

# ZVR

[Zeitschrift für Verkehrsrecht]

- Beiträge** 512 **Die Haftungsfreizeichnung bei Personenschäden**  
Dominik Kocholl
- 523 **Der Verkehrsunfall im Licht der Rom-II-Verordnung**  
Martin Adensamer
- Bericht** 528 **Tagungsbericht über den außerordentlichen Kongress zur Rom-II-Verordnung**  
Christian Huber
- Rechtsprechung** 530 **Konkurrierende FIS-Regeln**
- 532 **Kollision von zwei Rodelfahrern auf enger Fahrbahn bei Dunkelheit**
- 534 **Zweck eines Pistengütesiegels**
- 536 **Erstmalige Herausarbeitung des Pflichtenkatalogs des Pistenbetreibers**
- 538 **Rodelrennen, Sorgfalt von Rennteilnehmern**
- Judikaturübersicht** 542 **VwGH**  
**Verwaltung**
- KfV** 546 **Scheckkartenführerschein: Verfahren bei der Neuerteilung**  
Tanja Schwent

Dezember 2006

# 12

MANZ 

**Redaktion**  
Karl-Heinz Danzl  
Christian Huber  
Georg Kathrein  
Gerhard Pürstl

ISSN 0044-3662

# Die Haftungsfreizeichnung bei Personenschäden

ZVR 2006/218

§ 6 Abs 1 Z 9  
KSchGHaftungs-  
freizeichnung;Selbstbe-  
stimmung;Rechtsgüter-  
schutz

Die Haftung für Personenschäden können Parteien zwar gemäß übereinstimmendem Willen ausschließen oder beschränken wollen; derartige Vereinbarungen sind dennoch vielfach wirkungslos. Dieser zu generelle „Rechtsgüterschutz“ verstößt gegen Grundideen des Privatrechts und soll widerspruchsfrei gestaltet werden.

Von Dominik Kocholl

## Inhaltsübersicht:

- A. Selbstbestimmung und Rechtsgüterschutz
  1. Absturz am Großglockner
  2. Problemstellung
- B. Überblick über die Rechtslage de lege lata
  1. Keine Haftungsfreizeichnung in Verbraucherverträgen bei Personenschäden gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG
  2. Haftungsfreizeichnung bei Personenschäden außerhalb von Verbraucherverträgen
  3. Derzeitige Möglichkeiten einer Haftungsfreizeichnung
- C. Kritik an § 6 Abs 1 Z 9 KSchG
  1. Übererfüllung europarechtlicher Anforderungen
  2. Stellungnahme zur jüngeren Rechtsprechung
  3. Stellungnahme zur Literatur
  4. Weitere Anmerkungen
  5. Exkurs: Einwilligung des Verletzten
  6. Wertungswiderspruch zur Arzthaftung
- D. Die Freizeichnung bei Reiseveranstalterverträgen
  1. Freizeichnungsmöglichkeit für entgangene Urlaubsfreude und sonstige immaterielle Schäden
- E. Folgen der Mindestharmonisierung
- F. Verbesserungsmöglichkeiten de lege ferenda und ihre Begründung
  1. Methodische Auswege vor einer/ ohne eine Gesetzesänderung
  2. Das bewegliche System einer Haftungsfreizeichnung
  3. Auflösung des Anwendungsbeispiels
- G. Zusammenfassung

## A. Selbstbestimmung und Rechtsgüterschutz

### 1. Absturz am Großglockner

Ein staatlich geprüfter „Instruktor Hochtouren“<sup>1)</sup> der alpinen Vereine Österreichs (VAVÖ) besteigt als Führer mit einer vierköpfigen Gruppe alpinistisch versierter Alpenverein-Sektionsmitglieder auf zwei Seilschaften aufgeteilt den Großglockner über den Nordwestgrat (D-, IV. Schwierigkeitsgrad, im Eis Stellen bis 50°). Die Geführten leisten einen geringen Kostenbeitrag an die Sektion. Wegen starker Stauungen auf dem Normalabstieg über den Kleinglockner und des rascher eintretenden Wettersturzes beschließt der Führer trotz zweier Gegenstimmen den Abstieg über den nun menschenleeren Stüdlgrat (III+). Nach den Hauptschwierigkeiten

entscheidet er wegen des Könnens der Geführten, der fortschreitenden Wetterverschlechterung und der gebotenen Eile, den weiteren Felsabstieg seilfrei zu bewältigen. Einer stolpert im Iler-Gelände und stürzt in den Tod. Eine Seilsicherung am Fels hätte die letalen Folgen des Sturzes mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden, aber auch den Abstieg verzögert. Die Ehegattin des Verunglückten fordert vom „Instruktor Hochtouren“ den Ersatz künftiger Unterhaltskosten und des Trauerschadens.

Der Führer beruft sich auf die nachweisbare Haftungsfreizeichnungsvereinbarung im Rahmen der Tourenvorbesprechung. Nach entsprechender Aufklärung hatten alle vier Teilnehmer das optimale und akzeptierte Risiko auf sich genommen und mit vollem, freiem Willen eine Haftung des Führers bei leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Dieser vertraglichen Vereinbarung steht § 6 Abs 1 Z 9 KSchG entgegen. Diese Norm bestimmt, dass die laut Sachverhalt erfolgte Willenseinigung über den Haftungsausschluss wirkungslos sei, soweit es sich um Schäden an der Person handelt.<sup>2)</sup>

## 2. Problemstellung

Schnell kann es passieren, dass jemand als leicht fahrlässiger Schädiger schadenersatzpflichtig wird. Wird er in einer vertraglichen Beziehung zum Geschädigten stehen, versucht er daher schon im Vorhinein, seine Schadenersatzpflicht durch Haftungsfreizeichnungsklauseln in diesem Vertrag einzuschränken. Damit stellt sich die Frage nach Zulässigkeit und Grenzen dieser Vereinbarung. Es gilt insb, die gegensätzlichen Interessen von Selbstbestimmung einerseits und einem bestmöglichen Rechtsgüterschutz im Rahmen des haftungsrechtlichen Präventionsbedürfnisses andererseits auszugleichen.

Der sachgerechte Schutz von Rechtsgütern wird über die präventive Wirkung einer Norm erzielt. Präventionswirkungen können auch durch die Verpflichtung zum Ausgleich zugefügter Schäden erzielt werden.<sup>3)</sup> Spezielle Kritik ist an der bestehenden Rechtslage be-

1) Diese Ausbildungsstufe wurde früher als „Hochtourenlehrwart“ bezeichnet.

2) Dieser Fall wird in zwei Varianten am Ende dieser Arbeit besprochen.

3) Vgl im Besonderen: *F. Bydlinski*, Die „Umrechnung“ immaterieller Schäden in Geld, in FS Widmer (2003) 34 Fn 12. Allgemein zur Prävention insb *Jhering*, Der Kampf ums Recht<sup>4)</sup> (1874); *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941) IX, 50, 51, 76, 244; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (1993); *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht<sup>2)</sup> (1996) 14f; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 190ff; *Kocholl*, Punitive damages in Österreich: Über Schadensprävention und Privatstrafe in Österreich (2001).

züglich einer Haftungsfreizeichnung bei Personenschäden vorzutragen. Der hier verwendete Begriff „Personenschaden“ lehnt sich an den Gesetzeswortlaut „Schaden an der Person“ (§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG) an. Die europäischen Richtlinien verwenden jedoch die engere Bezeichnung „Körperschäden“. Auch bei Personenschäden wird mit dem Präventionsbedürfnis das allgemeine Interesse an größtmöglicher Bewegungsfreiheit abzuwägen sein.

Die Rechtsprobleme werden hier anhand der Haftungssituation von „Führern“ unter besonderer Bezugnahme auf die neuen Führungstechniken aufgezeigt und bieten plastische Argumentationsunterstützung.<sup>4)</sup> Zu den Führern am Berg zählen keineswegs nur die professionellen Bergführer, sondern auch sämtliche Tourenführer alpiner Vereine und nicht zuletzt die Tourenführer aus Gefälligkeit.<sup>5)</sup> „Magier der Grauzone“<sup>6)</sup> oder neuerdings „Risikomanager“<sup>7)</sup> genannt, trifft sie eine hohe Verantwortung und zunehmend auch die Begehrlichkeit nach Schadenersatzzahlungen.

## B. Überblick über die Rechtslage de lege lata

### 1. Keine Haftungsfreizeichnung in Verbraucherverträgen bei Personenschäden gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG

Gegenüber Verbrauchern ist gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG seit 1. 1. 1997 eine Vertragsbestimmung, in der „eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an der Person ausgeschlossen oder eingeschränkt wird oder eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz sonstiger Schäden für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat“, iSd § 879 ABGB wirkungslos. In Österreich ist diese Norm seit 1. 1. 1997 in Kraft.

Der Haftungsausschluss für körperliche Schäden auf im Eingangsbereich angebrachten Zetteln bei einer „Rave-Clubbing-Party“ war Gegenstand der letztinstanzlichen E des LG Ried im Innkreis.<sup>8)</sup> Es handelte sich um eine disothekenähnliche Tanzveranstaltung in einer Brauereihalle mit sehr lauter Musik, die Gehörschäden hervorrief. Das LG stützt sich auf § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nF, die Freizeichnung schränkt daher die Haftung gegenüber der gehörgeschädigten Klägerin nicht ein.

Der Hinweis in einer Eislaufordnung, dass die Benutzung der Kunsteisbahn auf eigene Gefahr erfolge und die Betreiberin für Personen- und Sachschäden, die auf Mängel der Eisportanlage zurückzuführen sind, nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ihrer Organe haftete, ist gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unwirksam.<sup>9)</sup>

### 2. Haftungsfreizeichnung bei Personenschäden außerhalb von Verbraucherverträgen

Ein wesentliches Kriterium bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Haftungsfreizeichnungen außerhalb von Verbraucherverträgen ist, ob diese in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind oder nicht, da bei Vertragsabschluss unter Verwendung von AGB davon

ausgegangen wird, dass typischerweise auf Seite eines Partners nur eine „verdünnte Willensfreiheit“ besteht. Der Grund für die Nichtigkeit von Klauseln liegt darin, dass der Ersteller der AGB unzulässigerweise seinen Informationsvorteil ausnützt und typischerweise ein Ungleichgewicht besteht. Dass mündige Verbraucher auch mit übermächtigen Gegnern und psychologischen Tricks umgehen können müssen, ist nach *Edlbacher*<sup>10)</sup> Teil des täglichen Lebenskampfes. Weiters ist beachtenswert, dass für die Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB oft die Kriterien des § 6 KSchG herangezogen werden und sich somit der Anwendungsbereich des Katalogs verbotener Klauseln über die Verbraucherverträge hinaus ausdehnt.<sup>11)</sup> Das Tatbestandselement des Verbrauchervertrages wird dabei aufgegeben, das Tatbestandselement der AGB tritt laut § 879 Abs 3 ABGB hinzu.

