

# **BL\_GERICHTE copy\_of\_2011/76 vom 14. September 2011**

BL Gerichte, 2011-09-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_copy\\_of\\_2011\\_76](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_copy_of_2011_76)

FR: BL\_GERICHTE copy\_of\_2011/76 du 14 septembre 2011

IT: BL\_GERICHTE copy\_of\_2011/76 del 14 settembre 2011

## **Regeste**

Haftung des Gemeinwesens bei Unfällen infolge Glatteises auf Strassen des Gemeinwesens

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Bevor eine Streitangelegenheit einer materiellen Prüfung unterzogen werden kann, hat das Gericht gemäss § 16 Abs. 2 VPO von Amtes wegen zu prüfen, ob die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind.

### **E. 2**

Vorliegendenfalls ist strittig, ob für die Beurteilung der von der Klägerin geltend gemachten Forderung das Kantonsgericht zuständig ist und damit, ob dessen sachliche Zuständigkeit gegeben ist. Die Klägerin stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass sich ihre Forderungen auf das Haftungsgesetz stützen, da die Gemeinde ihrer Schneeräumungspflicht nicht rechtsgenügend nachgekommen sei. Die Gemeinde hafte nach § 3 Haftungsgesetz für den Schaden, den seine Mitarbeitenden in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit der Klägerin verursacht hätten. Damit sei das Kantonsgericht zur Beurteilung ihrer Klage zuständig. Soweit das Haftungsgesetz für diesen Sachverhalt keine eigenen Regelungen enthalte, seien nach § 2 Abs. 2 Haftungsgesetz die Bestimmungen des OR, insbesondere Art. 41 ff. OR, anzuwenden. Die Beklagte führt grundsätzlich aus, dass die Klägerin nicht geltend mache, ihr sei durch ein aktives Tun eines Gemeindeangestellten ein Schaden entstanden, damit könne kein Fall von Staatshaftung vorliegen. Massgebend sei einzig Art. 41 bzw. Art. 58 OR (Werkeigentümerhaftung). Die Bestimmungen des Bundesrechts gingen gemäss den allgemeinen Grundsätzen den kantonalen Bestimmungen vor. Damit sei die Forderung auf dem ordentlichen zivilrechtlichen Weg beim zuständigen Zivilgericht geltend zu machen.

### **E. 3**

Nach § 50 Abs. 1 lit. c VPO beurteilt das Kantonsgericht auf Klage hin als einzige Instanz Haftungsforderungen Dritter nach Massgabe des Bundesrechts und nach dem Haftungsgesetz. In Übereinstimmung damit statuiert § 7 Abs. 1 Haftungsgesetz, dass Forderungen geschädigter Personen aufgrund verwaltungsgerichtlicher Klage vom Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, beurteilt werden.

### **E. 4**

§ 2 Haftungsgesetz besagt Folgendes: " 1 Soweit die Haftung des Staates und der Mitarbeitenden durch Bundesrecht oder andere kantonale Gesetze geregelt ist, findet dieses Gesetz keine Anwendung. 2 Soweit dieses Gesetz keine eigene Regelung trifft, sind die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts anzuwenden. 3 Soweit der Staat als Subjekt des Zivilrechts auftritt, ist dieses anzuwenden." Der zweite Abschnitt des ersten

