

TE OGH 2014/9/4 5Ob30/14v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.09.2014

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisions- und Rekursgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Lovrek, Dr. Höllwerth, Dr. Grohmann und Mag. Wurzer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei J***** L*****, vertreten durch Hasch & Partner Anwaltsgesellschaft mbH in Linz, gegen die beklagte Partei Ö***** Aktiengesellschaft, *****, vertreten durch Dr. Martin Wandl & Dr. Wolfgang Krempel, Rechtsanwälte in St. Pölten, wegen Feststellung eines Wege- und Fahrrechts, Einwilligung in dessen Einverleibung, Beseitigung und Unterlassung (Streitwert 30.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Teilurteil und über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 29. November 2013, GZ 4 R 193/13z-21, womit über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Wels vom 26. September 2013, GZ 8 Cg 146/12k-17, teilweise bestätigt und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

I. denrömisch eins. den

B e s c h l u s s

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

II. zu Recht erkannt:römisch zwei. zu Recht erkannt:

Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden hinsichtlich der Abweisung des Beseitigungs- und Unterlassungsbegehrens (Punkte 1c und 1d des Ersturteils) dahin abgeändert, dass es als Teilurteil lautet:

„Die beklagte Partei ist gegenüber dem Kläger schuldig,

1. die Beschränkung des Bahnüberganges der ÖBB - Strecke St*****-Sch*****, Bahn-km 60.342 binnen 14 Tagen zu beseitigen, sodass dieser vom Kläger unter den Bedingungen des Bescheids vom 28. 7. 1963 ungehindert zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung des Grundstücks Nr. 498, inne liegend in der EZ 194 KG *****, BG B*****, insbesondere mit landwirtschaftlichen Maschinen und im Zuge des Viehtreibens passiert werden kann, und

2. ab sofort jede Störungshandlung, insbesondere das Absperren des Bahnüberganges und jede ähnliche Störung zu unterlassen.“

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens aller Instanzen bleibt dem Endurteil vorbehalten.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Alleineigentümer der Liegenschaft EZ 194 KG *****. Bestandteil dieser Liegenschaft ist unter anderem das Grundstück Nr 498, das an die Bahnstrecke St*****Sch***** grenzt und über einen Wirtschaftsweg, der über einen nichtöffentlichen Bahnübergang bei Bahnkilometer 60.342 geführt wird, zu erreichen ist. Eigentümer dieses Grundstücks war in den Jahren von 1957 bis Februar 1966 F***** E*****, der es mit Notariatsakt vom 22. 2. 1996 an seine Ehefrau übertrug. Mit Kaufvertrag vom 17. 9. 1968 erwarb der Vater des Klägers das Grundstück Nr 498 mit allen Rechten und Vorteilen, mit denen die Verkäuferin das Kaufobjekt besessen und benützt hat oder zu besitzen und benützen berechtigt war. Aufgrund des Übergabevertrags vom 20. 2. 1985 ging das Grundstück in das Eigentum des Klägers über.

Mit Bescheid vom 28. 7. 1963 wurde unter anderem die eisenbahnrechtliche Baugenehmigung und Betriebsbewilligung für die Abänderung der Sicherung von Eisenbahnübergängen mit nichtöffentlichem Verkehr auf der Bahnstrecke St*****-J*****-Sch***** von Kilometer 36.330 bis Kilometer 107.580 erteilt. Darin ist für die nichtöffentlichen Eisenbahnübergänge (Wirtschaftswege [auch für den hier gegenständlichen]) festgehalten, dass diese nur von den Berechtigten und aus Gründen der Sicherheit nur unter im Einzelnen festgesetzten Bedingungen benützt werden dürfen.

Diesem Bescheid ging eine Verhandlung vor dem Amt der oberösterreichischen Landesregierung voraus, an der unter anderem der damalige Eigentümer des Grundstücks Nr 498 als sonstiger Beteiligter (Anrainer) teilgenommen hat. In der Verhandlungsschrift vom 25. 10. 1962, die einen Bestandteil des Bescheids vom 28. 7. 1963 bildet, wird unter Punkt 10. auf den Bahnübergang in Kilometer 60.342 Bezug genommen und festgehalten, dass der Gehweg für den öffentlichen Verkehr bestimmt ist, während der Wirtschaftsweg für im Einzelnen angeführte Berechtigte dient. Der damalige Eigentümer des Grundstücks Nr 498 ist in diesem Sinn als Berechtigter genannt.

Zum Stichtag 25. 9. 2012 ist im Karteiblatt zum Bahnübergang in Kilometer 60.342 nur mehr eine Person als privater Wegeberechtigter genannt. Weder der Kläger noch sein Vater bzw dessen Rechtsvorgängerin waren bei der Beklagten als Berechtigte verzeichnet.

Beidseits der Eisenbahnkreuzung waren aufgrund des Bescheids vom 28. 7. 1963 zunächst Privatwegstafeln mit der Aufschrift „Besondere Vorsicht, Nichtöffentlicher Eisenbahnübergang für Fahrzeuge. Benützung durch nicht Berechtigte verboten!“ angebracht. Nach einem tödlichen Radfahrerunfall wurde am 6. 9. 2011 seitens der Beklagten eine Besichtigung durchgeführt und der Bahnübergang mit Scherengitter und Ketten abgesperrt. Zusätzlich wurde eine Tafel mit der Aufschrift „Nicht öffentlicher Eisenbahnübergang - Benützung durch Nichtberechtigte bei Strafe verboten“ aufgestellt. Auf dem Scherengitter wurde eine Tafel angebracht, die folgende Aufschrift enthält: „Bahnübergang für den öffentlichen Fußgängerverkehr gesperrt. Bei erforderlicher Benützung durch verzeichnete Wegeberechtigte, kontaktieren Sie bitte rechtzeitig den AS Standort A***** unter der Telefonnummer [...]“.

Über seine Nachfrage wurde dem Kläger eine Benützungsvereinbarung vorgelegt. Punkt 12. dieser Vereinbarung lautet:

„Der Wegeberechtigte hat sich rechtzeitig vor Benützung des Eisenbahnübergangs um die Zustimmung bei der ÖBB Fdl I*****-Frachtenbahnhof zu bewerben, dass seitens der Bahn Maßnahmen (Bewachung) für ein gesichertes Übersetzen getroffen werden können“.

Mit diesem Punkt zeigte sich der Kläger nicht einverstanden.

Der Kläger begehrt mit seiner am 20. 8. 2012 eingebrachten Klage die Feststellung der Dienstbarkeit des Wege- und Fahrrechts über den Bahnübergang für das Befahren mit landwirtschaftlichen Fahrzeugen aller Art sowie des Viehtriebs und die Beklagte schuldig zu erkennen, in die Einverleibung dieser Dienstbarkeit einzuwilligen. Mit Bezug auf die Abschränkung des Bahnübergangs erhob er ein Beseitigungs- und ein Unterlassungsbegehren. Dazu brachte er im Wesentlichen vor, mit dem Eigentum am Grundstück Nr. 498 sei die Dienstbarkeit des Wege- und Fahrrechts über den angrenzenden Bahnübergang verbunden. Das Grundstück werde seit jeher landwirtschaftlich genutzt und könne nur über den gegenständlichen Bahnübergang erreicht werden. Seit Errichtung der Bahnstrecke im Jahr 1898 benützten die jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Nr 498 diesen Übergang, um das Grundstück zu bewirtschaften. Die von der Beklagten vorgenommene Einschränkung sei nicht gerechtfertigt und würde keine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Grundstücks erlauben. Punkt 12. der ihm von der Beklagten vorgelegten

Benutzungsvereinbarung schränke die landwirtschaftliche Nutzung des Grundstücks gänzlich ein, wozu die Beklagte nicht berechtigt sei. Darüber hinaus sei er Berechtigter gemäß § 47a EisbG. Die Dienstbarkeit des Wege- und Fahrrechts sei bereits vor Erlassung des Bescheids vom 28. 7. 1963 ersessen worden, weswegen diese weder durch ein Fahrverbot noch durch das Eisenbahngesetz 1957 beseitigt werden habe können. Die Beklagte sei nicht berechtigt, die Dienstbarkeit einzuschränken. Der Kläger begehrt mit seiner am 20. 8. 2012 eingebrachten Klage die Feststellung der Dienstbarkeit des Wege- und Fahrrechts über den Bahnübergang für das Befahren mit landwirtschaftlichen Fahrzeugen aller Art sowie des Viehtriebs und die Beklagte schuldig zu erkennen, in die Einverleibung dieser Dienstbarkeit einzuwilligen. Mit Bezug auf die Abschränkung des Bahnübergangs erhob er ein Beseitigungs- und ein Unterlassungsbegehren. Dazu brachte er im Wesentlichen vor, mit dem Eigentum am Grundstück Nr. 498 sei die Dienstbarkeit des Wege- und Fahrrechts über den angrenzenden Bahnübergang verbunden. Das Grundstück werde seit jeher landwirtschaftlich genutzt und könne nur über den gegenständlichen Bahnübergang erreicht werden. Seit Errichtung der Bahnstrecke im Jahr 1898 benützten die jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Nr 498 diesen Übergang, um das Grundstück zu bewirtschaften. Die von der Beklagten vorgenommene Einschränkung sei nicht gerechtfertigt und würde keine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Grundstücks erlauben. Punkt 12. der ihm von der Beklagten vorgelegten Benutzungsvereinbarung schränke die landwirtschaftliche Nutzung des Grundstücks gänzlich ein, wozu die Beklagte nicht berechtigt sei. Darüber hinaus sei er Berechtigter gemäß Paragraph 47 a, EisbG. Die Dienstbarkeit des Wege- und Fahrrechts sei bereits vor Erlassung des Bescheids vom 28. 7. 1963 ersessen worden, weswegen diese weder durch ein Fahrverbot noch durch das Eisenbahngesetz 1957 beseitigt werden habe können. Die Beklagte sei nicht berechtigt, die Dienstbarkeit einzuschränken.

Die Beklagte wendete ein, nach dem § 26 Abs 4 und 5 EisbG bedürfe die Begründung von Dienstbarkeiten auf Bahngründen bei sonstiger Nichtigkeit der Genehmigung der Eisenbahnbehörde. Ohne deren Zustimmung habe eine Dienstbarkeit daher nicht begründet werden können. Auf einer Fläche, welche ausdrücklich als Fahrverbotsfläche durch öffentlich-rechtliches Verbot ausgewiesen sei, könne eine Dienstbarkeit auch nicht ersessen werden. Insoweit liege ein rechtlich unmöglicher Sachgebrauch und damit ein Ersitzungshindernis vor, weil das Eisenbahngesetz 1957 die Benutzung der Eisenbahnkreuzung durch Nichtberechtigte rechtlich unmöglich gemacht habe. Der Kläger sei nicht Wegeberechtigter an dieser Eisenbahnkreuzung iSv § 47a EisbG. Das gelte auch für seine unmittelbaren Rechtsvorgänger. Darüber hinaus seien seit Erlassung des Gesetzes bzw des Bescheids vom 28. 7. 1963 mehr als 30 Jahre verstrichen, weswegen allenfalls früher ersessene Rechte erloschen seien. Die Beklagte wendete ein, nach dem Paragraph 26, Absatz 4 und 5 EisbG bedürfe die Begründung von Dienstbarkeiten auf Bahngründen bei sonstiger Nichtigkeit der Genehmigung der Eisenbahnbehörde. Ohne deren Zustimmung habe eine Dienstbarkeit daher nicht begründet werden können. Auf einer Fläche, welche ausdrücklich als Fahrverbotsfläche durch öffentlich-rechtliches Verbot ausgewiesen sei, könne eine Dienstbarkeit auch nicht ersessen werden. Insoweit liege ein rechtlich unmöglicher Sachgebrauch und damit ein Ersitzungshindernis vor, weil das Eisenbahngesetz 1957 die Benutzung der Eisenbahnkreuzung durch Nichtberechtigte rechtlich unmöglich gemacht habe. Der Kläger sei nicht Wegeberechtigter an dieser Eisenbahnkreuzung iSv Paragraph 47 a, EisbG. Das gelte auch für seine unmittelbaren Rechtsvorgänger. Darüber hinaus seien seit Erlassung des Gesetzes bzw des Bescheids vom 28. 7. 1963 mehr als 30 Jahre verstrichen, weswegen allenfalls früher ersessene Rechte erloschen seien.

