

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* Gerhard Hopf

*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirnbacher, Hans Peter Lehofer

*Evidenzblatt* Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

*Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

Jänner 2016

02

49 – 96

## Aktuelles

Schlichtung in Verbraucherangelegenheiten seit 9. 1. 2016 neu ➔ 49

## Beiträge

### Das Unterlassen der Benützung von Sicherheitseinrichtungen (Gurt, Helm, Schutzkleidung)

Christian Huber ➔ 53

Verhängung restriktiver Maßnahmen durch die EU

Verica Trstenjak und Agnes Balthasar-Wach ➔ 62

## Evidenzblatt

„Motorradschutzbekleidungsmitverschulden“ Florian Obermayr ➔ 74

Einschränkende Auslegung des Art 6 EMRK aufgrund  
materiell-rechtlicher Wertung Birgit Schneider ➔ 77

Idealkonkurrenz bei Raub ➔ 84

## Kosten

Kostenseitig Josef Obermaier ➔ 96

# Das Unterlassen der Benützung von Sicherheitseinrichtungen (Gurt, Helm, Schutzkleidung)

Überlegungen de lege lata und de lege ferenda aus Anlass von OGH 2 Ob 99/14 v EvBl 2015/13<sup>1)</sup>

Der OGH hat bei einem sportlich ambitionierten Radfahrer bei Unterlassung des Tragens eines Helms eine Kürzung seines Schmerzensgeldanspruchs um 25% vorgenommen; wo fängt das an, wo hört das auf? Ist das auf den (Renn-)Radfahrer begrenzt oder gilt das auch für andere (gefährliche) Sportarten? Ist die Differenzierung an sich sachgerecht? Beim Anlegen von Sicherheitsgurten im Kfz und beim Tragen eines Helms beim Kraftrad hat der Gesetzgeber eines Tages reagiert. Sollte er das nicht auch hier tun, nicht nur für sportlich ambitionierte, sondern alle Radfahrer?

Von Christian Huber

## Inhaltsübersicht:

- A. Problemstellung und Anlass der Untersuchung
- B. Unterlassung des Tragens von Schutzrichtungen und deren Geeignetheit, (gravierende) Unfallverletzungen zu vermeiden
- C. Spannungsverhältnis zwischen – punktueller – gesetzlicher Regulierung und Unterlassung der Gängelung mündiger Bürger
- D. Bewertung des vom OGH in der E 2 Ob 99/14 v EvBl 2015/37 = ZVR 2014/218 (Kärner) erzielten Ergebnisses
  1. Einordnung in die Fallgruppe „Ausübung gefährlicher Sportarten“
  2. Analogie zur Gurtenanschnallpflicht beim Kfz (§ 106 Abs 2 KFG) und zur Helmtragepflicht beim Kraftrad (§ 106 Abs 7 KFG)
  3. Pauschale Kürzung um 25%
    - a) Im gesetzlichen Anwendungsbereich des § 106 Abs 2 und 7 KFG
    - b) Bei analoger Anwendung des § 106 Abs 2 und 7 KFG
  4. Beweislastverteilung gemäß § 106 Abs 2 und 7 KFG
  5. Rechtsfolgen bei Tötung – Auswirkungen auf die Ansprüche beim (Trauer-)Schmerzensgeld der Erben bzw Angehörigen
- E. Überlegungen de lege ferenda
  1. Sinnhaftigkeit einer gesetzlichen Regelung an sich
  2. Regelungsbedürfnis für welche Schutzrichtungen?
  3. Geeignetheit welcher Sanktionen zur Erreichung der gewünschten Verhaltensweise?

## A. Problemstellung und Anlass der Untersuchung

Wer mit dem **Fahrrad** unterwegs ist, ist stets dem Risiko ausgesetzt, bei einem **Sturz am Kopf** verletzt zu werden. Trägt er einen Helm, gibt es – viele – Konstellationen, in denen er dann gar keine oder eine viel geringere Verletzung erleiden würde. Entsprechendes gilt für das Tragen einer **Kappe beim Reiten** sowie eines **Helms beim Schifahren**.<sup>2)</sup> Beim Motorradfahren ist das Tragen eines Helms – mittlerweile – gerade so Pflicht wie das Anlegen des Gurts im Kfz, nicht aber das Tragen von Schutzkleidung und entsprechenden Schuhen.<sup>3)</sup> Kommt es zu einem Unfall, für den ein Ersatzpflichtiger einstandspflichtig ist – aus der Verschuldens- oder Gefährdungshaftung, als Fußgänger, Radfahrer oder Lenker bzw Halter eines Kfz oder Kfz-Haftpflichtversicherer –, stellt die Frage, ob sich der an seinem Körper Verletzte eine **Kürzung seines Anspruchs nach § 1304 ABGB** gefallen lassen muss, wenn er bei Tragen von Kappe, Helm oder Schutzkleidung gar keine oder eine geringere Verletzung erlitten hätte; und das ungeachtet des Umstands, dass ihm die Rechtsordnung keine – gesetzlich ausdrücklich normierte – Pflicht oder Obliegenheit auferlegt, derartige Utensilien zu tragen.

Sowohl der BGH als auch der OGH hatten im Jahr 2014 Schadenersatzansprüche zu beurteilen, bei denen strittig war, ob der verletzte Radfahrer wegen des Nichttragens des Helms eine Kürzung des Schadenersatzanspruchs hinnehmen muss. Während der BGH<sup>4)</sup> das für einen „Normalo“ verneint hat, gleichzeitig aber

ÖJZ 2016/6

§§ 1304, 1325  
ABGB;  
§ 106 Abs 2 und 7  
KFG

OGH  
2 Ob 135/04 y;  
2 Ob 42/12 h;  
OLG Innsbruck  
1 R 56/06 d;  
OLG Innsbruck  
4 R 200/10 h

Tragen von  
Schutzkleidung;  
Radhelm;  
Schihelm;  
Mitverschulden;  
Schmerzensgeld

1) Das Manuskript wurde bei der Schriftleitung der ÖJZ am 27. 3. 2015 eingereicht. Die am 12. 10. 2015 ergangene OGH-E 2 Ob 119/15m ZVR 2016/10 (Ch. Huber), die durchaus auf der Linie der hier vertretenen Ansicht liegt, sowie der Beitrag von Kraus, Helmpflicht für Rad(renn)fahrer? ZVR 2015/103, 190, konnten nur noch in den FN berücksichtigt werden.

2) Die Parallelen zwischen Fahrrad- und Schihelm herstellend auch *Komenda*, Die Presse 2014/47/02; *Fluch*, Zak 2014, 428.

3) Dazu nun aber OGH ZVR 2016/10 (Ch. Huber).

4) BGH NZV 2014, 399 mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber, NZV 2014, 489ff = JZ 2014, 1166 (Morell). So auch der OGH 2 Ob 135/04 y ZVR 2006/33 = Zak 2005/20; 2 Ob 42/12 h Zak 2012/352 vor Einführung des § 68 Abs 6 StVO.

betont hat, dass dieses Judiz nur für den Unfallzeitpunkt gelte und er sich eine abweichende Beurteilung für „sportlich ambitionierte Radfahrer“ vorbehalte, hat der OGH<sup>5)</sup> – unter Berufung auf die Rsp deutscher OLG<sup>6)</sup> – eine solche Kürzung vorgenommen, wobei er ein spezifisches Austriacum, die Begrenzung der Berücksichtigung des Mitverschuldens wegen Nichtanlegens des Sicherheitsgurts im Kfz (§ 106 Abs 2 KFG) und des Helms auf dem Motorrad (§ 106 Abs 7 KFG) allein beim Schmerzensgeldanspruch, analog angewendet hat.

Es gibt offenbar Fragen, die sind – womöglich gar nicht zufällig – zu einem bestimmten Zeitpunkt höchstrichterlich zu klären. Erfreulich ist, dass jedenfalls das eine Höchstgericht, nämlich der OGH, von der Rechtsentwicklung in der Nachbarrechtsordnung Notiz nimmt. Als Aufgabe der Dogmatik ist es anzusehen, auszuloten, inwiefern (höchstrichterliche) **Einzelfallentscheidungen zutreffend sind und stimmig in das Gesamtsystem** passen, diese den Weg für **Weiterungen** weisen oder als **Ausreißer** einmalig bleiben sollten. Um diese Einordnung bemüht sich dieser Beitrag; und zudem darum, welche Rolle dem Gesetzgeber zukommt, um bei den anstehenden Rechtsfragen für mehr Rechtsklarheit zu sorgen, wie er das beim Anlegen eines Sicherheitsgurts beim Autofahren und beim Tragen eines Helms auf dem Motorrad getan hat. Da Rsp<sup>7)</sup> und Lit<sup>8)</sup> – de lege lata durchaus folgerichtig – auch bei Unterlassung des Tragens anderer Schutzeinrichtungen die Begrenzung der Sanktion auf die Kürzung des Schmerzensgelds wie in § 106 Abs 2 und 7 KFG befürworten, ist – de lege ferenda – auszuloten, ob diese in der Lit zum Teil heftig kritisierte Norm<sup>9)</sup> sachgerecht ist oder abgeändert werden soll.

