

Konfliktpotentiale bei Outdooraktivitäten am Beispiel des Mountainbike- und Skitourensports

Ein Überblick über die praxisrelevanten Bestimmungen für Standortgemeinden und Grundeigentümer unter besonderer Berücksichtigung der Situation in der Steiermark

Der Beitrag schnell gelesen

Der Mountainbike- und Skitourensport erfährt in Österreich nie zuvor dagewesenen Zulauf, die Wanderlust der Österreicher nicht weniger. Die stetig steigende Zahl an Freizeitsportlern birgt Konfliktpotentiale in Hinblick auf die zur Sportausübung benötigten (Grund-)Flächen sowie mediale Diskussionen rund um Gebühren, Verbote und Unfälle. Angesichts dieser Entwicklungen herrscht unter den Grundeigentümern und Standortgemeinden Verunsicherung, zumal Outdoorsportler meist nicht identifizierbar sind. Dieser Beitrag setzt sich mit den wege- und haftungsrelevanten Bestimmungen und der zu-

grundlegenden Rechtslage sowie Rsp im Detail auseinander und bietet betroffenen Gemeinden und Grundeigentümern einen möglichen (Handlungs-)Leitfaden zur richtigen Vorgehensweise.

Zivilrecht; Öffentliches Recht

§ 1319 a ABGB; § 33 ForstG; §§ 1, 3 Steiermärkisches Gesetz betreffend die Wegfreiheit im Bergland; § 473 ABGB 9 Ob 16/15s; 1 Ob 260/05 z; 5 Ob 95/01 h

RFG 2023/3



Dr. DIETER NEGER, Rechtsanwalt bei FSKN Rechtsanwälte.
Mag. LUKAS LAMPRECHT, Rechtsanwaltsanwärter bei FSKN Rechtsanwälte.
Mag. PAUL KUBIN, Amtsleiter und Bauamtsleiter der Gemeinde St. Stefan ob Stainz sowie emeritierter Rechtsanwalt.

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangslage: Betretungsrechte von (Wander-)Wegen und Straßen sowie Wäldern
- B. Besonderheiten des Stmk Landes-StraßenverwaltungsG 1964 (LStVG)
- C. Lösungsansätze für Konflikte: Rechtsschutzbehelfe hinsichtlich widerrechtlicher Benützung eines Weges und vertragliche Benutzungsvereinbarungen
 1. Rechtsschutzbehelfe
 2. Vertragliche Benutzungsvereinbarungen
 3. Prekarium gem § 974 ABGB
 4. Mustervertrag Mountainbike-Projekte Land Steiermark
 5. Versicherungsschutz des Landes Steiermark
- D. Erfolgsmodell Mountainbike-Koordinator?
- E. Haftung iZm Wanderern, Mountainbikern und Skitourengehern
 1. Wegehalterhaftung nach § 1319 a ABGB
 2. Vertragliche Haftung
 3. Exkurs: Tierattacken auf Almen
- F. Ersitzung eines Wegrechtes durch Gemeinden, Wanderer sowie Mountainbike- und Skitourensportler; Ausnahmen des ForstG
 1. Allgemeines und Besonderheiten für Gemeinden
 2. Utilitätserfordernisse
 3. Weitere Besonderheiten für Gemeinden
 4. Freiheitsersitzung
- G. Resümee

A. Ausgangslage: Betretungsrechte von (Wander-)Wegen und Straßen sowie Wäldern

Grundsätzlich gilt für private Liegenschaften § 354 ABGB, wonach durch das Eigentum das **Vollrecht an einer körperlichen Sache begründet wird**, was einerseits bedeutet, dass der Eigentümer mit seiner Sache verfahren kann, wie er möchte, und andererseits, dass der Eigentümer einer Sache (bzw einer Liegenschaft) **alle anderen Personen von der Nutzung und damit auch vom Betreten, Befahren usw ausschließen kann**. Dieses Eigentumsrecht gilt jedoch nicht uneingeschränkt, sondern unterliegt zahlreichen Beschränkungen, welche kurz erörtert werden sollen.¹

Eine wesentliche Ausnahme ergibt sich aus der sog **Legalisierung** des § 33 ForstG, der ein **allgemeines Betretungsrecht des Waldes zu Erholungszwecken** normiert. Diesbezüglich zulässig ist lediglich das Betreten zu Erholungszwecken; eine etwaige andere Nutzung ohne Zustimmung des (Grund-)Eigentümers (insb jede über § 33 Abs 1 leg cit hinausgehende Betätigung wie zB Radfahren sowie das Anlegen von Wegen, Steigen) ist von der Ausnahmebestimmung nicht gedeckt und somit verboten.² Besonders für den Skitourensport von Relevanz ist § 33 Abs 2 leg cit, der normiert, dass dieses Aufenthalts- und Betretungsverbot für Waldflächen ausgenommen ist, über die die Behörde ein Betretungsverbot aus im Gesetz genannten Gründen verfügt hat, Waldflächen mit bestimmten forstwirtschaftlichen Einrichtungen sowie Wieder- und Neubewaldungsflächen, solange der Bewuchs die Mindesthöhe von drei Metern noch nicht erreicht hat.

¹ Probst, Betretungsrechte und -verbote, ZVR 2016/223, 520.

² Probst, Betretungsrechte, ZVR 2016/223, 520.

Für einen überschneitenden Jungwald gilt grundsätzlich auch ein Betretungsverbot.

Die Benützung des Waldes mit Ski ist ein Grenzfall zwischen erlaubtem Betreten und verbotenen Befahren.

Von dieser **Legalservitut** sind zahlreiche sportliche Aktivitäten umfasst, auch das Aufsteigen mit Tourenski. Die Benützung des Waldes mit Ski stellt einen Grenzfall zwischen dem erlaubten Betreten und dem verbotenen Befahren dar. Hinsichtlich der wesensimmanenten Abfahrt des Skitourensports gilt es, das normierte Verbot des Abfahrens im Wald mit Skiern im Bereich von Aufstiegshilfen (Seilbahnen, Liftanlagen) zu beachten. Bei allen anderen Abfahrten wird in der Lehre die Rechtsansicht vertreten, dass durch Abfahrten mit Skiern ein Betreten des Waldes zu sehen und dies nicht als Befahren des Waldes zu werten ist.³

In der Steiermark besteht gem § 3 **Wegfreiheitsgesetz der Steiermark**⁴ im alpinen Ödland in Form der Wegewahlfreiheit ein Recht auf Skitouren aufgrund Gemeingebrauchs. Dieses Betretungsrecht legitimiert zum Bergaufgehen und zum Abfahren jeweils mit Tourenski.⁵

Führt ein Weg nicht durch Wald iSd ForstG, so gelten auch die Bestimmungen des ForstG nicht. IdZ wären grundsätzlich wiederum die Bestimmungen des ABGB anzuwenden, wobei jedoch nach dem Wegfreiheitsgesetz der Steiermark **Wege, Steige, Stege, Verbindungs- und Zugangswege zu Aussichtspunkten oder zu Naturschönheiten** für den Touristen- oder Fremdenverkehr als **frei betretbar erklärt wurden**.⁶

Besonderes Augenmerk ist auf Almflächen zu richten, zumal diese in letzter Zeit zu neuen Konfliktpotentialen von Freizeitsportlern und -nutzern sowie den Grundeigentümern geführt haben. Auf diese sind weder die Bestimmungen des ForstG noch des Wegfreiheitsgesetzes anwendbar (letzteres nimmt Almen und Weiden explizit aus). Somit gilt auf Almflächen die **allgemeine zivilrechtliche Regelung des § 354 ABGB**, wonach jeder Eigentümer über seine Liegenschaft frei verfügen darf und somit kein allgemeines Betretungsrecht besteht, sofern der Weg nicht offensichtlich seit langer Zeit benutzt wird oder entsprechende Markierungen oder Eintragungen vorhanden sind. In der Praxis ist es für den Eigentümer oft schwierig, regelmäßige Kontrollen durchzuführen und Verstöße zu ahnden.⁷

Landwirtschaftlich genutzte Flächen dürfen nur mit Zustimmung des Eigentümers betreten werden.