### 3. Derzeitige Möglichkeiten einer Haftungsfreizeichnung

Bei den Freizeichnungsklauseln für Personenschäden befindet sich die österreichische Rechtslage in einer leichten Grauzone, ohne dass jedoch de lege lata große Freizeichnungsmöglichkeiten bestehen dürften.<sup>12)</sup> Eine stark eingeschränkte und nicht über die wahre Rechtslage grob irreführende Haftungsfreizeichnung für Personenschäden wird erlaubt sein, zumal ihr auch eine Aufklärungsfunktion über Risiken zukommt. Zu generelle Haftungsausschlüsse sollten vermieden werden. Bei deutlich vorwerfbar unzulässigen Klauseln, wie dem Ausschluss jeglicher Haftung, besteht zu Recht die Gefahr, alleine aus der Verwendung von den Vertragspartner irreführenden Klauseln haftpflichtig zu werden.<sup>13)</sup> Diese folgt aus ähnlichen Gründen wie die Ablehnung einer geltungserhaltenden Reduktion: Die Benutzung von AGB liegt zufolge der Unklarheitenregelung des § 915 ABGB stets im Risiko des Verwenders.

Haftungsausschlussklauseln sind einschränkend auszulegen<sup>14)</sup>, doch schließen sie deliktisch herbeigeführte Schäden ein, da vertragliche Haftungsausschlüsse ansonsten über das Deliktsrecht umgangen werden könnten. Eine geltungserhaltende Reduktion ansonsten nichtiger Vertragsklauseln auf das inhaltlich gerade noch zulässige Maß ist mE bei Verbraucherverträgen abzulehnen<sup>15)</sup>, da sie dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG und jeglichen präventiven Anforderungen widerspricht. →

4) Vgl *Kocholl*, Rechtfertigung und Akzeptanz neuer Führungstechniken, Sicherheit im Bergland 2005, 153.

5) Vgl *Stabentheiner*, Zum Tourenführer aus Gefälligkeit, JBl 2000, 273.

6) Vgl *Schwiersch*, Ber(g)sönlichkeiten, berg&steigen 1/02, 12.

7) Vgl *Larcher*, Das Risiko und sein Rest, berg&steigen 1/01, 33.

8) LG Ried im Innkreis 20. 4. 1999, 6 R 85/99p.

9) OGH 29. 3. 2000, 7 Ob 51/00a, ZVR 2000, 384.

10) *Edlbacher*, Die Zulässigkeit der Haftungsausschließung, ZVR 1965, 116.

11) Vgl *Krejci* in *Rummeß*, § 879 Rz 244.

12) Vgl *N. Hofmann*, Memo: Haftungsfreizeichnung, *ecolex* 2005, 835.

13) Vgl dazu neuerdings OGH 22. 3. 2005, 10 Ob 23/04m, JBl 2005, 443 (*Lukas*) = RdW 2005, 418 – Haftung für Zinsänderungsklausel. *Leitner*, Schadenersatz im Zinsstreit, ÖJZ 2005, 321 ff.

14) Vgl OGH 13. 3. 1991, 2 Ob 516/91 zu einem Pferdesportfall, SZ 64/29; OGH 30. 3. 1979, 1 Ob 566/79, SZ 52/57 mwN.

15) OGH 7 Ob 179/03d, JBl 2004, 245, *ecolex* 2004, 528 (*Leitner*), s auch *Leitner*, ÖJZ 2002, 713f.

## C. Kritik an § 6 Abs 1 Z 9 KSchG

### 1. Übererfüllung europarechtlicher Anforderungen

Die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erwähnt in Art 3 Abs 3 den Anhang: „Der Anhang enthält eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können.“ Aus dem unverbindlichen Anhang ist nur Punkt 1 a für dieses Thema einschlägig. Der Anhang mit Punkt 1 a lautet: „Klauseln gem Art 3 Abs 3 [sind] 1. Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass a) die gesetzliche Haftung des Gewerbetreibenden ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, wenn der Verbraucher aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Gewerbetreibenden sein Leben verliert oder einen Körperschaden erleidet; b) ...“.

§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG geht über die umzusetzenden Normen dieser Richtlinie hinaus und übererfüllt die europarechtlichen Anforderungen. Es stimmt daher nicht<sup>16)</sup>, dass Punkt 1 a des Anhangs zu Art 3 Abs 3 der RL in nationales Recht umzusetzen war. Ein falsches Verständnis der Richtlinie und des hier relevanten Punktes 1 a des Anhangs ist wohl darauf zurückzuführen, dass die verbindlich gewordene RL und hier besonders die Formulierungen in Art 3 Abs 3 erst nach deutlicher Abschwächung gegenüber den vorläufigen Fassungen und damit abgeändert erlassen wurde.<sup>17)</sup> Aus dieser Abänderung der Richtlinienvorschlüsse geht auch der klare Wille des europäischen Normsetzers der RL hervor, keine in die nationalen Rechte der Mitgliedsstaaten zwingend umzusetzende Beschränkung von Haftungsfreizeichnungsklauseln bei Körperschäden zu erlassen.<sup>18)</sup>

Eine Übererfüllung europarechtlicher Verpflichtungen erfolgte somit erstens durch die Aufnahme von Punkt 1 a aus dem nicht bindenden, nur als Hinweis dienenden, nicht umzusetzenden Anhang der RL 93/13/EWG in den österr Katalog gesetzlich verbotener Vertragsbestandteile. § 6 Abs 1 KSchG fehlt zweitens der in Art 3 der RL geforderte und für die Wirkungslosigkeit einer Klausel völlig sachgerechte Tatbestand der verdünnten Privatautonomie, der bei AGB typischerweise vorliegt. Nur eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Klausel kann eine verdünnte Privatautonomie bedeuten. Fehlt ein Tatbestandselement, erweitert sich der Anwendungsbereich einer Norm. Das wurde bewusst in Kauf genommen.<sup>19)</sup> Übererfüllungen von RL sind nicht stets sachgerecht. Von der RL werden laut Art 3 Abs 1 und 2 nur nicht nachweisbar einzeln ausgehandelte Vertragsklauseln umfasst. Ein völliger Ausschluss der Freizeichnung in Verbraucherverträgen ist somit nicht einmal für Körperschäden, geschweige denn für Personenschäden, durch die Richtlinie vorgegeben.<sup>20)</sup>

### 2. Stellungnahme zur jüngeren Rechtsprechung

Vor der Änderung von § 6 Abs 1 Z 9 KSchG wurde die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit bei Personenschäden als zulässig angesehen.<sup>21)</sup> Eindeutig zeigt sich dies in einer Stellungnahme des OGH zur eigenen Rsp,

wo auch auf gegenteilige Meinungen eines Teiles der Lehre Bezug genommen wird.<sup>22)</sup> Dies änderte sich durch die Entscheidung des OGH im Snow-Rafting-Fall<sup>23)</sup>: Ein Reiseveranstalter organisiert ein nächtliches Hinunterrutschen auf einer Skipiste durch Kunden, die sich auf Lkw-Reifen (Schläuchen) befinden. Bei dieser Veranstaltung geschieht ein Unfall. Eine Sittenwidrigkeit einer Freizeichnungsklausel sei im Zweifel eher nicht anzunehmen. Die Vorhersehbarkeit der Gefährdung sei ein wesentliches Kriterium für die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses. Mit der Ansicht, dass sich Schäden an Leib und Leben gar nicht abschätzen ließen, wird das aufgestellte Kriterium jedoch gleich wieder aufgegeben. Gegen die Judikaturlinie, dass eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit bei völlig unvorhersehbaren oder atypischen Schäden nicht ausgeschlossen werden könne, wandte sich *Edlbacher*<sup>24)</sup> und ebenso zu Recht *Kozioł*<sup>25)</sup>: Am äußersten Rand der Zurechnung liegende Haftpflichten müssten eher ausschließbar sein als klar zurechenbare. Im Snow-Rafting-Fall wurde – was hier besonders relevant ist – über eine Haftungsfreizeichnung in „Allgemeinen Reisebedingungen“ vor Inkrafttreten des § 31 f Abs 1 KSchG gem § 879 Abs 3 ABGB geurteilt: „Die Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden in AGB ist als gröbliche Benachteiligung des anderen Teils auch insoweit unwirksam, als sie sich auf eine leichte Fahrlässigkeit bezieht.“

Der Snow-Rafting-Fall wurde zur Leitentscheidung einer Reihe folgender höchstgerichtlicher Urteile. So wurde diese E im Campingplatzfall<sup>26)</sup>, bei dem eine Person getötet und drei schwer verletzt wurden, als durch einen Sturm eine Kiefer auf das Vorzelt eines Wohnwagens fiel, bestätigt. Die Campingordnung, die eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausschloss, wurde unter

16) Vgl *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Komm<sup>4</sup> RiLi Art 3 Rz 31f; *Kiendl*, Haftungsfreizeichnungen für Personenschäden in Verbraucherverträgen, ZfRV 1994, 141; *Kiendl*, Unfaire Klauseln in Verbraucherverträgen (1997) 52f. AA 311 BlgNR 20. GP; OGH 24. 3. 1998, 1 Ob 400/97y = SZ 71/58 = ZVR 1999/37 = RdW 1998, 455 = SpuRt 1999, 104; OGH 22. 2. 2001, 6 Ob 160/00y. Laut MünchKommBGB/*Basedow* Bd 2a<sup>4</sup> (2003) § 309 Nr 7 Rz 19 komme dem Anhang konkrete Bedeutung zu; vgl jedoch denselben aaO Vor § 305 Rz 21: die rechtliche Verbindlichkeit des Anhangs der RL sei „freilich zweifelhaft“. Auch nach *Röckrath*, Die Haftung des Sportvereins als Veranstalter unter besonderer Berücksichtigung des Bergsports, SpuRt 2003, 194, ist der Umsetzungszwang zweifelhaft und die Ausdehnung des Anwendungsbereichs in Deutschland über die Verbraucherverträge hinaus überschießend.

17) MünchKommBGB/*Basedow* Bd 2a<sup>4</sup> (2003) § 308 Rz 8.

18) Die Ansicht in BT-Drucks. 14/6040, 156 und bei *Christensen in Ulmer/Bradner/Hensen*, AGB-Recht<sup>10</sup> (2006) § 309 Nr 7 BGB Rz 3, dass gleichsam dem ganzen, „weich formulierten“ Anhang signifikante Bedeutung für die Rechtswendung beizumessen sei, kann mE nicht auf EuGH Rs C-240-244/98, 27. 6. 2000 – *Océano* gestützt werden.

19) Vgl 311 BlgNR 20. GP, zu § 6 Abs 1 KSchG.

20) Zustimmung *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich/Klang*<sup>3</sup> (2006) § 6 KSchG Rz 3.

21) *Krejci in Rummel*<sup>6</sup> § 6 KSchG Rz 116; OGH 11. 1. 1996, 6 Ob 503/96, ZVR 1997, 86 (*Kathrein*) = *ecolx* 1996, 358. Die von *Kathrein* in seiner Glosse angesprochene europarechtliche Entwicklung ist auf das Gebiet der Pauschalreisen beschränkt.

