

# Recht und Risiko

## Der Bergunfall zwischen Rechtsordnung und sozialer Wirklichkeit

VON STEFAN BEULKE

### Bergsteigen, Risiko und Recht

Die Ausübung des Bergsports ist häufig mit dem mehr oder weniger bewussten Eingehen von Risiken und Gefahrensituationen verbunden. Nach einem Unfall kann sich deshalb die Frage stellen, wie das Eingehen derartiger Risiken rechtlich zu beurteilen ist. Die Begriffe „Recht“ und „Risiko“ stehen für zwei Themenwelten, die für eine Gesellschaft von großer praktischer Bedeutung sind. Nahezu jeder kann mit diesen Begriffen etwas anfangen und hat dementsprechend eine eigene Vorstellung davon, was unter diesen Begriffen zu verstehen ist.

Diese subjektive Herangehensweise ist unproblematisch, solange die Vorstellungen im Privaten verbleiben und es sich eher um Geschmacksfragen handelt, die dem Bereich der individuellen Meinungsfreiheit zuzurechnen sind.

Deutlich schwieriger wird es allerdings, auf der Grundlage einer möglichst präzisen Bestimmung von „Recht“ und „Risiko“ rechtlich relevante und gesellschaftlich anerkannte Gebote und Verbote zu definieren, die anschließend als Richtschnur für das Verhalten der Gesellschaft und ihrer einzelnen Mitglieder dienen sollen.

Es geht also um das Problem, wie sich mithilfe dieser Begriffe rechtliche Vorgaben für das gesellschaftliche Zusammenleben bestimmen lassen, die von der Gesellschaft als sinnvoll und angemessen und deshalb als überzeugend und „gerecht“ empfunden werden. Damit handelt es sich nicht nur um eine rechtsdogmatische, sondern zugleich um eine sehr spannende rechtssoziologische Aufgabenstellung.

In diesem Zusammenhang müssen drei Fragen einer Klärung zugeführt werden:

- Was versteht die Gesellschaft unter „Risiko“?
- Was versteht die Gesellschaft unter „Recht“?
- Wie kann ein mögliches Spannungsverhältnis zwischen „Recht“ und „Risiko“ mit Blick auf die Besonderheiten des Bergsports aufgelöst werden?

### Was versteht die Gesellschaft unter „Risiko“?

I. Es ist bereits schwierig, den Begriff des „Risikos“ „greifbar“ zu machen. Für die Beschreibung, was „Risiko“ überhaupt bedeutet, werden im Regelfall abstrakte Definitionen angeboten. Dazu ein Beispiel aus dem IT-Bereich, das sich aber aufgrund seiner präzisen Verallgemeinerung gut auf eine Vielzahl von Fallgestaltungen übertragen lässt: „Ein Risiko ist eine nach Häufigkeit (Eintrittserwartung) und Auswirkung bewertete Bedrohung eines zielorientierten Systems. Das Risiko betrachtet dabei stets die negative, unerwünschte und ungeplante Abweichung von System-Zielen und deren Folgen“ (König, IT-Risiko-Management mit System, 2006).

Es geht also offensichtlich um ein unerwünschtes Ereignis und um ein Zusammenspiel von Eintrittswahrscheinlichkeiten, Schadensausmaß und einem begrenzten Wissen, ob, was und wann passieren wird. Risiko ist damit immer spekulativ.

II. Schwierig ist auch die Abgrenzung zu anderen Begriffen, die aus einer ähnlichen Vorstellungswelt zu stammen scheinen. Dabei geht es um die Begriffe „Gefahr“, „Wagnis“ und „Restrisiko“.

1. Ein echter Unterschied zwischen „Risiko“ und „Gefahr“ ist nicht wirklich erkennbar. Auch die Unterscheidung zwischen „abstrakter“ und „konkreter Gefahr“ hilft nicht wirklich weiter. Der Unterschied kann hier wohl nur in der besseren Beurteilbarkeit der Eintrittswahrscheinlichkeit liegen, da man etwas „Konkretes“ zumindest im Regelfall besser einschätzen kann als etwas „Abstraktes“. Im Übrigen zeichnen sich „Risiko“ und „Gefahr“ dadurch aus, dass das negative Ereignis gerade noch nicht eingetreten ist. Beide Begriffe bezeichnen also letztendlich das gleiche Phänomen.

2. Im Gegensatz zum eher rational-funktional geprägten Begriff „Risiko“ scheint der Begriff des „Wagnisses“ einer emotional-assoziativ geprägten Gedankenwelt zu entstammen. Während „Risiko“ gedanklich eher negativ mit „Gefahr“ und „Verlust“ verbunden wird, steht „Wagnis“ wohl eher positiv für „Stärke“ und „Gewinn“.

Für eine präzisere Verortung des Themas „Risiko“ für die deutsche Rechtsordnung ist die Substituierung des Begriffs „Risiko“ durch den Begriff des „Wagnisses“ aber nicht hilfreich.

Grundlegend anders stellt sich die Begrifflichkeit dagegen in der Schweiz dar. Im Schweizer Sozialversicherungsrecht wird das „Wagnis“ ausdrücklich als Rechtsbegriff verwendet (Art. 39 UVG) und auch legaldefiniert (Art. 50 UVV). Dementsprechend besteht auch ein Konsens in Bezug auf die Rechtsfolgen, die mit dem Eingehen eines Wagnisses verbunden sein können.

3. Der Begriff „Restrisiko“ beschreibt letztendlich ebenfalls ein Risiko, das nach Ausschöpfung der gegebenen Erkenntnismöglichkeiten verbleibt. Denklogisch ist aber jedes „Restrisiko“ ein „Risiko“ und umgekehrt.

Der Begriff „Rest“-Risiko besitzt also eher eine emotional-assoziative wertende Komponente und soll in besonderem Maße die Nicht-Einschätzbarkeit zum Ausdruck bringen. Der Begriff kann auch schlicht rhetorischen Zwecken dienen. Man spricht deshalb häufig von einem geringen oder gar zu vernachlässigenden Rest-Risiko, wenn man den Eindruck einer geringen Gefahr erwecken möchte, aber auch von einem hohen, oder gar nicht einschätzbaren Rest-Risiko, wenn man eine schwere Einschätzbarkeit der Gefahrenlage zum Ausdruck bringen möchte. Brauchbar wird der Begriff deshalb erst durch einen beschreibenden Zusatz zur Größe des Rest-Risikos.

4. Da die semantische Herangehensweise also keine Unterschiede zwischen Risiko, Gefahr und Wagnis offenbart, kann man sich für die weiteren Überlegungen auf die Untersuchung des Begriffs „Risiko“ beschränken.

**III. Interessant ist, in welchem Zusammenhang** sich unterschiedliche wissenschaftliche Disziplinen mit dem Begriff des „Risikos“ beschäftigen und zu welchen Ergebnissen sie dabei kommen.

1. Der Fokus der Naturwissenschaften liegt darauf, eine möglichst genaue Risiko-Berechnung bezüglich Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadensausmaß anzustreben. Damit folgen die Naturwissenschaften ihrem allgemeinen Bestreben, eine bestehende Unwissenheit durch Erkenntnis zu ersetzen.

Die Naturwissenschaften interessiert es dagegen nicht oder zumindest nicht primär, welche Schlussfolgerungen eine Gesellschaft aus einer Risiko-Berechnung zieht. Der Umgang mit der friedlichen Nutzung der Kernenergie ist dafür ein sehr gutes Beispiel. Bei kritischer Herangehensweise stellen sich aber auch die vermeintlich objektiven Naturwissenschaften als nicht immer so objektiv heraus, wie man meinen könnte.

Naturwissenschaftliche Risiko-Berechnungen beruhen immer auf ursprünglichen Fragestellungen als Grundlage für den Aufbau des Rechenmodells und anschließenden Schlussfolgerungen bei der Auswertung der Ergebnisse. Derartige Fragen und Schlussfolgerungen werden von Menschen gestellt und gezogen. Dass aber nicht jeder Naturwissenschaftler per se „objektiv“ ist, muss hier nicht näher erläutert wer-

den. Dies bedeutet im Ergebnis letztendlich nichts anderes, als dass auch vermeintlich objektive naturwissenschaftliche Risiko-Berechnungen angreifbar sein können. Ob sie allerdings angreifbar sind, muss man von Fall zu Fall entscheiden.

Beispielhaft und stark verkürzt sei an die immer wieder aufkommenden Diskussionen über die empirischen Grundlagen der Thesen von Werner Munter erinnert. So wurde die „Munter-Methode“ von einzelnen Kritikern unter anderem mit der Begründung infrage gestellt, dass die von Munter zugrunde gelegte Risiko-Verteilung in Abhängigkeit von den unterschiedlichen Hangexpositionen schon deshalb nicht stimmen könne, weil die nach Süden exponierten Hänge per se geringere bis gar keine Schneelagen aufweisen würden, sodass man auf diesen Hängen auch dementsprechend weniger häufig Skifahren könne. Dann sei es doch nur logisch, dass auf die nach Norden exponierten Hängen zwar rein rechnerisch ein überdurchschnittlich hohes Risiko entfalle, weil auf diesen Hängen entsprechend häufiger gefahren werde. Dieses rechnerische Risiko würde aber dem tatsächlich gegebenen Risiko nicht gerecht werden. Dieses Argument überzeugt allerdings nicht wirklich.

Munter stellte fest, dass Nordhänge Unfall-geneigter sind als Südhänge. Das mag verschiedene Gründe haben. An dem empirisch gestützten Ergebnis der Unfallzahlen in Nordhängen in Abhängigkeit von der Lawinenwarnstufe ändert das nichts. Durch einen situativen Verzicht auf Nordhänge ab einer gewissen Warnstufe wird das Risiko eines Lawinenunfalls reduziert. Ob man zur selben Zeit auf einem Südhang gut, schlecht oder überhaupt nicht Skifahren kann, ist für die Beurteilung des Nordhanges irrelevant.

Anders stellt sich dagegen die Frage dar, ob in allen Alpenregionen die Wetterbedingungen, insbesondere die Windströmungsverhältnisse, dergestalt vergleichbar sind, dass einheitliche Schlussfolgerungen gezogen werden können. Hier besteht offensichtlich noch Klärungsbedarf.

2. Die Wirtschaftswissenschaften zeichnen sich durch eine vergleichbar emotionslose Herangehensweise an den Begriff des „Risikos“ aus wie die Naturwissenschaften.