Die **Frage der Rechtsfolgen** der Unterlassung des Tragens von Schutzeinrichtungen (Reitkappe, Radhelm, Schihelm, Lederanzug und Stiefel beim Motorrad) stellt sich überall in **ähnlicher Weise**.<sup>10)</sup> Gemeinsam ist diesen Konstellationen, dass man bei einem von einem Ersatzpflichtigen zu vertretenden Unfall eine Kürzung des Schadenersatzanspruchs des Verletzten wegen einer Obliegenheitsverletzung nach § 1304 ABGB diskutiert, obwohl der Gesetzgeber sich mit der Anordnung von Tragepflichten jedenfalls bei Erwachsenen – bisher – zurückgehalten hat. Folgende **gegenläufige Ansätze** kommen in Betracht: Die Kürzung des Schadenersatzanspruchs wird verneint unter schlichtem Hinweis auf das Fehlen einer entsprechenden **gesetzlichen Pflicht**,<sup>11)</sup> oder etwas sublimer unter zusätzlicher Betonung, dass sich keine entsprechende **Verkehrsrübung** – bislang – herausgebildet habe;<sup>12)</sup> oder aber eine solche Kürzung erfolgt unter Berufung auf **normative Kriterien**.<sup>13)</sup>

Dieses Phänomen ist der Struktur nach nicht neu. Beim Anlegen von Sicherheitsgurten im Kfz und beim Tragen eines Motorradhelms ist eine ähnliche Entwicklung zu beobachten: Zunächst blieb der **Gesetzgeber passiv**, die Rsp nahm dessen ungeachtet – fallweise – eine solche Obliegenheitsverletzung an.<sup>14)</sup> Der österr Gesetzgeber führte dann 1976<sup>15)</sup> zunächst eine auf die Kürzung des Schmerzensgelds beschränkte **zivilrechtliche Sanktion** (Art III der 3. KFG-Novelle, seit 1. 1. 2006 Regelung in § 106 Abs 7–9 KFG) ein, erst

1984<sup>16)</sup> dann eine **zusätzlich verwaltungsstrafrechtlich sanktionierte Pflicht** (§§ 106, 134 KFG). Geändert hat sich im Lauf der Zeit weniger die – faktische – Gefahrenlage, sondern vielmehr die Bewertung, wie man damit umgehen soll.<sup>17)</sup> Punktuelle Ereignisse geben dann mitunter den Ausschlag, bestimmte Regeln zu verschärfen, wie im Jahr 1984 das blutige Pfingstwochenende, das zur Einführung einer strafbewehrten Gurtenanlegepflicht führte.<sup>18)</sup> Der Schiunfall, in den der ehemalige thüringische Ministerpräsident *Dieter Althaus* verwickelt war, hätte einen solchen Anlass für die Einführung einer generellen Pflicht, einen Schihelm zu tragen, geboten. Der Tod von *Kurt Kuch* im Jahr 2014 könnte nunmehr der Anlass sein für eine striktere Antirauchergesetzgebung. Ein **verantwortungsvoller Gesetzgeber** sollte jedoch unabhängig von solchen Zufallsereignissen für angemessene Regelungen sorgen.

## B. Unterlassung des Tragens von Schutzeinrichtungen und deren Geeignetheit, (gravierende) Unfallverletzungen zu vermeiden

Ob jemand mit dem Fahrrad, mit Schiern, mit dem Snowboard, Kraftrad oder Pferd unterwegs ist, stets ist es die Kombination von **relativ hoher Geschwindigkeit**

- 
- 5) 2 Ob 99/14 v EvBl 2015/37 = ZVR 2014/218 (*Karner*).
  - 6) Namentlich OLG Düsseldorf NZV 2007, 614; diesem folgend OLG Celle BeckRS 2014, 03723.
  - 7) 2 Ob 99/14 v EvBl 2015/37 = ZVR 2014/218 (*Karner*).
  - 8) *Schürz*, ZVR 2013, 10 (13), zur Pflicht der Erziehungs- und Aufsichtspflichtigen von bis zu 15-Jährigen, dafür zu sorgen, dass diese einen Schihelm tragen. AA allerdings *Kraus*, ZVR 2015/103, 190 (195).
  - 9) *F. Bydliński* in FS Cammerer (1978) 785, 787: willkürlich erscheinende Einschränkung; ebenso *Kozioł*, Haftpflichtrecht <sup>13</sup> (1997) 12/30; *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 56; krit auch *Apathy*, JBl 1985, 641 (645), der gar für eine teleologische Reduktion bei grober Fahrlässigkeit plädiert.
  - 10) Auf diese Parallelen hinweisend *Karner*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 99/14 v, ZVR 2014/218.
  - 11) Prototypisch OLG Innsbruck 1 R 56/06 d ZVR 2006/226 (zust *Danzl*): Motorradschutzkleidung gesetzlich nicht gefordert, daher nicht geboten, somit keine Kürzung des Schadenersatzanspruchs bei Unterlassung des Tragens, jedenfalls bei Befahren im Stadtverkehr. So auch *Schürz*, ZVR 2013, 10 (14).
  - 12) OGH 2 Ob 135/04 v ZVR 2006/33 (zust *Schoditsch/Griehser*) = Zak 2005/20; 2 Ob 42/12 h Zak 2012/352 unter Verweis auf eine Tragequote von 22%; BGH NZV 2014, 399 unter Hinweis auf eine Tragequote von 11%. Ebenso *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> (Stand Juni 2014) § 1304 Rz 52: keine soziale Norm. Zur Tragequote in der Schweiz *Jeger/Blanc/Soltermann* in FS 50 Jahre Schweizer Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2010) 289, 297: 38%.
  - 13) OLG Innsbruck 4 R 200/10 h ZVR 2012/131: Kürzung des Schadenersatzanspruchs des bloß mit Badehose und ohne Schuhwerk bekleideten Beifahrers eines Mofas; 2 Ob 99/14 v EvBl 2015/37 = ZVR 2014/218 (*Karner*): sportlich ambitionierter Radfahrer ohne Sturzhelm; wiederum anders auf die jeweilige konkrete Gefährlichkeit abstellend, wie Windschattenfahren oder Befahren einer hochfrequentierten Straße, *Kraus*, ZVR 2015/103, 190 (193), wobei sich dabei freilich das Problem stellt, was als hohe Frequenz anzusehen ist, wie diese messbar ist und wer das – ex post – beweisen muss.
  - 14) So zum Beispiel in Deutschland BGH NJW 1965, 1075: Unterlassen des Sturzhelmtragens beim Motorrad als Obliegenheitsverstoß vor Einführung bejaht; ähnlich das schweizerische BG BGE 104 V 36: vor Einführung des Gurtenobligatoriums Unterlassen des Anschnallens sogar als grob fahrlässig qualifiziert.
  - 15) BGBl I 1976/352.
  - 16) BGBl I 1984/253.
  - 17) *Ch. Huber*, NZV 2014, 489 (490).
  - 18) *Apathy*, JBl 1985, 641 (642): Was 1976 noch „unzumutbar“ war, nämlich eine Rechtspflicht, sich beim Kfz anzuschallen, wurde durch die Novelle 1984 eingeführt.

und **delikater Balance**, die zu einer besonderen Gefährdung der eigenen körperlichen Sicherheit führt, wenn es zu einer Kollision mit Personen oder Sachen kommt, die entweder rascher oder langsamer unterwegs sind oder sich im Stillstand befinden. Das gilt namentlich dann, wenn der Verletzte in seiner Aufmerksamkeit abgelenkt ist, weil er möglichst schnell unterwegs sein will. Hervorzuheben ist, dass es nicht die ganz hohen Kollisionsgeschwindigkeiten sind, bei denen die genannten Schutzeinrichtungen Abhilfe oder Linderung schaffen.<sup>19)</sup> Wer als Radfahrer von einem Autoraser mit 150 km/h „weggemäht“ wird, dem wird der Helm kaum Schutz bieten. *Schubert*<sup>20)</sup> nennt als Grenze eine **Kollisionsgeschwindigkeit von 16,5 bis 19,5 km/h**. In dieser Bandbreite ereignen sich aber im Alltag viele Unfälle.

Es gibt präzise **statistische Untersuchungen**, die belegen, wie viele – schwere – **Kopfverletzungen** durch das Tragen eines Helms beim Radfahren und Schilaufen für **alle Altersgruppen** (hätten) verhindert werden können.<sup>21)</sup> Die Freizeitstatistik ist dabei noch aussagekräftiger als die Verkehrsunfallstatistik, weil bei Letzterer die Art der Verletzung nicht ausgewiesen wird.<sup>22)</sup> In Österreich und der Schweiz steht die Geeignetheit des Helmtragens zur Abwendung gravierender Kopfverletzungen – jedenfalls beim Radfahren, Schilaufen und Snowboarden – völlig außer Streit.<sup>23)</sup> In Deutschland wird die Geeignetheit des Helmtragens beim Radfahren zur Abwendung von Verletzungen freilich von manchen bestritten, zum Teil unter Berufung auf eine **makroökonomische Betrachtung, die ökonomische Analyse des Rechts**<sup>24)</sup> sowie **Metastudien aus dem anglophonen Bereich**.<sup>25)</sup>

Schon eine „**Common-sense-Betrachtung**“ führt indes dazu, deren Ergebnisse zu widerlegen. Bei **makroökonomischer Betrachtung** ist der Nutzen wegen der relativen Seltenheit nicht messbar. Ins Treffen geführt wird, dass sich die Auswirkungen nur in Bruchteilen von Promillewahrscheinlichkeiten niederschlagen<sup>26)</sup> – das gilt allerdings für das Anlegen von Gurten beim Auto in noch höherem Maße! Die Sichtweise des Unfallchirurgen, der bei einem Unfallopfer nach einer schweren Schädelverletzung am Operationstisch zu retten versucht, was noch möglich ist, ist naturgemäß eine andere. Die **ökonomische Analyse** stößt insoweit an ihre Grenze, wenn sie argumentiert, dass die zusätzliche Aufmerksamkeit des Schadensverursachers geringer zu gewichten sei als die – durchaus mäßigen – finanziellen Aufwendungen für die Anschaffung eines Fahrradhelms samt der Lästigkeit des Tragens.<sup>27)</sup> Das führt dann zu dem wenig rationalen Ergebnis, dass stets jegliche Schutzeinrichtung „unökonomisch“ sei. Der insb in **Deutschland ausgeprägten Hörigkeit** gegenüber – vermeintlichen – Erkenntnissen mit höherem Wahrheitsgehalt, weil diese aus dem **angloamerikanischen Raum** stammen, sollte man mit dem in der Wissenschaft stets gebotenen Maß an Skepsis begegnen.<sup>28)</sup>

