bedürfen (Art. 7 Abs. 1 RFWG).

## III. Rechts- und Haftungsgrundlagen

### 1. Eigenverantwortung der Wanderer

Bei der Diskussion über die Haftung für Schäden bei Unfällen auf Berg- und Alpinwanderwegen gilt es das folgende Prinzip vor Augen zu halten: Bergwanderer sind *im Alpen- und Gebirgsgelände auf eigene Verantwortung unterwegs*, sofern sie sich nicht einer professionellen Führung durch einen diplomierten Bergführer oder Wanderleiter bzw. einem Tourenleiter oder faktischen Führer anschliessen. Selbst bei *geführten Touren* verbleibt ein Stück Eigenverantwortung. Jeder Wanderer ist für eine ausreichende Touren-Vorbereitung und körperliche Verfassung, für die richtige Einschätzung der eigenen Fähigkeiten, für eine angemessene Ausrüstung und Verpflegung sowie für eine situationsangepasste Routenwahl selbst verantwortlich. Vorsichtiges und aufmerksames Verhalten erfordert auch die Berücksichtigung der massgebenden äusseren Umstände wie Witterung, Tages- und Jahreszeit, Schneesverhältnisse usw. Passiert ein Unfall mit Schadenfolgen, so müssen Wanderer diesen Schaden nach dem Grundsatz «casum sentit dominus» in der Regel selbst tragen. Meistens sind Unfälle auf Wanderwegen die Folge von eigenem Fehlverhalten (Selbstverschulden) oder von unglücklichen Zufällen.

Bergwanderer können diesen Schaden nur auf *Dritte abwälzen*, wenn die Voraussetzungen *spezieller Haftungsnormen* im Einzelfall erfüllt sind. Falls fahrlässiges Verhalten eines Bergführers oder einer Tourenleiterin für den Unfall ursächlich ist, kommt eine Haftung aus *Auftrag* (Art. 394 ff. OR) in Betracht. Wie erwähnt, werden solche Fälle von Fehlverhalten in geführten Gruppen im vorliegenden Beitrag nicht erörtert.<sup>41</sup> Es soll vielmehr untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen Wegverantwortliche haftpflichtrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Die Benützung von Berg- und Alpinwanderwegen ist – abgesehen von speziellen, privat angelegten und betriebenen Wegen – unentgeltlich, und die Wanderer stehen zu den Wegverantwortlichen in keinem vertraglichen Verhältnis. Das generelle Zutrittsrecht im freien Alpingelände lässt sich auf Art. 699 ZGB abstützen. Es werden

<sup>41</sup> Dazu die Literaturhinweise in FN 3.

im Folgenden lediglich *ausservertragliche Haftungsgrundlagen* untersucht.

## 2. Grundlage der Verkehrssicherungspflichten

Wer Werke wie Gebäude, Anlagen, Skipisten und Bahnen dem Publikum entgeltlich zur Benützung anbietet, den treffen relativ strenge *Verkehrssicherungspflichten*, um die Benützer vor Gefahren zu schützen. Das Ausmass dieser Verkehrssicherungspflichten hängt stark vom Zweck und vom bestimmungsgemässen Gebrauch des Werks ab. Berg- und Alpinwanderwege befinden sich in der freien Natur und sollen mit einem Minimum an baulichen Massnahmen versehen werden. Unebenheiten, rutschiger Boden, Steine als Hindernisse, Gefälle und seitlich gelegene abschüssige Hänge gehören zu den typischen Merkmalen solcher Wege. Es liegt grundsätzlich an den Wanderern, sich an diese Schwierigkeiten anzupassen.

Da signalisierte und markierte Berg- und Alpinwanderwege teilweise durch anspruchsvolles Gelände führen (ausgesetzte Stellen, kurze Kletterpassagen, Steinschlaggrunten, Schneefelder, kleine Gletscher usw.) und gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. b FWG möglichst gefahrlos begehbar sein müssen, treffen die Wegverantwortlichen gewisse Verkehrssicherungspflichten.

### 2.1 Gefahrensatz

Der ungeschriebene *Gefahrensatz* wird von Lehre und Rechtsprechung seit langem aus Gewohnheitsrecht anerkannt und letztlich aus Art. 2 Abs. 1 ZGB (Handeln nach Treu und Glauben) abgeleitet: «Wer einen Zustand schafft oder aufrecht erhält, der einen anderen schädigen könnte, ist verpflichtet, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen.»<sup>42</sup> Unterschiedlich beurteilt wird jedoch der genaue Anwendungsbereich des Gefahrensatzes (Begründung der Widerrechtlichkeit vor allem bei Unterlassungen und/oder Begründung des Verschuldens).<sup>43</sup> Verkehrssicherungspflichten sind als Konkretisierung des Gefahrensatzes zu werten.

### 2.2 Weitere Grundlagen und Umfang der Verkehrssicherungspflichten

Als weitere Rechtsgrundlagen der Verkehrssicherungspflichten für Wanderwege sind das Polizeirecht, Art. 6 Abs. 1 lit. b FWG (möglichst gefahrlose Begehbarkeit gefordert), Art. 41 Abs. 1 OR sowie Art. 58 Abs. 1 OR zu nennen. Kantone und Gemeinden sind im Sinne einer *Garantenstellung* verpflichtet, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren; dazu gehört der Schutz des fundamentalen Polizeiguts Leib

und Leben. Bei fehlender gesetzlicher Grundlage ermächtigt und verpflichtet die *Polizeiegeneralklausel* bei schwerer, unmittelbarer Gefahr zu verhältnismässigen Schutzmassnahmen.<sup>44</sup> Die *Verschuldenshaftung* von Art. 41 Abs. 1 OR greift dann, wenn eine «Abweichung von einem unter den gegebenen Umständen als angebracht gedachten Durchschnittsverhalten (Fahrlässigkeit und Vorsatz)» vorliegt bzw. wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht gelassen wird.<sup>45</sup> Art. 58 Abs. 1 OR (*Haftung des Werkeigentümers*) kommt bei Wanderwegen mindestens für diejenigen Stellen zur Anwendung, die Werkcharakter aufweisen (Leitern, Treppen, Brücken, Handläufe usw.; zum Werkcharakter der Wege selbst vgl. Ziff. 4.2.a.). Bei bestimmungsgemässer Benutzung des Werks dürfen die Benutzer nicht gefährdet werden.

Der *Umfang* der Verkehrssicherungspflichten ergibt sich bei Berg- und Alpinwanderwegen aus gesetzlichen Vorgaben (z.B. Art. 6 Abs. 1 FWG, Art. 58 OR), aus der Rechtsprechung, aus Richtlinien und Empfehlungen (z.B. zu Signalisation, Bau und Unterhalt von Wanderwegen) sowie aus den Umständen des Einzelfalls, je nach Wegkategorie (Wander-, Bergwander- oder Alpinwanderweg) und den topografischen Verhältnissen. *Begrenzt* werden die Verkehrssicherungspflichten durch die im freien Gelände erhöhte Eigenverantwortung der Wanderer, welche die verbleibenden *Restriktionen* auf sich nehmen.<sup>46</sup>

## 3. Bedeutung von Art. 6 FWG

Wie erwähnt, müssen die Kantone auf Grund von Art. 6 Abs. 1 lit. b FWG dafür sorgen, dass die in den Plänen verzeichneten Wanderwege *frei und möglichst gefahrlos begangen* werden können. Es handelt sich dabei nicht um eine eigene Haftungsnorm,<sup>47</sup> vielmehr setzt diese Bestimmung ein programmatisches Ziel für den Sicherheitsstandard auf Wanderwegen. Der Wortlaut «möglichst gefahrlos» räumt bereits ein, dass auch auf gut angelegten und unterhaltenen Berg- und Alpinwanderwegen Gefahrenpotenziale verbleiben. In der Botschaft zum FWG heisst es zu Art. 6 zwar noch lapidar: «Nur Wege, die von *jedermann* begangen werden können, erfüllen die ihnen zugeordnete Funktion.»<sup>48</sup> Spätestens mit der Eingliederung der Alpinwanderwege in die Wanderwegpläne und mit der entsprechenden Markierung und Signalisation im Gelände kann dieses Ziel nicht mehr erreicht werden, sind doch Alpinwanderwege nur von erfahrenen, gut ausgerü-

<sup>42</sup> HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 753 m.w.N.; HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, § 4 IV; BGE 121 III 358 ff. E. 4a; 116 Ia 162 ff., E. 2c, 169

<sup>43</sup> Dazu REY (FN 42), N 756 und 756a m.w.N.

<sup>44</sup> Dazu MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, *Die polizeiliche Generalklausel*, *Sicherheit & Recht* 1/2008, 4 ff.; JOST GROSS, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl., Bern 2001, 341 f.; BÜTLER (FN 3), 172.

<sup>45</sup> HONSELL (FN 42), § 6 I N 4 und III 1.

<sup>46</sup> Zur Definition dieser drei Wegkategorien siehe Ziff. 1.2. Zu den Verkehrssicherungspflichten der Gemeinwesen zur Abwehr von Naturgefahren: ARBEITSGRUPPE NATURGEFAHREN DES KANTONS BERN (FN 29), 5; BÜTLER (FN 3), 177 ff., 189 ff., insbes. 196 ff. (Bergwege).

<sup>47</sup> Gleicher Ansicht ist PORTNER (FN 3), 155. Es handelt sich um eine unvollständige Rechtsnorm, da die Rechtsfolge fehlt.

<sup>48</sup> Botschaft zum FWG, BBl 1983 IV 10 (*Hervorhebung nur hier*).

steten und konditionsstarken Berggängern sicher zu bewältigen. Dies zeigt schon der Wortlaut der Informationstafel «Alpinwanderweg».<sup>49</sup>

Es handelt sich deshalb je nach Kategorie von Wanderweg und Benützern um eine *relative Gefahrlosigkeit*. Objektiv gesehen sind Wanderwege mit weniger Gefahren verbunden als Bergwanderwege; Alpinwanderwege bergen im Vergleich dazu am meisten Gefahren (z.B. Ausgesetztheit, Steinschlag, Gletscherspalten). Dennoch sind selbst harmlos scheinende Wanderwege mit Risiken verbunden (Unebenheiten, Rutschgefahr bei Nässe und Vereisung usw.). Art. 6 Abs. 1 lit b FWG ist bei der Beurteilung des Sorgfaltsmassstabs für Anlage und Unterhalt der Wanderwege als unbestimmte Generalklausel heranzuziehen, geht jedoch nicht weiter als die Anforderungen gemäss Art. 58 und 41 OR (keine Verschärfung der Sorgfaltspflicht).<sup>50</sup>

## 4. Haftung des Werkeigentümers (Art. 58 OR)

### 4.1 Haftungsvoraussetzungen und Anwendbarkeit für Gemeinwesen

Die *Haftung des Werkeigentümers* für Schadenersatz setzt neben den allgemeinen Voraussetzungen des Schadens, des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Werkmangel sowie der widerrechtlichen Schädigung einen Werkmangel und Werkeigentum der haftpflichtigen Person voraus; eine Genugtuung nach Art. 47 OR kann dem Geschädigten zugesprochen werden, wenn eine immaterielle Unbill vorliegt. Der Schaden besteht in einer unfreiwilligen Vermögensverminderung. Ein *adäquater Kausalzusammenhang* liegt vor, wenn der mangelhafte Zustand des Werks geeignet ist, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge einen Schaden wie den eingetretenen zu verursachen. Die *Widerrechtlichkeit* kann mit der aktiven Verletzung absoluter Rechte bzw. Nichtbeachtung des Gefahrensatzes bei Unterlassungen oder mit der Verletzung sog. Schutznormen begründet werden.<sup>51</sup>

Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 58 Abs. 1 OR auf die *Gemeinwesen* anwendbar, wenn Anlagen des Verwaltungsvermögens oder im Gemeingebrauch mit Mängeln behaftet sind und Dritte deswegen geschädigt werden.<sup>52</sup> Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Haftung von Gemeinwesen wegen Strassenmängeln geht hervor, dass die *Anforderungen nicht so streng* sind wie zum Beispiel bei einem einzelnen Gebäude; dies gilt auf Grund der Zweckbestimmung umso mehr für Wanderwege. Das Kriterium der *Zumutbarkeit* richtet sich nach dem öffentlichen Recht. Dabei sind die *zeitlichen, technischen*

*und finanziellen Möglichkeiten* des verantwortlichen Gemeinwesens im Einzelfall zu berücksichtigen.<sup>53</sup>

### 4.2 Werkbegriff und Werkmangel bei Wanderwegen

Nach Lehre und Rechtsprechung setzt der *Werkbegriff* einen stabilen, mit dem Boden verbundenen, künstlich hergestellten Gegenstand voraus. Ein *Werkmangel* liegt nach Art. 58 Abs. 1 OR bei *fehlerhafter Anlage* oder Herstellung oder bei *mangelhaftem Unterhalt* vor. Massgebend ist, ob ein Werk nach seinem Zweck bei bestimmungsgemässer Benutzung keine genügende Sicherheit bietet.<sup>54</sup>

In Bezug auf Berg- und Alpinwanderwege (ausgenommen Fusswege) findet sich soweit ersichtlich *keine bundesgerichtliche Rechtsprechung* zu haftpflichtrechtlichen Fällen wegen Werkmängeln. Die nach Unfällen eröffneten Strafuntersuchungen werden meistens eingestellt oder es erfolgt ein Nichteintretensentscheid, sofern Naturereignisse und mögliche Werkmängel im Vordergrund stehen.<sup>55</sup> Auch eine Erledigung durch Vergleich (mit oder zwischen den involvierten Versicherungen) dürfte – vor allem für die Gemeinwesen – in heiklen Fällen attraktiv sein, um nicht möglicherweise «unerfreuliche» Präjudizien zu riskieren.

#### a) Bauliche Anlagen, Sicherungen und Markierungen als Werk?

Bei der Beurteilung der Werkeigentümerhaftung für Wanderwege stellt sich primär die Frage, ob dem fraglichen Wegstück überhaupt *Werkcharakter* im Sinne von Art. 58 Abs. 1 OR zukommt. Stehen präventive Schutzmassnahmen für einen ganzen Wanderweg zur Diskussion, genügt es für die Anwendbarkeit von Art. 58 OR m.E., wenn vereinzelte Stellen als Werke einzustufen sind. Sollte es an dieser Voraussetzung ausnahmsweise fehlen, ist bei Unterlassungen die Staatshaftung nach den Verantwortlichkeitsgesetzen zu prüfen.<sup>56</sup>

Berg- und Alpinwanderwege stellen als Ganzes *keine Werke* dar, *soweit bauliche Massnahmen von gewissem Ausmass fehlen*; entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind ausgetretene Fusspfade im Unterschied zu Fusswegen keine Werke.<sup>57</sup> Werkcharakter kommt Wanderwegen dort zu, wo der Weg durch erhebliche Abtragungen, Sprengungen und Aufschüttungen (*Terrainveränderungen*) künstlich angeordnet oder mit *baulichen*

<sup>49</sup> Dazu Handbuch Signalisation Wanderwege (FN 8), 26.

<sup>50</sup> PORTNER (FN 3), 155.

<sup>51</sup> Näheres zu diesen Haftungsvoraussetzungen z.B. REY (FN 42), N 149 ff., 516 ff., 665 ff.; HONSELL (FN 42), § 3, 4 und 8.

<sup>52</sup> Zur Haftung der Gemeinwesen aus Art. 58 OR: BGE 115 II 237 ff., E. 2b; BK-BREHM, Art. 58 OR, N 161 ff.; REY (FN 42), N 1068, 1081 ff. (für Strassen).

<sup>53</sup> Ausführlich zu den Anforderungen an Gemeinwesen bei Strassen: BK-BREHM, Art. 58 OR, N 170 ff.; MICHAEL BÜTLER/PATRICK SUTTER, Verkehrssicherungspflichten gegen Steinschlag auf Strassen, ZBl (108) 2007, 469 ff., insbes. 473 ff.

<sup>54</sup> Zum Werkbegriff und zum Werkmangel: BGE 130 III 736 ff., E. 1.1-1.4; BK-BREHM, Art. 58 OR, N 4 ff.; HONSELL (FN 42), § 18 II. und III.; REY (FN 42), N 1036 ff., 1050 ff. m.w.N.; bei Strassen: BÜTLER/SUTTER (FN 53), 477 ff.

<sup>55</sup> Bei PORTNER (FN 3), 54 ff. sind immerhin zwölf Unfallbeispiele dargestellt; meistens wurde das Verfahren eingestellt bzw. es blieb unbekannt, wie die Fälle erledigt wurden.

<sup>56</sup> Dazu Ziff. 7.1.

<sup>57</sup> BGE 91 II 281 ff., E. 2.



Konstruktionen oder Sicherungselementen (Brücken, Leitern, Treppen, Eisenstäbe, seitliche Handläufe aus Haken und Seilen oder Metallketten, Stützmauern, Zäune, Gräben, Rohre, Schächte usw.) versehen wurde. *Markierte Stellen* (gelb, weiss-rot-weiss, weiss-blau-weiss) für sich allein erfüllen den Werkbegriff nicht.<sup>58</sup> Völlig unzureichende, d.h. *fehlende oder verwirrende Markierungen* in gefährlichem Gelände mit versteckten Fallen können aber bei fahrlässigem Verhalten der für die Markierung verantwortlichen Person in seltenen Fällen eine Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR begründen. Massgebend sind die Wegkategorie, die Umstände des Einzelfalls, normale Sichtverhältnisse und die Eigenverantwortung. Für das Anbringen von Markierungen sind die jeweils gültigen Empfehlungen zu beachten (zurzeit das Handbuch «Signalisation Wanderwege»). Die Frage der Haftung stellt sich beispielsweise, wenn auf einem gelb markierten Wanderweg ein harmlos scheinender Trampelpfad abzweigt und direkt zum Rand einer darunter liegenden Felswand führt, ohne dass bei der Abzweigung eine Markierung (z.B. mit Richtungspfeil) angebracht ist.

#### b) Zweck und bestimmungsgemässe Benutzung

Bei Berg- und Alpinwanderwegen liegt der *Zweck* für die Nutzerinnen und Nutzer in der Bewegung in anspruchsvollem voralpinem und alpinem Gelände in der freien Natur. Aufgrund der Einstufung in verschiedene *Wanderwegkategorien* (Wander-, Bergwander- und Alpinwanderweg) können die Wanderer die dabei auf sie zukommenden Schwierigkeiten ungefähr abschätzen. Es ist wichtig darauf hinzuweisen, dass all die genannten Wanderwegkategorien grundsätzlich für die Nutzung während der *schneefreien Jahreszeit* sowie *während des Tages* angelegt sind; auf Alpinwanderwegen ist allerdings auch im Sommer mit Schnee und Eis zu rechnen. Den Wanderern bleibt viel Eigenverantwortung auferlegt, denn schlechte Sicht, Nässe, Kälte und sommerliche Schneefälle können die Anforderungen plötzlich massiv erhöhen. Auch bei guten äusseren Bedingungen ist oftmals anspruchsvolles Gelände (Unebenheiten, schmale Wege, Leitern, abschüssige Hänge, Höhenlage usw.) zu meistern. Vorbereitung, Ausrüstung und persönliche Verfassung sind für eine *bestimmungsgemässe Benutzung* ebenso wichtig.

#### c) Anlage und Unterhalt von Wanderwegen

Wird ein Wanderweg *neu geplant und angelegt*, so richten sich Linienführung und Wegkategorie nach den konkreten topografischen Verhältnissen und den standardmässigen Anforderungen. Bestehende Gefahrenkarten und *Gefahrenkataster* (Liste eingetretener Naturereignisse mit Schadenfolge) sind in die Planung mit einzubeziehen. *Gefahrenkarten* zeigen auf, ob im fraglichen Bereich Naturgefahren wie Lawinen, Eis- und Steinschlag, Rutschungen oder andere schädliche Einwirkungen drohen und wie hoch die Gefahr ist (drei Gefahrenstufen). Für Berg- und Alpinwanderwege sind – je nach Situation – auch *Inventare gefährlicher Gletscher* zu berücksichtigen,

welche Hinweise auf mögliche Eis- und Gletscherabbrüche sowie Gletscherhochwasser geben.<sup>59</sup>

Bei der Linienführung sind *Gefahrenstellen* so weit möglich zu *vermeiden* (Steinschlagrunsen, Rutschgebiete usw.). Zum Schutz des Landschaftsbildes und der Flora sollen bauliche Eingriffe (z.B. Galerien, Stützmauern, Hängebrücken) und Terrainveränderungen (z.B. Sprengungen, Aufschüttungen) zurückhaltend eingesetzt werden. In Ortschaftsnähe und bei Bahnstationen befinden sich häufig auch bergungsgewohnte und schlecht ausgerüstete Personen. Im unmittelbaren *Umgebungsreich von Bergbahnen* kann eine *geschützte und gesicherte Zone* notwendig sein, falls in der Nähe alpine Gefahren (Absturzgefahr, Gletscherspalten) lauern; z.B. bei einem kurzen, exponierten Gipfelweg von der Bahnstation aus. Vor den Ausgängen aus diesem Bereich sind Tafeln erforderlich, welche über die vorhandenen Wege und Gefahren aufklären. Die öffentlichen Wanderwege ausserhalb der geschützten Zone müssen keinen höheren Ausbaustandard als sonst aufweisen. Falls eine Bergbahnunternehmung in der Werbung oder im Internet bestimmte *Wege speziell anpreist*, kann dies jedoch höhere Anforderungen zur Folge haben (Bsp. Wanderweg auf dem Jungfraufern vom Jungfraujoch zum oberen Mönchsloch, BE/VVS).<sup>60</sup>

Zum Wegunterhalt gehören der *laufende Unterhalt* (für den sicheren Betrieb eines Weges, insbesondere auch Kontrollen nach Unwettern) und der *periodische Unterhalt* (z.B. Erneuerung der Wegsubstanz, der Signalisation und Markierung).<sup>61</sup> Empfehlenswert sind *Sicherheitskonzepte*, welche die Wegstrecken beschreiben, mögliche Naturgefahren nennen, die Zuständigkeiten und das Meldewesen sowie die periodischen Kontrollen regeln.<sup>62</sup> Anzumerken bleibt: Selbst wenn ein Wegstück auf Grund baulicher Massnahmen als Werk zu qualifizieren ist und Mängel aufweist, «kann der mangelhafte Unterhalt eines Werkes als kausale Schadensursache entfallen, wenn feststeht, dass auch bei richtigem Unterhalt des Werkes weder der Schadenseintritt verhindert noch dessen Auswirkungen gemindert worden wären» (*rechtmässiges Alternativverhalten*).<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Zur rechtlichen Bedeutung von Gefahrenkarten, ROLF LÜTHI, *Rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit der Gefahrenkarte*, PLANAT Reihe 4/2004, 1 ff.; BÜTLER (FN 3), 183 ff. (Naturgefahrenkarten), 186 ff. (Inventare gefährlicher Gletscher); URS BEELER, *Planerischer Schutz vor Naturgefahren*, Sicherheit & Recht 1/2008, 39 ff. Zum Umgang mit Naturgefahren: AMT FÜR WALD/TIEFBAUAMT/AMT FÜR GEMEINDEN UND RAUMORDNUNG, *Achtung Naturgefahr! Verantwortung des Kantons und der Gemeinden im Umgang mit Naturgefahren*, Bern 1999, 1 ff.; www.planat.ch.