22) Vgl OGH 13. 3. 1991, 2 Ob 516/91 zu einem Pferdesportfall, SZ 64/29.

23) OGH 24. 3. 1998, 1 Ob 400/97y, SZ 71/58 = ZVR 1999/37 = RdW 1998, 455 = SpuRt 1999, 104. Die Entscheidung gibt das Recht der Europäischen Union falsch wieder. Vgl C.1 und FN 65–67.

24) *Edlbacher*, Die Zulässigkeit der Haftungsausschließung, ZVR 1965, 115.

25) *Kozioł*, Haftpflichtrecht<sup>13</sup> (1997) Rz 18/6, 18/9–10. AA *Krejci in Rummel*<sup>6</sup>, § 879 Rz 118 mwN.

26) OGH 19. 12. 2000, 1 Ob 93/00h.

AGB subsumiert. Das Tatbestandsmerkmal einer in AGB erfolgten Freizeichnung wurde beibehalten. Allerdings wird unter RS0109752<sup>27)</sup> ein Leitsatz im RIS geführt, der neben rechtsgeschichtlichen Fehlern das so wesentliche Tatbestandsmerkmal des Vorliegens der Freizeichnung in AGB vermissen lässt, obwohl sich der Snow-Rafting-Fall und der Campingplatzfall darauf stützen. Beim Strandbadfall<sup>28)</sup>, bei dem zwei Kinder in Bregenz gegen Badeschluss unbemerkt ertranken, war § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nF gerade noch nicht anwendbar, deshalb stützte sich der OGH auf den Snow-Rafting-Fall, das Vorliegen von AGB (Badeordnung) und § 879 Abs 3 ABGB. In der Fitnessstudioentscheidung<sup>29)</sup> änderte sich an dieser Rechtsprechungslinie nichts, im Rennpferdefall<sup>30)</sup> (obiter) auch nichts.

Im Flying-Fox-Rudolfshütte-Urteil<sup>31)</sup>, bei dem ein Benutzer einer Seilrutsche zu früh startete und mit dem vorigen Benutzer zusammenstieß, wirkt sich der dort zitierte und wie erwähnt fehlerhafte Leitsatz im Rechtsinformationssystem auf die Begründung aus. Der wichtige Tatbestand der AGB fehlt. AGB werden überhaupt nicht erwähnt. Gem § 41 a Abs 3 KSchG ist allerdings § 6 Abs 1 Z 9 KSchG bereits in der neuen Fassung in Kraft gewesen, da es höchst unwahrscheinlich ist, dass die vom Österreichischen Alpenverein im Jänner 1999 organisierte, unentgeltliche Eiskletterveranstaltung bereits mehr als 2 Jahre davor vom Geschädigten gebucht worden. Das Urteil nimmt auf § 6 Abs 1 Z 9 KSchG jedoch keinen Bezug. In dem dem jüngsten OGH-Urteil<sup>32)</sup> dieser Judikaturlinie zugrunde liegenden Sachverhalt wurde in der Ausschreibung einer Motorsportrennveranstaltung sowie im Nennformular auf alle Ansprüche aus einem Unfall gegenüber den verschiedensten Personen verzichtet. Wieder wurde nicht mit § 6 Abs 1 Z 9 KSchG argumentiert, sondern mit dem Snow-Rafting-Fall. Eine formularmäßige Freizeichnung sei gem § 879 Abs 3 unwirksam.

§ 6 Abs 1 Z 9 KSchG kann daher nicht damit gerechtfertigt werden, eine herrschende Rsp einfachgesetzlich normiert zu haben.

### 3. Stellungnahme zur Literatur

*Deutsch*<sup>33)</sup> stimmt *Stoll*<sup>34)</sup> zu, dass die Haftung für die Verletzung von Leib und Leben unabdingbar sei. *Bydlinski*<sup>35)</sup> erachtet dagegen den Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit generell für zulässig. Er<sup>36)</sup> stellt zu Recht fest, dass bei der Diskussion von Freizeichnungsmöglichkeiten nicht einseitig nur auf das Geschädigten- bzw Konsumenteninteresse abgestellt werden darf. Auch die preiserhöhende Wirkung der Streichung von Freizeichnungsmöglichkeiten sei zu berücksichtigen. Zudem könnten Freizeichnungen auch aufklärende Wirkungen haben. Unter Hinweis auf *Stoll* und *Deutsch* will *Bydlinski* allerdings vermeiden, dass die Präventivwirkung der Schadenshaftung bei so fundamentalen Persönlichkeitsgütern, wie der körperlichen Integrität, „vertraglich durchkreuzt werden dürfe“.<sup>37)</sup> Zuzustimmen ist, dass Persönlichkeitsinteressen ein höherer Schutz zukommen muss als Vermögensinteressen. Fraglich ist jedoch, ob eine Einschränkung der Privatautonomie imstande ist, den Schutz von Persönlichkeitsinteressen derselben Person zu fördern.

*Koziol*<sup>38)</sup> sieht im Leben und der Gesundheit besonders schutzwürdige Rechtsgüter. Eine Disposition über diese Güter sei nicht unbeschränkt möglich. Diese Aussage wird lediglich mit dem Beispiel begründet, dass eine Einwilligung nicht die Tötung rechtfertigen könne. Diese Prämisse trägt jedoch nicht die Folgerung, dass bei sämtlichen Körper- oder gar Personenschäden ein Haftungsausschluss eine derartig verbotene, zumindest „teilweise“ Disposition sei.<sup>39)</sup> Die Ansicht *Koziols*, dass wegen der „verdünnten Privatautonomie“ ein Haftungsausschluss in AGB auch für leichte Fahrlässigkeit bei Verletzungen der körperlichen Integrität nichtig sein kann, wird durch das hinzutretende Tatbestandsmerkmal der „verdünnten Privatautonomie“ getragen. Es ist somit zu beachten, dass offenbar eine „verdünnte Privatautonomie“ nach Ansicht *Koziols* notwendige Voraussetzung für eine Nichtigerklärung einer Freizeichnung auch bei Personenschäden ist.<sup>40)</sup>

Der Rang fundamentalster Persönlichkeitsgüter ist, wie hier gezeigt werden wird, für sich allein nicht in der Lage, eine Freizeichnung auch für leichte Fahrlässigkeit auszuschließen.<sup>41)</sup> So würde laut OGH<sup>42)</sup> eine Überspannung des Schutzes der Persönlichkeitsrechte zu einer unerträglichen Einschränkung der Interessen anderer und jener der Allgemeinheit führen. Für diese Ansicht des Höchstgerichts werden *Koziol*<sup>43)</sup> und frühere Entscheidungen<sup>44)</sup> angeführt. Darauf, dass es Ausnahmen geben müsse, in denen Haftungsfreizeichnungen möglich seien, weist auch *Kiendl*<sup>45)</sup> hin.

§ 6 Abs 1 Z 9 ABGB findet in seiner Ausgestaltung auch keine dogmatische Rechtfertigung durch die hL und wurde von ihr auch nicht gefordert.

### 4. Weitere Anmerkungen

Das Problematische an allen Tatbeständen des § 6 Abs 1 und 2 KSchG ist, dass sie sich nicht nur – wie das deutsche Recht – auf die Sondersituation der (typischen verdünnten Willenslage bei) Verwendung von AGB bezie-

27) „Der Ausschluß der Haftung für leicht fahrlässige Beeinträchtigung von Leben und Gesundheit war seit jeher sittenwidrig und damit schon vor Inkrafttreten des § 31f KSchG unwirksam.“ Abgefragt am 2. 2. 2006.

28) OGH 22. 2. 2001, 6 Ob 160/00y.

29) OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 333/00i.

30) OGH 7. 11. 2002, 6 Ob 55/02k.

31) OGH 23. 1. 2003, 6 Ob 304/02b. Vgl A. *Ermacor*, flying fox Urteil, berg&steigen 2/2003, 16ff.

32) OGH 12. 10. 2004, 1 Ob 216/04b.

33) *Deutsch*, *Haftungsrecht I* (1976) 333 mwN.

34) *Stoll*, *Handeln auf eigene Gefahr* (1961) 274 Fn 1.

35) *F. Bydlinski*, *Einordnung der AGB im Vertragsrecht*, in FS Kastner (1972) 63.

36) *F. Bydlinski*, *Zur Haftung für Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag*, JBI 1992, 351.

37) Ähnlich *Kathrein* in *ZVR* 1997, 88 zu OGH 11. 1. 1996, 6 Ob 503/96 und KBB, § 6 KSchG Rz 15.

38) *Koziol*, *Haftpflichtrecht I* Rz 18/14.

39) Siehe dazu „Wertungswiderspruch zur Arzthaftung“.

40) AA noch *Koziol*, *Haftpflichtrecht I* (1980) 355.

41) AA wohl *Koziol*, *Haftpflichtrecht I* Rz 18/22f und *Koziol*, *Haftpflichtrecht I* 353; vgl aber auch *Koziol*, *Haftpflichtrecht I* Rz 18/14. *Wolf*, *Freizeichnungsverbote für leichte Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, NJW 1980, 2440 sieht ein Freizeichnungsverbot für leichte Fahrlässigkeit bei Körperschäden nur dann, wenn die Freizeichnung in AGB erfolgte.

42) OGH 22. 9. 1987, 5 Ob 578/87, SZ 60/176.

43) *Koziol*, *Haftpflichtrecht I* 93f.

44) SZ 56/124 mwN, 7 Ob 602/85 ua.

45) *Kiendl*, *ZfRV* 1994, 138.

hen, sondern für jeden Verbrauchervertrag Geltung beanspruchen. Für alle in Abs 1 leg cit angeführten Klauseln gilt, dass sie ohne weitere Interessenabwägung ungültig sind, auch wenn sie einzeln ausgehandelt wurden. Die Eigenverantwortung (Selbstverantwortungsprinzip der Folgenzurechnung<sup>46)</sup>) und auch der schuldrechtliche Grundsatz der Privatautonomie<sup>47)</sup>, der den Wert der Selbstbestimmung verdeutlicht, die Grundsätze des Vertrauensschutzes/der Verkehrssicherheit und der Vertragstreue<sup>48)</sup> werden durch § 6 Abs 1 Z 9 KSchG zu sehr eingeschränkt.

