Schifffahrtsrecht

ZVR 2022/140

Protokoll zur Änderung des Seeverkehrsabkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Regierung der Volksrepublik China andererseits, BGBl III 2022/88

Das Protokoll bzgl des Beitritts Kroatiens zum Abkommen wurde im Amtsblatt der Europäischen Union, ABl L 2019/112, 5 v 26. 4. 2019, veröffentlicht und im BMK zur Einsichtnahme aufgelegt.

ZVR 2022/141

V der BMK, mit der die Schiffsausrüstungsverordnung-See geändert wird, BGBl II 2022/226

Durch die V wurden folgende EU-RL umgesetzt:

- RL-EU 2014/90 über Schiffsausrüstung und zur Aufhebung der RL-EG 96/98 des Rates, ABl L 2014/257, 146 v 28. 8. 2014 und
- Delegierte RL-EU 2021/1206 zur Änderung des Anhangs III der RL-EU 2014/90 über Schiffsausrüstung hinsichtlich der geltenden Norm für die von den Konformitätsbewertungsstellen für Schiffsausrüstung eingesetzten Labors, ABl L 2021/261, 145 v 22. 7. 2021.

Inkrafttreten: 15. 6. 2022

[SCHADENERSATZ-/KRAFTFAHRRECHT]

Rechtsprechung

ZVR 2022/142

§§ 1299, 1304, 1313a ABGB; § 114 Abs 4 KFG

OGH 28. 9. 2021, 2 Ob 52/21t (LG Steyr 7. 12. 2020, 2 R 19/20z; BG Kirchdorf a.d. Krems 17. 1. 2020, 2 C 374/18)

➜ Mitverschulden eines Fahrschülers bei Unfall während Fahrprüfung; fehlende Motorradschutzkleidung bei Prüfungsfahrt

1. §§ 1299, 1304, 1313a ABGB; § 114 Abs 4 KFG

➜ Die zivilrechtl Haftung für einen bei einer Übungsfahrt verursachten Unfall trifft grds den Lehrenden und ist der Fahrschüler selbst nur insoweit verantwortl, als er durch den bereits genossenen Fahrunterricht oder aufgrund allg Erfahrung die Gefährlichkeit seines Fahrverhaltens einzusehen vermochte und sich fahrtechn und rechtl richtig verhalten konnte.

➜ Verschuldensteilung 3:1 zu Lasten des Fahrlehrers, der es zuließ, dass eine Fahrschülerin bei der sog Gefahrenprüfung ein bisher nicht verwendetes Prüfungsmotorrad ohne ABS und ohne spezielle Bremsübungen benützen musste und dabei stürzte.

2. §§ 1304, 1325 ABGB

Mangels spezieller Bekleidungsvorschriften weder für die Ausbildung noch für die Motorradprüfung sowie mangels Herausbildung eines ausreichenden Tragebewusstseins in den beteiligten Kreisen der Fahrschulen und Fahrschüler keine Anwendung der Rsp zum Motorradschutzbekleidungsmitverschulden bei Nichttragen einer Schutzhose während der Prüfung, weil es sich nicht um einen Unfall im öff Straßenverkehr handelte, sondern bei einer Übung im verkehrsfreien Raum.

Sachverhalt:

[Fahrschulausbildungsvertrag]

Die Kl, die bereits im Besitz einer Lenkberechtigung für die Klasse B war, schloss mit dem bekl Fahrschulbetreiber einen Ausbildungsvertrag für den Führerschein Klasse A2 ab. Der Lehrplan des Fachverbands der Kraftfahrschulen Österreichs sieht auch das Abbremsen bzw Vollbremsungen bis Bremslösebereitschaft beim Überbremsen aus ca 40 km/h und Gefahrenbremsungen in Kurven vor. Die Kl legte die erforderl Praxisstunden und die Theorieprüfung erfolgreich ab. Bei den Praxisstunden gab es keine besonderen Vorfälle, die Kl stürzte nie. Kurz vor der Prüfung fuhr sie auch den Prüfungsparcours erfolgreich ab. Sie absolvierte die Fahrten mit einem mit Antiblockiersystem (ABS) ausgestatteten Motorrad, nur eine kurze Ausfahrt unternahm sie mit dem zweiten Motorrad der Fahrschule, welches kein ABS besitzt. Die beiden Motorräder unterscheiden sich – abgesehen vom ABS – vor allem beim Drehmoment um rund 10%, was dazu führt, dass das Motorrad ohne ABS langsamer beschleunigt.

> OGH lehnt Ausweitung seiner Mitverschuldens-Rsp bei fehlender Motorradschutzkleidung auf Unfall bei Fahrprüfung im verkehrsfreien Raum ab.

[Ablauf der Motorradfahrprüfung ohne gewohntes ABS-Motorrad]

Es war geplant, dass die Kl auch die Prüfung am 6. 5. 2016 mit dem Motorrad mit ABS absolvieren sollte. Der Prüfer ließ dieses Motorrad jedoch wegen kleinerer Mängel nicht zur Prüfung zu. Der Kl wurde vom Prüfer und vom anwesenden Fahrlehrer ein Verschieben der Prüfung angeboten, sie wollte aber die Prüfung unbedingt an diesem Tag absolvieren. Vor Beginn der Prüfung fuhr sie sich noch „einige Runden" (ca 15 Min) mit dem Motorrad ohne ABS ein. Dabei wurde sie vom Fahrlehrer beobachtet, dem das Rundenfahren der Kl nicht gefiel. Er machte sie auch darauf aufmerksam, dass sie beim Kurvenfahren nicht bremsen dürfe. Danach begann die Prüfung. Dabei stellte der Prüfer beim Einbiegen einen leichten und beim langsamen Slalom einen mittleren Fehler fest, auch bemerkten der Prüfer und der Fahrlehrer weitere Unsicherheiten der Kl.

Teil der Prüfung war die sog Gefahrenbremsung, bei der die Prüflinge auf mindestens 50 km/h beschleunigen und dann innerhalb von 19 m zum Stillstand kommen müssen. In jeder Motorradausbildung wird

daher ein möglichst punktgenaues Erreichen dieser Geschwindigkeit trainiert. Wenn dann ein anderes, wenn auch ähnliches Motorrad verwendet wird, reichen schon geringfügige Längenunterschiede in den Bauteilen wie zB Griffen, Gasseil, Reibungswiderstände etc aus, um bei einer antrainierten Handstellung am Gasdrehgriff einige km/h Unterschied messen zu können.

[Drei misslungene Fahrversuche und Sturz beim vierten Versuch]

Für diesen Prüfungsteil sind drei Versuche vorgesehen. Der Kl misslangen alle drei Versuche, weil sie nicht die erforderliche Geschwindigkeit erreichte. Da die Kl die Prüfung bestehen wollte, bat sie den Prüfer um einen vierten Versuch, der ihr genehmigt wurde. Bei diesem Versuch beschleunigte sie auf eine Geschwindigkeit von 68 bis 69 km/h und bremste ruckartig mit blockierendem Vorderrad. Dabei rutschte das Vorderrad weg, sodass sie zu Sturz kam und einen Bruch der re Kniescheibe erlitt.

Beim Motorrad mit ABS wäre mangels Blockierens des Vorderrades der Sturz unterblieben. ABS war im Mai 2016 nicht Stand der Technik bei Zweirädern bei der Benutzung, wohl aber für eine Typisierung. Seit 1. 1. 2017 müssen Motorräder bei der Erstzulassung über ein ABS verfügen. Eine Verpflichtung zur ausschließl Verwendung von Prüfungsmotorrädern mit ABS gibt es in Fahrschulen bis dato nicht.

Verstärktes Gasgeben war eine naheliegende, wenn auch übertriebene Reaktion der Kl auf eine zu langsame Ausgangsgeschwindigkeit und damit lag auch das Erreichen einer Geschwindigkeit von knapp unter 70 km/h nahe. Bei einer Ausgangsgeschwindigkeit von 50 km/h ist auf 19 m eine mittlere Bremsverzögerung von 4,7 m/sec^2 erforderl, das entspricht einer stärkeren bis starken Betriebsbremsung. Bei 70 km/h ist dagegen eine max Bremsverzögerung von 9 m/sec^2 notwendig, die nur von extrem geübten Motorradlenkern beherrschbar ist.

[Grds kein vierter Prüfungsversuch – vor allem mit ungewohntem Motorrad – vorgesehen]

Bei dreimaligem Nichterreichen der geforderten 50 km/h ist erfahrungsgemäß davon auszugehen, dass der Prüfling als zu unsicher einzustufen ist. Deshalb ist im Prüfungshandbuch festgehalten, dass in diesem Fall die persönl Sicherheit des Kandidaten beim Fahren im Verkehr nicht gegeben ist. Bindende Vorgaben der Fahrschule in Fragen eines notwendigen Prüfungsabbruchs durch einen Fahrlehrer bestehen nicht. Dem anwesenden Fahrlehrer, der nicht die praktische Ausbildung mit der Kl durchgeführt hatte, standen die notwendigen Unterlagen zur Bestimmung des Ausbildungsstandes nicht zur Verfügung, weshalb der Umstieg auf ein anderes Prüfungsmotorrad dringend zu vermeiden gewesen wäre, insb da die Kl erklärte, dass sie diese Übung ohne ABS noch nie durchgeführt hatte. Auch sie hat dabei die Gefahren der praktischen Übung ohne unterstützendes System unterschätzt und ihr Können überschätzt. Darüber hinaus hat das Einfahren nur rund 15 Min gedauert, was als unzureichend zu beurteilen ist. Spezielle Bremsübungen wurden nicht durchgeführt.

Im Rahmen der theoretischen Ausbildung wird zum Bremsen gelehrt, dass bei einem Motorrad ohne ABS bei einer stärkeren Bremsung durch ein mögliches Blockieren des Vorderrades erhöhte Sturzgefahr besteht und dass man für die richtige Bremstechnik sehr viel Übung benötigt. Diese (und weitere festgestellte) Lehrinhalte wurden auch der Kl in der Fahrschule des Bekl vermittelt.