### C. Spannungsverhältnis zwischen – punktueller – gesetzlicher Regulierung und Unterlassung der Gängelung mündiger Bürger

Wenn Einigkeit im Befund besteht, dass durch das Tragen von Schutzeinrichtungen die Folgen von Un-

fallverletzungen in erheblichem Maße – sowohl der Häufigkeit als auch der Schwere der Verletzung nach – vermieden werden können oder signifikant geringer ausfallen, und zwar für alle Altersgruppen,<sup>29)</sup> fragt man sich, warum ein (verantwortungsvoller) **Gesetzgeber nicht tätig** wird und regulierend eingreift. Soweit er das tut, ist er penibel darauf bedacht, entweder keine oder möglichst gelinde Sanktionen zu verhängen; und das ungeachtet des Umstands, dass das Bewusstsein, dass solche (sanktionsbewehrten) Anordnungen getroffen werden sollten, in der Bevölkerung steigt.<sup>30)</sup>

Bei der nunmehr angeordneten Pflicht, sich im Auto anzugurten (§ 106 Abs 2 KFG) und beim Motorradfahren einen Helm zu tragen (§ 106 Abs 7 KFG), fand sich bei Verstoß dagegen zunächst bloß eine Kürzung des Schmerzensgelds, ehe eine Strafe wegen einer Verwaltungsübertretung (§§ 106, 134 KFG) hinzugefügt wurde.<sup>31)</sup> Hinsichtlich des Tragens von **Fahrradhelmen** ordnete man in § 68 Abs 6 StVO<sup>32)</sup> eine solche Pflicht für **Kinder unter zwölf Jahren** an, wobei man aber eine **verwaltungsstrafrechtliche Sanktion** unterließ und gleichzeitig betonte, dass das Nichttragen des Helms kein Mitverschulden iSd § 1304 ABGB für die Folgen des Unfalls darstelle.<sup>33)</sup> Soweit der Bundesgesetzgeber untätig blieb, sind mitunter Landesgesetzgeber tätig geworden: § 26 c NÖ Sportgesetz sah eine **Helmpflicht** bis zum 15. Lebensjahr auf Straßen ohne öffentlichen Verkehr vor, wobei diese Norm ebenfalls als sanktionslose Vorschrift ausgestaltet und deren Außerkraftsetzen zum 1. 5. 2012 vorgesehen war.<sup>34)</sup> Gleichfalls landesgesetzlich ist für Kinder bis zum vollendeten **15. Lebensjahr eine Helmpflicht beim Schifahren und Snowboarden** angeordnet.<sup>35)</sup> Abgesehen davon, dass die Reichweite unterschiedlich ist, für den gesamten Schiraum oder nur Schipisten, so in Oberösterreich

19) Zutreffend *Ganner*, SpuRt 2015, 19: Die hohe Geschwindigkeit allein ist nicht maßgeblich.

20) *Schubert*, DAR 2008, 212 (213).

21) *Furian/Hnatek-Petrak*, ZVR 2006, 427 (429): Bis zu 3.600 Kopfverletzungen in Österreich vermeidbar; *Steiner/Bauer/Salamon/Robatsch*, ZVR 2011, 265 (266): 28.400 Radfahrnfälle pro Jahr, wobei 25% Kopfverletzungen betreffen; bei Helmtragen von Kindern bis zwölf Jahre Reduktionspotenzial von rund 900 Kopfverletzungen pro Jahr (268).

22) *Steiner/Bauer/Salamon/Robatsch*, ZVR 2011, 265 (266).

23) *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 56 und 57; *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>10</sup> (2013) 84 FN 96, 97; für die Schweiz *Jeger/Blanc/Soltermann* in FS 50 Jahre Schweizer Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2010) 289.

24) *Morell*, AcP 214 (2014), 387, 419.

25) *Kettler*, NJW 2014, 2495.

26) *Morell*, JZ 2014, 1168 (1172).

27) *Morell*, AcP 214 (2014) 387, 416.

28) *Ch. Huber*, NZV 2014, 489 (492).

29) *Furian/Hnatek-Petrak*, ZVR 2006, 427 (428); ebenso für die Schweiz *Jeger/Blanc/Soltermann* in FS 50 Jahre Schweizer Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2010) 289, 297.

30) *Furian/Hnatek-Petrak*, ZVR 2006, 427 (430); *Fluch*, Zak 2014, 428 (429).

31) *Apathy*, JBl 1985, 641.

32) BGBl I 2011/34.

33) *Steiner/Bauer/Salamon/Robatsch*, ZVR 2011, 265 (266); *Stowasser*, ZVR 2011, 322 (323); vorsichtiger *Schlosser/Fucik/Hartl*, Handbuch des Verkehrsunfalls<sup>2</sup> (2012) Rn 634: „grundsätzlich“ keine Sanktion.

34) *Steiner/Bauer/Salamon/Robatsch*, ZVR 2011, 265.

35) *Schürz*, ZVR 2013, 10 (11): Auch insoweit wurde – ebenso wenig überzeugend – auf die noch weichen Schädelknochen von Kindern hingewiesen.

und Wien<sup>36)</sup>, ist bemerkenswert, dass ausgerechnet in den beiden Bundesländern, wo der Schisport eine besonders große Bedeutung hat, nämlich in Vorarlberg und Tirol, eine Regelung fehlt. Auch diese Normen betonen die **Sanktionslosigkeit**, weil es sich um kein Schutzgesetz handle; verzichtet wird auch auf eine verwaltungsstrafrechtliche Ahndung.<sup>37)</sup> Dass die Einhaltung nicht durchgehend überprüfbar sei,<sup>38)</sup> kann indes kein Argument sein, ist das doch bei der Gurtenanschnallpflicht beim Kfz ähnlich.

Ob die angestrebte **Sanktionslosigkeit** indes wirklich greift, erscheint fraglich, wird doch vertreten, dass bei solidarischer Haftung von Aufsichtspflichtigem und Drittschädiger Letzterem ein Regressanspruch gegen den Aufsichtspflichtigen nach §§ 896, 1302 ABGB zustehe.<sup>39)</sup> Dabei ist bisher freilich übersehen worden, dass in dem Fall, in dem verletztes Kind und Aufsichtspflichtiger in einem Haushalt leben, die Regressbeschränkung des § 67 Abs 2 VersVG – wie im deutschen Recht – greifen sollte, was der OGH zwar in älteren Entscheidungen<sup>40)</sup> abgelehnt, aber in einer jüngeren Entscheidung<sup>41)</sup> immerhin obiter konzidiert hat, dass gute Gründe für eine Änderung der Rsp bestünden und das erwogen werden könnte. Zudem ist zu prüfen, ob sich die Sanktion anders als bei § 106 Abs 2 und 7 KFG nicht nur auf das Schmerzgeld erstrecken soll.<sup>42)</sup>

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Gesetzgeber nach eineinhalb Schritten nach vorne gleich wieder einen zurück macht. Es ist nun einmal das **Wesen von rechtlichen Normen**, dass an die **Übertretung eine Sanktion** geknüpft wird. Abzulehnen ist die Ansicht von *Schoditsch/Giehsler*<sup>43)</sup>, dass eine gesetzliche Regelung erst dann sinnvoll (und wirksam) sei, wenn der Großteil der Bevölkerung diese Maßnahmen bereits als soziale Normen ansehe. Vielmehr teile ich die Einschätzung von *Apathy*<sup>44)</sup>, dass angeordnete Sanktionen verschärft werden müssen, wenn die bisherige Sanktionslosigkeit bzw zu milde Sanktionen keine erwünschte Verhaltensänderung bewirkt haben. Insofern oute ich mich als „**bekennender Josefinit**“: Nicht immer weiß der Bürger, was für ihn gut ist; vielmehr ist es der Gesetzgeber, der mit seinem durch Expertenrat angereicherten Wissen durch den Erlass von sanktionsbewehrten Normen zu einer Verhaltensänderung seiner Bürger zum Nutzen des Einzelnen und der Gesellschaft beitragen muss.

Was bisher erfolgte, ist auf diesem Gebiet **Flickwerk**.<sup>45)</sup> Der Landesgesetzgeber ist für solche Regelungen wenig geeignet: Er stößt nämlich einerseits an kompetenzrechtliche Grenzen, sodass das unterlassene Helmtragen beim Radfahren auf nicht öffentlichen Straßen verboten ist, nicht aber auf öffentlichen Straßen, was wertungsmäßig nicht passt. Auch die unterschiedlichen Altersgrenzen von **zwölf und 15 Jahren**<sup>46)</sup> vermögen nicht zu überzeugen – die Schädeldichte ist altersmäßig so unterschiedlich nicht! Vielmehr ist die Interessenlage in allen Bundesländern gleich. All das spricht für eine **bundeseinheitliche Regelung**. Besonders schmerzlich ist die länderweise unterschiedliche Rechtslage, wenn wie bei der Tragepflicht von Schihelmen ausgerechnet dort – in den Bundesländern Tirol und Vorarlberg – eine Regelung fehlt, wo sich viele re-

gelungsbedürftige Sachverhalte ereignen, während sie im Burgenland vorhanden ist, wo mangels Bergen die Regelung zu einer **akademischen Freistilübung** verkommen dürfte.