Ein wesentlicher Unterschied zu den Naturwissenschaften besteht allerdings darin, dass die Wirtschaftswissenschaften häufig von deutlich ergebnisorientierteren Fragestellungen geprägt werden. Dies liegt wohl in der Natur der Sache, da jedes „wirtschaftliche Handeln“ per se das Ziel einer „Mehring“ verfolgt. Selbst kommunistische Planwirtschaftsmodelle verfolgten das Ziel, in der Zukunft „mehr“ zu erwirtschaften als in der Vergangenheit.

Im Gegensatz zu den Naturwissenschaften, die sich um die Erkenntnis des „objektiven Ist-Zustandes“ bemühen, denken und argumentieren die Wirtschaftswissenschaften meist in Kosten-Nutzen-Modellen. Dabei steht der „Nutzen“ für den Gewinn oder die Gewinnchance, während in den Bereich der „Kosten“ auch die „Risiken“ und die damit verbundene Möglichkeit der Risikoverwirklichung, also der Schadensfall, zu rechnen sind.

Derartige ökonomische Kosten-Nutzen-Modelle zeichnen sich dadurch aus, dass es wohl keine absoluten Grenzen zu geben scheint. Selbst ethisch-moralische Grundüberlegungen sind nicht automatisch ein entscheidungsbegrenzender Faktor. Der vermeintliche wirtschaftliche Nutzen muss nur ausreichend hoch sein, um zu einem entsprechenden Anstieg der Risikobereitschaft zu führen. Dabei muss die Risikobereitschaft nicht unbedingt in gleichem Maße steigen wie die Chance auf Gewinn. Ganz allgemein wird man aber davon ausgehen müssen, dass die Risikobereitschaft steigt, sobald die Gewinnchance steigt.

Auch hier ist die friedliche Nutzung der Atomenergie ein gutes Beispiel. Obwohl das Gefahrenpotenzial dieser Energieerzeugungsform wohl von Anfang an gesehen wurde, wurde das Kosten-Nutzen-Risiko-Verhältnis trotz der Stör- und Unfälle in Sellafield (UK, 1957 und 2005), Harrisburg (USA, 1979) und Tschernobyl (Ukraine, 1986) jahrzehntelang als vertretbar eingeschätzt und dementsprechend von der politisch artikulierten Mehrheit der Gesellschaft weltweit in Kauf genommen.

Im Umkehrschluss dürfte aber die Schlussfolgerung zulässig sein, dass die rechtstatistischen Erkenntnisse aus dem Bereich des wirtschaftlichen Handels einer Gesellschaft bzw. in einer Gesellschaft in keiner Weise auf den nicht kommerziellen Bereich übertragen werden können. Oder anders ausgedrückt: Immer, wenn es um Geld geht, gelten andere Regeln.

Der Bereich der Wirtschaft ist deshalb der klassische Bereich, in dem der Gesetzgeber gefordert ist, durch entsprechende Gesetze die auf einen angemessenen Interessenausgleich ausgerichteten Rahmenbedingungen mit den darin auch zu regelnden „Grenzen zur Risikobereitschaft“ zu schaffen. Und die Staatsverwaltung und die Justiz haben darauf zu achten, dass die Grenzen in der Praxis eingehalten werden. Die Wirtschaft selbst ist dazu weder willens noch in der Lage.

Der Bereich der Wirtschaft stellt sich deshalb als ein ständiges Zusammenspiel von „Versuch und Irrtum“ sowie „Versuch und Verbot“ dar.

Interessant ist dabei auch die Feststellung, dass unterschiedliche Gesellschaften aus durchaus vergleichbaren Kulturkreisen sehr unterschiedliche Vorstellungen über „richtig“ oder „fasch“ haben können. Bekannte Beispiele sind hier die Gen- und Embryonen-Forschung, die staatliche Regulierung einzelner Wirtschaftsbereiche oder der Bereich unterstützender medizinischer Maßnahmen im „Kinderwunsch-Bereich“.

3. Die Sozialwissenschaften beschäftigen sich schwerpunktmäßig mit der tatsächlichen Erfassung, Beschreibung und Auswertung des Umganges einer Gesellschaft und ihrer Bürger mit abstrakten und konkreten Risikoszenarien. Die Sozialwissenschaften beschreiben damit einen „Ist-Zustand“, den sie gegebenenfalls mit einem „Vergangenheitszustand“ vergleichen und um einen Ausblick auf einen möglichen „Zukunftszustand“, also um eine Prognose der gesellschaftlichen Entwicklung, ergänzen.

Beispielhaft sei an die Einführung des Begriffs der „Risikogesellschaft“ durch den deutschen Soziologen Ulrich Beck im Jahr 1986 erinnert, der mit diesem Begriff eine Veränderung des gesellschaftlichen Bewusstseins und des gesellschaftlichen Verhaltens als Ergebnis der empirisch festgestellten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen beschrieben hat.

Nach den Vorstellungen von Beck wurde die bis in die 1970er Jahre prägende „gesellschaftliche Produktion von Reichtum“ mit den damit einhergehenden Schwierigkeiten in den 1980er Jahren durch die „gesellschaftliche Produktion von Risiken“ abgelöst. Die Inkaufnahme von Risiken wird nicht mehr als mehr oder weniger vermeidbarer „Kollateralschaden“ auf dem Weg zum Reichtum gesehen. Vielmehr rückt der Umgang mit und die Bewältigung von Risiken in den Fokus der Aufmerksamkeit.

Die Umwelt- und Naturschutzbewegung sowie die Anti-Atomkraft-Bewegung, aber auch Schlagwörter wie „Nachhaltigkeit“ oder „sanfter Tourismus“ sind typische Beispiele für diese gesellschaftliche Entwicklung. Nachdem sich unsere Gesellschaft – zumindest in den Kreisen der Bergsteiger und Alpinisten, der Skifahrer und Skitourengänger, der Hallen- und Gebirgskletterer, der Inselwanderer und Trekkingbergsteiger bis hin zu den Expeditionsalpinisten einem für sie möglichen materiellen „Reichtumsmaximum“ weitestgehend angenähert haben dürfte, bekommt die „Risikogesellschaft“ im Jahr 2015 eine völlig neue Dimension der Aktualität.

In Ermangelung der Sinnhaftigkeit des Strebens nach weiterem materiellem „Reichtum“ erhält die Vermeidung von Risiken für weite Kreise in der Gesellschaft eine völlig neue und geradezu sinnstiftende Dimension, die durch die Verbreitung des

Internets als Informations- und Meinungs austauschplattform in einem zu Ulrich Becks Zeiten (1986) nicht vorhersehbarem Umfang zusätzlich befeuert wird.

Es gibt praktisch kein Thema, über dessen Risiken und Nebenwirkungen man sich über die Medien und im Internet nicht erschöpfend informieren und anschließend bis zur eigenen Erschöpfung mit „Leidensgenossen“ austauschen kann.

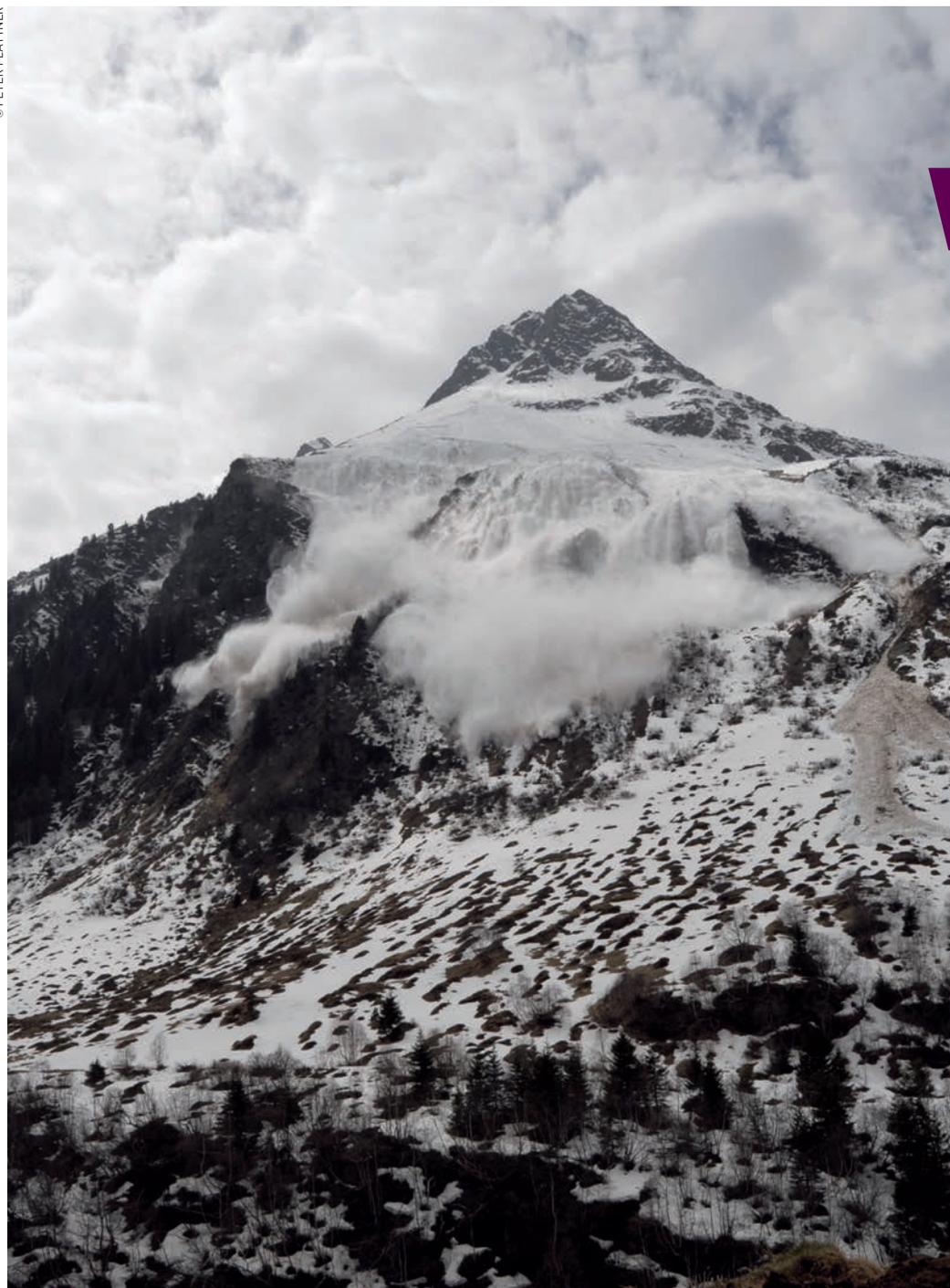
Ulrich Beck hat bereits 1986 festgestellt, dass „Risiken“ – zumindest auch – das Ergebnis eines „gesellschaftlichen Konstruktionsprozesses“ sind. Den Medien kommt dabei eine große Bedeutung zu. Die Medien seien in der Lage, aus für den einzelnen Bürger eher abstrakten Risiken eine „gefühlte Bedrohungslage“ zu schaffen.