Titels der ersten Abteilung des OR umfasst die Art. 41 bis 61 und regelt die Entstehung von Obligationen durch unerlaubte Handlungen. Art. 61 OR trägt den Titel "Verantwortlichkeit öffentlicher Beamter und Angestellter" und lautet folgendermassen: "1 Über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen. 2 Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Abschnittes durch kantonale Gesetze nicht geändert werden." Art. 58 Abs. 1 OR regelt die Haftung des Werkeigentümers und statuiert, dass der Eigentümer eines Gebäudes oder eines andern Werkes den Schaden zu ersetzen hat, den diese infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursachen. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung bleibt ihm der Rückgriff auf andere vorbehalten, die ihm hierfür verantwortlich sind. 5.1. Als erstes ist aufgrund der zitierten Bestimmungen festzuhalten, dass der Kanton gemäss Art. 61 OR somit nur von Art. 41 bis 61 OR abweichende Bestimmungen erlassen kann für Schäden, die ein öffentlicher Angestellter in Ausübung seiner amtlichen Verrichtungen und nicht von gewerblichen Verrichtungen verursacht hat (Jost Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, zweite, überarbeitete Aufl., Bern 2001, S. 113). In Übereinstimmung damit besagt § 3 Haftungsgesetz, dass der Staat nach den Bestimmungen dieses Gesetzes für den Schaden, den seine Mitarbeitenden in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeiten Dritten rechtswidrig verursachen, haftet. Besteht eine Handlungspflicht des Gemeinwesens, entsteht die Widerrechtlichkeit und damit die Haftung auch bei Unterlassung (Gross, a.a.O., S. 175). 5.2. Vorliegendenfalls macht die Klägerin geltend, die Gemeinde sei ihrer Schneeräumungspflicht nicht rechtsgenügend nachgekommen. Nach § 30 Strassengesetz werden die öffentlichen Strassen bei Schneefall und Glatteis nach Massgabe der vorhandenen technischen und personellen Möglichkeiten und soweit es wirtschaftlich und ökologisch zu verantworten ist, von Schnee geräumt, gegen Schneesverwehungen geschützt und durch Glatteisbekämpfung benutzbar erhalten (Abs. 1). Der Winterdienst obliegt gemäss § 30 Abs. 2 lit. a Strassengesetz dem Kanton für Kantonsstrassen unter Vorbehalt der Absätze 3 und 4 dieser Bestimmung und gemäss § 30 Abs. 2 lit. b Strassengesetz den Gemeinden für Gemeindestrassen. Nach § 30 Abs. 3 Strassengesetz beschränkt sich der Winterdienst des Kantons auf die Freihaltung der Fahrbahnen der Kantonsstrassen. Die Gemeinden sind zur Schneeräumung und zur Glatteisbekämpfung auf den Trottoirs an Kantonsstrassen innerhalb des Baugebietes verpflichtet. Die Abfuhr des Schnees von Fahrbahnen und Trottoirs ist Sache der Gemeinden. Die Gemeinden können die Schneeräumung und Glatteisbekämpfung auf den Trottoirs durch Gemeindereglement den Anstössern überbinden. § 30 Abs. 4 Strassengesetz besagt, dass der Kanton die Schneeräumung von Kantonsstrassen durch Vertrag Gemeinden, die über geeignete Fahrzeuge und Einrichtungen verfügen, übertragen kann. 5.3. Bei der Schneeräumung durch die Angestellten einer Gemeinde handelt es sich nicht um eine gewerbliche Verrichtung, sondern um eine amtliche Verrichtung (vgl. Anton K. Schnyder, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, Rz. 5 ff. zu Art. 61 OR; Gross, a.a.O., S. 115; siehe auch S. 25 der Vorlage Nr. 2007/082 des Regierungsrates an den Landrat betreffend Totalrevision des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 17. April 2007 [Vorlage], in der der Strassenbau und -unterhalt ausdrücklich als amtliche Verrichtung bezeichnet wird). Damit kann der Kanton gemäss Art. 61 Abs. 1 und 2 OR für die amtliche Tätigkeit der

Schneeräumung grundsätzlich von Art. 41 bis 61 OR abweichende Bestimmungen erlassen.