[Bekleidung bei Prüfungsfahrt: nur Jeans statt Motorradhose mit Protektoren]

Die Kl war zur Prüfung mit einer Motorradjacke mit Protektoren, einem Helm, festen Schuhen und in Jeans erschienen. Der Prüfer und der Fahrlehrer hatten die Kl gefragt, ob sie die Prüfung tatsächl nur in Jeans durchführen wolle, was sie bejahte. Die Kl wusste, dass sie sich vom Bekl eine Motorradhose mit Protektoren ausleihen konnte. Hosen waren jedoch nur in großer Größe vorhanden, sie hätten aber umgekrempelt werden können. Die Kl wollte die Prüfung wegen fehlenden Fahrkomforts mit ihren Jeans durchführen. Der Prüfer wies die Kl auf mögliche Gefahren und Verletzungen bei einem Sturz hin.

[Fehlende spezielle Bekleidungsvorschriften]

Spezielle Bekleidungsvorschriften bestehen weder für die Ausbildung noch die Motorradprüfung. Bei Verwendung einer Motorradhose mit einem Knieprotektor wären aber die Verletzungen der Kl unterblieben, weil sie trotz der größeren Größe der Hose Knieschutz gehabt hätte. Aus der Verwendung zu großer Schutzausrüstung ist keine zusätzl Gefährdung ableitbar.

[Beiderseitiges Prozessvorbringen]

Die Kl begehrte den Zuspruch von € 7.693,25, darin enthalten ua Schmerzengeld iHv € 5.500,– und die Kosten des Führerscheinkurses von € 1.043,–. Sie habe vom Bekl ein ihr gänzlich fremdes Motorrad ohne ABS zur Verfügung gestellt bekommen. Er sei daher seiner Verpflichtung als Vertragspartner und Fahrschulunternehmer, größtmögl Sorgfalt gegenüber seinen Fahrschülern einzuhalten sowie der Verkehrssicherheit entsprechende Motorräder zur Verfügung zu stellen, nicht nachgekommen. Hätten der Bekl bzw seine Fahrlehrer die Kl darauf hingewiesen, dass das Fahrverhalten mit einem derartigen Motorrad gänzlich unterschiedl sei und die Übungen der praktischen Prüfung möglicherweise noch durch zusätzl Fahrstunden trainiert hätten werden sollen, hätte sie dies auch gemacht und auf die Prüfung am Unfalltag verzichtet.

Der Bekl wandte ein, die Kl sei im Zuge ihrer Ausbildung im Rahmen der sog „Gesamtschulung" mit beiden Motorrädern, mit und ohne ABS, gefahren. Der Prüfer habe die Verwendung des Motorrads mit ABS abgelehnt. Der Kl sei daraufhin angeboten worden, die Prüfung an einem anderen Tag zu absolvieren, was sie aber abgelehnt habe. Der Kl sei vor der Prüfung wie auch in der Prüfungsvorbereitung mehrfach eine Schutzkleidung (Lederhose) angeboten worden, was sie ebenfalls abgelehnt habe. Nur aufgrund des Drängens der Kl habe der Prüfer sie noch ein viertes Mal

fahren lassen. Dabei habe sie einen Fahrfehler gemacht, der auch bei Ausrüstung des Motorrads mit ABS zum Sturz der Kl geführt hätte. Eine Pflichtverletzung durch den Bekl liege nicht vor.

[Entscheidungen der Vorinstanzen]

Das ErstG gab dem Klagebegehren im zweiten Rechtsgang mit € 6.650,25 sA statt und wies das Mehrbegehren im Umfang der frustrierten Fahrschulkosten iHv € 1.043,– sA unbekämpft (und daher rk) ab. Der für den Bekl anwesende Fahrlehrer wäre aufgrund des Ausbildungsvertrags verpflichtet gewesen, wegen der „Unsicherheiten und Probleme" der Kl sowie der Verwendung eines anderen Motorrads die Prüfung zu verschieben, jedenfalls aber abzubrechen, nachdem zahlreiche Unsicherheiten und Fehler bei ihr bemerkt worden seien. Der Kl sei hingegen kein Mitverschulden anzulasten. Das gelte auch für das Nichttragen einer (vollständigen) Schutzbekleidung. Es wäre am Bekl gelegen gewesen, die Kl nachdrückl auf die damit verbundenen Gefahren hinzuweisen sowie auch darauf, dass die Prüfung ohne (vollständige) Schutzbekleidung nicht stattfinden werde.

Das BerG änderte diese Entscheidung nach Beweisergänzung dahin ab, dass es den Zuspruch an die Kl auf € 2.655,63 sA reduzierte und deren Mehrbegehren von € 5.037,62 sA abwies. Es sprach aus, dass die oRev zulässig sei.

Das BerG gelangte im Weg der Vertragsauslegung zu dem Ergebnis, dass die Betreuung der Kl bei der Fahrprüfung durch den Bekl Inhalt des Ausbildungsvertrags gewesen sei. Den Bekl hätten daher auch noch bei der Fahrprüfung vertragl Schutz- und Sorgfaltspflichten getroffen. Es sei ihm deshalb vorwerfbar, dass er die Kl zur praktischen Prüfung mit einem Motorrad ohne ABS habe antreten lassen. Der für den Bekl anwesende Fahrlehrer habe als SV iSd § 1299 ABGB wissen müssen, dass die beiden Motorräder nicht baugleich seien und das Motorrad ohne ABS langsamer beschleunige. Ihm seien auch die Unsicherheiten der Kl beim Einfahren aufgefallen. Der Fahrlehrer hätte daher die Kl nicht zur praktischen Fahrprüfung zulassen dürfen, zumindest aber ihr eindringlich vom Antritt der Prüfung abraten müssen.

Die Kl treffe allerdings ein Mitverschulden. Zwar sei ihr der begangene Fahrfehler nicht anzulasten, weil spezielle Bremsübungen mit einem solchen Motorrad während ihrer Ausbildung nicht durchgeführt worden seien. Aufgrund ihrer theoretischen Ausbildung habe sie aber wissen müssen, dass bei einem Motorrad ohne ABS bei stärkerem Bremsen erhöhte Sturzgefahr bestehe und für die richtige Bremstechnik viel Übung benötigt werde. Sie wäre daher verpflichtet gewesen, das Anbot des Verschiebens der Fahrprüfung anzunehmen. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Kl am Ende ihrer Ausbildung gestanden sei und als Besitzerin einer Lenkberechtigung der Klasse B wissen habe müssen, dass sie ein Fahrzeug nur lenken dürfe, wenn sie es beherrschen könne. Bei Abwägung des beiderseitigen Fehlverhaltens sei ein gleichteiliges Verschulden angemessen.

Zusätzl sei aber auch noch das Schmerzengeld zu kürzen: Der Kl sei als weitere Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten anzulasten, dass sie keine Motorradhose oder Protektoren getragen habe. Bei Fahrschülern, die sich erst eine Fahrpraxis erwerben müssten, bestehe eine erhöhte Gefahr von Stürzen. Es sei von einem allg Bewusstsein der beteiligten Kreise auszugehen, dass ein einsichtiger und vernünftiger Fahrschüler wegen der erhöhten Eigengefährdung eine adäquate Schutzkleidung trage. Die Kl hätte sich vom Bekl eine Motorradhose mit Knieprotektoren ausleihen können; ob diese unansehnlich gewesen sei, sei irrelevant. Hätte sie eine solche Hose getragen, wären die Verletzungen unterblieben. Der Kl sei daher in Bezug auf das Schmerzengeld ein weiteres Mitverschulden von 25% anzulasten. Daraus ergebe sich letztlich ein Zuspruch an Schmerzengeld von € 2.063,– (5.500 : 2 = 2.750 x 75% = 2.063).

Die oRev sei zuzulassen, weil keine Rsp dazu vorliege, ob sich die vertragl Schutz- und Sorgfaltspflichten aus dem zwischen einem Fahrschüler mit der Fahrschule abgeschlossenen Ausbildungsvertrag auch auf die Betreuung des Fahrschülers durch die Fahrschule bei der Fahrprüfung erstreckten.

Der OGH gab der Rev der klP tw Folge und änderte das angefochtene Urteil dahin ab, dass er der Kl ein Mitverschulden von ¼ insgesamt – ohne zusätzl und gesondertes Mitverschulden aus dem Nichttragen der Schutzhose während der Prüfungsfahrt – anlastete und die beklP daher einschließlich der unbekämpft gebliebenen Aussprüche der Vorinstanzen zur Zahlung von insg € 4.987,69 sA unter Abweisung des Mehrbegehrens von € 2.705,56 sA verpflichtete.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Rev ist zulässig, weil zur Frage des Mitverschuldens eines Prüflings bei einem Unfall anlässl einer Fahrprüfung keine oberstgerichtl Judikatur besteht; sie ist auch tw berechtigt:

RevVorbringen:

[…]

[Zum Verschulden und Mitverschulden am Unfall]

Da die in den Entscheidungsgründen enthaltene Beurteilung des Mitverschuldens nicht (teil-)rechtskraftfähig ist (4 Ob 137/11t; RS0040742 [T 10]), ist das Verhalten beider Streitteile auf seine Rechtmäßigkeit zu prüfen.

Was jedoch das Verschulden des Bekl anlangt, kann auf die insoweit zutr Begründung des BerG verwiesen werden (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO). Die Richtigkeit seiner Auslegung wird auch dadurch gestützt, dass der anwesende Fahrlehrer die Kl vor und während der Prüfung beobachtete, ihr im Vorfeld der Prüfung noch Ratschläge erteilte und sich auch zur Frage der Schutzkleidung ihr gegenüber geäußert hat.

