

Wegefreiheit im Bergland¹

I. EINLEITUNG	2
A. ENTWICKLUNG DES RECHTS ZUM BETRETEN DES BERGLANDES.....	2
B. UNTERSCHIEDUNG VON WALD UND ALPINEM ÖDLAND.....	2
C. GEWOHNHEITSRECHT ZUM BETRETEN DES BERGLANDES.....	3
II. FORMEN DER ERHOLUNG UND BERGSPORTAUSÜBUNG	4
A. WANDERN	4
1. <i>Betretungsfreiheit des Waldes</i>	4
a) Inhalt des forstrechtlichen Gemeingebrauches	4
b) Räumlicher Geltungsbereich	5
2. <i>Betretungsfreiheit des alpinen Ödlands</i>	5
3. <i>Akzessorische Rechte und Abgrenzungsfragen</i>	6
a) Sammeln von Mineralien, Schwammerln, Beeren und Kräutern.....	6
c) Höhlenschutz	7
d) Almschutz	7
B. ALPINISTIK.....	7
1. <i>Bergsteigen und Sportklettern</i>	7
a) Im Wald	7
b) Im alpinen Ödland	9
2. <i>Wintersport</i>	9
C. SONSTIGER BERGSPORT.....	9
1. <i>Mountainbiken</i>	9
2. <i>Start eines Para- bzw Hängegleiters</i>	10
III. AUSBLICK	10

¹ Vortrag gehalten am 27. Oktober 2001 im Rahmen des Symposiums „Psyche und Berg“. Soweit Landesgesetze anwendbar sind, wurde in erster Linie die Rechtslage in Niederösterreich untersucht. Für die Publikation wurde der Vortragsstil beibehalten, Literatur und Judikatur wurden ergänzt.

I. Einleitung

A. Entwicklung des Rechts zum Betreten des Berglandes

„Ich ging im Walde
so für mich hin,
und nichts zu suchen,
das war mein Sinn.“

Johann Wolfgang von Goethe

Anhand dieses Goethe-Verses hat der österreichische Privatrechtslehrer *Franz Gschnitzer* am Österreichischen Juristentag 1967 das Recht zum Betreten des Waldes als ein Beispiel des Gewohnheitsrechtes erörtert². Nähert man sich dem juristischen Kern des Gedichtes, ist in der Tat zu fragen, ob Goethe denn hiezu die Erlaubnis des Eigentümers hatte, oder ob er, wie wir alle nicht schon seit eh und je einfach so „in den Wald gehen“ ohne uns besonders zu fragen, ob wir dies denn tun dürfen. In Anschluss an den Österreichischen Juristentages 1967 gefragt, gibt es Gewohnheitsrecht zum Betreten des Waldes?

Nun könnte eingewendet werden: Was interessiert dieser auf verfassungsrechtliche Grundsatzfragen zur Geschlossenheit des Rechtsquellensystems der österreichischen Bundesverfassung³ zurückgehende Gelehrtenstreit aus den 60er Jahren, ist dies doch dank Bruno Kreisky schon lange gesetzlich geregelt? Und richtig, schon die Regierungserklärung des Kabinetts Kreisky vom 27. April 1970 bringt das im ForstG 1975 umgesetzte Anliegen klar zum Ausdruck: „Für dichtbesiedelte Industrieländer haben die Dienstleistungsfunktionen des Waldes, das sind die Schutz- und die Wohlfahrts-, besonders die Erholungswirkung eine der Nutzwirkung zumindest gleichrangige Bedeutung, die in der Zielsetzung der Forstpolitik weniger denn je vernachlässigt werden kann.“ Seinen Niederschlag fand dieses Ziel insbesondere in der Vorschrift des § 33 Abs 1 ForstG 1975⁴, wonach jedermann den Wald zu Erholungszwecken betreten und sich dort aufhalten darf. Der neu geschaffene § 33 Abs 1 ForstG zog damit für den Wald einen Schlussstrich unter eine langjährige rechtswissenschaftliche Diskussion, ob „das Wandern“ aufgrund von Gewohnheitsrecht erlaubt oder nur mit - wenngleich oftmals vermuteter (§ 863 Abs 2 ABGB) - Zustimmung des Eigentümers zulässig ist⁵.

B. Unterscheidung von Wald und alpinem Ödland

Was das Betreten des Berglandes betrifft ist aber nur die halbe Wahrheit. Die ganze Wahrheit ist, dass die Vorschrift des § 33 Abs 1 ForstG keineswegs für die Bergsportausübung im gesamten Bergland gilt. Dies jedoch nicht allein deshalb, weil etwa moderne Sportarten, wie das Mountainbiken weiterhin der Zustimmung des Eigentümers bedürfen (§ 33 Abs 3 ForstG), sondern weil § 33 Abs 1 ForstG eben nur im Wald gilt. Wald im Sinne des § 1 ForstG sind jene mit den im Anhang zum Forstgesetz angeführten Forstgewächsen bestockte Grundflächen, soweit die Bestockung mindestens eine Fläche von 1000 m² und eine

² *Gschnitzer*, Gibt es noch Gewohnheitsrecht? 3. ÖJT II/6, 24 (36 ff).