Landwirtschaftlich genutzte Flächen dürfen ebenso nicht ohne Zustimmung des Eigentümers betreten oder befahren werden. Dies ist nur mit Zustimmung des Eigentümers zulässig. Der Eigentümer kann sich gegen Zuwiderhandeln mittels Besitzstörungsklage oder Eigentumfreiheitsklage zur Wehr setzen.⁸

Bei Straßen muss zwischen öffentlichen und privaten Straßen unterschieden werden:

- ▶ **Öffentliche Straßen** dürfen von jedermann bestimmungsgemäß gebraucht und genutzt werden.
- ▶ Für **Privatstraßen** gilt hingegen wiederum § 354 ABGB, wonach der Eigentümer die Nutzung durch andere beschränken oder ganz ausschließen kann.

Für private Straßen außerhalb des Waldes und der genannten Ausnahmen gibt es also **kein gesetzliches Betretungsrecht** und es obliegt alleine dem Eigentümer, die Benutzung durch Dritte zu ermöglichen oder zu untersagen.

Sachenrechte können aber nicht nur mittels erforderlichen und geeigneten Titelgeschäfts und anschließender Eintragung in das Grundbuch erworben werden, sondern auch mittels Ersitzung der Dienstbarkeit.⁹ Dies ist dann anzunehmen, wenn der Weg von der Allgemeinheit seit jeher genutzt wird und seitens des Eigentümers nie ein Einwand erhoben respektive kein dahingehendes Verbot ausgesprochen wurde.¹⁰

B. Besonderheiten des Stmk Landes-StraßenverwaltungsG 1964 (LStVG)

Ergänzend dazu ist idZ auch § 6 LStVG zu beachten, wonach bestehende Privatstraßen durch Enteignung zu öffentlichen Straßen erklärt werden können. Voraussetzung für die **Enteignung einer Privatstraße** ist, dass die Verfügungsmacht auf keine andere Weise erlangt werden kann, weiters muss auch ein dringendes Verkehrsbedürfnis vorliegen, welches ohne Enteignung nur durch unverhältnismäßig hohe Kosten befriedigt werden kann, oder aber, wichtige Gründe machen die Umlegung einer öffentlichen Straße erforderlich. Von einem „**dringenden Verkehrsbedürfnis**“ ist nur dann auszugehen, wenn dieses auf keine andere, kostengünstigere Weise befriedigt werden kann. Die Umlegung eines Weges ist erforderlich, sofern ein dringendes Verkehrsbedürfnis und ein wichtiger Grund für die Verlegung der schon bestehenden öffentlichen Straße vorliegen.

Beispiel

Dieser Fall wäre gegeben, wenn eine Straße auf einem abrutschgefährdeten Hang liegt und aus sicherheitstechnischen Gründen verlegt werden muss.

Die Enteignung iSd § 6 LStVG liegt darin begründet, dass der Eigentümer des Straßengrundes zukünftig den **öffentlichen Verkehr** auf seinem Grundstück **dulden** muss; es wird also **zwangsweise** eine **Servitut** auf seinem Grundstück begründet, wobei das Eigentum daran aber nicht übertragen wird. Zuständig für die **Öffentlicherklärung** ist die Bezirksverwaltungsbehörde, sofern sich die gegenständliche Straße über mehrere Bezirke erstreckt die Landesregierung. Das Verfahren wird auf Antrag einer oder mehrerer Gemeinden oder der Landesregierung eingeleitet. Personen, die ein mögliches Interesse an der Nutzung eines Weges haben, können hingegen keinen derartigen Antrag stellen. Im Verfahren kommt dem Eigentümer der Straße **Parteistellung** nach § 8 AVG zu. Somit steht ihm die Möglichkeit offen, Einwendungen gegen die Öffentlicherklärung der Straße zu erheben. Im Rahmen des Verfahrens ist zwingend eine mündliche Verhandlung anzuberaumen (§§ 40 ff AVG). Der **Bescheid**, der als Ergebnis dieses Verfahrens erlassen wird, kann, da in die Rechte des Eigentümers eingegriffen wird, mittels Beschwerde an das LVwG bekämpft werden. Unter Umständen kann auch Revision an den VwGH erhoben werden. Im Verfahren nach § 6 leg cit

³ Pichler, Ist das Befahren des Waldes mit Skiern erlaubt? Stb 1986/1, 7.

⁴ G vom 28. 10. 1921, betreffend die Wegfreiheit im Bergland LGBl 1992/107 idF LGBl 2001/71.

⁵ Hinteregger, Wandern, Klettern, Alpinbergsteigen, in Hinteregger (Hrsg), Trendsportarten und Wegefreiheit (2005) 44.

⁶ Probst, Betretungsrechte, ZVR 2016/223, 520f.

⁷ Probst, Betretungsrechte, ZVR 2016/223, 521.

⁸ Probst, Betretungsrechte, ZVR 2016/223, 521.

⁹ Binder, Österreichisches Bergsportrecht (2009) 48.

¹⁰ Probst, Betretungsrechte, ZVR 2016/223, 522.

tritt die Öffentlichkeit der Straße mit Rechtskraft des Bescheids ein. Der Bescheid hat konstitutive Wirkung. Die Gewährung einer **Entschädigung** richtet sich nach den Bestimmungen des § 50 LStVG. Die Entschädigung ist an den Eigentümer zu zahlen.¹¹

Nach § 2 Abs 1 zweiter Fall LStVG besteht weiters die Möglichkeit, dass private Straßen durch **stillschweigende Widmung** zu öffentlichen Straßen werden. Eine Straße ist demnach öffentlich, sofern die Benützung in langjähriger Übung allgemein ohne Einschränkung und unabhängig vom Willen des Grundeigentümers und dritter Personen für ein dringendes Verkehrsbedürfnis erfolgt. Die Öffentlichkeit tritt bei der stillschweigenden Widmung **ex lege** ein; grundsätzlich bedarf es keiner Feststellung mittels Bescheids, wobei ein solcher jedoch beantragt werden kann, wenn Zweifel über die Öffentlichkeit einer Straße bestehen (§§ 3 f LStVG), oder sofern Zweifel bestehen, in welchem Umfang ein Weg der allgemeinen Benützung freisteht. Bestehen Zweifel und liegt kein diesbezüglicher Antrag vor, hat die Behörde von Amts wegen ein Feststellungsverfahren nach §§ 3 ff LStVG durchzuführen. Erfolgt die stillschweigende Widmung, so gebührt dem Eigentümer **keine Entschädigung**, da dieser verhindern hätte können, dass die Straße öffentlich wird.¹² Unter einer langjährigen Übung ist Bestimmung ist ein mindestens 10-jähriger Gebrauch zu verstehen.¹³

C. Lösungsansätze für Konflikte: Rechtsschutzbehelfe hinsichtlich widerrechtlicher Benützung eines Weges und vertragliche Benützungsvereinbarungen

1. Rechtsschutzbehelfe

Gegen eine rechtswidrige Betretung, Befahrung etc stehen die Rechtsbehelfe der **Besitzstörungsklage** und der **Klage auf Unterlassung** zur Verfügung. Weiters sehen einschlägige Schutzgesetze (zB ForstG) die Möglichkeit der Anzeige vor. Ein derartiges Vorgehen ist nur dann möglich, wenn die Identität der handelnden Person ermittelt werden kann, was sich in der Praxis oft schwierig gestalten kann.¹⁴

2. Vertragliche Benützungsvereinbarungen

Im Hinblick auf die stetig wachsende Anzahl an Personen, die in der Freizeit den Weg „ins Grüne“ suchen, sei es zur Sportausübung oder lediglich zum Verweilen in der Natur, schließen Gemeinden und Tourismusverbände zunehmend mit den Liegenschaftseigentümern bzw Waldeigentümern **Vereinbarungen (zivilrechtliche Nutzungsübereinkommen)** ab, um der Allgemeinheit entsprechende Wege zur Verfügung stellen zu können. Darin werden meist bestimmte Straßen, Wege oder definierte Streckenabschnitte bezeichnet und von den Grundeigentümern für die Freizeitnutzung freigegeben. Meist erfolgt die Rechtseinkaufung gegen ein **Entgelt und die Übernahme der Haftung (Wegehalterhaftung)**. Ein wesentlicher Vereinbarungspunkt ist die Pflicht zur Herstellung eines für die Nutzung durch Mountainbiker bzw Wanderer tauglichen Zustands der Weganlage und die Erhaltung dieses nutzbaren Zustands, um für alle Beteiligten einen vernünftigen Spielrahmen vorzugeben.

