

Univerza v Ljubljani

Pravna fakulteta

RAVNANJE NA LASTNO ODGOVORNOST

(magistrsko diplomsko delo)

Avtorica: Nika Vidic

Mentor: prof. dr. Damjan Možina

Ljubljana, marec 2019

Iskreno se zahvaljujem mentorju, prof. dr. Damjanu Možini, za nasvete in odgovore kadarkoli sem jih potrebovala.

Hvala vama, mami in oči, za neprecenljivo ljubezen, podporo in zgled.

Hvala tebi, Katja, ker si vedno na voljo, kadar potrebujem sestrski nasvet ali pomoč.

In nenazadnje hvala tebi, Jure, ker si bil vsa leta študija ob meni. Hvala za pogovore, ljubezen in optimizem.

POVZETEK

RAVNANJE NA LASTNO ODGOVORNOST

Ravnanje na lastno odgovornost predstavlja način izključitve ali zmanjšanja odškodninske odgovornosti. Tesno je povezan s tveganjem, ki ga prevzame oškodovanec in dolžno skrbnostjo potencialne odgovorne osebe. Pod vprašaj pa se postavlja tudi skrbnost ravnanja oškodovanca v razmerju do samega sebe. Koncept ravnanja na lastno odgovornost zasledimo na različnih področjih, zlasti pa v športu. Sodišča se pri ravnanju na lastno odgovornost običajno zatekajo k uporabi določb o deljeni odgovornosti, kar je skladno s preventivno funkcijo odškodninskega prava.

To magistrsko diplomsko delo je osredotočeno na primerjalno pravno analizo različnih pravnih pristopov k obravnavi primerov ravnanj na lastno odgovornost. Različne vrste in primeri ravnanj na lastno odgovornost so obravnavani z vidika ameriškega, nemškega in slovenskega prava. Predstavitev je dopolnjena z relevantnimi stališči iz tuje in slovenske sodne prakse k obravnavani temi. Omenjeno pa je tudi načelo pravičnosti in njegov vpliv na odločitve sodišč v konkretnih primerih.

Ključne besede: ravnanje na lastno odgovornost, odškodninsko pravo, prevzem tveganja, dolžna skrbnost, deljena odgovornost, šport.

ABSTRACT

ACTING AT ONE'S OWN RISK

Acting at one's own risk represents one way of the exclusion or reduction of tort liability. It is closely related to the risk, which the injured party assumes and to the duty of care of a person, who is potentially responsible for the damage. Moreover, it calls into question the carefulness of the conduct of the injured party in relation to oneself. The concept of assumption of risk may be found in various areas, particularly in sport. In cases of assumption of risk, the courts usually make use of the provisions of shared responsibility, which is in accordance with the preventive function of tort law.

This Master's thesis is focused on the comparative legal analysis of different legal approaches to dealing with cases of assumption of risk. Different types and cases of assumption of risk are evaluated from the perspective of American, German and Slovenian law. The presentation is supplemented by the relevant positions that follow from the foreign and Slovenian case law to the topic under consideration. Mentioned is also the principle of justice and its influence on the decisions of the courts in concrete cases.

Keywords: acting at one's own risk, tort law, assumption of risk, duty of care, comparative negligence, sport.

KAZALO

POVZETEK	ii
ABSTRACT	iii
KAZALO	iv
SEZNAM KRATIC IN OKRAJŠAV	v
1. UVOD	1
2. SPLOŠNO O RAVNANJU NA LASTNO ODGOVORNOST	2
3. EVROPSKO ZASEBNO PRAVO	4
4. PODOBNOSTI IN RAZLIKE MED RAVNANJEM NA LASTNO ODGOVORNOST IN PRIVOLITVIJO	6
5. RAZLIČNI PRISTOPI K RAVNANJU NA LASTNO ODGOVORNOST V PRIMERJALNEM PRAVU	9
5.1. AMERIŠKO PRAVO	9
5.1.1. Prostovoljni prevzem tveganja (<i>voluntary assumption of risk</i>)	9
5.1.2. Razvoj doktrine »assumption of risk« in njenih pojavnih oblik	12
5.1.3. Doktrine »no duty«, »no breach« in »contributory/comparative negligence«	13
5.1.4. Modeli porazdelitve krivde in škode med tožnika in toženca	18
5.1.5. Teorija popolne preference (<i>full preference theory</i>) in oškodovančevo vztrajanje v (nevarnem) razmerju (<i>victim insistence on a relationship</i>)	20
5.2. NEMŠKO PRAVO	22
5.2.1. Pravo in nepravo ravnanje na lastno odgovornost	22
5.2.2. Področja uporabe instituta »Handeln auf eigene Gefahr«	24
5.2.3. Aktualni pomen instituta »Handeln auf eigene Gefahr«	28
5.3. SLOVENSKO PRAVO	29
5.3.1. Oškodovanec prevzame tveganje nastanka škode	29
5.3.2. Oškodovanec ravna neskrbno v razmerju do samega sebe	31
5.3.3. Deljena odgovornost	34
5.3.4. Doktrina »no-duty« in načelo pravičnosti	35
5.3.5. Enostranske izjave in napisi o ravnanju na lastno odgovornost	37
6. ZAKLJUČEK	39
VIRI IN LITERATURA	41

SEZNAM KRATIC IN OKRAJŠAV

ang.- angleško

cmt.- *comment* / komentar

čl.- člen

ipd.- in podobno

itd.- in tako dalje

No.- *Number* / številka

npr.- na primer

oz.- oziroma

RS- Republika Slovenija

rš.- robna številka

st.- stavek

str.- stran

št.- številka

t. i.- tako imenovani

ur.- urednik

v.- *versus* / proti

1. UVOD

Škoda primarno bremeni tistega, ki mu je nastala (*Casum sentit dominus*). To je osnovna ideja, iz katere moramo izhajati na področju odškodninskega prava.¹ Oškodovanec lahko škodo v celoti prewali na drugo osebo zgolj takrat, ko je odškodninska obveznost tej drugi osebi pripisljiva, ko oškodovancu ne moremo očitati neskrbnega ravnanja in ko ima takšna rešitev podlago v pravičnosti.

Vse to izhaja med drugim iz raznolike sodne prakse slovenskih in tujih sodišč, ki bo prikazana v nadaljevanju, kar kaže na to, da odškodninsko pravo teorija utemeljeno označuje kot »judikatno pravo«, torej tako, ki ga v veliki meri ustvarja sodna praksa.²

V vsakdanjem življenju pogosto izrečena fraza, da je oškodovanec ravnal na lastno odgovornost, nam ne pove veliko o tem, kako to ravnanje oškodovanca pravno obravnavati. Zato sem pripravila primerjalno pravni pregled različnih pravnih pristopov k obravnavi primerov ravnanj na lastno odgovornost.

V sklopu ameriškega prava je za razumevanje tega koncepta in njegove pravne obravnave smiseln prikaz celotnega razvoja, ki nam pokaže, da je umestitev tega fenomena v pravni prostor vse prej kot enostavna. Zlasti se zastavlja vprašanje, ali oškodovančev prostovoljni prevzem tveganja obravnavati kot samostojno obrambo potencialne odgovorne osebe, ali bi veljalo to okoliščino upoštevati v sklopu uveljavljenih doktrin odškodninskega prava.

V okviru nemškega prava bom navedla tipična področja uporabe nemške doktrine »*Handeln auf eigene Gefahr*« in predstavila, kako nemška sodna praksa in literatura posamezne sklope primerov pravno obravnavata.

Sledil pa bo prikaz različnih pristopov k obravnavi primerov ravnanj na lastno odgovornost v slovenskem pravu. V ta namen sem analizirala slovensko sodno prakso, ki je na tem področju precej raznolika, kar kaže na to, da se z vprašanji, povezanimi z ravnanjem na lastno odgovornost, srečujemo na različnih področjih človekovega udejstvovanja.

¹ Možina, D., v: Bergant Rakočević, V. (ur.) in drugi, *Šport & pravo*, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 274.

² Polajnar Pavčnik, A., *Prava mera odškodninskega prava*, *Podjetje in delo*, 37 (2011) 6-7, str. 1276.

2. SPLOŠNO O RAVNANJU NA LASTNO ODGOVORNOST

V večini pravnih sistemov igra t. i. ravnanje na lastno odgovornost pomembno vlogo, zlasti v športu. Čeprav je koncept splošno sprejet, odpira več vprašanj kot odgovorov. Z vidika sistematičnosti je koncept hibriden; povezan je z institutom soprispevka oškodovanca, ugovori in opravičenimi razlogi ter malomarnostjo. V praksi pa je njegova uporaba močno odvisna od okoliščin konkretnega primera.³

Ravnanje na lastno odgovornost je neločljivo povezano s tveganjem. Tveganje je sestavni del vseh človeških aktivnosti,⁴ ki ga lahko opredelimo kot verjetnost, da bo izpostavljenost določeni nevarnosti povzročila negativno posledico (škodo), v zvezi z resnostjo (težo) te negativne posledice (škode).⁵

Stopnja tveganja je torej določena z: (a) obsegom in resnostjo (težo) pričakovane škode in (b) z verjetnostjo, da bo škoda nastala. Težja, kot je pričakovana škoda in bolj kot je verjetno, da bo nastala, večje je tveganje.⁶

Kadar oškodovanec prevzame tveganje nastanka škode, se pod vprašaj postavi odškodninska odgovornost povzročitelja nevarnosti, zato lahko o tveganju govorimo tudi kot o »*predpostavki odškodninske odgovornosti oškodovalca v zvezi z ravnanjem oškodovanca*«⁷.

Pri ravnanju na lastno odgovornost se predpostavlja prevzem tveganja, ki presega neko normalno mero. Pravni promet sme zaupati, da potencialni oškodovanec nevarnost prepozna in se sam zavaruje ali pa da se nevarnosti ne izpostavlja.⁸

Zato lahko zlasti v primerih oškodovančevega nerazumnega prevzema tveganja v situaciji povečane nevarnosti, ki jo je ustvaril povzročitelj, oškodovancu očitamo neskrbnost ravnanja v razmerju do samega sebe,⁹ kar moramo upoštevati pri končni porazdelitvi negativnih posledic škodnega dogodka.¹⁰

³ Van Dam, C., *European Tort Law*, 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2014, str. 256.

⁴ Plavšak, N., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem*, GV založba, Ljubljana 2003, str. 726.

⁵ Wiener, J. B., *Precaution in a Multi-Risk World*, Working Paper No. 23, December 2001, str. 3, URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=293859, 4. 1. 2019.

⁶ Van Dam, C., *European Tort Law*, 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2014, str. 239.

⁷ Glej VSM sklep I Cp 394/2016 z dne 14. 5. 2016.

⁸ Haus, K. L., Krumm, C., Quarch, M., *Gesamtes Verkehrsrecht*, Nomos-Verlag, 2. izdaja, Baden-Baden 2017, § 254 BGB, rš. 60.

⁹ Plavšak, N., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem*, GV založba, Ljubljana 2003, str. 742.

¹⁰ Prav tam, str. 735.

To je tudi v skladu s preventivno funkcijo odškodninskega prava, ki poudarja, da morajo pravila vse potencialne udeležence (bodočih) škodnih dogodkov, torej tako povzročitelje kot oškodovance, spodbujati, da ravnajo preventivno v smislu zmanjševanja verjetnosti nastopa škodnega dogodka.¹¹

¹¹ Prav tam.

3. EVROPSKO ZASEBNO PRAVO

Zaradi velikih razlik med pravnimi sistemi posameznih evropskih držav so v zadnjih desetletjih vse pogostejše ideje o harmonizaciji zasebnega in znotraj le-tega tudi odškodninskega prava.¹² Ideje o tem, v katero smer naj se razvija evropsko odškodninsko pravo so varirale od ideje o popolni kodifikaciji evropskega odškodninskega prava znotraj evropskega civilnega zakonika (t. i. *European Civil Code*), do ideje o harmonizaciji in to le v tolikšni meri, kot je to potrebno za ustrezno delovanje notranjega trga.¹³

Trenutno se evropsko odškodninsko pravo nahaja med obema ekstremoma, vendar pa vedno bolj prevladuje ideja o harmonizaciji v korist učinkovitega delovanja notranjega trga.¹⁴ Tako so tri skupine strokovnjakov¹⁵ v okviru ideje o evropskem civilnem zakoniku izdelale »Osnutek skupnega referenčnega okvira« oziroma »*The Draft Common Frame of Reference*« (v nadaljevanju: DCFR), ki vsebuje načela, definicije in modelna pravila evropskega zasebnega prava.¹⁶ Evropska skupina za odškodninsko pravo pa je pripravila »Načela evropskega odškodninskega prava« oziroma »*Principles of European Tort Law*« (v nadaljevanju: PETL),¹⁷ kot ločen idejni osnutek.¹⁸

V obeh instrumentih lahko zasledimo koncept ravnanja na lastno odgovornost. Šesta knjiga Osnutka skupnega referenčnega okvira z naslovom »*Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*«¹⁹ oziroma »Neposlovna odgovornost zaradi škode povzročene drugemu«²⁰ v I. oddelku 5. poglavja z naslovom »Ugovori« predvideva, da lahko oseba

¹² Koziol, H., *Harmonising Tort Law in the European Union: Advantages and Difficulties*, 2013 ELTE Law Journal 73 2013, str. 73.

¹³ Van Dam, C., *European Tort Law*, 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2014, str. 4.

¹⁴ Prav tam.

¹⁵ Študijska skupina na evropskem civilnem zakoniku (»Study Group on a European Civil Code«), Raziskovalna skupina na področju zasebnega prava ES (»Research Group on EC Private Law« oziroma »the Acquis Group«) in nekdanja Komisija za evropsko pogodbeno pravo (»Commission on European Contract Law«); Von Bar, C., Clive, E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, zvezek 1, Sellier, München 2009, str. 25.

¹⁶ Prav tam, str. 4.

¹⁷ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, URL: <http://www.egt.org/>, 10.12.2018. Na PETL se v svoji sodni praksi sklicuje tudi Vrhovno sodišče Republike Slovenije; glej na primer VSRS sodba II Ips 520/2004 z dne 13. 7. 2006 in VSRS sodba in sklep II Ips 429/2008 z dne 18. 2. 2010.

¹⁸ Koziol, H., *Harmonising Tort Law in the European Union: Advantages and Difficulties*, 2013 ELTE Law Journal 73 2013, str. 73.

¹⁹ Von Bar, C., Clive, E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, zvezek 4, knjiga VI, Sellier, München 2009, str. 3083.

²⁰ Von Bar, C. (ur.), *Non-Contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another: (PEL Liab. Dam.)*, Sellier, München 2009, str. 189.

uveljavlja ugovor, »če se je oškodovanec, ki je vedel za nevarnost škode tiste vrste, ki je bila povzročena, prostovoljno izpostavil tej nevarnosti in se šteje, da jo je sprejel«. ²¹

Načela evropskega odškodninskega prava kot drug pomemben instrument približevanja nacionalnih pravnih sistemov evropskih držav na področju neposlovnih obveznosti²² pa v členu 7:101(1)d določajo, da je »[o]dgovornost lahko izključena, če in v kolikor je storilec deloval zakonito s soglasjem oškodovanca ali kadar je slednji sprejel tveganje, da bo oškodovan«. ²³

Kot lahko opazimo, se v navedenih instrumentih koncept ravnanja na lastno odgovornost obravnava skupaj z institutom privolitve, zato bo v nadaljevanju več povedanega o razmerju med njima.

²¹ Člen 5:101 DCFR: (1) Oseba lahko uveljavlja ugovor, če oškodovanec privoli v pravno upošteveno škodo in se zaveda ali bi se moral zavedati posledic te privolitve. (2) Isto velja, če se je oškodovanec, ki je vedel za nevarnost škode tiste vrste, ki je bila povzročena prostovoljno izpostavil tej nevarnosti in se šteje, da jo je sprejel; prav tam, str. 196.

²² Koziol, H., Harmonising Tort Law in the European Union: Advantages and Difficulties, 2013 ELTE Law Journal 73 2013, str. 73.

²³ European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, URL: <http://www.egtl.org/>, 10.12.2018.

4. PODOBNOSTI IN RAZLIKE MED RAVNANJEM NA LASTNO ODGOVORNOST IN PRIVOLITVIJO

Ravnanje na lastno odgovornost je privolitvi oškodovanca soroden koncept, ki pa se od nje tudi pomembno razlikuje.²⁴ Čeprav se pogosto obravnavata skupaj v okviru ugovorov, ki jih lahko uveljavlja povzročitelj in s tem doseže izključitev (ali zmanjšanje) odškodninske odgovornosti, ju je potrebno dosledno razlikovati.