Eine Notwendigkeit, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nF wegen der Gefahr eines Wertungswiderspruchs zu § 31 f Abs 1 KSchG aF<sup>49)</sup> übererfüllend zu verfassen, bestand nicht<sup>50)</sup>, da es sich bei der Umsetzung von Art 5 Abs 2 der RL 90/314/EWG um eine Sonderregelung für Pauschalreisen handelt, welche zwar typischer- aber nicht tatbestandsmäßig notwendigerweise unter Inkludierung von AGB abgeschlossen werden. Es gibt daher entgegen *Kiendl*<sup>51)</sup> und der österr Bundesregierung<sup>52)</sup> keinen in der nationalen Rechtsordnung liegenden Grund, eine Haftungsfreizeichnung für Personenschäden durch § 6 Abs 1 Z 9 KSchG auch dann auszuschließen, wenn sie einzeln ausgehandelt, also mit manifestem Willen vereinbart wurde. Wertungswidersprüche im nationalen Recht, die auf zwingenden punktuellen Anforderungen europarechtlicher Natur (hier der PauschalreiseRL) beruhen, sind bedauerlich, können jedoch nur auf supranationaler Ebene bekämpft werden. Ihre Auswirkungen auf das nationale Recht sollten so beschränkt wie möglich sein und nicht zu noch mehr sachwidrigen Ergebnissen führen, indem man durch Europarecht unbeeinflusste nationale Normen an die europarechtlich erzwungenen angleicht.

Der die Personenschäden betreffende Teil des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG stellt zu einseitig auf den Rang des zu schützenden Rechtsguts ab und vernachlässigt gleichrangige freiheitsgewährende Persönlichkeitsrechte. Statt das Tatbestandsmerkmal des verdünnten Willens zu fordern, sieht diese Norm zu generell und, da doppelt vertyp, untaugliche Tatbestandselemente vor. Diese vertypen<sup>53)</sup> Tatbestandsmerkmale, die nicht mehr die Grundwertung betrachten, verändern die Aussagekraft und das Regelungsziel doppelt. Erstens ist die Anwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen, die typischerweise noch gewisse Elemente des Gedankens der verdünnten Willensfreiheit tragen, kein Tatbestandsmerkmal der kritisierten Norm. Zweitens wird statt des Erfordernisses von AGB nur ein Verbrauchervertrag verlangt, der zwar auch typischerweise, aber bei weitem nicht stets unter Verwendung von AGB abgeschlossen wird. Dass jeder Verbrauchervertrag automatisch auf Verbraucherseite mit verdünntem Willen abgeschlossen würde, wäre falsch.

Es bestehen Tendenzen, den Anwendungsbereich von § 6 KSchG mittels § 879 ABGB über Verbraucherverträge hinaus auszudehnen. Der Gesetzgeber hat, trotz früherer Absichtserklärung<sup>54)</sup>, Anregungen der Lehre zur Verankerung eines generellen Freizeichnungsverbots für Personenschäden ursprünglich und sachgerecht nicht aufgenommen.<sup>55)</sup> Deshalb sollte der Ausschluss der Freizeichnung für Personenschäden, der in Erfüllung vermeintlicher europarechtlicher Pflichten später

dennoch Gesetz geworden ist, nicht über die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 879 Abs 3 ABGB zu einer Norm werden, bei welcher zwar das vertypete Erfordernis der „verdünnten Willensfreiheit“ hinzukommt, bei der jedoch das Begrenzungskriterium des Verbrauchervertrags (§ 1 Abs 1 KSchG) wegfallen würde. Soweit eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs über § 879 Abs 3 ABGB geschieht, tritt immerhin das Erfordernis von AGB an die Stelle des Tatbestands des Verbrauchervertrags. Sollte dies auch über § 879 Abs 1 ABGB versucht werden, fehlt jeder Hinweis auf einen Vertragsschluss mit verdünntem Willen, der ursprünglich notwendige Bedingung war. Bei einer analogen<sup>56)</sup> Anwendung von § 31 f Abs 1 Satz 1 KSchG bestehen dieselben Gefahren insb dann, wenn das AGB-Kriterium wegfällt.

## 5. Exkurs: Einwilligung des Verletzten

Die strafrechtliche Norm des § 90 Abs 1 StGB hat einen ähnlichen Regelungsgehalt wie das hier zu besprechende Thema. Gegenstand der Einwilligung kann laut *Bertel/Schwaighofer*<sup>57)</sup> im Gegensatz zu *Burgstaller*<sup>58)</sup> und *Wallner*<sup>59)</sup> wegen der sonstigen praktischen Unanwendbarkeit bereits und nur die mehr oder weniger riskante Handlung des Täters und gerade nicht die Verletzung selbst sein. Wenn die Einwilligung des Opfers wirksam sei, sei die Handlung des Täters rechtmäßig und könne später, wenn es zu einer schweren Verletzung oder gar zum Tod des Opfers kommt, nicht wieder rechtswidrig werden. Die Einwilligung müsse einem sozial anerkannten Zweck dienen. Auch gefährliche Sportausübung sei ein sozial anerkannter Zweck.

Die Grenze der Wirksamkeit einer freiwilligen Einwilligung in eine Körperverletzung oder in die Gefährdung der körperlichen Sicherheit ist nach § 90 Abs 1 StGB anhand der guten Sitten und mit *Kozioł*<sup>60)</sup> durch Interessenabwägung zu bestimmen. Bei leichten Verletzungen würde eine Einwilligung die Rechtswidrigkeit

46) F. Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 99ff.

47) Vgl F. Bydliński, Privatautonomie (1967); ders., System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 147 ff, 175 ff.

48) Vgl F. Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts 164, 175.

49) „Die Pflicht des Veranstalters zum Ersatz eines Schadens an der Person kann nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt werden. § 6 Abs 1 Z 9 – soweit er sich auf andere Schäden bezieht – und § 9 sind auch auf Verträge über Reiseveranstaltungen anzuwenden, die im übrigen dem I. Hauptstück nicht unterliegen.“

50) AA *Kiendl*, Unfaire Klauseln in Verbraucherverträgen 206, und *Graziani-Weiss*, Reiserecht in Österreich (1995) 111. Der Wertungswiderspruch liege darin, dass es unsachlich sei, dass in einem Hotel die Freizeichnung für Schäden im Zusammenhang mit dem Schwimmbaden bei einem Hotelgast, der selbständig anreiste, zulässig sei, bei einem Pauschalreisenden im Verhältnis zum Veranstalter nicht.

51) AaO 176, 206 mwN.

52) RV 809 BlgNR 18. GP 10.

53) Vgl *Krejci* in *Rummel*, § 1 KSchG Rz 5 mwN.

54) RV 809 BlgNR 18. GP 10.

55) Vgl *Kiendl*, Unfaire Klauseln in Verbraucherverträgen 176. Der Grund liegt mE darin, dass dies in einem Entwurf der RL so geplant war, später aber wieder verworfen wurde, vgl zu dieser Vermutung *Graziani-Weiss*, Reiserecht in Österreich 112.

56) Befürwortend *Apathy* in *Schwimm* V<sup>3</sup> (2006) § 31 f KSchG Rz 1.

57) *Bertel/Schwaighofer*, Österr. Strafrecht BT I<sup>7</sup> (2003) § 90 mwN. Zustimmung: *Seebacher*, Haftungsfragen bei Körperverletzungen im Sport (1997) 103 ff.

58) *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt 162 ff.

59) Vgl *Wallner*, Die strafrechtliche Verantwortung des Seilgefährten und des verantwortlichen Führers bei Kletterunfällen, Sicherheit im Bergland 1998, 203.

60) *Kozioł*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 4/92.

des schädigenden Verhaltens ausschließen, bei schweren Eingriffen in die körperliche Integrität bedürfe es anerkannter Interessen des Gefährdeten oder Verletzten oder eines Dritten. Der Grad der Gefährlichkeit des Eingriffs, die Wahrscheinlichkeit des sonst eintretenden Nachteils sowie die Schwere der gegenüberstehenden Beeinträchtigung würden hier eine Rolle spielen. Das Recht auf Leben sei unverzichtbar, sodass eine Einwilligung in die (vorsätzliche) Tötung den Täter nicht rechtfertige. Ärztliche Eingriffe, die mit einer gewissen Lebensgefahr verbunden seien, wären ohne Einwilligung – außer im Notfall – rechtswidrig. Verletzungen könnten nur in geringerem Maße genehmigt werden als Gefährdungen. Die Zulässigkeit der Einwilligung bestimmt sich beweglich aus dem Rang des Rechtsguts, der Situation, dem Ausmaß der Gefährdung sowie weiteren Elementen. So kann beispielsweise eine Einwilligung bei dringenden ärztlichen lebenserhaltenden Maßnahmen konkludent angenommen werden. *Kozioł*<sup>61)</sup> schließt nur die Einwilligung in die Tötung aus und erklärt Haftungsfreizeichnungen für Personenschäden bei leichter Fahrlässigkeit nur im Fall von verdünnter Privatautonomie für nichtig.<sup>62)</sup>

## 6. Wertungswiderspruch zur Arzthaftung

Eine vertragliche Einwilligung in vorsätzliche, ärztliche Körperverletzungen ist großteils unbestritten. Diesem Rechtfertigungsgrund steht wertungswidersprüchlich entgegen, dass nach hA nicht einmal für leichte Fahrlässigkeit gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG ein Ausschluss von Schadenersatzleistungen möglich ist. Das geschützte Rechtsgut der körperlichen Integrität ist in beiden Fällen gleich. Der Verschuldensgrad ist stark unterschiedlich: Leichte Fahrlässigkeit ist weniger schwerwiegend als Vorsatz. Die Möglichkeit eine vertragliche Haftungsfreizeichnung zu vereinbaren, die lediglich eine zivilrechtliche Haftung für leicht fahrlässige Schädigungen und damit nur Schadenersatzansprüche ausschließt<sup>63)</sup>, ist weniger schwerwiegend als die Rechtfertigung einer vorzunehmenden Körperverletzung. Der Zweck der Handlung oder Gefährdung, in die eingewilligt wird, kann bei einem ärztlichen Eingriff ein höherer sein als beispielsweise gegenüber einem Führer am Berg, muss es jedoch nicht sein. Die hohen ideellen Interessen und Bedürfnisbefriedigungen am Berg können über denen einer kosmetischen Nasenkorrekturoperation stehen. Die Rechtsfolgen, die § 6 Abs 1 KSchG bei Personenschäden vorsieht, stehen folglich im Widerspruch zur Einwilligungsmöglichkeit im Arzthaftungsrecht. So wäre zwar die Körperverletzung durch den Arzt wegen der Einwilligung rechtmäßig, die Haftungsfreizeichnung zugunsten desselben Arztes jedoch gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unwirksam. Die Norm ist daher auch aus diesem Grund abzuändern.

## D. Die Freizeichnung bei Reiseveranstalterverträgen

In Umsetzung der PauschalreiseRL (90/314/EWG) wurden die §§ 31 b–31 f KSchG geschaffen, die dann zwingend anzuwenden sind, wenn es sich um eine im Voraus festgelegte Kombination mindestens zweier der folgen-

den drei Dienstleistungen zu einem Preis handelt: Beförderung, Unterbringung, andere touristische Dienstleistungen, die nicht bloß Nebenleistungen zur Beförderung sind und einen erheblichen Teil der Gesamtleistung bilden. Vertragspartner des Reisenden ist der Veranstalter, der die Leistungen zusagt und nicht lediglich vermittelt.

