

Olaf Dilling

„Woher nehmen und nicht stehlen?“

Methodendefizit und Normrezeption am Beispiel des *Fahrradhelm*-Falls

Die Entscheidung des OLG Schleswig, nach der eine Fahrradfahrerin ein Mitverschulden bei einem Verkehrsunfall trifft, weil sie keinen Helm trug, hat in der Öffentlichkeit hohe Wellen geschlagen. Über die vordergründige Frage des Für und Wider einer „Helm-pflicht“ hinaus weist der Fall – auch nach der für die Geschädigte erfolgreichen Revision durch den Bundesgerichtshof – erörterungswürdige Fragen für die rechtsmethodologische Diskussion auf.

Im Zentrum steht eine nähere Bestimmung des interdisziplinären Verhältnisses von hermeneutischen, empirischen und modellhaft-kalkulierenden Vorgehensweisen bei der Konkretisierung von Sorgfaltsmaßstäben. Deutlich werden die Nöte der Gerichte bei der Gewinnung normativer Maßstäbe und ihre „pragmatischen“ Strategien zur Bewältigung dieser Aufgabe. Die dritte Gewalt bewegt sich dabei zwischen den Extremen einer willkürlichen, dezisionistischen Rechtsschöpfung und einer Abwälzung der Verantwortung auf andere Instanzen, wie autoritative Literaturmeinungen, Statistiken oder ökonomische Analyse. Eine methodologische Demokratisierung der Justiz würde erfordern, dass sie bei Fragen, die gesetzlich nicht hinreichend bestimmt beantwortet werden, sich stärker um eine Rezeption von gesellschaftlichen Normen bemüht, die in der Praxis zum Ausdruck kommen.

I. Sachverhalt

Der Sachverhalt, aufgrund dessen die Berufung und Revision entschieden wurde, ist relativ übersichtlich.¹ Die Klägerin fuhr am Nachmittag mit dem Fahrrad zur Arbeit ins Zentrum der Stadt G., ohne einen Helm zu tragen. Die Beklagte (zu 1), die mit einem PKW am rechten Fahrbahnrand parkte, öffnete unmittelbar vor ihr die Fahrertür, so dass sie nicht mehr ausweichen konnte, gegen die Tür prallte und sich beim Stürzen schwere Schädel-Hirnverletzungen zuzog. Dass die Beklagte den Unfall verursacht hat, ist unstrittig. Die ebenfalls beklagte Haftpflichtversicherung hat außergerichtlich eine lediglich hälftige Eintrittspflicht anerkannt, da sie mit der Beklagten zu 1 von einem Mitverschulden ausgeht. Erstinstanzlich wurde der Klage zunächst in vollem Umfang stattgegeben, das OLG Schleswig ging dagegen von einem Mitverschulden der Klägerin aus.

1 BGH, Urteil des VI. Zivilsenats vom 17.6.2014 – VI ZR 281/13 – Fahrradhelm, VersR 2014, 974-976; der Volltext findet sich unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Sort=3&Art=pm>, aufgerufen am 14.7.2014.

II. Politisierung in der Presse: „Keine Helmpflicht durch die Hintertür“?

Dass der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Entscheidung des OLG nun aufgehoben hat, ist überzeugend. Nur hat sich in der Presse ganz allgemein die griffige Formel der „Helmpflicht durch die Hintertür“ durchgesetzt, die der Bundesgerichtshof abgelehnt habe.² Dies ist aus rechtlicher Sicht ungenau und unterschlägt wichtige Aspekte des konkreten Falls.

Irreführend ist die Formel deshalb, weil auch die Vorinstanz strenggenommen keine Pflicht, sondern nur eine Obliegenheit angenommen hat. So ein Verhaltensmaßstab, dessen Nichtbeachtung rechtliche Nachteile wie eben ein Mitverschulden mit sich bringen kann, ist zum Beispiel auch das Einhalten der Richtgeschwindigkeit auf der Autobahn, die in vielen Gerichtsentscheidungen ebenfalls haftungsrechtlich als relevant angesehen wurde.³

Dass hier etwas durch die „Hintertür“ eingeführt worden wäre, suggeriert im Übrigen, dass die Etablierung der Obliegenheit durch Gerichte eine illegitime Kompetenzüberschreitung sei. Zum Teil mag dies auf der Vorstellung beruhen, dass Gerichte die Gesetze ohne schöpferische Eigenleistung anzuwenden hätten. Dies entspricht einer unrealistischen gesetzespositivistischen Vorstellung, dass alle verbindlichen Rechtsentscheidungen bis ins letzte Detail vom Gesetzgeber zu treffen seien, Gerichte aber bar jeder eigenen normativen Verantwortung und – in den Worten Montesquieus – „nichts als der Mund, der die Worte des Gesetzes spricht“, sind.⁴

Eine Helmpflicht als Ordnungswidrigkeitstatbestand wäre tatsächlich Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Im Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht als Teilbereich des öffentlichen Rechts geht es darum, das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Staat zu klären, das im Zweifel – siehe das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG – zugunsten der Freiheitsrechte des Bürgers und der gesellschaftlichen Autonomiesphären auszulegen ist. Pflichten der Bürger im Verhältnis zum Staat können insofern nur auf gesetzlicher Grundlage etabliert werden; dies ist insbesondere so, wenn sie strafbewehrt sind.⁵ Zivilgerichte dagegen können sich nicht unter Verweis auf die mangelnde Eindeutigkeit der Gesetze aus der Verantwortung stehlen, wenn sie Verhaltensweisen, mit denen Privatpersonen die Rechte anderer Privatpersonen berühren, rechtlich bewerten müssen.⁶

Insofern ist die BGH-Entscheidung nicht als eine Bestätigung der Auffassung zu verstehen, dass Gerichte sich nicht anmaßen dürften, Verhaltensanforderungen zu erheben, die nicht auf gesetzlicher Grundlage beruhen. Die Entscheidung, dass einer Fahrradfahrerin ohne Helm bei einer vermeidbaren Kopfverletzung keine Mitschuld gemäß § 274 Abs. 2 BGB angerechnet werden kann, hat vorläufigen Charakter. Der Bundesgerichtshof hat angenommen, dass es zum Zeitpunkt des Unfalls ein entsprechendes Verkehrsbewusstsein noch nicht gegeben habe, nach dem das Tragen von Fahrradhelmen erforder-

2 So etwa Deutschlandfunk vom 17.6.2014: „Keine Helmpflicht durch die Hintertür“; mit Fragezeichen vor der Bekanntgabe der BGH-Entscheidung noch FAZ vom 15.6.2014, zwei Tage später dann Bildunterschrift: „Radfahrer in München: Keine Helmpflicht durch die Hintertür“. Ähnliche Formulierungen verwendeten Legal Tribune Online, Tagesschau, die Welt, der Stern und Die Zeit.