Es dürfte keine Übertreibung sein, den Begriff der „Risikogesellschaft“ aus dem Jahr 1986 im Jahr 2015 durch den Begriff der „Null-Risiko-Gesellschaft“ zu ersetzen, da dies die Erwartungshaltung und die tatsächliche Risikobereitschaft der deutschen Gesellschaft wohl am zutreffendsten beschreibt. Dies liegt wahrscheinlich daran, dass wir – zumindest in der Kernzielgruppe unserer Berg- und Natursportfreunde – ein so hohes Wohlstandsniveau erreicht haben, dass man mit einem „Mehr“ an Risiko nicht mehr viel „Zusätzliches“ erreichen, aber sehr viel verlieren kann. Diese soziologische Ausgangssituation muss man im Hinterkopf behalten, wenn es um die anschließende Einschätzung des „Rechts“ und seiner Funktion in der Gesellschaft geht.

4. Die Psychologie beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der Frage, wie „Gefahr“ von einem einzelnen Individuum wahrgenommen und wie die Gefahrwahrnehmung anschließend im Rahmen von Entscheidungsfindungsprozessen berücksichtigt wird. Dieser Aspekt der „Gefahren-Forschung“ ist insbesondere für die alpine Unfall-Forschung von erheblicher Bedeutung, da die Psychologie sehr gut geeignet ist, den wirklichen Ursachen für unfallursächliche Fehlentscheidungen auf den Grund zu gehen.

Die Erfahrung zeigt allerdings, dass gerade in diesem Bereich immer wieder eine erhebliche „Beißhemmung“ besteht, wenn es darum geht, Unfallereignisse in Bezug auf die Motiv- und Interessenlagen sowie die sich daraus ergebenden Verhaltensweisen der beteiligten Personen fair und objektiv (und damit gegebenenfalls auch schonungslos) zu beurteilen.

Meist begnügt man sich mit Begriffen wie „leichtsinnig“ oder „unvorsichtig“, die bei aller Kritik in der gesellschaftlichen Wahrnehmung noch verhältnismäßig positiv und damit verharmlosend besetzt sind. Schließlich war doch nahezu jeder schon irgendwann einmal leichtsinnig oder unvorsichtig.



Unmissverständliche Werturteile zu Unfallursachen wie „irrationaler Ehrgeiz“, „Selbstüberschätzung“, „Uneinsichtigkeit“, „Unaufrichtigkeit“, „Unfähigkeit“ oder gar „Dummheit“ findet man dagegen verhältnismäßig selten, obwohl diese eindeutige Sprache in einer erheblichen Anzahl von Unfällen zur Beschreibung der subjektiven Unfallursache durchaus angebracht wäre.

In rechtlicher Hinsicht wäre ein derart eindeutiger Sprachgebrauch sehr hilfreich, um ein adäquates Persönlichkeitsprofil zu erhalten. Einem Juristen ist nämlich die Benutzung derartiger Begriffe zur Beschreibung von Mentalstrukturen durchaus geläufig. Insbesondere im Bereich des Strafrechts ist es sogar zwingend erforderlich, ein zutreffendes Bild vom Täter und gegebenenfalls auch vom Opfer zu zeichnen, um der Tat und ihren Beteiligten gerecht zu werden. Dies erfordert dann auch die Verwendung eindeutiger Begrifflichkeiten, die die „Sache auf den Punkt“ bringen.

Ein klassisches Beispiel aus der Praxis sind die geführten kommerziellen Expeditionen zu den hohen Bergen im Himalaya und im Karakorum. In kleinerem Umfang erlebt man dies aber auch bereits auf anspruchsvollen Trekking-Touren und bei leichter zu erreichenden Expeditionszielen.

Derartige Unternehmungen mögen sich in Bezug auf das Gefahrenpotenzial unterscheiden. So wird eine Nanga-Parbat-Expedition gefährlicher sein als eine Expedition zum Cho Oyu. Und der Mount Everest ungefährlicher als der K2. Dass derartige Unternehmungen aber nach einem „normalen Durchschnittsverständnis“ per se potenziell „gefährlich“ im Sinne der Existenz von mannigfachen Gefährdungslagen sind, wird keiner ernsthaft bestreiten wollen. Selbst anspruchsvolle Trekking-Touren können je nach Gelände und Routenverlauf sowie Höhenprofil ein Gefahrenpotenzial aufweisen, das nicht zu unterschätzen ist.

Die branchenüblichen Routen- und Programm-Beschreibungen sowie Gefahrenhinweise und sonstigen Teilnehmerinformationen sind mehr als eindeutig, wenn man als Teilnehmer willens ist, ihre Inhalte objektiv und selbstkritisch zur Kenntnis zu nehmen. Die Möglichkeiten der ergänzenden Eigeninformation über das Internet sind nahezu grenzenlos. Wer eine solche Tour in Angriff nimmt, weiß, was auf ihn zukommen kann, selbst wenn er zuvor noch keine vergleichbare Tour unternommen hat. Wenn er es wirklich nicht weiß, ist er entweder zu dumm oder zu desinteressiert.

Wenn die Tour erfolgreich verlaufen ist, besteht nicht der geringste Zweifel, dass dieser Erfolg allein auf die alpinistischen Fähigkeiten des Teilnehmers zurückzuführen ist. Dass es sich um eine kommerzielle Expedition gehandelt hat, dass der Teilnehmer

möglicherweise nur dank intensivster Hilfe des Bergführers und der Träger, ohne ein Gramm Zusatzgewicht und möglicherweise nur mit massiver Sauerstoff-Unterstützung den Gipfel erreicht hat – alles vergessen.

Wenn die Tour allerdings nicht erfolgreich war oder möglicherweise sogar zu einer Schädigung des Teilnehmers geführt hat, folgt die Suche nach dem „Schuldigen“. Dabei beruht diese Suche nicht selten auf einer Zirkelschlussargumentation. Schließlich habe der Teilnehmer einen erheblichen Betrag bezahlt, um unter fachkundiger Anleitung eine alpine Herausforderung zu bewältigen, zu der er selbst aufgrund seiner eigenen Fähigkeiten und seines eigenen Erfahrungswissens nicht in der Lage gewesen wäre.

Er habe also darauf vertraut, dass nicht nur der richtige Berg und die richtige Aufstiegsroute angegangen werde, die Zwischenlager an den richtigen Plätzen angelegt werden und dass es dank einer angemessenen Logistik auch immer ein wetterfestes Zelt und genug zu essen gibt. Er habe aber insbesondere und in erster Linie darauf vertraut, dass ihm nichts passieren werde und dass im Fall der Fälle eine schützende Hand da sein und ihn zumindest vor dem Schlimmsten bewahren werde. Risiko- und Gefahrenhinweise, Anforderungs- und Erfahrungsprofil, Vorbereitungs- und Ausrüstungsempfehlungen des Veranstalters – alles vergessen.

Damit kommt es automatisch zu einer großen Diskrepanz zwischen dem objektiv hohen und unvermeidbaren Maß an Eigenverantwortlichkeit des einzelnen Teilnehmers, das erforderlich ist, um kommerzielle Expeditionen überhaupt – ethisch-moralisch vertretbar – anbieten zu können, und der subjektiv vorhandenen Bereitschaft des einzelnen Teilnehmers, sich dieser Eigenverantwortung zu stellen und gegebenenfalls auch bereit zu sein, die Folgen eigenverantwortlicher Fehlentscheidungen oder körperlicher, intellektueller, psychischer oder erfahrungsbedingter Unzulänglichkeiten zu tragen.

Wie kann man diese Widersprüchlichkeit im Verhalten des Teilnehmers auflösen? Naheliegender wäre, dem Teilnehmer die Verantwortung für eigenes Unvermögen zuzuweisen. In der juristischen Praxis werden derartige Unzulänglichkeiten des Teilnehmers aber gerne als Argument dafür herangezogen, dass dies erst Recht ganz besondere Sorgfalts- und Fürsorgepflichten des kommerziellen Expeditionsveranstalters begründet – selbst wenn der Expeditionsveranstalter vor der Teilnahme ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass er für derartige Unzulänglichkeiten keine Verantwortung übernehmen kann und will, weil man sonst keine kommerzielle Expedition durchführen kann.

5. Die Pädagogik beschäftigt sich im Zusammenhang mit dem „Wagnisbegriff“ schwerpunktmäßig mit der Frage, wie das Eingehen und Bewältigen von Gefahrensituationen für eine positive Persönlichkeitsentwicklung gewinnbringend genutzt werden kann.

Dabei geht die Pädagogik wie selbstverständlich wohl stets davon aus, dass das Eingehen der Risiken letztendlich gerade nicht zum Scheitern und damit zu Verletzungen führen, sondern lediglich einen neuronalen Reizzustand erzeugen soll, ähnlich wie ein elektrischer Reiz zur positiven Muskelstimulation. Zumindest ergibt sich dies aus der Tatsache, dass die pädagogische Herangehensweise im Regelfall Rechtsgüterabwägungen im Sinne der Abwägung pädagogischer Vorteile gegen vitale Verletzungsrisiken nicht kennt.

Vielmehr endet üblicherweise jede pädagogisch sinnvolle und anerkannte Maßnahme dort, wo ein ernsthaftes Verletzungsrisiko beginnt. Deshalb hat auch der Bereich der Unfallforschung und Unfallverhütung insbesondere im Bereich der Erlebnispädagogik eine – zu Recht – sehr hohe Bedeutung.