Pri ravnanju na lastno odgovornost oškodovanec ne privoli v poškodbo svojih pravnih dobrin, prevzame pa njihovo ogroženost zavestno nase. Tipična konstelacija je vožnja z vidno opitim ali drugače za vožnjo nesposobnim voznikom. Vstop v avto lahko v takšnem primeru razumemo kot »privolitev v ogroženost«, ki pa lahko privede tudi do izpolnjene poškodbene posledice.²⁵

Skupno ravnanju na lastno odgovornost in privolitvi je zlasti to, da oškodovanec drugi osebi prostovoljno omogoči učinkovanje na svoje pravne dobrine. Ena od ključnih razlik pa je v aktu komunikacije med oškodovancem in (potencialnim) povzročiteljem. Pri privolitvi imetnik pravne dobrine zavestno privoli v ravnanje, ki skladno z njegovo predstavo povzroči določeno pravno posledico, druga oseba pa se loti tega ravnanja načrtno, z namenom povzročiti to posledico. Pri ravnanju na lastno odgovornost pa manjka akt komunikacije, ki se razlaga kot dovoljenje za poseg; ravno nasprotno, imetnik pravne dobrine zgolj pasivno sprejme riziko nastanka škode.²⁶

Druga ključna razlika je nadalje v tem, da pri ravnanju na lastno odgovornost oškodovalec ne povzroči posega naklepno (namerno), kot se to predpostavlja pri uporabi pravila o izključitvi odškodninske odgovornosti v primerih, ko oškodovanec privoli v nastanek škode,²⁷ temveč ravna oškodovalec večinoma malomarno.²⁸

Kot tretji razlikovalni element pa se v teoriji navaja dejstvo, da je pri privolitvi oškodovanca nastanek škode gotov, medtem ko pri ravnanju na lastno odgovornost nastop škodnega dogodka (poškodbe) ni gotov, temveč obstaja samo večja ali manjša stopnja verjetnosti, da bo nastal škodni dogodek, pri čemer pa potencialni oškodovanec upa, da se pri njem ta nevarnost ne bo

²⁴ Beurskens, M., *Privatrechtliche Selbsthilfe: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, str. 326.

²⁵ Wagner, G., v: Habersack, M. (ur.), *Münchener Kommentar zum BGB*, zvezek 6, 7. izdaja, C.H. Beck, München 2017, § 823, rš. 79.

²⁶ Ohly, A., „Volenti non fit iniuria“ - Die Einwilligung im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, str. 225.

²⁷ Privolitev zahteva načrtovano aktivnost na strani toženca; Von Bar., C., *The Common European Law of Torts*, 2. izdaja, Clarendon Press, Oxford 2000, str. 537.

²⁸ Ohly, A., „Volenti non fit iniuria“ - Die Einwilligung im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, str. 225.

realizirala.²⁹ Kdor ravna na lastno odgovornost praviloma zaupa v to, da bo poškodba izostala - privoli torej največ v ogrožitev, ne pa v poškodbo.³⁰

Glede na predstavljeno razlikujemo dva pristopa.³¹ Načelo volenti non fit iniuria³² predstavlja subjektivni pristop (*subjective approach*) – nobena škoda ne nastane tistemu, ki vanjo privoli. Koncept, ki predstavlja osnovo tej teoriji je osebna avtonomija vsakega posameznika.

Nasprotno pa se objektivni pristop (*objective approach*) ne ozira na voljo (»voluntas«) oškodovanca, temveč na objektivna pravila, ki urejajo nevarna družbena razmerja. Tveganja se obvladujejo na podlagi objektivnih pravil, ki jih uvaja zakonodaja ali sodna praksa.³³ Ta pravila so rezultat iskanja ravnotežja med več parametri, vključno z zaščito potencialnega oškodovanca in intenzivnostjo tveganja na eni strani ter svobodo ravnanja in ceno preventive na drugi strani. V ospredju torej ni volja oškodovanca, temveč dolžna skrbnost osebe, ki izvaja škodno dejanje. Nameni oškodovanca imajo v tem primeru zgolj posredno funkcijo – dolžna skrbnost je manj stroga, kadar lahko od oseb, ki so izpostavljene nevarnosti, pričakujemo, da sprejmejo lastne preventivne ukrepe.³⁴

Nemško zvezno vrhovno sodišče (v nadaljevanju: BGH) je tako v eni svoji odločitvi dolžnosti lastnika gozda nasproti obiskovalcem gozda, zaradi ravnanja na lastno odgovornost slednjih, drastično znižalo, in sicer jih je omejilo na gozdu netipične nevarnosti. Odločilno za BGH je bilo dejansko ravnanje obiskovalca ob polni zavesti nevarnosti in dejstvo, da je bil obiskovalec

²⁹ Plavšak, N., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem*, GV založba, Ljubljana 2003, str. 741.

³⁰ Hochstrasser, M., *Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) / Pratique Juridique Actuelle (PJA) 7/2016*, str. 915. Ko gre za telesne poškodbe je potrebno upoštevati tudi to, da privolitev v smrt ni mogoča, privolitev v hudo telesno poškodbo pa le takrat, ko obstoji nek razumen (npr. zdravstveni) razlog. V nasprotju s tem pa je dopustno tveganje hude telesne poškodbe in celo smrt vzeti v zakup; prav tam.

³¹ Woodman, G. R., Klippel, D. (ur.), *Risk and the law*, Routledge-Cavendish, Abingdon, Oxfordshire 2009, str. 89, 90.

³² V smislu kot je prisoten npr. v Nemčiji ali pri nas, torej v smislu privolitve in ne v pomenu, kot je prisoten v ameriškem in angleškem pravu, kjer predstavlja sinonim za prostovoljni prevzem tveganja (*voluntary assumption of risk*); prav tam, str. 85.

³³ Na primer v športu velja, da »[d]opustnost ravnanja in neodgovornost za škodo ne izhajata iz privolitve oškodovanca, ampak iz pravnega reda, ki določena tveganja kot družbeno sprejemljiva dopušča«; Možina, D., v: Bergant Rakočević, V. (ur.) in drugi, *Šport & pravo*, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 290.

³⁴ Woodman, G. R., Klippel, D. (ur.), *Risk and the law*, Routledge-Cavendish, Abingdon, Oxfordshire 2009, str. 89, 90. Na primer pri vožnji z vinjenim voznikom bi se oškodovanec lahko zavaroval tako, da se ne bi šel vozit z njim, temveč bi si poiskal drug prevoz; ker pa se je zavestno izpostavil nevarnosti, od voznika ne more zahtevati normalne ravni skrbnosti. V tem smislu glej tudi Wagner, G., v: Habersack, M. (ur.), *Münchener Kommentar zum BGB*, zvezek 6, 7. izdaja, C.H. Beck, München 2017, § 823, rš. 80: Ravnanje na lastno odgovornost ni razlog za izključitev protipravnosti, niti ni pravno-poslovna izključitev odgovornosti, temveč je razlog za znižanje deliktno-pravne zahtevane ravni skrbnosti. Zato tisti, ki se zavestno izpostavi nevarni situaciji, ne more zahtevati normalne ravni skrbnosti.

gozda na podlagi deželne zakonodaje upravičen do brezplačnega vstopa na tuje gozdno zemljišče.³⁵

Podobno bi veljalo tudi v primeru škode, ki bi bila povzročena udeležencu nekega športnega tekmovanja s strani soigralca, ki bi pri tem ravnal skladno s pravili igre.³⁶ Glede na to, da se je udeleženec športnega tekmovanja zavestno in prostovoljno izpostavil nevarnostim, ki so tipične za posamezni šport, mora morebitne nastale poškodbe (povzročene brez ali z manjšimi kršitvami pravil igre) vzeti v zakup.³⁷

³⁵ Wagner, G., v: Habersack, M. (ur.), Münchener Kommentar zum BGB, zvezek 6, 7. izdaja, C.H. Beck, München 2017, § 823, rš. 80

³⁶ Prav tam.

³⁷ Možina, D., v: Bergant Rakočević, V. (ur.) in drugi., Šport & pravo, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 289.

5. RAZLIČNI PRISTOPI K RAVNANJU NA LASTNO ODGOVORNOST V PRIMERJALNEM PRAVU

5.1. AMERIŠKO PRAVO

5.1.1. Prostovoljni prevzem tveganja (*voluntary assumption of risk*)

V ameriškem pravnem okolju primere ravnanj na lastno odgovornost navadno opisujejo s t. i. prostovoljnim prevzemanjem tveganja (*voluntary assumption of risk*).³⁸ V ameriškem in angleškem pravu se kot sinonim za »voluntary assumption of risk« uporablja tudi maksima *volenti non fit iniuria*,³⁹ ki v kontinentalnem pravu izraža bistvo teorije privolitve.⁴⁰

Institut »assumption of risk«⁴¹ kot ugovor toženca, ki lahko privede do izključitve odškodninske odgovornosti, mora zadostiti dvema ključnima zahtevama: (1) tožnik se mora zavedati tveganja in razumeti njegovo naravo ter (2) njegova odločitev, da se poda v tveganje mora biti svobodna in prostovoljna.⁴²

K obravnavi primerov oškodovančevega prevzema tveganja je tradicionalno mogoče zaslediti tri različne pristope:⁴³

a) pristop izrecnega dogovora o prevzemu tveganja (*express assumption of risk*)

Gre za izrecni vnaprejšnji dogovor med strankama, da toženec nima nikakršne dolžnosti skrbeti za koristi tožnika in ne bo odgovoren za posledice vedenja, ki bi ga sicer označili kot malomarnega.⁴⁴ S tem tožnik prevzame tveganje nastanka škode, ki izvira iz tega, da bi toženec sicer moral nekaj storiti ali opustiti v izogib odgovornosti.⁴⁵ Posledica izrecnega dogovora je, da je toženec razbremenjen dolžne skrbnosti do tožnika in posledično ne bo odgovarjal za malomarnost.⁴⁶

³⁸ Looschelders, D., *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, str. 103.

³⁹ Ohly, A., v: Woodman, G. R., Klippel, D. (ur.), *Risk and the law*, Routledge-Cavendish, Abingdon, Oxfordshire 2009, str. 85.

⁴⁰ Ohly, A., "Volenti non fit iniuria" *Die Einwilligung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, str. 63.

⁴¹ Izraz »voluntary« se v literaturi pogosto opušča in se uporablja zgolj besedna zveza »assumption of risk«, kljub temu pa prostovoljnost ostaja eden ključnih elementov te doktrine.

⁴² Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 486, 487.

⁴³ Prav tam, str. 480.

⁴⁴ Prav tam, str. 482.

⁴⁵ Prav tam, str. 480.

⁴⁶ Prav tam str. 480, 481.

V common law sistemih so takšni dogovori načeloma dopustni, razen če predstavljajo kršitev javnega reda (*public policy*).⁴⁷ Po mnenju Prosser/Keeton⁴⁸ velja, da lahko oseba, ki vstopa v razmerje z bolj ali manj enakovredno stranko, s katero se lahko prosto in odkrito pogaja, soglašala s tem, da druga stranka nima dolžnosti sprejeti varnostnih ukrepov za njeno zaščito in torej ne bo odgovarjala za malomarnost. Na drugi strani pa zlasti v primerih, v katerih je ena stranka v očitno slabšem pogajalskem položaju od druge stranke (na primer v razmerju delavec-delodajalec, uporabnik-izvajalec javne službe ipd.) in je učinek dogovora v tem, da prvo stranko postavi v milost in nemilost malomarnemu vedenju druge stranke, sodišča načeloma niso naklonjena takšnim dogovorom in jim posledično odrekajo veljavnost iz razloga, da nasprotujejo javnemu redu.⁴⁹

b) pristop dolžnosti (*implied primary assumption of risk*)

Ta pristop je znan tudi pod imenom »primarno« ravnanje na lastno odgovornost. S tem opisujemo situacije, ko tožnik prostovoljno vstopi v razmerje s tožencem, ob zavedanju, da ga toženec ne bo zaščitil pred bodočimi tveganji, ki bi lahko izhajali iz tega razmerja. Lahko štejemo, da je tožnik tiho oz. implicitno (*impliedly*) privolil v morebitno toženčevo malomarnost in se posledično odločil tvegati.⁵⁰ Primarno ravnanje na lastno odgovornost tipično vključuje tako primere, ko toženec nima dolžnosti do tožnika (*no duty principle*), kot tudi primere, ko dolžne skrbnosti ni prekršil in posledično ni ravnal malomarno (*no breach of duty* oziroma *no negligence*),⁵¹ s tem pa je zanikan obstoj temeljne podlage za tožbo.⁵²

c) pristop, ki temelji na obrambi toženca zoper ugotovljeno kršitev dolžnosti do tožnika (*implied secondary assumption of risk*)

Tretji pristop temelji na ugovoru toženca, da se je tožnik zavedal tveganja, ki ga je predhodno ustvaril toženec s svojim malomarnim vedenjem, vendar se je tožnik kljub temu prostovoljno odločil, da se temu tveganju izpostavi.⁵³ Za razliko od primarne oblike, tožnik v okviru

⁴⁷ Looschelders, D., Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, str. 103, 104.

⁴⁸ Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 482.

⁴⁹ Prav tam.

⁵⁰ Prav tam, str. 481.

⁵¹ Simons, K. W., Reflections on Assumption of Risk, Boston University School of Law Working Papers Series, Public Law & Legal Theory, Research paper No. 02-10 2002, str. 5, URL: http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/abstracts/2002/pdf_files/simonsk080602.pdf, 4. 1. 2019.

⁵² Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 496.

⁵³ Prav tam str. 481.

»sekundarnega« ravnanja na lastno odgovornost implicitno ne privoli v razbremenitev toženca dolžne skrbnosti, zato popolna razbremenitev odgovornosti ne pride v poštev.⁵⁴

Znotraj pristopa sekundarnega ravnanja na lastno odgovornost, ki predstavlja tradicionalno jedro doktrine »assumption of risk«, razlikujemo med razumnim (*reasonable assumption of risk*) in nerazumnim prevzemanjem tveganja (*unreasonable assumption of risk*).⁵⁵ Tožnikov prevzem tveganja je razumen, kadar koristi takšnega ravnanja pretehtajo nad tveganjem. Gre za primere, ko toženčeva malomarnost vzpostavi situacijo, v kateri je povsem razumno, da se bo tožnik izpostavil tveganju.⁵⁶ V ameriški sodni praksi⁵⁷ je takšna situacija ponazorjena s hipotetičnim primerom, ko najemodajalec malomarno dopušča, da je prostor, ki ga oddaja najemniku, iz nekega razloga zelo hitro vnetljiv. Ko se najemnik nekega dne vrne iz službe in vidi, da je stanovanje, v katerem se nahaja njegov otrok, zajel ogenj, nemudoma plane vanj in reši otroka, pri tem pa se poškoduje. Glede na okoliščine konkretnega primera je jasno, da je bilo ravnanje najemnika popolnoma razumno. Po mnenju vrhovnega sodišča Floride bi strogo pojmovanje »assumption of risk« (*pure or strict assumption of risk*), ki bi tožnika prikrajšalo za odškodnino, v takšnem primeru predstavljalo rešitev, ki nima podlage ne v pravu in ne v pravičnosti.⁵⁸

Po drugi strani pa je možno, da je tožnikova izpostavitve znanemu riziku povsem nerazumna, ker je nevarnost v popolnem nesorazmerju s koristmi, katere si prizadeva pridobiti. Pogosto navajan je primer osebe, ki ima na voljo različne možnosti prevoza, vendar se odloči peljati z vinjenim voznikom ali primer, ko oseba plane v gorečo stavbo, da bi si rešila klobuk. V teh in podobnih primerih se kaže malomarnost osebe v tem, da sprejme napačno odločitev in se poda v situacijo znanega, vendar nerazumnega tveganja, kar ob predpostavki hkratno ugotovljene malomarnosti toženca predstavlja soprispevek tožnika oziroma oškodovanca k nastanku škode, ki jo je utrpel.⁵⁹

⁵⁴ Drago, A. J., Assumption of Risk: An Age-Old Defense Still Viable in Sports and Recreation Cases, 12 Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 583 2002, str. 604.

⁵⁵ Dorfman, A., Assumption of Risk, After All, Theoretical Inquiries in Law 15.2, 2014, str. 297.

⁵⁶ Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 497.

⁵⁷ Glej *Blackburn v. Dorta*, 348 So. 2d 287 (Fla. 1977).

⁵⁸ Prav tam.

⁵⁹ Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 481.