3 BGH NJW 1992, 1684, 1685 f.

4 Les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi, C. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris 1973 <1748>, Bd. I, Buch XI, Kap. VI, S. 176.

5 Vgl. BVerfGE NJW 2010, 3209, 3210.

6 E. Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, Tübingen 2007, S. 104.

lich und zumutbar gewesen wäre.⁷ Dies lässt die „Hintertür“ einer künftigen Wandlung des Verkehrsbewusstseins ausdrücklich offen. Klargestellt hat der Bundesgerichtshof jedoch, dass es nicht Sache einzelner Gerichte sein kann, Verhaltensmaßstäbe zu etablieren, die im Verkehr bisher nicht praktiziert und als gültig anerkannt werden.

III. Methodenprobleme der Konkretisierung von Sorgfaltsmaßstäben

Der Gesetzgeber hat in § 254 BGB den Fall geregelt, dass bei der Entstehung eines Schadens den Geschädigten ein Mitverschulden trifft. Die Verpflichtung und der Umfang des Schadensersatzes richten sich nach den Umständen, insbesondere nach den Verursachungsanteilen. Im zweiten Absatz ist unter anderem klargestellt, dass dies auch gilt, wenn der Geschädigte es unterlassen hat, den Schaden zu mindern. Das Gesetz lässt dabei einen weiten Interpretationsspielraum.

Wenn ein Unterlassen zu einer nachteiligen Rechtsfolge führt, ist Vorsicht geboten, da es auf einen offenen Horizont prinzipiell unbegrenzter Handlungsoptionen bezogen und ausufernd interpretiert werden kann. Das Unterlassen kann sich daher nur auf solche Handlungsmöglichkeiten beziehen, zu denen eine Pflicht oder Obliegenheit besteht. Das Gericht muss die entscheidenden Sorgfaltsmaßstäbe konkretisieren und tut dies im Fall des Mitverschuldens am Maßstab des sorgfältigen und verständigen Menschen.⁸ Aber auch dieser Maßstab ist denkbar weit und lässt die Methode offen, durch die ihn das Gericht konkretisieren soll.

Hinsichtlich der Vorgehensweise zur Konkretisierung solcher offenen Standards gibt es verschiedene Alternativen.⁹ Grundsätzlich wird im Folgenden zwischen einer hermeneutischen Methode, quantitativer Sozialwissenschaft und ökonomischer Analyse unterschieden.

1. Auslegungsprobleme

Die Notwendigkeit einer Hermeneutik stellte sich historisch zunächst bei der Auslegung autoritativer Texte (etwa der Bibelexegese). Hermeneutik soll Antwort geben auf die Frage, wie sich der Sinn eines Texts erschließen lässt, wenn er sich nicht unmittelbar aus der wörtlichen Bedeutung unter Zugrundelegung eines alltagssprachlichen Verständnisses ergibt, so dass weitere Bedeutungsebenen erschlossen werden müssen.¹⁰

a) Unbestimmtheit des Willens des Gesetzgebers

Ausgangspunkt der modernen Hermeneutik war die Vorstellung eines Dualismus zwischen Wortlaut und psychologischem Schöpfungsprozess.¹¹ Auf die Auslegung von Ge-

7 BGH VersR 2014, 974, 975 f., Rz. 21.

8 Unter Verweis auf das Reichsgericht, BGHZ 4, 170, 174.

9 Vgl. A. Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004, S. 131 ff.

10 So unterschieden der um Christi Geburt lebende jüdische Theologe Philon von Alexandria und der Kirchenvater Origines (185–254 n. Chr.) eine buchstäbliche und eine allegorische Deutung der heiligen Schrift, K. Joisten, Philosophische Hermeneutik, Berlin 2009, S. 35 ff.

11 Schleiermacher stellte sich im Sinne des romantischen Werkverständnisses die Aufgabe, „die Rede besser zu verstehen als ihr Urheber“, was durch eine interne Rekonstruktion der subjektiven Her-

setzestexten übertragen, geht es bei der Frage nach der „Intention des Autors“ darum, den Wortlaut zu überschreiten, um den Willen des demokratischen Souveräns zu „erkennen“.¹²

Am Fahrradhelm-Fall wird deutlich, wie problematisch die Vorstellung sein kann, „jenseits“ des Wortlauts dem historischen Willen des Gesetzgebers nachzuspüren: Als der im Wesentlichen unveränderte § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896 erlassen wurde, war der städtische Straßenverkehr im Wesentlichen von Pferdefuhrwerken und Straßenbahnen geprägt. Die Verwendung des noch heute üblichen, damals als „Sicherheitsniederräder“ bezeichneten Fahrradtyps mit Kettenantrieb, Übersetzung und pneumatischen Rädern setzte sich langsam bei breiten Bevölkerungsschichten durch, nachdem die ersten Hochräder tatsächlich hohe Sturzrisiken mit sich gebracht hatten und vor allem von sportlichen Herren gefahren wurden.¹³ Die heutigen Fahrradhelme waren damals unbekannt, es gab allenfalls aus Leder gefertigte und gepolsterte Sturzringe. Eine Massenfertigung und -nutzung von Automobilen, die heute die wichtigste Gefährdung für Fahrradfahrer darstellen, setzte erst in der Zwischenkriegszeit ein. Von grundsätzlichen Einwänden gegen die subjektiv-historische Auslegung ganz abgesehen, die auf die Unverfügbarkeit des gesetzgeberischen Willens jenseits seiner konkreten Äußerungen abzielen, wäre es in diesem Fall besonders absurd, den Willen des konkreten historischen Gesetzgebers beim Erlass des § 254 BGB hinsichtlich der Frage des Fahrradhelmtragens auf heutigen Straßen zu befragen.¹⁴

Auch andere bei der Auslegung zu beachtende Verständnishorizonte, die Gesetzessystematik und der Sinn und Zweck der Norm, helfen hier nicht wirklich weiter. Berücksichtigt werden muss jedoch die oben bereits genannte Tatsache, dass es sich bei dem Mitverschulden um eine haftungsrechtliche Obliegenheit handelt, nicht um eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Als Normzweck des § 254 BGB wird die Verantwortlichkeit des Geschädigten für sein Verhalten im Hinblick auf die Schadensentstehung angesehen.¹⁵ Wer „die Sorgfalt außer Acht lässt, die nach Lage der Sache erforderlich erscheint, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, [muss] den Verlust oder die Verkürzung seines eigenen Schadensersatzanspruchs in Kauf nehmen“.¹⁶