Somit ist dem Bekl das ihm nach § 1313a ABGB zuzurechnende, in der Verletzung vertragl Sorgfaltspflichten gelegene Fehlverhalten des die Kl bei der Prüfung betreuenden, vom BerG zu Recht als SV iSd § 1299 ABGB qualifizierten Fahrlehrers anzulasten, der die Kl mit dem ungewohnten Motorrad gar nicht erst zur Prüfung antreten lassen hätte dürfen.

[Bisherige Rsp iZm Fahrschülerunfällen]

In Bezug auf das (Mit-)Verschulden eines Fahrschülers hat der OGH zu § 114 Abs 4 KFG 1967 und dessen Vorgängerbestimmung § 101 Abs 3 KFG 1955 schon mehrfach allg ausgesprochen, dass die zivilrechtl Haftung für einen bei einer Übungsfahrt verursachten Unfall grds den Lehrenden trifft und der Fahrschüler selbst nur insoweit verantwortl ist, als er durch den bereits genossenen Fahrunterricht oder aufgrund allg Erfahrung die Gefährlichkeit seines Fahrverhaltens einzusehen vermochte und sich fahrtechn und rechtl richtig verhalten konnte (2 Ob 61/85 mwN; 8 Ob 137/2 ZVR 1984/119 = RS0023413; vgl ferner RS0065445; RS0065443).

Dementsprechend wurde jüngst in der E 2 Ob 124/19b bei einem Unfall auf dem Übungsgelände einer Fahrschule die Abweisung des Klagebegehrens eines Fahrschülers in einem Fall, in dem der Fahrlehrer seinen Schülern erklärt hatte, dass man Voll- und Gefahrenbremsungen vermeiden solle, weil sie zum Sturz führen würden, und der Kl dennoch grundlos, überraschend und bewusst eine Vollbremsung durchführte, gebilligt.

Dagegen wurde in der E 2 Ob 50/04y im Fall einer gänzl unerfahrenen Motorradfahrschülerin darauf hingewiesen, dass ein Fahrlehrer dem Fahrschüler keine Aufgaben stellen darf, denen dieser nach Ausbildung und Fahrfertigkeit nicht gewachsen ist. Er hat den Fahrschüler nach Möglichkeit vor Schaden zu bewahren und die Pflicht, ihn im Auge zu behalten, dessen Fahrweise sorgfältig zu überwachen und ggf einzugreifen. Da der Fahrlehrer bei der Motorradausbildung den Schüler nicht im selben Fahrzeug begleiten kann, besteht eine Verpflichtung zu erhöhter Sorgfalt bei der Überwachung des Schülers.

Die Grundsätze dieser Rsp sind auf die hier zu beurteilende Prüfungssituation übertragbar:

[Uneinsichtige Verhalten der Kl begründet Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten]

Der Kl musste aufgrund ihrer bis auf die praktische Prüfung abgeschlossenen Ausbildung die höhere Gefährlichkeit der Ablegung der Prüfung unter den gegebenen Umständen klar sein, wurde ihr doch im Rahmen der theoretischen Ausbildung vermittelt, dass mit einem Motorrad ohne ABS bei einer stärkeren Bremsung erhöhte Sturzgefahr besteht und man für die richtige Bremstechnik sehr viel Übung braucht. Obwohl sie mit Ausnahme einer kurzen Ausfahrt keine praktischen Erfahrungen mit dem Prüfungsmotorrad hatte und auch während des kurzen Einfahrens keine speziellen Bremsübungen mehr durchführen konnte, beharrte sie darauf, die Prüfung „unbedingt an diesem Tag" zu absolvieren. Selbst nach dem dreimaligen Scheitern an der Gefahrenbremsung versuchte sie, den an sich vorgesehenen Prüfungsabbruch aktiv und aus Eigenem abzuwenden, und setzte aus eigener Initiative die Einräumung eines vierten Versuchs beim Prüfer durch. Dieses uneinsichtige Verhalten ist der Kl als Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten anzurechnen.

[Trotzdem deutlich überwiegendes Mitverschulden – 3:1 – des Fahrlehrers]

Die damit erforderl Abwägung des beiderseitigen Fehlverhaltens führt jedoch entgegen der Meinung des BerG zu einem deutlich überwiegenden Verschulden des Fahrlehrers, der – wie erörtert – den Fahrschüler nach Möglichkeit vor Schaden zu bewahren hat. Zwar kann das uneinsichtige Verhalten der Kl nicht gänzl vernachlässigt werden. Der Sen erachtet aber in Anbetracht der Umstände des vorliegenden Einzelfalls lediglich ein Mitverschulden von einem Viertel für angemessen.

[Zur Motorradschutzkleidung]

Nach wie vor gibt es keine ges Norm, die beim Motorradfahren das Tragen von Schutzkleidung (abgesehen vom Sturzhelm: § 106 Abs 7 KFG) vorschreibt (vgl zuletzt 2 Ob 44/17k [ZVR 2018/124 *(Danzl)*] sowie 2 Ob 119/15m SZ 2015/110 [= ZVR 2016/10 *(Ch. Huber)*]).

[Grds allg Bewusstsein zum Tragen adäquater Schutzkleidung]

Allein darauf ist aber nach der Judikatur nicht abzustellen. Der Vorwurf eines „Mitverschuldens" bei der Unterlassung von Schutzmaßnahmen zur eigenen Sicherheit ist nämlich auch dann begründet, wenn sich bereits ein allg Bewusstsein der beteiligten Kreise dahin gebildet hat, dass jeder Einsichtige und Vernünftige solche Schutzmaßnahmen anzuwenden pflegt (2 Ob 44/17k mwN; RS0026828). Dann ist einem „einsichtigen und vernünftigen" Motorradfahrer zuzumuten, die Eigengefährdung möglichst gering zu halten, und daher eine adäquate Schutzkleidung zu erwarten bzw umgekehrt Fahrern, die dieses erhebl zusätzl Verletzungsrisiko dennoch eingehen, ein „Mitverschulden" anzulasten (2 Ob 44/17k mwN).

Mit *Karner* (Radhelmpflicht nur für erwachsene „sportlich ambitionierte Radfahrer", nicht aber allg, ZVR 2014/218, 391 [EAnm]), der dazu auf *Koziol* (Die Mitverantwortung des Geschädigten im Wandel der Zeit, FS Hausmaninger [2016] 139ff) verweist, ist es nicht argumentierbar, dem Einzelnen zwar immer strengere Sorgfaltspflichten gegenüber anderen aufzuerlegen und dagegen die Obliegenheit, Sorgfalt gegenüber seinen eigenen Gütern anzuwenden, zunehmend abzubauen. Es geht dabei nicht darum, dem Einzelnen Freiheiten zu nehmen, sondern um die Abwägung der Frage, wie das damit eingegangene Risiko zu verteilen ist und inwieweit es von demjenigen, der sich für das Eingehen eines erhöhten Verletzungsrisikos entschieden hat, auf seinen Schädiger abgewälzt werden kann (2 Ob 44/17k).

In den E 2 Ob 119/15m und 2 Ob 44/17k hat sich der Sen dabei auf eine Onlinebefragung des KFV zum Bewusstsein der beteiligten Verkehrskreise in Bezug auf das Tragen von Schutzkleidung bzw auf *Knowles/Pommer/Winkelbauer/Schneider* (Motorradunfallgeschehen im urbanen Bereich. Betrachtungen von Motorradunfällen mit Pkw-Beteiligung aus unterschiedlichen Perspektiven, ZVR 2017/63, 146 [151]) gestützt. Für die Übertragung der Rsp zum Tragen von Schutzkleidung auf Motorradfahrten auch im Ortsgebiet

sprach demnach, dass Motorräder aufgrund ihrer Motorleistung im Verhältnis zu ihrem Gewicht eine spezifisch starke Beschleunigung erreichen können, die gerade im urbanen Gebiet ein besonderes Risiko darstellt, wo tendenziell ein größeres und dichteres Verkehrsaufkommen herrscht und womit eine Gefahrenerhöhung einhergeht, und dass Motorräder bei geringeren Geschwindigkeiten und wegen ihres Gewichts instabiler und unhandlicher sind, leichter kippen können und unbeweglicher sind als zB Motorroller (2 Ob 44/17k mwN).

Von diesen Argumenten könnten allenfalls die geringere Stabilität und Beweglichkeit des Motorrads bei geringeren Geschwindigkeiten und das auch bei der Gefahrenbremsung erforderl Erreichen der im Ortsgebiet höchstzulässigen Geschwindigkeit auf die hier zu beurteilende Prüfungssituation übertragen werden.

[Hier jedoch Unfall nicht im öff Straßenverkehr, sondern im verkehrsfreien Raum; außerdem noch kein ausreichendes Tragebewusstsein bei Fahrschulen und -schülern]

Allerdings ist zu beachten, dass sich der vorliegende Unfall nicht im öff Straßenverkehr ereignet hat (zu diesem Kriterium vgl auch *Koch,* Mitverantwortung durch unterlassenen Selbstschutz am Beispiel von Schutzkleidung, ZVR 2019/231, 475 [480]), sondern bei einer Übung im verkehrsfreien Raum (§ 6 Abs 1 Z 2 FSG-PV). Zwar wurde die Kl vor der Prüfung sowohl vom Fahrlehrer als auch vom Prüfer gefragt, ob sie die Prüfung tatsächl „nur" in Jeans absolvieren wolle, und – nachdem sie dies bejaht hatte – vom Prüfer auch auf mögl Gefahren und Verletzungen bei einem Sturz hingewiesen. Die Kl wusste auch, dass sie von der Fahrschule eine ihre Schutzausrüstung vervollständigende Motorradhose mit Protektoren ausleihen hätte können. Es existieren aber keine Hinw darauf, dass sich in den beteiligten Kreisen, also bei den Fahrschulen und den Fahrschülern, bereits ein ausreichendes Bewusstsein dahin gebildet hätte, dass jeder einsichtige und vernünftige Fahrschüler solche Schutzmaßnahmen auch bei Übungen im verkehrsfreien Raum anwenden sollte (vgl RS0026828). Die (dislozierte) Negativfeststellung des ErstG, es sei nicht erwiesen, dass von Seiten der Fahrschule auf ein Tragen von Schutzkleidung gedrängt oder dies vor Besteigen des Motorrads verlangt worden wäre, indiziert vielmehr das Gegenteil und geht zu Lasten des für das behauptete Mitverschulden beweispflichtigen Bekl.