<sup>60</sup> BÜTLER (FN 3), 200, 211.

<sup>61</sup> Zur Anlage von Wanderwegen: BUNDESAMT FÜR STRASSEN/SCHWEIZER WANDERWEGE, *Handbuch «Bau und Unterhalt von Wanderwegen»*, Bern 2009, 1 ff.; zur Unterhaltspflicht: PORTNER (FN 3), 92 ff.

<sup>62</sup> DAZU ARBEITSGRUPPE NATURGEFAHREN DES KANTONS BERN (FN 29), 14 f. mit Musterbeispiel.

<sup>63</sup> Zum rechtmässigen Alternativverhalten: BSK OR I-SCHNYDER, Art. 58, N 19 mit Verweis auf BGE 122 III 229 ff., E. 5a aa (Schäden an Einrichtungen und Kulturen durch Hochwasser des kleinen Flusses Nozon/VD); REY (FN 42), N 1057a.

<sup>58</sup> Dazu auch PORTNER (FN 3), 81 ff.

#### d) Zumutbarkeit von Sicherungs- und Schutzmassnahmen

Auf Grund des beschriebenen Zwecks der Berg- und Alpinwanderwege, zur Erhaltung des Landschaftsbildes sowie wegen des weitläufigen Netzes solcher Wege in abgelegenen steilem Gelände können von den Gemeinwesen – abgestuft je nach Standard der betroffenen Wanderwegkategorie (Wander-, Bergwander- oder Alpinwanderweg) – nur *minimale bauliche Massnahmen* verlangt werden; anderes ist weder erwünscht noch finanziell und logistisch *zumutbar* (Prinzip der Verhältnismässigkeit). Die zuständigen Behörden müssen gegen spezielle, *fallenartige Gefahren*, die ihnen bekannt sind, im Rahmen der Zumutbarkeit Schutzvorkehrungen treffen. Soweit bauliche Massnahmen und Schutzvorkehrungen ergriffen werden, müssen diese allerdings richtig angelegt sein, dem Stand der Technik entsprechen und genügend unterhalten werden, Beispiele sind Treppen, Stege, Leitern, Handläufe, Stützmauern. Dazu dienen jährliche Kontrollen und Überprüfungen durch die zuständigen Behörden sowie der Beizug von Fachleuten nach ausserordentlichen Naturereignissen.<sup>64</sup>

#### 4.3 Zufall und höhere Gewalt: Haftung bei Naturereignissen?

Berg- und Alpinwanderwege liegen im Einflussbereich verschiedener *Naturprozesse und -gefahren*; zu erwähnen sind Steinschlag, Fels- und Bergsturz, Murgänge, Hangrutschung, Schnee- und Eislawinen, Blitzschlag, Starkniederschläge, Flutwellen, umstürzende Bäume bei Sturm und Schneedruck usw. Dabei handelt es sich meistens um *zufällige, also von menschlichen Handlungen unabhängige Ereignisse*. Ein zu hoher Intensität gesteigerter Zufall wird auch als *höhere Gewalt* bezeichnet. Es geht um nicht voraussehbare, aussergewöhnliche und unabwendbare Ereignisse, die mit grosser Wucht hereinbrechen wie z.B. Erdbeben oder Blitzschlag. Überraschende, ausserordentlich heftige und seltene Hochwasser, Murgänge, Lawinen oder Felsstürze können in diese Kategorie fallen. Die Rechtsprechung ist restriktiv; so wurde höhere Gewalt verneint bei wolkenbruchartigen Regenfällen in einer Berggegend, hingegen bejaht bei einem Murgang nach einem sehr heftigen Gewitter.<sup>65</sup> In der Abgrenzung zum *gewöhnlichen, niederen Zufall* sind die Unvorhersehbarkeit, die Aussergewöhnlichkeit und die unabwendbare Gewalt massgebliche Kriterien.

Nach einer Lehrmeinung kann nur dann von höherer Gewalt gesprochen werden, wenn ein Werk bereits mangelhaft ist und eine Naturkatastrophe hinzukommt, die den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Werkmangel und dem Schaden unterbricht. Wird jedoch ein vorher mangelhaftes Werk durch ein

Naturereignis beschädigt, so führt dieses den Werkmangel, also die haftungsbegründende Ursache, selbst herbei. Es handelt sich dann um einen *fremdbestimmten Werkmangel*, und es stellt sich die Frage, inwiefern seine Entstehung «nicht mehr dem Werkeigentümer angelastet werden» kann, d.h., wie weit sich der Risikobereich des Werkeigentümers erstreckt.<sup>66</sup>

Grundsätzlich hat der Eigentümer den Zufall zu tragen («*casum sentit dominus*»)<sup>67</sup> Nach Lehre und Rechtsprechung haftet dementsprechend der *Werkeigentümer* für *Schäden aus zufälligen Ereignissen*, es sei denn, es liege höhere Gewalt vor.<sup>68</sup> Dies ist – je nach Zweckbestimmung und Lage des Werks – unbefriedigend, wenn es um direkte, nicht abwendbare Schäden geht, weil dadurch die Verkehrssicherungspflichten des Werkeigentümers tendenziell überspannt werden und Unmögliches verlangt wird. Dies gilt ganz besonders für überraschende kleinere Naturereignisse wie vereinzelte Steinschläge, umfallende Bäume, kleine Hangrutschungen usw. bei Berg- und Alpinwanderwegen. Die Benutzer von Wegen im Gebirge können zum Beispiel vor gelegentlichen Steinschlägen, die nicht gehäuft an bestimmten Stellen vorkommen, grundsätzlich nicht sinnvoll und in zumutbarer Weise geschützt werden.

Bei der Frage der Haftung des Werkeigentümers für Schäden an Wanderwegen aus *zufälligen Naturereignissen* sind für die Beurteilung der Mängelfreiheit bzw. Mangelhaftigkeit *zwei Situationen zu unterscheiden*: einerseits voraussehbare, drohende, andererseits bereits eingetretene Naturereignisse. Steht eine *ausserordentliche Gefahrenlage* bevor (drohender Fels-, Eissturz, Murgang oder drohende Flutwelle, Hangrutschung), und erhalten die zuständigen Behörden davon rechtzeitig Kenntnis durch glaubwürdige Hinweise (z.B. Warnung durch Fachleute), so ist ein entsprechendes Ereignis – in begrenztem Umfang – *voraussehbar*. Es sind *Fachleute* (Geologen, Glaziologen etc.) zur Überwachung beizuziehen und rasch präventive Schutzmassnahmen zu ergreifen. Je nach Gefahrenlage und Dringlichkeit ist die Einrichtung eines Frühwarnsystems (ein Beispiel ist Weg zur Windegghütte SAC unterhalb des Triftgletschers und -sees/BE wegen drohender Flutwelle), eine sofortige Sperrung von Wegen, Campingplätzen usw. (mittels Tafeln, Absperrbändern oder -brettern) nötig. Unter Umständen genügt das Aufstellen einer Warnung oder eines Gefahrensignals. Es ist sicherzustellen, dass die Absperrung solange als nötig tatsächlich vorhanden ist und danach entfernt wird. Die Unterlassung zeitlich und finanziell zumutbarer Massnahmen kann auf Grund der Garantienstellung der zuständigen Behörden unter Berufung auf den Gefahrensatz eine Haftpflicht auslösen.

<sup>64</sup> Zu Naturereignissen (Zufall und höhere Gewalt) siehe nachfolgend Ziff. 4.3.

<sup>65</sup> Zur höheren Gewalt: BK-BREHM, Art. 41 OR, N 142 f.; BÜTLER/SUTTER (FN 53), 481 ff.; REY (FN 42), N 574 ff.; BGE 111 II 429 ff., E. 3; BGE 100 II 134 ff., E. 5 und BGE 49 II 254 ff., 263, 266.

<sup>66</sup> Zum Ganzen ausführlich KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband, 4. Aufl., Zürich 1987, 200 ff.; ferner BK-BREHM, Art. 58 OR, N 95 ff.

<sup>67</sup> Zum Prinzip «*casum sentit dominus*» REY (FN 42), N 18 ff.

<sup>68</sup> OFTINGER/STARK (FN 66), 200 f.; BGE 69 II 394 ff., 398 f.; 60 II 341 ff., E. 2; ferner HONSELL (FN 42), § 18 III, N 14.

Auf Grund der Zweckbestimmung von Wegen im Gebirge ist hingegen eine Haftung für direkte Schäden infolge *nicht voraussehbarer, zufälliger Naturereignisse* m.E. unabhängig von Ausmass/Intensität abzulehnen. Sollte eine Haftung dennoch bejaht werden, kann die Ersatzpflicht in Würdigung der Umstände nach Art. 43 OR und unter Berücksichtigung der Eigenverantwortung nach Art. 44 OR *herabgesetzt* werden.<sup>69</sup> Ein heikler und entscheidender Punkt für die Mängelfreiheit liegt also bei der Frage der *Voraussehbarkeit* eines gefährlichen Naturereignisses. Bei der gerichtlichen *ex-post Beurteilung* muss auf die Umstände und Kenntnisse der zuständigen Behörden und Personen vor dem Ereignis/Unfall abgestellt werden.<sup>70</sup> Die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflichten dürfen dabei nicht überspannt werden.

Werden gesicherte oder durch Bauten verstärkte *Wanderwegstellen durch ein eingetretenes Naturereignis beschädigt* (z.B. kaputter Handlauf, gerissenes Seil, Abrutschen eines Wegstücks), und erleidet deswegen ein Berggänger später einen Schaden, so stellt sich ebenfalls die Haftungsfrage. Ein Werkmangel ist nur zurückhaltend anzunehmen; massgebliche *Kriterien* sind Art und Grad der Gefahr (*fallenartige, überraschende Gefahr*) bzw. die Schwere des Ereignisses, die *Voraussehbarkeit* von Schäden, die *Dringlichkeit und Zumutbarkeit von Massnahmen* (Grösse des Wanderwegnetzes, Bestand an Personal, Kosten usw.) sowie die Eigenverantwortung der Wanderer. Solange die zuständigen Behörden und Unterhaltsverantwortlichen innert angemessener Frist die Wege kontrollieren und zumutbare Sicherheitsmassnahmen treffen, kann ihnen kein haftpflichtrechtlich relevanter Vorwurf gemacht werden. Für bauliche Massnahmen wie Reparaturen oder Wegsanierung oder -verlegung ist ausreichend Zeit einzuräumen.<sup>71</sup>

#### 4.4 Eigenverantwortung, Selbstverschulden und Restrisiko

Wie bereits erwähnt, kommt der *Eigenverantwortung* der Wanderer und Berggänger eine zentrale Bedeutung zu. Trifft den Geschädigten bei einem Unfall ein mitwirkendes *Selbstverschulden*, so kann die Ersatzpflicht gemäss Art. 44 Abs. 1 OR herabgesetzt werden; bei überwiegendem Selbstverschulden fällt die Haftung infolge Unterbrechung des Kausalzusammenhangs gänzlich weg. Die Eigenverantwortung betrifft Planung, Vorbereitung, Ausrüstung, körperliche Verfassung, die situationsangepasste Wahl von Wanderwegkategorie (Wander-, Bergwander- oder Alpinwanderweg), Wanderroute und -zielen sowie die Berücksichtigung der

äusseren Verhältnisse (Wetter, Tages- und Jahreszeit). So ist beispielsweise im Frühling und Frühsommer wegen der Schneeschmelze und dem Auftauen vermehrt mit Steinschlägen und rutschigen Schneefeldern zu rechnen. Immerhin dürfen sich Wanderer auf signalisierten und markierten Wanderwegen darauf verlassen, dass sich der Schwierigkeitsgrad unter normalen Verhältnissen (trocken, schneefrei, bei Tageslicht und guter Sicht) im Rahmen der jeweiligen Wegkategorie bewegt; weiter auch, dass die baulich-technischen Vorkehrungen keine elementaren Mängel aufweisen.