Durch derartige Vereinbarungen kann zumindest ein gewisses Maß an **Rechtssicherheit** geschaffen und die als Damoklesschwert ständig präsente Haftungsfrage geregelt werden. Die Vereinbarung kann auf bestimmte oder unbestimmte Dauer abgeschlossen werden. Für den Fall der Beendigung des Vertrags sollte jedenfalls die Wiederherstellung des früheren Zustands mitgeregelt werden.

Praxistipp

IdZ ist es auch von Relevanz, dass die Löschung der Mountainbike-Strecke aus einschlägigen Apps, Homepages und von Kartenanbietern vorgesehen wird.

Wird eine derartige Vereinbarung abgeschlossen, steht diese einer möglichen zivilrechtlichen Ersitzung entgegen. Für die Klärung, ob allfällige Genehmigungen (zB bezüglich Naturschutz, Rodungsbewilligungen) erforderlich sind, empfiehlt es sich, Kontakt mit den jeweiligen Behörden (insb Bezirksverwaltungsbehörde) aufzunehmen.¹⁵

3. Prekarium gem § 974 ABGB

Neben der Möglichkeit des Abschlusses einer zivilrechtlichen Nutzungsvereinbarung könnte möglicherweise auch ein **Prekarium einzelner Wege oder Wegabschnitte** Relevanz haben.

Das Prekarium ist eine besondere Unterform der Leihe. Wesentliche Charakteristika sind einerseits die unbestimmte Dauer des Gebrauchs und andererseits die Unentgeltlichkeit. Weiters kann die überlassene Sache vom Prekariumsgeber jederzeit formlos zurückgefordert werden (jederzeitige Widerrufbarkeit). Es wird daher durch den **Prekariumsvertrag keine Verbindlichkeit** zur Gestattung des Gebrauchs begründet. Das Vorliegen eines Prekariums wird nicht vermutet, vielmehr muss es von demjenigen nachgewiesen werden, der sich darauf beruft.¹⁶ Eine im Rahmen eines Prekariumsvertrags überlassene Sache kann **nicht ersessen** werden.¹⁷ Da das Prekarium unentgeltlich sein muss, darf eine allfällige Gegenleistung über einen „Anerkennungszins“ nicht hinausgehen und muss daher so niedrig sein, dass sie gegenüber dem Wert der Benützung praktisch nicht ins Gewicht fällt.¹⁸

Die **freie Widerruflichkeit** kann sich sowohl aus den Umständen des Einzelfalls als auch aus einer ausdrücklichen Vereinbarung ergeben. Nicht vorliegen kann ein Prekarium mangels freier Widerruflichkeit, wenn die Benützungsdauer von einem künftigen Ergebnis abhängig gemacht wird. Der Widerruf ist an keine bestimmte Form gebunden, vielmehr muss lediglich unzweifelhaft der Wille hervorgehen, die Bittleihe zu beenden. Nach Beendigung muss die Sache in unversehrtem Zustand zurückgestellt und bewiesen werden, dass allfällige Schäden nicht vom Prekarist verschuldet wurden.¹⁹ Wird die Benützung nach dem Widerruf fortgesetzt, so erfolgt sie titellos und verpflichtet zur Zahlung eines Benützungsentgelts nach § 1041 ABGB.²⁰ Das Prekarium erlischt nicht mit dem Tod des Verleihers, sondern be-

¹¹ Dworak/Eisenberger (Hrsg), Steiermärkisches Landes-Straßenverwaltungsgesetz² § 6 Rz 1 ff.

¹² Dworak/Eisenberger (Hrsg), Steiermärkisches Landes-Straßenverwaltungsgesetz² § 6 Rz 2 ff.

¹³ Kriwanek, Vorliegen einer öffentlichen Straße (13. 3. 2015, LexisNexis Rechtsnews 19130 in lexis360.at).

¹⁴ Probst, Betretungsrechte, ZVR 2016/223, 527.

¹⁵ Leitfaden Mountainbike Modell Steiermark, 4ff, www.argrar.steiermark.at/cms/dokumente/11888567-100807490/e56card/LeitfadenMountainbikeModellSteiermark-pdf

¹⁶ Pletzer in Schwimann/Neumayr, ABGB⁵ § 974 Rz 1 f.

¹⁷ OGH 28. 2. 2018, 6 Ob 18/18t.

¹⁸ OGH 22. 2. 1990, 7 Ob 733/89.

¹⁹ OGH 2. 7. 1998, 2 Ob 153/98h.

²⁰ Pletzer in Schwimann/Neumayr, ABGB⁵ § 974 Rz 3 ff.

steht bis zum Widerruf der Erben fort.²¹ Stirbt der Prekarist, so erlischt das Prekarium ohne einen Widerruf.²²

Ein Prekarium kann jederzeit formlos widerrufen werden und schafft somit keine Rechtssicherheit.

Erheblicher **Nachteil** der Einräumung eines Prekariums ist jedoch, dass ein solches jederzeit formlos widerrufen werden kann und somit **kein Zustand der Rechtssicherheit** für die Beteiligten herrscht. Weiters ist das Prekarium, wie erwähnt, **unentgeltlich**. Daher stellt sich uE die Frage, ob eine Vereinbarung für die Wegehälter oder Wegehalter in dieser Form überhaupt interessant ist. Weiters verbleibt eine mögliche **Haftung** auch beim Wegehälter bzw. Eigentümer, was ebenfalls gegen eine derartige Vereinbarung spricht. Allerdings ist man auch durch ein Prekarium vor einer möglichen Ersitzung geschützt.

4. Mustervertrag Mountainbike-Projekte Land Steiermark
Im Ergebnis scheint daher uM eine **zivilrechtliche Nutzungsvereinbarung**, so wie sie vom **Land Steiermark** in der aktuell vorgeschlagenen **Vereinbarung**²³ skizziert wird, am sinnvollsten und würde auch einen entsprechenden Zustand der Rechtssicherheit für alle Beteiligten schaffen. Der vorgefertigte **Mustervertrag für Mountainbike-Projekte** soll für betroffene Grundeigentümer und Projektbetreiber eine rechtliche Basis bieten. Erklärtes Ziel ist, dass der Mustervertrag eine **einheitliche vertragliche Regelung in der ganzen Steiermark** gewährleisten soll.²⁴

5. Versicherungsschutz des Landes Steiermark

Darüber hinaus führt diese Vereinbarung dazu, dass die **Freizeitpolizze des Landes Steiermark in Anspruch genommen werden kann**. Bei der Freizeitpolizze handelt es sich um eine Haftpflichtversicherung für Wegehälter, die vom Land Steiermark geschaffen wurde, um das Haftungsrisiko für Grundeigentümer zu minimieren. IdZ können sich geschädigte Freizeitsportler direkt an die Versicherungsanstalt (UNIQA-Sachversicherungs AG) wenden bzw. an diese verwiesen werden. Der Vertrag wird unter der Versicherungspolizze 2143/123833-2 geführt, das Land Steiermark übernimmt die Versicherungsprämien. Versicherungsnehmer ist die Steirische Tourismus GmbH; weiters sind folgende Personen und Organisationen vom Versicherungsschutz mitumfasst:

- ▶ Wald- und Grundeigentümer bzw. Wegehälter, die der Steirischen Tourismus GmbH oder aber nachfolgend genannten Organisationen Flächen zum Zwecke der touristischen Nutzung zur Verfügung stellen;
- ▶ Tourismus(regional)verbände;
- ▶ Gemeinden, sofern diese über keinen eigenen Tourismusverband oder -verein verfügen, sowie jene, die touristische Freizeitaktivitäten anbieten oder Aufgaben des Tourismus(regional)verbands oder der Vereine übernehmen;
- ▶ stellvertretend auch Vereine, sofern kein örtlicher Tourismusverein besteht;
- ▶ Funktionäre von Tourismus(regional)verbänden bzw. -vereinen sowie all jene Personen, die für das vom Versicherungsschutz umfasste Personal im Rahmen der gesetzlichen Haftung im Versicherungsfall einzutreten haben.