5.1.2. Razvoj doktrine »assumption of risk« in njenih pojavnih oblik

Doktrina »assumption of risk« izvira iz 19. stoletja. Čeprav zahteva element prostovoljnosti pri prevzemu tveganja, to zahtevo sprva niso jemali posebno resno. Še več, sprva niti ni bilo potrebno, da se je oškodovanec subjektivno zavedal tveganja, temveč je zadostovalo, da bi se ga moral zavedati.⁶⁰

V drugi stopnji razvoja se je koncept »assumption of risk« občutno zožil. Zahtevalo se je subjektivno zavedanje tveganja, ki pa je rezultiralo v toženčevi uspešni obrambi le tedaj, kadar se je tožnik subjektivno zavedal ravno tistega specifičnega tveganja, ki ga je s svojim malomarnim oziroma lahkomišelnim ravnanjem ustvaril toženec. Gre za tradicionalno razumevanje doktrine »assumption of risk«, ki ga lahko zasledimo tudi v prvem⁶¹ in drugem⁶² »Restatement of Torts«,⁶³ koncept pa je znan tudi pod imenom sekundarno ravnanje na lastno odgovornost.⁶⁴

Tretja stopnja v razvoju »assumption of risk« pa je povezana z razvojem instituta deljene odgovornosti (*comparative negligence*). Ta je privedel do tega, da soprispevek oškodovanca (*contributory negligence*) ne predstavlja več popolne ovire odškodnini,⁶⁵ namesto tega se primerjata krivdi tožnika in toženca, tožnik pa lahko dobi vsaj delno odškodnino kljub svoji malomarnosti. Posledično se je pojavilo vprašanje, ali naj v takšnih primerih »assumption of risk« še naprej obstaja kot ločen obrambni mehanizem ali pa bi bilo smotno, da se v sistemih,

⁶⁰ Simons, K. W., Reflections on Assumption of Risk, Boston University School of Law Working Papers Series, Public Law & Legal Theory, Research paper No. 02-10 2002, str. 3, URL: http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/abstracts/2002/pdf_files/simonsk080602.pdf, 4. 1. 2019.

⁶¹ V Restatement (First) of Torts, § 893 (1939); prav tam.

⁶² § 496D Restatement (Second) of Torts je določal, da sta zavedanje in razumevanje tveganja dva ključna pogoja za uporabo doktrine »assumption of risk«, rekoč: »*Except where he expressly so agrees, a plaintiff does not assume a risk of harm arising from the defendant's conduct unless he then knows of the existence of the risk and appreciates its unreasonable character.*« Sergienko, G., Assumption of Risk As a Defense to a Negligence, 34 Western State University Law Review 1, 28 2006, str. 7.

⁶³ »Restatements of Torts« so pravni priročniki, ki jih je izdelala skupina pravnih strokovnjakov, sestavljena iz uglednih sodnikov, odvetnikov in akademikov, ki se združujejo v neodvisno organizacijo imenovano Ameriški pravni inštitut (»*The American Law Institute*«). »Restatements of Torts« so primarno naslovljeni na sodnike, njihov namen pa je jasno formulirati common law in posamezne zakonske določbe na način, da predstavljajo temelj za razumevanje prava na posameznih pravnih področjih; Annual Report of the American Law Institute 2017-2018, str. 3, URL: https://www.ali.org/media/filer_public/91/2e/912ed8da-ac5b-4763-806d-ff2b30b91ad3/2017-2018_annual_report.pdf, 28. 1. 2019.

⁶⁴ Simons, K. W., Reflections on Assumption of Risk, Boston University School of Law Working Papers Series, Public Law & Legal Theory, Research paper No. 02-10 2002, str. 3, URL: http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/abstracts/2002/pdf_files/simonsk080602.pdf, 4. 1. 2019.

⁶⁵ Pred razvojem »comparative negligence« je soprispevek oškodovanca povzročil, da kljub toženčevi kršitvi dolžne skrbnosti oziroma njegovi malomarnosti, za katero bi bil toženec sicer odškodninsko odgovoren, tožnik zaradi lastnega malomarnega ravnanja ni bil upravičen do odškodnine; Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 452.

ki so sprejeli sistem porazdelitve škode med tožnikom in tožencem v sorazmerju z deležem njune krivde (*damages apportionment system*),⁶⁶ zlije z institutom deljene odgovornosti.⁶⁷

Po prevladujočem stališču bi veljalo primere sekundarnega ravnanja na lastno odgovornost asimilirati v institut deljene odgovornosti.⁶⁸ Navedeno pomeni, da je tožnik v primeru, če je nerazumno prevzel neko tveganje in je posledično tudi sam ravnal malomarno, upravičen do delne odškodnine. Kadar pa je bil njegov prevzem tveganja razumen, mu krivde ni mogoče očitati in mu posledično pripada polna odškodnina.⁶⁹

Tak pristop lahko zasledimo tudi v tretjem »Restatement of Torts«.⁷⁰ Ta predlaga odpravo različnih podvrst doktrine »assumption of risk«⁷¹ in njihovo nadomestitev z instituti »contractual waiver«,⁷² »no duty«, »no breach« in »contributory/comparative negligence«.⁷³

5.1.3. Doktrine »no duty«, »no breach« in »contributory/comparative negligence«

V skladu s tretjim »Restatement of Torts« je »assumption of risk« lahko zgolj še pogodbeno narave,⁷⁴ saj je bil implicitni prevzem tveganja (*implied assumption of risk*) odpravljen.⁷⁵ Izven pogodbenega prava, torej v okviru deliktne prava, pa je mogoče doktrino »assumption of risk« zajeti v okviru uveljavljenih doktrin odškodninskega prava, in sicer »no duty«, »no

⁶⁶ Prav tam, str. 496.

⁶⁷ Simons, K. W., Reflections on Assumption of Risk, Boston University School of Law Working Papers Series, Public Law & Legal Theory, Research paper No. 02-10 2002, str. 3, URL: http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/abstracts/2002/pdf_files/simonsk080602.pdf, 4. 1. 2019.

⁶⁸ Povsem drugače pa velja za izrecni dogovor o prevzemu tveganja (*express assumption of risk*) in primarno ravnanje na lastno odgovornost (*implied primary assumption of risk*). Prostovoljna prealitev odgovornosti med pogodbenima strankama je že po naravi sami izven dometa razprave o razporeditvi krivde, pri primarnem ravnanju na lastno odgovornost pa gre po definiciji za odsotnost dolžne skrbnosti oziroma malomarnosti, brez kršitve dolžne skrbnosti toženca pa ni ničesar, s čimer bi lahko primerjali malomarno ravnanje tožnika. Posledično »assumption of risk« v obeh opisanih oblikah kljub sprejetju sistema deljene odgovornosti ostaja popolna ovira odškodnini; Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 496, 497.

⁶⁹ Simons, K. W., Reflections on Assumption of Risk, Boston University School of Law Working Papers Series, Public Law & Legal Theory, Research paper No. 02-10 2002, str. 7, URL: http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/abstracts/2002/pdf_files/simonsk080602.pdf, 4. 1. 2019.

⁷⁰ V Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability § 2, comment i, § 3, comment c (2000); prav tam, str. 1.

⁷¹ S tem so mišljena poimenovanja »express assumption of risk«, »implied primary assumption of risk« in »implied secondary assumption of risk«.

⁷² Pojavljata se tudi izraza »contractual disclaimers« in »exculpatory clauses«; Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 484, 496.

⁷³ Simons, K. W., Reflections on Assumption of Risk, Boston University School of Law Working Papers Series, Public Law & Legal Theory, Research paper No. 02-10 2002, str. 1, URL: http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/abstracts/2002/pdf_files/simonsk080602.pdf, 4. 1. 2019.

⁷⁴ O pogodbenem prevzemu tveganja glej več v razdelku 5.1.1. pod »a) pristop izrecnega dogovora o prevzemu tveganja (*express assumption of risk*)« na str. 9-10.

⁷⁵ Sergienko, G., Assumption of Risk As a Defense to a Negligence, 34 Western State University Law Review 1, 28 2006, str. 20.

breach« in »contributory/comparative negligence«,⁷⁶ ki nakazujejo na nekoliko drugačen pristop k obravnavi primerov ravnanj na lastno odgovornost.

a) No duty

Jedro doktrine »no duty« je v pravilu, da osebi ne more spodleteti pri izvrševanju dolžne skrbnosti, če nima dolžnosti nasproti drugi osebi, da jo zavaruje (*no duty of care*).⁷⁷ Izraz je torej pridržan za situacije, v katerih pride sodišče do zaključka, da je pravno dopustno, da oseba ravna malomarno in kljub temu ne bo odškodninsko odgovarjala za škodo, ki jo je s tem povzročila.⁷⁸

Najbolj nazoren primer uporabe doktrine »no duty« je verjetno primer motilca posesti. V zgodnjem common law je bilo zastopano stališče, da motilec posesti prevzame tveganje vseh nevarnosti, ki jih doživi na toženčevi posesti. Vendar pa uporaba doktrine »assumption of risk« v tem primeru ni na mestu. Motilec posesti namreč ni šel zavestno v tveganje, ki se je na koncu uresničilo v poškodbi. Če smo mnenja, da motilcu posesti v takšnem primeru odškodnina ne pripada, je to zato, ker podpiramo pravilo, da toženec nasproti motilcu posesti nima dolžnosti, da ga zavaruje (*no duty of care*).⁷⁹

Podobno meni tudi van Dam, ki ugotavlja, da dolžnost zagotoviti varnost ni dolgovana vsakomur; tako oseba, ki protipravno vstopi na tujo posest (npr. vlomilec), ne more uspeti z morebitno odškodninsko tožbo, saj je zunaj dometa dolžne skrbnosti lastnika zemljišča. Pri tem pa van Dam opozarja, da bi to vsekakor veljalo za odraslega motilca posesti, ne pa nujno za otroka.⁸⁰

b) No breach

Doktrino »no duty« je potrebno razlikovati od doktrine »no breach«, ki pride v poštev v primerih, ko tožencu ne moremo očitati malomarnosti oz. kršitve dolžne skrbnosti, saj je sprejel vse razumne varnostne ukrepe, ki so bili na voljo.⁸¹ Ravnanje toženca je bilo torej razumno in

⁷⁶ Dorfman, A., Assumption of Risk, After All, Theoretical Inquiries in Law 15.2, 2014, str. 299. Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability § 2 cmt. i (2000) kot enega od razlogov, da so ameriška sodišča zavrnila široko doktrino implicitnega prevzema tveganja (*implied assumption of risk*) navaja ravno podvajanje z drugimi doktrinami, ki poudarjajo tožnikovo malomarnost (*contributory/comparative negligence*) oziroma obseg toženčeve dolžne skrbnosti (*no duty/no breach of duty*); prav tam, str. 302.

⁷⁷ Sugarman, S. D., Assumption of Risk, 31 Valparaiso University Law Review 833 1997, str. 842.

⁷⁸ Sugarman, S. D., Misusing the "No Duty" Doctrine in Torts Decisions: Following the Restatement (Third) of Torts Would Yield Better Decisions, 53 Alberta Law Review 913 2016, str. 918.

⁷⁹ Sugarman, S. D., Assumption of Risk, 31 Valparaiso University Law Review 833 1997, str. 846, 847.

⁸⁰ Van Dam, C., European Tort Law, 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2014, str. 87.

⁸¹ Sugarman, S. D., Assumption of Risk, 31 Valparaiso University Law Review 833 1997, str. 836.

mu ne moremo očitati, da bi za zaščito tožnika pred nevarnostjo razumno lahko storil kaj več, kot je dejansko storil. Škoda, ki je nastala tožniku je zato posledica spleta naključij oz. smole, ki se mu je pripetila. Tipičen je primer nesreče v zabaviščnem parku (npr. »Flopper case«⁸²). Nazoren pa je tudi primer nesreče gledalca baseball tekme, ki ga žoga poškoduje v območju stadiona, ki ni zaščiten z varovalno mrežo. Razlog, da tožnik tožbo izgubi ni v »assumption of risk«, temveč v tem, da je bilo ravnanje toženca (upravljavca stadiona) razumno.⁸³

Kdaj lahko štejemo, da je bilo ravnanje toženca razumno in kdaj mu očitati, da bi bilo razumno, da bi za zaščito tožnika pred nevarnostjo storil nekaj več, je zapleteno vprašanje. V določenih primerih, zlasti ko ni na voljo razumnega varnostnega ukrepa, ki bi se ga toženec lahko poslužil, lahko zadošča že opozorilo na nevarnost. Gre za primere, kjer je družba mnenja, da mora biti produkt, storitev ali kaj drugega ponujeno takšno, kot je in bi vsakršen poskus zmanjšanja nevarnosti pomenil drastično in nesprejemljivo spremembo v tem, kar toženec ponuja.⁸⁴

Nazoren primer predstavljajo zlasti smučišča. Na smučišču upravljavec smučarskih prog prek oznak in zemljevidov posvari ljudi o tem, katere proge so primerne za začetnike, katere za povprečne smučarje in katere za zelo izkušene smučarje. Če si povprečni smučar zlomi nogo na težavni smučarski progi za zelo izkušene smučarje, kjer torej glede na svoje sposobnosti ne bi smel smučati, bo v takšnem primeru opozorilo upravljavca prek oznak in zemljevidov povsem zadoščalo za izpolnitev njegove dolžne skrbnosti. Bilo bi namreč popolnoma nepraktično, če bi moral upravljavec prog testirati sposobnosti vsakega smučarja pred vsako vožnjo po eni izmed smučarskih prog. Razlog, da bi v takem primeru poškodovani smučar tožbo izgubil torej ni v »assumption of risk«, temveč preprosto v tem, da ni bilo kršitve dolžne skrbnosti (»no breach«).⁸⁵

Da ni bilo na voljo nekega razumnega varnostnega ukrepa, ki bi povečal varnost obiskovalcev, hkrati pa ne bi zmanjšal privlačnosti atrakcij, in da je zadostovalo ustrezno opozorilo na nevarnost, velja nadalje tudi za »Flopper case«. Podobna analiza pa je mogoča tudi pri

⁸² Gre za primer poškodbe kolena enega od obiskovalcev atrakcije v zabaviščnem parku, katere smisel je, da udeleženci na nagnjenem in vedno hitreje vrtečem se tekočem traku izgubijo ravnotežje in padejo, kar sproži val smeha in zabave; *Murphy v. Steeplechase Amusement Co.*, 250 N.Y. 479, 166 N.E. 173, 1929 N.Y. LEXIS 904 (N.Y. 1929).

⁸³ Različni preventivni varnostni ukrepi, ki bi se jih upravljavec stadiona sicer lahko poslužil, bi namreč navdušenca tega športa prikrajšali za užitke, ki jih je deležen sedaj ob gledanju tekme. Tako gledalci tekme običajno pričakujejo zgolj zaščito tistih sedežev, kjer je nevarnost, ki preti s strani zgrešenih žog, največja; Sugarman, S. D., *Assumption of Risk*, 31 *Valparaiso University Law Review* 833 1997, str. 836, 837.

⁸⁴ Prav tam, str. 857.

⁸⁵ V določenih primerih pa bi bil upravljavec smučišča nedvomno kriv, in sicer če bi opustil ustrezna opozorila ali če bi opustil določene varnostne ukrepe, kot je npr. vzdrževanje sedežnice ali namestitvev zaščite na območjih, kjer je velika nevarnost plazov ipd.; prav tam, str. 857, 858.

cigaretah. Vrhovno sodišče ZDA⁸⁶ je namreč ugotovilo, da je kongres zajezil možne odškodninske zahtevke z odločitvijo, da zakonsko predpisana opozorila na embalažah cigaret povsem zadostujejo.⁸⁷

Za razliko od do sedaj navedenih primerov pa obstajajo tudi primeri, kjer bi se toženec lahko poslužil nekaterih varnostnih ukrepov, ne da bi s tem popolnoma spremenil dobrino, storitev ali doživetje, ki ga ponuja, vendar pa namesto varnostnega ukrepa toženec zgolj opozori na nevarnost. Na primer toženec zgolj postavi opozorilni znak, ki opozarja ljudi, naj bodo pozorni na tovornjake, ki prihajajo iz njegovega gradbišča. Podoben primer bi bil znak na avtomobilu »začetnik«, ki opozarja na to, da gre za novega voznika na cesti brez izkušenj. V teh in podobnih primerih opozorilo samo ne bo zadostovalo za izpolnitev dolžne skrbnosti. Tako bo toženec odškodninsko odgovoren, če bo njegov delavec zaradi prehitre vožnje iz gradbišča povozil pešca. Podobno velja v primeru, če voznik začetnik nepremišljeno zamenja vozni pas in pri tem trči v drugo vozilo. Opozorilo samo v takem primeru ne zadošča.⁸⁸

Sugarman pa nadalje višjo raven skrbnosti zahteva tudi od poslovnih subjektov. V nasprotju s primeri, kjer lastnik hiše ni dolžan odpraviti nevarnosti, da zaščiti svoje goste pred poškodbo, temveč izpolni svojo dolžno skrbnost že z opozorilom⁸⁹ na npr. poškodovano stopniščno ograjo ali stol, pa ne velja enako za lastnika hotela, od katerega se zahteva, da poleg opozorila sprejme tudi ustrezne varnostne ukrepe za zaščito svojih gostov, v nasprotnem primeru lahko sledi odškodninska odgovornost. Podobno velja tudi za proizvajalce, ki se bodo težko izognili odškodninski odgovornosti v primeru nevarnosti, ki izhaja iz njihovega izdelka, ta nevarnost pa bi bila zlahka odpravljena že s preprostim preoblikovanjem izdelka. Tudi z ekonomskega vidika je zlasti takrat, ko varnostni ukrepi ne zahtevajo velikega finančnega vložka, družbeno zaželeno storiti nekaj več kot zgolj opozoriti na nevarnost. V takšnih primerih torej, kljub temu da gre za prostovoljna razmerja, opozorilo samo ne bo zadostovalo.⁹⁰

Obstajajo številni razlogi zakaj odškodninsko pravo od poslovnih subjektov zahteva nekaj več oziroma višjo raven skrbnosti kot od zasebnikov. Prvič, pri podjetjih je bolj verjetno, da se bodo poslužili varnostnih ukrepov v izogib odškodninski odgovornosti, drugič, so v boljši poziciji, kar se tiče nošenja in razpršitve izgube v primeru, da previdnostni ukrepi niso bili sprejeti in je

⁸⁶ V zadevi *Cipollone v. Liggett Group*, 505 U.S. 504 (1992).

