

LAURA LORENA WALLENFELS

Gefahr und allgemeines Lebensrisiko

*Grundfragen des Straf-
und Sicherheitsrechts*

1

Mohr Siebeck

Grundfragen des Straf- und Sicherheitsrechts

Herausgegeben von
Tatjana Hörnle und Ralf Poscher

1



Laura Lorena Wallenfels

Gefahr und allgemeines Lebensrisiko

Zur Beurteilung sozialadäquater Risiken

Mohr Siebeck

Laura Lorena Wallenfels, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg i. Br. und Montpellier (Frankreich); wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht (Freiburg); 2020 bis 2023 Referendariat in Freiburg mit einer Station u. a. am Bundesverfassungsgericht; 2023 Promotion (Freiburg); Studium und Promotion gefördert durch die Studienstiftung des deutschen Volkes.

Diese Publikation entstand mit finanzieller Unterstützung des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht und des Bundesministeriums des Innern und für Heimat.

ISBN 978-3-16-162490-2 / eISBN 978-3-16-162491-9

DOI 10.1628/978-3-16-162491-9

ISSN 2942-6200 / eISSN 2942-6219 (Grundfragen des Straf- und Sicherheitsrechts)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>.

Das Buch wurde von Gulde-Druck aus der Times gesetzt, in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Dieses Buch ist die leicht überarbeitete Fassung meiner Dissertation, die die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Wintersemester 2022/2023 angenommen hat. Die Arbeit ist während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin zunächst am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Abteilung 2, der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und anschließend am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg entstanden. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Frühjahr 2021 berücksichtigt.

Ausgangspunkt des Promotionsvorhabens war die Beobachtung, dass die öffentlichrechtliche Akzeptabilität mancher Risiken damit begründet wird, dass die Risiken ‚allgemeine Lebensrisiken‘ seien. Ich stellte fest, dass der Begriff des allgemeinen Lebensrisikos im öffentlichen Gefahrenabwehrrecht noch keine theoretische Durchdringung erfahren hatte. Daraufhin begann ich zu untersuchen, was mit ihm gemeint ist und ob die hinter ihm stehenden Argumente rechtlich tragfähig sind. Das Promotionsvorhaben war zunächst grundlegend dogmatisch ausgerichtet. Mit dem Auftreten der Corona-Pandemie fand das Thema jedoch eine unerwartete praktische Relevanz. Es zeigte sich, dass viele meiner Beobachtungen zur bisherigen Verwendung des Begriffs des allgemeinen Lebensrisikos auch auf seine Verwendung im Diskurs hinsichtlich der Corona-Pandemie zutreffen. Ich wage daher zu hoffen, dass die Untersuchung von allgemeinem Ertrag bei der öffentlichrechtlichen Bewertung von Risiken ist.

Viele Menschen haben zum Gelingen der Arbeit beigetragen. An vorderster Stelle danke ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Ralf Poscher für seine verlässliche und bereichernde Betreuung. Er hat meinen Blick stets auf die praktische Relevanz der behandelten Fragestellungen und die Anschlussbedürftigkeit der vorgeschlagenen Antworten gelenkt und mich mit scharfsinnigen Fragen zum Nachdenken angeregt. Mein Dank gilt weiterhin Herrn Professor Dr. Friedrich Schoch, der die Arbeit mit zahlreichen konstruktiv-kritischen Anmerkungen vorangebracht und das Zweitgutachten außerordentlich zügig und gewissenhaft erstellt hat.

Ich danke ferner meinen Freundinnen und Freunden Timur Cinar, Jakob Faig, Dr. Jakob Hohnerlein, Dr. Nina Rave, Dr. Isabelle Tassius und meiner Schwester

Dr. Rhea Ravenna Sohst, die die Mühe des Korrekturlesens auf sich genommen haben. Von Herzen danke ich meinen Eltern Hatwig Wallenfels und Wolfgang Sohst. Sie haben mich in jeder Lebensphase mit größtmöglichem Interesse und Tatkraft begleitet und unterstützt.

Ich danke der Studienstiftung des deutschen Volkes, die nicht nur das Promotionsvorhaben finanziell, sondern bereits mein Studium durch ein außergewöhnliches ideelles Förderprogramm unterstützt hat. Dem Bundesministerium des Innern und für Heimat danke ich für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses. Diese Publikation entstand mit finanzieller Unterstützung des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht.

Freiburg, im Mai 2023

Laura Lorena Wallenfels

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
A. Einleitung	1
I. Forschungsbedarf	1
II. Vorhaben	4
III. Begriffsklärungen	8
IV. Beispielfälle	10
1. Der Kalkar-I-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts	11
2. Das Stade-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts	11
3. Risiken durch Bäume	12
4. Risiken durch Trunkenheitsfahrten	13
5. Das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs zum Planfeststellungsbeschluss Flughafen Frankfurt	14
6. Das Aufgreifen der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs	15
7. Die Corona-Pandemie	18
B. Das allgemeine Lebensrisiko in der Rechtsordnung	21
I. Rechtsfolge	21
II. Klärungsversuch durch Zurechnungslehre	22
III. Kriterien allgemeiner Lebensrisiken	24
1. Erlaubtheit	24
2. Abstraktheit und Latenz	25
3. Natürlichkeit	25
4. Unbeherrschbarkeit	27
5. Sozialadäquanz, Normalität, Üblichkeit	29
a) Bestandsaufnahme	29
b) Begriffsunklarheiten	31
6. Kosten-Nutzen-Abwägungen	33

C. Bewertung	35
I. Verhältnis zur Je-desto-Formel	35
II. Erlaubtheit	36
III. Abstraktheit und Latenz	39
1. Die abstrakte Gefahr	39
a) Die Struktur von Wahrscheinlichkeitsurteilen nach <i>Poscher</i>	40
b) Zur Typizität des Einzelfalls	41
c) Die Bedeutung des Kriteriums der Abstraktheit für die Qualifikation allgemeiner Lebensrisiken	42
2. Die latente Gefahr	43
3. Hinreichendes Konkretisierungsniveau des Schadens- ergebnisses	44
a) Allgemeine Darstellung nach <i>Poscher</i>	44
b) Konkretisierungsniveau allgemeiner Lebensrisiken	46
c) Die Bedeutung zeitlicher Unbestimmtheit für das Wahrscheinlichkeitsurteil	48
4. Zwischenergebnis	50
IV. Natürlichkeit	51
V. Unbeherrschbarkeit	53
1. Begriffliche Differenzierung	53
2. Eignung des Kriteriums der Unbeherrschbarkeit zur rechtlichen Qualifikation von Risiken	55
VI. Sozialadäquanz, Normalität, Üblichkeit	62
1. Begriffsklärungen	63
a) Hiesiges Verständnis	63
b) Abgrenzung verschiedener Normalitätsurteile	63
aa) Normalität im Sinne von Üblichkeit	64
(1) Schaden als Beeinträchtigung des normalen Bestandes eines Schutzguts	64
(a) Die typisierende Betrachtungsweise – Darstellung	64
(b) Die kategorisch typisierende Betrachtungs- weise – Bewertung	66
(2) <i>Ladeurs</i> Normalitätsmodell	67
bb) Normalitätsurteile im Sinne von Sozialadäquanzurteilen	70
2. Üblichkeit	72
3. Sozialadäquanz	74
a) Kontextuale Risikobewertung	74
b) Sozialadäquanzurteile sind Werturteile	78

c) Sozialadäquanz und Risikoerhöhung	81
aa) Darstellung Fallbeispiel gefährliche Hunde	82
bb) Zum Aspekt der Risikoerhöhung	83
d) Wertempirismus	85
aa) Darstellung	85
bb) Keine Gleichsetzung allgemeiner Lebensrisiken mit mehrheitlich akzeptierten Risiken	86
(1) Faktische Nichtersetzbarkeit der Wertungen durch Behörden und Gerichte	87
(2) Dichotomie von Sein und Sollen	90
(3) Keine gesetzliche Inkorporation empirischer Risikoakzeptanz durch den Gefahrbegriff	92
(4) Fehlen erforderlichen (Erfahrungs-)Wissens	93
(5) Rechtssicherheit	93
(6) Unterschiedliche Struktur rechtlicher und außer- rechtlicher Risikoentscheidungen	94
e) Empirisches oder normatives Verständnis der Sozialadäquanz	96
aa) Entwicklung der Rechtsprechung des Bundes- verwaltungsgerichts	96
bb) Funktion einer empirischen Sozialadäquanz unter normativen Vorzeichen	101
cc) Amtsaufklärungspflicht	109
f) Rechtliche Grenzen der Sozialadäquanz	112
aa) Vorrang des Gesetzes	113
bb) Minderheitenschutz – Schutz vor Risiken – staatliche Schutzpflicht	114
(1) Staatliche Schutzpflicht	115
(2) Verfassungsrechtlich gebotenes Schutzniveau	123
(a) Gewicht des Risikos	123
(b) Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation	126
(aa) Zur Vermeidbarkeit im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 GG	127
(bb) Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation als Kriterium zweiter Ordnung	130
(cc) Helfende Dritte sowie professionelle Helfer	131
(3) Zwischenergebnis	135
cc) Schutz der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates	136
dd) Exemplifizierung am Beispiel des Straßenkarnevals	137

ee) Minderheitenschutz – Recht auf Risikoerzeugung – gleichheitsrechtliche Bindungen	141
(1) Rechtsprechungsbeispiele	142
(2) Das Übliche bei der abstrakt-generellen Normgebung	143
(3) Üblichkeit als gleichheitsrechtliches Argument außerhalb von Typisierungen	145
(4) Ausnahme Leistungsgrenzen	147
(5) Summationsproblem	148
(6) Exkurs: Benachteiligung von Verursachern verbreiteter Risiken	149
(7) Verzerrungseffekte	150
(8) Zwischenergebnis	152
g) Qualifizierte Gefahrbegriffe	153
h) Gefahrverdacht	154
i) Sekundärebene	155
j) Zwischenergebnis	157
4. Sozialadäquanz und Risikovergleiche	159
a) Probabilistische Risikoanalysen – was ist das?	161
b) Risikoakzeptanzschwellen durch Vergleiche mit Alltagsrisiken	164
c) Das Erfordernis einer Vergleichsgröße	165
d) Darstellung ausgewählter Länder	166
aa) USA	167
bb) Großbritannien	170
cc) Deutschland	175
e) Ziel und Argumente der Risikovergleiche	180
f) Zum Denken in Zehnerpotenzen	181
g) Kritik an der Quantifizierung von Risiken und an Risiko- vergleichen	183
h) Akzeptanz hinsichtlich bestehender Risiken	184
i) Schluss auf Zulässigkeit neuer Risiken	184
j) Gleichheitsrechtliche Bindungen	187
k) Kriterien rationaler Risikobewertung außerhalb des allgemeinen Gleichheitssatzes	189
aa) Einbeziehung der Kriterien tatsächlicher Risiko- akzeptanz	189
(1) Eintrittswahrscheinlichkeit	191
(2) Schaden	191
(3) Freiwilligkeit	193
(4) Nutzen	195

bb) Natürliche Risiken	197
cc) Unbeherrschbare Risiken	198
l) Bewertung: Irrationales Rosinenpicken	198
m) Risikovergleiche als gesellschaftliche Diskursgrundlage	200
n) Zur Berücksichtigung des Hintergrundrisikos	200
aa) Zum Argument der Risikoerhöhung	201
bb) Die Berücksichtigung des Hintergrundrisikos als Aspekt der Verhältnismäßigkeitsprüfung	202
o) Zwischenergebnis	204
VII. Ableitung rechtlicher Kriterien aus faktischer Risikoakzeptanz	205
1. Psychologische Risikoakzeptanzforschung	208
2. Je-desto-Formel als normative Verarbeitung empirischer Risikoakzeptanz	209
3. Rationalitätskontrolle	210
4. Bekanntheit eines Risikos	211
5. Freiwilligkeit	213
a) Helfende Dritte und professionelle Helfer	213
b) Je-desto-Formel in Bezug auf Vermeidbarkeit der Risiko- konfrontation	214
c) Unbeherrschbarkeit als Indiz für Inakzeptabilität von Risiken	215
6. Mit dem Risiko korrespondierender Nutzen	216
a) Darstellung	217
b) Unvermeidbarkeit der Risikoerzeugung bei gleichzeitigem Erhalt des Nutzens	219
c) Legitimer Nutzen	223
d) Gewichtung von Vorteilen	225
aa) Monetarisierung	225
bb) Grundrechtsrelevanz	225
cc) Unterschied des Gewichts von Gemeinwohl- und Individualzwecken	226
(1) Intuitiv plausible Ergebnisse	227
(2) Verteilungsgerechtigkeit	227
7. Zwischenergebnis	230
VIII. Zusammenführung der Kapitel VI. und VII.	232
D. Zusammenfassung	235
Literaturverzeichnis	247
Sachregister	261

A. Einleitung

I. Forschungsbedarf

Die Gefahr wird üblicherweise – in Einklang mit den Legaldefinitionen¹ einiger Länder² – als eine Lage definiert, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einem Schaden an einem geschützten Rechtsgut führen wird.³ Ein Risiko wird danach zur rechtlich relevanten Gefahr, wenn die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts „hinreicht“. Doch welcher Wahrscheinlichkeitsgrad ist hinreichend? Die Beantwortung dieser Frage folgt nicht aus der Quantifizierung der Eintrittswahrscheinlichkeit allein, sondern setzt eine wertende Entscheidung voraus.⁴ Zur Leitung der hier erforderlichen Wertungen bietet die Gefahrdogmatik die Je-desto-Formel an: Je größer der Schaden, desto geringere Wahrscheinlichkeiten genügen für die Bejahung einer Gefahr.⁵ Im Zentrum der herkömmlichen Dogmatik zum Gefahrbegriff steht damit die Bewertung der Schadenswahrscheinlichkeit anhand des Schadensausmaßes.

¹ § 2 Nr. 3a BremPolG; § 2 Nr. 1 NPOG; § 4 Nr. 3a SächsPVDG; § 3 Nr. 3a SOG LSA; § 54 Nr. 3a ThürOBG.

² F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 279.

³ Siehe nur BVerwGE 45, 51 (57) – Polizeigewahrsam [1974]; B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, *Gefahrenabwehr*, S. 220; R. Poscher/B. Rusteberg, *JuS* 2011, 984 (986 f.); F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 279; W.-R. Schenke, *JuS* 2018, 505 (506); E. Denninger, in: Lisken/Denninger, *Abschnitt D* Rn. 39.

⁴ Siehe im Kontext der Debatte um die Risiken der Kernenergie R. Lukes, *BB* 33 (1978), 317 (320), der auf die Notwendigkeit einer Gesamtbeurteilung und -abwägung aller Umstände des Einzelfalls bei Risikoentscheidungen hinweist, wobei die Bewertung der Eintrittswahrscheinlichkeit nur ein Faktor sei; siehe ferner R. Breuer, *DVB1* 93 (1978), 829 (835); ders., *NJW* 32 (1979), 1862 (1870); ders., *NVwZ* 1990, 211 (214); P. Lerche, *Kernkraft und rechtlicher Wandel*, S. 16; P. Marburger, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (Hrsg.), *Bitburger Gespräche*, S. 39 (46); s. auch Marburger anschließend D. Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, S. 402.

⁵ BVerwGE 45, 51 (61) – *Gewahrsam* [1974]; 142, 205 (216) – *Schulbetretungsverbot* [2012] Rn. 32; B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, *Gefahrenabwehr*, S. 224; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 286; W.-R. Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Rn. 77.

Der Arbeit liegt die Diagnose zugrunde, dass diese herkömmliche Gefährdogmatik unvollständig ist. Die Bewertung, ob die jeweilige Schadenswahrscheinlichkeit die Annahme einer Gefahr trägt, kann sich nicht allein aus der erwarteten Schadenshöhe ergeben, denn die deutsche Rechtsordnung nimmt in unterschiedlichen Lebensbereichen trotz der Bedrohung vergleichbarer Rechtsgüter unterschiedliche Risiken in Kauf. Ferner werden manche Risiken – man denke etwa an Verletzungen durch Feuerwerkskörper an Silvester oder an Schnittverletzungen und Reifenschäden durch zerbrochene Glasflaschen beim Straßenkarneval – in Kauf genommen, obwohl der Schadenseintritt nahezu sicher ist und erhebliche Rechtsgüter tangiert sind. Bei welcher Schadenswahrscheinlichkeit vom Vorliegen einer Gefahr ausgegangen wird, muss sich also nach weiteren Kriterien als nur der Schadenshöhe richten. Erforderlich sind offenbar eine kontextuale Deutung und Bewertung des Risikos. Bei dieser kontextualen Bewertung spielt die herkömmliche Je-desto-Formel eine entscheidende, wenngleich nicht ausschließliche Rolle.

Angesichts dieser These stellt sich die Frage, warum die Rechtsanwender das Fehlen derartiger, die Je-desto-Formel ergänzender Kriterien bislang offenbar nicht vermisst haben. Hierauf gibt es zwei Antworten: Einmal gibt es viele Fälle, in denen die Je-desto-Formel tatsächlich zum entscheidenden Kriterium bei der rechtlichen Risikobewertung mutiert. Dies sind Fälle, in denen die grundsätzliche Missbilligung der Risiken durch die deutsche Rechtsordnung offensichtlich ist und sich nur die Frage stellt, ob die Schadenswahrscheinlichkeit angesichts der Schadenshöhe für die Bejahung einer Gefahr hinreicht. Derartige Fälle sind insofern „einfach“, als über die grundsätzliche Missbilligung der Risiken kein vernünftiger Streit besteht. In diesen Fällen entscheidet sich die rechtliche Qualifikation der Risiken allein anhand der Je-desto-Formel. Dass ein Risiko von der Rechtsordnung grundsätzlich missbilligt wird, kann sich daran zeigen, dass die das Risiko verursachende Handlung verboten ist. Zündelt beispielsweise jemand in einem ihm fremden Gebäude, besteht kein Zweifel darüber, dass das Risiko eines Gebäudebrandes als inakzeptabel bewertet wird, wie es sich an der Strafabwehrung der entsprechenden Handlung zeigt.⁶ Fraglich ist hier allein, ob die Wahrscheinlichkeit eines derartigen Brandes in Anbetracht des möglichen Schadensumfangs im konkreten Fall hinreichend groß ist, dass man das Risiko als Gefahr qualifizieren würde.

Diesen Fällen stehen Konstellationen gegenüber, in denen Gründe im Raum stehen, die abseits einer geringen Schadenswahrscheinlichkeit oder eines geringen Schadensmaßes *für* die Akzeptabilität der fraglichen Risiken sprechen. Bäume in Innenstädten bergen beispielsweise nicht nur das Risiko ihres Umfal-

⁶ Siehe §§ 305 Abs. 1 Var. 1, 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

lens oder eines Astabbruchs, sondern tragen zugleich zu einem gesunden Wohnklima bei. Hunde bergen zwar das Risiko von Beißenfällen, jedoch profitieren ihre Besitzer von der tierischen Alltagsbegleitung. Der Straßenkarneval verursacht Müll und führt aufgrund heruntergeworfener Glasflaschen zu Schnittverletzungen und Reifenschäden, verschafft den Karnevalisten jedoch einen Freiraum des gelösten Feierns und wird traditionell akzeptiert. In all diesen Fällen existieren positive Gründe für die Akzeptabilität der Risiken. In diesen Fällen genügt die Je-desto-Formel mit ihrer alleinigen Bewertung der Schadenswahrscheinlichkeit in Abhängigkeit vom Schadensausmaß zur rechtlichen Risikobewertung nicht.

Selbst der Verstoß gegen Rechtsnormen führt nicht immer zu einer eindeutigen Missbilligung des fraglichen Risikos. Dies zeigt sich prägnant in Fällen, in denen über die Annahme einer Gefahr Streit besteht, obwohl der Schadenseintritt praktisch sicher ist und zugleich in einem Normverstoß besteht. Die Verunreinigung des Straßenbildes ist in vielen Gemeinden verboten. Beim Straßenkarneval kommt es praktisch sicher zur Vermüllung im Allgemeinen und zu versehentlichem und absichtlichem Zerspringen von Glasflaschen, welche Reifenschäden und Körperverletzungen zur Folge haben, im Speziellen. Der Normverstoß ist also praktisch sicher. Dennoch wird das erhöhte Müllaufkommen im Rahmen von Straßenfesten wohl hingegenommen – ein gänzlich Verbot der Karnevals ist jedenfalls nicht angedacht – und selbst das Risiko durch heruntergeworfenes Glas wird teilweise als „kontextadäquates, allgemeines Lebensrisiko“⁷ bezeichnet.

Überlegungen zur Akzeptabilität der das Risiko begründenden Umstände sind ferner häufig bei Normen erforderlich, die am Schutze von Rechtsgütern ausgerichtet sind und nicht ein konkretes Verhalten verbieten. Welche Maßnahmen ergriffen werden müssen, um dem Risiko umfallender Bäume oder herabstürzender Äste zu begegnen, war beispielsweise sowohl Gegenstand zivilgerichtlicher Entscheidungen zur Verkehrssicherungspflicht als auch Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen zur Gefahrenabwehr.⁸ Auch hier gilt, dass aus der

⁷ J. Krüper, DVBl 2017, 10 (16); siehe auch VG Osnabrück, Beschluss v. 11.02.2010 – 6 B 9/10, juris, Rn. 17: „Dies [eine Gefahrenlage] ist offenkundig bei dem üblichen, gesellschaftlich allgemein akzeptierten Alkoholkonsum (auch) in der Öffentlichkeit und erst recht hinsichtlich des bloßen Mitführens von alkoholischen Getränken nicht der Fall. Bezüglich des als selbstverständliche Kulturfertigkeit des Menschen einzuordnenden Konsums von Getränken aus Glasflaschen bzw. Gläsern ist dies nicht weiter begründungsbedürftig“; sich anschließend VG Köln, Urteil v. 16.09.2010 – 20 K 441/10, juris, Rn. 25 ff.: „Das Mitführen und der Konsum von Getränken aller Art aus Glasflaschen und Gläsern gehört zur ‚selbstverständlichen Kulturfertigkeit des Menschen‘ [...] und ist üblich sowie auch in der Öffentlichkeit gesellschaftlich allgemein akzeptiert.“ Demgegenüber eine Gefahr bejahend und das Verbot des Mitführens von Glasflaschen befürwortend OVG NW, Urteil v. 09.02.2012 – 5 A 2375/10, juris, Rn. 37 ff.

⁸ Siehe aus der Rechtsprechung nur HessVGH, Urteil v. 06.08.1992 – 3 UE 2486/91, juris,

Wahrscheinlichkeit eines Absturzes und den erwarteten Schäden (Sachschäden, Verletzungen oder gar Tod) allein nicht das akzeptable Risikomaß abgeleitet werden kann. Erforderlich sind vielmehr ergänzende Kriterien zur Gesamtbewertung des Risikos einschließlich der das Risiko begründenden Umstände.

Im Hinblick auf derartige Fälle fällt die Antwort auf die Frage, warum Gerichte und Behörden das Fehlen von Kriterien, die die herkömmliche Je-desto-Formel ergänzen, bislang nicht vermisst haben, anders aus: Sie haben sie nicht vermisst, weil sie ohnehin bereits auf ergänzende Kriterien zurückgegriffen haben. Viele Gerichte argumentierten beispielsweise, dass die Risiken, die von Baumbestand in Innenstädten ausgehen, aufgrund der positiven Wirkungen von Bäumen hinzunehmen seien.⁹ Vor diesem Hintergrund verspricht eine Untersuchung der Kriterien, die die Je-desto-Formel ergänzen, anschlussfähig zu sein, da die Kriterien ohnehin bereits – wenn auch unreflektiert – Verwendung gefunden haben.

II. Vorhaben

Die Arbeit nimmt einen Begriff zum Ausgangspunkt ihrer Überlegungen, hinter dem sie Akzeptabilitätskriterien für die rechtliche Risikobewertung vermutet, die über bloße Überlegungen zur Wahrscheinlichkeit und zum Schadensausmaß hinausgehen: jenen des *allgemeinen Lebensrisikos*. Die Vermutung gründet darauf, dass er in der öffentlichrechtlichen Rechtsprechung und Literatur als Argument abseits der herkömmlichen Gefahrdogmatik auftaucht, um zu begründen, warum ein Risiko keine Gefahr darstellen könne. Er fungiert also als Gegenbegriff zur Gefahr.

Nicht nur das Risiko, im Straßenkarneval durch heruntergefallenes Glas Schnittverletzungen und Reifenschäden zu erleiden, wird in der Literatur als „kontextadäquates, allgemeines Lebensrisiko“¹⁰ qualifiziert und könne daher keine Gefahr darstellen. Auch entschieden viele Verwaltungsgerichte, dass kein Anspruch auf Erteilung einer Fällgenehmigung bzw. Genehmigung auf Rückschnitt eines gesunden, geschützten Baumes bestehe, da das Absturzsrisiko

Rn. 92; OVG Bln-Bbg, NVwZ-RR 1997, 530 (531 f.); OVG SL, Urteil v. 29.09.1998 – 2 R 2/98, juris, Rn. 42; Beschluss v. 27.04.2009 – 2 A 286/09, juris, Rn. 17; BGH, NJW 2014, 1588 (1589 f.); OVG Bln-Bbg, Beschluss v. 16.02.2016 – OVG 11 S 84.15, juris, Rn. 10.

⁹ OVG RP, Urteil v. 26.09.1996 – 1 A 12331/95, juris, Rn. 20; OLG Karlsruhe, Urteil v. 21.10.2010 – 12 U 103/10, juris, Rn. 18; OVG Bln-Bbg, Beschluss v. 16.02.2016 – OVG 11 S 84.15, juris, Rn. 10 Vgl. auch OLG Koblenz, Urteil v. 01.12.1997 – 12 U 1370/96, juris, Rn. 8; Urteil v. 02.03.1998 – 12 U 246/97, juris, Rn. 5 ff.

¹⁰ J. Krüper, DVBl 2017, 10 (16).

bzw. das Risiko, dass der Baum bei einem Sturm umfalle, dem „natürlichen“¹¹ bzw. „allgemeinen Lebensrisiko“¹² angehöre.

Mit dem Begriff des allgemeinen Lebensrisikos werden offenbar andere Argumente als jene der herkömmlichen Gefahrdogmatik verbunden. Schließlich wird nicht allein argumentiert, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit angesichts des Schadensausmaßes schlicht zu klein sei, um die fraglichen Risiken nach herkömmlicher Gefahrdogmatik als Gefahren zu qualifizieren. Vielmehr wird darauf abgestellt, dass die fraglichen Risiken allgemeine Lebensrisiken und daher hinzunehmen seien. Mit dem Begriff des allgemeinen Lebensrisikos werden also positive Gründe für die Akzeptabilität eines Risikos verbunden. Dabei liegt es nahe, dass in die Qualifizierung allgemeiner Lebensrisiken auch Überlegungen zur Schadenswahrscheinlichkeit in Relation zur Schadenshöhe einfließen. Sie scheinen sich jedoch nicht darin zu erschöpfen. Die Untersuchung des Topos des allgemeinen Lebensrisikos verspricht also, Wertungen sichtbar zu machen, die die herkömmliche Gefahrdogmatik mit ihrer Fokussierung auf die Schadenswahrscheinlichkeit in Relation zur Schadenshöhe nicht hinreichend darzustellen vermag.

Die Arbeit wird zeigen, dass der Begriff des allgemeinen Lebensrisikos in seiner bisherigen Verwendung überwiegend rechtsgebietsübergreifend mit sechs Argumentationslinien verbunden wird:¹³ Allgemeine Lebensrisiken seien 1. erlaubte, 2. abstrakte bzw. latente, 3. natürliche, 4. unbeherrschbare, 5. sozialadäquate/normale/übliche Risiken und/oder 6. das Ergebnis einer Kosten-Nutzen-Abwägung. Als zentral wird sich das Kriterium der Sozialadäquanz erwei-

¹¹ OVG Bln-Bbg, Beschluss v. 16.02.2016 – OVG 11 S 84.15, juris, Rn. 10.

¹² HessVG, Urteil v. 06.08.1992 – 3 UE 2486/91, juris, Rn. 92; OVG Bln-Bbg, NVwZ-RR 1997, 530 (531 f.) (spricht allerdings von „allgemeinen Folgen“ anstatt vom „allgemeinen Lebensrisiko“: „Bei der von der Kl. behaupteten Gefahr, daß die die Gebäude überragenden Bäume bei starken Stürmen umstürzen oder daß sie vom Blitz getroffen werden könnten, handelt es sich um allgemeine, grundsätzlich auch jeden gesunden Baum bei derartigen extremen Wetterbedingungen möglicherweise treffende ‚katastrophale‘ Folgen, die als solche eine Ausnahmegenehmigung nicht zu rechtfertigen vermögen [...]“); OVG SL, Urteil v. 29.09.1998 – 2 R 2/98, juris, Rn. 42; VG Ansbach, Urteil v. 24.03.2004 – AN 15 K 02.00322, juris, Rn. 33; Urteil v. 21.09.2005 – AN 15 K 05.01716, juris, Rn. 26; Urteil v. 02.02.2011 – AN 15 K 10.01008, juris, Rn. 17; OVG SL, Beschluss v. 27.04.2009 – 2 A 286/09, juris, Rn. 17; VG München, Urteil v. 28.03.2011 – M 8 K 10.2378, juris, Rn. 30; Urteil v. 02.07.2012 – M 8 K 11.4105, juris, Rn. 36; VG Weimar, Urteil v. 04.08.2014 – 7 K 1392/12 We, juris, Rn. 61; VG Gelsenkirchen, Urteil v. 04.02.2015 – 6 K 2442/12, juris, Rn. 23; VG München, Urteil v. 12.03.2015 – M 11 K 14.1766, juris, Rn. 23; VG Augsburg, Urteil v. 23.07.2015 – Au 2 K 15.111, juris, Rn. 33; VG Bayreuth, Urteil v. 16.09.2015 – B 2 K 15.493, juris, Rn. 31; VG München, Urteil v. 23.11.2015 – M 8 K 14.2817, juris, Rn. 55; Urteil v. 18.01.2016 – M 8 K 14.3180, juris, Rn. 52.

