

Sebastian Schmid

Die Ausübung von Freizeitsport zwischen Freiheit und Regulierung

Übersicht:

I.	Einleitung	11
II.	Zwei Beispiele zur Veranschaulichung	14
III.	Grundrechtseingriff	15
	A. Das vorausgesetzte Recht auf Handlungsfreiheit	17
	B. Das Recht auf Handlungsfreiheit als Ausfluss des Sachlichkeitsprinzips	18
	C. Das nicht gewährleistete Recht auf Handlungsfreiheit	18
	D. Bewertung	19
IV.	Rechtfertigungsgründe	20
	A. Vorverständnis im Hinblick auf ein Selbstbestimmungsrecht	21
	B. Öffentliches Interesse als <i>conditio sine qua non</i>	22
	C. Verhältnismäßigkeit	24
	1. Erforderlichkeit	24
	2. Angemessenheit	25
V.	Ergebnis	28

I. Einleitung

Als der Gesetzgeber im Jahr 2011 die Sturzhelmpflicht für Kinder bis zum 12. Lebensjahr in der Straßenverkehrsordnung festlegte,¹ verzichtete er darauf, die Verletzung dieser Pflicht zur Verwaltungsübertretung zu erklären und stellte ausdrücklich klar, dass das Nichttragen eines Helms auch keine zivilrechtlichen Folgen nach sich ziehen solle.² Die Situation erinnert an eine Juristenweisheit aus den Niederlanden, wo gewisse weiche Drogen zwar verboten sind, Verstöße aber unter bestimmten Voraussetzungen toleriert werden. Sie lautet:

¹ § 68 Abs 6 StVO 1960, eingeführt durch BGBl I 2011/34.

² „Im Falle eines Verkehrsunfalls begründet das Nichttragen des Helms kein Mitverschulden im Sinne des § 1304 [ABGB] an den Folgen des Unfalls.“ Vgl auch IA 1504/A BlgNR 24. GP 5.

„In England ist alles erlaubt, was nicht verboten ist.

In Deutschland ist alles verboten, was nicht erlaubt ist.³

Und in den Niederlanden ist alles erlaubt, auch wenn es verboten ist.“⁴

Hinter dem sanktionslosen Gebot der Helmpflicht steht der Widerstreit zweier Grundpositionen: individuelle Handlungsfreiheit und Selbstbestimmung einerseits, Regulierung und Ausübungsbeschränkungen andererseits. Die schon im römischen und mittelalterlichen Recht⁵ bekannte Regel „Was nicht verboten ist, ist erlaubt“ ist Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit. Sie wird vom Gesetzgeber gewissermaßen negativ festgelegt, indem er ein bestimmtes Verhalten dadurch erlaubt, dass er es nicht verbietet.⁶ Gerade bei der Ausübung von Freizeitsport, insbesondere wenn sie in der freien Natur stattfindet, mag noch ein Rest einer vorzeitlichen Urfreiheit, des weitgehenden Freiseins von auferlegten Regeln, mitschwingen. Intuitiv wird etwa von einem Recht auf Naturgenuss ausgegangen, obwohl seit mehr als hundert Jahren das Betreten der – eben doch nicht ganz so „freien“ – Natur Gegenstand teils heftiger Kontroversen ist.⁷

Dass Freizeitsport weit davon entfernt ist, ein rechtsfreier Raum zu sein, sondern im Gegenteil unzähligen und vielfältigen Geboten und Verboten unterworfen ist, bedarf keiner tiefgründigen Recherche: Die Pflicht zur Benützung von Radwegen,⁸ Surfverbote wie jenes im Rheindelta,⁹ zivilrechtlich sanktionierte Helmpflicht für „sportlich ambitionierte“ Radfahrer,¹⁰ die Zulässigkeit des Raftings ausschließlich „in der gewerbsmäßigen Ausübung

³ Dies ist insofern zutreffend, als das BVerfG im Hinblick auf die allgemeine Handlungsfreiheit ein sog. „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ für zulässig erachtet; vgl BVerfGE 20, 150 (154 f); 80, 137 (161).

⁴ Das Original lautet: „In Deutschland ist alles verboten, was nicht erlaubt ist; in England ist alles erlaubt, was nicht verboten ist; in Rußland ist alles erlaubt, was verboten ist“ und wird *Rudolf von Ihering* zugeschrieben.