## E. 6

Wie bereits ausgeführt, findet nach § 2 Abs. 1 Haftungsgesetz das Haftungsgesetz keine Anwendung, soweit die Haftung des Staates und der Mitarbeitenden durch Bundesrecht oder andere kantonale Gesetze geregelt ist. Es ist zu prüfen, ob Art. 58 OR als eine Bestimmung des Bundesrechts zu qualifizieren ist, welche die Haftung des Staates und der Mitarbeitenden im Sinne von § 2 Abs. 1 Haftungsgesetz regelt und damit keinen Platz für eine kantonale haftungsrechtliche Regelung lässt. Damit wäre für die Beurteilung der vorliegenden Klage das Kantonsgericht nicht zuständig. Für die Prüfung der vorliegenden Forderung wegen Verletzung der Schneeräumungspflicht wäre der zivilrechtliche Weg einzuschlagen. Sollte für die Beurteilung der geltend gemachten Forderung hingegen die Zuständigkeit des Kantonsgerichts mit der Begründung bejaht werden, es liege kein Fall von § 2 Abs. 1 Haftungsgesetz, sondern von § 2 Abs. 2 Haftungsgesetz vor, wäre anschliessend die Frage zu beurteilen, ob die Forderung ausschliesslich nach dem Haftungsgesetz oder nach OR als subsidiäres kantonales Recht oder nach OR als Bundesprivatrecht zu beurteilen wäre (vgl. § 2 Abs. 2 Haftungsgesetz; Schnyder, a.a.O., Rz 4 zu Art. 61 OR; Gross, a.a.O., S. 90, Ziff. 2.5.2.1). Wie sich anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, der Materialien und der Literatur zeigen wird, sind diese zwei Fragen im Fall der Haftung des Gemeinwesens für den Bau und den Unterhalt der Strassen jedoch nicht eindeutig voneinander zu trennen, weswegen für die Beurteilung der Frage der Zuständigkeit des Kantonsgerichts die klare Trennung zwischen den Fällen von § 2 Abs. 1 und 2 Haftungsgesetz in der Urteilsbegründung nicht vollzogen werden kann. 7.1. Unbestrittenermassen stellt eine Strasse ein Werk im Sinne von Art. 58 OR dar (Karl Oftinger, Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht - Band II/1: Verschuldenshaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Aufl., 1995, Rz 104; Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 2005, 4C.45/2005, E. 2.1). Grundsätzlich haftet für eine öffentliche Strasse der Strasseneigentümer. In den Fällen des Auseinanderklaffens von Eigentum und Herrschaft über eine Strasse ist das Bundesgericht vom formellen Kriterium von Art. 58 OR abgewichen und hat nicht schlechthin den Eigentümer haftbar erklärt, sondern hat auf das materielle Kriterium der Herrschaft über die Strasse abgestellt (Urteil des Bundesgerichts vom 12. Juli 2010, 4A\_244/2010, E. 1.1, mit weiteren Hinweisen; Michael Bütler/Patrick Sutter, Verkehrssicherungspflichten gegen Steinschlag auf Strassen, Überlegungen mit Blick auf jüngste Ereignisse auf der Gotthard-Autobahn, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 108/2007, S. 474; Oftinger und Stark kritisieren diese bundesgerichtliche Rechtsprechung, vgl. Oftinger/Stark, a.a.O., Rz 106; Im Übrigen ist - da vorliegendenfalls die Eigentumsverhältnisse am fraglichen Trottoir umstritten sind - festzuhalten, dass die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation beim ursprünglichen Verwaltungsprozess im Verfahren der verwaltungsrechtlichen Klage materiellrechtlicher Natur ist und nicht eine Sachentscheidungsvoraussetzung darstellt: siehe Urteil des Bundesgerichts vom 1. Oktober 2004, 2A.587/2003 und 2A.588/2003, E. 4.2; vom 3. Juli 2003, 2C.4/2000, 2.1, jeweils mit weiteren Hinweisen). Unbestritten ist auch, dass eine grundsätzliche Pflicht zur Unterhaltung der Strassen besteht und eine mangelhafte Schneeräumung bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen ein Werkmangel im Sinne von Art. 58 OR darstellt (Oftinger/Stark, a.a.O., Rz 115, 132, 135, 138, 139, 141, 143, mit weiteren Hinweisen; BGE 130 III 735 f. E. 1.4; Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 2005, 4C.45/2005, E. 2.3). 7.2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betrachtet Art. 58 OR als *lex specialis* zu kantonalrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen, soweit

die den Beamten vorgeworfenen Verfehlungen mit dem behaupteten Werkmangel im Zusammenhang stehen (Urteil des Bundesgerichts vom 13. Oktober 2009, 4A\_235/2009, E. 3.1, mit weiteren Hinweisen, so auch BGE 112 II 228 ff.). Diese Praxis besagt vorerst, dass bei der Beurteilung eines allfälligen Anspruchs aufgrund eines wegen mangelhaften Strassenunterhalts eingetretenen Schadens die Haftungsregelungen des Art. 58 OR zur Anwendung kommen. Damit ist aber die Frage nicht beantwortet, ob es sich bei Art. 58 OR um eine Haftungsregelung handelt, die im Sinne von § 2 Abs. 1 Haftungsgesetz dazu führt, dass das Haftungsgesetz gar nicht zur Anwendung kommt und damit eine verwaltungsgerichtliche Klage ausgeschlossen ist oder ob es sich um einen Fall von § 2 Abs. 2 Haftungsgesetz handelt, der zur Folge hat, dass die Bestimmungen des Art. 58 OR ergänzend zur Anwendung kommen, womit der Anspruch mit einer verwaltungsgerichtlichen Klage geltend gemacht werden könnte.