⁸⁷ Sugarman, S. D., *Assumption of Risk*, 31 *Valparaiso University Law Review* 833 1997, str. 858.

⁸⁸ Prav tam, str. 859, 860.

⁸⁹ Opozorilo je lahko izrecno ali pa implicitno, kar pomeni, da izhaja iz očitnega stanja stvari same; prav tam, str. 861.

⁹⁰ Prav tam, str. 864-866.

prišlo do škode, in tretjič, za poslovne subjekte je bolj verjetno, da bodo več ljudi podvrgli tveganjem.⁹¹ V nasprotju s tem pa od običajnih posameznikov težko zahtevamo, da npr. popravijo poškodovan stol ali stopniščno ograjo pred prihodom gostov, če tega ne storijo že zato, da bi zaščitili sebe pred pretečo nevarnostjo. Poleg tega posameznik, v nasprotju s podjetjem, ne proizvaja nekega izdelka ali ponuja neke storitve, kamor bi lahko internaliziral stroške, ki bi nastali s tem, ko bi poskušal narediti svoj dom varnejši.⁹²

c) **Contributory/comparative negligence**

Obstajajo številni primeri, kjer uporaba doktrine »assumption of risk« ustvari neustrezen vtis, da nosi zgolj oškodovanec posledice realiziranega tveganja nastanka škodnega dogodka. Najpogosteje navajan primer je voznja z vinjenim voznikom. Nedvomno je sopotnik s tem, ki je prisedel k vinjenemu vozniku, ki očitno ni več sposoben za varno vožnjo avtomobila, prevzel tveganje, da bo poškodovan. Vendar pa je potrebno upoštevati, da sta tako voznik kot sopotnik ravnala malomarno. Takšno hkratno malomarno vedenje dveh strank, ki je združeno pripeljalo v poškodbo ene od njiju je sprva v common law vodilo do popolne razbremenitve odgovornosti toženca.⁹³ Institut »contributory negligence« je namreč predstavljal popolno oviro povrnitvi škode. Eden izmed razlogov za takšno pravilo je bil v očitku, da bi se tožnik lahko izognil škodi, če bi sam ravnal dovolj skrbno, drugi razlog pa je bil preprosto v tem, da je v common law obstajal odpor do vsega, kar ni dajalo rezultate po principu vse ali nič.⁹⁴

Kasneje⁹⁵ je bil opisani »vse-ali-nič princip«⁹⁶ presežen, saj so obstajale številne kritike pravila, ki je oprostilo odgovornosti premalo skrbnega in lahkomišelnega toženca, čigar ustrezno ravnanje bi preprečilo nastanek škode. Posledično danes skoraj v vseh ureditvah tožnikova krivda služi le kot delna obramba toženca in mora slednji tožniku povrniti del njegove škode, seveda ob predpostavki njegove krivde oziroma drugačne pravne odgovornosti za nastalo škodo.⁹⁷ Z novim režimom, t. i. »comparative negligence«,⁹⁸ je torej odškodninsko pravo dobilo

⁹¹ Prav tam, str. 867.

⁹² Prav tam.

⁹³ Prav tam, str. 851, 852.

⁹⁴ Prav tam.

⁹⁵ Sredi 20. stoletja, z vrhuncem v 70ih in 80ih letih; Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 471.

⁹⁶ V ang. »all-or-nothing-principle«.

⁹⁷ Navedeno pomeni, da bo npr. neizkušen ali vinjen voznik z ugovorom, da je oškodovanec prostovoljno pristal na vožnjo z njim, težko dosegel popolno razbremenitev odgovornosti; bolj verjetno je, da bo dosegel delno razbremenitev na podlagi ugovora soprispevka oškodovanca; Van Gerven, W., Lever, J., Larouche, P., Tort Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2000, str. 734.

⁹⁸ Z evropske perspektive se zdi še vedno ustrežnejši izraz »contributory negligence«, saj se ta izraz še vedno uporablja v Angliji in Wales, kljub temu, da je bilo vse-ali-nič pravilo opuščeno in zamenjano s pravilom o zmanjšanju odškodninske odgovornosti v obsegu od 0-100 % (t. i. *pure comparative negligence system*); European

metodo za naložitev odgovornosti za nastalo škodo in razdelitev negativnih bremen škodnega dogodka med obe stranki.⁹⁹

Deljena odgovornost pa se ne nanaša le na primere, ko lahko obema strankama očitamo malomarnost, temveč je uporabna tudi pri objektivni odgovornosti toženca in malomarnosti tožnika.¹⁰⁰ Za slednji primer gre na primer takrat, ko tožnik odpelje avtomobil iz razstavnega salona in nato že kmalu opazi, da zavore ne delujejo tako kot bi morale, saj avtomobil ob naglem pritisku na zavore potegne znatno v desno. Kljub temu se odloči, da avtomobila ne odpelje nazaj na popravilo, temveč se raje še naprej vozi z njim in poskusi bolj počasi zavirati. Vendar pa že čez dva dni doživi nesrečo, saj pri nenadni oviri na cesti in hitrem pritisku na zavore avtomobil zanese v drevo. Sledi tožba naslovljena na izdelovalca avtomobila. Splošno pravilo danes je, da bo dobil povrnjen del, ne pa vse nastale škode. Za nastalo škodo je odgovoren tako proizvajalec avtomobila, ki je tožniku prodal pomanjkljivo izdelan avtomobil, kot tudi novi lastnik avtomobila, ki je ravnal malomarno in sedaj toži za nastalo škodo. S tem, ko je po odkritju napake nadaljeval z vožnjo pomanjkljivo izdelanega avtomobila, je namreč prevzel nase tveganje nastanka telesne poškodbe tiste vrste, ki se je nato tudi pripetila, zato mu ne pripada polna odškodnina.¹⁰¹

Enako pravilo je možno uporabiti tudi za številne druge primere, ki zajemajo predvidljivo zlorabo pomanjkljivega produkta. Toženec je odgovoren zaradi neustrezne izdelave ali oblikovanja izdelka, saj bi moral predvidevati možnost zlorabe produkta in bi lahko to zlorabo tudi preprečil. Tožnik pa se tipično dobro zaveda, da z neustrezno uporabo produkta tvega nastanek ravno tiste škode, ki potem tudi nastane. Zaradi neodgovornega in malomarnega vedenja na obeh straneh je danes tipična rešitev delna odškodnina.¹⁰²

5.1.4. Modeli porazdelitve krivde in škode med tožnika in toženca

Danes lahko v Združenih državah Amerike zasledimo 4 osnovne modele porazdelitve krivde in škode:¹⁰³

Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Springer-Verlag, Dunaj 2005, str. 131.

⁹⁹ Sugarman, S. D., Assumption of Risk, 31 Valparaiso University Law Review 833 1997, str. 852.

¹⁰⁰ Prav tam, str. 854, 855.

¹⁰¹ Prav tam, str. 854.

¹⁰² Prav tam, str. 855.

¹⁰³ Matthiesen, Wickert & Lehrer, S.C., Contributory Negligence/Comparative Fault Laws in All 50 States, URL: <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2013/03/contributory-negligence-comparative-fault-laws-in-all-50-states.pdf>, 7. 12. 2018.

a) pure contributory negligence

»Contributory negligence« pomeni malomarno ravnanje tožnika oziroma oškodovanca, ki prispeva k nastanku škode in za katerega je značilno, da pade pod objektivni standard razumne osebe, katerega bi se tožnik sicer moral poslužiti zaradi lastne zaščite.¹⁰⁴ Skladno s sistemom »pure contributory negligence« je odgovornost prima facie na tožencu, ta pa se odgovornosti lahko ekskulpira, če dokaže, da je tožnik kršil obveznost, da sam sebe zaščiti pred nevarnostjo.¹⁰⁵ Gre torej za obrambo toženca, ki pravi, da malomarni oškodovanec ne more izterjati odškodnine, tudi če je sam le 1 % kriv. To pravilo pa je kritizirano zaradi pretirane strogosti do tožnika, saj mu že ob njegovi najmanjši malomarnosti, ki je prispevala k nastanku škode, ne pripada odškodnina in to ne glede na to, kako zelo malomaren je bil toženec.¹⁰⁶ Ta sistem poznajo le 4 zvezne države in District of Columbia (ta leta 2016 zgolj za pešce in kolesarje uvede modificiran sistem deljene odgovornosti v primeru tožnikove krivde do 51 %).¹⁰⁷

b) pure comparative negligence

Gre za sistem porazdelitve škode med malomarnima strankama, ki temelji na njunem sorazmernem deležu krivde. V nasprotju s sistemom »pure contributory negligence« tožnikova malomarnost ne predstavlja popolne ovire povrnitvi škode s strani toženca, ampak zgolj zmanjša obseg škode, ki jo bo dobil tožnik povrnjeno, in sicer sorazmerno tožnikovemu deležu krivde.¹⁰⁸ Ta dokaj preprost sistem dovoljuje oškodovancu, da izterja odškodnino celo, če mu lahko pripišemo 99 % krivde, odškodnina pa je zmanjšana za delež oškodovančeve krivde. Posledično je sistem kritiziran, ker dovoljuje tudi tožniku, ki je primarno in v večjem delu sam kriv za nastalo škodo, da dobi povrnjen del škode od toženca, ki pa je kriv le v manjšem delu.¹⁰⁹ Navedeni sistem priznava 12 zveznih držav.¹¹⁰

¹⁰⁴ Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 451, 453.

¹⁰⁵ Matthiesen, Wickert & Lehrer, S.C., Contributory Negligence/Comparative Fault Laws in All 50 States, URL: <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2013/03/contributory-negligence-comparative-fault-laws-in-all-50-states.pdf>, 7. 12. 2018.

¹⁰⁶ Prav tam.

¹⁰⁷ Prav tam.

¹⁰⁸ Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 471, 472.

¹⁰⁹ Matthiesen, Wickert & Lehrer, S.C., Contributory Negligence/Comparative Fault Laws in All 50 States, URL: <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2013/03/contributory-negligence-comparative-fault-laws-in-all-50-states.pdf>, 7. 12. 2018.

¹¹⁰ Prav tam.

c) modified comparative negligence

Gre za najbolj pogost zakonodajni pristop k porazdelitvi krivde,¹¹¹ v katerem vsaka stranka nosi odgovornost za nastalo škodo v sorazmerju z lastnim deležem krivde, razen če je tožnikova malomarnost dosegla določen odstotek (npr. 50 % ali 51 %).¹¹² V primeru, da tožnikova krivda doseže ali preseže navedeni odstotek, tožnik ne bo prišel do odškodnine. Opisani sistem poznajo v 33 zveznih državah; 10 jih sledi omejitvi 50 % tožnikove krivde (»50 % Bar Rule«), 23 zveznih držav pa je določilo mejo pri 51 % tožnikove krivde (»51 % Bar Rule«).¹¹³

d) slight-gross system

Gre za manj pogost sistem deljene odgovornosti, skladno s katerim se krivda tožnika in toženca primerja zgolj tedaj, kadar je tožnikova malomarnost majhna (»slight«) in toženčeva malomarnost velika (»gross«), sicer tožniku odškodnina ne pripada.¹¹⁴ Kadar so ti kriteriji izpolnjeni, se odškodnina zmanjša sorazmerno malomarnosti, ki jo je mogoče pripisati tožniku.¹¹⁵ Navedeni sistem predstavlja kompromis med tradicionalnim sistemom »contributory negligence« (»all-or-nothing-principle«) in bolj pogostimi alternativami »comparative negligence«, kritiziran pa je zaradi težav pri definiranju standardov »slight« in »gross« malomarnost.¹¹⁶ Gre za modificirano obliko »pure comparative fault system« in je trenutno uporabljena zgolj v South Dakota.¹¹⁷

5.1.5. Teorija popolne preference (*full preference theory*) in oškodovančevo vztrajanje v (nevarnem) razmerju (*victim insistence on a relationship*)

Tradicionalno razumevanje doktrine »assumption of risk« v smislu prostovoljnega prevzemanja znanega specifičnega tveganja (*voluntary assumption of a known specific risk*) je zlasti pred

¹¹¹ Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 473.

¹¹² Matthiesen, Wickert & Lehrer, S.C., Contributory Negligence/Comparative Fault Laws in All 50 States, URL: <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2013/03/contributory-negligence-comparative-fault-laws-in-all-50-states.pdf>, 7. 12. 2018.

¹¹³ Prav tam. V literaturi je mogoče zaslediti tudi izraza »equal fault bar« in »greater fault bar« pristop; Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 473.

¹¹⁴ Matthiesen, Wickert & Lehrer, S.C., Contributory Negligence/Comparative Fault Laws in All 50 States, URL: <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2013/03/contributory-negligence-comparative-fault-laws-in-all-50-states.pdf>, 7. 12. 2018.

¹¹⁵ Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R., Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984, str. 474.

¹¹⁶ Matthiesen, Wickert & Lehrer, S.C., Contributory Negligence/Comparative Fault Laws in All 50 States, URL: <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2013/03/contributory-negligence-comparative-fault-laws-in-all-50-states.pdf>, 7. 12. 2018.

¹¹⁷ Prav tam.

uvedbo »comparative negligence«, po mnenju številnih zagovornikov ideje o odpravi doktrine »assumption of risk« kot ločene doktrine in zlitju z drugimi doktrinami odškodninskega prava, učinkovalo preširoko pri izključevanju oškodovanca v njegovi možnosti do povrnitve škode, ki je nastala kot posledica realiziranega tveganja, ki ga je prostovoljno in zavestno prevzel nase. Kljub temu pa je mogoče identificirati dve ožji kategoriji doktrine »assumption of risk«, s katerima bi se toženec lahko ubranil odgovornosti za v posledici kršitve dolžnosti nastalo škodo, in sicer teorija popolne preference (*full preference theory*) in oškodovančevo vztrajanje v (nevarnem) razmerju (*victim insistence on a relationship*).¹¹⁸

Pri teoriji popolne preference gre za to, da se tožnik zaveda povečanega tveganja, ki ga je ustvaril toženec s svojo malomarnostjo, kljub temu pa mu je ljubša bolj tvegana možnost od manj tvegane.¹¹⁹

Simons ugotavlja, da lahko v sodni praksi zasledimo številne ponazoritve te teorije, čeprav primeri navadno niso rešeni z obrazložitvijo, ki bi izrecno temeljila na teoriji popolne preference. Kot primer navaja sopotnika, ki voznika spodbuja naj pospeši hitrost vožnje, nato pa je poškodovan v nesreči, ki se je zgodila zaradi prevelike hitrosti. Pogosti so tudi primeri, ko uporabnik nekega izdelka, ob zavedanju tveganja, namerno odstrani varovalo z namenom lažje uporabe izdelka.¹²⁰

Teorija popolne preference ne sloni na nerazumnosti tožnikove izbire. Razumnost oziroma nerazumnost izbire med bolj ali manj tvegano možnostjo je popolnoma irelevantna. Ne glede na razlog, zaradi katerega je tožniku ljubši bolj tvegana način udejstvovanja v primerjavi z manj tveganim, ni upravičen do odškodnine, in sicer tako iz razloga pravičnosti do toženca kot tudi zaradi spoštovanja avtonomne izbire tožnika.¹²¹

Druga skupina primerov, v katerih oškodovanec prav tako lahko ostane popolnoma brez odškodnine pa so primeri, v katerih oškodovanec vstopi in vztraja v (nevarnem) razmerju. Klasičen primer je, ko tožnik prosi vinjenega voznika za prevoz, ob tem pa se dobro zaveda, v kakšnem stanju je voznik. Dodatni pogoj pa je, da ima tožnik prepričljiv razlog, da sprejme tak

¹¹⁸ Simons, K. W., Reflections on Assumption of Risk, Boston University School of Law Working Papers Series, Public Law & Legal Theory, Research paper No. 02-10 2002, str. 2, URL: http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/abstracts/2002/pdf_files/simonsk080602.pdf, 4. 1. 2019.