Allerdings verweist diese vom Bundesgerichtshof vorgenommene Formulierung des Rechtsgedankens des § 254 BGB ihrerseits auf einen unbestimmten Rechtsbegriff, nämlich die „Sorgfalt [...], die [...] erforderlich erscheint“. Für die konkrete Frage nach einer Obliegenheit zum Tragen von Helmen gibt diese Erläuterung in ihren dürren Worten nichts her. Sie verweist nicht auf rechtliche Bewertungen, die sich durch Gesetzesauslegung begründen ließen, sondern auf außerrechtliche, größtenteils praktischen Erfordernissen geschuldete Einschätzungen.

vorbringung möglich sei, Joisten (Fn. 10), S. 95 ff.; vgl. auch die Kritik bei Gröschner, Dialogik und Jurisprudenz, Tübingen 1982, S. 92.

12 So die subjektive Auslegungstheorie, die im 19. Jh. unter anderem von Bernhard Windscheid, Georg Jellinek und Ernst Rudolf Bierling vertreten wurde, M. Klatt, Theorie der Wortlautgrenze, Baden-Baden 2004, S. 46 m.w.N.

13 Dies ist ein bekanntes Beispiel für sozio-kulturelle Einflüsse auf die Technikentwicklung, Wiebe Bijker, *Of Bicycles, Bakelite and Bulbs: Towards a Theory of Sociotechnical Change*, 1997.

14 Zu den grundsätzlichen Einwänden der objektiv-historischen Auslegung gegenüber dem Subjektivismus, vgl. K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl., Stuttgart 1997, 106 ff.

15 BeckOK BGB/Lorenz, § 254 BGB Rn. 1.

16 BGHZ 3, 46, 49, unter Verweis auf die Rspr. des Reichsgerichts.

b) Sachverhaltsbeschränkung

Die Fokussierung der Rechtsmethodologie auf autoritative Texte wie Gesetze und Gerichtsurteile geht oft mit einer Vernachlässigung der Methodik im Umgang mit den rechtlich zu beurteilenden Tatsachen einher. Tatsächlich kann eine sorgfältige Aufarbeitung des Sachverhalts wichtige Weichenstellungen für die rechtliche Entscheidung geben.

Auch im Fahrradhelm-Fall werden, sowohl in den Gerichtsentscheidungen als auch in der politisierten öffentlichen Debatte, konkrete Umstände des lebensweltlichen Konflikts ausgeblendet. Das Problem ist dabei nicht, dass sich der Sachverhalt auf bestimmte Tatsachen beschränkt und andere ausklammert oder dass bestimmte Deutungen vorgenommen werden: Dies trifft allgemein für juristische Sachverhalte zu. Allerdings scheint sich die Auswahl einseitig nach dem Für-und-Wider des Tragens von Fahrradhelmen zu richten. Andere für die rechtliche Bewertung des Falls relevante Details bleiben unberücksichtigt.

Die Unfallverursacherin stand nach Presseberichten mit einem BMW im „Halteverbot“ und habe die Fahrertür, offenbar ohne den von hinten kommenden Verkehr zu beobachten, unmittelbar vor der Fahrradfahrerin „aufgerissen“. Das zur Bewertung der Mitverschuldensanteile erhebliche Stehen im Halteverbot wurde vom Landgericht, das ja in erster Instanz eine Obliegenheit zum Tragen eines Helms verneint hatte, nicht in die Sachverhaltsdarstellung aufgenommen. Dies ist insofern folgerichtig, als es ein Mitverschulden der Fahrradfahrerin abgelehnt hat. Warum das OLG sie bei der Berufung, die ja auch Sachfragen zu klären hat, ebenfalls nicht in den Sachverhalt aufgenommen hat, ob aus Gründen der Darlegungs- und Beweislast, wegen vermeintlicher rechtlicher Unerheblichkeit oder schlicht aus Unachtsamkeit, geht aus den veröffentlichten Entscheidungen nicht hervor. Die Missachtung von Park- und Halteverboten, die im deutschen Straßenverkehr mittlerweile fast zur Normalität gehört, schien möglicherweise nicht erwähnenswert.

Wenn die Beklagte tatsächlich im Halteverbot geparkt hat, hätte sie ihr Fahrzeug nach § 12 Abs. 2 StVO an dieser Stelle nicht verlassen dürfen. Gemäß § 14 Abs. 2 StVO muss überdies beim Ein- oder Aussteigen eine Gefährdung anderer am Verkehr Teilnehmender ausgeschlossen werden. Allein schon der Verstoß gegen § 14 Abs. 2 StVO durch plötzliches und unachtsames Öffnen der Fahrertür gilt auch an Orten, wo das Halten erlaubt ist, nach der Rechtsprechung als grobe Fahrlässigkeit, die eine Fahrradfahrerin selbst dann nicht erwarten muss, wenn sie gemäß § 5 Abs. 8 StVO in mäßiger Geschwindigkeit ein im Stau stehendes Taxi rechts überholt.¹⁷ Immerhin hat auch das OLG Schleswig auf die grobe Fahrlässigkeit des Öffnens der Fahrertür in den Gründen zum Fahrradhelm-Fall hingewiesen (Rz. 24).

Das Unfallopfer, das einen ihr gut bekannten Weg von wenigen hundert Metern in der knapp 6000 Einwohner zählenden Kleinstadt Glücksburg bei Flensburg mit entsprechend überschaubaren Verkehrsrisiken vor sich hatte, war ohne Chance, das in doppelter Hinsicht regelwidrige Verhalten vorauszusehen. Auch ein Fahrradhelm hätte nichts zur Unfallvermeidung geholfen. Es gibt sogar Hinweise, dass Kraftfahrzeugfahrer sich weniger rücksichtsvoll gegenüber Radfahrern verhalten, die mit Helm fahren.¹⁸

¹⁷ OLG Hamm, NZV 2000, 126.

¹⁸ I. Walker, Drivers overtaking bicyclists: Objective data on the effects of riding position, helmet use, vehicle type and apparent gender, *Accident Analysis and Prevention* 39 (2006), 417-425.

