

# TE OGH 1983/12/14 1Ob700/83

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.12.1983

## Norm

ABGB §1455

ABGB §1460

ABGB §1471

EisbG 1957 §20

## Kopf

SZ 56/184

## Spruch

Der Eisenbahnunternehmer kann schon aus öffentlich-rechtlichen Gründen verpflichtet sein, Einfriedungen des Bahnkörpers herzustellen; die Ersitzung eines Rechts eines Anrainers zur Instandhaltung der Einfriedung eines Bahnkörpers kommt daher nur in Betracht, wenn vom Eisenbahnunternehmen, für dieses erkennbar, die Erfüllung einer privatrechtlichen Pflicht in Anspruch genommen wurde

OGH 14. 12. 1983, 1 Ob 700/83 (OLG Linz 4 R 200/82; LG Salzburg 1 Cg 26/81)

## Text

Der Kläger ist Eigentümer mehrerer Grundstücke, die alle an die Trasse der im 19. Jahrhundert errichteten Bahnstrecke Bischofshofen-Wörgl angrenzen. Entlang der Grenze zwischen Weideland und Bahntrasse wurde von der beklagten Partei, den Österreichischen Bundesbahnen, oder deren Rechtsvorgängerin ein Zaun errichtet und bis 1980 alljährlich zwischen Schneeschmelze und Viehauftrieb instand gesetzt. Der Kläger meldete beim zuständigen Bahnwärter die schadhaften Zaunstellen und ersuchte den Bahnwärter, die zuständige Bahnmeisterei zu verständigen. Der Zaun wurde dann jedesmal instand gesetzt; wenn dies nicht sachgemäß geschah, brachte der Kläger beim Bahnwärter eine Beanstandung vor. Als im Jahre 1973 oder 1974 in der Nähe einer Mauer der Zaun nicht ordentlich geschlossen wurde und Kälber auf den Bahnkörper gelangten, teilte der Kläger dies dem Bahnwärter mit und wies ihn auch auf die Dringlichkeit hin. Nach Rücksprache mit dem Bahnmeister erklärte der Bahnwärter, daß der Zaun zwar nicht unverzüglich repariert werden könne, weil Samstag sei und keine Leute zur Verfügung stunden, daß dies jedoch am nächsten Montag geschehen werde; diese Zusage wurde dann auch tatsächlich eingehalten. Etwa im Jahre 1960 verlangte Josef E, dessen Grundstücke auch an die Bahntrasse angrenzen, von der beklagten Partei eine Zaunreparatur. Der zuständige Bahnmeister schlug ihm vor, sich den Zaun "ablösen" zu lassen, womit Josef E jedoch nicht einverstanden war, weil er fürchtete, die beklagte Partei werde, wenn sie den Zaun über viele Jahre nicht errichten und erhalten müsse, eine Verpflichtung überhaupt bestreiten. Er nahm daher auch den Vorschlag des Bahnmeisters, das gesamte für die Zaunerrichtung notwendige Material bereitzustellen und die Arbeitsstunden zu vergüten, nicht an. Schließlich kam eine Einigung in der Weise zustande, daß Josef E am 14. 3. 1961 vom Vorstand der Streckenleitung Wörgl eine Bestätigung ausgestellt wurde, daß der beklagten Partei die Erhaltung des Zauns entlang

der Grundstücke des Anrainers Josef E obliege. Josef E hatte keine Kenntnis von der konkreten Grundlage dieser Verpflichtung; es war für ihn immer selbstverständlich, daß die beklagte Partei den Zaun errichte und er dies auch verlangen könne.