¹¹⁹ Prav tam, str. 24.

¹²⁰ Prav tam, str. 21.

¹²¹ Prav tam, str. 19.

tvegan prevoz (npr. da se mu avto pokvari na zapuščeni cesti v slabem vremenu, kjer ne more najti drugega prevoza).¹²²

V takšnem primeru tožnik ne bo upravičen do odškodnine za morebitno nastalo škodo, kljub temu, da je toženec povsem očitno kršil dolžno skrbnost,¹²³ tožnik pa je, glede ne opisane okoliščine, ravnal povsem razumno, ko se je odločil, soočiti se s tveganjem, kar bi skladno s sodobnim razumevanjem sicer moralo voditi do polne odškodnine. Na takšen zaključek po mnenju Simonsa vplivata zlasti dva faktorja. Prvi je ta, da je toženec »volonter«, kar pomeni, da lahko sprejme ali odkloni razmerje s tožnikom, ne da bi s tem prekršil dolžnost. Drug pomemben element pa je ta, da je tožnik tisti, ki je vstopil v to razmerje oziroma ki vztraja v njem ter da ima ravno tožnik glavno korist od tega razmerja. Kot tretji potencialni faktor pa se nadalje omenja toženčeva možnost, da izključi oškodovanca od nevarne aktivnosti oziroma njegova komunikacija s potencialnim oškodovancem o tem, da naj raje opusti svojo namero. Če se v takšnem primeru tožnik vseeno odloči vztrajati, toženec ni več odgovoren za nevarno stanje, ki ga je povzročil s svojo malomarnostjo.¹²⁴

Poudariti velja, da teorija popolne preference in oškodovančevo vztrajanje v nevarnem razmerju obsegata le manjši podmnožici primerov, ki so spadala v okvir tradicionalnega razumevanja doktrine »assumption of risk«,¹²⁵ saj upravičujeta zgolj zelo ozko interpretacijo pravila o ne-povrnitvi škode.¹²⁶ Preostali primeri pa se navadno rešujejo s pomočjo deljene odgovornosti (*comparative negligence*).¹²⁷

5.2. NEMŠKO PRAVO

5.2.1. Pravo in nepravo ravnanje na lastno odgovornost

Z ravnanjem na lastno odgovornost (*Handeln auf eigene Gefahr*) je v nemškem pravu opisano dejansko ravnanje oškodovanca, ki se zavestno in brez utemeljenega – pravnega, poklicnega ali etičnega¹²⁸ – razloga izpostavi nevarnosti, ki jo je ustvaril povzročitelj.¹²⁹

¹²² Prav tam, str. 25.

¹²³ Nedvomno je malomarno voziti pijan v luči tveganja za poškodbo ostalih udeležencev v prometu; prav tam, str. 26.

¹²⁴ Prav tam, str. 25-28.

¹²⁵ Prav tam, str. 28.

¹²⁶ Prav tam, str. 22.

¹²⁷ Prav tam, str. 28, 29.

¹²⁸ Teichmann, A., v: Berger, C., Budzikiewicz, C., Mansel H. P., Stadler, A., Stürner, R., Teichmann A., Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. izdaja, C.H. Beck, München 2018, § 254, rš. 14.

¹²⁹ Looschelders, D., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 397, rš. 1120.

Glede na to, da značilnosti in učinke ravnanja na lastno odgovornost na morebiten odškodninski zahtevek nemški civilni zakonik – Bürgerliches Gesetzbuch¹³⁰ (v nadaljevanju: BGB) – ne opredeljuje, posledično, kot bo predstavljeno v nadaljevanju, tudi v sodni praksi in literaturi ni konsenza o tem, na kakšen način dogmatično opredeliti obravnavani koncept.¹³¹

V nemškem pravu v okviru ravnanj na lastno odgovornost običajno ločijo pravo (*echtes*) in nepravo ravnanje na lastno odgovornost (*unechtes Handeln auf eigene Gefahr*). O pravem ravnanju na lastno odgovornost lahko govorimo takrat, ko povzročitelj nevarnosti nima dolžnosti zagotoviti varnost nasproti nekemu, ki nevarnost pozna ali bi moral poznati in je posledično od njega razumno pričakovati, da se bo sam zavaroval.¹³² Po prevladujočem stališču se pravo ravnanje na lastno odgovornosti ne odraža šele na ravni protipravnosti, temveč je učinek izključitve odgovornosti posledica same razmejnitve dolžnosti – ravnanje na lastno odgovornost se začne tam, kjer preneha dolžnost tistega, ki je nevarnost ustvaril.¹³³

Kljub temu, da pravo ravnanje na lastno odgovornost v literaturi običajno predstavlja posebno kategorijo ravnanj na lastno odgovornost, pa v praksi praviloma ne gre za neko ločeno skupino primerov, temveč izhajajo ti primeri večinoma iz preizkusa kršitve dolžne skrbnosti.¹³⁴

Pojem nepravo ravnanje na lastno odgovornost pa nadalje opisuje situacije, ko ima povzročitelj nevarnosti dolžnost, da drugo osebo zaščiti pred njenim prostovoljnim izpostavljanjem nevarnosti; ob neupoštevanju te dolžnosti oškodovalec ravna protipravno, izpostavitev nevarnosti in s tem samo-ogrožitev oškodovanca pa se v tem primeru upošteva le v okviru ugovora sokrivde oziroma soprispevka oškodovanca (*Mitverschulden*) na podlagi § 254 BGB,¹³⁵ ki lahko privede do zmanjšanja ali izključitve odgovornosti povzročitelja.¹³⁶

¹³⁰ Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738, nazadnje spremenjen z BGBl. I S. 2651.

¹³¹ Götz, A., Die deliktische Haftung für Sportverletzungen im Wettkampfsport, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe 2009, str. 164.

¹³² Ohly, A., „Volenti non fit iniuria“ - Die Einwilligung im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, str. 226.

¹³³ Prav tam.

¹³⁴ Beurskens, M., Privatrechtliche Selbsthilfe: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, str. 326, 327.

¹³⁵ § 254 BGB: »(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.«

¹³⁶ Ohly, A., „Volenti non fit iniuria“ - Die Einwilligung im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, str. 226, 227.

Ohly meni, da gre pri ravnanju na lastno odgovornost zlasti za pripis tveganj. Pri tem se prepletata objektivni in subjektivni dejavnik, in sicer tako objektivna ocena tveganega vedenja kot tudi prostovoljna izpostavitve nevarnosti oškodovanca. Pri pravem ravnanju na lastno odgovornost stoji povsem v ospredju objektivni element – vedenje ustreza družbeno sprejemljivim normam vedenja. Nazoren primer je poškodba gledalca na športni prireditvi – odločilno ni, ali je gledalec privolil, temveč ali je organizator sprejel potrebne varnostne ukrepe. V primerih nepravega ravnanja na lastno odgovornost pa je izpostavitve nevarnosti dejavnik, ki se v okviru § 254 BGB upošteva pri objektivnem premisleku glede deležev odgovornosti obeh strank.¹³⁷

5.2.2. Področja uporabe instituta »Handeln auf eigene Gefahr«

Kot že omenjeno, sam pojem »Handeln auf eigene Gefahr« opisuje zgolj dejansko vedenje oškodovanca, nič pa ne pove o tem, kako to vedenje vrednotiti s pravnega vidika.¹³⁸ Posledično se v literaturi pogosto navaja različna področja uporabe, ki združujejo primere, v katerih so sodišča že zavzela pravna stališča o tem, kako neko dejansko vedenje oškodovanca, ki ga lahko opišemo z ravnanjem na lastno odgovornost, tudi pravno obravnavati.

a) Udeležba na nevarnih vožnjah

Eno od pomembnih področij uporabe pojma ravnanje na lastno odgovornost zasledimo v primerih vožnje oškodovanca v vozilu kot sopotnik, čeprav pozna ali bi moral poznati posebne okoliščine, iz katerih izhaja povečana nevarnost (npr. voznikova nesposobnost za vožnjo zaradi alkoholiziranosti ali pretrujenosti, vožnja brez voznškega dovoljenja).¹³⁹ Starejša sodna praksa je zastopala stališče, da je oškodovanec molče privolil v možnost poškodbe, ki je izhajala iz prepoznane nevarnosti, ta privolitev pa naj bi imela učinek izključitve protipravnosti.¹⁴⁰ Looschelders je mnenja, da takšno stališče ne prepriča, saj tudi v primeru, ko oškodovanec nevarnost prepozna, praviloma zaupa v to, da se ta ne bo uresničila, zato je privolitev v

¹³⁷ Prav tam, str. 228, 229.

¹³⁸ Looschelders, D., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 397, rš. 1120.

¹³⁹ Oetker, H., v: Krüger, W. (ur.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. izdaja, C.H. Beck, München 2016, § 254, rš. 66.

¹⁴⁰ Looschelders, D., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 398, rš. 1122.

poškodbo zgolj fikcija.¹⁴¹ BGH je torej upravičeno opustilo zgornjo razlago in odslej takšne primere obravnava z vidika sokrivde na podlagi § 254 BGB.¹⁴²

Oetker v zvezi s tem opozarja, da lahko o soprispevku oškodovanca govorimo le tedaj, ko se je uresničila ravno tista nevarnost, zaradi katere je oškodovancu mogoče očitati neupoštevanje v lastnih zadevah zahtevane ravni skrbnosti oziroma neskrbnost ravnanja v razmerju do samega sebe. Pri tem navaja primer vožnje kot sopotnik v neregistriranem vozilu, ko je oškodovani vedel ali bi moral vedeti,¹⁴³ da je vozilo neregistrirano. Za uporabo instituta sokrivde je potrebno, da škoda izvira ravno iz manjkajoče prometne varnosti vozila. Če namreč voznik povzroči nesrečo, ki bi se lahko zgodila tudi z registriranim vozilom, uporaba § 254 BGB ne pride v poštev.¹⁴⁴

b) Udeležba pri nevarnih športih

Pomembno področje uporabe doktrine ravnanje na lastno odgovornost predstavljajo nadalje primeri udeležbe pri nevarnih športnih aktivnostih (npr. nogomet, boks, avtomobilske dirke). Tovrstne primere nemška sodna praksa navadno rešuje s pomočjo § 242 BGB,¹⁴⁵ s čimer poseže neposredno po prepovedi protislovnega ravnanja v nasprotju z načelom dobre vere (*venire contra factum proprium*).¹⁴⁶

Takšen pristop ne pušča prostora za kakršnokoli tehtanje, temveč pripelje do izključitve odškodninskega zahtevka. Zaradi nevarnosti samega tekmovanja bi se namreč oškodovanec prav lahko tudi sam znašel v vlogi povzročitelja škode. Poškodbe, za katere ni mogoče zahtevati odškodnine, pa je potrebno v teh primerih vzeti v zakup le tedaj, kadar so osnova za igro za

¹⁴¹ V tem smislu pa je zanimivo tudi stališče Wagnerja, ki je mnenja, da lahko vstop v vozilo v takšnem primeru razumemo tudi kot privolitev v ogroženost (in ne privolitev v poškodbo), ki lahko privede do izpolnjene poškodbene posledice; Wagner, G., v: Habersack, M. (ur.), Münchener Kommentar zum BGB, zvezek 6, 7. izdaja, C.H. Beck, München 2017, § 823, rš. 79.

¹⁴² Looschelders, D., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 398, rš. 1122.

¹⁴³ Do uporabe instituta sokrivde ne pride šele takrat, ko je oškodovanec nevarnost dejansko prepoznal, temveč zadošča že, da je bila nevarnost zanj ob skrbnosti, ki se zahteva, prepoznavna; Oetker, H., v: Krüger, W. (ur.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. izdaja, C.H. Beck, München 2016, § 254, rš. 66.

¹⁴⁴ Oetker, H., v: Krüger, W. (ur.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. izdaja, C.H. Beck, München 2016, § 254, rš. 66.

¹⁴⁵ § 242 BGB: »Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.«

¹⁴⁶ V nasprotju s tem del literature zagovarja tudi uporabo § 254 BGB; Looschelders, D., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 398, rš. 1123.

vsakega udeleženca zavezujoča pravila igre, ki so vnaprej določena in zlasti preko prepovedi prekrškov (t. i. »*Fouls*«) usmerjena v zaščito telesne nedotakljivosti igralcev.¹⁴⁷

V takšnih primerih ravnanja na lastno odgovornost pa je po mnenju Looschelders/Olzen lahko sklicevanje na načelo dobre vere in poštenja oziroma na prepoved protislovnega ravnanja celo odveč. Pri na pravilih temelječem ravnanju (npr. v športu) oškodovalec namreč ne prekrši nobene norme, ki bi utemeljevala njegovo odgovornost,¹⁴⁸ zato se vprašanje soodgovornosti sploh ne pojavlja.¹⁴⁹

Ustaljena nemška sodna praksa pa ne izključuje odgovornosti povzročitelja škode le takrat, ko je ta ravnal skladno s pravili igre, temveč tudi takrat, ko je zgolj neznatno prekoračil pravila, vendar še vedno v okviru pravičnosti (t. i. »*Fairness*«).¹⁵⁰

Povsem drugače pa je v primerih, ko povzročitelj škode grobo krši pravila igre. Udeleženci športnih aktivnosti namreč sprejmejo zgolj »normalne« rizike igre, torej rizike, ki so inherentni značilnostim igre in so znani ter jasni vnaprej, ne prevzemajo pa neobičajnih rizikov, kot so naklepne ali grobe kršitve pravil športne igre. BGH povezuje ta obrambni mehanizem ravnanja na lastno odgovornost s splošnim institutom dobre vere (§ 242 BGB). Če je toženec ravnal naklepno ali s hudo malomarnostjo, se ne more v dobri veri sklicevati na tožnikovo ravnanje na lastno odgovornost.¹⁵¹

Pri določenih športih lahko nadalje ravnanje na lastno odgovornost obravnavamo tudi kot privolitev v potencialno poškodbo, ki izključi protipravnost. Privolitev pa bo prišla v poštev le v redkih primerih, na primer pri vrstah športa, ki ciljajo na poškodbo nasprotnika in se tveganje poškodbe že približuje gotovosti (npr. pri boksu).¹⁵² Samo pri tovrstnem izpostavljanju nevarnosti lahko torej izhajamo iz privolitve oškodovanca v poškodbo pravne dobrine s posledično izključeno odškodninsko odgovornostjo povzročitelja.¹⁵³

¹⁴⁷ Looschelders, D., Olzen, D., v: Olzen, D., Looschelders, D., Schiemann, G., J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, knjiga 2, Sellier de Gruyter, Berlin 2015, § 242, rš. 597.

¹⁴⁸ Torej že dejanski stan § 823(1) BGB ni izpolnjen, saj škoda ni povzročena z nedovoljenim posegom v enega izmed v tej določbi naštetih varovanih interesov; Looschelders, D., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 398, rš. 1123.

¹⁴⁹ Looschelders, D., Olzen, D., v: Olzen, D., Looschelders, D., Schiemann, G., J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, knjiga 2, Einleitung zum Schuldrecht; §§ 242-243, Sellier de Gruyter, Berlin 2015, § 242, rš. 597.

¹⁵⁰ Teichmann, A., v: Berger, C., Budzikiewicz, C., Mansel H. P., Stadler, A., Stürner, R., Teichmann A., Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. izdaja, C.H. Beck, München 2018, § 254, rš. 18.

¹⁵¹ Van Dam, C., European Tort Law, 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2014, str. 256.

¹⁵² Teichmann, A., v: Berger, C., Budzikiewicz, C., Mansel H. P., Stadler, A., Stürner, R., Teichmann A., Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. izdaja, C.H. Beck, München 2018, § 254, rš. 16.