§ 31 f KSchG erweitert das Freizeichnungsverbot des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG auf Reiseveranstalterverträge mit Reisenden, die Unternehmer sind. Danach kann die Haftung für Personenschäden sowie für grob fahrlässig oder vorsätzlich verursachte Sach- oder reine Vermögensschäden nicht ausgeschlossen werden, und zwar unabhängig davon, ob die Haftungsfreizeichnungen in AGB vorgesehen wurden oder die Klausel einzeln ausgehandelt wurde. Diese Norm setzt Art 5 Abs 2 der PauschalreiseRL übererfüllend<sup>64)</sup> um, die eine Haftungsfreizeichnung für Körperschäden bei Pauschalreisen für unzulässig erklärt. Gegen Ende des Absatzes lautet Art 5 Abs 2 der RL: „Bei Schäden, die nicht Körperschäden sind und auf der Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung der nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen beruhen, können die Mitgliedsstaaten zulassen, dass die Entschädigung vertraglich eingeschränkt wird. Diese Einschränkung darf nicht unangemessen sein.“

### 1. Freizeichnungsmöglichkeit für entgangene Urlaubsfreude und sonstige immaterielle Schäden

Die Haftungsfreizeichnung ist somit im Bereich des Reiseveranstaltervertrags weiter eingeschränkt als sonst. Bereits unter dem Regime des Pauschalreiserechts ist es höchst fraglich, ob nicht zumindest die Haftung für immaterielle Schäden, die nicht direkt mit dem Körperschaden in Verbindung stehen, ausgeschlossen werden kann. Auch Punkt 1 a des Anhangs zu Art 3 Abs 3 der RL 93/13/EWG bezieht sich nur auf den Verlust des Lebens oder einen Körperschaden und somit nicht auf immaterielle Schäden, wie etwa entgangene Urlaubsfreude. Aus dem EuGH-Urteil *Simone Leitner v TUI Deutschland GmbH und Co KG*<sup>65)</sup> ergibt sich zur Haftungsfreizeichnung und besonders aus den Schlussanträgen des Generalanwaltes *Tizziano* zu dieser Rechtssache<sup>66)</sup>, dass eine angemessene Haftungsbeschränkung für entgangene Urlaubsfreude europarechtlich möglich sei,<sup>67)</sup> da Urlaubsfreude eher einen Nicht-Körperschaden denn einen Körperschaden darstelle.

Nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG sind Haftungsfreizeichnungen oder -beschränkungen für einen „Schaden an der Person“ nichtig. Eine Wortinterpretation des Begriffes „Schaden an der Person“ inkludiert eher immaterielle Schäden als der Begriff Körperschaden der Pau-

61) AoO Rz 18/14.

62) Vgl dazu *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997).

63) Vgl *Hübinger* in *Geigel*, Der Haftpflichtprozess<sup>23</sup> (2001) 308.

64) Zu weit daher die bereits erwähnte E OGH 24. 3. 1998, 1 Ob 400/97 y – Snow-Rafting-Fall, SZ 71/58 = ZVR 1999/37 = RdW 1998, 455 = SpuRt 1999, 104, wenn sich der OGH in seiner Begründung auf europarechtliche Anforderungen stützt.

65) EuGH Rs 168/00, Urteil v 12. 3. 2002 Rz 23.

66) Schlussanträge v 20. 9. 2001 zu Rs 168/00 Rz 30 ff.

67) Vgl *M. Karollus*, Entgangene Urlaubsfreude und Reisen „à la carte“, JBl 2002, 575.

schalreiseRL. Laut *Krejci*<sup>68)</sup> ist eine Haftungsbeschränkung auf materielle Schäden nicht zulässig. Europarechtlich war ein Freizeichnungsverbot für immaterielle Schäden außerhalb von Körperschäden weder durch die RL 90/314/EWG noch durch die RL 93/13/EWG geboten, was *Karollus*<sup>69)</sup> zumindest für die PauschalreiseRL für gerechtfertigt hält. Durch die hochwahrscheinliche Subsumierung immaterieller Schäden unter den österr Begriff „Schaden an der Person“ und damit unter das Freizeichnungsverbot ist eine weitere in dieser generellen Form sachwidrige Übererfüllung europarechtlicher Standards zu beobachten. Die grundsätzlich begrüßenswerte Ausdehnung der Ersatzpflicht bei immateriellen Schäden ist zu Recht an das Erfordernis qualifizierten Verschuldens gebunden.<sup>70)</sup> Deshalb ist nicht verständlich, weshalb eine Freizeichnung bei immateriellen Schäden für leichte Fahrlässigkeit generell nichtig sein soll. Die deutsche Umsetzung von Art 5 Abs 2 der PauschalreiseRL in § 651 h Abs 1 BGB orientiert sich stärker am Richtlinien text und lautet: „Der Reiseveranstalter kann durch Vereinbarung mit dem Reisenden seine Haftung für Schäden, die nicht Körperschäden sind, auf den dreifachen Reisepreis beschränken, 1. soweit ein Schaden des Reisenden weder vorsätzlich noch grob fahrlässig herbeigeführt wird oder 2. soweit der Reiseveranstalter für einen dem Reisenden entstehenden Schaden allein wegen eines Verschuldens eines Leistungsträgers verantwortlich ist.“

### E. Folgen der Mindestharmonisierung

§ 309 Nr 7 a BGB ist eine Norm der „Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit“, sie enthält also keinen Raum für richterliche Wertungen.<sup>71)</sup> Sie erklärt alle Haftungsausschlüsse für „Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit“ in AGB für unwirksam. Der Schadensvermeidung komme hier eine besonders hohe Bedeutung zu, da Körperschäden nur schwer in Geld auszugleichen seien. Bei Individualvereinbarungen sei ein Haftungsausschluss unbedenklich.<sup>72)</sup> Die deutsche Umsetzung der RL 93/13/EWG beschränkt sich zwar zutreffend nur auf die AGB, ist aber ihrerseits überschießend, da nur Verbraucherverträge hätten betroffen sein müssen (Art 1 Abs 1 leg cit).

Die Vorgangsweise, bei der Harmonisierung der Rechte im europäischen Binnenmarkt Richtlinien<sup>73)</sup> als Mindeststandards für die Mitgliedsstaaten vorzusehen, zeigt am hier besprochenen Beispiel Schwächen. Durch unterschiedliche Übererfüllungen zweier benachbarter, gleichsprachiger, eng verflochtener Staaten wie Deutschland und Österreich kann nicht einmal im Bereich der Haftungsfreizeichnung für Körperschäden von einer gelungenen Rechtsvereinheitlichung gesprochen werden. Man denke beispielsweise an das grenzübergreifende Schigebiet Kleinwalsertal-Oberstdorf, wo die Gültigkeit eines Haftungsausschlusses trotz des Kaufs einer gemeinsamen Liftkarte davon abhängt, auf welcher Seite der Staatsgrenze der Unfall passiert.

Mit dem Ziel des Verbraucherschutzes vor Augen, der, obwohl man gar nicht genau weiß, wie er in der realen Wirtschaftswirklichkeit zu optimieren ist, nach falscher, aber überwiegender Meinung stets nur ausgeweitet werden dürfe, gerät man unter dem Zwang zur

Rechtsvereinheitlichung im Binnenmarkt in einen Teufelskreis der Maximierung, welcher nicht zu sachgerechten Ergebnissen führen kann. Auch wenn ein Mitgliedsstaat über die Anforderungen der europäischen Richtlinie den Verbraucherschutz erhöht, darf dies keinen Zugzwang für andere Mitgliedsstaaten oder für eine spätere, noch konsumenten„freund“lichere, europäische Richtlinie hervorrufen. Es gilt keineswegs: Wenn wenig gut ist, dann muss viel noch viel besser sein. Sachgerechter Verbraucherschutz ist ein Optimierungs- und kein Maximierungsproblem!

## F. Verbesserungsmöglichkeiten de lege ferenda und ihre Begründung

### 1. Methodische Auswege vor einer/ ohne eine Gesetzesänderung

Sowohl § 6 Abs 1 KSchG als auch § 879 ABGB können durch Parteienvereinbarung nicht abbedungen werden. Hilfsmittel der Methodenlehre, die in der Hand des Rechtsanwenders die wertungswidrige Norm und ihre Wirkungen zumindest abschwächen könnten, sind rar: Als erste Möglichkeit wäre zu versuchen, das Vertragsverhältnis von vornherein so zu gestalten, dass es nicht unter den Anwendungsbereich des KSchG subsumiert werden muss. Diese Möglichkeit kann an diesem Ort nicht vertieft werden; Möglichkeiten bestehen beispielsweise für Aktivitäten kleinerer Idealvereine oder bei steter faktischer Unentgeltlichkeit. Zweitens besteht das Gebot, den Begriff „Schaden an der Person“ so restriktiv wie möglich auszulegen und damit nur Körperschäden i.e.S. zu erfassen. Das deckt sich, wie erwähnt, mit der europarechtlichen Sicht, ist allerdings mit dem Gesetzeswortlaut des KSchG nicht leicht vereinbar. Eine teleologische Reduktion auf den Körperschaden ist, unter Hinzuziehung der hier genannten Argumente, die gegen die Norm sprechen, denkbar. Die angesprochenen Richtlinien setzen Mindeststandards zur Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten fest. Daher wird man auch über die indirekte Wirkung von RL<sup>74)</sup> (gemeinschaftskonforme Auslegung nationalen Rechts) nur sehr schwer einen Ausweg finden können. Das nationale Recht ist „im Lichte des Wortlautes und des Zwecks der RL bereits ordnungsgemäß in das nationale Recht umgesetzt worden ist.“<sup>75)</sup> Dies gilt auch noch dann, wenn die RL bereits ordnungsgemäß in das nationale Recht umgesetzt worden ist.<sup>76)</sup>

68) *Krejci in Rummel*, § 6 KSchG Rz 130.

69) *M. Karollus*, JBl 2002, 576.

70) Vgl die §§ 1323, 1324 ABGB.

71) MünchKommBGB/Basedow Bd 2a<sup>2</sup> (2003) § 309 Rz 2; § 309 Nr 7 Rz 2.

72) AaO § 309 Nr 7 Rz 2. Vgl *Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*<sup>10</sup> (2006) § 309 Nr 7 BGB Rz 2, 6.

73) Vgl die PauschalreiseRL 90/314/EWG und die KlauselRL 93/13/EWG.

74) EuGH Rs 14/83, 10. 4. 1984 – *Von Colson und Kamman gegen Nordrhein-Westfalen*, Slg 1984, 1891 und nahezu gleichlautend EuGH Rs 79/83, 10. 4. 1984 – *Harz gegen Deutsche Tradax*, Slg 1984, 1921; EuGH Rs C-106/89, 13. 11. 1990; *Marleasing SA gegen Comercial Internacional de Alimentation SA*, Slg 1990, 4135; EuGH Rs C-240-244/98, 27. 6. 2000 – *Océano*. Vgl *Rüffler*, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 121 ff.