¹³ Nachweise hierzu finden sich in den folgenden Kapiteln, wenn die einzelnen Topoi dargestellt und analysiert werden.

sen. Die Arbeit wird argumentieren, dass sich die rechtliche Akzeptabilität mancher Risiken mit nicht unerheblichen Schadenswahrscheinlichkeiten nicht unter Rückgriff auf die Je-desto-Formel, sondern nur anhand ihrer Tradition erklären lässt. Aufgrund der Dichotomie zwischen Sein und Sollen kann jedoch nicht jedes gesellschaftlich mehrheitlich gebilligte Risiko auch rechtlich akzeptabel sein. Als ‚sozialadäquat‘ im Rechtssinne können daher nur solche Risiken bezeichnet werden, die nicht nur eine selbstverständliche, breite gesellschaftliche Billigung genießen, sondern auch eine tradierte rechtliche Anerkennung erfahren. Die Je-desto-Formel findet im Bereich sozialadäquater Risiken nur insoweit Anwendung, als sie Ausdruck verfassungsrechtlicher Anforderungen an die einfachrechtliche Risikobewertung ist.

Ferner wird die Arbeit in einem zweiten Schritt umgekehrt vorgehen und versuchen, außerhalb des Anwendungsbereichs des Topos der Sozialadäquanz aus den Kriterien, anhand derer die faktische Risikoakzeptanz von Menschen erklärbar ist, Kriterien für die rechtliche Risikobewertung abzuleiten. Bei diesem Versuch geht es mithin nicht um die faktische gesellschaftliche *Akzeptanz* eines Risikos, wie sie im Rahmen eines Sozialadäquanzurteils Voraussetzung ist, sondern um allgemeine Kriterien rechtlicher *Risikoakzeptabilität*. Hierbei wird sie zeigen, dass sich ein mit der Risikoerzeugung korrespondierender Nutzen positiv auf die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos auswirkt. Das Kriterium des Nutzens ergänzt im Gegensatz zum Topos der Sozialadäquanz die herkömmliche Je-desto-Formel, ersetzt sie jedoch nicht im Rahmen des verfassungsrechtlich Möglichen.

Der Topos des allgemeinen Lebensrisikos hat vereinzelt bereits eine allgemeine dogmatische Einkleidung im Polizeirecht erfahren. *Christoph Gusy* führt zur Abgrenzung zwischen Gefahren und allgemeinen Lebensrisiken aus:

„Eine Gefahr liegt vor, wenn das Schutzgut [...] einem *Risiko* ausgesetzt ist und dieses *Risiko* das Maß der normalen, hinzunehmenden Schadenswahrscheinlichkeit überschreitet, wenn also das Rechtsgut mehr als allgemein üblich gefährdet wird [...]. Mehr als allgemein üblich ist das Schadensrisiko, wenn es das ‚allgemeine Lebensrisiko‘ überschreitet.“¹⁴

Inhaltlich ähnlich erläutert *Dieter Kugelmann*:

„Das Polizei- und Ordnungsrecht als Recht der Gefahrenabwehr setzt eine Gefahr voraus, ein allgemeines Risiko reicht für ein Vorgehen nicht aus. Gefahrenabwehr beginnt, wenn ein spezifisches Risiko eintritt, welches das normale Maß überschreitet und dadurch eine nicht gerechtfertigte Rechtsgutsverletzung droht.“¹⁵

Diese Beschreibungsversuche des allgemeinen Lebensrisikos als das ‚normale‘ Risiko und der Gefahr als das im Vergleich zum Normalmaß ‚erhöhte‘ Risiko

¹⁴ C. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 110; Hervorhebungen im Original.

¹⁵ D. Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, Kap. 5 Rn. 117.

werfen jedoch mehr Fragen auf, als sie beantworten. An dieser Stelle sei nur darauf hingewiesen, dass sie das Bestehen eines Normalmaßes an Risiken voraussetzen, ohne seine Bestimmung zu problematisieren. Insofern verspricht die Untersuchung des Topos des allgemeinen Lebensrisikos, in Literatur und Rechtsprechung bereits anklingende, jedoch dogmatisch wie theoretisch vernachlässigte Argumente auszubuchstabieren und sie dadurch für die Gefahrdogmatik brauchbar zu machen.

Der Topos des allgemeinen Lebensrisikos hat zwar nicht nur im Gefahrenabwehrrecht als Gegenbegriff zur abzuwehrenden Gefahr¹⁶ Verwendung gefunden, sondern breiter auch bei Prüfung des planungsrechtlichen Abwägungsgebots¹⁷, unter dem Topos der Unzumutbarkeit¹⁸ von Beeinträchtigungen, teilweise angeknüpft¹⁹ an das bauplanungsrechtliche Rücksichtnahmegebot nach § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO²⁰ sowie als Synonym zum sogenannten Restrisiko²¹, das in der Risikovorsorge für den Bereich hinzunehmender Risiken steht und damit einen Gegenbegriff zu allen abzuwehrenden Risiken auch unterhalb der Gefahrenschwelle bildet (dazu gleich mehr). Die breite Verwendung des Begriffs des allgemeinen Lebensrisikos ist jedoch weder überraschend noch hinderlich, um ihn

¹⁶ Als Gegenbegriff zur Gefahr fungiert der Begriff des allgemeinen Lebensrisikos in OVG SL, Urteil v. 29.09.1998 – 2 R 2/98, juris, Rn. 41; Beschluss v. 27.04.2009 – 2 A 286/09, juris, Rn. 17; VG Ansbach, Urteil v. 24.03.2004 – AN 15 K 02.00322, juris, Rn. 30; Urteil v. 21.09.2005 – AN 15 K 05.01716, juris, Rn. 26; Urteil v. 02.02.2011 – AN 15 K 10.01008, juris, Rn. 17; VG München, Urteil v. 28.03.2011 – M 8 K 10.2378, juris, Rn. 28 ff.; VG Weimar, Urteil v. 04.08.2014 – 7 K 1392/12 We, juris, Rn. 59 ff.; VG Gelsenkirchen, Urteil v. 04.02.2015 – 6 K 2442/12, juris, Rn. 23; VG Bayreuth, Urteil v. 16.09.2015 – B 2 K 15.493, juris, Rn. 31; OVG Bln-Bbg, Beschluss v. 16.02.2016 – OVG 11 S 84.15, juris, Rn. 10, 14; VG Sigmaringen, Beschluss v. 28.01.2002 – 4 K 2083/01, juris, Rn. 26; VG Augsburg, Beschluss v. 27.07.2007 – Au 3 S 07.00796, juris, Rn. 29; VG Düsseldorf, Beschluss v. 23.09.2016 – 28 L 1759/16, juris, Rn. 125; VG Würzburg, Urteil v. 20.12.2016 – W 4 K 14.354, juris, Rn. 82.

¹⁷ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1129 f.; OVG RP, Urteil v. 14.10.2015 – 8 C 10342/15, juris, Rn. 57 f.

¹⁸ HessVGH, Urteil v. 06.08.1992 – 3 UE 2486/91, juris, Rn. 27; OVG Bln-Bbg, NVwZ-RR 1997, 530 (531); VG München, Urteil v. 02.07.2012 – M 8 K 11.4105, juris, Rn. 35; Urteil v. 18.01.2016 – M 8 K 14.3180, juris, Rn. 51; VG Augsburg, Urteil v. 23.07.2015 – Au 2 K 15.111, juris, Rn. 29, 33.

¹⁹ Beim planungsrechtlichen Rücksichtnahmegebot nach § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO geht es um die Frage der Zumutbarkeit der geplanten Bebauung, siehe den Wortlaut von § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO sowie BVerwGE 67, 334 (339) – § 15 Abs. 1 BauNVO als nachbarschützende Vorschrift [1983].

²⁰ OVG NW, Beschluss v. 11.03.2005 – B 2462/04, juris, Rn. 31; VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 62 ff.

²¹ Angeknüpft an das brandschutzrechtliche Risikovorsorgegebot VG Freiburg, Beschluss v. 23.09.2016 – 6 K 2683/16, juris, Rn. 53, 57. Zwar nicht unter Rekurs auf den Begriff des allgemeinen Lebensrisikos, aber inhaltsgleich BVerfGE 49, 89 (143) – Kalkar I [1978].

als Gegenbegriff zur Gefahr im Sinne des Gefahrenabwehrrechts zu untersuchen. Sie ist nicht überraschend, da die hinter dem Begriff des allgemeinen Lebensrisikos vermuteten Argumente, warum bestimmte Risiken hinzunehmen seien, nicht auf das Gefahrenabwehrrecht beschränkt sind. Die Akzeptabilität von Risiken spielt schließlich nicht nur im Gefahrenabwehrrecht, sondern an vielen Stellen, beispielsweise auch im Bauplanungsrecht, eine Rolle. Die breitere Einsatzmöglichkeit des Begriffs des allgemeinen Lebensrisikos hindert uns jedoch nicht daran, ihn im Kontext des Gefahrenabwehrrechts zu untersuchen. Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass das traditionelle Gefahrenabwehrrecht Vorbild und Kontrastfolie für die dogmatischen Grundlagen des gesamten Risikorechts ist. Gelingt es der vorliegenden Arbeit, einen handhabbaren Begriff des allgemeinen Lebensrisikos im Gefahrenabwehrrecht zu entwickeln, so ließe sich dieser auch in anderen Bereichen rechtlicher Risikobewertungen außerhalb des klassischen Gefahrenabwehrrechts nutzbar machen.

III. Begriffsklärungen

Zwar liegt der Fokus der Untersuchung auf dem klassischen Gefahrenabwehrrecht. Da jedoch auch auf andere Gebiete des Risikorechts eingegangen werden wird, seien im Folgenden kurz die jeweils gebräuchlichen Begriffe und ihre hiesige Verwendung dargelegt.

Die Möglichkeit eines Schadenseintritts an einem Rechtsgut wird hier Risiko (im weiteren Sinne) genannt. Dem Recht geht es in der Regel um die Bewertung dieser Möglichkeit des Schadenseintritts, um die Frage, ob die Möglichkeit des Schadenseintritts als inakzeptabel bewertet wird und damit abgewehrt werden soll oder ob sie hinnehmbar ist. Je nach Rechtsgebiet und Konvention sollen die verwendeten Begriffe diese Wertung anzeigen. Im traditionellen Gefahrenabwehrrecht steht der Begriff der Gefahr beispielsweise für die grundsätzlich abzuwehrende Möglichkeit eines Schadenseintritts, während die Begriffe des Risikos (hier: Risiko im engeren Sinne) und des allgemeinen Lebensrisikos verwendet werden, wenn die Möglichkeit eines Schadenseintritts als hinnehmbar bewertet wird.

Gleichzeitig ist mit dem Begriff der Gefahr die Vorstellung einer hinreichenden Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadensergebnisses verbunden. Die Frage, ob die Möglichkeit eines Schadenseintritts rechtlich hinnehmbar ist, wird also mit einer quantitativen Bestimmung der Möglichkeit des Schadenseintritts verbunden. In Rechtsgebieten, in denen zwar die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für die Annahme einer Gefahr nicht hinreichend groß erscheint oder die Gefahrenprognose mit epistemischen Unsicherheiten behaftet ist, jedoch die

Möglichkeit eines Schadens gleichwohl als nicht hinnehmbar bewertet wird, haben sich die Begriffe des Risikos und Restrisikos etabliert. In diesen Rechtsgebieten sind sowohl Gefahren als auch Risiken (im engeren Sinne) abzuwehren, mithin nicht hinnehmbare Schadensmöglichkeiten, während die hinzunehmende Schadensmöglichkeit als sogenanntes Restrisiko titulierte wird.

Zur Bezeichnung derartiger Rechtsgebiete ist sowohl der Begriff der Risiko- als auch jener der Gefahrenvorsorge gebräuchlich. Wie bereits angedeutet, betrifft die Gefahrenvorsorge zwei Konstellationen,²² die nicht immer scharf voneinander getrennt werden: Zum einen werden unter den Begriff Konstellationen gefasst, in denen die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht für die Annahme einer Gefahr ausreicht, kurz: Der Schadenseintritt ist zu unwahrscheinlich. Zum anderen werden mit dem Begriff der Risikovorsorge Konstellationen bezeichnet, in denen das Wissen für die Gefahrenprognose nicht ausreicht, kurz: Die Diagnosegrundlage ist defizitär. Man weiß also zu wenig über die Schadensquelle und mögliche Schadensverläufe. Verfügte man über mehr Kenntnisse, wüsste man, ob tatsächlich eine Gefahr oder nur ein Risiko unterhalb der Gefahrenschwelle vorliegt. In derartigen Rechtsgebieten, in denen bereits die Vorsorge vor Risiken normiert ist (etwa im Atom- und Immissionsschutzrecht²³), fungiert der Begriff des allgemeinen Lebensrisikos also als Gegenbegriff zu allen abzuwehrenden Risiken (im weiteren Sinne) bzw. zu Gefahren und Risiken (im engeren Sinne).

In der vorliegenden Untersuchung wird der Begriff des Risikos in der Regel im weiteren Sinne verwendet und steht damit als Umschreibung für die Möglichkeit eines Schadenseintritts, unabhängig von der Bewertung, ob diese Schadensmöglichkeit rechtlich hinnehmbar oder nicht hinnehmbar ist. Der Begriff des Risikos (im weiteren Sinne) wird also als Oberbegriff zu den in den verschiedenen Rechtsgebieten üblichen Begriffen der Gefahr, des Risikos (im engeren Sinne) und des Restrisikos sowie des hier zu untersuchenden allgemeinen Lebensrisikos verwendet. Demgegenüber steht der Begriff der Gefahr – wie auch im traditionellen Gefahrenabwehrrecht – für eine spezifische, nämlich rechtlich bereits bewertete Schadensmöglichkeit: die Gefahr als das auf Tatbestandsebene grundsätzlich inakzeptable Risiko. Eine andere Terminologie wird nur dort verwendet, wo explizit auf Rechtsgebiete eingegangen wird, in denen die Risikovorsorge normiert ist, das heißt nicht nur Gefahren, sondern auch Risiken (im engeren Sinne) abzuwehren sind.

²² Vgl. R. Breuer, DVBl 93 (1978), 829 (836 f.).

²³ Siehe zum Beispiel § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG und § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG.

Rechtliche Risikobewertung

	Akzeptable Schadensmöglichkeit = akzeptables Risiko (Risiko im weiteren Sinne)	Inakzeptable Schadensmöglichkeit = inakzeptables Risiko (Risiko im weiteren Sinne)
Gefahren- abwehrrecht	Nicht-Gefahr, z. B. da – Eintrittswahrscheinlichkeit angesichts des Schadensaus- maßes zu gering = Risiko (im engeren Sinne) – allgemeines Lebensrisiko	Gefahr
Risikorecht	Nicht-Risiko, z. B. da – Eintrittswahrscheinlichkeit nach Wissensstand angesichts des Schadensausmaßes zu gering = Restrisiko – allgemeines Lebensrisiko	– Risiko (im engeren Sinne) – Gefahr

Tabelle: Begriffsklärung

IV. Beispielfälle

Im Folgenden werden einige Fälle aus der öffentlichrechtlichen Rechtsprechung dargestellt, in denen die Pflicht zur Hinnahme bestimmter Risiken unter Rekurs auf den Topos des allgemeinen Lebensrisikos oder durch Umschreibungen desselben gerechtfertigt wurde. Die Darstellung der Fälle soll einen ersten Zugang zum Thema ermöglichen. Da sich die mit dem Begriff des allgemeinen Lebensrisikos verbundenen Argumente rechtsgebietsübergreifend gleichen, bietet es sich an, die Darstellung nicht auf Entscheidungen aus dem klassischen Gefahrenabwehrrecht zu beschränken, sondern auch prominente Entscheidungen aus dem öffentlichen Risikorecht aufzunehmen. Der weitere Blick ist dadurch gerechtfertigt, dass anhand der Fälle plastisch an die Argumente herangeführt werden soll, die mit dem Topos des allgemeinen Lebensrisikos verbunden werden. Eine Einordnung und Bewertung der in den Fällen vorgebrachten Argumente zur Risikobeurteilung erfolgt weiter unten²⁴. Dort steht das klassische Gefahrenabwehrrecht im Fokus.

²⁴ Siehe auf den S. 35 ff.

1. Der Kalkar-I-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts

Im Kalkar-I-Beschluss sah das Bundesverfassungsgericht in der Ausgestaltung der Gesetze hinsichtlich der Genehmigung von Kernenergieanlagen (§ 7 Abs. 1 und 2 AtomG a. F.) keinen Verstoß gegen die Schutzpflichten des Gesetzgebers aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Der in den Gesetzen normierte Grundsatz der „bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge“ lasse Genehmigungen nur dann zu, „wenn es nach dem Stand von Wissenschaft und Technik praktisch ausgeschlossen erscheint, daß solche Schadensereignisse eintreten werden [...]. Ungewißheiten jenseits dieser Schwelle praktischer Vernunft haben ihre Ursache in den Grenzen des menschlichen Erkenntnisvermögens; sie sind unentrinnbar und insofern als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen.“²⁵

Das Bundesverfassungsgericht bestimmt das hinzunehmende Restrisiko also nicht nur nach Maßgabe des Wahrscheinlichkeitsgrades („praktisch ausgeschlossen“), sondern auch unter Bezugnahme auf die Topoi der Unentrinnbarkeit und der Sozialadäquanz jener Risiken, die „jenseits der Schwelle praktischer Vernunft“ liegen. Zwar verwendet das Bundesverfassungsgericht den Begriff des allgemeinen Lebensrisikos nicht explizit. Noch fällt der Begriff des Restrisikos. Inhaltlich beschreibt das Bundesverfassungsgericht das hinzunehmende Risiko jedoch mit den Topoi, die an anderer Stelle in Literatur und Rechtsprechung zur Beschreibung des allgemeinen Lebensrisikos verwendet werden: die Topoi der Unvermeidbarkeit und der Sozialadäquanz von Risiken.

2. Das Stade-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

Dem Stade-Urteil²⁶ des Bundesverwaltungsgerichts lag eine Drittanfechtungsklage gegen die siebte Teilbetriebsgenehmigung für das Kernkraftwerk Stade zugrunde. Das Bundesverwaltungsgericht entschied, dass dem Kläger die Klagebefugnis fehle. Von dem Kernkraftwerk gingen keine Gefahren aus. In Bezug auf die vom Kernkraftwerk ausgehende Strahlung sei nur die Einhaltung der durch § 45 StrlSchVO a. F. festgelegten Dosisgrenzwerte drittschützend. Diese in § 45 StrlSchVO a. F. festgelegten und vorliegend eingehaltenen Dosisgrenzwerte seien rechtmäßig. Nicht nur lägen die normierten Dosisgrenzwerte weit unterhalb der Dosisgrenzwerte der europäischen Euratom-Richtlinien zum Strahlenschutz. Auch sei „dieses [durch die Strahlenschutzverordnung erlaubte] Risiko [...] kleiner als das mit der natürlichen Strahlenbelastung verbundene, dem jeder einzelne

²⁵ BVerfGE 49, 89 (143) – Kalkar I [1978].

²⁶ BVerwGE 61, 256 – Stade [1980].

vom Beginn seines Lebens an unentrinnbar ausgesetzt ist, und um mehrere Größenordnungen geringer als andere Zivilisations- und Lebensrisiken“.²⁷

Neben dem Verweis auf die europäischen Richtlinien begründet das Bundesverwaltungsgericht die Unbedenklichkeit der festgelegten Dosisgrenzwerte also durch zwei Vergleiche: zum einen durch einen Vergleich der von dem Kernkraftwerk „künstlich“ ausgehenden Strahlungsrisiken mit der „natürlichen“ Strahlenexposition und zum anderen durch einen Vergleich der vom Kernkraftwerk ausgehenden Strahlungsrisiken mit anderen „Zivilisations- und Lebensrisiken“. Wenngleich der Begriff des allgemeinen Lebensrisikos auch hier nicht explizit fällt, sind die beiden Vergleiche in der Sache eng verbunden mit dem, was an anderen Stellen mit dem Begriff des allgemeinen Lebensrisikos bezeichnet wird: der Rekurs auf die in unserer Welt vorkommenden ‚natürlichen‘ und ‚alltäglichen‘ Risiken.

3. Risiken durch Bäume

Explizite Verwendung fand der Topos des allgemeinen Lebensrisikos in einer Reihe zivil- und verwaltungsrechtlicher Entscheidungen zu den Risiken, die von gesunden, jedoch bruchanfälligen Bäumen ausgehen. Nach einer Reihe, auch gegensätzlicher unterinstanzlicher zivilgerichtlicher Entscheidungen²⁸ entschied der Bundesgerichtshof 2014, dass das Risiko, durch den Abbruch eines Astes einen Schaden zu erleiden, selbst bei bruchanfälligen, gesunden Bäumen dem allgemeinen Lebensrisiko angehöre. Der Verkehrssicherungspflicht sei Genüge getan, wenn die Bäume regelmäßig kontrolliert und erst bei Hinweisen auf eine Krankheit, eine ungünstige Statik oder Ähnliches entsprechende Maßnahmen ergriffen würden.²⁹

Auch die Verwaltungsgerichte entschieden, dass kein Anspruch auf Erteilung einer Fällgenehmigung bzw. Genehmigung auf Rückschnitt eines gesunden, geschützten Baumes bestehe, da das Absturzrisiko bzw. das Risiko, dass der Baum bei einem Sturm umfalle, dem „natürlichen“³⁰ bzw. „allgemeinen Lebensrisiko“³¹ angehöre. Mit dem gleichen Argument wurde ein Anspruch auf polizei-

²⁷ BVerwGE 61, 256 (265) – Stade [1980].

²⁸ Eine Darstellung der kontroversen Rechtsprechung findet sich in BGH, NJW 2014, 1588 (1589) und in der Anmerkung von R. Hilsberg zu OLG Saarbrücken, VersR 2011, 926 (928). Allgemein zu Haftungsfragen im Zusammenhang mit der Verkehrssicherheit von Bäumen siehe W. Schneider, VersR 2007, 743.

²⁹ BGH, NJW 2014, 1588 (1589 f.).

³⁰ OVG Bln-Bbg, Beschluss v. 16.02.2016 – OVG 11 S 84.15, juris, Rn. 10.

³¹ HessVGH, Urteil v. 06.08.1992 – 3 UE 2486/91, juris, Rn. 92; OVG Bln-Bbg, NVwZ-RR 1997, 530 (531 f.) (spricht allerdings von „allgemeinen Folgen“ anstatt vom „allgemeinen Lebensrisiko“: „Bei der von der Kl. behaupteten Gefahr, daß die die Gebäude überragenden Bäu-

liches Einschreiten gegenüber einem Grundstücksnachbarn mit dem Ziel, die Fällung eines Baumes anzuordnen, verneint.³²

4. Risiken durch Trunkenheitsfahrten

Zwei andere Fälle, in denen auf das allgemeine Lebensrisiko Bezug genommen wurde, hatten die Aberkennung des Rechts, Fahrzeuge aller Art – insbesondere Fahrräder und Mofas – führen zu dürfen, zum Gegenstand. Den Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz vorausgegangen waren Fahrten der Antragsteller auf dem Fahrrad³³ bzw. Mofa³⁴ unter Alkoholeinfluss. Beide Gerichte sahen bei der im einstweiligen Rechtsschutz vorzunehmenden Abwägung des Suspensivinteresses mit dem Vollzugsinteresse das Suspensivinteresse als überwiegend an, da die Aberkennung des Rechts, Fahrzeuge aller Art zu führen, nach summarischer Prüfung ermessensfehlerhaft sei. Eine labile Alkoholbeziehung, bei der nicht ausgeschlossen werden könne, dass in der Zukunft Fahrten unter Alkoholeinfluss unternommen würden, sei in Bezug auf fahrerlaubnispflichtige Fahrzeuge ein nicht hinnehmbares Risiko, bezogen auf fahrerlaubnisfreie Fahrzeuge jedenfalls tagsüber jedoch Teil des allgemeinen Lebensrisikos, wenn nur eine geringe Wahrscheinlichkeit für eine Wiederholung zur Tagzeit spreche.³⁵

me bei starken Stürmen umstürzen oder daß sie vom Blitz getroffen werden könnten, handelt es sich um allgemeine, grundsätzlich auch jeden gesunden Baum bei derartigen extremen Wetterbedingungen möglicherweise treffende ‚katastrophale‘ Folgen, die als solche eine Ausnahmegenehmigung nicht zu rechtfertigen vermögen [...]“); OVG SL, Urteil v. 29.09.1998 – 2 R 2/98, juris, Rn. 42; VG Ansbach, Urteil v. 24.03.2004 – AN 15 K 02.00322, juris, Rn. 33; Urteil v. 21.09.2005 – AN 15 K 05.01716, juris, Rn. 26; Urteil v. 02.02.2011 – AN 15 K 10.01008, juris, Rn. 17; OVG SL, Beschluss v. 27.04.2009 – 2 A 286/09, juris, Rn. 17; VG München, Urteil v. 28.03.2011 – M 8 K 10.2378, juris, Rn. 30; Urteil v. 02.07.2012 – M 8 K 11.4105, juris, Rn. 36; VG Weimar, Urteil v. 04.08.2014 – 7 K 1392/12 We, juris, Rn. 61; VG Gelsenkirchen, Urteil v. 04.02.2015 – 6 K 2442/12, juris, Rn. 23; VG München, Urteil v. 12.03.2015 – M 11 K 14.1766, juris, Rn. 23; VG Augsburg, Urteil v. 23.07.2015 – Au 2 K 15.111, juris, Rn. 33; VG Bayreuth, Urteil v. 16.09.2015 – B 2 K 15.493, juris, Rn. 31; VG München, Urteil v. 23.11.2015 – M 8 K 14.2817, juris, Rn. 55; Urteil v. 18.01.2016 – M 8 K 14.3180, juris, Rn. 52.

³² VG Minden, NJW 2006, 1450 (1452).

³³ VG Augsburg, Beschluss v. 27.07.2007 – Au 3 S 07.00796, juris.

³⁴ VG Sigmaringen, Beschluss v. 28.01.2002 – 4 K 2083/01, juris.

³⁵ VG Sigmaringen, Beschluss v. 28.01.2002 – 4 K 2083/01, juris, Rn. 29 f.; die Rechtsprechung aufgreifend VG Augsburg, Beschluss v. 27.07.2007 – Au 3 S 07.00796, juris, Rn. 29.

5. Das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs zum Planfeststellungsbeschluss Flughafen Frankfurt

Eine andere Ausrichtung erfuhr der Topos des allgemeinen Lebensrisikos ausgehend von einem Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs³⁶. Dieser hatte über die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses zur Erweiterung des Flughafens Frankfurt am Main zu entscheiden. Konkret ging es darum, ob die Planfeststellungsbehörde alle Sicherheitsrisiken fehlerfrei abgewogen oder das drittschützende Abwägungsgebot verletzt hat.

Hinsichtlich der Bewertung der Risiken hatten die Fraport AG und die Planfeststellungsbehörde³⁷ verschiedene Gutachten in Auftrag gegeben. Diese leiteten das Maß zulässiger Flugrisiken von den bereits bestehenden Risiken genehmigter Anlagen ab.³⁸ Sie ermittelten also, wie viele Menschen durch bereits genehmigte Anlagen statistisch sterben³⁹ und verglichen diese Wahrscheinlichkeit mit jener, durch die geplante Erweiterung des Flughafens zu sterben.⁴⁰ Ihre Prämisse ist, dass die Gesellschaft die bereits bestehenden Risiken auch akzeptiere, wenn keine politische Absicht zur Änderung des Sicherheitsniveaus bekundet wurde.⁴¹ Da die Risiken probabilistisch, das heißt in Form von Wahrscheinlichkeitsangaben, ermittelt werden, wird das im jeweiligen Lebensbereich existierende Maß an „gesellschaftlich allgemein akzeptierten“⁴² Risiken auch „Risikoakzeptanzschwelle“⁴³ genannt.

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof billigte dieses Vorgehen der Planfeststellungsbehörde mithilfe der Gutachten. Er kam zum Ergebnis, dass die vom

³⁶ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris.

³⁷ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1094; *KHP König, Heunisch und Partner*, Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, S. 281.

³⁸ *KHP König, Heunisch und Partner*, Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, S. 65, 82 f., 93 ff.

³⁹ *GfL Gesellschaft für Luftverkehrsforschung mbH*, Gutachten G16.1, Externes Risiko für den Flughafen Frankfurt Main, Unterlagen zum Planfeststellungsverfahren Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Band C; *TÜV Technische Überwachung Hessen GmbH*, Gutachten G 16.3, Untersuchung der flugbetrieblichen Auswirkungen auf störfallrelevante Betriebsbereiche, Unterlagen zum Planfeststellungsverfahren Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Band C.

⁴⁰ *KHP König, Heunisch und Partner*, Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, S. 93 ff.

⁴¹ *KHP König, Heunisch und Partner*, Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, S. 65, 82 f.

⁴² HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1094, 1129 f.

