

## Strategien zum Umgang mit sagenhaften Risikotypen, insbesondere am Beispiel der Kernenergie

*Dr. Alfred G. Debus, Speyer*

### I. Einleitung

Sechs sagenhafte Risikotypen sind nach dem Gutachten „Welt im Wandel – Strategien zur Bewältigung globaler Umweltrisiken“ (BT-Drs. 14/3285) des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesregierung Globale Umweltänderungen (WBGU) aus dem Jahr 1998 zu unterscheiden. Jedem Typ sind verschiedene Strategien für den Umgang zugeordnet. Diese Strategien sind grundsätzlich auch heute noch für den Umgang mit Risiken, insbesondere für das Referenzgebiet der Risiken durch Kernspaltungen, sinnvoll.

### II. Kriterien zur Risikobewertung

Die für die Risikobewertung entscheidenden Kriterien sind das Schadensausmaß, deren Eintrittswahrscheinlichkeit, die bezüglich der beiden bestehenden Abschätzungsunsicherheiten sowie das davon in der Bevölkerung ausgehende Mobilisierungspotential.

Die Bewertung des Schadensausmaßes richtet sich nach der Schadenshöhe, der räumlichen Ausdehnung des Schadens (Ubiquität), der Beharrlichkeit des Schadens (Persistenz), der Umkehrbarkeit des Schadens (Reversibilität) und der Verzögerung des Schadenseintritts (dilatorischer Effekt).

### III. Risikobegriff, insbes. Drei-Stufen-Modell

1. Die Unterscheidung nach *Niklas Luhmann* zwischen Gefahr (= jede nicht allzu unwahrscheinliche negative Einwirkung auf den eigenen Lebenskreis) und Risiko (= drohende Nachteile können einer eigenen Entscheidung zugerechnet werden) ist für die juristische Entscheidungsfindung eher ungeeignet.

2. Eine sinnvolle juristische Differenzierung des Risikos i.w.S. gewährleistet vielmehr das Drei-Stufen-Modell mit den Kategorien Gefahr, Risiko i.e.S. und Restrisiko:

Risiko i.w.S. ist die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens.

Gefahr ist ein Zustand, der bei ungehinderter Ablauf des Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an einem geschützten Rechtsgut führen würde.

Praktisch ausgeschlossene Risiken i.w.S. sind als sozialadäquate Last zu dulden und werden als Restrisiken bezeichnet.

Risiko i.e.S. ist die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens, soweit dies keine Gefahr oder ein Restrisiko darstellt.

### IV. „Steckbriefe“ der Risikotypen

1. a) Der Risikotyp **Damokles** ist dadurch gekennzeichnet, dass ein hohes Schadensausmaß bei einer geringen Eintrittswahrscheinlichkeit droht und die Abschätzungssicherheit hoch ist.

b) Prioritäre Strategie im Umgang mit diesem Risikotyp ist die Reduzierung des Katastrophenpotentials.

2. a) Der Risikotyp **Zyklop** ist dadurch gekennzeichnet, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit und deren Abschätzungssicherheit gering, das Schadensausmaß und deren Abschätzungssicherheit dagegen hoch sind.

b) Vorrangig gegenüber der nach dem WBGU prioritären Strategie der Ermittlung der Eintrittswahrscheinlichkeit ist es, das Katastrophenpotential zu reduzieren.

3. a) Der Risikotyp **Pythia** ist dadurch gekennzeichnet, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit, das Schadensausmaß und deren Abschätzungssicherheit ungewiss sind.

b) Vorrangig gegenüber der nach dem WBGU prioritären Strategie der Verbesserung

der Vorsorge erscheint, die Ungewissheit zu reduzieren.

4. a) Der Risikotyp **Pandora** ist dadurch gekennzeichnet, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit, das Schadensausmaß und deren Abschätzungssicherheit ungewiss sind. Gewiss ist bei diesem Risikotyp, dass die Persistenz hoch ist.

b) Vorrangig gegenüber der nach dem WBGU prioritären Strategie der Substitution erscheint, die Ungewissheit zu reduzieren.

5. a) Der Risikotyp **Kassandra** ist dadurch gekennzeichnet, dass zwischen Verursachung und Schadenseintritt eine relativ große Zeitspanne liegt, wobei die Eintrittswahrscheinlichkeit eher hoch ist, aber die Abschätzungssicherheit insoweit eher gering ist. Darüber hinaus sind das Schadensausmaß und deren Abschätzungssicherheit eher hoch.

b) Prioritäre Strategie ist die Stärkung der Langfristverantwortung.

6. a) Der Risikotyp **Medusa** ist dadurch gekennzeichnet, dass bei einem hohen Mobilisierungspotential das Schadensausmaß bei eher hoher Abschätzungssicherheit eher gering ist. Ebenso sind die Eintrittswahrscheinlichkeit und deren Abschätzungssicherheit eher gering.

b) Prioritäre Strategie ist die Förderung der Vertrauensbildung.

## V. Die verschiedenen Risiken der Kernenergie

1. Bei der Kernspaltung sind die Risiken, die innerhalb des Brennstoffkreislaufs vom Abbau bis zur Entsorgung entstehen, mehreren verschiedenen Risikotypen zuzuordnen.

2. a) Die unterhalb der vorgeschriebenen Grenzwerte bewirkte Strahlendosis ist für die Anwohner als ein Risiko vom Typ Medusa zu bewerten.

b) Damit ist die Vertrauensbildung zu fördern.

c) Die fehlenden Rechtsnormen für Maßnahmen zur Vertrauensbildung sollten geschaffen werden.

3. a) Das Risiko eines Unfalls mit schweren Kernschäden ist dem Risikotyp Damokles zuzuordnen.

b) Prioritäre Strategie ist damit die Verminderung des Katastrophenpotentials.

c) Der langfristigen Verminderung des Katastrophenpotentials dient die Beendigung der kommerziellen Nutzung der Kernenergie gem. § 1 Nr. 1, § 7 I 2, Ia, Ib, Ic, Id AtG i.V.m. Anlage 3. Im Übrigen wird die Auslegung des AtG primär an der Verminderung der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Unfalls ausgerichtet. Diese Konzeption sollte um Maßnahmen zur Reduzierung des Katastrophenpotentials ergänzt werden. Bei Verminderung des Katastrophenpotentials durch Begrenzung der Menge des spaltbaren Materials und weiteren flankierenden Maßnahmen erscheint eine Lockerung des Neubauverbots im Hinblick auf die Betriebsrisiken vertretbar.

4. a) Die durch terroristische Einwirkungen auf ein Kernkraftwerk ausgehenden Risiken sind dem Typ Zyklon zuzuordnen.

b) Nach WBGU prioritäre Strategie ist daher die Reduzierung der Ungewissheit. Diese Strategie ist jedoch nachrangig gegenüber einer Verminderung des Katastrophenpotentials.

c) Der erforderliche Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkung Dritter gem. § 7 II Nr. 5 AtG wird bei sehr geringer Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens gewährleistet. Demgegenüber werden die Verminderung des Katastrophenpotentials oder Maßnahmen zur Reduzierung der Ungewissheit im geltenden Atomrecht vernachlässigt.

## VI. Fazit

Für das Referenzgebiet der Risiken von Kernspaltungen wurde gezeigt, dass die Erkenntnisse des WBGU-Gutachtens die Diskussion über diese Risiken versachlichen und auch im Rahmen von Beurteilungs-/Ermessensspielräumen in die juristische Bewertung einfließen sollen.

Bei Einhaltung eines Mindestschutzes ist die im Umgang mit der Kernenergie zu verfolgende Strategie nicht rechtlich determiniert, sondern der politischen Diskussion zu überlassen.

## (Noch) Ungewisse Risiken: gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten und -pflichten am Beispiel der Nanotechnologie

Eva Julia Lohse, Erlangen–Nürnberg

### I. Nanotechnologie, eine Technologie mit (noch) ungewissen Risiken

1. Bisher existieren **keine gesicherten wissenschaftlichen Kenntnisse über Ausmaß und Eintrittswahrscheinlichkeit schädigender Folgen** der Nutzung von Nanotechnologien für Mensch und Umwelt, wohl aber Hinweise auf schädliche Folgen in bestimmten Fällen. Konkrete und differenzierte Erkenntnisse sind jedoch erst nach langjährigen, kostenintensiven Studien zu erwarten. Trotzdem werden derzeit nanotechnologische Produkte bereits außerhalb von kontrollierten Laborbedingungen hergestellt, in Verkehr gebracht und kommerziell genutzt.

2. Eine Besonderheit der Nanotechnologien ist, dass sie eine **Vielzahl von Stoffen** umfassen, die außer ihrer Größe miteinander sehr wenig gemein haben. Indizien für die Gefährdung durch einen Stoff sind nicht auf andere Stoffe übertragbar, genauso wenig wie der Nachweis, dass eine bestimmte Anwendung harmlos ist. Damit verbieten sich einheitliche Lösungen. Die Nanotechnologie ist deshalb anders als zum Beispiel die Gentechnik oder die Kernenergie, bei denen es ein relativ klar umrissenes Gefährdungspotential gibt, **besonders schwierig gesetzgeberisch zu fassen**.

3. Bei neuen Technologien kann auf Grund eines Erforschungsdefizits die **Schädlichkeit der Technologienutzung unbekannt** sein. Das Risiko von Schäden ist damit für den Gesetzgeber nicht abschätzbar – und bleibt dies ohne weitergehende Forschung auch. Die subjektive Unkenntnis der Schädlichkeit bedeutet jedoch nicht, dass objektiv keine Schäden zu erwarten sind.

4. Die derzeitige rechtliche Ausgangslage ist von Unsicherheit geprägt. Bisher existieren **keine gesetzlichen Regelungen, die spezifisch die mög-**

**lichen Risiken der Nanotechnologien berücksichtigen**. Einzelne Aspekte der Herstellung und des Inverkehrbringens werden z.B. von stoff- und immissionsschutzrechtlichen Regelungen erfasst. Das Fehlen geeigneter Regelungen wurde jedoch insbesondere hinsichtlich spezifischer Immissionsgrenzwerte und spezifischer risikominimierender Handlungspflichten angemahnt. Weiter fehlen verbindliche Aussagen zur Anwendbarkeit von „prä-nanotechnologischen“ Normen auf nanotechnologische Sachverhalte.

5. Darüber hinaus gibt es **keine Regelungen**, wie mit den bisherigen Erkenntnisdefiziten hinsichtlich der Gefährlichkeit umgegangen werden soll, z.B. **auf welche Weise Anreize für eine zügige und umfassende Risikoerforschung gesetzt werden können** und wer die Last des derzeitigen Erkenntnisdefizits zu tragen hat.

### II. Begriff des ungewissen Risikos

6. Der **Begriff des Risikos** für die Beurteilung gesetzgeberischer Reaktionen auf Risiken ist **verfassungsautonom** zu bestimmen. Einfachgesetzliche Konkretisierungen (z.B. aus dem Sicherheitsrecht) können ein Anhaltspunkt sein, sind aber nicht zwingend.

7. Das **Risiko, dass durch die Nutzung einer Technologie Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgehalte**, also Schäden an Rechtsgütern, entstehen, ist ein „**Risiko erster Ordnung**“. Bei bekannter Schädlichkeit lässt sich das „Risiko erster Ordnung“ als Produkt der Eintrittswahrscheinlichkeit und der Schadenshöhe abstrakt mit Gewissheit bestimmen.

8. Bei unbekannter Schädlichkeit ist das Risiko erster Ordnung nicht in gleicher Weise bestimmbar. Es herrscht Ungewissheit über die einzustellenden Faktoren. Im günstigsten Fall, d.h. bei Unschädlichkeit, besteht kein Risiko. Gleichzeitig ist aber auch der sichere Schadens-

eintritt nicht ausgeschlossen. Es besteht damit ein „**ungewisses Risiko erster Ordnung**“.

9. Auf Grund dieser Ungewissheit handelt der Gesetzgeber unter dem **Risiko der objektiv unpassenden Reaktion** auf das ungewisse Risiko erster Ordnung, was als „**Risiko zweiter Ordnung**“ bezeichnet wird. Wenn der Gesetzgeber durch eine Regelung die Nutzung der mit ungewissem Risiko behafteten Nanotechnologien beschränkt, mindert er das Risiko von Schäden für die dem ungewissen Risiko ausgesetzten Grundrechtsträger. Er beschränkt damit jedoch die ebenfalls grundrechtlich geschützte Nutzung der Technologie. Da das Risiko ungewiss ist, besteht die **Möglichkeit der Fehleinschätzung**, d.h. das objektiv bestehende Risiko weicht vom vorgestellten Risiko ab und die Regelung schränkt die Nutzung weiter ein als objektiv erforderlich ist oder schränkt die Nutzung nicht weit genug ein. Dieser Irrtum geht entweder zu Lasten des (letztendlich) durch den objektiv bestehenden Schaden Betroffenen oder aber des vermeintlichen Schädigers.

10. Das Risiko erster Ordnung und das Risiko zweiter Ordnung sind insoweit vergleichbar, als beide eine mögliche Beschränkung grundrechtlich geschützter Güter beschreiben. Zwischen beiden besteht ein **Zusammenhang**, da der Gesetzgeber durch Regulierung zwar dem Risiko erster Ordnung begegnen kann, wobei jedoch ein Risiko zweiter Ordnung entsteht. Bei der Beurteilung von gesetzgeberischen Handlungsmöglichkeiten müssen beide Kategorien beachtet werden.

### III. Gesetzgeberische Handlungspflichten

11. Eine verfassungsrechtliche Pflicht für gesetzgeberisches Einschreiten gegen ungewisse Risiken erster Ordnung kann sich aus dem **Wesentlichkeitsgrundsatz, der Schutzpflichtendimension der Grundrechte und dem in Art. 20a GG verankerten Vorsorgegrundsatz** ergeben. Der Gesetzgeber ist dabei von Verfassung wegen dazu verpflichtet, die Bürger vor Gefahren der Nanotechnologien effektiv zu schützen.