75) EuGH Rs C-71 – 73/94, 11. 7. 1996 – *Eurim-Pharm gegen Beiersdorf*, Slg 1996, I-3603/3617, Rn 26.

76) EuGH Rs C-421/92, *Habermann Beltermann gegen Arbeiterwohlfahrt*, Slg 1994, I 1657/1673, Rn 10.

Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Norm mittels des § 879 ABGB ist abzulehnen und sollte, wenn überhaupt, nur über § 879 Abs 3 ABGB erfolgen. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass man auch mit allen akzeptierten Hilfsmitteln der Methodenlehre nicht umhinkommt, die zwingende Vorschrift § 6 Abs 1 Z 9 KSchG abzuändern.

## 2. Das bewegliche System einer Haftungsfreizeichnung

An die Stelle der als zu generell und damit sachwidrig kritisierten Norm sollte in das ABGB eine Regelung nach den nun anzuführenden Gesichtspunkten aufgenommen werden. Bei der sachgerechten Beurteilung der Gültigkeit von Haftungsfreizeichnungen wird man, wie im Schadenersatzrecht, nicht um ein bewegliches System nach *Wilburgs* Denkmodell<sup>77)</sup> mit vorgegebenen Basiswertungen<sup>78)</sup> umhinkommen.<sup>79)</sup> Die unterschiedlich zu gewichtenden Elemente dieses Systems sind:<sup>80)</sup>

**Erstens** ist das **Maß der Selbstbestimmung**, die Intensität des Willens des potentiell Geschädigten zu berücksichtigen. Bei Freizeichnungen durch AGB oder Formularverträge wird ein verdünnter Wille typischerweise, jedoch widerleglich anzunehmen sein.<sup>81)</sup> In Verbraucherverträgen ist ein höherer Verdünnungsgrad als in den übrigen Verträgen widerleglich zu vermuten. Einzelne ausgehandelte, bewusst gewordene Vertragsbestandteile sind Ergebnis privatautonomer Gestaltung. Dies gilt auch für Hauptpflichten.<sup>82)</sup> In Bereichen, wie zB dem Sportrecht oder dem Arzthaftungsrecht, in denen man sich bedenkllicherweise gelegentlich einer Willensfiktion bedient, um einen rechtsgeschäftsähnlichen Haftungsausschluss herbeizuführen, muss es umso mehr bei unverdünntem Willen möglich sein, eine rechtsgeschäftliche Freizeichnung vorzunehmen.

Mit *F. Bydliński*<sup>83)</sup> ist auch zu berücksichtigen, dass der freie Wille umso eher besteht, je eher der Kunde auf den Vertragsschluss verzichten kann, nämlich dann, wenn nicht gerade lebenswichtige Bedürfnisse vom Vertragsschluss abhängen. Ebenso ist bei wirklich gewollten, ausgehandelten Rechtsfolgen der Einfluss von Privatautonomie und der ethischen Vertragstreue besonders groß.<sup>84)</sup> Ein gewisser Vertrauensschutz der Vertragsparteien in eine beidseitig mit entsprechend starkem Willen vereinbarte privatautonome Regelung, die nicht evident rechtswidrig ist, wird ebenfalls zugunsten der Gültigkeit einer Freizeichnung zu berücksichtigen sein.

**Zweitens** ist das **Präventionsbedürfnis** zu gewichten, das sich aus dem Rang des zu schützenden Rechtsguts und dem Verschuldensgrad der schädigenden Handlung oder Unterlassung sowie auch weiteren Haftungszurechnungsgründen zusammensetzt. Der Rang fundamentalster Persönlichkeitsgüter ist für sich allein nicht in der Lage, eine Freizeichnung auch für leichte Fahrlässigkeit auszuschließen.<sup>85)</sup> Bei Vorsatz und meist auch bei grober Fahrlässigkeit ist das Präventionsbedürfnis in aller Regel so hoch und der Schadensvermeidungsaufwand so gering, dass eine Haftungsfreizeichnung versagt werden muss. Dabei ist auch zu beachten, dass die Haftung für fremdes Verschulden einen geringeren Zurechnungsgrund darstellt als die Haftung für eigenes Verschulden.<sup>86)</sup>

Schadensprävention und die allgemeine Bewegungsfreiheit sollten ein besonderes Anliegen sein.<sup>87)</sup> Die allgemeine Bewegungsfreiheit muss gewährleistet sein und hat mittels einer nicht überspannten Rücksichtnahme auf die Mitmenschen zu erfolgen. Leicht fahrlässigen Handlungen oder Unterlassungen kann nur sehr schwer und mit hohem Schadensvermeidungsaufwand präventiv begegnet werden. Nach *Wolf*<sup>88)</sup> kann eine Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit kaum als eine Beeinträchtigung des Gedankens der Schadensverhütung gesehen werden.

Wenn Schadensprävention bei höchstpersönlichen Rechtsgütern derart wichtig genommen wird, dass nicht einmal eine völlig bewusste, nach dem vorgeschlagenen beweglichen System erlaubte Haftungsfreizeichnung aus dem Prinzip der Privatautonomie heraus möglich sein soll, dann dürfte auch die Versicherbarkeit derartiger Schäden in der Form einer Haftpflichtversicherung **nicht** erlaubt sein, da eine Versicherung die präventiven Effekte des Haftungsrechts zumindest ebenso untergräbt. Eine Haftpflichtversicherung für Personenschäden ist jedoch zweifellos erlaubt. Folglich darf das Präventionsbedürfnis nicht so immense Ausmaße annehmen, dass der Rechtsgüterschutz jegliche Freizeichnung bei Personenschäden verhindert.

Ebenso werden keine Kriterien angegeben, warum ein Persönlichkeitsrecht, hier das der körperlichen Unversehrtheit, durch die Rechtsordnung generell und apodiktisch über ein anderes Persönlichkeitsrecht, hier das der Willensfreiheit oder Privatautonomie, gestellt werden soll.<sup>89)</sup> Dies gilt umso mehr, als bei der Gültigkeit einer Freizeichnung nicht nur der Freiheit dessen, der ein Recht willentlich aufgibt (Willensfreiheit), entsprochen, sondern auch die Bewegungsfreiheit seines Gegenüber, der weniger streng haftet, weniger eingeschränkt wird. Bereits von *Nipperdey*<sup>90)</sup> wurde ein Bezug zwischen der Privatautonomie, die die Vertragsfreiheit samt Inhaltsfreiheit inkludiert, und dem in Art 2

77) Vgl *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941); *ders.*, Die Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht (1950); *F. Bydliński*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 683; *ders.*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 529ff, 634ff; *Kozioł*, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBl 1998, 619; *Stabentheiner*, JBl 2000, 286 mit zahlreichen Anwendungsbeispielen.

78) Vgl *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung (1977) 204.

79) Vgl *F. Bydliński*, FS Kastner 60; *Kozioł*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/11. *Koller*, Haftungsfreizeichnungsklauseln zwischen Schadensausgleich und Schadensprävention, ZIP 1986, 1097f.

80) Ihre Begründung erfolgte weiters im Rahmen der vorangegangenen Kritik und im Anschluss an diese Aufzählung.

81) AA *Jabornegg*, Formulärmäßige Haftungsfreizeichnung für grob fahrlässige Auskunft, JBl 1986, 145.

82) Vgl *Wolf*, NJW 1980, 2434.

83) *F. Bydliński*, FS Kastner 59.

84) Vgl *F. Bydliński*, Privatautonomie (1967) 129.

85) AA wohl *Kozioł*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/22f und *Kozioł*, Haftpflichtrecht I<sup>2</sup> 353; vgl aber auch *Kozioł*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/14. *Wolf*, NJW 1980, 2440 sieht ein Freizeichnungsverbot nur im Zusammenhang mit AGB.

86) Vgl *Kozioł*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/17.

87) Vgl *Kocholl*, Punitive damages in Österreich: Über Schadensprävention und Privatstrafe in Österreich (2001).

88) Vgl *Wolf*, NJW 1980, 2439f mwN.

89) Ebenso *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997) 118f, der nur das Ende des menschlichen Lebens für absolut indisponibel hält, nicht jedoch Körperverletzungen.

90) *Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I<sup>16</sup> (1958) 98. Vgl *Mayer-Maly*, Eckpunkte einer Privatrechtsphilosophie, FS Kramer 25.

Abs 1 BonnerGG gewährleisteten Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit hergestellt. Auch daraus folgt, dass die Privatautonomie „als das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen“<sup>91)</sup> ein Persönlichkeitsrecht ist. Für Österreich folgt dies aus § 16 ABGB, welcher als materielle Verfassungsnorm gesehen wird.<sup>92)</sup>

Zusätzlich zum Verschuldensgrad sind, wie *Koziol*<sup>93)</sup> betont, weitere Zurechnungsgründe, wie die Adäquanz und der Rechtswidrigkeitszusammenhang (Schutzzweck der Norm) bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Haftungsfreizeichnung zu berücksichtigen. Im Zusammenwirken der gesamten Zurechnungsgründe soll auch die Aufgabe jeder Haftungsnorm erreicht werden: einen sinnvollen Kompromiss zwischen Rechtsgüterschutz und Bewegungsfreiheit zu schaffen.<sup>94)</sup>

Neben den zivilrechtlichen Präventionswirkungen sind es auch der rechtstatsächlichen Einheit der Rechtsordnung die Präventivwirkungen des Strafrechts speziell gegenüber Körperverletzungen in einer Gesamtbeurteilung der Präventionsnotwendigkeit miteinzukalkulieren. Das rationale Verhalten der Normadressaten und damit der Rechtsgüterschutz richten sich nach den Normen aller entsprechenden Fehlverhalten sanktionierenden Rechtsgebiete in deren Zusammenwirken. Durch die Wirksamkeit des Straf- und Strafprozessrechts in Fällen schwererer Körperverletzungen ist beispielsweise das Bedürfnis nach einer Prävention, die durch die Haftungsfolgen des Zivilrechts erfolgt, eingeschränkt. Bei Urheberrechtsverletzungen hingegen werden spezielle Präventivwirkungen des UrhG (zB § 87 Abs 3 UrhG) benötigt, da das Strafrechtssystem nicht ausreichend präventiv wirken kann.