Das Erstgericht wies sämtliche Klagebegehren ab. Dazu führte es in rechtlicher Hinsicht aus, dass ein den zwingenden Bestimmungen des öffentlichen Rechts widersprechender und damit rechtlich unmöglicher Sachgebrauch kein ersitzungsfähiger Gegenstand iSd § 1460 ABGB sein könne. Das Eisenbahngesetz enthalte zwar kein ausdrückliches Ersitzungsverbot, jedoch ein unmissverständlich und zwingend angeordnetes Verbot der Benutzung eines Bahnübergangs und stehe daher einer Ersitzung entgegen. Auch das mit Bescheid vom 28. 7. 1963 erlassene Fahrverbot begründe ein Ersitzungshindernis. Das Erstgericht wies sämtliche Klagebegehren ab. Dazu führte es in rechtlicher Hinsicht aus, dass ein den zwingenden Bestimmungen des öffentlichen Rechts widersprechender und damit rechtlich unmöglicher Sachgebrauch kein ersitzungsfähiger Gegenstand iSd Paragraph 1460, ABGB sein könne. Das Eisenbahngesetz enthalte zwar kein ausdrückliches Ersitzungsverbot, jedoch ein unmissverständlich und zwingend angeordnetes Verbot der Benutzung eines Bahnübergangs und stehe daher einer Ersitzung entgegen. Auch das mit Bescheid vom 28. 7. 1963 erlassene Fahrverbot begründe ein Ersitzungshindernis.

Das Berufungsgericht bestätigte die Abweisung des Beseitigungs- und des Unterlassungsbegehrens (Punkte 1 lit c und 1 lit d des Ersturteils), gab der Berufung des Klägers im Übrigen aber Folge und hob das Urteil des Erstgerichts

betreffend das Begehren auf Feststellung der Dienstbarkeit und Einwilligung in die Einverleibung dieser Dienstbarkeit auf. Als Titel für den Erwerb der vom Kläger behaupteten Dienstbarkeit komme nur Ersitzung in Betracht. Dienstbarkeiten könnten durch Ersitzung erworben werden, sofern eine solche durch Sondervorschriften nicht ausgeschlossen sei. Lege eine gesetzliche Vorschrift zwar kein ausdrückliches Ersitzungsverbot fest, verstoße die Nutzung aber gegen gesetzliche Verbote oder gegen in einem Verwaltungsbescheid enthaltene Anordnungen, so führe dies zu einem rechtlich unmöglichen Sachgebrauch, der nach herrschender Auffassung kein ersitzungsfähiger Gegenstand iSd § 1460 ABGB sei. Ein solches Ersitzungsverbot erfordere ein unmissverständlich und zwingend angeordnetes Verbot jener Nutzungsausübung, die andernfalls zum Erwerb eines entsprechenden dinglichen Rechts durch Ersitzung führen würde. Das Berufungsgericht bestätigte die Abweisung des Beseitigungs- und des Unterlassungsbegehrens (Punkte 1 Litera c und 1 Litera d, des Ersturteils), gab der Berufung des Klägers im Übrigen aber Folge und hob das Urteil des Erstgerichts betreffend das Begehren auf Feststellung der Dienstbarkeit und Einwilligung in die Einverleibung dieser Dienstbarkeit auf. Als Titel für den Erwerb der vom Kläger behaupteten Dienstbarkeit komme nur Ersitzung in Betracht. Dienstbarkeiten könnten durch Ersitzung erworben werden, sofern eine solche durch Sondervorschriften nicht ausgeschlossen sei. Lege eine gesetzliche Vorschrift zwar kein ausdrückliches Ersitzungsverbot fest, verstoße die Nutzung aber gegen gesetzliche Verbote oder gegen in einem Verwaltungsbescheid enthaltene Anordnungen, so führe dies zu einem rechtlich unmöglichen Sachgebrauch, der nach herrschender Auffassung kein ersitzungsfähiger Gegenstand iSd Paragraph 1460, ABGB sei. Ein solches Ersitzungsverbot erfordere ein unmissverständlich und zwingend angeordnetes Verbot jener Nutzungsausübung, die andernfalls zum Erwerb eines entsprechenden dinglichen Rechts durch Ersitzung führen würde.

Der Kläger strebe das Queren der dem Eisenbahnverkehr dienenden Gleise und damit ein Betreten der Eisenbahnanlage im engen Wortsinn an, ohne sich auf eine vertragliche Berechtigung berufen zu können. § 47a EisbG in der geltenden Fassung bzw § 43 Abs 7 (alt) EisbG gestatte bei nichtöffentlichen Eisenbahnübergängen Berechtigten die Benutzung der Eisenbahnanlage unter den vom Eisenbahnunternehmen aus Sicherheitsgründen vorzuschreibenden Bedingungen, wobei für den Fall des Zuwiderhandelns das Eisenbahngesetz auch Verwaltungsstrafen vorsehe. Dementsprechend sei mit Bescheid vom 28. 7. 1963 ein Fahrverbot erlassen worden, das nur Berechtigte unter den von der Behörde festgesetzten Bedingungen ausgenommen habe. Daraus folge, dass ein Betreten von nichtöffentlichen Eisenbahnübergängen, ohne zum Ausnahmekreis der „Berechtigten“ zu zählen, eine verbotene und mit Verwaltungsstrafe zu ahnende Nutzung darstelle. Der Kläger sei nicht Berechtigter iSd § 47a EisbG. Sowohl aus dem Gesetz als auch aus dem Bescheid vom 28. 7. 1963 sei daher das Vorliegen eines Ersitzungsverbots abzuleiten. Der Ersitzung des Wege- und Fahrtrechts am Eisenbahnübergang durch den Kläger bzw dessen Rechtsvorgänger stehe seit Inkrafttreten des Eisenbahngesetzes 1957 mit 8. 3. 1957 ein Ersitzungshindernis entgegen. Zuvor allenfalls erworbene Rechte würden allerdings gewahrt bleiben und nur ruhen, sofern diese nicht erloschen wären. Möglich wäre es, dass die Dienstbarkeit durch 30 Jahre nicht ausgeübt, oder durch drei Jahre das Fahrverbot tatsächlich befolgt worden sei. In Betracht zu ziehen wäre auch ein (schlüssiger) Verzicht durch den Rechtsvorgänger des Klägers im Hinblick auf eine akzeptierte Beschränkung seiner allenfalls bestehenden Rechtsstellung auf einen Berechtigten samt vorgeschriebenen Nutzungsbedingungen mit Bescheid vom 28. 7. 1963. Da der Kläger vorgebracht habe, dass die von ihm beanspruchte Dienstbarkeit bereits vor Erlassung des Eisenbahnrechts ersessen worden sei, werde das Erstgericht die vom Kläger hiezu angebotenen Beweise aufzunehmen und mit den Parteien zu erörtern haben. Erst nach Durchführung eines ergänzenden Beweisverfahrens werde sich zeigen, ob allenfalls auch ergänzende Feststellungen zu der von der Beklagten behaupteten Verjährung oder zum Erlöschen der Dienstbarkeit erforderlich seien. Zudem werde das Klagebegehren zu erörtern sein, weil sich weder aus dem Begehren noch aus dem Parteienvorbringen eine konkrete Bezeichnung des dienenden Grundstücks ergebe. Der Kläger strebe das Queren der dem Eisenbahnverkehr dienenden Gleise und damit ein Betreten der Eisenbahnanlage im engen Wortsinn an, ohne sich auf eine vertragliche Berechtigung berufen zu können. Paragraph 47 a, EisbG in der geltenden Fassung bzw Paragraph 43, Absatz 7, (alt) EisbG gestatte bei nichtöffentlichen Eisenbahnübergängen Berechtigten die Benutzung der Eisenbahnanlage unter den vom Eisenbahnunternehmen aus Sicherheitsgründen vorzuschreibenden Bedingungen, wobei für den Fall des Zuwiderhandelns das Eisenbahngesetz auch Verwaltungsstrafen vorsehe. Dementsprechend sei mit Bescheid vom 28. 7. 1963 ein Fahrverbot erlassen worden, das nur Berechtigte unter den von der Behörde festgesetzten Bedingungen ausgenommen habe. Daraus folge, dass ein Betreten von nichtöffentlichen Eisenbahnübergängen, ohne zum Ausnahmekreis der „Berechtigten“ zu zählen, eine verbotene und mit Verwaltungsstrafe zu ahnende Nutzung darstelle. Der Kläger sei nicht Berechtigter iSd Paragraph 47 a, EisbG.

Sowohl aus dem Gesetz als auch aus dem Bescheid vom 28. 7. 1963 sei daher das Vorliegen eines Ersitzungsverbots abzuleiten. Der Ersitzung des Wege- und Fahrrechts am Eisenbahnübergang durch den Kläger bzw dessen Rechtsvorgänger stehe seit Inkrafttreten des Eisenbahngesetzes 1957 mit 8. 3. 1957 ein Ersitzungshindernis entgegen. Zuvor allenfalls erworbene Rechte würden allerdings gewahrt bleiben und nur ruhen, sofern diese nicht erloschen wären. Möglich wäre es, dass die Dienstbarkeit durch 30 Jahre nicht ausgeübt, oder durch drei Jahre das Fahrverbot tatsächlich befolgt worden sei. In Betracht zu ziehen wäre auch ein (schlüssiger) Verzicht durch den Rechtsvorgänger des Klägers im Hinblick auf eine akzeptierte Beschränkung seiner allenfalls bestehenden Rechtsstellung auf einen Berechtigten samt vorgeschriebenen Nutzungsbedingungen mit Bescheid vom 28. 7. 1963. Da der Kläger vorgebracht habe, dass die von ihm beanspruchte Dienstbarkeit bereits vor Erlassung des Eisenbahnrechts ersessen worden sei, werde das Erstgericht die vom Kläger hiezu angebotenen Beweise aufzunehmen und mit den Parteien zu erörtern haben. Erst nach Durchführung eines ergänzenden Beweisverfahrens werde sich zeigen, ob allenfalls auch ergänzende Feststellungen zu der von der Beklagten behaupteten Verjährung oder zum Erlöschen der Dienstbarkeit erforderlich seien. Zudem werde das Klagebegehren zu erörtern sein, weil sich weder aus dem Begehren noch aus dem Parteivorbringen eine konkrete Bezeichnung des dienenden Grundstücks ergebe.

