

Zeitschrift für
VERKEHRS-
RECHT

Redaktion **Karl-Heinz Danzl, Christian Huber,**
Georg Kathrein, Gerhard Pürstl

Jänner 2009

01

1 – 36

Beiträge

Sportkletterer im Fall – Anforderungen an Verhalten und Partnersicherung

Dominik Kocholl ➔ 4

Pistentouren bei Tag und Nacht *Johannes Stabentheiner* ➔ 10

Ein Recht auf Schitour? *Michael Obermeier* ➔ 16

Sicherung des nichtorganisierten (freien) Schiraums?

Johann Rzeszut und Robert Wallner ➔ 21

Rechtsprechung

Versagung des Regressanspruchs eines Schädigers ➔ 25

Pistensicherung, Abgrenzung des Präparierungsbereichs ➔ 23

Verletzung der Gurtenanlegepflicht, Mitverschuldensquotierung ➔ 27

Judikaturübersicht Verwaltung

Verfahrenshilfe, Individualantrag aussichtslos ➔ 33

**Vormerkdelikt: mangelnde Kindersicherung,
keine Verfassungswidrigkeit** ➔ 34

Ein Recht auf Schitour?

Betretungsrechte des freien Schiraums

ZVR 2009/4

Wegfreiheits-
gesetze;
§§ 1460 ff ABGB;
§ 33 ForstG

Gemeingebrauch;
Ersitzung
Wegerecht;
Rechts-
missbrauch

Die zunehmende Popularität des Schitourensports in den letzten Jahren¹⁾ führte zwangsläufig zu teils massiven Interessenkonflikten zwischen Tourenggehern und alpinen Vereinen einerseits und Grundeigentümern, Jagdausübungsberechtigten usw. andererseits. Die Frage eines Betretungsrechts von fremden Grundflächen im Rahmen einer Schitour im freien Schiraum beschäftigte vor kurzem auch die Höchstgerichte.²⁾ Nichtsdestotrotz blieben etliche essentielle Fragen offen.

Von Michael Obermeier

A. Einleitung

Ein Recht auf Betreten des freien Schiraumes abseits von Schigebieten³⁾ im Rahmen einer Schitour kann aufgrund von Gemeingebrauch nach den Wegfreiheitsgesetzen bzw nach dem ForstG oder einer ersessenen Dienstbarkeit bestehen.⁴⁾ Ein Gemeingebrauch nach den Straßengesetzen ist hier nicht relevant, weil diese⁵⁾ auf eine Schitour nicht anzuwenden sind, da Schifahren mE nicht als Verkehr iS dieser Gesetze gesehen werden kann.⁶⁾

B. Ersessenes Wegerecht

1. Ersitzung einer Schitour

Es können nicht nur Schipisten, sondern auch Schiabfahrten im freien Gelände – in Gestalt von Schitouren oder Variantenabfahrten – ersessen werden.⁷⁾

Die Ersitzung eines Wegerechts setzt keinen gebahnten, also einen infolge seiner Anlegung oder wenigstens seiner ständigen Benützung als solchen erkennbaren Weg voraus.⁸⁾ Die räumliche Ausdehnung einer ersessenen Schiabfahrt bemisst sich nach dem tatsächlich befahrenen Bereich, wobei kein besonders strenger Maßstab für ihren räumlichen Bedarf anzulegen ist,⁹⁾ die Abfahrt ist so breit, dass den Schifahrern ein angemessener Platz verbleibt; der Ersitzende hat allerdings nachzuweisen, auf welchen Teilen der Grundparzelle die Besitzhandlungen gesetzt wurden.¹⁰⁾

2. Ersitzung für die Allgemeinheit

Der einzelne Wintersportler kann die Servitut einer Schiabfahrt für sich selbst ersitzen. Zudem kann auch eine Schiabfahrt für die Allgemeinheit in Form einer unregelmäßigen Dienstbarkeit ersessen werden.¹¹⁾

Als Träger einer solchen Dienstbarkeit wird in erster Linie die **Gemeinde** gesehen, die der OGH quasi als universellen Träger von Rechten der Allgemeinheit sieht, da es ihre „Aufgabe ist, für derartige Bedürfnisse des Publikums Vorsorge zu treffen“.¹²⁾ Zusätzlich zur Gemeinde können **Fremdenverkehrsverbände** oder **alpine Vereine** Träger einer derartigen Servitut sein.¹³⁾ Diese sieht der OGH allerdings als Vertreter nicht allgemeiner, sondern nur besonderer Interessen, weswegen „besondere Umstände vorliegen müssen, um den Schluss ziehen zu können, dass die Benützung einer Schiabfahrt ... auf (zB) ... einen Fremdenverkehrs-

band ,zielt‘, ... der damit neben der Gemeinde eine eigene Servitut erwirbt“.¹⁴⁾

Der Besitzwille und die Besitzausübung sind hier getrennt. Die **Besitzausübung** erfolgt durch die Allgemeinheit, indem die Schifahrer die Schiabfahrt, in der Überzeugung ein Recht darauf zu haben, als öffentlichen Weg benutzen.¹⁵⁾ Eine besondere Absicht der Schifahrer, ein Recht für den betreffenden Rechtsträger zu ersitzen, ist nicht nötig, vielmehr genügt das Bewusstsein, irgendein Recht auszuüben.¹⁶⁾

Der OGH sah zwar die Gemeinde nicht als möglichen Rechtsträger für eine Tiefschneeabfahrt an, da „selbstgewählte, nur von einzelnen Schifahrern etwa

1) Mittlerweile 300.000 Schitourengeher in Österreich, *Wadsack*, Schweinsbratensteuer, Bergauf 2007, 3.