⁴³ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1129 f.

erweiterten Flughafen zu erwartenden Risiken zulässig seien. Erstens, weil sich die neuen Risiken unterhalb der für *Flugrisiken* ermittelten Risikoakzeptanzschwellen bewegten. Beispielsweise sei in Bezug auf eine einzelne Person, die sich in einem Wohngebiet in der Nähe des Flughafens aufhalte, in Anbetracht bereits genehmigter Flughäfen das statistische Risiko akzeptabel, einmal in etwa 33.300 Jahren (3×10^{-5}) zu sterben. Bei Gewerbeimmobilien liege die Risikoakzeptanzschwelle höher, nämlich bei einmal in 10.000 Jahren (1×10^{-4}). Die Risiken, die vom erweiterten Flughafen erwartet würden, lägen bei dem am stärksten betroffenen Gebiet deutlich unter beiden Risikoakzeptanzschwellen, nämlich bei dem Risiko, einmal in 62.895 Jahren zu sterben.⁴⁴

Zum anderen verglich die Planfeststellungsbehörde, ebenfalls basierend auf einem Gutachten⁴⁵, die erwarteten Flugrisiken ergänzend mit anderen „gesellschaftlich allgemein akzeptierten Risiken für die Teilnahme am alltäglichen Leben“⁴⁶ wie denen des Straßenverkehrs. Auch bezüglich der bestehenden Alltagsrisiken geht die Behörde also nicht nur von deren Existenz, sondern auch von deren gesellschaftlicher Akzeptanz aus. Beispielsweise belaufe sich das Risiko, als Fußgänger im Straßenverkehr getötet zu werden, auf einen Erwartungswert von einmal in 34.483 Jahren ($2,9 \times 10^{-5}$) und das Risiko, durch Büroarbeit zu sterben, auf eine statistische Wahrscheinlichkeit von einmal in 20.000 Jahren ($5,0 \times 10^{-5}$).⁴⁷ Das Gericht entschied, dass die Abwägung der Sicherheitsbelange durch die Planfeststellungsbehörde nicht zu beanstanden sei, da sich die vom erweiterten Flughafen erwarteten Risiken auch innerhalb dieser Alltagsrisiken bewegten.⁴⁸

6. Das Aufgreifen der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs

Die Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs wurde von verschiedenen Gerichten aufgegriffen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hatte über die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses zur Erweiterung des Flughafens München zu entscheiden.⁴⁹ Unter Heranziehung der vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof genannten Risikoakzeptanzschwellen entschied der

⁴⁴ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1094 f., 1100 f., 1129 f.

⁴⁵ *KHP König, Heunisch und Partner*, Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, S. 93 ff.

⁴⁶ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1130.

⁴⁷ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1096.

⁴⁸ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1096, 1100 f., 1129 f.

⁴⁹ BayVGH, Urteil v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040 u. a., juris.

Bayerische Verwaltungsgerichtshof, dass die Risiken, die vom erweiterten Flughafen München erwartet wurden, in einer vergleichbaren Größenordnung mit anderen „allgemein akzeptierte[n] Gesellschaftsrisiken“⁵⁰ lägen. Da aus der Erweiterung des Flughafens keine Veränderung des Sicherheitsniveaus folge, „die das allgemeine, gesellschaftlich adäquate und akzeptierte Lebensrisiko in relevanter Weise“ beeinflusse, sei das Vorhaben zulässig.⁵¹

Die Risiken, die vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof noch „gesellschaftlich allgemein akzeptierte Risiken für die Teilnahme am alltäglichen Leben“⁵² genannt wurden, werden bei der Rezeption der Entscheidung durch den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof nun zunächst zu „allgemein akzeptierte[n] Gesellschaftsrisiken“ und dann zum „allgemeine[n], gesellschaftlich adäquate[n] und akzeptierte[n] Lebensrisiko“. In der Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs ist das allgemeine Lebensrisiko also explizit durch die Beschreibung „gesellschaftlich adäquat und akzeptiert“ (anders: sozialadäquat) attribuiert.

Breite Verwendung fand der Topos des allgemeinen Lebensrisikos ferner in einer Reihe von Entscheidungen im Rahmen von Drittanfechtungsklagen bzw. Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz gegen die Errichtung von Windkraftanlagen. Zum Teil rügten die Kläger bzw. Antragsteller mangelnden Brandschutz, in anderen Verfahren ging es um die Frage, ob der Gefahr des Eiswurfs (dass sich Eis von den Rotorblättern einer Windkraftanlage löst und herabfällt) hinreichend begegnet wurde⁵³. Auf den Topos des allgemeinen Lebensrisikos wurde bereits vor der eingangs genannten Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs zurückgegriffen; später nahmen einige Gerichte jedoch die *probabilistische* Bestimmung von Alltagsrisiken in ihre Argumentation auf. Die meisten⁵⁴ Gerichte entschieden, dass die Risiken der Windkraftanlagen hinzunehmen seien, da die Risiken „allgemeine Lebensrisiken“ seien, nicht über „allgemeine Lebens-

⁵⁰ BayVGh, Urteil v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040 u. a., juris, Rn. 549.

⁵¹ BayVGh, Urteil v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040 u. a., juris, Rn. 550.

⁵² HessVGh, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1130.

⁵³ OVG NW, Beschluss v. 11.03.2005 – B 2462/04, juris, Rn. 31; VG Ansbach, Urteil v. 14.10.2009 – AN 11 K 09.00898, juris, Rn. 49; Urteil v. 27.02.2013 – AN 11 K 12.01962, AN 11 K 12.01963, juris, Rn. 75; Urteil v. 16.09.2015 – AN 11 K 15.00630, juris, Rn. 174; Urteil v. 12.03.2015 – AN 11 K 14.01507, AN 11 K 15.00388, juris, Rn. 46 (das allgemeine Lebensrisiko mit dem ‚Restrisiko‘ gleichsetzend); BayVGh, Beschluss v. 04.12.2014 – 22 CS 14.2157 u. a., juris, Rn. 18 (allgemeine Lebensrisiken mit ‚abstrakten Risiken‘ und ‚Restrisiken‘ gleichsetzend); OVG RP, Urteil v. 12.05.2011 – 1 A 11186/08, juris, Rn. 70 ff. (nicht unter dem Topos des allgemeinen Lebensrisikos, sondern nur unter jenem des Restrisikos).

⁵⁴ Anders nur aufgrund einer Interessensabwägung im einstweiligen Rechtsschutz Bay-VGH, Beschluss v. 04.12.2014 – 22 CS 14.2157 u. a., juris, Rn. 18.

risiken“ hinausgingen bzw. in ihrer Größenordnung mit anderen „allgemeinen Lebensrisiken“ vergleichbar seien.⁵⁵

Ausgehend von einem Selbstzitat des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs bezogen sich einige Gerichte dabei explizit auf die vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof im Verfahren zum Planfeststellungsbeschluss zum Flughafen Frankfurt gebilligten Risikoakzeptanzschwellen.⁵⁶ Kurios ist, dass sich der Hessische Verwaltungsgerichtshof selbst falsch zitierte und andere Gerichte ihm folgten:⁵⁷ Im Verfahren zum Planfeststellungsbeschluss zur Erweiterung des Flughafens Frankfurt hatte der Hessische Verwaltungsgerichtshof noch verschiedene Alltagsrisiken probabilistisch ermittelt (beispielsweise das Risiko, als Fußgänger durch den Straßenverkehr getötet zu werden, und das Risiko, durch Büroarbeit zu sterben).⁵⁸ Im Selbstzitat griff der Hessische Verwaltungsgerichtshof nun ausschließlich das Risiko auf, „einen Verkehrs- oder sonstigen Unfall“ zu erleiden und bezifferte die Wahrscheinlichkeit auf einmal in 33.300 Jahren,⁵⁹ was im Verfahren zum Planfeststellungsverfahren jedoch als probabilistische Risikoakzeptanzschwelle hinsichtlich eines tödlichen Flugzeugabsturzes auf Wohnimmobilien bezogen auf den Einzelnen angegeben wurde.⁶⁰

Aufgegriffen wurde die Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs ferner in einem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Freiburg, in dem die Kläger den Bauvorbescheid anfochten, der dem Eigentümer eines benachbarten

⁵⁵ OVG NW, Beschluss v. 11.03.2005 – B 2462/04, juris, Rn. 31; VG Saarlouis, Urteil v. 27.08.2008 – 5 K 5/08, juris, Rn. 132 (allgemeines Lebensrisiko mit ‚Restrisiko‘ gleichsetzend); VG Ansbach, Urteil v. 14.10.2009 – AN 11 K 09.00898, juris, Rn. 49; Urteil v. 27.02.2013 – AN 11 K 12.01962, AN 11 K 12.01963, juris, Rn. 75; Urteil v. 12.03.2015 – AN 11 K 14.01507, AN 11 K 15.00388, juris, Rn. 46; Urteil v. 16.09.2015 – AN 11 K 15.00630, juris, Rn. 174; OVG RP, Urteil v. 12.05.2011 – 1 A 11186/08, juris, Rn. 71, 73 (das zurückbleibende Risiko ‚Restrisiko‘ bezeichnend); VG Ansbach, Urteil v. 12.03.2015 – AN 11 K 14.01507, AN 11 K 15.00388, juris, Rn. 46 (das zurückbleibende Risiko ‚Restrisiko‘ bezeichnend); Hess-VGH, Beschluss v. 26.09.2013 – 9 B 1674/13, juris, Rn. 24 f.; VG Bayreuth, Urteil v. 18.12.2014 – B 2 K 14.839, juris, Rn. 56; BayVGH, Beschluss v. 19.08.2015 – 22 ZB 15.458, juris, Rn. 25; Beschluss v. 18.02.2016 – 22 ZB 15.2412, juris, Rn. 39, 59; VG Düsseldorf, Beschluss v. 23.09.2016 – 28 L 1759/16, juris, Rn. 137 ff.; VG Freiburg, Beschluss v. 23.09.2016 – 6 K 2683/16, juris, Rn. 57; VG Würzburg, Urteil v. 20.12.2016 – W 4 K 14.354, juris, Rn. 82.

⁵⁶ HessVGH, Beschluss v. 26.09.2013 – 9 B 1674/13, juris, Rn. 24; VG Bayreuth, Urteil v. 18.12.2014 – B 2 K 14.839, juris, Rn. 56; VG Düsseldorf, Beschluss v. 23.09.2016 – 28 L 1759/16, juris, Rn. 137; VG Freiburg, Beschluss v. 23.09.2016 – 6 K 2683/16, juris, Rn. 57; VG Würzburg, Urteil v. 20.12.2016 – W 4 K 14.354, juris, Rn. 82.

⁵⁷ VG Bayreuth, Urteil v. 18.12.2014 – B 2 K 14.839, juris, Rn. 56; VG Düsseldorf, Beschluss v. 23.09.2016 – 28 L 1759/16, juris, Rn. 137; VG Würzburg, Urteil v. 20.12.2016 – W 4 K 14.354, juris, Rn. 82.

⁵⁸ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1096.

⁵⁹ HessVGH, Beschluss v. 26.09.2013 – 9 B 1674/13, juris, Rn. 24.

⁶⁰ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1094.

Grundstücks erteilt worden war. Die Kläger rügten unter anderem, der Bauvorbescheid berücksichtige nicht hinreichend die von ihnen im Angrenzeranhörungsverfahren geltend gemachten Windgefahren. Bedingt durch die vorherrschende Westwindrichtung und die bei Errichtung des Gebäudes entstehende Schlucht sei mehrfach im Jahr eine Windstärke 12 (Orkanstärke) möglich.⁶¹

Explizit auf den Topos des allgemeinen Lebensrisikos berief sich die beklagte Gemeinde. Sie argumentierte, dass nur bei Anhaltspunkten für regelmäßig auftretende orkanartige Windverhältnisse diese von der Gemeinde bei der Planung berücksichtigt werden müssten. Vorliegend seien keine derartigen Anhaltspunkte gegeben. Dass es vereinzelt zu Windspitzen kommen könne, sei ein allgemeines Lebensrisiko, welches auch unabhängig von einer Bebauung auftrete.⁶²

Das Gericht konnte keine Verletzung des Rücksichtnahmegebots feststellen und wies die Klage ab. Ohne explizite Nennung des Begriffs des allgemeinen Lebensrisikos argumentierte es unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des Hessischen sowie Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zu den Planfeststellungsverfahren hinsichtlich der Erweiterung der Flughäfen Frankfurt bzw. München, dass es sich beim Wind um eine „unbeherrschbare Naturgewalt“ handle, die nur „begrenzt berechenbar“ sei. Die Auswirkung dieses „Naturphänomens“ sei grundsätzlich als „situationsgebunden und sozialadäquat“ hinzunehmen.⁶³ „Selbst insoweit erhöhte Gefährdungspotentiale sind grundsätzlich zumutbar, wenn sie noch im Rahmen der *allgemein akzeptierten Risikoakzeptanzschwelle*, nämlich der in der *Lebenswirklichkeit typischerweise auftretenden Gefährdungen*, liegen und daher noch als *sozialadäquat* einzustufen sind.“⁶⁴

7. Die Corona-Pandemie

In jüngerer Zeit wurde auf den Topos des allgemeinen Lebensrisikos vermehrt im Kontext der rechtlichen Aufarbeitung der Corona-Pandemie rekuriert.⁶⁵ Der Topos des allgemeinen Lebensrisikos fand bereits zu einem frühen Zeitpunkt der

⁶¹ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 12.

⁶² VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 38.

⁶³ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 103.

⁶⁴ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 103; Hervorhebungen im Original.

⁶⁵ Siehe aus der öffentlichrechtlichen Risikobewertung *R. Poscher*, in: S. Huster/T. Kingreen (Hrsg.), Hdb. InfSchR Kap. 4 Rn. 93, 95; *F. Rostalski*, Das Leben ist nicht abwägungsfest, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-krise-virus-leben-schutz-abwaegung-risiko-lockerungen-gefahr-triage/> (zugegriffen am 28.04.2023); *D. Murswiek*, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 13, 30, 32, 39, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *ders.*, NVwZ-Extra

Pandemie Eingang in das Vokabular: Der Deutsche Ethikrat warf schon in seiner Ad-Hoc-Empfehlung vom 27. März 2020 zum Umgang mit der Corona-Pandemie die Frage auf, „unter welchen Bedingungen von einem wieder akzeptablen Risikolevel als zwar notwendig unbestimmtem, aber gleichwohl gesellschaftlich nachvollziehbarem ‚allgemeinen Lebensrisiko‘ ausgegangen werden“ könne.⁶⁶ Es sei zu erörtern, „welche Lebensrisiken eine Gesellschaft als akzeptabel einzustufen gewillt ist und welche nicht“.⁶⁷ Da die deutschen staatlichen Stellen die mit der Verbreitung der COVID-19-Krankheit verbundenen Risiken als zu bekämpfende Gefahren bewerten und entsprechende Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie ergriffen haben, sind es regelmäßig die Kritiker der staatlichen Maßnahmen, die sich darauf berufen, die mit der Verbreitung der Krankheit verbundenen Risiken seien hinzunehmende ‚allgemeine Lebensrisiken‘.⁶⁸ Begründet wird die Akzeptabilität der Risiken, die von der Corona-Pandemie ausgehen, unter anderem damit, dass sie mit anderen Lebensrisiken, die „allgemein akzeptiert“ seien, hinsichtlich ihrer Größenordnung vergleichbar oder kleiner seien.⁶⁹ Hier findet sich das Argument wieder, das der Hessische Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil zum Planfeststellungsbeschluss Flughafen Frankfurt⁷⁰ stark gemacht hat: Wenn andere, vergleichbar hohe Lebensrisiken von der Gesellschaft akzeptiert seien und rechtlich hingenommen würden, müssten neue, vergleichbar große oder kleinere Risiken ebenfalls rechtlich hingenommen werden. Es wird mithin versucht, aus bestehenden Lebensrisiken ein allgemeingültiges Maß für die Akzeptabilität von Risiken abzuleiten.

2021, 1 (14); *J. F. Lindner*, Verfassungsblog, 29.12.2020, <https://doi.org/10.17176/20201229-201813-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁶⁶ *Deutscher Ethikrat*, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, S. 2, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁶⁷ *Deutscher Ethikrat*, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, S. 7, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁶⁸ Siehe etwa *D. Murswiek*, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 13, 32, 39, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *ders.*, NVwZ-Extra 2021, 1 (14).

⁶⁹ *D. Murswiek*, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 13, 32, 39, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *ders.*, NVwZ-Extra 2021, 1 (14); *ders.*, Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁷⁰ HessVGh, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1094 ff.

Konkreter fällt der Risikovergleich aus, wenn das Risiko einer COVID-19-Infektion mit dem Risiko einer Infektion mit Influenza-Viren verglichen wird.⁷¹ Da das Risiko einer Grippeinfektion bislang offenbar als allgemeines Lebensrisiko bewertet wurde⁷² – jedenfalls wurden keine der Corona-Pandemie vergleichbaren staatlichen Maßnahmen zur Prävention ergriffen –, wurde die Frage aufgeworfen, warum demgegenüber die Infektion mit COVID-19 als abzuwehrende Gefahr beurteilt werde. Ob die Verbreitung des Corona-Virus akzeptabel sei oder ob ihr mit staatlichen Maßnahmen begegnet werden müsse, scheint sich nach Ansicht vieler darüber zu entscheiden, ob das Risiko einer COVID-19-Infektion mit jenem einer Grippeinfektion vergleichbar sei.⁷³ Hinter dem Risikovergleich steht das Argument, dass vor vergleichbaren Risiken ein vergleichbarer staatlicher Schutz rational oder gar rechtlich geboten sei.

⁷¹ *D. Murswiek*, Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023); *J.F. Lindner*, Verfassungsblog, 29.12.2020, <https://doi.org/10.17176/20201229-201813-0> (zugegriffen am 28.04.2023); *G. Frankenberg*, Verfassungsblog, 25.04.2020, <https://doi.org/10.17176/20200425-164854-0> (zugegriffen am 28.04.2023); *U. Volkmann*, Verfassungsblog, 20.03.2020, <https://doi.org/10.17176/20200320-122803-0> (zugegriffen am 28.04.2023); *BR24*, #Faktenfuchs: Warum Covid-19 gefährlicher ist als Grippe, <https://www.br.de/nachrichten/wissen/warum-covid-19-gefaehrlicher-ist-als-grippe-ein-faktenfuchs,SYWR1Ye> (zugegriffen am 28.04.2023). Zum Vergleich beider Krankheiten aus medizinischer Perspektive siehe etwa *L. Piroth/J. Cottenet/A.-S. Mariet/P. Bonniaud et al.*, *The Lancet Respiratory Medicine* 9 (2021), 251; *Y. Xie/B. Bowe/G. Maddukuri/Z. Al-Aly*, *BMJ* 2020;371:m4677, <https://doi.org/10.1136/bmj.m4677> (zugegriffen am 28.04.2023); *Ärzteblatt*, Was COVID-19 von der saisonalen Influenza unterscheidet, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/119475/Was-COVID-19-von-der-saisonalen-Influenza-unterscheidet> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁷² *R. Poscher*, in: S. Huster/T. Kingreen (Hrsg.), *Hdb. InfSchR* Kap. 4 Rn. 95; *J.F. Lindner*, Verfassungsblog, 29.12.2020, <https://doi.org/10.17176/20201229-201813-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁷³ Aus der rechtswissenschaftlichen Debatte *D. Murswiek*, Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023); *J.F. Lindner*, Verfassungsblog, 29.12.2020, <https://doi.org/10.17176/20201229-201813-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

B. Das allgemeine Lebensrisiko in der Rechtsordnung

I. Rechtsfolge

Die Figur des allgemeinen Lebensrisikos hat nicht nur in der öffentlichrechtlichen Rechtsprechung zur Bewertung von Risiken, sondern rechtsgebietsübergreifend Verbreitung gefunden. Am ehesten lässt sie sich über die an sie geknüpfte Rechtsfolge beschreiben: Sie wird stets – und das heißt rechtsgebietsübergreifend – als Argument ins Feld geführt, um zu begründen, warum bestimmte Risiken hinzunehmen seien. Folge der Pflicht zur Hinnahme des fraglichen Risikos ist, dass kein Anspruch auf Vermeidung oder Beseitigung des Risikos bzw. auf Schutz vor dem Risiko besteht. Weder kann zivilrechtlich seine Unterlassung gefordert werden¹ noch haben die Bürgerinnen und Bürger ein subjektiv-öffentliches Recht auf seine Abwehr² oder sind aufgrund eines allgemeinen Lebensrisikos asyl- oder subsidiär schutzberechtig³. Allgemeine Lebensrisiken begrenzen ferner die Ausübung der Kompetenzen der Gefahrenabwehrbehörden, da diese nur zur Abwehr von Gefahren ermächtigt sind.⁴ Sekundäre Folge der Pflicht zur Hinnahme allgemeiner Lebensrisiken ist, dass für ihre Realisierung weder zivil-⁵

¹ BGH, JZ 1985, 588 (589); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1231 (1231); LG Duisburg, Beschluss v. 09.10.2008 – 3 O 449/06, juris, Rn. 14. LG Köln, Urteil v. 13.07.2010 – 27 O 239/09, juris, Rn. 35; LG Berlin, NJW-RR 2013, 1139 (1140); VG Göttingen, Urteil v. 24.07.2014 – 1 A 221/12, juris, Rn. 26; AG Charlottenburg, Urteil v. 07.08.2015 – 216 C 13/15, juris, Rn. 20f.

² Siehe zum Beispiel VG Minden, NJW 2006, 1450 (1452).

³ Hinsichtlich subsidiären Schutzes siehe VG Frankfurt, Beschluss v. 07.02.2002 – 4 G 5331/01.A, juris, Rn. 9; OVG LSA, Urteil v. 24.10.2007 – 3 L 380/04, juris, Rn. 60, 61, 75; VG Stuttgart, Urteil v. 25.04.2008 – A 9 K 5936/07, juris, Rn. 27. Hinsichtlich der Gewährung von Asyl siehe ohne Nennung des Begriffs des allgemeinen Lebensrisikos BVerfGE 83, 216 (232) – Jeziden [1991].

⁴ Siehe etwa VG Sigmaringen, Beschluss v. 28.01.2002 – 4 K 2083/01, juris, Rn. 26, 29 f.; sich anschließend VG Augsburg, Beschluss v. 27.07.2007 – Au 3 S 07.00796, juris, Rn. 29.

⁵ Beispiele aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung sind vielfältig. Siehe etwa BGHZ 27, 137 (141) – Motorradfall [1958] (spricht vom „allgemeinen Risiko“ statt vom „allgemeinen Lebensrisiko“); BGH, JZ 1969, 702 (704); LG Stuttgart, VersR 1973, 648; LG Frankfurt, NJW-RR 1990, 761 (763); LG Bremen, NJW-RR 2002, 919 (920); BGH, NJW 2007, 2764 (2766);

noch strafrechtliche⁶ Verantwortung besteht. Gleiches dürfte für öffentlichrechtliche Haftungsansprüche gelten. Die Realisierung allgemeiner Lebensrisiken trifft also allein die Opfer; sie können keinen Ersatz erlangen. Ferner folgt aus der Pflicht zur Hinnahme allgemeiner Lebensrisiken, dass man sie nicht zur Begründung einer Notstandslage nach § 34 StGB heranziehen kann.⁷ Gegen allgemeine Lebensrisiken darf man sich also nicht mit strafrechtlich relevantem Verhalten zur Wehr setzen.

II. Klärungsversuch durch Zurechnungslehre

Die größte Verbreitung und daran anschließende wissenschaftliche Durchdringung hat der Begriff des allgemeinen Lebensrisikos bei der Behandlung zivilrechtlicher Zurechnungsfragen erfahren.⁸ Zum allgemeinen Lebensrisiko gehören nach der Rechtsprechung unter anderem: das Risiko, unschuldig in ein Strafverfahren verwickelt zu werden,⁹ als unbeteiligter Zeuge eines Unfalls einen Schockschaden zu erleiden¹⁰, das Risiko, aufgrund einer Krankheit in den Ruhestand versetzt zu werden, die bei einem durch ein deliktisches Verhalten notwendig gewordenen Krankenhausaufenthalt festgestellt wurde¹¹, das Risiko, auf einer Reise¹² auf den nassen Fliesen im Poolbereich auszurutschen,¹³ an der Schweinegrippe zu erkranken,¹⁴ Opfer eines Diebstahls durch Dritte zu werden¹⁵ und im Meer aufgrund von Algen nicht baden zu können¹⁶.

Die wissenschaftlichen Versuche, das Anwendungsfeld der Figur des allgemeinen Lebensrisikos abzustecken, haben meist ihre Abgrenzung zu anderen haftungsbegrenzenden Instituten zum Inhalt. Diese sind das Kriterium der Ad-

LG Frankfurt, RRa 2011, 117 (118); OLG Düsseldorf, RRa 2012, 112 (113); BGH, NJW 2014, 1588 (1589 f.).

⁶ LG Bückeburg, Beschluss v. 05.01.2005 – Qs 77/04, juris, Rn. 42.

⁷ Erb, in: MüKo StGB, § 34 Rn. 72 ff.

⁸ Eine grundlegende Aufbereitung des zivilrechtlichen Meinungsstandes zum allgemeinen Lebensrisiko findet sich bei M. Mädlich, Das allgemeine Lebensrisiko.

⁹ BGHZ 27, 137 (141) – Motorradfall [1958] (spricht vom ‚allgemeinen Risiko‘ statt vom ‚allgemeinen Lebensrisiko‘).

¹⁰ BGH, NJW 2007, 2764 (2766); LG Stuttgart, VersR 1973, 648.

¹¹ BGH, JZ 1969, 702 (704).

¹² In letzter Zeit hat der Topos des allgemeinen Lebensrisikos insbesondere in der reiserechtlichen Rechtsprechung Verbreitung gefunden. Siehe für eine umfassende Zusammenstellung einschlägiger Rechtsprechung K. P. Rodegra, NJW 2012, 3546.

¹³ Zuletzt OLG Düsseldorf, RRa 2012, 112 (113).

¹⁴ LG Frankfurt, RRa 2011, 117 (118).

¹⁵ LG Bremen, NJW-RR 2002, 919 (920).

¹⁶ LG Frankfurt, NJW-RR 1990, 761 (763).

äquanz, des Schutzzwecks der jeweils verletzen Norm, des Handelns auf eigene Gefahr, des erlaubten bzw. missbilligten Risikos, der Risikoerhöhung, der spezifischen Gefahr, der Sozialadäquanz, der naturgegebenen bzw. künstlichen Risiken, der verschiedenen Sphären und des Zufalls.¹⁷

Die Abgrenzung der verschiedenen Institute wird dadurch erschwert, dass sie häufig nebeneinander verwendet werden, zum Beispiel, indem der Topos des allgemeinen Lebensrisikos zur argumentativen Ausfüllung anderer Institute verwendet wird.¹⁸ Auch *Erwin Deutsch* moniert in seinem Aufsatz „Das ‚allgemeine Lebensrisiko‘ als negativer Zurechnungsgrund“, dass es bislang nicht gelungen sei, Kriterien zu finden, die das Rechtsinstitut des allgemeinen Lebensrisikos ausmachen, und beschränkt sich auf die Formulierung von Fallgruppen.¹⁹ Zum allgemeinen Lebensrisiko gehörten allgemeine Verwaltungskosten zur Rechtsverfolgung, Krankheitsanlagen (Ersatz ist nur für den Zeitraum zu erlangen, in dem die Krankheit aufgrund der Handlung des Schädigers früher ausgebrochen ist, als es anlagebedingt geschehen wäre), Schockschäden (außer bei psychischen Beeinträchtigungen nach dem Tod naher Angehöriger, die über das normale Maß hinausgehen), Nutzungsausfälle nach deliktischer Entziehung des Eigentums, das Eheauflösungsrisiko, mittelbare Eingriffe in den Gewerbebetrieb und sozialadäquate Schäden.²⁰

Fallgruppen können eine effiziente Methode zur Einordnung und Beantwortung von Rechtsfragen sein. Sie vermögen es indes nicht, die fallgruppenübergreifenden Gemeinsamkeiten aufzuzeigen, die es rechtfertigen, den Grund der Nichthaftung abstrahierend von den Fallgruppen als allgemeines Lebensrisiko zu beschreiben. Die Übertragung der Fallgruppen auf die öffentlichrechtliche Risikobewertung wirft ferner deshalb Bedenken auf, da erstere ausschließlich zur Handhabung von Zurechnungsfragen entwickelt wurden. Daher sei im Folgenden versucht, die Merkmale ausfindig zu machen, die für allgemeine Lebensrisiken rechtsgebietsübergreifend und fallgruppenunabhängig als konstitutiv angesehen werden.

¹⁷ Siehe dazu die Darstellung von *M. Mädlich*, Das allgemeine Lebensrisiko, S. 21 ff., insb. 63. Siehe ferner *M.A. Frei*, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Rn. 336 ff., 575 ff., 674 ff.

¹⁸ Siehe zum Beispiel *Jahnke*, in: *Burmann/Heß/Hühermann/Jahnke*, Straßenverkehrsrecht, Vor § 249 BGB Rn. 35, 36a (das allgemeine Lebensrisiko wird mit ‚zufälligen‘ Schäden in Verbindung gebracht und fungiert als Unterfallgruppe des Schutzzwecks der Norm); *U. Huber*, JZ 1969, 677 (681) (*Huber* verwendet den Topos des allgemeinen Lebensrisikos neben denen der spezifischen Gefahr und des Zufalls); *E. Deutsch/H.-J. Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 162 (auch hier wird eine Verbindung zwischen dem Zufall und dem allgemeinen Lebensrisiko hergestellt).

¹⁹ *E. Deutsch*, VersR 1993, 1041 (1044 ff.).