Wenn man erkannt hat, dass eine Verwendung bestimmter Schutzeinrichtungen sinnvoll und verhältnismäßig ist, fragt man sich, weshalb eine **Regelung lediglich bei Kindern** erfolgt. Deren weitergehendes Bewusstsein von der Notwendigkeit, einen Helm zu tragen,<sup>47)</sup> dürfte wohl kaum der Grund sein, tragen Kinder einen Helm nämlich nicht aus eigener Einsicht, sondern nur deshalb, weil sie von den Erziehungsberechtigten dazu angehalten werden. Dass Kinder keine Lobby haben, die sich gegen eine vom Gesetzgeber auferlegte Pflicht zur Wehr setzt, kann aus Wertungsgründen nicht entscheidend sein.<sup>48)</sup> Dass Unfälle bei diesen besonders häufig sind,<sup>49)</sup> überzeugt insofern nicht, als Unfälle mit **älteren Menschen** noch häufiger vorkommen.<sup>50)</sup> Auch dass die Schädelknochen von Kindern noch dünner als bei Erwachsenen seien,<sup>51)</sup> ist angesichts der auch bei Erwachsenen vorkommenden schweren Verletzungen allenfalls als **argumentative Zugabe** anzusehen. Kaum überzeugt zudem, dass bei Radunfällen von Kindern Kopfverletzungen überproportional häufig seien.<sup>52)</sup> Vielmehr dürfte dem Gesetzgeber bisher der **politische Mut** gefehlt haben, eine der Erkenntnis entsprechende Regelung einzuführen, nämlich die Pflicht zum Verwenden von Schutzeinrichtungen für **alle** Nutzer.

Die – gut gemeinte – Zurückhaltung bei der gesetzlichen Regulierung gegenüber dem angeblich so mündigen Bürger wendet sich zu dessen Lasten, wenn bei gesetzlicher Enthaltensamkeit ein Verletzter die Kürzung seines Ersatzanspruchs wegen Verstoßes gegen eine gesetzlich nicht positivierte Obliegenheitsverletzung gem

36) *Schürz*, ZVR 2013, 10 (11).

37) *Schürz*, ZVR 2013, 10 (13).

38) *Schürz*, ZVR 2013, 10 (12).

39) *Schürz*, ZVR 2013, 10 (13).

40) OGH 7 Ob 5/95 SZ 68/107 = ZVR 1997/14; 7 Ob 2058/96 i VersR 1997, 991 = VersE 1693.

41) OGH 7 Ob 41/99 a SZ 72/35 = ZVR 1999/69.

42) *Schürz*, ZVR 2013, 10 (13): so für mündige Minderjährige zwischen 14 und 15 Jahren.

43) Anm zu OGH 2 Ob 135/04 y ZVR 2006/33.

44) *Apathy*, JBl 1985, 641: Ob freilich durch die strengere Sanktion der Einführung einer Verwaltungsstrafe es – sogleich – zu einem sprunghaften Anstieg der Anschlallquote gekommen ist (so 644 rechte Spalte), ist fraglich. Der Zeitraum zwischen Einführung der verwaltungsstrafrechtlichen Norm (1984) und der Publikation (1985) bzw deren Einreichung ist viel zu gering, um Auswirkungen zu messen; deshalb finden sich bei *Apathy* auch keine empirischen Belege. Der gesetzgeberische Wille, welches Verhalten er für „erwünscht“ erachtet, kommt dadurch freilich deutlicher zum Ausdruck.

45) So auch der Befund von *Schürz*, ZVR 2013, 10 (11).

46) Krit zur Altersgrenze von 15 Jahren auch *Schürz*, ZVR 2013, 10 (11).

47) So *Ganner*, SpuRt 2015, 19 (22).

48) *Scholten*, SVR 2012, 161 (166f): ablehnend gegenüber der Einführung einer Helmpflicht beim Fahrradfahren in Deutschland die Radfahrerverbände.

49) *Steiner/Bauer/Salamon/Robatsch*, ZVR 2011, 265.

50) *Furian/Hnatek-Petrak*, ZVR 2006, 427: Das höchste Risiko besteht bei älteren Radfahrern, über 42% der getöteten Radfahrer sind über 60 Jahre.

51) *Furian/Hnatek-Petrak*, ZVR 2006, 427 (428).

52) *Steiner/Bauer/Salamon/Robatsch*, ZVR 2011, 265 (266): Laut Freizeitsstatistik sind 25% der Verletzungen bei Radfahrunfällen Kopfverletzungen, bei Kindern bis zwölf Jahre sind es jedoch 47%, insgesamt ca 2.000 Personen pro Jahr.

§ 1304 ABGB hinnehmen muss; und das auf einem Gebiet wie dem **Straßenverkehr**, in dem ansonsten das **Allermeiste bis ins Detail geregelt** ist. Besteht insoweit nicht ein gewisser **Vertrauensschutz des Bürgers**, bloß den gesetzlichen Vorgaben entsprechen und nicht klüger als der Gesetzgeber sein zu müssen; und wenn er alle gesetzlichen Vorgaben beachtet, keine weiteren Nachteile in Kauf nehmen zu müssen, auch nicht die Versagung eines Teils seines Schadenersatzanspruchs, und sei es nur des Schmerzgelds, durch Verweis auf einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit?<sup>53)</sup>

**Transparenter** wäre es demgegenüber, dem Bürger unmissverständlich vor Augen zu führen, was geboten ist. Ob ein Gebot durch eine Verwaltungsstrafe zusätzlich sanktioniert ist, mag dahinstehen; würde man anstelle einer Geldbuße eine Abmahnung vorsehen, würde der Verstoß allein zwar nicht den Geldbeutel desjenigen belasten, der die entsprechende Norm übertreten hat, es wäre aber **klargestellt**, dass ein **Verstoß** vorliegt, mit der Folge, dass sich aus diesem bei Eintritt eines Schadens eine Kürzung des Ersatzanspruchs wegen Verstoßes gegen eine Schadensminderungsobliegenheit nach § 1304 ABGB zwanglos ableiten lässt und das Heil nicht in einer **mehr oder weniger schwammigen Verkehrsauffassung** gesucht werden muss. Selbst die Sanktionierung allein durch eine zivilrechtliche Obliegenheit wäre dem Schweigen des Gesetzgebers vorzuziehen.

Die Verkehrsauffassung ist nämlich notwendigerweise **schwammig**: Dass ein bestimmtes Verhalten – wie das Helmtreten beim Fahrradfahren – objektiv vernünftig ist, ist nicht ausreichend für das Bejahen einer solchen.<sup>54)</sup> Soweit sie **empirisch** ermittelt wird, bleibt offen, **welche Mehrheiten zu welchem Zeitpunkt** maßgeblich sind, 50% und eine Stimme oder eine  $\frac{2}{3}$ - bzw.  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit oder fast Einmütigkeit – in Entsprechung zum Beweismaß?<sup>55)</sup> Offen sind auch die **regionale Erstreckung** und die nach **Altersgruppen**,<sup>56)</sup> allenfalls beim Radfahren noch die Differenzierung **innerorts** oder auf **Überlandstraßen**.<sup>57)</sup> Zu unterscheiden ist zudem, ob eine Regelung für einführens-wert erachtet oder schon als geltendes Recht betrachtet wird.<sup>58)</sup> Häufig läuft die Berufung auf eine Verkehrsauffassung letztlich auf eine **normative Einschätzung** hinaus, in concreto das Judiz des – örtlich und sachlich zuständigen – Gerichts.<sup>59)</sup> Dieses lässt sich aber bei einem Verhalten wenig gut vorhersehen, bei unterschiedlichen Gerichtsständen allemal. **Ganner**<sup>60)</sup> versucht einen Brückenschlag, indem er die Verkehrsauffassung als eine „Art Gewohnheitsrecht“ qualifiziert.

#### D. Bewertung des vom OGH in der E 2 Ob 99/14 v EvBI 2015/37 = ZVR 2014/218 (Karner) erzielten Ergebnisses

##### 1. Einordnung in die Fallgruppe „Ausübung gefährlicher Sportarten“

Die vom OGH<sup>61)</sup> im Anschluss an die E des OLG Düsseldorf<sup>62)</sup> vorgenommene Differenzierung zwischen **normalen** und **sportlich ambitionierten Radfahrern** vermag nach Ansicht von **Karner**<sup>63)</sup> „unmittelbar zu über-

zeugen“, weil beim sportlich ambitionierten Radfahrer besondere Gefahrenmomente dazukommen, wobei **Karner**<sup>64)</sup> auch beim Radfahren auf **hoch frequentierten Straßen** bereits de lege lata eine Helmpflicht annimmt. Für den Stadtverkehr sah er es als Frage der Zeit an, bis sich ein solches Verkehrsbewusstsein gebildet haben werde. Mag die Qualifikation „Frage der Zeit“ auch besonders offen sein, ist zu konstatieren, dass die letzten 1 1/2 Jahrzehnte zu keinem solchen Umschwung geführt haben, ganz abgesehen davon, dass mE wenig einleuchtend wäre, warum zwischen Stadt- und Überlandverkehr differenziert werden sollte.<sup>65)</sup>

ME ist die **sachliche Überzeugungskraft** der Unterscheidung zwischen normalem und sportlich ambitioniertem Radfahrer indes ebenfalls **nicht allzu hoch** zu veranschlagen. Entsprechendes gilt für die Postulierung einer Helmpflicht bloß für **stark frequentierte Straßen**, ganz abgesehen davon, dass dieses Kriterium **kaum justizierbar** sein dürfte. Was muss gegeben sein, um eine starke Frequentierung einer Straße zu bejahen? Ist das dann womöglich auch von der Tages- und Jahreszeit abhängig? Woran ist das zu messen? Wie ist eine hohe Frequentierung oder das Gegenteil zu beweisen? Auf welches Zeitintervall kommt es an? Die Gefährdung von normalen und sportlich ambitionierten Radfahrern unterscheidet sich mE nicht signifikant, weil diese nicht allein aus deren Verhalten resultiert, sondern maßgeblich durch das **anderer Verkehrsteilnehmer mitbestimmt** wird.