¹⁵³ BGH, Urteil vom 7. 2. 2006 - VI ZR 20/05.

c) Ravnanje na lastno odgovornost in objektivna odgovornost

Ravnanje na lastno odgovornost igra pomembno vlogo tudi v okviru objektivne odgovornosti, kjer je splošno priznано, da lahko zavestni prevzem nevarnosti izključi že sam dejanski stan, ki bi utemeljeval odškodninsko odgovornost.¹⁵⁴ V okviru objektivne odgovornosti pa je v nemškem pravu sporno zlasti vprašanje, pod katerimi pogoji je lahko objektivna odgovornost konjerejca nasproti jahaču, ki je določena v § 833 1. st. BGB,¹⁵⁵ izključena.¹⁵⁶

V literaturi je pretežno zastopano stališče, da je odgovornost na podlagi § 833 1. st. BGB izključena takrat, kadar je oškodovanec brezplačno in v lastnem interesu (torej prostovoljno) prevzel oblast nad konjem.¹⁵⁷ V ozadju naj bi bila ideja o ravnanju na lastno odgovornost.¹⁵⁸

S stališča BGH pa se obseg pravnega varstva na podlagi § 833 1. st. BGB razteza tudi na jahača,¹⁵⁹ saj je z vidika dejanskega stanu določbe § 833 1. st. BGB pomembno zgolj to, da je jahalna nesreča posledica specifične nevarnosti, ki izhaja iz živali.¹⁶⁰ To pa je možno zanikati zgolj takrat, kadar se konja uporabi v posebne športne namene (npr. preskakovanje ovir, dresurno jahanje)¹⁶¹ in je jahač zavestno prevzel nase tveganja, ki presegajo običajno raven, ki je sicer povezana z jahanjem.¹⁶²

V preostalem pa pride v poštev znižanje odgovornosti na podlagi sokrivde jahača skladno z § 254 BGB, pri čemer se zahteva, da je oškodovani jahač pri jahanju storil neko napako ali pa je prevzel nerazumno veliko tveganje. Samo jahanje tujega konja po mnenju Looscheldersa še ne zadošča za utemeljitev ugovora sokrivde oškodovanca.¹⁶³

¹⁵⁴ Looschelders, D., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 399, rš. 1124.

¹⁵⁵ § 833 1. st. BGB: »Wird durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Tier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.«

¹⁵⁶ Looschelders, D., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 399, rš. 1124.

¹⁵⁷ Prav tam.

¹⁵⁸ Looschelders, D., Schuldrecht Besonderer Teil, Carl Heymanns Verlag, Köln 2007, str. 550, rš. 1348.

¹⁵⁹ Looschelders, D., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 399, rš. 1124.

¹⁶⁰ Looschelders, D., Schuldrecht Besonderer Teil, Carl Heymanns Verlag, Köln 2007, str. 550, rš. 1348.

¹⁶¹ Prav tam.

¹⁶² Looschelders, D., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014, str. 399, rš. 1124.

¹⁶³ Prav tam, rš. 1125.

5.2.3. Aktualni pomen instituta »Handeln auf eigene Gefahr«

Z ozirom na predstavljena stališča, ki jih je mogoče zaslediti v literaturi in sodni praksi glede pravne obravnave instituta ravnanje na lastno odgovornost, se pojavlja vprašanje, ali in v kolikšni meri še priznavati ravnanju na lastno odgovornost samostojni pomen v razmerju do instituta sokrivde, ki je urejen v § 254 BGB. To vprašanje ostaja sporno. V nemški literaturi je deloma zastopano stališče, da predstavlja ravnanje na lastno odgovornost zgolj poseben primer § 254 BGB. Drugi avtorji nasprotno menijo, da lahko o ravnanju na lastno odgovornost govorimo zgolj tedaj, ko je treba deliktno odgovornost oškodovalca že zaradi samega ravnanja oškodovanca zanikati (in torej § 254 BGB ne pride v poštev). Prevladujoče stališče pa je, da je potrebno ravnanje na lastno odgovornost v splošnem presojati na podlagi § 254 BGB, v posebnih primerih pa lahko tudi izključi dejanski stan, ki bi utemeljeval odškodninsko odgovornost¹⁶⁴ (kot na primer že predstavljeno v primeru uporabe določbe § 833 1. st. BGB).

Tudi takrat, ko so primeri ravnanj na lastno odgovornost rešeni na podlagi § 254 BGB, pa je v literaturi moč zaslediti mnenja, ki poudarjajo samostojni značaj teh primerov. Razlika z »normalnimi« primeri sokrivde je vidna zlasti v tem, da oškodovanec ne povzroči samostojne nevarnosti za svoje pravne dobrine, temveč se (namerno) izpostavi nevarnosti, ki jo je ustvaril povzročitelj.¹⁶⁵ Posledično naj bi po mnenju nekaterih prišla v poštev zgolj analogna uporaba § 254 BGB.¹⁶⁶

Ne glede na to, ali institutu ravnanje na lastno odgovornost pripisujemo samostojni ali nesamostojni pomen v razmerju do instituta soprispevka oškodovanca, pa je praktična potreba po tem institutu nesporna. Tudi kadar ni izrecne ali konkludentne privolitve oziroma dokazovanje le-te spodleti, lahko namreč izključitev protipravnosti sledi iz okoliščin konkretnega primera. Zlasti v primerih, ko je nevarna aktivnost zaželeno, potencialni oškodovalec pa nima neke prednosti v vedenju ali znanju, bi bilo povsem krivično, če s tveganjem nastanka škode ne bi obremenili tistega, pri katerem se je škoda realizirala.¹⁶⁷ Glede na to lahko torej koncept ravnanja na lastno odgovornost služi tudi izključitvi odškodninske odgovornosti.

¹⁶⁴ Looschelders, D., Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, str. 64, 65.

¹⁶⁵ Prav tam, str. 65.

¹⁶⁶ Prav tam.

¹⁶⁷ Beurskens, M., Privatrechtliche Selbsthilfe: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, str. 327.

5.3. SLOVENSKO PRAVO

5.3.1. Oškodovanec prevzame tveganje nastanka škode

V slovenski literaturi in sodni praksi je zelo malo govora neposredno o ravnanju na lastno odgovornost, več pa o oškodovančevem prevzemu tveganja negativnih posledic in s tem o celotni ali delni izključitvi odgovornosti povzročitelja.

Že v zvezi s prvo (splošno) predpostavko neposlovne odškodninske odgovornosti, t. j. protipravnostjo ravnanja, je potrebno opozoriti na to, da ravnanje, katerega predvidljiva posledica je možnost nastanka škode, nima značilnosti protipravnosti zgolj takrat, ko je oškodovanec sam prevzel tveganje nastopa negativnih posledic, ki utegnejo nastati zaradi takšnega ravnanja. Gre za posebno pravilo, ki ima naravo izjeme, zato zahteva restriktivno razlago.¹⁶⁸

Glede na to, da je »bistvo odškodninskega prava porazdelitev rizika nastale škode«¹⁶⁹ med oškodovancem in povzročiteljem, velja najprej razlikovati med različnimi vrstami tveganja. Kadar imamo v mislih tveganja, ki so sestavni del povsem običajnih opravil, kot so prehranjevanje, dihanje, hoja, ohranjanje toplote, spanje ipd., predstavlja spopadanje s temi tveganji neizogiben element človeškega bivanja.¹⁷⁰ Gre za vsakdanja splošna tveganja,¹⁷¹ ki jih prevzame vsak posameznik sam in posledično nosi tudi morebitne negativne posledice realizacije teh tveganj.¹⁷²

Ljudje kot aktivna družbena bitja pa se navadno ne soočamo zgolj z vsakdanjimi splošnimi tveganji, temveč tudi s manjšimi ali večjimi tveganji, ki so tipična za udejstvovanje na določenem področju, zlasti v športu.

¹⁶⁸ Plavšak, N., v: Plavšak, N., Juhart, M., Vrenčur, R., Obligacijsko pravo, splošni del, GV založba, Ljubljana 2009, str. 505.

¹⁶⁹ Plavšak, N., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2003, str. 665, 666.

¹⁷⁰ Wiener, J. B., Precaution in a Multi-Risk World, Working Paper No. 23, December 2001, str. 3, URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=293859, 4. 1. 2019.

¹⁷¹ Plavšak, N., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2003, str. 740.

¹⁷² Navedeno potrjuje tudi sodna praksa; glej npr. VSRS sodba II Ips 477/2007 z dne 18. 2. 2010: »Pri presoji odškodninske odgovornosti vsakokratnega upravjalca javnega dobra za škodo, ki jo povzroči divja žival v naravnem okolju, je treba upoštevati, da je tveganje srečanja s tako živaljo v tem okolju in morebitne škode, ki jo ta povzroči, običajno oziroma normalno tveganje, povezano z gibanjem v tem okolju. To tveganje prevzame vsak obiskovalec, ki se v tem okolju giblje. Gre za vsakdanja splošna tveganja, ki so tako pogosta in običajna, da so sestavina bivanja vsakogar. Oškodovančev prevzem tega tveganja je razlog za oprostitev odškodninske odgovornosti države za škodo, ki jo povzroči (nevarna ali nenevarna) divja žival v svojem naravnem okolju.«

Kljub temu, da tipično tveganje, torej povečano nevarnost poškodb, ki je značilna za posamezen šport, prevzame vsak udeleženec športne aktivnosti sam, to vendarle »ne odvezuje organizatorja, da aktivnost organizira v skladu z merili profesionalne skrbnosti, vsebovanimi v varnostnih predpisih, pravilih stroke in splošnem načelu prepovedi povzročanja škode«. ¹⁷³

Organizator si mora prizadevati, da omeji tipična tveganja, ki so povezana z nekim udejstvovanjem, na razumno mero. ¹⁷⁴ Morebitna odgovornost organizatorja se tako presoja po krivdnem načelu, to je ali je glede na okoliščine izvedel vse razumne varnostne ukrepe, ki mu jih nalaga dolžna (profesionalna) skrbnost. ¹⁷⁵

Kadar je tožena stranka ravnala z dolžno skrbnostjo in torej ni storila ali opustila nič takšnega, kar bi vzročno prispevalo k nastanku tožnikove škode, ji krivdne odgovornosti ne moremo očitati, ¹⁷⁶ kar pomeni, da je tožnik tisti, ki je prevzel tveganje nastanka škode in mora nositi negativne posledice škodnega dogodka.

Pri športnih, rekreativnih, zabavnih in podobnih udejstvovanjih pa se poleg odškodninske odgovornosti organizatorja tega udejstvovanja, postavlja tudi vprašanje odškodninske odgovornosti enega udeleženca kot povzročitelja poškodbe v razmerju do drugega udeleženca kot oškodovanca. Povzročitelju poškodbe je mogoče očitati kršitev dolžne skrbnosti, če je kršil pravila, ki veljajo za udejstvovanje, v katerem je prišlo do poškodbe (npr. pravila obnašanja na smučišču). ¹⁷⁷ Tako na primer velja, da »[s]mučar nase prevzema običajne rizike, ki izhajajo iz smučanja, ne pa tistih ki izvirajo iz nedovoljenega ravnanja drugih udeležencev, zlasti iz kršitev predpisov o prepovedih in obveznih ravnanjih na smučišču.« ¹⁷⁸

¹⁷³ Možina, D., v: Bergant Rakočević, V. (ur.) in drugi, Šport & pravo, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 301.

¹⁷⁴ Plavšak, N., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2003, str. 740. Glej tudi VSRS sodba II Ips 291/2012 z dne 20. 3. 2014: »Organizator mora poskrbeti predvsem za varnostne ukrepe proti tistim nevarnostim, ki presegajo običajno tveganje, ki je povezano z izvajanjem posamezne športne dejavnosti in ki udeležencem niso brez nadaljnje razvidne oziroma se jim lahko izognejo.«

¹⁷⁵ Možina, D., v: Bergant Rakočević, V. (ur.) in drugi, Šport & pravo, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 302. V zvezi s tem glej npr. tudi VSL sodba I Cp 420/97 z dne 17. 9. 1997: »[...] ugotovitve sodišča prve stopnje kažejo, da tožena stranka kot organizator ni storila vsega, kar bi morala.«

¹⁷⁶ Glej VSK sodba Cp 578/2008 z dne 26. 6. 2008: »[...] tožena stranka pri vodenju kanjoninga, pri katerem se je tožnik poškodoval ni storila ali opustila storiti nič takšnega, kar bi vzročno prispevalo k nastanku njegove škode [...].«

¹⁷⁷ Plavšak, N., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2003, str. 740, 741.

¹⁷⁸ Glej VSRS sodba II Ips 1129/2008 z dne 16. 2. 2012.

Nadalje pa se pri športih, pri katerih pogosto prihaja do telesnega kontakta med športniki in je posledično nevarnost telesnih poškodb večja, postavlja vprašanje, kje postaviti mejo med odgovornostjo in normalno borbena igro, katere sestavni del so nedvomno tudi poškodbe.

Slovenska sodna praksa zastopa stališče, da »športniki drug od drugega seveda pričakujejo skrbnost, nemogoča pa bi bila zahteva, da nikoli ne bi prihajalo do manjših kršitev pravil športne igre oziroma dejavnosti«. ¹⁷⁹ Vsak športnik sodeluje na lastno odgovornost, kar pomeni, da sprejme običajna tveganja nastanka poškodb, ki so povezana z določenim športom in nastanejo ob upoštevanju ali z manjšimi odstopanji od pravil športne igre. ¹⁸⁰

O športnem privilegiju, ki predstavlja oviro odškodninski odgovornosti povzročitelja poškodbe, pa lahko govorimo zgolj takrat, ko gre za manjše kršitve pravil igre in ne, ko imamo opravka z zavestnimi in grobimi kršitvami ali celo z namernimi poškodbami nasprotnega igralca. ¹⁸¹ Takšna tveganja niso več družbeno sprejemljiva, ¹⁸² zato zanje ne velja, da jih športniki vzamejo v zakup, ko se odločijo za sodelovanje pri neki športni aktivnosti. ¹⁸³

Nadalje pa obstaja skupina športov, pri katerih nevarnost poškodb prerašča v gotovost, saj je njihov namen ravno onesposobitev nasprotnika. Gre za borilne športe v ožjem smislu (npr. boks), pri katerih prihaja tudi (ali predvsem) do naklepnih povzročitev telesnih poškodb. Situacija se razlaga z institutom privolitve oškodovanca, ¹⁸⁴ ki izključi protipravnost ravnanja povzročitelja poškodbe. ¹⁸⁵

5.3.2. Oškodovanec ravna neskrbno v razmerju do samega sebe

Oškodovancu lahko nadalje, poleg prevzema tveganja, v dveh situacijah očitamo tudi neskrbnost ravnanja v razmerju do samega sebe, in sicer: (a) ko ima možnost izbire med manj tveganim in bolj tveganim načinom udejstvovanja, pri čemer za to možnost ve oz. bi moral vedeti, vendar se na koncu odloči za bolj tvegano možnost, povezano z določeno nevarnostjo,

¹⁷⁹ Glej VSRS sodba II Ips 291/2012 z dne 20. 3. 2014. Podobno tudi v VSRS sodba II Ips 227/2013 z dne 16. 7. 2015: »Pri ekipnih športih (kakršen je nogomet) majhnih odstopanj od pravil športne igre, storjenih iz malomarnosti, ki so na primer pri nogometnih tekmovanjih (že) normalen pojav, značilen za vse udeležence igre, ne smemo opredeliti kot protipravna in nedopustna dejanja.«

¹⁸⁰ Možina, D., v: Bergant Rakočević, V. (ur.) in drugi, Šport & pravo, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 289.

¹⁸¹ Prav tam, str. 290.

¹⁸² Glej VSRS sodba II Ips 291/2012 z dne 20. 3. 2014.

¹⁸³ Možina, D., v: Bergant Rakočević, V. (ur.) in drugi, Šport & pravo, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 289.

¹⁸⁴ Privolitev oškodovanca ureja Obligacijski zakonik (Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US, v nadaljevanju: OZ) v 140. členu, ki določa: (1) Kdor v svojo škodo dovoli drugemu, da ta nekaj stori, ne more zahtevati od njega povrnitve škode, ki mu jo je s tem povzročil. (2) Nična je izjava, s katero je oškodovanec privolil, da mu nekdo stori škodo z dejanjem, ki je po zakonu prepovedano.

