

o.Univ.-Prof.Dr.Bernhard Raschauer

Universität Wien - Juridicum
Institut für Staats-
und Verwaltungsrecht

A-1010 Wien
Schottenbastei 10-16
Telefon 4277-35452
Telefax 4277-35469

R e c h t s g u t a c h t e n

zu Fragen der Wegehalterhaftung bei Einführung
einer flächendeckenden Besteuerung

Wien, im Februar 2016

I. Fragestellung

Seit einiger Zeit wird erwogen, den Lkw-Verkehr auch außerhalb des von der ASFINAG verwalteten Mautregimes einer Abgabepflicht (Besteuerung) zu unterwerfen.

Mir wurde die Frage gestellt, wie die Wegehalterhaftung nach der Einführung eines solchen Abgabenregimes zu sehen ist. Die Frage stellt sich vor dem Hintergrund des Umstandes, dass nach dem Stand von Lehre und Rechtsprechung die Wegehalterhaftung gemäß § 1319a ABGB aufgrund der Einführung des erwähnten Mautregimes durch die insgesamt strengere Vertragshaftung verdrängt worden ist.

Zu dieser Frage erstatte ich das vorliegende Rechtsgutachten.

II. Die maßgebliche Rechtslage

§ 1319a ABGB bestimmt:

§ 1319 a. (1) Wird durch den mangelhaften Zustand eines Weges ein Mensch getötet, an seinem Körper oder an seiner Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so haftet derjenige für den Ersatz des Schadens, der für den ordnungsgemäßen Zustand des Weges als Halter verantwortlich ist, sofern er oder einer seiner Leute den Mangel vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet hat. Ist der Schaden bei einer unerlaubten, besonders auch widmungswidrigen Benützung des Weges entstanden und ist die Unerlaubtheit dem Benützer entweder nach Art des Weges oder durch entsprechende Verbotszeichen, eine Abschränkung oder eine sonstige Absperrung des Weges erkennbar gewesen, so kann sich der Geschädigte auf den mangelhaften Zustand des Weges nicht berufen.

(2) Ein Weg im Sinn des Abs. 1 ist eine Landfläche, die von jedermann unter den gleichen Bedingungen für den Verkehr jeder Art oder für bestimmte Arten des Verkehrs benützt werden darf, auch wenn sie nur für einen eingeschränkten Benützerkreis bestimmt ist; zu einem Weg gehören auch die in seinem Zug befindlichen und dem Verkehr dienenden Anlagen wie besonders Brücken, Stützmauern, Futtermauern, Durchlässe, Gräben und Pflanzungen. Ob der Zustand eines Weges mangelhaft ist, richtet sich danach, was nach der Art des Weges, besonders nach seiner Widmung, für seine Anlage und Betreuung angemessen und zumutbar ist.

(3) Ist der mangelhafte Zustand durch Leute des Haftpflichtigen verschuldet worden, so haften auch sie nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

Die sich daraus ergebende Rechtslage ist wie folgt zu charakterisieren.

§ 1319a ABGB statuiert eine besondere Schadenersatzregelung in Bezug auf die Haftung des sogenannten Wegehalters.

Es handelt sich um eine spezielle Ausprägung der deliktischen Haftung. Sie wird daher überlagert und verdrängt, wenn eine in einem Vertragsverhältnis wurzelnde Haftung (ex contractu) maßgeblich ist.

In ihrem Anwendungsbereich verdrängt die Wegehalterhaftung gemäß § 1319a ABGB ihrerseits die Haftung aufgrund der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht wie grundsätzlich auch die "normale" Haftung bei Schädigung durch ein mangelhaftes Bauwerk (§ 1319 ABGB).

Bei gesamthafter Betrachtung ist die Wegehalterhaftung gemäß § 1319a ABGB für den Wegehalter "günstiger" als die normale deliktische Haftung auf der einen Seite und als die Haftung aus Vertragsverhältnissen auf der anderen Seite.