Mit seiner Entscheidung einer Mitverschuldensquote von 20% hatte das Berufungsgericht der Fahrradfahrerin zu einem erheblichen Teil gewissermaßen den Schutz des Vertrauens darauf entzogen, dass sich andere Verkehrsteilnehmerinnen ihr gegenüber rücksichtsvoll und regelkonform verhalten. Die Klägerin wurde insoweit auf Selbstschutz verwiesen.

c) Sorgfaltswidrige Berufung auf Literatur

Nicht nur die Sachverhaltsdarstellung und Entscheidung des Falles, auch ihre Begründung durch das Berufungsgericht war in vieler Hinsicht fragwürdig. Grundsätzlich hat das OLG Schleswig für seine Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs auf andere Gerichtsentscheidungen und Rechtsauffassungen zum Mitverschulden verwiesen und auf den zu entscheidenden Fall zu beziehen versucht. Es werden dabei jedoch Schwächen deutlich: Neben einer ergebnisorientiert wirkenden Auswahl der Gerichtsentscheidungen, welche die eigene Lesart stützen sollen, werden Aussagen und Werturteile aus der Literatur übernommen, ohne sie auf ihre Reichweite und Geltungsbedingungen zu befragen.

Das OLG bezeichnet das besondere Verkehrsrisiko, dem Fahrradfahrer ausgesetzt sein, als „[e]ntscheidend“ für die Obliegenheit zum Tragen von Helmen. Das Gericht führt dazu im darauf folgenden Satz aus, dass „der heutige Straßenverkehr besonders dicht [sei], wobei motorisierte Fahrzeuge dominieren und Radfahrer von Kraftfahrern oftmals nur als störende Hindernisse im frei fließenden Verkehr empfunden werden“. Es folgen weitere Ausführungen über die Ungeschütztheit von Fahrradfahrern im öffentlichen Straßenverkehr.

Nun wurde die oben zitierte, für die Entscheidungsbegründung zentrale Passage vom OLG Schleswig ohne präzise Nennung von Autor oder Fundstelle und ohne Kenntlichmachung des Zitats aus dem Geigel, einem gängigen Handbuch zum Haftungsprozess, mit unwesentlichen Änderungen wörtlich übernommen. Formuliert hat sie in der Auflage von 2011 der Bearbeiter Gerhard Knerr, seinerseits Richter am saarländischen OLG.¹⁹ Mit dem Argument begründet auch Knerr schon seine Meinung eines Mitverschuldens von Radfahrern, die ohne Helm an Verkehrsunfällen beteiligt sind. In den Entscheidungsgründen sollen damit die Risiken verdeutlicht werden, die Radfahrern faktisch drohen.

Das Problem bei dieser Vorgehensweise ist weniger, dass ein Gericht bei seiner Entscheidungsbegründung möglicherweise im urheberrechtlichen Sinn in das geistige Eigentum des zitierten Autors eingegriffen hat.²⁰ Ob die nicht als Zitat ausgewiesene Passage Schöpfungshöhe hat, kann daher offen bleiben. Es geht vielmehr darum, wie es um die Legitimität einer Gerichtsentscheidung bestellt ist, deren Begründung auf offenbar ungeprüft übernommenen argumentativen Versatzstücken beruht. Die oberflächliche Weise, mit der Meinungen aus anderen Kontexten per „copy & paste“ übernommen werden, ist vielmehr symptomatisch für einen bestimmten sorglosen Umgang mit Begründungen.

Dass Gerichte – nicht anders als andere Autoren auch – sich häufig auf andere, nicht von den Richtern persönlich verantwortete Texte beziehen und dabei sozusagen auf

19 G. Knerr, in: Geigel (Hrsg.), *Haftplichtprozess*, 26. Aufl., München 2011, 2. Kap., Rz 58.

20 Ähnlich etwa im Plagiatsfall Guttenberg, vgl. aber H. Dreier, GRUR 2011, 1059 f.

„Schultern von Riesen“ stehen, scheint zunächst einmal kaum der Rede wert.²¹ Die Rechtsprechung ist eine institutionalisierte Praxis, deren Integrität geradezu auf dem Zwang beruht, Entscheidungen unter Bezug auf vorherige Rechtsentscheidungen zu begründen, und die sich dadurch gegen persönliche Idiosynkrasien oder andere sachfremde Einflüsse abschottet.²² Das Stehen auf den Schultern von Riesen ist riskant: Es kann Weitsicht verschaffen, aber einen auch dem Vorwurf der „Hochstaperei“ aussetzen. Welche Möglichkeit sich tatsächlich verwirklicht, hängt davon ab, ob sich die Inanspruchnahme eines rechtsgelehrsam erweiterten Horizonts als gedeckt erweist. Ein fremder Text darf nur in Bezug genommen werden, wenn die Rezipierenden die Autorität des zitierten Textes prüfen, sich die darin geäußerten Aussagen und Wertungen aktiv aneignen oder ihn als einen fremden Standpunkt ausweisen, indem sie ihn, üblicherweise durch Anführungsstriche oder typografische Hervorhebungen, kenntlich machen, so dass klar wird, dass es sich nicht um eine eigene Formulierung handelt.

Ein in der Literatur vertretener Standpunkt ist – anders als ein Gesetz, die Präjudizien des Bundesverfassungsgerichts oder des Europäischen Gerichtshofs oder im selben Rechtsstreit Entscheidungen anderer übergeordneter Gerichte²³ – kein rechtsverbindlicher Text, der es erlauben würde, eine Entscheidung unmittelbar auf ihn zu stützen, ohne seine Urheberschaft extra auszuweisen. Er zwingt nur kraft des besseren Arguments und muss entweder als fremder Standpunkt ausgewiesen oder aktiv angeeignet werden.

Die aktive Aneignung eines in der Literatur vertretenen Standpunkts würde – zumindest in Ansätzen – seine Rekonstruktion voraussetzen: Fremde Standpunkte sollten nicht aus dem Kontext ihrer Begründung gerissen – der zugleich ja seine Geltungsbedingungen definiert – und dann für die eigene Argumentation ausgebeutet werden. Eine intellektuelle Aneignung setzt vielmehr voraus, dass die Anschlussfähigkeit des fremden Standpunkts an das *eigene Dafürhalten* überprüft wird.²⁴ Er wird durch inferentielle Vernetzung zu einem berechtigten Teil der normativen Ziele und Überzeugungen, auf die man sich als Individuum oder als Institution selbst festgelegt hat und fortlaufend festlegt – und sei es nur durch eine gelungene Paraphrase in eigenen Worten.