Aus dem Nichttragen der Schutzhose während der Prüfung kann daher kein weiteres Mitverschulden der Kl abgeleitet werden.

[Ergebnis]

Der Kl ist daher insgesamt nur ein Viertel Mitverschulden am Unfall anzulasten, sodass ihrer Rev tw Folge zu geben und spruchgemäß zu entscheiden ist.

Anmerkung:
Siehe im Anschluss an die nächste E OGH 2 Ob 98/21g ZVR 2022/143.

ZVR 2022/143

§§ 1304, 1325 ABGB; § 106 Abs 2 KFG; § 2 Abs 1 Z 19 StVO

OGH 21. 10. 2021, 2 Ob 98/21g (OLG Wien 8. 3. 2021, 14 R 168/20h; LGZ Wien 2. 7. 2020, 21 Cg 17/19b)

➜ Kein Mitverschulden eines Rollstuhlfahrers wegen Nichtverwendung eines Gurtes

1. § 1304 ABGB; § 106 Abs 2 KFG; § 2 Abs 1 Z 19 StVO

➜ Eine ges „Gurtenpflicht" für Rollstuhlbenützer besteht nicht.

➜ Es begründet kein Mitverschulden eines aus dem Rollstuhl gestürzten Rollstuhlfahrers, wenn er kein „Personenrückhaltesystem" (Becken- oder Schultergurt) verwendete. Es gibt keine Hinw darauf, dass sich unter Rollstuhlfahrern ein entsprechendes Bewusstsein herausgebildet hätte. Umso weniger kommt ein solches Mitverschulden in Frage, wenn beim Rollstuhlfahrer durch die Verwendung eines Gurts seine Bewegungsfreiheit weiter einschränkt wird und er seine Sitzposition entgegen den mediz Erfordernissen nicht mehr regelmäßig verlagern kann.

2. § 1325 ABGB

Angemessenheit eines Schmerzengeldes von € 12.000,– für den Oberschenkelbruch eines querschnittgelähmten Rollstuhlfahrers, der keine Schmerzen mehr verspüren kann.

Sachverhalt:

[Querschnittlähmung seit Erstunfall 2005]

Der Kl erlitt 2005 bei einem Verkehrsunfall einen Bruch des 11. und 12. Brustwirbels mit vollständiger Querschnittlähmung. Er ist seither auf einen Rollstuhl angewiesen, wobei er einen solchen mit elektr Antriebsunterstützung („E-Motion-Antrieb") verwendet. Er kann ihn aufgrund seiner Schmerzen im Schulterbereich nur eingeschränkt bedienen, sollte ihn aber wegen der physiotherapeutischen Wirkung möglichst oft selbst mit den Armen bewegen. Es ist ihm kaum möglich, seinen Oberkörper zu drehen oder sich seitl zu beugen. Seine Beine hält er mit einem Gurt über den Knien zusammen. Er erlitt bereits einmal einen massiven Dekubitus im Gesäßbereich, weshalb er aus mediz Sicht seine Sitzposition regelmäßig verlagern muss und durchgehend überhaupt nur 4,5 Std sitzend verbringen darf.

[Gurtsystem am Rollstuhl mediz kontraindiziert]

Ein „Personenrückhaltesystem", also ein Gurtsystem, mit dem die Hüfte und/oder der Oberkörper am Roll-

stuhl fixiert wird, ist beim Kl aus mediz Gründen nicht erforderlich. Er könnte dadurch auch seine Sitzposition nicht mehr verlagern und wäre in seiner ohnehin sehr geringen Bewegungsfreiheit weiter eingeschränkt. Auch würde sich dadurch die Verletzungsgefahr beim Kippen des Rollstuhls erhöhen.

[Schmerzengeldzuspruch € 150.000,– in Vorverfahren]

In einem Vorverfahren wurde dem Kl ausgehend vom Alleinverschulden des Unfallgegners ein Schmerzengeld von € 150.000,– zugesprochen und die Haftung auch des hier Bekl – begrenzt mit der zum Unfallzeitpunkt geltenden Mindesthaftpflichtsumme – für sämtl zukünftigen Schäden aus dem Verkehrsunfall festgestellt.

[Erster Unfall mit Rollstuhl]

Am 1. 7. 2016 fuhr der Kl den Rollstuhl mit Schrittgeschwindigkeit. An einer Stelle ragte das Kopfsteinpflaster über den bis dahin befahrenen Untergrund hinaus. Die Änderung der Bodenverhältnisse nahm der Kl trotz aufmerksamen Fahrverhaltens in der Dunkelheit nicht wahr. Als er diese Stelle überfahren wollte, blockierten die Vorderräder, wodurch der Rollstuhl nach vorne kippte. Im Sturz stützte er sich mit der rechten Hand ab und fiel auf die re Seite. Er erlitt eine Ellenbogenprellung und hatte (gerafft) drei Tage leichte Schmerzen.

[Zweiter Unfall]

Am 25. 5. 2017 befand sich der Kl am späten Vormittag auf dem allg zugänglichen Teil einer Baustelle in einem Hafengelände, um dort zu fotografieren. Die Bodenfläche war zwar ungefährlich, aber tw mit Sand und Kies versehen. Der Kl verwendete wieder seinen elektr unterstützten Rollstuhl, wurde aber von seinem Assistenten mit Schrittgeschwindigkeit geschoben. Aufgrund eines für den Assistenten unter dem sandigen Boden nicht sichtbaren Steins blockierte eines der Vorderräder. Da der Assistent versuchte, weiter zu schieben, kam es zu einer Drehbewegung, durch die der Kl aus dem Rollstuhl fiel. Dabei erlitt er einen Bruch des re Oberschenkelknochens, der operativ mit einer Platte und Schrauben stabilisiert werden musste. Da dieser Bereich von der Querschnittlähmung betroffen ist, konnte der Kl dort keine Schmerzen verspüren. Aufgrund dieses Ereignisses erlitt er – einschl des Rehab-Aufenthalts – insgesamt 12 Tage leichte Schmerzen (iS physischen und psychischen Unbills).

[Verfahrensgang]

Der Kl begehrte € 32.992,65 sA, darunter – für das RevVerfahren noch allein relevant – einen nicht weiter aufgeschlüsselten Gesamtbetrag von € 20.000,– an Schmerzengeld für die Folgen dieser beiden Unfälle.

Das ErstG verpflichtete die Bekl zur Zahlung von € 14.992,65, darunter eines Schmerzengeldes von € 2.000,– sA.

Das BerG änderte dieses U dahin ab, dass es den Zuspruch an Schmerzengeld auf € 8.000,– (und den Zuspruch insgesamt auf € 20.642,65) sA erhöhte. Es teilte die Ansicht des ErstG, dass die beiden Unfälle und die daraus entstandenen Schäden adäquate Folgen des Verkehrsunfalls aus dem Jahr 2005 seien. Ein Mitverschulden sei dem Kl beim Unfall v 1. 7. 2016 nicht anzulasten. Wohl aber treffe ihn ein solches beim Unfall v 25. 5. 2017. Zwar habe sich noch kein allg Bewusstsein der beteiligten Kreise dahin manifestiert, bei Fahrten im Rollstuhl generell ein Rückhaltesystem zu benützen. Angesichts des nur knapp ein Jahr vorher erlittenen Sturzes und des mit Sand und Kies bedeckten Baustellengrundes habe dem Kl aber die erhöhte Gefahr eines neuerlichen Sturzes bewusst sein müssen. Unter diesen Umständen treffe ihn wegen der dennoch unterlassenen Verwendung eines Rückhaltegurts ein Mitverschulden, das in Anlehnung an die „übliche Mitverschuldensquote wegen Verletzung der Gurtenanlegepflicht“ mit einem Viertel zu bemessen sei.

Zur Höhe des Schmerzengeldes hielt das BerG für alle Folgen des Unfalls v 1. 7. 2016 ein solches von € 500,– für angemessen. Für die Folgen des zweiten Unfalls gelangte es unter Berücksichtigung der Rsp, dass auch schmerzunempfindliche Personen einen Anspruch auf einen „Sockelbetrag“ hätten, zu einem Schmerzengeld von € 10.000,–, das es um die Mitverschuldensquote auf € 7.500,– kürzte. Daraus ergebe sich insgesamt ein Zuspruch von € 8.000,–.

Der OGH gab der Rev des Kl tw Folge, sprach dem Kl € 24.642,65 sA (hierin € 12.000,– Schmerzengeld) zu und wies das Mehrbegehren von € 8.350,– sA ab.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten]

Eine als Mitverschulden bezeichnete Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten, die zur Selbstschädigung führt (RS0032045), liegt dann vor, wenn jene Sorgfalt außer Acht gelassen wird, die nach dem allg Bewusstsein der beteiligten Kreise von jedem Einsichtigen und Vernünftigen eingehalten worden wäre, um eine Schädigung zu verhindern (2 Ob 99/14v mwN [ZVR 2014/219 *(Karner)*]; RS0026828). Dies setzt auch voraus, dass der Geschädigte die Gefahr erkannte bzw diese zumindest erkennbar war. Erkennbaren Gefahrenquellen muss nämlich jedenfalls ausgewichen werden (RS0023704 [T 1]).

[Keine ges Gurtenpflicht für Rollstühle]

§ 106 Abs 2 KFG verpflichtet zur Benutzung von Sicherheitsgurten in Kfz. Ausnahmen von der Gurtenpflicht bestehen insofern gem § 106 Abs 3 Z 2 KFG bei Unmöglichkeit des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Sicherheitsgurts wegen der Körpergröße oder schwerster körperlicher Beeinträchtigung des Benützers.