Die derzeitige rechtliche Unmöglichkeit der Gestattung der Ausübung der behaupteten Servitut stehe fest, weswegen die auf Beseitigung und Unterlassung gerichteten Klagebegehren nicht berechtigt seien. Diesen Begehren stünden § 47a EibG 1957 in der geltenden Fassung und das Fahrverbot aus dem Bescheid vom 28. 7. 1963 entgegen, die nur Berechtigten unter den von der Behörde vorzuschreibenden Bedingungen eine Benutzung erlaubten. In diesem Umfang habe das Urteil des Erstgerichts als Teilurteil bestätigt werden können. Die derzeitige rechtliche Unmöglichkeit der Gestattung der Ausübung der behaupteten Servitut stehe fest, weswegen die auf Beseitigung und Unterlassung gerichteten Klagebegehren nicht berechtigt seien. Diesen Begehren stünden Paragraph 47 a, EibG 1957 in der geltenden Fassung und das Fahrverbot aus dem Bescheid vom 28. 7. 1963 entgegen, die nur Berechtigten unter den von der Behörde vorzuschreibenden Bedingungen eine Benutzung erlaubten. In diesem Umfang habe das Urteil des Erstgerichts als Teilurteil bestätigt werden können.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands insgesamt 30.000 EUR übersteigt und die Revision sowie der Rekurs gegen den aufhebenden Teil der Entscheidung zulässig seien, weil noch keine gesicherte Rechtsprechung vorliege, ob § 47a EibG 1957 ein Ersitzungshindernis darstelle. Die Entscheidung 5 Ob 252/12b habe einen anders gelagerten Sachverhalt betroffen. Ebenso fehle Rechtsprechung zur Frage, ob vor dem Inkrafttreten des Eisenbahngesetzes 1957 erworbene Rechte gewahrt blieben oder die Ausübung der Dienstbarkeit damit iSd § 525 ABGB auf Dauer unmöglich geworden sei. Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands insgesamt 30.000 EUR übersteigt und die Revision sowie der Rekurs gegen den aufhebenden Teil der Entscheidung zulässig seien, weil noch keine gesicherte Rechtsprechung vorliege, ob Paragraph 47 a, EibG 1957 ein Ersitzungshindernis darstelle. Die Entscheidung 5 Ob 252/12b habe einen anders gelagerten Sachverhalt betroffen. Ebenso fehle Rechtsprechung zur Frage, ob vor dem Inkrafttreten des Eisenbahngesetzes 1957 erworbene Rechte gewahrt blieben oder die Ausübung der Dienstbarkeit damit iSd Paragraph 525, ABGB auf Dauer unmöglich geworden sei.

Gegen das Teilurteil des Berufungsgerichts richtet sich die Revision des Klägers mit dem Antrag, das Urteil dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren zur Gänze (gemeint im Umfang des abweisenden Teilurteils) stattgegeben werde; in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte strebt mit ihrem Rekurs die Wiederherstellung der das Klagebegehren zur Gänze abweisenden Entscheidung des Erstgerichts an.

Die Parteien beantragen in ihren Rechtsmittelbeantwortungen, dem Rechtsmittel der jeweiligen Gegenseite nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Rechtsmittel der Streitparteien sind aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen zulässig; die Revision des Klägers ist im Sinne des Hauptantrags auch berechtigt. Der Rekurs der Beklagten hingegen ist nicht berechtigt.

Auf ihren Einwand, nach § 26 Abs 4 und 5 EibG bedürfe die Begründung von Dienstbarkeiten auf Bahngründen bei sonstiger Nichtigkeit der Genehmigung der Eisenbahnbehörde, kommt die Beklagte in ihrem Rekurs nicht mehr zurück. Darauf ist in dritter Instanz auch nicht mehr einzugehen. Im Übrigen können die Argumente der Streitparteien in

ihren Rechtsmitteln aufgrund ihres Sach- und Rechtszusammenhangs in einem behandelt werden. Auf ihren Einwand, nach Paragraph 26, Absatz 4 und 5 EisbG bedürfe die Begründung von Dienstbarkeiten auf Bahngründen bei sonstiger Nichtigkeit der Genehmigung der Eisenbahnbehörde, kommt die Beklagte in ihrem Rekurs nicht mehr zurück. Darauf ist in dritter Instanz auch nicht mehr einzugehen. Im Übrigen können die Argumente der Streitteile in ihren Rechtsmitteln aufgrund ihres Sach- und Rechtszusammenhangs in einem behandelt werden.

I. Zu den eisenbahnrechtlichen Grundlagen:römisch eins. Zu den eisenbahnrechtlichen Grundlagen:

Das Eisenbahngesetz 1957 (im Folgenden: EisbG), BGBl 1957/60, ist mit 8. 3. 1957 in Kraft getreten. Es regelte in den §§ 42 ff das Verhalten innerhalb der Eisenbahnanlagen und im Eisenbahnverkehr. Dabei handelte es sich um Bestimmungen, die im Wesentlichen aus der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung vom 17. 7. 1928, DRGBI-II, S 541, übernommen wurden (RV 103 BlgNR 8. GP 23), der gemäß den Bestimmungen des Rechtsüberleitungsgesetzes, StGBI. 1945/6, Gesetzescharakter zukam. Mit dem Inkrafttreten des Eisenbahngesetzes ist die deutsche Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung aufgehoben worden. Diese trat in Österreich mit Wirkung vom 15. 2. 1941 in Geltung (DRGBI 1941, Teil I S 74). Zugleich wurde die Eisenbahn-Betriebsordnung vom 16. 11. 1851 in der damals geltenden Fassung in ihren hier interessierenden Teilen (darunter § 96) aufgehoben. Das Eisenbahngesetz 1957 (im Folgenden: EisbG), BGBl 1957/60, ist mit 8. 3. 1957 in Kraft getreten. Es regelte in den Paragraphen 42, ff das Verhalten innerhalb der Eisenbahnanlagen und im Eisenbahnverkehr. Dabei handelte es sich um Bestimmungen, die im Wesentlichen aus der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung vom 17. 7. 1928, DRGBI-II, S 541, übernommen wurden Regierungsvorlage 103, BlgNR 8. Gesetzgebungsperiode 23,), der gemäß den Bestimmungen des Rechtsüberleitungsgesetzes, StGBI. 1945/6, Gesetzescharakter zukam. Mit dem Inkrafttreten des Eisenbahngesetzes ist die deutsche Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung aufgehoben worden. Diese trat in Österreich mit Wirkung vom 15. 2. 1941 in Geltung (DRGBI 1941, Teil römisch eins S 74). Zugleich wurde die Eisenbahn-Betriebsordnung vom 16. 11. 1851 in der damals geltenden Fassung in ihren hier interessierenden Teilen (darunter Paragraph 96,) aufgehoben.

Die Eisenbahn-Betriebs-Ordnung vom 16. 11. 1851, RGBI 1852, I. Stück S 1, regelte in § 96 unter anderem das Betreten der Bahn. Danach durften Personen, die nicht zum Dienst- oder Arbeitspersonal der Bahn selbst gehörten, oder die mit einer besonderen Erlaubnis hiezu nicht versehen waren, die Bahn ausgenommen an den zum Übergang festgesetzten Punkten nicht betreten. Eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Eisenbahnübergängen bzw die Einschränkung der Nutzung eines solchen Übergangs auf Berechtigte war in dieser Bestimmung nicht enthalten. Die Eisenbahn-Betriebs-Ordnung vom 16. 11. 1851, RGBI 1852, römisch eins. Stück S 1, regelte in Paragraph 96, unter anderem das Betreten der Bahn. Danach durften Personen, die nicht zum Dienst- oder Arbeitspersonal der Bahn selbst gehörten, oder die mit einer besonderen Erlaubnis hiezu nicht versehen waren, die Bahn ausgenommen an den zum Übergang festgesetzten Punkten nicht betreten. Eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Eisenbahnübergängen bzw die Einschränkung der Nutzung eines solchen Übergangs auf Berechtigte war in dieser Bestimmung nicht enthalten.

§ 79 der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung 1928, DRGBI Pkt II S 541, regelte unter der Überschrift „Überschreiten der Bahn“ in Abs 3 das Betreten von Privatübergängen. Danach durften Privatübergänge nur von den Berechtigten und nur unter den von der Aufsichtsbehörde genehmigten Bedingungen benutzt werden. Paragraph 79, der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung 1928, DRGBI Pkt römisch zwei S 541, regelte unter der Überschrift „Überschreiten der Bahn“ in Absatz 3, das Betreten von Privatübergängen. Danach durften Privatübergänge nur von den Berechtigten und nur unter den von der Aufsichtsbehörde genehmigten Bedingungen benutzt werden.

Das EisbG 1957 hat diese Bestimmung in § 43 Abs 7 nahezu wortgleich übernommen. Diese Bestimmung lautet Das EisbG 1957 hat diese Bestimmung in Paragraph 43, Absatz 7, nahezu wortgleich übernommen. Diese Bestimmung lautet:

„Nichtöffentliche Eisenbahnübergänge dürfen nur von den Berechtigten und nur unter den von der Behörde aus Sicherheitsgründen vorgeschriebenen Bedingungen benutzt werden.“

Mit der Novelle zum EisbG, BGBl 1992/452, wurde die Feststellung des Kreises der Berechtigten dem Landeshauptmann übertragen. Danach hatte die Bestimmung folgenden Wortlaut:

„Nichtöffentliche Eisenbahnübergänge dürfen nur von den Berechtigten und nur unter den aus Sicherheitsgründen vorgeschriebenen Bedingungen benutzt werden. Für die Sicherungsart nichtöffentlicher Eisenbahnübergänge sind die

Bestimmungen über die Sicherung von öffentlichen Eisenbahnkreuzungen maßgeblich. Für die Feststellung des Kreises der Berechtigten sowie für die Festlegung der Benützungsbedingungen und der Sicherung nichtöffentlicher Eisenbahnübergänge ist der Landeshauptmann zuständig.“

Diese im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) veröffentlichte konsolidierte Fassung der Bestimmung des § 43 Abs 7 EisbG enthält zwar den Wortlaut „Für die Feststellung des Kreises der Berechtigten sowie für die Festlegung der Benützungsbewilligungen und der Sicherung nicht-öffentlicher Eisenbahnübergänge ist der Landeshauptmann zuständig.“ Maßgeblich ist aber nach dem hier anzuwendenden Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 1985, BGBl 1985/200 (materiell derogiert durch BGBl 1996/660, dieses aufgehoben durch das Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 2004, BGBl 2003/100) der im Bundesgesetzblatt veröffentlichte Wortlaut. Diese im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) veröffentlichte konsolidierte Fassung der Bestimmung des Paragraph 43, Absatz 7, EisbG enthält zwar den Wortlaut „Für die Feststellung des Kreises der Berechtigten sowie für die Festlegung der Benützungsbewilligungen und der Sicherung nicht-öffentlicher Eisenbahnübergänge ist der Landeshauptmann zuständig.“ Maßgeblich ist aber nach dem hier anzuwendenden Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 1985, BGBl 1985/200 (materiell derogiert durch BGBl 1996/660, dieses aufgehoben durch das Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 2004, BGBl 2003/100) der im Bundesgesetzblatt veröffentlichte Wortlaut.