Die Pädagogik beschäftigt sich also primär mit der Bewältigung von „Pseudo-Gefahren“, also Gefahrensituationen, die für einen Laien gefährlich aussehen, bei objektiver Betrachtungsweise und richtiger „Anwendung“ aber mehr oder weniger ungefährlich sind, wie z. B. das Begehen von Hochseilgärten oder das Toprope-Klettern in der Kletterhalle. Dementsprechend werden die durchaus positiv zu sehenden charakterbildenden Ziele der Pädagogik in der modernen und Pädagogik-affinen Gesellschaft aufgrund der „Null Risiko-Bereitschaft“ in keinem Fall als Rechtfertigung für Verletzungen akzeptiert. Damit wird die Erlebnispädagogik gerade zum Spiegelbild der modernen „Risiko-Ablehnungsgesellschaft“.

Einerseits überbieten sich Eltern, Fachministerien, Ausbildungsinstitutionen aller Art, Wissenschaftler, Publizisten und Medien gegenseitig bei der Beantwortung der Frage nach der bestmöglichen Erziehung und Ausbildung von Kindern und Jugendlichen aller Altersstufen. Andererseits endet alle Begeisterung schlagartig, wenn der eigene Sprössling mit einem blauen Auge oder gar einem gebrochenen Arm aus einem Landschulheim-Aufenthalt nach Hause kommt. So etwas darf einfach nicht passieren –Pädagogik hin oder her.

Dementsprechend werden immer häufiger risikogeneigte Aktivitäten im schulischen Bereich wie z. B. Wandertage, Klassenfahrten, Skilager oder Ähnliches ersatzlos abgeschafft. Dann kann man zumindest nichts falsch machen. Und die alternativen

pädagogischen Optimierungsmaßnahmen kann man ja immer noch auf zahllosen Elternabenden untereinander diskutieren. In der Kinder- und Jugendzeit meiner Generation war es gerade umgekehrt. Über den pädagogischen Wert von „Gefahrbewältigung“ wurde (noch) nicht diskutiert. Dass bereits das Leben per se gefährlich ist, wussten alle Eltern. Die erfolgreiche Gefahrbewältigung gehörte zum ganz normalen Prozess des Erwachsenwerdens. Und das blaue Auge oder der gebrochene Arm waren hinzunehmende Kollateral-Schäden auf dem Entwicklungsweg vom Kind zum jungen Erwachsenen.

6. Die Sportwissenschaften beschäftigen sich zwar mit Aspekten des Risikoverhaltens von Sportlern. Dabei konzentrieren sich die Forschungen aber – neben dem Versuch einer allgemeinen Risiko-Typisierung von einzelnen Sportarten – primär auf den einzelnen Sportler und dessen psychologische Motivlage für das Eingehen von Risiken. Für die hier zur Diskussion stehende Fragestellung des Spannungsverhältnisses zwischen „Risiko“ und „Recht“ lassen sich hier keine wirklich weiterführenden Erkenntnisse erzielen.

IV. Als erstes Zwischenergebnis wird man Folgendes feststellen können:

1. Innerhalb der Gesellschaft besteht keine einheitliche, homogene Vorstellung darüber, was der Begriff „Risiko“ zum Ausdruck bringen soll, welche Situation man damit beschreiben möchte oder welche Schlussfolgerungen man daraus ziehen kann.
2. Vielmehr handelt es sich wohl eher um einen assoziativ geprägte „Leerformel“, die die Gesellschaft mit einer ganz erheblichen Tendenz zur Beliebigkeit verwendet. Insbesondere handelt es sich um einen sehr „relativen“ Begriff, der sich gerade nicht aus sich selbst heraus erschließt und der erst einen konkreten gesellschaftlichen Kontext braucht, um diesen Begriff überhaupt handhabbar zu machen und um seine Sinnhaftigkeit einschätzen zu können.
3. Gerade dies birgt die Gefahr in sich, dem Begriff des „Risikos“ mehr Aussagekraft und Argumentationshilfe unterstellen zu wollen, als er tatsächlich zu leisten in der Lage ist. Insbesondere ist der Begriff des „Risikos“ ein sehr unzuverlässiger Helfer, wenn es darum geht, „gerechte“ juristische Entscheidung zu suchen und zu finden.
4. Ein allgemeines Verständnis darüber, was der Begriff „Risiko“ überhaupt aussagen soll und wie man „Risiko“ ermittelt, bestimmt, abwägt und bewertet, besteht nicht. Dies muss man immer bedenken, wenn man über „Risiko beim Bergsport“ nachdenkt.

## C. Was versteht die Gesellschaft unter „Recht“?

**I. Nach so viel Meinungsvielfalt und Unsicherheit** bei der Bestimmung des Begriffs „Risiko“ müsste man meinen, dass zumindest die Rechtswissenschaften für ihren Bereich eine homogene, schlüssige und allgemein verständliche Meinung darüber haben, was man unter „Recht“ zu verstehen hat.

Schließlich ist es für einen juristischen Laien schwer vorstellbar, dass etwas so Absolutes wie das „Recht“ heute „dies“ und morgen „jenes“ bedeuten kann und soll – je nachdem, aus welcher Perspektive es betrachtet wird und welchen argumentativen Zwecken es dienen soll. Auf das Recht soll man sich doch verlassen können, um daraus Schlussfolgerungen für das eigene Verhalten ableiten zu können – im Sinne von „richtig“ oder „falsch“.

Ob das „Recht“ aber wirklich ein Hort der Eindeutigkeit, Zuverlässigkeit und Gerechtigkeit ist, ist allerdings eine spannende Frage. Die nachfolgenden Überlegungen zeigen, dass es auch im Bereich der Bestimmung, was eigentlich „Recht“ ist, eine erstaunliche Meinungsvielfalt gibt, die Zweifel aufkommen lässt, ob es sich um ein schlüssiges Gesamtkonzept handelt.

**II. Seit den griechischen Philosophen** beschäftigt sich die Menschheit mit der Sinnhaftigkeit von Recht, insbesondere mit der Frage der Herkunft des Rechts und der Frage nach der Aufgabe des Rechts für den Einzelnen und für die Gesellschaft. Dabei handelt es sich um ein extrem spannendes und praktisch unerschöpfliches Thema.

1. Um die Darstellung zu kürzen und zu beschleunigen, möchte ich bei Immanuel Kant (1724–1804), dem Begründer der modernen Philosophie, beginnen. Kant sieht im Recht ein System zur vernünftigen Ordnung der Freiheit. Dabei soll das Recht wechselseitige Handlungsfreiheiten gewähren und sicherstellen, wobei die Freiheit eines jeden seine Grenze an der Freiheit des anderen finden soll. Die Messlatte für das „richtige“ Recht soll dabei die Vernunft sein. Das klingt durchaus plausibel und insbesondere für die freiheitsliebenden Bergsteiger sehr gut nachvollziehbar.

2. Für den Rechtsphilosophen Gustav Radbruch (1878–1949) besteht das Ziel des Rechts in der Gerechtigkeit. Diese wird erreicht durch Gleichheit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit. Rechtssicherheit wird durch Gesetze erreicht. Problematisch wird es dann, wenn ein Gesetz zu ungerechten Ergebnissen führt. Nach Radbruch muss man dies im Interesse der Rechtssicherheit hinnehmen, solange nicht das sogenannte „ethische Minimum des Rechts“ unterschritten wird. Ein lediglich „schlechtes“

Gesetz muss deshalb solange beachtet werden, bis der Gesetzgeber handelt und hoffentlich ein besseres Gesetz erlässt. Neudeutsch könnte man formulieren: Planungssicherheit geht vor Einzelfallgerechtigkeit. Dies ist im Übrigen bis in die heutige Zeit Rechtsalltag, wenn auch manchmal für den Laien nur schwer verständlich.

3. Der sogenannte Rechtspositivismus beschäftigt sich gar nicht erst mit „richtig“ oder „falsch“, sondern stellt ausschließlich auf bestehende Rechtsnormen ab, die im Rahmen eines ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahrens entstanden sind. Damit soll – zumindest auch – eine ethisch-moralische Überhöhung des Rechts im Rahmen der Rechtsanwendung vermieden werden. Frei nach dem Grundsatz „Entweder es ist erlaubt oder es ist verboten“. Gerade im angelsächsischen Raum ist diese Herangehensweise durchaus beliebt. Verstöße gegen Verbote werden konsequent verfolgt und bestraft. Aber ebenso konsequent werden „Nicht-Verbote“ verteidigt. Dies zeigt z. B. die Schusswaffen-Besitz-Diskussion in den USA.

Die erhebliche Schwäche und das Problem des Rechtspositivismus zeigen sich am deutlichsten in Fällen des Machtmissbrauchs totalitärer Herrschaftsregime, die nachweislich alle über einen gut funktionierenden Verwaltungsapparat auf der Grundlage geltender Gesetze verfügten oder verfügen. Die deutsche Vergangenheit ist dafür ein gutes Beispiel. Andererseits ist das Grundprinzip des Rechtspositivismus in jedem Rechtsstaat zwingende Geschäftsgrundlage. Andernfalls besteht die Gefahr eines konturlosen Verschwimmens von Meinungen über „richtig“ und „falsch“, „erlaubt“ und „verboten“.

Ein gutes Beispiel dafür sind die in letzter Zeit so beliebten steuerstrafrechtlichen Diskussionen über die Frage, ob möglicherweise doch nicht alles „erlaubt“ sein soll, selbst wenn es gerade nicht ausdrücklich „verboten“ und damit rechtlich „zulässig“ ist. Dem Juristen sträuben sich da etwas die Nackenhaare, weil man die Absicht erahnen kann. Das Ziel einiger Wortbeiträge zu diesem Thema besteht nämlich evident darin, zwischen die beiden Extreme von „erlaubt“ und „verboten“ eine ethisch-moralisch basierte weitere Verbotskategorie von „das macht man einfach nicht“ einzuziehen – ohne klarzustellen, woher die jeweiligen Moralmaßstäbe kommen sollen und wie und mit welcher Rechtfertigung man vermeintliche Verstöße sanktionieren soll.