7.3. Die Materialien zum Haftungsgesetz geben diesbezüglich auch keine Antwort. So wird zu § 2 Haftungsgesetz erklärt, dass diese Bestimmung verdeutliche, dass Haftungsregeln in einem Bundesgesetz oder einem anderen kantonalen Gesetz dem kantonalen Haftungsgesetz vorgehen würden, das Haftungsgesetz also nur subsidiär anwendbar sei (Vorlage Ziff. 23, S. 45). Dort wird auf Ziffer 3.2 der Vorlage verwiesen. In Ziff. 3.2 der Vorlage wird festgehalten, dass der Spielraum des kantonalen Gesetzgebers durch das Bundesrecht bestimmt werde und das Bundesrecht dem kantonalen Recht übergeordnet sei. Der Kanton könne nur in denjenigen Bereichen Gesetze erlassen, welche nicht durch bundesrechtliche Bestimmungen geregelt seien. Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts sei Bundessache. Im OR seien in den Art. 41 ff. die allgemeinen Bestimmungen über das Haftpflichtrecht enthalten. Sie würden für alle gewerblichen Tätigkeiten (ob von Privaten oder von Gemeinwesen ausgeführt) gelten. Des Weiteren wird dort erklärt, dass sich das kantonale Haftungsgesetz nur auf Tätigkeiten im Rahmen nicht-gewerblicher Aufgaben erstrecken dürfe. Erläutert wird überdies, dass der Bund in einer Reihe von staatlichen Tätigkeitsfeldern die Staatshaftung geregelt habe (so z.B. Vormundschafts- und Zivilstandswesen, Grundbuchführung). In diesen Bereichen würden Mitarbeitende des Kantons und der Gemeinden nach Bundesrecht haften (Vorlage Ziff. 3.2, S. 7 f.). Zu § 2 Haftungsgesetz wird in der Vorlage weiter ausgeführt, dass mit dem Generalverweis auf das OR praxiserprobte Bestimmungen des Privatrechts ergänzend zur Anwendung gelangen würden. Bei der Behandlung der Fälle könne dadurch auf eine umfangreiche (Gerichts-)Praxis zurückgegriffen werden. Zudem verringere sich die Anzahl der Bestimmungen im Haftungsgesetz stark (Vorlage Ziff. 23, S. 45). Die Vorlage verweist auf Ziff. 9.4 der Vorlage. Dort wird auf den Generalverweis auf das Zivilrecht in § 2 Abs. 2 Haftungsgesetz Bezug genommen und festgehalten, dass praktisch alle kantonalen Haftungsgesetze auf die Anwendung des OR verweisen, soweit kantonales Recht nicht andere Regelungen festlege. Die Bestimmungen des OR seien daher mit Abstand am meisten angewandten Haftungsregeln in der Schweiz. Vorteilhaft wirke sich die umfangreiche Gerichtspraxis aus. Die Rechtssicherheit erhöhe sich deshalb erheblich. Da bei der Staatshaftung kaum kantonale Spezialitäten zu berücksichtigen seien, würden keine grundsätzlichen Bedenken vorliegen, bereits bestehende Haftungsregeln zu übernehmen (Vorlage Ziff. 9.4, S. 28).

7.4. Auch aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass der Staat für den Unterhalt der Strassen grundsätzlich nach den Regeln des Art. 58 OR haftet (vgl. auch Oftinger/Stark, a.a.O., Rz 150). Damit ist aber wiederum die Frage nicht beantwortet, ob es sich um einen Fall von Abs. 1 oder 2 des § 2 Haftungsgesetz handelt und der Anspruch somit auf dem zivilrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Weg geltend gemacht werden muss bzw.

kann. Die Vorlage an den Landrat betreffend Totalrevision des Verantwortlichkeitsgesetzes enthält keine Aussagen dazu, ob Fälle - wie der vorliegende - neu mit der verwaltungsgerichtlichen Klage geltend gemacht werden sollen.

8.1. Als nächstes soll eingehender auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und Literatur eingegangen werden.

8.2. Das Bundesgericht hält in seinen Urteilen - wie bereits erläutert - fest, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung Art. 58 OR als *lex specialis* zu kantonalrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen betrachtet, soweit die den Beamten vorgeworfenen Verfehlungen mit dem behaupteten Werkmangel im Zusammenhang stehen (Urteil des Bundesgerichts vom 13. Oktober 2009, 4A\_235/2009, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen. In diesem Bundesgerichtsurteil wurde die Einwohnergemeinde von Privaten auf dem zivilrechtlichen Weg belangt.)