²⁰ *E. Deutsch*, VersR 1993, 1041 (1044 ff.).

III. Kriterien allgemeiner Lebensrisiken

Wenn man sich die zivil-, straf- und öffentlichrechtliche Literatur und Rechtsprechung zu allgemeinen Lebensrisiken ansieht, fällt auf, dass allgemeine Lebensrisiken mit sechs (teils nebeneinander, teils einzeln verwendeten) Bedeutungen in Verbindung gebracht werden: Allgemeine Lebensrisiken seien 1. erlaubte, 2. abstrakte bzw. latente, 3. natürliche, 4. unbeherrschbare, 5. sozialadäquate/normale/übliche Risiken und/oder 6. das Ergebnis einer Kosten-Nutzen-Abwägung. Dies sei im Folgenden dargestellt.

1. Erlaubtheit

Insbesondere im Strafrecht, aber auch im öffentlichen Recht, ist der Begründungsansatz verbreitet, allgemeine Lebensrisiken seien erlaubte Risiken. Der Strafrechtler *Hans-Joachim Rudolphi* rechnet jene Risiken zu den allgemeinen Lebensrisiken, die sich im Rahmen des erlaubten bzw. sozial erträglichen Maßes halten und damit rechtlich gebilligt sind.²¹ Folgeschäden möchte *Rudolphi* nur dann dem Erstverursacher zurechnen, wenn „die sich in dem Folgeschaden realisierende Gefahr selbst das erlaubte Maß überschreitet und damit nicht mehr zu den allgemeinen, rechtlich nicht mißbilligten Lebensrisiken des Betroffenen gehört“.²² Auch nach *Kristian Kühl* fehlt es an einer für die objektive Zurechnung erforderlichen rechtlich relevanten Gefahrschaffung, wenn das geschaffene Risiko im Rahmen des erlaubten Risikos liegt.²³ Daher sei das Risiko, „Opfer des vorschriftmäßigen Verhaltens eines anderen Verkehrsteilnehmers zu werden“, zum „allgemeinen Lebensrisiko von jedermann“ zu rechnen.²⁴ *Fritz Nicklisch* verwendet im Kontext des öffentlichen Technikrechts den Begriff der erlaubten Risiken als Synonym für allgemeine Lebensrisiken bzw. Restrisiken.²⁵ *Uwe Volkmann* spricht im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie davon, dass bestimmte Risiken, wie etwa jene des Straßenverkehrs und der durch Influenza-Viren verursachten Grippe, „erlaubte“ bzw. „sozial adäquate“ Risiken seien; ob das Risiko einer Verbreitung des Corona-Virus ein solches sei, lässt er offen.²⁶

²¹ *H.-J. Rudolphi*, JuS 1969, 549 (554 f.).

²² *H.-J. Rudolphi*, JuS 1969, 549 (555).

²³ *K. Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 48. Siehe ferner *J. Wessels/W. Beulke/H. Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 268.

²⁴ *K. Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 48.

²⁵ *F. Nicklisch*, in: *F. Nicklisch/D. Schottelius/H. Wagner* (Hrsg.), Risiken technischer Anlagen und ihre rechtliche Bewertung, S. 17 (21).

²⁶ *U. Volkmann*, Verfassungsblog, 20.03.2020, <https://doi.org/10.17176/20200320-122803-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

2. Abstraktheit und Latenz

Gerade in den für die hiesige Fragestellung interessanten gefahrenabwehrrechtlichen Gerichtsentscheidungen sehen einige Verwaltungsgerichte den Grund für die Akzeptabilität der fraglichen Risiken in ihrer Latenz bzw. Abstraktheit: Das Risiko, das von Bäumen in besiedelten Gebieten ausgehe, sei eine „abstrakte“²⁷, „latente“²⁸ Gefahr, die dem allgemeinen Lebensrisiko angehöre und nicht die Erteilung einer Fällgenehmigung zur Gefahrenabwehr rechtfertige. Auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof warf in einem Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz zu den Risiken durch Windkraftanlagen die Frage auf, ob „lediglich von einem unbeachtlichen abstrakten Risiko, einem Restrisiko oder einem allgemeinen Lebensrisiko gesprochen werden kann“.²⁹

3. Natürlichkeit

An verschiedenen Stellen wird das allgemeine Lebensrisiko mit ‚natürlichen‘ Risiken bzw. mit Risiken, die von der Natur ausgehen, in Verbindung gebracht. Der Zivilrechtler *Matthias Mädrich* rechnet beispielsweise alle Risiken zum allgemeinen Lebensrisiko, die mit der „natürlichen Existenz des Geschädigten“³⁰ verbunden seien. Der Zivilrechtler *Ulrich Friese* führt zu allgemeinen Lebensrisiken aus, dass sie „nicht nur aus menschlichem Fehlverhalten, sondern häufig auch aus den [...] nicht völlig kontrollierbaren Kräften der Technik“ resultierten, denen der „Mensch weitgehend ebenso ausgeliefert [ist] wie den Naturgewalten“.³¹ Die Strafrechtler *Johannes Wessels*, *Werner Beulke* und *Helmut Satzger* argumentieren, keine zurechenbare rechtlich relevante Gefahrschaffung liege vor, wenn der Grad der bewirkten Gefährdung so gering sei, dass er das allgemeine Lebensrisiko nicht übersteige.³² In diesen Kontext gehörten unter anderem unbeherrschbare Kausalverläufe, insbesondere Naturgewalten.³³

Auch die zivil- und öffentlichrechtlichen Entscheidungen zu den Risiken durch Bäume begründen die Akzeptabilität diesbezüglicher Risiken damit, dass

²⁷ OVG SL, Urteil v. 29.09.1998 – 2 R 2/98, juris, Rn. 42; VG Ansbach, Urteil v. 24.03.2004 – AN 15 K 02.00322, juris, Rn. 33; VG Bayreuth, Urteil v. 16.09.2015 – B 2 K 15.493, juris, Rn. 31.

²⁸ VG München, Urteil v. 28.03.2011 – M 8 K 10.2378, juris, Rn. 30.

²⁹ BayVGh, Beschluss v. 04.12.2014 – 22 CS 14.2157 u. a., juris, Rn. 18.

³⁰ *M. Mädrich*, Das allgemeine Lebensrisiko, S. 130 These 2.

³¹ *U. Friese*, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 164 f.

³² *J. Wessels/W. Beulke/H. Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 267.

³³ *J. Wessels/W. Beulke/H. Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 267.

diese „auf Gegebenheiten der Natur beruhen“³⁴ bzw. „naturegebundene“³⁵ bzw. „naturegebene“³⁶ Lebensrisiken seien.

Dem allgemeinen Lebensrisiko gehört es nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung auch an, wenn vom Grundstück der Beklagten auf das Grundstück der Klägerin Felsen fallen,³⁷ das Grundstück des Klägers ausgehend vom Nachbargrundstück mit Erdbestandteilen überschwemmt wird³⁸ und sich Samenflug vom Grundstück des Beklagten auf das Grundstück der Kläger vollzieht,³⁹ sofern der Nachbar die Gefahr der Naturereignisse weder erhöht noch kanalisiert hat. Der Nachbar sei dann nicht Störer.

Zu nennen ist ferner die eingangs genannte verwaltungsgerichtliche Entscheidung⁴⁰ zu den Gefahren durch starken Wind, der von den Klägern durch die geplante Bebauung befürchtet wurde. Die beklagte Gemeinde meinte, vereinzelte Windspitzen gehörten dem allgemeinen Lebensrisiko an.⁴¹ Das Gericht konnte keine Verletzung des Rücksichtnahmegebots feststellen⁴², da es sich beim Wind „um eine unbeherrschbare Naturgewalt“ handele.⁴³

Auf die Natürlichkeit bestimmter Risiken wird auch im Stade-Urteil⁴⁴ des Bundesverwaltungsgerichts abgestellt, indem das vom Kernkraftwerk ausgehende Strahlungsrisiko mit der natürlich vorkommenden Strahlung verglichen wird, um die Unbedenklichkeit der vom Kernkraftwerk ausgehenden Strahlung zu begründen.⁴⁵

Ebenso stellt *Dietrich Murswiek* im Kontext der Corona-Pandemie einen Zusammenhang zwischen allgemeinen Lebensrisiken und natürlichen Risiken her, indem er ausführt, es bestehe „im Hinblick auf allgemeine Lebensrisiken, zu denen die Risiken von Naturkatastrophen oder Epidemien gehören, ein großer Spielraum für die Bestimmung des anzustrebenden Schutzniveaus.“⁴⁶

³⁴ OLG Hamm, Urteil v. 04.09.1998 – 9 U 130/98, juris, Rn. 9; BGH, NJW 2014, 1588 (1589).

³⁵ OLG Karlsruhe, Urteil v. 21.10.2010 – 12 U 103/10, juris, Rn. 18; OVG Bln-Bbg, Beschluss v. 16.02.2016 – OVG 11 S 84.15, juris, Rn. 10.

³⁶ OLG Koblenz, Urteil v. 01.12.1997 – 12 U 1370/96, juris, Rn. 8; Urteil v. 02.03.1998 – 12 U 246/97, juris, Rn. 5 ff.; Urteil v. 14.02.2001 – 1 U 1161/99, juris, Rn. 14.

³⁷ BGH, JZ 1985, 588 (589).

³⁸ VG Göttingen, Urteil v. 24.07.2014 – 1 A 221/12, juris, Rn. 26.

³⁹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1231 (1231).

⁴⁰ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris.

⁴¹ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 38.

⁴² VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 89 f.

⁴³ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 103.

⁴⁴ BVerwGE 61, 256 – Stade [1980].

⁴⁵ BVerwGE 61, 256 (265) – Stade [1980].

⁴⁶ *D. Murswiek*, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, <https://>

4. Unbeherrschbarkeit

Einige Entscheidungen⁴⁷ sowie ein Wissenschaftler⁴⁸ stellen in ihrer Argumentation, dass ein bestimmtes Risiko dem allgemeinen Lebensrisiko angehöre, auf die fehlende Beeinflussung oder weitergehend auf die Unbeherrschbarkeit bzw. Unvermeidbarkeit des Risikos ab. Häufig steht diese Argumentation in Zusammenhang mit der Argumentation, dass das in Frage stehende Risiko der „Natur“ angehöre. In den oben genannten Entscheidungen zu den nachbarrechtlichen Abwehrensprüchen kommt dies darin zum Ausdruck, dass der Nachbar nur dann Störer sei, wenn er die Gefahr des Naturereignisses „erhöht oder kanalisiert“⁴⁹ und damit die Natur zwar nicht beherrscht, jedoch beeinflusst habe. Im Urteil zu den Windspitzen wird der Wind explizit als „unbeherrschbare Naturgewalt“⁵⁰, die nur „begrenzt berechenbar[...]“⁵¹ sei, beschrieben. Auch die Risiken, die von Bäumen in besiedelten Gebieten ausgehen, werden mit ihrer Unvermeidbarkeit gerechtfertigt.⁵² Friese erweitert das Argument der unbeherrschbaren Natur explizit auch auf die Technik, wenn er sagt, dass allgemeine Lebensrisiken oftmals aus den „nicht völlig kontrollierbaren Kräften der Technik“ resultierten, denen „der Mensch weitgehend ebenso *ausgeliefert* [ist] wie den Naturgewalten“.⁵³ Ferner begründet er die Qualifikation der Verkehrsgefahren als allgemeine Lebensrisiken unter anderem mit ihrer Unvermeidbarkeit.⁵⁴ Der Begriff der Unver-

dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf (zugegriffen am 28.04.2023); siehe ferner *ders.*, Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023): „Die grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG verpflichtet den Staat zum Schutz vor Eingriffen Dritter, nicht vor allgemeinen Lebensrisiken oder vor Naturkatastrophen“; *ders.*, NVwZ-Extra 2021, 1 (10): „Gegenüber Naturkatastrophen und Epidemien ist der Staat verfassungsrechtlich aber nur zur Gewährleistung existentieller Lebensvoraussetzungen und insofern eines Mindeststandards verpflichtet, aber nicht zur Optimierung des Schutzes.“

⁴⁷ BVerfGE 49, 89 (143) – Kalkar I [1978]; BVerwGE 61, 256 (265) – Stade [1980]; BGH, JZ 1985, 588 (589); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1231 (1231); OLG Hamm, Urteil v. 04.09.1998 – 9 U 130/98, juris, Rn. 9; VG Göttingen, Urteil v. 24.07.2014 – 1 A 221/12, juris, Rn. 26; VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 103.

⁴⁸ U. Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 164 f.; *ders.*, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 168.

⁴⁹ BGH, JZ 1985, 588 (589); VG Göttingen, Urteil v. 24.07.2014 – 1 A 221/12, juris, Rn. 26; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1231 (1231).

⁵⁰ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 103.

⁵¹ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 103.

⁵² OLG Hamm, Urteil v. 04.09.1998 – 9 U 130/98, juris, Rn. 9.

⁵³ U. Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 164 f.; Hervorhebungen durch die Verfasserin.

⁵⁴ U. Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 168.

meidbarkeit ist hier bedeutungsgleich mit jenem der Unbeherrschbarkeit. Auch die Strafrechtler *Wessels*, *Beulke* und *Satzger* stellen eine Verbindung zwischen natürlichen und unbeherrschbaren Risiken her, indem sie als Beispiel für unbeherrschbare Kausalverläufe die Naturgewalten anführen.⁵⁵ Ebenso verbindet das Bundesverwaltungsgericht im *Stade-Urteil*⁵⁶ das Argument des natürlichen Ursprungs eines Risikos mit dem seiner Unbeherrschbarkeit, indem es den Dosisgrenzwert der Strahlenschutzverordnung unter anderem damit rechtfertigt, dass das durch die Verordnung erlaubte Risiko kleiner als die natürliche Strahlenbelastung sei, „dem jeder einzelne vom Beginn seines Lebens an *unentrinnbar* ausgesetzt ist“.⁵⁷

Allein auf die Unvermeidbarkeit eines Risikos stellt das Bundesverfassungsgericht im *Kalkar-I-Beschluss* ab, indem es argumentiert, dass jene Risiken, die „jenseits der Schwelle praktischer Vernunft“ lägen, „unentrinnbar“ und deshalb hinzunehmen seien.⁵⁸ Wenngleich es den Bereich an hinzunehmenden Restrisiken nicht als allgemeine Lebensrisiken bezeichnet, begründet es die Pflicht zur Hinnahme dieser Restrisiken inhaltlich mit ihrer Unvermeidbarkeit.

Auch im Kontext der rechtlichen Aufarbeitung der Corona-Pandemie wird darauf hingewiesen, dass „[...] ganz generell [...] irgendwann der Punkt kommen [könnte], an dem wir uns eingestehen müssen, dass es Krankheiten gibt, die wir nicht besiegen können, ebenso wenig wie wir den Tod besiegen können.“⁵⁹ In diesem Zitat klingt an, dass das Risiko einer Corona-Infektion möglicherweise deshalb hinzunehmen sei, weil es nicht vollständig beherrschbar sei.

⁵⁵ *J. Wessels/W. Beulke/H. Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 267.

⁵⁶ BVerwGE 61, 256 – *Stade* [1980].

⁵⁷ BVerwGE 61, 256 (265) – *Stade* [1980], Hervorhebung durch die Verfasserin.

⁵⁸ BVerfGE 49, 89 (143) – *Kalkar I* [1978].

⁵⁹ *U. Volkmann*, Verfassungsblog, 20.03.2020, <https://doi.org/10.17176/20200320-122803-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

5. Sozialadäquanz, Normalität, Üblichkeit

a) Bestandsaufnahme

Weite Verbreitung hat die Beschreibung des allgemeinen Lebensrisikos als das „jedermann treffende“⁶⁰, „normale“⁶¹, „übliche“⁶², sozialadäquate⁶³ Risiko gefunden. Dem wird die rechtlich relevante Gefahr als das im Gegensatz zum übli-

⁶⁰ *H. Lange*, Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?, S. 53 (ein Risiko, das „jedermann drohe“); *H.-J. Rudolphi*, JuS 1969, 549 (555) (ein Risiko, das „jedermann treffe“); *U. Friese*, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 164 f. (ein Risiko, dem „jedermann mehr oder weniger“ ausgesetzt sei); *U. Huber*, JZ 1969, 677 (681) (ein Risiko, dem „jedermann so und so“ ausgesetzt sei); zum strafrechtlichen Notstandsrecht siehe *Erb*, in: MüKo StGB, § 34 Rn. 72 ff.

Ferner begründen im Aufenthaltsrecht Gefahren, denen jedermann ausgesetzt ist („allgemeine Lebensrisiken“), keine individuelle Bedrohung, siehe BVerwGE 99, 324 (327) – Abschiebungsschutz wegen Bürgerkriegsgefahren [1995]. Die Entscheidung ist zum nicht mehr gültigen AuslG ergangen, kann jedoch auf die Rechtslage seit Erlass des AufenthG übertragen werden.

⁶¹ *D. Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, Kap. 5 Rn. 117: „Das Polizei- und Ordnungsrecht als Recht der Gefahrenabwehr setzt eine Gefahr voraus, ein allgemeines Risiko reicht für ein Vorgehen nicht aus. Gefahrenabwehr beginnt, wenn ein spezifisches Risiko eintritt, welches das normale Maß überschreitet und dadurch eine nicht gerechtfertigte Rechtsgutsverletzung droht“; *C. Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 110; *H.-J. Rudolphi*, JuS 1969, 549 (555).

⁶² *C. Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 110; *M. Mädlich*, Das allgemeine Lebensrisiko, S. 38, 130 These 2; *Jahnke*, in: Burmann/Heß/Hüherrmann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, Vor § 249 BGB Rn. 36a.

⁶³ BVerfGE 49, 89 (143) – Kalkar I [1978]; OVG RP, Urteil v. 26.09.1996 – 1 A 12331/95, juris, Rn. 20; VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 103; *C. Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 110, 338, 339; *J. Krüper*, DVBl 2017, 10 (14, 16); *F. Nicklisch*, in: F. Nicklisch/D. Schottelius/H. Wagner (Hrsg.), Risiken technischer Anlagen und ihre rechtliche Bewertung, S. 17 (21, 22); *U. Friese*, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 168; einschränkend sozialadäquate Risiken nur als Teilmenge aller allgemeinen Lebensrisiken bezeichnend *M. Mädlich*, Das allgemeine Lebensrisiko, S. 92 ff., 131 These 5; vgl. ferner *J. Wessels/W. Beulke/H. Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 268. Ohne den Begriff des allgemeinen Lebensrisikos nennend *W.-R. Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 77: „Auch gesellschaftliche Normen, welche die Sozialadäquanz von Verhaltensweisen prägen, sind von Bedeutung für die Beurteilung, ob ein Risiko bereits als konkrete Gefahr zu bewerten ist“; *U. Volkmann*, Verfassungsblog, 20.03.2020, <https://doi.org/10.17176/20200320-122803-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

Ein allgemeines, quantitatives Maß für die Sozialadäquanz allgemeiner Lebensrisiken zu finden versucht haben insbesondere HessVGh, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1096, 1100 f., 1129 f.; BayVGh, Urteil v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040 u. a., juris, Rn. 550.

chen/sozialadäquaten/normalen Risiko „erhöhte“ Risiko gegenübergestellt.⁶⁴ Die Gefahr wird also über den Aspekt der Risikoerhöhung im Vergleich zum allgemeinen Lebensrisiko erklärt.⁶⁵

Im öffentlichen Recht, insbesondere im Gefahrenabwehrrecht, dominiert dabei die Beschreibung allgemeiner Lebensrisiken als „sozialadäquate“, „normale“ oder „übliche“ Risiken, während in der zivil- und strafrechtlichen Zurechnungslehre vermehrt darauf abgestellt wird, dass allgemeine Lebensrisiken jene Risiken seien, die „jedermann trafen“.

Zu nennen sind im Rahmen des Kriteriums der Sozialadäquanz ferner die Gerichte, die – ausgehend von der Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs zum Planfeststellungsverfahren in Bezug auf die Erweiterung des Flughafens Frankfurt⁶⁶ – bestimmte Alltagsrisiken probabilistisch ermittelt und als Vergleichsmaßstab für die Zulässigkeit neuer Risiken verwendet haben.⁶⁷

⁶⁴ D. Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, Kap. 5 Rn. 117; C. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 110; vgl. auch Rn. 407 (ferner abgewandelt auf die sozialinadäquate Erhöhung eines Risikos abstellend in Rn. 338); H.-J. Rudolphi, JuS 1969, 549 (555); U. Friese, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 168. Siehe ferner J. Wessels/W. Beulke/H. Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 267.

⁶⁵ In diese Richtung deutet auch F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2013, Kap. 2 Rn. 139 Fn. 605. Siehe zur Gegenüberstellung des allgemeinen Lebensrisikos zum gesteigerten Risiko ferner die Rechtsprechungsbesprechung bei M. Mädlich, Das allgemeine Lebensrisiko, S. 17. Vgl. auch D. Rauschning, VVDStRL 38 (1980), 167 (192f.).

Siehe ferner die zivilrechtliche Rechtsprechung zu nachbarrechtlichen Abwehransprüchen bei Naturereignissen, in der ausgeführt wird, der Nachbar sei nur dann Störer, wenn er die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes der Naturereignisse „erhöht oder kanalisiert“ habe; andernfalls realisiere sich das allgemeine Lebensrisiko, BGH, JZ 1985, 588 (589); VG Göttingen, Urteil v. 24.07.2014 – 1 A 221/12, juris, Rn. 26; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1231 (1231).

Auch im Aufenthaltsrecht ist grundsätzlich nur schutzberechtigt, wer im Vergleich zur Gesamtbevölkerung einem erhöhten Risiko ausgesetzt ist. Für den Ausschluss des Schutzes vor Gefahren, denen im Herkunftsland jedermann ausgesetzt ist, siehe für subsidiär Schutzberechtigte beispielsweise § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AsylG. Seit Erlass der Qualifikationsrichtlinie 2004/83/EG (mittlerweile abgelöst durch die Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU) ist der Ausschluss allgemeiner Gefahren (allerdings gem. Art. 15c der Richtlinien nur auf den subsidiären Schutz bezogen) europarechtlich determiniert, siehe zur Auslegung EuGH, Urteil v. 17.02.2009 – Rs. C-465/07 – Elgafaji, Slg. 2009, I-921, Rn. 35 ff. Zur innerstaatlichen Rezeption BVerwGE 131, 198 (213) – Abschiebungsschutz [2008]; 134, 188 (193 ff.) – Abschiebungsschutz [2009]; 136, 360 (374) – Abschiebungsschutz [2010].

⁶⁶ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris.

⁶⁷ Siehe insbesondere HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1096, 1100 f., 1129 f.; BayVGH, Urteil v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040 u. a., juris, Rn. 550. Siehe ferner HessVGH, Beschluss v. 26.09.2013 – 9 B 1674/13, juris, Rn. 24; VG Bayreuth, Urteil v. 18.12.2014 – B 2 K 14.839, juris, Rn. 56; VG Düsseldorf, Beschluss v. 23.09.2016 – 28 L 1759/16, juris, Rn. 137; VG Freiburg, Beschluss v. 23.09.2016 – 6 K 2683/16, juris, Rn. 57; VG Würzburg, Urteil v. 20.12.2016 – W 4 K 14.354, juris, Rn. 82.

Den Entscheidungen liegt die Vorstellung zugrunde, dass die existierenden Alltagsrisiken gesellschaftlich akzeptiert und daher sozialadäquat seien. Indem sie diese Risiken probabilistisch berechnen, hoffen sie, das Kriterium der Sozialadäquanz quantitativ in Form einer Wahrscheinlichkeitsangabe ausfüllen zu können. Dies legt – ihrer Ansicht nach – den Grundstein für die Übertragung des Sozialadäquanzkriteriums auf neue Risiken, deren Zulässigkeit in Frage steht.

Gleichermaßen wird versucht, die Risiken der Corona-Pandemie anhand eines Vergleichs mit anderen „allgemein akzeptierten Lebensrisiken“⁶⁸ oder spezifischer mit den Risiken der durch Influenza-Viren verursachten Grippe⁶⁹ zu rechtfertigen. Auch hier geht es darum, die normative Akzeptabilität neuer Risiken (die Risiken der Corona-Pandemie) darüber herzuleiten, dass sie vergleichbar oder kleiner als bestehende Risiken seien, deren gesellschaftliche Akzeptanz und rechtliche Akzeptabilität zugrunde gelegt wird.

b) Begriffsunklarheiten

Eine Bedeutungsbestimmung hinsichtlich der verwendeten Begriffe der Normalität, Üblichkeit und Sozialadäquanz sucht man – abgesehen von der soeben zitierten Rechtsprechung zur probabilistischen Bestimmung des Sozialadäquanzkriteriums – vergeblich. Die Beschreibung, allgemeine Lebensrisiken seien jene Risiken, die „jedermann trafen“, stellt offensichtlich auf das faktisch häufige Vorkommen der allgemeinen Lebensrisiken ab. Demgegenüber sind die Begriffe der Üblichkeit, Normalität und Sozialadäquanz uneindeutig und können auf verschiedene Weisen verstanden werden.

Ein sozialadäquates Risiko könnte zum einen ein Risiko sein, dass empirisch (mehrheitlich) akzeptiert ist (empirische Akzeptanz). Zum anderen könnte mit dem Begriff der Sozialadäquanz gemeint sein, dass etwas nach theoretisch-normativen Maßstäben der relevanten Gesellschaftsordnung angemessen, also akzeptabel, ist (normative Akzeptabilität). Beiden möglichen Bedeutungen ist gemeinsam, dass der Begriff der Sozialadäquanz auf die Übereinstimmung eines Verhaltens oder Risikos mit den innerhalb der *sozialen* Sphäre geltenden bzw. aufgrund theoretisch-normativer Überlegungen wünschenswerten Regeln ver-

⁶⁸ D. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 13, 32, 39, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); ders., NVwZ-Extra 2021, 1 (14); ders., Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁶⁹ D. Murswiek, Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023); J.F. Lindner, Verfassungsblog, 29.12.2020, <https://doi.org/10.17176/20201229-201813-0> (zugegriffen am 28.04.2023); U. Volkmann, Verfassungsblog, 20.03.2020, <https://doi.org/10.17176/20200320-122803-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

weist. Wird der Begriff der Sozialadäquanz im rechtlichen Diskurs verwendet, ist intendiert, der sozialen Bewertung normative Geltung nicht nur auf sozialer, sondern auch auf rechtlicher Ebene zukommen zu lassen. Wenn auf den Begriff der Sozialadäquanz im rechtlichen Diskurs zurückgegriffen wird, wird aus der Übereinstimmung eines Verhaltens oder eines Zustands mit den (empirisch festgestellten oder theoretisch-normativ hergeleiteten) sozialen Normen also weitergehend ein rechtliches Argument abgeleitet: *Weil* das Verhalten oder der Zustand den sozialen Normen entspreche, sei es auch rechtlich legitim. Im Rechtsdiskurs hat die Bewertung eines Zustandes oder eines Verhaltens als sozialadäquat mithin einen normativen Anspruch auf der rechtlichen, nicht nur der sozialen Ebene, zur Folge. Auf die Frage, ob damit ein unzulässiger Schluss vom Sein (der Übereinstimmung eines Verhaltens oder Zustandes mit sozialen Normen) auf das rechtliche Sollen verbunden ist, wird noch einzugehen sein.

Bedeutungsunklarheiten bestehen auch hinsichtlich der Begriffe der Normalität und der Üblichkeit. Beide Begriffe können vom Wortsinn her zum einen als Synonym zum Begriff der Sozialadäquanz verstanden werden („normal“ bzw. „üblich“ im Sinne von „sozial angemessen“), wobei der Begriff der Sozialadäquanz, wie gerade dargestellt, selbst wiederum zweideutig ist und sowohl die empirische Akzeptanz als auch die normative Akzeptabilität eines Risikos meinen kann. Zum anderen könnten die Begriffe der Normalität und Üblichkeit bedeuten, ein Zustand oder Verhalten komme häufig oder mehrheitlich vor („normal“ bzw. „üblich“ im Sinne von „häufig/mehrheitlich vorkommend“). Damit wären sie Synonyme zur Beschreibung, allgemeine Lebensrisiken seien jene Risiken, die „jedermann trafen“.

Wie die Autoren und Gerichte die Begriffe der Normalität und Üblichkeit verstanden wissen wollen, legen sie nicht dar. Der Polizeirechtler *Christoph Gusy* führt beispielsweise zum Gefahrbegriff ohne weitere Erläuterung aus:

„Eine Gefahr liegt vor, wenn das Schutzgut [...] einem *Risiko ausgesetzt* ist und dieses *Risiko das Maß der normalen, hinzunehmenden Schadenswahrscheinlichkeit überschreitet*, wenn also das Rechtsgut mehr als allgemein üblich gefährdet wird [...]. Mehr als allgemein üblich ist das Schadensrisiko, wenn es das ‚allgemeine Lebensrisiko‘ überschreitet.“⁷⁰

Das in der hiesigen Untersuchung zugrunde gelegte Verständnis hinsichtlich der Begriffe der Normalität, Üblichkeit und Sozialadäquanz wird weiter unten⁷¹ im Rahmen der Bewertung der verschiedenen Kriterien dargestellt werden.

⁷⁰ C. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 110; Hervorhebungen im Original.

⁷¹ Siehe auf den S. 63 ff.

6. Kosten-Nutzen-Abwägungen

An einigen Stellen wird das Vorliegen eines allgemeinen Lebensrisikos damit begründet, dass der Nutzen, der mit dem das Risiko bergenden Sachverhalt einhergehe, das Risiko überwiege. Der Zivilrechtler *Walter Lanz* argumentiert, die Risiken des Straßenverkehrs seien allgemeine Lebensrisiken, weil die Verkehrsteilnehmer sie im Verhältnis zum Nutzen des Straßenverkehrs als gering erachteten und stillschweigend hinnähmen.⁷² Er stellt also auf eine *individuelle* Kosten-Nutzen-Abwägung ab (der einzelne Verkehrsteilnehmer vergleiche seine Kosten und seinen Nutzen).