2) OGH 3 Ob 203/07 k und VwGH 2005/06/0056 verneinten in den konkreten Fällen ein Recht auf Schitour.

3) Für Variantenabfahrten im Bereich von Schigebieten ist die Rechtslage – mit wenigen Ausnahmen – ident. Zur Rechtslage für Schitouren auf Schipisten, *Obermeier*, Schifahren im Recht (2007) 14 ff; *Weber/Schmid*, Schitouren auf Pisten, ZVR 2008, 4.

4) Ein Wohnheitsrecht auf Schifahren wird hier nicht behandelt, da es strittig ist, ob Wohnheitsrecht überhaupt eine Rechtsquelle der österreichischen Rechtsordnung darstellt. Näher dazu *Obermeier*, Schifahren 17 ff, 53 f.

5) Mit Ausnahme des VlbG StraßenG, da es im Gegensatz zu den anderen Straßengesetzen Wegfreiheitsbestimmungen im Bergland enthält, worauf sein Langtitel (G über den Bau und die Erhaltung öffentlicher Straßen sowie über die Wegfreiheit) schon hinweist.

6) *Obermeier*, Schifahren 12 f; aA *Weber/Schmid*, Schitouren 6 ff.

7) Auch der OGH 3 Ob 203/07 k geht nun anscheinend von der prinzipiellen Möglichkeit der Ersitzung einer Schitour aus, im gegenständlichen Fall lehnt er eine Ersitzung aber wegen nicht ausreichend dokumentiertem Besitzwillen eines alpinen Vereins ab.

8) OGH 4 Ob 528/78; 6 Ob 645, 646/87; 1 Ob 622/95.

9) OGH 7 Ob 549, 550/77.

10) OGH 1 Ob 52, 53/72.

11) Allerdings nur, wenn sie diesbezüglich nicht schon im Gemeingebrauch steht, *Merli*, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995) 360 ff.

12) OGH 4 Ob 96/04 b; 3 Ob 203/07 k, zurückgehend auf *Iro*, Glosse zu 5 Ob 709/81, JBl 1983, 202, der allerdings die Gemeinde nur „in der Regel“ als den für derartige Bedürfnisse Sorge tragenden Rechtsträger sieht. Ob eine solche Sonderstellung der Gemeinde im Zusammenhang mit Bergsport noch gerechtfertigt ist, wäre eventuell zu überdenken.

13) *M. Bydlinski* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/3³ (2002) § 1460 Rz 5 f; *Mader/Janisch* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB Praxiskommentar VI³ (2006) § 1460 Rz 14; OGH 4 Ob 96/04 b; 3 Ob 203/07 k. Ob die Servitut für die Allgemeinheit oder nur für die Mitglieder des betreffenden Rechtsträgers erworben wird, ließ der OGH 4 Ob 96/04 b offen.

14) OGH 4 Ob 96/04 b; 3 Ob 203/07 k.

15) *M. Bydlinski* in *Rummel* II/3³ § 1460 Rz 5 f; *Mader/Janisch* in *Schwimmann/Verschraegen* VI³ § 1460 Rz 14; OGH 1 Ob 178/61; 1 Ob 52, 53/72; 7 Ob 549, 550/77.

16) *M. Bydlinski* in *Rummel* II/3³ § 1460 Rz 5 f; *Mader/Janisch* in *Schwimmann/Verschraegen* VI³ § 1460 Rz 14; OGH 8 Ob 226/02 x.

im Hochgebirge, durch Neuschnee oder außerhalb der ... Schigebiete befahrene Wege von der Gemeinde idR nicht ersessen werden können“, weil der „langjährige gute Glaube, ein Recht der Allgemeinheit auszuüben, fehlt“.¹⁷⁾ Diese Aussage ist aber für den Ersitzungszeitraum der letzten 30 Jahre mE höchstens auf wirkliche „Exotentouren“¹⁸⁾ und keinesfalls auf bekannte, häufig begangene Standardtouren anwendbar, da die stattliche Anzahl von Schitourengehern auf den meisten Touren kaum als „einzelne Schifahrer“ bezeichnet werden kann. Die Besitzausübung durch die Tourengeher erfolgt somit für die Allgemeinheit.