Ein Werkmangel kommt dann in Betracht, wenn eine *spezielle, fallenartige Gefahr* dem Werkeigentümer bekannt oder für ihn erkennbar war, ohne dass rechtzeitig zumutbare Schutzvorkehrungen getroffen werden. Einzelne Steinschläge können sich in den Bergen praktisch jederzeit ereignen. Das *Restrisiko* solcher gefährlicher Naturprozesse tragen die Wanderer.<sup>72</sup>

#### 4.5 Eigentum und Hoheit im Bereich von Berg- und Alpinwanderwegen

##### a) Kantone und Gemeinden gestützt auf Art. 664 ZGB

Im alpinen Gelände ist zwischen dem *kulturfähigen* und dem kulturunfähigen *Land* zu unterscheiden. Die Grenze dieser Gebiete verläuft dort, wo ein systematischer landwirtschaftlicher Anbau oder eine Nutzung durch Weidetiere nicht mehr möglich ist; touristische oder energiewirtschaftliche Nutzung spielt dabei keine Rolle. Zum *kulturunfähigen Land* gehören nach Art. 664 Abs. 2 ZGB insbesondere Felsen, Firne und Gletscher. Bergwanderwege führen teils über kulturfähiges und teils über kulturunfähiges Land. Alpinwanderwege befinden sich zum grössten Teil im kulturunfähigen Land und damit im Hoheits- oder Eigentumsgebiet des Territorialkantons oder der Territorialgemeinde.

Denn während kulturfähiges Land, z.B. eine Alpweide, im privaten Eigentum oder im Eigentum respektive im Hoheitsgebiet von Kantonen oder Gemeinden stehen kann, gehört das kulturunfähige Land gemäss Art. 664 Abs. 1 und 2 ZGB zum Hoheitsgebiet des betroffenen Kantons. Die Kantone haben in letzterem Fall die Kompetenz, diese sachenrechtliche Herrschaft in Form von Gebietshoheit, öffentlichem oder privatem Eigentum auszuüben. Sie können diese Rechte auch gesetzlich an die Territorialgemeinden delegieren; Beispiele sind der Kanton Graubünden (Eigentum der politischen Gemeinden) und der Kanton Wallis, wo Fels- und Gletschergebiete im öffentlichen Eigentum der Munizipalgemeinden stehen, dies etwa im Unterschied zum Kanton Bern, wo der Kanton das Hoheitsrecht inne hat. Festzuhalten ist, dass die sachenrechtliche Hoheit der Gemeinwesen eine stärkere Stellung als das Eigentum einräumt, da damit auch Gesetzgebungsbefugnisse verbunden sind.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Dazu auch BÜTLER/SUTTER (FN 53), 482 f.; BGE 47 II 425 ff., 431; BGE 57 II 104 ff., 111; anderer Meinung BK-BREHM, Art. 58 OR, N 93.

<sup>70</sup> Ein berühmtes Beispiel ist die Gletscherkatastrophe bei Mattmark (VS) vom 30. August 1965 nach dem Abbruch des Allalingletschers, dazu BÜTLER (FN 3), 253 ff.

<sup>71</sup> Dazu auch Handbuch «Bau und Unterhalt von Wanderwegen» (FN 61), Ziff. 6. Vgl. konkret zum Zeitaspekt bei den Felssturzereignissen auf der Gotthard-Autobahn in zwei aufeinander folgenden Jahren (2005/2006) BÜTLER/SUTTER (FN 53), 491 f.

<sup>72</sup> Zur Problematik siehe Ziff. 4.3. Zu den Begriffen Eigenverantwortung, Risiko und Restrisiko bei Naturgefahren und Hochtouren BÜTLER (FN 3), 169, 183, 191, 214 ff., 231 mit weiteren Verweisen.

<sup>73</sup> Näheres dazu bei BÜTLER (FN 3), 21 ff., insbes. 29-34.

## b) Eigentum von Privatpersonen als Ausnahme

Art. 664 Abs. 2 ZGB stellt zwar eine *Vermutung zuungunsten des Privateigentums* an Fels- und Gletschergebieten auf, lässt aber die *Möglichkeit des Nachweises von Privateigentum* offen; die Vermutung kann also widerlegt werden. Es ist ein Erwerb nach früherem kantonalem Zivilrecht nachzuweisen. Mehreren Privatpersonen oder Gemeinwesen ist ein solcher Nachweis auf dem Gerichtsweg mit alten Dokumenten (Kaufverträgen) gelungen. So stehen zahlreiche hochgelegene Alpweiden, Fels- und Gletschergebiete im Eigentum von Privatpersonen, wie z.B. der Ober- und Unteraargletscher (BE), der Rhonegletscher (VS), die Pigne d'Arolla (VS) oder ein Teil des Pizzo Tambo (GR).<sup>74</sup> Schliesslich ist je nach kantonaler Rechtslage der Erwerb von Eigentums- oder Nutzungsrechten an Gebirgszonen unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen durch eine sog. «Aneignung» möglich (Art. 664 Abs. 3 ZGB).<sup>75</sup>

## c) Eigentum am Material und am Boden – Akzessionsprinzip

Werden Wanderwege durch punktuelle bauliche Massnahmen angeordnet und gesichert, so wird das *verwendete Material* (Holz, Metall, Beton usw.) in der Regel mit dem Boden (z.B. im seitlichen Fels) verbunden. Dadurch wird es auf Grund des sachenrechtlichen Akzessionsprinzips zum *Bestandteil des Grundstücks* (Art. 671 Abs. 1 ZGB) und gehört dem Eigentümer oder dem hoheitsberechtigten Gemeinwesen des betroffenen Grundstücks. Dies kann für den Eigentümer oder Hoheitsberechtigten dieses Bodens haftungsrechtlich relevant werden, wenn Wegstücke oder gesicherte Stellen als Werke zu qualifizieren sind und Mängel aufweisen, die zu Personenschäden führen.

## 4.6 Wer ist Werkeigentümer bei Berg- und Alpinwanderwegen?

### a) Passivlegitimation bei der Werkeigentümerhaftung

Der klare Wortlaut von Art. 58 Abs. 1 OR sieht vor, dass der *sachenrechtliche Eigentümer* eines Werkes für den durch einen Werkmangel verursachten Schaden haftet. Massgeblich sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber nicht die Begriffe des Sachenrechts, sondern es kommt auf den Zweck an, dem die Werkanlage als Ganzes zu dienen hat. Haftpflichtig ist, «wer die Werkanlage als Ganzes erstellt hat, wer sie benützt und tatsächlich über sie verfügt und darum für ihren Unterhalt zu sorgen hat.»<sup>76</sup> Neben der Position als Eigentümer kommen nach Lehre und Rechtsprechung bei Gemeinwesen auch eine *mit dem Privateigentum vergleichbare Sachherrschaft* (z.B. Hoheitsrecht) oder eine

Unterhaltungspflicht aus einem öffentlichen Wegrecht (*Dienstbarkeit*), ein *Monopol* oder eine *Konzession* in Frage. Soweit die Unterhaltungspflicht nicht auf einer sachenrechtlichen, sondern nur auf einer obligatorischen (vertraglichen) Grundlage beruht, kann diese nicht zu einer Stellung als Werkeigentümer führen.<sup>77</sup>

Die *bundesgerichtliche Rechtsprechung* möchte die subjektive Haftbarkeit «angesichts des klaren Gesetzeswortlautes und mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit nur mit Zurückhaltung» ausdehnen. Allerdings ist das Bundesgericht in verschiedenen Fällen vom formalen Eigentumsbegriff abgewichen. So ist das dienstbarkeitsberechtigte Gemeinwesen als Werkeigentümer einzustufen, wenn ein *öffentlicher Fussweg* auf einem privaten Grundstück gestützt auf eine privatrechtliche Dienstbarkeit des öffentlichen Wegrechts errichtet und vom Gemeinwesen unterhalten wird.<sup>78</sup> In einem anderen Entscheid spricht das Bundesgericht zudem vom «Sondertatbestand der Haftung des Gemeinwesens für öffentliche Strassen und Wege.»<sup>79</sup> In einem Fall erstellte eine Gemeinde ein Trottoir auf privatem Grund und haftete für die mangelhafte Erstellung desselben. In einem anderen Fall errichtete eine Gemeinde einen Steg auf Kantonsgrund und haftete nach einem Unfall.<sup>80</sup> Die Frage, wer bei Berg- und Alpinwanderwegen als Werkeigentümer zu qualifizieren ist, wird nachfolgend ausführlich erörtert.

### b) Kantone und Gemeinden bei Eigentum, Hoheit und Wegunterhalt

Führen markierte, signalisierte und in einem Wanderwegplan aufgenommene Berg- und Alpinwanderwege über *öffentlichen Grund*, so ist das sachenrechtlich zuständige Gemeinwesen (Kanton oder Gemeinde mit Eigentums- oder Hoheitsrecht) in der Regel gestützt auf den Wortlaut von Art. 58 Abs. 1 OR als Werkeigentümer zu qualifizieren.

Führen solche öffentlichen Wanderwege über *Grundstücke im Privateigentum*, so stellt sich die Frage, ob der private Eigentümer oder die unterhaltungspflichtige Person/Körperschaft (Gemeinwesen oder private Drittperson) als Werkeigentümer zu qualifizieren ist. Es ist zu untersuchen, ob das fehlende Sacheigentum/Hoheitsrecht des Gemeinwesens durch andere Faktoren aufgewogen werden kann, um eine Ausdehnung der Passivlegitimation auf den Nichteigentümer zu rechtfertigen: zu nennen sind der heikle Punkt der vergleichbaren Sachherrschaft, die Zweckbestimmung, das öffentliche Interesse und eine gesetzliche Verpflichtung zum Unterhalt eines öffentlichen Wanderwegs.

<sup>74</sup> Zu Fels- und Gletschergebieten im Privateigentum: BÜTLER (FN 3), 34 ff., 53 ff., 97 ff. (Rhonegletscher), 108 ff. (Pizzo Tambo) 112 ff. (Aaregletscher).

<sup>75</sup> Mit Aneignung ist hier nicht Ersitzung, sondern Erwerb durch Kauf, Tausch, Schenkung, Erbschaft oder behördliche Einräumung gemeint. Detaillierte Ausführungen zum Ganzen bei BÜTLER (FN 3), 34 ff.

<sup>76</sup> BGE 91 II 281 ff., E. 3b (Zitat) sowie BGE 106 II 201 ff., E. 2a.