12. Umstritten ist dabei, ob der Gesetzgeber erst mit Überschreitung einer gewissen **Risiko-/Gefahrschwelle** zum Handeln verpflichtet ist,

um Handlungspflichten bei rein hypothetischen Schadensszenarien auszuschließen. Dies ist jedoch beim ungewissen Risiko erster Ordnung **kein taugliches Kriterium**, da hier gerade Ungewissheit über die Überschreitung der Risikoschwelle herrscht.

13. Die Verwendung und Duldung der Anwendung der **Nanotechnologie** stellt wegen ihrer weitreichenden Auswirkungen auf Menschen und Umwelt und wegen der Situation der Beurteilungsungewissheit einen **grundlegenden normativen Bereich** dar. Es muss regelmäßig ein Ausgleich zwischen Forschungs- und Wirtschaftsfreiheit und dem Schutz von Gesundheit und Leben hergestellt werden. In solch grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber nach der **Wesentlichkeitstheorie nicht vollkommen untätig bleiben** und die Lösung der konkreten Kollisionsfälle nicht der Exekutive allein überlassen.

14. Der Gesetzgeber ist **bei ungewissen Risiken aus den Schutzpflichten zum Einschreiten verpflichtet**, wenn er wie bei den Nanotechnologien einen großen und irreversiblen Schaden für hochwertige Rechtsgüter wie Leben oder Gesundheit nicht ausschließen kann. Dürfte er abwarten, bis konkrete Anhaltspunkte für ein Risiko vorliegen, würde der Bürger unfreiwillig zum Versuchskaninchen einer Schädlichkeitsstudie, was mit dem Menschenwürdekern der Grundrechte nicht vereinbar ist.

15. Ergänzend verpflichtet der **Vorsorgegrundsatz** den Gesetzgeber zur **effektiven Risikovorsorge**. Hierfür ist ein abstraktes Besorgnispotential auf Grund menschlicher Erfahrung, dass nichts risikofrei ist, ausreichend. Das Vorsorgeprinzip muss bei ungewissen Risiken so verstanden werden, dass es die Grundlage für eine Regelung „auf Vorrat“ darstellt, also für den Fall, dass das mögliche Risiko tatsächlich besteht. Vorsorge bedeutet damit Bewältigung von Ungewissheit hinsichtlich einer Risikoprognose, und somit eine Pflicht zur **Reduzierung des Risikos zweiter Ordnung**.

16. Grundrechte und Vorsorgegrundsatz erfordern ein **Mindestmaß** an effektivem Schutz vor möglichen Schäden durch Nanotechnologien durch den Gesetzgeber. Dieses Mindestmaß kann sich nicht durch kollidierende Grundrechte Dritter (Forscher, Produzenten) ergeben, sondern ist **autonom zu bestimmen**.

17. Beschränkt man das Mindestmaß auf Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, könnte der Staat längstmöglich in einem Zustand unwissender Untätigkeit verharren. Deswegen muss der Gesetzgeber eine **Regelung** schaffen, **die das aus der Unwissenheit resultierende Risiko zweiter Ordnung verringert** und den Zustand der Unwissenheit auf das Notwendigste verkürzt. Die Last der Unauflösbarkeit darf dabei nicht allein dem potentiell Geschädigten auferlegt werden, was z.B. durch Nachweis- oder Kennzeichnungspflichten des Produzenten erreicht werden kann. Dagegen ist ein **vollständiges Verbot** der Nanotechnologien **nicht** für den Mindestschutz **erforderlich**.

#### IV. Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten

18. Zu über das Untermaßgebot hinausgehenden Regelungen und Schutzmaßnahmen ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet. Er hat jedoch im Rahmen seines weiten **gesetzgeberischen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums** die **Möglichkeit, weitergehende Regelungen** zu treffen, solange diese nicht übermäßig in die Wissenschafts- und Wirtschaftsfreiheit eingreifen. Ansonsten führt das Bedürfnis zur Herstellung hundertprozentiger Sicherheit zu einem Ausschluss technischen Fortschritts und Innovation. Eine Reduzierung des Gesetzgebungsrechts auf Situationen oberhalb einer **Gefährdungsschwelle** würde andererseits ohne weitere Abwägung die Freiheit Einzelner der Sicherheit Aller vorziehen und ist deshalb ebenfalls **abzulehnen**.

19. Ein wichtiger Faktor im Rahmen der **Verhältnismäßigkeitsprüfung** ist das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für die Bestimmung der **Risikointensität**. Dies ist insbesondere bei den Nanotechnologien mit ihrer Vielzahl von Elementen und Anwendungsmöglichkeiten, die auch hinsichtlich eines denkbaren Gefährdungspotentials sehr unterschiedlich sind, für den Gesetzgeber problematisch. Interessant ist hier vor allem die Möglichkeit eines vollständigen Entwicklungs-/Herstellungs- oder Anwendungsverbotes bis zum positiven Nachweis der Unschädlichkeit. Das **Anwendungsverbot** ist bereits bei abstrakten Indizien auf mögliche hohe Schäden verhältnismäßig, solange dem Produzenten der positive Unschädlichkeitsnachweis im Einzelfall möglich bleibt. Bei einem **Entwicklungsverbot** sind dahingegen konkrete Anhaltspunkte für einen möglichen, hohen Schaden zu fordern, selbst wenn noch Ungewissheit über die Eintrittswahrscheinlichkeit besteht.

20. Durch den Gesetzgeber ist die **normative Bestimmung des Restrisikos** zu leisten, also desjenigen Risikos für Schäden, dass der Gesetzgeber wegen seiner Geringfügigkeit und/oder dem überwiegenden Nutzen des risikoträchtigen Verhaltens für den Einzelnen für zumutbar hält und das dieser deshalb zu tragen hat. In Fällen der Ungewissheit muss es dem Gesetzgeber zumindest möglich sein, dieses Restrisiko **durch ein Verbot auf Null zu reduzieren**, bis er genauere Kenntnisse erlangt hat und damit erkennen kann, ob die Risikolast wegen ihrer Geringfügigkeit dem potentiell Geschädigten auferlegt werden kann.

## Die Europäisierung des Risikoverwaltungsrechts am Beispiel des Beweisrechts

*Dr. Andreas Glaser, Heidelberg*

1. Die technischen und sozialen Veränderungen in der modernen Gesellschaft führen zu einer Verschiebung der Verwaltungstätigkeit von der Abwehr konkret erfassbarer Gefahren hin zur Prävention im Sinne vorsorglicher Risikobekämpfung. Als Referenzgebiete der Entwicklung vom Recht der Gefahrenabwehr zum Risikoverwaltungsrecht gelten das Arzneimittel-, das Chemikalien-, das Gentechnik-, das Lebens- und Futtermittel-, das Pflanzenschutzmittel- sowie das Geräte- und das Produktsicherheitsrecht.

2. Das Risikoverwaltungsrecht entspringt in weiten Teilen genuin dem Recht der Europäischen Union oder ist mittlerweile stark unionsrechtlich geprägt. Es eignet sich daher als Beispiel für die materielle Europäisierung mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechts. Die Herausbildung eines europäischen Risikoverwaltungsrechts ist maßgeblich auf das Zusammenspiel der Idee des Binnenmarktes einerseits und der Verpflichtung der Union zur Vorsorge andererseits zurückzuführen.

3. Parallel zu den materiell-rechtlichen Einflüssen des Unionsrechts lässt sich eine formelle Europäisierung des Risikoverwaltungsrechts feststellen. Besonders deutlich wird dies anhand von Verwaltungsverfahren, die in Form des direkten Vollzuges von der Eigenverwaltung der Union durchgeführt werden und sich damit ausschließlich nach Unionsrecht richten.

4. Auf dem Gebiet des materiell europäisierten Risikoverwaltungsrechts wird eine erhebliche Anzahl von Verwaltungsentscheidungen auf der Ebene der Mitgliedstaaten im Wege des indirekten Vollzuges des Unionsrechts getroffen. Das Beweisrecht folgt hierbei grundsätzlich aus den mitgliedstaatlichen Vorschriften. Im Rahmen des Unionsverwaltungsrechts sind jedoch neben zahlreichen sekundärrechtlichen Vorgaben insbesondere die Grundfreiheiten und der Grundsatz

der Effektivität des Unionsrechts zu beachten.

5. Ausdruck der allgemeinen Tendenz formeller Europäisierung auf dem Gebiet des Risikoverwaltungsrechts ist überdies die Beteiligung von Behörden der Union und solchen der Mitgliedstaaten im Verwaltungsverfahren. Das Risikoverwaltungsrecht verkörpert dabei typische Klassifizierungen des Europäischen Verwaltungsverbundes wie das Referenzentscheidungsmodell und das Transnationalitätsmodell.

6. Angesichts unsicherer Tatsachengrundlagen ergeben sich im Zusammenhang mit Risikoverwaltungsentscheidungen regelmäßig Schwierigkeiten bei der Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale von Vorschriften, die zu Eingriffen ermächtigen oder die Erteilung von Genehmigungen regeln. Beweisrechtliche Implikationen entstehen bei Risikoentscheidungen in einer ersten Phase der Beweisermittlung und in einer zweiten Phase der Beweiswürdigung. Erlaubt die Beweiswürdigung mangels hinreichender Beweismittel keinen eindeutigen Schluss, erlangt das Beweisrecht darüber hinaus in einer sich allenfalls hieran anschließenden dritten Phase der Beweislastentscheidung Bedeutung.

7. Das deutsche Beweisrecht wird traditionell durch die behördliche und gerichtliche Amtsermittlung sowie das Erfordernis der vollen Überzeugungskraft hinsichtlich des Beweismaßes bestimmt. Die Verteilung der Beweislast bemisst sich nach dem materiellen Recht. In der Regel werden das Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht durch das Günstigkeitsprinzip beherrscht. Während bei Grundrechtseingriffen den Staat die Beweislast trifft, hat bei Geltendmachung eines Leistungsanspruchs der Anspruchsteller das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nachzuweisen.

8. Das Europäische Verwaltungsrecht kennt keine übergreifenden Beweisregeln. Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsmaxime kommen je nach Fallkonstellation zur Geltung. Hinsichtlich der Beweislastverteilung lässt sich

die Anwendung des Günstigkeitsprinzips allenfalls in Ansätzen feststellen. Nicht zuletzt mit dem Ausbau des EuG als „Tatsacheninstanz“ und der vermehrten Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Organe der Union rückt das Beweisrecht auf der Ebene der EU zunehmend in den Blickpunkt des Interesses.

9. Im Risikoverwaltungsrecht haben sich mittlerweile sachbereichsspezifische Beweisregeln herausgebildet. Konsistente Beweisgrundsätze zur Darlegungslast, zum Beweismaß und zur Beweislast existieren auf den eingangs erwähnten Referenzgebieten sowohl im Recht der Eigenver-

waltung der Union als auch im Unionsverwaltungsrecht. Das Risikoverwaltungsrecht fungiert somit als Vorreiter für ein europäisches Beweisrecht.

10. Die Beweisregeln des europäischen Risikoverwaltungsrechts sind unter verschiedenen Aspekten des Unionsprimärrechts zu beurteilen. In die Betrachtung sind die rechtsstaatlichen Gebote der Rechtssicherheit und des effektiven Rechtsschutzes, der Vorbehalt des Gesetzes sowie das Grundrecht auf eine gute Verwaltung einzubeziehen.

## Die Behandlung von Risiken in der Gesetzgebung am Beispiel der Carbon-Capture-and-Storage-Technologie (CCS-Technologie)

*Dr. Susanna Much, Bremen*

Die Carbon-Capture-and-Storage-Technologie, kurz CCS-Technologie, ist ein neues technisches Verfahren, das in drei Abschnitte unterteilt werden kann: Zunächst wird CO<sub>2</sub> aus dem Abgasstrom von Kraftwerken oder anderen industriellen (Verbrennungs-)Anlagen abgefangen (*capture*) und anschließend mittels Pipelines zu geologischen Formationen wie salzhaltigen Grundwasserleitern, sog. salinen Aquiferen, oder (erschöpften) Erdöl- und Erdgaslagerstätten transportiert. Diese geologischen Formationen können sich sowohl im Meeresuntergrund als auch in dem Untergrund des Festlandes befinden. In diese geologischen Formationen wird das CO<sub>2</sub> injiziert, um dort dauerhaft und sicher abgeschlossen von der Atmosphäre zu lagern (*storage*). Die CCS-Technologie befindet sich noch im Forschungs- und Entwicklungsstadium und wird voraussichtlich erst ab dem Jahr 2020 im großindustriellen Maßstab zur Verfügung stehen. Während für die Abscheidung und den Transport des CO<sub>2</sub> bereits Forschungserkenntnisse vorliegen bzw. bei der Entwicklung der hierfür erforderlichen Technologien auf bereits vorhandenes Wissen vergleichbarer Verfahren zurückgegriffen werden kann, ist die dauerhafte Speicherung von Gasen in geologischen Formationen sowohl technisches als auch rechtliches Neuland. Daher gibt es zahlreiche Forschungsvorhaben, welche die technischen Anforderungen an die dauerhaft sichere Speicherung von CO<sub>2</sub> untersuchen. Ausreichende Kenntnisse für die großmaßstäbliche Speicherung von CO<sub>2</sub> liegen jedoch noch nicht vor.