Der **Besitzwille** muss bei den Organen des Rechtsträgers der Dienstbarkeit vorhanden sein, und zwar über die gesamte Zeit der Ersitzung. Dieser Besitzwille kann sich ausdrücklich (Gemeinderatsbeschluss am Anfang der Ersitzungszeit¹⁹⁾), aber auch schlüssig äußern, etwa indem der Rechtsträger infrastrukturelle Maßnahmen die Schiabfahrt betreffend setzt, für ihre Beschilderung bzw Markierung oder ihre Offenhaltung sorgt.²⁰⁾ Gleiches muss gelten, wenn sie in allgemein zugänglichen Publikationen als Schitour aufscheint.

Der Besitzwille der Gemeinde wird vermutet, sobald die Allgemeinheit iS aller räumlich in Betracht kommender Personen die Schiabfahrt offenkundig zum allgemeinen Vorteil benutzt, was für den Belasteten dann auch unübersehbar ist.²¹⁾ Die hL verlangt allerdings zusätzlich eine Bekundung des Besitzwillens seitens der Gemeinde.²²⁾

Eine Vermutung des Besitzwillens im Fall eines anderen Rechtsträgers lässt der OGH nicht zu. Dieser hat seinen Besitzwillen in einer für den Belasteten erkennbaren Weise zu bekunden, indem er durch seine Mitglieder oder andere für ihn tätige Personen zB den Weg markiert oder betreut.²³⁾

Zwar gesteht der OGH zu, dass für eine Schiabfahrt oder Schitour im Vergleich zu einem Wanderweg keine bzw andere Markierungen in Betracht kommen, geht aber allen Anscheins nach vom Erfordernis einer dem Rechtsträger eindeutig zuzuordnenden Markierung in der Natur nicht ab.²⁴⁾

Eine – wiederum dem Rechtsträger eindeutig zurechenbare – Beschreibung bzw Erwähnung der Schitour in einer allgemein zugänglichen Publikation wie Tourenführer, Landkarten usw stellt mE ebenfalls eine Bekundung des Besitzwillens dar und ist so dem Belasteten auch erkennbar, unter anderem da ihn ja eine Nachforschungspflicht für offenkundige Dienstbarkeiten trifft,²⁵⁾ wenn „die Allgemeinheit“ über sein Grundstück Schi fährt.

3. Redlichkeit

Guter Glaube an die Rechtmäßigkeit der Inanspruchnahme des Grundstücks seitens der Organe des Rechtsträgers wird idR vorliegen. Redlichkeit besteht, wenn zudem die Schiabfahrt vom Publikum als öffentlicher Weg angesehen und mit Kenntnis des Eigentümers benutzt wird – die Benützung als Schiabfahrt über viele Jahre kann nicht ohne Kenntnis des Eigentümers stattfinden – und wenn die Schifahrer an einer Benützung nicht gehindert werden, auch wenn ein Schild ein Befahren verbietet, der Eigentümer es aber dennoch duldet.²⁶⁾

Guter Glaube scheidet aus, wenn Umstände vorliegen, die an der Rechtmäßigkeit der Benutzung zweifeln lassen.

4. Echtheit, Zeitablauf

Die Echtheit des Besitzes bereitet in der Praxis keine Probleme, und auch eine zumindest 30 Jahre dauernde Nutzung wird bei den allermeisten Schitouren gegeben sein, letztere ist aber natürlich eine Frage des Einzelfalls.

5. Notwendigkeit

An das Kriterium der Notwendigkeit in Bezug auf die Ersitzung einer Schiabfahrt (zugunsten einer Gemeinde) stellt die Rsp keine hohen Anforderungen; im Lichte der Berücksichtigung eines Bedürfnisses auf Erholung lässt sie reine Nützlichkeit genügen, zT lässt sie offen, ob dieses Kriterium überhaupt noch vorliegen muss.²⁷⁾

6. Ausweitung der Servitut?

Eine Frage von brennender Aktualität stellt die **Zunahme der Benutzer** des dienenden Grundstücks dar, ob diese von der Ersitzung noch gedeckt oder eine wegen des Grundsatzes der schonenden Ausübung der Servitut unzulässige Ausweitung darstellt. Ein Recht kann nur in jenem Ausmaß ersessen werden, in dem es die ganze Ersitzungszeit über, also auch am Beginn der Ersitzungszeit vor 30 Jahren, ausgeübt wurde.

Die Steigerung der Benutzerzahlen bedeutet für sich alleine noch keine unzulässige Ausweitung der Servitut, nur wenn durch eine räumliche Ausweitung oder eine Änderung der Benützungsorts eine erhebliche Mehrbelastung für das dienende Grundstück entsteht, ist sie unzulässig.²⁸⁾ Eine gewisse räumliche Ausweitung ohne erhebliche Mehrbelastung scheint hingegen von der Ersitzung gedeckt. Die Zunahme der Zahl der Schitourengeher sogar auf stark frequentierten „Modetouren“ in den letzten 30 Jahren wird zumeist keine erhebliche Mehrbelastung darstellen. Es kam weder zu einer Ände-

17) OGH 7 Ob 549, 550/77.

18) Einer Ersitzung einer solchen seltenst begangenen Schitour für eine Einzelperson steht das zT Erk des OGH aber nicht entgegen.

