

Rechtsfragen zu illegalen Bauten im Wald

Rechtsgutachten vom 9. August 2014

von Dr. iur. Michael Bütler, Rechtsanwalt in Zürich

Im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt (BAFU)

Adresse des Autors:

Gloriastrasse 66, Postfach 860, CH-8044 Zürich

E-Mail: michael.buetler@bergrecht.ch

Webseite: www.bergrecht.ch

Inhaltsverzeichnis

Ausgangslage und Auftrag	4
Erster Teil	5
Beseitigung illegaler Bauten im Wald und Kostentragung	5
1. Waldrechtliche Grundlagen	5
1.1 Waldfunktionen und Waldbegriff	5
1.2 Rodungsverbot und Ausnahmegewilligung	6
1.3 Zonenkonforme Bauten im Wald.....	7
1.4 Nachteilige Nutzungen und Waldabstand.....	8
2. Raumplanerische Grundlagen	9
2.1. Baubewilligung, Bauten und Anlagen	9
2.2 Begriff und Formen der illegalen Baute.....	10
2.3 Zur Bauherrschaft von illegalen Bauten	12
3. Massnahmen gegen illegale Bauten im Wald	12
3.1 Polizeiwidriger Zustand und Störerprinzip.....	12
3.2 Handlungspflicht der zuständigen Behörden	14
3.3 Verwaltungsrechtliche Massnahmen	14
3.4 Strafrechtliche Sanktionen.....	19
4. Kostentragung bei der Beseitigung von illegalen Bauten im Wald	20
4.1 Rechtsgrundlagen für die Kostentragung	20
4.2 Kostentragung nach dem Verursacher- bzw. Störerprinzip	22
4.3 Sicherstellung der Kosten und Kostenverfahren	24
Zweiter Teil.....	26
Haftungsfragen betreffend illegale Bauten im Wald	26
5. Einleitung.....	26
6. Sachenrechtliche Ausgangslage.....	26
6.1 Umfang des Grundeigentums (Akzessionsprinzip)	26
6.2 Fahrnisbauten	27
7. Kurzüberblick zu den allgemeinen Haftungsvoraussetzungen	28
8. Werkeigentümerhaftung	29
8.1 Zum Werkbegriff.....	29
8.2 Werkeigentümer.....	30
8.3 Werkmangel	34

8.4 Selbstverantwortung und Zumutbarkeit als Schranken.....	36
9. Weitere Haftungsgrundlagen.....	39
9.1 Verschuldenshaftung	39
9.2 Staatshaftung	40
10. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?	40
11. Empfehlungen für Waldeigentümer	42
Zusammenfassung und Ergebnis	43

Ausgangslage und Auftrag

- 1 Das Postulat Nr. 13.3569 von Nationalrat Erich von Siebenthal «Ermöglichung der öffentlichen Waldnutzung unter Ausschluss der Waldeigentümerhaftung für walddtypische Gefahren» vom 21. Juni 2013 verlangt eine Anpassung von Art. 699 Zivilgesetzbuch (ZGB)¹, damit die Haftpflichtrisiken der Waldeigentümer dem heutigen Benutzungsverhalten der Bevölkerung angeglichen werden können. Das Postulat erwähnt vor allem, dass Waldeigentümer infolge der Nutzung des Waldes durch die Bevölkerung für Erholungszwecke vermehrt mit haftungsrechtlichen Forderungen konfrontiert seien.
- 2 Das Bundesamt für Umwelt hat zur Klärung dieser Schritte einerseits ein externes Gutachten «Anpassungsbedarf des Haftungsrisikos für Waldeigentümer bei walddtypischen Gefahren mit Blick auf die "Waldpolitik 2020"» (von Andreas Furrer und Anna Wehrmüller, 2012) und andererseits eine Rechtsprechungsübersicht «Haftung bei walddtypischen Gefahren . Rechtsprechungsübersicht und Rechtslage» (von Michael Bütler, 2014) erstellen lassen. Einige aufgeworfene Rechtsfragen bleiben jedoch ungeklärt.
- 3 Es stellen sich unter anderem die Fragen, wer für die Kosten der Beseitigung von illegalen Bauten im Wald (Mountain Bike-Sprünge, Baumhütten etc.) aufzukommen hat und wie die Problematik von illegalen Bauten im Wald haftungsrechtlich zu betrachten ist. Gerade diese Fragen stehen gemäss dem Urheber des Postulates im Vordergrund. Aufgrund einer Darstellung de lege lata sollen Empfehlungen im Hinblick auf eine allfällige gesetzliche Anpassung abgegeben werden.

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

Erster Teil

Beseitigung illegaler Bauten im Wald und Kostentragung

1. Waldrechtliche Grundlagen

1.1 *Waldfunktionen und Waldbegriff*

4 Das *Bundesgesetz über den Wald* (Waldgesetz, WaG)² soll a) den Wald in seiner Fläche und in seiner räumlichen Verteilung erhalten, b) den Wald als naturnahe Lebensgemeinschaft schützen, c) dafür sorgen, dass der Wald seine Funktionen, namentlich seine Schutz-, Wohlfahrts- und Nutzfunktionen (*Waldfunktionen*) erfüllen kann, sowie d) die Waldwirtschaft fördern und erhalten. Im Weiteren soll der Wald den Menschen und erhebliche Sachwerte vor Naturereignissen schützen (Art. 1 WaG). Der *Begriff des Waldes* wird in Art. 2 wie folgt definiert:

¹ Als Wald gilt jede Fläche, die mit Waldbäumen oder Waldsträuchern bestockt ist und Waldfunktionen erfüllen kann. Entstehung, Nutzungsart und Bezeichnung im Grundbuch sind nicht massgebend.

² Als Wald gelten auch:

a. Weidwälder, bestockte Weiden (Wytweiden) und Selven;

b. unbestockte oder ertraglose Flächen eines Waldgrundstückes, wie Blössen, Waldstrassen und andere forstliche Bauten und Anlagen;

c. Grundstücke, für die eine Aufforstungspflicht besteht.

³ Nicht als Wald gelten isolierte Baum- und Strauchgruppen, Hecken, Alleen, Garten-, Grün- und Parkanlagen, Baumkulturen, die auf offenem Land zur kurzfristigen Nutzung angelegt worden sind, sowie Bäume und Sträucher auf Einrichtungen zur Stauhaltung und in deren unmittelbarem Vorgelände.

⁴ Innerhalb des vom Bundesrat festgesetzten Rahmens können die Kantone bestimmen, ab welcher Breite, welcher Fläche und welchem Alter eine einwachsende Fläche sowie ab welcher Breite und welcher Fläche eine andere Bestockung als Wald gilt. Erfüllt die Bestockung in besonderem Masse Wohlfahrts- oder Schutzfunktionen, so sind die kantonalen Kriterien nicht massgebend.

² Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz, WaG) vom 4. Oktober 1991 (SR 921.0). Eine neuere Rechtsprechungsübersicht zum eidg. Waldrecht findet sich bei: ALOIS KEEL/WILLI ZIMMERMANN, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Waldgesetzgebung 2000-2008, URP 3/2009, 237 ff.

1.2 Rodungsverbot und Ausnahmegewilligung

- 5 Die Waldfläche soll *nicht vermindert* werden (Art. 3 WaG). Als *Rodung* gilt die dauernde oder vorübergehende Zweckentfremdung von Waldboden (Art. 4 WaG). Das *Rodungsverbot und Ausnahmegewilligungen* sind in Art. 5 WaG wie folgt festgelegt:

¹ *Rodungen sind verboten.*

² *Eine Ausnahmegewilligung darf erteilt werden, wenn der Gesuchsteller nachweist, dass für die Rodung wichtige Gründe bestehen, die das Interesse an der Walderhaltung überwiegen und zudem die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:*

a. das Werk, für das gerodet werden soll, muss auf den vorgesehenen Standort angewiesen sein; b. das Werk muss die Voraussetzungen der Raumplanung sachlich erfüllen; c. die Rodung darf zu keiner erheblichen Gefährdung der Umwelt führen.

³ *Nicht als wichtige Gründe gelten finanzielle Interessen, wie die möglichst einträgliche Nutzung des Bodens oder die billige Beschaffung von Land für nicht-forstliche Zwecke.*

⁴ *Dem Natur- und Heimatschutz ist Rechnung zu tragen.*

⁵ *Rodungsbewilligungen sind zu befristen.*

- 6 Grundsätzlich gelten Bauvorhaben im Wald als nicht zonenkonform und benötigen eine *Rodungsbewilligung*. Diese befreit gemäss Art. 11 Abs. 1 WaG nicht von der Einholung einer raumplanerischen Baubewilligung (Art. 22 eidg. Raumplanungsgesetz, RPG)³ bzw. Ausnahmegewilligung (Art. 24 RPG). Erfordert ein Bauvorhaben sowohl eine Rodungsbewilligung als auch eine Ausnahmegewilligung für das Bauen ausserhalb der Bauzone, so dürfen diese nur im Einvernehmen mit der nach Art. 6 WaG zuständigen Behörde erteilt werden (Art. 11 Abs. 2 WaG). Jede Rodungsbewilligung bedeutet nach dem Bundesgericht eine *Ausnahme*, deren Gewährung an die strikte Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen gebunden ist.⁴ Auch wenn für eine Baute kein einziger Baum gefällt werden muss, ist dafür im Wald eine Rodungsbewilligung erforderlich. Grundvoraussetzung für eine Rodung ist, dass für diese wichtige Gründe bestehen, die das Interesse an der Walderhaltung überwiegen. Dabei gilt nach dem Bundesgericht die «[ö] gesetzliche Vermutung, dass das Interesse an der Walderhaltung grundsätzlich höher zu werten ist als das gegenüberstehende Interesse an der Rodung. Das Walderhaltungsinteresse hat folglich nur zurückzutreten, wenn ein überwiegendes Rodungsinteresse dargetan werden kann. Dieser Nachweis obliegt nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut dem Gesuchsteller.»⁵

³ Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).

⁴ Urteil BGer 1A.168/2005 vom 1. Juni 2006 (Steinbruch Campiun), E. 2.2.

⁵ Urteil BGer 1A.32/2004 vom 30. September 2004 (Pferdestallung Rüschiikon), E. 4.1 und 4.3.

1.3 Zonenkonforme Bauten im Wald

- 7 «Gewisse bauliche Nutzungen entsprechen [ö] dem Zweck der Waldzonen und können daher ohne Rodungsbewilligung genehmigt werden.»⁶ Die Zonenkonformität einer Baute im Wald richtet sich nach den Bedürfnissen des Waldes. «Bauten, die für dessen Erhaltung nicht unentbehrlich sind, sind grundsätzlich unzulässig».⁷ Gemäss Art. 4 der eidg. *Verordnung über den Wald* (Waldverordnung, WaV)⁸ gilt nicht als Rodung a. die Beanspruchung von Waldboden für forstliche Bauten und Anlagen sowie für nichtforstliche Kleinbauten und -anlagen; b. die Zuweisung von Wald in eine Schutzzone nach Art. 17 des Raumplanungsgesetzes, sofern das Schutzziel mit der Walderhaltung in Einklang steht. Der mit der Revision im Jahre 2013 neu eingefügte Art. 13a WaV zu forstlichen Bauten und Anlagen lautet:⁹

¹ Forstliche Bauten und Anlagen, wie Forstwerkhöfe, gedeckte Energieholzlager und Waldstrassen, dürfen mit behördlicher Bewilligung nach Artikel 22 RPG errichtet oder geändert werden.

² Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass:

a. die Bauten und Anlagen der regionalen Bewirtschaftung des Waldes dienen; b. für diese Bauten und Anlagen der Bedarf ausgewiesen, ihr Standort zweckmässig und ihre Dimensionierung den regionalen Verhältnissen angepasst ist; und c. ihr keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.

³ Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten.

- 8 *Forstliche Bauten und Anlagen wie Forstwerkhöfe, gedeckte Energieholzlager im Wald (für die Nutzung der Holzenergie für Heizungen) und Waldstrassen können der im Waldareal geltenden Nutzungsordnung nur entsprechen, wenn sie der regionalen Bewirtschaftung des Waldes dienen. Der Bedarf an solchen Bauten und Anlagen soll ausgewiesen, ihr Standort zweckmässig und deren Dimensionierung situationsangepasst (nicht überdimensioniert) sein. Einer solchen Baute dürfen ausserdem keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Mit dem Vorbehalt der übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts sind z.B. Biotopschutzbestimmungen (Art. 18 ff. NHG) oder kantonale Planungs- und Bewirtschaftungsvorschriften gemäss Art. 20 Abs. 2 WaG gemeint.¹⁰ Als zonenkonform zu erachten sind auch technische Werke zum Schutz vor Naturereignissen.¹¹ Eine raumplanerische Bewilligung gemäss Art. 22 RPG ist in allen*

⁶ BEATRICE WAGNER PFEIFER, Umweltrecht. Besondere Regelungsbereiche, Zürich/St. Gallen 2013, N 1397.

⁷ Urteil BGer 1A.277/1999 vom 25. Mai 2000, E. 5a.

⁸ Verordnung über den Wald (Waldverordnung, WaV) vom 30. November 1992 (SR 921.01).

⁹ Näheres dazu in: Erläuternder Bericht des UVEK vom 30. April 2013, Parlamentarische Initiative Flexibilisierung der Waldflächenpolitik (09.474) und Parlamentarische Initiative Raumplanerische Rahmenbedingungen für die Lagerung einheimischer erneuerbarer Rohstoffe (10.470) - Änderung der Waldverordnung.

¹⁰ Erläuternder Bericht (FN 9), 5, 10 f.; zum alten Recht: BGE 123 II 499 ff., 502 f., E. 2.

¹¹ Botschaft zum Waldgesetz vom 29. Juni 1988 (88.048), BBl 1988 III 173 ff., 190.

Fällen erforderlich, die zuständige kantonale Forstbehörde ist vorgängig anzuhören (Art. 14 Abs. 1 WaV).

- 9 Als *Kleinbauten und -anlagen* im Wald, die *nichtforstlichen Zwecken dienen*, gelten nur solche, welche den Waldboden bloss punktuell oder unbedeutend beanspruchen, z.B. bescheidene Rastplätze, Feuerstellen, Sport- und Lehrpfade, erdverlegte Leitungen, Kleinantennenanlagen u.a., nicht dagegen eine Nutzung von Waldboden als Campingplatz.¹² Sind solche Kleinbauten für den Wald nachteilig, ist eine kantonale Ausnahmebewilligung für nachteilige Nutzungen nach Art. 16 Abs. 2 WaG notwendig.¹³ Daneben müssen die erforderlichen raumplanerischen Bewilligungen vorliegen. Ausnahmebewilligungen für nicht zonenkonforme Anlagen nach Art. 24 RPG dürfen nur im Einvernehmen mit der kantonalen Forstbehörde erteilt werden (Art. 14 Abs. 2 WaV). Die meisten Kantone behandeln die «[ö] einfacheren Bauten und Anlagen für Freizeit und Erholung im Wald als» nicht zonenkonforme, «nichtforstliche Kleinbauten und -anlagen bzw. nachteilige Nutzungen [ö]». Differenzierungen erfolgen dagegen beim Begriff und bei den Beurteilungskriterien [ö]». ¹⁴ Sind die Voraussetzungen für Kleinbauten nicht erfüllt, ist eine Rodungsbewilligung nach Art. 5 WaG erforderlich.

1.4 Nachteilige Nutzungen und Waldabstand

- 10 *Nachteilige Nutzungen*, welche keine Rodung im Sinne von Art. 4 WaG darstellen, jedoch die Funktionen oder die Bewirtschaftung des Waldes gefährden oder beeinträchtigen, sind unzulässig. Rechte an solchen Nutzungen sind abzulösen, wenn nötig durch Enteignung. Die Kantone erlassen die erforderlichen Bestimmungen. Aus wichtigen Gründen können die Kantone solche Nutzungen unter Auflagen und Bedingungen bewilligen (Art. 16 WaG). Wichtig ist Art. 17 WaG zum *Waldabstand*: Bauten und Anlagen in Waldesnähe sind nur zulässig, wenn sie die Erhaltung, Pflege und Nutzung des Waldes nicht beeinträchtigen (Abs. 1). Die Kantone schreiben einen angemessenen Mindestabstand der Bauten und Anlagen vom Waldrand vor. Sie berücksichtigen dabei die Lage und die zu erwartende Höhe des Bestandes (Abs. 2). «Die Zielsetzung von Art. 17 Abs. 2 WaG liegt darin, den Wald vor natürlicher oder menschlicher Zerstörung zu bewahren. Zudem soll der Waldabstand eine zweckmässige Bewirtschaftung und Erschliessung des Waldes ermöglichen, den Wald vor Feuer schützen, sowie dem hohen ökologischen Wert des Waldrands Rechnung tragen.» Die Waldabstände werden in der kantonalen Waldgesetzgebung oder teilweise in den Planungs- und Baugesetzen bezeichnet. Sie sollten in der Regel 15 m nicht unterschreiten.¹⁵ Für Unterschreitungen des Waldabstandes können

¹² Z.B. Urteil BGer 1A.32/2004 vom 30. September 2004, E. 3.1.3; Urteile BGer 1E.13/2004 und 1E.14/2004 vom 8. Februar 2005, E. 4.4; WAGNER PFEIFER (FN 6), N 1399.

¹³ KEEL/ZIMMERMANN (FN 2), 259.

¹⁴ Näheres zu den kantonalen Regelungen bei PETER M. KELLER/ANDREAS BERNASCONI, Juristische Aspekte von Freizeit und Erholung im Wald, Umwelt-Materialien Nr. 196, Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft, Bern 2005, 12 ff.

¹⁵ Urteil BGer 1C_288/2012 vom 24. Juni 2013, E. 6.2. mit weiteren Hinweisen zum Waldabstand; Botschaft vom 29. Juni 1998 zum Waldgesetz, BBl 1998 III 173 ff., 198.

Ausnahmebewilligungen erteilt werden. Sie sind jedoch aus verschiedenen Gründen problematisch (Rechtsgleichheit, grössere Nähe zu walddtypischen Gefahren, Beeinträchtigung des Waldrands als Lebensraum und Landschaftsbild).