Für den unsorgfältigen Umgang mit der Literatur mag eine Rolle gespielt haben, dass es sich bei dem Bearbeiter des Kapitels zum Mitverschulden im Geigel zugleich um einen Richterkollegen handelt. Kommt seiner Meinung damit möglicherweise *von Amts wegen* die Autorität zu, die ein Gericht berechtigen würde, sie als Begründung für eigene Entscheidungen zu verwerten? Nun, es kann ja bei der Autorität, mit der Recht gesprochen wird, nicht um die persönliche Autorität eines Verfassers gehen, der in diesem Fall nur eine Literaturmeinung geäußert und nicht Recht gesprochen hat. Die Autorität des Textes ist entscheidend, die vor allem von der Textgattung (Gerichtsentscheidung oder Literaturkommentar) abhängt, aber auch von weiteren Unterscheidungen wie der zwischen

21 Bernhard von Chartres, zitiert nach J. von Salisbury, in: MacGarry (Hrsg.), *The Metalogicon of John of Salisbury*, Berkeley 1955, Buch 3, Kap. 4, S. 167.

22 So jedenfalls N. Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1997, S. 38 ff.; ähnlich aber auch neuere Ansätze einer normativen Pragmatik, R. Christensen/M. Sokolowski, *Neo-Pragmatismus: Brandom*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl. Stuttgart 2009, S. 285 ff.

23 Vgl. E. Benda/E. Klein/O. Klein, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg 2012, § 24 Rn. 807 ff.

24 Zum neopragmatischen Beispiel der Gerichtspraxis als Spiel des Gebens und Forderns von Gründen, vgl. Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 2013, S. 303.

ratio decidendi und *obiter dictum*. Knerr gibt seinerseits eine Auffassung wieder, deren Herkunft und Geltung dunkel bleibt, wenn er behauptet, dass „Radfahrer von Kraftfahrern oftmals nur als störende Hindernisse im frei fließenden Verkehr empfunden“ würden [Hervorh. v. Verf.].

Die Risiken des Fahrradfahrens werden aus der Tatsache gefolgert, dass Radfahrer keine Knautschzone hätten, eine relativ hohe Fallhöhe, keine Möglichkeit, sich mit den Händen abzustützen, und mit höherer Geschwindigkeit als Fußgänger unterwegs wären. Tatsächlich scheinen die Risiken des Fahrradfahrens pro Kilometer jedoch insgesamt nicht größer zu sein als die des Autofahrens. Eine britische Studie geht sogar davon aus, dass Fahrradfahren etwas sicherer ist.²⁵

Selbst wenn es sich beim Fahrrad um ein besonders riskantes Verkehrsmittel handeln würde, ergäbe sich die Helmpflicht nicht als zwingende Folge. Im Ergebnis bleiben die Interessen der Fahrradfahrer bei den Schlussfolgerungen, die das Berufungsgericht aus der Verletzbarkeit dieser Gruppe von Verkehrsteilnehmern zog, unbeachtet. Obwohl Fahrradfahrer einen Anteil von bis zu knapp einem Viertel am Stadtverkehr ausmachen und immer häufiger anzutreffen sind, werden sie in der Perspektive des OLG geradezu aus der Normalität des „frei fließenden Verkehrs“ hinausdefiniert. Dass sie den Straßenverkehr entlasten können, tritt hinter der subjektiv wahrgenommenen Störung des Verkehrs zurück.²⁶ Statt wegen tatsächlich bestehender Risiken des Fahrradfahrens erhöhte Pflichten der Kraftfahrer zur Rücksichtnahme auch nur zu erwägen, stellt das Berufungsgericht Vorkehrungen zum Selbstschutz als zwingend dar.

Angesichts der Priorisierung von Selbstschutz vor Rücksicht ist kaum verwunderlich, warum das Gericht nicht auf die naheliegende Idee gekommen ist, den Mitverschuldensanteil der Klägerin trotz einer grundsätzlich angenommenen Obliegenheit zur Helmbenutzung vollkommen zurücktreten zu lassen, obwohl die in mehrfacher Hinsicht verkehrswidrig handelnde Unfallverursacherin die ganz überwiegende Schuld trifft.²⁷

2. Revision per normativer Kraft des faktischen Radfahrerhaltens?

Der Bundesgerichtshof hat die in mehrerer Hinsicht zu beanstandende Entscheidung des OLG Schleswig glücklicherweise revidiert. Seine Argumentation beruht vor allem auf einem statistischen Argument: Innerorts würden nur elf Prozent der Fahrradfahrer einen Helm tragen. Das Argument erscheint als bessere Grundlage, um die Erwartungen der Verkehrsteilnehmer zu ermitteln, als Mutmaßungen. Doch statistische Werte über faktisches Verhalten können nicht ausreichen, um rechtlich relevante Maßstäbe zu ermitteln.²⁸ Wenn sich der Bundesgerichtshof an dem faktischen Verhalten (oder Fehlverhalten) der

25 J. S. Mindell/D. Leslie/M. Wardlaw, Exposure-Based, 'Like-for-Like'. Assessment of Road Safety by Travel Mode Using Routine Health Data, PLoS One 2012, 7.

26 Nach Angaben des Umweltbundesamtes ist der Flächenbedarf des motorisierten Verkehrs um ein Vielfaches größer als der des Fahrradverkehrs, <http://www.umweltbundesamt.de/themen/verkehr-laerm/nachhaltige-mobilitaet/radverkehr>, aufgerufen am 18.8.2014.

27 Vgl. zur Relevanz des Verschuldensgrads bei einem etwaigen Mitverschulden aufgrund des Fahrens ohne Fahrradhelm, H.-J. Scholten, Rechtsfragen rund um das Tragen eines Helms im Straßenverkehr, NJW 2012, 2993, 2995.

28 Vgl. die – allerdings insofern etwas widersprüchliche – Aussage in der Urteilsanmerkung zur Fahrradhelmscheidung des BGH von O. Kääb, FD-StrVR 2014, 360457.

Fahrradfahrer orientiert, könnte das zu einer ebenso einseitigen Perspektive führen wie die vom Berufungsgericht vertretene.

Der Maßstab, von dem der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausgeht, ist wie gesagt die Sorgfalt, „die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt“.²⁹ Das demnach geforderte „verkehrsrichtige“ Verhalten ergebe sich nicht nur aus den geschriebenen Regeln, sondern auch aus den konkreten Umständen und Gefahren im Straßenverkehr. Dabei ginge es um Vorkehrungen, die den Verkehrsteilnehmern zur Gefahrenvorsorge „zumutbar“ seien.

Ungeachtet dieser dogmatischen Selbstbeschreibung, die auf eine normative Wertung verweist, wird im Gerichtsalltag aber häufig auf empirische Fakten abgestellt. In seiner Begründung der Fahrradhelm-Entscheidung bezieht sich der Bundesgerichtshof auf eine Entscheidung von 1979 über eine – mangelnde – Obliegenheit zum Tragen von Helmen bei Kraftträdern vor der gesetzlichen Helmpflicht.³⁰ In dem Fall wurde ein Verkehrsbewusstsein abgelehnt, da dem Gericht keine ausreichenden statistischen Daten dafür vorgelegen hätten.