<sup>77</sup> Siehe BK-BREHM, Art. 58 OR, N 4 ff.; REY (FN 42) N 1068-1073; HONSELL (FN 42), § 18, IV. N 19; BÜTLER (FN 3), 171, 191; BGE 123 III 306 ff. E. 3a bb (Sprungturm in See als öffentlichem Gewässer); BGE 121 III 448 ff., E. 2a-d; BGE 106 II 201 ff., E. 2a.

<sup>78</sup> Dazu BGE 91 II 281 ff. (öffentlicher Fussweg in Gstaad/BE).

<sup>79</sup> Siehe BGE 121 III 448 ff., E. 2a.

<sup>80</sup> BGE 89 II 331 ff., 333; BGE 74 II 155 ff., 158; Beispiele bei BK-BREHM, Art. 58 OR, N 14.

Folgende Argumente sprechen dafür, auch hier das *Gemeinwesen als Werkeigentümer* zu betrachten:<sup>81</sup> Besonders hervorzuheben ist der Fall, dass das Gemeinwesen Inhaber einer Wanderwegdienstbarkeit oder dass die betroffene Privatperson kraft jahrzehntelanger Übung von jeglicher Unterhaltspflicht befreit ist. Für *Dienstbarkeiten* ist Art. 741 ZGB (Last des Unterhalts) zu beachten: Gehört zur Ausübung der Dienstbarkeit eine Vorrichtung, so hat sie der Berechtigte zu unterhalten. Dies umfasst gemäss Bundesgericht auch die Pflicht zur Beseitigung von Mängeln, die Dritte gefährden können.<sup>82</sup> Die Unterhaltspflicht lässt sich sodann aus kantonalen Fuss- und Wanderweggesetzen und bei Fehlen einer kantonalen Grundlage m.E. bereits aus Art. 6 Abs. 1 lit. a und b FWG ableiten.<sup>83</sup> Eine gesetzliche Verpflichtung zum Wegunterhalt ist eine stärkere Grundlage als ein Vertrag. Ob das Gemeinwesen die konkrete Durchführung seiner gesetzlich verankerten *Unterhaltspflicht* im Innenverhältnis vertraglich an eine Drittperson *delegiert* hat, sollte bei der Beurteilung für das Aussenverhältnis zur geschädigten Person zu keinem anderen Ergebnis führen. Es ist «unerheblich, ob der Mangel des Werkes durch den Eigentümer selbst herbeigeführt oder aber durch fremde Personen verursacht wurde».<sup>84</sup> Das Gemeinwesen kann der Werkeigentümerhaftung also nicht mit dem Argument entgehen, es habe die beauftragte Drittperson (Hilfsperson) sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht, sofern dennoch ein elementarer Werkmangel zu einem Schaden geführt hat.<sup>85</sup> Das haftpflichtige Gemeinwesen kann den Schaden auf dem Weg des *Rückgriffs* gestützt auf privat- oder verwaltungsrechtlichen Vertrag auf die beauftragte Hilfsperson (z.B. Wanderwegverein oder Person) abwälzen, falls es eine Sorgfaltspflichtverletzung beweisen kann und der Hilfsperson der Exkulpationsbeweis misslingt (Art. 97 Abs. 1 OR).<sup>86</sup>

Soweit die Werkeigentümerhaftung wegen fehlender Voraussetzungen nicht zum Tragen kommt, ist bei der Delegation von öffentlichrechtlichen Aufgaben an besondere Organisationen (hier kantonale Wanderwegvereine wie z.B. in Ziff. II.2 erwähnt) nach den anwendbaren Verantwortlichkeitsgesetzen auch zu prüfen, ob

<sup>81</sup> Ob anders zu entscheiden ist, wenn das private Grundstück mit einer privatrechtlichen Dienstbarkeit des öffentlichen Wegrechts belastet und darin die Unterhaltspflicht der Privatperson gegen Entschädigung festgehalten ist, kann hier offenbleiben (denn meistens dürfte in solchen Konstellationen das Gemeinwesen unterhaltspflichtig sein); dazu auch BGE 91 II 281 ff.

<sup>82</sup> BGE 91 II 281 ff., E. 4 und 5a.

<sup>83</sup> Geht man davon aus, dass die Unterhaltspflicht des Gemeinwesens grundsätzlich aus Art. 6 Abs. 1 lit. b FWG bzw. aus kantonalen Erlassen hergeleitet werden kann, entfällt auch die Variante, dass die Wegunterhaltspflicht des Gemeinwesens «lediglich» auf einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag beruht. In diesem Falle wäre das rechtliche Fundament für die Werkeigentümerstellung des Gemeinwesens etwas schwächer.

<sup>84</sup> BSK OR I-SCHNYDER, Art. 58 N 3.

<sup>85</sup> Z.B. BGE 69 II 394 ff., E. 3; BK-BREHM, Art. 58 OR, N 92; REY (FN 42), N 1027.

<sup>86</sup> Im Rahmen der Staatshaftung ist ein Rückgriff hingegen in der Regel nur bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Schädigung möglich.

die Organisation dem Geschädigten gegenüber direkt haftet; dazu auf Bundesebene Art. 19 Verantwortlichkeitsgesetz (VG).<sup>87</sup>

Die öffentlichen Wanderwege werden in der Regel im Auftrag bzw. mit Einwilligung der Gemeinwesen erstellt. Die Aufrechterhaltung und Offenhaltung der Wanderwege und der damit verbundenen Werke liegt im *öffentlichen Interesse*, da sie den Zutritt auf Weide, Wald und Gebirge im Sinne von Art. 699 ZGB ermöglichen («kleiner Gemeingebrauch»): Wanderweg-Werke dienen der Allgemeinheit und damit einem öffentlichen Zweck. Der private Grundeigentümer darf einen solchen Wanderweg von sich aus weder einschränken noch abbrechen, womit ihm – trotz formellen Grundeigentums – diesbezüglich praktisch keine Sachherrschaft verbleibt. Auch ein Grundstück im Privateigentum steht gleichzeitig im Hoheitsgebiet des territorial betroffenen Gemeinwesens, was dem Gemeinwesen im Bereich eines öffentlichen Wanderwegs eine gewisse sachenrechtliche Herrschaft verleiht. Es kommt hinzu, dass die Gemeinwesen im Umgang mit Naturgefahren und mit dem Wegunterhalt in der Regel einen Informationsvorsprung und mehr Erfahrungen haben dürften als der private Grundeigentümer.

Angesichts der unklaren Rechtslage und mit Blick auf Lehre und Rechtsprechung tun Privatpersonen aber gut daran, die Unterhaltspflicht des Gemeinwesens für den öffentlichen Wanderweg auf ihrem privaten Grundstück mithilfe der Errichtung einer Dienstbarkeit (öffentliches Wegrecht) zu regeln, um im Schadenfall nicht als Werkeigentümerinnen belangt zu werden.

### c) Privatpersonen bei Eigentum und Wegunterhalt?

*Privatpersonen* wie zum Beispiel Vereine, Genossenschaften, natürliche oder juristische Personen und Bergbahnunternehmen haften in der Regel für Werkmängel auf Wanderwegen aus Art. 58 Abs. 1 OR, wenn der betroffene Wegabschnitt über ihr *privates Grundstück führt* und sie den Weg *primär im Eigeninteresse angelegt haben und unterhalten sowie kommerziell nutzen*; dies gilt m.E. selbst dann, wenn kommerziell genutzte Wege über *öffentlichen Grund* führen und rechtlich durch eine Dienstbarkeit zugunsten der Privatperson abgestützt sind.<sup>88</sup> Die Zweckbestimmung und das Eigeninteresse zeigen sich insbesondere dadurch, dass für die Wegbenützung (für Wanderer oder Autofahrer) ein *Eintritt* verlangt wird. Dies kann z.B. Wanderwege zu Sehenswürdigkeiten wie Schluchten, Wasserfällen, Gletschermühlen, Kraftwerken, Staumauern, Hütten oder Bergstationen von Bahnen betreffen, falls dieses Terrain, ein

<sup>87</sup> Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (SR 170.32). Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a VG haftet der Bund jedoch für den ungedeckten Betrag, falls die Organisation den geschuldeten Betrag nicht zu leisten vermag.

<sup>88</sup> Ob das Bundesgericht so entscheiden würde, ist offen. Ähnliche Fragen stellen sich, wenn Werke wie Leitungen, Bahngleise, Luftseilbahnen, Aussichtstürme, Passerellen, Sport- und Spielanlagen gestützt auf eine Baurechtsdienstbarkeit erstellt werden; dazu BK-BREHM, Art. 58 OR, N 9.

Teil davon (z.B. Eingangsbereich) oder ein Gebäude gestützt auf ein Baurecht im Privateigentum steht. Beispiele für Wege (hier meist auf öffentlichem Grund) mit Eintrittsgebühr für Wanderer sind die Aareschlucht (BE), die Schlucht beim Unteren Grindelwaldgletscher (BE), die Wege zu den Trümmelbach- und zu den Reichenbachfällen (BE), der Weg zur und in die Eisgrotte beim Rhonegletscher (VS), die Gletschergrotte auf Mittelallalin in Saas Fee (VS), und der Treppenaufstieg im Vorgelände des Oberen Grindelwaldgletschers (BE). M.E. gilt diese Lösung auch für den Fall, dass die Privatperson für die Wegbenutzung keinen separaten Eintritt verlangt, falls das Recht zur Benutzung in einem Bahnticket inbegriffen ist; Beispiele sind die Gletschergrotten auf dem Jungfraujoch (BE/VS), auf dem Titlis (OW) und auf dem Klein Matterhorn (VS).

Zu prüfen ist auch der in der Praxis wichtige Fall, dass *Privatpersonen* (z.B. Wanderwegverein, Genossenschaft, SAC Sektion, Hüttenwart, Bauer) *offizielle Wanderwege, die im Eigentum oder unter der Hoheit eines Gemeinwesens stehen, unentgeltlich oder gegen Entgelt unterhalten* (laufender und periodischer Wegunterhalt); dies *gestützt auf einen Vertrag* (z.B. Auftrag, Werkvertrag, Pacht, Arbeitsvertrag), Gefälligkeit oder langjährige Übung. Soweit das Gemeinwesen Entgelt für die Auftragsarbeit leistet, kann hier – im Unterschied zu den bereits genannten Fällen – nicht von einer kommerziellen Wegnutzung durch eine Privatperson die Rede sein.