Der Verfassungsgerichtshof hat die besondere Regelung des § 1319a ABGB als aus dem Tatsächlichen gerechtfertigt und daher verfassungsmäßig beurteilt (VfSlg 8254/1978 = VfGH 1. 3. 1978, G 59/77, G 60/77). Maßgebliche Gesichtspunkte waren dabei, dass der Träger der Straßenbaulast zur Errichtung und Erhaltung von Verkehrswegen verpflichtet ist und dass er dabei keine eigenen Interessen verfolgt (vgl. auch Huber in Schwimann, Hg, ABGB Taschenkommentar³, 2015, § 1319a Rz 4). In einer solchen Konstellation dürfe der Gesetzgeber im Sinn eines beweglichen Systems strenge Standards mit verringerten Anforderungen an den Haftenden kombinieren. Der OGH ist dieser Beurteilung in nachfolgenden Entscheidungen beigetreten. In OGH 20. 10. 2004, 8 Ob 93/04s, wird beispielsweise auf die Widmung einer Fläche zum allgemeinen Verkehr sowie auf die Interessenneutralität des Wegehalters abgestellt (vgl. in diese Richtung gehend schon OGH 11. 12. 1980, 7 Ob 738/80 ua, 20. 11. 1997, 2 Ob 335/97). Andererseits hat der Verfassungsgerichtshof in VfSlg 14.801/1997 Grenzen der Zulässigkeit solcher Sonderregelungen in Bezug auf Mautstraßen, aus deren Entgelten sogar ein Gewinn erzielt werden könnte, hervor-gehoben.

Worin besteht diese verschiedentlich als "Privilegierung" bezeichnete Besonderheit der Wegehalterhaftung? Im Vergleich zur "normalen" deliktischen Haftung ist das Entstehen-Müssen für "seine Leute" zwar strenger als das Entstehen-Müssen für (untüchtige) Gehilfen gemäß § 1315 ABGB, doch ist eine Haftung

nur für Mängel vorgesehen, die "vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet" wurden. Im Vergleich zur vertraglichen Haftung ist festzuhalten, dass der Verpflichtete diesfalls schlechthin für Gehilfen nach § 1313a ABGB haftet, dass ihn die Beweislast für mangelndes Verschulden trifft und, vor allem, dass er auch für leichte Fahrlässigkeit haftet (Weixelbraun-Mohr in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, zu § 1319a ABGB, Rz 28).

Besteht zwischen dem geschädigten Wegbenutzer und dem Halter des Weges ein (vor)vertragliches¹ Schuldverhältnis, dann wird die bloße Wegehalterhaftung durch diese vertragliche Haftung verdrängt.

III. Das Mautverhältnis als Vertragsverhältnis

Der OGH hat schon in älteren Entscheidungen ausgesprochen, dass die Benützung eines Verkehrswegs (zB Rodelbahn) gegen Entgelt in diesem Sinn als Vertragsverhältnis zu beurteilen ist. In der Entscheidung OGH 22. 2. 2001, 2 Ob 33/01v, hat der OGH dazu grundlegend ausgeführt:

"Die seit 1. 1. 1997 für die Benützung von Bundesautobahnen und Bundesschnellstraßen zu entrichtende zeitabhängige Maut (Vignettenmaut) gemäß § 7 Bundesstraßenfinanzierungsgesetz 1996 (Art 20 Strukturanpassungsgesetz 1996, BGBl 201) ist keine Abgabe, sondern ein privatrechtliches Entgelt (VwGH 98/06/0002 = ZfVB 1999/1048; Stolzlechner/Kostal, Das Bundesstraßenfinanzierungsgesetz 1996, ZVR 1999, Sonderheft 5 A, 17; vgl auch den kompetenzrechtlichen Hinweis auf die Regelung zivilrechtlicher Bestimmungen im Rahmen des Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG in den Gesetzesmaterialien 72 BlgNR 20. GP, 199). Auch für diese Mautstrecken gilt daher die ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes aus der Zeit vor 1997, derzufolge der Mautstraßenhalter auf der Grundlage eines mit einem Straßenbenützer entgeltlich geschlossenen Vertrages bei Erfüllung seiner vertraglich übernommenen Schutz- und Sorgfaltspflichten für jedes Verschulden einzustehen hat (vgl etwa 2 Ob 105/89 = ZVR 1990/14; RIS-Justiz RS0023925, RS0023459; Reischauer in Rummel² § 1319a ABGB Rz 25 mwN; Harrer in Schwimann² § 1319a ABGB, Rz 27 mwN). Die Haftungseinschränkung auf grobe Fahrlässigkeit gemäß § 1319a ABGB ist demnach auch im Fall der Vignettenmaut gemäß § 7 BStFG 1996 nicht anwendbar (ebenso Messiner, Die Auswirkungen der Aufhebung des erweiterten Haftungsprivilegs des § 1319a ABGB für Straßensondergesellschaften als Mautstraßenerhalter durch den VfGH, ZVR 1997,

¹ Zu "vorvertraglichen Schutzpflichten" im Zusammenhang mit der vertraglich vereinbarten Benutzung von Wegen (Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme bei der Vorbereitung und beim Abschluss des Geschäfts) vgl schon OGH 12. 9. 1979, 3 Ob 666/78; vgl auch Huber in Schwimann, Hg, ABGB Taschenkommentar³ (2015) zu § 1319a Rz 30.