Vor dem Hintergrund des Anstiegs anthropogener Treibhausgasemissionen und dem hierdurch nach überwiegender Auffassung verursachten Klimawandel besitzt die CCS-Technologie das Potential einer Klimaschutzmaßnahme, indem das abgeschiedene und abgelagerte CO<sub>2</sub>

trotz der weiterhin möglichen Verwendung fossiler Energieträger nicht in die Atmosphäre gelangt. Die CCS-Technologie trägt somit zu der Reduzierung der Treibhausgasemissionen und zur Einhaltung der eingegangenen Reduzierungsverpflichtungen bei. Zugleich wird sie, insbesondere von der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten, als sog. Brückentechnologie angesehen, die zwar zur Abschwächung des Klimawandels beiträgt, die jedoch nicht die Bemühungen zur Förderung von anderen sicheren und nachhaltigen kohlenstoffarmen Technologien, wie Energiesparmaßnahmen und erneuerbaren Energien, verringern darf.

Dieses Klimaschutzpotential der CCS-Technologie und die politische Anerkennung als Brückentechnologie begründen das Interesse der Allgemeinheit an ihrer Durchführung. Zugleich streiten vor dem Hintergrund des Emissionshandels und der bestehenden Emissionsreduzierungsverpflichtungen die grundrechtlich geschützten wirtschaftlichen Interessen der Betreiber von mit fossilen Energieträgern betriebenen Industrieanlagen für die Anwendung der CCS-Technologie. Hierfür ist ein Rechtsrahmen erforderlich, der mittels der Festsetzung der rechtlichen Anforderungen an die Anwendung der Technologie den Anlagenbetreibern Planungs- und Investitionssicherheit gibt.

Zugleich müssen bei der Schaffung eines solchen Rechtsrahmens die bestehenden Risiken der CCS-Technologie berücksichtigt werden. Neben der Verunreinigung der für die Speicherung genutzten geologischen Formation und der damit einhergehende Verlust ihrer Nutzbarkeit zu anderen Zwecken ist insbesondere der Austritt des CO<sub>2</sub> aus der geologischen Formation hervorzuheben. Dabei kann das gespeicherte CO<sub>2</sub> sowohl dauerhaft und langsam in kleinen Mengen und daher möglicherweise unbemerkt als auch in großen Mengen im Rahmen eines unfallartigen Ereignisses bedingt durch geologische Veränderungen

gen in der Speicherstätte entweichen. In Abhängigkeit von der Lage der geologischen Formation kann ein solcher Austritt unterschiedliche Auswirkungen haben: Bei der Speicherung des CO<sub>2</sub> in geologischen Formationen des Meeresuntergrundes trägt das austretende CO<sub>2</sub> zur Versauerung des Meereswassers mit den entsprechenden Auswirkungen auf Meeresorganismen bei. Bei der landseitigen Speicherung des CO<sub>2</sub> führt ein solcher Austritt zur Erhöhung der Konzentration dieses Gases in der Luft und kann wegen seines Erstickungspotentials zu Gesundheitsschäden und dem Tod bei Menschen sowie bei Tieren und Pflanzen führen. Zugleich erhöht sich dadurch in klimaschädlicher Weise die Treibhausgaskonzentration in der Atmosphäre. Diesem Austrittsrisiko und den mit ihm verbundenen Gefahren für den Menschen kommt im Rechtssetzungsverfahren aus zwei Gründen ein besonderes Gewicht zu: Einerseits besteht eine grundrechtliche Schutzpflicht zugunsten des Lebens und der Gesundheit der betroffenen Menschen, welcher der Gesetzgeber hinreichend Rechnung tragen muss. Andererseits rührt das Austrittsrisiko aus dem bisher am wenigsten erforschten Teil der CCS-Technologie her – der Speicherung des CO<sub>2</sub>. Dabei ist insbesondere hervorzuheben, dass der Zeitdruck für die Erforschung und Anwendung der CCS-Technologie wegen der Dringlichkeit klimaschützender Maßnahmen hoch ist.

In den vergangenen Jahren wurden auf völkerrechtlicher Ebene durch die entsprechenden Änderungen des Londoner Protokolls über die Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen und anderen Stoffen und der OSPAR-Konvention die rechtlichen Grundlagen für die Durchführung der CCS-Technologie, insbesondere der Speicherung des CO<sub>2</sub> in geologischen Formationen des Meeresuntergrundes geschaffen. Allerdings werden hierin neben der für unzulässig erklärten Speicherung in der Meeressäule lediglich Anforderungen an die zu speichernden CO<sub>2</sub>-Ströme geregelt. Diese müssen überwiegend aus CO<sub>2</sub> bestehen, d.h. es dürfen weder Abfälle noch andere zusätzlichen Substanzen beigemischt werden.

Auf europarechtlicher Ebene haben das Europäische Parlament und der Rat auf entsprechenden Vorschlag der Europäischen Kommission

die Richtlinie 2009/31/EG über die geologische Speicherung von Kohlendioxid erlassen. Diese sieht vor, dass für die Erkundung geeigneter geologischer Formationen eine sog. Explorationsgenehmigung und für den Betrieb einer Speicherstätte eine sog. Speichergenehmigung erforderlich ist. Ferner enthält sie Anforderungen an die Überwachung der Speicherstätte während ihres Betriebs und zur Nachsorge nach Abschluss des Betriebs. Darüber hinaus wurden die rechtlichen Grundlagen des Emissionshandels so geändert, dass dauerhaft sicher gespeichertes CO<sub>2</sub> als nicht emittiertes CO<sub>2</sub> gilt und somit von der Emissionshandelspflicht ausgeschlossen ist. Infolge der bestehenden Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten dürfte in den folgenden Jahren ein Rechtsrahmen für die Durchführung der CCS-Technologie entstehen.

Jedoch zeigt bereits der gescheiterte Versuch Deutschlands, im Sommer des vergangenen Jahres ein (Umsetzungs-)Gesetz zur Regelung von Abscheidung, Transport und dauerhafter Speicherung von Kohlendioxid zu schaffen, die Schwierigkeiten im Umgang mit neuen Technologien innewohnenden Risiken. So scheiterte der von der Bundesregierung vorgelegte Gesetzentwurf maßgeblich an dem Widerstand der Bundesländer, die über potentielle Speicherstätten für das CO<sub>2</sub> verfügen, weil sie die Risiken eines unkontrollierten Austritts des CO<sub>2</sub> aus den geologischen Formationen und die damit verbundenen Gefahren für die Menschen und die Umwelt fürchteten.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die geschaffenen rechtlichen Vorgaben den technischen Risiken der Speicherung des CO<sub>2</sub> in der von der grundrechtlichen Schutzpflicht gebotenen Weise Rechnung tragen. Denn sie regeln trotz mangelnder Erfahrungen und Kenntnisse bezüglich dieser Technologie nicht lediglich den Rahmen für Erprobungs- und Forschungsvorhaben, sondern sollen auch und gerade für die großmaßstäbliche Anwendung der CCS-Technologie gelten. Auf diese Weise setzen sie zwar den aus Betreibersicht zur Planungs- und Investitionssicherheit erforderlichen Rechtsrahmen, sie können jedoch mangels eines ausreichenden Kenntnisstandes nur begrenzt die mit der CCS-Technologie verbundenen Risiken regeln. Zur Klärung dieses Verhältnisses zwischen dem durch Forschung erlangten Kenntnisstand und dem Rechtsrahmen lässt es die höchstsch-

terliche Rechtsprechung zur Ermöglichung technischen Fortschritts genügen, wenn Risiken nach dem Grundsatz der praktischen Vernunft ausgeschlossen sind. Das verbleibende Restrisiko muss als sozial-adäquat hingegenommen werden, wobei gleichzeitig eine an neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen orientierte Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers besteht. Bei einer nur gering erforschten Technologie wie der CCS-Technologie muss jedoch über diese in der Rechtsprechung gesetzten Grundsätze hinaus auch die Möglichkeit diskutiert werden, zunächst nur einen vorübergehenden Rechtsrahmen für Forschungsvorhaben zu schaffen und in Abhängigkeit von den Forschungsergebnissen bzw. hierauf aufbauend einen endgültigen Rechtsrahmen zu entwickeln.

Zugleich werfen die geschaffenen Rechtsgrundlagen hinsichtlich der Haftung für das Austrittsrisiko Diskussionsbedarf auf. So sieht die EU-Richtlinie vor, dass die Haftung nach einer Mindestfrist von 20 Jahren nach dem Abschluss des Betriebs der geologischen Formation von dem Betreiber auf den Staat übergeht.

Es ist zu erwarten, dass wegen der bestehenden Umsetzungspflicht der Bundesrepublik Deutschland in der aktuellen Legislaturperiode erneut ein Gesetzentwurf für die geologische Speicherung von CO<sub>2</sub> vorgelegt wird, so dass die aufgeworfenen Fragen erneut und aktuell zur Diskussion stehen werden.

## Grundrechte als Instrumente der Risikoallokation

*Dr. Mathias Hong, Freiburg (Breisgau)*

Thesen (1.–7.),  
Fragen (8.) und  
Ziele (9.) des Vortrags

1. a) Die moderne demokratische Verfassung reagiert in zweierlei Weise auf historische Risikoerfahrungen, um Menschenwürde und gleiche Freiheit aller zu gewährleisten. Zum einen konstituiert sie Gewaltmonopol und staatliche Herrschaft, um solchen Risiken zu begegnen, die von privaten Einzelnen oder von Gruppen Privater ausgehen. Zum anderen unterwirft sie staatliche Herrschaft aber auch rechtlichen Grenzen, um solchen Risiken entgegenzuwirken, die von der staatlichen Machtausübung selbst ausgehen.

b) Der Risikobegriff wird hier in Anlehnung an das Dreistufenmodell (Gefahr – Risiko – Restrisiko) auf die mehr oder weniger hohe Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für ein Rechtsgut bezogen. Risiko in diesem weiten Sinne ist danach das Produkt aus Schadenswahrscheinlichkeit und Schadensausmaß. Gefahr, Risiko (im engeren Sinne) und Restrisiko unterscheiden sich dann nicht qualitativ voneinander, sondern bilden Kategorien graduell unterschiedlich hoher Risiken (im weiteren Sinne), deren Abgrenzung normativ zu begründen ist.

2. Je nachdem, ob sie die grundrechtlichen Grenzen für staatliches Handeln weiter oder enger zieht, verteilt die Verfassung die Risiken für die Bevölkerung, Opfer staatlicher oder privater Beeinträchtigungen von Leib, Leben oder Freiheit zu werden, unterschiedlich. Legt sie dem Leviathan stärkere rechtliche Ketten an, so verringert sie die Risiken derjenigen, die von ungerechtfertigter staatlicher Machtausübung betroffen werden könnten, nimmt dafür aber in Kauf, dass sich die Risiken für diejenigen erhöhen, die von privaten Bedrohungen betroffen sind, vor denen der Staat sie aufgrund der grundrechtlichen Fesseln weniger effektiv schützen kann.

3. Aus dieser Perspektive erweisen sich auch die Grundrechte als Instrumente der Risikoallokation. Verschiedene weithin anerkannte Grundrechtsgehalte lassen sich auf diese Weise deuten:

a) So verteilt der rechtsstaatliche Verteilungsgrundsatz, indem er dem Staat die Rechtfertigungslast für individuelle Freiheitseingriffe auferlegt, mit den Argumentationslasten zwischen Staat und Bürger zugleich die Risiken, Opfer staatlicher oder privater Freiheitsbeeinträchtigung zu werden, unter den Betroffenen.

b) Ebenso verteilt das Verhältnismäßigkeitsgebot, indem es inhaltliche Schranken für die Rechtfertigung staatlicher Eingriffe errichtet, die Fehlerrisiken zugunsten derjenigen, die von ungerechtfertigtem Eingriffshandeln betroffen werden können, aber zu Lasten derjenigen, deren Belange aufgrund staatlicher Untätigkeit zurückstehen müssen.

c) Auch die Unschuldsvermutung im Strafprozess (Art. 2 I GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip) reduziert, indem sie den rechtsförmlichen Nachweis der Schuld verlangt, das Risiko irrtümlicher Verurteilungen zugunsten des Angeklagten. Sie erhöht damit aber zugleich das Risiko, dass der Täter ungestraft davon kommt. Dies wirkt sich zulasten der Strafverfolgungsinteressen der Gesellschaft und der Opfer der Straftat aus – getreu dem Grundsatz, dass es besser sei, hundert Schuldige laufen zu lassen, als auch nur einen Unschuldigen zu verurteilen.

d) In vergleichbarer Weise können im Polizeirecht grundrechtlich gebotene Eingriffsschwellen dazu führen, dass die unterhalb dieser Eingriffsschwellen verbleibenden Risiken für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung jedenfalls nicht mit dem Mittel der jeweiligen Grundrechtseingriffe bekämpft werden können.

e) Weitere Beispiele für derartige Risikoallokationen sind die Vermutung für die freie Rede in Angelegenheiten, die die Öffentlichkeit wesentlich berühren und die hohen Prognoseanforderungen für Wohnungsdurchsuchungen oder

Versammlungsverbote (Schwelle der unmittelbaren Gefahr).

4. Diese rechtsstaatliche Risikoverteilung führt in zentralen Bereichen des Grundrechtsschutzes zu einer grundlegenden verfassungsrechtlichen Asymmetrie bei der Bewertung von Staat und Bürger als Risikoquellen. Eine solche Asymmetrie mag zwar etwa im Bereich des Umweltrecht- und Technikrechtes nicht bestehen, wo staatliche Schutzpflichten im Konflikt mit den Wirtschaftsgrundrechten zu einer weitgehenden Ausbalancierung führen mögen. Für diejenigen grundrechtlichen Abwehrrechte, die nicht das Wirtschaftsleben betreffen, gilt jedoch in weiten Bereichen:

a) Wenn es darum geht, staatliche Eingriffe in die Rechte Privater auf von diesen möglicherweise ausgehende Bedrohungen zu stützen, vermuten wir vom Einzelnen grundsätzlich Gutes. In Abwesenheit hinreichender Anhaltspunkte für das Gegenteil nehmen wir an, dass von ihm keine Risiken ausgehen, die einen Grundrechtseingriff rechtfertigen.

b) Geht es hingegen um Risiken, die von staatlichem Verhalten ausgehen, so kehrt sich die Risikogleichung um. Die Grundrechte begegnen der staatlichen Hoheitsausübung mit grundsätzlicher Skepsis. Geht es um grundrechtseingreifendes Handeln, so vermuten wir vom Staat grundsätzlich nichts Gutes, sondern stellen ihn unter Rechtfertigungszwang.

c) In autoritären Rechtsordnungen, aber auch in autoritären Phasen demokratischer Herrschaft, wird die genau gegenteilige Risikobewertung zugrunde gelegt; hier wird vom Individuum grundsätzlich das Schlechteste vermutet, vom Staat hingegen nur das Beste. Individuelles Verhalten wird nach den Schäden beurteilt, die es auch nur möglicherweise verursacht, während der Regierung grundsätzlich unbegrenzte präventive Vollmachten eingeräumt werden.