Mit der Novelle BGBl I 2001/151 (Deregulierungsgesetz) wurde in § 43 Abs 7 EisbG die Wortgruppe „der Landeshauptmann“ durch die Wortgruppe „die Behörde“ ersetzt und dadurch die Zuständigkeit zur Feststellung des Kreises der Berechtigten sowie für die Festlegung der Benützungsbedingungen und der Sicherung nicht-öffentlicher Eisenbahnübergänge „der Behörde“ übertragen. Im Übrigen blieb der Wortlaut des § 43 Abs 7 EisbG 1957 unverändert. Mit der Novelle BGBl I 2001/151 (Deregulierungsgesetz) wurde in Paragraph 43, Absatz 7, EisbG die Wortgruppe „der Landeshauptmann“ durch die Wortgruppe „die Behörde“ ersetzt und dadurch die Zuständigkeit zur Feststellung des Kreises der Berechtigten sowie für die Festlegung der Benützungsbedingungen und der Sicherung nicht-öffentlicher Eisenbahnübergänge „der Behörde“ übertragen. Im Übrigen blieb der Wortlaut des Paragraph 43, Absatz 7, EisbG 1957 unverändert.

Der Bestimmung des § 43 Abs 7 EisbG entspricht nunmehr § 47a EisbG idF BGBl I 2006/125. Diese Bestimmung trägt die Überschrift „Benützung nicht-öffentlicher Eisenbahnübergänge“ und lautet: Der Bestimmung des Paragraph 43, Absatz 7, EisbG entspricht nunmehr Paragraph 47 a, EisbG in der Fassung BGBl I 2006/125. Diese Bestimmung trägt die Überschrift „Benützung nicht-öffentlicher Eisenbahnübergänge“ und lautet:

„Nicht-öffentliche Eisenbahnübergänge dürfen nur von den hiezu Berechtigten und nur unter den vom Eisenbahnunternehmen aus Sicherheitsgründen vorzuschreibenden Bedingungen, die zumindest dem Wegeberechtigten bekannt zu machen sind, benützt werden.“

Für den Fall des Zuwiderhandelns gegen § 43 (alt) EisbG 1957 bzw § 47a EisbG in der geltenden Fassung sahen bzw sehen, soweit nicht ein gerichtlich strafbarer Tatbestand vorlag (vorliegt), § 54 Abs 1 (alt) bzw § 162 Abs 1 EisbG in der geltenden Fassung Verwaltungsstrafen vor. Für den Fall des Zuwiderhandelns gegen Paragraph 43, (alt) EisbG 1957 bzw Paragraph 47 a, EisbG in der geltenden Fassung sahen bzw sehen, soweit nicht ein gerichtlich strafbarer Tatbestand vorlag (vorliegt), Paragraph 54, Absatz eins, (alt) bzw Paragraph 162, Absatz eins, EisbG in der geltenden Fassung Verwaltungsstrafen vor.

II. Zur Frage eines Ersitzungsverbots oder eines Ersitzungshindernisses römisch zwei. Zur Frage eines Ersitzungsverbots oder eines Ersitzungshindernisses:

1.1 Der Kläger beruft sich zum Erwerb der von ihm geltend gemachten Dienstbarkeit des Wege- und Fahrtrechts sowie des Viehtriebs über den Bahnübergang bei Kilometer 60.342 auf Ersitzung (§ 480 ABGB) und macht in seiner Revision unter Berufung auf die Entscheidung 5 Ob 252/12p im Wesentlichen geltend, dass weder dem Eisenbahngesetz noch dem Bescheid vom 28. 7. 1963 ein zwingendes und unmissverständliches Verbot zur Nutzung des Bahnübergangs zu entnehmen sei. Damit wendet er sich gegen die Ansicht der Vorinstanzen, seit dem Inkrafttreten des Eisenbahngesetzes 1957 sei der von ihm behaupteten Ersitzung einer Dienstbarkeit ein Ersitzungshindernis entgegengestanden. 1.1 Der Kläger beruft sich zum Erwerb der von ihm geltend gemachten Dienstbarkeit des Wege- und Fahrtrechts sowie des Viehtriebs über den Bahnübergang bei Kilometer 60.342 auf Ersitzung (Paragraph 480, ABGB) und macht in seiner Revision unter Berufung auf die Entscheidung 5 Ob 252/12p im Wesentlichen geltend, dass weder dem Eisenbahngesetz noch dem Bescheid vom 28. 7. 1963 ein zwingendes und unmissverständliches Verbot

zur Nutzung des Bahnübergangs zu entnehmen sei. Damit wendet er sich gegen die Ansicht der Vorinstanzen, seit dem Inkrafttreten des Eisenbahngesetzes 1957 sei der von ihm behaupteten Ersitzung einer Dienstbarkeit ein Ersitzungshindernis entgegengestanden.

1.2 In der Entscheidung 5 Ob 252/12p des Obersten Gerichtshofs war das - vertragliche vereinbarte - „Queren“ einer Bahntrasse unter Benutzung eines Durchlasses zu beurteilen. Dazu wurde ausgesprochen, dass ein solches „Queren“ kein Betreten der Eisenbahnanlage im engeren Wortsinn darstelle und der vereinbarten Nutzungsgestattung entspreche. Dass der Oberste Gerichtshof für eine solche Art der Nutzung aus den § 43 (alt) EibG bzw § 47a EibG das Vorliegen eines „Ersitzungsverbots“ nicht abzuleiten vermochte, lässt keine Rückschlüsse für den hier zu beurteilenden Fall der Nutzung eines niveaugleichen Übergangs zu. 1.2 In der Entscheidung 5 Ob 252/12p des Obersten Gerichtshofs war das - vertragliche vereinbarte - „Queren“ einer Bahntrasse unter Benutzung eines Durchlasses zu beurteilen. Dazu wurde ausgesprochen, dass ein solches „Queren“ kein Betreten der Eisenbahnanlage im engeren Wortsinn darstelle und der vereinbarten Nutzungsgestattung entspreche. Dass der Oberste Gerichtshof für eine solche Art der Nutzung aus den Paragraph 43, (alt) EibG bzw Paragraph 47 a, EibG das Vorliegen eines „Ersitzungsverbots“ nicht abzuleiten vermochte, lässt keine Rückschlüsse für den hier zu beurteilenden Fall der Nutzung eines niveaugleichen Übergangs zu.

2. Ersitzung ist der Erwerb eines Rechts durch qualifizierten Besitz und dessen Ausübung während der gesetzlich bestimmten Zeit. Sie führt zu einem originären Rechtserwerb, der zur Folge hat, dass der bisherige Rechtsinhaber sein Recht verliert (5 Ob 36/10w; RIS-Justiz RS0034283 [T2]). Ein gesetzliches Ersitzungsverbot, das der Ersitzung einer Servitut entgegenstünde (vgl dazu Koch in KBB4 § 480 Rz 4), ist und war in den die Benutzung von nichtöffentlichen Bahnübergängen regelnden Bestimmungen nicht enthalten. 2. Ersitzung ist der Erwerb eines Rechts durch qualifizierten Besitz und dessen Ausübung während der gesetzlich bestimmten Zeit. Sie führt zu einem originären Rechtserwerb, der zur Folge hat, dass der bisherige Rechtsinhaber sein Recht verliert (5 Ob 36/10w; RIS-Justiz RS0034283 [T2]). Ein gesetzliches Ersitzungsverbot, das der Ersitzung einer Servitut entgegenstünde vergleiche dazu Koch in KBB4 Paragraph 480, Rz 4), ist und war in den die Benutzung von nichtöffentlichen Bahnübergängen regelnden Bestimmungen nicht enthalten.

3. Legen gesetzliche Vorschriften zwar kein ausdrückliches Ersitzungsverbot fest, verstößt die Nutzung aber gegen gesetzliche Verbote oder gegen in einem Verwaltungsbescheid enthaltene Anordnungen, so führt dies zu einem rechtlich unmöglichen Sachgebrauch, der nach herrschender Auffassung kein ersitzungsfähiger Gegenstand iSd § 1460 ABGB ist (1 Ob 89/10k; RIS-Justiz RS0113071; Meissl in KBB4 § 1455 Rz 5; Mader/Janisch in Schwimann, ABGB³ IV § 1455 Rz 2). Beispiele für ein solches Ersitzungshindernis bieten etwa die Entscheidungen 1 Ob 262/97d („Kellerdienstbarkeit“ mit Berechtigung zu erheblichen Lärmentwicklung, die gegen § 1 Abs 1 Tiroler Landes-Polizeigesetz verstieß), 1 Ob 225/99s (Dienstbarkeit, die eine bescheidwidrige Einleitung ungeklärter Abwässer ermöglichen sollte) oder 7 Ob 226/01p (Bausperre gemäß § 8 Abs 1 Wiener Bauordnung bei fehlendem rechtsgültigen Flächenwidmung- und Bebauungsplan). Ein solches Ersitzungsverbot erfordert das unmissverständlich und zwingend angeordnete Verbot jener Nutzungsausübung, die andernfalls zum Erwerb eines entsprechenden dinglichen Rechts durch Ersitzung führen könnte (2 Ob 11/10x JBl 2011, 448; 5 Ob 252/12p mwN). 3. Legen gesetzliche Vorschriften zwar kein ausdrückliches Ersitzungsverbot fest, verstößt die Nutzung aber gegen gesetzliche Verbote oder gegen in einem Verwaltungsbescheid enthaltene Anordnungen, so führt dies zu einem rechtlich unmöglichen Sachgebrauch, der nach herrschender Auffassung kein ersitzungsfähiger Gegenstand iSd Paragraph 1460, ABGB ist (1 Ob 89/10k; RIS-Justiz RS0113071; Meissl in KBB4 Paragraph 1455, Rz 5; Mader/Janisch in Schwimann, ABGB³ römisch vier Paragraph 1455, Rz 2). Beispiele für ein solches Ersitzungshindernis bieten etwa die Entscheidungen 1 Ob 262/97d („Kellerdienstbarkeit“ mit Berechtigung zu erheblichen Lärmentwicklung, die gegen Paragraph eins, Absatz eins, Tiroler Landes-Polizeigesetz verstieß), 1 Ob 225/99s (Dienstbarkeit, die eine bescheidwidrige Einleitung ungeklärter Abwässer ermöglichen sollte) oder 7 Ob 226/01p (Bausperre gemäß Paragraph 8, Absatz eins, Wiener Bauordnung bei fehlendem rechtsgültigen Flächenwidmung- und Bebauungsplan). Ein solches Ersitzungsverbot erfordert das unmissverständlich und zwingend angeordnete Verbot jener Nutzungsausübung, die andernfalls zum Erwerb eines entsprechenden dinglichen Rechts durch Ersitzung führen könnte (2 Ob 11/10x JBl 2011, 448; 5 Ob 252/12p mwN).

4.1 Nichtöffentliche Eisenbahnübergänge sind niveaugleiche Kreuzungen, die im Verlauf nichtöffentlicher Straßen und Wege zum Queren der Eisenbahn eingerichtet werden (Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz2 § 47a Anm 1). Unter dem Regime der Eisenbahnbetriebsordnung vom 16. 11. 1851, RGBl 1852, I. Stück S 1, war lediglich angeordnet, dass die

Bahn - ausgenommen das Dienst- oder Arbeitspersonal oder mit einer besonderen Erlaubnis ausgestatteten Personen - nur an den zum Übergang festgesetzten Punkten betreten werden durfte. Ein Verbot zur Nutzung eines (nichtöffentlichen) Eisenbahnübergangs kann daraus nicht abgeleitet werden. 4.1 Nichtöffentliche Eisenbahnübergänge sind niveaugleiche Kreuzungen, die im Verlauf nichtöffentlicher Straßen und Wege zum Queren der Eisenbahn eingerichtet werden (Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² Paragraph 47 a, Anmerkung eins,). Unter dem Regime der Eisenbahnbetriebsordnung vom 16. 11. 1851, RGBI 1852, römisch eins. Stück S 1, war lediglich angeordnet, dass die Bahn - ausgenommen das Dienst- oder Arbeitspersonal oder mit einer besonderen Erlaubnis ausgestatteten Personen - nur an den zum Übergang festgesetzten Punkten betreten werden durfte. Ein Verbot zur Nutzung eines (nichtöffentlichen) Eisenbahnübergangs kann daraus nicht abgeleitet werden.