235 f bei FN 5; insoweit anders offenbar Resch, Straßenbenützungsentgelt und hoheitliche Abgabe, zitiert nach dem Referatbericht von Holoubek/Kalss, Schnittstellen des privaten und öffentlichen Wirtschaftsrechts, ÖZW 2000, 77 f).

Der erkennende Senat betont aber, dass der Entfall des Haftungsprivilegs nach dieser Vorschrift keinesfalls zu einer Erfolgshaftung des Autobahnhalters führen darf. Wie schon die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben, dürfen dessen Sorgfaltspflichten nicht überspannt werden; Unzumutbares ist von ihm auch bei der Prüfung seines Verhaltens auf leichte Fahrlässigkeit im Rahmen vertraglicher Haftung nicht zu verlangen.

Zu den Hinweisen der Beklagten auf das Finanzausgleichsgesetz 1997 ist zu bemerken, dass die Tauernautobahn keine Höhenstraße im Sinne des § 14 Abs 1 Z 6 leg cit ist (die nicht vorwiegend der Verbindung von ganzjährig bewohnten Siedlungen mit dem übrigen Verkehrsnetz, sondern unter Überwindung größerer Höhenunterschiede der Zugänglichmachung von Naturschönheiten dient), in welchem Fall Mauten als Abgaben gestaltet wurden (vgl hiezu Stolzlechner/Kostal aaO 16 bei FN 96). Auch aus der umsatzsteuerrechtlichen Behandlung der Maut für Bundesstraßen (vgl zur Rechtslage seit 1997 Ruppe, UStG 1994, § 2 Rz 231/2) ist für die Beklagte nichts zu gewinnen. Schließlich ist noch das Argument, der Gesetzgeber bringe, wenn er nicht die Einhebung einer Abgabe normiere, dies im betreffenden Gesetz entsprechend zum Ausdruck, zB in den die Brennerautobahn und die Arlberg-Schnellstraße betreffenden Gesetzen durch Verwendung des Begriffes 'Entgelt', damit zu entkräften, dass auch § 1 Abs 1 BStFG 1996 von einem Entgelt, das die Benützer bestimmter Bundesstraßen zu leisten haben, spricht. Ob die Maut fahrleistungsabhängig oder zeitabhängig ist, hat für ihren Entgeltcharakter und damit für die Unanwendbarkeit des § 1319a ABGB keine Bedeutung".

Auch wenn es im Anlassfall um eine "Vignette" ging, sah sich der OGH zu der Klarstellung veranlasst, dass es bei Mautregimen nicht darauf ankommt, ob die Maut fahrleistungsabhängig oder zeitabhängig ist. In beiden Fällen lägen privatrechtliche Vertragsverhältnisse vor, die zur Verdrängung der Wegehalterhaftung gemäß § 1319a ABGB führen.

Diese Judikatur wurde in der Folge bestätigt (zB OGH 8. 8. 2002, 2 Ob 181/02k). Reischauer (in Rummel, ABGB³, zu § 1319a Rz 25) spricht überhaupt von einer "Erfolgsverbindlichkeit"; dh der Wegehalter – der mit dem Mauteinhebungsberechtigten nicht identisch sein muss – schuldet den Erfolg des verkehrssicheren Zustandes.

IV. Anhaltspunkte für Vertragsverhältnisse

Wann liegt die Benützung eines Weges aufgrund eines Vertragsverhältnisses vor? Die ausführlichste Zusammenfassung findet sich in OGH 31. 1. 2006, 1 Ob 260/05z:

"Nur bei Benützung eines Weges gegen Entgelt beurteilt sich in den weitaus überwiegenden Fällen die Haftung nach Vertragsrecht und nicht nach § 1319a ABGB (vgl Danzl in KBB, ABGB-Kommentar, § 1319a Rz 2; RIS-Justiz RS0023714). Die Vertragshaftung greift dann Platz, wenn beispielsweise Eintrittskarten verkauft, ein Benützungsentgelt entrichtet (für eine Mautstraße: EvBl 1979/61; bei der Vignettenmaut unterliegenden Autobahnen: 2 Ob 33/01v = SZ 74/25; für Langlaufloipen: Reischauer in Rummel, ABGB3 § 1319a Rz 23b) oder Aufstiegshilfen wie Seilbahnen oder Skilifte entgeltlich zur Verfügung gestellt werden (hinsichtlich Schipisten und Rodelbahnen: SZ 69/287). Auf Grund solcher entgeltlicher 'privatrechtlicher Benützungsverträge' haftet der Wegehalter auch für leichte Fahrlässigkeit und trägt darüber hinaus die Beweislast iSd § 1298 ABGB (Harrer in Schwimann, ABGB2, § 1319a Rz 27). Gegenteiliges lässt sich auch aus der vom Revisionswerber ins Treffen geführten Entscheidung 2 Ob 45/00g nicht ableiten. In dieser wurde offen gelassen, ob der Kauf eines Mountainbikeführers Schutzwirkungen zu Gunsten eines Dritten (eines Urlaubskollegen des Käufers) entfalte. Anknüpfungspunkt für eine allfällige Vertragshaftung war aber der Kauf eines Mountainbikeführers und nicht – wie hier – die Auflage eines (kostenlosen) Werbeprospekts. Ebensowenig ist die Rechtsansicht zu beanstanden, im vorliegenden Fall sei allein durch die Bewerbung der Mountainbikestrecke in einem von der beklagten Partei herausgegebenen kostenlosen Prospekt kein entgeltlicher Benützungsvertrag begründet worden.

Gegenstand der Entscheidung 6 Ob 304/02b war die Haftung des Organisators einer konkreten Wintersportveranstaltung infolge der Verletzung von Sicherungspflichten. Der Veranstalter bot unter anderem Abfahrten auf einer Seilrutsche über eine Talsohle an ('Flying-Fox'); im Zuge dieser gezielten organisierten Abfahrten prallten zwei Teilnehmer nach einem 'Frühstart' aneinander. Dieser Fall ist mit dem hier zur Entscheidung anstehenden nicht vergleichbar. Mag die Teilnahme an der Veranstaltung auch unentgeltlich gewesen sein, so war sie doch organisiert und wurden Personen konkret zur Teilnahme eingeladen, wobei individuelle Betreuung gegeben war und die Veranstaltung nach bestimmten, von den Organisatoren festgelegten Regeln abgewickelt wurde. In einem solchen Fall ist die Haftung der Organisatoren nach Vertragsrecht auch bei unentgeltlicher Teilnahme an der Veranstaltung zu bejahen".

Zusammenfassend wird man also festhalten können, dass jedenfalls von einem Vertragsverhältnis auszugehen ist, wenn für die Benützung einer Fläche ein "Entgelt" verlangt wird und wenn für Streitfälle ausdrücklich auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen wird (vgl Merli, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch, 1995, 263 ff). Aber selbst dann, wenn für die Benützung der Fläche ein Entgelt nicht verlangt wird, kann nach dieser Judikatur vom Vorliegen eines Vertragsverhältnis auszugehen sein, wenn für diese Benützung in einem geschäftlichen Kontext geworben wird oder wenn die Benützung der Fläche in spezifischer Weise "organisiert" wird.

Noch weiter geht scheinbar Reischauer (in Rummel aaO Rz 28), wenn er ausführt: "Soweit ein Schuldverhältnis öffentl-rechtl begründet wird, seiner Durchführung nach aber einer privatrechtl Verpflichtung gleichkommt, ist die Abwicklung

nach privatrechtl Grundsätzen zu beurteilen. Das gilt insb für die Gehilfenhaftung nach § 1313a (siehe § 1313a Rz 6). Eine öffentl-rechtl Mauteinhebung bei Mautstraßen änderte an der unter Rz 25 beschriebenen Haftung für Mautstraßen daher nichts (ebenso *Schwarzenegger*, Anm zu ZVR 2001/90; vgl dazu auch OGH SZ 74/25 = JBl 2001, 453 = ZVR 2001/53 = EvBl 2000/124 zu *Hubert Resch* [ASFINAG] zit in *Holoubek/Kalss*, Schnittstellen des privaten und öffentl Wirtschaftsrechts, ÖZW 2000, 78)".

Es dürfte sich um eine überschießende Formulierung handeln, denn die als Beleg angeführte Entscheidung betrifft allein die Mautvignette, die privatrechtlich erworben wird. Was sich *Reischauer* unter einer öffentlich-rechtlichen Mauteinhebung vorstellt, bleibt daher unklar. Das Zitat lässt sich allerdings als Warnung bzw Hinweis in der Richtung verstehen, dass die Zivilrechtsdogmatik dazu tendiert, nicht allein auf den Aspekt der Zulassung zur Benützung abzustellen, wenn im Rahmen der "Durchführung", dh der tatsächlichen Benützung der Fläche, auch "Verpflichtungen" des Wegehalters vorgesehen sind.

Die bloße Erhebung einer Abgabe für eine bestimmte Nutzung löst aber auch bei dieser Sicht kein "Vertragsverhältnis" aus.