Erwägungen zum *allgemeinen* sozialen Nutzen finden sich in verschiedenen Variationen in der Rechtsprechung zum Risiko, das von Bäumen in besiedelten Gebieten ausgeht. Viele Gerichte wiesen darauf hin, dass das Risiko keine Gefahr darstellen könne, da ansonsten sämtliche größeren Bäume in besiedelten Gebieten entfernt werden müssten.⁷³ Andere Gerichte argumentierten, dass ein Baumbestand in besiedelten Gebieten „begrüßenswert“⁷⁴ sei, „vielfältige[...] positive[...] Wirkungen“⁷⁵ habe und „für gesunde Wohnverhältnisse“⁷⁶ Sorge. Ein Gericht meinte ferner, wer den Schatten eines Baumes auf sein Auto fallen lassen möchte, müsse es auch hinnehmen, dass auch manchmal ein Ast darauf falle.⁷⁷ Der Schatten- und Astwurf werden hier als zwei Seiten derselben Medaille dargestellt.

Kosten-Nutzen-Abwägungen anderer Art finden sich in der Debatte um die Corona-Pandemie. Das Corona-Virus birgt – anders als der motorisierte Straßenverkehr oder Bäume – selbst keinen Nutzen, sondern nur ein Erkrankungsrisiko. Kosten-Nutzen-Abwägungen können also nur in der Gestalt angestellt werden, dass die Nachteile der *Gefahrenabwehrmaßnahmen* mit den Risiken des Virus verglichen werden. Dementsprechend fordert *Murswiek*, bei der Bewertung der

⁷² *W. Lanz*, Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, S. 192.

⁷³ HessVGH, Urteil v. 06.08.1992 – 3 UE 2486/91, juris, Rn. 30; OLG Hamm, Urteil v. 10.12.1996 – 9 U 128/96, juris, Rn. 8; OVG SL, Urteil v. 29.09.1998 – 2 R 2/98, juris, Rn. 42; VG Ansbach, Urteil v. 24.03.2004 – AN 15 K 02.00322, juris, Rn. 33; Urteil v. 21.09.2005 – AN 15 K 05.01716, juris, Rn. 26; OLG Karlsruhe, Urteil v. 21.10.2010 – 12 U 103/10, juris, Rn. 18; VG München, Urteil v. 02.07.2012 – M 8 K 11.4105, juris, Rn. 36; VG Weimar, Urteil v. 04.08.2014 – 7 K 1392/12 We, juris, Rn. 61; VG Gelsenkirchen, Urteil v. 04.02.2015 – 6 K 2442/12, juris, Rn. 23; VG Augsburg, Urteil v. 23.07.2015 – Au 2 K 15.111, juris, Rn. 33; VG Bayreuth, Urteil v. 16.09.2015 – B 2 K 15.493, juris, Rn. 31; VG München, Urteil v. 18.01.2016 – M 8 K 14.3180, juris, Rn. 52; OVG Bln-Bbg, Beschluss v. 16.02.2016 – OVG 11 S 84.15, juris, Rn. 10.

⁷⁴ OLG Karlsruhe, Urteil v. 21.10.2010 – 12 U 103/10, juris, Rn. 18.

⁷⁵ OVG Bln-Bbg, Beschluss v. 16.02.2016 – OVG 11 S 84.15, juris, Rn. 10.

⁷⁶ OVG RP, Urteil v. 26.09.1996 – 1 A 12331/95, juris, Rn. 20.

⁷⁷ OLG Koblenz, Urteil v. 02.03.1998 – 12 U 246/97, juris, Rn. 9.

Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie den Nutzen der Maßnahmen mit ihren „Nachteilen und Kollateralschäden“ abzuwägen.⁷⁸ Letztere seien nicht nur ökonomischer Art (etwa durch Kurzarbeit, Gewinneinbuße, Konkurse etc.), sondern auch ideeller Natur (Einbuße an sozialen Kontakten, schlechtere Bildung von Schülerinnen und Schülern etc.).⁷⁹ Ferner führten die Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie ihrerseits zu Todesfällen und Erkrankungen, etwa dadurch, dass Patientinnen und Patienten mit Behandlungsbedarf Krankenhäuser mieden, wichtige Behandlungen in Erwartung behandlungsbedürftiger Corona-Patientinnen und -Patienten aufgeschoben würden und die Zahl an Patientinnen und Patienten mit psychischen Erkrankungen zunehme.⁸⁰ Auch der Deutsche Ethikrat wies bereits im März 2020 auf die ökonomischen, kulturellen, politischen und psychosozialen Schäden durch die Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie hin.⁸¹

⁷⁸ D. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 33 ff., <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); ders., NVwZ-Extra 2021, 1 (11 ff.); ders., Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁷⁹ D. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 33 ff., <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); ders., NVwZ-Extra 2021, 1 (11 ff.); ders., Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023). Auch Uwe Volkmann weist vorsichtig auf die politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Folgeschäden der Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie hin, siehe U. Volkmann, Verfassungsblog, 20.03.2020, <https://doi.org/10.17176/20200320-122803-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁸⁰ D. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 33 ff., <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); ders., NVwZ-Extra 2021, 1 (11 ff.); ders., Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023); aus medizinischer Sicht m. w. N. J. P. Ioannidis/S. Cripps/M. A. Tanner, International Journal of Forecasting 38 (2022), 423, <https://doi.org/10.1016/j.ijforecast.2020.08.004> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁸¹ Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, S. 5 f., <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

C. Bewertung

Im Folgenden werden die Kriterien, die laut obiger Analyse zur Beschreibung allgemeiner Lebensrisiken in Literatur und Rechtsprechung Verwendung gefunden haben, einer Bewertung unterzogen. Dabei wird die Perspektive auf das öffentliche Gefahrenabwehrrecht verengt. Es wird also untersucht, ob sich die Abgrenzung abzuwehrender Gefahren von hinzunehmenden allgemeinen Lebensrisiken über die soeben dargestellten Kriterien vollziehen lässt. Das heißt: Lassen sich allgemeine Lebensrisiken von Gefahren darüber abgrenzen, dass erstere erlaubt, abstrakt/latent, natürlich, unbeherrschbar, sozialadäquat/normal/üblich sind und/oder der Nutzen des Sachverhalts das Risiko überwiegt?

I. Verhältnis zur Je-desto-Formel

Zur Beantwortung dieser Frage sei zunächst das Verhältnis der soeben herausgearbeiteten Kriterien, die mit dem Topos des allgemeinen Lebensrisikos verbunden werden, zur herkömmlichen Je-desto-Formel thematisiert. In den analysierten Textstellen wird auf diese Frage nicht eingegangen. Dies liegt nicht nur daran, dass sich zivil- und strafrechtliche Autoren und Gerichte naturgemäß nicht zur öffentlichrechtlichen Je-desto-Formel äußern. Auch in den öffentlichrechtlichen Bezugnahmen auf die genannten Kriterien bleibt ihr Verhältnis zur herkömmlichen Je-desto-Formel unbesprochen.

Da die Autoren und Gerichte argumentieren, die fraglichen Risiken seien *aufgrund* ihrer Erlaubtheit, Abstraktheit bzw. Latenz, Natürlichkeit, Unbeherrschbarkeit, Sozialadäquanz oder aufgrund von Kosten-Nutzen-Abwägungen rechtlich akzeptabel, liegt der Schluss nahe, dass sie die Kriterien als hinreichend für die Qualifikation eines Risikos als allgemeines Lebensrisiko erachten. In diesem Fall träten die genannten Kriterien – sofern sie denn für plausibel erachtet werden – an die Stelle der Je-desto-Formel. Dies kann in dieser Pauschalität jedoch nicht überzeugen. Im Folgenden wird gezeigt werden, dass sich die Kriterien der Abstraktheit bzw. Latenz, der Natürlichkeit sowie der Unbeherrschbarkeit nicht zur Risikobewertung eignen. Demgegenüber hat das Kriterium der Erlaubtheit insofern einen Anwendungsbereich, als gesetzlich erlaubte Risiken aufgrund des

Vorrangs des Gesetzes keine abzuwehrenden Gefahren darstellen. Ist ein Risiko erlaubt, kommt die Je-desto-Formel bei der einfachrechtlichen Risikobewertung daher nicht zur Anwendung. Das Kriterium der Erlaubtheit macht Überlegungen zur hinreichenden Schadenswahrscheinlichkeit obsolet.

Der Hauptanwendungsbereich des Topos des allgemeinen Lebensrisikos ist indes im Bereich gesetzlich nicht eindeutig erlaubter oder verbotener Risiken zu verorten. Die Je-desto-Formel ist hier – wie eingangs der Untersuchung argumentiert wurde – das alleinige Kriterium bei der rechtlichen Risikobewertung, wenn die grundsätzliche Missbilligung des fraglichen Risikos offensichtlich ist. In diesen Fällen stellt sich nur die Frage, ob die (grundsätzlich missbilligte) Schadensmöglichkeit angesichts der zu erwartenden Schadenshöhe hinreichend wahrscheinlich ist, dass man das Risiko als Gefahr bewerten würde. In allen anderen Fällen ist die Je-desto-Formel zwar ein wesentliches, jedoch nicht das alleinige Kriterium bei der rechtlichen Risikobewertung. Indem die Je-desto-Formel ausschließlich das Maß der Bedrohung eines Rechtsguts in den Blick nimmt, blendet sie den sozialen Kontext und damit die Gründe aus, die positiv für die Akzeptabilität von Risiken sprechen können. Insofern ist die Je-desto-Formel ergänzungsbedürftig. Die Arbeit wird diesbezüglich zeigen, dass ein mit einem Risiko korrespondierender Nutzen sowie die rechtlich gebilligte Tradition eines Risikos für seine rechtliche Akzeptabilität sprechen können. Im ersten Fall wird die Je-desto-Formel durch Nutzenerwägungen ergänzt. Im zweiten Fall erlangt die Je-desto-Formel nur insofern Bedeutung, als sie Ausdruck der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht ist.

Ferner bietet die Arbeit ein Kriterium zweiter Ordnung an – die Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation auf Seiten der vom Risiko unfreiwillig Betroffenen –, das auf die Bestimmung der Eintrittswahrscheinlichkeit und der Schadenshöhe, in der Je-desto-Formel ausgedrückte Kriterien erster Ordnung, Einfluss hat.

II. Erlaubtheit

Geht das zu bewertende Risiko von Grundrechtsträgern aus, die von ihren Freiheitsrechten Gebrauch machen, kann eine spezifische Risikobewertung aus dem hinter der einfachrechtlichen Gefahrenbeurteilung liegenden Verfassungskonflikt folgen: Die verfassungsrechtlich gedeckte Betätigung grundrechtlicher Freiheiten kann keine einfachrechtliche Gefahr darstellen.¹

¹ Vgl. zum Schutzgut des Bestandes des Staates sowie seiner Einrichtungen und Veranstaltungen *F. Schoch*, in: *F. Schoch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 266: „Be-

Mit dem Topos des allgemeinen Lebensrisikos wird jedoch in der Regel in Fällen argumentiert, in denen das Risiko entweder nicht von menschlichem Verhalten ausgeht – und damit keine Grundrechtsträger von ihren Freiheitsrechten Gebrauch machen – oder aus der Verfassung keine eindeutige Auflösung des Verfassungskonflikts folgt. In letzteren Fällen bedeutet dies, dass der Gesetzgeber einen Spielraum bezüglich der Frage hat, wie er die Interessen der Risikoverursacher mit jenen der Schutzsuchenden in Ausgleich bringen möchte.

Erlaubt der Gesetzgeber ein bestimmtes Risiko (und steht die Rechtmäßigkeit der Erlaubnis nicht in Frage), ist das Risiko aufgrund des Vorrangs des Gesetzes keine abzuwehrende Gefahr; ein Rekurs auf alternative Begründungsansätze ist unnötig. In diesem Fall steht der Begriff des allgemeinen Lebensrisikos schlicht für das hinzunehmende, da gesetzlich erlaubte Risiko. Weitergehende Konzepte, warum das Risiko hinzunehmen sei, werden mit dem Begriff hier nicht verbunden und sind wegen des Vorrangs des Gesetzes auch obsolet. Das Führen eines Kraftfahrzeugs unter Einhaltung aller Verkehrsregeln stellt aufgrund der gesetzlichen Zulassung dieser Risikoerzeugung beispielsweise keine Gefahr dar.

Wenngleich alternative Begründungen für die Akzeptabilität eines Risikos bei eindeutiger gesetzlicher Billigung des fraglichen Risikos obsolet sind, so ist es nicht falsch, das gesetzlich erlaubte – und daher hinzunehmende – Risiko als allgemeines Lebensrisiko zu bezeichnen. Umgekehrt liegt bei einem hinreichend wahrscheinlichen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ja auch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vor.

Dementsprechend knüpfte das Verwaltungsgericht Sigmaringen in seinem Beschluss zur Aberkennung des Rechts, Fahrzeuge aller Art zu führen, die Abgrenzung zwischen einer abzuwehrenden Gefahr und dem hinzunehmenden allgemeinen Lebensrisiko daran, ob das jeweilige Fahrzeug fahrerlaubnispflichtig oder fahrerlaubnisfrei war.² Es rechtfertigte seine Risikobewertung also mit der (interpretierten) Systematik des Gesetzes.

Zu befürworten ist daher auch das Argument vieler Gerichte, dass die Risiken, die von gesunden Bäumen ausgehen, allgemeine Lebensrisiken seien, weil ansonsten sämtliche größeren Bäume aus besiedelten Gebieten entfernt werden müssten und diese Folge nicht mit dem Sinn bzw. Schutzzweck der Baumschutz-

stand und Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen werden durch *grundrechtlich geschütztes Verhalten* nicht gefährdet“; Hervorhebung im Original; T. Kingreen/R. Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, § 7 Rn. 37: „[...] rechtmäßiger Gebrauch grundrechtlicher Freiheit ist, auch wenn er für das Funktionieren der Einrichtungen und Veranstaltungen lästig ist, hinzunehmen [...].“

² VG Sigmaringen, Beschluss v. 28.01.2002 – 4 K 2083/01, juris, Rn. 29 f.

verordnung³ bzw. -satzung⁴ in Einklang stünde bzw. der Baumschutz sonst leerliefe⁵. Sie grenzen Gefahren von allgemeinen Lebensrisiken also über den (von ihnen interpretierten) Schutzzweck der einschlägigen Gesetze ab.

Da das Konzept des allgemeinen Lebensrisikos zwar nicht falsch, jedoch obsolet ist in Fällen, in denen der Gesetzgeber das fragliche Risiko erlaubt hat, wird in der Rechtsprechungspraxis mit dem Topos des allgemeinen Lebensrisikos in der Regel in Konstellationen argumentiert, in denen der Gesetzgeber über die Zulässigkeit der Risiken nicht entschieden hat⁶, über die gesetzliche Zulassung aufgrund der auslegungsbedürftigen positivrechtlichen Grundlage berechtigterweise Streit bestehen kann oder die Rechtmäßigkeit der gesetzlichen Zulassung, das heißt die Vereinbarkeit der Erlaubnis mit höherrangigem Recht, zur Frage steht.

Während das Verwaltungsgericht Freiburg hinsichtlich der Gefahren durch Windspitzen beispielsweise keine normativen Vorgaben zur Risikobewertung erblicken konnte,⁷ argumentierte die beklagte Gemeinde, dass „sowohl der Bundes- als auch der Landesgesetzgeber mit der gleichrangigen Zulassung der geschlossenen Bauweise neben der offenen Bauweise klargestellt [hätten], dass die geschlossene Fassadenbauweise für sich genommen keine gravierende generelle Gefahr darstelle.“⁸ Ferner berief sie sich darauf, „dass der Wind von keiner öffentlich-rechtlichen Bestimmung als explizite Gefahrenquelle benannt werde“, weshalb von einer Gefahr nur dann auszugehen sei, „wenn geradezu katastrophal orkanartige Windverhältnisse als Regelfall aufzutreten drohten.“⁹ Sie argumentierte also mit den (wiederum von ihr interpretierten) Normtexten. Aufgrund des Vorrangs des Gesetzes konnte ihre Position nur mit einer gegenläufigen Auslegung der einschlägigen Gesetze, einer Bestreitung ihrer Aussagekraft im spezifischen Fall oder einer gegenläufigen Auslegung höherrangigen Rechts angegriffen werden. Das Verwaltungsgericht Freiburg wählte die zweite Möglichkeit, wenngleich sie im Ergebnis mit der Gemeinde übereinstimmte: Die Bestreitung der Aussagekraft der Gesetze im spezifischen Fall.

³ VG Ansbach, Urteil v. 24.03.2004 – AN 15 K 02.00322, juris, Rn. 33; Urteil v. 21.09.2005 – AN 15 K 05.01716, juris, Rn. 26; VG Bayreuth, Urteil v. 16.09.2015 – B 2 K 15.493, juris, Rn. 31.

⁴ VG Weimar, Urteil v. 04.08.2014 – 7 K 1392/12 We, juris, Rn. 60.

⁵ HessVGH, Urteil v. 06.08.1992 – 3 UE 2486/91, juris, Rn. 30.

⁶ Einige Gerichte rechtfertigen ihren Rekurs auf den Topos des allgemeinen Lebensrisikos explizit damit, dass die im jeweiligen Fall erforderliche Risikobewertung gesetzlich nicht determiniert sei, siehe HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1100; BayVGH, Urteil v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040 u. a., juris, Rn. 550; VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 95.

⁷ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 95.

⁸ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 36.

⁹ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 38.

Ferner wurde eingangs der Untersuchung dargestellt, dass die Existenz von gesetzlichen *Verboten* (im Gegensatz zu Erlaubnissen) dann zu keiner eindeutigen gesetzlichen Missbilligung der fraglichen Risiken führt, wenn die Normen, die das Verbot formulieren, am Rechtsgüterschutz ausgerichtet sind und kein konkretes riskantes oder schädigendes Verhalten verbieten.

Dass auslegungsfähige Rechtsnormen existieren, bedeutet also keineswegs, dass sich die Risikobewertung in diesen Fällen in einer Betrachtung der Wahrscheinlichkeit eines Normverstoßes in Relation zum erwarteten Schadensausmaß bzw. in einem Verweis auf den Vorrang des Gesetzes erschöpft. Vielmehr erlangen die Kriterien, welche die Je-desto-Formel ergänzen, über die Auslegung des positiven Rechts Bedeutung. Das Argumentieren mit dem Topos des allgemeinen Lebensrisikos bzw. mit den hinter ihm stehenden Kriterien darf sich insofern nur nicht in Widerspruch zur positiven Rechtsordnung setzen. Als Argument bei der (strittigen) Auslegung des positiven Rechts ist der Topos des allgemeinen Lebensrisikos selbstverständlich zulässig, wenn die hinter ihm stehenden – und im Folgenden zu untersuchenden – Argumente valide sind.

III. Abstraktheit und Latenz

Einige Gerichte begründen positiv das Vorliegen eines allgemeinen Lebensrisikos bzw. negativ das Nicht-Vorliegen einer konkreten Gefahr mit der Abstraktheit bzw. Latenz des Risikos. Es liegt jedoch weder eine abstrakte noch eine latente Gefahr nach herkömmlichem Begriffsverständnis vor.

1. Die abstrakte Gefahr

In der Regel wird betont, was die konkrete und abstrakte Gefahr *nicht* voneinander unterscheidet: Sie unterscheiden sich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht im Wahrscheinlichkeitsgrad des Schadenseintritts.¹⁰ Ihr Unterschied liege – so das Bundesverwaltungsgericht – im Bezugspunkt der Gefahrenprognose: Die konkrete Gefahr sei auf den Einzelfall bezogen, die abstrakte auf den typischen Fall.¹¹ Diese Formel des Bundesverwaltungsgerichts ist nicht falsch, jedoch ungenau.

¹⁰ BVerwG, NJW 1970, 1890 (1892); Urteil v. 12.07.1973 – I C 2372, BeckRS 1973, 31321735, II. 2. b) bb); BVerwGE 116, 347 (351) – Niedersächsische Gefahrtierverordnung [2002].

¹¹ BVerwG, NJW 1970, 1890 (1892); Urteil v. 12.07.1973 – I C 2372, BeckRS 1973, 31321735, II. 2. b) bb); BVerwGE 116, 347 (351 f.) – Niedersächsische Gefahrtierverordnung [2002].

a) Die Struktur von Wahrscheinlichkeitsurteilen nach Poscher

Gründlicher hat *Ralf Poscher* die allgemeine Struktur von Wahrscheinlichkeitsurteilen herausgearbeitet. Wahrscheinlichkeitsurteile versteht er frequentialistisch bzw. statistisch „als Aussagen auf der Grundlage einer relativen Häufigkeitsverteilung in einer Menge von Ereignissen“¹². Er hat dargelegt, dass alle derart verstandenen Wahrscheinlichkeitsurteile – konkrete und abstrakte Gefahr, allgemeine Gefahrenlage, Risiko – zwei Strukturmerkmale aufweisen, die sie kennzeichnen und voneinander unterscheiden: Zum einen unterscheiden sie sich in der Bildung der Ereignisklassen, auf die sich das Wahrscheinlichkeitsurteil bezieht, zum anderen im Grad der Konkretisierung der befürchteten Schadensergebnisse.¹³

Die konkrete Gefahr ist nach *Poscher* in beiden Punkten konkret: Sowohl im Hinblick auf die Bildung der Klasse von Ereignissen, auf deren Grundlage das Wahrscheinlichkeitsurteil gefällt wird, als auch im Hinblick auf den Grad der Konkretisierung des Schadensergebnisses.¹⁴ Von der abstrakten Gefahr unterscheidet sich die konkrete Gefahr in der Bildung der Ereignisklasse dadurch, dass die Ereignisklasse anhand aller relevanten Merkmale des Einzelfalles gebildet werde.¹⁵ Die Bildung der Ereignisklasse richte sich also nach den relevanten Merkmalen des konkreten Falles. Das Urteil einer abstrakten Gefahr beziehe sich hingegen auf alle typischen Merkmale einer Klasse von Ereignissen.¹⁶ Um *Poschers* treffende Unterscheidung zu exemplifizieren, sei folgendes eigenes Beispiel gebildet: Die Frage, wie wahrscheinlich es ist, dass Brücken einer bestimmten Bauart zusammenstürzen (Frage nach der abstrakten Gefahr), würde auf Grundlage aller verfügbaren Informationen über die typischen Merkmale der Brücken dieser Bauart entschieden. Einfließen könnte in die Gefahrenprognose die typische Materialermüdung und die typischerweise zu erwartende Belastung der Brücken. Fragte man nach der Wahrscheinlichkeit, dass eine bestimmte Brücke einstürzt (Frage nach der konkreten Gefahr), flößen in die Gefahrenprognose alle relevanten Merkmale der konkreten Brücke ein. Relevant könnte sein, dass die konkrete Brücke auf besonders porösem Untergrund gebaut ist. Die Klasse von Ereignissen würde in diesem Fall anhand aller Brücken dieser Bauart gebildet werden, die auf porösem Untergrund stehen.

¹² *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (353).

¹³ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (355 f.).

¹⁴ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (363 f.).

¹⁵ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (360, 363).

¹⁶ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (360).

b) Zur Typizität des Einzelfalls

Im Folgenden sei näher beleuchtet, was aus der unterschiedlichen Bildung der Ereignisklassen für das Verhältnis zwischen konkreter und abstrakter Gefahr folgt.

Der Einzelfall, anhand dessen relevanter Merkmale die Ereignisklasse gebildet wird, auf der das Urteil einer konkreten Gefahr beruht, kann zugleich Element einer Menge von typischen Ereignissen sein, anhand derer das Wahrscheinlichkeitsurteil einer abstrakten Gefahr gefällt wird. Dies ist immer dann der Fall, wenn der konkrete Fall ein typischer ist, da dem abstrakten Gefahrenurteil die Menge aller typischen Ereignisse zugrunde liegt. Stellte man beispielsweise fest, dass Fahrstühle ohne Fahrkorbtür typischerweise die Wahrscheinlichkeit begründen, dass Personen zu Schaden kommen, so läge in Bezug auf alle Fahrstühle ohne Fahrkorbtür eine abstrakte Gefahr vor.¹⁷ Bezogen auf den typischen Fahrstuhl, der keine relevanten, vom abstrakten Wahrscheinlichkeitsurteil abweichenden Merkmale aufweist, läge überdies eine konkrete Gefahr vor.¹⁸ Hinsichtlich eines Fahrstuhls, der sich in einem durchschnittlichen Wohnhaus befindet, fallen das abstrakte und konkrete Wahrscheinlichkeitsurteil also gleich aus. Das abstrakte und konkrete Gefahrenurteil fallen gleich aus, da der konkrete Fahrstuhl ein typisches Exemplar des Fahrstuhls ohne Fahrkorbtür ist, der dem abstrakten Gefahrenurteil zugrunde liegt. Aus der abstrakten Gefahr folgt immer das Vorliegen einer konkreten Gefahr beim typischen Einzelfall.

Anders sieht es bei untypischen Einzelfällen aus. Die Bildung der Ereignisklasse anhand typischer Merkmale im Falle der abstrakten Gefahr bedeutet umgekehrt, dass atypische Merkmale im Gefahrenurteil keine Berücksichtigung finden. Sachverhalte, die vom abstrakten Gefahrenurteil erfasst werden, können jedoch aufgrund atypischer, im abstrakten Gefahrenurteil nicht berücksichtigter Merkmale ein abweichendes Gefährdungspotenzial aufweisen. Stellte man fest, dass Fahrstühle ohne Fahrkorbtür überproportional häufig im Vergleich zu Fahrstühlen mit Fahrkorbtür zu Unfällen führen, so läge – wie oben bereits dargestellt – hinsichtlich aller Fahrstühle ohne Fahrkorbtür eine abstrakte Gefahr vor. Eine Verordnung, die Fahrstühle ohne Fahrkorbtür deshalb verböte, fände dementsprechend auf alle Fahrstühle ohne Fahrkorbtür Anwendung. Irrelevant wäre, dass von einem konkreten Fahrstuhl ohne Fahrkorbtür keine besonderen Risiken ausgehen, da er in einem Sportleistungszentrum steht.¹⁹ Das Problematische an

¹⁷ BVerwG, Urteil v. 12.07.1973 – I C 2372, BeckRS 1973, 31321735; R. Poscher, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (360).

¹⁸ BVerwG, Urteil v. 12.07.1973 – I C 2372, BeckRS 1973, 31321735, II. 2. b) bb); T. Kingreen/R. Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 12.

¹⁹ Das Beispiel ist von R. Poscher, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (360) übernommen.

der Beurteilung der abstrakten Gefahr anhand typischer Merkmale einer Ereignisklasse ist also, dass die Besonderheit einzelner Sachverhalte, also das Konkrete, unberücksichtigt bleibt.

Bekannt ist dieses Problem aus der gleichheitsrechtlich geprägten Diskussion zu den Typisierungsspielräumen des Gesetz- und Verordnungsgebers. Typisierungen bedeuten, von bestimmten Merkmalen des Einzelfalls abzusehen. Dies kann in Konflikt mit gleichheitsrechtlichen Bindungen geraten, die verlangen, relevante Unterschiede in den Sachverhalten rechtlich abzubilden. Gerechtfertigt werden Typisierungen damit, dass sie dem Erlass abstrakt-genereller Regelungen inhärent seien,²⁰ sowie mit Praktikabilitätsabwägungen, insbesondere bei der Regelung von Massenerscheinungen²¹.

c) Die Bedeutung des Kriteriums der Abstraktheit für die Qualifikation allgemeiner Lebensrisiken

Was bedeutet dies für die Qualifikation der Risiken, die als ‚allgemeine Lebensrisiken‘ bezeichnet werden? Sind diese Risiken „abstrakt“? Lassen sich allgemeine Lebensrisiken von Gefahren über ihre „Abstraktheit“ abgrenzen?

Die Frage wird exemplarisch anhand der Risiken, die von Bäumen ausgehen, beantwortet, da das Argument, die fraglichen Risiken seien bloß „abstrakt“ und daher keine konkreten Gefahren, dort die größte Verbreitung gefunden hat. Die Antwort lässt sich jedoch auf alle Fallgestaltungen, in denen unter Rückgriff auf den Begriff des allgemeinen Lebensrisikos das Nichtvorliegen einer konkreten Gefahr begründet wird, übertragen.

Wird prognostiziert, wie wahrscheinlich es ist, dass ein Ast an einem bestimmten Baum abbricht, geht es um den Einzelfall, mithin das Vorliegen einer konkreten Gefahr. Bei den ergangenen Gerichtsentscheidungen stand nicht zur Frage, ob ein bestimmter Baum ein vom typischen Baum abweichendes Gefährdungspotenzial aufweist. Wenn keine konkrete Gefahr vorliegt, liegt mithin gar keine Gefahr, auch keine abstrakte, vor. Bestünde eine abstrakte Gefahr in Bezug auf eine bestimmte Baumgattung und wäre der konkrete Baum ein typisches Exem-

²⁰ BVerfGE 11, 245 (254) – Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz [1960]: „Jede gesetzliche Regelung muß generalisieren“; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 121: „Untypische, singuläre Einzelfälle werden demgegenüber auch deshalb nicht erfasst, weil ein Gesetz aufgrund seines abstrakt-generellen Charakters notwendigerweise typisieren muss und der Gesetzgeber Ausreißer gar nicht vorhersehen kann“; *ders.*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 123: „Ausgehend von dem *Grundgedanken*, dass der Gesetzgeber stets generalisieren muss [...]“; Hervorhebung im Original.