Dabei handelt es sich nicht selten um Stammtisch-Argumente, die letztendlich dem Zweck dienen sollen, die Diskussion am Laufen zu halten, die juristisch aber wertlos ist, auch wenn sie sich hervorragend zu einer „gesellschaftlichen Verurteilung“ einzelner Personen eignet, die in das Visier der Medien geraten sind. Diese „Wie kann man nur?“-Diskussionen finden aber nicht nur zu Wirtschaftsthemen statt. Auch

Alpinunfälle eignen sich hervorragend für häufig wenig qualifizierte Aufregungen in der uninformierten Öffentlichkeit. Insoweit sei beispielhaft an die Medienresonanz erinnert, die die Ereignisse beim Zugspitzspitzlauf 2008 ausgelöst haben, als zwei Bergläufer trotz eindeutiger Bekleidungsempfehlungen des Veranstalters und noch eindeutigerer Wetterverhältnisse mit völlig unzureichender Bekleidung den Aufstieg fortsetzten, bis sie an Unterkühlung noch am Berg verstarben.

Ein besonderes Problem des Rechtspositivismus besteht bei sogenannten unechten Unterlassungsdelikten, die bei der juristischen Aufarbeitung von alpinen Unfallereignissen eindeutig im Vordergrund stehen.

Alpinunfälle entstehen im Regelfall entweder durch schicksalhafte Naturereignisse oder dadurch, dass zumindest einer der beteiligten Bergsteiger irgendetwas falsch gemacht hat. Dieses „Falschmachen“ besteht häufig darin, das „Richtige“ zu unterlassen, z. B. den Lawinenlagebericht nicht einzuholen, die richtige Ausrüstung nicht mitzunehmen oder die Tour nicht rechtzeitig abubrechen, wenn die Wetterlage ungünstig und die Kondition der weiteren Teilnehmer erkennbar schlecht ist.

Gerade bei derartigen Fallgestaltungen werden die faktischen Grenzen der rechtspositivistischen Herangehensweise drastisch aufgezeigt. Eine Ableitung des rechtlich geforderten „richtigen“ Verhaltens allein aus dem Gesetz heraus ist nämlich nicht möglich. Vielmehr muss in jedem Einzelfall das erkennende Gericht, gegebenenfalls mithilfe von Sachverständigen und dem eigenen „gesunden Menschenverstand“ entscheiden, wie sich der Tatverdächtige in der konkreten Unfallsituation richtigerweise hätte verhalten sollen.

Dabei ist es unvermeidbar, dass das Gericht die bestehende gesetzliche Regelungslücke mit eigenem Ermessen auffüllt. Die anerkannten Pfeiler der Rechtsphilosophie, nämlich „Freiheit“, „Gleichheit“ und „Gerechtigkeit“ werden dabei nicht immer erkennbar, um es vorsichtig auszudrücken. Stattdessen stehen häufig ziel- und ergebnisorientierte Argumentationen aus der subjektiven Perspektive des Gerichts im Vordergrund.

4. Diese Feststellung führt zu einem weiteren Denkmodell in der Rechtsphilosophie, der Lehre vom Rechtsrealismus. Dieser sieht im Recht das Mittel zur Herbeiführung eines gewissen, meist politisch geprägten Ziels. Dabei geht es nicht primär um „Gerechtigkeit“ oder „Richtigkeit“. „Richtig“ ist, was politisch gewollt ist. Das Recht ist deshalb nach Zweckdienlichkeitsaspekten änderbar und damit zugleich (weitestgehend) beliebig. Damit wird das Recht letztendlich durch politische Mehrheitsentscheidungen geprägt. Was heute zulässig ist, kann morgen unter Bußgeld -und

Strafandrohung verboten sein, ohne dass sich am objektiven Sachverhalt etwas Grundlegendes verändert haben mag.

Nahezu die gesamte Gesetzgebung im Sozial- und Verbraucherschutzbereich wird ausschließlich durch mehrheitsgetriebene Zweckdienlichkeitsüberlegungen geprägt, die häufig durch Sozialstaatsüberlegungen gerechtfertigt werden. Objektive „Gerechtigkeitsdiskussionen“ finden nicht immer erkennbar statt und werden zusätzlich dadurch erschwert, dass zuweilen ganze Tatsachen- und Themenbereiche erfolgreich tabuisiert und damit der Diskussion entzogen werden. Die Mehrheit hat einfach recht.

Eine gewisse Beliebigkeit des Rechts als Folge des Rechtsrealismus zeigt sich auch daran, dass sich das Recht – bei gleichem Sachverhalt – durchaus von Staat zu Staat unterscheiden kann. So gibt es in Österreich den Straftatbestand der fahrlässigen Tötung unter besonders gefährlichen Umständen (§§ 81 StGB), der im Regelfall im Zusammenhang mit Lawinenunfällen bejaht wird und zu einer Straferhöhung führen kann, während in Deutschland ein vergleichbarer Straftatbestand nicht existiert. In Italien stellt bereits das fahrlässige Auslösen einer Lawine eine Straftat dar (Art. 449 I, Art. 426 StGB), selbst wenn dabei niemand verletzt wird. In keinem anderen Alpenland findet sich eine vergleichbare Strafnorm.

Ein weiterer wichtiger Aspekt des Rechtsrealismus ist nicht nur die Entstehung von Gesetzen, sondern auch die konkrete Anwendung des Rechts durch die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte. Auch hier muss man ganz erhebliche Unterschiede in den einzelnen Alpenländern konstatieren, die hier im Einzelnen nicht näher erörtert werden können. Diese Unterschiede beruhen auf einer Vielzahl von Einzeleinflüssen wie z. B. der Erfahrung der Justiz mit Alpinunfällen (Fallzahlen), dem Interesse an der rechtlichen Aufarbeitung von Alpinunfällen, den personellen und finanziellen Ressourcen der Justiz, auf volkswirtschaftlichen Überlegungen, der Verankerung des Bergsports im Bewusstsein einer Gesellschaft und vielem mehr. Damit kommt es nicht nur zu einer zielorientierten Entstehung des Rechts auf der Gesetzgebungsebene, sondern auch zu einer zielorientierten Anwendung des Rechts auf der Ebene der Rechtsprechung.

Die Frage lautet also nicht unbedingt, welches Ergebnis „gerecht“ ist, sondern welches Ergebnis als „gesellschaftlich erwünscht“ angesehen wird. Der jeweils Betroffene fühlt sich dann von einem Gericht subjektiv als „gut“ behandelt, wenn sich seine Interessenlage mit dem gesellschaftlichen Mehrheitsgefühl deckt, und als „schlecht“ behandelt, wenn dem nicht der Fall ist. Damit kommt man unweigerlich zu der sehr interessanten Frage, ob eine auf „Mehrheitsüberlegungen“ aufbauende Rechtsfindung auch „gerecht“ ist. Dies führt dann zwangsläufig zu der Frage, was „Gerechtigkeit“ überhaupt ist.

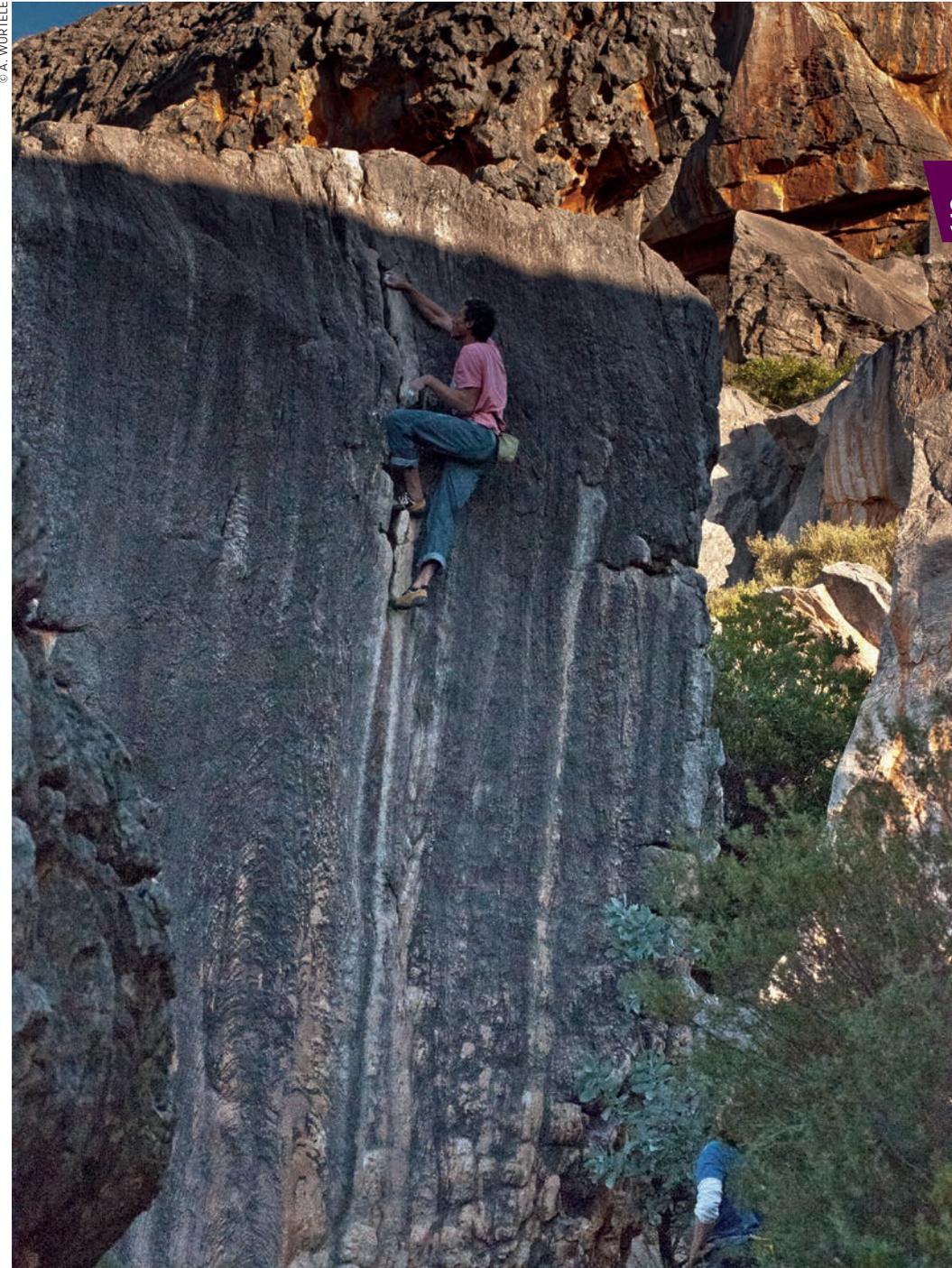
5. Das Thema „Gerechtigkeit“ kann aufgrund seiner ihm eigenen Komplexität hier nicht einmal ansatzweise befriedigend diskutiert werden, ohne völlig den vorgegebenen Rahmen zu sprengen. Obwohl seit den alten Philosophen anerkannt ist, dass neben der Freiheit die Gerechtigkeit das höchste anzustrebende Gut für eine Gesellschaft ist, haben sich über die Jahrhunderte viele kluge Köpfe Gedanken darüber gemacht, wie man „Gerechtigkeit“ bestimmen und in der Folge auch erreichen kann.