**Drittes Element ist der Grad der Äquivalenz der Leistungen.** Je eher die die Freizeichnung betreffende Leistung unentgeltlich erbracht wird, desto eher sind die Wertungen der §§ 915, 945, 922 Abs 1 und 1300 ABGB anzuwenden. Ebenso zu beachten ist, ob sich die geringere Belastung mit dem Schadensrisiko in der Preispolitik des Freizeichnungsverwenders widerspiegelt.<sup>95)</sup> *Koziol*<sup>96)</sup> vertritt die Auffassung, dass für die Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten grundsätzlich bei jedem Verschulden zu haften sei. Es handle sich um Pflichten, die nicht im Äquivalenzverhältnis stehen, sodass die Unentgeltlichkeit nicht von ausschlaggebender Bedeutung sei. Die für entgeltliche Geschäfte unter Gleichrangigen geltenden Regeln sollten Anwendung finden. ME stehen auch diese Pflichten in einem Äquivalenzverhältnis, da Schutz- und Sorgfaltspflichten durchaus die Preisbildung und damit die Gegenleistung mitbestimmen. Zuzustimmen ist ihm hingegen, dass bei Unentgeltlichkeit selbst für die Haftung für grobes Verschulden von Erfüllungsgehilfen ein Haftungsausschluss zulässig sein sollte, da deren Einsatz nicht im eigenen wirtschaftlichen Interesse des Geschäftsherrn erfolge.<sup>97)</sup>

Ein weiteres Element ist **viertens die Sozialadäquanz**<sup>98)</sup> des Verhaltens. Ist sie besonders stark, kann sie über die Rechtswidrigkeitsprüfung die Haftpflicht mindern. Damit wird die **allgemeine Bewegungsfreiheit** besser gewährleistet. Sozialadäquat ist die Ausübung aktiver Sportarten und die Haftungsmilderung in Notsituationen. Nach *Nipperdey*<sup>99)</sup> sind alle Hand-

lungen sozialadäquat, „die sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr offensichtlich gestattet werden“. Sozialadäquates werde auch verkehrsrichtiges Verhalten genannt. Nicht nur sportliches Verhalten, auch der wirtschaftliche Wettbewerb und gefährliche Tätigkeiten und Betriebe könnte ein erlaubtes Risiko darstellen, da der freiheitliche Staat dies zulassen müsse. Er könne nur durch eigene oder autonom aufgestellte Regeln versuchen, die dabei entstehenden Rechtsgutverletzungen auf ein Mindestmaß einzuschränken. Mit dieser Zulassung seien sie nicht mehr mit dem Unwerturteil der Rechtswidrigkeit versehen, sondern „erlaubtes Risiko einer erlaubten Betätigung“. Die trotz Beachtung aller Regeln des Gemeinschaftslebens entstehenden unvermeidbaren Schäden seien nicht Unrecht, sondern Unglück.<sup>100)</sup> Sozialadäquates, verkehrsrichtiges Verhalten schließt die Rechtswidrigkeit aus, und ohne Unrecht gibt es auch keine Schuld.<sup>101)</sup> Je sozialadäquater ein Verhalten ist, desto eher soll man sich von Haftungsfolgen aus diesem Verhalten freizeichnen können.

**Fünftens verdient der Grad der Gefahrgeneigntheit und die Entscheidungsunsicherheit bei sozialadäquaten Unternehmungen,** die mit einem „gewählten Risiko“<sup>102)</sup> unternommen werden, Beachtung. Wer zB auf einen Berg steigt, nimmt die Risiken in Kauf, die er erkennen kann oder muss. Er erhofft sich etwas, was seiner Persönlichkeit guttut, nimmt zwar an, es werde ihm nichts passieren, wird aber gleichzeitig um die Gefahren wissen und auch darum, dass auch die Führer keine Übermenschen sein können. Nach Abwägung aller ihm bekannten Faktoren wird er entscheiden, ob er die Bergtour unternemen soll. Erwartet sich die bergsteigende Person einen überwiegend positiven Effekt ihres Tuns, entscheidet sie im Rahmen der Privatautonomie über ihre Persönlichkeitsgüter. Jede andere Rechtsmeinung verdünnt die Selbstbestimmung und ist nicht zuletzt auch deswegen sachwidrig. Die Wirksamkeit einer Haftungsfreizeichnung bei Personenschäden soll nur bei leichter Fahrlässigkeit bestehen. Nachträgliche, oft schwer nachvollziehbare oder gar fiktive Wertungen in Graubereichen zwischen Zufall/höherer Gewalt und beginnender Sorgfaltswidrigkeit, im Maß der Selbstverantwortung, des Mitwirkungsanteils, der Qualifizierung als Tourenführer aus Gefälligkeit oder des Handelns auf eigene Gefahr betreffend, sollen vermieden werden können. Sie stellen Unsicherheitsfaktoren dar, die aus Zwecken der Aufklärung, der **Prozessvermeidung** und der Übersicherungsvermeidung in

91) *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts<sup>3</sup> (1979) Bd 2/1, 1.  
 92) *Klecatsky*, Unvergeßbare Erinnerungen an § 16 ABGB, FS Kohlegger (2001) 275.  
 93) *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/13.  
 94) Vgl *Pickler*, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, 1052.  
 95) *Koller*, ZIP 1986, 1096f.  
 96) *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/21.  
 97) AaO Rz 18/21.  
 98) Vgl zur Sozialadäquanz im Zivilrecht: *Nipperdey*, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777.  
 99) *Nipperdey*, NJW 1957, 1777.  
 100) AaO 1778.  
 101) AaO 1779f.  
 102) Vgl *Töchterle*, Vergesst den Rest, berg&steigen 2/05, 50f.

dieses bewegliche System einfließen sollen, um bereits vor der Handlung höhere Klarheit über die möglichen Rechtsfolgen zu haben.

Eine erlaubte Freizeichnung kann ein übervorsichtiges, nur der Haftungsabsicherung dienendes Verhalten, das jedoch nicht zweckmäßig und ratsam ist<sup>103</sup>, vermeiden helfen. Die Unzweckmäßigkeit einer Übersicherung kann sich etwa aus dem dabei entstehenden Zeitverlust, der seinerseits Gefahren mit sich bringt<sup>104</sup>, den Kosten, den durch die Sicherung potenziell hinzutretenden Gefahren oder einer noch nicht ganz akzeptierten und durchgesetzten, neueren und besseren Lehrmeinung betreffend Verhaltensregeln und Verkehrsnormen ergeben.

Aufgrund der zahlreichen, materiellrechtlichen Einflüsse auf einen Schadenersatzanspruch beispielsweise im Bergsport (wie Eigenverantwortung, Mitwirkungspflicht, gewähltes Risiko, Handeln auf eigene Gefahr etc) wird durch die Freizeichnung idR nichts an den materiell bestehenden Ansprüchen geändert. Es wird nur das wahrscheinliche Prozessergebnis iS einer „leicht handzuhabenden Lösung“<sup>105</sup> vorweggenommen. Es wäre inkonsequent hier die vertragliche Haftungsfreizeichnung abzulehnen, weil das rechtliche Ergebnis, dass nicht gehaftet wird, ident wäre. Wer trotz Freizeichnung klagen will, soll das höhere Prozessrisiko zu tragen haben und erst die Freizeichnung bekämpfen müssen.<sup>106</sup> Somit würden auch vermehrte Anreize zur vorprozessualen Streitbeilegung geschaffen. Darüber hinaus kann es als „anstößig“ empfunden werden, wenn der jeweilige Verletzte versucht, den Schaden, den er (bewusst) in Kauf genommen hatte, auf den anderen abzuwälzen.<sup>107</sup>

„Wo das Rechtsgeschäft zurückgedrängt wird, dort beginnt die Herrschaft verwaltungsbehördlichen oder richterlichen Ermessens. Wo die klare Vereinbarung nicht mehr gilt, dort wird ‚nach dem Grundsatz von Treu und Glauben‘ oder aus ‚Gründen des öffentlichen Interesses‘ etc eine von der entscheidenden Instanz für angemessen gehaltene Regelung gestaltet.“<sup>108</sup> Dieser Gedanke spielt hier eine besondere Rolle. Schwierige Ermessensscheidungen sollten durch die Anerkennung rechtsgeschäftlicher Inhalte bei den Betroffenen belassen werden.

Unter diesem Element spielt auch die **Warn- und Aufklärungsfunktion** ausgehandelter Freizeichnungsvereinbarungen eine besondere Rolle. Sie fördert in ganz eingehender Weise das notwendige Bewusstsein der Eigenverantwortung und wirkt folglich als wichtiger „psychologischer Unfallvorbeugungsfaktor“.<sup>109</sup> Somit wird auch eine irrig überzogene Erwartungshaltung bezüglich einer Sicherheitsgarantie durch den Führer vermieden. Statt dass die Geführten einer derartigen Kontrollillusion unterliegen, die sie daran hindert, die Gefahr zu sehen<sup>110</sup>, akzeptieren sie ex ante den notwendigen Ermessenspielraum des Führers. Gefahr und Risiko scheinen fast notwendige Voraussetzungen zur Entwicklung persönlicher Fähigkeiten und Fertigkeiten zu sein.<sup>111</sup>

Es darf weiters nicht übersehen werden, dass Willensfiktionen, die Haftungsausschlüsse annehmen und aus Billigkeitserwägungen immer wieder von Gerichten vorgenommen wurden<sup>112</sup>, nunmehr nicht nur auf-

grund der Fiktionsproblematik selbst, sondern auch dadurch erschwert werden, dass ein Gericht wohl keine de lege lata verbotene Vertragsklausel mehr fingieren wird können.

**Sechstens** spielt die **Versicherbarkeit**<sup>113</sup> und **wirtschaftliche Tragfähigkeit** eine Rolle.<sup>114</sup> Die Versicherbarkeit darf nicht „verpflichten“, also keinen Zurechnungsgrund schaffen, sondern soll Unternehmen beim Kalkulieren helfen, da ein Schadensrisiko des Versicherungsnehmers in Versicherungsprämien umgewandelt wird.<sup>115</sup>

**Siebtens** wiegt der zugunsten des potenziellen Schädigers durch dessen Allgemeine Geschäftsbedingungen **absichtlich veranlasste Rechtsirrtum**, sowie dessen eigenständige schadenersatzrechtliche Sanktionierung (culpa in contrahendo) und das Präventionsbedürfnis gegenüber derartigen Täuschungen. Bei deutlich unzulässigen Klauseln, wie dem Ausschluss jeglicher Haftung, besteht zu Recht die Gefahr, alleine aus der Verwendung von den Vertragspartner irreführenden Klauseln haftpflichtig zu werden.<sup>116</sup> Diese Haftung erfolgt aus ähnlichen präventiven Gründen wie das Versagen einer geltungserhaltenden Reduktion: Die Benutzung von AGB liegt stets im Risiko des Verwenders. Wer erkennen kann oder erkennen muss, dass von ihm aufgestellte Klauseln typischerweise Unerfahrene über die Rechtswirklichkeit täuschen, hat diesen uU zu haften. Ob als präventiv wirkende Haftungshöhe der Ersatz des Vertrauensschadens oder gar Strafschadenersatz wegen des qualifizierten Verschuldens geleistet werden soll, ist hier nicht zu entscheiden. Bei entsprechenden Zurechnungsgründen, die für eine schadenersatzrechtliche Sanktionierung des irreführenden Verhaltens sprechen, liegt dann erstens eine Anspruchsgrundlage nach der culpa in contrahendo vor; zweitens ist die Präventionsnotwendigkeit gegen eine solche Klausel in derartigen Fällen so groß, dass ihr die freizeichnende Gültigkeit ohne die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion zu versagen ist.