Gleichwohl lässt sich eine tragfähige und auch justiziable Unterscheidung treffen, indem Trainingsfahrten mit dem Rennrad in die Fallgruppe der **Ausübung gefahrenträchtiger Sportarten** eingeordnet werden. So wie man – heute! – beim Schifahren<sup>66)</sup> und Schispringen<sup>67)</sup> einen Helm aufsetzt, tut man das eben auch

53) Ch. Huber, NZV 2014, 489 (492).

54) Zutreffend *Schoditsch/Giehsler*, Anm zu OGH 2 Ob 135/04 y, ZVR 2006/33.

55) *Fluch*, Zak 2014, 428 (429): 62,4% der sportlich ambitionierten Wintersportler nicht ausreichend – warum eigentlich nicht, erreicht eine solche Mehrheit doch fast  $\frac{2}{3}$ .

56) Eine Verkehrsübung bei Personen mit einem Alter bis zu 14 Jahren bei Radhelmen bejahend *Furian/Hnatek-Petrak*, ZVR 2006, 427, 430; der Gesetzgeber hat sich später für eine Grenze von zwölf Jahren entschieden. Eine solche bei Schihelmen bis zum Alter von 15 Jahren – auch in den Bundesländern ohne landesgesetzliche Regelung – bejahend *Schürz*, ZVR 2013, 10 (14).

57) Dazu BGH NZV 2014, 399: zum Tragen eines Fahrradhelms Verkehrsbewusstsein über alle Altersgruppen bei Benutzung des Fahrrads innerorts 11%.

58) Zu einem solchen Schluss vom einen Phänomen auf das andere *Fluch*, Zak 2013/307, 167 (169): Von 93% der Befragten Tragen des Radhelms bei Radsportlern, von 85% bei Kindern bis 14 Jahre als wichtig empfunden, daher nun insoweit allgemeines Bewusstsein zur Radhelmverwendung mit der Folge der Annahme eines Mitverschuldens bei Unterlassung des Helmtrens bejaht.

59) Dass es sich letztlich um eine normative und nicht (bloß) empirische Frage handelt: Ch. Huber, NZV 2014, 489 (490); *Karner*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 99/14 v, ZVR 2014/218; *Morell*, JZ 2014, 1168 (1170).

60) *Ganner*, SpuRt 2015, 19 (20).

61) 2 Ob 99/14 v EvBI 2015/37 = ZVR 2014/218 (*Karner*).

62) OLG Düsseldorf NZV 2007, 614.

63) *Karner*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 99/14 v, ZVR 2014/218.

64) Ebenda; so bereits *ders.*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 56.

65) Das als Differenzierungskriterium betonend OLG Innsbruck 1 R 56/06 d ZVR 2006/226 (zust *Danzl*): jedenfalls im Stadtverkehr keine Obliegenheit, eine Motorradschutzkleidung zu tragen.

66) Anders noch *Toni Sailer*.

67) Anders noch *Reinhold Bachler*.

beim Rennradfahren. Auszuloten ist, wie weit diese Fallgruppen, auf die in einer Einzelentscheidung Bezug genommen wird, reicht. Der Umstand allein, dass jemand mit einem Rennrad unterwegs ist, etwa um Milch und Brot zu holen oder um als Fahrradkurier möglichst rasch Poststücke zuzustellen,<sup>68)</sup> reicht dafür nicht aus. Umgekehrt kann es aber nicht auf die Eigenschaften eines Rennrads, insb dessen Bauart, ankommen, die vorhanden sein müssen, damit ein Radfahrer die Straße benützen darf und nicht auf dem Radfahrweg fahren muss.<sup>69)</sup> Vielmehr sollte das an einen Wettkampf angenäherte Tempobolzen, sei es auch auf einer Trainingsfahrt, das maßgebliche Abgrenzungskriterium sein.<sup>70)</sup> Und wer dabei ein windchlüpfrires Dress trägt, bei dem ist nicht einzusehen, weshalb er keinen Helm aufsetzen sollte.

## 2. Analogie zur Gurtenanschnallpflicht beim Kfz (§ 106 Abs 2 KFG) und zur Helmtragepflicht beim Kraftrad (§ 106 Abs 7 KFG)

Nimmt man ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung eine Pflicht oder Obliegenheit des Rennradfahrers zum Tragen eines Radfahrhelms an, ist die Erstreckung der für das Anlegen von Gurten beim Kfz oder für das Tragen eines Helms beim Kraftrad angeordneten Begrenzung der Rechtsfolgen auf die Kürzung des Schmerzensgeldanspruchs folgerichtig. Insoweit denkt der OGH die Wertung des Gesetzgebers konsequent zu Ende.<sup>71)</sup> Diese Regelung mag kritikwürdig sein;<sup>72)</sup> willkürlich, gleichheits- oder verfassungswidrig ist sie nicht,<sup>73)</sup> muss es doch dem Gesetzgeber möglich sein, eine Sanktionierung bloß bei dem Schadensposten vorzunehmen, bei dem er eine Einbuße am ehesten für verkräftbar hält,<sup>74)</sup> wobei zu betonen ist, dass der Schmerzensgeldanspruch kein Anspruch zweiter Qualität ist. Dass handfeste Interessen der Sozialversicherungsträger eine Rolle gespielt haben mögen, ändert daran nichts. Beim Anlegen eines Sicherheitsgurts beim Kfz kommt hinzu, dass dadurch – etwa bei Brennen des Fahrzeugs und Klemmen des Gurts – auch zusätzliche Gefahren entstehen, die freilich durch Ansprüche gegen die Verkehrsofferhilfe in solchen Fällen abgedeckt worden sind.<sup>75)</sup> Dieses Argument ist freilich beim Tragen eines Helms nicht erkennbar. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die E des OLG Brandenburg,<sup>76)</sup> die – ohne gesetzliche Grundlage im deutschen Recht – den vom österr Gesetzgeber gewiesenen Weg beschritten hat, indem es bei Verstoß gegen das Tragen von Schutzkleidung bei einem Motorradfahrer dem Feststellungsbegehren zu 100% stattgegeben, aber einen Abschlag beim Schmerzensgeld vorgenommen hat.

## 3. Pauschale Kürzung um 25%

### a) Im gesetzlichen Anwendungsbereich des § 106 Abs 2 und 7 KFG

Bei Einführung der Norm hat der Gesetzgeber das Unterlassen des Anschnallens im Kfz (§ 106 Abs 2 KFG) bzw des Helmtragens auf dem Kraftrad (§ 106 Abs 7 KFG) als geringes Verschulden angesehen,<sup>77)</sup> weshalb er eine Sanktionierung bloß beim Schmerzensgeld vorgenommen hat. Davon zu unterscheiden ist die Frage, in

welchem Ausmaß der Schmerzensgeldanspruch zu kürzen ist. Die Rsp nimmt als Faustregel 25% an.<sup>78)</sup> Ausnahmsweise beträgt die Kürzung aber nach der einen Seite ein Drittel,<sup>79)</sup> nach der anderen Seite bloß 20%<sup>80)</sup> oder eine Kürzung wird zur Gänze unterlassen.<sup>81)</sup>

In der Lit gibt es kritische Stimmen, die das Ausmaß der Kürzung – schon aus Präventionsgründen – für zu gering erachten.<sup>82)</sup> Apathy<sup>83)</sup> plädiert unter Bezugnahme auf die nunmehr erfolgte verwaltungsstrafrechtliche Sanktionierung und einen Bewusstseinswandel für eine teleologische Reduktion des § 106 Abs 2 und 7 KFG bei grober Fahrlässigkeit oder einem dieser nahe kommenden Verhalten. Sollte ein Ersatzpflichtiger ohne Verschulden bloß nach §§ 1, 5 EKHG haften, weil der Entlastungsbeweis des unabwendbaren Ereignisses nach § 9 Abs 2 EKHG nicht gelingt, plädiert er bei Verstoß gegen § 106 Abs 2 und 7 KFG für eine Kürzung des Anspruchs um  $\frac{2}{3}$  oder  $\frac{3}{4}$ .<sup>84)</sup>

Dem ist mE nicht zu folgen, weil dadurch die gesetzgeberische Wertung konterkariert würde. In einem ersten Schritt würde man unter Verweis auf die Änderung der Verkehrsauffassung nämlich den Verstoß als grob fahrlässig oder doch dem angenähert ansehen, sodass in einem zweiten Schritt die Begrenzung der Sanktion auf das Schmerzensgeld nicht mehr greifen würde. Zu folgen ist Apathy<sup>85)</sup> jedoch darin, dass die Gewichtung vom Verhalten von Geschädigtem

68) Schiffler, NZV 2007, 622 (623).