5. In dieser grundrechtlichen Risikoallokation kommt sowohl eine historisch begründete Einschätzung der jeweiligen empirischen Schadenswahrscheinlichkeiten zum Ausdruck als auch eine normative Gewichtung der verschiedenartigen Bedrohungen.

a) Die historische Annahme lautet, dass Macht, und zwar auch demokratisch legitimierte

Macht, stets zum Ausufern neigt und daher der Begrenzung und Kontrolle bedarf.

b) Die normative Wertung lautet, dass die Vermeidung bestimmter Schäden, welche die staatliche Gemeinschaft durch aktives Tun verursachen könnte, wichtiger ist, als die umfassende Vorbeugung gegen Schäden, die durch staatliches Unterlassen entstehen können.

6. Eine derartige asymmetrische Schadensbewertung wird häufig durch nicht-konsequentialistische Erwägungen begründet, also durch die normative Verurteilung der staatlichen Freiheitsingriffe als solches, unabhängig von den durch sie bewirkten Konsequenzen. Möglicherweise kann sie aber auch auf konsequentialistische (insbesondere regelutilitaristische) Erwägungen gestützt werden, also darauf, dass es auf lange Sicht gesehen für die grundrechtlichen Schutzgüter besser sei, Abwehrrechte keiner umfassenden Abwägung und Verrechnung gegen staatliche Schutzpflichten zu unterwerfen.

7. Grundrechtsdogmatisch führt diese Risikoverteilung insbesondere zu einem partiellen Vorrang grundrechtlicher Abwehrrechte vor grundrechtlichen Schutzpflichten oder aber zu einer entsprechenden inhaltlichen Begrenzung der Schutzpflichten. Wären die grundrechtlichen Schutzpflichten den Achtungspflichten durchgehend gleichrangig, so ließen sich die genannten Argumentationslasten und Eingriffsschwellen nicht aufrechterhalten.

8. Sind die der grundrechtlichen Risikoallokation zugrunde liegenden Risikobewertungen nach wie vor gerechtfertigt?

a) Werden die empirischen Annahmen über die Wahrscheinlichkeit staatlicher Grundrechtsverletzungen von Erkenntnissen über die sozialpsychologischen „Gesetze der Angst“ gestützt, die beispielsweise nahe legen, dass die Rechte von Minderheiten in Zeiten übersteigerter gesellschaftlicher Furcht besonders gefährdet sind?

b) Oder überzeichnen solche Annahmen die Gefahren staatlichen Machtmissbrauchs in einer stabilen Demokratie?

c) Hat ferner die normative Wertung weiterhin Berechtigung, dass grundrechtlichen Abwehrrechten ein eigenständiges normatives Gewicht zukommt, welches nicht einfach durch gemeinschaftliche Schutzbelange aufgewogen werden kann, sondern diese grundsätzlich „übertrumpft“ (R. Dworkin) sollte?

9. Der Vortrag soll einerseits die grundrechtliche Risikoallokation und ihre grundrechtsdogmatischen Konsequenzen nachvollziehen und bewusst werden lassen. Er bezweckt insoweit eine Rückbesinnung darauf, dass der Verfassungsstaat noch nie ohne Risiken zu haben war. Die Verbürgung von Grundrechten bedeutet seit jeher, erhebliche Risiken für die Sicherheit in Kauf zu

nehmen, um die Freiheit zu schützen. Es gilt aber andererseits auch, den kritischen Anfragen an die fortdauernde Berechtigung dieser Risiko-  
verteilung in Zeiten neuartiger Bedrohungen nachzugehen. Sollten wir auch weiterhin bereit sein, den Preis für unsere grundrechtlichen Freiheiten zu zahlen?

\_\_\_\_\_

## Schutzpflichten und Gemeinwohl im staatlichen Risikomanagement: Grenzen der etatistischen Konvergenztheorie

Dr. Ulrich Vosgerau, Köln

### I. Grundlegung: Grundrechte und staatliches Gewaltmonopol im Verfassungsstaat

1. Die Bundesrepublik Deutschland ist ein freiheitlicher Verfassungsstaat; an der Spitze des Grundgesetzes (und mithin im Zentrum der Verfassung) stehen die Grundrechte als staatlich positiviertene Menschenrechte.

2. Rechtsphilosophisch betrachtet, gibt es eine Pflicht zur Staatlichkeit: ohne Staat keine Grundrechte. Erst der Verfassungsstaat transformiert Menschenrechte als philosophische Ideen in höchstrangige Rechtsvorschriften. Erst als staatlich garantierte Grundrechte werden Menschenrechte *wirklich*. Grundrechtsdogmatisch betrachtet, ist das gesamte Rechtssystem *vom Grundrecht* her zu denken.

3. Das als Grundrecht im Staat wirklich gewordene Menschenrecht ist – als Grundrecht – keine philosophische, sondern eine staatliche Einrichtung. Grundrechtsausübung ist Freiheitsbetätigung im Staat und in der Rechtsordnung. Erstes Merkmal des Staates ist sein Gewaltmonopol, das im gesellschaftlichen Verkehr der Bürger untereinander Gewalt und Drohung jedenfalls dann ausschließt, wenn staatliche Hilfe erreichbar ist. Grundrechte sind (auch) als Abwehrrechte gegen den Staat erst dann sinnvoll denkbar, wenn der gewaltmonopolisierende Staat schon besteht und private Gewalt (Übergriffe) effektiv verhindert.

4. Es lassen sich drei (oder vier) aufeinander aufbauende Grundrechtsdimensionen unterscheiden: die primäre (etatistische), die sekundäre (liberale), und die tertiäre (soziale); in der heutigen Zeit wäre zu überlegen, ob nicht auch eine quartäre (republikanische bzw. ökologische) Grundrechtsfunktion angenommen werden muss. Die erste Grundrechtsdimension (Hob-

bes-Dimension) betrifft den Schutz des Bürgers vor Übergriffen anderer Bürger auf grundrechtlich geschützte Rechtswerte (v.a. Leben und Gesundheit). Die zweite Grundrechtsdimension (Locke-Dimension) betrifft den Schutz der Bürger vor Machtmissbrauch durch den gewaltmonopolisierenden Staat selbst. Die dritte Grundrechtsdimension (Sozialstaat) betrifft die tatsächlichen Voraussetzungen der Grundrechtsausübung, die der Freiheit logisch vorausliegen, wie ausreichende Nahrung, Kleidung, Wohnung, Bildung. Die heute jedenfalls in Erwägung zu ziehende vierte Grundrechtsdimension würde die grundrechtlich geschützten Interessen kommender Generation betreffen.

5. Grundrechtsdogmatisch lassen sich diese Vorgaben am besten und einfachsten abbilden in der heute allgemein akzeptierten Vorstellung vom Grundrecht als Abwehrrecht und Schutzpflicht.

6. Dieser Vorstellung steht oder stand die Lehre entgegen, die Grundrechte seien „staatsgerichtete Abwehrrechte und sonst nichts“ (Forsthoffsches Dogma). Diese Vorstellung – die sich i.d.R. mit dem Verweis auf das wahre Wesen der Grundrechte bzw. ihre angeblichen geistesgeschichtlichen Wurzeln berufen hatte (und aus heutiger Sicht eine besitzbürgerliche Ideologie aus dem 19. Jahrhundert darstellt) – wird seit dem Minderheitenvotum in BVerfGE 39, 1 (68 ff.) heute wohl nicht mehr vertreten.

### II. Die (objektive) etatistische Konvergenztheorie als dogmatisch schlüssige Umsetzung der Vorstellung vom Grundrecht als Abwehrrecht und Schutzpflicht

7. Bis heute wird allerdings teilweise – und bezeichnenderweise stets ohne nähere Begründung – der Rechtssatz vertreten: „Grundrechte sind Abwehrrechte und Schutzpflichten, im direkten Konflikt – der Grundrechtsfunktionenkol-

lision – geht aber das Abwehrrecht vor“ (gemäßiges/modifiziertes Forsthoffsches Dogma). Eine Variante bildet der zirkelschlüssige Satz, die Wahrnehmung der Schutzpflicht dürfe nur mit verfassungsmäßigen, soll heißen: dem Abwehrrecht nicht widersprechenden Mitteln erfolgen. Hierdurch wird ohne Begründung das Abwehrrecht verabsolutiert und die Schutzpflicht relativiert. Was die staatsrechtlich ursprünglichere Schutzpflicht zu tun gebietet, ist ja gerade die Frage. Es fällt übrigens auf, dass von dem angeblichen prinzipiellen Primat des Abwehrrechts („in dubio pro libertate“) nicht mehr die Rede ist, wenn es statt um Verbrechensbekämpfung und Terrorabwehr um den Schutz des Bürgers vor atomtechnischen Anlagen oder gentechnisch behandelten Pflanzen geht.

8. Das BVerfG vertritt bis heute keine verallgemeinerbare oder auch nur darstellbare Theorie zur Behandlung der Grundrechtsfunktionenkollision, sondern entscheidet offenbar nach rechtspolitischer Intuition von Fall zu Fall. Der Entscheidung zum LuftSiG (E 115, 118 ff.) hatte das modifizierte Forsthoffsche Dogma zur Prämisse. Es ging davon aus, die Verletzung von Menschenwürde und Lebensrecht unmittelbar durch staatliches *Tun* sei etwas prinzipiell anderes als die Verletzung von Menschenwürde und Lebensrecht durch staatliches *Dulden* und Geschehenlassen. Dies setzt eine „Theorie des höchsteigenhändigen Staatshandelns“ voraus, die schon deshalb kurios genannt werden muss, weil der Staat prinzipiell nie „eigenhändig“, sondern immer nur durch seine Organe handeln oder unterlassen kann. Weiterhin müssten bei einem prinzipiellen Primat der Abwehr über den Schutz beide Abtreibungsentscheidungen falsch sein.

9. Die neue – in der Sache richtige – Entscheidung des BVerfG zum Nichtrauchererschutz (E 121, 317 ff.) hingegen dürfe dem abwehrzentrierten Grundrechtsdenken eigentlich gar nicht mehr begrifflich sein. Die Verpflichtung aller Gastwirte, ihren Gästen das Rauchen zu verbieten, bildet einen schwerwiegenden Eingriff in deren Berufsfreiheit. Zwar ist der Schutz der Volksgesundheit ein wichtiger Gemeinwohlbelang. Das allgemeine Rauchverbot kann aber nicht das mildeste Mittel seiner Umsetzung sein, da Besuch und Arbeit in einer Kneipe rein frei-

willig geschehen. Allenfalls ein Warnschild an der Kneipentür wäre gerechtfertigt. Das abwehrzentrierte Grundrechtsdenken könnte die Entscheidung überhaupt nur erklären, wenn es annehmen wollte, dass nunmehr *die Gastwirte* ihren Gästen gegenüber grundrechtsverpflichtet sind. Aber dies hat das BVerfG nicht sagen wollen. Der Entscheidung liegt vielmehr denknötterlich die Prämisse zugrunde, *das staatliche Unterlassen, den Gastwirten ein allgemeines Rauchverbot aufzugeben, sei seinerseits ein Grundrechtseingriff*. Damit hat sich das BVerfG erstmals unzweideutig zur etatistischen Konvergenztheorie bekannt. (Dass die Nichterfüllung der Schutzpflicht als Grundrechtseingriff in Betracht kommt, war freilich schon durch die Zulässigkeit des Antrags auf einstweilige Anordnung im Fall „Schleyer“ deutlich geworden, vgl. BVerfGE 46, 160 [163 f.]).

10. Nach dieser Lehre kann es nicht darauf ankommen, ob der Staat „selbst“ („unmittelbar“ durch ein Organ) in Grundrechte eingreift oder aber einem privaten Dritten gestattet, dies zu tun. Private Grundrechtsübergriffe, gegen die der gewaltmonopolisierende Staat nicht vorgeht, werden ihm als eigene zugerechnet. Den Staat trifft eine primäre Schutzpflicht, private Grundrechtseingriffe (Übergriffe) zu verbieten, sowie eine sekundäre Schutzpflicht, das Verbot effektiv umzusetzen. Die primäre Schutzpflicht ist verfassungsgerichtlich voll überprüfbar, hinsichtlich der sekundären besteht ein gewisser Ermessensspielraum. Die Vernachlässigung der Schutzpflicht ist ein Grundrechtseingriff, muss also verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Als Rechtfertigungsgrund kommt dabei freilich auch die Aufrechterhaltung einer freiheitlichen und toleranten Gesellschaft in Betracht, und weiterhin muss ein Trivialvorbehalt im Sinne der polizeirechtlichen Unterscheidung zwischen Belästigung und Störung angenommen werden (daher ist der Staat z.B. nicht verpflichtet, das Rauchen auf der Straße zu verbieten). Aber dabei ist stets das Untermaßverbot zu beachten. Übrigens wird auch die Existenz des Untermaßverbots (BVerfGE 88, 203 [254]), die sich dem rein abwehrzentrierten Grundrechtsdenken nicht erschließt, erst vor dem Hintergrund der etatistischen Konvergenztheorie begrifflich: der Staat darf nicht übermäßig in Grundrechte eingreifen, auch nicht durch Dulden und Unterlassen.