19) *Aicher*, Das Recht der Wintersportausübung auf fremdem Grund in Steiermark und Kärnten, in *Sprung/König*, Das österreichische Schi-recht (1977) 34. Der früheren Rsp, zB OGH 1 Ob 178/61, nach der die Gemeinde ihren Besitzwillen im Nachhinein nach erfolgter Ersitzung durch einen Gemeinderatsbeschluss kundtun kann, wird heute nicht mehr gefolgt.

20) *Aicher*, Recht 34; *M. Bydlinski* in *Rummel* II/3³ § 1460 Rz 6; *Mader/Janisch* in *Schwimmann/Verschraegen* VI³ § 1460 Rz 14; OGH 7 Ob 551/86.

21) OGH 7 Ob 551/86; 4 Ob 96/04 b.

22) *Aicher*, Recht 29; *Apathy*, Ausgewählte Fragen des Ersitzungsrechts, JBl 1999, 220 f; *M. Bydlinski* in *Rummel* II/3³ § 1460 Rz 6; *Mader/Janisch* in *Schwimmann/Verschraegen* VI³ § 1460 Rz 14.

23) OGH 4 Ob 96/04 b; 3 Ob 203/07 k.

24) OGH 3 Ob 203/07 k.

25) OGH 5 Ob 563/93; 4 Ob 96/04 b.

26) *M. Bydlinski* in *Rummel* II/3³ § 1463 Rz 1 ff; *Mader/Janisch* in *Schwimmann/Verschraegen* VI³ § 1463 Rz 1 ff; OGH 8 Ob 226/02 x.

27) *M. Bydlinski* in *Rummel* II/3³ § 1460 Rz 5; *Kiendl-Wendner* in *Schwimmann/Verschraegen*, ABGB Praxiskommentar II³ (2005) § 480 Rz 11; *Mader/Janisch* in *Schwimmann/Verschraegen* VI³ § 1460 Rz 15; OGH 1 Ob 178/61; 8 Ob 220/68; 5 Ob 709/81; 7 Ob 521/94; 8 Ob 226/02 x; 6 Ob 312/03 f.

28) *M. Bydlinski* in *Rummel* II/3³ § 1460 Rz 6; *Kiendl-Wendner* in *Schwimmann/Verschraegen* II³ § 484 Rz 10 ff; *Mader/Janisch* in *Schwimmann/Verschraegen* VI³ § 1460 Rz 17 f; OGH 1 Ob 52, 53/72; 7 Ob 549, 550/77; 4 Ob 519/78; 5 Ob 595/80; 7 Ob 521/94; 7 Ob 2144/96 m; 2 Ob 88/03 k.

zung der Benutzungsart und in den meisten Fällen auch zu keiner wesentlichen räumlichen Ausdehnung. Die Schäden an der Vegetation durch die Zunahme der Schitourengänger haben sich ebenfalls im Allgemeinen nicht in einem solchen Ausmaß verstärkt, dass von einer erheblichen Mehrbelastung gesprochen werden kann; andere Schäden liegen idR nicht vor.

Ob im konkreten Fall eine Ausweitung stattgefunden hat, ist klarerweise wiederum eine Frage des Einzelfalls.

7. Zusammenfassung

Für die meisten Schitouren wird eine Ersitzung durch Einzelpersonen anzunehmen sein, zusätzlich eine durch eine Gemeinde bei entsprechendem politischen Willen ihrer Organe und eine durch alpine Vereine bei ausreichender Dokumentierung ihres Besitzwillens.

C. Gemeingebrauch aufgrund der Wegfreiheitsgesetze

Ein Gemeingebrauch – außerhalb des Waldes aufgrund der lex specialis ForstG – auf ein dem zu Fuß gehen gleichzusetzendes Schifahren²⁹⁾ wird durch die Wegfreiheitsbestimmungen diverser Landesgesetze begründet.³⁰⁾

1. VlbG

In VlbG besteht gem §§ 24f VlbG StraßenG ein freies **Betretungsrecht** von **unproduktiven Grundstücken** unter- und oberhalb der Baumgrenze, sofern sie nicht zulässigerweise – nur bei wirtschaftlicher Notwendigkeit – abgesperrt sind, und von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken außerhalb des verbauten Gebiets, sofern zudem noch kein Schaden verursacht wird.³¹⁾

2. Krtn, OÖ, Sbg, Stmk

In Krtn, OÖ, Sbg und der Stmk besteht ein Gemeingebrauch in einer **Wegwahlfreiheit** für den Bereich des **Ödlands** und in einer **Wegbenutzungsfreiheit** für den der **Wege** im Bergland.