### 3. Auflösung des Anwendungsbeispiels

**Variante A de lege lata:** Der Anwalt der Ehegattin beauftragt sich auf § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, die §§ 1298 und 1313 a ABGB und es kommt zu einem langwierigen, beide Parteien belastenden Prozess mit mehreren Sachverständigen, da die trauernde Ehegattin den Verant-

103) Die ökonomische Analyse des Rechts sieht in einer Übersicherung einen volkswirtschaftlich zu hohe Kosten verursachenden Schadensvermeidungsaufwand.

104) Vgl Kocholl, Rechtfertigung und Akzeptanz neuer Führungstechniken, Sicherheit im Bergland 2005, 155.

105) Vgl F. Bydliński, Privatautonomie 146.

106) Vgl dazu das Ende des Anwendungsbeispiels unter F.3.

107) BGH NJW 1975, 110.

108) F. Bydliński, Privatautonomie 135.

109) Pichler, Der Lawinerunfall zwischen toleriertem Risiko und rechtlicher Schuld, ZVR 1987, 38.

110) Damisch, Sicherheit am Berg – Eine riskante Provokation, Sicherheit im Bergland 2003, 15.

111) AaO 17.

112) Vgl Bsp in LG Koblenz 9. 4. 1998, 15 O 166/96 = SpuRt 2001, 203.

113) Vgl Wolf, NJW 1980, 2438.

114) Vgl Kozioł, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/18f.

115) Koller, ZIP 1986, 1094.

116) Vgl dazu neuerdings OGH 22. 3. 2005, 10 Ob 23/04 m = JBI 2005, 443 (Lukas) = RdW 2005, 418 – Haftung für eine Zinsänderungsklausel; Leitner, ÖJZ 2005, 321 ff.

wortlichen zur Rechenschaft ziehen will. Der „Instruktor Hochtouren“ wird in dritter Instanz nicht schuldig erkannt. In der Urteilsbegründung ist von Eigenverantwortung, Handeln auf eigene Gefahr, Entscheidungsunsicherheit und Verkehrsnormen zu lesen. Vorhersagen über den Prozessausgang wagten nicht einmal Fachleute.

**Variante B de lege ferenda:** Da es keinen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG gibt, kommt das stattdessen gesetzlich normierte bewegliche System zur Anwendung, um über die Gültigkeit der Freizeichnung zu entscheiden. Der Verunglückte hat sich bestens aufgeklärt mit **hoher Willensintensität** einem von ihm akzeptierten Risiko ausgesetzt und den Führer von einer Haftung für leichte Fahrlässigkeit entbunden. Er hätte leicht auf den Vertrag verzichten können, aber das erwartete Erlebnis und seine positiven immateriellen Begleiterscheinungen ließen den Verunglückten aus freiem Willen so handeln. Der anerkannt **hohe Rang des Rechtsguts** der körperlichen Unversehrtheit wird auch am Berg entsprechend geschützt. Dieses **Präventionsbedürfnis** besteht jedoch nicht uneingeschränkt. Die maximal leichte Fahrlässigkeit des Führers (Zeitdruck, Gefahr des Mitreißenfalls ohne zeitraubende Sicherungen) und die nur schwache Adäquanz seines Verhaltens (nach den vorher bewältigten Schwierigkeiten war ein Sturz im Iler-Gelände äußerst unwahrscheinlich) mangels Vorhersehbarkeit sprechen gegen ein hohes Präventionsbedürfnis. Der Schadensvermeidungsaufwand wäre sehr hoch gewesen und die Risiken des Wettersturzes oder einer Biwaknacht wären für dasselbe Rechtsgut hinzugekommen. Der manifeste Wille des Verunglückten übersteigt hier das verbleibende Präventionsbedürfnis. Er geht sein Risiko ausdrücklich ein und akzeptiert es. Aus diesen **beiden schwerwiegenden Elementen** des Maßes der Selbstbestimmung und des Präventionsbedürfnisses ergibt sich bereits ein Überwiegen der für die Gültigkeit der konkreten Freizeichnung sprechenden Argumente.

Der „Hochtourenführer“ erhält für seine satzungsgemäße, ehrenamtliche Tätigkeit nur eine Aufwandsentschädigung. Die geführten Teilnehmer entrichten jeweils nur einen Unkostenbeitrag, der sehr weit unter einem Bergführerlohn liegt. Es fehlt also weitgehend an einer **Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung**, was im Sinne der Haftungsmilderung bei Unentgeltlichkeit ebenfalls für die Gültigkeit der Freizeichnung spricht. Sämtliche Personen handelten erlaubt und im Rahmen des erlaubten Risikos und damit **sozialadäquat**. Der Verunglückte war auch mittels der ausdrücklichen, einzeln ausgehandelten Freizeichnungsvereinbarung über die ihn treffenden Risiken und die ihn treffende Eigenverantwortung und Mitwirkungspflicht bestens **aufgeklärt**. Er wusste um die **Gefahrengeignetheit** der Unternehmung, die **Entscheidungsunsicherheiten** in der Wetter- und Schnelligkeitsbeurteilung. Er wusste um die Überschneidung unterschiedlicher, situationsangepasster neuer Führungstechniken, die das seilfreie Gehen inkludieren können. Er war sich spätestens nach dem Ausbinden aus dem Seil bewusst, für sein Steigen und Greifen allein verantwortlich zu sein. Dieses Bewusstsein wirkt schadensvorbeugend. Der Verunglückte befreite als Gruppenmitglied, wie

die anderen Teilnehmer, durch seine Freizeichnung die fünfköpfige Gruppe und speziell den Führer vor den **Gefahren einer Übersicherung**, die ein rasches Vorwärtskommen verunmöglicht hätte. Auch diese Wertungen sprechen für die Gültigkeit der Freizeichnung.

Dass sich der Führer besser hätte **versichern** können, darf, sollte dies überhaupt zutreffen, zu keiner Unerlaubtheit der Freizeichnung führen. Ähnliches muss auch für den alpinen Verein gelten sowie für die **wirtschaftliche Tragfähigkeit**. Mit dem Haftungsausschluss nur für leichte Fahrlässigkeit hat der „Instruktor Hochtouren“ niemanden über seine subjektiven Rechte in die **Irre geführt**, womit sich die Frage, ob die Irreführung vorwerfbar ist, erübrigt. Aus allen bisher berücksichtigten Elementen ergibt sich nach ihrer Gewichtung und Wertung im beweglichen System die Gültigkeit der Freizeichnung.

Über die Vorgaben des beweglichen Systems ist eine Beurteilung der Zulässigkeit einer Freizeichnung – und um nichts anderes geht es hier – oft leicht möglich. Über verbleibende Entscheidungsunsicherheiten und erste Basiswertungen hat letztlich die Entscheidungspraxis der Gerichte zu entscheiden. Diese Vorgangsweise mittels eines beweglichen Systems ist der bisherigen Vorgangsweise unter Nutzung von Generalklauseln vorzuziehen. Sie hält den Richter zu besseren Entscheidungsbegründungen an und engt damit den Ermessensspielraum des Richters im Gegensatz zu reinen Billigkeitsentscheidungen ein.

Da sich der Richter zuerst mit der angewendeten Freizeichnung beschäftigen würde, dabei zu ähnlichen Wertungen kommen müsste, maximal leichte Fahrlässigkeit vorliegen werde und die Beweislastumkehr hier nicht greife, rät der Anwalt der Ehegattin von einer Klage ab. Die Vorhersage über den Prozessausgang ist, beim Wegdenken der Freizeichnung, genauso schwer wie in Variante A. Ohne das Wegdenken wird, selbst bei einer gewissen Entscheidungsunsicherheit über die Erlaubtheit der Freizeichnung, die Prognose über den Prozessausgang insgesamt erleichtert. Damit dient die Möglichkeit einer Haftungsfreizeichnung bei Personenschäden der **Prozessvermeidung** oder einer **Prozessbeschränkung** (Teilurteil über die Gültigkeit der Freizeichnung als Vorfrage). Das Endergebnis für die Ehefrau und den „Instruktor Hochtouren“ ist dasselbe, bis auf die Tatsache, dass die Frau weniger für Anwaltskosten aufwenden muss.

## G. Zusammenfassung

Als nationale Sofortmaßnahme ist § 6 Abs 1 Z 9 KSchG umgehend so abzuändern, dass einzeln ausgehandelte Vertragsbestandteile, die Freizeichnungen für leichte Fahrlässigkeit bei Personenschäden enthalten, gültig sind. Zudem sollte jede potentiell sachwidrige Übererfüllung der Richtlinien, wie die Ausdehnung auf Personenschäden samt immateriellen Schäden im Gegensatz zu Körperschäden, vermieden werden. Der Regelungsgehalt der Norm darf bis zum Inkrafttreten der Sofortmaßnahme nur über § 879 Abs 3 ABGB und dort nur bei nicht nur vertypem, sondern wirklich vorliegendem, verdünntem Willen ausgedehnt werden. Eine Ausdehnung über § 879 Abs 1 ABGB ist zu vermeiden.

Parallel dazu oder direkt als Ersatz ist das hier vorgeschlagene bewegliche System zu verbessern und gesetzlich zu verankern, wobei den zwingenden europäischen Anforderungen Genüge getan werden muss. Notwendige Änderungen auf europäischer Ebene sind besonders bezüglich der Pauschalreiserichtlinie anzuregen

und supranational durchzusetzen. Diese Forderungen und Vorschläge haben weit über den Bergsport hinaus Gültigkeit. Das bewegliche System bei Haftungsfreizeichnungen wäre auch leicht auf den hier nicht behandelten Bereich außerhalb von Personenschäden anwendbar.

### → In Kürze

**Die österreichische Regelung der Haftungsfreizeichnung bei Personenschäden in § 6 Abs 1 Z 9 KSchG übererfüllt die Anforderungen der Richtlinien und ist nicht sachgerecht. Sie enthält Wertungswidersprüche zu Grundideen des Privatrechts und sollte abgeändert werden.**

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Dominik Kocholl ist Universitätsassistent für Zivilrecht an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.  
Kontaktadresse: Innrain 52, A-6020 Innsbruck.  
E-Mail: Dominik.Kocholl@uibk.ac.at

#### Vom selben Autor erschienen:

Punitive damages in Österreich (2001)  
Naturgefahren(management) und Zivilrecht in *Weber/Khakzadeh/Fuchs*, Recht im Naturgefahrenmanagement (2006)  
Organisationsverschulden bei Alpinveranstaltern im Rechtsvergleich (Sicherheit im Bergland 2006, 184 ff, Jahrbuch des Österr. Kuratoriums für Alpine Sicherheit)  
Rechtfertigung und Akzeptanz neuer und alter Führungstechniken (Sicherheit im Bergland 2005, 153–164, Jahrbuch des Österr. Kuratoriums für alpine Sicherheit)

#### Links:

<http://www.uibk.ac.at/bergsportrecht/>