In einer Entscheidung des OLG Nürnberg von 2013 wird dagegen deutlich, dass es nicht ausschließlich auf die Statistik ankommen kann: Obwohl 80% der Motorradfahrer spezielles Schuhwerk tragen, gäbe es kein allgemeines Verkehrsbewusstsein, dass das Tragen von Turnschuhen nicht verkehrsrichtig sei. Es sei nämlich unklar, ob Motorradstiefel einem generellen Schutzstandard entsprächen oder aufgrund ihrer unterschiedlichen Gestaltung und Robustheit eher als eine Art Modeaccessoires anzusehen wären.³¹

Das Mitverschulden sollte sich insofern nach einem *normativen* Maßstab richten, der wertende oder zumindest intentionale Elemente beinhaltet. Eine statistische Bestimmung von Sorgfaltsmaßstäben erweckt den Eindruck von Objektivität, jedoch werden unter Absehung von normativen Erwägungen keine sachgerechten Entscheidungen getroffen.

Eine Sicht, nach der sich Fahrlässigkeitsmaßstäbe durch bloße empirische Erhebungen über das tatsächliche Verhalten objektiv bestimmen lassen, lässt kaum Rückschlüsse auf gesellschaftliche Normen zu, die für alle Verkehrsteilnehmer akzeptanzfähig sind. Wenn sich die Mehrheit von Verkehrsteilnehmern wider besseres Wissen unvernünftig verhält und dabei primär sich selbst gefährdet, mag dies ein Ausdruck ihrer Freiheit sein. Nur sollte manifest unvernünftiges Verhalten, etwa die mehrheitliche Überschreitung der Richtgeschwindigkeit auf Autobahnen, nicht zu Lasten anderer Verkehrsteilnehmer gehen. Die Frage ist dementsprechend, ob Dritte im Verkehr grundsätzlich erwarten dürfen, dass Fahrradfahrer sich mit einem Helm schützen.

Nun ist die Helmpflicht, bei der es um die Beurteilung von Verhalten geht, das primär für wichtige eigene Rechtsgüter riskant ist und Rechtsgüter anderer nur am Rand betrifft, mit dem Fall der Richtgeschwindigkeit nur bedingt vergleichbar. Wenn es um die primäre Vorsorge für wichtige *eigene* Rechtsgüter wie Leib und Leben geht, dürfen gemäß der *ratio* des § 254 BGB die Anforderungen nicht überspannt werden. Ansonsten würde das Gericht einer Mehrheit der Verkehrsteilnehmer ohne gesetzlichen Auftrag Unvernunft unterstellen. Wenn für die Konkretisierung riskant-selbstgefährdenden Verhaltens – wie auch im Fahrradhelm-Fall – oft nur deskriptive Nachweise herangezogen werden, erscheint dies für solche Fälle geeignet, in denen sich keine normativen Gesichtspunkte

29 BGH, VersR 2014, 974, 975.

30 BGH, Urteil vom 30.1.1979 – VI ZR 144/77, VersR 1979, 369, 370.

31 OLG Nürnberg, NJW 2013, 2908 (2909).

einer Gefährdung oder Schädigung Dritter aufdrängen. Der ganz überwiegenden Mehrheit der Radfahrer im innerstädtischen Verkehr wird damit eine Art Einschätzungsprärogative zu Gute gehalten.

Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass lediglich zum Unfallzeitpunkt noch kein entsprechendes Verkehrsbewusstsein bestand. Insofern verbleibt die Unsicherheit, ob sich die Wertung der Mehrheit der Fahrradfahrer nicht doch als unvernünftig erweist und inzwischen ein Wandel des Verkehrsbewusstseins eingetreten ist oder unmittelbar bevorsteht. Der Verweis auf die Statistik hilft auch insofern nicht weiter, als unklar ist, ab welcher Prozentzahl ein allgemeines Verkehrsbewusstsein angenommen werden kann.

3. Ökonomische Analyse: Ein Ausweg... auf ein zu weites Feld

Für die Nöte der Gerichte hält der Markt methodologischer Möglichkeiten eine weitere Alternative bereit, die eine objektive Bewertung normativer Fragen auf der Grundlage von Marktpreferenzen verspricht. Auch wenn davon in Kontinentaleuropa bislang wenig Gebrauch gemacht wurde, hat diese Methode international, v.a. in den USA, starke Resonanz gefunden. Sie basiert auf der Annahme, dass rationale Entscheidungen grundsätzlich auf einer eigeninteressierten Kosten-Nutzen-Kalkulation beruhen. Dies soll für individuelle Entscheidungen nach dem Modell des „homo oeconomicus“ ebenso wie auch für kollektiv-verbindliche Entscheidungen gelten. Eine Gerichtsentscheidung ist demnach dann legitim, wenn aus ihr ein maximaler Wohlfahrtsgewinn resultiert. Bezogen auf die Sorgfaltsmaßstäbe im Haftungsrecht ist nach der sogenannten „Learned Hand“-Formel zur Vorsorge verpflichtet, wer dazu am kostengünstigsten in der Lage ist.

Tatsächlich gab es zur Zeit der Entscheidung des Falles durch den Bundesgerichtshof eine gerade an der Universität Münster durchgeführte ökonomische Studie über die Kosten und Nutzen einer Helmpflicht. Auf eine für Nicht-Ökonomen im Einzelnen offen gesagt schwer nachvollziehbare Weise wird in der Studie ein Modell mit verschiedenen Grundannahmen entworfen, in das unterschiedliche Faktoren aus anderen, früher durchgeführten Studien mit entsprechend älteren Daten einbezogen werden.³² Der Ökonomeprofessor, der diese Studie verfasst hat, präsentiert die Bilanz schließlich in Form eines quantifizierbaren Wohlfahrtseffekts durch Einführung der Helmpflicht und einer Handlungsempfehlung. Als Ergebnis wird angegeben, dass sich die Einführung einer Helmpflicht für Deutschland nicht lohnen würde.

Selbstverständlich kann eine solche Studie nicht alle wohlfahrtsökonomisch relevanten Effekte erfassen. Immerhin wird ein Teil dieser unberücksichtigt gebliebenen Faktoren auf transparente Weise von dem Autoren ausgewiesen. Sie hätten aber keine statistische Signifikanz oder es ginge um geringe Geldwerte (so etwa die Entlastung des Kraftverkehrs durch Fahrradfahren oder die unter Umständen mangelnde Bereitschaft, den Helm auf effektive und sachgemäße Weise zu tragen).