Der **Versicherungsschutz** umfasst Schadenersatzansprüche befugter Wegbenutzer. Diesbezügliche Wegbereiche können sowohl Forststraßen, Waldwege, Wirtschaftswege, Hofzufahrten als auch sonstige land- bzw. forstwirtschaftliche Grundflächen sein, sofern sie freigegeben wurden. Gedeckt sind Sach- und Per-

sonenschäden inklusive der von versicherten Personen- oder Sachschäden abgeleiteten Vermögensschäden (zB Verdienstentgang des Geschädigten). Weiters übernimmt die UNIQA-Sachversicherungs AG auch die Kosten für die anwaltliche Vertretung in Zivil- und Strafverfahren. Nicht gedeckt sind hingegen Schäden, die entstehen, wenn Waldflächen oder Forststraßen unbelegt benutzt werden.²⁵

Die Möglichkeit zur Inanspruchnahme des Versicherungsschutzes wird entweder durch eine einseitige schriftliche Freigabeerklärung des Wegehalters gegenüber dem Projektverantwortlichen, der die Erklärung annehmen muss, oder aber mit schriftlicher Vereinbarung (Vertrag) zwischen Wegehälter und den Berechtigten geschaffen. Die Vereinbarung muss erst im Schadensfall vorgelegt werden.²⁶

D. Erfolgsmodell Mountainbike-Koordinator?

Auf den Trend des Freizeitsports Mountainbiken und die geschilderten Konfliktpotentiale hat das Land Steiermark reagiert und einen eigenen **Mountainbike-Koordinator** eingesetzt. Dies stellt österreichweit ein Novum dar. Erklärtes Ziel ist dabei, **Konflikte** gemeinsam mit allen Beteiligten zu **entschärfen**, den Sportlern mehr offizielle Strecken anbieten zu können, Aufklärungsarbeit zu leisten und klare **Rahmenbedingungen** für den Mountainbikesport im Sinne der Grundbesitzer, der Land- und Forstwirtschaft, der Jagd, des Tourismus und nicht zuletzt auch im Sinne des Sports als Wirtschaftsfaktor zu schaffen.

Der Koordinator soll Konflikte entschärfen und mehr offizielle Strecken anbieten.

Eine zentrale Aufgabe und für betroffene Gemeinden wesentlich ist die **koordinierte Ausschilderung** bestehender und die Sichtung sowie Findung potentieller neuer Strecken sowie – auch digitale – Lösungen zur Sichtbarmachung der befahrbaren Routen. Dabei soll der Mountainbike-Koordinator hinsichtlich der **Errichtung neuer Strecken** inhaltliche und planerische Unterstützungsleistungen bieten.²⁷ Ob sich diese Stelle für den ständigen Austausch und den Dialog aller Beteiligten nützlich zeigen wird, wird sich insb. daran messen, inwiefern potentielle Konfliktfelder im Vorhinein bereinigt werden können und die notwendige Aufklärungsarbeit geleistet wird.

E. Haftung iZm Wandern, Mountainbikern und Skitourengehern

1. Wegehälterhaftung nach § 1319a ABGB

Zum Thema „Wanderwege“ und „Mountainbike-Strecken“ gilt es insb. auch auf die **Wegehälterhaftung in § 1319a ABGB** zu verweisen, wonach der Wegehälter gegenüber Dritten haftet, wenn jene den Weg benützen und durch dessen mangelhaften

²¹ RIS-Justiz RS0019049.

²² Griss/Weixelbraun-Mohr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁹ § 974, Rz 6.

²³ Leitfaden Mountainbike Modell Steiermark 12.

²⁴ Leitfaden Mountainbike Modell Steiermark 12.

²⁵ Leitfaden Mountainbike Modell Steiermark 7 ff.

²⁶ Leitfaden Mountainbike Modell Steiermark 11.

²⁷ M. Eisner, Die Steiermark bekommt einen Mountainbike-Koordinator (15. 2. 2021); www.politik.steiermark.at/cms/beitrag/12814308/2494255/ (Stand 1. 2. 2023).

Zustand einen Schaden erleiden, und sofern der Halter des Weges in keinem (vor)vertraglichen Schuldverhältnis steht.²⁸

Eine Haftung des Wegehalters besteht **nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit** gem § 1319a Abs 1 ABGB. Unter grober Fahrlässigkeit iSd § 1319a leg cit ist **auffallende Sorglosigkeit** zu verstehen, bei der die gebotene Sorgfalt nach den Umständen des Falles in ungewöhnlicher Weise verletzt wird und der Eintritt des Schadens nicht nur als möglich, sondern als geradezu wahrscheinlich vorauszusehen ist.²⁹ Halter eines Weges ist derjenige, der die Kosten für seine Errichtung und Erhaltung trägt und der die Verfügungsmacht hat, entsprechende Maßnahmen zu setzen. Auf das Eigentum kommt es dabei nicht an.

Der **Begriff des „Weges“** wird durch Abs 2 leg cit definiert und ist nach dem Verständnis des Gesetzgebers **in einem sehr weiten Sinn auszulegen**. Vorausgesetzt wird dabei nur, dass die Landfläche jedermann oder wenigstens einem eingeschränkten Benutzerkreis zu Verkehrszwecken zur Verfügung steht; die Landfläche muss also dem Zweck dienen, von einem Ort zum nächsten zu gelangen. Bei einer auf Privatgrund liegenden Fläche ist, wenn sich aus den besonderen Umständen nicht das Gegenteil ergibt, davon auszugehen, dass kein Weg iSd § 1319a ABGB vorliegt.

An alpine Wege dürfen nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden.

Auch **alle angelegten Wanderwege**, alpine Steige, Klettersteige, aber auch bloß durch tatsächliche Benutzung entstandene Pfade **sind Wege** iSd § 1319a leg cit. Dabei dürfen an den Zustand alpiner Wege nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. Unebenheiten, am Weg liegende Steine, unregelmäßige Stufen etc machen diesen nicht per se mangelhaft. Die besonderen Bedingungen im Gebirge schließen es nahezu aus, einen Weg stets in gefahrlosem Zustand zu halten; eine ständige Überwachung und Instandhaltung wäre unzumutbar. Auch die Verkehrssicherungspflichtigen alpiner Vereine dürfen nicht allzu weit gespannt werden. Zumindest eine alljährliche Überprüfung aller Wegeanlagen ist aber idR geboten. Nach Naturkatastrophen wird im Rahmen der Zumutbarkeit eine unmittelbare Überprüfung jedenfalls geboten sein. Warnschilder sind aufzustellen, erforderlichenfalls ist der Weg zu sichern bzw zu sperren. Die Aufstellung von Warnschildern befreit von der Haftung jedoch nicht, wenn die Beseitigung der Gefahr zumutbar ist.³⁰

Zur Beurteilung, ob ein Weg mangelhaft ist, sind das **Verkehrsbedürfnis** und die **Zumutbarkeit von Maßnahmen zu berücksichtigen**. Aus § 1319a Abs 2 Satz 2 ABGB ergibt sich, dass ein mangelhafter Zustand eines Weges nur dann vorliegt, wenn die nach der Art des Weges angemessenen und zumutbaren Vorkehrungen nicht getroffen wurden. Der Umfang der Sorgfaltspflicht des Wegehalters kann nicht allgemein bestimmt werden, sondern ist **jeweils im Einzelfall** für den konkreten Weg, seine Widmung und Benutzung **festzulegen**. Dabei sind insb auch die geografische Lage des Weges und die saisonalen oder jahreszeitlichen Bedingungen von Bedeutung. Außerdem ist die objektive Zumutbarkeit der aufzuwendenden Sorgfalt zu ermitteln: Demjenigen, der aus reiner Gefälligkeit den Verkehr über sein Grundstück zulässt, sind nur in sehr geringem Umfang Maßnahmen zur Instandhaltung des Weges zumutbar. Auch in diesem Fall aber kann es erforderlich sein, auf besondere Gefahren durch Warnungen hinzuweisen.³¹

Werden Strecken für **Mountainbiker ausgeschildert oder gewidmet**, so wird nach § 1319a leg cit **für den vorherrschenden**

Wegzustand gehaftet. Fälle vertraglicher Haftung sind bei derartigen Mountainbike-Strecken grundsätzlich denkbar, stellen aber die Ausnahme dar. Dazu wird im Rahmen der Rsp bspw festgehalten,

- ▶ dass auf einer für den Mountainbikeverkehr freigegebenen Forststraße, die nicht dieselben Sicherheitserfordernisse erfüllen muss wie ein ausschließlich für Radfahrer angelegter Weg, eine **elektrische Viehsperre** keine atypische Gefahrenquelle darstellt;
- ▶ der Mountainbiker hat dem für die Sportausübung typischen Verletzungsrisiko durch **kontrolliertes** und bestehenden Gefahren Rechnung tragendes **Verhalten** zu begegnen.³²
- ▶ Ein Weide-Absperrband aus Kunststoff, das in einer Höhe von rund einem dreiviertel Meter über einen als Mountainbike-Strecke freigegebenen, abschüssigen Weg gespannt wird, ist eine **künstliche Gefahrenquelle**, die (etwa mit Hilfe von deutlich sichtbaren Bändern, Tüchern oder Warnhinweisen auf Schildern) vom Wegehalter besonders zu kennzeichnen ist, ansonsten wäre grobe Fahrlässigkeit gegeben.³³

Ein unerlaubter Benutzer kann sich nicht auf die Wegehalterhaftung berufen.