²¹ St. Rspr. des BVerfG, siehe zum Beispiel BVerfGE 9, 20 (32) – Arbeitslosenhilfe [1958]; 17, 1 (23) – Waisenrente [1963]; zuletzt BVerfG, Beschluss v. 29.01.2019 – 2 BvC 62/14, juris, Rn. 47.

plar seiner Gattung, so läge neben einer abstrakten Gefahr zugleich immer eine konkrete Gefahr in Bezug auf den konkreten, typischen Baum dieser Gattung vor. Die Begründung der Rechtsprechung, die Baumrisiken seien keine konkreten Gefahren, sondern allgemeine Lebensrisiken, da sie „abstrakt“ seien, ist also falsch.

Allgemeine Lebensrisiken sind folglich nicht als Synonym zu abstrakten Gefahren zu verstehen. Sie schließen sich vielmehr gegenseitig aus. Auch abstrakte – und nicht nur konkrete – Gefahren sind grundsätzlich nicht hinnehmbare Risiken. Demgegenüber sind allgemeine Lebensrisiken akzeptable Risiken.

2. Die latente Gefahr

Sind allgemeine Lebensrisiken möglicherweise mit „latenten“ Gefahren gleichzusetzen? Der Begriff der latenten Gefahr wurde in der Vergangenheit von der Rechtsprechung für Konstellationen verwendet, in denen eine Sachlage zum Zeitpunkt der Risikobeurteilung keine Gefahr darstellte, jedoch in der Zukunft durch das Hinzukommen externer Faktoren in eine konkrete Gefahr umschlagen konnte.²² Die Rechtsprechung prägte den Begriff der latenten Gefahr in diesen Fällen, um die Zustandsverantwortlichkeit des ‚latenten Gefährders‘ zu begründen. Daher wird die Figur der latenten Gefahr von der Literatur überwiegend bei der Frage nach der polizeirechtlichen (Zustands-)Verantwortlichkeit verortet²³ und gilt als irreführend²⁴: Ob eine Sachlage eine Gefahr darstelle und wer für deren Verursachung als Störer in Anspruch genommen werden könne, richte sich nach den allgemeinen Grundsätzen zum Gefahr- sowie Störerbegriff. Dem ist zuzustimmen. Das allgemeine Lebensrisiko ist also weder als Synonym zur latenten noch zur abstrakten Gefahr zu verstehen.

Auffallend ist gleichwohl, dass der Begriff der latenten Gefahr in den hier besprochenen Entscheidungen zu bruchanfalligen Bäumen anders als von der Rechtsprechung geprägt verwendet wird. Bezüglich der bruchanfalligen Bäume stehen nicht mehrere Verursachungsbeiträge zur Gefahr zur Diskussion, die es erforderlich machen, den Verantwortlichen zu bestimmen. Es geht also nicht um

²² C. Schmelz, BayVBl 2001, 550 (553); F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 399.

²³ C. Schmelz, BayVBl 2001, 550 (552 f.); F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 399. Die Figur des ‚latenten Störers‘ sowohl bei der Zustands- als auch Verhaltensverantwortlichkeit verortend W.-R. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 269. Die Art des Störers offen lassend E. Denninger, in: Lisken/Denninger, Abschnitt D Rn. 67.

²⁴ E. Denninger, in: Lisken/Denninger, Abschnitt D Rn. 67; C. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 131; T. Kingreen/R. Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 30; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 400.

die Frage, wer für Gefahren verantwortlich ist, die sich nun realisiert haben und zu einem früheren Zeitpunkt bloß ‚latent‘ waren. Vielmehr geht es um die Frage, ob von den Bäumen eine Gefahr ausgeht, weil irgendwann – bei einem Sturm oder auch an einem beliebigen Tag dem Anschein nach ‚durch Zufall‘ – ein Ast abbrechen könnte. Der Rechtsprechung scheint es also suspekt zu sein, dass das Schadensergebnis in zeitlicher Hinsicht völlig unbestimmt ist. Es ist zu vermuten, dass ihr Rekurs sowohl auf den Begriff der latenten als auch der abstrakten Gefahr diese Unsicherheit ausdrücken soll²⁵ – wenngleich sich die verwendeten Begrifflichkeiten nach herkömmlichem und zu befürwortendem Verständnis hierfür nicht eignen. Im Folgenden sei daher untersucht, ob die Schadensergebnisse tatsächlich zu unkonkretisiert sind, um die Annahme einer konkreten Gefahr zu tragen.

3. *Hinreichendes Konkretisierungsniveau des Schadensergebnisses*

Dazu sei zunächst das Erfordernis eines hinreichenden Konkretisierungsniveaus des Schadensergebnisses für das Vorliegen einer konkreten Gefahr näher erläutert. Dafür wird wiederum auf *Poschers* Analyse der verschiedenen Wahrscheinlichkeitsurteile zurückgegriffen, da sie eine präzise Diskussion und Erfassung der Voraussetzungen unterschiedlicher rechtlicher Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit ermöglicht. Anschließend werden die Fälle, in denen unter dem Topos allgemeiner Lebensrisiken die Akzeptabilität der fraglichen Risiken begründet wurde, auf ihr Konkretisierungsniveau hinsichtlich der Schadensergebnisse untersucht.

a) Allgemeine Darstellung nach Poscher

Bei der konkreten Gefahr wird nicht nur die Ereignisklasse, auf der die Prognose eines zukünftigen Schadens beruht, anhand aller relevanten Merkmale des konkreten Einzelfalls gebildet.²⁶ Sie setzt ferner einen gewissen Grad an Konkretisierung im Hinblick auf das befürchtete Schadensergebnis voraus.²⁷ *Poscher*

²⁵ Vgl. auch VGH BW, Urteil v. 25.10.2012 – 1 S 1401/11, juris, Rn. 73 f. Das Gericht bewertet die Gefahr eines Tagesbruchs und äußert einerseits, dass man nicht von einer bloß latenten Gefahr sprechen könne, da sich die „latente Gefahr“ in der Nähe des zu bewertenden Grundstücks bereits realisiert habe, andererseits, dass man aufgrund der zeitlichen Unbestimmtheit nicht von einer unmittelbar bevorstehenden Störung ausgehen könne. Angesichts der zeitlichen Unbestimmtheit des Schadenseintritts kommt das Gericht zum Ergebnis, dass eine konkrete Gefahr vorliege.

²⁶ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (360, 363).

²⁷ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (363 ff.). Die Annahme, dass die konkrete Gefahr ein hinreichend konkretisiertes Schadensergebnis voraussetzt, wird breit geteilt, siehe

unterscheidet dabei Konkretisierungen in örtlicher, zeitlicher, sachlicher und personeller Hinsicht.²⁸ Unter dem Begriff der sachlichen Konkretisierung spezifiziert *Poscher* die Art des Schadens, also welches Rechtsgut wie beschädigt zu werden droht.²⁹ Mit personeller Konkretisierung bezieht sich *Poscher* an einer Stelle auf diejenigen, deren Rechtsgüter bedroht sind³⁰, an einer anderen Stelle auf die für die Gefahr Verantwortlichen³¹ (dazu später mehr).

Die konkrete Gefahr erfordert nach *Poscher* nicht, dass das Schadensergebnis in allen Dimensionen konkretisiert ist. Vielmehr sei ein gewisser Grad an Konkretisierung des Schadensergebnisses nötig,³² mit anderen, eigenen Worten ein hinreichendes Konkretisierungsniveau. Diesbezüglich unterscheide sich die konkrete Gefahr beispielsweise von der allgemeinen Gefahrenlage.³³ Beiden liege ein konkretes Wahrscheinlichkeitsurteil bezüglich der Bildung der Ereignisklassen zugrunde, jedoch sei das Schadensergebnis nur bei der konkreten Gefahr hinreichend konkretisiert.³⁴ Merkmal der allgemeinen Gefahrenlage, die im Recht der inneren Sicherheit bei besonders schweren Straftaten, beispielsweise terroristischen Anschlägen, als Eingriffsschwelle in Betracht komme, sei die Unbestimmtheit des Schadensergebnisses in örtlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht (in sachlicher Hinsicht steht meistens grob fest, welche Rechtsgüter bedroht sind):³⁵ Man schätzt die Wahrscheinlichkeit, dass irgendwo ein Anschlag ausgeführt werden wird, hinreichend groß ein, hat jedoch keine Anhaltspunkte, wo, wann, von wem, gegen wen und wie er ausgeführt werden wird.

zum Beispiel *T. Darnstädt*, DVBl 2017, 88 (92): „Eine konkrete Gefahrenprognose scheidet also nicht an dem Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadensereignisses, sondern daran, dass sich das wahrscheinliche Schadensereignis nicht konkret genug beschreiben lässt“ sowie *ders.*, DVBl 2017, 88 (93): „Durch prognostische Erwägungen zu erschließen ist nicht – wie im Recht der Gefahrenabwehr üblich – ein konkretes Schadensereignis, in unserem Fall also ein einzelner mehr oder weniger konkret erkennbarer Terrorakt“; *A. Kulick*, AöR 143 (2018), 175 (177, 181 f.); *M. Wehr*, Jura 41 (2019), 940 (945). Siehe ferner *S. Huster/K. Rudolph*, in: *S. Huster/K. Rudolph* (Hrsg.), *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, S. 9 (12); *K. Bautze*, KJ 2018, 205 (208).

²⁸ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (364); *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 13.

²⁹ *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 13. Noch etwas undeutlich in *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (364).

³⁰ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (364); *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 13.

³¹ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (364, 365).

³² *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (365 f.). Dass ein niedriger Konkretisierungsgrad in einer Dimension durch einen hohen Konkretisierungsgrad in einer anderen Dimension ausgeglichen werden könne, sieht auch *A. Kulick*, AöR 143 (2018), 175 (214 f., 218).

³³ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (364).

³⁴ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (364).

³⁵ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (357, 364 f.).

b) Konkretisierungsniveau allgemeiner Lebensrisiken

In den meisten öffentlichrechtlichen Entscheidungen zum allgemeinen Lebensrisiko sind die Schadensergebnisse in sachlicher, örtlicher und personeller Hinsicht hinreichend bestimmt und nur in zeitlicher Hinsicht völlig unkonkretisiert:

Beispielsweise ist regelmäßig unbekannt, ob bzw. wann ein Ast abbrechen und sich ein Mensch in der Nähe befinden wird. Möglich ist jedoch, den Ort des Schadens sowie mögliche Schadensergebnisse in sachlicher und personeller Hinsicht hinreichend einzugrenzen: Örtlich betroffen von abbrechenden Ästen wäre der Bereich um den streitgegenständlichen Baum, in sachlicher Hinsicht ist mit Personen- oder Sachschäden zu rechnen, personell sind die Personen tangiert, die sich zum Schadenszeitpunkt in der Nähe des Baumes aufhalten oder ihre Sachgüter, beispielsweise ihr Auto, dort abgestellt haben. Eine ähnliche Voraussage des Schadensergebnisses lässt sich in Bezug auf Flugzeugabstürze im Gebiet eines Flughafens oder hinsichtlich des Entweichens radioaktiver Strahlung aus einem Kernkraftwerk treffen.

Die Unmöglichkeit, das Schadensergebnis zeitlich zu konkretisieren, ist nach herkömmlicher Dogmatik kein Hinderungsgrund für die Annahme einer konkreten Gefahr, wenn das Schadensergebnis in allen anderen Dimensionen hinreichend konkretisiert ist. Zwar liegt eine Gefahr grundsätzlich nur dann vor, wenn sich *in absehbarer Zeit*³⁶ ein hinreichend bestimmtes Schadensergebnis realisieren wird. Ist sicher, dass in hundert Jahren ein Blumentopf von der Fensterbank des zweiten Stocks eines bestimmten Hauses auf den Bürgersteig fallen wird, liegt heute noch keine Gefahr vor. Ist der genaue Zeitpunkt jedoch ungewiss und der Schaden könnte sich jederzeit realisieren, darf das Unwissen über den genauen Zeitpunkt des Schadenseintritts im Sinne einer effektiven Gefahrenabwehr nicht dazu führen, dass nicht sofort gehandelt werden darf. Wenn der Schaden sofort eintreten kann, muss auch sofort gehandelt werden (dürfen).³⁷ Entscheidend ist in zeitlicher Hinsicht, dass die Gefahrenabwehrmaßnahme nicht zu spät kommt.

³⁶ BVerfGE 115, 320 (364) – Rasterfahndung [2006]; 141, 220 – BKA-Gesetz [2016], Rn. 111; R. Poscher/B. Rusteberg, JuS 2011, 984 (986 f.); F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 279; W.-R. Schenke, JuS 2018, 505 (506): „Für die Annahme einer konkreten Gefahr ist es [...] nicht erforderlich, dass der Schadenseintritt in besonderer zeitlicher Nähe zu erwarten ist. Es genügt, wenn er in absehbarer Zeit zu erwarten ist. Nicht ausreichend ist es aber, wenn der Schaden erst in zeitlich weiter Ferne droht.“

³⁷ Zur Dauer Gefahr als konkrete Gefahr BVerfGE 115, 320 (364) – Rasterfahndung [2006]; VGH BW, Urteil v. 25.10.2012 – 1 S 1401/11, juris, Rn. 72 ff., OVG NW, Urteil v. 05.07.2013 – 5 A 607/11, juris, Rn. 137; OVG RP, Urteil v. 22.09.2016 – 7 A 11077/15, juris, Rn. 21; B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, S. 225.

In allen hier besprochenen Fällen zum allgemeinen Lebensrisiko besteht eine derartige ‚jederzeit‘ bestehende Schadensmöglichkeit. Beispielsweise kann es jederzeit zu einem Flugzeugabsturz oder dem Umfallen eines Baumes kommen. Am erforderlichen Konkretisierungsniveau des Schadensergebnisses scheitert die Annahme einer konkreten Gefahr also nicht. Dies wird besonders deutlich, wenn man den Fall einer eindeutigen Gefahr imaginiert: Würden 80 % aller Bäume innerhalb eines Jahres umstürzen, würde niemand behaupten, das Konkretisierungsniveau trüge die Annahme einer konkreten Gefahr nicht. Hinsichtlich jeden einzelnen Baumes läge dann eine konkrete Gefahr vor, selbst wenn unbekannt wäre, welcher Baum wann genau umfiele.

Eine gesonderte Beurteilung des Konkretisierungsniveaus ist nur bezüglich der Entscheidungen zu Trunkenheitsfahrten³⁸ angezeigt. Hier weiß niemand, ob bzw. wann auf welchen Strecken ein Mensch mit labiler Alkoholbeziehung erneut unter Alkoholeinfluss ein Fahrzeug führen und Menschen oder Sachen gefährden wird.³⁹

Diese größere Unbestimmtheit des Schadensergebnisses im Vergleich zu den sonstigen Fällen, in denen mit dem Begriff des allgemeinen Lebensrisikos argumentiert wurde, liegt darin begründet, dass das Risiko von einem autonomen System (hier: von einem Menschen, möglich sind jedoch auch Tiere oder Systeme künstlicher Intelligenz) ausgeht, dem aufgrund bestimmter Eigenschaften oder vergangener Verhaltensweisen ein Potenzial zur Gefährdung von Rechtsgütern zugeschrieben wird, das jedoch den Entschluss zur Ausführung von Handlungen, die einen *konkreten* Schaden zur Folge haben, noch nicht gefasst hat. Bei derartigen ‚gefährlichen Verursachern‘ ist der Blick bei der Prognose einer konkreten Gefahr mangels örtlicher, zeitlicher und personeller Konkretisierung des Schadensergebnisses verstärkt auf die autonome Quelle des Risikos zu lenken.⁴⁰ Die personelle Dimension bezeichnet bei der Gefahrenprognose also zwei unterschiedliche Aspekte: jenen der Opfer und jenen der Verursacher⁴¹ eines Schadens. Der Verursacher tritt insbesondere in den soeben beschriebenen Fällen ‚gefährlicher Verursacher‘ in den Vordergrund der Gefahrenprognose. Er ist hier nicht zur Bestimmung der Störereigenschaft relevant, sondern für die Prognose einer Gefahr.

³⁸ VG Sigmaringen, Beschluss v. 28.01.2002 – 4 K 2083/01, juris; VG Augsburg, Beschluss v. 27.07.2007 – Au 3 S 07.00796, juris.

³⁹ Vgl. zu diesem Beispiel *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 13; *A. Kulick*, AöR 143 (2018), 175 (192).

⁴⁰ Siehe dazu im Kontext terroristischer Gefährder nur *A. Kulick*, AöR 143 (2018), 175 (177, 181 f.).

⁴¹ Siehe zur personellen Dimension in seiner Bedeutung als Bezugnahme auf die Verursacher einer Gefahr *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (364, 365); *A. Kulick*, AöR 143 (2018), 175 (177, 181 f.).

Die größere Unbestimmtheit des Schadensergebnisses in derartigen Fällen ‚gefährlicher autonomer Risikoquellen‘ ist nach herkömmlicher Gefahrdogmatik kein Hinderungsgrund für die Annahme einer konkreten Gefahr.⁴² Dementsprechend ist die Eignungsprüfung gem. §§ 2 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 4, 6 Abs. 1 Nr. 1c) StVG i. V. m. § 11 Abs. 1 S. 1 Fahrerlaubnis-Verordnung (FeV) eine spezialgesetzliche Vorschrift zur Gefahrenabwehr, obwohl nicht absehbar ist, wann und wo jemand durch eine zum Führen eines Fahrzeugs nicht geeignete Person einen Schaden erleiden wird.

Das Konkretisierungsniveau der Schadensergebnisse trüge also die Annahme einer konkreten Gefahr in allen Entscheidungen, in denen unter dem Topos des allgemeinen Lebensrisikos die Akzeptabilität eines Risikos begründet wurde.

c) Die Bedeutung zeitlicher Unbestimmtheit für das Wahrscheinlichkeitsurteil

Da das Konkretisierungsniveau – einzeln betrachtet – die Annahme einer konkreten Gefahr trüge, scheint die *Kombination* aus zeitlicher Unbestimmtheit des Schadensergebnisses bei andauernder Schadensmöglichkeit und geringer Eintrittswahrscheinlichkeit die Vorstellung zu befördern, ein Risiko sei als allgemeines Lebensrisiko hinnehmbar. Wenngleich im Ausgangspunkt der Konkretisierungsgrad des Schadensergebnisses auf die *Konkretheit* eines Risikos, der Wahrscheinlichkeitsgrad hingegen auf die Qualifikation eines Risikos als *Gefahr* bezogen ist, stehen beide Kategorien nämlich nicht unverbunden nebeneinander. Dies liegt darin begründet, dass der Konkretisierungsgrad eines Schadensergebnisses und das Wahrscheinlichkeitsurteil negativ miteinander korrelieren. Wie *Poscher* festgestellt hat, gilt: „Je geringer die Anforderungen an die Konkretisierung der befürchteten Schadensergebnisse sind, desto eher wird sich ein positives Gefahrenurteil ergeben.“⁴³ Er bildet das Beispiel, dass die „Wahrscheinlichkeit, dass irgendwann irgendwo durch irgendjemand irgendeine Straftat begangen wird, [...] – in der Regel – größer [ist] als die Wahrscheinlichkeit, dass eine bestimmte Person an einem bestimmten Tag und Ort eine bestimmte Straftat begehen wird“⁴⁴. Dies wird im Folgenden vereinfachend anhand der bei Zufallsexperimenten geltenden Stochastik näher erläutert.

Ein Zufallsexperiment ist dadurch gekennzeichnet, dass wir wissen, welche möglichen Ausgänge es haben kann, aber nicht wissen, welcher Ausgang von den möglichen eintreten wird. Mögliche Ausgänge eines Zufallsexperiments werden ‚Ergebnis‘ genannt. Die Menge aller möglichen Ergebnisse ergibt den

⁴² So auch *M. Möstl*, BayVBl 2018, 156 (158 f.).

⁴³ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (356). Inhaltlich gleich *T. Darnstädt*, DVBl 2017, 88 (92).

⁴⁴ *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (356).

Grundraum Ω . Teilmengen des Grundraums werden Ereignisse genannt. Der Grundraum bei einem klassischen sechsseitigen Würfel ist beispielsweise $\Omega = \{1; 2; 3; 4; 5; 6\}$, das heißt, es können die Zahlen 1, 2, 3, 4, 5 oder 6 fallen. Die Zahlen 1, 2, 3, 4, 5 oder 6 sind also die möglichen Ergebnisse beim Würfeln. Mögliche Ereignisse beim Würfeln wären ‚das Würfeln einer geraden Zahl‘ oder ‚das Würfeln einer sechs‘.

Wie lässt sich die Wahrscheinlichkeit bestimmen, dass ein bestimmtes der möglichen Ereignisse eintritt? Die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses, sofern alle Ergebnisse gleich wahrscheinlich sind (sogenannte *Laplace-Annahme*) ergibt sich aus dem Quotienten der Anzahl der gewünschten Ergebnisse und der Anzahl aller möglichen Ergebnisse. Bei dem klassischen sechsseitigen Würfel gibt es beispielsweise sechs mögliche, gleich wahrscheinliche Ergebnisse. Fragte man nach der Wahrscheinlichkeit, dass die Zahl eins gewürfelt wird, muss die Anzahl möglicher gewünschter Ergebnisse durch die Anzahl aller möglichen Ergebnisse geteilt werden. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine eins gewürfelt wird, beträgt danach ein Sechstel. Fragte man nach der Wahrscheinlichkeit, dass eine gerade Zahl gewürfelt wird, betrüge die Wahrscheinlichkeit 0,5, da drei von sechs möglichen Ergebnissen dem gewünschten Ereignis entsprechen (die Zahlen 2, 4 und 6).

Die Wahrscheinlichkeit, dass irgendein Ergebnis des Grundraums Ω eintritt, ist immer 1. Die Ereignisse sind Teilmengen des Grundraums. Daraus folgt, je mehr Elemente des Grundraums von einem Ereignis erfasst sind, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit dieses Ereignisses. Die Wahrscheinlichkeit, dass irgendeine Zahl zwischen eins und sechs gewürfelt wird, beträgt beispielsweise 1, da das gewünschte Ereignis (eine Zahl zwischen eins und sechs) durch alle möglichen Ergebnisse des Grundraums eintritt. Je mehr das gewünschte Ereignis die Gesamtmenge möglicher Ergebnisse des Grundraums abdeckt, desto größer ist also die Wahrscheinlichkeit, dass das gewünschte Ereignis eintritt.

Die Korrelation zwischen Konkretisierungsniveau des Schadensergebnisses und Wahrscheinlichkeitsgrad des Schadens lässt sich prägnant anhand des Risikos durch Bäume zeigen: Die Wahrscheinlichkeit, dass irgendwann irgendein Baum in Deutschland umfällt oder ein Ast irgendeines Baumes abbricht, ist eins, also sicher. Die Wahrscheinlichkeit, dass irgendwann irgendein Baum in Deutschland umfällt oder ein Ast abbricht *und einen Schaden verursacht*, ist ebenfalls nahezu eins, also nahezu sicher. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein *konkreter* Baum irgendwann umfällt oder ein Ast abbricht und einen Schaden verursacht, ist schon deutlich geringer. Noch geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass von einem konkreten Baum zu einem konkreten Zeitpunkt ein Ast abbricht oder der ganze Baum umfällt und einen Schaden verursacht. Unterteilt man das von einem konkreten Baum ausgehende Dauerrisiko also in unendlich viele ‚Scheiben‘

von Zeitpunkten, ist – bezogen auf den einzelnen Zeitpunkt – die Wahrscheinlichkeit nochmals deutlich geringer als jene des gesamten Zeitraums. Wenn aber die Wahrscheinlichkeit, dass ein konkreter Baum irgendwann umfällt oder ein Ast eines konkreten Baumes abbricht und einen Schaden verursacht, ohnehin schon klein ist, bedeutet dies, dass die Wahrscheinlichkeit, dass ein derartiger Vorfall zu einem konkreten Zeitpunkt eintritt, noch viel kleiner ist.

Kleine ‚Dauerrisiken‘ scheinen unter dem Begriff allgemeiner Lebensrisiken also unter anderem deshalb akzeptiert zu sein, weil die Wahrscheinlichkeit eines zeitlich, örtlich, sachlich und personell *konkretisierten* Schadensergebnisses sehr gering ist. Die Bedeutung der hinreichenden Konkretisierung des Schadensergebnisses für das Wahrscheinlichkeitsurteil schließt an die herkömmliche Gefahrdogmatik an, die den ‚hinreichenden Wahrscheinlichkeitsgrad‘ ins Zentrum ihres Gefahrbegriffs stellt.

Wenngleich viele als ‚allgemeine Lebensrisiken‘ bezeichnete Risiken kleine Dauerrisiken sind, das heißt der Schadenszeitpunkt unbestimmt ist bei gleichzeitiger andauernder Schadensmöglichkeit, so ist die zeitliche Unbestimmtheit des Schadensergebnisses keine begriffliche Voraussetzung allgemeiner Lebensrisiken. Dies zeigt sich bereits daran, dass Dauerrisiken – wie beschrieben – in unendlich viele ‚Scheiben‘ von Zeitpunkten unterteilt werden können, um eine zeitliche Konkretisierung des Schadensergebnisses zu fingieren. Ferner entspricht es dem allgemeinen Sprachempfinden, auch zeitlich konkretisierte Risiken als allgemeine Lebensrisiken zu bezeichnen: Das Risiko, sich bei Regen zu erkälten, ist nicht nur ein allgemeines Lebensrisiko, wenn der Zeitpunkt eines Regenschauers noch nicht feststeht, sondern auch, wenn man bei Regen das Haus verlässt.

4. Zwischenergebnis

Viele als ‚allgemeine Lebensrisiken‘ bezeichnete Risiken sind kleine Dauerrisiken, das heißt, der Schadenszeitpunkt ist unkonkretisiert und die Wahrscheinlichkeit eines Schadens zu einem konkreten Zeitpunkt gering. Die zeitliche Unbestimmtheit des Schadensergebnisses ist jedoch keine begriffliche Voraussetzung allgemeiner Lebensrisiken. Vielmehr befördert die zeitliche Unbestimmtheit eines Schadens bei ohnehin geringer Eintrittswahrscheinlichkeit lediglich die Akzeptanz des in Frage stehenden Risikos, da Eintrittswahrscheinlichkeit und Konkretisierungsgrad des Schadensergebnisses negativ miteinander korrelieren: Je unbestimmter das Schadensergebnis formuliert wird, desto wahrscheinlicher ist sein Eintreten. Das bedeutet umgekehrt, dass die Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden zu einem *konkreten* Zeitpunkt eintritt, geringer ist als die Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden irgendwann eintritt, und damit wiederum die Akzeptanz des zeitlich unkonkretisierten, ohnehin kleinen Risikos positiv beeinflusst.

IV. Natürlichkeit

Oben wurde gezeigt, dass eine Reihe von Gerichtsentscheidungen und Wissenschaftlern das allgemeine Lebensrisiko mit natürlich vorkommenden Risiken bzw. mit den Risiken der Natur und der Unbeherrschbarkeit dieser Natur⁴⁵ in Verbindung bringen. Die Akzeptabilität von Risiken scheint also damit verbunden zu sein, ob die Risiken einen natürlichen Ursprung haben. Im Folgenden wird untersucht, ob für das Vorliegen allgemeiner Lebensrisiken ihr natürlicher Ursprung konstitutiv ist.

Der Begriff der Natur soll im hiesigen Kontext wohl Phänomene bezeichnen, die unabhängig vom Menschen existieren. Er ist damit ein Gegenbegriff zum Menschengemachten oder durch den Menschen Beeinflussten. Damit wirft er jedoch in vielen Fällen Abgrenzungsschwierigkeiten auf. Zwar lassen sich Phänomene benennen, die auch ohne menschliche Beeinflussung existieren. Blitzschläge, Regenfälle und Meteoriteneinschläge gab es – nach dem Stand der Wissenschaft – beispielsweise schon vor dem menschlichen Leben. Ferner gibt es giftige Stoffe, beispielsweise in Pflanzen, die ohne Zutun des Menschen existieren. Viele Phänomene, die *auch* unabhängig vom Menschen existieren, werden heutzutage jedoch von ihm beeinflusst. Die Mehrheit der Klimaforscher führt beispielsweise die Klimaerwärmung auf den Menschen zurück; ist das Klima dann noch ‚Natur‘? Ist der Brand eines Hauses ‚Natur‘, wenn aufgrund eines Blitzschlags ein Kabelbrand (Kabel sind von Menschen erzeugt) eintritt? Ist es die ‚Natur‘, wenn ein Mensch an der ‚natürlichen‘ Krankheit Diabetes Typ 2 stirbt, wenn er zuvor (zu) viel ‚natürlichen‘ Zucker gegessen hat? Oder ist Diabetes Typ 2 eine ‚unnatürliche‘ Krankheit, da die zuckerreichen Lebensmittel nicht der ‚natürlichen‘ Nahrung des Menschen entsprechen oder weil der Zucker erst durch Menschen aus Zuckerrohr oder -rüben gewonnen werden muss? Die Beispiele verdeutlichen, dass die Abgrenzung zwischen Natur und Nicht-Natur schwer zu treffen ist in einem Zeitalter, in dem der Mensch die Prozesse der Welt zu großen Teilen beeinflusst und die Wechselwirkungen zwischen künstlich erschaffenen Dingen und der Natur bedeutsam zunehmen.⁴⁶

Damit kann man zwar Phänomene benennen, die jedenfalls *auch* unabhängig vom Menschen existieren. Diese könnte man als ‚natürliche Phänomene‘ bezeichnen. Ein Grund, warum man Risiken, die von derartigen natürlichen Phäno-

⁴⁵ Zur Frage der Beherrschbarkeit der Natur und der Sinnhaftigkeit von Normen zur Vermeidung von Naturereignissen siehe *M. Kloepfer*, DVBl 2017, 141.