⁵ Lat: „Permissa putantur omnia, quae non sunt prohibita.“ Mittelhochdeutsch: „Ist is denne nicht vorboten, so ist is ouch nicht unrecht.“ Siehe zB *Schmidt-Wiegand* (Hrsg), Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter (1996) 326.

⁶ Vgl *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960, Nachdruck 2000) 248; *Weinberger*, Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts (1988) 68 f, weist darauf hin, dass der Satz „Was nicht verboten ist, ist erlaubt“ abhängig davon, ob es sich um ein offenes oder ein geschlossenes Normensystem handelt, „nicht uneingeschränkte Geltung hat“.

⁷ Im Jahr 1914 drohte der Grundeigentümer die Sperrung des Großglockners für Wanderer an und rief dadurch „in der ganzen Öffentlichkeit Entrüstung“ hervor; vgl 4 Blg StenBerichten StmkLT 1. GP 1920 (ohne Seitenzahl); dazu *Lenhoff*, Der verbotene Weg (1909); *ders*, Die Absperrung der Berge. Juristische Bemerkungen zur Glocknerfrage, JBl 1914, 294. *Schauer*, Die Wegfreiheit im Bergland, Gerichts-Zeitung 1919, 161.

⁸ § 68 Abs 1 StVO (BGBl 1960/159 idF BGBl I 2015/123); dazu *Wimmer*, Rechtsgrundlagen für die Benützung von Flächen durch Radfahrer, in: Ganner ua (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen im Radsport (im Druck).

⁹ § 10 Abs 1 VO der VlbG LReg über das Naturschutzgebiet Rheindelta (LGBl 1992/57 idF 2002/64) und dazu VfGH 22.11.2012, V 120/11. Vgl für die Schweiz BG 3.3.1982, BGE 108 Ia 59 (Schutzbereich des Rechts auf persönliche Freiheit wird durch ein Verbot des Windsurfing nicht berührt).

¹⁰ OGH 27.8.2014, 2 Ob 99/14v.

und im Rahmen des Schul- und Universitätssportes¹¹, die FIS-Verhaltensregeln für Schifahrer und Snowboarder, BASE jumping-Guidelines,¹² das vom EGMR für zulässig erachtete Verbot des Nacktwanderns,¹³ Dopingkontrollen bei Hobbyradrennen,¹⁴ Stop or Go-Regeln für Schitourengeher,¹⁵ Entgeltpflichten für Naturbenutzung etwa Loipengebühren für Langläufer,¹⁶ die zivilrechtliche Haftung des Bergführers aus Gefälligkeit,¹⁷ Pistensperren nach 17:00 Uhr,¹⁸ ein Verbot des Kletterns im Umkreis von 300 m sowie des Hängegleitens, Paragleitens und des Einsatzes sonstiger Fluggeräte im Umkreis von 500 m um Steinadlerhorste,¹⁹ der Straftatbestand „fahrlässige Lawinenauslösung“²⁰ – das Fehlen von Regeln für die Ausübung von Freizeitsport kann wahrlich nicht behauptet werden.²¹

Ist es dem Gesetzgeber demnach unbenommen, immer weitere Bereiche des Freizeitsports einer Regulierung zuzuführen? Darf das Tragen einer Schutzausrüstung bei der Ausübung riskanter Sportarten vorgeschrieben werden und dürfen besonders gefährliche Sportarten überhaupt verboten werden? Kann der Schutz vor sich selbst eine ausreichende Rechtfertigung für derartige Vorschriften sein? Ist die Freiheit überhaupt ein Recht, auch wenn und soweit die Rechtsordnung ein solches (verfassungs-)gesetzliches Recht nicht ausdrücklich normiert?²² Wenn dem so ist: Wo liegen die rechtlichen Grenzen für Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit durch den Gesetzgeber?

Im Folgenden geht es darum, in Form einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung eine Grenze zu verorten, die jenen Bereich, in dem selbstgefährdendes Verhalten Privatsache ist, von jenem Bereich, in dem Selbstgefährdung zu einem öffentlichen Anliegen wird, abgrenzt. Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf Eingriffe in die „Sportfreiheit“, welche durch den einfachen Gesetzgeber erfolgen. Maßstab für deren Zulässigkeit ist dementsprechend das gesamte Verfassungsrecht, in erster Linie die Grundrechtsord-

¹¹ § 2 Abs 1 VO des LH von OÖ vom 1. April 1993 über schiffahrtspolizeiliche Beschränkungen auf der Koppentraun (LGBl 1993/37).