2. Raumplanerische Grundlagen

2.1. Baubewilligung, Bauten und Anlagen

- 11 Das *Bundesgesetz über die Raumplanung* (RPG)¹⁶ legt fest, dass Nutzungspläne vorab Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen unterscheiden (Art. 14 RPG). Nach Art. 18 Abs. 3 RPG ist das *Waldareal* durch die Forstgesetzgebung umschrieben und geschützt. *Bauten und Anlagen* dürfen nur mit behördlicher *Bewilligung* errichtet oder geändert werden. Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass a. die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und b. das Land erschlossen ist. Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten (Art. 22 RPG). *Bauten und Anlagen* im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG sind nach dem Bundesgericht «[ö] jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (BGE 120 Ib 379 E. 3c mit Hinweisen). Dazu gehören gemäss bundesgerichtlicher Praxis auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (BGE 119 Ib 222 E. 3a; BGE 118 Ib 1 E. 2c je mit Hinweis[en]). Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt . in Bezug auf seine räumlichen Folgen . vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen (BGE 119 Ib 222 E. 3a).»¹⁷
- 12 Im Sinne des RPG gehört der Wald zum *Nichtbaugebiet*. Es ist deshalb jeweils zu prüfen, ob ein Bauvorhaben «[ö] nicht ebenso gut in der Bauzone errichtet werden könnte [ö]»¹⁸ Waldflächen befinden sich praktisch immer ausserhalb der Nutzungszonen (ansonsten bedarf es einer Rodungsbewilligung, Art. 12 WaG). Für nicht zonenkonforme Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen ist eine *Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG* erforderlich. Sie kann nur erteilt werden, wenn a) der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und b) keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.¹⁹ Eine solche Ausnahmebewilligung (und weitere Bewilligungen nach Art. 24a ff. RPG) fällt nur in Betracht, wenn eine Rodungsbewilligung nicht erforderlich ist oder

¹⁶ Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).

¹⁷ BGE 123 II 256, 259, E. 3.

¹⁸ KELLER/BERNASCONI (FN 14), 11.

¹⁹ Näheres zur Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG: PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008, 219 ff.

wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Dem entsprechend sind geplante Bauten und Anlagen im Wald zuerst unter waldrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen.²⁰

2.2 Begriff und Formen der illegalen Baute

2.2.1 Baurechtswidrige Bauten

- 13 *Baurechtswidrig* ist eine Baute oder Anlage, die nicht oder nur teilweise von einer Baubewilligung gedeckt ist. Es kann sich um das Bauen ohne oder in Abweichung von einer Baubewilligung oder um das Rechtsunwirksamwerden der erteilten Baubewilligung handeln. Eine *formelle Baurechtswidrigkeit* liegt vor, «[ö] wenn zu keiner Zeit eine Baubewilligung erteilt worden ist oder eine erteilte Baubewilligung rechtsunwirksam ist oder geworden ist.»²¹ Eine Baute ist *materiell baurechtswidrig*, wenn ein Bauvorhaben anwendbare öffentlich-rechtliche materielle Vorschriften missachtet. Eine Baute kann nach der rechtmässigen Errichtung *baurechtswidrig werden*, wenn das Bauwerk nachträglich durch den Bauherrn oder Dritte verändert wird (Änderung des Sachverhalts) oder wenn die Rechtslage hinterher ändert. Eine mit gültiger Baubewilligung erstellte Baute bleibt dank der Besitzstandsgarantie in aller Regel rechtmässig. Zu beachten ist, dass ein Bauwerk, das *unvollendet* bleibt, eine nicht bewilligte Abweichung von der Baubewilligung darstellt, die nur formell, je nach Situation aber auch materiell baurechtswidrig sein kann.²² *Illegale Bauten im Wald* sind forst- bzw. baurechtswidrige Bauten oder Anlagen, welche sich im geschützten Waldareal oder im (kantonal festgelegten) Waldabstandsbereich befinden. Solche Bauten können mit weiteren Erlassen aus verschiedenen Rechtsgebieten unvereinbar sein (z.B. Raumplanungs- und Baurecht, Natur- und Heimatschutz, Gewässerschutz). Sie können im Rahmen der *Baukontrolle*²³ durch die örtliche Baubehörde erfasst oder . wie es bei illegalen Bauten im Wald ohne jegliches Baubewilligungsverfahren häufig vorkommt . erst *nachträglich* z.B. durch Waldeigentümer, Waldbenutzer, Förster oder Behördenmitglieder *entdeckt* werden.

2.2.2 Beispiele aus der Gerichtspraxis für illegale Bauten im Wald

- 14 Die *Gerichtspraxis* behandelt zahlreiche Fälle betreffend illegale Bauten im Wald. Gemeinsam ist ihnen, dass sie ohne gültige Rodungs- bzw. Baubewilligung oder in Überschreitung einer Rodungs- bzw. Baubewilligung (bzw. Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG), also *unbewilligt* errichtet werden. Zuweilen fehlt es auch an weiteren erforderlichen Bewilligungen (Ausnahmegewilligung für Bauten im Gewässerraum, Bewilligung für technische Eingriffe in geschützte Biotope, Bewilligung für die Beseitigung geschützter Uferve-

²⁰ Urteil BGer 1A.32/2004 vom 30. September 2004, E. 3.

²¹ MAGDALENA RUOSS FIERZ, Massnahmen gegen illegales Bauen unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 1998, 20.

²² Zum Ganzen RUOSS FIERZ (FN 21), 20 ff.

²³ Dazu RUOSS FIERZ (FN 21), 36 ff.; ferner VIVIANE SOBOTICH, Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht, Diss., Zürich 2000, 39 f.

getation, fischereirechtliche Bewilligung, Deponiebewilligung etc.). *Beispiele* sind (unbewilligte) Stückholz- und Holzschnitzzellager²⁴, Maschendraht(zäune)²⁵, Asphaltierung / Befestigung des Bodens²⁶, Wald- und Zugangsstrassen²⁷, Campingplätze²⁸, Hütten²⁹, Jagdhütten (mit oder ohne Unterkellerungen, Lauben, Terrassen etc.)³⁰, Lagergebäude und -schuppen³¹, Holzbaracken³², Kunststoffüberdachungen³³, Unterstände³⁴, Haus- und Rundzelte³⁵, Weideställe³⁶, Pferdestallungen³⁷, Forstwerkhofgebäude³⁸, Wohngebäude (vor allem im Waldabstandsbereich), Beleuchtungen³⁹, (beleuchtete) Bocciabahnen⁴⁰, Kletter-Seilparks (mit zahlreichen zulässigen bzw. unzulässigen Infrastrukturen wie Picknickplatz, Abstellplatz für ein Rettungsfahrzeug, Waldlehrpfad, Materiallager, Gastroangebot, Halogenlampen, Wassertank, Abdeck- und Werbeplanen)⁴¹, Golfgreens⁴², erhebliche Terrainveränderungen (z.B. Aufschüttungen)⁴³, Bachübergänge oder Bewässerungsanlagen im Wald⁴⁴ und Deponien⁴⁵. Im vorliegenden Zusammenhang sind vor allem

²⁴ Urteil des Verwaltungsgerichts Zug vom 19. Dezember 2013 (V 2012/144).

²⁵ Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 27. Januar 2011 (V 10 245/tos); Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 29. September 2003 (V 02 74), LGVE 2003 II Nr. 43.

²⁶ BGE 136 II 359 ff. (1C_556/2009), Urteil vom 23. April 2010; Urteil BGer 1A.32/2004 vom 30. September 2004; Urteil des Verwaltungsgerichts Bern vom 25. September 1999, BVR 2000, 170 ff.

²⁷ Urteil BGer 1C_67/2012 vom 25. Juli 2012; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 28. Januar 2010, VB.2009.00026; Urteil des Verwaltungsgerichts Zug vom 29. November 2011, Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, 2011, 172.

²⁸ Urteile BGer 1E.13/2004 und 1E.14/2004 vom 8. Februar 2005, ZBI 107/2006, 439.

²⁹ Urteil des Verwaltungsgerichts Zug vom 29. November 2011, Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, 2011, 181.

³⁰ Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 9. März 2004 (V 02 164/moc), (Erweiterung einer Jagdhütte, Anbau einer offenen Laube, zusätzliche Unterkellerung ohne Bewilligung).

³¹ Urteil BGer 1A.78/2005 vom 19. Januar 2006.

³² BGE 136 II 359 ff. (1C_556/2009), Urteil vom 23. April 2010.

³³ Urteil des Verwaltungsgerichts Bern vom 25. September 1999, BVR 2000, 170 ff.

³⁴ BGE 136 II 359 ff. (1C_556/2009), Urteil vom 23. April 2010.

³⁵ Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 23. Oktober 2008, VB.2008.00325.

³⁶ Urteil BGer 1A.40/2005 vom 7. September 2005.

³⁷ Urteil BGer 1A.32/2004 vom 30. September 2004.

³⁸ BGE 123 II 499 ff. (hier ging es um die vorgängige Baubewilligung, nicht um eine illegal erstellte Baute).

³⁹ Urteil des Verwaltungsgerichts Zug vom 29. November 2011, Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, 2011, 172.

⁴⁰ Urteil BGer vom 18. August 1992, in ZBI 94/1993, 76 ff.

⁴¹ Bekannt ist z.B. der Seilpark Bern (www.ropetech.ch); vgl. Berner Zeitung online vom 10. Januar 2011, Seilpark riskiert Start ohne neue Bewilligung; Der Bund online vom 10. Januar 2011, Seilpark Ropetech hat neues Baugesuch eingereicht.

⁴² Urteil des Verwaltungsgerichts Zug vom 29. November 2011, Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, 2011, 172.

⁴³ Urteil BGer 1C_67/2012 vom 25. Juli 2012; Urteil BGer 1C_397/2007 vom 27. Mai 2008; Urteil BGer 1A.141/2003 vom 16. Dezember 2003.

⁴⁴ Urteil BGer 1C_67/2012 vom 25. Juli 2012; Urteil BGer 1A.141/2003 vom 16. Dezember 2003.

⁴⁵ Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 28. Januar 2010, VB.2009.00026.

auch illegale Bike-Strecken (mit Schanzen und Kurvenausbauten)⁴⁶, Seilparks, Feuerstellen, Unterstände⁴⁷, Holzbrücken, Holztürme, Baumhütten usw. von Interesse, weil solche Bauten häufig mit Gefahren für Waldbenutzer verbunden sind.

2.3 Zur Bauherrschaft von illegalen Bauten

15 Bezüglich der *Bauherrschaft* von illegalen Bauten sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden: der Erbauer kann von Anfang an oder nachträglich bekannt oder bis zuletzt unbekannt sein. Es kann sich um natürliche (Erwachsene oder Minderjährige), juristische Personen oder um Körperschaften des öffentlichen Rechts handeln. Für die vorliegende Studie steht der Fall im Vordergrund, dass die Bauherrschaft unbekannt und mit dem Waldeigentümer nicht identisch ist. Sie kann für die Beseitigung, Kostentragung und Haftung (mindestens vorläufig) faktisch nicht oder nur erschwert verantwortlich gemacht werden. Weiter ist zu unterscheiden, ob die Bauherrschaft über die notwendigen Bewilligungen (z.B. Rodungsbewilligung, Ausnahmbewilligung nach Art. 24 RPG) für eine Baute verfügt, diese dann aber nachträglich überschreitet, wodurch ein Teil der Baute(n) durch die Bewilligung nicht mehr abgedeckt ist. Wird eine (nichtforstliche) Baute im Wald ohne jede Bewilligung errichtet, ist sie von Anfang formell und in der Regel materiell baurechtswidrig und insbesondere mit dem Waldrecht nicht vereinbar. Denkbar ist auch, dass nicht alle notwendigen Bewilligungen erteilt wurden. Es liegt in den genannten Fällen ein sog. *polizeiwidriger Zustand* vor, auf dessen rechtliche Konsequenzen nachfolgend einzugehen ist.

3. Massnahmen gegen illegale Bauten im Wald

3.1 Polizeiwidriger Zustand und Störerprinzip

3.1.1 Illegale Bauten im Wald als polizeiwidriger Zustand

16 *Illegale Bauten* verletzen das polizeiliche Schutzgut «Öffentliche Ordnung und Sicherheit».⁴⁸ Sie stellen einen *polizeiwidrigen Zustand* dar, weil sie gegen walddrechtliche, bzw. raumplanerische, bau- und ev. umweltrechtliche Normen verstossen. Die zur *Behebung eines polizeiwidrigen Zustands* erforderlichen Massnahmen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich *gegen den Störer* zu richten. «Der Begriff des Störers wurde entwickelt, um zu bezeichnen, wer polizeirechtlich verpflichtet ist, eine Gefahr oder Störung zu verhindern oder zu beseitigen. An diesen Begriff wird auch angeknüpft, wenn zu bestimmen ist, wer die Kosten für Massnahmen zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands zu tragen hat. Diese Massnahmen umfassen nicht nur diejenigen, welche vom Störer selber hätten vorgekehrt oder veranlasst werden können und lediglich

⁴⁶ Z.B. Berner Zeitung online vom 22. März 2011, Bike-Strecken: Ideen, aber kein Geld.

⁴⁷ Berner Zeitung online vom 21. Juli 2011, Pfadfinderbund muss illegale Bauten abreissen.

⁴⁸ Näheres zum Polizeirecht: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 2431 ff.

wegen zeitlicher Dringlichkeit direkt von der zuständigen kantonalen Behörde angeordnet worden sind. Sie umfassen auch Vorkehrungen, welche von vornherein technisch und rechtlich nur von den polizeilichen Organen und den ihnen beigeordneten Spezialdiensten vorgenommen oder angeordnet werden können (BGE 114 Ib 44 E. 2a S. 47 f. mit Hinweisen).»⁴⁹

3.1.2 Verhaltens- und Zustandsstörer

- 17 «Störer ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung zunächst derjenige, der eine polizeiwidrige Gefahr oder Störung selbst oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgende Verhalten Dritter verursacht hat (Verhaltensstörer). Störer ist aber auch, wer über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat (Zustandsstörer; BGE 118 Ib 407 E. 4c, 114 Ib 44 E. 2c S. 50 ff., 107 Ia 19 E. 2a, je mit Hinweisen).»⁵⁰ Nach dem Bundesgericht ist Anknüpfungspunkt der Zustandshaftung «[ö] somit die Verfügungsmacht, die es dem Gewalthaber ermöglicht, die Sache in ordnungsgemäsem Zustand zu halten oder den Gefahrenherd zu beseitigen. Als Grund für die Verantwortlichkeit des Eigentümers wird ebenfalls genannt, dass er die Vorteile seiner Sache genieße und daher auch die mit ihr verbundenen Nachteile selber zu tragen habe und nicht der Allgemeinheit aufbürden könne. Nach herrschender Lehre ist es unerheblich, wodurch der polizeiwidrige Zustand der Sache verursacht worden ist. Die Störung kann durch Dritte, Naturereignisse, höhere Gewalt und Zufall entstanden sein. Entscheidend ist allein die objektive Tatsache, dass eine Störung vorliegt und dass die Sache selbst unmittelbar die Gefahrenquelle bildet [ö].»⁵¹ Ein *Verschulden* ist also *nicht erforderlich*. Zur Beseitigung eines ordnungswidrigen Zustandes kann nach dem Bundesgericht grundsätzlich *alternativ oder kumulativ jeder Verhaltens- oder Zustandsstörer herangezogen* werden. Der zuständigen Behörde steht bei der Auswahl des Pflichtigen ein gewisser *Ermessensspielraum* zu.⁵² «Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich, dass die polizeiliche Massnahme sich nur gegen den Störer, nicht gegen bloss mittelbare Verursacher des polizeiwidrigen Zustandes richten darf.»⁵³ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass gegen den Verursacher der Störung und nicht gegen denjenigen, der selbst gestört wird, vorgegangen wird. Nach der Lehre haftet der Störer primär für die reale Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bzw. für die Kosten der Ersatzvornahme, jedoch nicht für Schadenersatz.⁵⁴
- 18 Bei *illegalen Bauten im Wald* ist die Bauherrschaft für den polizeiwidrigen Zustand als Verhaltensstörer hauptverantwortlich. Die Bauherrschaft kann, wie in Ziff. 2.3 erwähnt, mit dem Waldeigentümer identisch sein. In den hier interessierenden Konstellationen ist der Waldeigentümer jedoch nicht Ersteller der illegalen Baute und befürchtet durch diese

⁴⁹ BGE 122 II 65 ff., 70, E. 6a.

⁵⁰ BGE 122 II 65 ff., 70, E. 6a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 48), N 2431 ff.

⁵¹ BGE 114 Ib 44 ff., 50 f., E. 2c/aa.

⁵² BGE 107 Ia 19 ff., E. 2a und b.

⁵³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 48), N 2488.

⁵⁴ Vgl. RUOSS FIERZ (FN 21), 79 ff., 81 mit Verweisen.

vielmehr Nachteile wie verwaltungsrechtliche Massnahmen, Kosten und Haftungsrisiken. Ein solcher Waldeigentümer kann wegen seiner rechtlichen und tatsächlichen Gewalt über das Waldgelände jedoch als Zustandsstörer eingestuft werden und demzufolge als Adressat von verwaltungsrechtlichen Massnahmen betroffen sein (z.B. durch einen Abbruchbefehl oder die Androhung einer Ersatzvornahme und Kostenauflegung).