4.2 Seit der Geltung des § 79 Abs 3 der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung von 1928 in Österreich bzw des § 43 Abs 7 (alt) EisebG und nunmehr § 47a EisebG idGF war bzw ist die Erlaubnis zur Benützung eines nichtöffentlichen Eisenbahnübergangs auf die jeweils Berechtigten eingeschränkt. Das sind im Wesentlichen die Wegeberechtigten, die insoweit ein subjektiv-öffentliches Recht ausüben (Kühne/Hofmann/Nugent/Roth, Eisenbahnteilungsgesetz, Eisenbahngesetz, Eisenbahn-Kreuzungsverordnung, § 43 EisebG Anm 3). 4.2 Seit der Geltung des Paragraph 79, Absatz 3, der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung von 1928 in Österreich bzw des Paragraph 43, Absatz 7, (alt) EisebG und nunmehr Paragraph 47 a, EisebG idGF war bzw ist die Erlaubnis zur Benützung eines nichtöffentlichen Eisenbahnübergangs auf die jeweils Berechtigten eingeschränkt. Das sind im Wesentlichen die Wegeberechtigten, die insoweit ein subjektiv-öffentliches Recht ausüben (Kühne/Hofmann/Nugent/Roth, Eisenbahnteilungsgesetz, Eisenbahngesetz, Eisenbahn-Kreuzungsverordnung, Paragraph 43, EisebG Anmerkung 3,).

5.1 Jedenfalls soweit er nicht dem Fußgängerverkehr, sondern der Bewirtschaftung des Grundstücks Nr 498 dient, ergibt sich die Qualifizierung des vom Kläger benutzten Wirtschaftswegs als Privatweg schon aus der eisenbahnrechtlichen Definition, wonach der hier in Rede stehende Übergang zum Queren im Verlauf einer nichtöffentlichen Straße dient. Dass der Kläger bzw dessen Rechtsvorgänger im Eigentum am Grundstück Nr 498 zur Benutzung des Wirtschaftswegs berechtigt ist bzw waren, wird auch von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen, wie sich schon daraus ergibt, dass sie dem Kläger den Abschluss einer Nutzungsvereinbarung vorschlug. Der Kläger zählt damit grundsätzlich zum Kreis der potenziell Berechtigten gemäß den eisenbahnrechtlichen Bestimmungen.

5.2 In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass Sachen, an denen dem Berechtigten die Gewahrsame rechtsgeschäftlich überlassen wurde, nicht ersessen werden können (vgl RIS-Justiz RS0034095; M. Bydlinski in Rummel³ § 1462 ABGB Rz 1; Klang in Klang² VI 580); dies gilt insbesondere auch für Dienstbarkeiten (vgl 5 Ob 211/09d; 3 Ob 36/13k). Eine Ersitzung einer inhaltsgleichen Servitut bei Ausübung eines schuldrechtlichen Gebrauchsrechts kann daher nicht stattfinden (vgl RIS-Justiz RS0034095). Daran würde selbst der Umstand nichts ändern, dass derjenige, der die Ersitzung anstrebt, zwischendurch einen eigenen Besitzwillen gefasst hat (5 Ob 211/09d; vgl auch M. Bydlinski § 1462 ABGB Rz 1). Der Erwerb von Privatrechten durch Ersitzung an einem öffentlichen Weg kommt nur in Betracht, wenn die Benutzung außerhalb des Rahmens des Gemeingebrauchs erfolgt und auch erkennbar ist, dass ein vom Gemeingebrauch verschiedenes Privatrecht in Anspruch genommen wird (RIS-Justiz RS0009785). Diesen Fällen ist gemeinsam, dass eine Ersitzung jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn sich das ausgeübte Gebrauchsrecht innerhalb der Grenzen dessen bewegt, was dem Einzelnen schuldrechtlich gestattet oder jedermann an der öffentlichen Zwecken gewidmeten Sachen im Rahmen der Üblichkeit zusteht (vgl RIS-Justiz RS0009757 [T5]). Diese Grundsätze sind auch für den Fall fruchtbar zu machen, dass ein Wegeberechtigter das ihm eingeräumte subjektiv-öffentliche Recht zur Nutzung eines nichtöffentlichen Bahnübergangs ausübt. Solange sich der Berechtigte im Rahmen des ihm eingeräumten Rechts unter den von der Behörde bzw dem Eisenbahnunternehmen vorgegebenen Bedingungen bewegt, kommt eine Ersitzung daher nicht in Betracht. 5.2 In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass Sachen, an denen dem Berechtigten die Gewahrsame rechtsgeschäftlich überlassen wurde, nicht ersessen werden können vergleiche RIS-Justiz RS0034095; M. Bydlinski in Rummel³ Paragraph 1462, ABGB Rz 1; Klang in Klang² römisch sechs 580); dies gilt insbesondere auch für Dienstbarkeiten vergleiche 5 Ob 211/09d; 3 Ob 36/13k). Eine Ersitzung einer inhaltsgleichen Servitut bei Ausübung eines schuldrechtlichen Gebrauchsrechts kann daher nicht stattfinden vergleiche RIS-Justiz RS0034095). Daran würde selbst der Umstand nichts ändern, dass derjenige, der die Ersitzung anstrebt, zwischendurch einen eigenen Besitzwillen gefasst hat (5 Ob 211/09d; vergleiche auch M. Bydlinski Paragraph 1462, ABGB Rz 1). Der Erwerb von Privatrechten durch Ersitzung an einem öffentlichen Weg kommt nur in

Betracht, wenn die Benutzung außerhalb des Rahmens des Gemeingebrauchs erfolgt und auch erkennbar ist, dass ein vom Gemeingebrauch verschiedenes Privatrecht in Anspruch genommen wird (RIS-Justiz RS0009785). Diesen Fällen ist gemeinsam, dass eine Ersitzung jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn sich das ausgeübte Gebrauchsrecht innerhalb der Grenzen dessen bewegt, was dem Einzelnen schuldrechtlich gestattet oder jedermann an der öffentlichen Zwecken gewidmeten Sachen im Rahmen der Üblichkeit zusteht (vergleiche RIS-Justiz RS0009757 [T5]). Diese Grundsätze sind auch für den Fall fruchtbar zu machen, dass ein Wegeberechtigte das ihm eingeräumte subjektiv-öffentliche Recht zur Nutzung eines nichtöffentlichen Bahnübergangs ausübt. Solange sich der Berechtigte im Rahmen des ihm eingeräumten Rechts unter den von der Behörde bzw dem Eisenbahnunternehmen vorgegebenen Bedingungen bewegt, kommt eine Ersitzung daher nicht in Betracht.

5.3 Der Kläger beruft sich im Ergebnis auf die ihm als Wegeberechtigte zustehenden Nutzungsrechte und zielt damit auf die Benutzung des nichtöffentlichen Eisenbahnübergangs im Rahmen des ihm zukommenden subjektiv-öffentlichen Rechts ab. Damit macht er keinen „Sondergebrauch“ an diesem Bahnübergang geltend, sondern geht davon aus, Berechtigter im Sinne der eisenbahnrechtlichen Bestimmungen zu sein. Trifft diese Annahme zu, scheidet eine Ersitzung der Dienstbarkeit des Wege- und Fahrrechts am Bahnübergang in Kilometer 60.342 seit dem Inkrafttreten der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung und den danach geltenden Bestimmungen der § 43 Abs 7 (alt) EisebG bzw gegen § 47a EisebG ebenso aus, wie im umgekehrten Fall. Die Einschränkung der Gestattung auf Berechtigte enthält das unmissverständlich und zwingend angeordnete Verbot der Nutzung durch alle, auf die diese Eigenschaft nicht zutrifft (arg: [.] nur [.] Berechtigten [.] benützt werde.). Für Nichtberechtigte war (ist) die Nutzung eines nichtöffentlichen Eisenbahnübergangs seit der Geltung dieser Bestimmungen daher verboten. In der Nutzung durch einen Nichtberechtigten läge ein rechtlich unmöglicher Sachgebrauch, der nach herrschender Auffassung kein ersitzungsfähiger Gegenstand iSd § 1460 ABGB ist. 5.3 Der Kläger beruft sich im Ergebnis auf die ihm als Wegeberechtigte zustehenden Nutzungsrechte und zielt damit auf die Benutzung des nichtöffentlichen Eisenbahnübergangs im Rahmen des ihm zukommenden subjektiv-öffentlichen Rechts ab. Damit macht er keinen „Sondergebrauch“ an diesem Bahnübergang geltend, sondern geht davon aus, Berechtigter im Sinne der eisenbahnrechtlichen Bestimmungen zu sein. Trifft diese Annahme zu, scheidet eine Ersitzung der Dienstbarkeit des Wege- und Fahrrechts am Bahnübergang in Kilometer 60.342 seit dem Inkrafttreten der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung und den danach geltenden Bestimmungen der Paragraph 43, Absatz 7, (alt) EisebG bzw gegen Paragraph 47 a, EisebG ebenso aus, wie im umgekehrten Fall. Die Einschränkung der Gestattung auf Berechtigte enthält das unmissverständlich und zwingend angeordnete Verbot der Nutzung durch alle, auf die diese Eigenschaft nicht zutrifft (arg: [.] nur [.] Berechtigten [.] benützt werde.). Für Nichtberechtigte war (ist) die Nutzung eines nichtöffentlichen Eisenbahnübergangs seit der Geltung dieser Bestimmungen daher verboten. In der Nutzung durch einen Nichtberechtigten läge ein rechtlich unmöglicher Sachgebrauch, der nach herrschender Auffassung kein ersitzungsfähiger Gegenstand iSd Paragraph 1460, ABGB ist.

5.4 Damit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass - wovon bereits die Vorinstanzen grundsätzlich zutreffend ausgingen - eine Ersitzung der Dienstbarkeit des Wege- und Fahrrechts am Bahnübergang bei Kilometer 60.342 seit dem Inkrafttreten der genannten eisenbahnrechtlichen Bestimmungen nicht in Betracht kommt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts konnten die für eine Ersitzung erforderlichen Zeiten aber bereits mit dem Inkrafttreten der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung im Jahr 1941 nicht mehr begonnen oder vollendet werden.