8.3. Roland Brehm führt aus, dass "das Erstellen und der Unterhalt des Strassennetzes hoheitliche Aufgaben des Gemeinwesens sei und dem Verwaltungsvermögen im weiteren Sinne" angehöre. Die jedermann zustehende Nutzung der Strasse sollte zum logischen Schluss führen, dass für die Folgen sowohl von Werk- wie auch von Unterhaltsmängeln nicht das Privatrecht, sondern allein das öffentliche Recht anwendbar sei. Die Rechtsprechung habe einen anderen Weg gewählt: Sie knüpfte an der zivilrechtlichen Eigentümerhaftpflicht an, indem sie den Schaden, der nicht direkt durch Ausübung einer hoheitlichen Befugnis verursacht worden sei, als infolge Verrichtung einer privatrechtlichen Handlung entstanden betrachte, und daher die privatrechtlichen Bestimmungen von Art. 58 OR anwende. Diese Unterstellung des Gemeinwesens unter das private Haftpflicht- und Schadenersatzrecht beruhe auf einer Fiktion. Sie wolle Rechtsungleichheiten vermeiden, weil das kantonale öffentliche Recht bisweilen lückenhaft sei. Ein weiterer Vorteil, den die Anwendung des Privatrechts auf die Strassenmängelhaftung des Gemeinwesens bringe, sei die einheitliche Rechtslage, welche das Bundesrecht, verglichen mit den sehr unterschiedlichen kantonalen verwaltungsrechtlichen Haftpflichtnormen, biete. Die Alternative, d.h. die jeweilige Anwendung der kantonalen Verwaltungsrechtsnormen würde sich besonders im Strassenverkehr negativ auswirken, wo der Benützer in wenigen Autominuten ein- oder gar mehrmals den Kanton wechsle: Beim Glatteisunfall würden je nach Unfallort möglicherweise ganz verschiedene Haftpflichtmassstäbe angewendet werden. Eine einheitliche Regelung dränge sich hier auf. Da sie sich auf dem Boden des öffentlichen Rechts nicht erreichen lasse, bleibe nur der Weg der Anwendung von Art. 58 OR. Der Grundsatz der Anwendung von Art. 58 OR gelte auch dort, wo das kantonale Recht allenfalls eine genügende verwaltungsrechtliche Haftpflichtregelung vorgesehen habe. Diese Frage werde von der Rechtsprechung jeweils gar nicht untersucht: Art. 58 OR werde generell als Norm des Privatrechts angewendet und nicht als öffentlich-rechtliches subsidiäres Recht. Diese Rechtsprechung sei verschiedentlich kritisiert worden, was vom dogmatischen Gesichtspunkt aus verständlich sei. Gewisse Autoren wünschten die Werkeigentümerhaftung des Gemeinwesens bereits *de lege lata* dem öffentlichen Recht unterstellt. Andere Autoren würden *de lege ferenda* eine besondere öffentlich-rechtliche Regelung des Strassenbaus und -unterhalts postulieren. Mangels einer besseren Lösung könne mit der Anwendung von Art. 58 OR auf die Strasseneigentümerhaftung gelebt werden. Als spezielle Haftungsnorm für den öffentlichen Werkeigentümer schliesse Art. 58 OR nicht nur die Folgen des Werkmangels selbst ein, sondern auch diejenigen, die auf ein Fehlverhalten (oder eine Unterlassung) der Beamten zurückzuführen seien, sofern sie allein mit dem Werkeigentümer im Zusammenhang stehen würden (Roland Brehm, in: Hausheer/Walter [Hrsg.] Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine

Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR, dritte, überarbeitete Auflage, Bern 2006, Rz 164 ff. zu Art. 58). 8.4. Jost Gross führt aus, dass nach Lehre und Rechtsprechung das Gemeinwesen nach Art. 58 OR für Strassen, die dem öffentlichen Verkehr zugänglich sind, hafte, auch wenn sie zu den öffentlichen Sachen gehören (Gross, a.a.O., Ziff. 2.4.3.3, S. 34). An dieser Stelle wird noch auf die Ausführungen von Jost Gross zur Abgrenzung zwischen gewerblichen und amtlichen Einrichtungen hingewiesen. Diese Überlegungen können auch Schlüsse auf die sich vorliegendfalls zu beurteilende Frage zulassen. Im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen gewerblichen und amtlichen Einrichtungen in Art. 61 OR führt Gross unter dem Titel "Entgegengesetzte Tendenz im neueren Verwaltungsrecht: Ausdehnung des Wirkungsbereichs der öffentlichrechtlichen Kausalhaftung des Staates, Bundesprivathaftpflichtrecht als Mindeststandard" aus, dass die neuere verwaltungsrechtliche Lehre nicht darüber hinwegsehen könne, dass sich der Inhalt des öffentlichrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts wesentlich zugunsten des Geschädigten verändert habe. Anstelle der ursprünglichen Verschuldenshaftungen habe sich als vorherrschendes Prinzip die primäre und ausschliessliche Kausalhaftung des Staates entwickelt. Nach dem ursprünglichen gesetzgeberischen Willen in Art. 61 OR sollte das Bundesprivathaftpflichtrecht dort lückenfüllend wirken, wo keine spezifisch öffentlichrechtlichen Verantwortlichkeitsnormen bestanden hätten. Diese Normfunktion habe geschichtliche Gründe: Nach dem älteren Staatsverständnis habe sich das Gemeinwesen der Haftung nach privatrechtlichen Regeln entzogen; haftbar gegenüber Privaten sei ausschliesslich und exklusiv der schädigende Beamte gewesen. Mit der Ausweitung der staatlichen Verwaltung sei das Bedürfnis nach Ausdehnung der Staathaftung gewachsen. Durch die zunehmende Anonymisierung der Staatsverwaltung und die Schwierigkeiten, schädigendes Verhalten von Beamten zu individualisieren, habe sich vorerst die Forderung nach einer subsidiären oder Ausfallhaftung des Staates erhoben, später einer kumulativen oder solidarischen Haftung, schliesslich einer exklusiven und primären Verantwortlichkeit des Gemeinwesens anstelle des Beamten. Die heute vorherrschende Ausgestaltung der Staatshaftung als primäre und ausschliessliche Kausalhaftung verlange im Interesse des Geschädigten eine möglichst extensive Auslegung ihres Anwendungsbereichs. Das Bundesprivathaftpflichtrecht erfülle diese Anforderungen insoweit nicht, als es in Art. 41 ff. OR grundsätzlich ein einem Individuum zurechenbares schädigendes Verhalten voraussetze. Die sog. Organisationshaftung sei zwar Ausdruck der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 55 OR (Geschäftshaftung), im Gesetz selber aber noch nicht verwirklicht. Das Bundesprivathaftpflichtrecht erfülle deshalb die lückenfüllende Funktion im Bereich des öffentlichen Rechts nur noch punktuell und bleibe in der Schutzwirkung oft hinter dem kantonalen Verantwortlichkeitsrecht zurück. Dies sei denn auch der Grund, weshalb die neuere verwaltungsrechtliche Lehre eine Ausdehnung oder ausdehnende Interpretation des Anwendungsbereichs des öffentlichrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts fordere. In diesem Sinne würden sich insbesondere Rhinow/Krähenmann aussprechen: Die öffentlichrechtliche Haftung sei für den Geschädigten wesentlich vorteilhafter als die privatrechtliche. Es lasse sich mit guten Gründen die Ansicht vertreten, Art. 61 Abs. 2 OR stelle für gewerbliche Einrichtungen eine blosser Mindestvorschrift dar, welche die Kantone nicht unterschreiten dürften, die sie aber nicht daran hindere, für den Geschädigten günstigere öffentlichrechtliche Vorschriften über die Staats- und Beamtenhaftung aufzustellen. Die neuere Lehre sehe somit im Bundesprivathaftpflichtrecht primär einen Mindeststandard bei fehlender