§ 2 Abs 1 Z 19 StVO nimmt aber Rollstühle explizit vom Fahrzeugbegriff aus. Aus der Bestimmung ergibt sich – auch wenn eine § 24 Abs 1 dStVO entsprechende Regelung in Österreich fehlt –, dass Benutzer von Greifreifenrollstühlen auch in Österreich wie Fußgänger zu behandeln sind (2 Ob 42/17s [ZVR 2019/6 *(Ch. Huber)*] RS0131963). Eine ges Gurtenpflicht besteht daher für sie nicht. ➜

[Helm- und Schutzkleidungspflicht]

Mit der Frage des Mitverschuldens bei unterlassener Verwendung von Schutzeinrichtungen ohne entsprechende ges Verpflichtung hatte sich der Sen iZm Helmen bei Radfahrern und Motorradschutzkleidung zu beschäftigen:

In der E 2 Ob 99/14v [ZVR 2014/219 *(Karner)*] sprach er erstmals aus, dass das Nichttragen eines Fahrradhelms bei „sportlich ambitionierten" Radfahrern im Fall einer kausalen Kopfverletzung als Obliegenheitsverletzung zu werten sei. Auch wenn die österr Rechtsordnung keine allg Helmpflicht vorsehe, sei eine Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten anzunehmen, wenn sich in den beteiligten Kreisen bereits ein allg Bewusstsein zum Tragen eines Helms gebildet habe, was bei Fahrten unter rennmäßigen Bedingungen anzunehmen sei.

In ähnlicher Weise wertete der Sen trotz fehlender ges Anordnung das Nichttragen von Schutzkleidung durch einen Motorradfahrer auf einer kurzen Überlandfahrt als Mitverschulden, weil sich unter Motorradfahrern eine entsprechende soziale Norm herausgebildet habe (2 Ob 119/15m mwN [ZVR 2019/10 *(Ch. Huber)*]; RS0130397). Diese Grundsätze wurden in der E 2 Ob 44/17k [ZVR 2018/124 *(Danzl)*] auch auf den Motorradverkehr im Ortsgebiet übertragen.

[Kein allg Bewusstsein zur Verwendung von Gurten in Rollstühlen]

Dass sich unter Rollstuhlfahrern ein allg Bewusstsein herausgebildet hätte, Rückhaltegurte bzw Beckengurte auch bei der händischen – allenfalls elektr unterstützten – Benutzung des Rollstuhls zu verwenden, steht nicht fest und ist auch nicht offenkundig iSd § 269 ZPO, sodass dem Kl bereits aus diesem Grund kein Mitverschulden anzulasten ist.

Hinzu kommt, dass der Kl bei Verwendung eines Rückhaltegurts – abgesehen von der weiteren Einschränkung seiner Beweglichkeit – seine Sitzposition entgegen seinen mediz Erfordernissen nicht mehr regelmäßig verlagern und damit erneut den bereits einmal eingetretenen Dekubitus im Gesäßbereich riskieren würde. Wenn damit im konkreten Einzelfall sogar Umstände vorliegen, die den oben angeführten Ausnahmen von der ges Gurtenpflicht in Kfz zumindest nahekommen, kann umso weniger ein Mitverschulden des Kl angenommen werden.

[Gleiches Ergebnis in BRD; Diskriminierungsverbot]

In Deutschland hatte das BVerfG aufgrund einer Verfassungsbeschwerde eines bei einem Verkehrsunfall zu Schaden gekommenen Rollstuhlfahrers zu prüfen, ob die Annahme eines (zum Sturz aus dem Rollstuhl führenden) Mitverschuldens wegen Nichtanlegung des Beckengurts gegen das Verbot der Benachteiligung behinderter Personen (Art 3 Abs 3 Satz 2 GG) verstieß. Es entschied, dass für Rollstuhlfahrer im Straßenverkehr keine Obliegenheit zum Anlegen eines Beckengurts bestehe (1 BvR 742/16). Auch wenn ein Beckengurt bereits am Rollstuhl befestigt sei, diene er lediglich der Sicherung während des Transports mit einem Fahrzeug. Die Verwendung des Beckengurts sei bei der Teilnahme am öff Straßenverkehr nach dem allg Bewusstsein zum eigenen Schutz nicht geboten, sodass ein Mitverschulden nicht vorliege. Das BVerfG wies auch auf die Bedeutung des Verbots der Benachteiligung behinderter Menschen für die Beurteilung eines Mitverschuldens hin.

Diese Erwägungen sind auch auf österr Verhältnisse übertragbar.

Da sich schließlich der erste Vorfall unter völlig anderen Bedingungen (Dunkelheit, Kopfsteinpflaster) ereignete als der zweite (Hafengelände mit sandigem Boden), ist entgegen der Auffassung des BerG auch daraus kein Mitverschulden des Kl abzuleiten.

Seine Begründung für ein Mitverschulden des Kl erweist sich somit insgesamt als nicht tragfähig.

[Schmerzengeld für querschnittgelähmte Menschen]

Dem Kl steht daher der ungekürzte Schmerzengeldanspruch zu. Soweit er sich gegen die Höhe des bisher zugesprochenen Schmerzengeldes wendet, ist ihm tw zu folgen.

Schmerzengeld gebührt nach der Rsp grds auch dem, der durch eine haftungsbegründende Einwirkung auf seine Persönlichkeitsstruktur außerstande gesetzt wird, Schmerz und Leid im Gegensatz zu Wohlbefinden und Freude zu empfinden, und damit elementarster menschl Empfindungen beraubt wird (RS0031232). Nach der stRsp des erkFachSen fällt es nicht entscheidend ins Gewicht, ob das Unfallopfer Schmerzen empfand oder nicht (2 Ob 66/92; 2 Ob 192/97t [ZVR 2000/54 *(Ch. Huber)*]; 2 Ob 106/10t; 2 Ob 48/16x ua).

[Unterscheidung Schmerzunempfindlichkeit vor oder erst seit Schadenszufügung]

Lag aber die Einschränkung des Schmerzempfindens des Geschädigten schon vor der Schadenszufügung durch den Schädiger und wurde daher nicht durch diesen verursacht, steht dem Geschädigten nach der E 3 Ob 116/05p [ZVR 2006/202 *(Karner)*] lediglich ein Mindestersatz für die Schädigung seiner körperl Unversehrtheit bzw die Schädigung der Persönlichkeit zu, also ein Sockelbetrag zur Abgeltung von Unlustgefühlen und Missempfindungen, den hier auch das BerG für maßgeblich erachtete.

Im vorliegenden Fall wurde aber die Einschränkung des Schmerzempfindens des Kl durch den Schädiger, für den der Bekl haftet, verursacht, sodass die soeben erörterte Rsp nicht zum Tragen kommt. Vielmehr bleibt das Argument für die Berechtigung eines Schmerzengeldanspruchs auch ohne Schmerzempfinden, nämlich dass der Verlust der Erlebnisfähigkeit ein schadenersatzrechtl zumindest ebenso bedeutender Nachteil ist wie der Schmerz, weiter schlagend.

[Angemessenheit eines Schmerzengeldes iHv € 12.000,–]

Angesichts der bereits vom BerG zit Schmerzengeldzusprüche bei ähnlichen Verletzungen und angesichts wesentl geringerer Zusprüche für Oberschenkelbrüche bei kurzen Schmerzperioden (zB in OLG Innsbruck 1 R 82/

13 d mit € 3.700,– valorisiert bzw OLG Wien 11 R 73/15 € 3.000,– valorisiert, vgl jeweils *Danzl,* HB Schmerzengeld, Online-Datenbank) sowie unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Schmerzengeldzusprüche im Bereich von € 20.000,– jeweils wesentl längere Schmerzperioden mit zusätzl Verletzungen umfassten (vgl 8 Ob 3/80 – valorisiert € 23.800,–; 2 Ob 209/82 – valorisiert € 18.000,–; 8 Ob 229/82 – valorisiert € 18.600,–) oder erhebl Beinverkürzungen mit sich brachten (vgl 2 Ob 89/80 – valorisiert € 22.800,–), aber auch darauf Bedacht nehmend, dass das Schmerzengeld tendenziell nicht zu knapp bemessen werden sollte (vgl 2 Ob 61/02 p; 2 Ob 12/02 g; 2 Ob 101/05 z; 2 Ob 105/09 v), erscheint hier ein Zuspruch von € 12.000,– angemessen, der auch die vergleichsweise geringen Schadensfolgen nach dem Sturz v 1. 7. 2016 umfasst.