Es ist weitgehend beliebig, was für Kosten- und Nutzenfaktoren in die Gleichung einbezogen werden. Ob nur die Vermeidung von Behandlungskosten für Kopfverletzungen durch Helme berücksichtigt wird oder auch das durch eine australische Studie belegte Argument, dass eine Helmpflicht viele vom Fahrradfahren und damit von gesunder kör-

32 G. Sieg, „Costs and benefits of a bicycle helmet law for Germany“, Institute of Transport Economics Münster, Working Paper No. 21, März 2014.

perlicher Bewegung abhalten würde. Kaum genau zu quantifizieren ist, welchen Beitrag das Fahrradfahren zur Lärmvermeidung, zum Klima- und allgemein zum Umweltschutz leistet. Es ließe sich gar überlegen, wie sich eine Helmpflicht auf Arbeitsplätze in den verarbeitenden Industrien auswirkt und ob Fahrradfahrer mit Helm mehr (oder weniger) Geld für Dienstleistungen wie Friseurbesuche ausgeben.

Weil im Sozialen alles mit allem zusammenhängt und sich dynamisch weiterentwickelt, kann die Frage nach den ökonomischen Folgen einer Verhaltensregel nie wirklich umfassend und abschließend beantwortet werden. Nach ökonomischen Kriterien vermeintlich objektiv getroffene Gerichtsentscheidungen würden schlicht dadurch präjudiziert, wie die Auswahl der als relevant erachteten Kosten und Nutzen sowie der Zeitpunkt und die Methoden ihrer Quantifizierung bestimmt werden.

Zudem geht aus der – an sich sehr zu begrüßenden – Offenlegung der Faktoren hervor, dass zur Berechnung der durch Fahrradhelme vermiedenen oder durch alternative Verkehrsmittel verursachten Verkehrstoten ein durchschnittliches Menschenleben mit 1.574.000 Euro bewertet wird. Die monetäre Bewertung des Menschenlebens ist ein Beispiel dafür, dass die ökonomische Analyse normative Fragen aufwirft, zu deren Beantwortung sie selbst wenig beitragen kann und die an dieser Stelle tatsächlich auf ein viel zu weites und darüber hinaus normativ vermintes Feld führen würde.³³

IV. Normrezeption und Technikentwicklung

Die Vorstellung, rechtliche Entscheidungen auf wertfreie, quasi-objektive Weise fällen zu können, greift zu kurz, weil menschliches Handeln grundsätzlich normorientiert ist.³⁴ Dies bleibt sowohl bei Effizienzkalkulationen als auch bei quantitativen Statistiken über rein faktisches Verhalten als Entscheidungsgrundlage unberücksichtigt: In beiden Fällen kann kein normativ verbindlicher Geltungsanspruch begründet werden.

Dies muss jedoch nicht bedeuten, dass normative Maßstäbe nur aus dem Recht selbst zu erhalten wären, und nicht auch – zumindest implizit – in der gesellschaftlich gelebten Praxis zu finden wären. Es gibt vielmehr so etwas wie ein „lebendes Recht“ des Straßenverkehrs. Um diese Maßstäbe zu rezipieren, ist allerdings eine sinnhafte Deutung nötig. Mit ihr wird anerkannt, dass menschliches Handeln nicht eindimensional an der Verfolgung allgemein vorausgesetzter Ziele (z.B. Gewinnmaximierung) ausgerichtet ist. Handeln, einschließlich der Benutzung bestimmter technischer Artefakte wie Fahrradhelme, erscheint immer auch als wertrational. Es ist Ausdruck einer Orientierung an unterschiedlichen selbstgewählten Zwecken.

Tatsächlich stehen gesellschaftliche Wertungen mit der Technikentwicklung in Zusammenhang und unterliegen der Veränderung. Die Nutzung von Fahrradhelmen entspricht in ihrer Orientierung am Selbstschutz einer Entwicklung im Kraftfahrzeugverkehr, nämlich der zunehmenden Verbreitung von „stadtfein“ gemachten Geländewagen (sogenannten SUVs), die vor allem wegen ihrer Sicherheit als Familienauto beworben werden.

33 Joachim Vogel spricht treffend vom Primat der Wirtschaft über Recht und Politik, der in einer normativ gewendeten ökonomischen Analyse des Rechts zum Ausdruck käme und der dem Standpunkt des Grundgesetzes fremd sei, ders., *Juristische Methodik*, Berlin/New York 1998, S. 127.

34 Für eine fundamentale Bedeutung der Normativität für menschliche Praxis, R. Brandom, *Pragmatik und Pragmatismus*, in: Sandbothe (Hrsg.), *Die Renaissance des Pragmatismus*, Weilerswist 2000, S. 29, 42 ff.; siehe auch Winkler, JZ 2009, 821, 822.

Während die Sicherheit für die Fahrzeuginsassen eines SUV steigt, sinkt sie nach einer Studie der Unfallforschung der Versicherer für ihre Unfallgegner.³⁵ Wegen der höheren Masse und stabileren und höher angebrachten Stoßstangen kommt es häufiger zu schweren Verletzungen oder Todesfällen – wobei ein entsprechend erhöhter haftungsrechtlicher (Mit-)Verschuldensanteil der SUV-Fahrer bisher offenbar nicht in Erwägung gezogen wurde. Diese Form des Selbstschutzes mit negativen Auswirkungen für die Sicherheit anderer Verkehrsteilnehmer resultiert in einer kollektiven Dynamik, in einer Art Wettrüsten der Knautschzonen und Pferdestärken, das jeweils auf einzelnen zweckrationalen Entscheidungen beruhen mag, aber gesamtgesellschaftlich zu kollektiver Unvernunft führt.

Die Obliegenheit zum Tragen von Fahrradhelmen ist mit dem Fall der Aufrüstung der Knautschzonen zugegebenermaßen schwer vergleichbar, da aus dem Tragen von Fahrradhelmen keine nennenswerten Risiken für Dritte resultieren. Aber auch der Helm hat eine solche, wenn auch schwächer ausgeprägte, normative Dimension. Die Unausweichlichkeit der sich plötzlich öffnenden Fahrertür legt die Frage nahe, ob die Fahrradfahrerin in diesem Fall nicht ein *Recht auf Rücksichtnahme* hat. Dieses Recht wird relativiert, wenn sie unter Berufung auf den Nutzen eines Helms in Fällen wie diesem teilweise auf Selbstschutz verwiesen werden könnte.