³ *Merli*, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995) 349, FN 28.

⁴ Forstgesetz 1975, BGBl 1975/440.

⁵ So *Malaniuk*, Österreichisches Bergsportrecht² (2000) 45 mwH.

durchschnittliche Breite von 10 m erreicht. Waldlichtungen und vereinzelt größere Abstände zwischen den Bäumen hindern die Waldeigenschaft nicht⁶. Für das Recht zum Betreten des alpinen Berglandes bedeutet dies aber, dass die Geltung des Betretungsrechts nach § 33 Abs 1 ForstG spätestens an der Baumgrenze endet. Bedeutet dies aber, dass das Betreten des alpinen Ödlandes oberhalb des Waldes verboten beziehungsweise von der Zustimmung des Eigentümer abhängig ist? Das wäre doch ein überaus überraschendes Ergebnis.

Nun wird man fragen: „Warum hat das der Kreisky nicht gleich mitgeregelt?“ Der Grund hierfür ist in den Kompetenzartikeln der österreichischen Bundesverfassung zu suchen, welche die Regelung der Angelegenheiten des Forstwesens dem Bund zuweist (Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG), die Regelung des Betretens des alpinen Ödlandes aber den Ländern vorbehält (Art 15 Abs 1 B-VG). Wenn man am Schneeberg also nördlichen und südlichen Grafenstein geht, wechselt man in regelmäßigen Abständen von Bundesrecht in Landesrecht - für Juristen erklärbar, für den Bürger schlicht unerfindlich! Es kommt aber noch besser: Betrachtet man nämlich die einzelnen Landesgesetze ist das Ergebnis wiederum nicht eindeutig, ist doch Art und Ausmaß der Regelung des Betretens des alpinen Ödlandes keineswegs einheitlich geregelt. Manche Länder, darunter das Bergsteigerland Tirol aber auch Niederösterreich, haben auf eine Regelung des Gegenstandes überhaupt verzichtet. Dieser Befund ist gewiss kein Ruhmesblatt für den NÖ Landesgesetzgeber, es sei denn, er hätte nicht gewusst, dass es im örtlichen Geltungsbereich seiner Gesetzgebungsbefugnisse kein alpines Ödland - wie am Schneeberg - gäbe.

So leid es mir tut, dieser Befund führt uns wieder zurück zum Gelehrtenstreit, ob das Betreten des Berglandes gewohnheitsrechtlich erlaubt ist oder nicht. Ein Rückblick auf die frühere Rechtslage lohnt sich aber auch für den Schwammerlsucher, weil das Schwammerlsammeln aber auch das Pflücken von Blumen, Beeren und Kräutern nach dem ForstG nicht ausdrücklich gestattet wird. Dazu aber später.

C. Gewohnheitsrecht zum Betreten des Berglandes

Nach *Antoniolli*⁷ ist Gewohnheitsrecht die von der Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen getragene, rechtsverbindlich gewordene ständige Übung. Was das Betreten des Berglandes betrifft, beschäftigen sich bereits Mitte der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts einige Autoren mit der Problematik des Fehlens eindeutiger Bestimmungen hinsichtlich der Waldbetretung⁸ und schon damals wurde vertreten, dass das Betreten des Waldes auf Grund von Gewohnheit gestattet wäre⁹, ohne dass dem Eigentümer allgemeine Beschränkungsbefugnisse zukämen. Dieser These wurde die Auffassung entgegengehalten, dass § 354 ABGB, wonach jeder Eigentümer mit seiner Sache nach freiem Belieben schalten und walten kann, auch auf den Waldeigentümer zutrefte. Und weiter: Die allgemeine Übung, dass gegen das freie Betreten des Waldes nichts eingewendet wurde, könne nach den im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen nur als (konkludente) Zustimmung im Sinn des § 863 Abs 2 ABGB gedeutet werden, sodass das Betreten des Waldes auch vor Erlassung des Forstgesetzes 1975 nicht rechtswidrig war, sondern im Zweifel mit der schlüssigen Einwilligung des Eigentümers geschah¹⁰.

Diese weitgehend theoretisch wirkende Differenzierung hätte, würde sie von den Eigentümern ernst genommen werden, erhebliche Auswirkungen. Nimmt man nämlich Gewohnheitsrecht an, so wären den gewohnheitsrechtlich garantierten Gemeingebrauch einschränkende Verbote

⁶ VwGH 19.12.1994, ZfVB 1996/972.

⁷ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 78.

⁸ *Malaniuk* (FN 5) 45 mwH.

⁹ *Schmitt*, Touristik- und Jagdrecht, ÖTZ 1889, 283.

¹⁰ *Malaniuk* (FN 5) 45.

des Grundeigentümers, etwa durch das Aufstellen von Schildern, gesetzwidrig, nimmt man hingegen bloß eine schlüssige Einwilligung des Eigentümers an, so könnte diese jederzeit durch ausdrückliche Erklärung widerrufen werden. Motto: „Durchgang bis auf Widerruf gestattet“.