Anmerkung I:

Beide im Folgenden zu besprechenden Entscheidungen (**OGH 2 Ob 52/21 t**[1] und **2 Ob 98/21 g**) behandeln die Frage des Mitverschuldens (§ 1304 ABGB) mangels ausreichender Sicherungsmaßnahmen (Schutzkleidung/Gurt), beide beantworten diese im Einklang mit der vorhandenen Rsp und beide sind gerade deshalb – wenngleich im **Ergebnis überzeugend** – in ihrer auf die Verkehrsanschauung abstellenden **Begründung problematisch.**

Im ersten Fall **(OGH 2 Ob 52/21 t)** kam die Kl bei einer Gefahrenbremsung, die sie im Rahmen ihrer **Motorradfahrprüfung** absolvieren musste, zu Sturz. Von den beiden Motorrädern der bekl Fahrschule gebrauchte sie dabei jenes ohne ABS, weil das mit ABS ausgestattete Motorrad, auf dem sie den allergrößten Teil ihrer Fahrpraxis erlangt hatte, wegen kleinerer Mängel nicht zur Prüfung zugelassen worden war. Die Unsicherheit der Kl beim Umgang mit dem verwendeten Modell führte zum Unfall. Dem Fahrlehrer war diese Unsicherheit zuvor deutlich erkennbar gewesen, weshalb er – so der OGH – die Kl aufgrund von Schutzpflichten aus dem Ausbildungsvertrag nicht zur Prüfung zulassen hätte dürfen.[2] Das bloße Anbieten einer Verschiebung war hingegen nicht ausreichend. Da sich die Kl jedoch aufgrund ihrer bisherigen Fahrausbildung der Gefährlichkeit der Situation bewusst gewesen sein musste, sie aber dennoch auf der Durchführung der Prüfung an diesem Tag beharrt und nach dreimaligem Scheitern der Gefahrenbremsung aus eigener Initiative die Gewährung der schließlich zum Sturz führenden vierten Chance beim Prüfer durchgesetzt hatte, ist ihr ein Mitverschulden anzulasten.[3] Ob dieses mit dem OGH bloß ein Viertel betragen oder nicht doch näher bei der vom BerG angenommenen Hälfte liegen sollte, mag hier dahingestellt bleiben. Im Rahmen dieser Besprechung interessiert vielmehr ein anderer Aspekt des Falles: Hätte die Kl nicht bloß Jeans, sondern eine **Schutzhose** getragen, wären ihre Verletzungen unterblieben. Entgegen dem BerG **verneinte** der OGH aber eine diesbzgl Obliegenheit, obwohl er für das Motorradfahren im öff Straßenverkehr – sei es im Freiland oder in der Stadt – eine solche annimmt.[4] Dies erscheint zweifelhaft, weil eine Abwägung zwischen Bewegungsfreiheit und körperl Unversehrtheit gerade bei Fahrprüfungen das Tragen von Schutzkleidung nahelegen sollte, steht doch hier einerseits die geringe Fahrpraxis, andererseits die Vorhersehbarkeit besonderer Gefahren, namentlich einer Gefahrenbremsung, fest. Das sollte im Allg auch einem Prüfling erkennbar sein, der immerhin bereits die theoretische Prüfung sowie praktische Fahrstunden absolviert hat. Problematischer ist freilich der – keineswegs neue – Begründungsansatz des OGH: Weiteres Mitverschulden hins des Schmerzengeldes scheide aus, weil keine Hinweise darauf existierten, „dass sich in den beteiligten Kreisen, also bei den Fahrschulen und den Fahrschülern, bereits ein ausreichendes Bewusstsein dahin gebildet hätte, dass jeder einsichtige und vernünftige Fahrschüler solche Schutzmaßnahmen auch bei Übungen im verkehrsfreien Raum anwenden sollte".[5] Darauf wird noch näher einzugehen sein. An dieser Stelle sei aber festgehalten, dass die Ablehnung einer weiteren Schadensteilung in der Sache wohl schon aufgrund des deutlich überwiegenden Verschuldens des bekl Fahrlehrers gerechtfertigt werden kann, hätte dieser aufgrund seiner Garantenstellung doch nicht nur auf die mit der Nichtverwendung der Schutzhose verbundenen Gefahren hinweisen, sondern vehement auf den Gebrauch der Schutzkleidung drängen müssen. Da er dies unterlassen hat, war die Erkennbarkeit der Sorglosigkeit durch eine an Erfahrung deutlich unterlegene Schülerin wohl so sehr erschwert, dass ihr nur vernachlässigbares Mitverschulden vorzuwerfen ist.

Im zweiten Fall **(OGH 2 Ob 98/21 g)** verletzte sich der aufgrund eines früheren Verkehrsunfalls querschnittgelähmte Kl bei zwei Stürzen mit seinem Rollstuhl und begehrte Schadenersatz vom seinerzeitigen Unfallgegner. Fraglich war, ob es dem Kl als Mitverschulden anzulasten ist, dass er den **Rollstuhl ohne Sicherheitsgurt** benutzt hatte – dieser hätte offenbar schadensmindernd gewirkt. Die Antwort fiel aufgrund der Umstände des Falles nicht schwer: Der Kl war aus

1) ZVR 2022/142 (in diesem Heft).
2) Dies steht im Einklang mit der bisherigen Rsp, s OGH 2 Ob 50/04 y (Übergabe des Schulungsmotorrads mit kaltem Motor) sowie die in FN 3 genannten Entscheidungen. Widersetzt sich der Schüler der Anordnung des Fahrlehrers, scheidet dessen Verschulden freilich aus, vgl 2 Ob 124/19 b (Vollbremsung trotz Warnung).
3) Vgl auch OGH 2 Ob 240/16 g (ermüdungsbedingter Unfall nach vierstündiger Motorradübungsfahrt); 2 Ob 61/85 (plötzlicher Linkszug des Fahrschülers) sowie 2 Ob 90/63 ZVR 1963, 236 (kein Mitverschulden wegen Nichtbeachtens eines Schlaglochs in der ersten Fahrstunde). Zum mangelnden Verschulden des Fahrschülers vgl auch etwa 8 Ob 137/82 ZVR 1984/119 (Einparken rückwärts).
4) OGH 2 Ob 119/15 m ZVR 2016/10 (zust *Ch. Huber*) = EvBl 2016/10 (krit *Obermayr*) = ecolex 2016/14 (zust *Wilhelm*) = JMG 2016/1, 40 (zust *H. M. Leitner*) (kurze Überlandfahrt); 2 Ob 44/17 k ZVR 2018/124 (zust *Danzl*) (Fahrt im Ortsgebiet); ebenso bereits zu Fahrt im Ortsgebiet OLG Wien 15 R 38/17 v ZVR 2018/91 (zust *Ch. Huber*); ggt noch OLG Innsbruck 1 R 56/06 d ZVR 2006/226 (zust *Danzl*). Dem OGH zust *B. A. Koch,* ZVR 2019, 475 (480); aA *Fluch/Druml,* Zak 2019, 304; differenzierend *A. Schwaighofer,* Schutzbekleidung und Mitverschulden im Sport (2019) 119 ff.
5) Zu dieser Formel s RS0026828.

medizinischer Sicht dazu angehalten, seine Sitzposition regelmäßig zu verändern. Daran hätte ihn ein Gurt gehindert. Außerdem wäre die Verletzungsgefahr bei Kippen des Rollstuhls mit Gurt im Allg sogar erhöht gewesen. Selbst bei einer – die Bewegungsfreiheit außer Acht lassenden – isolierten Betrachtung des Schutzes der körperl Unversehrtheit sprach eine Abwägung der Vor- und Nachteile der Verwendung eines Sicherheitsgurts somit **gegen eine solche Obliegenheit.** Bekräftigt wird dieses Ergebnis durch die vom OGH ergänzend herangezogene Ausnahme von der Gurtpflicht in Kraftfahrzeugen nach § 106 Abs 3 Z 2 KFG. Problematisch ist aber auch in dieser Entscheidung das Hauptargument des OGH: „Dass sich unter Rollstuhlfahrern ein allgemeines Bewusstsein herausgebildet hätte, Rückhaltegurte bzw Beckengurte auch bei der händischen – allenfalls elektrisch unterstützten – Benutzung des Rollstuhls zu verwenden, steht nicht fest und ist auch nicht offenkundig iSd § 269 ZPO, sodass dem Kläger bereits aus diesem Grund kein Mitverschulden anzulasten ist.“[6] So überzeugend die Entscheidung im Ergebnis auch ist – dass der OGH die Sorgfaltswidrigkeit eines Verhaltens von der Verkehrsanschauung[7] abhängig macht und damit diese in Wahrheit nur anhand der gesamten Rechtsordnung zu entscheidende Frage **zur Tatfrage erklärt** („steht nicht fest und ist auch nicht offenkundig“),[8] erscheint bedenklich.[9]

Allg anerkannt ist, dass Effektivität und Akzeptanz einer Rechtsnorm keinen Einfluss auf ihre Geltung haben: Ob bspw eine Geschwindigkeitsbeschränkung eingehalten **(Verkehrsübung)** oder dies zumindest für vernünftig erachtet wird **(Verkehrsanschauung),** spielt rechtlich keine Rolle. Davon zu unterscheiden ist die Frage, welche Bedeutung solchen Tatsachen bei der Bestimmung des Inhalts der Rechtsnorm zukommt. So können sie etwa bei der Auslegung hoheitl oder privater Normen relevant sein, wenn diesen eine bisherige Praxis zugrunde gelegt werden sollte (§§ 6, 914 ABGB). Innerhalb der verfassungsrechtl Grenzen kommt freilich auch ein ges Verweis auf die jeweils gerade herrschenden Sitten in Betracht. Stellt der OGH auf das „allgemeine Bewusstsein der beteiligten Kreise“ darüber ab, wie sich „jeder Einsichtige und Vernünftige“ verhält, setzt er offenbar idS voraus, dass der Gesetzgeber zur Ausgestaltung des Sorgfaltsgebots dynamisch auf die Verkehrsanschauung verweist. Wie im Folgenden gezeigt werden soll, gibt es jedoch keine Anhaltspunkte für eine solche normative Erhöhung der Verkehrsanschauung und kann beim Mitverschulden auch kaum auf ihre Indizwirkung vertraut werden.