III. Zur Frage einer möglichen Ersitzung vor dem 15. 2. 1941 und zu den Einwendungen der Beklagten römisch drei. Zur Frage einer möglichen Ersitzung vor dem 15. 2. 1941 und zu den Einwendungen der Beklagten:

1.1 Die bis zum Inkrafttreten der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung geltenden Regelungen der Eisenbahn-Betriebs-Ordnung vom 16. 11. 1851, RGBI 1852, I. Stück S 1, enthielten weder ein ausdrückliches Ersitzungsverbot noch sonst unmissverständliche und zwingende Anordnung, die der Nutzung eines Übergangs zum Queren der einen nichtöffentlichen Weg schneidenden Bahn zu landwirtschaftlichen Zwecken in dem vom Kläger angeführten Umfang entgegengestanden wären. Ein Hindernis im Sinne der oben wiedergegebenen Judikatur (Punkt 3.) stand während der Geltung der Eisenbahn-Betriebs-Ordnung vom 16. 11. 1851, RGBI 1852, I. Stück S 1, der Ersitzung einer Servitut, wie sie der Kläger für sich in Anspruch nimmt, damit nicht entgegen. 1.1 Die bis zum Inkrafttreten der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung geltenden Regelungen der Eisenbahn-Betriebs-Ordnung vom 16. 11. 1851, RGBI 1852, römisch eins. Stück S 1, enthielten weder ein ausdrückliches Ersitzungsverbot

noch sonst unmissverständliche und zwingende Anordnung, die der Nutzung eines Übergangs zum Queren der einen nichtöffentlichen Weg schneidenden Bahn zu landwirtschaftlichen Zwecken in dem vom Kläger angeführten Umfang entgegengestanden wären. Ein Hindernis im Sinne der oben wiedergegebenen Judikatur (Punkt 3.) stand während der Geltung der Eisenbahn-Betriebs-Ordnung vom 16. 11. 1851, RGBl 1852, römisch eins. Stück S 1, der Ersitzung einer Servitut, wie sie der Kläger für sich in Anspruch nimmt, damit nicht entgegen.

1.2 Für die

Ersitzung eines Rechts an einer fremden Sache ist eine für den Eigentümer des belasteten Grundstücks erkennbare Rechtsausübung durch die Ersitzungszeit im eigenen Namen und im Wesentlichen gleichbleibend zu bestimmten Zwecken erforderlich. Der zu einer

Ersitzung erforderliche Rechtsbesitz wird dadurch erworben, dass man ein - wirkliches oder angebliches - Recht gegen jemand gebraucht und dieser sich fügt (vgl. Gusenleitner-Helm in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1460 ABGB Rz 15 ff). Das dingliche Recht der Dienstbarkeit gemäß § 481 Abs 1 ABGB wird grundsätzlich nur durch Eintragung im Grundbuch erworben. Das Eintragungsprinzip wird aber durchbrochen, soweit der Belastete die Dienstbarkeit gekannt hat oder sie Ersitzung erforderliche Rechtsbesitz wird dadurch erworben, dass man ein - wirkliches oder angebliches - Recht gegen jemand gebraucht und dieser sich fügt vergleiche Gusenleitner-Helm in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ Paragraph 1460, ABGB Rz 15 ff). Das dingliche Recht der Dienstbarkeit gemäß Paragraph 481, Absatz eins, ABGB wird grundsätzlich nur durch Eintragung im Grundbuch erworben. Das Eintragungsprinzip wird aber durchbrochen, soweit der Belastete die Dienstbarkeit gekannt hat oder sie

offenkundig ist.

Offenkundige, nicht verbücherte Dienstbarkeiten, die dem Eigentümer der belasteten Liegenschaft bekannt sind oder bekannt sein mussten, werden sachenrechtlich wie eingetragene Dienstbarkeiten behandelt. Wer einen gültigen Titel besitzt, ist bei

offenkundigen Dienstbarkeiten trotz Nichtverbücherung geschützt (1 Ob 259/02y EvBl 2003/74; 1 Ob 181/04f; RIS-Justiz RS0011631). Im Fall des Eigentümerwechsels in Bezug auf das herrschende Grundstück hat der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen, dass die offenkundige reguläre Grunddienstbarkeit schon durch die Übertragung des Eigentums am herrschenden Gut auf den Erwerber übergeht (1 Ob 277/00t SZ 74/33; vgl 1 Ob 69/03h; 10 Ob 33/04g). Der Kläger hat auch geltend gemacht, dass der Eisenbahnübergang in Kilometer 60.342 seit der Errichtung der Eisenbahnanlage im Jahr 1898 der Bewirtschaftung des Grundstücks Nr 498 gedient habe und von dessen jeweiligen Eigentümern zum Befahren mit landwirtschaftlichen Fahrzeugen aller Art und zum Viehtrieb genutzt worden sei. Bei Zutreffen dieser Behauptungen kann er sich entgegen der Ansicht der Beklagten auf die Vollendung der für den Erwerb einer entsprechenden Dienstbarkeit durch Ersitzung erforderlichen Zeiten durch seine Rechtsvorgänger berufen. offenkundigen Dienstbarkeiten trotz Nichtverbücherung geschützt (1 Ob 259/02y EvBl 2003/74; 1 Ob 181/04f; RIS-Justiz RS0011631). Im Fall des Eigentümerwechsels in Bezug auf das herrschende Grundstück hat der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen, dass die offenkundige reguläre Grunddienstbarkeit schon durch die Übertragung des Eigentums am herrschenden Gut auf den Erwerber übergeht (1 Ob 277/00t SZ 74/33; vergleiche 1 Ob 69/03h; 10 Ob 33/04g). Der Kläger hat auch geltend gemacht, dass der Eisenbahnübergang in Kilometer 60.342 seit der Errichtung der Eisenbahnanlage im Jahr 1898 der Bewirtschaftung des Grundstücks Nr 498 gedient habe und von dessen jeweiligen Eigentümern zum Befahren mit landwirtschaftlichen Fahrzeugen aller Art und zum Viehtrieb genutzt worden sei. Bei Zutreffen dieser Behauptungen kann er sich entgegen der Ansicht der Beklagten auf die Vollendung der für den Erwerb einer entsprechenden Dienstbarkeit durch Ersitzung erforderlichen Zeiten durch seine Rechtsvorgänger berufen.

1.3 Nach § 5 ABGB wirken Gesetze nicht zurück und haben auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte grundsätzlich keinen Einfluss. Nach dieser Bestimmung sind nur die nach dem Inkrafttreten eines Gesetzes verwirklichten Sachverhalte nach dem neuen Gesetz zu beurteilen, vorher geschehene Handlungen und analog sonstige Sachverhalte aber wie vorher entstandene Rechte weiterhin dem alten Gesetz zu unterwerfen (Bydlinski in Rummel, ABGB³ § 5 Rz 1). Dieser zeitliche Geltungsbereich ist auch für einen dauernden Sachverhalt abgrenzbar, der zur Gänze in die Geltungszeit der alten Rechtslage fällt. Andernfalls gelten für den Dauersachverhalt die Rechtsfolgen des neuen Gesetzes ab seinem Inkrafttreten (vgl. RIS-Justiz RS0008715 [T1]). Ersitzungszeiten, die zu diesem Zeitpunkt zwar begonnen, aber noch nicht abgelaufen waren, können nicht mehr vollendet werden. Durch

Zeitablauf bis zur Aufhebung der Eisenbahn-Betriebs-Ordnung vom 16. 11. 1851, RGBI 1852, I. Stück S 1, bereits erworbene Rechte müssen jedoch voll gewahrt werden.^{1.3} Nach Paragraph 5, ABGB wirken Gesetze nicht zurück und haben auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte grundsätzlich keinen Einfluss. Nach dieser Bestimmung sind nur die nach dem Inkrafttreten eines Gesetzes verwirklichten Sachverhalte nach dem neuen Gesetz zu beurteilen, vorher geschehene Handlungen und analog sonstige Sachverhalte aber wie vorher entstandene Rechte weiterhin dem alten Gesetz zu unterwerfen (Bydlinski in Rummel, ABGB³ Paragraph 5, Rz 1). Dieser zeitliche Geltungsbereich ist auch für einen dauernden Sachverhalt abgrenzbar, der zur Gänze in die Geltungszeit der alten Rechtslage fällt. Andernfalls gelten für den Dauersachverhalt die Rechtsfolgen des neuen Gesetzes ab seinem Inkrafttreten vergleiche RIS-Justiz RS0008715 [T1]). Ersitzungszeiten, die zu diesem Zeitpunkt zwar begonnen, aber noch nicht abgelaufen waren, können nicht mehr vollendet werden. Durch Zeitablauf bis zur Aufhebung der Eisenbahn-Betriebs-Ordnung vom 16. 11. 1851, RGBI 1852, römisch eins. Stück S 1, bereits erworbene Rechte müssen jedoch voll gewahrt werden.

2.1 Die Beklagte leitet in ihrem Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts aus dem EibG 1957 eine rechtliche Unmöglichkeit der Ausübung der vom Kläger behaupteten Servitut ab, was eine allenfalls davor ersessene Servitut zum Erlöschen gebracht habe. Jedenfalls habe der Bescheid vom 28. 7. 1963 als öffentlich-rechtliches Verbot zur Freiheitsersitzung gemäß § 1488 ABGB geführt.^{2.1} Die Beklagte leitet in ihrem Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts aus dem EibG 1957 eine rechtliche Unmöglichkeit der Ausübung der vom Kläger behaupteten Servitut ab, was eine allenfalls davor ersessene Servitut zum Erlöschen gebracht habe. Jedenfalls habe der Bescheid vom 28. 7. 1963 als öffentlich-rechtliches Verbot zur Freiheitsersitzung gemäß Paragraph 1488, ABGB geführt.

2.2 Nach § 525 ABGB erlöschen Dienstbarkeiten nur durch den dauernden Untergang der dienenden oder der herrschenden Sache, nicht jedoch bei nur vorübergehender Zerstörung (RIS-Justiz RS0012150); diesfalls ruhen sie und leben mit der Wiederherstellung wieder auf (6 Ob 77/01v mwN). In der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs wurde daher wiederholt betont, dass eine Servitut erst dann ex lege erlischt, wenn sie (völlig: 1 Ob 225/12p) zwecklos ist (RIS-Justiz RS0011701, RS0011582 [T10], RS0011589 [T7]). Das ist aber nicht schon dann der Fall, wenn der durch die Dienstbarkeit dem herrschenden Grundstück gewährte Nutzen nach Inkrafttreten der hier in Rede stehenden eisenbahnrechtlichen Bestimmungen den Wegeberechtigten im Sinne der obigen Ausführungen aufgrund eines subjektiv-öffentlichen Anspruchs weiterhin zur Verfügung stand.^{2.2} Nach Paragraph 525, ABGB erlöschen Dienstbarkeiten nur durch den dauernden Untergang der dienenden oder der herrschenden Sache, nicht jedoch bei nur vorübergehender Zerstörung (RIS-Justiz RS0012150); diesfalls ruhen sie und leben mit der Wiederherstellung wieder auf (6 Ob 77/01v mwN). In der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs wurde daher wiederholt betont, dass eine Servitut erst dann ex lege erlischt, wenn sie (völlig: 1 Ob 225/12p) zwecklos ist (RIS-Justiz RS0011701, RS0011582 [T10], RS0011589 [T7]). Das ist aber nicht schon dann der Fall, wenn der durch die Dienstbarkeit dem herrschenden Grundstück gewährte Nutzen nach Inkrafttreten der hier in Rede stehenden eisenbahnrechtlichen Bestimmungen den Wegeberechtigten im Sinne der obigen Ausführungen aufgrund eines subjektiv-öffentlichen Anspruchs weiterhin zur Verfügung stand.