⁴⁶ Auf die Schwierigkeit, von Menschen geschaffene Risiken von Naturgefahren im „Zeitalter antropogener Umweltveränderungen“ abzugrenzen, weisen auch *H. Seiler*, Recht und technische Risiken, S. 55 Fn. 41, *M. Kloepfer*, DVBl 2017, 141 (144 f.) sowie *Health Council of the Netherlands*, Not all risks are equal, S. 62 f. hin.

menen ausgehen, rechtlich hinnehmen sollte, ist jedoch nicht ersichtlich. Zum einen werden von der gefahrenabwehrrechtlichen Generalklausel nach einhelliger Ansicht unter dem Teilschutzgut der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen insbesondere Risiken, die von Naturereignissen ausgehen, erfasst.⁴⁷ Zum anderen missbilligt die deutsche Rechtsordnung bestimmte Risiken, die nicht primär durch den Menschen ausgelöst werden,⁴⁸ sondern einen natürlichen Ursprung haben (das heißt auch unabhängig vom Menschen auftreten) in speziellen Normen. Beispielsweise ermächtigt § 6 Abs. 1 Nr. 20 a) des Tiergesundheitsgesetzes das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, für das Töten seuchenkrank oder verdächtiger Tiere eine Verordnung zu erlassen. Erfasst werden davon – jedenfalls auch – Seuchen, die ohne menschliche Einflussnahme entstehen und somit natürlichen Ursprungs sind. Das natürliche Risiko, das von Tieren ausgeht, die von natürlichen Krankheiten befallen sind, wird von der Rechtsordnung also missbilligt. Auch das Risiko von Blitzschlägen wird für bestimmte bauliche Anlagen nicht hingenommen. Beispielsweise ist nach § 15 Abs. 2 der Landesbauordnung Baden-Württembergs die Anbringung von Blitzschutzanlagen bei besonders blitzgefährdeten Anlagen oder bei Anlagen, bei denen Blitzschlag zu schweren Folgen führen kann, verpflichtend.

Entscheidend für die Pflicht zur Hinnahme eines Risikos als allgemeines Lebensrisiko kann also nicht sein natürlicher Ursprung sein. Ob das Risiko einer Verbreitung des Corona-Virus ein allgemeines Lebensrisiko oder eine Gefahr darstellt, entscheidet sich mithin nicht darüber, ob das Virus einen natürlichen Ursprung hat – etwa von Tieren auf Menschen übertragen wurde – oder ob es in einem chinesischen Labor in Wuhan von Menschen erzeugt wurde.⁴⁹ An den Vorschriften, die die menschliche Einflussnahme in Bezug auf Risiken natürlichen Ursprungs regeln, wird vielmehr deutlich, dass die zentrale Frage jene nach der Beherrschbarkeit bzw. Beeinflussbarkeit und nicht jene nach dem natürlichen Ursprung der Risiken ist. Dies kommt auch schon in den oben analysierten Zitaten zum allgemeinen Lebensrisiko zum Ausdruck, in denen die Natur überwiegend in Verbindung mit ihrer (im jeweiligen Fall zugeschriebenen) Unbeherrschbarkeit genannt wird. Natürliche Phänomene sind also nur ein (für viele offensichtlich plausibles) Beispiel für Risiken, die unbeherrschbar sind (ob dies zutrifft, ist eine andere Frage). Ob sich das Kriterium der Unbeherrschbarkeit von Risiken eignet, um Risiken als hinzunehmende allgemeine Lebensrisiken zu qualifizieren, wird im Folgenden untersucht.

⁴⁷ Siehe nur *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 7 Rn. 4 ff.

⁴⁸ Darauf weist auch *H. Seiler*, Recht und technische Risiken, S. 230 hin.

⁴⁹ Zur Diskussion hinsichtlich des Ursprungs der Corona-Pandemie siehe etwa *Tagesschau*, Neue Debatte über die Labortheorie, <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/corona-china-labor-these-101.html> (zugegriffen am 28.04.2023).

V. Unbeherrschbarkeit

Sind allgemeine Lebensrisiken unbeherrschbare Risiken? Zur Beantwortung dieser Frage wird zunächst eine begriffliche Differenzierung vorgenommen, um anschließend die Frage zu beantworten, ob sich allgemeine Lebensrisiken über ihre Unbeherrschbarkeit von Gefahren abgrenzen lassen.

1. Begriffliche Differenzierung

Es lassen sich beherrschbare und unbeherrschbare Risikoquellen und beherrschbare und unbeherrschbare Verwirklichungen der Risiken (Schäden) unterscheiden. Unbeherrschbare Risikoquellen sind solche, deren Auftreten vom Menschen nicht verhindert werden kann. Zu unbeherrschbaren Risikoquellen gehören beispielsweise riesige Himmelskörper, die möglicherweise die Erde treffen könnten, sowie Blitze und Regenfälle. Das Auftreten von Himmelskörpern, Blitzen und Regenfällen kann nach dem gegenwärtigen Stand von Wissenschaft und Technik nicht verhindert werden. Die Risikoquellen sind somit unbeherrschbar.

Beherrschbare Risikoquellen sind Risikoquellen, deren Erzeugung verboten oder unterlassen bzw. die vernichtet werden können. Das von ihnen ausgehende Risiko ist vollständig beherrschbar, indem die Quelle des Risikos nicht erzeugt bzw. wieder vernichtet wird. Das Risiko, das vom motorisierten Straßenverkehr ausgeht, ließe sich beispielsweise durch ein Verbot des motorisierten Straßenverkehrs bannen. Das Risiko, das von gefährlichen Hunden ausgeht, ist durch ein Verbot ihrer Zucht und Haltung sowie durch die Tötung des vorhandenen Bestandes beherrschbar.

Zum anderen lässt sich eine Unterscheidung treffen in Bezug auf die Beherrschbarkeit des Schadenseintritts, also ob sich die Risiken verwirklichen, die von den Risikoquellen ausgehen. Die Verwirklichung der Risiken kann gänzlich unbeherrschbar oder ganz oder teilweise beherrschbar sein. Das Risiko, dass die Erde von einem riesigen Himmelskörper getroffen wird, ist gänzlich unbeherrschbar. Es gibt beim Stand der Technik keine Möglichkeit, Himmelskörper – jedenfalls ab einer bestimmten Größe – abzufangen. Damit ist beim Beispiel des auf die Erde zusteuernenden Himmelskörpers nicht nur die Risikoquelle (der Himmelskörper) unbeherrschbar, sondern auch die Verwirklichung der möglichen Risiken, das heißt der Schadenseintritt.

Daneben gibt es Risiken, die von unbeherrschbaren Risikoquellen ausgehen, deren Verwirklichung jedoch, also der Schadenseintritt, ganz oder teilweise beherrschbar ist. Beispielsweise ist die Risikoquelle ‚Regenfälle‘ oder ‚Blitzschlag‘ nicht beherrschbar. Der Vorgang ‚Regenfall‘ oder ‚Blitzschlag‘ kann damit nicht verhindert werden. Man kann jedoch Blitzableiter anbringen und Dämme bauen.

Durch diese Maßnahmen verringert sich das Risiko, dass es zu Überschwemmungen bzw. Toten durch Blitzeinschläge kommt.

In der Fallgruppe der beherrschbaren Risikoquellen mit ganz oder teilweise unbeherrschbaren Folgen spielen sich etwa die rechtlichen Fragestellungen im Bereich des Technikrechts ab. Diesbezüglich gibt es zwei mögliche Regelungsinhalte von Normen zum Umgang mit diesen Risiken: Zum einen kann geregelt werden, dass die Risikoquelle nicht erzeugt werden darf bzw. vernichtet werden muss. Ein Beispiel hierfür aus dem Risikorecht wäre das Verbot, Kernenergieanlagen zu errichten bzw. zu betreiben. Ein Beispiel aus dem Gefahrenabwehrrecht wäre das Verbot, Kraftfahrzeuge herzustellen oder auf öffentlichen Straßen zu führen.

Zum anderen kann zwar die Risikoquelle erlaubt werden, jedoch unter gleichzeitiger Regelung, ob bzw. inwieweit die Risiken, die von der Risikoquelle ausgehen, eingedämmt bzw. verringert werden müssen. Beispielsweise lässt sich rechtlich regeln, wie viel getan werden muss, um das von Kernkraftwerken ausgehende Risiko möglichst klein zu halten. Ebenso kann die Benutzung von Kraftfahrzeugen zugelassen werden, jedoch unter gleichzeitiger Regelung, wer zu ihrem Führen geeignet und befähigt ist und wie schnell mit ihnen gefahren werden darf.

Ein Beispiel außerhalb des Technikrechts für eine beherrschbare Risikoquelle mit zum Teil unbeherrschbaren Folgen ist die Frage, ob gefährliche Hunde gezüchtet und gehalten werden dürfen und wenn ja, an welche Bedingungen ihre Zucht und Haltung geknüpft sind. Durch ein Verbot ihrer Zucht und Haltung sowie durch die Tötung vorhandener gefährlicher Hunde wäre die Risikoquelle vollständig vernichtet. Erlaubt man jedoch ihre Zucht oder Haltung, lassen sich die mit Hunden einhergehenden Risiken jedenfalls zum Teil dadurch begrenzen, indem man ihr Ausführen in der Öffentlichkeit beispielsweise an das Anlegen einer Leine oder eines Maulkorbes knüpft.

Im Zusammenhang mit den Risiken, die von Technologien ausgehen, wird teilweise gesetzlich gefordert, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge zu treffen (siehe zum Beispiel § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG). Das Bundesverfassungsgericht legt diese Vorschrift derart aus, dass die Genehmigung für ein Kernkraftwerk nur erteilt werden darf, wenn die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge erreicht wird. Lässt sie sich technisch nicht realisieren, darf die Genehmigung nicht erteilt werden, „die erforderliche Vorsorge wird mithin nicht durch das technisch gegenwärtig Machbare begrenzt“.⁵⁰ Andererseits erkennt das Bundesverfassungsgericht an, dass

⁵⁰ BVerfGE 49, 89 (136) – Kalkar I [1978].

ein gewisses Restrisiko verbleibt.⁵¹ Diese „Ungewißheiten jenseits der Schwelle praktischer Vernunft“⁵² seien unentrinnbar, mithin unbeherrschbar. Damit ist die erforderliche Vorsorge jedenfalls durch das unvollkommene Wissen begrenzt. Im Übrigen ist die Ausführung des Bundesverfassungsgerichts, die erforderliche Vorsorge werde nicht durch das technisch gegenwärtig Machbare begrenzt, etwas irreführend. Jede Technik und jeder Mensch ist fehlbar. Wird eine Technologie zugelassen, geschieht dies mithin in Kenntnis ihrer Fehleranfälligkeit. Gleichzeitig entwickelt sich die Technik stetig weiter; Risiken, die gestern unbekannt oder unbeherrschbar waren, sind es heute vielleicht schon. Mit der Begrenzung der erforderlichen Vorsorge auf den Stand von Wissenschaft und Technik unter gleichzeitiger Zulassung einer Technologie ist also tatsächlich die Reduktion des Risikos auf das Maß des gegenwärtig unbeherrschbaren Risikos gefordert. Dieses übrig bleibende unbeherrschbare Risiko wird dann Restrisiko genannt. Gemeint ist, dass das nach dem Stand des Wissens und der technischen Möglichkeiten verbleibende Risiko lieber hingenommen wird, als gänzlich auf die Risikoquelle zu verzichten. Denn der Verzicht auf die das Risiko bergende Technik bedeutete einen vollständigen Ausschluss des Risikos, das heißt die vollständige Beherrschung des Risikos.

2. Eignung des Kriteriums der Unbeherrschbarkeit zur rechtlichen Qualifikation von Risiken

Wie sieht es nun mit dem Kriterium der Unbeherrschbarkeit aus, um Risiken als allgemeine Lebensrisiken zu qualifizieren? Regeln kann das Recht sinnvollerweise nur Sachverhalte, in denen die Regelbefolgung möglich ist. Unbeherrschbares kann nicht sinnvolles Regelungsobjekt sein, denn die Normbefolgung ist in diesem Fall ausgeschlossen. Dies drückt sich bereits in dem römischen Rechtsgrundsatz aus, dass Unmögliches nicht geschuldet sein kann.⁵³

Eine Regelung setzt also die Beeinflussbarkeit des geregelten Sachverhalts voraus. Sinnlos wäre eine Norm, die den Rechtssubjekten aufgäbe, das Risiko, das von einem auf die Erde zufliegenden Himmelskörper ausgeht, zu vermin-

⁵¹ BVerfGE 49, 89 (143) – Kalkar I [1978].

⁵² BVerfGE 49, 89 (143) – Kalkar I [1978].

⁵³ „Impossibilium nulla obligatio est“, Digesten 50, 17, 185. Siehe ferner *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 11: „Eine Norm, die vorschreiben würde, daß etwas geschehen solle, wovon man von vornherein weiß, daß es notwendigerweise kraft Naturgesetz immer und überall geschehen muß, wäre ebenso sinnlos wie eine Norm, die vorschreiben würde, daß etwas geschehen soll, von dem man von vornherein weiß, daß es kraft Naturgesetz überhaupt nicht geschehen kann.“

dern.⁵⁴ Die unbeherrschbare Verwirklichung von Risiken, die von unbeherrschbaren Risikoquellen ausgeht, ist notwendig hinzunehmen, da normative Handlungsvorschriften nichts an der Existenz dieser Risiken ändern können.

Die unbeherrschbare Verwirklichung von Risiken, die von unbeherrschbaren Risikoquellen ausgeht, kann als allgemeines Lebensrisiko, da ein notwendig hinzunehmendes Risiko, bezeichnet werden. Jedoch scheinen diesbezügliche Fragestellungen fernliegend: Risiken, die unbeherrschbar sind, können schließlich gar nicht abgewehrt werden. Gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen, die zur Bekämpfung unbeherrschbarer Risiken in Grundrechte eingriffen, wären also bereits ungeeignet und daher unverhältnismäßig. Dass sich ein Grundrechtsträger zur Geltendmachung eigener Rechte auf seine Gefährdung durch unbeherrschbare Risiken beruft, ist abwegig, weil er in der Regel wissen wird, dass die öffentliche Gewalt nichts an der Existenz unbeherrschbarer Risiken ändern kann. Tut er es doch, ist sein Begehren aussichtslos, da Unmögliches nicht geschuldet sein kann. Die öffentliche Gewalt ist nicht verpflichtet, unbeherrschbare Risiken (vergeblich) zu verhindern zu versuchen.

Anders gelagert sind Fälle, in denen zwar die Risikoquelle unbeherrschbar ist, jedoch manches getan werden kann, um die Realisierung der Risiken (ganz oder zum Teil) zu verhindern. Ob eine Rechtsordnung das Risiko von Blitzschlägen oder Regenfällen unbegrenzt hinnimmt oder vorschreibt, ob bzw. inwieweit Sicherheitsvorkehrungen gegen die Verwirklichung der Risiken getroffen werden müssen, ist sinnvoller Norminhalt und rechtspositiv Gegenstand von Normen. Mit derartigen Risiken hatte sich etwa das Verwaltungsgericht Freiburg im oben genannten Urteil⁵⁵ zu den Windspitzen zu befassen, deren Auftreten durch die geplante Bebauung befürchtet wurde. Die Entstehung von Wind, also die Risikoquelle, ist ein derart komplexes (globales) Gefüge, dass die Risikoquelle selbst nicht beherrschbar ist. Jedoch kann – wie bei Regenfällen oder Blitzschlägen – manches getan werden, um die möglichen Schäden einzudämmen. Ferner kann die Entstehung von Windspitzen durch Bebauungen gelenkt und (negativ wie positiv) beeinflusst werden. Insofern verlangen die klagenden Nachbarn im Urteil zu den Windspitzen nicht, dass die öffentliche Gewalt die Entstehung von Wind verhindert – dies wäre unmöglich. Sie rügen vielmehr, dass durch die Bebauung eine Häuserschlucht entstünde, die eine Verstärkung des Windes zur Folge haben könne.⁵⁶ Die Häuserschlucht kann sehr wohl verhindert werden, indem

⁵⁴ Noch einen Schritt zurück geht *M. Kloepfer*, DVBl 2017, 141 (143) in Bezug auf Naturkatastrophen, wenn er betont, dass die ‚Natur‘ keine Normadressatin sein kann: „Recht kann damit jedenfalls nicht den Eintritt von Naturkatastrophen verbieten oder ihren Eintritt sanktionieren. ›*Mother Nature*‹ ist keine Normadressatin.“

⁵⁵ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris.

⁵⁶ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 9.

die Baugenehmigung nicht erteilt und die Bebauung nicht ausgeführt wird. Will man begründen, warum die durch die Bebauung beförderten Windrisiken hinzunehmen seien, kann man also nicht auf die Unbeherrschbarkeit des Windes verweisen. Insofern rekurriert das Verwaltungsgericht Freiburg nicht nur darauf, dass der Wind als Naturphänomen unbeeinflussbar ist. Vielmehr argumentiert es, dass selbst die erhöhten Windrisiken, die durch die geplante Häuserschlucht entstehen, sozialadäquat seien.⁵⁷

Aus diesem Grund kann *Volkmanns* Kommentar hinsichtlich der Risiken der Corona-Pandemie nicht überzeugen, dass „ganz generell [...] irgendwann der Punkt kommen [könnte], an dem wir uns eingestehen müssen, dass es Krankheiten gibt, die wir nicht besiegen können, ebenso wenig wie wir den Tod besiegen können.“⁵⁸ Ob eine Gesellschaft die mit der Corona-Pandemie einhergehenden Risiken hinnimmt oder gegen sie vorgeht, entscheidet sich gerade nicht in jenem Bereich der Pandemie, der unbeherrschbar ist. Absurd wäre es etwa, vom Staat zur Erfüllung der ihm obliegenden Schutzpflicht zu verlangen, die Mutation des Virus zu verhindern, da dies nach dem Stand von Wissenschaft und Technik unmöglich ist. Die sozial und rechtlich relevante Frage ist vielmehr jene, ob bzw. welche Maßnahmen ergriffen werden sollten, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik eine Eindämmung der Pandemie versprechen und möglich sind. Könnte man gegen die Verbreitung der Krankheit nichts unternehmen, erübrigte sich ein entsprechender Diskurs. Wenn sich eine Gesellschaft dafür entscheidet, gegen die Risiken der Corona-Pandemie nicht vorzugehen, tut sie das mithin nicht deshalb, weil sie nichts gegen die Risiken unternehmen kann (die Risiken mithin unbeherrschbar sind), sondern weil sie die Risiken aus anderen Gründen für akzeptabel oder die Gefahrenabwehrmaßnahmen im Verhältnis zur Bedrohung für unangemessen erachtet.

Beherrschbare Risiken, die von unbeherrschbaren Risikoquellen ausgehen, sind mithin nicht aufgrund des Kriteriums der Unbeherrschbarkeit hinzunehmende allgemeine Lebensrisiken, weil ihre Realisierung schließlich (ganz oder zum Teil) gesteuert werden kann, mithin beherrschbar ist.

Allerdings kann sich im Bereich (ganz oder zum Teil) beherrschbarer Risiken, die von unbeherrschbaren Risikoquellen ausgehen, die normative⁵⁹ Frage stellen, welche Risiken man vernünftigerweise beherrschen muss, um bestimmte rechtliche Folgen zu vermeiden. Die Frage ist eine normative, da es nicht um die faktische Möglichkeit geht, die Verwirklichung bestimmter Risiken zu verhindern. Was faktisch Unmöglich ist, ist unbeherrschbar. Es geht vielmehr um Fälle,

⁵⁷ VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 103.

⁵⁸ U. *Volkmann*, Verfassungsblog, 20.03.2020, <https://doi.org/10.17176/20200320-122803-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁵⁹ So zum Begriff der höheren Gewalt BGH, NJW-RR 1988, 986 (986).

in welchen die Verhinderung eines Schadens zwar faktisch möglich wäre, der Schadensfall jedoch derart unwahrscheinlich ist, dass mit ihm vernünftigerweise nicht mehr gerechnet werden muss. Treten bestimmte Niederschlagsmengen etwa seltener als alle 100 Jahre auf, stellt sich die Frage, ob das Abwassersystem auch auf derartige ungewöhnliche Niederschlagsmengen vorbereitet sein muss, um haftungsrechtliche Folgen zu vermeiden.⁶⁰

Bekannt sind derartige Fragestellungen aus dem Bereich der Gefährdungshaftung. Die Gefährdungshaftung beschreibt Tatbestände, nach denen für Schäden, die auf bestimmte Gefahrenquellen zurückgehen, unabhängig vom Verschulden gehaftet wird. Gefährdungshaftungstatbestände sehen häufig einen Ausschluss der Haftung vor, wenn der Schaden auf ‚höherer Gewalt‘ beruht.⁶¹ Höhere Gewalt wird definiert als ein „betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmen in Kauf zu nehmen ist“⁶². Haftungsrechtliche Folge der Realisierung höherer Gewalt ist, dass der Schaden vom Geschädigten zu tragen ist. Die Folge ist also dieselbe wie bei der Realisierung eines allgemeinen Lebensrisikos.

Im Ausschluss der Haftung aufgrund höherer Gewalt kommt genau jener Gedanke zum Ausdruck, dass bestimmte Schäden zwar faktisch verhindert werden könnten, die dazu erforderlichen Bemühungen jedoch normativ nicht mehr gefordert werden, da das Schadensereignis sehr selten oder unvorhersehbar ist. Die Akzeptabilität derartiger Risiken folgt damit jedoch aus ihrer Unwahrscheinlichkeit, nicht aus ihrer Unbeherrschbarkeit. Die Risiken, mit denen vernünftigerweise nicht mehr gerechnet werden muss, sind schließlich faktisch beherrschbar. Lediglich ihre Beherrschung wird aus normativen Gründen nicht verlangt. Dass sehr unwahrscheinliche Risiken akzeptabel sind, ist Bestandteil der klassischen Gefahrdogmatik.

Nicht überzeugen kann daher die Begründung des Bundesverfassungsgerichts im Kalkar-I-Beschluss, in der aktuellen Ausgestaltung des Kernenergierechts liege keine Verletzung der Schutzpflichten des Gesetzgebers, weil die – trotz aller Sicherheitsvorkehrungen – übrig bleibenden Schadensmöglichkeiten unentrinn-

⁶⁰ Verneinend BGH, NZV 2004, 395 (396).

⁶¹ Siehe etwa § 7 Abs. 2 StVG; § 2 Abs. 3 Nr. 3 HPfIG. Im Bereich der Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB ist die haftungsrechtliche Grenze der höheren Gewalt ohne Normierung allgemein anerkannt, siehe *Wagner*, in: MüKo BGB, § 833 Rn. 18.

⁶² BGH, NJW-RR 1988, 986 (986).

bar und damit sozialadäquat seien.⁶³ Faktisch wären die Risiken der Kernenergie durch ein Verbot des Errichtens oder Betriebens von Kernenergieanlagen vollständig beherrschbar. Überzeugender wäre vielmehr der Verweis auf den nicht überschrittenen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in der Frage, ob die Risiken, die beim aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik zwingend von Kernenergieanlagen ausgehen, hinzunehmen seien. Und dieser Spielraum ist nicht etwa deshalb nicht überschritten, weil die zwingend mit Kernenergieanlagen einhergehenden Risiken unbeherrschbar sind, sondern weil sie sehr klein sind. Große Risiken für bedeutende Schutzgüter darf der Gesetzgeber gerade nicht zulassen, nur weil sie zwingend mit einer Technologie einhergehen. Vielmehr gebietet es dann die Schutzpflicht des Staates, die Technologie zu verbieten.

Risiken, die von beherrschbaren Risikoquellen ausgehen, sind mithin nicht aufgrund des Kriteriums der Unbeherrschbarkeit hinzunehmende allgemeine Lebensrisiken. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um beherrschbare oder unbeherrschbare Schadensverläufe beherrschbarer Risikoquellen handelt. Schließlich ist die Schadensrealisierung vollständig beherrschbar durch eine Vernichtung der Risikoquelle oder ein Verbot ihrer Erzeugung, beispielsweise durch ein Verbot des motorisierten Straßenverkehrs oder durch ein Verbot des Errichtens oder Betriebens von Kernenergieanlagen.

Lässt der Gesetzgeber eine risikobehaftete Technologie zu, so definiert das Kriterium der Unbeherrschbarkeit – bei unterstellter Verfassungskonformität der gesetzgeberischen Entscheidung – jedoch den Minimalbereich an zulässigen Risiken: Jedenfalls die Risiken, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik beim Einsatz der gesetzlich erlaubten Technologie nicht vermeidbar sind, sind vom Gesetzgeber durch die Erlaubnis der Technologie hingenommen und können daher keine abzuwehrenden Gefahren darstellen.

Es gibt außerhalb des Atomrechts jedoch viele Rechtsbereiche, in denen der Gesetzgeber mehr Risiken zugelassen hat, als nur die nach dem gegenwärtigen Stand von Wissenschaft und Technik unbeherrschbaren Risiken. Im Straßenverkehr würden beispielsweise Tempolimits das Risiko von tödlichen Unfällen voraussichtlich senken.⁶⁴ Beschränkungen des fließenden Verkehrs dürfen gem. § 45 Abs. 9 S. 3 StVO jedoch nur angeordnet werden, wenn aufgrund der besonderen örtlichen Verhältnisse eine Gefahrenlage besteht, die das allgemeine Risiko einer Beeinträchtigung der in den vorstehenden Absätzen genannten Rechts-

⁶³ BVerfGE 49, 89 (143) – Kalkar I [1978].

⁶⁴ Dafür spricht die Senkung der Zahl von Verkehrstoten durch vergangene Einführungen von Tempolimits, siehe *Statistisches Bundesamt*, Entwicklung der Zahl der im Straßenverkehr Getöteten, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Verkehrsunfaelle/_Grafik/_Interaktiv/verkehrsunfaelle-getoetete-jahr.html (zugegriffen am 28.04.2023).

güter erheblich übersteigt. Der parlamentarische Gesetzgeber und die zur Verordnungsgebung ermächtigten Behörden (siehe insbesondere § 6 StVG) haben im Straßenverkehr also mehr Risiken zugelassen als lediglich die mit dem Straßenverkehr notwendig einhergehenden, mithin unbeherrschbaren.

Hinzu kommt, dass sich Risiken, die von beherrschbaren Risikoquellen ausgehen, regelmäßig nur unter gleichzeitiger Inkaufnahme anderer Risiken vermeiden lassen. Beispielsweise könnte man auf elektrische Herde und Gasherde zum Zubereiten von Speisen verzichten. Damit wäre das Risiko von Kabelbränden, Bränden durch nicht abgeschaltete Herdplatten und durch Gasaustritt gebannt. Wenn jedoch nicht mit Gas oder elektrischen Herdplatten gekocht würde, müsste man entweder ausschließlich rohe Nahrungsmittel essen oder mit offenem Feuer kochen. Ersteres birgt das Risiko von Lebensmittelvergiftungen, Letzteres von Bränden. Der motorisierte Straßenverkehr oder Flugverkehr ist zwar nicht lebensnotwendig, jedoch komfortabel, schnell und wirkt im Hinblick auf Rettungstransporte auch risikomindernd.⁶⁵ Damit sind Risiken von beherrschbaren Risikoquellen – einzeln betrachtet – zwar vermeidbar, jedoch regelmäßig nur unter gleichzeitiger Inkaufnahme anderer, bestenfalls geringerer Risiken. Ein Risiko wird also gegen ein anderes ausgetauscht. Der Umstand, dass viele Risiken nur gegen andere austauschbar, nicht aber völlig vermeidbar sind, ändert zwar nichts an der Analyse, dass jedes Risiko, das von einer beherrschbaren Risikoquelle ausgeht, einzeln betrachtet vollständig beherrschbar und damit nicht zwingend hinzunehmen ist. Deutlich wird indes, dass sich im Bereich der beherrschbaren Risikoquellen die Fragestellung von der Beherrschbarkeit und damit Vermeidbarkeit einer Risikoquelle zum Teil auf die primär politische Frage verschiebt, welches Risiko unter möglichen austauschbaren man eher zu tragen bereit ist. Die Diskussion zu dieser Frage gewinnt durch den Rekurs auf das Kriterium der Unbeherrschbarkeit von Risiken nichts.

Ferner werden viele vermeidbaren Risiken deshalb in Kauf genommen, weil mit ihnen ein Nutzen korrespondiert. Der motorisierte Straßenverkehr bietet etwa eine schnelle und flexible Fortbewegung. Bäume in besiedelten Gebieten tragen zu einem gesunden (Stadt-)Klima bei. Zum Teil lassen sich Risiken senken, ohne dass parallel der korrespondierende Nutzen gesenkt wird. Der Gebrauch von Sicherheitsgurten im Auto führt beispielsweise zu einer Reduktion der Schwere der Unfallfolgen und hat keinerlei negativen Einfluss auf den Nutzen, sich mithilfe von motorisierten Fahrzeugen zu bewegen. Häufig bedingen Maßnahmen zur Risikoreduktion jedoch zugleich eine Reduktion des mit dem

⁶⁵ Siehe zum ähnlich gelagerten Beispiel der Elektrizität *Health and Safety Executive, Reducing risks, protecting people*, S. 45 f. Ziff. 131, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

Risiko korrespondierenden Nutzens. Eine Geschwindigkeitsbegrenzung im Straßenverkehr hat etwa zur Folge, dass man weniger schnell ans Ziel kommt. Dabei bestehen regelmäßig verschiedene Möglichkeiten der Risikoreduktion, die auch eine graduelle Senkung des mit dem Risiko korrespondierenden Nutzens bedingen. Eine Antwort auf die Frage der Vermeidbarkeit eines Risikos bei gleichzeitigem Erhalt des mit ihm korrespondierenden Nutzens lässt daher graduelle Abstufungen zu.