Auf Grund von Art. 58 Abs. 1 OR haftet der Werkeigentümer für Schäden aus Werkmängeln. Die Rechtsprechung dehnt die Haftung – wie erwähnt – ausnahmsweise auf einen Nichteigentümer aus, «wenn ein Gemeinwesen aufgrund seiner besonderen Rechtsstellung eine mit privatem Sacheigentum vergleichbare Sachherrschaft über das Werk ausübt. Diesfalls ist das Gemeinwesen aufgrund seiner – ganz oder teilweise – im öffentlichen Recht begründeten Sachherrschaft unter dem Gesichtspunkt von Art. 58 OR einem privatrechtlichen Werkeigentümer gleichzustellen.»<sup>89</sup> Hingegen kann aus der Rechtsprechung nicht abgeleitet werden, «dass die Passivlegitimation ebenfalls auf ein Privatrechtssubjekt ausgedehnt wird, dem am mangelhaften Werk lediglich eine dem Eigentümer ähnliche Stellung zukommt.»<sup>90</sup>

Vorliegend kommt einer solchen Privatperson weder eine mit dem Privateigentum vergleichbare Sachherrschaft zu noch nutzt sie den Weg kommerziell. Einerseits kann ein obligatorisches Rechtsverhältnis in der Regel keine solche Stellung verschaffen, andererseits sind offizielle Wanderwege – selbst wenn sie im Wanderwegplan nicht verzeichnet sind – im öffentlichen Interesse zu unterhalten. Der private Wegunterhalter hat sich an die Vorgaben der zuständigen Behörden zu halten. Aus diesem Grunde haftet die zum Wegunterhalt verpflichtete Privatperson dem Geschädigten gegenüber in solchen Fällen nicht als Werkeigentümer; vielmehr trifft es das zuständige Gemeinwesen (Kan-

ton oder Gemeinde) als Eigentümer bzw. Hoheitsberechtigter. Im internen Verhältnis kann das haftpflichtige Gemeinwesen gestützt auf den privat- oder verwaltungsrechtlichen Vertrag allenfalls *Rückgriff* nehmen. Zwar ergibt die skizzierte Lösung ein etwas kompliziertes «Dreiecksverhältnis» (Geschädigter – Werkeigentümer – beauftragter Wegbetreiber), welches auf Grund der Voraussetzungen der Werkeigentümerhaftung jedoch nicht zu vermeiden sein dürfte.

#### d) Werkeigentümer bei nicht im Wanderwegplan verzeichneten Wegen

Eine wichtige Fallgruppe bilden schliesslich öffentliche Wanderwege, welche – in der Regel auf öffentlichem Grund – zwar erstellt, markiert und signalisiert sind, jedoch aus zeitlichen oder anderen Gründen (z.B. 10-jährige Anpassungsfrist für Wanderwegpläne, lange Übergangsfrist von 20 Jahren für Alpinwanderwege) *weder in die kantonalen noch in die kommunalen Wanderwegpläne aufgenommenen* sind. Bei neu errichteten Wanderwegen muss das betroffene Gemeinwesen (Kanton oder Gemeinde) entscheiden, welche Bedeutung einem Wanderweg zukommt und welcher Wanderwegplan anzupassen ist.

Für die mögliche Haftung als Werkeigentümer ist die Aufnahme bzw. Nichtaufnahme in die Wanderwegpläne, wie erwähnt, m.E. nicht entscheidend, wenn das zuständige Gemeinwesen den Weg selber eingerichtet hat, die Errichtung delegiert/in Auftrag gegeben hat und/oder wenn es den Weg unterhält bzw. unterhalten lässt.<sup>91</sup> In solchen Fällen haftet der betroffene Kanton (je nach kantonaler Regelung auch die Territorialgemeinde) für Schäden aus Werkmängeln. Als Beispiel sind im Auftrag oder mit Genehmigung der Gemeinwesen bereits errichtete, markierte (und ev. signalisierte) Alpinwanderwege zu nennen, welche infolge der langen Übergangsfrist von 20 Jahren noch nicht in die Wanderwegpläne aufgenommen sind.<sup>92</sup> Die Übergangsfrist spielt nach meiner Ansicht insofern eine Rolle, als das unterhaltsverpflichtete Gemeinwesen bis zum Ablauf im Jahre 2026 nicht verpflichtet ist, Alpinwanderwege neu einzurichten oder bei schon existierenden Wegen die «Informationstafel Alpinwanderweg» am Weganfang aufzustellen.<sup>93</sup>

Wird der Weg an bestimmten Stellen mit erheblichen baulichen Schutzvorkehrungen (massive Aufschüttungen oder Abtragungen, Leitern, mehrere Ketten oder Metallstifte usw.) versehen, so erfordern diese je nach den Umständen eine *bauliche Ausnahmegewilligung* nach

<sup>91</sup> Dazu Ziff. 1.1.

<sup>92</sup> Zur Aufnahme der Alpinwanderwege in die «Signalisation Langsamverkehr» sowie zum Geltungsbereich des FWG: Ziff. 1.2.

<sup>93</sup> Siehe die Definition in Ziff. 1.2. Es ist eine bedauerliche Folge der revidierten Norm «Signalisation Langsamverkehr», dass bis im Jahre 2026 an jedem Weganfang eines Alpinwanderweges die entsprechende Informationstafel errichtet sein sollte. Diese m.E. zu weitgehende Vorgabe schadet dem Landschaftsbild und der ungestörten «Atmosphäre» im freien Gelände. Meistens begehen sowie so nur erfahrene Alpinisten solche Wege.

<sup>89</sup> BGE 121 III 448 ff., E. 2d (Zitat); BGE 123 III 306 E. 3a bb.

<sup>90</sup> REY (FN 42), N 1073, in Bezug auf BGE 121 III 448 ff., E. 2d, und BGE 123 III 306 ff., E. 3a.

Art. 24 Raumplanungsgesetz<sup>94</sup> (erhebliche Terrainveränderung, eventuell erhebliche Auswirkungen auf Umwelt, Landschaft, Fauna und Flora). Ersucht eine Privatperson (z.B. Bergbahn, Verein, Genossenschaft, SAC-Sektion) um die Baubewilligung für einen *neuen Berg- oder Alpinwanderweg auf öffentlichem Grund*, und wird die Bewilligung durch die zuständigen Behörden erteilt, so ist eine Werkeigentümerhaftung der Gemeinwesen für Schäden aus Werkmängeln m.E. zu bejahen, selbst wenn der öffentliche Weg durch eine Privatperson errichtet und/oder unterhalten wird und noch nicht im Wanderwegplan verzeichnet ist (Eigentum/Hoheit des Gemeinwesens am Boden, öffentliches Interesse am Wanderweg). Allerdings kann das Gemeinwesen auf die Privatperson im internen Verhältnis *Rückgriff* nehmen, falls diese oder deren Hilfspersonen fahrlässig gehandelt haben.

Legen hingegen Privatpersonen einen *neuen Berg- oder Alpinwanderweg ohne Einwilligung der zuständigen Behörden* auf öffentlichem Grund an (z.B. mit Markierungen im Gelände), so ist dies haftungsrechtlich problematisch. Wird dafür vorgängig kein Gesuch um Baubewilligung eingereicht, so handelt es sich um illegal erstellte Bauten. Solange die betroffenen Gemeinwesen nichts davon wissen, fehlt ihnen die nötige Verfügungsmacht. Die *Privatperson*, welche den Weg angelegt hat, muss dann die *haftpflichtrechtliche Verantwortung* wegen Mängeln gegenüber einer verunfallten Person aus Gründen der Billigkeit alleine übernehmen, sei es aus Art. 41 Abs. 1 oder Art. 58 Abs. OR. M.E ist ein lokaler Wanderweg-Verantwortlicher (z.B. Ortsmitarbeiter des kantonalen Wanderwegvereins) aus Nebenpflicht zum Auftrag, Werkvertrag oder verwaltungsrechtlichen Vertrag mit dem Gemeinwesen verpflichtet, die zuständige Gemeindebehörde über unbewilligte Markierungen und Wegbauten zu informieren. Unterlässt er dies, kann er sich im Schadenfalle gegenüber dem Gemeinwesen haftbar machen, denn das Gemeinwesen muss sich das Wissen, die Handlungen und Unterlassungen seiner Hilfspersonen im Rahmen von Art. 58 Abs. 1 OR im Verhältnis zum Geschädigten anrechnen lassen.<sup>95</sup> Erhält das Gemeinwesen später vom «illegal» gebauten Wanderweg Kenntnis, so muss es prüfen, ob ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen ist. Wollen die zuständigen Behörden die Baubewilligung verweigern, die Wegvorrichtungen nicht genehmigen oder den Wanderweg definitiv nicht in die Wanderwegpläne aufnehmen, sollten sie – unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips – die *Entfernung der Kunstbauten, Markierungen und Signalisationen* verfügen.<sup>96</sup> Andernfalls ist eine mögliche Haftbarkeit als Werkeigentümer nicht auszuschliessen.

Auf sog. *Trampelpfaden*, welche weder signalisiert oder markiert sind noch unterhalten werden, fällt eine Haftung der Gemeinwesen in der Regel ausser Betracht. Wird der Trampelpfad allerdings rege benützt und liegt eine ausserordentliche Gefahrensituation vor (z.B. drohender Bergsturz), die den Behörden bekannt oder für sie erkennbar und voraussehbar ist, so können die Gemeinwesen auf polizeirechtlicher Grundlage zu Schutzmassnahmen verpflichtet sein.

#### e) Zwischenfazit

Ist ein Gemeinwesen Eigentümer bzw. hat es das Hoheitsrecht, und ist es gleichzeitig aus irgendeinem Grund zum Wegunterhalt verpflichtet, so ist das Gemeinwesen auch Werkeigentümer im Sinne von Art. 58 OR. Ist eine Privatperson Eigentümerin einer Gebirgsparzelle, und betreibt sie den Weg primär kommerziell im Eigeninteresse (z.B. gegen Eintrittsgebühr), so ist die Privatperson als Werkeigentümerin zu qualifizieren; dies gilt selbst dann, wenn der privat kommerziell genutzte Weg über öffentlichen Grund führt. Ist eine Privatperson Eigentümerin einer Gebirgsparzelle und ist ein Gemeinwesen aus Gesetz, Dienstbarkeit, Monopol oder Konzession zum Unterhalt eines dortigen öffentlichen Wanderwegs verpflichtet, so ist das Gemeinwesen als Werkeigentümer zu qualifizieren.

Die Nichtaufnahme von Berg- und Alpinwanderwegen in die Raumpläne schliesst eine Haftung der Gemeinwesen als Werkeigentümer nicht aus, solange das zuständige Gemeinwesen die Errichtung, Markierung und Signalisation des öffentlichen Weges vorgenommen bzw. in Auftrag gegeben hat. Bei illegal erstellten Wanderwegen, von denen das zuständige Gemeinwesen noch keine Kenntnis hat, haftet der private Ersteller des Wegs für allfällige Schäden.

Für Geschädigte besteht auf Grund der unklaren Rechtslage ein Risiko darin, die «falsche» Gegenpartei als Werkeigentümerin einzuklagen oder sich bei sog. unechter Solidarität nach Art. 51 OR (Haftung aus verschiedenen Rechtsgründen) verjährungsrechtlichen Risiken auszusetzen. Der hier vorgeschlagene Lösungsansatz soll eine Diskussion eröffnen, um mehr Rechtssicherheit zu schaffen.

## 5. Verschuldenshaftung (Art. 41 OR)

### 5.1 Haftungsvoraussetzungen

Die ausservertragliche Verschuldenshaftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR setzt neben dem Schaden einen adäquaten Kausalzusammenhang, eine widerrechtliche Schädigung sowie ein Verschulden voraus. *Verschulden* bedingt auf der subjektiven Seite die Urteilsfähigkeit des Schädigers im Sinne von Art. 16 ZGB zum Zeitpunkt der Sorgfaltspflichtverletzung. Auf der objektiven Seite ist ein Abweichen «von einem unter den gegebenen Umständen als angebracht gedachten Durchschnittsverhalten (Fahrlässigkeit und Vorsatz)» erforderlich.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).

<sup>95</sup> BGE 69 II 394 ff., E. 3; BK-BREHM, Art. 58 OR, N 92; REY (FN 42), N 1027.

<sup>96</sup> Dazu auch die Empfehlung (nicht Weisung!) in Ziff. 10 der Schweizer Norm SN 640 829a, «Signalisation Langsamverkehr».

<sup>97</sup> HONSELL (FN 42), § 6 I.