Nachdem die Suche nach „Recht“ und „Gerechtigkeit“ aber immer innerhalb einer Gesellschaft stattfindet, besteht das Problem insbesondere darin, die Interessenlage des Individuums in einer Gesellschaft gegenüber der Gesellschaft einerseits und die Interessenlage der Gesellschaft gegenüber dem Individuum andererseits zu einem vernünftigen Ausgleich zu bringen. In Abhängigkeit von der jeweiligen Gesellschaftsform und der Ausrichtung der Staatsziele wird in der einen Gesellschaft die Interessenlage des Individuums und in einer anderen Gesellschaft die Interessenlage der Gesellschaft stärker pointiert. Je nach Fallgestaltung kann deshalb die Suche nach einem sinnvollen Interessenausgleich auf dem holperigen und steinigen Weg zur Gerechtigkeit auch an den Versuch der Quadratur des Kreises erinnern.

Als Beispiel sei hier das bei Schadenersatzprozessen häufig anzutreffende Phänomen des Versuchs der Sozialisierung des Unfallereignisses zu erwähnen. Rechtstatsächlich kann es nämlich auf den Verlauf und das Ergebnis eines Haftungsprozesses eine ganz erhebliche Auswirkung haben, ob der – angebliche – Haftungsschuldner seinerseits über Versicherungsschutz verfügt oder nicht.

Unstreitig dürfte aber zumindest sein, dass es sich bei der Suche nach Gerechtigkeit um einen „ständigen Suchvorgang“ handelt. Anhänger des „Kritischen Rationalismus“ (z. B. Zippelius und Schlinck) vertreten deshalb die Auffassung, dass die Suche nach der „Gerechtigkeit“ letztendlich nach dem Prinzip „Versuch und Irrtum“ funktioniere. Danach beruhe die Rechtsanwendung, die der Gerechtigkeitssuche dienen soll, nicht auf allgemeingültigen und anerkannten „Gerechtigkeitsideen“, sondern sei das Ergebnis eines ständigen Lernprozesses unter Berücksichtigung der ständigen Weiterentwicklung einer Gesellschaft.

Als gutes Beispiel für diese These lässt sich der Umgang der Rechtsprechung mit allgemein bekannten Rechtsbegriffen wie „Treu und Glauben“ oder „Sittenwidrigkeit“ heranziehen. Selbst die Rechtsprechung des BVerfG wurde schon immer und evident – zumindest auch – von den jeweiligen gesellschaftlichen Stimmungslagen und Meinungsströmungen geprägt. Zippelius zieht daraus den Schluss, dass der Verständnishorizont für die Suche nach Gerechtigkeit in ganz entscheidendem Maße durch



den jeweiligen „Zeitgeist“ geprägt wird. Damit wird letztendlich „Gerechtigkeit“ mit dem jeweiligen „Mehrheitsgefühl“ gleichgesetzt. Jedes Gesetzgebungsverfahren funktioniert letztendlich nach diesem Prinzip. Und die Aufgabe des BVerfG besteht darin, allzu große Verirrungen des jeweiligen „Mehrheitsgefühls“ in möglicherweise verfassungswidrige Bereiche zu verhindern.

**III. Als zweites Zwischenergebnis** wird man Folgendes feststellen können:

1. Auch der Begriff „Recht“ hält keinesfalls, was er an vermeintlicher Eindeutigkeit verspricht. Die laienhafte Vorstellung von die Funktionsweise und vor allem der Leistungsfähigkeit des Rechts deckt sich meist nicht mit der Rechtsrealität. Das alte Sprichwort „Vor Gericht bekommst Du nicht Gerechtigkeit, sondern ein Urteil!“ ist nicht etwa eine Plattitüde, sondern gelebte Rechtswirklichkeit.
2. Recht ist weder zwingend „objektiv“ noch „richtig“ und muss schon gar nicht „gerecht“ sein. Recht ist vielmehr „mehrheitsmeinungsgetrieben“, „subjektiv“ und nicht immer nur an einem fairen Ausgleich von Einzelinteressen, sondern häufig auch an übergeordneten Gemeinwohlaspekten ausgerichtet.
3. Ein Problem in der Rechtsanwendung besteht darin, dass es aufgrund einer immer stärkeren Fragmentierung der modernen Wohlstandsgesellschaft immer schwieriger wird, eine „Mehrheitsmeinung“ zuverlässig und damit für den Rechtsteilnehmer auch planbar zu identifizieren. So wie in der Konsumentenforschung seit langem die Person des „hybriden Verbrauchers“ bekannt ist, der sowohl bei Aldi als auch im Feinkostgeschäft einkauft, gibt es auch in anderen rechtstatsächlichen Bereichen extrem „hybride“ Verhaltensweisen und Erwartungshaltungen von Rechtsteilnehmern oder sogar ganzen Gesellschaftsgruppen, die das „Recht“ vor immer größere Schwierigkeiten stellen.
4. Für die einfache Rechtsanwendung durch Gerichte auf der Grundlage des geltenden Rechts lässt sich deshalb die – durchaus provokante – These aufstellen, dass sich sowohl im Bereich des Zivilrechts als auch im Bereich des Strafrechts auf der Grundlage der bestehenden Rechtsnormen zumindest im Bereich der Fahrlässigkeitsverantwortung praktisch jedes Ergebnis argumentativ vertreten lässt, weil es an ausreichend „festen“, d. h. unverrückbaren Beurteilungsmaßstäben fehlt. Der rechtliche Umgang mit der Eingehung von „Risiken“ beim Bergsport ist dafür ein gutes Beispiel.

## D. Zum Spannungsverhältnis von „Recht“ und „Risiko“ beim Bergsport

**I. Es wurde eingangs dargelegt**, dass nicht einmal ansatzweise ein gesellschaftlicher Konsens darüber besteht, was unter „Risiko“ zu verstehen ist. Es dürfte aber zulässig sein, zumindest drei allgemeine Trends, d. h. Verhaltensmuster zu benennen, die aktuell den sogenannten Zeitgeist im Sinne des Kritischen Rationalismus innerhalb der Gesellschaft in Bezug auf den Umgang mit Risiken beeinflussen, wenn nicht sogar prägen.

1. In der Gesellschaft ist ein allgemeiner Trend zu mehr Erlebnissuche und Persönlichkeitsentfaltung festzustellen. Dies ist aufgrund des Wohlstandsniveaus, das unsere Gesellschaft erreicht hat, nicht verwunderlich. Nach einer Befriedigung der materiellen Grundbedürfnisse ist die Suche des Einzelnen nach emotionalen Erfolgserlebnissen ein logischer weiterer Schritt. Dieses Verhalten wird dadurch verstärkt, dass in unserer wettbewerbsorientierten Leistungsgesellschaft die Erlangung weiterer materieller (finanzieller) Erfolge häufig nur durch ein weit überproportionales berufliches Engagement möglich ist, wozu nicht jeder bereit oder in der Lage ist. Die Folge ist ein verstärkter Anreiz, weitere Erfolgserlebnisse nicht im beruflichen Bereich, sondern in privaten Freizeit- und Sportaktivitäten zu suchen. Dafür steht auch das Schlagwort Work-Life-Balance.
2. Außerdem ist in der Gesellschaft ein allgemeiner Trend zu einer positiven Grundeinstellung zu Natur und Umwelt festzustellen. Natur und Umwelt werden dabei nicht nur als schützenswert anerkannt. Vielmehr erkennt die Gesellschaft immer stärker den Reiz und den praktischen Nutzwert von Natur und Umwelt für die Verwirklichung ihrer Ziele im Bereich der Erlebnissuche und der Persönlichkeitsentfaltung. Dadurch kommt es zu einer Zunahme von Freizeit- und Sportaktivitäten in der Natur im Mittel- und Hochgebirge, aber auch in den Klettergärten sowie beim Canyoning in Bächen und Schluchten.
3. Gleichzeitig dürfte es zulässig sein, unserer Gesellschaft einen eindeutigen Trend zu immer weniger Risikobereitschaft zu attestieren. Auch dies ist die logische Konsequenz des Wohlstandsniveaus, das unsere Gesellschaft erreicht hat. Das Eingehen von Risiken ist mit Verlustgefahren verbunden, die man ungern auf sich nehmen möchte, wenn keine adäquaten Gewinnchancen bestehen. Der emotionale Mehrgewinn durch die Bewältigung von „echten“ Gefahrensituationen ist aber überschaubar, sodass das Interesse an Besitzstandswahrung, d. h. an der Erhaltung der körperlichen Gesundheit, das Interesse an Mehrgewinn, d. h. an Erlebnissen und vor allem „echten“ Abenteuern, deutlich überwiegt. „Sicherheit“ steht deshalb in einer Wohlstandsgesellschaft an erster Stelle.

**II. Durch die Verlagerung von Freizeit- und Sportaktivitäten** aus dem urbanen Raum, sprich aus der Turnhalle und vom Fußball-Platz, in die freie Natur, wird die Gesellschaft plötzlich und unerwartet mit Risikoszenarien konfrontiert, auf die die Gesellschaft (!) häufig nicht oder nicht in angemessener Weise „vorbereitet“ ist.

1. Unter „Vorbereitung“ in diesem Sinne sind nicht etwa das individuelle Training oder die Information eines Bergsteigers für eine geplante Bergtour zu verstehen, sondern eine allgemein verbreitete Kenntnis und ein Bewusstsein innerhalb der Gesellschaft, dass die Ausübung gewisser Aktivitäten unvermeidbar „gefährlich“ ist und dass man bereit sein muss, diese „Gefährlichkeit“ in Kauf zu nehmen, wenn man gleichzeitig die Reize, die sich aus der Ausübung gerade dieser Tätigkeiten ergeben können, genießen möchte. Der intellektuelle Umgang mit Risikoszenarien ist demzufolge immer ein gesellschaftlicher Lernprozess mit einem ergebnisoffenen Ausgang.