11. Allerdings trifft die (subjektive) etatistische Konvergenztheorie im Sinne der „rein abwehrrechtlichen Lösung“ Schwabes und Murswieks („etatistische Konvergenztheorie im Banne des Forsthoffschen Dogmas“) u.U. der Vorwurf der Zirkelschlüssigkeit. Die staatliche Schutzpflicht allein auf die Zusammenschau von staatsgerichtetem Abwehrrecht und Gewaltmonopol stützen zu wollen, ist denkbar, aber nicht unbedingt zwingend. Das staatliche Dulden oder Unterlassen kann nur dann Grundrechtseingriff sein, wenn der Staat auch zum Schutz verpflichtet war. Diese Verpflichtung *allein* auf die Existenz des Gewaltmonopols stützen zu wollen, wird teilweise als „Kurzschluss“ von der Staatstheorie auf die Grundrechtsdogmatik kritisiert. Auch liegt der „rein abwehrrechtlichen“ Lösung eine paradoxe Variante des Forsthoffschen Dogmas zugrunde. Es ist auch fraglich, ob der rein abwehrrechtliche Ansatz Verhältnismäßigkeitsprinzip und Wechselwirkungslehre begründen kann. Vorzugswürdig ist daher die Annahme einer genuinen bzw. originären Schutzpflicht, die rechtstheoretisch ursprünglicher ist als die Idee des staatsgerichteten Abwehrrechts und grundrechtsdogmatisch dieser jedenfalls gleichrangig. Grundrechte sind Gewährleistungsrechte.

12. Die stimmige Lösung des Problems der Grundrechtsfunktionenkollision im heutigen Grundrechtsparadigma lautet also: Es gibt keinen Vorrang entweder von Schutzpflicht oder Abwehrrecht, sondern eine Abwägung zwischen dem Gewicht der zu schützenden Verfassungswerte. So geht die Schutzpflicht zugunsten des Lebens der allgemeinen Handlungsfreiheit vor (Abtreibung), der Schutz von Leben und Gesundheit vor Berufsausübungsfreiheit (Nichtraucherschutz). Stehen auf beiden Seiten der Dreieckskonstellation gleichrangige Rechtswerte bzw. Höchstwerte (wie Leben oder Menschenwürde), so kann der Gesetzgeber entscheiden (wie im Fall des LuftSiG geschehen). Dabei ist außerdem der (dem natürlichen Gerechtigkeitsgefühl entstammende) polizeirechtliche Satz zu beachten, dass die Rechte des Störers insoweit zurücktreten müssen, wie der Schutz der Rechte seines Opfers es erfordert.

13. Es ist übrigens nicht richtig, wenn teils vermutet wird, diese die Schutzpflichtendimension als der Abwehrdimension dogmatisch

gleichberechtigt behandelnde Sichtweise sei letztlich *naiv gegenüber den Gefahren staatlichen Machtmissbrauchs*. Gerade das Gegenteil ist der Fall: dies zeigen die aktuellen Beispiele, in denen staatliche Behörden friedliche Versammlungen politisch Andersdenkender dadurch zu verhindern suchen, dass sie zu absehbar gewalttätigen „Gegendemonstrationen“ aufrufen, diese organisieren helfen und dann den effektiven Schutz der Ausgangskundgebung vor Gewalttaten unterlassen (vergl. nur VG Köln, Ur. v. 29.10.2009, 20 K 6466/08). Letztlich ist das Schutzrecht das effektivere staatsgerichtete Recht: denn das Abwehrrecht hilft normalerweise nur gegen staatliche Eingriffe, die rechtswidrig, aber äußerlich noch rechtsstaatsförmig sind; gegen staatliche Repressionen, die schon äußerlich um rechtsstaatliche Formen nicht mehr bemüht sind, muss die Schutzpflicht mobilisiert werden.

### III. Grenzen der etatistischen Konvergenztheorie: kontraktualistisches Paradigma und Gemeinwohl

14. Indem die (objektive) etatistische Konvergenztheorie die gegenwärtige Grundrechtsdogmatik am besten und stringentesten abbildet, weist sie implizit auch deren Grenzen, Ungeheimheiten und Schwächen auf und macht künftige Entwicklungspotentiale sichtbar. Die moderne Grundrechtsdogmatik ist individualistisch und kontraktualistisch grundiert. Anders als die frühe Rspr. v.a. des BVerwG, aber auch des BVerfG, die einen ungeschriebenen Gemeinwohlvorbehalt bei der Grundrechtsanwendung und die Existenz einer staatlichen Gemeinschaft mit *eigenen*, das Individualinteresse typischerweise derogierenden Ansprüchen als selbstverständlich ansah, neigt das gegenwärtige Grundrechtsdenken (weil es, typischerweise unbewusst, eine kontraktualistische Staatstheorie zugrundelegt) zu einem radikalen Individualismus, der der staatlichen Gemeinschaft nur noch die Rolle zuweist, der optimalen Grundrechtsverwirklichung der Grundrechtsträger institutionell zu dienen. Für ein Ganzes, das mehr sein könnte als die Summe seiner Teile, ist im kontraktualistischen Grundrechtsdenken (Reines Anspruchsdenken) kein Raum.

15. Das Reine Anspruchsdenken, das von der Existenz der staatlichen Gemeinschaft ausgeht, diese jedoch lediglich als Grundrechtsver-

wirklichungsagentur ansehen will, wird an Radikalität noch weit überboten von der Rechtslehre Kelsens, der die staatliche Gemeinschaft leugnet und den Staat nurmehr zum Inbegriff aller Rechtsnormen erklären will. Die „theoretische“ Richtigkeit der Staatslehre Kelsens kann indessen hier auf sich beruhen, weil das GG – wie auch die Lissabon-Entscheidung des BVerfG bestätigt hat – das „Prinzip Staatlichkeit“ ausdrücklich voraussetzt und anordnet. Selbst wenn Kelsen Recht hätte, müsste bei der Auslegung des GG eben fingiert werden, dass er Unrecht hat. Auch in Art. 6 I 2 GG ist mit der „staatlichen Gemeinschaft“ *nicht* der Inbegriff aller Rechtsnormen gemeint.

16. Die individualistische und kontraktualistische Umformung der Grundrechtsdogmatik bis hin zum Reinen Anspruchsdenken wird bereits in der ersten Abtreibungsentscheidung deutlich. Es liegt auf der Hand, dass das Leben des ungeborenen Kindes nicht zur freien Disposition der Mutter gestellt werden kann, weil es dann weniger geschützt wäre als ein Dackel oder ein Meerschweinchen, die man nicht grundlos töten darf. Die andere Frage ist, wie man dies verfassungsrechtlich begründet. Das BVerfG war offenbar peinlich bemüht, jeden noch so entfernten „völkischen“ Anklang (z.B.: auch das ungeborene Kind sei bereits Glied der staatlichen Gemeinschaft mit entsprechenden Solidaritätsansprüchen) zu vermeiden und hat das Abtreibungsverbot allein mit den grundrechtlichen Schutzpflichten begründet. Dies war im Einzelfall freilich konsistent.

17. Allerdings wird durch das Abwandern des Gemeinwohlvorbehalts in die Schutzpflichtendimension ein „Kreuzberger Modell“ (oder auch „polizeirechtliches Paradigma“) begründet: der Staat, v.a. aber auch der Gesetzgeber, wird strukturell ähnlichen Restriktionen unterworfen wie seinerzeit die Polizei in der Kreuzberg-Entscheidung des PrOVG. Seither ist die Polizei bekanntlich nicht mehr für die vorausschauend-allgemeine Gemeinwohlpflege zuständig, sondern regelmäßig nur für den Schutz der öffentlichen Sicherheit vor einer konkreten Gefahr. Das Abwandern des Gemeinwohlvorbehalts in die Schutzpflichtendimension macht heute den Grundrechtsschutz durch den Gesetzgeber tendenziell davon abhängig, ob sich eine Gefähr-

dung eines grundrechtlich geschützten Rechtswerts bei einer hinreichend bestimmten Personengruppe (z.B.: ungeborene Kinder; Gäste und Personal in verrauchten Gaststätten) dartun lässt. Dies führt zu der Gefahr, dass gerade der Schutz der wichtigsten und allgemeinsten Gemeinschaftsanliegen, die ihrer Natur nach gerade über den Schutz von Einzelpersonen oder bestimmbar Gruppen hinausweisen, grundrechtsdogmatisch nicht mehr darstellbar ist.

18. Ein plastisches Beispiel für diese allgemeinsten Gemeinschaftsanliegen findet sich in der Schleyer-Entscheidung des BVerfG (E 46, 160 [165]): „Das Grundgesetz begründet eine Schutzpflicht nicht nur gegenüber dem Einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit der Bürger“. Diese „Schutzpflicht“ hat freilich mit den grundrechtsdogmatischen Schutzpflichten nichts mehr zu tun, da sie sich nicht auf ein oder mehrere benennbare Grundrechte stützen und sich auch nicht angeben lässt, welche Personen oder Gruppen vor welcher konkreten Gefahr geschützt werden sollen. Es handelt sich eher um ein (gewissermaßen kollektives) „Grundrecht auf Sicherheit“, also das Recht der Bürger, in einem geordneten, demokratischen, gewaltmonopolisierenden Staatswesen zu leben, das sich weder einschüchtern noch erpressen lässt. Dieser Anspruch ist aber den grundrechtlichen Abwehransprüchen nicht nur dogmatisch gleichgeordnet, sondern er geht ihnen im Konfliktfall vor, wie die Vorschriften über die Vollstreckung selbst rechtswidriger polizeilicher Verfügungen und das Widerstandsverbot zeigen. Dieses Grundrecht auf Sicherheit ist strukturell eng verwandt mit dem durch die Maastricht- und nun die Lissabon-Entscheidung begründeten „Grundrecht auf (Eigen-)Staatlichkeit“ der Deutschen.

19. Das überwölbende Gemeinwohlprinzip der demokratischen, gewaltmonopolisierenden Eigenstaatlichkeit wird gleichberechtigt begleitet von dem – im Konfliktfall den Individualgrundrechten übergeordneten (!) – Gemeinwohlprinzip „Schutz der Menschenwürde“. Die Menschenwürde ist entgegen der h.M. kein Individualgrundrecht, sondern ein Gemeinwohlprinzip (arg. ex Art. 1 III GG). Entgegen dem klaren Wortlaut des GG hat das BVerfG im Anschluss an *G. Dürig* die Menschenwürde in ein subjektives Recht umgedeutet, um ihre Bedeutung zu stärken und sie zu effektuieren. Damit wurde – was ursprünglich nicht absehbar gewesen war –

die Menschenwürde in das individualistisch-kontraktualistische System des modernen Reinen Anspruchsdenkens hineingezogen. Dessen *Dialektik* zeigt sich in der Debatte um die Rettungsbefragung. Wenn staatliche Stellen in Dreieckskonstellationen nicht entscheiden können, ob Leben und Menschenwürde verletzt werden, sondern nur noch, ob z.B. eher der überführte Entführer oder das minderjährige Opfer geschont wird, so lässt sich im individualrechtlichen Paradigma nicht begründen, warum ausgerechnet der Störer privilegiert werden sollte. Der Glaubenssatz von der „Unabwägbarkeit“ der Menschenwürde hilft im Dreiecksverhältnis nicht weiter, da auch das Unterlassen ein Grundrechtseingriff zu Lasten des Opfers wäre. Auch die Entscheidung, das Opfer qualvoll sterben zu lassen, ist offensichtlich das Ergebnis einer (doch verbotenen?) Abwägung. Nach allgemeinen polizeirechtlichen Grundsätzen müsste man sogar einen rechtlichen *Anspruch* (der Angehörigen) auf „Rettungsfolter“ befürworten. Rechtsstaatlich gelöst werden kann die Problematik nur durch einen Bruch mit dem rein individualrechtlichen Para-

digma und der Einführung eines überindividuellen *Gemeinwohlprinzips* „menschenwürdegeleiteter Staat“, das als solches den Individualrechten gerade *vorgeht*. Zwar mag dem liberalen Grundrechtsdenken, das auf Individualansprüche fixiert bleibt, diese Annahme unheimlich sein; nur muss eben gerade der genuin liberale Grundrechtsdogmatiker die „Rettungsfolter“ unbedingt befürworten (*liberale Dialektik*).

20. Von solchen Extremfällen einmal abgesehen, soll die Wiedereinführung ehemals selbstverständlicher, überindividueller Gemeinwohlprinzipien die moderne Grundrechtsdogmatik im Sinne der etatistischen Konvergenztheorie nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. Denn deren Potentiale sind noch lange nicht ausgeschöpft. So gilt im Umweltrecht (aber nicht alle Verwaltungsrichter wissen es), dass effektiver Umweltschutz weder nur allgemeinpolitisches Staatsziel oder Ausfluss des Sozialstaatsprinzips ist, sondern *Grundrecht*.

## Gesetzgeber und Ungewissheit: Legislative Reaktionen auf Risiken

**Thomas Schwabenbauer, München**

### I. Rahmenbedingungen – der Realbereich

1. Seit geraumer Zeit wächst das in der Gesellschaft verfügbare Wissen in einer bislang unbekanntem Geschwindigkeit. Der Umfang des Wissens und die damit verbundenen Chancen wie Risiken sind gewaltig. In gleicher Weise prägt diese Wissensgesellschaft jedoch eine rasanten Potenzierung des Nichtwissens. Die Interdependenzen und Wechselwirkungen sowie die eigendynamischen Effekte angestoßener Entwicklungen sind zumeist unüberschaubar. Die modernen menschlichen Handlungsoptionen bilden Risikoquellen, deren vollständige Bewältigung und Beherrschung nicht mehr gelingt.