Vom Gesetz wird jener Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit verlangt, welcher bei gewöhnl Fähigkeiten angewendet werden kann (§ 1297 ABGB). Die Fähigkeiten des Durchschnittsmenschen begrenzen also die Zurechnung. Selbstverständlich ist innerhalb dieses Rahmens nicht die äußerst mögliche Sorgfalt geboten, würde dies doch die zum Genuss eigener Rechtsgüter notwendigen, ganz und gar alltägl Gefährdungen fremder Rechtsgüter auch bei Verhältnismäßigkeit des eingegangenen Risikos verbieten, damit wechselseitig zu völliger Unfreiheit führen und den angestrebten Rechtsgüterschutz gerade nicht erreichen. Vielmehr sind im Rahmen einer **Abwägung aller kollidierender rechtl geschützter Interessen** auch eigene Rechtsgüter – namentlich die persönl Bewegungsfreiheit – zu berücksichtigen.[10] Verlangt das Gesetz die Sorgfalt, die bei gewöhnl Fähigkeiten angewendet werden „kann“, ist daher jene Sorgfalt gemeint, die bei solchen Fähigkeiten aufgrund der genannten Abwägung als rechtl geboten erkannt und ausgeübt werden kann. Insofern ist es völlig zutr, wenn gemeinhin darauf abgestellt wird, wie sich ein **maßgerechter Durchschnittsmensch** in der konkreten Lage verhalten hätte.[11] Eine solche Maßfigur wird bei Fehlen konkreter rechtl Vorgaben die Bewegungsfreiheit mit den sonstigen Rechtsgütern abwägen und dabei insb die Gefährlichkeit des fraglichen Verhaltens, den Rang der betroffenen Güter sowie die Zumutbarkeit ungefährlicheren Verhaltens berücksichtigen.[12]

Zu beachten ist aber, dass es sich beim maßgerechten Durchschnittsmenschen nicht um eine reale Person, sondern um ein Konstrukt zur Abgrenzung rechtl Schutzbereiche handelt. Soll die Maßfigur zur Begründung eines objektivierten Vorwurfs dienen, hat sie zwar in ihren Fähigkeiten dem Durchschnittsmenschen zu entsprechen, nicht jedoch in ihrer normativen Determinierung, die bei der Maßfigur allein rechtl Art ist. Es ist daher hinreichend, dass ein realer Durchschnittsmensch die im Rahmen der Abwägung relevanten Tatsachen sowie die einschlägigen rechtl Wertungen erkennen und daraus ableiten kann, welches Verhalten rechtl geboten ist. Ob er dieses für vernünftig hält (Verkehrsanschauung) oder selbst befolgt (Verkehrsübung), ist hingegen belanglos, weil diese Entscheidungen nicht auf den ges angeordneten **ausge-**

6) OGH 2 Ob 98/21 g Rz 24; ähnl die vom OGH zit Entscheidung dBVerfG 1 BvR 742/16 Rz 13, wo aber auch bemerkt wird, dass sich das Mitverschulden „durch die konkreten Umstände und Gefahren im Verkehr sowie nach dem, was den Verkehrsteilnehmern zumutbar ist, um diese Gefahren möglichst gering zu halten“, bestimme (Rz 12).

7) Obwohl der OGH regelmäßig auf Statistiken zur tatsächl Übung Bezug nimmt, stellt er durch Verweis auf das „allg Bewusstsein“ wohl auf die Verkehrsanschauung und nicht bloß auf eine Verkehrssitte iS einer Verkehrsübung ab. Zur Begriffsabgrenzung vgl *Rummel,* Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte (1972) 91 f.

8) Zur Qualifikation der Frage nach dem Bestehen einer Verkehrsanschauung als Tatfrage, wenn zu ihrer Beurteilung die Erfahrungen des täglichen Lebens nicht ausreichen, *Lovrek* in *Fasching/Konecny* IV/1³ (2019) § 503 ZPO Rz 167 mwN.

9) Ähnl bereits *Karner,* ZVR 2014, 391 (396) (EAnm), der betont, dass es sich „nicht um eine faktische, sondern um eine normative Problemstellung handelt“. IdS auch *B.A. Koch,* ZVR 2019, 475 (481); *Ch. Huber,* ZVR 2019, 19 (21) (EAnm); *Meier/Jocham,* VersR 2014, 1167 (1169) und *Morell,* JZ 2014, 1168 (1170). Explizit für das Abstellen auf das allg Bewusstsein iS des OGH dagegen *Schoditsch/Griehser,* ZVR 2006, 159 (160) (EAnm).

10) Eine zusätzl Prüfung der „Sozialadäquanz“ wird dadurch überflüssig; vgl *Koziol,* HPR I⁴ (2020) C/1/50. Ebenso wenig braucht es die Verkehrsanschauung als „quasi ‚pufferndes‘ Kriterium […] zusätzlich zur Ermittlung des Verhaltens der Maßfigur“ (so aber *A. Schwaighofer,* Schutzbekleidung 86).

11) Siehe *Karner* in KBB⁶ (2020) § 1297 Rz 1. Vgl auch die ErläutRV zum StGB: 30 BlgNR 13. GP 68. Bei Sachverständigen – etwa Motorradfahrern – gilt freilich der Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB.

12) Vgl *Koziol,* HPR I⁴ C/1/36 ff; ähnl *Welser,* Haftungsprobleme der Wintersportausübung, in *Sprung/König* (Hrsg), Das österreichische Schirecht (1977) 440 sowie für das Strafrecht *Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht (1974) 58.

wogenen Rechtsgüterschutz abzielen, sondern neben rechtl auch außerrechtl Normen, deren Sanktionen sowie sonstige persönl Nützlichkeitserwägungen berücksichtigen und bei der Abwägung nach Belieben gewichten.[13] Verkehrsanschauung und Verkehrsübung eignen sich daher nicht zur dynamischen Konkretisierung ges Verhaltensanforderungen, weil das Gesetz eben nicht ihr alleiniger Maßstab ist und dem Durchschnittsmenschen auch eklatant rechtswidriges, aber etwa kaum sanktioniertes Verhalten im Einzelfall vernünftig erscheinen mag. Überschreitet die Verkehrsanschauung mitunter aber sogar die offensichtlichen Schranken des Gesetzes, kann man von ihr erst recht nicht erwarten, zur Ausfüllung der dazwischenliegenden Auslegungsspielräume zu taugen, wenn dabei allein nach Maßgabe der Rechtsordnung abgewogen werden soll. Dies ist mangels gegenteiliger Hinweise im Gesetz[14] aber als Ziel anzunehmen, stünde ein Import außerrechtl Normen doch im Widerspruch zur klar deklarierten Absicht des Gesetzgebers, rechtl Wertungen grds selbst vorzunehmen (§ 10 ABGB; Art 18 B-VG). Zudem würden sonst auch all jene Rechtsnormen untergraben, die den Schutz bestimmter Güter anordnen, ohne ihn durch nähere Vorgaben zu konkretisieren: Ob sich dieser Schutz entfalten könnte, wäre dann der Willkür der Mehrheit anheimgestellt. Dies würde dem verfassungsrechtl Auftrag widersprechen, den Rechtsgüterschutz – und damit den Grundrechtsschutz – auch dort sicherzustellen, wo eine Gefährdung gemessen am Individualinteresse des Durchschnittsmenschen opportun, bei objektiv abwägender Betrachtung aber unverhältnismäßig ist. Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Ausgestaltung des Sorgfaltsgebots nicht an die Sittengemeinschaft delegiert hat.[15] Die erforderl Konkretisierung ist vielmehr nach dem Bild einer mit durchschnittl Fähigkeiten ausgestatteten, aber normativ allein rechtl determinierten Maßfigur vorzunehmen. Kollidierende Rechtsgüter sind also unter Berücksichtigung der bei durchschnittl Fähigkeiten erkennbaren Tatsachen und rechtl Wertungen gegeneinander abzuwägen. Nur wenn die Verkehrsanschauung das Ergebnis dieser Abwägung widerspiegelt, deckt sie sich mit der entsprechenden Rechtsnorm. Ist sie hingegen nicht idS „sachrichtig", so ist die Rechtsnorm zwar ineffektiv, aber dennoch gültig, und daher die Verkehrssitte „als nicht billigenswert abzulehnen".[16]

All dies ändert freilich nichts daran, dass Verkehrsanschauung und Verkehrsübung aufgrund der typischen Rechtstreue ihrer Träger **häufig immerhin Indizien** dafür sein können, was einer Maßfigur als sorgfältiges Verhalten erkennbar ist, zumal ein ähnlich ausgestaltetes Sorgfaltsgebot ja auch den meisten außerrechtl Normensystemen immanent ist, daher neben rechtl Sanktionen oft auch gesellschaftl Konsequenzen drohen und dem Durchschnittsmenschen sorgfältiges Verhalten meist somit auch dann vernünftig erscheinen sollte, wenn er mit den rechtl geschützten Werten nicht ebenso verbunden ist wie die Maßfigur.

Beruht die Aussagekraft der Verkehrsanschauung aber bloß auf diesen Gründen, wird klar, warum ihr gerade **beim Mitverschulden keine besonders starke Indizwirkung** – geschweige denn bei entsprechender Übung gewohnheitsrechtsähnliche Autorität[17] – zukommen kann: Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten ist ja nicht nur rechtl erlaubt, sondern häufig auch **kaum mit einem sozialen Unwerturteil verbunden.** Lediglich bei besonders gefahrenträchtigem Verhalten wird die Indizwirkung der Verkehrsanschauung ähnlich stark wie bei der Rechtswidrigkeit sein, weil der real drohende Schaden und die mit ihm verbundenen rechtl-wirtschaftl Folgen der Obliegenheitsverletzung dann Sanktion genug sind, um eine vergleichbar hohe Effektivität des Sorgfaltsgebots zu erreichen. Ist das Risiko hingegen überschaubar, wird der Verkehr hier oft freiheitsbetont eine größere Bandbreite an Verhaltensweisen noch als vernünftig erachten, zumal sorgloses Verhalten allenfalls sogar sozial attraktiv oder zumindest bequemer ist.[18] Dem Durchschnittsmenschen mag in solchen Fällen eine stärkere Gewichtung der Bewegungsfreiheit etwa gegenüber der eigenen körperl Unversehrtheit vertretbar erscheinen, obwohl eine bloß rechtl Wertungen verbundene Abwägung zu einem anderen Ergebnis kommt. Soll das Mitverschulden zu einer **gleichmäßigen Berücksichtigung der Sorgfalt des Geschädigten mit jener des Schädigers** führen, ist die Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten aber nach denselben Grundsätzen zu bestimmen wie jene gegenüber fremden Gütern,[19] weil nur so eine gänzliche Abwälzung des in Kauf genommenen erhöh-

13) Daran ändert auch die von *A. Schwaighofer,* Schutzbekleidung 87 ff vorgeschlagene kombinierte Betrachtung von Verkehrsübung und Verkehrsanschauung im Rahmen eines bewegl Systems nichts.