2.3 Eine Servitut kann gänzlich oder auch teilweise erlöschen, wenn sich der Ausübende widersetzt (Koch in KBB4 § 524 Rz 3). Die sogenannte Freiheitsersitzung ist nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ein Verjährungsfall (M. Bydlinski in Rummel, ABGB³ § 1488 Rz 1; Dehn in KBB4 § 1488 Rz 1; Klang in Klang VI² 631; Mader/Janisch in Schwimann, ABGB³ § 1488 Rz 1; RIS-Justiz RS0034333; vgl auch RS0108084, RS0034288). Voraussetzung für den Eintritt der Freiheitsersitzung nach § 1488 ABGB ist aber, dass der Verpflichtete sich fortwährend der Ausübung der Dienstbarkeit widersetzt und der Berechtigte deshalb deren Ausübung drei Jahre lang, ohne richterliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, tatsächlich unterlassen hat. Ein letztlich erfolglos gebliebenes Widerstreben des Verpflichteten führt nicht zum Rechtsverlust (RIS-Justiz RS0034271 [T4]; RS0034241 [T3]).^{2.3} Eine Servitut kann gänzlich oder auch teilweise erlöschen, wenn sich der Ausübende widersetzt (Koch in KBB4 Paragraph 524, Rz 3). Die sogenannte Freiheitsersitzung ist nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ein Verjährungsfall (M. Bydlinski in Rummel, ABGB³ Paragraph 1488, Rz 1; Dehn in KBB4 Paragraph 1488, Rz 1; Klang in Klang VI² 631; Mader/Janisch in Schwimann, ABGB³ Paragraph 1488, Rz 1; RIS-Justiz RS0034333; vergleiche auch RS0108084, RS0034288). Voraussetzung für den Eintritt der Freiheitsersitzung nach Paragraph 1488, ABGB ist aber, dass der Verpflichtete sich fortwährend der Ausübung der

Dienstbarkeit widersetzt und der Berechtigte deshalb deren Ausübung drei Jahre lang, ohne richterliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, tatsächlich unterlassen hat. Ein letztlich erfolglos gebliebenes Widerstreben des Verpflichteten führt nicht zum Rechtsverlust (RIS-Justiz RS0034271 [T4]; RS0034241 [T3]).

2.4 Die Beklagte hat gar nie behauptet, dass der Kläger oder seine Rechtsvorgänger aufgrund eines gegen sie gerichteten Widersetzens durch drei Jahre hindurch die Nutzung des hier verfahrensgegenständlichen Bahnübergangs zur Bewirtschaftung des Grundstücks Nr 498 tatsächlich unterlassen hätten. Es begründet aber kein erfolgreiches Widerstreben, wenn die Nutzungsausübung gemäß den im Bescheid vom 28. 7. 1963 genannten Bedingungen tatsächlich erfolgte, wobei zur Wirkung des Bescheids vom 28. 7. 1963 im Folgenden noch ausführlich Stellung genommen wird. Hier genügt es darauf zu verweisen, dass aus diesem Bescheid eine dem tatsächlichen Nichtgebrauch gleich zu haltende rechtliche Unmöglichkeit der Nutzung dieses Bahnübergangs, wie die Beklagte offensichtlich meint, und damit ein Verlust allenfalls zuvor ersessener Rechte durch Verjährung nicht abgeleitet werden kann.

3. Als weiteres Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass weder das Inkrafttreten der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung mit 15. 2. 1941 oder die ihr nachfolgenden gesetzlichen Bestimmungen noch der Bescheid vom 28. 7. 1963 ein möglicherweise ersessenes Recht zur Gänze zum Erlöschen gebracht haben. Zur Beurteilung der Frage, ob die vom Kläger geltend gemachte Dienstbarkeit ersessen wurde, reichen die Tatsachenfeststellungen nicht aus, sodass es bei der vom Berufungsgericht ausgesprochenen Aufhebung des Feststellungsbegehrens zu bleiben hat. Sollten sich die Behauptungen des Klägers bewahrheiten, wird für den Umfang einer Servitut und die Beschränkung eines zuvor allenfalls unbedingt ersessenen Rechts die bescheidmäßige Vorschreibung von Nutzungsbedingungen zu beachten sein, weil darin jedenfalls eine Einschränkung einer zunächst unbedingt bestehenden Servitut liegt. Hingegen stellt sich die vom Berufungsgericht erörterte Frage eines möglichen

Verzichts auf eine Dienstbarkeit nicht. Nach der herrschenden Rechtsprechung ist der Verzicht ein Vertrag (vgl 5 Ob 26/08x), der der Annahme bedarf (RIS-JustizRS0034122). Dieser kann zwar auch schlüssig erfolgen (RIS-Justiz RS0034122 [T8]; vgl auch Griss in KBB4 § 1444 Rz 2; Dullinger in Rummel, ABGB³ § 1444 Rz 3). Die Nutzung des Bahnübergangs unter Beachtung der im Bescheid vom 28. 7. 1963 genannten Bedingungen begründet aber keinesfalls einen (konkludenten) vertraglichen Verzicht auf eine allenfalls ersessene Servitut. Verzicht auf eine Dienstbarkeit nicht. Nach der herrschenden Rechtsprechung ist der Verzicht ein Vertrag (vergleiche 5 Ob 26/08x), der der Annahme bedarf (RIS-Justiz RS0034122). Dieser kann zwar auch schlüssig erfolgen (RIS-JustizRS0034122 [T8]; vergleiche auch Griss in KBB4 Paragraph 1444, Rz 2; Dullinger in Rummel, ABGB³ Paragraph 1444, Rz 3). Die Nutzung des Bahnübergangs unter Beachtung der im Bescheid vom 28. 7. 1963 genannten Bedingungen begründet aber keinesfalls einen (konkludenten) vertraglichen Verzicht auf eine allenfalls ersessene Servitut.

IV. Zum Bescheid vom 28. 7. 1963:römisch vier. Zum Bescheid vom 28. 7. 1963:

1. Der Bescheid vom 28. 7. 1963 legte entsprechend der damals geltenden Regelung des§ 43 Abs 7 EibG die Bedingungen fest, unter welchen die Nutzung des Bahnübergangs in Kilometer 60.342 durch die (Wege-)Berechtigten zu erfolgen hat, und nennt den Kreis der im Zeitpunkt der Bescheiderlassung Berechtigten. Die Beklagte geht davon aus, dass dadurch über die Berechtigung zur Nutzung des nichtöffentlichen Eisenbahnübergangs in Kilometer 60.342 normativ abgesprochen worden sei, weswegen das Nutzungsrecht auf die darin Genannten beschränkt sei. Auch der Rechtsansicht des Berufungsgerichts zur Abweisung des Beseitigungs- und Unterlassungsbegehrens liegt zugrunde, dass mit diesem Bescheid ein Recht auf Benutzung begründet worden sei, und sich dessen Wirksamkeit nicht auf den Kläger erstrecke.1. Der Bescheid vom 28. 7. 1963 legte entsprechend der damals geltenden Regelung des Paragraph 43, Absatz 7, EibG die Bedingungen fest, unter welchen die Nutzung des Bahnübergangs in Kilometer 60.342 durch die (Wege-)Berechtigten zu erfolgen hat, und nennt den Kreis der im Zeitpunkt der Bescheiderlassung Berechtigten. Die Beklagte geht davon aus, dass dadurch über die Berechtigung zur Nutzung des nichtöffentlichen Eisenbahnübergangs in Kilometer 60.342 normativ abgesprochen worden sei, weswegen das Nutzungsrecht auf die darin Genannten beschränkt sei. Auch der Rechtsansicht des Berufungsgerichts zur Abweisung des Beseitigungs- und Unterlassungsbegehrens liegt zugrunde, dass mit diesem Bescheid ein Recht auf Benutzung begründet worden sei, und sich dessen Wirksamkeit nicht auf den Kläger erstrecke.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden.

2. Bescheide können dingliche Wirkung entfalten. Als dingliche Bescheide werden solche Entscheidungen der Verwaltungsbehörden bezeichnet, deren Wirkungen sich nicht auf den Bescheidadressaten beschränken, sondern ihrer Rechtsnatur nach auf Eigenschaften der Sache abstellen und für jeden

Rechtsnachfolger gelten, der entsprechende Rechte an der betroffenen Sache hat. Typisches Beispiel für dingliche Bescheide sind die im Bauverfahren ergangenen Entscheidungen, wie insbesondere Baubewilligungen (1 Ob 97/10m; vgl auch VwGH 23. 8. 2013, 2011/03/0131; VwGH 6. 9. 2011, 2008/05/0088; Pauer, Der dingliche Bescheid, Untersuchung zum Rechtsübergang [dinglicher] Verwaltungsverhältnisse, ZfV 1984, 93 [94 bis 96]; Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 287). Rechtsnachfolger gelten, der entsprechende Rechte an der betroffenen Sache hat. Typisches Beispiel für dingliche Bescheide sind die im Bauverfahren ergangenen Entscheidungen, wie insbesondere Baubewilligungen (1 Ob 97/10m; vergleiche auch VwGH 23. 8. 2013, 2011/03/0131; VwGH 6. 9. 2011, 2008/05/0088; Pauer, Der dingliche Bescheid, Untersuchung zum Rechtsübergang [dinglicher] Verwaltungsverhältnisse, ZfV 1984, 93 [94 bis 96]; Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 287).

3. Berechtigter nach § 43 Abs 7 EisbG 1957 bzw § 47a EisbG idGF ist der Wegeberechtigte. Auch wenn der Bescheid vom 28. 7. 1963 den damaligen Eigentümer des Grundstücks Nr 498 namentlich nennt und nicht etwa auf den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks abstellt, bezieht er sich derart auf eine bestimmte Sache, dass an der dinglichen Wirkung dieses Bescheids nicht gezweifelt werden kann. Die damit verbundene Befugnis zur Querung des Bahnübergangs dient ausschließlich der Bewirtschaftung der landwirtschaftlich genutzten Liegenschaft und ist mit dem Recht zur Nutzung des Wirtschaftswegs und dem Eigentum am Grundstück Nr 498 verknüpft. Damit ist eindeutig klar, dass eine erteilte Bewilligung zur Nutzung des nichtöffentlichen Bahnübergangs auch für jene Personen wirkt, die als 3. Berechtigter nach Paragraph 43, Absatz 7, EisbG 1957 bzw Paragraph 47 a, EisbG idGF ist der Wegeberechtigte. Auch wenn der Bescheid vom 28. 7. 1963 den damaligen Eigentümer des Grundstücks Nr 498 namentlich nennt und nicht etwa auf den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks abstellt, bezieht er sich derart auf eine bestimmte Sache, dass an der dinglichen Wirkung dieses Bescheids nicht gezweifelt werden kann. Die damit verbundene Befugnis zur Querung des Bahnübergangs dient ausschließlich der Bewirtschaftung der landwirtschaftlich genutzten Liegenschaft und ist mit dem Recht zur Nutzung des Wirtschaftswegs und dem Eigentum am Grundstück Nr 498 verknüpft. Damit ist eindeutig klar, dass eine erteilte Bewilligung zur Nutzung des nichtöffentlichen Bahnübergangs auch für jene Personen wirkt, die als

Rechtsnachfolger des damaligen Eigentümers des Grundstücks Nr 498 Eigentum an diesem erworben haben. Bei derartigen dinglichen Verwaltungsverhältnissen bemisst sich der Umfang der vermittelten Rechte und Pflichten nach der Position des Rechtsvorgängers (1 Ob 97/10m), weswegen der Kläger sein Recht zur Nutzung des Bahnübergangs von seinem Rechtsvorgänger ableitet, dem diese Befugnis nach dem Standpunkt der Beklagten ausdrücklich bescheidmäßig zuerkannt wurde.