69) OGH 2 Ob 183/06k ZVR 2007/150 (Kathrein) = EvBl 2007/69; 2 Ob 21/07 p SZ 2007/199 = ZVR 2008/125 (Kathrein) = Zak 2008/169; dazu Fluch, Zak 2013/307, 167 (168).

70) Ähnlich Fluch, Zak 2014, 428 (429).

71) Karner, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 56.

72) Karner, Anmerkung zu OGH 2 Ob 99/14 v. ZVR 2014/218: Norm sachlich verfehlt und im Hinblick auf den Gleichheitssatz bedenklich, bloß aus dem Zeitgeist der 1970er-Jahre erklärbar.

73) OGH 2 Ob 30/90 ZVR 1991/44; 2 Ob 62/05i ZVR 2006/4.

74) Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1304 Rz 26.

75) Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1304 Rz 30 c.

76) OLG Brandenburg NJW-RR 2010, 538.

77) AB 295 BgNR 14. GP 2; Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1304 Rz 27.

78) Nachweise bei Apathy, JBl 1985, 641; Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1304 Rz 27; Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>10</sup> (2013) 85; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> (Stand Juni 2014) § 1304 Rn 50.

79) OGH 2 Ob 7/86 ZVR 1987/14: Sozius eines Motorrads, ganz geringes Verschulden des gegnerischen Lenkers.

80) OGH 7 Ob 62/80 SZ 53/161 = EvBl 1981/149 = ZVR 1982/27: bei einer im 3. Monat Schwangeren, die wegen ihrer Schwangerschaft den Gurt nicht anlegte – hier mE auch voller Zuspruch gut vertretbar; 2 Ob 15/87 ZVR 1988/103: Beifahrer, bei dem für den Lenker dessen bis an die Grenze der Zurechnungsunfähigkeit bestehende Alkoholisierung erkennbar war – insoweit zu Unrecht krit Reischauer in Rummel<sup>3</sup> § 1304 Rz 27; OGH 8 Ob 39/83 ZVR 1984/120: Gurt zu schmutzig, daher Insassen nicht angeschnallt.

81) OGH 7 Ob 41/99 a SZ 72/35 = ZVR 1999/69: Nichtanschnallen des Sohns am Beifahrersitz gegenüber schwerem Verschuldensvorwurf einer Vorrangverletzung des Unfallgegners; OLG Innsbruck 15. 12. 1982, 5 R 352/82, zitiert nach Danzl, ZVR-Sonderheft 1987, 17 FN 227: erhebliche Schmerzen bei Anlegen wegen am Vortag zugezogener Handverletzung; OLG Innsbruck 14. 5. 1984, 6 R 106/84, zitiert bei Danzl, ZV-Sonderheft 1987, 17 FN 228: Abschnallen, um das zwischen den Vordersitzen eingeschlafene Kind auf den Rücksitz zu legen; Schlosser/Fück/Hartl, Handbuch des Verkehrsunfalls<sup>2</sup> (2012) Rn 635: bei größtem Verschulden vernachlässigbar.

82) Karner, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 58: mehr als 25%, wenn den Schädiger kein schweres Verschulden trifft oder dieser nur nach der Gefährdungshaftung einstandspflichtig ist.

83) Apathy, JBl 1985, 641 (644 f).

84) Apathy, JBl 1985, 641 (646).

85) Apathy, JBl 1985, 641 (643).

und **Schädiger**<sup>86)</sup> abhängig ist; und zudem die Einführung einer Verwaltungsstrafsanktion insofern bedeutsam ist, als die Transparenz des Verhaltensgebots dadurch verstärkt wurde, was für eine Anhebung der Quote spricht.<sup>87)</sup> ME gibt es aber auch gute Gründe – jedenfalls in bestimmten Konstellationen – für eine **geringere Mitverschuldensquote**, namentlich bei Kfz-Unfällen. Bei solchen ist nämlich in Anschlag zu bringen, dass neben dem **Verschulden des Lenkers** auch noch die **Gefährlichkeit des Fahrzeugs** als Belastungselement hinzutritt. Gegenüber diesen beiden Elementen wird der Verstoß gegen die Anschnallpflicht beim Kfz sowie gegen die Helmtragepflicht beim Kraft- rad ein deutlich geringeres Gewicht erlangen, sodass eine Kürzung bloß um **10, 15 oder 20%** angemessen wäre. Wenn beim Mitverschulden auch nicht mit der Apothekerwaage vorgegangen werden kann, sind solche Verschiebungen bei Ausmessung des Ersatzbetrags nicht bloß eine *quantité négligeable*. Der Kenntnis einer exakten Abstufung ist hinderlich, dass es sich insofern um keine erhebliche Rechtsfrage handelt,<sup>88)</sup> sodass die **Tatgerichte** einen **weiten Ermessenspielraum** haben.

Das Mitverschulden des unterlassenen Helmtragens auf dem **Kraftrad** wird tendenziell höher zu gewichten sein als der Verstoß gegen die Anschnallpflicht im Kfz, weil die besondere Gefährdung für den Lenker wie auch den Beifahrer ohne Weiteres erkennbar ist.<sup>89)</sup> Dazu kommt, dass das Helmtragen auf dem Kraftrad **keine zusätzlichen Gefahren** hervorruft, wobei allerdings die potenziellen Gefahren des Anschnallens durch einen Anspruch gegen die Verkehrsofferhilfe abgedeckt sind.

#### b) Bei analoger Anwendung des § 106 Abs 2 und 7 KFG

Die zu a) vertretene **differenziertere Sicht** muss konsequenterweise bei analoger Anwendung der Norm gelten. Handelt es sich um einen Verstoß gegen eine gesetzlich nicht positivierte Schadensminderungsobliegenheit, ist der Umstand der **fehlenden Transparenz** ein Kriterium der Bemessung, das tendenziell zu einer **Kürzung** führen muss. In der Anlassentscheidung<sup>90)</sup> der Kollision mit einer grob sorgfaltswidrig die Fahrbahn überquerenden Fußgängerin hat dann noch einmal eine **Gesamtbetrachtung** stattzufinden. Die in concreto erfolgte Kürzung des Schmerzensgelds in Summe um ca 50% erscheint dabei eher zu hoch als zu niedrig. Auch deutsche Gerichte haben bei der Kürzung eines Schmerzensgeldanspruchs um 50% wegen Unterlassens des Tragens einer Reitkappe<sup>91)</sup> sowie eines Schihelms<sup>92)</sup> über das Ziel geschossen.

#### 4. Beweislastverteilung gemäß § 106 Abs 2 und 7 KFG

In der Anlassentscheidung<sup>93)</sup> spielten **Beweisprobleme** keine Rolle. Es stand fest, in welchem Ausmaß die Unfallverletzung bei Tragen eines Radhelms geringer ausgefallen wäre. Das ist freilich nicht immer so.<sup>94)</sup> Zutreffend ist, dass bei analoger Anwendung des § 106 Abs 2 und 7 KFG auch die von den **allgemeinen Regeln abweichende Beweislastverteilung** anzuwenden

ist.<sup>95)</sup> Bei Einwendung eines Mitverschuldens ist der **Ersatzpflichtige** sowohl für das Mitverschulden begründende Verhalten als auch für die **Kausalität** beweispflichtig. Davon weicht § 106 Abs 2 und 7 KFG insofern ab, als der Schädiger bloß den Verstoß gegen die Gurten- oder Helmtragepflicht zu beweisen hat, dem Geschädigten aber die Beweislast für die fehlende Verursachung auferlegt wird. Eine **sachliche Begründung** ist dafür **nicht zu erkennen**. Die Begrenzung der Sanktion auf den Schmerzensgeldanspruch ist dafür **kein tragfähiges Argument**. Kann der Schädiger die Kausalität des Obliegenheitsverstoßes nicht beweisen, bekäme der Geschädigte auch beim Schmerzensgeld nach allgemeinen Regeln ungekürzten Ersatz. Wenn *Reischauer*<sup>96)</sup> darauf verweist, dass dies den Regeln bei **Schutzgesetzen** iSd § 1311 ABGB entspreche, ist das insofern unzutreffend, als bei diesen von der Rsp bloß ein **Prima-facie-Beweis** angenommen wird, aber gerade keine Beweislastumkehr.<sup>97)</sup> Der Gesetzgeber sollte daher tätig werden und die wenig passende Ausnahmeregelung beseitigen.

#### 5. Rechtsfolgen bei Tötung – Auswirkungen auf die Ansprüche beim (Trauer-)Schmerzensgeld der Erben bzw Angehörigen

Mitunter kommt nicht mehr der **Verletzte selbst** in den Genuss des Schmerzensgelds; vielmehr geht sein Schmerzensgeldanspruch im Weg der **Universalsukzession** auf die Erben über oder diese haben – abgeleitete – Ansprüche auf Ersatz des Schockschadens bzw auf Trauerschmerzensgeld. Vertreten wird die Ansicht, dass ein Mitverschulden wegen Nichtanlegen des Sicherheitsgurts auch zu einer **Kürzung des Schmerzensgelds der Erben bzw Angehörigen**<sup>98)</sup> führen müsse. Bei **rein formaler Betrachtung** erscheint das zutreffend, sind doch deren Ansprüche auch vom Verhalten des Getöte-

86) Bloß auf das Schädigerverhalten abstellend *Schlösser/Fucik/Hartl*, Handbuch des Verkehrsunfalls<sup>2</sup> (2012) Rz 635: bei schwerem Verschulden Kürzung bloß um 20%.

87) AA *Schlösser/Fucik/Hartl*, Handbuch des Verkehrsunfalls<sup>2</sup> (2012) Rz 635: durch verwaltungsstrafrechtliche Sanktionierung keine Änderung der Mitverschuldensquote.