Ein Fahrradhelm mag bloß als ein neutrales Werkzeug erscheinen, mit dem bestimmte Zwecke effektiv verfolgt werden können. Tatsächlich kann in ihm zum Ausdruck kommen, dass Eigenvorsorge wichtiger als Rücksicht genommen wird. Das instrumentelle Verhältnis zwischen Mensch und Technik lässt sich dabei durchaus umkehren: Der Radfahrer macht etwas mit dem Helm, um bestimmte Ziele zu erreichen, aber das Tragen des Helms macht auch etwas mit dem Radfahrer und hat allgemein Auswirkungen auf den Wandel des Verkehrsbewusstseins. Besonders naheliegend ist diese Umkehrung des instrumentellen Verhältnisses dann, wenn ein Verhalten rechtlich erzwungen wird, wenn es also nicht der inneren Überzeugung des Fahrradfahrers entspricht, einen Helm zu tragen. Um einen dauerhaften Widerspruch zwischen Verhalten und Überzeugungen zu vermeiden, passt der Fahrradfahrer seine Überzeugungen gegebenenfalls an.³⁶

Eine ergebnisoffen durchgeführte Untersuchung der Motivation für das Helmtragen könnte aber auch ergeben, dass es ein Ausweis besonders verantwortlichen Verhaltens ist. Fahrradhelme könnten z.B. typischerweise von Familienvätern oder -müttern getragen werden, weil sie befürchten, dass ihre Kinder nach einem Unfall ohne Versorgung da stehen. Ein Wandel des Verkehrsbewusstseins wäre erfolgt, wenn es zunehmend als unverantwortlich gilt, ohne Helm Fahrrad zu fahren.

Bei dem Verkehrsbewusstsein handelt es sich trotz seiner eher unglücklichen Bezeichnung nicht um ein psychisches Phänomen. Auch bei der Deutung menschlichen Verhaltens ist es weder möglich noch erforderlich, auf eine im Jenseits kommunikativer Äußerungen liegende psychische Ebene des Bewusstseins, gar eines kollektiven „Verkehrsbewusstseins“, durchzugreifen. Das Verkehrsbewusstsein äußert sich dennoch auf differenziertere Weise als in der reinen Faktizität des Verhaltens. Für die Ermittlung gesellschaftlicher Normen kommt es letztlich auf eine hermeneutische Methode an, die nicht mehr nur auf autoritative Texte, sondern auf expressive Gehalte angewendet wird, die der ge-

35 www.udv.de/de/fahrzeug/suv/sport-utility-vehicles-suv, aufgerufen am 18.8.2014.

36 Vgl. den Begriff der Dissonanzreduktion in der Psychologie, Elliot Aronson/Timothy D. Wilson/Robin M. Akert, Sozialpsychologie, Pearson Deutschland GmbH, 2008, S. 189.

sellschaftlichen Praxis implizit sind. Sie zielt nicht auf subjektive Intentionen, sondern auf konsistent geäußerte Rechtfertigungen als Grundlage von Normativität ab. Deutlich wird ein Wandel des Verkehrsbewusstseins dann, wenn Fahrradfahrer sich genötigt sehen, sich bei ihren Verwandten und Bekannten von sich aus dafür zu rechtfertigen, wenn sie „ausnahmsweise“ keinen Helm tragen, oder wenn Verantwortliche für eine Fahrradtour von ihren Teilnehmern regelmäßig das Tragen eines Helms verlangen.

Die Frage, wann es legitim ist, dass ein Gericht einen gesetzlich nicht bestimmten Sorgfaltsmaßstab rechtlich etabliert, kann nun abschließend präziser beantwortet werden. Der Gesetzgeber darf als politisch legitimates Organ Rechtsentwicklungen in Gang setzen. Gerichte dagegen unterliegen der Bindung an Recht und Gesetz. Sie sind zwar normativ verantwortlich und haben bei ihren Entscheidungen Spielräume, dürfen aber ihre Maßstäbe nicht aus dem Nichts schöpfen. Wenn der Gesetzestext nichts für Wertungen hergibt, dürfen sie nicht ihrer persönlichen Meinung oder scheinbarer wissenschaftlicher „Evidenz“ folgen, sondern müssen sich an Wertungen orientieren, die sich aus der gesellschaftlichen Praxis sowie ihren impliziten – und explizit zu machenden – Geltungsansprüchen erschließen lassen. Dies kann als eine Form „direkter Demokratie“ im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Methodik verstanden werden.

V. Fazit

Aus rechtsdogmatischer Sicht ist auf den ersten Blick kaum nachvollziehbar, warum die Entscheidung des OLG Schleswig eine so heftige öffentliche Reaktion hervorgerufen hat. Die Methoden zur Konkretisierung von Sorgfaltsmaßstäben erweisen sich bei näherer Betrachtung jedoch als unzureichend. Die gesellschaftliche Debatte hat daher durchaus ihre Berechtigung, nur aus rechtsdogmatischer Sicht den falschen Aufhänger: Das Problem ist nicht, dass ein Gericht ein Verhalten ohne gesetzliche Grundlage als sorgfaltswidrig qualifiziert, sondern dass es dabei gängige gesellschaftliche Praktiken und Wertungen unberücksichtigt lässt.

Grundsätzlich kann das Gericht die Verantwortung für eine normativ konsistente Bewertung im jeweils zu entscheidenden Fall oft weder auf den politischen Gesetzgeber noch auf wissenschaftliche Experten abwälzen. Entscheidend sind vielmehr wertende Elemente (z.B. der „ordentliche und verständige Mensch“), die nur unter Verweis auf normative Maßstäbe ermittelt und fortgebildet werden können. Wenn es um Verhaltensweisen geht, mit denen primär Vorsorge für eigene wichtige Rechtsgüter betrieben wird, spricht eine Vermutung für die Vernünftigkeit des üblichen Verhaltens der Mehrheit der Verkehrsteilnehmer. Was als „ordentlich und verständig“ gilt, unterliegt dabei selbst dem Wandel: Nicht umsonst hat sich der Bundesgerichtshof vorbehalten, dass das Tragen von Fahrradhelmen doch noch zur Norm werden könnte.

Wann dies der Fall ist, darf in einer Demokratie weder ins Belieben einzelner Richter gestellt sein noch ergibt es sich aus objektiven Erhebungen des faktischen Radfahrerhaltens, sondern aus – zumeist impliziten – gesellschaftlichen Normen, die in alltäglichen Rechtfertigungsdiskursen über das Tragen von Helmen sichtbar werden.