3.2 Handlungspflicht der zuständigen Behörden

- 19 Die zuständigen *Bewilligungsbehörden* (von Bund bzw. Kantonen und Gemeinden) sind *verpflichtet*, für den *gesetzeskonformen Vollzug* der walddrechtlichen, raumplanerischen und weiteren Vorschriften zu sorgen. Bauten und Anlagen im Wald erfordern . wie erwähnt . in der Regel eine Rodungsbewilligung (Art. 5 Abs. 2 WaG) bzw. eine Bewilligung für nachteilige Nutzungen (Art. 16 WaG) und nach Art. 22 RPG bzw. Art. 24 RPG eine baurechtliche Bewilligung. Die *Kantone* vollziehen das Waldgesetz und erlassen die notwendigen Vorschriften. Die kantonalen Behörden treffen umgehend die nötigen *Massnahmen zur Beseitigung rechtswidriger Zustände*. Sie sind zur Erhebung von Kautionen und zur Ersatzvornahme befugt (Art. 50 Abs. 2 WaG). Der Bund beaufsichtigt den Vollzug des Waldgesetzes und vollzieht die ihm durch das Gesetz direkt übertragenen Aufgaben (Art. 49 Abs. 1 WaG). Die betroffenen Behörden müssen *gegen illegal erstellte Bauten einschreiten*, um Rechtssicherheit und eine rechtsgleiche Behandlung sicherzustellen.⁵⁵ «Nichtstun und das Dulden rechtswidriger Zustände würden die von den Stimmberechtigten und zuständigen Behörden festgelegte Nutzungsordnung unterlaufen.»⁵⁶ Die Behörden können zur Durchsetzung der Vorgaben des Wald-, Raumplanungs-, Bau-, Natur- und Heimatschutz- sowie des Umweltschutzrechts primär auf *verwaltungs- und strafrechtliche Massnahmen* zurückgreifen, welche nebeneinander anwendbar sind. Es kommen sowohl *präventive* als auch *repressive* Massnahmen in Betracht, um das Entstehen polizeiwidriger Zustände zu verhindern bzw. um illegale Bauten zu beseitigen. So wird auf die Pflichtigen Druck ausgeübt, wenn die Polizeigüter bereits beeinträchtigt sind.⁵⁷

3.3 Verwaltungsrechtliche Massnahmen

3.3.1 Übersicht

- 20 *Verwaltungsrechtliche Massnahmen* umfassen insbesondere die Anordnung eines Baustopps, die Einleitung eines nachträglichen Bewilligungsverfahrens, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und die Zwangsvollstreckung (Mittel des Verwaltungszwangs).
- 21 Sobald die zuständigen Forst- und Baubehörden erfahren (z.B. durch eine Meldung oder Anzeige), dass im Wald eine illegale Baute erstellt wird, haben sie umgehend die nötigen

⁵⁵ SOBOTICH (FN 23), 40 f.

⁵⁶ VLP-ASPAN, Illegale Bauten: was tun? Rechtsprechung und Praxis, Raum & Umwelt Juli 2004, 30.

⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 48), N 2475-2478.

Massnahmen zur Beseitigung des illegalen Zustandes zu treffen. Erstens muss als *vorsorgliche Massnahme* die *Einstellung der Bauarbeiten* (Baustopp), ev. ein *Nutzungsverbot* samt Sicherungsmassnahmen angeordnet werden. Eine sofortige Betriebseinstellung kommt in Frage, wenn sie verhältnismässig ist. Zweitens ist die Einreichung eines *nachträglichen Baugesuches* zur Klärung der Bewilligungsfähigkeit *einzufordern*. Eine nachträgliche Bewilligung ist nicht auszuschliessen, wenn die Baute materiell nicht baurechtswidrig ist.⁵⁸

- 22 Falls für eine Baute keine nachträgliche Bewilligung erteilt werden kann, weil sie z.B. gegen die Waldrechts-, Bau- oder Raumplanungsbestimmungen verstösst, ist die *Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes* zu verfügen. Dabei sind die Grundsätze der *Verhältnismässigkeit* (Art. 5 Abs. 2 BV) und des *Schutzes des guten Glaubens* (Art. 3 ZGB) zu beachten. Zusammen mit der Verweigerung einer nachträglichen Baubewilligung kann je nach Umständen auch gleichzeitig über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes entschieden werden (was einen Zeitgewinn mit sich bringt).⁵⁹ Ein darauf folgender *Abbruchbefehl* kann mit der Androhung einer *Ersatzvornahme* verbunden oder selbständig erlassen werden.⁶⁰

3.3.2 Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

- 23 Bei *schwerwiegenden Verletzungen des Raumplanungs- und des Umweltrechts* ist die *Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes* anzuordnen.⁶¹ Nach dem Bundesgericht kommt bei der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes den öffentlichen Interessen an einem ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungs- und des Umweltrechts ein massgebendes Gewicht zu. «Werden illegal errichtete, dem RPG widersprechende Bauten nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, so wird der Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet in Frage gestellt und rechtswidriges Verhalten belohnt. Formell rechtswidrige Bauten, die auch nachträglich nicht legalisiert werden können, müssen daher grundsätzlich beseitigt werden.»⁶²; dies gilt insbesondere für rechtswidrige Bauten ausserhalb der Bauzone⁶³. Bei illegalen Bauten im Wald ist in der Regel von erheblichen Gesetzesabweichungen auszugehen, weshalb solche strikte zu beseitigen sind.

3.3.3 Abbruchbefehl und Ersatzvornahme

- 24 Der *Abbruchbefehl* bedarf keiner besonderen rechtlichen Grundlage. «Die Befugnis der Behörden, die Einhaltung der Bauvorschriften zu überwachen, umfasst auch das Recht,

⁵⁸ BGE 123 II 248 ff., 252, E. 3a/bb mit näheren Ausführungen; Näheres bei RUOSS FIERZ (FN 21), 107 ff.

⁵⁹ Urteil BGer 1C_610/2012 vom 20. Februar 2014, E. 2 (Üetliberg).

⁶⁰ Urteil BGer 1C_730/2013 vom 4. Juni 2014, E. 6.4 (Üetliberg).

⁶¹ Urteil BGer 1C_397/2007 vom 27. Mai 2008, E. 3.4; VLP-ASPAN (FN 56), 30 f.

⁶² So BGE 136 II 359 ff., 364, E. 6. Vgl. auch PETER HÄNNI, Der Abbruch von Bauten und Anlagen, Baurecht 2006, 152 ff., 153. Ein aktuelles und bekanntes Beispiel betrifft illegale Bauten auf dem Üetliberg Kulm (ZH), in der Landwirtschaftszone und im BLN-Gebiet errichtet: Urteil BGer 1C_328/2010 vom 7. März 2011 und Urteil BGer 1C_610/2012 vom 20. Februar 2014.

⁶³ VLP-ASPAN (FN 56), 31.

die Wiederherstellung des vorschriftsgemässen Zustandes zu verlangen.»⁶⁴ Zu den Abbrucharbeiten gehört auch die Herstellung eines ordnungsgemässen Terrainzustandes.⁶⁵ Für die Beseitigung illegaler Bauten ist in der Regel die erstinstanzliche Behörde zuständig. «Gesetz und Praxis sehen jedoch wohlweislich auch die Zuständigkeit kantonaler Behörden vor, falls die örtlichen Baubehörden ihren polizeilichen Pflichten nicht nachkommen.»⁶⁶ Den kantonalen Aufsichtsbehörden kann also eine wichtige Rolle zuteilwerden, um die Duldung rechtswidriger Zustände zu verhindern.

25 Es ist im Einzelfall jeweils zu prüfen, ob ein *Abbruchbefehl verhältnismässig* ist, ob nicht auch eine weniger einschneidende Massnahme zum Ziel führt (z.B. nur Nutzungsverbot). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die zuständige Behörde auf einen Abbruchbefehl unter bestimmten Voraussetzungen verzichten. Massgebend sind die *Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Gutgläubensschutzes*.⁶⁷ «Ein Abbruchbefehl erweist sich dann als unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom Gesetz gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen.»⁶⁸ «Eine Berufung auf den guten Glauben fällt nur in Betracht, wenn die Bauherrschaft bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt (BGE 136 II 359 E. 7.1, S. 365). Auf die Verhältnismässigkeit berufen kann sich auch ein Bauherr, der nicht gutgläubig gehandelt hat.» Nach dem Bundesgericht muss er «[ö] aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (BGE 132 II 21 E. 6.4, S. 39 f.).»⁶⁹

26 Auch wenn sich ein Bauherr erfolgreich auf den Vertrauensschutz hinsichtlich der unrichtigen Zusicherung einer Behörde verlassen darf, kann die Wiederherstellung angeordnet werden, wenn gewichtige öffentliche Interessen an der Erhaltung einer kantonal und bundesrechtlich geschützten Naturlandschaft deutlich überwiegen.⁷⁰

⁶⁴ HÄNNI (FN 62), 155.

⁶⁵ BGE 100 Ia 348 ff., 353, E. 3.

⁶⁶ HÄNNI (FN 19), 343.

⁶⁷ Z.B. BGE 107 Ia 19 ff., 27 f., E. 3a und b.; Urteil BGer 1C_730/2013 vom 4. Juni 2014 (Abbruchbefehl Üetliberg); RUOSS FIERZ (FN 21), 51 ff.

⁶⁸ BGE 111 Ib 213 ff., 224, E. 6b.

⁶⁹ Urteil BGer 1C_730/2013 vom 4. Juni 2014, E. 8.1 (Abbruchbefehl betreffend Üetliberg).

⁷⁰ Urteil des Verwaltungsgerichts Bern vom 25. September 1999, BVR 2000, 170 ff. (Aarelandschaft Thun-Bern).

3.3.4 Duldung eines rechtswidrigen Zustandes

- 27 *Untätigkeit der Behörde* bzw. die *Duldung eines rechtswidrigen Zustandes durch die Behörde* bedeutet den Verzicht der Behörde auf das Einschreiten gegen einen baurechtswidrigen Zustand.⁷¹ Die Duldung kann einerseits nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann einen «[ö] Vertrauenstatbestand begründen, wenn diese eine Rechtswidrigkeit bewusst hingenommen und auf ein Einschreiten verzichtet hat; zudem muss der polizeiwidrige Zustand während sehr langer Zeit geduldet worden sein und darf die Verletzung öffentlicher Interessen nicht schwer wiegen.» Haben zum Beispiel die kantonalen Forstbehörden seit dem Inkrafttreten des RPG mehrmals auf die Rechtswidrigkeit eines Campingbetriebs im Wald hingewiesen, können sich die enteigneten Campingbetreiber trotz jahrzehntelanger behördlicher Duldung des Campingplatzes nicht auf den guten Glauben berufen, was eine Entschädigung gestützt auf den Vertrauensgrundsatz ausschliesst.⁷² Grundsätzlich gibt es kein Gebot zur Gleichbehandlung im Unrecht. «Ein Grundeigentümer kann [ö] keine Ungleichbehandlung geltend machen, wenn in anderen Fällen rechtswidrige Bauten toleriert wurden und die Behörden nicht gewillt sind, eine Praxisänderung vorzunehmen.»⁷³ Andererseits riskiert ein betroffenes *Gemeinwesen* zum *Verhaltensstörer* zu werden, wenn es einen polizeiwidrigen Zustand, z.B. eine illegale Baute, zu lange duldet und damit in Kauf nimmt, dass anderen Personen die Schaffung eines polizeiwidrigen Tatbestands ermöglicht wird.⁷⁴

3.3.5 Adressat von verwaltungsrechtlichen Anordnungen

- 28 Geht es um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, hat sich die Behörde nach den Regeln über die Störerauswahl «[ö] primär an denjenigen Störer zu halten, der dazu am ehesten in der Lage ist [ö]. Falls mehrere Störer gleich fähig und geeignet sind, um die Gefahr abzuwenden bzw. die Störung zu beseitigen, ist derjenige zu belangen, der für den polizeiwidrigen Zustand in erster Linie verantwortlich ist.»⁷⁵ Nach dem Bundesgericht sind zur Bestimmung des Trägers der Polizeipflicht «[ö] neben dem Gesichtspunkt der Verursachung oder Mitverursachung auch die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der wirksamen Wiederherstellung des polizeigemässen Zustandes von wesentlicher Bedeutung.» Vor allem für Ersatzvornahmen dränge sich in dringlichen Fällen ein rasches und schematisches Vorgehen auf, welches personelle und fachliche Voraussetzungen berücksichtige. Diese Regel gelte hingegen nicht für den Entscheid über die Kostentragungspflicht.⁷⁶
- 29 Werden illegale Bauten im Wald entdeckt bzw. gemeldet, stellt sich die Frage, an welchen *Adressaten* die erwähnten Anordnungen zu richten sind. Ist die *Bauherrschaft* den Behör-

⁷¹ RUOSS FIERZ (FN 21), 59 ff.

⁷² Urteile BGer 1E.13/2004 und 1E.14/2004 vom 8. Februar 2005, E. 5.1 und E. 6.; VLP-ASPAN (FN 56), 32.

⁷³ VLP-ASPAN (FN 56), 32.

⁷⁴ SOBOTICH (FN 23), 132 ff. mit Verweisen.

⁷⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 48), N 2503.

⁷⁶ BGE 102 Ib 203 ff., 206 f., E. 2 (Gewässerschutz, Ölunfall).

den *bekannt*, ist die allfällige Verfügung eines Baustopps gegenüber dieser (als Verhaltensstörerin) auszusprechen, weil der Bauherr für die Bauten verantwortlich ist und für die Einhaltung der gesetzlichen Normen zu sorgen hat. Die Bauherrschaft hat zudem ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Wird dieses abgelehnt bzw. erweist sich die illegale Baute als von Anfang an nicht bewilligungsfähig, ist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (unter Androhung der Ersatzvornahme) vom Bauherrn zu verlangen, welcher die illegale Baute errichtet hat bzw. erbauen liess. Denn nach dem Bundesgericht ist der Verhaltensstörer wenn möglich vor dem reinen Zustandsstörer in Anspruch zu nehmen. Wird eine Abbruchverfügung an einen Störer gerichtet, dem auf Grund des Privatrechts keine oder keine ausschliessliche *Verfügungsmacht* über die betreffende Baute zusteht, so kann dieser seiner Verpflichtung allerdings nur nachkommen, wenn der (Mit-) Eigentümer oder Gewaltinhaber in den Eingriff einwilligt. Widersetzt sich der Verfügungsberechtigte dem Abbruch, kann gegen ihn eine anfechtbare *Duldungs- oder Beseitigungsverfügung* erlassen werden. Die zuständigen Behörden können die notwendigen Beseitigungs- und Duldungsverfügungen *im selben Verfahren* erlassen, um Verzögerungen der Vollstreckung entgegen zu wirken.⁷⁷

- 30 Schwieriger ist die Lage, wenn die *Bauherrschaft unbekannt* ist. Auch hier müssen die kantonalen Behörden umgehend den Sachverhalt ermitteln und die nötigen Massnahmen (z.B. Ersatzvornahme) treffen (Art. 50 Abs. 2 WaG). Es ist zu prüfen, ob das kantonale oder kommunale Raumplanungs-, Bau- bzw. Waldrecht eine spezielle Regelung im Umgang mit illegalen Bauten bzw. polizeiwidrigen Zuständen vorsieht. Allenfalls empfiehlt es sich für die betroffenen Forst- bzw. Baubehörden, die Angelegenheit in den Medien publik zu machen, um Hinweise zur Eruierung der Bauherrschaft zu erhalten. Gelingt dies nicht innert nützlicher Frist, könnten die Behörden m.E. eine anfechtbare Abbruch- und Wiederherstellungsverfügung (samt Duldungs- bzw. Beseitigungsverfügung gegenüber dem Waldeigentümer) unter Androhung der Ersatzvornahme erlassen und im kantonalen Amtsblatt publizieren. Nach abgelaufener Rechtsmittelfrist darf die Behörde zur Ersatzvornahme schreiten und die Kosten vorerst auf die Staatskasse nehmen. Alternativ ist nach der eingangs erwähnten Rechtsprechung möglich und plausibel, dass die Forst- bzw. Baubehörden den *Waldeigentümer* aufgrund seiner dinglichen Rechtsposition (rechtliche und tatsächliche Gewalt über das Grundstück) als *Zustandsstörer* qualifizieren und . weil er dazu in der Lage ist . zum Rückbau (unter Androhung der Ersatzvornahme) verpflichtet, auch wenn er für die Erstellung der illegalen Baute nicht selber verantwortlich ist. Gerade wenn der Waldeigentümer die illegale Baute den Behörden selbst gemeldet hat, erscheint ein solches Vorgehen jedoch nicht optimal. Dies sollte bei der nachfolgenden Kostenverlegung berücksichtigt werden.

3.3.6 Ausführungs- und Verwirkungsfristen

- 31 Es ist im Zusammenhang mit der *Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands* auf die Problematik der *Ausführungsfristen* hinzuweisen. Diese müssen «[ö] angemessen und

⁷⁷ So das Bundesgericht in BGE 107 Ia 19 ff., 24 ff., E. 2b und c.

ausreichend lang bemessen sein, keinesfalls kürzer als die Beschwerdefrist.»⁷⁸ Es ist auch dem öffentlichen Interesse an einer raschen Ausführung Rechnung zu tragen. Rechtsmittelverfahren können diesen Schritt stark verzögern.⁷⁹ Falls die Bauherrschaft bzw. der Waldeigentümer die Anordnung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes innert angesetzter angemessener Frist *nicht befolgen*, muss die zuständige Behörde gegenüber dem Betroffenen nach Eintritt der Rechtskraft der Abbruchverfügung die *Zwangsvollstreckung* anordnen. Das Vollstreckungsrecht im Bereich des Planungs- und Baurechts richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des (kantonalen) Verwaltungsrechts.⁸⁰ Die *Ersatzvornahme* kann die zuständige Behörde selber oder durch einen Dritten (z.B. Bauunternehmung) auf Kosten des Eigentümers durchführen (lassen). In einer weiteren Verfügung kann die Bauherrschaft der illegalen Baute zur Rückerstattung der angefallenen Kosten verpflichtet werden.⁸¹ Auch solche Verfügungen sind auf dem Rechtsmittelweg anfechtbar.

32 Von Interesse ist die Frage, innert welcher Frist die zuständigen Behörden gegen illegale Bauten vorgehen müssen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *verwirkt der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes* im Interesse der Rechtssicherheit *grundsätzlich nach 30 Jahren*, «[ö] sofern der Kanton keine kürzeren Verwirkungsfristen vorsieht. Kürzere Verwirkungsfristen können sich jedoch aus Gründen des Vertrauensschutzes ergeben [ö] Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Baupolizeibehörden zwar vor Ablauf der 30-jährigen Frist einschreiten, den baurechtswidrigen Zustand aber über Jahre hinaus duldeten, obschon ihnen die Gesetzwidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten kennen müssen.» Darauf kann sich aber nur berufen, wer selbst im guten Glauben gehandelt hat, d.h. «[ö] angenommen hat und (unter Anwendung zumutbarer Sorgfalt) annehmen durfte, die von ihm ausgeübte Nutzung sei rechtmässig bzw. stehe mit der Baubewilligung in Einklang.» Die 30-jährige Verwirkungsfrist beginnt erst mit der Fertigstellung des Gebäudes oder des streitigen Gebäudeteiles zu laufen.⁸²

3.4 Strafrechtliche Sanktionen

33 Die Errichtung von illegalen Bauten im Wald kann *strafrechtliche Konsequenzen* nach sich ziehen. So wird als Vergehen mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe belegt, z.B. wer vorsätzlich ohne Berechtigung rodet. Handelt der Täter fahrlässig, ist die Strafe eine Busse bis zu 40'000 Fr. (Art. 42 WaG). Übertretungen nach Art. 43 WaG werden mit Busse bis zu 20'000 Fr. geahndet, z.B. wer vorsätzlich oder fahrlässig und ohne Berechtigung forstliche Bauten und Anlagen zweckentfremdet. Weitere wichtige Strafbestimmungen sind in Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB, Ungehorsam gegen

⁷⁸ VLP-ASPAN (FN 56), 31. Im Fall Üetliberg betrug die angesetzte Frist sechs Monate ab Rechtskraft des rechtskräftigen Abbruchbefehls, Urteil BGer 1C_730/2013, Sachverhalt B.a. und E. 11.