Es ist an der Zeit die Karten auf den Tisch zu legen: Ich selbst halte die Auffassung der wohl einschlägigsten Untersuchung dieses Gegenstandes, der Habilitationsschrift von *Franz Merli* für zutreffend, welcher die Existenz von Gewohnheitsrecht zum Betreten des Berglandes vorsichtig bejaht¹¹. Wie *Merli* zu Recht ausführt, wird der Nachweis der „ständigen Übung“ für das Wandern und vor allem für Schitouren nicht schwer fallen. Das Problem freilich liegt in der Rechtsüberzeugung: Ginge sie dahin, dass Wanderer und Tourengänger annähmen, dass der Eigentümer das Betreten nur freiwillig duldet, entstand kein vom ABGB abweichendes Gewohnheitsrecht. Nur die Nutzer der Meinung waren, der Eigentümer habe gar keine Ausschlussbefugnis, kann sich Gewohnheitsrecht entwickelt haben. Dieser Nachweis ist nach *Merli*¹² aber mangels gerichtsanhängiger strittiger Fälle überaus schwer zu führen. Unter Alpinisten ist man sich wohl einig, dass sie das Bergland nicht deswegen betreten, weil sie glauben, es werde s freiwillig geduldet, sondern dies in der Rechtsüberzeugung tun, dass dem Eigentümer gar keine Ausschlussbefugnis zukomme. Der Verfassungsgerichtshof¹³ folgt im Ergebnis dieser Auffassung, dass nämlich ein allgemeines Recht zum Betreten des Waldes besteht, offenbar der Gerichtshof jedoch nicht die Auffassung vertritt, es handle sich hierbei um Gewohnheitsrecht.

Ergänzend sei hinzugefügt: Käme man zum Schluss, dass kein Gewohnheitsrecht entstanden ist, werden die meisten Steige durch allgemeine Nutzung Berg für Berg als unregelmäßige Dienstbarkeiten ersessen worden sein, die – analog zur Rechtsprechung zu Wegerechten und Schiabfahrten¹⁴ – den Gemeinden zuzuschreiben wären, aber der Allgemeinheit einen Titel zur Nutzung verleihen¹⁵. Für die allermeisten Steige am Schneeberg, wie Faden- oder Grafensteig würde ich dies ohne weiteres annehmen. Solange der Bund oder andere Gebietskörperschaften, wie etwa die Gemeinde Wien, Eigentümer des Berglandes sind, besteht überdies eine sehr weitergehende Verpflichtung des Staates zur Selbstbeschränkung in Ausübung seiner Eigentümerbefugnisse gegenüber den Bürgern aus dem Gleichheitssatz (Fiskalgeltung der Grundrechte)¹⁶ - Dazu noch später.

II. Formen der Erholung und Bergsportausübung

A. Wandern

1. Betretungsfreiheit des Waldes

a) *Inhalt des forstrechtlichen Gemeingebrauches*

Gemäß § 33 Abs 1 ForstG darf jedermann Wald zu Erholungszwecken betreten und sich darin aufhalten; § 33 Abs 2 ForstG nimmt bestimmte Flächen, wie von der Behörde gesperrte Gebiete, bestimmte Flächen mit forstbetrieblichen Einrichtungen oder Wiederbewaldungsflächen vom allgemeinen Betretungsrecht aus. Nach § 33 Abs 3 ForstG ist eine über Abs 1 hinausgehende Benützung, wie Lagern bei Dunkelheit, Zelten, Befahren oder Reiten nur auf Grund der Zustimmung des Grundeigentümers zulässig. § 33 Abs 4 ForstG

¹¹ *Merli* (FN 3) 350.

¹² *Merli*, aaO.

¹³ VfSlg. 10.292/1984.

¹⁴ *Aicher*; Das Recht der Wintersportausübung auf fremden Grund in Steiermark und Kärnten, in: *Sprung/König* (Hrsg), Das österreichische Schirecht (1977) 5 (28).

¹⁵ *Merli* (FN 3) 351.

¹⁶ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen der staatlichen Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 146 ff; *Merli*, aaO.

enthält besondere Regelungen für die Benützung von Forststraßen durch Hüttenwirte und Fahrzeuge im Rettungseinsatz.

Der Inhalt des forstrechtlichen Gemeingebrauches des § 33 Abs 1 ForstG ist somit zweifach umschrieben: Einerseits durch die Tätigkeit („Betreten“ und „sich aufhalten“), andererseits final („zu Erholungszwecken“). Nähme man letztere Einschränkung „zu Erholungszwecken“ ernst, hätte dies weitreichende Auswirkungen, etwa für den waldlaufenden Berufssportler, den professionellen Landschaftsmaler und Ski- und Bergführer (nicht aber für die Geführten), aber auch den Jäger außerhalb des eigentlichen Jagdgebietes¹⁷. Eine derart engherzige Interpretation ist aber, wie sich insbesondere aus einem Umkehrschluss zu § 33 Abs 3 ForstG ergibt, nicht anzunehmen, sodass auch der Berg- und Skiführer, welcher eine Gruppe durch den Wald führt, das Recht des freien Betretens des Waldes für sich in Anspruch nehmen kann. Erlaubt ist daher jegliche Fortbewegung im wesentlichen ohne mechanische Hilfsmittel. Eine weitergehendere kommerzielle Nutzung als die des Bergführers, wie etwa die Abhaltung von Sportveranstaltungen gegen Nenngeld, wird hingegen die Grenzen des § 33 Abs 1 ForstG überschreiten.