2. Das signifikante Wissensdefizit findet sich im Rechtsbegriff *Risiko* wider. Im Grad zwar unterschiedlich intensiv, haben doch alle als riskant etikettierten Phänomene Wissensdefizite gemeinsam.

### II. Aufgaben des Gesetzgebers

1. In einem demokratischen Gemeinwesen ist der Gesetzgeber aufgerufen, Risikosteuerung zu betreiben. Chancen und Risiken hat er in ihrem Rahmen auszubalancieren. Er hat zu entscheiden, welche Risiken ganz vermieden und welche in Grenzen hinzunehmen sind, er muss auf die Wahrscheinlichkeitsverteilung von Chancen und Risiken einwirken, er hat festzulegen, welche Risiken vom wem wie zu bewältigen sind, wem sie zugerechnet werden sollen und wer gegebenenfalls zur Risikominimierung präventiv tätig zu werden hat. Dabei hat er auch zu entscheiden, an wen und wie Entscheidungsmacht zur effektiven Risikoprävention verteilt werden soll.

2. Im Vordergrund der gesetzgeberischen Risikosteuerung steht die Regulierung des Umgangs und der Folgen wissenschaftlich und tech-

nischer Fähigkeiten. Mit dieser Form gesetzgeberischer Techniksteuerung geht auch eine prospektiv oder konservierend ausgestaltete Förderung bestimmter Technik(-anwendungen) einher.

3. Für erfolgreiche Risikosteuerung ist notwendige und voraussetzungsvolle Aufgabe, Wissen zu generieren, das legislativem Zugriff untersteht. Es bedarf einer Wissensinfrastruktur, die sicherstellt, dass Wissen vorgehalten, aktuelle Erkenntnisse registriert und an die entsprechenden Stellen übermittelt werden.

4. Die Risikostruktur der Gesellschaft, Handlungs- und Akteurswissen sowie entsprechende Defizite prägen nicht allein das Handlungsumfeld des Gesetzgebers. Auch die gesellschaftliche Risikoakzeptanz konturiert es. Sie ist für die Akzeptanz gesetzlicher Regelungen entscheidend. Die Einschätzung, Bewertung und die Tolerierung bestimmter Risikoquellen variiert innerhalb einer Gesellschaft.

### III. Handlungsoptionen

1. Zur Bewältigung seiner Aufgaben entwickelt der Gesetzgeber zunächst Regelungsstrategien.

a) Konzeptionell kommt dabei die Orientierung am sog. „Auswahlgrundsatz“ (Risikopriorität) oder an einem allgemeine(re)n Risikominimierungsansatz (Vorsorgeprinzip) in Betracht, ferner die Schaffung eines handlungs- oder produktbezogenen Regelungssystems und die Entscheidung darüber, welche Rechtsgüter vor welchen Risiken geschützt werden sollen (Individualrechtsgüterschutz- oder Allgemein-/Umweltgüterschutzsystem).

b) Eine aufgabenadäquate Handhabung des Vorsorgeprinzips, das sich nicht nur in Deutschland zum wichtigsten Prinzip des Umweltrechts entwickelt hat, wirft Probleme auf. Seine Anfälligkeit, die mit einer Risikomeidung

einhergehenden sog. „Substitutionsrisiken“ auszublenken und andere Faktoren und systemische Zusammenhänge zu ignorieren, ist beträchtlich.

2. Gesetzgeberische Maßnahmen der Risikoprävention und -steuerung können an verschiedenen Elementen einer Risikobeurteilung einsetzen. Eine Risikobeurteilung, die in erheblichem Umfang prognostische Elemente aufweist, lässt sich insbesondere auffächern in das sog. *Prognose- oder Risikoereignis*, das *Prognoseergebnis*, die *Prognosemethode* und die *Prognosebasis*. Mit *Prognose- oder Risikoereignis* ist der künftige Sachverhalt, dessen Eintritt unerwünscht ist, beschrieben. *Prognoseergebnis* ist das Resultat der Anwendung der Prognosemethode auf den gegenwärtigen Sachverhalt oder die beabsichtigte Risikohandlung – der sog. *Prognosebasis* – und beinhaltet die Umschreibung eines künftigen Sachverhalts und die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts. Die Entwicklung oder Auswahl sowie die Handhabung situationsadäquater Erfahrungssätze oder probabilistischer Prognosemodelle stellt die *Prognosemethode* dar. Sie ist das Herzstück einer Risikobeurteilung. Mit ihr gelingt die – idealtypisch – objektive und wertfreie Risikoabschätzung. Besonders bedeutsam ist die Einflussnahme auf die Prognosebasis. Hierfür ist besonders *Handlungs- und Akteurs- oder Identifizierungswissen* erforderlich.

3. Trotz der beträchtlichen Bandbreite an Steuerungsmitteln, bestehen für gesetzgeberisches Handeln risikospezifische Grenzen. Die enorme Geschwindigkeit der Entwicklung von Wissenschaft und Technik lässt unflexible, „harte“ materielle Vorgaben durch den Gesetzgeber in großen Umfang nicht mehr zu. Die Einführung von Verfahren, Generalklauseln und exekutiven Entscheidungsstrukturen gewinnt zunehmend an Gewicht.

Die Bandbreite an Steuerungsmitteln verdeutlichen folgende Beispiele:

a) Schätzt der Gesetzgeber manchen Wissenschaftsbereichen inhärente Risiken als besonders gravierend ein, wählt er das strikte Verbote durch Strafrecht (sog. „Risikostrafrecht“), so etwa im Embryonenschutz-, Transplantations- und Gendiagnostikgesetz.

b) Typologisch anders, in ihrer Wirkung aber ähnlich fungieren Moratoriumsgesetze oder

Vereinbarungen zwischen der Exekutive und Risikoakteuren, an denen sich der Gesetzgeber orientiert.

c) Klassisches Steuerungsmittel stellt das – strafrechtlich oftmals flankierte – Verbot mit Genehmigungsvorbehalt dar, das sich als umfassende präventive Eröffnungskontrolle ausgestalten lässt.

aa) Dabei steht die Wahl zwischen der Genehmigungsstruktur als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt oder als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt weithin im Ermessen des Gesetzgebers. Die Verfassung enthält keine Aussage, wonach ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt die regelhafte Ausgestaltung sein muss.

bb) Den Genehmigungsverfahren für Risikohandlungen gibt der Gesetzgeber besondere Strukturen, die eine risikospezifische Bewältigung unter Einbezug von Stellen, die mehr Kompetenz als die allgemeinen Verwaltungsbehörden aufweisen, sicherstellen soll (etwa Einbindung von Bundesämtern, Instituten oder Ethik-Kommissionen).

cc) Materielle Anforderungen an ein genehmigungspflichtiges Risikohandeln können – allerdings in nur begrenzt sinnvoller Weise – durch die Integration einer risikospezifischen Bedarfsprüfung in den Genehmigungstatbestand erfolgen.

dd) Die Instabilität aktuellen Wissens führt bei der Genehmigungserteilung ferner zur Notwendigkeit, eine nachträgliche Anpassung des Genehmigungsinhalts ermöglichen zu müssen (v.a. Revisionsvorbehalte). Diese Veränderung lässt sich als Metamorphose der Genehmigung von der schlichten präventiven Eröffnungskontrolle zu einem differenzierten und flexiblen Instrument beschreiben.

d) Dem anhaltenden Wissenszuwachs trägt der Gesetzgeber auch dadurch Rechnung, dass er als materielle Voraussetzung rechtmäßigen Handelns oftmals pauschal den „Stand von Wissenschaft und Technik“, die „gute fachliche Praxis“ etc. in das Recht integriert.

e) Genehmigungsersatzstrukturen (Anmelde- oder Anzeigeverfahren) kennt das Recht ebenfalls. Sie verhindern allerdings, unbekannte Risiken antizipierend in Strukturen einzubetten.

f) Instrumente der regulierten Selbstregulierung (etwa das Umweltauditsystem) entfalten ebenfalls Risikosteuerungskraft.

g) Der Gesetzgeber steuert Risikoakteure mittelbar durch das Ausgleichs-, Haftungs- und Prozessrecht.

aa) Die risikospezifische Konkretisierungen des allgemeinen zivilrechtlichen Aufopferungsrechts (vgl. § 36a GenTG) und die Einführung von Gefährdungshaftungstatbeständen (als *die* repräsentative Haftungsform der „Risikogesellschaft“), beispielsweise in §§ 22 I WHG, 25 AtG, 32 GenTG, motivieren zu risikominimierendem Verhalten.

bb) Risikosensibilisierend wirken auch Deckungsvorsorgepflichten, Erleichterungen bei der Beweisführung durch Beweislastumkehr oder Kausalitätsvermutungen und die Einführung von Auskunftsansprüchen zur Begründung von Ersatzansprüchen.

cc) Die Ausgestaltung von Normen als drittschützend und die Einführung von Verbandsklagerechten fördern die Beachtung der gesetzlichen Vorgaben und damit die Effektivität der gesetzgeberischen Bemühungen, Risiken effizient zu steuern.

-----

## Unsicherheit im Gesetz: Der Nexus zwischen Tatbestand und Rechtsfolge als Konstruktion der Wirklichkeit

*Dr. Karsten Schneider, Bonn/Karlsruhe*

### I. Unsicherheit im Gesetz

1. „Unsicherheit“ im Gesetz bezieht sich auf implizites Wissen, das im Gesetz niedergelegt ist.

2. Der Status dieses Wissens lautet „unsicheres Wissen“, in diesem Sinne kann man von Unsicherheit sprechen

3. Das implizite Wissen ist unsicher, weil es Annahmen über die Zukunft birgt.

4. Ein geeignetes Analysemuster, um die im Gesetz enthaltenen Annahmen über die Zukunft zu ermitteln, setzt am Nexus zwischen Tatbestand und Rechtsfolge an.

5. Der Begriff Analysemuster bezeichnet die Möglichkeit, Komponenten von Gesetzen – wie vorliegend „Tatbestand“ und „Rechtsfolge“ – in einer spezifischen Modellierung zu präsentieren. Kein Analysemuster beansprucht Allgemeingültigkeit.

### II. Der Nexus zwischen Tatbestand und Rechtsfolge

1. Ein Analysemuster, das am Nexus zwischen Tatbestand und Rechtsfolge anknüpft, ist beispielsweise das imperativische Muster. Es rekonstruiert Tatbestand und Rechtsfolge als jeweils konditionales Muster im Sinne einer Wenn-dann-Struktur.

2. Ein komplexeres Analysemuster, das ebenfalls an den Nexus zwischen Tatbestand und Rechtsfolge anknüpft, liefert das deskriptive Muster. Es strukturiert Tatbestand und Rechtsfolge als exklusiv-konditionales Muster im Sinne einer Wenn-dann-und-nicht-Struktur.

3. Jedes Gesetz kann sowohl imperativ als auch deskriptiv rekonstruiert werden. Die imperative Analyse mag die gebräuchlichere sein. Sie

kann aber jeweils umgeformt werden in die deskriptive Alternative.

### III. Implizite Annahmen vor dem Hintergrund des deskriptiven Analysemodells

1. Das deskriptive Analysemuster deckt in besonders deutlicher Weise implizite Annahmen über die Zukunft auf, die jedes Gesetz enthält.

2. Jede Kombination aus Tatbestand und Rechtsfolge zwingt zu einer Vielzahl impliziter Annahmen über die Wirklichkeit, weil sie das Wissen über die Welt in einer juristischen Weise strukturiert.

3. Jeder Tatbestand beschreibt einen Sachverhalt, der das Potential hat, sich zu einem weiteren Sachverhalt zu entwickeln, nämlich demjenigen, welchen die Rechtsfolge beschreibt (Wenn-dann).

4. Es gibt einen dritten Sachverhalt, der auch Folge des Tatbestands sein könnte, es aber nicht werden soll, weil er verboten ist – das kontradiktorische Gegenteil der Rechtsfolge (Wenn-dann-nicht).

5. Dieses implizite Wissen, das Tatbestand, Rechtsfolge und Verbot miteinander verknüpft, muss notwendigerweise (neben anderem) Prognosen beinhalten, die sich aus den benannten Tatbestand-Rechtsfolge-Verkettungen ergeben.

### IV. Zum Verhältnis zwischen Rechtsdogmatik und Konstruktion der Wirklichkeit

1. Jedes Gesetz konstruiert eine Wirklichkeit in dem Augenblick, in dem es beschreibt, worauf es angewendet werden kann.

2. Anders als die Nachbarwissenschaften, die in der Diskussion und Verwerfung ihrer Theorien frei sind, kann das Gesetz nicht ignorieren,

dass aus der Konstruktion ein einheitlicher Standard über das hinnehmbare Maß an Unsicherheit erwächst.

3. Ein vorhandener Gesetzesbestand kann auf diese Weise Aufschluss geben über den Skeptizismus einer Rechtsordnung, d.h. über Art und Güte der Aussagen, die sie hinsichtlich der Zukunft zu akzeptieren bereit ist.

4. Die Wirklichkeitsbeschreibung im Rechtssatz stellt Steuerungsaufgaben, die bislang nur in Umrissen diskutiert werden.

5. Bspw. müssen verschiedene Gesetze einer Rechtsordnung „ihre Welt“ in je gleicher Weise

konstruieren, damit sie über denselben Gegenstand reden, mithin gleichzeitig angewendet werden können.

6. Eine unterkomplexe Wahrnehmung dieser Konstruktion der Wirklichkeit birgt erhebliche Risiken in der Rechtsanwendung.

7. Bspw. läuft die rechtliche Würdigung von sicherheitsrechtlichen Generalklauseln ohne Kenntnis der Konstruktionsstruktur Gefahr, Eingriffsschwellen zu früh oder zu spät zu erkennen.

## Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation: Ein Beitrag zum besseren Umgang mit dem Risikofaktor Recht

Dr. Corinna Sicko, Speyer

### I. Recht als Risikofaktor

Unterscheidung zweier Fragestellungen mit unterschiedlichen Schwerpunkten:

#### 1. Risiko als Gegenstand des Rechts, z.B. im Gefahrenabwehrrecht

Im Kontext rechtlicher Regelungen geht es zumeist darum, Risiken von Gefahren abzugrenzen und so den Zeitpunkt festzulegen, ab welchem staatliche Eingriffe in grundrechtlich geschütztes Verhalten zulässig sind (Drei-Stufen-Modell). Grundlage dieser Abgrenzung ist eine Prognose hinsichtlich der Höhe des voraussichtlichen Schadens sowie des Grades der Eintrittswahrscheinlichkeit. Voraussetzung ist somit, dass sicheres Wissen hinsichtlich Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit vorliegt.

Die Einbeziehung der solchen Prognosen zwangsläufig anhaftenden Unsicherheit wurde in der juristischen Literatur zwar vorgeschlagen (Zwei-Stufen-Modell), konnte sich aber nicht durchsetzen. Dieser Ansatz übernimmt auf der ersten Stufe das Drei-Stufen-Modell zur Abgrenzung von Risiken und Gefahren auf der Grundlage vorhandenen Erfahrungswissens. Der zweiten Stufe des Modells werden dagegen Sachverhalte zugeordnet, bei denen gerade keine gesicherten Erkenntnisse zu den beiden Variablen Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit vorliegen. In diesen Fällen ist abzuwägen, ob überhaupt bzw. wie geregelt werden soll. Insbesondere sind mögliche Folgen der Regelung in Rechnung zu stellen.

#### 2. Recht als Risiko

Bei der Frage danach, ob Recht selbst ein Risiko darstellt, führt das klassische juristische Drei-Stufen-Modell nicht weiter. Hintergrund

dieser Fragestellung ist nicht die Notwendigkeit einer juristisch präzisen Abgrenzung der beiden Begriffe zur Festlegung von Eingriffsschwellen, sondern die Tatsache, dass Rechtsetzung auf – notwendigerweise unsicheren – Zukunftsprognosen beruht. Es geht mithin sowohl darum, wie Recht so optimiert werden kann, dass intendierte Folgen möglichst eintreten, während unbeabsichtigte Nebenfolgen soweit wie möglich ausgeschlossen werden sollen, als auch darum, Fragen nach alternativen Regelungen und nach der Möglichkeit des Regelungsverzichts zu klären.

Insofern bietet sich in diesem Zusammenhang die Zugrundelegung des Zwei-Stufen-Modells bzw. des sozialwissenschaftlichen Risikobegriffs, der die Existenz von Unsicherheit zum zentralen Kriterium von Risikoentscheidungen macht, an.

### II. Darstellung der Gesetzesfolgenabschätzung und -evaluation (GFA und Evaluation)

GFAen und Evaluationen sind als umfangreiche sozialwissenschaftlich-empirische Verfahren zunächst von Verfahren abzugrenzen, die sich, wie das Standard-Kosten-Modell, ausschließlich mit Kostenfolgen von Regelungen befassen. Der umfassende Ansatz von GFAen und Evaluationen führt einerseits zu einer hohen Informationsdichte solcher Untersuchungen, bedingt andererseits aber auch eine hohe Zeit- und Kostenintensität dieser Verfahren.

GFAen und Evaluationen werden in Abhängigkeit von dem Zeitpunkt, an dem sie durchgeführt werden, folgendermaßen systematisiert:

#### 1. Prospektive Gesetzesfolgenabschätzung (pGFA)

Ausgangspunkt: Regelungsentention.

Aufgabe: Entwicklung von Regelungsalternativen (auch: „Null-Variante“), Folgenbeurtei-

lung, Ermittlung der optimalen Regelungsmöglichkeit.

## 2. *Begleitende Gesetzesfolgenabschätzung (bGFA)*

Ausgangspunkt: Gesetzentwurf.

Aufgabe: Analyse des Entwurfs anhand von Prüfkriterien (z.B. Praktikabilität, Kosten), Verringerung von Unsicherheiten über Nebenwirkungen, Optimierung des Entwurfs.

## 3. *(Retrospektive) Evaluation*

Ausgangspunkt: in Kraft getretenes Gesetz.

Aufgabe: Ermittlung des Zielerreichungsgrades, Aufzeigen nicht intendierter Nebenfolgen, Feststellung von Novellierungsbedarf und -umfang, insbesondere bei veränderten Rahmenbedingungen.

### III. Eignung der Gesetzesfolgenabschätzung/-evaluation zur Risikoverringering

Risikoverringering wird vorliegend als Verringerung vorhandener Unsicherheit verstanden. Der Einsatz von GFA und Evaluation hat zur Folge, dass die Gesetzgebung auf Grundlage empirischer Daten und nicht auf Grundlage eines vermuteten Spezialwissens des Gesetzgebers erfolgt. Dabei können GFA und Evaluation die politische Entscheidung, ob bzw. wie geregelt wird, nicht ersetzen. Jede denkbare Alternative bleibt riskant und es ist Aufgabe der Politik zu entscheiden, welches Risiko eingegangen wird. GFA und Evaluation tragen zur Versachlichung dieses Prozesses bei.

Durch die im Rahmen von GFA und Evaluation stattfindende Experten- und Adressatenbe-

teilung sowie durch die systematische Darstellung der Grundlagen, auf denen das Gesetz basiert, werden Transparenz und Rationalität des Gesetzgebungsprozesses erhöht. Damit verbunden ist der Zweck, dass die Akzeptanz der Norm ebenfalls steigt. Allerdings muss im Rahmen einer GFA und/oder Evaluation auch berücksichtigt werden, dass die erhobenen Daten oftmals keinen objektiven Charakter haben, sondern von strategischen Überlegungen der Befragten geprägt sein können.

GFA und Evaluation als kontinuierliche Qualitätskontrolle von Gesetzen. Während des gesamten „Lebenszyklus“ eines Gesetzes (vor seiner Entstehung, während des Entstehungsprozesses und während seiner Geltungsdauer) wird dieses durch die Anwendung der o.g. Verfahren daraufhin untersucht, ob die Regelungsziele (noch) erreicht werden.

### IV. Fazit

GFA und Evaluation tragen grundsätzlich zur Verringerung des „Risikofaktors Recht“ bei. Dennoch ist auf einen sinnvollen Einsatz dieser Verfahren zu achten: Angesichts ihrer Aufwändigkeit sollten sie in ihrer gegenwärtigen Form hauptsächlich bei politisch umstrittenen oder bei solchen Regelungen bzw. Regelungsvorhaben eingesetzt werden, bei denen das Schadenspotential sehr hoch und die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens in sehr hohem Maße ungewiss sind. Um die kontinuierliche und qualitativ hochwertige Anwendung des Verfahrens sicherzustellen, ist ein Mindestmaß an Institutionalisierung wünschenswert.

## Bachelier, Black & Scholes oder Mandelbrot? – Anforderungen an das Recht im Falle divergierender Risikomodelle am Beispiel des Finanzmarkts

Dr. Alexander Thiele, Göttingen

### I. Einleitung

1. Wir leben in einer Welt voller Risiken. Das Recht hat vor allem bei den unsichtbaren Risiken die Aufgabe, an die Stelle des natürlichen Risikoreflexes zu treten, der uns vor zu hohen Risiken warnt. Besondere Probleme bereitet dieser Umsetzungsprozess, wenn es sich um Sachverhalte handelt, bei denen bereits die Risikobeschreibung wissenschaftlich umstritten ist, bei denen also stark divergierende Risikomodelle bestehen. Eine solche Situation findet sich auf dem Finanzmarkt, wo sich nun herausgestellt hat, dass das von den Banken bevorzugte Risikomodelle von gänzlich falschen Annahmen ausgegangen ist.

2. In der Mathematik gab es allerdings bereits frühzeitig kritische Stimmen, die auf Fehler in diesem System hingewiesen haben. Gehört wurden sie nicht.

### II. Die Kunst des Mutmaßens – ein mathematischer Streifzug

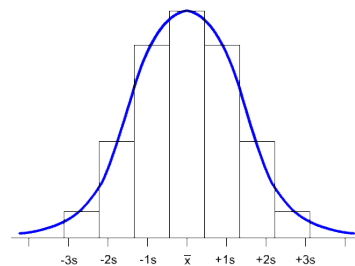
3. Erfolg auf dem Finanzmarkt setzt vor allem eines voraus: die Kenntnis des Kurses von morgen. Anfang des 20. Jahrhunderts beschäftigte diese Frage auch einen jungen Mathematiker namens *Louis Bachelier*. Er wandte dabei als erster die Grundsätze der Wahrscheinlichkeitsrechnung auf dieses Gebiet an.

4. Nach seiner Auffassung beinhaltete der aktuelle Aktienkurs stets alle relevanten Informationen, es handelte sich insofern um einen vollkommenen Markt. Eine Kursänderung wird allein durch externe Faktoren hervorgerufen. Damit verhält sich der Aktienkurs praktisch wie der aus Schulzeiten bekannte Münzwurf – er bewegt

sich auf einem Zufallspfad, hat kein „Gedächtnis“. Oder: es handelt sich um ein Experiment „mit Zurücklegen“.

5. Mathematisch zeigen sich damit auch Ähnlichkeiten zur Formel, die die Wärmeausbreitung beschreibt.

6. Was die Wahrscheinlichkeit von Änderungen angeht, so lassen sich diese mit der bekannten Glockenkurve beschreiben. Ein Großteil der möglichen Änderungen gruppiert sich somit um einen Mittelwert, während größere Abweichungen nach außen zahlenmäßig immer kleiner werden. Dabei finden sich ca. 68,3% innerhalb einer Standardabweichung, 99,7% innerhalb dreier Standardabweichungen. Größere Abweichungen kommen also praktisch nicht vor.

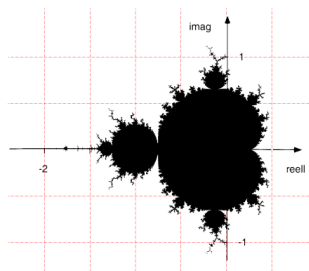


7. Die Ideen *Bacheliers* wurden von *Fischer Black* und *Myron Scholes* weiterentwickelt. Vor allem gelang es ihnen, eine Funktion für die Preisberechnung von Optionen zu entwickeln. Auch diesen Arbeiten lag aber die Idee eines Zufallspfades und damit die Gauß'sche Normalverteilung zugrunde. Ihre Ideen wurden geradezu zum finanzwissenschaftlichen Dogma. *Scholes* erhielt 1995 den Nobelpreis.

8. Ab Mitte der 1960er Jahre begann ein junger Mathematiker, diese Annahmen in Frage zu stellen. Gänzlich unwahrscheinliche Kursprünge kamen für *Benoît Mandelbrot* schlicht zu häufig vor, wenn ihnen tatsächlich die Normalverteilung zugrunde liegen sollte. So führte er zu einem Kurssprung von 10,7 Standardabweichungen aus: „Bezogen auf normale Wahrschein-

lichkeit heißt das: selbst wenn die Citigroup seit dem Urknall vor 15 Milliarden Jahren täglich Dollar und Yen gehandelt hätte, sollte sich dieser Fall nicht ereignet haben – kein einziges Mal.“

9. Seine Analysen der Preise für Baumwolle führten ihn zu dem Schluss, dass es keine konstante Standardabweichung gab. Es fanden sich immer wieder vereinzelte hohe Kurssprünge, die sich zudem clusterartig zusammenballten. *Mandelbrot* sollte solche skaleninvariante Muster später als „fraktal“ bezeichnen. Besonders bekannt sind entsprechende Abbildungen seiner „Mandelbrot-Menge“:



10. Eine weitere Erkenntnis *Mandelbrots* war die Tatsache, dass Aktienkurse sehr wohl ein Gedächtnis haben. Der Kurs einer Aktie reagiert insofern durchaus auch auf interne Entwicklungen. Es handelt sich also eher um ein Experiment ohne „Zurücklegen“, was die Sache verkompliziert, ohne dass insofern bereits alles als geklärt angesehen werden könnte.

11. *Mandelbrots* Untersuchungen wurden von der Finanzwelt allerdings kaum beachtet. Seine „wilde“ Wahrscheinlichkeit war zu kompliziert und präsentierte keine einfachen Lösungen. Die Finanzwelt – und auch das dazugehörige Recht – war daher gänzlich auf *Bachelier* gebaut. Dieser erwies sich jedoch nicht nur im Jahre 2008 als nicht stark genug.

### III. Folgerungen für das Recht im Allgemeinen und die Finanzaufsicht im Besonderen

12. Das Recht muss auf eine solch ungeklärte Situation reagieren. Dazu ist zunächst erforderlich, dass es die unterschiedlichen Modelle überhaupt wahrnimmt. Es darf sich dem herrschenden Disput auf wissenschaftlicher Ebene nicht verschließen, da es ansonsten eine Sicherheit sug-

gerieren würde, die tatsächlich nicht besteht.

13. Da aber zwangsläufig ein bestimmter Rechtsrahmen gewählt werden muss, darf sich das Recht nicht für die Ewigkeit entscheiden. Es muss vielmehr eine stetige Überprüfung des gewählten Modells vorsehen. Das Recht selbst muss insoweit „wachsam“ sein, in engem Kontakt zur Wissenschaft. Risikomodelle sollten insofern öffentlich gemacht werden, damit ein offener Diskurs ermöglicht wird.

14. Im Bereich der Finanzaufsicht ist zu gewährleisten, dass diese nicht in eine zu starke Abhängigkeit eines bestimmten Modells gerät. Bisher war es jedoch so, dass die bestehenden Regelungen den Banken in nicht unerheblichem Maße gestatteten, eigene Risikomodelle zu verwenden. Diese bedurften zwar der Genehmigung durch die Finanzaufsicht. Gleichwohl birgt eine solche Konstruktion die Gefahr einer immer stärkeren Fixierung auf das präsentierte Risikoergebnis, während das zugrundeliegende Modell in Vergessenheit gerät.