Gem § 1319a Abs 1 ABGB darf sich der Geschädigte auf den mangelhaften Zustand des Weges, also auf die Wegehalterhaftung, nicht berufen, wenn der Schaden bei einer unerlaubten, besonders auch widmungswidrigen Benützung des Weges entstanden ist und die **Unerlaubtheit** dem Benutzer entweder nach der Art des Weges oder durch entsprechende Verbotsschilder, eine Abschränkung oder eine sonstige Absperrung des Weges erkennbar gewesen ist. In jenen Fällen, in denen der durchschnittliche Radfahrer das unerlaubte Befahren der Forststraße oder des Waldweges nicht zweifelsfrei erkennen kann, wird eine deutliche Fahrverbotskennzeichnung oder eine deutliche Widmungskennzeichnung durch den Waldeigentümer bzw Wegehalter verlangt. Doch selbst wenn die Benützung der Forststraße oder des Waldweges erkennbar unerlaubt ist, kann sich der Wegehalter nicht in jedem Fall auf die **Haftungsfreiheit** berufen. Erleidet der unbefugte Benutzer nämlich einen Schaden, der ihm auch bei erlaubter Benützung (zB als Fußgänger) entstanden wäre, so hat der Wegehalter hierfür einzustehen.³⁴

Für Gemeinden ist idZ zu betonen, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts (Bund, Länder, Gemeinden etc), die im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig werden, sich hinsichtlich ihrer Haftung nicht von einer juristischen Person des Privatrechts unterscheiden. Daher können **Gemeinden als Wegehalter** zur Haftung nach § 1319a ABGB herangezogen werden.

2. Vertragliche Haftung

Besteht zwischen dem geschädigten Wegbenützer und dem Halter des Weges ein **(vor)vertragliches Schuldverhältnis**, wird die bloße Wegehalterhaftung durch eine vertragliche Haftung ver-

²⁸ Weixelbraun-Mohr in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1319a Rz 1 (Stand 2. 1. 2022, rdb.at).

²⁹ Weixelbraun-Mohr in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1319a Rz 25 (Stand 2. 1. 2022, rdb.at).

³⁰ Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 1319a Rz 23a (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).

³¹ Weixelbraun-Mohr in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1319a Rz 10f (Stand 2. 1. 2022, rdb.at).

³² 1 Ob 260/05Z ZVR 2006/198 (*Huber*).

³³ 4 Ob 211/11z ZVR 2013/105 (*Kathrein*).

³⁴ *Messiner*, Radfahren im Wald, ZVR 1991, 262.

drängt.³⁵ Erfolgt die **Benutzung eines Weges gegen Entgelt**, resultiert die Haftung für Schäden aus dessen mangelhaften Zustand regelmäßig aus dem Vertragsrecht. Diese Unterscheidung in der Haftung wirkt sich auch in solchen Gebieten aus, die für Freizeit- und Erholungszwecke zugänglich sind oder dafür erschlossen und beworben werden (zB Mountainbike-Strecken). Bei Verletzung vertraglicher oder vorvertraglicher Pflichten haftet der Halter eines Weges auch für **leichte Fahrlässigkeit**. Wird vom Tourismusverband ein Forstweg ohne individuelles Regelwerk, ohne Einzelbetreuung und ohne organisierte Veranstaltung unentgeltlich zur Verfügung gestellt, greift keine vertragliche Haftung, sondern die Wegehalterhaftung, auch wenn der Weg in Prospekten und Radführern beworben wird.³⁶

Bezüglich der Haftung bei Forststraßen gilt zu beachten, dass nach § 176 Abs 4 HS 1 ForstG zwischen Forststraßen und sonstigen Wegen im Wald unterschieden werden muss:

- ▶ Für **Forststraßen** gilt jedenfalls die **Haftungsbeschränkung des § 1319a ABGB**, ohne dass geprüft werden müsste, ob ein Weg im Sinne dieser Bestimmung vorliegt.
- ▶ Für **sonstige Wege** im Wald besteht eine Wegehalterhaftung des Waldeigentümers überhaupt nur dann, wenn diese durch **Kennzeichnung** ausdrücklich für die **Benutzung durch die Allgemeinheit** gewidmet wurden.

Den Waldeigentümer trifft keine Haftung abseits von öffentlichen Straßen und sonstigen Wegen.

Der Waldbesitzer hat durch geeignete Beschilderung Forststraßen von sonstigen öffentlichen Wegen eindeutig abzugrenzen. Nach § 176 Abs 2 ForstG treffen den Waldeigentümer keine Pflichten zur Abwendung der Gefahr von Schäden, die abseits von öffentlichen Straßen und sonstigen Wegen durch den Zustand des Waldes entstehen können (Haftungsprivileg des Waldeigentümers). Aus dieser Bestimmung lässt sich aber auch ableiten, dass der Waldeigentümer hingegen zur Abwehr solcher Gefahren, die durch den Zustand des Waldes auf öffentlichen Straßen und sonstigen Wegen drohen, verpflichtet ist.³⁷

3. Exkurs: Tierattacken auf Almen

Eine medial verbreitete **Kuhattacke** führte zu einer Novellierung des § 1320 ABGB durch das HaftRÄG 2019. Nach § 1320 ABGB (idF vor dem HaftRÄG 2019 BGBl I 2019/69) ist, wenn jemand durch ein Tier beschädigt wird, derjenige dafür verantwortlich, der es dazu angetrieben, gereizt oder zu verwehren vernachlässigt hat. Diese Bestimmung spielt auch im Hinblick auf die **Benützung von Almen durch Freizeitsportler** eine wesentliche haftungsrelevante Frage. Derjenige, der das Tier hält, ist verantwortlich, wenn ihm nicht der Beweis gelingt, dass er für die erforderliche Verwahrung oder Beaufsichtigung gesorgt hatte.

An die weite Regelung des § 1320 ABGB wurde mit dem HaftRÄG 2019 aber ein weiterer, zweiter Absatz angehängt. Demnach kann sich der jeweilige Halter in der Alm- und Weidewirtschaft hinsichtlich der notwendigen Frage, welche **Verwaltungsart** erforderlich ist, auf allgemein anerkannte Tierhaltungsstandards beziehen. Sollte dies nicht möglich sein, muss der Halter, im Hinblick auf die ihm bekannte Gefährlichkeit der Tiere, alle in seiner Verfügungsmacht stehenden und zumutbaren Möglichkeiten zur Verhinderung der genannten **Gefahren** ergreifen, wie auch auf die erwartbare **Eigenverantwortung** anderer Personen abstellen. Die zu erwartende Eigenverantwortung der Besucher (Sportler) von Almen und Weiden richtet sich demzufolge nach den durch die Alm- und Weidewirtschaft drohenden potentiellen Gefahren,

der allgemeinen Verkehrsübung und den hierbei anwendbaren Verhaltensregeln.^{38, 39}

Diese durch den Gesetzgeber uE wohl als Schnellschussaktion zu wertende Neuregelung im § 1320 ABGB wurde bereits im Begutachtungsverfahren von zahlreichen Vertretern der österr Richter- und Rechtsanwaltschaft⁴⁰ uM zu Recht scharf kritisiert und als **missglücktes Anlassgesetz** voller Leerformeln betitelt, mit dem ein Sonderrecht für die Alm- und Weidewirtschaft geschaffen werden soll.