⁷⁹ Ein Beispiel ist der Fall Üetliberg: Urteil BGer 1C_730/2013 vom 4. Juni 2014.

⁸⁰ HÄNNI (FN 19), 343, FN 284.

⁸¹ VLP-ASPAN (FN 56), 31 f.

⁸² BGE 136 II 359 ff., 365, E. 7, 7.1, 8.3.

amtliche Verfügungen)⁸³, Art. 227 StGB (Verursachen einer Überschwemmung oder eines Einsturzes) und in Art. 229 StGB (Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde) zu finden. Zu erwähnen sind die Strafbestimmungen von Art. 24 ff. eidg. Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG)⁸⁴, (z.B. bei der Zerstörung eines geschützten Naturdenkmals oder einer geschützten Naturlandschaft) und Art. 60 ff. des Umweltschutzgesetzes (USG⁸⁵, z.B. bei der unerlaubten Errichtung einer Deponie im Wald). Vollstreckungsanordnungen und die Androhung einer Ersatzvornahme werden häufig mit der Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB verbunden.⁸⁶

4. Kostentragung bei der Beseitigung von illegalen Bauten im Wald

4.1 Rechtsgrundlagen für die Kostentragung

4.1.1 Waldrecht

34 Ist die Bauherrschaft bekannt, ist sie unter Fristansetzung zur Beseitigung der illegalen Baute(n) auf eigene Kosten aufzufordern. Widersetzt sie sich oder ist sie unbekannt, können die zuständigen kantonalen Behörden (Forst- bzw. Raumplanungsämter) nach dem *Waldrecht* eine *Ersatzvornahme* anordnen und nötigenfalls veranlassen. Sie sind ausserdem befugt, dafür *Kautionen* zu erheben (Art. 50 Abs. 2 WaG).

4.1.2 Sachen- und Vertragsrecht

35 Zu beachten sind *sachenrechtliche Bestimmungen*. Art. 671 ff. ZGB regeln das Eigentumsverhältnis, den Ersatz und die Zuweisung des Grundeigentums bei *Bauten auf dem Grundstück*. Art. 671 ZGB lautet wie folgt:

¹ Verwendet jemand zu einem Bau auf seinem Boden fremdes Material oder eigenes Material auf fremdem Boden, so wird es Bestandteil des Grundstückes.

² Der Eigentümer des Materials ist jedoch, wenn die Verwendung ohne seinen Willen stattgefunden hat, berechtigt, auf Kosten des Grundeigentümers die Trennung des Materials und dessen Herausgabe zu verlangen, insoweit dies ohne unverhältnismässige Schädigung möglich ist.

³ Unter der gleichen Voraussetzung kann der Grundeigentümer, wenn die Verwendung ohne seinen Willen stattgefunden hat, auf Kosten des Bauenden die Wegschaffung des Materials verlangen.

36 Aus dieser Bestimmung resultiert, dass eine illegale Baute kraft des Akzessionsprinzips (Art. 667 Abs. 2 ZGB) grundsätzlich zum *Bestandteil des Grundstücks* des Waldeigentümers wird (eine Ausnahme gilt nach Art. 677 ZGB für Fahrnisbauten). Es geht hier um

⁸³ Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

⁸⁴ Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (NHG) vom 1. Juli 1966 (SR 451).

⁸⁵ Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01).

⁸⁶ Siehe z.B. BGE 107 Ia 19 ff. (Abbruch von rechtswidrig erstellten Bauteilen).

den Fall, dass der Wald- und der Materialeigentümer nicht identisch sind, dass zwischen ihnen keine (vollständige) vertragliche Abmachung besteht und dass der Materialeigentümer über kein Baurecht verfügt. Der Waldeigentümer kann vom Dritten, welcher eine illegale Baute auf seinem Grundstück errichtet hat, die *Beseitigung der Baute auf dessen Kosten* verlangen (Art. 671 Abs. 3 ZGB). Es handelt sich dabei nach der Lehre um einen *schuldrechtlichen Anspruch*. Probleme ergeben sich bei der Durchsetzung dieses Anspruchs wiederum, wenn die Bauherrschaft unbekannt oder insolvent ist. Zu erwähnen ist auch der Anspruch des Waldeigentümers zur Entfernung des eingebauten Materials aus der sog. *Negatorienklage* gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB.⁸⁷ Da illegale Bauten im Wald aus forstrechtlichen und raumplanerischen Gründen praktisch immer zu beseitigen sind, muss der Waldeigentümer dem bösgläubig bauenden Materialeigentümer keine Entschädigung für den Materialwert gemäss Art. 672 Abs. 3 ZGB leisten, soweit die illegale Baute für ihn nachteilig ist.⁸⁸ Bei einer illegalen Waldbaute ist dies m.E. wegen der Unvereinbarkeit mit dem zwingenden öffentlichen Recht zu bejahen. Mangels guten Glaubens kann die Bauherrschaft auch nicht die Zuweisung des Grundeigentums gemäss Art. 673 ZGB geltend machen. (Übersteigt der Wert des Baues offenbar den Wert des Bodens, so kann derjenige, der sich in gutem Glauben befindet, verlangen, dass das Eigentum an Bau und Boden gegen angemessene Entschädigung dem Materialeigentümer zugewiesen werde).⁸⁹

- 37 Kostenregelungen können je nach Vertragsparteien und Konstellation auch *vertraglich vereinbart* werden. In Betracht kommen privatrechtliche oder verwaltungsrechtliche Verträge.

4.1.3 Verwaltungsrecht

- 38 Aus *verwaltungsrechtlicher Sicht* ist im Zusammenhang mit der Kostenverlegung schliesslich das bereits erläuterte *Störerprinzip* massgebend. Nach einer Entscheidung des Schwyzer Regierungsrats verpflichtet die polizeiliche Verantwortlichkeit «[ö] den Störer grundsätzlich zur Wiederherstellung des polizeikonformen Zustandes auf eigene Kosten. Darin ist indirekt auch eine Kostenregelung enthalten, die keiner besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf. Die Anordnung bezweckt die Wiederherstellung des polizeigemässen Zustandes. Die Kostentragung ist die damit verbundene Nebenfolge der ausschliesslich am objektiven Ziel der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung orientierten Verfügung. Das Störerprinzip ist kein Instrument, dem Staat entstandene Kosten auf den Störer zu überwälzen. Eine Überwälzung kann jedoch über das Institut der Ersatzvornahme oder auf Grund besonderer gesetzlicher Grundlagen erfolgen. Die Pflicht zur Wiederherstellung des polizeigemässen Zustandes wird grundsätzlich in einer Verfügung aktualisiert. Wird diese vertretbare Handlung verweigert, lässt sie die zuständige Behörde durch eine amtliche Stelle oder durch Dritte auf Kosten des Pflichtigen vornehmen (Ersatzvornahme). Über das Vollstreckungsinstitut der Ersatzvornahme kann sich

⁸⁷ Zum Ganzen: Basler Kommentar (BSK) ZGB II-REY/STREBEL, Art. 671 N 13.

⁸⁸ BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 672 N 9.

⁸⁹ BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 673 N 3.

die reale Leistungspflicht des Störers somit in eine Kostentragungspflicht umwandeln. Ersatzvornahme und Kostentragungspflicht bedürfen dabei nach Lehre und Rechtsprechung keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, werden aber in den neueren Verfahrensgesetzen regelmässig positiviert.»⁹⁰ Im Einzelfall ist stets zu prüfen, ob die *kantonalen und kommunalen Erlasse* in den Bereichen Wald, Raumplanung und Baurecht sowie Verwaltungsrechtspflege anwendbare *Kostenregelungen* enthalten.

4.2 Kostentragung nach dem Verursacher- bzw. Störerprinzip

4.2.1 Kostenauflegung im Einzelfall

39 Es ergibt sich, dass für die *Kostenauflegung und -folgen* bundesrechtliche und kantonale Erlasse aus verschiedenen Rechtsbereichen (Waldrecht, Zivilrecht und Verwaltungsrecht) zu beachten und je nach Umständen und Verfahrensart einzeln bzw. koordiniert anzuwenden sind. Bei illegalen Bauten im Wald mit unbekannter Bauherrschaft dürfte die Kostenverlegung nach dem *Verursacher- bzw. Störerprinzip* im Vordergrund stehen. «Wo verwaltungsrechtliche Zwangsmittel zur Anwendung gelangen, tritt die Baubehörde gegenüber dem Störer hoheitlich auf; die Kostenfolgen richten sich nach dem öffentlichen Recht [ö] Gelangt das ordentliche Vollstreckungsverfahren zur Anwendung, ist der Verfügungsadressat auch Kostenträger». Erfolgt die Vollstreckung hingegen direkt via Ersatzvornahme, «[ö] trifft die Behörde im Voraus keine Störerauswahl. Sie hat die Kostenanteile nachträglich «[ö] nach Massgabe der Beteiligung am Schaden festzulegen.»⁹¹ Nach dem Bundesgericht gebietet pflichtgemässes Ermessen für die Regelung der Kostenfrage bei antizipierter Ersatzvornahme eine Kostenverlegung, welche im Rahmen des Möglichen nach den allgemeinen Prinzipien des Haftpflichtrechts den subjektiven und objektiven Anteilen an der Verursachung entspreche.⁹² Nicht sachgerecht erscheint es deshalb, einem privaten Waldeigentümer, der im Einzelfall weder direkt noch indirekt Verursacher einer illegalen Waldbaute ist, sämtliche Beseitigungskosten aufzuerlegen. Denn es ist unsicher, ob er später auf die Bauherrschaft wird Regress nehmen können. Eine teilweise oder vollständige Kostenauflegung z.B. bei wissentlicher Duldung der illegalen Baute setzt gegenüber den Waldeigentümern aber ein Zeichen, dass sie als Eigentümer eine Mitverantwortung tragen und illegale Bauten melden und nicht tolerieren sollen.

4.2.2 Kostenverteilung bei mehreren Störern

40 Sind die Kosten auf *mehrere Störer* zu verteilen, «[ö] so haften sie nicht solidarisch, sondern nach den subjektiven und objektiven Anteilen an der Verursachung des polizeiwidrigen Zustandes [ö] In diesem Zusammenhang wird auch vom Verursacherprinzip gesprochen, das eine sachgerechte Kostenverteilung ermöglichen soll.»⁹³ Anschaulich zeigt sich das Problem im Zusammenhang mit einem Ölunfall, welcher sich im Jahre 1973 auf der

⁹⁰ Entscheid des Regierungsrats Schwyz vom 25. November 2003, ZBI 105/2004, 536 ff., 542 ff.

⁹¹ RUOSS FIERZ (FN 21), 231.

⁹² BGE 102 Ib 203 ff., 210, E. 5b.

⁹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 48), N 2504 mit Verweisen.

Liegenschaft einer Unternehmung ereignete. Mehrere Tausend Liter Öl flossen in den Boden, wodurch die Grundwasserversorgung der betroffenen Gemeinde Littau (LU) beeinträchtigt wurde. Im dazugehörigen Urteil analysierte das Bundesgericht unter anderem die Grundsätze der Störerauswahl bei Haftungskonkurrenz. Nach dem Bundesgericht sind die Kosten von Massnahmen «[ö] vielmehr nach möglichst genauer Abklärung des Hergangs auf die verschiedenen Verursacher nach analogen Grundsätzen zu verteilen, wie sie für das Innenverhältnis (Regress zwischen mehreren Ersatzpflichtigen) im privaten Haftpflichtrecht gelten (vgl. OFTINGER, Schweiz. Haftpflichtrecht I, 4. Aufl. S. 348 ff.); dabei dürfte in der Regel der schuldhafteste Verhaltensstörer in erster Linie zu belangen und der schuldlose Zustandsstörer in letzter Linie heranzuziehen sein. Auch wenn einer von mehreren Verursachern Zustands- und Verhaltensstörer zugleich sein sollte, so hat diese doppelte Begründung seiner Haftung nicht eo ipso seine ausschliessliche Pflicht zur Tragung aller Kosten zur Folge; die andern Störer können im Rahmen ihrer Verursachungsanteile ebenfalls zur Kostentragung herangezogen werden.» Das Bundesgericht räumt ein, dass die Bestimmung der Verursachungsquoten in manchen Fällen recht schwierig sein möge.⁹⁴ Die vom Bundesgericht angesprochene Rechtsnorm ist Art. 51 Obligationenrecht (OR)⁹⁵. Greifen die Behörden zum Mittel der *Ersatzvornahme*, d.h. Abbruch der illegalen Waldbaute durch die Behörden selbst oder durch einen beauftragten Dritten, trifft die Kostenzahlungspflicht im Prinzip ebenfalls den Störer.⁹⁶ Zu prüfen ist vorgängig, ob das kantonale und kommunale Recht die Kostenfrage ausdrücklich regelt.

4.2.3 Position der Bauherrschaft und des Waldeigentümers bei der Kostenverlegung

- 41 Die *Bauherrschaft* kann als sog. Verhaltensstörer und der *Waldeigentümer* (wenn er nicht selber Bauherr ist) als Zustandsstörer verpflichtet sein, eine Gefahr oder Störung zu beseitigen oder die Kosten für die Massnahmen zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands zu tragen. Primär sind die Kosten für den Abbruch der illegalen Baute und für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands denjenigen natürlichen oder juristischen Personen als Verhaltensstörer aufzuerlegen, welche die illegale Waldbaute errichtet (oder in Auftrag gegeben) haben. Ist die Bauherrschaft jedoch nicht ausfindig zu machen, stellt sich die Frage, wer die für die Beseitigung der Baute anfallenden Kosten vorerst tragen soll. In Betracht kommen der öffentliche oder private Waldeigentümer bzw. das für die Beseitigung zuständige Gemeinwesen.
- 42 Falls ein privater Waldeigentümer mit der Errichtung der illegalen Baute nichts zu tun hat, sollte dies m.E. bei der (ev. vorläufigen) Kostenverlegung für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes mit Blick auf eine faire Lösung berücksichtigt werden. In diesem Sinne könnte das betroffene Gemeinwesen die Kosten für die Ersatzvornahme verfügungsweise der Bauherrschaft auferlegen (z.B. durch Publikation des Entscheids im kantonalen Amtsblatt), diese vorerst aber selber übernehmen (und nicht oder nur teilweise

⁹⁴ BGE 102 Ib 203 ff., 210 f., E. 5c.

⁹⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

⁹⁶ Sinngemäss BGE 102 Ib 203 ff., 206, E. 2.

dem privaten Waldeigentümer überbinden). Wird die Bauherrschaft nachträglich eruiert, sind dieser die Kosten gestützt auf eine Verfügung aufzuerlegen und von ihr einzufordern. Eine Rolle dürfte dabei auch das *spätere Verhalten des privaten Waldeigentümers* spielen; z.B. ob er nach der Entdeckung der illegalen Baute (oder auf Meldung Dritter) die Behörden darüber informiert oder ob er die Baute bzw. Anlage und die damit verbundenen Aktivitäten wissentlich über längere Zeit duldet (was eine Kostenauflegung eher rechtfertigt). Da ein Gemeinwesen durch die längerfristige *Duldung rechtswidriger Bauten* selber zum Verhaltensstörer wird (dazu Rz. 27), ist bei der Kostenverlegung jeweils auch das *behördliche Verhalten* zu würdigen, insbesondere im Fall eines Weiterzugs der Kostenverfügung durch den betroffenen privaten Waldeigentümer. Denn es kommt leider nicht selten vor, dass die zuständigen Behörden betreffend illegale Bauten untätig bleiben, obwohl sie verpflichtet sind, umgehend die nötigen Massnahmen zur Beseitigung rechtswidriger Zustände zu treffen (Art. 50 Abs. 2 WaG).⁹⁷

43 Wurden auch dem Waldeigentümer Kosten auferlegt, kann dieser für den erlittenen Schaden *Rückgriff* auf die Bauherren nach den anwendbaren verwaltungsrechtlichen Normen bzw. dem Störerprinzip bzw. gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR oder Art. 58 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 51 OR nehmen. Eine andere Frage ist, ob die verantwortlichen Personen über die nötigen Geldmittel verfügen, d.h. ob die Forderung einbringlich ist. Weigert sich die Bauherrschaft, die rechtskräftig verfügbaren Kosten zu bezahlen, erscheint die *Schuldbetreibung* (Vorgehen nach dem SchKG)⁹⁸ angezeigt.

4.3 Sicherstellung der Kosten und Kostenverfahren

4.3.1 Kautionen

44 Die kantonalen Behörden sind zur Erhebung von *Kautionen* (Kostenvorschüssen) und zur Ersatzvornahme befugt, um *umgehende Massnahmen zur Beseitigung rechtswidriger Zustände* treffen zu können (Art. 50 Abs. 2 WaG). Das Verfahren für die Festsetzung und Eintreibung kann sich allerdings in die Länge ziehen, wenn sich betroffene Personen dagegen auf dem Rechtsmittelweg wehren. «In der Regel werden die Kosten vom Gemeinwesen vorfinanziert und nach Ausführung der Ersatzvornahme vom Pflichtigen eingezogen.»⁹⁹

4.3.2 Öffentlich-rechtliche Grundlast

45 Gemeinwesen haben die Möglichkeit, *öffentlich-rechtliche Grundlasten* auf der Basis der gesetzlichen Pfandrechte des kantonalen Rechts zu errichten (Art. 784 ZGB). Durch die Grundlast wird der jeweilige Eigentümer eines Grundstückes zu einer Leistung an einen Berechtigten verpflichtet, für die er ausschliesslich mit dem Grundstück haftet. Falls der

⁹⁷ VLP-ASPAN (FN 56), 33, Ziff. 3.1.4.; SOBOTICH (FN 23), 132 ff.