Es stellt sich somit die Frage, ob eine Schitour ein Weg iS dieser Gesetze ist. Die Wegfreiheitsgesetze definieren den „Weg“ nicht, es ist also hier durch Analogie zu Wegdefinitionen anderer einschlägiger Gesetze eine Begriffsbestimmung zu erreichen. Die Aufstiegs- und die Abfahrtsspur einer Schitour sind hier getrennt zu betrachten.

a) Aufstiegsspur

Die (zielgerichtete) Aufstiegsspur einer Schitour stellt mE einen Weg iSd § 1319a ABGB, des NotwegeG, der Wegfreiheitsbestimmungen des ForstG und der Landesstraßengesetze (letztere sind aber nicht anwendbar) dar.³²⁾ Die analoge Verwendung des Wegbegriffs, der den „Weg“ (§ 1319a ABGB, Landesstraßengesetze) und nicht die „Wegfreiheit“ (NotwegeG, Wegfreiheitsbestimmungen des ForstG) zum Gegenstand habenden relevanten Normen, ergibt die Wegeigenschaft einer Schitourenaufstiegsspur iS der Wegfreiheitsgesetze.³³⁾ Keinen Unterschied macht es, ob die Schitour

auf einem außerhalb der Wintermonate bestehenden Wanderweg oder Ähnlichem verläuft oder nicht, die **Aufstiegsspur** einer Schitour stellt einen **Weg** dar, wo immer sie auch verlaufen mag.

Ein Gemeingebrauch wird durch ausdrückliche Widmung unmittelbar durch ein Gesetz, durch einen Verwaltungsakt oder durch einen im Gesetz seine Grundlage findenden Privatrechtsakt bzw durch eine der Ersitzung entsprechende stillschweigende Widmung auf spezieller gesetzlicher Grundlage begründet.³⁴⁾

Die Wegfreiheitsgesetze ermöglichen in Krtn, OÖ, Sbg und der Stmk³⁵⁾ durch einen Verwaltungsakt Privatwege dem Touristenverkehr gegen eine Entschädigung zu öffnen, dh sie mit Gemeingebrauch zu belasten, wovon für eine Schitour aber noch nie Gebrauch gemacht wurde.³⁶⁾

Des Weiteren dürfen in Sbg (im Alp- und Weidegebiet oberhalb der Waldgrenze sofern kein Schaden entsteht), Krtn und der Stmk bestehende **öffentliche Wege** im Bergland, sofern sie für den Fremdenverkehr unentbehrlich bzw besonders wichtig sind bzw ihm bereits dienen³⁷⁾ und in OÖ für den Tourismus offene Privatwege und diverse Tourismusziele³⁸⁾ **nicht geschlossen** werden. Ein Weg ist dann „öffentlich“, wenn bei Erlassung des betreffenden Wegfreiheitsgesetzes (1922 in der Stmk, 1923 in Krtn, 1970 in Sbg, 1990 in OÖ) eine tatsächliche Nutzung durch einen größeren Personenkreis bestanden hat³⁹⁾ und er für den Fremdenverkehr unentbehrlich bzw besonders wichtig war bzw ihm bereits diente. Die seit diesen Zeitpunkten bekannten und allgemein begangenen Schitouren im Bergland stellen öffentliche Wege im Gemeingebrauch iS der Wegfreiheitsgesetze dar.

Bereits seit 1970 bestehende, aber nicht durch einen größeren Personenkreis tatsächlich genutzte, dem Fremdenverkehr dienende, also **private Wege** im Bergland – worunter die meisten Schitouren wohl fallen – dürfen in Sbg – unterhalb der Waldgrenze nur außerhalb des Alp- und Weidegebietes – gegen einen eventuellen **Kostenbeitrag** zu ihrer Erhaltung **nicht geschlossen** werden.⁴⁰⁾

29) *Merli*, Nutzungsrechte 342f; *Kanonier*, Rechtliche Aspekte der Wegfreiheit im Bergland (1997) 83, 90, 95, 98; *Hinteregger*, Felsklettern und Grundeigentum, ZVR 2000, 116f; *Weber/Schmid*, Schitouren 5f.

30) §§ 1, 5 Krtn G über die Wegfreiheit im Berglande; § 47 oö Tourismus-G; §§ 1, 5 Sbg G über die Wegfreiheit im Berglande; §§ 1, 3 stmk G betreffend die Wegfreiheit im Berglande; §§ 24f VlbG StraßenG.

31) Ob durch eine Schitour ein Schaden (für die landwirtschaftliche Nutzung) entsteht, ist eine Frage des Einzelfalls.

32) *Obermeier*, Schifahren 11 ff.

33) A mE verfehlter Ansicht VwGH 2005/05/0056, der zur Analogiebildung nur den Wegbegriff des Tir StraßenG verwendet (und diesen mE zumindest diskutabel auslegt).

34) *Merli*, Nutzungsrechte 203ff; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003) Rz 1410.

35) § 1 Krtn G über die Wegfreiheit im Berglande; § 47 Abs 1 oö Tourismus-G; § 1 Sbg G über die Wegfreiheit im Berglande; § 1 stmk G betreffend die Wegfreiheit im Berglande.

36) *Kapelari* (OeAV), E-Mail 9. 1. 2007.

37) § 1 Krtn G über die Wegfreiheit im Berglande; § 1 Sbg G über die Wegfreiheit im Berglande; § 1 stmk G betreffend die Wegfreiheit im Berglande.

38) § 47 oö Tourismus-G.