Erlaubt ist weiters das „sich Aufhalten“ im Wald. Dies gestattet dem Wanderer das Rasten etwa für Jause, aber auch das (Ball-) Spielen von Kindern oder etwa auch das Bogenschießen oder vergleichbare Tätigkeiten, solange keine wesentliche Beanspruchung des Waldbodens oder keine primär kommerzielle Nutzung erfolgen. Das Lagern bei Dunkelheit und das Zelten ist gemäß § 33 Abs 3 ForstG nur mit Zustimmung des Waldeigentümers gestattet. Das Entzünden oder Unterhalten von Feuer und der unvorsichtige Umgang mit feuergefährlichen Gegenständen, wie etwa das Wegwerfen von brennenden oder glimmenden Zündhölzern oder Rauchwaren ist gemäß § 40 Abs 1 ForstG verboten. Zum Entzünden oder Unterhalten von Feuer im Wald sind nur der Waldeigentümer sowie seine Forst- und Jagdschutzorgane befugt (§ 40 Abs. 2 Forstgesetz); für ständige Zelt- oder Lagerplätze kann die Forstbehörde Ausnahmen bewilligen (§ 40 Abs. 3 Forstgesetz). Eine Übertretung dieser Verhaltenspflichten ist verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert.

b) Räumlicher Geltungsbereich

Wie eingangs erwähnt, erstreckt sich der räumliche Geltungsbereich der Betretungserlaubnis nach ForstG lediglich auf den Wald. Jedem Alpinisten ist klar, dass dies keine eindeutige Grenze ist, sondern der Übergang zur Alpinlandschaft fließend ist. Der Forstgesetzgeber bezeichnet die Übergangszone als sogenannte „Kampfzone des Waldes“ (§ 2 Abs 2 ForstG), in der nach wohl herrschender Auffassung § 33 ForstG noch anzuwenden ist. Vereinfacht gesagt endet daher die forstrechtliche Betretungsfreiheit in aller Regel an der Baumgrenze. Waldlichtungen und vereinzelt größere Abstände zwischen den Bäumen hindern die Waldeigenschaft nicht¹⁸, weiterhin unter den Waldbegriff fallen auch etwa in Folge Kahlhiebs, Windwurfs, Brand oder Lawinenabgangs vorübergehend unbestockte Flächen. Andererseits zählen Almen, das alpine Ödland oder nicht bewaldete Tallandschaften nicht zum Wald, und zwar auch nicht zum Wald im Rechtssinne, und dürfen diese daher zumindest nicht auf Grund von § 33 ForstG betreten werden.

2. Betretungsfreiheit des alpinen Ödlands

Die Untersuchung des Betretungsrechts insbesondere niederösterreichischen Berglandes, sei es Alm oder alpines Ödland führt daher zu der eingangs skizzierten Diskussion um die Geltung von Gewohnheitsrecht zurück. Während in Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark und Vorarlberg das prinzipiell freie Betreten des Berglandes landesgesetzlich

¹⁷ Merli (FN 3) 324.

¹⁸ VwGH 19.12.1994, ZfVB 1996/972.

garantiert wird, fehlen im Bergsteigerland Tirol, aber auch in Niederösterreich solche Bestimmungen¹⁹. Für Tirol ist das Fehlen vergleichbarer Vorschriften möglicherweise historisch begründbar, im Übrigen aber ebenso wie für Niederösterreich schlicht unverständlich, bleibt die Naturraumnutzung für den Erholungsuchenden aber auch für den Grundeigentümer mit einiger Unsicherheit behaftet.

Folgt man dem auch von mir für zutreffend erachteten Ansatz der Annahme von Wohnheitsrecht, ist im alpinen Ödland das Wandern, Bergsteigen, Tourenskifahren, Langlaufen und sind Eis- und Gletschertouren, gewohnheitsrechtlich gestattet. Aber auch das Klettern in Fels und Eis unter Zuhilfenahme von Sicherungsmitteln, die nicht die Struktur des Felsens verändern, wie Normalhaken, Klemmkeile, Friends, Eishaken und Eisschrauben ist wohl gewohnheitsrechtlich gestattet und entgegenstehende Anordnungen der Grundeigentümer sind unwirksam. In diesem Zusammenhang ist aber auf die Untersuchung von *Malaniuk* über das österreichische Bergsportrecht hinzuweisen, welcher die Existenz von Wohnheitsrecht verneint und daher wohl zum Ergebnis kommen muss, dass in Tirol und Niederösterreich der Grundeigentümer, sofern nicht etwa die Gemeinde eine Servitut eines Touristenweges ersessen hat, das Betreten der unbewaldeten Talböden und des Gebirges verbieten kann²⁰.