88) OGH 2 Ob 13/06k Zak 2006/680; *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1304 Rz 27; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> (Stand Juni 2014) § 1304 Rz 50.

89) *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1304 Rz 34.

90) 2 Ob 99/14 v EvBl 2015/37 = ZVR 2014/218 (*Karner*).

91) OLG Düsseldorf VersR 1983, 1039.

92) OLG München DAR 2012, 335 (*Scholten*); krit *Ch. Huber*, NZV 2014, 489 (496). In dem Sachverhalt des OLG München wurde ein stehender Schifahrer umgefahren; dieser hätte sich an der betreffenden Stelle auch als Fußgänger, der bloß zum Sonnen auf den Berg fährt, aufhalten dürfen, sodass schon der Rechtswidrigkeitszusammenhang zweifelhaft ist. Angemessen wären in concreto – wenn überhaupt – eher 10% gewesen; ebenso *Ganner*, SpuRt 2015, 19 (20).

93) 2 Ob 99/14 v EvBl 2015/37 = ZVR 2014/218 (*Karner*).

94) Zu den häufig gegebenen Beweisproblemen *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 57.

95) *Karner*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 99/14 v, ZVR 2014/218.

96) *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1304 Rz 30.

97) Nachweise bei *Ch. Huber* in *Schwimmann*, ABGB TaschKomm<sup>3</sup> § 1311 Rz 18.

98) OGH 2 Ob 62/05i ZVR 2006/4; OLG Wien 6. 11. 2007, 14 R 116/07 t, zitiert bei *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>10</sup> (2013) 85: jeweils Trauerschmerzensgeld der Hinterbliebenen um „Gurtenmitverschulden“ gekürzt.

ten abhängig. Allerdings sprechen in vielen Konstellationen folgende Überlegungen gegen eine solche Kürzung: Hätte der Verletzte bei Anlegen des Gurtes – meist schwer verletzt – überlebt, wäre die Belastung des Ersatzpflichtigen deutlich höher. Er müsste Heilungskosten, Kosten wegen vermehrter Bedürfnisse, einen Erwerbsschaden unter Einschluss eines Haushaltsführerschadens und wegen des längeren Überlebens auch ein erhöhtes Schmerzgeld leisten. Es sprechen mE gute Gründe dafür, **diese Ersparnis des Ersatzpflichtigen** gegenzurechnen.<sup>99)</sup> So pietätlos das auch klingen mag, trägt diese Überlegung schlicht dem Umstand Rechnung, dass der Tod eines Geschädigten für den Ersatzpflichtigen mit einer **wesentlich geringeren finanziellen Belastung** verbunden ist als eine – schwere – Verletzung.

Das **Verrechnungsargument** kann aber auch im reinen **Verletzungsfall** auftreten, in dem das Anlegen des Sicherheitsgurts dazu geführt hätte, dass zwar das apallische Syndrom nicht vermieden worden wäre, der Verletzte die Schmerzen dann aber bewusst erlebt hätte, mit der Folge, dass ihm dann deshalb ein höheres Schmerzgeld zugestanden wäre.<sup>100)</sup>

## E. Überlegungen de lege ferenda

### 1. Sinnhaftigkeit einer gesetzlichen Regelung an sich

Es gibt unterschiedliche Sicherheitseinrichtungen, deren Tragen Unfallverletzungen, namentlich des Kopfs, eines besonders wichtigen Körperteils, entweder verhindern oder doch erheblich abmildern kann. Der Gesetzgeber hat bislang eine Pflicht oder Obliegenheit, solche zu benutzen, **nur partiell normiert** bzw angeordnet, dass an deren Verstoß entweder **keine oder sehr mäßige Sanktionen geknüpft** sind;<sup>101)</sup> diese sind zudem unterschiedlich. Die Rsp steht jedenfalls im Schadenersatzrecht im Spannungsverhältnis zwischen der **Bindung an das Gesetz** und der **normativen Korrektur** durch Annahme solcher Pflichten bzw Obliegenheiten wegen Bestehens einer Verkehrsübung. Infolge der Enthaltensamkeit des Gesetzgebers wird die Rsp vielfach in die **Rolle des Normsetzers** gedrängt, die ihr nach der Gewaltenteilung gar nicht zukommt.<sup>102)</sup> Für den betroffenen Geschädigten ist die Annahme einer solchen Verkehrsübung bzw normativen Korrektur<sup>103)</sup> wenig transparent und kaum vorhersehbar. Auch wenn man – wie *Ganner*<sup>104)</sup> – eine länger dauernde Praxis verlangt, wird dem kaum abgeholfen, geht es doch dann um die Frage, wie lange eine solche bestehen muss. Bei einer neuen, eindeutig gefährlichen Sportart würde dann – jedenfalls zu Beginn – niemals eine Pflicht zum Tragen von Sicherheitseinrichtungen bestehen.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass **landesgesetzliche Regelungen** zur adäquaten Problembewältigung von vorneherein **untauglich** sind. Die Interessenlage ist nicht von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich; insoweit werden unnötig **Ressourcen von Landesgesetzgebern vergeudet**. Fehlende Regelungen in manchen Bundesländern, die dann mit fragwürdigen Analogien aufgefüllt werden,<sup>105)</sup> tragen zusätzlich zur Rechtsunsicherheit bei.

Der **so oft beschworene mündige Bürger** ist gar nicht so mündig, wie er im Idealbild erscheinen mag. Es ist kein Zufall, dass beim Tragen von Radhelmen die Unterworfenen jener Rechtsordnungen die höchste Tragequote aufweisen, bei denen klare – und strenge – gesetzliche Regelungen getroffen worden sind.<sup>106)</sup> Weitere bewusstseinsbildende Maßnahmen sind gewiss förderlich.<sup>107)</sup> Eine **Zurückhaltung des Gesetzgebers** ist indes **fehl am Platz**. Nicht zu teilen vermag ich die Ansicht, dass eine gesetzliche Regelung erst erfolgen sollte, wenn ein Bewusstseinswandel stattgefunden hat.<sup>108)</sup> Vielmehr vertrete ich die Ansicht, dass gerade gesetzliche Regelungen dazu beitragen, eine Verhaltensänderung zu fördern, mag das auch nicht über Nacht passieren. Sollte eine solche Überzeugung indes ohnehin schon bestehen, macht eine gesetzliche Normierung gleichwohl Sinn, nämlich aus Gründen der Rechtsklarheit.

Wird hier die **prinzipielle Frage einer gesetzlichen Normierung** dem Grunde nach bejaht, ist indes auch vor einer **Überregulierung** zu warnen. Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Person bei Vorhandensein eines Radwegs gleichwohl die Straße benutzen darf, hat der Gesetzgeber in § 68 Abs 2 StVO festgelegt, dass das nur bei **Trainingsfahrten mit Rennfahrrädern** der Fall ist, wobei in der FahrradV penibel festgelegt ist, was man unter einem Rennfahrrad versteht. Wenn dann der Lenker eines Fahrrads technisch anders gestaltet ist, soll die Privilegierung nicht mehr anzuwenden sein;<sup>109)</sup> das ist **formal korrekt**, der **Intention der Norm** wird das indes nicht gerecht. Insoweit wäre eine allgemeinere Umschreibung passender, während die derzeitige penible Definition des Rennrads dazu führt, dass infolge geringfügiger Modifikationen – auch infolge des technischen Fortschritts – der Anwendungsbereich zu eng ist bzw wird. In der Konkretisierung des jeweiligen Anwendungsbereichs von Normen liegt gerade die legitime Zuständigkeit der Gerichte.

99) Dafür zum deutschen Recht *Ch. Huber*, NZV 2014, 489 (495 ff); aA BGH NJW 1983, 1380 für den Unterhaltersersatzanspruch. Zulasten der Hinterbliebenen läuft das auf spiegelverkehrte punitive damages hinaus, die sonst so verpönt sind!

100) So der Sachverhalt von OGH 2 Ob 246/98k ZVR 1999/94.

101) Zur Scheu des Gesetzgebers zur Einführung von Sanktionen *Apathy*, JBl 1985, 641 (643).

102) *Morell*, AcP 214, 337, 338.

103) *Schürz*, ZVR 2013, 10 (15): für alle Schifahrer und Snowboardfahrer allgemeine Übung, einen Helm zu tragen, daher bei Unterlassung Annahme eines Mitverschuldens bei einem Unfall – offen ist allerdings, ob Auswirkungen nur beim Schmerzgeld gegeben sind.

104) *Ganner*, SpuRt 2015, 19 (20).

105) *Schürz*, ZVR 2013, 10 (14): für eine analoge Anwendung der Pflicht, einen Schihelm zu tragen, auch in Tirol und Vorarlberg, wo der Landesgesetzgeber untätig geblieben ist.

106) *Furian/Hnatek-Petrak*, ZVR 2006, 427 (429).

107) *Furian/Hnatek-Petrak*, ZVR 2006, 427 (429): Verweis auf die Radhelminitiative.

108) *Schoditsch/Giehsler*, Anm zu OGH 2 Ob 135/04 y, ZVR 2006/33.

109) OGH 2 Ob 183/06k EvBl 2007/69 = ZVR 2007/150 (krit *Kathrein*); 2 Ob 21/07 p SZ 2007/199 = ZVR 2008/125 (krit *Kathrein*) = Zak 2008/169.