14) Auch § 1320 Abs 2 ABGB führt zu keiner Aufwertung von Verkehrsnormen und -sitten: Nach den ErläutRV 623 BlgNR 26. GP haben die im Gesetz erwähnten Standards bloß den FIS-Regeln vergleichbare Bedeutung. Ebenso unproblematisch ist der explizite Verweis auf die Verkehrsübung in Abs 2 Satz 3, soll damit nach den ErläutRV doch lediglich ausgedrückt werden, dass bei der Bestimmung der Sorglosigkeit zu berücksichtigen ist, „was in Alm- und Weidegebieten verkehrsüblich ist, womit also vernünftiger Weise gerechnet werden kann". Eine solche – aufgrund der bloßen Tatbestandswirkung nicht im herkömml Sinn normative – Kraft kommt dem Faktischen freilich immer zu; vgl *Welser* in *Sprung/König,* Schirecht 445 f.

15) IdS aber *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt 50 ff, der den Begriff der Verkehrssitte allerdings „nicht auf die tatsächliche Übung schlechthin bezieht, sondern normativ deutet", also an „die Gepflogenheiten der gewissenhaften und verständigen Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises" knüpft. Eine Berichtigung der Verkehrssitte nach dem Bild einer differenzierten Maßfigur erlaubt *Burgstaller* aber nur in von der Norm nicht bedachten Einzelfällen (45 sowie insb *Burgstaller/Schütz* in *Höpfel/Ratz,* WK StGB² [2017] § 6 Rz 44 f, 49).

16) Vgl *Welser* in *Sprung/König,* Schirecht 444, 465.

17) So aber *Ganner,* SpuRt 1/2015, 19 (20 f). Abgesehen von verfassungsrechtl Bedenken gegenüber der Geltung von Gewohnheitsrecht erscheint diese Ansicht schon deshalb zweifelhaft, weil aufgrund der geforderten längeren Übung bei einer „neuen, eindeutig gefährlichen Sportart [...] dann – jedenfalls zu Beginn – niemals eine Pflicht zum Tragen von Sicherheitseinrichtungen" bestünde (so *Ch. Huber,* ÖJZ 2016, 53 [60]).

18) Treffend betont *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt 55, dass „das Verhalten des großen Durchschnittes erfahrungsgemäß zur Laxheit tendiert und in bestimmten Fällen sogar ausgesprochen bedenklich sein kann".

19) Vgl *Reischauer* in *Rummel,* ABGB³ § 1304 (2007) Rz 1; ebenso *Karner,* ZVR 2014, 391 (397) (EAnm). Zur Kontroverse, inwieweit beim Mitverschulden bereits *geringere* Zurechnungsgründe ausreichen, vgl *Koziol,* HPR I⁴ Rz C/9/4 ff.

ten Risikos auf den Schädiger verhindert werden kann. Auch und gerade hier ist somit nicht die Verkehrsanschauung entscheidend, sondern das Urteil einer differenzierten Maßfigur.

Ein allg Bewusstsein kann die Zurechnung daher nur insoweit begrenzen, als es den **Erkenntnishorizont der Maßfigur** – etwa hins der Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen – bestimmt,[20] nicht jedoch, insoweit es auf der Inkaufnahme stärkerer Selbstgefährdung beruht und daher der Maßfigur trotzdem erkennbar ist, dass die Schutzmaßnahme aufgrund einer **Abwägung anhand des auch gegenüber fremden Gütern geltenden rechtl Maßstabs** geboten ist. Fehlt es bloß an der subjektiven Einsicht, kommt immerhin eine Billigkeitshaftung (§ 1310 ABGB analog) in Betracht. Allermeist wird es aber ohnehin nicht nur einer Maßfigur, sondern – entsprechend der Vermutung des § 1297 ABGB – auch dem konkret Geschädigten bewusst gewesen sein, dass es **„zwar eigentlich vernünftig"** wäre, höhere Sorgfalt einzuhalten, er zugunsten größerer Bewegungsfreiheit aber eine von einer solchen Abwägung abweichende Entscheidung in der Annahme trifft, dass ein sorgloseres Verhalten ja keinem anderen schade und jeder selber wissen müsse, wie lieb ihm jene Güter sind, mit denen er nach Willkür schalten darf. In solchen Fällen ein Mitverschulden abzulehnen, hieße, das mit der **Inkaufnahme erhöhter Selbstgefährdung** verbundene Risiko zur Gänze auf den Schädiger abzuwälzen und mangels gleichmäßiger Berücksichtigung der jeweiligen Zurechnungsgründe eine dem Grundgedanken des § 1304 ABGB entsprechende Risikoverteilung zu vereiteln. Wer sich unter Berufung auf die Privatautonomie für sorgloses Verhalten entscheidet, mag dies tun, muss dann aber auch die damit verbundenen Konsequenzen tragen.

Zeigt es sich also etwa, dass Sturzhelme in zumutbarer Weise Schutz vor der auch im Stadtverkehr erheblichen Gefahr schwerer Kopfverletzungen bei Radfahrern bieten, spricht eine Abwägung der Bewegungsfreiheit mit dem Schutz der körperl Unversehrtheit daher für das Tragen eines Sturzhelms und ist dies bei gewöhnl Fähigkeiten erkennbar, so besteht eine entsprechende Obliegenheit. Ob es ein realer Durchschnittsmensch für vertretbar hält, vom erkannten Sorgfaltsgebot abzuweichen und zugunsten größerer Bequemlichkeit oder Attraktivität den eigenen Körper in erhöhtem Maß zu gefährden, spielt hingegen keine Rolle.

Wie der OGH überzeugend ausführt, „ist es nicht argumentierbar, dem Einzelnen zwar immer strengere Sorgfaltspflichten gegenüber anderen aufzuerlegen, und dagegen die Obliegenheit, Sorgfalt gegenüber seinen eigenen Gütern anzuwenden, zunehmend abzubauen. Es geht dabei nicht darum, dem Einzelnen Freiheiten zu nehmen, sondern um die Abwägung der Frage, wie das damit einhergehende **Risiko zu verteilen** ist und inwieweit es von demjenigen, der sich für das Eingehen eines erhöhten Verletzungsrisikos entschieden hat, auf seinen Schädiger abgewälzt werden kann".[21] Dieses Ansinnen wird freilich nur dann gelingen, wenn man die Bestimmung der Sorgfaltsobliegenheiten nicht der mit eigenen Gütern nach Belieben verfahrenden Sittengemeinschaft überlässt, sondern unter Berücksichtigung aller rechtl Wertungen die Bewegungsfreiheit mit den sonstigen Rechtsgütern abwägt. Wer sich für sorgloseres Verhalten entscheidet und damit ein höheres Risiko in Kauf nimmt, muss dieses auch selbst tragen und sich ein entsprechendes Mitverschulden zurechnen lassen.

Stefan Jahn,
Universität Wien

Anmerkung II:

Das Verbot der Benachteiligung behinderter Menschen ergibt sich in Österreich verfassungsrechtl aus Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG, der Art 3 Abs 2 letzter Satz GG wortwörtlich entspricht.

Der mögliche Zweck der Verwendung vor Haltegurten im Rollstuhl, nämlich die Vermeidung von Stürzen und Verletzungen des Rollstuhlbenützers, kann nicht eine schadenersatzrechtl relevante Obliegenheit begründen. Das zeigt der vorliegende Sachverhalt recht anschaulich: Wenn es seit der Querschnittlähmung des Kl im Jahre 2005 erst zu zwei relevanten Unfällen gekommen ist, ist es überzogen, ihn weiter und ständig in seiner ohnehin schon eingeschränkten Bewegungsfreiheit zu beeinträchtigen. Dazu kommt, dass die Verwendung eines Rückhaltesystems nach den Feststellungen des ErstG auch negative Auswirkungen haben kann, wenn der Rollstuhl kippt. Hier können dem Benützer durch die Verwendung eines Gurts Möglichkeiten zur Abwehr von Gefahren aus dem Sturz genommen werden. Die Ausführungen des OGH überzeugen aber auch unter dem Gesichtspunkt, dass sie die Teilhabe behinderter Menschen am Straßenverkehr wie auch am öff und privaten Leben fördern. Sie entsprechen dem Gedanken der „Barrierefreiheit", indem sie diese Teilhabe nicht an eine Einschränkung knüpfen, nämlich die Obliegenheit zur Verwendung eines Rückhaltesystems als Ausdruck der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten. Um nicht falsch verstanden zu werden: Bisweilen wird es erforderlich sein, behinderte Menschen in Pflegeeinrichtungen vor den Folgen des willkürlichen oder unwillkürlichen Hinausfallens aus einem Rollstuhl oder einem vergleichbaren Pflegebehelf zu schützen. Solche Freiheitsbeschränkungen bzw Beschränkungen der Bewegungsfreiheit werden nach Maßgabe der Regelungen des HeimAufG oder des UbG im Einzelfall zulässig sein. Es mag sich auch außerhalb stationärer Einrichtungen empfehlen, dass Rollstuhlfahrer zu ihrem Schutz in Eigenverantwortung Maßnahmen ergreifen, die die Gefahr von Stürzen und Verletzungen minimieren. Es ist aber nicht zulässig, wenn gleichsam flächendeckend und prophylaktisch von behinderten Menschen verlangt wird, dass sie nicht nur an den, sondern auch im Rollstuhl „gefesselt" werden.

Georg Kathrein

20) Vgl auch *Ch. Huber,* NZV 2014, 489 (492).
21) OGH 2 Ob 52/21t Rz 38 unter Verweis auf *Karner,* ZVR 2014, 391 (397) (EAnm).