⁹⁸ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889 (SR 281.1).

⁹⁹ RUOSS FIERZ (FN 21), 232, Ziff. 3.1.

Störer (z.B. der private Waldeigentümer als Zustandsstörer) den gegenüber dem Gemeinwesen geschuldeten Betrag nicht bezahlt, kann das Gemeinwesen die Verwertung des grundlastbehafteten Grundstücks verlangen und sich daran schadlos halten.¹⁰⁰ Diese Sicherungsmöglichkeit nützt jedoch nichts, wenn das betroffene Waldstück in der öffentlichen Hand liegt.

4.3.3 Gesetzliche Grundpfandrechte

46 Das kantonale Recht kann nach Art. 836 ZGB die Errichtung von *gesetzlichen Grundpfandrechten* aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen vorsehen. Voraussetzung ist, dass die Forderung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem belasteten (Wald-) Grundstück steht (was in der vorliegenden Fragestellung bzw. Konstellation anzunehmen ist). Das Pfandrecht entsteht mit der Eintragung im Grundbuch. Beispielsweise räumt das Einführungsgesetz des Kantons Zürich zum ZGB in § 197 Bst. c den Gemeinden für die Kosten von Vollstreckungsmassnahmen, soweit sie Grundstücke betreffen, einen gesetzlichen Anspruch auf Errichtung eines (mittelbaren) Grundpfandrechts ein. Erforderlich ist dazu ein anfechtbarer Beschluss der zuständigen Behörde.¹⁰¹

4.3.4 Weitere Rechtsinstitute

47 Zu erwähnen sind als weitere Instrumente die *Verrechnung* (Art. 120 ff. OR) sowie das *Retentionsrecht* (Art. 895 Abs. 1 ZGB). Verpflichtungen gegen das Gemeinwesen aus öffentlichem Recht können gegen den Willen des Gemeinwesens (als Gläubiger) vom privaten Schuldner nicht verrechnet werden (Art. 125 Ziff. 3 OR). Für ausstehende öffentlich-rechtliche Geldforderungen hat der private Schuldner grundsätzlich *Verzugszinsen* in Höhe von 5% zu leisten.¹⁰² Auch im öffentlichen Recht ist das Institut der *Verjährung* zu beachten.¹⁰³

4.3.5 Kostenverfügung

48 Die *Überwälzung der Kosten* auf den / die Störer (z.B. Bauherr, Waldeigentümer) erfolgt mit einem Entscheid zur Kostenaufgabe. Die *Kostenverfügung* ist in der Regel selbständig anfechtbar, wobei «[ö] nur noch der Kostenumfang zur Diskussion stehen kann, da die Pflicht zur Zahlung der Kosten mit der Sachverfügung bereits vorab rechtskräftig festgestellt worden ist.»¹⁰⁴ Nach erfolgloser Mahnung sind ausstehende Kosten auf dem Weg der *Schuldbetreibung* gestützt auf das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) zu vollstrecken.

¹⁰⁰ RUOSS FIERZ (FN 21), 232, Ziff 3.2.

¹⁰¹ Näheres dazu bei RUOSS FIERZ (FN 21), 232 f., Ziff. 3.3.

¹⁰² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 48), N 756 ff. mit Verweisen.

¹⁰³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 48), N 777 ff.

¹⁰⁴ RUOSS FIERZ (FN 21), 235 f., Ziff. 7 (Zitat) und 8.

Zweiter Teil

Haftungsfragen betreffend illegale Bauten im Wald

5. Einleitung

49 Rund 71% der Waldflächen stehen im Eigentum von Gemeinwesen (mit oder ohne hoheitliche(n) Befugnisse[n]), der restliche Teil ist in privater Hand.¹⁰⁵ Der Wald ist der Öffentlichkeit zugänglich, dafür haben die Kantone zu sorgen (Art. 14 Abs. 1 WaG). Im öffentlichen Interesse können jedoch Ausnahmen vorgesehen werden (Art. 14 Abs. 2 WaG, Art. 699 Abs. 1 ZGB), insbesondere zur Walderhaltung, zum Naturschutz (Wildruhegebiete) oder aus militärischen Gründen (Schiessübungen). *Erholungs- und Freizeitaktivitäten im Wald* kommt eine zunehmend grosse Bedeutung zu; dies wirft auch juristische Fragen auf.¹⁰⁶ Mitunter werden Bauten und Anlagen errichtet, ohne dass dafür die Zustimmung des Waldeigentümers oder die erforderlichen Bewilligungen der zuständigen Behörden vorliegen. Zu nennen sind Holz- und Baumhütten, Sprungschanzen für Downhillracing mit Mountainbikes, Holzbrücken, Stege usw. Ereignen sich im Zusammenhang mit solchen illegalen Bauten Unfälle mit Schadenfolgen, stellt sich unter anderem für den privaten oder öffentlichen Waldeigentümer die Frage, ob dies für ihn Haftungsrisiken birgt. Im Vordergrund steht dabei die Haftung des Werkeigentümers nach Art. 58 OR, welche als Kausalhaftung kein schuldhaftes Verhalten voraussetzt. Anzumerken ist, dass der Autor dieser Studie bisher auf keinen Gerichtsentscheid zu einem Haftungsfall im Zusammenhang mit einem Unfall betreffend eine illegale Waldbaute gestossen ist.

6. Sachenrechtliche Ausgangslage

6.1 Umfang des Grundeigentums (Akzessionsprinzip)

50 Das *Grundeigentum* umfasst unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten und Pflanzen sowie die Quellen (Art. 667 Abs. 2 ZGB). Dies ist Ausdruck des sog. *Akzessionsprinzips*. Wie ausgeführt, wird demzufolge Baumaterial in der Regel Bestandteil des Grundstücks, wenn ein Dritter auf fremdem Boden baut (Art. 671 Abs. 1 ZGB). Diese Regeln gelten auch im Wald und sind deshalb für den Waldeigentümer bei illegalen Bauten von Bedeutung. Es gibt auch Bauten, welche einen *gesonderten Eigentümer* aufweisen. Zu erwähnen sind das *Baurecht* (Art. 675 Abs. 1 ZGB, Art. 779 ff. ZGB), *Leitungen* (Art. 676 ZGB), *Fahrnisbauten* (Art. 677 ZGB) und *spezielle Einpflanzungen* (Art. 678 ZGB). Bauwerke und andere Vorrichtungen, die auf fremdem Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd auf oder unter der Bodenfläche mit dem Grundstück verbunden sind, können einen besonderen Eigentümer haben, wenn ihr Bestand als Dienstbarkeit in

¹⁰⁵ Vgl. <http://www.bafu.admin.ch/wald/01198/01199/index.html?lang=de> (besucht am 5. August 2014).

¹⁰⁶ Ausführlich dazu KELLER/BERNASCONI (FN 14), 1 ff.

das Grundbuch eingetragen ist (Art. 675 Abs. 1 ZGB). Das Baurecht wird hier nicht weiter behandelt, weil es bei den genannten illegalen Bauten regelmässig fehlen dürfte. Ebenso können *Leitungen zur Versorgung und Entsorgung* einen separaten Eigentümer aufweisen (Art. 676 ZGB).

6.2 Fahrnisbauten

- 51 Von Interesse für die vorliegende Fragestellung ist die Regelung zu den *Fahrnisbauten* in Art. 677 ZGB: Hütten, Buden, Baracken und dergleichen behalten, wenn sie ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden aufgerichtet sind, ihren besonderen Eigentümer (Abs. 1). Ihr Bestand wird nicht in das Grundbuch eingetragen (Abs. 2). Fahrnisbauten werden rechtlich wie eine bewegliche Sache behandelt, sie sind damit *sondereigentumsfähig*. Fahrnisbaute kann «[ö] grundsätzlich jede bautechnische Vorrichtung [ö] sein, welche ober- oder unterirdisch auf einem Grundstück errichtet ist. Vorausgesetzt ist allerdings, dass sie mit der Liegenschaft lediglich vorübergehend und grundsätzlich nur lose verbunden ist.» Fahrnisbauten sind in der Regel nicht in massiver Bauweise erstellt. Die «[ö] Absicht der Beteiligten, insbes. der Wille des Bauherrn (z.B. Grundeigentümer oder Mieter) im Zeitpunkt der Errichtung der Baute [ö] ist «[ö] massgebend für die Unterscheidung zwischen Fahrnis- und Dauerbaute.» (subjektives Element).¹⁰⁷ Vorausgesetzt ist, dass die Baute oder Anlage nicht eine derart intensive Verbindung zum Boden aufweist, dass sie dem Akzessionsprinzip (gemäss Art. 667 Abs. 2 ZGB) untersteht und damit Bestandteil des Bodens wird (objektives Element). Ebenfalls ein Kriterium zur Unterscheidung zwischen Fahrnisbaute und Dauerbaute ist, ob eine Abtrennung ohne Zerstörung, Beschädigung oder unverhältnismässigen Aufwand erfolgen kann.¹⁰⁸
- 52 Errichten z.B. Jugendliche im Wald eine Baumhütte, eine (nicht fest montierte) Baumleiter, einen Unterstand, einen kleineren Holzturm oder einen behelfsmässigen Steg über einen kleinen Bach, wird es sich dabei tendenziell um Fahrnisbauten handeln. Anders dürften erhebliche Terrainveränderungen für Bike-Downhillstrecken einzustufen sein. Die Qualifikation als Fahrnis- oder als Dauerbaute kann Schwierigkeiten bereiten, gerade, wenn der / die Erbauer nicht bekannt ist / sind. Entscheidend für die Beurteilung sind stets die Umstände des Einzelfalles. Fällt eine illegale Waldbaute unter den Begriff der Fahrnisbaute im Sinne von Art. 677 ZGB, bedeutet dies Folgendes: solange der Waldeigentümer nicht selber oder via Beauftragung von Drittpersonen für die Errichtung der Fahrnisbaute verantwortlich ist, kommt er für Schäden infolge von Mängeln bei Fahrnisbauten mangels Eigentümerposition nicht als Werkeigentümer in Betracht. Dass der Waldeigentümer bei längerfristiger Duldung einer solchen Fahrnisbaute gewisse Haftungsrisiken (z.B. aus Art. 41 Abs. 1 OR) eingeht, ist im Falle eines gefährlichen Zustandes nicht auszuschliessen.
- 53 Falls die Ersteller einer Fahrnisbaute sich das dafür verwendete *Holz bzw. das Material im Wald eigenmächtig angeeignet* haben (durch Fällen von Waldbäumen, Sammeln bzw.

¹⁰⁷ BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 677 N 3 f.

¹⁰⁸ HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, N 541 ff. ; BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 677 N 5 ff.

Entwendung von geschlagenem, aufgeschichtetem Holz), stellt sich die Frage, ob sie als Eigentümer der Fahrnisbaute zu betrachten sind. Im Rahmen des Gemeingebrauchs ist das Sammeln von Holz im Wald im ortsüblichen Umfang jedermann gestattet (Art. 699 Abs. 1 ZGB). Falls die Ersteller jedoch ohne Zustimmung bzw. ohne Berechtigung Bäume fällen oder sich gelagertes bzw. gekennzeichnetes Holz unrechtmässig aneignen, können sie sachenrechtlich angesichts ihrer Bösgläubigkeit daran kein Eigentum erwerben (vgl. z.B. Art. 728 ZGB). Sie sind entsprechend auch nicht Eigentümer der Fahrnisbaute. Zu beachten sind unter Umständen die Vorgaben von Art. 671-673 ZGB.¹⁰⁹ Sie müssen eventuell mit einem strafrechtlichen Verfahren rechnen (z.B. wegen Diebstahls nach Art. 139 Ziff. 1 StGB oder Sachbeschädigung nach Art. 144 Abs. 1 StGB, ev. i.V.m. Art. 172^{ter} StGB). Haftungsrechtlich spricht einiges dafür, solche Personen in analoger Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dennoch als Werkeigentümer im Sinne von Art. 58 OR einzustufen. Dies, weil sie die illegale Baute erstellt haben und diese benützen.¹¹⁰ Subsidiär kommt als Auffangtatbestand für Schäden eine Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR in Betracht. Handelt es sich bei den Erstellern um minderjährige, aber urteilsfähige Jugendliche, werden sie aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig (Art. 19 Abs. 3 ZGB).

7. Kurzüberblick zu den allgemeinen Haftungsvoraussetzungen

- 54 Grundsätzlich hat die *geschädigte Person* den *erlittenen Schaden selber zu tragen* (casum sentit dominus). Eine Überwälzung des Schadens ist nur möglich, wenn die Voraussetzungen bestimmter Haftungstatbestände erfüllt und vom Geschädigten nachgewiesen sind.¹¹¹ Die *Beweislast* für das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache obliegt derjenigen Person, welche daraus Rechte ableiten will (Art. 8 ZGB).
- 55 Allgemeine *Haftungsvoraussetzungen* sind (unter anderen) ein Schaden, der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Werkmangel und dem Schaden sowie die Widerrechtlichkeit der Schädigung.¹¹² Ein *Schaden* liegt vor bei einer unfreiwilligen Vermögensverminderung, welche in einer Vermehrung der Passiven oder einer Verminderung der Aktiven bestehen kann. Der *adäquate Kausalzusammenhang* ist nach der Rechtsprechung gegeben, wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung den eingetretenen Schaden objektiv begünstigt hat. Der Kausalzusammenhang kann durch höhere Gewalt, grobes Selbst- oder Drittverschulden unterbrochen werden. *Widerrechtlichkeit* der Schädigung ist anzunehmen, wenn absolute Rechte wie Leben und Gesundheit und Eigentum an Sachen (Erfolgsunrecht) oder wenn Schutznormen verletzt werden (Verhaltensunrecht). Bei einer Unterlassung ist eine Rechtspflicht zum Handeln erforderlich. Die *Verschuldenshaftung* nach

¹⁰⁹ Dazu die vorangehenden Ausführungen unter Rz. 35 ff.

¹¹⁰ Vgl. Rz. 62 mit Bezugnahme auf BGE 91 II 281 ff., 284 f., E. 3b und c.

¹¹¹ HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008, N 18 ff.

¹¹² Zu den Haftungsvoraussetzungen z.B. HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, 1 ff.; REY (FN 111), 1 ff. je mit Verweisen.

Art. 41 Abs. 1 OR setzt zudem ein schuldhaftes Verhalten (Fahrlässigkeit oder Vorsatz) voraus.

- 56 Das Mass der Haftung ist milder zu beurteilen, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt, z.B. eine *Gefälligkeitshandlung* oder *unentgeltliche Tätigkeit* (Art. 99 Abs. 2 OR). Neben dem *Schadenersatzanspruch*, welcher nach Art. 43 OR zu bestimmen ist, kann der verletzten Person bzw. den Angehörigen der getöteten Person nach Art. 47 OR eine *Genugtuung* zugesprochen werden, wenn eine sog. immaterielle Unbill vorliegt (Schmerzensgeld). Bei *Selbstverschulden* oder Verletzung der Schadenminderungspflicht kann der Richter die Schadenersatzpflicht gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR herabsetzen oder gänzlich von ihr entbinden.
- 57 Für die Beantwortung der Frage, ob der Waldeigentümer für Schäden aus Unfällen im Zusammenhang mit illegalen, nicht von ihm erstellten Bauten haftet, steht die Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) nachfolgend im Vordergrund. Daneben kommt auch die Verschuldenshaftung nach Art. 41 Abs. 1 OR oder . in Ausnahmefällen . die Haftung des Familienhaupts gemäss Art. 333 ZGB (letztere wird hier nicht erörtert) oder die Staatshaftung in Betracht.

8. Werkeigentümerhaftung

- 58 Der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes hat den Schaden zu ersetzen, den diese infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursachen (Art. 58 Abs. 1 OR). Es handelt sich bei der *Werkeigentümerhaftung* um eine *Kausalhaftung*, d.h. ein Verschulden wird nicht vorausgesetzt. Der Werkeigentümer kann *keinen Entlastungsbeweis* erbringen, d.h. er haftet dem Geschädigten für jeden durch einen Werkmangel adäquat kausal verursachten Schaden. Aus dem Wesen der Werkeigentümerhaftung als *Zustandshaftung* ergibt sich, dass der Werkeigentümer unabhängig davon haftet, ob ihm oder seinen Hilfspersonen eine Unsorgfalt vorzuwerfen ist. Er haftet also auch für Mängel, welche auf zufällige (von menschlichem Verhalten unabhängige) Ereignisse oder auf fremdes Verhalten zurückzuführen sind.¹¹³ «Möglich ist aber der Nachweis, dass ein rechtmässiges Alternativverhalten zum gleichen Schaden geführt hätte.»¹¹⁴

8.1 Zum Werkbegriff

- 59 Als *Werke* gelten Gebäude oder andere stabile, künstlich hergestellte, bauliche oder technische Anlagen, die mit dem Erdboden, sei es direkt oder indirekt, dauerhaft verbunden sind.¹¹⁵ Beispiele aus der Rechtsprechung, welche im Hinblick auf illegale Bauten im Wald

¹¹³ REY (FN 111), N 1025 ff.

¹¹⁴ HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 112), § 18 N 2, 182.