F. Ersitzung eines Wegerechtes durch Gemeinden, Wanderer sowie Mountainbike- und Skitourensportler; Ausnahmen des ForstG

1. Allgemeines und Besonderheiten für Gemeinden

Für die **Ersitzung eines Wegerechtes** bedarf es grundsätzlich **rechtmäßigen** (§ 316 ABGB), **redlichen** (§ 326 ABGB) und **echten Besitzes** (§ 345 ABGB) (= eigentliche Ersitzung). Bei der uneigentlichen Ersitzung nach § 1477 ABGB ist die Rechtmäßigkeit keine Voraussetzung, vielmehr genügen die Redlichkeit und die Echtheit des Besitzes. Bei der uneigentlichen Ersitzung beträgt die **Ersitzungsfrist 30 Jahre**, außer bei der Ersitzung **gegenüber juristischen Personen**; dort beträgt die Ersitzungszeit gem § 1472 ABGB **40 Jahre**.

Praxistipp

Die uneigentliche Ersitzung spielt iZm der Ersitzung von Wegerechten eine maßgebliche Rolle. Ersessen werden können sowohl das Recht des Begehens, des Befahrens oder auch die sonstige Nutzung von Liegenschaften, wobei Wege jeglicher Nutzungsart ersessen werden können.⁴¹

Die Ersitzung von Wegerechten durch dauernde Benützung eines nicht mit einer diesbezüglichen Dienstbarkeit belasteten Grundstücks ist allgemein anerkannt und von erheblicher praktischer Bedeutung. Dafür genügt es, wenn Gemeindeangehörige oder auch Touristen während der (langen) Ersitzungszeit von 30 Jahren den „notwendigen“ Weg so benützen, als handle es sich um einen öffentlichen Weg respektive einen der Allgemeinheit zur Verfügung stehenden Weg. Sie brauchen nicht die Absicht zu haben, ein **Benützungsrecht für die Gemeinde** zu ersitzen, vielmehr muss der **Besitzwille** während der Ersitzung **von den Gemeindeorganen** gebildet werden. Dem entspricht auch, dass nach stRsp für die Redlichkeit der Gemeindeorgane auf den guten Glauben ihrer Machthaber während der gesamten Ersitzungszeit abgestellt wird.

Der OGH hält zwar in seiner Rsp an der Auffassung fest, dass der Besitzwille der Gemeinde vermutet werde und es keiner Dokumentation des Besitzwillens durch die Gemeinde selbst bedarf, er meint aber auch, dass mit guten Gründen eine **Beurkundung**

³⁵ Weixelbraun-Mohr in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.07} § 1319a Rz 1 (Stand 2. 1. 2022, rdb.at).

³⁶ 1 Ob 260/05z ZVR 2006/19.

³⁷ Weixelbraun-Mohr in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.07} § 1319a Rz 36f (Stand 2. 1. 2022, rdb.at).

³⁸ OGH 30. 4. 2020, 5 Ob 168/19w ZVR 2020/119.

³⁹ Holzer, Das Tiroler „Almurteil“ und seine (rechts-)politischen Folgen, Jahrbuch Agrarrecht 2020, 277, 282f.

⁴⁰ Vereinigung der österr Richterinnen und Richter sowie ÖRAK.

⁴¹ Weixelbraun-Mohr in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.07} § 1319a Rz 36f (Stand 2. 1. 2022, rdb.at).

des **Besitzwillens** durch die Gemeinde, etwa durch Instandhaltungsarbeiten oder Aufstellen von Bänken, verlangt werden kann. Dazu ist nicht unbedingt ein Beschluss des Gemeinderates erforderlich, doch kann man auf die Willensbildung des Gemeindeorgane nicht gänzlich verzichten, da der Erwerb einer Dienstbarkeit auch die Belastung mit dem Aufwand zur Erhaltung der dienenden Sache gem § 483 ABGB nach sich zieht. Schon deshalb, aber auch in Hinblick auf den Umfang der durch Ersitzung erworbenen Dienstbarkeit, muss es der Gemeinde offenstehen, die Besitzausübung nicht oder nur in beschränktem Umfang zu wollen.

2. Utilitätserfordernisse

Für die Ersitzung einer (Grund-)Dienstbarkeit müssen nach § 473 ABGB die **Utilitätserfordernisse** verwirklicht sein.⁴² Diese Grunddienstbarkeiten, mit denen der (Grund-)Eigentümer des herrschenden Gutes berechtigt wird, müssen eine vorteilhaftere oder bequemere Benützung des berechtigten Grundstücks ermöglichen.⁴³ Das Erfordernis der **Nützlichkeit oder Bequemlichkeit** bezieht sich immer auf das Grundstück selbst, nicht auf persönliche Vorteile seines Eigentümers.⁴⁴ Nach der stRsp soll an diese Erfordernisse kein allzu strenger Maßstab gelegt werden,⁴⁵ aufgrund dessen die Notwendigkeit der Dienstbarkeit nicht erforderlich ist,⁴⁶ weil Bequemlichkeit der Nützlichkeit gleichgestellt ist. So genügt die Bequemlichkeit oder vorteilhaftere Benützung eines neben einer allgemein befahrenen Straße verlaufenden Fußwegs.⁴⁷ Ausschließlich eine vollkommene **Zwecklosigkeit, Unwirtschaftlichkeit** oder die **beständige Unmöglichkeit der Ausübung** sind für das Entstehen einer Dienstbarkeit **hinderlich** oder führen zur **endgültigen Erlöschung**.⁴⁸

Bequemlichkeit ist bei der Ersitzung der Nützlichkeit gleichgestellt.

Der OGH hat iZm Skisport mehrmals judiziert, dass eine **Skipiste als Weg** zur winterlichen **Besteigung eines Berggipfels** oder zur **Erreichung einer Hütte notwendig** sei. Dabei hat er das geforderte Notwendigkeitskriterium weit ausgelegt und sah Wege, die eindeutig nur Sport- und Erholungszwecken dienen, nicht nur als vorteilhaft oder bequem, sondern als notwendig an.⁴⁹

3. Weitere Besonderheiten für Gemeinden

Bei einer Ersitzung zugunsten einer Gemeinde genügt nicht bloße Nützlichkeit oder Bequemlichkeit des Rechts; es ist eine **wirtschaftliche oder kulturelle Notwendigkeit** bzw jedenfalls aber ein über bloße – nur wenige Personen betreffende – Bequemlichkeiten oder Wegeabkürzungen hinausreichender **allgemeiner erheblicher Vorteil** des betroffenen Rechtes erforderlich.⁵⁰

Relevant für Dienstbarkeiten einer Gemeinde ist weiters, dass die für die Ersitzung notwendigen Besitzausübungshandlungen nicht bloß alleine durch die Gemeindemitglieder gesetzt werden können, sondern auch durch die **Allgemeinheit**. Nach der stRsp zählt insb das Touristenpublikum zu jenem Personenkreis, dessen Handlungen maßgeblich dazu beitragen.⁵¹

Wurde ein bestimmtes **Benützungsrecht vertraglich eingeräumt**, fehlt es an der Redlichkeit, um durch erweiterte Besitzausübung eine räumliche Ausdehnung erreichen zu können. In diesem Fall ist alleine der Vertrag als Rechtsgrundlage maßgeblich.⁵² Durch die Benutzung von Wald iSd § 1 a ForstG zu Erholungszwecken tritt die in § 33 ForstG normierte **Einschränkung** ein, dass durch die Benützung des Waldes zu Erholungszwecken eine Ersitzung nicht eintreten kann. Somit kann die Ersitzung

eines Rechts auf Befahrung (oder anderwärtige Nutzung) auch nicht eintreten, weil dem Ersitzenden aufgrund der Bestimmungen des ForstG der gute Glaube, dass die Nutzung zu Recht erfolgt, fehlen muss.⁵³

Allerdings bejaht die Judikatur die **Ersitzbarkeit** für andere Rechte als das vom ForstG eingeräumte Benützungsrecht zu Erholungszwecken, va die Dienstbarkeit des Wegerechts, der Markierung oder der Schiabfahrt. Die regelmäßige Durchquerung des Waldes im Zuge eines für die Verbindung von Orten oder auch Wanderzielen bestehenden Weges auf einer für diesen Zweck sichtbar dienenden Trasse gehe nämlich über die Benützung des Waldes zu Erholungszwecken hinaus.⁵⁴

Während für die Nutzung eines Weges **Regelmäßigkeit und Trassengebundenheit** charakteristisch seien, dominiere beim bloßen Betreten (und wohl auch Befahren) des Waldes zu Erholungszwecken eher Beliebigkeit und Zufälligkeit, ohne dass dabei regelmäßig und planmäßig eine bestimmte Route auf einer bestimmten Trasse verfolgt werde.⁵⁵

Der OGH und der VfGH sind der Auffassung, dass ein Wald bzw eine Forststraße mit Mountainbikes/Fahrrädern ohne Zustimmung des Grundeigentümers oder des **Forststraßenerhalters** nicht benutzt werden darf und die vom Gesetzgeber normierte Erforderlichkeit einer Zustimmung auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken auslöse.⁵⁶

In seiner Rsp bezieht der OGH auch Stellung zur Frage der Notwendigkeit eines Weges für die Gemeinde, welche im Hinblick auf die Ersitzung von **unregelmäßigen Servituten** vorliegen muss. An diese **Ersitzungsvoraussetzung** sind bei Gemeinden keine besonders strengen Anforderungen zu stellen.⁵⁷ Diesbezüglich führt der OGH aus, dass die Notwendigkeit nicht mit Unentbehrlichkeit gleichzusetzen ist, hingegen aber ein über bloße Bequemlichkeit oder Wegeabkürzung hinausreichender allgemeiner Vorteil des betroffenen Rechts gegeben sein muss. In der Praxis stellt bspw die Vermeidung eines Umwegs von ca 1 km keine bloße „Abkürzung“ mehr dar. Im Allgemeinen hängt die Frage der Notwendigkeit des Weges von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab.