¹² Siehe zB www.swissbaseassociation.ch (Stand: 30.9.2016).

¹³ EGMR 28.10.2014, *Gough vs UK*, 49327/11.

¹⁴ Siehe zB zum Ötztaler Radmarathon *Tiroler Tageszeitung* vom 29.4.2015, „Keine Zeitnehmung und bald Dopingkontrollen“, S. 36.

¹⁵ Entwickelt vom Österreichischen Alpenverein; siehe www.alpenverein.at (Stand: 30.9.2016).

¹⁶ Siehe dazu *K. Weber*, Naturbenutzung gegen Entgelt? in: Büchele ua (Hrsg), *Aktuelle Fragen des Bergsportrechts* (2016) 57.

¹⁷ OGH 30.10.1998, 1 Ob 293/98i.

¹⁸ In Sbg erfolgt dies mittels DurchführungsVO gem § 30 Abs 2 Sbg LSG (LGBl 2009/57), in Tirol durch ortspolizeiliche VO gem Art 118 Abs 6 B-VG.

¹⁹ § 2c Z 2 VO der Stmk LReg v 29. Mai 2006 über die Erklärung des Gebietes „Niedere Tauern“ zum Europaschutzgebiet Nr. 83 (LGBl 2006/83 idF 2011/23).

²⁰ Art 449 Ital StGB.

²¹ Dabei sind die Sportarten mit umfangreichem Regelwerk, wie Fußball oder Kampfsportarten, noch gar nicht in die Auflistung miteinbezogen.

²² *Merli*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JBl 1994, 233 und 309 (234).

nung. Das Thema weist zugegeben ein gewisses Abstraktionsniveau auf; die notwendige „Erdung“ soll dadurch hergestellt werden, dass die folgenden Ausführungen an zwei Beispielen ausgerichtet sind.

II. Zwei Beispiele zur Veranschaulichung

Das erste Beispiel ist die bereits erwähnte Helmpflicht. Für Radfahrer besteht sie einmal nach der StVO 1960 auf Straßen mit öffentlichem Verkehr und zwar für Minderjährige bis zum vollendeten 12. Lebensjahr²³ und außerdem nach einigen Landesgesetzen für Straßen mit nichtöffentlichem Verkehr für Minderjährige unterschiedlicher Altersklassen.²⁴ Auch müssen in den meisten Bundesländern Minderjährige bis zum vollendeten 15. Lebensjahr beim Befahren von Schipisten einen handelsüblichen Sturzhelm tragen.²⁵ Für Erwachsene besteht eine gesetzliche Helmpflicht beim Motorradfahren.²⁶ Daneben resultiert aus der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs eine mittelbare Helmpflicht für sportlich ambitionierte Radfahrer, weil diese wegen der Obliegenheit zum Tragen eines Radhelms im Schadensfall ein Mitverschulden trifft.²⁷

Begründet wurde die Helmpflicht damit, dass durch diese Maßnahme die Gefahr von Kopfverletzungen deutlich gesenkt und die Verletzungsschwere herabgesetzt werden könne.²⁸ Die gesetzliche Radhelmpflicht gelte nur für Kinder und Jugendliche, weil bei Erwachsenen „von ausreichender Selbstverantwortung“ ausgegangen werden könne²⁹ bzw. „Einsicht und Eigenverantwortung eine gesetzliche Helmtragepflicht überflüssig“ machten.³⁰ Verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert ist nur das Fahren eines Motorrads ohne Helm.³¹ Der Verfassungsgerichtshof hat sich zur Zulässigkeit einer einfachgesetzlichen Helmpflicht bisher noch nicht geäußert; die vergleichbare Gurtenpflicht hielt er allerdings für verfassungskonform.³²

²³ § 68 Abs 6 StVO 1960.

²⁴ § 11 Abs 2 Bgld SportförderungsG (bis zum vollendeten 12. Lebensjahr); § 26c Nö SportG (bis zum vollendeten 15. Lebensjahr).

²⁵ Im Detail weichen die landesgesetzlichen Regelungen voneinander ab; vgl § 11 Bgld SportförderungsG (eingeführt durch LGBl 2011/75); § 9b K-SpG (eingeführt durch LGBl 2009/66); § 26b Nö SportG (eingeführt durch LGBl 5710-4); § 3a Oö SportG (eingeführt durch LGBl 2009/139); § 3c Sbg LandessportG (eingeführt durch LGBl 2010/70); § 12 Stmk LandessportG (eingeführt als § 20b durch LGBl 2009/98); § 3 Wr G über die Unterweisung in Wintersportarten (eingeführt durch LGBl 2009/60).