3. Akzessorische Rechte und Abgrenzungsfragen

a) Sammeln von Mineralien, Schwammerln, Beeren und Kräutern

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass das ForstG das Pflücken und Sammeln von Blumen, Schwammerln, Beeren und Kräutern nicht ausdrücklich gestattet. Im wohl bekanntesten juristischen Lehrbuch, dem Grundriß des bürgerlichen Rechts von *Koziol/Welser*, findet sich die Aussage, dass im österreichischen Recht eine Reihe von Normen, die gewohnheitsrechtlich entwickelt worden sind, nachweisbar sind, wie etwa das Recht, Pilze zu sammeln und Blumen zu pflücken²¹. Auch eine Untersuchung von *Pauger*²² neigt eher dem Ergebnis zu, dass das nicht-erwerbsmäßige Sammeln von Beeren, Pilzen, Kräutern und Blumen gewohnheitsrechtlich gestattet ist. Eine Untersuchung von *Merli*²³ leitet ein Recht zum Sammeln von Waldbeeren, Pilzen u. dgl., soweit dies nicht für Erwerbszwecke geschieht, unmittelbar aus dem ForstG ab.

Dem einzelnen Bürger, dem die juristische Begründung ja reichlich egal ist, kann gesagt werden, dass das nicht-erwerbsmäßige Sammeln von Schwammerln, Beeren, Kräutern, Blumen u. dgl. auch entgegen dem Willen des Eigentümers gestattet ist. Hinzuweisen ist aber auf Zweierlei: Einerseits auf die Strafbestimmung des § 174 Abs. 4 lit b ForstG, wonach sich strafbar macht, wer sich Früchte oder Samen von Holzgewächsen zu Erwerbszwecken oder Pilze (auch wenn dies nicht zu Erwerbszwecken erfolgt) in einer Menge von mehr als 2kg pro Tag aneignet. Hinzuweisen ist weiters auf mögliche naturschutzgesetzliche Beschränkungen, welche auch das Schwammerlsuchen lokal beschränken können.

Weiters ist das Sammeln von Mineralien, falls diese keinen besonderen wirtschaftlichen Wert haben, gewohnheitsrechtlich gestattet. Das Suchen und Schürfen bergfreier mineralischer Rohstoffe wird durch das MineralrohstoffG (MinroG) geregelt. Die in § 3 Abs 1 MinroG aufgezählten, sogenannten bergfreien Mineralien, sind gemäß § 3 Abs 2 MinroG nicht mit dem Grundeigentum verbunden und gehen mit der Aneignung in das Eigentum des Finders, bei größerem Abbau in das des Schürfberechtigten über. Die allermeisten Naturschutzgesetze

¹⁹ *Malaniuk* (FN 5) 83.

²⁰ *Malaniuk* (FN 5) 97.

²¹ *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts I¹⁰ (1995) 35.

²² *Pauger*, Wem gehören Schwämme und Beeren? ÖGZ 11/1985, 26.

²³ *Merli*, Schwammerlsuchen ernst genommen, ÖGZ 7/1993, 6.

der Länder gestatten implizite das Sammeln von Mineralien in kleinem Rahmen und verbieten bloß die mutwillige Zerstörung oder Beschädigung bzw die Sammlung unter Verwendung von maschinellen Einrichtungen, Spreng- oder Treibmitteln oder chemischen Hilfsmitteln²⁴.

c) Höhlenschutz

Die allermeisten Bundesländer, darunter auch Niederösterreich, haben eigene Höhlengesetze erlassen²⁵. Naturhöhlen sind im wesentlichen unterirdische Hohlformen, die durch Naturvorgänge gebildet wurden und ganz oder überwiegend von anstehendem Gestein (im Burgenland auch Erdreich) umschlossen sind. Im Allgemeinen sind Maßnahmen, die zur Zerstörung oder Beeinträchtigung einer Höhle führen können, verboten oder bedürfen einer Bewilligung durch die Behörde; dieses Verbot richtet sich natürlich in erster Linie an den Grundeigentümer.

Soweit die Höhlen Wald im Sinne des ForstG sind, soweit ist deren Betreten auch durch § 33 Abs 1 ForstG garantiert. Im Burgenland und Kärnten ist für das Aufsammeln des Inhalts und für das Graben nach Einschlüssen in Naturhöhlen eine Bewilligung erforderlich. In Salzburg ist die Durchführung einer mehr als drei Tage dauernden Befahrung einer Höhle bewilligungspflichtig. Wie die meisten Bundesländer, so sieht auch Niederösterreich vor, dass Naturhöhlen, deren Erhaltung als Naturdenkmal wegen ihrer Eigenart, ihres besonderen Gepräges oder ihrer naturwissenschaftlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt, durch Bescheid oder durch Verordnung für geschützt erklärt werden können. In Niederösterreich müssen solche Höhlen mit Hinweistafeln gekennzeichnet sein. Erforschungen und Befahrungen geschützter Naturhöhlen dürfen dann nur mit behördlicher Bewilligung durchgeführt werden.

d) Almschutz

Der Vollständigkeit halber sei noch der Almschutz erwähnt, der zwar keine Ausübungsschranke der Bewegungsfreiheit darstellt, jedoch regelmäßig als solche verstanden wird. Der etwa im NÖ Almschutzgesetz²⁶ geregelte Almschutz dient der Almerhaltung: Alle Almen sind als solche zu erhalten und keine Alm darf dem almwirtschaftlichen Betrieb entzogen werden. Almboden darf auch nicht in eine andere Kulturgattung umgewandelt werden. Weiters regeln die Almschutzgesetze die Bewirtschaftung und sehen unter anderem eine Bewirtschaftungspflicht und eine eventuelle Zwangsverpachtung vor.