Der Kläger stellte das Begehren, es werde festgestellt, daß die beklagte Partei dem jeweiligen Eigentümer der Grundstücke 281, 332/1, 333/1, 334/1, 349, 355/2, 355/3, 407/1, 408/1, 408/2, 452/2 und 455/2 je KG L verpflichtet sei, gegen den Bahnkörper eine Abzäunung vorzunehmen, die den Übertritt weidenden Viehs auf den Bahnkörper hindert, und führte aus, es sei bei Errichtung der Bahnlinie Bischofshofen-Wörgl in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts mit den k. k. Staatsbahnen eine Vereinbarung getroffen worden, wonach der Bahnunternehmer verpflichtet sei, Zäune entlang der Bahntrasse zu errichten und zu erhalten. Im übrigen bestehe diese Verpflichtung auch deshalb, weil er das entsprechende Recht ersessen habe; das Eisenbahnunternehmen sei seiner Aufforderung zur Instandsetzung der Zäune stets widerspruchslos nachgekommen.

Die beklagte Partei beantragte Abweisung des Klagebegehrens. Das vom Kläger behauptete Übereinkommen sei nicht zustande gekommen. Die beklagte Partei habe nur in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung oder deshalb Zäune errichtet oder instand gesetzt, um mit den Anrainern ein gutes Einvernehmen herzustellen. Der Eisenbahnverkehr werde heute durch weidendes Vieh nicht mehr gefährdet, sodaß die Erhaltung der Zäune vor zehn Jahren eingestellt worden sei. Für den Kläger sei stets erkennbar gewesen, daß die beklagte Partei keinen privatrechtlichen Anspruch habe erfüllen wollen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehr statt und stellte fest:

Der Kläger sei auf Grund der von der beklagten Partei ständig eingehaltenen Übung, die Zäune zu reparieren, sowie auf Grund der allgemeinen, von Generation zu Generation weitergegebenen Überlieferung der Meinung gewesen, daß die beklagte Partei verpflichtet sei, für die Zaunerhaltung zu sorgen, und daß er das Recht habe, dies von ihr zu fordern. Da die schadhaften Zaunstellen stets repariert worden seien, habe für ihn kein Anlaß bestanden, an diesem Recht bzw. der entsprechenden Verpflichtung der beklagten Partei zu zweifeln. Er habe angenommen, daß die beklagte Partei die Verpflichtung zur Zaunerrichtung und -erhaltung anlässlich des Baues der Bahntrasse übernommen habe, ohne jedoch Genaues über entsprechende Vereinbarungen oder Verträge zu wissen. Da der Zaun bis zum Jahre 1980 auf Bekanntgabe hin immer wieder instand gesetzt worden sei, habe er auch keine Veranlassung gehabt, diese Frage mit der beklagten Partei grundsätzlich zu erörtern oder eine schriftliche Bestätigung zu fordern. Ebenso wie der Kläger und Josef E habe ein Großteil der Bauern von L, deren Grundstücke an die Bahntrasse angrenzen, überliefert erhalten, daß die beklagte Partei die Verpflichtung zur Errichtung und Erhaltung der Zäune treffe und sie ein Recht hätten, von der Bahnverwaltung die Erfüllung dieser Pflicht zu fordern.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, ein vertraglicher Titel zur Errichtung bzw. Erhaltung der Zäune habe zwar nicht festgestellt werden können, die beklagte Partei bzw. ihre Rechtsvorgänger hätten die Zäune im Gebiet von L aber seit Errichtung der Bahn bis zirka 1980 über Aufforderung stets instand gehalten, sodaß der Kläger das Recht, von der Bahnverwaltung die Instandsetzung der Zäune zu verlangen, ersessen habe. Dem Kläger komme auch Redlichkeit der Besitzausübung zu; das Feststellungsinteresse sei zu bejahen.

Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung der beklagten Partei nicht Folge. Es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes 60 000 S übersteigt. Das Berufungsgericht übernahm die Tatsachenfeststellungen des angefochtenen Urteils und führte in rechtlicher Hinsicht aus, der beklagten Partei könne nur darin beigepflichtet werden, daß § 20 Abs. 3 EisbG 1957, nicht anders als die früheren einschlägigen Bestimmungen, kein subjektives öffentliches Recht auf Herstellung von Einfriedungen gewähre. Damit scheide diese Bestimmung als Grundlage für die in Anspruch genommene Reallast aus, doch bleibe die Möglichkeit des Rechtserwerbes durch Ersitzung unberührt. Gemäß § 1477 ABGB bedürfe es im Falle der uneigentlichen (langen) Ersitzung, die sich auf einen Zeitraum von 30 oder 40 Jahren stütze, nicht der Angabe eines Erwerbstitels. Für die Möglichkeit der Ersitzung der Reallast sei es ohne Belang, ob die Rechtsordnung das vom Kläger in Anspruch genommene Recht, das umgekehrt die Verpflichtung der beklagten Partei beinhalte, der beklagten Partei auch als öffentlichrechtliche Verpflichtung auferlege. So könne etwa auch an einem öffentlichen Weg grundsätzlich ein Privatrecht ersessen werden; die öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Gestattung des Gemeingebräuchs stehe dem Erwerb eines Privatrechts durch Ersitzung nicht entgegen. Im vorliegenden Fall habe das Erstgericht unbedenklich festgestellt, daß der Kläger die Verpflichtung der beklagten Partei stets als sein Recht aufgefaßt und Zaunschäden von

der beklagten Partei über Aufforderung stets behoben worden seien. Bei Verspätung oder Mangelhaftigkeit der Ausbesserungen sei mit Erfolg urgert worden. Diese Feststellungen ließen sich als erkennbare beiderseitige Willensbekundung iS des § 313 ABGB verstehen, zumal der Besitz bejahender Rechte, zB einer Reallast, schon dadurch erlangt werde, daß man sich das Betreffende, sei es auch nur ein einziges Mal, als Recht leisten lasse (SZ 14/117). Es sei nicht notwendig, daß der Besitzerwerber etwas als Recht geradezu fordere - wie dies der Regelfall sei -, es genüge, daß er die Leistung als Recht in Empfang nehme, also bei Empfangnahme den Willen habe, ein Recht auszuüben. Daß die beklagte Partei tatsächlich bei Erbringung ihrer Leistungen diese Auffassung vertreten habe, ergebe sich ua. aus der vom Erstgericht festgestellten Tatsache, daß sie in Einzelfällen den Bauern eine Ablöse der Zaunerhaltungspflicht vorgeschlagen und sich mit einem Bauern dahin geeinigt habe, ihm die Zaunerhaltungspflicht schriftlich zu bestätigen.

Über Revision der beklagten Partei änderte der Oberste Gerichtshof die Urteile der Vorinstanzen dahin ab, daß er das Klagebegehren abwies.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus den Entscheidungsgründen:

Eine zwischen den Streitteilen zustande gekommene privatrechtliche Vereinbarung, daß die beklagte Partei zur Erhaltung der die Grundstücke des Klägers vom Bahnkörper trennenden Abzäunung verpflichtet sei, haben die Vorinstanzen nicht festgestellt. Sie nahmen vielmehr an, daß der Kläger das Recht, die Ausbesserung der Abzäunung zu begehrn, durch redliche Besitzausübung erworben habe. Den Vorinstanzen ist darin beizupflichten, daß die Verpflichtung zur Ausbesserung eines Zaunes Inhalt eines privatrechtlichen Anspruchs sein kann. Gemäß § 312 letzter Satz ABGB wird der Rechtsbesitz durch den Gebrauch des Rechts im eigenen Namen erworben. Bei bejahenden Rechten, die auf Leistung eines anderen gerichtet sind, wird das Recht dadurch erworben, daß der andere, zur Erfüllung aufgefordert, die Leistung erbringt (vgl. Koziol Welser, Grundriß[6], II 26; Spielbüchler in Rummel, ABGB, Rdz. 1 zu § 313). Ein Recht, das auf in der Regel wiederkehrende Leistungen des jeweiligen Eigentümers eines Grundstückes gerichtet ist, ist als Reallast zu qualifizieren (Koziol - Welser aaO 135) und kann gemäß § 1471 ABGB durch Ersitzung erworben werden (Klang in Klang[2], VI 573, 588 f.). Im vorliegenden Fall war und ist das Recht, dessen Ersitzung der Kläger behauptet, aber auch Inhalt einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung der beklagten Partei. Gemäß § 10 lit. d der Verordnung des Ministeriums für Handel, Gewerbe und öffentliche Bauten vom 14. 9. 1854, RGBl. Nr. 238, hat die Eisenbahnunternehmung für eine Einfriedung (Absperrung) zu sorgen, wenn "... aus öffentlicher Rücksicht nach der Weisung der competenten Behörde eine Absperrung der Bahn sich als notwendig zeigt". Der Verwaltungsgerichtshof sprach in seinem Erkenntnis vom 21. 11. 1888, Slg. 4358, aus, "es handelt sich bei derlei Maßnahmen vor allem um den Schutz des Bahnkörpers und des Verkehrs auf demselben, im vorliegenden Falle daher um die tunlichste Verhinderung des Betretens des Bahnkörpers durch das Weidevieh und wenn diese aus öffentlichen Rücksichten getroffene Anordnung in weiterer Linie auch den anrainenden Besitzern des Weideviehs zugute komme, so kann dieselbe umsoweniger als ein Recht derselben bezeichnet werden, als ihnen nach § 97 der Eisenbahnbetriebsordnung vom 16. 11. 1851, RGBl. Nr. 1 ex 1852, die Pflicht der Abhaltung ihres Weideviehs von dem Betreten der Bahn obliegt". Diese Regelung wurde durch § 10 Abs. 1 lit. d des "Eisenbahnkonzessionsgesetzes idF des Bundesgesetzblattes Nr. 2 von 1929", das eine Wiederverlautbarung der Bestimmungen der Eisenbahnkonzessionsverordnung 1854 darstellt, aufrechterhalten. Die mit Verordnung vom 6. 2. 194 I, RGBl. 1941 I 74, eingeführte, wenn auch nur eingeschränkt (§ 2) angewendete Eisenbahn-, Bau- und Betriebsordnung vom 17. 7. 1928, RGBl. II 541, sah in § 18 Abs. 1 vor, daß Einfriedungen zwischen der Bahn und ihrer Umgebung anzulegen sind, wo die Gestaltung der Bahn oder die gewöhnliche Bahnbewachung nicht hinreichend erscheint, vom Betreten der Bahn abzuhalten. Nunmehr ordnet § 20 Abs. 3 EisbG 1957, BGBl. Nr. 60, an, daß zwischen der Eisenbahn und ihrer Umgebung vom Eisenbahnunternehmer auf seine Kosten Einfriedungen oder Schutzbauten herzustellen, zu erhalten und zu erneuern sind, soweit dies aus Sicherheitsgründen erforderlich ist. Ob diese Erfordernis vorliegt, wird im eisenbahnrechtlichen Baugenehmigungsverfahren festgestellt. Erweist sich später eine Abweichung vom bestehenden Zustand als erforderlich, so hat die Kosten der Herstellung, Erhaltung und Erneuerung der zu tragen, der sie verursacht hat. Diese Bestimmungen finden gemäß § 20 Abs. 3 letzter Satz EisbG 1957 keine Anwendung, soweit eine andere Vereinbarung besteht oder getroffen wird. Die Pflicht zur Errichtung bzw. Erhaltung von Abgrenzungen gegenüber dem Bahnkörper war demnach stets im öffentlichen Recht geregelt.

Das Berufungsgericht verwies zur Unterstützung seiner Rechtsmeinung auf die ständige Rechtsprechung, wonach auch an öffentlichem Gut die Ersitzung von Privatsachen möglich sei; die öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Gestattung