2. Dieser Lernprozess kann auch nur in ganz bescheidenem Umfang durch Information und Aufklärung beschleunigt werden. Auch hier funktioniert der Lernprozess im Regelfall nach dem Prinzip „Versuch und Irrtum“. Nicht selten dauert es Jahrzehnte, bis eine Gesellschaft Risikoszenarien in ausreichendem Maße „gelernt“ und ihr Verhalten daraufhin adäquat angepasst hat. Der Lernprozess wird auch dadurch verzögert, dass häufig ganz unterschiedliche Meinungen zu Risikopotenzialen einzelner Aktivitäten bestehen können. Diese Meinungsvielfalt ergibt sich schon allein aus der Vielfalt der Meinungsmacher und ihrer jeweiligen Interessenlagen.

So wird die alpine Unfallforschung und Unfallaufklärung aus naheliegenden Gründen ein Interesse daran haben, auf die Gefahrgeneigntheit gewisser alpiner Tätigkeiten hinzuweisen, während praktisch alle Bereiche der Gesellschaft, die einen unmittelbaren wirtschaftlichen oder zumindest ideellen Nutzen aus der Ausübung von Bergsportaktivitäten ziehen wollen, aus vitalem Eigeninteresse die Sicherheit und Unbedenklichkeit der Ausübung von Bergsportaktivitäten in den Vordergrund ihrer kommunikativen Bemühungen stellen werden. Und wenn der einzelne Bürger noch nicht die nötige Kompetenz haben sollte, um die objektiv sehr wohl bestehenden Gefahren sachgerecht zu bewältigen, bietet eine Vielzahl von wirtschaftlich oder ideell aktiven Institutionen wie z. B. Bergsteigerschulen oder Alpenvereinen Ausbildungshilfe an.

Gerade im wirtschaftlichen Bereich, aber auch im ideellen Bereich der Alpenvereine, steht dabei aber das Thema „Sicherheit“ und damit zugleich die Ablehnung von „Risiko“ im Mittelpunkt. Dies ist letztendlich nur die logische Konsequenz aus der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung zu immer weniger Risikobereitschaft.

Mit dem Inaussichtstellen von „echtem“ Risiko und damit „echtem Verletzungspotenzial“ mag man im Marketing-Bereich, siehe das Beispiel Red Bull, zwar Aufmerksamkeit erregen oder im Medienbereich, siehe das Beispiel Hahnenkamm-Rennen, die Einschaltquote steigern können. Mit dem proaktiven Kommunizieren von Verletzungsrisiken wird man auf Dauer aber weder Alpinausrüstung noch Ausbildungskurse noch Seilbahnkarten oder Gästebetten verkaufen können.

3. Umso größer ist dann aber das Unverständnis der Gesellschaft, wenn doch etwas passiert ist. Während nämlich der gebrochene Unterschenkel auf dem Fußballplatz oder die Verletzung bei einem Verkehrsunfall zu den gesellschaftlich „gelernten“ Risikoszenarien gehört, handelt es sich bei einem Bergunfall bis heute um ein Ereignis, das vom überwiegenden Teil der Gesellschaft weder technisch halbwegs richtig beurteilt noch ethisch-moralisch auch nur ansatzweise zutreffend eingeordnet werden kann. Ein Konsens besteht lediglich darüber, dass das Ergebnis, nämlich das Unfallereignis als solches, gesellschaftlich unerwünscht ist.

Die Gesellschaft wird in diesem Fall mit der Frage konfrontiert, wie sie sich zu Freizeitaktivitäten mit mehr oder weniger unvermeidbarem Gefahrenpotenzial positionieren möchte, wenn die Gesellschaft gleichzeitig eigentlich keine Gefahren eingehen möchte. Der sich daraus ergebende Interessen- und Zielkonflikt ist evident.

**III. Für das „Recht“ beginnt damit die Schwierigkeit**, ein gesellschaftlich prima facie unerwünschtes Ergebnis unter Berücksichtigung eines per se bestehenden Interessen- und Zielkonflikts angemessen aufzuklären und anschließend rechtlich angemessen zu würdigen. Die Diskussionen und die Zielsuche bewegen sich dabei zwischen den Polen „Fremdverschulden“ und „Mitverschulden“ (Zivilrecht) bzw. „Fremdverantwortlichkeit“ und „Eigenverantwortlichkeit“ (Strafrecht). Dabei handelt es sich um Werturteile in Bezug auf das Verhalten der unfallbeteiligten Personen. Das Problem der Rechtsanwendung besteht darin, geeignete Beurteilungsparameter für das jeweilige Verhalten zu finden. In diesem Zusammenhang stellt sich dann auch die Frage, wie man das Thema „Risiko“ im Rahmen der Gesamtbeurteilung angemessen berücksichtigt.

1. Die Ermittlung und Beurteilung der objektiv gezeigten Verhaltensweisen der beteiligten Personen mag dabei noch verhältnismäßig einfach sein, da ein objektiv gezeigtes Verhalten meist im Nachhinein rekonstruierbar ist, z. B. durch eigene Einlassungen, sichergestellte Ausrüstung, Zeugenaussagen oder (unfallanalytische) Sachverständigengutachten. Dieser Komplex soll nachfolgend als die „objektive Unfallanalyse“ bezeichnet werden.

Sehr problematisch kann dagegen die Aufklärung der subjektiven „Verhaltensweise“ der Beteiligten, also die Ermittlung und Beurteilung ihrer Wünsche, Vorstellungen, Erwartungshaltungen und Motive für die im Einzelnen getroffenen oder unterlassenen Entscheidungen und Handlungen werden. Dieser Komplex soll nachfolgend als die „subjektive Unfallanalyse“ bezeichnet werden.

Anschließend erfolgt die wechselbezügliche Bewertung und Gewichtung der objektiven und subjektiven Verhaltensweisen der unfallbeteiligten Personen zueinander auf der Grundlage des geltenden Rechts und mithilfe der juristischen Methodenlehre. Dies ist der mit Abstand schwierigste Bereich, da sich diese Tätigkeit letztendlich nicht auf ein eindimensionales Analysieren beschränkt, sondern einen darauf aufbauenden mehrdimensionalen Abwägungsprozess erfordert. Dieser Komplex soll nachfolgend als die „rechtliche Unfallanalyse“ bezeichnet werden.

Im Rahmen dieses dreistufigen Prüfungs- und Abwägungsprozesses muss dann auch geklärt werden, ob und gegebenenfalls auf welche Weise das Thema „Risiko“ für die betroffenen Personen und das Unfallereignis bedeutend war. Nicht jeder Unfall im Zusammenhang mit der Ausübung einer sogenannten „Risiko-Sportart“ stellt sich nämlich als Verwirklichung des sportartimmanenten Risikos dar.

**IV. Dieser Prüfungs- und Abwägungsprozess** ist allerdings in besonderem Maße störanfällig. Dies liegt häufig an der Komplexität von Alpinunfallereignissen. Fehler bei der objektiven und insbesondere bei der subjektiven Unfallanalyse führen wie bei einer missglückten Rechenoperation nahezu zwingend zu „Folge-Fehlern“ bei der rechtlichen Unfallanalyse. Nachfolgend sollen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) einige typische Fehlerquellen dargestellt werden.

1. Die ersten Fragen stellen sich, wenn sich bereits der objektive Sachverhalt nicht vollständig aufklären lässt. Wie will man den Faktor „Risiko“ berücksichtigen, wenn nicht einmal abschließend feststeht, was überhaupt passiert ist? Eine derartige Fallgestaltung ist gerade bei komplexen Alpinunfällen mit Beteiligung mehrerer Personen nicht untypisch. Als Beispiel sei hier die Frage erwähnt, welcher von mehreren möglichen Gruppenteilnehmern durch welches eigene Verhalten das unfallgegenständliche Schneebrett ausgelöst hat. Oder die Frage, welche Selbstauskünfte der verunfallte Teilnehmer über sein persönliches Können und seine Bergerfahrung erteilt hat. Oder die Frage, ob die Entscheidung zum seilfreien Klettern wirklich einvernehmlich getroffen oder vom erfahreneren Teilnehmer quasi angeordnet wurde.

Dem Recht ist der Umgang mit nicht vollständig aufklärbaren Sachverhalten sowohl im Strafrecht als auch im Zivilrecht durchaus geläufig. Dementsprechend bietet das Recht auch Lösungsmöglichkeiten an, die praktisch immer auf Interessenabwägungsaspekten unter Berücksichtigung von Schutzüberlegungen beruhen. Die Frage lautet also immer, wer das Risiko und damit den Nachteil einer Nichtaufklärbarkeit tragen soll. Eine Interessenabwägung setzt aber voraus, Interessenlagen zu bestimmen, sofern diese vom Gesetzgeber (wie z. B. im Werkvertragsrecht oder im Reiserecht) nicht bereits durch Beweislastverteilungsregelungen vorgegeben sind. Eine typische Interessenlage ist dabei das – angebliche – Schutzinteresse des weniger erfahrenen Bergsteigers gegenüber seinem erfahreneren Bergkameraden.

Die Ermittlung von rechtlich relevanten Interessenlagen muss aus naheliegenden Gründen zunächst aber immer an einem nach außen hin erkennbaren Verhalten einer Person anknüpfen (z. B. arg. §§ 116, 157 BGB). Wer sich als alpinerfahrener darstellt, muss sich daran auch festhalten lassen, es sei denn, die fehlende Erfahrung ist oder wird evident erkennbar. Wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass es mit der Erfahrung doch nicht so weit her ist, ist das sein Pech.