¹¹⁵ Z.B. BGE 130 III 736 ff., 740, E. 1.1.

interessieren, sind: ein Zaun aus Drahtgeflecht¹¹⁶, ein Graben¹¹⁷, ein Wander- oder Fussweg (nicht aber ein Trampelpfad¹¹⁸), eine eingemauerte Leiter zwischen Scheune und Heuboden¹¹⁹ oder ein Baugerüst¹²⁰. Natürlich gewachsene Bäume stellen kein Werk dar; dies sollte m.E. auch gelten, wenn ein Baum angepflanzt oder zurückgeschnitten wurde. Hingegen kann ein Baum unter Umständen Teil eines Werks (Baute oder Anlage) sein.¹²¹ Auch sog. Fahrnisbauten können die Merkmale des Werkbegriffs erfüllen (in der Literatur werden z.B. Jahrmarktattraktionen genannt).¹²² Wer betreffend Fahrnisbauten Werkeigentümer ist, entscheidet sich jedoch nach den in Rz. 51 f. erwähnten Kriterien von Art. 677 ZGB. Ein *unfertiges Werk* oder ein Werk, welches offensichtlich *in Reparatur* ist, löst keine Werkeigentümerhaftung aus, es sei denn ein Mangel liege nicht in der fehlenden Fertigstellung des Werks (z.B. Konstruktionsfehler). Unter Umständen kommt dann eine Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR in Betracht.¹²³ Auch öffentliche Werke (im Gemeingebrauch) fallen unter den Werkbegriff.¹²⁴

8.2 Werkeigentümer

60 Passivlegitimiert ist im Normalfall der *Eigentümer des Werks* zum Zeitpunkt des Schadeneintritts (vgl. Art. 58 Abs. 1 OR). Nach dem Bundesgericht beruht diese Regelung auf der Überlegung, dass es Sache des Eigentümers sei, die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um die Gefahren abzuwenden, welche ein ihm gehörendes Werk für Dritte in sich berge, und dass in erster Linie er in der Lage sei, für den Unterhalt des Werks zu sorgen und allfällige Mängel desselben zu beheben.¹²⁵

8.2.1 Anknüpfung an Eigentumskriterium

61 Die Werkeigentümerhaftung findet gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Anwendung auf ein *Gemeinwesen*, wenn es Eigentümer eines Werks oder daran hoheitsberechtigt ist (Bsp. Waldstrasse, Wanderweg oder Grillplatz in öffentlichem

¹¹⁶ BGE 96 II 34 ff., 35, E. 1. (Drahtzaun, in casu allerdings nicht im Wald).

¹¹⁷ BGE 130 III 736 ff., 740, E. 1.1 (Webereikanal entlang einer Zufahrtsstrasse); BGE 91 II 474 ff., 484, E. 6 (Bachbett, Damm, Durchlässe mit Einschluss des Mündungsbauwerkes).

¹¹⁸ BGE 91 II 281 ff., 283, E. 2. (Fussweg); MICHAEL BÜTLER, Zur Haftung von Werkeigentümern und Tierhaltern bei Unfällen auf Wanderwegen, *Sicherheit & Recht* 2/2009, 106 ff., 113 ff.

¹¹⁹ BGE 63 II 95 ff., 96 ff., E. 1 (eingemauerte Leiter zwischen Scheune und Heuboden).

¹²⁰ BGE 96 II 355 ff., 359, E. II. 1 (Baugerüst).

¹²¹ Frage offen gelassen in BGE 112 II 439 ff., 441 E. 1a; vgl. BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 58 N 12b; MICHAEL BÜTLER, Haftung bei walddtypischen Gefahren . Rechtsprechungsübersicht und Rechtslage, Rechtsgutachten für das BAFU vom 9. August 2014, Rz. 75; JÜRGEN NEF, Verkehrssicherungspflichten für Bäume, in Stephan Fuhrer/Christine Chappuis, *Haftpflcht- und Versicherungsrecht / Droit de la responsabilité civile et des assurances - Liber amicorum Roland Brehm*, 267 ff., 268 f.; LUKAS ROOS, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss. Zürich 2002, 24 f.

¹²² HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 112), § 18 N 8, 183.

¹²³ BGE 108 II 184 ff., 186, E. 1b; HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 112), § 18 N 8 f., 183 f.

¹²⁴ HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 112), § 18 N 12.

¹²⁵ BGE 91 II 281 ff., 283 f., E. 3a.

Wald). Gemäss Art. 3 Abs. 2 des *Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten* (VG)¹²⁶ richtet sich die Haftung des Bundes bei Tatbeständen, welche unter die Haftpflichtbestimmungen anderer Erlasse fallen, nach jenen besonderen Bestimmungen. «Abs. 2 will alle Tatbestände, die bereits von Spezialgesetzen des Haftpflichtrechts erfasst werden, diesen Gesetzen unterstellt wissen, gleichviel ob die Frage der Verantwortlichkeit sich letztlich aus privatem oder öffentlichem Recht stellt, eine gefährliche Anlage z.B. dem Gemeinwesen oder einem Privaten gehört, weil die Haftung so oder anders nach den gleichen Kriterien zu beurteilen ist, wenn die Gefahr sich verwirklicht. So gilt die Haftung des Werkeigentümers gemäss Art. 58 OR auch für das Gemeinwesen, wenn Anlagen des Verwaltungsvermögens oder im Gemeingebrauch mit Mängeln behaftet sind und Dritte deswegen geschädigt werden [ö]». ¹²⁷ Spezialhaftpflichttatbestände gehen der Staatshaftung nach allgemeinem Verantwortlichkeitsrecht vor, unabhängig von der privat- oder öffentlich-rechtlichen Qualifikation.¹²⁸ Ist die Werkeigentümerhaftung hingegen im Einzelfall nicht anwendbar (z.B. weil es an einer Haftungsvoraussetzung fehlt), ist eine Haftung der betroffenen Gemeinwesen nach dem anwendbaren *Verantwortlichkeitsrecht* des Bundes bzw. der Kantone zu prüfen.¹²⁹

8.2.2 Weitere Anknüpfungskriterien

62 Aus der Rechtsprechung sind verschiedene Sonderfälle bekannt, in denen das Bundesgericht die *Passivlegitimation auf Nichteigentümer ausgedehnt* hat.¹³⁰ So hat das Bundesgericht festgehalten, für die Bestimmung des haftpflichtigen Werkeigentümers seien nicht allein die *Begriffe des Sachenrechts* massgebend, sondern es komme auf den *Zweck* an, dem die Werkanlage als Ganzes zu dienen habe. «Haftpflichtig ist also nach dieser Rechtsprechung, wer die Werkanlage als Ganzes erstellt hat, wer sie benützt und tatsächlich über sie verfügt und darum für ihren Unterhalt zu sorgen hat [ö] In Weiterentwicklung dieses Grundsatzes hat das Bundesgericht sodann entschieden, die Haftbarkeit des Werkeigentümers habe naturgemäss zur Voraussetzung, dass er (oder sein Rechtsvorgänger) das Werk nach seinem Ermessen erstellt habe und in der Lage sei, die für dessen Unterhalt erforderlichen Massnahmen zu treffen (BGE 51 II 209). Diese Voraussetzung wurde verneint für einen von der Gemeindeverwaltung kraft öffentlich-rechtlicher Servitut teils auf privatem, teils auf öffentlichem Grund erstellten Gehsteig, bei dem der private Grundeigentümer in der Verfügungsgewalt auch hinsichtlich des Unterhaltes des ihm gehörenden Teils durch die Weisungen der zuständigen Behörde eingeschränkt war und der vom damaligen Kläger gerügte Mangel nur durch eine einheitliche, vom Gemeinwesen im Einvernehmen mit allen Anstössern angeordnete Massnahme hätte behoben

¹²⁶ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG) vom 14. März 1958 (SR 170.32).

¹²⁷ BGE 115 II 237 ff., 244, E. 2b (Zitat); REY (FN 111), N 1068, 1081 ff.; BÜTLER (FN 118), 113.

¹²⁸ JOST GROSS, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht*, 2. Aufl., Bern 2001, 30.

¹²⁹ Auf diese Thematik kann vorliegend nicht näher eingegangen werden, dazu GROSS (FN 128) 1 ff.; SOBOTICH (FN 23), 1 ff.; im Zusammenhang mit Wanderwegen: BÜTLER (FN 118), 122 f.

¹³⁰ Ausführlich dazu Berner Kommentar (BK)-BREHM, Art. 58 OR, N 9 ff.; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, Bern 2012, N 908 ff.

werden können. Das Bundesgericht wies daher die gegen den privaten Grundeigentümer gerichtete Werkhaftungsklage ab.»¹³¹

63 Das Bundesgericht hat also in einigen Fällen nicht den sachenrechtlichen Eigentümer, sondern das *dienstbarkeitsberechtigte Gemeinwesen als Werkeigentümer* qualifiziert, wenn es den Unterhalt des Werks allein besorgt; dies z.B. gestützt auf Art. 741 Abs. 1 ZGB (Last des Unterhalts) und im Bestreben, eine Lösung zu finden, welche sowohl der Billigkeit als auch dem Haftungsgrundsatz des Art. 58 OR genüge.¹³² In weiteren Fällen hat das Bundesgericht die Passivlegitimation auf Gemeinwesen oder Personen ausgedehnt, welche am dazugehörigen Boden weder Eigentum noch eine andere dingliche Berechtigung hatten. Insbesondere haften die Gemeinwesen im Sinne eines Sondertatbestands für Mängel an *öffentlichen Strassen und Wegen* (auch wenn sich diese teils oder ausschliesslich auf privatem Grund befinden).¹³³ In einem anderen Fall wurde eine Gemeinde, welche Trägerin der öffentlichen Wasserversorgung war, gestützt auf Art. 58 OR für den Schaden haftpflichtig erklärt, der durch den Bruch eines Entleerungshahns in der Liegenschaft eines Privaten entstanden war. Dies mit der Begründung, auch ohne Grundbucheintrag besitze die Beklagte (Gemeinde) in Bezug auf die mangelhafte Anschlussleitung eine Sachherrschaft, die mit derjenigen eines privaten Eigentümers vergleichbar sei.¹³⁴

64 In einem nicht publizierten Entscheid bejahte das Bundesgericht offenbar die Passivlegitimation einer Gemeinde, welche eine Seilbahn erstellte und unterhielt. Dabei sei nicht geprüft worden, ob sie Eigentümerin sei. Auch auf das Erfordernis einer Dienstbarkeitsberechtigung sei verzichtet worden.¹³⁵ Weitere mögliche (vereinzelte) Ausnahmen betreffen in der Gerichtspraxis *Skipisten, Bobbahnen* und andere *Sport- und Spielanlagen* sowie *Denkmäler und Aussichtstürme*.¹³⁶ Jeweils ist zu prüfen, ob der Bodeneigentümer oder der Sportanlagenbetreiber als Werkeigentümer im Sinne von Art. 58 OR anzusehen ist. Falls dem Ersteller bzw. Betreiber für den Bau solcher Werke eine *Baurechtsdienstbarkeit* eingeräumt wurde, ist er nach Art. 675 Abs. 1 ZGB (gesonderter) Eigentümer der Baute und damit Werkeigentümer (hier ist also keine Ausdehnung der Passivlegitimation nötig). Kann er sich hingegen «nur» auf andere Dienstbarkeiten oder obligatorische Berechtigungen, also auf eine blossе Nutzungsberechtigung stützen, ist die Rechtslage unklar. Das Bundesgericht hat bisher nicht entschieden, ob die Ausdehnung der Passivlegitimation auf den Dienstbarkeitsberechtigten auch bei Privatpersonen gilt.¹³⁷ M.E. wäre eine vorsichtige Ausdehnung in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung konsequent.

¹³¹ BGE 91 II 281 ff., 284 f., E. 3b und c.

¹³² BGE 91 II 281 ff., 286, E. 5a; ferner BGE 51 II 207 ff., 209.

¹³³ BGE 106 II 201 ff., 204, E. 2a und b.

¹³⁴ BGE 121 III 448 ff., E. 3c.

¹³⁵ Urteil BGer vom 5. Mai 1987 (nicht publiziert), gemäss REY (FN 111), N 1073.

¹³⁶ Vgl. z.B. BGE 74 II 155 ff. (Unfall bei Sprung von einem Steg in einer Badeanstalt).

¹³⁷ BGE 106 II 201 ff., E. 2a und b; FELLMANN/KOTTMANN (FN 130), N 910 f.; REY (FN 111), N 1072. BK-BREHM, Art. 58 OR, N 12, befürwortet die Passivlegitimation, falls dem privaten Dienstbarkeitsberechtigten allein der Nutzen zusteht und ihm die Unterhaltungspflicht obliegt.

65 In einem weiteren Entscheid weist das Bundesgericht darauf hin, dass das Subjekt der Haftung aus *Werkeigentum durch das Sacheigentum definiert* sei. Dies sei die allgemeine *Regel*, und daran sei festzuhalten, weil eine Ausdehnung der subjektiven Haftbarkeit, um eine Klage aus Art. 58 OR mit Erfolg abwenden zu können, angesichts des klaren Gesetzeswortlauts und mit Rücksicht auf die *Rechtssicherheit* nur mit Zurückhaltung angenommen werden könne. Somit rechtfertige es sich nur ausnahmsweise, vom formellen Kriterium des Eigentums abzusehen und die Sachherrschaft in Betracht zu ziehen. Das Bundesgericht führte dann aber aus, dass der Betreiber eines Strandbads als Werkeigentümer eines Sprungturms eingestuft werden könnte, wenn er zur Zeit des Unfalls über eine gültige *Konzession* verfügt, welche Bau und Unterhalt des Sprungturms einschliesst (was wegen einer Konzessionsänderung allerdings nicht mehr gegeben war).¹³⁸

66 In der Lehre wird diese Rechtsprechung unterschiedlich aufgenommen: Ein Teil ist der Meinung, die Ausdehnung der Passivlegitimation auf Nichteigentümer gefährde die Rechtssicherheit.¹³⁹ Andere Autoren stimmen dieser Praxis zu, weil eine strenge Anwendung des formalen Eigentumskriteriums zu unbilligen Situationen führen würde.¹⁴⁰

8.2.3 Schlussfolgerungen

67 Überträgt man die vorangehend aufgeführte Rechtsprechung auf Fälle von *illegalen Bauten*, die nicht vom Waldeigentümer selber oder in dessen Auftrag erstellt wurden, lässt sich Folgendes festhalten: Handelt es sich um eine Fahrnisbaute im Sinne von Art. 677 ZGB, gilt der Bauherr . in Abweichung vom Akzessionsprinzip . als Eigentümer und somit auch als Werkeigentümer. Wie gezeigt, sind Ersteller einer Fahrnisbaute, welche dafür ohne Berechtigung fremdes Material verwenden, sachenrechtlich zwar nicht Eigentümer der Fahrnisbaute, haftpflichtrechtlich m.E. aber ebenfalls als Werkeigentümer anzusehen.¹⁴¹ Soweit ein Bauherr einer illegalen Baute vom Waldeigentümer für eine (legale) Baute eine Baurechtsdienstbarkeit eingeräumt erhalten hat (z.B. ein Baurecht für den Bau einer Hütte oder einer Rodelbahn), ersterer aber ohne oder in Überschreitung einer Baubewilligung gebaut hat, ist er Eigentümer der illegalen Baute oder Anlage. Der Bauherr haftet demnach für Schäden aus Unfällen als Werkeigentümer. Würde in einer solchen Konstellation der Waldeigentümer eingeklagt, könnte er sich dagegen mit Erfolg wehren. Würde dem Bauherrn der illegalen Baute hingegen vom Waldeigentümer «nur» eine andere Dienstbarkeit oder eine Konzession oder gar nur ein obligatorisches Nutzungsrecht eingeräumt, erscheint unwahrscheinlich (mindestens im Fall der Dienstbarkeit oder Konzession jedoch möglich), dass der Bauherr von den Gerichten als Werkeigentümer eingestuft würde.

68 Am schwierigsten ist die Rechtslage einzuschätzen, wenn der *Bauherr ohne Wissen und Zustimmung des Waldeigentümers*, d.h. ohne jede Berechtigung im Wald eine illegale

¹³⁸ BGE 123 III 306 ff., 309 f., E. 3a; Übersetzung in: Pra. 12/1997, Nr. 170, 910 ff., 914.

¹³⁹ Z.B. KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, N 25, 109.

¹⁴⁰ Z.B. BK-BREHM, Art. 58 OR, N 10 ff.; Überblick bei FELLMANN/KOTTMANN (FN 130), N 909 mit Verweisen.

¹⁴¹ Dazu die Ausführungen in Rz. 53.

Baute erstellt. Einerseits sprechen das formale Eigentumskriterium und die Ausgestaltung der Werkeigentümerhaftung als Zustandshaftung dafür, den Waldeigentümer als Werkeigentümer zu betrachten. Andererseits kann in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung argumentiert werden, der Bauherr habe die illegale Werkanlage (unter Umständen sogar mit gestohlenem Holz) als Ganzes erstellt, sie benützt, verfüge tatsächlich über sie (Sachherrschaft) und habe darum für ihren Unterhalt zu sorgen. Zudem habe der Bauherr (und nicht etwa der Waldeigentümer) das Werk nach seinem Ermessen erstellt und sei in der Lage, die für dessen Unterhalt erforderlichen Massnahmen zu treffen. Angesichts der oft weitläufigen Waldflächen habe der Waldeigentümer gar keine Kontroll- bzw. Einflussmöglichkeit auf Anlage, Mängelfreiheit und Unterhalt einer solchen illegalen Baute (Fehlen der Verfügungsmacht), mindestens solange er von der Baute nichts weiss.¹⁴² Die unbekannte Bauherrschaft ist demnach nicht als Hilfsperson des Waldeigentümers anzusehen. Es wäre unbillig, den Waldeigentümer in einer solchen Konstellation als Werkeigentümer einzustufen. Eine Rolle kann bei *Billigkeitsüberlegungen* m.E. auch spielen, ob der Waldeigentümer bzw. die zuständigen Behörden eine illegale Baute nach der Entdeckung über längere Zeit wissentlich dulden und nichts dagegen unternehmen (z.B. Unterlassung einer Meldung an die Forst- oder Baubehörde oder des Anbringens von Warnhinweisen bzw. Unterlassung der Behörden, verwaltungsrechtliche Massnahmen anzuordnen). Pauschale Regelungen vermögen den verschiedenen Fallkonstellationen wohl kaum je in befriedigender Masse gerecht zu werden. Den konkreten *Umständen des Einzelfalls* ist jeweils Rechnung zu tragen.

69 Selbst wenn der Waldeigentümer als Werkeigentümer qualifiziert würde, bieten die weiteren Haftungsvoraussetzungen bzw. -regeln Raum, um das Haftungsrisiko des Waldeigentümers sinnvoll zu begrenzen: einerseits das Kriterium der Unzumutbarkeit, ein illegales Werk mängelfrei zu unterhalten, andererseits die Eigenverantwortung der Benutzer. Darauf wird nachfolgend eingegangen. Der Vollständigkeit halber anzufügen bleibt, dass der Waldeigentümer für Schäden aus illegalen Bauten (auf seinem Boden), die er selber oder in seinem Auftrag erstellen lässt, als Werkeigentümer haftbar wird.