Der **Besitzwille der Gemeinde** kann gem § 863 Abs 2 ABGB auch schlüssig erklärt werden. Ist das Verhalten nicht nur einzelner Gemeindebewohner, sondern aller nach der räumlichen Nähe in Betracht kommenden Personen (Gemeindeangehörige und Fremde) offenkundig auf die Benützung eines Weges zum allge-

⁴² 5 Ob 95/01 h JBl 2002, 107; 5 Ob 709/81 JBl 1983, 199 (Iro); 5 Ob 93/70 SZ 43/117; 6 Ob 255/00 v immolex 2001/170.

⁴³ Hofmann in Rummel, ABGB³ § 473 Rz 2.

⁴⁴ RIS-Justiz RS0011593.

⁴⁵ 1 Ob 542/93 EvBl 1993/175; 6 Ob 255/00 v immolex 2001/170; 5 Ob 95/01 h JBl 2002, 107.

⁴⁶ 5 Ob 709/81 JBl 1983, 199.

⁴⁷ 1 Ob 619/78 JBl 1979, 90.

⁴⁸ 5 Ob 95/01 h JBl 2002, 107; 5 Ob 709/81 JBl 1983, 199 (zust Iro); 5 Ob 93/70 SZ 43/117; 6 Ob 255/00 v immolex 2001/170; 1 Ob 12/04 b NZ 2006/57; 10 Ob 10/13 p immolex 2014/17 (Hagen); 1 Ob 76/15 f Zak 2015/490; RIS-Justiz RS0034213.

⁴⁹ 1 Ob 178/61; RIS-Justiz RS0011524 (T 1).

⁵⁰ 2 Ob 521/94 JBl 1996, 600.

⁵¹ 4 Ob 519/78 JBl 1979, 429; 3 Ob 203/07 k Zak 2008/46.

⁵² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 480 Rz 12 (Stand 1. 2. 2020, rdb.at).

⁵³ Ehgartner/Winkler in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1455 Rz 2 (Stand 1. 9. 2021, rdb.at).

⁵⁴ Gusenleitner-Helm in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang-Kommentar, §§ 1451–1502 ABGB Ersitzung-Verjährung³ (2012) zu § 1455 ABGB Rz 29 f.

⁵⁵ OGH 10 Ob 144/99 w SZ 72/136 = EvBl 2000/31; RIS-Justiz RS0038437 (T 7).

⁵⁶ VfGH B 617/91; 10 Ob 36/18 v Zak 2018/434, 234.

⁵⁷ OGH 29. 4. 2015, 9 Ob 16/15 s.

meinen Vorteil gerichtet, so ist einerseits die Signalwirkung dieser allgemeinen Benützung des Weges für den Belasteten unübersehbar und andererseits im Zweifel, also bis zum Beweis des Gegenteils, ebenso leicht erkennbar, dass die Gemeinde als Träger des Interesses für das Wohl der Gemeindeangehörigen Besitz ausüben und erhalten will. Für die Ersitzung von Wegedienstbarkeiten durch Gemeinden mit bedeutendem Fremdenverkehr genügt der Bedarf an geeigneten Wanderwegen in ausreichender Zahl.⁵⁸

Allerdings kommt es nach der Rsp des OGH nach § 484 ABGB bspw dann zu einer **unzulässigen Ausweitung einer Servitut**, wenn die Servitut zur Nutzung einer Abfahrtstrasse im Sommer für Mountainbike-Downhillrennen verwendet wird. Dagegen kann sich der Eigentümer mit der Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB wehren.⁵⁹

Die Eigentumsfreiheitsklage ist auch gegen den Betreiber eines Internetportals möglich.

Der OGH geht noch weiter und erkannte, dass eine von einem Dritten im Internet **veröffentlichte Mountainbike-Tour**, die über private Grundstücke führt und deren Benutzung vom Eigentümer des Grundstücks nicht erlaubt wurde, mittels Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB gegen den **Betreiber** bekämpft werden kann. Dies ist zulässig, sofern dem Betreiber des Internetportals nachweislich klar war, dass die Nutzung der Strecke nicht rechtskonform respektive erlaubt war.⁶⁰ Eine Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB kann nämlich grundsätzlich auch gegenüber einem Dritten erhoben werden, wenn dieser Eingriffe ins Eigentum veranlasst hat, einen unerlaubten Zustand aufrecht hält oder sonst Abhilfe von ihm zu erwarten ist.⁶¹

Weiters kann auch gegen einen Dritten vorgegangen werden, wenn dieser durch seine Handlungen oder Unterlassungen die Voraussetzungen für die Störung durch den unmittelbaren Störer schafft.⁶² Diesbezüglich entschied der OGH, dass eine Gemeinde auch haftet, wenn ein Privatweg unbefugt durch Dritte benützt wird und wenn die Gemeinde einen Bedarf zur Erschließung des Grundstücks geschaffen und damit unmittelbar veranlasst hat, dass Gemeindebewohner und Dritte einen Weg benützen.⁶³

4. Freiheitsersitzung

Das Recht einer Dienstbarkeit (auch wenn es im Grundbuch eingetragen ist) kann auf zwei Arten verjähren. Bei bloßem Nichtgebrauch verjährt eine Dienstbarkeit nach 30 Jahren (bei Dienstbarkeiten juristischer Personen nach 40 Jahren). Bei der Freiheitsersitzung nach § 1488 ABGB verjährt eine Servitut binnen drei Jahren, sofern sich der Verpflichtete der Ausübung der Servitut widersetzt und der Berechtigte sein Recht nicht rechtzeitig geltend macht. Die **Freiheitsersitzung** ist ein Fall der Verjährung und ist daher nur über Einrede zu beachten.⁶⁴

§ 1488 ABGB gilt für alle Arten von Dienstbarkeiten, nicht aber für Reallasten.

Verpflichteter iSd § 1488 ABGB ist sowohl der **Eigentümer als auch der bloße Besitzer** des belasteten Grundstücks. Der Verpflichtete widersetzt sich, indem er das Servitutsrecht wahrnehmbar beeinträchtigt.⁶⁵ Dabei reicht es aus, sich dem Recht selbst fortwährend und dauerhaft zu widersetzen, wobei auch die Absicht, die Rechtsausübung durch den Berechtigten unmöglich zu machen, nicht erforderlich ist.⁶⁶ Widersetzen kann zB das Aufstellen wahrnehmbarer Hindernisse sein.⁶⁷ Bei einer **Missachtung des Verbots** scheidet die Freiheitsersitzung jedoch

aus.⁶⁸ Nach der stRsp ist es jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängig, wann eine Widersetzung vorliegt.