## 5.2 Anwendungsbereich und Verhältnis zu Art. 58 OR

Im Verhältnis zu Art. 58 Abs. 1 OR (Haftpflicht des Werkeigentümers) ist die Verschuldenshaftung subsidiär (nachgeordnet). Letztere ist für den Geschädigten beweisrechtlich tendenziell ungünstiger, da dem Schädiger ein schuldhaftes Verhalten nachzuweisen ist, währenddem die Haftpflicht des Werkeigentümers kein schuldhaftes Verhalten, sondern einen Werkmangel voraussetzt.

Art. 41 Abs. 1 OR kommt jedoch als Haftungsgrundlage dann in Frage, wenn nicht alle Voraussetzungen von Art. 58 Abs. 1 OR erfüllt sind; insbesondere wenn Personen haftpflichtrechtlich zur Verantwortung gezogen werden sollen, die selber nicht als Werkeigentümerinnen einzustufen sind und wenn zum Geschädigten kein Vertragsverhältnis vorliegt. Zu nennen sind z.B. private Unternehmen, Vereine oder Einzelpersonen, welche den Wegunterhalt nachlässig und sorgfaltswidrig vornehmen oder wenn andere Wanderer Schäden fahrlässig oder vorsätzlich verursachen. Auf Grund des Bereicherungsverbots darf der Schadenersatz die Schadenssumme jedoch nicht übersteigen. Kommen mehrere Personen als Haftpflichtige aus gleichen oder verschiedenen Rechtsgründen in Frage, so richtet sich ein allfälliger Regress nach den Regeln von Art. 50 bzw. 51 OR (echte und unechte Solidarität).

## 6. Haftung des Tierhalters (Art. 56 OR)

### 6.1 Haftungsvoraussetzungen

Häufig führen Wander- und Bergwanderwege über alpwirtschaftlich genutzte Weiden. Dabei können *Kühe* (insbesondere Mutterkühe), *Stiere*, *Pferde*, *Hunde* (z.B. zum Herdenschutz vor Wildtieren) usw. *Wanderer gefährden oder verletzen*. In den letzten Jahren ist es denn auch immer wieder zu Unfällen gekommen.

Art. 56 Abs. 1 OR regelt die *Haftung des Tierhalters*.<sup>98</sup> «Für den von einem Tier angerichteten Schaden haftet, wer dasselbe hält, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.» In Frage kommen nur *Tiere, die gehalten werden können*. Wildtiere wie Steinböcke oder freie Raubtiere wie Bären, Luchse und Wölfe gehören nicht dazu.<sup>99</sup> Als Tierhalter gilt, wer die *Verfügungsgewalt* über ein Tier hat. Es ist diejenige Person, welche für den Unterhalt des Tieres aufkommt und den Nutzen vom Tier hat. Eine Haftung kommt dann in Frage, wenn die Schädigung auf eine *typische Tiergefahr* wie Schlagen, Beissen, Kratzen oder «Durchbrennen» (eines Pferdes, einer Kuh) zurückzuführen ist; das Tier muss aus eigenem Antrieb agiert oder reagiert haben. Dies ist nicht der Fall, wenn der Tierhalter das Tier geradezu auf eine

Person gehetzt hat; dann kommt eine Haftung aus Art. 41 OR in Betracht.

Der Tierhalter kann sich von der *Haftung befreien*, wenn er nachweist, dass er sämtliche objektiv notwendigen und durch die Umstände gebotenen Massnahmen getroffen hat. Massgeblich sind die Gefährlichkeit der Tierart sowie des individuellen Tiers (Alter, früheres Verhalten usw.). Weiss ein Tierhalter, dass sein Tier aggressiv ist, muss er erhöhte Sicherheitsmassnahmen ergreifen. An den Entlastungsbeweis werden strenge Anforderungen gestellt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung richten sich die konkreten Sorgfaltspflichten «in erster Linie nach geltenden Sicherheits- und Unfallverhütungsvorschriften. Fehlen gesetzliche oder reglementarische Vorschriften und haben auch private Verbände keine allgemein anerkannten Vorschriften erlassen, ist zu prüfen, welche Sorgfalt nach der Gesamtheit der konkreten Umstände geboten ist.»<sup>100</sup> Erforderlich sind dann eine Interessenabwägung sowie eine Aufwand-Nutzen-Analyse. In Bezug auf landwirtschaftlich genutzte Tiere sind die Empfehlungen der Beratungsstelle für Unfallverhütung in der Landwirtschaft (BUL) zu beachten. Für die Hundehaltung ist die kantonale Hundegesetzgebung beizuziehen.<sup>101</sup>

### 6.2 Gerichtsfall aus der Praxis: Kuhangriff

Am 17. Juli 1995 stieg das Ehepaar M. vom Chasseral (Jura) mit ihren beiden angeleiteten Hunden auf einem Wanderweg hinunter. Der Weg quert eine Weide, welche durch einen Stacheldraht eingezäunt war. Es befanden sich damals 25 Mutterkühe mit ihren Kälbern auf der Weide. Das Vieh gehörte zu einer Strafanstalt des Kantons Bern. Um auf die Weide zu gelangen, musste ein enger Durchgang (Drehkreuz) passiert werden, für den Ausgang musste die elektrische geladene Schnur mittels Isoliergriff geöffnet werden. Als das Ehepaar M. mit seinen Hunden die Weide betrat, begannen die in ca. 100 m Distanz liegenden Kühe zu muhen und sich schnell anzunähern. Aus Angst liess das Ehepaar die Hunde los, welche jedoch in seiner Nähe herumrannten. Die sehr aufgeregten Kühe rempelten und stiessen das Ehepaar um, und stampften auf den beiden Personen herum, welche dabei schwer verletzt wurden.

Eine tierärztliche Untersuchung ergab, dass die Kühe ein normales Verhalten zeigten. Es habe sich um ein typisches Abwehrverhalten von Mutterkühen zum Schutz ihrer Jungtiere gegen Hundeangriffe gehandelt. Gegenüber Personen würden sie kein aggressives Verhalten zeigen. Die Viehherde stand unter der Aufsicht eines erfahrenen Hirten, welcher sie zweimal am Tag kontrollierte. Es waren bisher keine anderen Vorfälle mit diesen Kühen bekannt.

<sup>100</sup> BGE 131 III 115 ff., E. 2.1; ferner BGE 126 III 14 ff., E. 1b.

<sup>101</sup> Zur Beratungsstelle für Unfallverhütung in der Landwirtschaft siehe [www.bul.ch](http://www.bul.ch). Zur Hundegesetzgebung: GIERI BOLLIGER/MICHELLE RICHNER, Gesetzgebung über «gefährliche Hunde»: Kantonaler Paragrafenschwengel zeigt Dringlichkeit einer gesamtschweizerischen Regelung, *Sicherheit & Recht* 1/2008, 57 f.

<sup>98</sup> Näheres zur Haftung des Tierhalters HONSELL (FN 42), § 17, 152 ff.; REY (FN 42), N 975 ff. m.w.H.

<sup>99</sup> Zum Raubtier Bär und möglichen Gefahren vgl. Ziff. 7.1.



Das Ehepaar M. reichte gegen den Kanton Bern eine Haftungsklage gestützt auf Art. 56 Abs. 1 OR ein. Nachdem beide Vorinstanzen die Klage abgewiesen hatten, verneinte auch das Bundesgericht in BGE 126 III 14 (Cause Epoux M. contre l'Etat de Berne) eine Haftung des Kantons. Obwohl der Kanton Eigentümer der Kühe war, ging es nicht um die Erfüllung einer Staatsaufgabe; Art. 56 OR war somit anwendbar. Für die Frage, ob nicht vorgeschriebene Sicherheitsmassnahmen denkbar sind, überprüfte das Bundesgericht gestützt auf eine Interessenabwägung, ob solche Massnahmen vernünftigerweise verlangt werden konnten. Massgebliche Kriterien dafür sind die Wirksamkeit und Nachteile einer Massnahme, deren Kosten, die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts und das mögliche Schadenausmass. Im vorliegenden Fall konnte dem Tierhalter (Kanton Bern) weder die Verletzung einer Rechtsnorm noch einer Verbandsvorschrift nachgewiesen werden.

Zu prüfen waren noch Vorsichtsmassnahmen auf Grund der gesamten konkreten Umstände. Das Bundesgericht führte aus, dass auch Mutterkühe grundsätzlich keine gefährlichen Tiere seien. Von den betroffenen Tieren seien keine Ereignisse bekannt gewesen, welche besondere Massnahmen erfordert hätten. Für 25 Kühe die ständige Präsenz eines Hirten zu verlangen, würde unverhältnismässige Kosten verursachen, vor allem in Berücksichtigung der geringen Wahrscheinlichkeit eines solchen Unfalls. Die vollständige Abschliessung des Weidegeländes mit einem Hängeschloss würde nach dem Bundesgericht Erschwerisse für die landwirtschaftlichen Betriebe und für die Wanderer mit sich bringen und dem Zutrittsrecht gemäss Art. 699 ZGB widersprechen. Schliesslich prüfte das Bundesgericht, ob der Tierhalter eine Warntafel hätte aufstellen sollen. Solche Tafeln hätten vermutlich nur eine wenig abschreckende Wirkung, zumal viele nötig wären. Zudem sei es wahrscheinlich, dass diese Tafeln selbst beim Fehlen von Mutterkühen mit Kälbern nicht entfernt würden.

Nach dem Bundesgericht bleibt die Wahrscheinlichkeit einer schweren Schädigung entscheidend. Im Vergleich zur Lawinengefahr – jedes Jahr fordern Lawinenunglücke zahlreiche Todesopfer – sei die von Mutterkühen ausgehende Gefahr gering. Kühe hätten zwar Angst vor Hunden, eine Kuh sei aber gegenüber Menschen nicht gefährlich. Nur ausserordentliche Situationen würden zu einem solchen Unfall führen. Es liege denn auch kein Präzedenzfall vor. Das Risiko eines schweren Unfalls erscheine als so gering, dass es nicht vernünftig wäre, die Schweizer Weiden mit Warntafeln zu überstellen.

*Würdigung:* Der Entscheid des Bundesgerichts ist insofern zu unterstützen, als er nicht übertriebene Verkehrssicherungspflichten von Kuhhaltern fordert. Andererseits muss betont werden, dass in den Medien in den letzten Jahren immer wieder von verletzten Wanderern nach Kuhangriffen zu lesen war. Die Beratungsstelle für Unfallverhütung in der Landwirtschaft (BUL) führt selber aus: «Das Betreten einer bestossenen Wei-

de ist für Wanderer in jedem Fall ein Risiko.»<sup>102</sup> Auch der Verfasser dieses Beitrags geriet mehrmals (ohne Hund) in sehr bedrohliche Situationen. Neue Formen der Nutztierhaltung sowie stärkere Tierschutzbestimmungen dürften dazu führen, dass Kühe teilweise nicht mehr so gut an Menschen gewöhnt sind. Da in der Praxis viele Wanderwege mitten über Weiden führen, stellt sich die Frage, ob solche Weiden, auf denen sich tatsächlich Mutterkühe mit Kälbern, Eringer Kampfkühe oder Stiere befinden, nicht beidseits entlang der Wege eingezäunt werden müssen. Die Errichtung von Elektrozäunen dürfte zumindest bei Weiden im tiefer gelegenen Alpengebiet eine zumutbare Schutzmassnahme sein. Zu viele Warntafeln sind unschön, und selbst angepasstes Verhalten der Wanderer kann Kuhangriffe nicht unbedingt verhindern. Es ist nicht akzeptabel, dass Wanderer aus berechtigter Angst vor solchen Angriffen umkehren müssen. Es gilt hier gestützt auf eine Interessenabwägung künftig noch Verbesserungen zu erreichen.