¹⁸⁵ Možina, D., v: Bergant Rakočević, V. (ur.) in drugi, Šport & pravo, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 291.

ki jo je ustvarila odgovorna oseba (*victim fully prefers the risk*¹⁸⁶) in (b) ko vstopi v (nevarno) razmerje s potencialnim povzročiteljem škode in vztraja v tem razmerju, čeprav ve oziroma bi moral vedeti, da je ravno ta oseba vir povečanega tveganja (*victim insistence on a relationship*).¹⁸⁷ Opisana neskrbna ravnanja oškodovanca lahko predstavljajo razlog za razbremenitev (delno ali v celoti) odškodninske odgovornosti povzročitelja škode.¹⁸⁸

V slovenski sodni praksi je mogoče zaslediti več primerov, ko je oškodovancu ljubše povečano tveganje, povezano z določeno nevarnostjo, ki jo je ustvarila odgovorna oseba. Tipičen primer je neuporaba varnostnega pasu s strani oškodovanca. Enotno stališče sodne prakse je, da je neuporaba varnostnega pasu v primeru prometne nesreče vplivala zgolj na obseg poškodb oškodovanca in da je potrebno uporabiti določbe Obligacijskega zakonika, ki se nanašajo na prispevek oškodovanca k nastanku škode oziroma določbe o deljeni odgovornosti.¹⁸⁹

Do podobnega zaključka je prišlo sodišče tudi v primeru, ko je se je obiskovalka koncerta poškodovala med prerivanjem publike v prvih vrstah pred koncertnim odrom. Višje sodišče v Ljubljani je ocenilo, da je oškodovanka »kot odrasla oseba mogla oceniti, da je tveganje za poškodovanje v prvih vrstah večje, a ji je bilo [...] to tveganje ljubše kot spremljanje koncerta z mesta, kjer je bila nevarnost za poškodovanje manjša.«¹⁹⁰ Na podlagi primerjave teže tožničine neskrbnosti s težo toženkine opustitve varovalnih ukrepov je sodišče ugotovilo, da je tožnica upravičena do za 25 % zmanjšane odškodnine.¹⁹¹

Za kar 70-odstotno razbremenitev odgovornosti tožene stranke¹⁹² pa se je odločilo sodišče v primeru poškodbe tožeče stranke na smučišču pri izstopu iz smučišča po nedovoljeni izstopni poti. Po ugotovitvi, da so podani vsi elementi civilnega delikta in da je posledično podana odškodninska odgovornost upravljavca smučišča za škodo, katero je tožnica utrpela v smučarski nesreči, je sodišče ocenjevalo tudi vpliv ravnanja oškodovanke na nastanek škode.¹⁹³

¹⁸⁶ Ang. tudi »*full preference theory*«.

¹⁸⁷ Plavšak, N., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2003, str. 741, 742.

¹⁸⁸ Prav tam.

¹⁸⁹ Glej VSL sklep I Cp 590/2009 z dne 8. 4. 2009.

¹⁹⁰ Glej VSL sodba I Cp 449/2012 z dne 5. 9. 2012.

¹⁹¹ Prav tam.

¹⁹² Kadar predstavlja oškodovančevo ravnanje podlago za delno razbremenitev odškodninske odgovornosti, je namesto soodgovornosti oškodovanca dosledneje govoriti o delni razbremenitvi odgovornosti odgovorne osebe, saj oškodovanec v razmerju do samega sebe ne more biti odškodninsko odgovoren; Plavšak, N., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2003, str. 965.

¹⁹³ Glej VSM sodba I Cp 1283/2014 z dne 3. 3. 2015. »Teza, da je bilo ravnanje protipravno, bo pogosto šele uvod v nadaljnjo presojo odškodninskega primera, upošteva pri tem tudi uveljavljene ugovore, ki zadevajo deljeno odgovornost.«; Jadek Pensa, D., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2003, str. 800.

Po ugotovitvah sodišča, je bila tožnici predvidena (prava) izstopna pot iz smučišča znana, vendar pa se je »očitno zaradi lahkomišelnosti odločila za skrajšavo poti iz smučišča do parkirišča po nedovoljeni in nevarni izstopni poti, zaradi česar je zraven prehitre vožnje in tudi neveščosti smučanja prišlo do padca tožnice praktično na križišču nedovoljene izstopne poti z dovoljeno izstopno potjo.«¹⁹⁴ Takšno ravnanje tožnice pa je tako po presoji prvostopnega kot pritožbenega sodišča ob tehtanju opustitvenih ravnanja upravljavca smučišča in storitvenih ravnanj tožnice narekovalo deljeno odgovornost, z večjim deležem odgovornosti na oškodovanki kot tožnici.¹⁹⁵

Čeprav sodišče v opisanem primeru ni poseglo neposredno po teoriji popolne preference, pa je mogoče zaznati očitek tožnici, da je kljub poznavanju prave (manj tvegane) izstopne poti raje izbrala bližnjico po nedovoljeni (bolj tvegani) izstopni poti, ki s strani upravljavca smučišča ni bila ustrezno označena in je za tožnico glede na njene smučarske sposobnosti predstavljala nevarnejšo pot.

Dejstvo, da lahko obema strankama očitamo malomarnost (upravljavcu smučišča zaradi opustitve ukrepov za varnost in ureditev smučišča in s tem opustitve profesionalne skrbnosti, oškodovanki pa zaradi opustitve potrebne skrbi za zavarovanje lastne osebe in interesov) narekuje deljeno odgovornost.¹⁹⁶ Tožnica je torej upravičena do delne odškodnine in to kljub temu, da ji je bilo ljubše povečano tveganje, povezano z določeno nevarnostjo, ki jo je ustvarila odgovorna oseba. Takšna rešitev se zdi smotrna,¹⁹⁷ saj v luči preventivne funkcije odškodninskega prava obe stranki spodbuja k skrbnejšemu ravnanju.¹⁹⁸

Do podobnega zaključka pa lahko pridemo tudi v primerih, ko oškodovanec prostovoljno vstopi v razmerje s potencialnim povzročiteljem, ki predstavlja izvor povečane nevarnosti, in vztraja

¹⁹⁴ Glej VSM sodba I Cp 1283/2014 z dne 3. 3. 2015.

¹⁹⁵ Prav tam.

¹⁹⁶ Prav tam.

¹⁹⁷ Vsekakor bolj smotrna od rešitve, ki jo v ameriškem pravu za primere »full preference theory« predlaga Simons, ki meni, da tožnik ne bi smel biti upravičen do odškodnine, in sicer tako iz razloga pravičnosti do toženca kot tudi zaradi spoštovanja avtonomne izbire tožnika; Simons, K. W., Reflections on Assumption of Risk, Boston University School of Law Working Papers Series, Public Law & Legal Theory, Research paper No. 02-10 2002, str. 19, URL: http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/abstracts/2002/pdf_files/simonsk080602.pdf, 4. 1. 2019.

¹⁹⁸ O preventivni funkciji odškodninskega prava glej tudi Koziol, H. (ed), The Aims of Tort Law, Chinese and European Perspectives, Jan Sramek Verlag KG, Dunaj 2017, str. 54: Preventivna funkcija odškodninskega prava je še posebej poudarjena pri odškodninski odgovornosti, ki temelji na krivdi. Odločilno je, da povzročitelj škode odgovarja, kadar ni ravnal z dolžno skrbnostjo. Posledično imajo pravila odškodninskega prava namen usmerjati vedenja posameznikov, saj bo potencialni povzročitelj škode skušal ravnati s pričakovanimi standardi skrbnosti, da bi se izognil odgovornosti. Enako pa velja tudi za potencialnega oškodovanca: preventivni učinek odgovornosti oškodovanca za njegov malomarni soprispevek se kaže v tem, da je vsakemu potencialnemu oškodovancu dana motivacija, da zaščiti svoje lastne dobrine pred poškodbo, sicer bo lahko zaradi lastne neskrbnosti izgubil možnost priti do polne odškodnine.

v tem razmerju, čeprav ve ali bi moral vedeti za povečano tveganje za svoje pravne dobrine. Pogosto navajan primer je voznja z voznikom, ki je pod vplivom alkohola.¹⁹⁹ V primeru prometne nesreče je obema strankama možno očitati malomarno ravnanje, zato je tipična rešitev delna odškodnina.

V slovenski sodni praksi ni mogoče zaslediti veliko primerov, v katerih bi se oškodovančeva neskrbnost kazala v tem, da vztraja v nevarnem razmerju s (potencialnim) povzročiteljem, ki je vir povečanega tveganja, to tveganje pa se kasneje realizira na način, da povzročitelj s kršitvijo dolžne skrbnosti oškodovancu povzroči škodo.²⁰⁰ Čeprav sodišča nemalokrat uporabljajo frazo, da je tožnik/-ca vztrajal/-a v nevarnem razmerju, gre običajno za primere, ko toženec zaradi tožnikovega samovoljnega ravnanja ni imel dolžnosti preprečiti škodne posledice, kakršna je nastala (no duty of care)²⁰¹ oziroma primere, kjer toženec svoje dolžne skrbnosti ni prekršil.²⁰²

5.3.3. Deljena odgovornost

Deljena odgovornost je v slovenskem pravnem redu urejena v čl. 171 OZ. Ta v prvem odstavku določa, da ima oškodovanec, ki je tudi sam prispeval k nastanku škode ali povzročil, da je bila škoda večja, kot bi bila sicer, pravico samo do sorazmerno zmanjšane odškodnine. V drugem odstavku pa nadalje sledi, da kadar ni mogoče ugotoviti, kateri del škode je posledica oškodovančevega dejanja, prisodi sodišče odškodnino ob upoštevanju okoliščin primera. Pravilo se uporablja tako v primeru razbremenitve subjektivne kot v primeru razbremenitve objektivne odškodninske odgovornosti odgovorne osebe.²⁰³

Ugovori, ki zadevajo deljeno odgovornost se navadno nanašajo na neskrbnost oškodovanca samega.²⁰⁴ Kadar oškodovanec opusti potrebno skrbnost za zavarovanje lastne osebe ali interesov, lahko štejemo, da je oškodovanec nase prevzel tveganje škodljive posledice in mu zato ne pripada polna odškodnina, temveč ima njegovo neskrbno ravnanje za posledico delno ali popolno razbremenitev odškodninske odgovornosti odgovorne osebe.²⁰⁵ Končina Peternel

¹⁹⁹ Plavšak, N., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem*, GV založba, Ljubljana 2003, str. 742.

²⁰⁰ Primeri, v katerih oškodovanec vztraja v nevarnem razmerju, so namreč po definiciji primeri, v katerih je toženec kršil dolžno skrbnost; Simons, K. W., *Reflections on Assumption of Risk*, Boston University School of Law Working Papers Series, Public Law & Legal Theory, Research paper No. 02-10 2002, str. 28, URL: http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/abstracts/2002/pdf_files/simonsk080602.pdf, 4. 1. 2019.

²⁰¹ Glej npr. VSRS sodba II Ips 2/2016 z dne 19. 10. 2017.

²⁰² Glej npr. VSL sodba I Cp 3615/2009 z dne 13. 1. 2010.

²⁰³ Plavšak, N., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem*, GV založba, Ljubljana 2003, str. 964.

²⁰⁴ Jadek Pensa, D., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem*, GV založba, Ljubljana 2003, str. 800.

²⁰⁵ Končina Peternel, M., *Deljena odgovornost*, *Pravosodni bilten*, št. 2/2012, str. 106.

ugotavlja, da lahko v primerjalno-pravni teoriji v okviru odločanja o deljeni odgovornosti zasledimo tudi izraz zrcalni učinek²⁰⁶ določb o krivdni sposobnosti. Medtem ko pri odškodninski odgovornosti ocenjujemo neskrbnost (potencialne) odgovorne osebe pri varovanju tretjih, pri deljeni odgovornosti ocenjujemo neskrbnost oškodovanca pri varovanju samega sebe.²⁰⁷

Jadek Pensa opozarja, da se tedaj, ko govorimo o »krivdi« za lastno škodo, ta pojem ne prekriva s pojmom krivde kot ene izmed predpostavk civilnega delikta. S »krivdo« samega oškodovanca za škodo, ki si jo povzroči s svojim neskrbnim ravnanjem, je mišljeno *»tako ravnanje oškodovanca, ki bi se mu vsak razumen človek v življenju izognil zato, da se ne bi po nepotrebnem izpostavljaj nevarnosti.«*²⁰⁸

V slovenskem pravu lahko, podobno kot v praktično vseh ostalih evropskih pravnih sistemih,²⁰⁹ do deljene odgovornosti pride pri vsaki stopnji krivde, ki se očita oškodovancu (t. i. pure comparative fault system). Ustaljena sodna praksa Vrhovnega sodišča Republike Slovenije zastopa stališče, da *»celo če se oškodovancu lahko očita huda malomarnost, to ne pomeni, da je škoda nastala brez krivde povzročitelja oziroma da je ta svoje odgovornosti prost«.*²¹⁰ Ravno nasprotno, škoda se porazdeli med malomarni stranki sorazmerno z deležem njune krivde.

5.3.4. Doktrina »no-duty« in načelo pravičnosti

Poleg primerov, kjer lahko obema strankama očitamo neskrbnost ravnanja (odgovorni osebi pri varovanju tretjih in oškodovancu pri varovanju samega sebe), njuna malomarnost pa ima za posledico deljeno odgovornost, obstajajo nadalje tudi primeri, kjer preneha dolžnost osebe pri varovanju tretjega (»no duty«), saj je slednji s svojim samovoljnim ravnanjem sam prevzel tveganje nastanka negativne posledice. Razbremenitev dolžnosti in posledično odškodninske odgovornosti odgovorne osebe v takšnih primerih terja načelo pravičnosti.

V sodni praksi je mogoče zaslediti primer, v katerem tožeča stranka toži zaradi nastanka škode na svojem vozilu, ki ga je parkirala na zemljišču tožene stranke, slednji pa očita, da je le-ta

²⁰⁶ Ang. »mirror-image«.

²⁰⁷ Končina Peternel, M., Deljena odgovornost, Pravosodni bilten, št. 2/2012, str. 106.

²⁰⁸ Jadek Pensa, D., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2003, str. 800.

²⁰⁹ V teku pogovorov znotraj Skupine za evropsko odškodninsko pravo je bilo opozorjeno na to, da praktično vsi evropski pravni sistemi sledijo fleksibilnemu pristopu, ki vodi do zmanjšanja odgovornosti v obsegu od 0-100 % (t. i. pure comparative negligence system); European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Springer-Verlag, Dunaj 2005, str. 131.

²¹⁰ Glej VSRS Sodba II Ips 166/2011 z dne 5. 6. 2014.

parkiranje dopuščala (saj ni postavila opozorilnih tabel ali znakov, ki bi parkiranje prepovedovali oziroma ga na kakršenkoli način fizično onemogočali), hkrati pa ni poskrbela za ustrezno nadzorstvo nad zemljiščem oziroma zemljišča skupaj s njegovimi pritiklinami (drevesi) ni ustrezno vzdrževala.²¹¹

Kljub temu da sta sodišči prve in druge stopnje ugotovili, da je tožena stranka sicer res dopuščala parkiranje na zemljišču oziroma temu vsaj ni nasprotovala, in da ni preprečila škodne posledice, kakršna je nastala (odlomljena veja je poškodovala vozilo tožeče stranke), pa Vrhovno sodišče poudari, da *»opisano ravnanje oškodovanke izključuje naložitev takšnega bremena toženi stranki. Načelo pravičnosti terja ugotovitev, da je tožnica sama prevzela tveganje negativne posledice s samovoljnim parkiranjem.«*²¹²

Revizijsko sodišče je s tem prišlo do zaključka, da *»[l]astnik ne odgovarja za posledice dogodkov, ki so posledica protipravnih posegov v njegovo lastnino.«* Po mnenju sodišča od njega že na načelni ravni ni mogoče zahtevati povečane skrbnosti za stanje dreves, saj se je protipravno posegalo v njegovo lastninsko pravico.²¹³ Iz predstavljenega primera torej izhaja, da je pravno dopustno (protipravnost je izključena), da lastnik, na čigar zemljišču se protipravno parkira, ravna malomarno in kljub temu ne bo odškodninsko odgovarjal za škodo, ki jo bo s tem morebiti povzročil.

Do podobnega zaključka je prišlo Vrhovno sodišče tudi v primeru poškodbe tožeče stranke na športno-rekreativnem stadionu, kjer je ugotovilo, da ima tožničina samovoljna odločitev, da kljub opozorilnim tablam, ki so določale režim uporabe stadiona na podlagi obvezne predhodne prijave in kljub slabi vidljivosti (v mraku) uporabi površino, kjer se je nahajala tudi sporna nezavarovana vodna ovira, ki je terjala poškodbo tožeče stranke, *»tako močno konotacijo, da izključuje protipravnost zatrjevanih opustitev«* lastnika oziroma upravljavca stadiona.²¹⁴

Samo dejstvo, da noben predpis lastniku oz. upravljavcu stadiona ni nalagal dolžnosti zavarovanja sporne ovire, kjer je tožnici nastala škoda, po mnenju sodišča samo po sebi še ne predstavlja pravno odločilne okoliščine za celotno oprostitev odgovornosti tožene stranke. Skladno s teorijo predvidljivosti negativne posledice kot merila protipravnosti in hkrati tudi kot merila skrbnosti (krivde), ki velja pri nas in ki določa da je protipravno vsako aktivno ravnanje ali opustitev, katerega predvidljiva (čeprav ne nujno najbolj verjetna) posledica je nastanek

²¹¹ Glej VSRS sodba II Ips 2/2016 z dne 19. 10. 2017.