39) Die „Öffentlichkeit“ ist im Lichte der Rsp des VwGH vor Erlassung der Wegfreiheitsgesetze zur stillschweigenden Widmung zum Gemeingebrauch zu sehen, *Merli*, Nutzungsrechte 311f, 314.

40) §§ 1, 5 Sbg G über die Wegfreiheit im Berglande.

b) Abfahrtsspur

Die Abfahrtsspuren sind **keine Wege** iSd Wegfreiheitsgesetzes. Eine Abfahrtsspur stellt mE einen Weg nur iS der NotwegeG und der Wegfreiheitsbestimmungen des ForstG, nicht aber iSd § 1319 a ABGB und der Landesstraßengesetze dar.⁴¹⁾ Somit sind für Abfahrtsspuren nicht die Bestimmungen über Wege, sondern allein die das **Ödland** betreffend anzuwenden. Im nicht kultivierten bzw eingefriedeten Ödland gilt in Krtn, OÖ, Sbg und der Stmk ein freies Betretungsrecht.

Als Gegenstück zum Ödland sehen die Wegfreiheitsgesetze das land- bzw forstwirtschaftlich genutzte Gebiet. Ein Recht Schi zu fahren besteht in Sbg im Alp- und Weidegebiet, sofern kein Schaden entsteht, in Krtn und OÖ nur außerhalb des Weide- bzw Mähgebietes und in der Stmk außerhalb des anders als durch Weide bzw Almen landwirtschaftlich genutzten Gebietes.

In OÖ, Sbg und der Stmk existiert die Wegewahlfreiheit nur oberhalb, in Krtn auch unterhalb der Baumgrenze.

3. Zusammenfassung

Aufsteigen ist also in VlbG im Ödland und im land- und forstwirtschaftlichen Gebiet bei Nichtvorliegen eines Schadens überall, in Krtn und der Stmk auf seit den Zwanzigerjahren, in Sbg – oberhalb der Waldgrenze im Alp- und Mähgebiet nur bei Nichtbestehen eines Schadens – auf seit 1970, in OÖ auf seit 1990 allgemein begangenen Schitouren und in Sbg auf seit 1970 bestehenden, aber noch nicht allgemein begangenen Schitouren oberhalb der Waldgrenze – im Alp- und Weidegebiet bei Nichtvorliegen eines Schadens – bzw unterhalb ihrer außerhalb des Alp- und Weidegebietes gestattet.

Abfahren ist zulässig in Form einer Wegewahlfreiheit im alpinen Ödland in Krtn, OÖ, Sbg, der Stmk und VlbG, auch unterhalb der Waldgrenze in Krtn und VlbG und auch im landwirtschaftlich genutzten Gebiet in Sbg und VlbG.

D. Gemeingebrauch aufgrund ForstG

Gem § 33 Abs 1 ForstG besteht ein **subjektiver öffentlich rechtlicher Rechtsanspruch** auf ein **Betreten** des Waldes.⁴²⁾ Jedermann darf – mit Einschränkungen – den Wald **zu Erholungszwecken** betreten und sich darin aufhalten. Der Waldeigentümer kann ein Betreten nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen verbieten.

1. Schitour im Waldbereich

Dieses Betretungsrecht umfasst auch ein Schifahren.⁴³⁾

Im Bereich von Schigebieten aber ist das Abfahren mit Schiern im Wald gem § 33 Abs 3 Satz 2 ForstG nur auf markierten Pisten oder Schirouten gestattet. Das Aufsteigen im Rahmen einer Schitour neben der Piste im Wald – nicht hingegen das Abfahren – ist aber zulässig.⁴⁴⁾

In der Praxis ist nur der licht bewachsene Bereich des Waldes in Form von Waldschneisen und Lichtungen für eine Schitour von Relevanz. Auch für mehrere Meter breite Waldschneisen ohne Bewuchs gilt im Allgemeinen das Betretungsrecht des § 33 Abs 1 ForstG. Ihnen kommt gem § 1 a Abs 2 und 3 ForstG zumeist Waldeigenschaft zu, da sie gewöhnlich in räumlichem

Zusammenhang mit der Waldfläche stehen.⁴⁵⁾ In Einzelfällen (dauernde Beseitigung des Bewuchses, kein Gesamtzusammenhang mit Wald) kann aber dennoch eine solche Schneise als Nicht-Wald gelten,⁴⁶⁾ in diesem Fall kommt das Betretungsrecht zu Erholungszwecken des § 33 Abs 1 ForstG nicht zur Anwendung.