Was aber tun, wenn sich nicht mehr feststellen lässt, wie der Verunfallte seine Erfahrung dargestellt hat, und sich im Nachhinein herausstellt, dass er doch verhältnismäßig unerfahren war? Im kommerziellen Bergschul- und Bergführerbetrieb sind überzogene Selbstauskünfte und Selbsteinschätzungen der Kunden fast schon der Regelfall. Die kommerziellen Anbieter haben gelernt, damit umzugehen. Man kennt seine Kundschaft. Warum sollte allerdings dieser Hang zur Selbstüberschätzung oder zur Angeberei bei privaten Unternehmungen unter Bergkameraden, die z. B. erstmals gemeinsam eine Bergtour unternehmen, so grundsätzlich anders sein? Wird etwa im privaten Bereich die eigene Leistungsfähigkeit selbstkritischer eingeschätzt und nach außen dargestellt? Die Unfallereignisse lassen erhebliche Zweifel an dieser These aufkommen. Nicht jeder im Nachhinein festgestellte Leistungs- und Erfahrungsunterschied darf deshalb ohne weitere Anknüpfungspunkte zur Feststellung einer faktischen Führungstour führen. Dies gilt konsequenterweise auch und in gleichem Maße für sogenannte Gemeinschaftstouren von Alpinvereinen.

2. Damit kommt man zu einer zweiten Gruppe möglicher Fehlerquellen, die sich aus der Schwierigkeit des nachträglichen Aufarbeitens der subjektiven Rahmenbedingungen und Motivlagen der unfallbeteiligten Personen in Bezug auf die Bereitschaft zum Eingehen von Risiken ergeben. Die Bereitschaft des Menschen, nach einem Unfallereignis einzugestehen, dass man sehenden Auges eine Gefahr eingegangen ist und deshalb für das Unfallereignis selbst verantwortlich ist, ist grundsätzlich nicht

allzu stark ausgeprägt, da das Eingeständnis des eigenen Scheiterns Größe verlangt und schmerzhaft ist.

Die Bereitschaft zum „Selbstvorwurf“ lässt erfahrungsgemäß noch stärker nach, sobald die Möglichkeit besteht, einen Dritten verantwortlich machen zu können, insbesondere wenn sich die damit verbundene psychologische Erleichterung mit der Hoffnung auf wirtschaftlichen Schadenersatz verbindet. Der Schritt vom zunächst psychologisch motivierten „Selbstbetrug“ zur wirtschaftlich motivierten „Prozesslüge“ ist dann möglicherweise nicht mehr weit. Psychologisch erleichtert wird dem „Lügner“ dieses Verhalten durch eine weit verbreitete gesellschaftliche Grundhaltung, im Falle eines Unfallereignisses zunächst grundsätzlich von der Möglichkeit einer Fremdverantwortlichkeit auszugehen, weil die Eigenverantwortlichkeit in einer durchregulierten Verbraucherschutzwelt einen immer geringeren Stellenwert einnimmt und die Gesellschaft deshalb nur ungern akzeptiert, dass jemand „selbst schuld“ sein könnte.

In gleicher Weise sinkt die Bereitschaft, für eigenes Fehlverhalten einzustehen, selbst wenn dadurch ein Dritter geschädigt wurde. In der forensischen Praxis ist ein Trend festzustellen, dass Einstandspflichten für evident verschuldete Alpinunfälle auch dann, wenn Versicherungsschutz besteht, es also kein wirtschaftliches Haftungsrisiko gibt, vom Schädiger in Abrede gestellt werden, weil z. B. gesellschaftliche oder berufliche Nachteile befürchtet werden oder die – zunehmend berechnete – Sorge vor strafrechtlicher Verfolgung besteht.

Die vielbeschworene „Bergkameradschaft“ endet im 21. Jahrhundert ganz schnell, wenn es um die Übernahme von Verantwortung für eigenes Fehlverhalten geht. Dieses Verhalten ist möglicherweise ein Spiegelbild des aktuellen Zeitgeistes in der Gesellschaft, in der Begriffe wie „Ehre“ oder „Moral“ nicht gerade im Trend liegen. Man muss dies aber im Hinterkopf haben, wenn man einen Alpinunfall aufklären muss.

**3.** Die dritte Fehlergruppe ist im Bereich des rechtlichen Abwägungsprozesses zu verorten. Dabei geht es auch um die Frage, wer möglicherweise die Folgen einer Verwirklichung von typischen Bergsport-Risiken letztendlich in rechtlicher Hinsicht zu tragen hat. Obwohl sich die rechtliche Unfallanalyse auf eine Bewertung und Gewichtung der objektiven und subjektiven Verhaltensweisen der unfallbeteiligten Personen beschränken soll und muss, findet in der Praxis verhältnismäßig häufig eine Überlagerung und Beeinflussung dieses wechselbezüglich geprägten Abwägungsprozesses durch allgemeine gesellschaftliche, soziale, ethisch-moralische oder rechtspolitische Überlegungen statt.

Der „Klassiker“ ist dabei der Versuch einer mittelbaren Sozialisierung des Unfallschadens durch eine mehr oder weniger gezielte Abwälzung der Schadenersatzleistung auf eine Haftpflichtversicherung mithilfe einer Verurteilung des Versicherungsnehmers, selbst wenn diese nicht wirklich tat- und schuldangemessen sein sollte. Auch bei Vergleichsgesprächen soll dieses Argument gelegentlich von Gerichten und Prozessbeteiligten bemüht werden.

Festzustellen sind auch Abwägungsfehler, die dadurch entstehen, dass das Gericht zwar die objektive und subjektive Unfallanalyse zunächst vornimmt, aber bei der rechtlichen Unfallanalyse in Bezug auf die Person des Verunfallten die subjektive Erwartungshaltung des Verunfallten mit der eigenen (hypothetischen) subjektiven Erwartungshaltung in der konkreten Situation gegenüber dem angeblichen Unfallverursacher bewusst oder unbewusst vermischt oder sie sogar ganz oder teilweise ersetzt.

Aus der gebotenen Frage „Welche Erwartungshaltung hatte der Verunfallte und war diese berechtigt?“ wird dann die Frage „Welche Erwartungshaltung hätte ich als Gericht gehabt und wurde diese Erwartungshaltung erfüllt?“, ohne dass sich das Gericht dessen wirklich bewusst sein muss.

Dies entspricht auch einem durchaus nicht unverständlichen intuitiven Wunsch nach Hilfe und Solidarität mit dem Verunfallten und spricht für eine grundsätzlich positive ethisch-moralische Grundeinstellung des Gerichts. Es ist immer einfacher, Anhaltspunkte für eine Entlastung des sowieso schon Geschädigten zu suchen, als dem Geschädigten mit dem Verdikt „Selbst schuld!“ vermeintlich zusätzliches Leid und wirtschaftlichen Nachteil zuzuführen. Ob diese Motivlage allerdings ein Garant für ein „gerechtes“ Urteil ist, ist eine ganz andere Frage.

Gelegentlich werden Unfallereignisse auch dazu genutzt, „ein Signal zu setzen“, „auf Missstände hinzuweisen“ oder sogar eine ganze „Branche zum Handeln oder Umdenken“ aufzufordern. Das konkrete Unfallereignis wird damit zum Anlass, im Rahmen des Versuch-und-Irrtum-Prozesses der kontinuierlichen Evolution der Gerechtigkeit im Sinne des Kritischen Rationalismus dem Zeitgeist ein Forum zu geben, um seinen Wünschen und Vorstellungen in Bezug auf ein zumindest mehrheitlich-gesellschaftlich gefordertes „richtiges“ Verhalten Ausdruck zu verleihen.

In rechtsstaatlicher Hinsicht kann dies aber durchaus problematisch sein, da ein Gericht an das geltende Recht gebunden ist und letztendlich kein rechtspolitisches oder sozialgestaltendes Mandat besitzt.

**V. Damit kommt man aber** – zumindest bei einer fairen und halbwegs objektiven Auseinandersetzung mit der Thematik – zu dem Ergebnis, dass sich in rechtlicher Hinsicht unüberbrückbare Diskrepanzen bei dem Versuch der gleichzeitigen Verfolgung höchst unterschiedlicher Interessen und Ziele ergeben können.

1. Die Suche nach Erlebnis und Abenteuer in der freien Natur, insbesondere in der Welt des Hochgebirges, ist nicht ohne das Eingehen von mehr oder weniger unkalkulierbaren Risiken möglich. An dieser Tatsache werden weder die beste Ausbildung noch die beste Ausrüstung noch die beste Gefahreninformation in Form von Wetter- und Lawinenlageberichten etwas ändern können. Es gilt der Grundsatz: Planung ersetzt Zufall durch Irrtum. Oder anders ausgedrückt: Bergsteigen ist gefährlicher als Fußballspielen. Das muss die Gesellschaft lernen und akzeptieren, wenn das Bergsteigen ein Teil des gesellschaftlichen Lebens bleiben soll. Weder durch Strafurteile noch durch Schadenersatzprozesse wird man die Rahmenbedingungen des Bergsports grundsätzlich ändern können. Mit einer überzogenen Verrechtlichung des alpinen Raums ist der Gesellschaft nicht gedient, weil sich das Phänomen „Alpines Risiko“ als solches einer Verrechtlichung entzieht.

2. Gleichzeitig entwickelt unsere „übersicherte“ Gesellschaft eine immer stärkere Erwartungshaltung in Richtung „Null-Risiko-Bereitschaft“. Die Bemühungen der Medien, sich gegenseitig durch Hinweise auf und Informationen über Gefahren und Risiken, die den Verbraucher praktisch auf Schritt und Tritt begleiten, zu überbieten, sind allgegenwärtig.

3. Der moderne und in einer „Risikovermeidungsgesellschaft“ sozialisierte Mensch steht deshalb vor dem Problem, dass er einerseits den Bergsport ausüben und andererseits kein Risiko eingehen möchte. Selbst wenn er möglicherweise bereit ist, bei der Bergsportausübung ein Risiko einzugehen, so ist er meist nur sehr eingeschränkt bereit, die wirtschaftlichen Folgen der Verwirklichung dieses Risikos zu tragen.

4. Diese Widersprüchlichkeit im eigenen Verhalten kann das „Recht“ allein nicht lösen, da das Recht immer in der Gesellschaft entsteht und durch die Gesellschaft zur Anwendung gebracht wird.

Die rechtliche Behandlung von Risiken wird damit zur Nagelprobe für die Frage, wie eine moderne Gesellschaft mit grundsätzlich widersprüchlichen Erwartungshaltungen und Verhaltensweisen ihrer Mitglieder umgehen möchte. Die Gesellschaft sollte sich dieser Frage stellen und nicht nur darauf vertrauen, dass das „Recht“ diese Widersprüche fair und gerecht auflösen wird. Dazu ist das „Recht“ aus sich heraus nicht in der Lage. ❏