²¹² Prav tam.

²¹³ Prav tam.

²¹⁴ Glej VSRS sodba II Ips 252/2016 z dne 21. 6. 2018.

škode, bi bil namreč mogoč zaključek o objektivni predvidljivosti poškodbe tožeče stranke zaradi nezavarovane ovire na stadionu in s tem protipravnosti ravnanja lastnika oz. upravljavca stadiona, vendar pa po mnenju sodišča načelo pravičnosti terja tudi upoštevanje dejstva, da je tožnica sama prevzela tveganje in negativne posledice z opisanim samovoljnim vstopom v stadion, s čimer tožena stranka ni bila dolžna računati v smislu, da bi morala zavarovati sporno oviro na stadionu.²¹⁵

Kot poudarja Polajnar Pavčnik mora odškodninsko pravo v luči načela pravičnosti nujno upoštevati tudi interese nasprotne stranke. *»Pravilo, po katerem je treba oškodovanca »odškodovati«, torej mu povrniti škodo, je namreč utemeljeno in pravično samo v primeru, ko to škodo lahko nekomu pripišemo, kar pomeni, da je njegova obveznost tudi etično in sistemsko utemeljena.«*²¹⁶

5.3.5. Enostranske izjave in napisi o ravnanju na lastno odgovornost

V praksi se pogosto zastavlja vprašanje, ali se z enostranskimi izjavami in napisi o ravnanju na lastno odgovornost odgovorna oseba lahko razbremeni odškodninske odgovornosti. V zvezi s tem Vrhovno sodišče poudarja, da *»[n]apis „[...] na lastno odgovornost“ avtomatično ne izključuje odškodninske odgovornosti«*.²¹⁷

Kadar ima oseba dolžnost zagotoviti varnost, potem se je ne more razbremeniti z napisom oziroma z enostransko izjavo, ki opozarja na nevarnost oziroma na ravnanje na lastno odgovornost. Kjer pa preneha dolžnost tretje osebe zagotoviti varnost, se začne ravnanje na lastno odgovornost, zato v takšnem primeru namen enostranskih izjav ni v razbremenitvi odgovornosti, temveč zgolj v opozorilu na nevarnost.²¹⁸

V okviru gostinske hrambe čl. 744 OZ izrecno določa, da v gostinčevih prostorih izobešene izjave, s katerimi se v nasprotju z določbami Obligacijskega zakonika izključuje, omejuje ali pogojuje njegova odgovornost za stvari, ki so jih gosti prinesli s seboj, nimajo nobenega pravnega učinka. Tako velja, da na primer *»hotelir primerov svoje zakonite odgovornosti ne more izključiti zgolj z objavo o izključitvi odgovornosti, ki nima nobenega pravnega učinka.«*²¹⁹

Velja pa tudi obratno, in sicer, da odgovornosti, izključene po zakonu *»ni in ne more nastati*

²¹⁵ Prav tam.

²¹⁶ Polajnar Pavčnik, A., Prava mera odškodninskega prava, Podjetje in delo, 37 (2011) 6-7, str. 1280.

²¹⁷ Glej VSRS sklep II Ips 670/2009 z dne 7. 2. 2013.

²¹⁸ Možina, D., Odgovornost države za padajoče kamenje, Pravna praksa, 2011, št. 2, str. 8.

²¹⁹ Glej VSRS sodba II Ips 158/2003 z dne 11. 3. 2004.

zgolj zaradi tega, ker hotelir svojih gostov na to ni opozoril oziroma jih ni s tem za vse možne primere vnaprej seznanil.«²²⁰

V določenih primerih pa že sam zakon predvideva označbo, ki opozarja na to, da smo v območju, kjer moramo tipične nevarnosti vzeti v zakup. Tako na primer čl. 39(1) Zakona o gozdovih²²¹ predvideva, da morajo biti gozdne ceste označene, da so gozdne ceste in da jih drugi uporabniki uporabljajo na lastno odgovornost.

Nadalje pa tudi čl. 5 Zakona o planinskih poteh²²² določa, da se planinske poti uporabljajo na lastno odgovornost. V tretjem odstavku istega člena pa izrecno naroča, da mora biti v informacijskem gradivu o planinskih poteh, planinskih vodnikih ter na turističnih informacijskih tablah in zemljevidih, kjer so označene planinske poti, v slovenskem jeziku ter v najmanj treh drugih uradnih jezikih Evropske unije zapisano opozorilo, da uporabniki uporabljajo planinske poti na lastno odgovornost.

²²⁰ Prav tam.

²²¹ Zakon o gozdovih (Uradni list RS, št. 30/93, 56/99 – ZON, 67/02, 110/02 – ZGO-1, 115/06 – ORZG40, 110/07, 106/10, 63/13, 101/13 – ZDavNepr, 17/14, 24/15, 9/16 – ZGGLRS in 77/16).

²²² Zakon o planinskih poteh (Uradni list RS, št. 61/07).

6. ZAKLJUČEK

Kot izhaja iz tega magistrskega diplomskega dela, je z ravnanjem na lastno odgovornost opisano dejansko vedenje oškodovanca, ki pa nima lastne pravne miselne konstrukcije. Posledično ga uvrščamo med različne pravne institute.

V okviru instrumentov približevanja pravnih redov evropskih držav se ravnanje na lastno odgovornost običajno obravnava skupaj z institutom privolitve, saj gre za sorodna koncepta, ki pa se tudi pomembno razlikujeta. Predvsem se pri ravnanju na lastno odgovornost predpostavlja prevzem neobičajno velikega tveganja, pri čemer pa nastop škodnega dogodka ni gotov. Obstaja le večja ali manjša stopnja verjetnosti, da bo do škodnega dogodka prišlo, ob tem pa se potencialni oškodovanec zanaša na to, da se ta nevarnost pri njem ne bo realizirala.

Primerjalno pravni pregled pokaže, da je mogoče primere ravnanj na lastno odgovornost obravnavati iz različnih perspektiv. Pri pravem oz. primarnem ravnanju na lastno odgovornost je v ospredju dolžna skrbnost potencialne odgovorne osebe. Gre zlasti za primere, ko toženec nima dolžnosti do tožnika (no duty) ter primere, ko dolžne skrbnosti ni prekršil in posledično ni ravnal malomarno (no breach of duty).

Pri nepravem oz. sekundarnem ravnanju na lastno odgovornost pa gre za to, da se je tožnik zavedal tveganja, ki ga je predhodno ustvaril toženec s svojim malomarnim vedenjem, vendar se je tožnik kljub temu prostovoljno odločil, da se temu tveganju izpostavi. Oškodovančeva izpostavitvev nevarnosti se v tem primeru upošteva v okviru ugovorov, ki zadevajo deljeno odgovornost.

Posledično se zastavlja vprašanje, ali je sploh smiselno priznavati konceptu ravnanja na lastno odgovornost samostojni pomen ali bi bilo smotrnejše primere ravnanj na lastno odgovornost asimilirati v že obstoječe institute. V ameriškem pravu bi v skladu s sodobnim razumevanjem veljalo primere oškodovančevega prostovoljnega prevzema tveganja (*voluntary assumption of risk*) zajeti v okviru uveljavljenih doktrin odškodninskega prava, in sicer »no duty«, »no breach« in »contributory/comparative negligence«.

Prevladujoče stališče v nemškem pravu je, da je potrebno ravnanje na lastno odgovornost (*Handeln auf eigene Gefahr*) v splošnem presojeti na podlagi § 254 BGB, ki ureja institut soprispevka oškodovanca, v posebnih primerih pa lahko tudi izključi dejanski stan, ki bi utemeljeval odškodninsko odgovornost.

O oškodovančevem prevzemu tveganja in s tem delni ali celotni izključitvi odškodninske odgovornosti povzročitelja pa je govora tudi v slovenski literaturi in sodni praksi, kjer lahko zasledimo zlasti razlikovanje med različnimi vrstami tveganj, s katerimi se ljudje soočamo v vsakodnevnem življenju (npr. vsakdanja splošna tveganja, tveganja, ki so značilna za določena udejstvovanja itd.).

Nadalje pa so v slovenski sodni praksi pogosti tudi primeri, kjer lahko oškodovancu očitamo, da je ravnal neskrbno v razmerju do samega sebe s tem, ko se je po nepotrebem izpostavil povečanemu tveganju, povezanem z neko nevarnostjo, ustvarjeno s strani odgovorne osebe (*victim fully prefers the risk*) oziroma s tem, ko je vztrajal v nevarnem razmerju s potencialnim povzročiteljem nevarnosti, čeprav je vedel ali bi moral vedeti za to povečano tveganje nastanka škode. V takšnih primerih je v slovenski sodni praksi tipična rešitev delna odškodnina, ki je urejena v čl. 171 OZ in do katere lahko pride pri vsaki stopnji krivde, ki se očita oškodovancu (t. i. *pure comparative fault system*).

Pri nas najbolj zanimivo in odprto pa je po moji oceni vprašanje uporabe doktrine »no duty«, skladno s katero se ravnanje na lastno odgovornost začne tam, kjer preneha dolžnost tistega, ki je nevarnost ustvaril. Glede na teorijo predvidljivosti negativne posledice kot merila protipravnosti, ki velja pri nas, se sodišča v takšnih primerih zatekajo k uporabi načela pravičnosti, ki terjaja razbremenitev dolžnosti in posledično odškodninske odgovornosti odgovorne osebe.

VIRI IN LITERATURA

Knjige in članki

Bergant Rakočević, V. (ur.) in drugi., Šport & pravo, GV Založba, Ljubljana 2008.

Berger, C., Budzikiewicz, C., Mansel H. P., Stadler, A., Stürner, R., Teichmann A., Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. izdaja, C.H. Beck, München 2018.

Beurskens, M., Privatrechtliche Selbsthilfe: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.

Dorfman, A., Assumption of Risk, After All, Theoretical Inquiries in Law 15.2, 2014.

Drago, A. J., Assumption of Risk: An Age-Old Defense Still Viable in Sports and Recreation Cases, 12 Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal Number 583 2002.

European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Springer-Verlag, Dunaj 2005.

Götz, A., Die deliktische Haftung für Sportverletzungen im Wettkampfsport, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe 2009.

Habersack, M. (ur.), Münchener Kommentar zum BGB, zvezek 6, 7. izdaja, C.H. Beck, München 2017, § 823.

Haus, K. L., Krumm, C., Quarch, M., Gesamtes Verkehrsrecht, Nomos-Verlag, 2. izdaja, Baden-Baden 2017, § 254 BGB.

Hochstrasser, M., Freizeichnung von der Haftung für Personenschäden, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) / Pratique Juridique Actuelle (PJA) 7/2016, str. 910-920.

Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2003.

Končina - Peternel, M., Deljena odgovornost, Pravosodni bilten, št. 2/2012, str. 105-115.

Koziol, H. (ed), The Aims of Tort Law, Chinese and European Perspectives, Jan Sramek Verlag KG, Dunaj 2017.

Koziol, H., Harmonising Tort Law in the European Union: Advantages and Difficulties, 2013 ELTE Law Journal 73, 2013, str. 73-88.

Krüger, W. (ur.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. izdaja, C.H. Beck, München 2016, § 254.

Looschelders, D., Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.

Looschelders, D., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2014.

Looschelders, D., Schuldrecht Besonderer Teil, Carl Heymanns Verlag, Köln 2007.

Možina, D., Odgovornost države za padajoče kamenje, Pravna praksa, 2011, št. 2, str. 6-9.

Ohly, A., „Volenti non fit iniuria“ - Die Einwilligung im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2002.

Olzen, D., Looschelders, D., Schiemann, G., J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, knjiga 2, Sellier de Gruyter, Berlin 2015, § 242.

Plavšak, N., Juhart, M., Vrenčur, R., Obligacijsko pravo, splošni del, GV založba, Ljubljana 2009.

Polajnar - Pavčnik, A., Prava mera odškodninskega prava, Podjetje in delo, 37 (2011) 6-7, str. 1275-1284.

Prosser, W. L., Keeton, W. P., Dobbs, D. B., Keeton, R. E., Owen, D. G., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. izdaja, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1984.

Sergienko, G., Assumption of Risk As a Defense to a Negligence, 34 Western State University Law Review 1, 28 2006.

Sugarman, S. D., Assumption of Risk, 31 Valparaiso University Law Review 833 1997.

Sugarman, S. D., Misusing the “No Duty” Doctrine in Torts Decisions: Following the Restatement (Third) of Torts Would Yield Better Decisions, 53 Alberta Law Review 913 2016.

Van Dam, C., European Tort Law, 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2014.

Van Gerven, W., Lever, J., Larouche, P., Tort Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2000.

Von Bar, C., Clive, E., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), zvezek 1, Sellier, München 2009.

Von Bar, C., Clive, E., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), zvezek 4, knjiga VI, Sellier, München 2009.

Von Bar, C., Non-Contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another: (PEL Liab. Dam.), Sellier, München 2009.

Von Bar., C., The Common European Law of Torts, 2. izdaja, Clarendon Press, Oxford 2000.

Woodman, G. R., Klippel, D. (ur.), Risk and the law, Routledge-Cavendish, Abingdon, Oxfordshire 2009.

Internetni viri

Annual Report of the American Law Institute 2017-2018, URL: https://www.ali.org/media/filer_public/91/2e/912ed8da-ac5b-4763-806d-ff2b30b91ad3/2017-2018_annual_report.pdf, 28. 1. 2019.

Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, 11. 2. 2019.

European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, URL: <http://www.egtl.org/>, 10. 12. 2018.

Koziol, H., Harmonising Tort Law in the European Union: Advantages and Difficulties, URL: <http://eltelawjournal.hu/harmonising-tort-law-in-the-european-union-advantages-and-difficulties/>, 2. 3. 2019.

Matthiesen, Wickert & Lehrer, S.C., Contributory Negligence/Comparative Fault Laws in All 50 States, URL: <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2013/03/contributory-negligence-comparative-fault-laws-in-all-50-states.pdf>, 7. 12. 2018.

Simons, K. W., Reflections on Assumption of Risk, Boston University School of Law Working Papers Series, Public Law & Legal Theory, Research paper No. 02-10 2002, URL: http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/abstracts/2002/pdf_files/simonsk080602.pdf, 4. 1. 2019.

Wiener, J. B., Precaution in a Multi-Risk World, Working Paper No. 23, December 2001, URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=293859, 4. 1. 2019.

Predpisi

Obligacijski zakonik (Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631).

Zakon o gozdovih (Uradni list RS, št. 30/93, 56/99 – ZON, 67/02, 110/02 – ZGO-1, 115/06 – ORZG40, 110/07, 106/10, 63/13, 101/13 – ZDavNepr, 17/14, 24/15, 9/16 – ZGGLRS in 77/16).

Zakon o planinskih poteh (Uradni list RS, št. 61/07).

Sodna praksa slovenskih sodišč

VSM sklep I Cp 394/2016 z dne 14. 5. 2016.
VSRS sodba II Ips 520/2004 z dne 13. 7. 2006 .
VSRS sodba in sklep II Ips 429/2008 z dne 18. 2. 2010.
VSRS sodba II Ips 477/2007 z dne 18. 2. 2010.
VSRS sodba II Ips 291/2012 z dne 20. 3. 2014.
VSL sodba I Cp 420/97 z dne 17. 9. 1997.
VSK sodba Cp 578/2008 z dne 26. 6. 2008.
VSRS sodba II Ips 1129/2008 z dne 16. 2. 2012.
VSRS sodba II Ips 227/2013 z dne 16. 7. 2015
VSL sklep I Cp 590/2009 z dne 8. 4. 2009.
VSL sodba I Cp 449/2012 z dne 5. 9. 2012.
VSM sodba I Cp 1283/2014 z dne 3. 3. 2015.
VSRS sodba II Ips 2/2016 z dne 19. 10. 2017.
VSL sodba I Cp 3615/2009 z dne 13. 1. 2010.
VSRS Sodba II Ips 166/2011 z dne 5. 6. 2014.
VSRS sodba II Ips 252/2016 z dne 21. 6. 2018.
VSRS sklep II Ips 670/2009 z dne 7. 2. 2013.
VSRS sodba II Ips 158/2003 z dne 11. 3. 2004.

Sodna praksa tujih sodišč

BGH, Urteil vom 7. 2. 2006 - VI ZR 20/05.
Blackburn v. Dorta, 348 So. 2d 287 (Fla. 1977).
Cipollone v. Liggett Group, 505 U.S. 504 (1992).
Murphy v. Steeplechase Amusement Co., 250 N.Y. 479, 166 N.E. 173, 1929 N.Y. LEXIS 904 (N.Y. 1929).