Sobald eine Waldfläche mit **Jungwald** bewachsen ist, gilt das Betretungsverbot des § 33 Abs 2 lit c ForstG. Betroffen sind Wiederbewaldungs- und Neubewaldungsflächen, solange ihr Bewuchs eine durchschnittliche Höhe von 3 Metern (bei manchen Baumarten kann gem § 4 Abs 1 a ForstG eine andere Höhe verordnet werden) noch nicht erreicht hat. Die Höhe ist vom Boden her zu messen, das Ausmaß des über die Schneedecke ragenden sichtbaren Teils der Bäume ist nicht maßgebend.⁴⁷⁾

Dieses Betretungsverbot gilt nur für Jungwald auf Flächen, denen Waldeigenschaft iS des ForstG zukommt. Gem § 33 Abs 2 lit c ForstG darf „zu Erholungszwecken gem Abs 1“ Jungwald nicht benützt werden; lediglich das Betretungsrecht des § 33 Abs 1 ForstG wird beschränkt. Da dieses Betretungsrecht nur für den Bereich des Waldes iS des ForstG gilt, trifft dies auch für seine Einschränkung zu. Zwar sind für Jungwald gem § 4 Abs 1 ForstG schon ab Vorhandensein des Bewuchses auch bei fehlender Waldeigenschaft⁴⁸⁾ die Bestimmungen des IV. Abschnittes des ForstG (Forstschutz) anzuwenden, nicht aber das im III. Abschnitt normierte Betretungsverbot von Jungwald des § 33 Abs 2 lit b ForstG.⁴⁹⁾

2. Umgehung des Betretungsrechts?

Ergänzend stellt sich noch die Frage, ob ein Grundeigentümer durch eine Aufforstung ein rechtliches Hindernis (in Gestalt des forstgesetzlichen Jungwaldbetretungsverbot) für eine Schitour schaffen kann.

Nur manche Schitourenbetretungsrechte werden durch eine Aufforstung überhaupt beeinträchtigt.

Das **Betretungsrecht zu Erholungszwecken** gem § 33 Abs 1 ForstG wird bei Jungwaldbewuchs ex lege ausgeschlossen. Eine Pflicht, im Zuge einer Aufforstung auf die Waldöffnung zu Erholungszwecken Rücksicht zu nehmen und eine für die Ausübung des Wegerechts ausreichende Fläche von der Aufforstung auszunehmen, findet sich im ForstG nicht.

Auch ein Rechtsmissbrauch wird durch die Ausübung des Eigentumsrechts in Gestalt einer Aufforstung im Allgemeinen nicht vorliegen. →

41) Obermeier, Schifahren 11 ff.

42) In Einzelfällen kann die Frage nach Vorliegen der Waldeigenschaft schwierige Abgrenzungsfragen aufwerfen.

43) Brawenz/Kind/Reindl, Forstgesetz 1975³ (2005) 274.

44) Dittrich/Reindl, Schilaulen im Wald, ZVR 1988, 355; Obermeier, Schifahren 86.

45) VwGH 93/10/0076; OGH 1 Ob 625/94.

46) Brawenz/Kind/Reindl, Forstgesetz³ 30.

47) Brawenz/Kind/Reindl, Forstgesetz³ 27, 268; VwGH 89/10/0120; 91/10/0014.

48) So erlangen Grundflächen, die bisher nicht Wald waren, die Waldeigenschaft – die Erfüllung der allgemeinen Kriterien der Waldeigenschaft gem § 1 a ForstG (Mindestausmaße der Gesamtwaldfläche von 1.000 m², Mindestbreite 10 Meter, forstliche Gewächse) vorausgesetzt – erst 10 Jahre ab Aufforstung bzw im Falle einer Naturverjüngung bei einer Übersicherung von fünf Zehnteln eines Bewuchses von mindestens 3 Metern Höhe.

49) AA Brawenz/Kind/Reindl, Forstgesetz³ 57.

Gem § 1295 Abs 2 2. Halbsatz ABGB besteht eine Ersatzpflicht für einen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise in offensichtlicher Schädigungsabsicht zugefügten Schaden aus einer Rechtsausübung.

Eine direkte Anwendung dieser Schadenersatzpflicht ist wegen Nichtvorliegens eines Schadens iSd § 1293 ABGB bei einem Verbot einer Schitour ausgeschlossen.⁵⁰⁾ Die Figur des Rechtsmissbrauchs gilt aber als allgemeiner Grundsatz unserer Rechtsordnung.⁵¹⁾

Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn unlautere Motive der Rechtsausübung die lautereren eindeutig überwiegen bzw augenscheinlich im Vordergrund stehen.⁵²⁾ Ob im Falle einer Aufforstung das unlautere Motiv des Aussperrens der Schitourengeher bei weitem überwiegt, ist eine Frage des Einzelfalls. Im Allgemeinen wird dies aber wohl zu verneinen sein, da hier ua die Walderhaltung, und im Fall einer Aufforstung außerhalb des Waldes die niemals einen Rechtsmissbrauch darstellende⁵³⁾ Verhinderung einer Ersitzung, ein gewichtiges Motiv darstellt.

Die außerhalb des Waldes bestehenden Wegerechte nach den **Wegefreiheitsgesetzen** werden durch eine Aufforstung im Allgemeinen nicht beeinträchtigt.