V. Amtshaftung?

Damit stellt sich noch die Frage, ob die Hervorhebung des öffentlich-rechtlichen Charakters der Abgabeneinhebung etwa impliziert, dass § 1319a ABGB durch das Amtshaftungsrecht verdrängt wird, das ebenfalls Haftung für leichte Fahrlässigkeit umfasst und dem der denkbar weiteste Organbegriff zugrunde liegt.

Diese Überlegung ist bei näherer Betrachtung jedoch unbegründet. Die Abgabenerhebung und die damit im Zusammenhang stehenden Vorgänge sind unzweideutig als "Verhalten in Vollziehung der Gesetze" (§ 1 AHG) zu qualifizieren. Beispielsweise wäre die Beschädigung eines Kfz im Zug einer Abgabekontrolle nach Amtshaftungsrecht zu beurteilen. Dies berührt jedoch nicht die Errichtung und Instandhaltung von Straßen. Die Errichtung und Instandhaltung von Straßen - auch von Straßen mit öffentlichem Verkehr - ist nach gefestigter Judikatur als Privatwirtschaftsverwaltung zu qualifizieren. Daran ändert sich nichts, wenn für die Benützung solcher im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung instandgehaltenen

Straßen eine öffentlich-rechtliche Abgabe (Steuer) eingehoben wird.

Daher ist hier festzuhalten, dass der Wegehalter auch dann § 1319a ABGB unterliegt, wenn die Benützung des Weges einer Abgabepflicht unterliegt.

VI. Ausgestaltung der Abgabenverwaltung

Im Einzelnen ist allerdings zu bedenken, dass im Rahmen der Organisation der Abgabenverwaltung keine Elemente enthalten sein dürfen, die als "Entgelt" gedeutet werden können. Kritisch in dieser Hinsicht könnte die Überlassung von Messgeräten (GO-Box o dgl) sein. Wird sie "verkauft" oder "vermietet", könnte dies aus zivilrechtlicher Sicht dahin verstanden werden, dass auf diese Weise gegen Entrichtung eines Entgelts die Benützung der Straßen ermöglicht wird.

Derartige Bedenken können vermieden werden, wenn man sich bei der Überlassung der Geräte beispielsweise an der Ausgabe von Kennzeichentafeln gemäß § 49 KFG orientiert. Nach dieser Bestimmung hat die Behörde Kennzeichentafeln auszugeben; diese sind öffentliche Urkunden. Sie sind gegen Ersatz der Gestehungskosten oder gegen Erlag einer kostendeckenden Benützungsgebühr und einer angemessenen Sicherstellung auszugeben. Ein solches Gebührenregime kann nicht als Entgeltregime qualifiziert werden; es würde zudem nur Modalitäten der Abgabeneinhebung regeln.

Dementsprechend bedarf es besonderer Sorgfalt bei der Regelung einerseits der Verwendung von zB im Ausland erworbenen und über die Grenze mitgeführten Messgeräten; sie müssten generell oder im Einzelfall "behördlich anerkannt" werden. Andererseits bedarf es präziser Regelung der Zurverfügungstellung von solchen Geräten durch Dritte (zB Tankstellen). Diese müssten als Verwaltungshelfer für die Abgabenbehörde tätig werden, wobei man sich allenfalls am früheren Regime der Ausgabe von Stempelmarken durch Trafiken orientieren könnte. Da es sich dann um Verhalten in Vollziehung der Gesetze handelt, würden Schadenszufügungen in diesem Zusammenhang - als Erscheinungsformen der Abgabenverwaltung - der Amtshaftung unterliegen.

VII. Ergebnisse

Zusammenfassend sind folgende Ergebnisse festzuhalten:

Die Einführung einer Abgabe (Steuer) auf die Benützung von Straßen mit öffentlichem Verkehr ändert nichts daran, dass die Errichtung und die Instandhaltung solcher Straßen der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuzählen ist.

Sie ändert weiters nichts daran, dass für die Benützung der Straßen der straßenverkehrsrechtliche und der straßenpolizeiliche Gemeingebrauch maßgeblich bleiben.

Eine Abgabe im finanzverfassungsrechtlichen Sinn ist kein "Entgelt", sodass eine Verdrängung der Wegehalterhaftung gemäß § 1319a ABGB durch eine Vertragshaftung ausgeschlossen ist.

Freilich wird im Rahmen der Organisation der Abgabenverwaltung darauf zu achten sein, dass auch in diesen Zusammenhängen keine Vorgänge enthalten sind, die als Entgeltentrichtung im zivilrechtlichen Sinn verstanden werden können.