B. Alpinistik

1. Bergsteigen und Sportklettern

a) Im Wald

Was die Zulässigkeit des Bergsteigens und Sportkletterns betrifft, ist wiederum entscheidend, ob die zu bekletternden Felsen Wald im Sinne des Forstgesetzes darstellen oder nicht. Kletterfelsen, die im Wald eingebettet sind und deren Fels die vertikale Überschilderung der Fläche mit Holzgewächsen nicht wesentlich unterbricht, sind Wald im Sinne des Forstgesetzes²⁷.

Soweit also Felsen dem Wald im Rechtssinn zuzuordnen sind, ist meines Erachtens unstrittig, dass das Gehen durch den Wald, um an die Felsen zu gelangen, vom Recht auf freies Betreten des Waldes erfasst ist. Unstrittig ist meines Erachtens weiters, dass unter das Betreten des

²⁴ Malaniuk (FN 5) 123.

²⁵ NÖ HöhlenschutzG, Landesgesetzblatt 5510-0; zu den Regelungen in den übrigen Bundesländern VGL Malaniuk (FN 5) 135.

²⁶ Landesgesetzblatt 6630-0.

²⁷ Hinteregger, Felsklettern und Grundeigentum, ZVR 2000, 110 (113).

Waldes im Sinn des § 33 Forstgesetz das Klettern ohne Sicherungsgeräte, das Klettern mit Sicherungsmitteln, die die Struktur des Felsens nicht verändern (Normalhaken, Klemmkeile, Friends, Eisschrauben und Eishaken) unter den Begriff des „Betretens“ des Waldes fallen²⁸.

Auf der anderen Seite kann als gesichert angenommen werden, dass das Anlegen von Klettergärten oder Klettersteigen, egal ob zu unmittelbar kommerziellen Zwecken (Bergsteigercenter) oder mittelbar kommerziellen Zwecken (Fremdenverkehrsinteressen) nicht unter das Recht auf freies Betreten des Waldes fällt, ist doch die mechanische Einwirkung auf das Grundeigentum ganz erheblich. Derartige Anlagen dürfen daher nur mit Zustimmung des Grundeigentümers eingerichtet werden.

Im Übrigen besteht insbesondere hinsichtlich der heute beliebtesten Klettersportart, dem Sportklettern, eine rechtliche Grauzone. Während die Untersuchung von *Hinteregger*²⁹ auch das Einrichten von Sportkletterrouten mit Bohrhaken dem Recht auf freies Betreten des Waldes nach § 33 Forstgesetz zuordnet, kommt die Untersuchung von *Malaniuk* zum Ergebnis, dass das Einrichten von Sportkletterrouten unter Setzen von Bohrhaken nicht darunter fällt³⁰. Mich konnte die Argumentation von *Hinteregger*, welche im wesentlichen bloß den Erholungseffekt des Sportkletterns in den Vordergrund stellt, nicht überzeugen. Denn nicht alles, was im Wald zu Erholungszwecken geschieht, ist erlaubt, sondern nur das „Betreten und sich aufhalten“. Angesichts durchaus nicht unerheblicher Einwirkung auf den Fels durch Setzen von Bohrhaken und Säubern der Tour geht mE die Nutzung über den forstrechtlichen Gemeingebrauch des § 33 Abs 1 ForstG hinaus. Es darf auch nicht übersehen werden, dass das Einrichten einer Tour, den Zweck hat, diese auch anderen Kletterern zugänglich zumachen, sodass eine Art Weg, wenngleich in der Vertikalen, eingerichtet wird. Zusammengefasst halte ich daher eher jene Auffassung für zutreffend, die das Einrichten von Sportkletterrouten der Zustimmung des Grundeigentümers unterwirft.

Ausgehend von diesem Ergebnis kann bei bereits eingerichteten Sportkletterrouten der Sportkletterer von einer konkludenten Zustimmung des Eigentümers im Sinn des § 863 Abs 2 ABGB ausgegangen werden. Soweit also nicht entgegenstehende Hinweise des Grundeigentümers angebracht wurden, hat dieser dem Begehen der Route wohl stillschweigend zugestimmt. Verboten aber der Grundeigentümer etwa in Form von Tafeln die Bekletterung von Sportkletterrouten, ist das Klettern unzulässig. Auch das Anschreiben und Markieren von Routennamen an den Einstiegen ist nicht durch § 33 Forstgesetz gedeckt und bedarf daher der ausdrücklichen Zustimmung des Grundeigentümers. Das übermäßige Ausputzen von Kletterrouten ist ebenso unzulässig³¹ und gemäß § 174 Abs. 4 Z 4 ForstG verwaltungsrechtlich strafbar.