des Gemeingebräuchs stehe dem Erwerb eines Privatrechts nicht entgegen. Das Berufungsgericht übersieht aber, daß der OGH stets betonte, daß der Erwerb eines Privatrechts durch Ersitzung an einem öffentlichen Weg nur dann in Betracht kommt, wenn eine Benützung außerhalb des Rahmens des Gemeingebräuchs erfolgt (EvBl. 1973/113; SZ 31/71; EvBl. 1961/296). Es müsse für den Eigentümer der Liegenschaft erkennbar sein, daß ein vom Gemeingebräuch verschiedenes Privatrecht in Anspruch genommen wird (MietSlg. 29 014; SZ 41/86; SZ 31/71; SZ 5/56). Auch in der Entscheidung GIUNF 4597 wurde ausgesprochen, daß die (im öffentlichen Recht begründete) Verpflichtung zur Erhaltung von Gemeindewegen nur dann als privatrechtliche Reallast in Anspruch genommen und ersessen werden könne, wenn besondere Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, daß es sich um eine privatrechtliche Verpflichtung der beklagten Partei handle; die fragliche Leistung müßte als eine auf dem Gemeinschaftsgut haftende Last gefordert worden sein. Diese Erwägungen kommen auch hier zum Tragen. Auf ein durch Ersitzung erworbenes Recht, von der beklagten Partei die Zaunerhaltung zu fordern, könnte sich der Kläger nur dann berufen, wenn dargetan wäre, daß er, für die beklagte Partei erkennbar, einen privatrechtlichen Anspruch geltend mache und die beklagte Partei bzw. ihre Rechtsvorgänger mit der vom Kläger geforderten und ihm erbrachten Leistung nicht nur ihrer im öffentlichen Recht begründeten Verpflichtung entsprechen, sondern auch eine dem Kläger gegenüber bestehende privatrechtliche Verpflichtung erfüllen wollten. Die getroffenen Feststellungen bieten für eine solche Annahme jedoch keine hinreichende Grundlage. Der Kläger hat nur, wie die meisten Bauern, deren Grundstücke an die Bahntrasse der beklagten Partei grenzen, angenommen, daß ihm ein Anspruch auf Zaunerrichtung und Zaunerhaltung zustehe, doch wurde die Frage, ob tatsächlich ein im Privatrecht begründeter Anspruch besteht und die beklagte Partei auf Grund einer privatrechtlichen Verpflichtung Leistungen erbringt, nicht klargestellt. Der Umstand allein, daß möglicherweise die Notwendigkeit, zur Sicherung des Bahnbetriebes Abzäunungen vorzunehmen, nicht erst im Jahre 1980, sondern schon früher weggefallen ist und die beklagte Partei demnach Ausbesserungsarbeiten schon früher hätte einstellen können, änderte für sich allein noch nichts am Charakter der von der beklagten Partei erbrachten Leistung als einer im öffentlichen Recht (vermeintlich) begründeten. Auch eine Bestätigung, wie sie dem Anrainer Josef E vom Vorstand der Streckenleitung Wörgl am 14. 3. 1961 ausgestellt wurde, läßt schon wegen der offenbar mangelnden Berechtigung, für die beklagte Partei rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben, nicht zweifelsfrei erkennen, daß die beklagte Partei die Zaunerhaltung als Erfüllung einer im Privatrecht begründeten Reallastverpflichtung vornahm.

Eine Klarstellung iS einer privatrechtlichen Verpflichtung hätte durch vertragliche Regelung und Intabulierung § 12 GBG erfolgen können. Verhandlungen über die Ablöse der Zaunerhaltungspflicht wurden mit dem Kläger nicht geführt, sodaß solche auch zur Bejahung der Frage, ob der Kläger ein Privatrecht ausübt und die beklagte Partei eine im Privatrecht begründete Leistung erbrachte, nicht ins Treffen geführt werden können. Dem Kläger ist insgesamt der Beweis, daß die beklagte Partei von ihr geforderte Leistungen auf Grund einer privatrechtlichen Verpflichtung erbracht habe, nicht gelungen.

#### **Anmerkung**

Z56184

#### **Schlagworte**

Anrainer, Ersitzung des Rechts zur Instandhaltung der Einfriedung eines, Bahnkörpers, Bahnkörper, Ersitzung des Rechts zur Instandhaltung der Einfriedung, Eisenbahnunternehmer, Ersitzung des Rechts zur Instandhaltung der, Einfriedung eines Bahnkörpers, Nachbar, s. a. Anrainer

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1983:0010OB00700.83.1214.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19831214\_OGH0002\_0010OB00700\_8300000\_000

**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](http://www.jusline.at)