15. Gänzlich inakzeptabel ist es, wenn die Finanzaufsicht keinerlei Einfluss mehr auf die einzelnen Modelle hat und insofern blind für abweichende Risikomodelle wird. Dies war bisher vor allem im Bereich der Rating-Agenturen der Fall, obwohl diese keineswegs als objektive Beurteiler angesehen werden konnten.

16. Eine Reform der Finanzaufsicht muss diese Mängel beseitigen und stets gewährleisten, dass die Aufsichtsbehörden einen Überblick über die verwandten Modelle haben.

17. Rating-Agenturen müssen stärker reguliert werden. Diese sollten zwar weiterhin privat bleiben, indes verpflichtet werden, ihre Risikomodelle offenzulegen, die dann in regelmäßigen Abständen von der Finanzaufsicht überprüft werden. Eine solche Überprüfung sieht der Vorschlag der Kommission für eine Neuordnung der europäischen Finanzaufsicht bisher nicht in ausreichender Form vor.

18. Über diese Wachsamkeit hinaus, muss das Recht zudem eine gewisse Flexibilität aufweisen, um auf Risikomodelländerungen zeitnah reagieren zu können. Zu komplexe Änderungsverfahren widersprechen dieser Anforderung. Das spricht für Regelungen durch Verordnung und nicht durch Gesetz, soweit dies mit der Wesentlichkeitstheorie vereinbar ist.

19. Im Bereich der Finanzaufsicht ist dies nicht in ausreichender Weise der Fall. Die alte Ordnung setzt sich weiterhin durch, da der notwendige Konsens für nationale und internationale Regelungen nicht erzielt werden kann. Diese Bequemlichkeit und Gewohnheit muss die neue Finanzaufsicht ablegen.

20. Notwendig ist vor allem eine zügige Änderungsmöglichkeit im Hinblick auf die anzuwendenden Risikomodelle. Diese sollten also im Verordnungswege durch die Finanzaufsicht selbst und nicht allein durch den Gesetzgeber modifiziert werden können. Eine förmliche Änderungsbefugnis im Hinblick auf die notwendige Eigenkapitalquote ist dazu nicht erforderlich. Auch die aktuelle Finanzkrise wurde weniger durch zu geringe Eigenkapitalquoten ausgelöst, als vielmehr durch die Tatsache, dass die Banken

diese durch geschickte Risikomodelle leicht umgehen konnten.

21. Notwendig ist auch hier zuletzt ein stetiger Dialog mit der befassten Wissenschaft, bei der auch die Ansichten der Mindermeinung Gehör finden. Ein wenig mehr Offenheit des Rechts könnte so dazu beitragen, künftige Finanzkrisen zu vermeiden.

22. Anzumerken bleibt, dass dies nur ein Element zur Wahrung der Sicherheit der Finanzmärkte darstellt. Völlige Sicherheit kann es auch hier nicht geben, wie schon *Isaac Newton* nach einem schweren Verlust an den Aktienmärkten feststellen musste:

“I can calculate the motions of heavenly bodies, but not the madness of people.”

## Recht und globale private Risikosteuerung: Ein Drei-Stufen-Modell

Carola Glinski, Bremen

Im Zeitalter von funktionaler Differenzierung, Technisierung und wirtschaftlicher Globalisierung stößt die klassische staatliche Regulierung des Umgangs mit Gefahrtechnologien an ihre Grenzen. Entsprechend gewinnen die Rechtssetzungsbeiträge Privater, namentlich die zahllosen privaten Normen und Regeln der transnational tätigen Wirtschaftsakteure sowie deren „Selbst“-Regulierungsnetzwerke, an Bedeutung. Im Zuge einer auch rechtlich effektiven und aktuellen (globalen) Risikosteuerung kommt man daher nicht darum herum, diese privaten Regulierungsbeiträge nicht in der Informalität bzw. nur in der politischen Sphäre zu belassen, sondern auch in rechtlicher Hinsicht ernst zu nehmen.

Die rechtliche Anerkennung dieser privaten Normen und Regeln der Gefahrsteuerung birgt allerdings Schwierigkeiten. So birgt eine rechtliche Anerkennung, die im Wesentlichen auf deren tatsächlicher Bedeutung und quasi-rechtlicher Funktion in der technischen und wirtschaftlichen Praxis fußt, das Risiko des Verlusts rechtlicher Legitimität. Auch die Herstellung der Legitimität über die demokratisch verankerte Legitimationskette und Verweisungstechnik stellt häufig nur noch eine Fiktion dar und vermag daher als alleiniges Legitimationsmoment nicht (mehr) zu tragen.

Daher stellt sich die Notwendigkeit, nach der eigenen Legitimität der privaten Normen und Regeln (für den jeweiligen Geltungsbereich) zu suchen, bzw. danach, wann und unter welchen Voraussetzungen private Regeln legitimer Weise mit staatlichem Geltungsbefehl ausgestattet werden können. Gerade für den Bereich der öffentlich-rechtlichen bzw. umweltrechtlichen Schutzregulierung häufig diskutierte Substitute für die demokratische Verankerung sind sachverständige und pluralistische Entscheidungsverfahren bei der privaten Regulierung des Umgangs mit Ge-

fahrtechnologien. Mittels solcher „idealer“ sachverständiger und pluraler Entscheidungsverfahren entsteht jedoch nur ein kleiner Teil der privaten Regeln. Der weit größere Teil gerade auf globaler Ebene wird unilateral bzw. innerhalb des Kreises der Wirtschaftsakteure erstellt.

Allerdings vermögen nicht nur die dem demokratischen Ideal von Zustimmung und Gemeinwohl am nächsten kommenden pluralen privaten Regeln, sondern auch die unilateral innerhalb des Kreises der Wirtschaftsakteure erstellten Regeln legitimer Weise eine Vielzahl von Rechts- bzw. Bindungswirkungen auszulösen und spielen eine wichtige Rolle bei der Anhebung rechtlicher Schutzstandards. Unter Zugrundelegung eines konsensualen Geltungsgrundes von Recht lassen sich unterschiedliche Abstufungen rechtlicher Bindungswirkungen mit jeweils unterschiedlichen Legitimationsanforderungen herausfiltern. So gelten unterschiedliche Legitimationsanforderungen je nach Regelungsgebiet, -zweck und -inhalt und je nach der Reichweite der Bindung, d.h. danach, welcher Personenkreis von einer solchen Bindung (negativ) betroffen wäre. Hierbei lassen sich (1) rechtliche (Mindest-)Anforderungen an das Verhalten der einzelnen sich selbst regulierenden Unternehmen, (2) (Mindest-)Anforderungen an das Verhalten einer ganzen Branche bzw. eines Verkehrskreises, von der auch „Außenseiter“, d.h. an der Regulierung Unbeteiligte, betroffen sind, und – (3) das rechtlich Ausreichende als „sicherer Hafen“ unterscheiden.

(1) Die Selbstbindung einzelner sich selbst regulierender Wirtschaftsakteure kann sich aus Versprechen bzw. Inanspruchnahme von Vertrauen im öffentlichen Recht (bei staatlichen Adressaten) wie auch im Privatrecht (z.B. im Kauf- und Werberecht) ergeben. Auch breitere Wirkungen sind dort über Kriterien wie „legitime Verbrauchererwartungen“ möglich.

(2) Eine Standardisierungswirkung, die rechtliche Mindestanforderungen für eine ganze

Branche von Unternehmen bzw. einen ganzen Verkehrskreis festschreibt, kann sich – in Anlehnung an bzw. in Fortführung der Lehre und Rechtsprechung zur institutionalisierten Normung – auch aus rein privaten unilateralen Regeln ergeben, sofern diese eine gewisse Repräsentativität aufweisen. Angesprochen sind sowohl das öffentliche Recht als auch insbesondere das private Haftungsrecht sowie das Wettbewerbsrecht.

(3) Die Schaffung eines „sicheren Hafens“ hingegen ist durch private Regulierung im öffentlichen Recht nur bei ideal sachverständigem und pluralem Zustandekommen möglich und im Haftungsrecht gar nicht, weil dem Haftungsrecht im Bereich der Risikosteuerung zugunsten der an der an der Regulierung nicht beteiligten Opfer eine Auffangfunktion gegenüber dem öffentlichen Recht zukommt.

-----

## Erodierung des öffentlichen Rechts durch öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren?

Dr. **Stephan Schill**, Heidelberg

1. Die Funktion des Rechts, zu sozialer Ordnung beizutragen, hängt zentral mit seiner Fähigkeit zusammen, Erwartungen der Rechtunterworfenen in vorhersehbarer Weise zu stabilisieren. Speziell im öffentlichen Recht tritt daneben die Notwendigkeit, dass die geschaffene Ordnung politisch akzeptiert und damit als legitim betrachtet wird.

2. Rechtssicherheit und Legitimität hängen dabei nicht nur von der Rechtsetzung und institutionellen Ausgestaltung der Exekutive ab, sondern sind maßgeblich auch durch den Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten bedingt. Im öffentlichen Recht obliegen dabei Rechtsanwendung im Einzelfall wie auch Rechtsfortbildung den staatlichen Verwaltungs- und Verfassungsgerichten. Deren Rechtsprechung ist öffentlich und transparent und wird, durch Berufungs- und Revisionsinstanzen in ihrer Einheitlichkeit gesichert, grundsätzlich als konsistent, vorhersehbar und demokratisch legitimiert angesehen. Ein Streitbeilegungsmechanismus hingegen, der keine transparenten und konsistenten Entscheidungen hervorbringt, kann zu einer Erodierung von Rechtssicherheit und Legitimität führen.

3. Im öffentlichen Recht, speziell im Verwaltungsrecht, lässt sich ein in den Anfängen befindlicher Trend beobachten, wonach die Streitbeilegung in bestimmten Bereichen von der staatlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit abwandert und stattdessen Schiedsverfahren unterworfen wird, die im Wesentlichen Rationalitäten und Prozessgrundsätzen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit folgen. Eine Verdrängung der staatlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit ergibt sich zum einen aufgrund der seit geraumer Zeit voranschreitender Privatisierung öffentlicher Aufgaben und kooperativer Aufgabenerledigung, zum anderen aus der Globalisierung.

4. Vor allem im Bereich von Public-Private-Partnerships lässt sich die zunehmende Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit als Streitbeilegungsmechanismus für genuin öffentlich-rechtliche Streitigkeiten beobachten. Daraus resultierte in der Vergangenheit mit dem Toll-Collect-Verfahren bereits ein in der Medienöffentlichkeit vielbeachtetes Schiedsverfahren.

5. Daneben nehmen Schiedsverfahren zwischen Privaten und dem Staat aber auch aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen der Bundesrepublik zu, namentlich Schiedsverfahren, die aufgrund der zahlreichen bilateralen Investitionsschutzabkommen oder des Energiechartavertrages gegen die Bundesrepublik eingeleitet werden können und es ausländischen Staatsangehörigen und Unternehmen ermöglichen, gegen Akte der öffentlichen Gewalt unter Umgehung staatlicher Gerichte vorzugehen. Jüngst ist z.B. im Zusammenhang mit dem Genehmigungsverfahren eines Kraftwerkes in der Stadt Hamburg durch den schwedischen Stromkonzern Vattenfall ein Schiedsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland unter dem Energiechartavertrag vor dem International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) eingeleitet worden, ohne dass die Erschöpfung des innerstaatlichen Verwaltungsrechtsweges erforderlich gewesen wäre.

6. Anders als staatliche Gerichte sind Schiedsgerichte ad hoc eingesetzte Spruchkörper, bei denen die Konsistenz und Kohärenz der Rechtsanwendung wegen eines fehlenden Instanzenzugs und wegen fehlender Überprüfungs-möglichkeiten durch staatliche Institutionen nicht gesichert ist. Zudem werfen sie spezielle Fragen im Hinblick auf ihre demokratische Legitimation auf, da die Schiedsrichter nicht in demokratisch rückgekoppelten Verfahren, sondern durch die Parteien ernannt werden. Schiedsverfahren sind zudem regelmäßig vertraulich und folgen anderen Verfahrensgrundsätzen als die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

7. Derartige öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren stellen an das öffentliche Recht zahlreiche Herausforderungen, die bisher allerhöchstens in Ansätzen beleuchtet, geschweige denn gelöst sind. Auf die Probe gestellt sind etwa das Rechtsprechungsmonopol des Staates im öffentlichen Recht, das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung, das Rechtsstaatsprinzip, das Demokratieprinzip, der Grundsatz der Öffentlichkeit von Verfahren, die Rechtsweggarantie oder das Prinzip des gesetzlichen Richters. Sie müssen in jedem Fall für den Bereich öffentlich-rechtlicher Schiedsverfahren neu kontextualisiert werden bzw. beeinflussen die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit derartiger Schiedsverfahren.

8. Gleichzeitig gehen mit der Verlagerung von Streitbeilegung im öffentlichen Recht auf

nicht-staatliche Akteure auch der Verlust an Präjudizien in der Rechtsprechung als öffentliche Güter einher.

9. Der Vortrag beleuchtet das Phänomen der Streitbeilegung durch Schiedsgerichte im Verwaltungsrecht und problematisiert die Frage, ob damit eine Erodierung des öffentlichen Rechts verbunden ist, sowohl im Hinblick auf Rechtssicherheit und Legitimationsgrundlage derartiger Schiedsverfahren als auch im Hinblick auf das Vorhandensein des öffentlichen Rechts als öffentlichem Gut und Steuerungsinstrument. Schließlich stellt sich die Frage nach möglichen und sinnvollen Reaktionen der öffentlich-rechtlichen Rechtswissenschaft auf dieses neue Phänomen.