Bei bereits seit länger als 30 Jahren eingerichteten Klettersteigen, Kletterrouten, die weiterhin benützt werden, kann davon ausgegangen werden, dass eine sogenannte unregelmäßige Servitut durch allgemeine Benützung ersessen wurde, die, ähnlich wie dies bei der Ersitzung von Skiabfahrten judiziert wird³², der Gemeinde oder dem Tourismusverband zuzurechnen ist und der Allgemeinheit einen Titel auf Benutzung verleiht.

²⁸ *Malaniuk* (FN 5) 66. AA *Hinteregger* (FN 27) 115.

²⁹ *Hinteregger* (FN 27) 115.

³⁰ *Malaniuk* ((FN 5) 66.

³¹ *Malaniuk* (FN 5) 67.

³² *Aicher*, Das Recht der Wintersportausübung auf fremden Grund in Steiermark und Kärnten, in: *Sprung/König* (Hrsg), Das österreichische Schirecht (1977) 5 (28); *Sprung/König*, Das Recht der Wintersportausübung auf fremden Grund in Vorarlberg, Tirol und Salzburg, in: *Sprung/König* (Hrsg), Das österreichische Schirecht (1977) 359 (361); *Kanonier*, Rechtliche Aspekte der Wegfreiheit im Bergland (1997) 57.

b) Im alpinen Ödland

Im alpinen Ödland ist die Grenzziehung im Wesentlichen die gleiche. Dies gilt insbesondere für Niederösterreich, weil – wie oben erwähnt – Niederösterreich keine Regelung zum Betreten des Berglandes oberhalb der Waldgrenze getroffen hat und daher die Abgrenzung bezüglich des Kletterns entlang jener durch Gewohnheitsrecht gezogenen Grenze verlaufen wird, wie sie oben bei II.A.2. beschrieben wurde. In anderen Bundesländern kann allerdings aufgrund besonderer gesetzlicher Regelung das Anlegen von Klettersteigen und Sportkletterrouten auf die Gesetze betreffend die Wegfreiheit im Bergland gestützt werden.

2. Wintersport

Auch die Ausübung von Wintersport ist teilweise im Sinn des § 33 ForstG vom freien Betreten des Waldes erfasst bzw. oberhalb der Baumgrenze, was Niederösterreich betrifft, gewohnheitsrechtlich garantiert. Seit der Forstgesetznovelle 1987 ist gemäß § 33 Abs 3 ForstG das Abfahren mit Skiern im Wald im Bereich von Aufstiegshilfen nur auf markierten Pisten oder Skirouten gestattet. Skilanglauf abseits von Loipen ist unter Anwendung der nötigen Vorsicht gestattet, eine darüber hinausgehende Benützung des Waldes, wie das Anlegen der Loipen ist jedoch nur mit der Zustimmung des Waldeigentümers gestattet. Wie die Erläuterungen zur Forstgesetznovelle 1987³³ ausführen, will die Bestimmung des § 33 Abs. 3 Forstgesetz keineswegs dem Tourengänger verbieten, „einmal pro Tag“ mit Skiern aufzusteigern und wieder abzufahren. Vielmehr soll verhindert werden, dass Benutzer von Aufstiegshilfen, die täglich unzählige Male abfahren, zur Abwechslung nicht über die Piste sondern durch den im Bereich der Aufstiegshilfe liegenden Wald fahren. Unter „Bereich der Aufstiegshilfe“ ist jener Bereich zu verstehen, der von der Bergstation der Aufstiegshilfe erreicht werden kann, ohne dass ein Fußmarsch von mindestens 30-minütiger Dauer in Kauf genommen werden muss, jedenfalls aber im Bereich von 500 m zu beiden Seiten der Aufstiegshilfe, Piste oder markierten Abfahrt. Das sogenannte „Variantenfahren“ ist also, soweit im Wald abgefahren wird, nach ForstG im Regelfall verboten.

Zusammengefasst lässt sich also sagen, dass Skitourengehen, Skilanglauf und Skifahren im Wald abseits jenes pistennahen Bereiches gestattet ist. Im pistennahen Bereich hat man sich allerdings an die vorgegebenen Abfahrten zu halten. Das Anlegen von Loipen hingegen bedarf der Zustimmung des Eigentümers. Liegt eine solche vor, ist das Ausüben des Langlaufsportes auf der Loipe allerdings an keine weitere Bewilligung des Grundeigentümers mehr gebunden. Für das alpine Bergland gilt, dass Tourengehen und Abfahren mit Skiern wie das Wandern im Sommer im alpinen Ödland Niederösterreichs gewohnheitsrechtlich gestattet ist.

Die gleichen Regelungen müssen meines Erachtens auch für Snowboarder gelten, obwohl ein Snowboard in engherziger Interpretation nicht dem Begriff der Ski im Sinn des ForstG unterfallen würde. Das Gehen mit Schneeschuhen etwa fällt überhaupt unter das Recht auf freies Betreten des Waldes.