## 2. Regelungsbedürfnis für welche Schutzeinrichtungen?

Die Nützlichkeit des Tragens von **Fahrradhelmen** ist nicht auf eine bestimmte Altersgruppe beschränkt, weshalb nicht nur für Personen unter zwölf Jahren eine Helmtragepflicht bestehen sollte. Die potenzielle Gefahr, bei Unterlassen des Tragens eines Helms bei einem Verkehrsunfall eine schwere Kopfverletzung zu erleiden, ist zwischen einem Radfahrer im Alltag und einem bei sportlicher Betätigung kaum unterschiedlich,<sup>110</sup> weshalb eine generelle Tragepflicht eingeführt werden sollte. Entsprechendes gilt für das Tragen von **Schutzhelmen beim Schisport**,<sup>111</sup> wo die Altersgrenze von 15 Jahren unpassend ist.<sup>112</sup> Wer mit einem Motorrad unterwegs ist, dem sollte vorgeschrieben werden, nicht nur einen Helm, sondern auch entsprechende **Schutzkleidung** zu tragen. Allfällige Gefahren für den Benutzer wie bei Verwendung des Sicherheitsgurts beim Kfz sind nicht erkennbar.

Solche Gebote sollten aber auch nicht auf die **Spitze** getrieben werden. Da beim **Langlaufen** im Unterschied zum Alpenschilaufen die Fortbewegung sowie eine allfällige Kollision typischerweise nur mit viel geringerer Geschwindigkeit erfolgen, sollte dafür keine Helmtragepflicht angeordnet werden. Beim Fahrradfahren mögen **Warnweste** und **Fahrradhandschuhe** ebenfalls hilfreich sein; die dadurch abwendbaren Verletzungen stehen aber in keiner Relation zu den Kopfverletzungen, die durch das Tragen eines Helms vermieden werden können, sodass insoweit keine Vorschriften erlassen werden sollten.<sup>113</sup> Zu bedenken ist, dass sich der (**freie**) **Bürger** auch noch **frei bewegen** können muss.

## 3. Geeignetheit welcher Sanktionen zur Erreichung der gewünschten Verhaltensweise?

Beim Anlegen von Sicherheitsgurten im Kfz sowie beim Tragen eines Schutzhelms auf dem Kraftrad hat sich der Gesetzgeber beim Unterlassen der Benutzung dieser Schutzeinrichtungen ursprünglich für eine **ausschließliche Sanktion bei Kürzung des Schmerzensgelds** entschieden, ehe er später das verpönte Verhalten auch verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert hat.<sup>114</sup> Bei der zivilrechtlichen Beschränkung der Sanktion auf das Schmerzensgeld mögen **Interessen der Sozialversicherungsträger** eine Rolle gespielt haben: Deren Regressansprüche sollten nicht vermindert werden. Ob das quantitativ für Sozialversicherungsträger merklich ins Gewicht fällt, darf indes bezweifelt werden. Plausibler ist, dass eine **Verhaltenssteuerung des Einzelnen** nur insoweit möglich ist, als er **selbst pekuniär betroffen** ist;<sup>115</sup> und nach der – nicht völlig zutreffenden – Ansicht der Parlamentarier war das nur beim Schmerzensgeld gegeben, wobei übersehen wurde, dass es in nennenswertem Ausmaß Schadensspitzen gibt, die durch Sozialversicherungsleistungen nicht abgedeckt sind.

Wenn aber die **quantitativen Auswirkungen** bei den Sozialversicherungsträgern gemessen an deren gesamtem Volumen ohnehin nur **homöopathisch gering** sind, wäre zu erwägen, in Übereinstimmung mit den

Prinzipien des Schadenersatzrechts eine **Beschränkung der Sanktion auf das Schmerzensgeld** aufzugeben.<sup>116</sup> Bei einem funktionstüchtigen Sozialstaat sind die Auswirkungen für den Geschädigten ohnehin abgedeckt. Will man aber weitere Anreize setzen,<sup>117</sup> wäre bei Verstoß gegen das Gebot, Schutzeinrichtungen zu verwenden, nach dem Vorbild der Schweiz<sup>118</sup> erwägenswert, im **Sozialversicherungsrecht von der Vollkaskotalität abzurücken** und insoweit Selbstbehalte einzuführen, etwa in Gestalt fixer Beträge – nach dem Vorbild der Produkthaftung oder Obliegenheitsverletzungen in der Kfz-Haftpflichtversicherung – oder von Prozentsätzen der empfangenen Leistung, gedeckelt mit einer betraglichen Obergrenze, um der Gefahr einer Existenzvernichtung zu begegnen. Eine Sanktionierung auf diesem Rechtsgebiet hätte unter dem Gesichtspunkt der Verhaltenssteuerung den Vorzug, dass auch **selbstverschuldete Unfälle** erfasst würden. Dass bei Ersatzpflicht eines Dritten der Regressanspruch der Sozialversicherungsträger gekürzt wird, diese in solchen Fällen aber auch bloß eine verminderte Leistung zu erbringen haben, mögen verminderte Leistung und gekürzter Regressanspruch betraglich auch nicht immer auf Heller und Pfennig übereinstimmen, steht nicht im Vordergrund, ist aber eine durchaus willkommene Randerscheinung. Der Einwand, dass dies **systemfremd** wäre, mag zutreffen. Das gilt freilich auch derzeit für die Begrenzung der Sanktion des § 106 Abs 2 und 7 KFG auf das Schmerzensgeld.

Wenn sich beim Anlegen der Sicherheitsgurte im Kfz und beim Helmtragen auf dem Kraftrad herausgestellt hat, dass eine **zusätzliche Sanktionierung im Verwaltungsstrafrecht** erforderlich war, stellt sich die Frage, warum das bei Fahrrad- oder Schihelm anders sein sollte. Das Argument der Unmöglichkeit der Überwachung kann dafür nicht ins Treffen geführt werden. Es soll an dieser Stelle auch nicht dafür plädiert werden, den Bürger jedes Mal zur Kasse zu bitten, wenn er ohne Helm mit Schiern oder Fahrrad unterwegs ist. Keinesfalls dürfen Private wie etwa Seilbahnunternehmen oder Schiliftbetreiber dafür in den Dienst genommen werden. Die Sanktion könnte sich – wie beim Falschparken – auf eine **geringe Geldbuße** oder eine **Abmahnung** beschränken; dem Bürger würde auf diese Weise aber drastisch vor Augen geführt, was er zu tun hat, um

110) Ch. Huber, NZV 2014, 489 (494).

111) So auch der Hinweis von *Kommenda*, Rechtsparanorama 2014/47/02, unter Bezugnahme auf eine Äußerung des OGH-Hofrats *Brenn*.

112) AA *Ganner*, SpuRt 2015, 19 (20): keine hohe Wahrscheinlichkeit von Kopfverletzungen beim Schifahren.

113) So auch *Pauge*, Unfälle mit Fußgängern und Radfahrern, *Homburger Tage* 2014, 7, 34.

114) *Reischauer* in *Rummel* § 1304 Rz 26: aus erzieherischen Gründen zielführend.

115) Ch. Huber, NZV 2014, 489 (490).

116) Dafür auch *Kamer*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 99/14v, ZVR 2014/218: § 106 Abs 2 und 7 KFG nur aus dem Zeitgeist der 1970er-Jahre verständlich, Norm im Hinblick auf den Gleichheitssatz bedenklich, berichtigendes Wort des Gesetzgebers wäre hoch an der Zeit.

117) Vgl dazu *Apathy*, JBl 1985, 641 (642): Im Vordergrund stehen Generalprävention und quantitative Aspekte; ebenso *Reischauer* in *Rummel* § 1325 Rz 26.

118) *Jeger/Blanc/Soltermann* in FS 50 Jahre Schweizer Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2010) 289, 292; BG BGE 109 V 150: Sicherheitsgurt; BGE 121 V 45: Schutzhelm; Kürzung um jeweils 10%.

sich korrekt zu verhalten. Überraschungseffekte wie die Kürzung seines Schadenersatzanspruchs, wenn dann etwas passiert, würden dadurch vermieden. Das eigentliche Ziel würde indes erreicht, wenn solche Kürzungen

gar nicht mehr erforderlich wären, weil zwar weiterhin Unfälle stattfinden werden, die Verletzungsfolgen aber wegen Benutzen von Sicherheitseinrichtungen gemildert oder abgewendet werden.

→ **In Kürze**

Der OGH kürzt den Schmerzensgeldanspruch des sportlich ambitionierten Radfahrers bei Unterlassen des Helmtragens. De lege lata mag das überzeugen; de lege ferenda sollte der Gesetzgeber seine Passivität überwinden und eine Helmtragepflicht für alle Radfahrer anordnen.

→ **Zum Thema**

**Über den Autor:**

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen.  
E-Mail: [huber@privatrecht.rwth-aachen.de](mailto:huber@privatrecht.rwth-aachen.de)

**Vom selben Autor erschienen:**

Die Schmerzensgeldrente – bloß eine alternative Abgeltungsform? in Festschrift für Egon Lorenz (2014) 603;  
Über den Stellenwert von Blech und Blut im deutschen Schadensrecht – Akzentverschiebungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, in Festschrift für Lothar Jaeger (2014) 309;  
Wer zu spät kommt, geht leer aus – Überlegungen zu OGH 2 Ob 216/13y, ZVR 2015, 14;  
Zentrale Fragen der Berechnung des Unterhaltsersatzanspruchs nach § 1327 ABGB – Überlegungen aus Anlass von OGH 28. 3. 2014, 2 Ob 94/13g, ZVR 2015, 150.

**Link:**

[www.privatrecht.rwth-aachen.de/go/id/eqjz](http://www.privatrecht.rwth-aachen.de/go/id/eqjz)