öffentlichrechtlicher Regelung, befürworte aber eindeutig die ausdehnende Auslegung des öffentlichrechtlichen Anwendungsbereichs dort, wo die Kantone das fortschrittliche Prinzip der primären und ausschliesslichen Staatshaftung oder gar eine darüber hinausgehende Haftung auch für amtspflichtgemässe rechtswidrige Schädigung vorsehen würden (Gross, a.a.O., S. 130 f.). 8.5. Karl Oftinger und Emil Stark führen zur Haftung des Gemeinwesens Folgendes aus (Oftinger/Stark, a.a.O., Rz 128): "Würde man aus dem Fehlen eines Signals auf eine pflichtwidrige Unterlassung des zuständigen Beamten schliessen, so wäre das kantonale Verantwortlichkeitsgesetz oder, bei dessen Fehlen, OR 41 anwendbar. Insoweit aufgrund dieser Überlegungen der betreffende Beamte persönlich haftpflichtig wird, ist gegen diese Argumentation nichts einzuwenden; bei allen Anwendungsfällen von OR 58 ist gegebenenfalls neben dem Werkeigentümer derjenige persönlich verantwortlich, der den Schaden schuldhaft verursacht hat. Wenn aber nach kantonalem Recht anstelle des Beamten persönlich nur das Gemeinwesen haftet, wie dies in den kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen vorgesehen wird, und wenn dieses Gemeinwesen mit dem Werkeigentümer identisch ist, muss OR 58 als *lex specialis* zum Verantwortlichkeitsgesetz betrachtet werden, die die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes ausschliesst." Unter dem Titel "Verhältnis von OR 58 zum öffentlichen Strassenrecht" erörtern Karl Oftinger und Emil Stark, dass das öffentliche Strassenrecht jeweils einlässliche Vorschriften über den Bau und den Unterhalt der Weganlagen enthalte. Je nach den Verhältnissen seien hierfür der Kanton oder die Gemeinden zuständig oder fände ausnahmsweise eine Überbindung an Private statt. Aus der dualistischen Auffassung der öffentlichen Sachen ergebe sich, dass parallel zu dieser öffentlichrechtlichen - des Näheren polizeirechtlichen - Pflicht zu ordnungsgemässer Erstellung und Unterhalt der Strasse die, davon verschiedene, privatrechtliche Sorgfaltspflicht von Art. 58 OR einhergehe. Das werde immer wieder kritisiert, mit der Begründung, dass die Pflicht des Staates, für die mängelfreie Beschaffenheit der Strasse zu sorgen, nicht aus seiner privatrechtlichen, sondern aus seiner hoheitlichen Stellung fliesse, weshalb Art. 58 OR überhaupt nicht anwendbar sei. Dass die Pflicht, die mängelfreie Beschaffenheit der Strassen zu garantieren, primär öffentlichrechtlicher Natur sei, sei zutreffend. Das werde auch nicht bestritten. Fraglich sei bloss, ob nicht noch eine parallel privatrechtliche Pflicht bestehe, deren Verletzung die Sanktion der Klage nach Art. 58 OR nach sich ziehe. Dies sei zu bejahen, sobald die Natur der öffentlichen Sachen als dualistisch unterstellt werde. Karl Oftinger und Emil Stark halten fest, dass zum Teil *de lege ferenda* die Einführung einer ausdrücklichen, öffentlichrechtlichen, bundesgesetzlich zu ordnenden Entschädigungspflicht postuliert werde. *De lege lata* solle unter Zugrundelegung der öffentlichrechtlichen Konzeption der Entschädigungspflicht, aber mit Belassung der Kompetenz der Zivilgerichte, die Vorschrift von Art. 58 OR analog angewandt werden. Karl Oftinger und Emil Stark gehen weiter auf die Kritik an der schweizerischen Gerichtspraxis ein und halten fest, dass sich die Kritik dogmatisch sehr leicht begründen lasse. Dabei werde aber zu wenig berücksichtigt, dass für die Entscheidung der Fälle nach öffentlichem Recht nicht die Zivil-, sondern die Verwaltungsgerichte zuständig wären. Das ergäbe einen unerwünschten Dualismus in Bezug auf die Beurteilung von Haftpflichtfragen aus Mängeln von öffentlichen und von privaten Werken, widersprüchliche Entscheidungen usw. Im Übrigen gebe es kaum aus der Praxis geborene Argumente gegen die geltende Lösung (Oftinger/Stark, a.a.O., Rz 150 und Fn 527). Konsequenterweise richte sich die Beurteilung von Mängeln der Strasse nach privatrechtlichen Grundsätzen: nach Regeln, die aus den allgemeinen Lehren von Werkmängeln gewonnen würden. Die öffentlichrechtlichen Pflichten des

Strasseneigentümers könnten weiter, aber auch weniger weit, gehen. Ihr Umfang sei als Indiz für die Beurteilung der Sorgfaltspflicht gemäss Art. 58 OR zu werten (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 18. Mai 2005, 4C.45/2005, E. 2.3); auch dies entspreche allgemeiner Regel. Die Tatsache, dass der Eigentümer einer öffentlichen Strasse ein Gemeinwesen sei und dass dessen Beamten über Ausbau, Unterhalt, Signalisation usw. entscheiden würden, könnte zum Schluss verführen, dass bei jedem Mangel einer Strasse neben der Anwendung von Art. 58 OR diejenige der Beamtenhaftung (kantonales Verantwortlichkeitsgesetz oder Art. 41 OR) zu prüfen sei. Das sei aufgrund der feststehenden Praxis, auf Werkmängel von Strassen Art. 58 OR anzuwenden, abzulehnen. Art. 58 OR sei *lex specialis* zu den Normen der Beamtenhaftpflicht, soweit daraus und aus Art. 58 OR das gleiche Rechtssubjekt passivlegitimiert sei (hier sei daran erinnert, dass Oftinger/Stark die bundesgerichtliche Ausweitung der Werkeigentümerhaftung auf denjenigen, der die Herrschaft über die Strasse hat, ablehnen). Dieser Schluss dränge sich nicht nur aus grundsätzlichen, sondern auch aus praktischen Überlegungen auf; sonst könnte man z.B. bei Verjährung der Haftpflicht aus Art. 58 OR versuchen, auf dem Weg über die Beamtenhaftpflicht ans Ziel zu gelangen. Dies gelte allerdings nur insoweit, als es sich um Schäden handle, die auf einen Werkmangel zurückzuführen seien (Oftinger/Stark, a.a.O., Rz 150 f.). 8.6. Michael Bütler und Patrick Sutter halten unter dem Titel "Werkeigentümerhaftung der Gemeinwesen für Strassen" fest, dass die Gemeinwesen für Schäden, die Strassenbenutzer wegen Werkmängel erleiden würden, nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung gemäss der privatrechtlichen Werkeigentümerhaftung einzustehen hätten. Das Staatshaftungsrecht von Bund und Kantonen werde dabei nach der Rechtsprechung von der Haftpflicht des Werkeigentümers verdrängt. Würden verkehrssicherungspflichtige Behörden allerdings gesetzliche Vorgaben zum Beispiel in den Bereichen Raumplanung, Gewässerschutz, Wald- und Wasserbau, missachten, komme daneben auch eine Haftung aus den Verantwortlichkeitsgesetzen oder polizeirechtlichen Grundlagen in Frage (Bütler/Sutter, a.a.O., S. 473).