## 7. Weitere Haftungsgrundlagen

### 7.1 Staatshaftung aus Verantwortlichkeitsgesetzen

Die im Privatrecht geregelte Haftung des Grund- und des Werkeigentümers verdrängt die Staatshaftung von Bund und Kantonen; dieselbe Wirkung haben weitere Spezialerlasse im Bereich Militär und Zivilschutz.<sup>103</sup> Im Zusammenhang mit Unfällen auf Wanderwegen kommt der Staatshaftung deshalb untergeordnete Bedeutung zu. Es gibt aber denkbare Anwendungsfälle, sofern ein Wanderweg keine Stellen mit Werkcharakter aufweist.<sup>104</sup> Weiter geht es um Fälle von Pflichtverletzungen gestützt auf andere Erlasse von Bund und Kantonen, wobei die Abgrenzung zur Haftung des Werkeigentümers nicht einfach ist. Häufig dürften Pflichtverletzungen von Beamten gleichzeitig einen Werkmangel im Sinne von Art. 58 Abs. 1 OR darstellen (Beispiel: mangelhafter Unterhalt nach einem Unwetter, wenn Wege nicht kontrolliert oder nicht gesperrt werden, oder bei Verletzung der Pflichten zum Hochwasserschutz nach dem Wasserbaugesetz<sup>105</sup>).

Auf Bundesebene ist das *Verantwortlichkeitsgesetz* (VG) anwendbar, wonach der Bund für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten haftet (Art. 3 Abs. 1 VG). Das FWG ist ein Rahmengesetz, weshalb im Bereich Wanderwege primär die Kantone und Gemeinden in der

<sup>102</sup> Presseartikel «Vorsicht beim Queren von Weiden», dazu [http://www.bul.ch/asp/information\\_d/info\\_d\\_detail.asp?pkey=8](http://www.bul.ch/asp/information_d/info_d_detail.asp?pkey=8).

<sup>103</sup> Näheres dazu bei ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genève 2006, N 2269 ff.

<sup>104</sup> Sobald einzelne Stellen eines Weges Werkcharakter haben, beurteilen sich präventive Schutzvorkehrungen für den ganzen Weg nach der Werkeigentümerhaftung; dazu Ziff. 4.2.

<sup>105</sup> Bundesgesetz über den Wasserbau vom 21. Juni 1991 (SR 721.100).

Pflicht stehen. Anwendbar sind die *kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze*, soweit sie nicht durch die erwähnten Spezialgesetze gemäss Art. 3 Abs. 2 VG verdrängt werden. Sowohl der Bund als auch die meisten Kantone sehen eine ausschliessliche Staatshaftung vor, mit Rückgriffsmöglichkeit des Staates auf den Beamten bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Schädigung.

Mit der *Rückkehr des streng geschützten Grossraubtiers Bär* in den Alpenraum ergeben sich auch für Wanderer gewisse Gefahrenpotenziale, vor allem bei Begegnungen mit Bärinnen, die Jungtiere haben. Für die Überwachung und den Umgang mit Bären ist gemäss dem vom BAFU erlassenen *Konzept Bär* die sog. Interkantonale Kommission (IKK, bestehend aus einem Vertreter des BAFU und der betroffenen Kantone) zuständig.<sup>106</sup> Ziff. 5 des Konzepts lautet: «Wird in einem Gebiet eine Bärin mit Jungen vermutet, prüft die zuständige Behörde die vorübergehende Sperrung einzelner Wanderwege und informiert die zuständigen Tourismusorganisationen und die Bevölkerung.» Für sog. Risikobären, wozu Bärinnen mit Jungen grundsätzlich nicht gehören, sieht das Konzept Bär in Ziff. 5 den gezielten Abschuss vor.<sup>107</sup> Wichtig sind Informationen zum richtigen Verhalten bei Begegnungen mit Bären. In heiklen Fällen und bei Kenntnis des Aufenthaltsorts des Bären/der Bärin sollten die Interkantonale Kommission sowie der Kanton gestützt auf Art. 12 Abs. 1 und 2 Jagdgesetz (JSG, Massnahmen zur Verhütung von Wildschaden)<sup>108</sup> und das Polizeirecht angemessene Vorsichtsmassnahmen treffen; zu berücksichtigen sind der Schutzstatus der Bären, das Prinzip der Verhältnismässigkeit sowie die Eigenverantwortlichkeit der Wanderer. Der präventive Spielraum der Behörden ist aus artenschutzrechtlichen, finanziellen, personellen und logistischen Gründen begrenzt.<sup>109</sup>

## 7.2 Überblick zu anderen Haftungsgrundlagen

### a) Haftung des Grundeigentümers (Art. 679 ZGB)

Nach Art. 679 ZGB haftet der Grundeigentümer gegenüber einem Nachbarn für Schäden, *welche bei der Bewirtschaftung und Nutzung des Grundeigentums* verursacht

werden. Es wird vorausgesetzt, dass die Eigentümerbeugnisse durch ein menschliches Verhalten überschritten werden. Das *bloesse Überlassen eines Naturzustands* reicht nicht aus, um zum Beispiel den Staat als Grundeigentümer oder Hoheitsberechtigten für einen Schaden haftbar zu machen. Einwirkungen, die ausschliesslich durch Naturereignisse verursacht werden, fallen daher nicht unter den Begriff der Eigentumsüberschreitung. Zur Klage aktivlegitimiert ist lediglich der Nachbar, d.h. «der von einer übermässigen Immission betroffene Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks.»<sup>110</sup> Wanderer erfüllen das Kriterium des Nachbarn nicht.

### b) Staatshaftung aus militärischer Tätigkeit (Art. 115 MG)

Die Armee betreibt zahlreiche Gebirgsschiessplätze. Berg- und Alpinwanderer können durch *militärische Tätigkeiten* gefährdet werden oder Schaden erleiden, insbesondere durch *Schiessübungen oder Blindgänger*. Aus Gründen der Sicherheit ist die Armee verpflichtet, den Zutritt in vorbestimmte Schiesssektoren während zum voraus angekündigter militärischer Schiessübungen zu verbieten. Bei Unfällen von Wanderern ist eine Haftung gemäss Art. 135 ff. des Militärgesetzes (MG) zu prüfen.<sup>111</sup> Der Bund haftet gemäss Art. 135 Abs. 1 MG ohne Rücksicht auf das Verschulden für Schäden, welche Angehörige der Armee oder der Truppen Dritten durch eine besonders gefährliche militärische Tätigkeit oder in Ausübung ihrer dienstlichen Tätigkeiten widerrechtlich zufügen.

### c) Haftung für Jagdschäden (Art. 15 JSG)

Gemäss Art. 15 Abs. 1 Jagdgesetz haftet diejenige Person, welche durch die Ausübung der Jagd Schaden verursacht; Abs. 2 dieser Bestimmung verweist im Übrigen auf das Obligationenrecht (unerlaubte Handlungen). Im Zusammenhang mit Wanderwegen stehen vor allem Körperverletzung oder Tötung eines Wanderers durch einen Gewehrschuss oder durch einen hetzenden Jagdhund im Vordergrund.<sup>112</sup>

## IV. Fazit

Die vorliegende Untersuchung zur Haftung für Schäden infolge von Werkmängeln bei Berg- und Alpinwanderwegen zeigt anspruchsvolle Rechtsfragen auf. Ausgangspunkt bilden die Erlasse im Bereich Fuss- und Wanderwege. Für Mängel bei öffentlichen Wanderwegen kommt nach Lehre und Rechtsprechung die privatrechtlich geregelte Werkeigentümerhaftung von Art. 58 OR zur Anwendung. Die Rechtslage ist teilweise unklar, einschlägige Gerichtsentseide fehlen weitge-

<sup>106</sup> Das Konzept Bär, Managementplan für den Braunbären in der Schweiz vom 25. Juli 2006, erlassen vom BAFU, stützt sich auf Artikel 10 Abs. 6 der Verordnung über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel vom 29. Februar 1988 (SR 922.01).

<sup>107</sup> «Ein Problembär zeigt trotz wiederholter Vergrämung keine wachsende Menschenscheu, oder er hat einen Menschen in aggressiver Manier angegriffen und dabei verletzt oder gar getötet.», Definition gemäss Konzept Bär, 3.

<sup>108</sup> Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel vom 20. Juni 1986 (SR 922.0).

<sup>109</sup> Gemäss Anhang II des Übereinkommens über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihrer natürlichen Lebensräume vom 19. September 1979 (SR 0.455, Berner Konvention) und Art. 2 lit. b, Art. 5 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 JSG ist der Bär streng geschützt. Ausnahmen (z.B. Vergrämung eines Problembären oder Abschuss eines Risikobären) sind gestützt auf Art. 9 Ziff. 1 der Berner Konvention und Art. 12 Abs. 2 JSG möglich. Näheres dazu bei MICHAEL BÜTLER, Praxis und Möglichkeiten der Revision des schweizerischen Jagdrechts (unter besonderer Berücksichtigung des Wildschadenbegriffs), Rechtsgutachten für das BAFU vom 15. Mai 2008, 44, 50 ff., 63 ff., siehe: [www.bergrecht.ch](http://www.bergrecht.ch).

<sup>110</sup> BGE 93 II 230 E. 3b; REY (FN 42), N 1095 ff., insbes. 1100, 1113 (Zitat) mit weiteren Verweisen.

<sup>111</sup> Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 (SR 510.10). Zum Zutrittsrecht nach Art. 699 ZGB und zur Sperrung von Bergwegen BÜTLER (FN 3), 54 f.

<sup>112</sup> Dazu HONSELL (FN 42), § 22 IX; Näheres bei ISABEL R. SIEBER, Die Haftpflicht für Jagdschaden, Diss. Zürich 1998, 1 ff.

hend. Einerseits sind die komplexen sachenrechtlichen Eigentums- und Hoheitsrechte im Berggebiet zu berücksichtigen. Meist stehen Fels- und Gletschergebiete gemäss Art. 664 ZGB im Eigentum oder unter der Hoheit von Kantonen oder Gemeinden; ausnahmsweise liegt Eigentum von Privatpersonen vor. Andererseits stellt sich die Frage, wer als Werkeigentümer zu qualifizieren ist, wenn Eigentums- oder Hoheitsrecht und die Weg-Unterhaltungspflicht auf verschiedene Gemeinwesen bzw. Personen verteilt sind. In der Mehrzahl der Fälle dürften die territorial betroffenen Gemeinwesen als Eigentümer oder Hoheitsberechtigte für Mängel auf öffentlichen Wanderwegen gestützt auf Art. 58 Abs. 1 OR gegenüber einer geschädigten Person haften, es sei denn, es handle sich um kommerziell genutzte, private Wege. Der Rückgriff des Gemeinwesens auf einen beauftragten Wegbetreiber ist möglich, wenn diesem Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann.

Im Bereich der Tierhalterhaftung von Art. 56 OR stellt sich die Frage, inwieweit Wanderer vor Tieren (insbesondere bei der Präsenz von Jungtieren) zu schützen sind. Die Sicherheitsmassnahmen müssen nach der Rechtsprechung bei Kühen auf Bergweiden nicht allzu gross sein. Schliesslich sind – je nach Unfallursache – weitere Haftungsgrundlagen zu beachten, so die Staatshaftung aus Verantwortlichkeitsgesetzen und Haftungsnormen im Militär- und im Jagdrecht.