C. Sonstiger Bergsport

1. Mountainbiken

Nach § 33 Abs. 3 ForstG ist das Befahren des Waldes und das Reiten im Wald nur mit Zustimmung des Grundeigentümers zulässig. Wald im Sinne des Gesetzes sind auch Forststraßen, welche das Forstgesetz als forstliche Bringungsanlagen bezeichnet. Das heißt, dass trotz breiter öffentlicher Diskussion und mehrerer Initiativen zur weiteren Öffnung des

³³ 317 BlgNR Nr. 17. GP.

Waldes das Mountainbiken im Wald ohne Zustimmung des Grundeigentümers weiterhin verboten ist.

2. Start eines Para- bzw Hängegleiters

Hingegen wird erstaunlicherweise der Zusammenbau und der Start von Hänge- und Paragleitern nach der einschlägigen Publikation³⁴ dem freien Betreten des Waldes im Sinn des § 33 Abs.1 Forstgesetz zugerechnet, sodass es hierzu keiner Zustimmung des Grundeigentümers bedarf. Ab dem Zeitpunkt des Abhebens ist ein Betreten im Sinne des ForstG nicht mehr zu prüfen, der Pilot befindet sich dann im allgemeinen Gemeingebrauch des Luftverkehrs, im Recht des freien Überflugs (§ 2 LFG) , welcher durch den Grundeigentümer zu dulden ist. Der praktische Nutzen dieser Aussage ist allerdings gering: Zwar werden auch vorübergehend unbestockte Flächen dem Wald im Rechtssinne zugeordnet, der Start dieser Fluggeräte ist dann aber meist nur mit zusätzlicher Begrädigung des Geländes einigermaßen sicher möglich. Andererseits ist ganz allgemein, das heißt auch für Wanderer, gerade das Betreten von Wiederbewaldungsflächen, deren Bewuchs 3 m noch nicht übersteigt, verboten (§ 33 Abs 2 lit c ForstG).

Ob allerdings der Start eines Hänge- oder Paragleiters über der Waldgrenze, im alpinen Ödland, gewohnheitsrechtlich zulässig ist, erscheint meines Erachtens eher zweifelhaft, weil eine diesbezügliche Übung einerseits nicht lange genug besteht und andererseits meines Erachtens eine Rechtsüberzeugung dahingehend, dass ein Ausschluss dieses Rechts durch den Grundeigentümer nicht zulässig wäre, nicht vorliegt.

III. Ausblick

Über Rechtsfragen der Benützung des Berglandes gäbe es noch viel zu berichten, etwa über die Zulässigkeit der Einrichtung forstrechtlicher und jagdrechtlicher Sperrgebiete, über die Einrichtung von Nationalparks, über die Befugnisse von Forst-, Jagd- und sonstigen Feld und Flurschutzorganen, über Haftungsfragen in Zusammenhang mit der Einrichtung und Unterhaltung von Wegen im Bergland oder die Geltung der StVO.

Zwei rechtspolitische Botschaften will ich dem Leser allerdings noch mit auf den Weg geben: Einerseits habe ich dargestellt, dass Niederösterreich und Tirol keine Regelung des Betretens des Berglandes oberhalb der Waldgrenze getroffen haben, weshalb ein Rückgriff auf die historische Rechtslage und Gewohnheitsrecht erforderlich ist. Das wiederum lässt für den Erholungssuchenden aber auch den Grundeigentümer eine Reihe von Zweifelsfragen offen. Ich denke daher, der Gesetzgeber wäre gefordert einen zumindest den anderen Bundesländern vergleichbaren rechtlichen Standard zu schaffen.

Zweitens habe ich auf die Untersuchung von *Merli* hingewiesen, die in Zweifelsfragen Nutzungsrechte zu Gunsten der Allgemeinheit an Liegenschaften, deren Eigentümer der Bund ist, aus der alle Gebietskörperschaften bindenden Fiskalgeltung des Gleichheitssatzes ableitet. Weniger theoretisch formuliert: Soweit Berge im Eigentum von Bund, Ländern oder Gemeinden stehen, hat die Allgemeinheit allein aus diesem Umstand rechtlich, auch bei Fehlen einschlägiger Vorschriften, relativ gut begründbare Nutzungsbefugnisse. Mit Hinweis auf die jüngste Privatisierungswelle sei daher gesagt, dass die Begründung solcher Nutzungsbefugnisse in dem Ausmaß schwieriger wird, in dem sich die bisherige Eigentümerstellung des Bundes/Landes/Gemeinde der eines echten Privaten annähert. So gesehen glaube ich, dass mittelfristig eine echte materielle Privatisierung des Staatseigentums am Bergland auch Reflexwirkungen auf die Nutzungsrechte der Bergsporttreibenden haben wird. Ein Preis, der gegenwärtig weder im österreichischen Bundeshaushalt noch in der Bilanz der Bundesforste AG bilanziert wird.

³⁴ *Malaniuk* (FN 5) 66.