V. Zum Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren:römisch fünf. Zum Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren:

1. Unter dem Regime des EisbG 1957 vor der Novelle 2006 hatte die Eisenbahnbehörde bzw der Landeshauptmann die Bedingungen über die Benutzung eines solchen Eisenbahnübergangs vorzugeben. Die Novelle 2006, BGBl I 2006/125, hat die Regelung des vormaligen § 43 Abs 7 EisbG mit der Maßgabe übernommen, dass an Stelle der Behörde nunmehr das Eisenbahnunternehmen die Bedingungen über die Benutzung nichtöffentlicher Eisenbahnübergänge vorzuschreiben hat (RV 1412 BlgNR 22. GP 12). Dadurch wurde die Pflicht, aus Gründen der Sicherheit, Bedingungen über die Benutzung nichtöffentlicher Bahnübergänge vorzuschreiben, von der Behörde dem Eisenbahnunternehmen übertragen und damit in das Privatrecht transformiert. Solche Nutzungsbedingungen sind daher nicht mehr mit Bescheid festzusetzen, sondern privatrechtlich zu vereinbaren. Eine Vereinbarung über die Benutzung, die den Bescheid vom 28. 7. 1963 verdrängt hätte und eine Absperrung des Übergangs mit Scherengitter und Kette beinhalten würde, ist zwischen der Beklagten und dem Kläger nicht zustande gekommen. Bis zum Abschluss einer privatrechtlichen Vereinbarung gelten daher die Bedingungen des Bescheids weiter. Die Errichtung einer Absperrung geht aber über diese hinaus und stellt damit losgelöst von der Frage nach der vom Kläger beanspruchten Servitut eine Störung seines von seinen Rechtsvorgängern abgeleiteten Rechts zur Nutzung des nichtöffentlichen Bahnübergangs in Kilometer 60.342 entsprechend der im Bescheid vom 28. 7. 1963 genannten Bedingungen dar. 1. Unter dem Regime des EisbG 1957 vor der Novelle 2006 hatte die Eisenbahnbehörde bzw der Landeshauptmann die Bedingungen über die Benutzung eines solchen Eisenbahnübergangs vorzugeben. Die Novelle 2006, BGBl I 2006/125, hat die Regelung des vormaligen Paragraph 43, Absatz 7, EisbG mit der Maßgabe übernommen, dass an Stelle der Behörde nunmehr

das Eisenbahnunternehmen die Bedingungen über die Benutzung nichtöffentlicher Eisenbahnübergänge vorzuschreiben hat Regierungsvorlage 1412, BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 12,). Dadurch wurde die Pflicht, aus Gründen der Sicherheit, Bedingungen über die Benutzung nichtöffentlicher Bahnübergänge vorzuschreiben, von der Behörde dem Eisenbahnunternehmen übertragen und damit in das Privatrecht transformiert. Solche Nutzungsbedingungen sind daher nicht mehr mit Bescheid festzusetzen, sondern privatrechtlich zu vereinbaren. Eine Vereinbarung über die Benutzung, die den Bescheid vom 28. 7. 1963 verdrängt hätte und eine Absperrung des Übergangs mit Scherengitter und Kette beinhalten würde, ist zwischen der Beklagten und dem Kläger nicht zustande gekommen. Bis zum Abschluss einer privatrechtlichen Vereinbarung gelten daher die Bedingungen des Bescheids weiter. Die Errichtung einer Absperrung geht aber über diese hinaus und stellt damit losgelöst von der Frage nach der vom Kläger beanspruchten Servitut eine Störung seines von seinen Rechtsvorgängern abgeleiteten Rechts zur Nutzung des nichtöffentlichen Bahnübergangs in Kilometer 60.342 entsprechend der im Bescheid vom 28. 7. 1963 genannten Bedingungen dar.

2. Die Beklagte ist eine für den Bereich Infrastruktur geschaffene Aktiengesellschaft ohne gesetzliche Sonderbestimmungen und geht in ihrer jetzigen Form auf die Novelle zum

Bundesbahnstrukturgesetz 2003,

BGBI I 2009/95, zurück (vgl VwGH 27. 11. 2012, 2012/03/0148), weswegen die hier maßgebliche Störung durch Absperrung des Übergangs mit Scherengittern und einer Kette dem BGBI I 2009/95, zurück vergleiche VwGH 27. 11. 2012, 2012/03/0148), weswegen die hier maßgebliche Störung durch Absperrung des Übergangs mit Scherengittern und einer Kette dem

Privatrecht zu unterstellen ist, gegen die der Kläger auch nur privatrechtlich vorgehen kann. Die Rechtsstellung des Klägers, der sein Recht zur Nutzung des Bahnübergangs aus dem Bescheid vom 28. 7. 1963 ableitet, ist der eines Sachbesitzers kraft schuldrechtlichen Anspruchs vergleichbar, dem die Rechtsprechung (vgl etwa RIS-Justiz RS0106815) zur Abwehr von Störungen den Anspruch analog nach § 372 ABGB zugesteht. Privatrecht zu unterstellen ist, gegen die der Kläger auch nur privatrechtlich vorgehen kann. Die Rechtsstellung des Klägers, der sein Recht zur Nutzung des Bahnübergangs aus dem Bescheid vom 28. 7. 1963 ableitet, ist der eines Sachbesitzers kraft schuldrechtlichen Anspruchs vergleichbar, dem die Rechtsprechung vergleiche etwa RIS-Justiz RS0106815) zur Abwehr von Störungen den Anspruch analog nach Paragraph 372, ABGB zugesteht.

3. Der Kläger leitet sein Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren auch aus seiner Rechtsposition als Berechtigter ab, was auch den auf den „besseren Besitz“ beruhenden Anspruch nach § 372 ABGB erfasst. Im Verhältnis zu der ihm auf Grundlage des § 43 Abs 7 EibG (alt) von der Behörde bescheidmäßig zuerkannten Rechtsposition muss die Beklagte als Dritte angesehen werden. Zur Abwehr von deren Störungen ist dem Kläger daher der Anspruch analog zu § 372 ABGB zuzubilligen. Damit ist dem Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren bereits losgelöst von der Frage nach dem Bestehen der vom Kläger behaupteten Servitut stattzugeben. Ob die Beklagte überhaupt berechtigt ist, zur Sicherung eines nichtöffentlichen Eisenbahnübergangs auf solche Maßnahmen zurückzugreifen, muss hier nicht geprüft werden. Diese zählen jedenfalls nicht zu den in der Eisenbahnkreuzungsverordnung taxativ angeführten Sicherungsarten. 3. Der Kläger leitet sein Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren auch aus seiner Rechtsposition als Berechtigter ab, was auch den auf den „besseren Besitz“ beruhenden Anspruch nach Paragraph 372, ABGB erfasst. Im Verhältnis zu der ihm auf Grundlage des Paragraph 43, Absatz 7, EibG (alt) von der Behörde bescheidmäßig zuerkannten Rechtsposition muss die Beklagte als Dritte angesehen werden. Zur Abwehr von deren Störungen ist dem Kläger daher der Anspruch analog zu Paragraph 372, ABGB zuzubilligen. Damit ist dem Beseitigungs- und Unterlassungsbegehren bereits losgelöst von der Frage nach dem Bestehen der vom Kläger behaupteten Servitut stattzugeben. Ob die Beklagte überhaupt berechtigt ist, zur Sicherung eines nichtöffentlichen Eisenbahnübergangs auf solche Maßnahmen zurückzugreifen, muss hier nicht geprüft werden. Diese zählen jedenfalls nicht zu den in der Eisenbahnkreuzungsverordnung taxativ angeführten Sicherungsarten.

VI. Zusammenfassung:römisch sechs. Zusammenfassung:

Seit dem Inkrafttreten von § 79 der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung 1928, DRGBI Pkt II S 541, mit 15. 2. 1941 findet eine Ersitzung von Rechten an nichtöffentlichen Eisenbahnübergängen nicht mehr statt. Ersitzungszeiten, die vor diesem Zeitpunkt zwar begonnen, aber noch nicht abgelaufen waren, können nicht mehr vollendet werden. Hingegen müssen die durch Zeitablauf bis dahin bereits erworbene Rechte voll gewahrt werden.

Weder deren Inkrafttreten noch das Inkrafttreten der nahezu wortgleichen Bestimmungen des § 43 Abs 7 EisbG 1957 bzw § 47a EisbG idGF haben allenfalls bis zum 15. 2. 1941 ersessene Rechte zum Erlöschen gebracht. Seit dem Inkrafttreten von Paragraph 79, der deutschen Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung 1928, DRGBI Pkt römisch zwei S 541, mit 15. 2. 1941 findet eine Ersitzung von Rechten an nichtöffentlichen Eisenbahnübergängen nicht mehr statt. Ersitzungszeiten, die vor diesem Zeitpunkt zwar begonnen, aber noch nicht abgelaufen waren, können nicht mehr vollendet werden. Hingegen müssen die durch Zeitablauf bis dahin bereits erworbene Rechte voll gewahrt werden. Weder deren Inkrafttreten noch das Inkrafttreten der nahezu wortgleichen Bestimmungen des Paragraph 43, Absatz 7, EisbG 1957 bzw Paragraph 47 a, EisbG idGF haben allenfalls bis zum 15. 2. 1941 ersessene Rechte zum Erlöschen gebracht.

Dem Bescheid vom 28. 7. 1963 kommt dingliche Wirkung zu, weswegen der Kläger sein Recht zur Nutzung des Bahnübergangs von seinem Rechtsvorgänger im Eigentum des Grundstücks Nr 498 ableiten kann. Über die in diesem Bescheid genannten Bedingungen hinausgehende Beschränkungen des Nutzungsrechts durch die privatrechtlich agierende Beklagte stellen einen Eingriff in die Rechte des Klägers dar, dem er mit der Klage nach § 372 ABGB entgegentreten kann. Dem Bescheid vom 28. 7. 1963 kommt dingliche Wirkung zu, weswegen der Kläger sein Recht zur Nutzung des Bahnübergangs von seinem Rechtsvorgänger im Eigentum des Grundstücks Nr 498 ableiten kann. Über die in diesem Bescheid genannten Bedingungen hinausgehende Beschränkungen des Nutzungsrechts durch die privatrechtlich agierende Beklagte stellen einen Eingriff in die Rechte des Klägers dar, dem er mit der Klage nach Paragraph 372, ABGB entgegentreten kann.

Die Revision des Klägers erweist sich damit als berechtigt und hat die Abänderung des Teilurteils des Berufungsgerichts zur Folge.

Der Vorbehalt hinsichtlich der Kosten des Verfahrens beruht auf § 392 ZPO. Der Vorbehalt hinsichtlich der Kosten des Verfahrens beruht auf Paragraph 392, ZPO.

Die Erledigung der Revisionen gegen das in zweiter Instanz ergangene Teilurteil ermöglicht noch keinen Kostenanspruch, weil sich das Verhältnis des Prozesserfolgs der Streitteile als Grundlage einer endgültigen Entscheidung über die Kostentragung erst aus dem Endurteil ergeben wird.

Der Rekurs der Beklagten hingegen ist nicht berechtigt.

Insoweit beruht die Entscheidung über die Kosten auf § 52 ZPO. Insoweit beruht die Entscheidung über die Kosten auf Paragraph 52, ZPO.

Textnummer

E108811

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2014:0050OB00030.14V.0904.000

Im RIS seit

29.10.2014

Zuletzt aktualisiert am

22.02.2016

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at