8.3 Werkmangel

70 Nach Rechtsprechung und Lehre liegt ein *Werkmangel* vor, wenn das Werk bei bestimmungsgemäsem Gebrauch keine genügende Sicherheit bietet. Der Werkmangel kann in der fehlerhaften Anlage, in der fehlerhaften Herstellung oder im mangelhaften Unterhalt liegen.¹⁴³ «Ein Mangel im Unterhalt liegt auch dann vor, wenn der Eigentümer durch technisch möglichen und finanziell zumutbaren Unterhalt den durch Zufall, Naturkatastrophen oder Verhalten Dritter verursachten mangelhaften Zustand rechtzeitig hätte beseitigen können.»¹⁴⁴ Als Grundsatz gilt, dass ein Werk einem bestimmungswidrigen Gebrauch

¹⁴² Zur Haftung bei Erstellung von Wanderwegen ohne behördliche Einwilligung: BÜTLER (FN 118), 120.

¹⁴³ Z.B. BGE 130 III 736 ff., 741, E. 1.3; HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 112), § 18 N13.

¹⁴⁴ HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 112), § 18 N 14 mit Verweis auf EMIL W. STARK, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, N 728.

nicht gewachsen zu sein braucht. Ausnahmsweise bejahen Lehre und Rechtsprechung die Haftung des Werkeigentümers selbst bei einem zweckwidrigen Verhalten bestimmter Personengruppen, insbesondere von Kindern, wenn das zweckwidrige Verhalten voraussehbar ist und zumutbare Massnahmen möglich sind. Nach dem Bundesgericht muss der Werkeigentümer gegen ein ausgefallenes Verhalten selbst bei Kindern keine Vorkehren treffen.¹⁴⁵ Dies erscheint richtig, sind doch die Eltern der Kinder verpflichtet, eine altersgemässe Beaufsichtigung zu gewährleisten. Je nachdem, ob die illegale Waldbaute Freizeitaktivitäten von Kindern oder Jugendlichen dient, ist diese Rechtsprechung zu beachten. Allerdings dürften solche Bauten teilweise von unmündigen Personen selbst erstellt werden (Bsp. Baumhütten). Es ist darauf hinzuweisen, dass urteilsfähige handlungsunfähige (z.B. minderjährige) Personen aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig werden (Art. 19 Abs. 3 ZGB). Sogar urteilsunfähigen Personen (z.B. wegen Trunkenheit) kann eine Haftung aus Billigkeitsgründen auferlegt werden (Art. 54 OR).

- 71 Um die Frage der Mangelhaftigkeit zu beurteilen, ist auf *behördliche Regelungen, Sicherheitsvorschriften oder Empfehlungen spezialisierter privater oder halbstaatlicher Organisationen* oder Unternehmen zurückzugreifen (z.B. für Wanderwege die Schweizer Norm SN 640 829a Strassensignale, Signalisation Langsamverkehr oder im Landwirtschaftsbereich die Empfehlungen der Beratungsstelle für Unfallverhütung in der Landwirtschaft, SIA-Normen als nationale Regeln der Baukunde). Soweit diese Regelungen allgemein anerkannt sind, kommt ihnen die Funktion von *Verkehrssicherungspflichten* zu.¹⁴⁶ Die Befolgung des allgemein Üblichen und die Einhaltung behördlicher Vorschriften garantiert jedoch noch keine Mängelfreiheit.¹⁴⁷ Allgemein von Bedeutung ist der *Gefahrensatz*: Wer einen Zustand schafft, welcher einen anderen schädigen könnte, muss die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichts- und Schutzmassnahmen treffen.¹⁴⁸ Der Gefahrensatz wird durch *Verkehrssicherungspflichten* konkretisiert. Er findet Anwendung einerseits bei der Frage der *Widerrechtlichkeit* von Personen- oder Sachschäden, wenn z.B. Unterlassungen des Wald- oder Werkeigentümers zur Diskussion stehen. *Unterlassungen* werden haftungsrechtlich relevant, wenn für den potenziellen Schädiger eine Rechtspflicht zum Handeln statuiert ist (auf Grund des Gefahrensatzes oder einer gesetzlichen bzw. vertraglichen Garantenstellung z.B. als Arbeitgeber). Andererseits kommt der Gefahrensatz bei der Prüfung des Verschuldens zur Anwendung. Nach Auffassung des Bundesgerichts begründet die Verletzung des Gefahrensatzes *Verschulden*; wer die gebotenen Schutzmassnahmen unterlässt, verletzt seine Sorgfaltspflicht.¹⁴⁹
- 72 Auf *atypische oder besonders grosse Gefahren* (sog. Fallen), welche für den Waldbenutzer nicht gut erkennbar sind, hat der Werkeigentümer je nach Umständen (in Werknähe)

¹⁴⁵ BGE 130 III 736 ff., 743 ff., E. 1.5 und 1.6.

¹⁴⁶ BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 58 N 15; MICHAEL BÜTLER, Gefahrensatz und Verkehrssicherungspflichten im Bergrecht, in: Barbara Klett (Hrsg.), Haftung am Berg 2013, Zürich/Basel/Genf 2013, 35 ff., 58 f.

¹⁴⁷ OFTINGER/STARK (FN 139), § 19 N 75 f.

¹⁴⁸ Z.B. BGE 124 III 297 ff., E. 5b; BGE 116 Ia 162 ff., E. 2c.

¹⁴⁹ BGE 124 III 297 ff., 300 f., E. 5b; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 58 N 15; Näheres bei BÜTLER (FN 146), 35 ff.

hinzuweisen bzw. zu warnen, z.B. mit einem Warnschild. Je nach Werk und mindestens bei publikumsintensiven Einrichtungen sind die Gefahrenstellen soweit zumutbar zu entschärfen (dies gilt z.B. bei Skipisten neben dem Pistenrand).¹⁵⁰ Es ist zu beachten, dass *Hinweis- und Warnschilder* grundsätzlich keine die Haftung ausschliessende Wirkung haben.¹⁵¹ Insbesondere kann die *Haftung für Körperschäden* nicht ausgeschlossen werden.¹⁵² «Immerhin wirken sich Hinweis- und Warnschilder haftpflichtrechtlich dahingehend aus, dass diejenige Person, die davon Kenntnis hat und dagegen handelt, sich» gegenüber dem Schädiger «unter dem Kriterium des Selbstverschuldens wahrscheinlich eine Haftungsreduktion im Sinne von Art. 44 Abs. 1 OR gefallen lassen muss.»¹⁵³

- 73 Entscheidend sind stets die Umstände des Einzelfalles, insbesondere Art, Bestimmungszweck und Lage eines Werks. Mitten im Wald in der «freien Natur», d.h. *abseits von Werken oder Wegen*, bestehen hingegen grundsätzlich *keine Verkehrssicherungspflichten*, zentral ist dort die Eigenverantwortung der Waldbesucher (dazu die nachfolgenden Ausführungen).¹⁵⁴

8.4 Selbstverantwortung und Zumutbarkeit als Schranken

8.4.1 Selbstverantwortung

- 74 Eine wichtige *Schranke der Sicherungspflicht* bildet die *Selbstverantwortung*. Nach den Worten des Bundesgerichts hat der Werkeigentümer nicht jeder erdenklichen Gefahr vorzubeugen. Er dürfe Risiken ausser Acht lassen, welche von den Benützern des Werks oder von Personen, die mit dem Werk in Berührung kommen, mit einem *Mindestmass an Vorsicht* vermieden werden können. Ein ausgefallenes, unwahrscheinliches Verhalten müsse nicht einberechnet werden.¹⁵⁵ Die Eigenverantwortung ist besonders in der «freien Natur» wie z.B. im Wald von besonderer Bedeutung. Es ist dort allgemein mit verschiedenen Schwierigkeiten, Gefahren und Restrisiken zu rechnen (Topografie, Witterungsbedingungen, Tages- und Jahreszeit, Tiere usw.). Waldbenutzer haben ihr Verhalten und ihre Ausrüstung diesen Gegebenheiten anzupassen.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Zu walddtypischen Gefahren: BÜTLER (FN 121), Rz. 64, 73. Zu Verkehrssicherungspflichten auf und neben Skipisten: BGE 130 III 193 ff., 199, E. 2.2, 2.3, 2.4.3.; Urteil BGer 4C.54/2004 vom 1. Juni 2004, E. 2.2; BÜTLER (FN 146), 61 ff.

¹⁵¹ Vgl. z.B. BGE 102 II 232 ff. E. 1 bb (Praxis 1977, Nr. 26, 62 ff.) betreffend eine Hundewarntafel.

¹⁵² INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 24.14.

¹⁵³ MICHAEL BÜTLER, Rechtsfragen zu Herdenschutzhunden, Rechtsgutachten für das Bundesamt für Umwelt vom 20. Juni 2011, Rz. 223 ff., S. 85 f. mit weiteren Verweisen.

¹⁵⁴ BÜTLER (FN 121), Rz. 84, 97; BÜTLER (FN 146), 55 ff.; ANDREAS FURRER, Rechtliche Grundlagen der Haftung des Waldeigentümers, Verbandsorgan des Schweizerischen Verbands der Bürgergemeinden und Korporationen, 2/2012, 40; KELLER/BERNASCONI (FN 14), 37, Ziff. 1.6.3.

¹⁵⁵ So das Bundesgericht in BGE 130 III 736 ff., 742, E. 1.3.; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 58 N 16.

¹⁵⁶ BÜTLER (FN 121), Rz. 97.

75 Bei illegalen Bauten mitten im Wald (z.B. Baumhütten, Unterstände, Leitern, Stege, Bikestrecken usw.) dürfte in vielen Fällen bei *pflichtgemässer Vorsicht* der Waldbesucher *erkennbar* sein, ob diese Bauten hinsichtlich *Sicherheitsstandard* vertrauenswürdig sind oder nicht. Wer auf eine wacklige Baumhütte oder Leiter klettert, tut dies in der Regel auf *eigene Gefahr (acceptation du risque)*. Bei «behelfsmässig» errichteten Bauten ist dementsprechend *erhöhte Vorsicht angebracht*. Auch die Benutzung von Downhillstrecken für Mountainbikes ist mit erheblicher Eigenverantwortung verbunden, zumal die Fahrgeschwindigkeit und die natürlichen Gegebenheiten ein erhöhtes Unfallrisiko mit sich bringen. Zu nennen sind beispielsweise das zum Teil steile Gelände, Unebenheiten, Wurzeln, Äste und Steine, rutschiger Boden nach Niederschlägen, Vereisung oder Schneebedeckung im Winterhalbjahr usw. Es dürfte unter solchen Umständen für die geschädigte Person nicht leicht sein, einen Werkmangel nachzuweisen. Ein weiterer Punkt könnte im Einzelfall sein, dass eine Baute *kein fertiges Werk* darstellt. Häufig sind Unfälle im Freien auf eine Überschätzung der eigenen Fähigkeiten, auf gesundheitliche Probleme, auf ungenügende Ausrüstung oder Vorbereitung oder sonst auf unglückliche Umstände zurückzuführen.¹⁵⁷ Erleiden Personen im Zusammenhang mit der Benützung illegaler Bauten und Anlagen einen Schaden, trifft sie eine *Schadenminderungs-* und eine *Schadenabwendungspflicht*.¹⁵⁸ Ihre Verletzung ist als *Mitverschulden* zu werten und kann gemäss Art. 44 Abs. 1 OR zur Reduktion oder zum Wegfall des Schadenersatzanspruchs führen.

8.4.2 Zumutbarkeit von Kontroll-, Unterhalts- und Sicherungsmassnahmen

76 Eine weitere Schranke der Sicherungspflicht ist das Kriterium der *Zumutbarkeit* von Unterhalts- bzw. Sicherungsmassnahmen. Nach der Rechtsprechung ist zu berücksichtigen, ob die Beseitigung allfälliger Mängel oder das Anbringen von Sicherheitsvorrichtungen technisch möglich ist und die entsprechenden Kosten in einem vernünftigen Verhältnis zum Schutzinteresse der Benützer und dem Zweck des Werks stehen. Dem Werkeigentümer sind Aufwendungen nicht zuzumuten, die in keinem Verhältnis zur Zweckbestimmung des Werks stehen.¹⁵⁹ Insbesondere wenn die Werkeigentümerhaftung von Gemeinwesen zur Debatte steht, ist zu prüfen, ob Kontroll-, Unterhalts- und Sicherungsmassnahmen *finanziell, personell und zeitlich zumutbar* sind. Es ist zu berücksichtigen, dass Waldgebiete in der Regel weitläufig und eher unübersichtlich sind. Führen z.B. Naturereignisse wie Starkniederschläge, Hochwasser, Murgänge, Lawinen oder Steinschlag zu Beschädigungen von Werken, ist dem Werkeigentümer eine *angemessene Frist* zuzugestehen, um allfällige Mängel zu beheben. Abseits von Wegen und Werken mit Publikumsverkehr, welche jährlich mindestens eine *Kontrolle* erfordern (z.B. Wander- und Waldwege), können grundsätzlich keine Kontrollen im Gelände erwartet werden. Bezüglich illegalen Bauten von unbekanntem Dritten erscheint die Zumutbarkeit von Kontroll- und Unterhaltsmassnahmen durch den Waldeigentümer besonders problematisch. Falls

¹⁵⁷ BÜTLER (FN 118), 111.

¹⁵⁸ HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 112), § 9 N 18 ff.

¹⁵⁹ BGE 130 III 736 ff., 742, E. 1.3; BGE 126 III 113 ff., 115, E. 2a/cc; BGE 123 III 306 ff., 311, E. 3b/aa; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 58 N 13 ff.

der Waldeigentümer von der illegalen Baute tatsächlich Kenntnis hat, erscheint m.E. die *Information der zuständigen Forst- und Baubehörden* über Existenz und Standort der illegalen Baute zumutbar, bei erkennbaren grossen Gefahren ev. zudem das *Anbringen eines Warnschilds* vor Ort. In Absprache mit den Behörden ist dann das weitere Vorgehen abzuklären. Heikel sind insbesondere einsturzgefährdete Bauten, Stege oder gefährliche Freizeitanlagen mit Publikumsverkehr (Downhillstrecken, Schanzen, Seilparks etc.).

- 77 Behörden müssen gestützt auf Art. 50 Abs. 2 WaG sowie auf das kantonale bzw. kommunale Planungs- und Baurecht umgehend aktiv werden, wenn sie auf illegale Bauten hingewiesen werden, insbesondere, wenn das betroffene Gemeinwesen selber Waldeigentümer ist. Die *behördliche Duldung von illegalen Bauten* (mit Gefahrenpotenzial) über einen längeren Zeitraum auf eigenen Waldgrundstücken könnte im Rahmen der Werkeigentümerhaftung allenfalls unter den mangelhaften Unterhalt subsumiert werden und bei Schäden eine Haftung auslösen.
- 78 Sowohl dem öffentlichen als auch dem privaten Waldeigentümer ist zu empfehlen, einmal erkannte oder bekannte *polizeiwidrige Zustände* umgehend zu *melden* und nicht etwa zu dulden. Damit kann der Waldeigentümer im Schadenfall einem allfälligen Vorwurf der Fahrlässigkeit entgegenwirken. Ob eine wissentliche *Duldung des Waldeigentümers von illegalen Bauten Dritter*, welche Werkmängel aufweisen, über längere Zeit im Schadenfall eine Haftung des Waldeigentümers auslösen kann, ist eine offene und schwierige Frage. Deren Beantwortung hängt unter anderem davon ab, welche Haftungsnorm anwendbar ist, insbesondere ob der Waldeigentümer als Werkeigentümer der illegalen Baute zu qualifizieren ist, ob eine Rechtspflicht zum Handeln bestand (und damit die Unterlassung rechtlich vorwerfbar ist) und ob Sicherungs- oder Beseitigungsmassnahmen im Einzelfall zumutbar sind. Erforderlich ist eine umfassende *Interessenabwägung* darüber, welches Verhalten vom Waldeigentümer vernünftigerweise erwartet werden kann (Erfüllbarkeit und Zumutbarkeit von Verkehrssicherungspflichten). Dabei ist zu Gunsten des Waldeigentümers zu berücksichtigen, dass bewaldete Flächen grundsätzlich für die Öffentlichkeit unentgeltlich zugänglich sind. Überzogene Verkehrssicherungspflichten des Waldeigentümers und eine damit verbundene Haftungsausdehnung wären nicht sachgerecht.¹⁶⁰
- 79 Sollte der Waldeigentümer im Einzelfall für Schäden im Zusammenhang mit einer illegalen Waldbaute ausnahmsweise haftbar sein, kann er gegebenenfalls (z.B. gestützt auf Art. 58 Abs. 2 OR) *Rückgriff auf andere haftpflichtige Personen* nehmen, falls diese ihm gegenüber verantwortlich sind (z.B. aus Art. 41 Abs. 1 OR).
- 80 Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass der Autor der vorliegenden Studie auf keine Gerichtsentscheide gestossen ist, welche die Haftung wegen Unfällen bei illegalen Bauten im Wald behandeln. Insofern erscheinen die verbleibenden Rechtsunsicherheiten etwas grösser als in alltäglicheren Fällen.

¹⁶⁰ Dazu auch HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 112), § 1 N 91 f. Zu den Verkehrssicherungspflichten im Bergrecht: BÜTLER (FN 146), 35 ff., 67 ff. (zur Kritik der Lehre an der Haftungsausdehnung) mit Verweisen.