²⁶ § 106 Abs 7 KFG 1967 (BGBl 1967/267 idF BGBl I 2016/67).

²⁷ OGH 27.8.2014, 2 Ob 99/14v.

²⁸ IA 1504/A BlgNR 24. GP 4 und 5. In den EB zu den entsprechenden Landesgesetzen ist ausgeführt, dass „die Häufigkeit und die Schwere von Kopf- und Schädelverletzungen“ vermindert werden soll (siehe zB 17/2009 BlgOöLT 27. GP 1).

²⁹ EB zu Nö LGBl 5710-4 (179/A-1/21-2009).

³⁰ RV 3219/1 BlgStmkLT 15. GP (ohne Seitenzahl).

³¹ § 106 Abs 7 iVm § 134 Abs 3d Z 2 KFG 1967.

³² VfSlg 11.917/1988.

Das andere Beispiel ist fiktiv. Es betrifft ein einfachgesetzliches Verbot von *free solo climbing*.³³ Diese Unterform des Kletterns zeichnet sich dadurch aus, dass sie ohne Partner erfolgt und keine Hilfsmittel wie Seil und Haken verwendet werden. Während bei anderen Formen des Kletterns, insbesondere dem Sportklettern, die Gefahr eines Absturzes weitgehend reduziert ist, geht mit dem *free solo climbing* ein sehr hohes Gefahrenpotential einher. Die Größe des Risikos ergibt sich aus potentielltem Schadensausmaß und dessen Eintrittswahrscheinlichkeit.³⁴ Das Risiko beim *free solo climbing* zeichnet sich dadurch aus, dass zwar die Eintrittswahrscheinlichkeit bei erfahrenen Sportlern eher gering ist, wenn es aber zum Absturz kommt, dann droht ein hohes Schadensausmaß, nämlich je nach Sturzhöhe eine schwere Verletzung oder gar der Tod. Da der Obersten Gerichtshof bereits Alpinklettern, bei dem Sicherungsmittel verwendet werden, als *Extremklettersport* und als „besonders gefahrgeneigte Sportart“ bezeichnet,³⁵ trifft dies jedenfalls auch auf *free solo climbing* zu. Dass ein gesetzliches Verbot dieser Sportart nicht völlig aus der Luft gegriffen ist, zeigt sich schon daran, dass ein solches für andere Extremsportarten, wie das BASE-jumping, gilt.³⁶

III. Grundrechtseingriff

Werden einfachgesetzliche Vorschriften, wie die eben angesprochenen, daraufhin geprüft, ob sie grundrechtskonform sind, so stellt sich zu allererst die Frage, ob sie überhaupt den Schutzbereich eines Grundrechts berühren. Die nahe liegende Variante, ein Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit, wie es in Art 2 des deutschen Grundgesetzes festgelegt ist, kommt vorderhand deshalb nicht in Frage, weil die österreichische Rechtsordnung ein solches Recht nicht garantiert, jedenfalls nicht ausdrücklich.³⁷ Nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts fällt in den Schutzbereich dieses Grundrechts auch die Freiheit gefährlicher Betätigung im Hinblick auf die eigene Gesundheit. Mitumfasst ist daher etwa die Teilnahme am Straßenverkehr inklusive dem Fahren eines Kraftrades ohne

³³ Laut <https://de.wikipedia.org/wiki/Freiklettern> (Stand: 30.9.2016) bezieht das deutsche Wort „Freiklettern“ auch die Verwendung von Seil und Haken mit ein, weshalb der in seiner Bedeutung eingeschränktere englische Begriff verwendet wird.

³⁴ *Debus*, Strategien zum Umgang mit sagenhaften Risikotypen, insbesondere am Beispiel der Kernenergie, in: Scharrer ua (Hrsg), Risiko im Recht – Recht im Risiko. 50. Assistententagung Öffentliches Recht (2011) 11 (13).

³⁵ OGH 11.5.2005, 7 Ob 30/05w (Unfall bei der Durchsteigung der Dachstein Südwand).

³⁶ Vgl LVwG Tirol 5.4.2016, LVwG-2015/33/3271-6.

³⁷ Für eine vorausgesetzte Geltung eines Rechts auf allgemeine Handlungsfreiheit *Merli*, JBl 1994, 233 und 309 (siehe dazu sogleich).