Praxistipp

Einem tatsächlichen Hindernis ist ein bloß verbales Verhalten des Verpflichteten, wie zB das Aussprechen eines Verbots oder einer Drohung, jedoch (nur) dann gleichzuhalten, wenn sich der Berechtigte daran hält. Das bloß verbale Verhalten ist also bedeutungslos, wenn das Verbot missachtet und das Recht weiter ausgeübt wird. Das bloße Leugnen des Rechts ist noch kein Verbot.⁶⁹

Berechtigter ist der Servitutsberechtigte. Nach stRsp muss der Berechtigte richterliche Hilfe in Anspruch nehmen, er muss also **Klage** erheben (§ 1497 ABGB). Die Verjährung wird daher nur durch **gerichtliche Geltendmachung des Rechts gehindert**;⁷⁰ weder eine außergerichtliche Geltendmachung noch die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens reichen aus.⁷¹

Die allgemeine Verjährungsfrist beginnt dabei zu laufen, sobald die Servitut dauerhaft nicht ausgeübt wird.⁷² Nach der Rsp ist auch das bloß fallweise und unregelmäßige, aber doch wiederholte Abstellen von Fahrzeugen in einer die Ausübung der Wegservitut be- oder verhindernden Weise als **Widersetzung iSd § 1488 ABGB** zu werten, sofern der Berechtigte sein Recht nicht innerhalb von drei Jahren geltend macht.⁷³ Für den **Beginn der dreijährigen Verjährung** kommt es nach stRsp auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Hindernisses bei gewöhnlicher Sorgfalt und Aufmerksamkeit an.⁷⁴ Ist das Hindernis schon bei Begründung der Dienstbarkeit vorhanden gewesen, beginnt die Verjährung zu laufen, sobald sich der Verpflichtete weigert, das Hindernis zu entfernen.⁷⁵

G. Resümee

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass **Wanderer, Skitourengeher und Mountainbiker** für die betroffenen Standortgemeinden und Grundeigentümer/Grundbesitzer eine **zusätzliche haftungsrechtliche „Belastung“** darstellen können. Durch eine Vielzahl an möglichen Konfliktfeldern und die stetig wachsende Anzahl an Personen, die sich in der Natur bewegen und sportlich aktiv sind, ist auch die **Unfallgefahr** in den letzten Jahren **kontinuierlich erhöht** worden; mithin steigen die potentiellen Haftungsfälle für die Gemeinden und Grundeigentümer. Insofern stehen nicht nur den (steirischen) Gemeinden, sondern auch den Grundeigentümern/Grundbesitzern mehrere Varianten zur

⁵⁸ OGH 7. 9. 1999, 10 Ob 144/99 w.

⁵⁹ OGH 29. 4. 2009, 7 Ob 241/08 d.

⁶⁰ OGH 18. 10. 2017, 7 Ob 80/17 s.

⁶¹ RIS-Justiz RS0012110.

⁶² RIS-Justiz RS0012131.

⁶³ OGH 20. 6. 2002, 2 Ob 134/01 x.

⁶⁴ OGH 11. 5. 2005, 7 Ob 81/05 w.

⁶⁵ RIS-Justiz RS0037141.

⁶⁶ OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 47/07 v.

⁶⁷ OGH 12. 7. 2005, 4 Ob 84/05 j.

⁶⁸ OGH 17. 5. 2004, 1 Ob 181/03 d.

⁶⁹ R. Madl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.07} § 1488 Rz 7 (Stand 1. 1. 2022, rdb.at).

⁷⁰ OGH 9. 6. 2009, 4 Ob 58/09 x.

⁷¹ OGH 15. 11. 1989, 1 Ob 40/89.

⁷² OGH 24. 3. 1998, 1 Ob 404/97 m.

⁷³ OGH 9. 6. 2009, 4 Ob 58/09 x.

⁷⁴ OGH 8. 11. 2005, 10 Ob 118/05 h.

⁷⁵ OGH 29. 7. 1964, 6 Ob 147/64.

Straßen in der Gemeinde

Verfügung, um mit ruhigerem Gewissen Freizeitsportler auf ihren Grundflächen und Wegen die Möglichkeit zu bieten, ihren Aktivitäten zu frönen.

Diese Thematik dürfte in den nächsten Jahren nicht an Brisanz verlieren, sondern eher an Bedeutung gewinnen. Auch aufgrund der vorherrschenden Energiekrise und der – erfreulicherweise abflachenden – COVID-19-Pandemie ist nicht davon auszugehen, dass die **Nachfrage an Freizeit- und Urlaubsaktivitäten** in Österreich an Reiz verlieren wird. Daher empfiehlt es sich für betroffene **Standortgemeinden, Wanderwege, Mountainbike-Strecken und Skitourenrouten gemeinsam mit den Interessenvertretern zu erarbeiten** und die Grundeigentümer und Grundbesitzer dabei einzubinden. Dadurch könnten für alle Beteiligten im Vorhinein **Rahmenbedingungen geschaffen** werden, die **Sicherheit bieten** und **Konfliktpotentiale** bereits vor ihrem Auftreten **vermeiden**.

Plus

ÜBER DIE AUTOREN

Dr. Dieter Neger ist auf Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Gemeinderecht spezialisierter Rechtsanwalt, Gerichtssachverständiger für Abfallwirtschaft und Partner von FSKN Rechtsanwälte in Graz. Mag. Lukas Lamprecht ist Rechtsanwaltsanwärter bei FSKN Rechtsanwälte in Graz.

Mag. Paul Kubin ist Amtsleiter und Bauamtsleiter der Gemeinde St. Stefan ob Stainz sowie emeritierter Rechtsanwalt.

Kontaktadresse: FSKN Rechtsanwälte, Sackstraße 15, 8010 Graz.

Tel: +43(0) 316 81 28 81

Fax: +43(0) 316 81 28 81-28

E-Mail: office@fskn.at

Internet: www.fskn.at

VON DENSELBEN AUTOREN ERSCIENEN

- ▶ *Neger*, Tatort Gemeindeamt – Bürgermeister und Kommunalpolitiker als Verbrecher? RFG 2015, 4;
- ▶ *Neger*, Tatort Gemeindeamt II – Bürgermeister und Kommunalpolitiker als Verbrecher? RFG 2015, 73;
- ▶ *Neger*, Tatort Gemeindeamt – Update zur Judikatur zum Amtsmissbrauch, RFG 2016, 101;
- ▶ *Neger*, Tatort Gemeindeamt II – Update zur Entwicklung des Delikts der Untreue, RFG 2016, 145;
- ▶ *Neger*, Amtsmissbrauch, Untreue und Gemeinden – Wird bei der Korruptionsbekämpfung im Gemeindebereich das Kind mit dem Bade ausgeschüttet? RFG 2017, 87;
- ▶ *Neger*, Kompetenz des Bürgermeisters in Ausübung der laufenden Verwaltung der Gemeinde – Was darf der Bürgermeister, was darf er nicht? RFG 2018, 76;
- ▶ *Neger/Paar*, Einheimischentarife und ihre sachliche Rechtfertigung, RFG 2019, 64;
- ▶ *Neger/Paar*, Kompetenzen des Bürgermeisters bei Gefahr in Verzug und Notstand, RFG 2020, 72;
- ▶ *Neger*, Die Kommunalverwaltung als juristisches Himmelfahrtskommando, RFG 2020, 119;
- ▶ *Neger/Doriath/Leitenbauer*, Beschränkungszone und ihre Bedeutung für Gemeinden, RFG 2021, 57.

Neue Aussagen des VwGH zur Straßenerrichtung durch Aufschließungsgesellschaften

Der Beitrag schnell gelesen

Mit Erk vom 8. 9. 2021 hat der VwGH seine Rsp zur umsatzsteuerlichen Behandlung von Straßenerrichtungen im Anschluss an das EuGH-Urteil *Mitteldeutsche Hartstein-Industrie AG* geändert. Die unentgeltliche Übertragung der durch ein privates Unternehmen errichteten Straße ins öffentliche Gut löst demnach keine Eigenverbrauchsbesteuerung aus. Der Beitrag fasst die neuen Aussagen zusammen und analysiert Konsequenzen und Gestaltungsmöglichkeiten.

Steuerrecht

§ 3 Abs 2, § 12 UStG; Art 16 MwStSyst-RL
VwGH 8. 9. 2021, Ro 2020/15/0011

RFG 2023/4



Univ.-Prof. Dr. MARKUS ACHATZ ist Professor an der Universität Linz und seit 2013 Mitglied des VfGH.

Inhaltsübersicht:

- A. Problemstellung
- B. EuGH 16. 9. 2020, C 528/19, *Mitteldeutsche Hartstein-Industrie AG*

- C. Die neue Rechtsprechung des VwGH
- D. Zu den Konsequenzen der Rechtsprechung des EuGH und des VwGH
 1. Zum Vorsteuerabzug
 2. Zur Umsatzsteuerpflicht einer fiktiven Lieferung
- E. Schlussbemerkung