Die Wegfreiheit gem § 25 VlbG StraßenG wird durch eine Aufforstung ausgeschlossen, wenn die Aufforstungsfläche aus Gründen der forstwirtschaftlichen Notwendigkeit zulässigerweise abgesperrt bzw eingefriedet wurde. Allerdings kann der Gemeindevorstand gem § 5 Abs 1 und 2 VlbG SportG zur Herstellung oder Aufrechterhaltung von besonders wichtigen Möglichkeiten der Ausübung des Schisports eine Aufforstung untersagen. Dies gilt nicht bei Bestehen einer Aufforstungspflicht (zB eine für die Walderhaltung notwendige Wiederbewaldung von Kahlflächen und Räumen gem § 13 ForstG), was für eine Schitour aber nicht relevant ist, da eine Aufforstungspflicht nur für den Bereich des Waldes besteht,⁵⁴⁾ für den die Wegfreiheitsgesetze nicht anzuwenden sind.

Das Recht auf Schitouraufstieg in Krnt, OÖ, Sbg und der Stmk wird durch eine Aufforstung nicht beeinträchtigt, da öffentliche, für den Tourismus wichtige Wege nicht geschlossen werden dürfen. Das Recht auf Abfahrt betrifft sie ebenfalls nicht, da ein solches in OÖ, Sbg und der Stmk nur für das für eine Aufforstung naturgemäß nicht geeignete Ödland oberhalb der Baumgrenze besteht. In Krtn besteht es zwar auch unterhalb der Baumgrenze, wird aber lediglich für das

Alpgebiet ausgeschlossen, worunter eine Aufforstungsfläche nicht subsumierbar ist.

Auch ein **ersessenes Wegerecht** einer Schitour wird durch eine Aufforstung nicht eingeschränkt. Die Ersitzung eines Wegerechts ist gem § 33 Abs 5 ForstG nur außerhalb des Anwendungsbereiches des § 33 ForstG möglich,⁵⁵⁾ das Betretungsverbot von Jungwald gem § 33 Abs 2 lit c ForstG kommt hier demnach ebenfalls nicht zur Anwendung.

Somit kann eine Aufforstung das forstgesetzliche Betretungsrecht zu Erholungszwecken und uU ein Wegerecht gem § 25 VlbG StraßenG beeinträchtigen.

E. Fazit

Für die meisten Schitouren besteht ein Betretungsrecht aufgrund Gemeingebrauch nach dem ForstG bzw den Wegfreiheitsgesetzen oder eines ersessenen Wegerechts.

Ein Betretungsverbot einer Schitour durch den Grundeigentümer ist nur zulässig, falls kein solches Wegerecht besteht.

Öffentlich rechtliche Anordnungen wären in der Lage, die Wegerechte zu beschränken.⁵⁶⁾ Solche sind nur im Fall erheblicher Lawinengefahr bei akuter Gefährdung von Personen in Form von ortspolizeilichen Verordnungen, Verordnungen nach den Wegfreiheitsgesetzen und dem Vbg SportG, in Gestalt des forstgesetzlichen Betretungsverbots von Jungwald im Bereich des Waldes und einigen wenigen für Schitouren relevanten Fällen von Betretungsverboten in Jagdsperr-, Nationalparkschutz- und militärischen Sperrgebieten möglich.⁵⁷⁾

50) Ein eventueller immaterieller Schaden ist abgesehen von den gesetzlich geregelten (Schmerzensgeld, Verunstaltungsentschädigung, etc) oder durch Richterrecht anerkannten (Schock-, Trauerschaden, entgangene Urlaubsfreude) Fällen nicht ersatzfähig, *Harrer in Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ (2006) § 1293 Rz 23 ff.

51) *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2 a³ (2007) § 1295 Rz 86, 103; OGH 9 Ob 274/01 m. Auch der VwGH 2003/10/0215; 2004/09/0086 geht offenbar vom Bestehen eines allgemeinen Grundsatzes aus.

52) *Reischauer in Rummel* II/2 a³ § 1295 Rz 62 ff mit zahlreichen Judikaturnachweisen.

53) OGH 8 Ob 502/78.

54) VwGH 89/10/0032.

55) *Brawenz/Kind/Reindl*, Forstgesetz³ 278 ff.

56) Ein ersessenes Wegerecht kann zudem etwa durch Freiheitsersitzung ausgeschlossen werden.

57) Siehe dazu *Obermeier*, Schifahren 60 ff.

→ In Kürze

Für die meisten Schitouren besteht ein Betretungsrecht aufgrund Gemeingebrauch nach dem ForstG bzw den Wegfreiheitsgesetzen oder eines ersessenen Wegerechts.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dipl.-Päd. Dr. Michael Obermeier ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck.
Kontakt: Innrain 52 d, 6020 Innsbruck, Tel: 0512/507-8240,
E-Mail: obermeier@schirecht.at

Vom selben Autor erschienen:

Schifahren im Recht. Schitouren, Pistentouren und Variantenfahren ohne Limits? (2007)

Literatur:

Brawenz/Kind/Reindl, Forstgesetz 1975³ (2005); *M. Bydliński in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/3³ (2002); *Mader/Janisch in Schwimann/Verschraegen*, ABGB Praxiskommentar VI³ (2006); *Merli*, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995).

Links:

www.schirecht.at