9. Weitere Haftungsgrundlagen

9.1 Verschuldenshaftung

- 81 Im Verhältnis zur Werkeigentümerhaftung (lex specialis) ist die allgemeine *Verschuldenshaftung* von Art. 41 Abs. 1 OR *subsidiär*. Sie findet Anwendung, wenn kein Kausalhaftungstatbestand als lex specialis erfüllt ist.¹⁶¹ Im Unterschied zur Werkeigentümerhaftung setzt die Verschuldenshaftung ein *vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten* voraus. *Vorsatz* ist Handeln mit Wissen und Wollen. *Fahrlässigkeit* bedeutet im Zivilrecht das Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt; dabei kommt ein objektivierter Sorgfaltsmassstab zum Zug.¹⁶² Es ist zwischen grober Fahrlässigkeit («das darf nicht passieren») und leichter Fahrlässigkeit («das kann passieren») zu unterscheiden. Grundsätzlich haftet der Schuldner für jede Art von Verschulden. Im Übrigen ist auf die haftpflichtrechtliche Literatur zu verweisen.¹⁶³
- 82 Es fragt sich, ob der Waldeigentümer wegen Schäden im Zusammenhang mit einer illegalen Baute gestützt auf die Verschuldenshaftung haftbar werden kann, auch wenn er nicht deren Werkeigentümer ist. M.E. besteht für den Waldeigentümer, der selber keine Werke unterhält, keine Pflicht, sein unter Umständen grosses (und wirtschaftlich eher geringwertiges) Waldgrundstück aktiv auf polizeiwidrige Zustände zu kontrollieren, jedenfalls abseits von leicht einsehbaren Stellen. Bemerkt er jedoch eine illegale Baute oder wird er von Dritten (z.B. Förster, Spaziergänger) darauf hingewiesen und unternimmt er dagegen während längerer Zeit nichts, ist zu prüfen, ob diese *Duldung* als Unterlassung rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Eine Qualifizierung als Verhaltensstörer ist denkbar. Eine Variante ist, dass er auf verwaltungsrechtlicher Ebene von den Forst- oder Baubehörden zur Beseitigung der Baute bzw. zur Einleitung eines nachträglichen Bewilligungsverfahrens aufgefordert wird.¹⁶⁴ Zusätzlich könnte der Waldeigentümer in haftpflichtrechtlicher Hinsicht von einer geschädigten Person auf Schadenersatz eingeklagt werden, falls die Baute zum Unfallzeitpunkt Mängel aufgewiesen hatte.
- 83 Angenommen, der Waldeigentümer würde von den Gerichten nicht als Werkeigentümer eingestuft, käme eine Haftung gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR nur bei Vorliegen eines Verschuldens in Frage. Am heikelsten erscheint es, wenn ein Waldeigentümer eine illegale Baute über längere Zeit duldet, welche für ihn *erkennbarerweise gravierende Mängel aufweist* und für Waldbesucher (fallenartige) Gefahren birgt (z.B. Einsturzgefahr einer illegalen Baute, Umsturzgefahr eines schrägstehenden Baumes in der Nähe einer solchen Baute). Hier sollte der Waldeigentümer entweder dafür sorgen, dass die Baute beseitigt wird oder Waldbenutzer auf die Gefahr hinweisen.¹⁶⁵ Eine Unterlassung kann dem Waldeigentümer nur angelastet werden, wenn eine Handlungspflicht bejaht werden kann. In

¹⁶¹ REY (FN 111), N 807.

¹⁶² Statt vieler: REY (FN 111), N 843 ff. mit Verweisen.

¹⁶³ Z.B. BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41 N 1 ff. mit Verweisen.

¹⁶⁴ Dazu die vorangehenden Ausführungen unter Rz. 19 ff.

¹⁶⁵ BÜTLER (FN 121), Rz. 73.

speziellen Fällen könnte hier ev. der Gefahrensatz herangezogen werden (Begründung: z.B. Eröffnung oder Duldung eines Verkehrs wie einer Mountainbike-Waldstrecke oder eines Seilparks).¹⁶⁶ Aus diesem Grunde ist es wichtig, dass der Waldeigentümer die zuständigen Behörden bald nach der Entdeckung über solche Bauten informiert. Grundsätzlich dürfte es jedoch schwierig sein, dem Waldeigentümer, welcher nicht zugleich Werkeigentümer ist, ein schuldhaftes Verhalten nachzuweisen bzw. seine Rechtspflicht zum Handeln zu begründen. Schliesslich gilt es . wie in Rz. 78 erwähnt . zu vermeiden, die Verkehrssicherungspflichten des Waldeigentümers zu überspannen.

9.2 Staatshaftung

84 Gesetz den Fall, dass ein Gemeinwesen *illegale Bauten im Wald während längerer Zeit wissentlich duldet* (ohne dagegen einzuschreiten), ist im Schadenfall eine *Staatshaftung* nach den Verantwortlichkeitsgesetzen von Bund und Kantonen zu prüfen, wenn die Voraussetzungen besonderer Haftungsbestimmungen (wie z.B. Art. 58 OR) nicht erfüllt sind. Die Staatshaftung kommt bei Schäden zum Tragen, welche Staatsbeamte einem Dritten widerrechtlich und adäquat kausal zufügen (z.B. Art. 3 Abs. 1 VG). Nach den meisten Verantwortlichkeitsgesetzen ist ein Verschulden nicht erforderlich; der Staat haftet anstelle der Beamten.¹⁶⁷ Widerrechtliche *Unterlassungen* setzen ebenfalls eine Rechtspflicht zum Handeln (z.B. aus Gefahrensatz) und eine Garantenstellung (des Gemeinwesens) für die geschädigte Person (zum Schutz gefährdeter Polizeigüter) voraus.¹⁶⁸

10. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?

85 Im Zusammenhang mit dem Postulat von Siebenthal wird die Idee diskutiert, die *Haftung des Waldeigentümers* in Zusammenhang mit illegalen Bauten im Wald gesetzlich *ausszuschliessen*. Nicht zuletzt angesichts der zunehmenden Freizeitaktivitäten im Wald ist dieses Anliegen nachvollziehbar. Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass es zu dieser Konstellation . soweit ersichtlich . keine greifbaren Gerichtsentscheide gibt, wofür es verschiedene Gründe geben mag (z.B. Vermeidung von Präjudizien durch Abschluss von Vergleichen oder wenige Unfälle). Die Beurteilung des Haftungsrisikos für Waldeigentümer unterliegt damit einigen Rechtsunsicherheiten. Eine Gesetzesrevision im Sinne des Postulats würde für Waldeigentümer das Risiko einer zivilrechtlichen Haftung mit Bezug auf illegale Bauten, welche von Drittpersonen erstellt wurden, ausschliessen.

86 Ein gesetzlicher Ausschluss der Haftung¹⁶⁹ des Waldeigentümers ist m.E. aus verschiedenen Gründen jedoch *fragwürdig*: Erstens dürfte eine solche Wegbedingung nur illegale Bauten von Drittpersonen betreffen. Ist der Waldeigentümer nämlich für die Errichtung

¹⁶⁶ Vgl. auch BÜTLER (FN 146), 39 (Skisportanlagen).

¹⁶⁷ Zu den allgemeinen Voraussetzungen der Staatshaftung: GROSS (FN 128), 163 ff.; TOBIAS JAAG, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd.I/3, Staats- und Beamtenhaftung, 2. Aufl., Basel 2006.

¹⁶⁸ GROSS (FN 128), 175 f., 183 f., 243 f.; SOBOTICH (FN 23), 132 ff.

¹⁶⁹ Die vertragliche Wegbedingung der Haftung ist in Art. 100 bzw. Art. 101 Abs. 2 und 3 OR geregelt.

einer solchen Baute direkt oder indirekt verantwortlich, ist eine Haftung des Waldeigentümers folgerichtig. Zweitens handelte es sich um einen punktuellen, aber folgenreichen Eingriff in die Regelung der unerlaubten Handlungen bzw. der Werkeigentümerhaftung. Die Werkeigentümerhaftung ist als (strenge) Kausalhaftung ausgestaltet, welche auch Mängel durch Zufall, Naturereignisse und Verhalten Dritter einschliesst. Dadurch würde das *Haftungskonzept von Art. 58 OR* untergraben und in ein Ungleichgewicht geraten. Es ist ausserdem zu befürchten, dass die Wegbedingung der Haftung der Waldeigentümer betreffend illegale Bauten andere Akteure, welche der Werkeigentümerhaftung unterliegen, ermutigen könnte, ebenfalls Haftungserleichterungen zu fordern. Drittens würde der Anreiz für Waldeigentümer sinken, sich gegen illegale Bauten zu wehren. Es läge dann allein an den zuständigen Forst- und Baubehörden, d.h. an der öffentlichen Hand, dagegen einzuschreiten. Viertens ist fraglich, ob für eine derartige gesetzliche Wegbedingung der Haftung ein Bedürfnis besteht, sind doch . soweit ersichtlich . bislang keine Fälle bekannt, in denen Waldeigentümer wegen illegalen Bauten schwer tragbare Gerichtsentseide hinnehmen mussten. In heiklen Einzelfällen hat das Gericht bereits unter dem geltenden Recht zudem die Möglichkeit, *sachgerechte Differenzierungen* vorzunehmen, um die Verkehrssicherungspflichten des Wald- bzw. Werkeigentümers angemessen zu beschränken: Es kann den Werkeigentümergebegriff aus Billigkeitsgründen auf die illegale Bauherrschaft ausdehnen, Kontroll- und Unterhaltmassnahmen des Waldeigentümers bei illegalen Bauten (von Drittpersonen) als unzumutbar erklären und der Eigenverantwortung der Benutzer solcher Bauten und Anlagen mit einer Schadenersatzreduktion zu Gunsten des Waldeigentümers Rechnung tragen.

87 Schliesslich stellt sich auch die Frage, wo dieser Haftungsausschluss zu regeln wäre und ob davon nur die Haftung des Waldeigentümers als Werkeigentümer oder auch die Verschuldenshaftung und andere Haftungsnormen erfasst werden sollten. Klar ist, dass es eine Regelung auf Stufe *Bundesgesetz im formellen Sinn* bräuchte (mit Referendumsmöglichkeit), weil die erwähnten Haftungsnormen selber auf Gesetzesstufe verankert sind. Denkbar ist einerseits eine Regelung im eidg. Waldgesetz (mit Verweis auf das OR), andererseits im Zivilgesetzbuch (Art. 699 ZGB) oder im Obligationenrecht. Entweder müsste im allgemeinen Teil des OR, im Zweiten Abschnitt über die Entstehung (von Obligationen) durch unerlaubte Handlungen eine neue Norm geschaffen werden; oder ein zusätzlicher Absatz in Art. 58 OR. Es ist zu bedenken, dass die *Revision des Haftpflichtrechts* schon seit langem Thema ist. Der Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Haftpflichtrechts wurde im Herbst 2000 in die Vernehmlassung geschickt und stiess auf erhebliche Kritik. Mit Entscheid vom 21. Januar 2009 verzichtete der Bundesrat schliesslich auf eine umfassende Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Immerhin ist zu erwähnen, dass zurzeit eine Revision der Verjährungsfristen im Privatrecht im Gange ist. Am 29. November 2013 verabschiedete der Bundesrat die entsprechende Botschaft zur Änderung des OR.¹⁷⁰

¹⁷⁰ HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 112), § 1, N 101-103; <http://www.ejpd.admin.ch>.

88 Die meisten dieser Gründe sprechen m.E. gegen den diskutierten gesetzgeberischen Schritt eines punktuellen Haftungsausschlusses.

11. Empfehlungen für Waldeigentümer

89 Dem *privaten Waldeigentümer* sind folgende Schritte zu empfehlen, um die Wahrscheinlichkeit von verwaltungsrechtlichen Massnahmen und einer Haftung im Zusammenhang mit illegalen Bauten zu reduzieren:

- Kontakt mit Revierförster pflegen,
- bei Entdeckung illegaler Bauten oder Meldung durch Dritte die Baute vor Ort besichtigen, Fotos und ev. Protokoll erstellen,
- nach Möglichkeit Urheber / Bauherrschaft eruieren,
- ev. Warnschild anbringen, ev. Beseitigung selbst anordnen,
- zuständige Forst- oder Baubehörden informieren und Vorgehen besprechen,
- illegale Bauten nicht dulden, von Bauherrschaft (soweit bekannt) Beseitigung auf deren Kosten verlangen,
- ev. Polizei einschalten, ev. Strafanzeige einreichen,
- (unberechtigte) Haftungsansprüche von Dritten vor Gericht abwehren,
- ev. Abschluss eines Vertrags mit einem Bauherrn bzw. mit einem Gemeinwesen über die Tragung bzw. Überbindung der Haftung im Innenverhältnis,
- ev. Rechtsschutzversicherung abschliessen, welche Haftungs-, Verwaltungs- und Strafverfahren abdeckt,

90 Auch für *Gemeinwesen als Waldeigentümer* gelten die obigen Empfehlungen teilweise sinngemäss. Soweit im Einzelfall zuständig, haben sie zudem gemäss Art. 50 Abs. 2 WaG umgehend die nötigen Massnahmen zur Beseitigung rechtswidriger Zustände einzuleiten (verwaltungs- und strafrechtliche Massnahmen, dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 19 ff.). Den kantonalen Behörden ist zudem anzuraten, Vollzugshilfen zum Umgang mit illegalen Bauten zu erstellen¹⁷¹ und Verzeichnisse über illegale Bauten zu führen, um den Überblick zu behalten und um ein Einschreiten zu erleichtern.

¹⁷¹ Z.B. Gruppo di azione Legge edilizia del Grigioni italiano, LE-GRit, Leitfaden Missbräuche im Bauwesen.

Zusammenfassung und Ergebnis

- 91 Die vorliegende Untersuchung behandelt in einem ersten Teil die Beseitigung illegaler Bauten im Wald und die Kostentragung. Nach einer Darstellung der walddrechtlichen und raumplanerischen Grundlagen werden verwaltungs- und strafrechtliche Massnahmen und die Frage der Kostentragung bei der Beseitigung illegaler Bauten erläutert. Es ergibt sich, dass die Stellung des Waldeigentümers mit gewissen rechtlichen Verpflichtungen, Kosten- und Haftungsrisiken verbunden ist, wenn auf seinem Gelände ohne sein Zutun illegale Bauten erstellt werden. Einerseits kann der Waldeigentümer mit einem schuldrechtlichen Anspruch auf sachenrechtlicher Grundlage vom Bauherrn der illegalen Bauten die Beseitigung auf dessen Kosten verlangen. Andererseits sind die zuständigen Forst- und Baubehörden verpflichtet, beim Vorliegen eines polizeiwidrigen Zustands dagegen umgehend einzuschreiten. Der Waldeigentümer muss mit verwaltungsrechtlichen - und . im Weigerungsfalle . mit strafrechtlichen Massnahmen rechnen. Dazu gehören der Bau-stopp (ev. die Einleitung eines nachträglichen Bewilligungsverfahrens), die Aufforderung zur Beseitigung der Baute und zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sowie der Abbruchbefehl unter Androhung der Ersatzvornahme sowie die Kostenauflegung. Es besteht ein gewisses Risiko, dass der Waldeigentümer nach dem Störerprinzip als Zustandsstörer einen Teil der oder alle Beseitigungskosten tragen muss, mindestens so lange die Bauherrschaft als Verhaltensstörer nicht ausfindig gemacht werden kann. Die zuständigen Behörden sind aufgerufen, in solchen Fällen eine faire Lösung zu finden. Meistens dürfte sich die wissentliche Duldung illegaler Bauten rechtlich und finanziell un-günstig auswirken, dies gilt sowohl für den privaten Waldeigentümer als auch für das be-troffene, untätige Gemeinwesen. Letzteres läuft so Gefahr, als Zustandsstörer qualifiziert zu werden.
- 92 Im zweiten Teil wird die Haftung des Werk- und Waldeigentümers für Unfälle bei illegalen Bauten untersucht. Der sachenrechtlichen Ausgangslage folgt ein Kurzüberblick zu den allgemeinen Haftungsvoraussetzungen. Im Vordergrund der Haftungsfrage steht die Wer-keigentümerhaftung von Art. 58 OR, welche grundsätzlich auf den sachenrechtlichen Ei-gentümer des Werks abstellt. Als Bodeneigentümer ist der Waldeigentümer in der Regel auch Eigentümer von illegalen Bauten auf seinem Gelände und damit grundsätzlich deren Werkeigentümer. Ausnahmen bilden Fahrnisbauten und auf ein Baurecht gestützte Bau-ten sowie Leitungen, welche sondereigentumsfähig sind.
- 93 Das Haftungsrisiko des Waldeigentümers erscheint insgesamt tragbar: Erstens kommt eine Ausdehnung des Werkeigentümergebegriffs auf die Bauherrschaft aus Billigkeitsgrün- den in Betracht. Zweitens ist es kaum zumutbar, vom Waldeigentümer zu verlangen, dass er die Mängelfreiheit einer illegalen Baute mit Kontroll- und Unterhaltsmassnahmen si-cherstellt. Vom Waldeigentümer kann im Rahmen der Zumutbarkeit jedoch erwartet wer- den, dass er bei Kenntnis solcher Bauten die Behörden rechtzeitig informiert, ev. Waldbe-sucher vor allfälligen Gefahren warnt bzw. die Baute beseitigen lässt. Drittens spielt bei Aktivitäten in der freien Natur die Eigenverantwortung des Waldbesuchers und Werkbe- nutzers eine erhebliche Rolle. Je nachdem kann die Haftung des Wald- bzw. Werkeigen-tümers wegen Selbstverschuldens des Geschädigten reduziert sein oder ganz wegfallen.

In der Studie werden die Verschuldenshaftung gemäss Art. 41 OR und die Staatshaftung kurz angesprochen. Die Duldung illegaler Bauten ist auch unter dem Haftungsgesichtspunkt sowohl für den privaten Waldeigentümer als auch für das zuständige Gemeinwesen problematisch. Schliesslich wird analysiert, ob allfällige gesetzgeberische Schritte angezeigt sind. Nach Auffassung des Autors ergibt sich jedoch kein Handlungsbedarf. Das Haftungskonzept der Werkeigentümerhaftung sollte nicht punktuell ausgehöhlt werden. Bei den Haftungsvoraussetzungen bestehen Möglichkeiten zur sachgerechten Differenzierung und Begrenzung der Verkehrssicherungspflichten (Begriff des Werkeigentümers, Zumutbarkeit von Kontroll- und Unterhaltmassnahmen). Entlastend zu Gunsten des Waldeigentümers wirkt auch die erwähnte Selbstverantwortung der Waldbesucher. Empfehlungen zeigen schliesslich auf, welche Schritte Waldeigentümer ergreifen können, um verwaltungs- und strafrechtlichen Massnahmen zu entgehen und Haftungsrisiken zu reduzieren.