## **E. 9**

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung das Gemeinwesen für Schäden, die Strassenbenutzer wegen Werkmängel erleiden, gemäss der privatrechtlichen Werkeigentümerhaftung einzustehen hat. Das Staatshaftungsrecht von Bund und Kantonen wird von der Haftpflicht des Werkeigentümers verdrängt. Art. 58 OR wird als *lex specialis* zu kantonalrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen gesehen. Dabei wird zum Teil auch erklärt, dass eine Haftung aus Staatshaftung aufgrund der moderneren Haftungsgesetze, die das Gemeinwesen und nicht mehr den einzelnen Beamten als haftbar betrachten, und als Kausalhaftungen und nicht mehr als Verschuldenshaftungen ausgestaltet sind, durchaus denkbar bzw. wünschbar wäre. Ebenso wird auf das Spannungsverhältnis zwischen den Sorgfaltspflichten eines privaten Eigentümers und der oft durch öffentlichrechtliche Bestimmungen mitgestaltenden Sorgfaltspflichten des Gemeinwesens hingewiesen. Dennoch wird *de lege lata* festgehalten, dass das Gemeinwesen gemäss der privatrechtlichen Werkeigentümerhaftung einzustehen habe. Gründe sind hierfür einerseits, dass für die Entscheidung der Fälle nach öffentlichem Recht nicht die Zivil-, sondern die Verwaltungsgerichte zuständig wären. Das ergäbe einen unerwünschten Dualismus (z.B. auch widersprüchliche Entscheidungen) in Bezug auf die Beurteilung von Haftpflichtfragen aus Mängeln von öffentlichen und von privaten Werken. Andererseits bringe die Anwendung des Privatrechts auf die Strassenmängelhaftung des Gemeinwesens den Vorteil

der einheitlichen Rechtslage, welche das Bundesrecht, verglichen mit den sehr unterschiedlichen kantonalen verwaltungsrechtlichen Haftpflichtnormen, bietet. Ein weiterer Grund liegt sicherlich in der geschichtlichen Entwicklung der Staatshaftung. Da die ursprünglichen Staatshaftungen Verschuldenshaftungen waren und der Beamte und nicht das Gemeinwesen haftbar war, war für den Geschädigten eine Haftung des Gemeinwesens nach Art. 58 OR günstiger als eine nach Staatshaftungsrecht. Aus den obigen Darlegungen ist der Schluss zu ziehen, dass die Beurteilung der Haftung des Gemeinwesens für den Bau der Strassen und deren Unterhalt nach Art. 58 OR nicht als Fall des Generalverweises im Sinne von § 2 Abs. 2 Haftungsgesetz zu verstehen ist, sondern Art. 58 OR als eine privathaftpflichtrechtliche Bundesbestimmung im Sinne von § 2 Abs. 1 Haftungsgesetz betrachtet wird. Damit ist die Anwendbarkeit des Haftungsgesetzes ausgeschlossen. Folglich ist das Kantonsgericht für die Beurteilung der vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Klage nicht zuständig. Auf die Klage kann somit nicht eingetreten werden. 10.1. ... 10.2. ... KGE VV vom 14. September 2011 i.S. A. (820 10 75/DIE) [Back to Top](#)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.