Bäume bergen beispielsweise das Risiko eines Absturzes, sorgen jedoch für ein gesundes Wohnklima. Möglich ist nicht lediglich, alle von Bäumen ausgehenden Risiken entweder hinzunehmen oder gänzlich auf begrünte Innenstädte zu verzichten. Vielmehr können Bäume in regelmäßigen Zeitabständen auf Krankheiten und potenzielle Bruchstellen untersucht werden. Durch die Fällung aller Bäume, die Anzeichen potenzieller Bruchstelle aufweisen, erreichte man eine Risikoreduktion, zugleich könnten diese kranken Bäume nicht mehr zum gesunden Stadtklima beitragen. Möglich wäre ferner, zusätzlich alle Bäume einer Baumart zu fällen, die im Verhältnis zu anderen Baumarten ein erhöhtes Bruchrisiko aufweist. Auch diese Maßnahme der Risikoreduktion führte sowohl zu einer graduellen Risikoreduktion als auch zu einem graduellen Verlust des Baumbestandes einer Stadt und damit zu einem graduellen Verlust des mit dem Baumbestand verbundenen Nutzens.

Gleiches lässt sich am Beispiel der mit Feuerwerk korrespondierenden Risiken exemplifizieren. Auch hier bestehen verschiedene Möglichkeiten der Risikoreduktion unter gleichzeitiger Reduktion des mit dem Lärm- und Lichtspektakel verbundenen Nutzens. Beispielsweise kann man besonders gefährliche Feuerwerksklassen verbieten, ohne dem Silvesterfest seine Prägung zu nehmen. Das Verbot von lärmzeugenden Feuerwerken wirkte sich jedoch schon stärker auf das Gepräge des Festes aus. Verböte man zusätzlich Feuerwerksklassen, die mehr als fünf Meter in die Luft steigen, hätte dieses Verbot eine noch stärkere Auswirkung auf das Gepräge des Festes. Gänzlich seines Gepräges entleert wäre das Silvesterfest durch ein Verbot jeglicher Feuerwerksklassen bis auf Wunderkerzen und Tischfeuerwerk.

Deutlich wurde, dass viele Risiken zwar beherrschbar im Sinne von vermeidbar sind. Aus diesem Umstand kann jedoch nicht auf ihre rechtliche Inakzeptabilität geschlossen werden, wie es die Gleichsetzung allgemeiner Lebensrisiken mit unbeherrschbaren Risiken nahelegt. Vermeidbar sind viele Risiken; die Frage ist eher, ob man sie unter gleichzeitigem Verlust des mit ihnen korrespondierenden Nutzens vermeiden will.

Weiter unten⁶⁶ wird zwar dargestellt werden, dass sich die Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung insofern auf die Risikobewertung auswirkt, als sich ein mit dem Risiko korrespondierender Nutzen nur dann positiv auf die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos auswirkt, wenn das Risiko mit dem Nutzen notwendig verbunden ist, mithin der Nutzen verlustig gehen würde, wenn man das Risiko vermeiden würde. Auch in diesem Fall ist die Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung jedoch keine hinreichende Bedingung für die Inakzeptabilität des Risikos. Vielmehr neutralisiert die Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung lediglich den für die Akzeptabilität des Risikos streitenden Nutzen.

Zuletzt ist die Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung deshalb kein primäres Kriterium zur Bestimmung der rechtlichen Akzeptabilität eines Risikos, weil sich die Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung nicht auf das Maß der Bedrohung des Schutzguts bezieht, sondern auf die Frage der sozialen Sinnhaftigkeit der Risikoerzeugung. Kleine Risiken für unbedeutende Rechtsgüter sind etwa selbst dann rechtlich zulässig, wenn sie vermeidbar sind.

Das Kriterium der Unbeherrschbarkeit hat sich als unterkomplex für die öffentlichrechtliche Qualifikation von Risiken erwiesen. Was in tatsächlicher und normativer Hinsicht unbeherrschbar ist, ist zwar notwendig hinzunehmen und kann insofern als allgemeines Lebensrisiko bezeichnet werden. Öffentlichrechtlich interessant sind jedoch gerade Fälle, in denen die Realisierung des Risikos verhindert bzw. das Schadensausmaß verringert werden kann, mithin die Realisierung des Risikos beherrschbar oder vermeidbar ist. Nur in diesen Fällen steht zur Diskussion, ob sich Einzelne gegen das Risiko zur Wehr setzen bzw. ob die Gefahrenabwehrbehörden gegen das Risiko vorgehen dürfen.

VI. Sozialadäquanz, Normalität, Üblichkeit

Von einem Teil der Wissenschaft und Rechtsprechung werden allgemeine Lebensrisiken als normale/sozialadäquate/übliche Risiken beschrieben. Die Gefahr wird komplementär als das im Gegensatz zum allgemeinen Lebensrisiko erhöhte/gesteigerte, anormale/sozialinadäquate Risiko begriffen. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob sich diese Beschreibungsversuche der Gefahr in Abgrenzung zum allgemeinen Lebensrisiko für die Dogmatik zum Gefahrbegriff als tragfähig erweisen.

⁶⁶ Siehe auf den S. 219 ff.

1. Begriffsklärungen

a) *Hiesiges Verständnis*

Da eine klare Begrifflichkeit für eine präzise Problemanalyse unabdingbar ist, sei im Folgenden das hier zugrunde gelegte Verständnis hinsichtlich der Begriffe der Sozialadäquanz, Üblichkeit und Normalität dargelegt.

Hinsichtlich des Begriffs der Sozialadäquanz wird im Laufe dieses Kapitels dargelegt werden, dass er – trotz normativer Bedingungen an die Inkorporation gesellschaftlicher Akzeptanzurteile ins Recht – als Bezugnahme auf die empirische mehrheitliche gesellschaftliche Akzeptanz verstanden werden sollte. Nicht ausgesagt ist damit indes, ob die Ermittlung der empirischen mehrheitlichen gesellschaftlichen Akzeptanz empirisch stattzufinden hat oder ob Gerichte und Behörden aufgrund eigenen Erfahrungswissens entscheiden dürfen. Zu unterscheiden ist also zwischen der Frage, was mit dem Begriff der Sozialadäquanz gemeint ist, und der Frage, wie dieses Sozialadäquanzurteil von Gerichten oder Behörden zu ermitteln ist.

Für das faktisch häufige Vorkommen steht in dieser Arbeit der Begriff der Üblichkeit. Ein übliches Risiko ist also eines, das in der für die Fallbeurteilung relevanten Gesellschaft häufig vorkommt. Nicht enthalten im Begriff der Üblichkeit unter Zugrundelegung dieses Begriffsverständnisses ist die Beurteilung, ob das faktisch häufig vorkommende Risiko normativ akzeptabel ist („Das ist doch üblich!“ im Sinne von „Das ist doch normativ angemessen!“).

Hinsichtlich des Begriffs der Normalität werden hier zwei verschiedene Bedeutungen anerkannt: Er kann zum einen für das, was häufig vorkommt, stehen und ist insofern ein Synonym zur Üblichkeit. Zum anderen ist er ein Synonym zur Sozialadäquanz, wenn mit ihm gemeint ist, etwas entspreche den sozialen Normen.

Das in obiger Definition aufgeworfene Verhältnis zwischen den Begriffen der Risikoerhöhung und der Sozialinadäquanz braucht an dieser Stelle nicht geklärt werden, wird jedoch im Laufe des Kapitels besprochen.

b) *Abgrenzung verschiedener Normalitätsurteile*

Normalitätsurteile kommen – auch im Polizeirecht – in zwei verschiedenen Fassungen vor. Zum einen gibt es Urteile, bei denen aus Gründen der Wissensorganisation auf das abgestellt wird, was wahrscheinlich („normal“ im Sinne von „üblich“) ist. Derartige Normalitätsurteile sind Aussagen über die Wahrscheinlichkeit von Kausalverläufen. Sie sind von Normalitätsurteilen zu unterscheiden, in denen das Urteil, etwas sei normal, ein Werturteil zur Angemessenheit in der sozialen Sphäre („normal“ im Sinne von „sozialadäquat“) ist. Werden Risiken

aufgrund ihrer Sozialadäquanz als allgemeine Lebensrisiken qualifiziert, befindet man sich in letzterer Kategorie von Normalitätsurteilen. Daher werden erste Normalitätsurteile nur kurz zum Zwecke der Veranschaulichung der begrifflichen Abgrenzung abgehandelt.

aa) Normalität im Sinne von Üblichkeit

(1) Schaden als Beeinträchtigung des normalen Bestandes eines Schutzguts

Aus Gründen der Wissensorganisation wird im Gefahrenabwehrrecht beispielsweise der Normalfall zugrunde gelegt, wenn für die Frage, ob ein hinzunehmendes oder abzuwehrendes Risiko vorliegt, darauf abgestellt wird, ob einem ‚normal‘ beschaffenen Rechtsgut in der betreffenden Situation eine negative Abweichung drohen würde; ob also bei Zugrundelegung des ‚Normalfalles‘ eine Schädigung des Rechtsguts zu erwarten wäre.⁶⁷ Irrelevant ist hier, ob dem tatsächlich betroffenen Rechtsgut eine Beeinträchtigung droht; typisierend kommt es nur darauf an, ob dem gedachten ‚normal‘ beschaffenen Schutzgut in der entsprechenden Situation ein Schaden drohen würde.

Bei dieser Erhebung des ‚Normalfalles‘ oder ‚Normmenschen‘⁶⁸ zum Maßstab für Risikobeurteilungen handelt es sich methodisch um einen Fall der sogenannten kategorisch typisierenden Betrachtungsweise.

(a) Die typisierende Betrachtungsweise – Darstellung

Im Gegensatz zur abstrakten Normgebung geht es bei der Anwendung von Normen auf den Einzelfall gerade darum, alle Aspekte des konkreten Lebenssachverhalts auf ihre Relevanz für die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm zu überprüfen. Eine Ausnahme stellt insofern die sogenannte typisierende Betrachtungsweise dar.

⁶⁷ Siehe die Besprechung und Nachweise bei *M. Böhm*, Der Normmensch, S. 33 und bei *R. Wulforth*, Der Schutz „überdurchschnittlich empfindlicher“ Rechtsgüter im Polizei- und Umweltrecht, S. 13, 26 ff. In neueren polizeirechtlichen Lehrbüchern ist die Definition des Schadens als Beeinträchtigung des normalen Bestandes eines Schutzguts demgegenüber regelmäßig nicht mehr enthalten, siehe zum Beispiel *F. Schoch*, in: *F. Schoch* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 281: „Die Beeinträchtigung eines Schutzguts ist als *Schaden* i. S. d. allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts zu qualifizieren, wenn es zu einer objektiven Minderung des vorhandenen Bestandes an geschützten Gütern kommt“; Hervorhebung im Original; *C. Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 105: „Schaden ist jede Verminderung eines Schutzguts“; *D. Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, Kap. 5 Rn. 104. Siehe aber *E. Denninger*, in: *Lisken/Denninger*, Abschnitt D Rn. 40: „Als *Schaden* im polizeirechtlichen Sinne ist die ‚objektive‘ Minderung des normalen vorhandenen Bestandes an geschützten Individual- oder Gemeinschaftsgütern anzusehen“; Hervorhebung im Original.

⁶⁸ Diesen Begriff hat *M. Böhm*, Der Normmensch, geprägt.

tungsweise⁶⁹ dar. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass anstelle des tatsächlichen der typische Sachverhalt unter die Norm subsumiert wird.⁷⁰

Die typisierende Betrachtungsweise kann zum einen als Methode der Sachverhaltsfeststellung beschrieben werden, zum anderen als Ergebnis der Normauslegung.⁷¹ Sie ist eine Methode der Sachverhaltsfeststellung, wenn auf die Ermittlung des tatsächlichen Sachverhalts verzichtet und an seiner Stelle das Vorliegen eines Normalfalles unterstellt wird. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Baurechtsbehörde bei der Frage, ob von einer geplanten baulichen Anlage aufgrund des erwarteten Lärms Gefahren für die Nachbarn ausgehen würden, unterstellt, die Nachbarn entsprächen in ihrer Konstitution dem ‚Normalmenschen‘, und auf die Untersuchung verzichtet, ob in der Nachbarschaft besonders empfindliche Personen wohnen, die bereits bei leisen Geräuschen gesundheitliche Probleme bekommen.

Die typisierende Betrachtungsweise ist Ergebnis der Normauslegung, wenn die Unterstellung des Normalfalles bzw. die Nichtberücksichtigung der Besonderheiten des individuellen Falles mit dem durch Auslegungsmethoden ermittelten Anliegen des Gesetzes begründet wird. Wäre in dem soeben gebildeten Beispiel der Baurechtsbehörde bekannt, dass ein Nachbar der geplanten Anlage tatsächlich durch den erwarteten Lärm krank werden würde, könnte die Baurechtsbehörde das Vorliegen einer Gefahr nur mit dem Argument verneinen, die Auslegung des Gefahrbegriffs verlange, dass besondere, ‚anormale‘ Empfindlichkeiten bei der Subsumtion unter den Gefahrbegriff unberücksichtigt blieben.

Wird die typisierende Betrachtungsweise anhand der Normauslegung begründet, so ist mangels Entscheidungsrelevanz nie der Gegenbeweis möglich, dass ein atypischer Fall vorliege: Der Normalfall wird kategorisch unterstellt. Wird die typisierende Betrachtungsweise als Methode der Sachverhaltsfeststellung beschrieben, kann demgegenüber unterschieden werden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gegenbeweis des Atypischen möglich ist.⁷² Die typisierende Betrachtungsweise als Methode der Sachverhaltsfeststellung hat also insbesondere beweisrechtliche Implikationen sowohl auf der Ebene des Verwaltungs- als auch des Gerichtsverfahrens.

⁶⁹ Siehe dazu *J. Isensee*, Die typisierende Verwaltung, S. 15 ff., 27 ff., 58 ff., 65 f.

⁷⁰ *J. Isensee*, Die typisierende Verwaltung, S. 16 f., 58 ff.; *I. Kraft*, Immissionsschutz und Bauleitplanung, S. 108; *R. Wulfhorst*, Der Schutz „überdurchschnittlich empfindlicher“ Rechtsgüter im Polizei- und Umweltrecht, S. 81.

⁷¹ *J. Isensee*, Die typisierende Verwaltung, S. 65 ff. Siehe ferner *R. Wernsmann*, DStR-Beiheft 2011, 72 (73, 76).

⁷² *J. Isensee*, Die typisierende Verwaltung, S. 106 ff., 110; *L. Osterloh*, Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze, S. 26 f.; *R. Wernsmann*, DStR-Beiheft 2011, 72 (73).

Im Gefahrenabwehr- und Risikorecht wird die Ausrichtung am Normalfall bei der Frage, ob ein hinzunehmendes oder abzuwehrendes Risiko vorliegt, in der Regel nicht besonders begründet. Sie scheint jedoch als Ergebnis der Normauslegung wahrgenommen zu werden.⁷³ Die Auslegung des Gefahrbegriffs (oder ähnlicher Begriffe) ergebe, dass auf den Normalfall abgestellt werden und eine besondere Empfindlichkeit unberücksichtigt bleiben müsse. Dementsprechend ist mangels Entscheidungsrelevanz nicht der Gegenbeweis möglich, dass ein atypischer Fall vorliege; der Normalfall wird kategorisch unterstellt.

(b) Die kategorisch typisierende Betrachtungsweise – Bewertung

Eine kategorisch typisierende Betrachtungsweise bei der Auslegung und Anwendung des Gefahrbegriffs (und anderen rechtlichen Umschreibungen von Risiken) ist aus Gründen der Rechtssicherheit⁷⁴ angezeigt.⁷⁵

Der Risikoverursacher, beispielsweise der Antragsteller einer riskanten baulichen Anlage, kann im Vorhinein nicht absehen, welche Konstitution die tatsächlich betroffenen Menschen haben. Er muss daher für seine Gefahrenprognose auf das abstellen, was ihm aufgrund seiner vergangenen Erfahrungen als wahrscheinlich („normal“ im Sinne von „üblich“) erscheint.

Insofern stellt sich die Situation hinsichtlich des Gefahrenabwehrrechts anders als in Bezug auf das Steuerrecht dar, in dem die typisierende Betrachtungsweise

⁷³ M. Böhm, Der Normmensch, S. 21 ff., 33, 55 ff., 65, 84 ff., 96 f.; R. Wulfhorst, Der Schutz „überdurchschnittlich empfindlicher“ Rechtsgüter im Polizei- und Umweltrecht, S. 27 ff., 36 ff., 43 ff., 62 ff., 78 f.

⁷⁴ Zur Ableitung des Gebots der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung aus dem Bestimmtheitsgrundsatz siehe zum Beispiel BVerfGE 17, 306 (314) – Mitfahrzentrale [1964]; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 20 Rn. 289.

⁷⁵ VGH BW, ESVGH 32, 161 (215 f.) [1982]: Es wäre „ein mit der Rechtssicherheit nicht zu vereinbarendes Ergebnis, wenn die Errichtung und der Betrieb eines KKW von dem Auftreten seltener Stoffwechselanomalien in der Umgebung abhängig wäre.“

Sich ebenfalls auf den durch die typisierende Betrachtungsweise sichergestellten „vorhersehbaren Verwaltungsvollzug“ berufend BayVGH, NVwZ 1988, 175 (175); sich dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof anschließend E. Kutscheidt, NVwZ 1989, 193 (194). Kutscheidt sieht abweichend von der sonst üblichen Diskussion den Vorteil an der typisierenden Betrachtungsweise auch darin, dass es bei der Beurteilung von Risiken nicht auf das subjektive Empfinden der Richter, mithin der Rechtsanwender ankomme. Auf S. 195 stellt Kutscheidt wiederum auf den Vorteil ab, dass bei einer typisierenden Betrachtungsweise das subjektive Empfinden der betroffenen Bürgerinnen und Bürger irrelevant sei.

Nicht gefolgt werden kann Monika Böhm, die in Auseinandersetzung mit der Wyhl-Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg ausführt: „Die Berufung des VGH Mannheim auf die Rechtssicherheit stellt lediglich ein formales Argument dar, das konkrete gesundheitliche Schäden, und seien diese auch nur bei einer einzigen Person zu befürchten, nicht zu rechtfertigen vermag“, M. Böhm, Der Normmensch, S. 139.

breite Anwendung gefunden hat.⁷⁶ In Letzterem dient die typisierende Betrachtungsweise primär der Vereinfachung des Verwaltungsvollzugs.⁷⁷ Rechtssicherheit bei der Rechtsanwendung zu gewährleisten, ist kein Anliegen der typisierenden Betrachtungsweise im Steuerrecht, weil der Steuerschuldner in der Regel seine steuerrelevanten Lebensumstände kennt oder zumindest ohne großen Aufwand in Erfahrung bringen kann. Anders sieht es im Gefahrenabwehr- und Risikorecht aus, in dem es häufig zur Konfrontation der Interessen miteinander nicht bekannter Menschen kommt. Hier kann der potenzielle Störer nicht die Empfindlichkeit der fremden Rechtsgüter kennen. Die Zugrundelegung des normalen im Sinne von ‚üblichen‘ Falles garantiert hier, dass der freiheitsausübende Risikoverursacher im Vorhinein absehen kann, wie sein (gewünschtes) Verhalten gefahrenabwehrrechtlich beurteilt wird. Zur Gewährleistung von Rechtssicherheit bei der Rechtsanwendung in grundrechtlichen Mehrpersonenverhältnissen bedarf es daher einer auf den üblichen Fall ausgerichteten Gefahrenprognose. Das Abstellen auf den üblichen Fall birgt damit nicht in erster Linie⁷⁸ eine Bewertung des entsprechenden Kausalverlaufs als ‚normal‘ oder ‚anormal‘, sondern ermöglicht die Prognose des zu erwartenden Kausalverlaufs.

(2) Ladeurs Normalitätsmodell

Ein feinsinniges Modell, wie Menschen bei Gefahrenprognosen aus Gründen der Wissensorganisation auf Normalzustände abstellen, hat *Karl-Heinz Ladeur* vorgelegt.⁷⁹ Ausgangspunkt von *Ladeurs* Überlegungen ist die Frage nach der Unterscheidung zwischen dem im Recht – zur damaligen Zeit neu – aufkommenden Begriff des Risikos und dem herkömmlichen Rechtsbegriff der Gefahr.⁸⁰ Das Risikorecht unterscheidet sich, so *Ladeur*, vom traditionellen Gefahrenabwehrrecht insbesondere dahingehend, dass es an Erfahrung über mögliche Störverlau-

⁷⁶ *J. Isensee*, Die typisierende Verwaltung, S. 21.

⁷⁷ *J. Isensee*, Die typisierende Verwaltung, S. 17: „Praktikabilität streitet wider Legalität“; *ders.*, Die typisierende Verwaltung, S. 52: „Die spezifische Funktion [der richterrechtlichen Typisierung] ist die Entlastung des Rechtsanwenders im Massenverfahren. [...] Die Vielzahl ähnlich gelagerter Steuervorgänge erfordert die Rationalisierung des Vollzugs. Rationalisierung erfolgt durch Vereinfachung (‚Einfachheit und Leichtigkeit der Besteuerung‘) sowie durch Vereinheitlichung (‚Gleichbehandlung‘).“

⁷⁸ Zu den wertenden Elementen beim Abstellen auf das ‚normale‘ Schutzgut siehe weiter unten auf S. 70.

⁷⁹ Siehe insbesondere *K.-H. Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 209 (insb. 209–214, 223, 229); *ders.*, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft; sowie die prägnante Zusammenfassung von *L. Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, S. 73–77.

⁸⁰ *K.-H. Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 209 (209).

fe mangle.⁸¹ Angesichts katastrophaler Folgen könne diese Erfahrung auch nicht durch Ausprobieren, also Versuch und Irrtum erzeugt werden.⁸² An die Stelle von Gefahreinschätzungen anhand von Erfahrung träten konstruierte oder berechnete Modelle wie Ereignis- und Fehlerbäume.⁸³

Demgegenüber rekonstruiert⁸⁴ *Ladeur* den Gefahrbegriff als einen Begriff, der auf Erfahrung und „gemeinsamem Wissen“⁸⁵ gründe.⁸⁶ Unvollständiges Wissen existiere im herkömmlichen Gefahrenabwehrrecht zwar auch. Es stelle jedoch kein Problem dar, da durch sogenannte Stopp-Regeln⁸⁷ und „kanonisierte Beispiele“⁸⁸ ein Handeln unter Untergewissheitsbedingungen ermöglicht werde. Stopp-Regeln seien Regeln, die das Suchen nach weiteren Informationen über den möglichen Kausalverlauf begrenzen, sobald ein Muster sich zu bewähren scheint, und damit Entscheidungen trotz unvollständigen Wissens ermöglichen.⁸⁹ Mit dem Begriff der „kanonisierten Beispiele“ meint *Ladeur*, dass im „gemeinsamen Wissen“ bestimmte, erfahrungsbasierte Annahmen über Kausalverläufe vorhanden seien, verbunden mit der weiteren Annahme (Wahrscheinlichkeitsregel zweiter Ordnung), dass die Annahmen über die Kausalverläufe mit wachsendem Wissen nicht grundsätzlich widerlegt, sondern nur modifiziert würden.⁹⁰ Charakteristikum von Gefahrenprognosen ist nach *Ladeur* damit nicht die richtige oder falsche Annahme über mögliche Kausalverläufe. Vielmehr seien sie gekennzeichnet durch ihre „praktische[...] Fähigkeit zur Organisation von Wissensbeständen“ und der Ermöglichung von Entscheidungen auf unvollständiger Wissensbasis.⁹¹ Dieser gemeinsame Wissensbestand einer Gesellschaft über die Zusammenhänge in der Welt und „gemeinsame gesellschaftliche Anschauungen“ über die Voraussetzungen des Zusammenlebens“⁹² konstituieren den so ge-

⁸¹ *K.-H. Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 209 (210 ff., insb. 212 f.; 223, 229); *ders.*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 222 f., 270.

⁸² *K.-H. Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 209 (213).

⁸³ *K.-H. Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 209 (213).

⁸⁴ Vgl. *K.-H. Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 209 (209); *ders.*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 9.

⁸⁵ *K.-H. Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 10, 35, 51 u. a.

⁸⁶ *K.-H. Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 209 (210 ff.); *ders.*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 11 ff.

⁸⁷ *K.-H. Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 17 f., 21, 24 f., 32, 51, 54 f., 86 f., 89 ff., 96 u. a.

⁸⁸ *K.-H. Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 25, 70, 76, 82 u. a.

⁸⁹ *K.-H. Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 17, 21, 24, 32, 55, 87, 89 f., 92.

⁹⁰ *K.-H. Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 25, 86.

⁹¹ *K.-H. Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 17, 26.

⁹² *K.-H. Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 13.

nannten „Normalitätszustand“.⁹³ Über die „Kontinuität und Gleichförmigkeit der Erwartungen“⁹⁴ formen das gemeinsame Wissen und die gemeinsamen gesellschaftlichen Anschauungen, was als Normalität und was als Abweichungen von derselben wahrgenommen werde. Eine Gefahr sei danach eine drohende Abweichung vom „Normalitätszustand“.⁹⁵

Ladeur umschreibt treffend die Herausforderungen, vor die das Recht bei der Bewältigung von Risiken gestellt ist, die großteils schwer abschätzbar sind und hinsichtlich derer es an Erfahrung über mögliche Kausalverläufe mangelt. Er kann ferner plausibel erklären, warum Menschen bei unvollständiger Wissensbasis (wie es der Fall ist, wenn ein potenzieller Risikoverursacher die Folgen seines Handelns bei unbekanntem betroffenen Rechtsgütern abschätzen muss) vom Normalfall ausgehen.

Ladeur scheint jedoch zwei Aspekte zu vermischen, die nach hiesiger Ansicht verschieden zu behandeln sind. Einmal steht der Begriff des Normalitätszustandes⁹⁶ bzw. des „normalen“ Bestandes⁹⁷/Normalbestandes⁹⁸ für das kanonisierte, erfahrungsbasierte *Wissen über Kausalverläufe* in der Welt. Hier geht es darum, dass Menschen für den praktischen Umgang mit der Welt von dem ausgehen, was sich aufgrund der vergangenen Erfahrung als ‚normal‘ im Sinne von wahrscheinlich (oder hier: ‚üblich‘) erwiesen hat. An anderer Stelle führt *Ladeur* den Begriff des Normalzustandes ein, um zu begründen, warum eine Gefahr bei (orts-)üblichen negativen Abweichungen⁹⁹ nicht vorliege. Hier steht der Begriff des Normalzustandes nicht für das geteilte *Wissen über Zusammenhänge* in der Welt, sondern für gesellschaftliche *Anschauungen* und *Bewertungen* über die

⁹³ K.-H. *Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 209 (209 ff.); *ders.*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 13 ff.

⁹⁴ K.-H. *Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 209 (209).

⁹⁵ K.-H. *Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 14: „Der Rückgriff auf den ‚normalen‘ Bestand unterstellt erneut den Mechanismus der Institutionalisierung eines durchschnittlichen Wissensbestandes, der als Handlungsgrundlage dienen kann: Wenn der verfügbare Wissensbestand keine nahe Wahrscheinlichkeit eines Schadens erkennen läßt, gilt die Handlung als nicht gefährlich.“

⁹⁶ K.-H. *Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 209 (209).

⁹⁷ K.-H. *Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 14.

⁹⁸ K.-H. *Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 209 (211).

⁹⁹ K.-H. *Ladeur*, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 209 (210): „In der Umgebung eines Industriebetriebes gehört eben die ungesunde Luft zum Normalbestand des Wohnens. Dies führt zu einer Differenzierung des Nachbarschutzes im Zivilrecht. Die Orientierung an einem Normalitätsmodell erlaubt auch die Vernachlässigung der möglichen Schädigung von ‚anomal‘ empfindlichen Personen. Deren Schutz wäre, da sich die Polizei (ebenso wie das zivilrechtliche Nachbarrecht) nur an der Erhaltung eines Normalbestandes von Lebensgütern zu orientieren hat, ‚Wohlfahrtspflege‘“; *ders.*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 13.

Normalität, also welche Zustände als ‚normal‘ im Sinne von ‚normativ angemessen‘ und welche als ‚anormal‘ im Sinne von ‚normativ unangemessen‘ empfunden werden. Die Frage, ob ortsübliche Risiken – beispielsweise Emissionen – eine Gefahr darstellen, entzündet sich schließlich gerade nicht an Meinungsverschiedenheiten über wahrscheinliche Kausalverläufe, sondern an der Frage, welche Zustände als regelkonform im Sinne von ‚sozialadäquat‘ und damit nicht als negative Abweichung vom Sollzustand bewertet werden.

bb) Normalitätssurteile im Sinne von Sozialadäquanzurteilen

Es ist also zu unterscheiden zwischen Fällen, in denen bei der Risikobewertung aus Gründen der Wissensorganisation die Bedrohung eines ‚normalen‘ im Sinne von *üblichen* Schutzguts zugrunde gelegt wird, und Fällen, in denen bestimmte Risiken grundsätzlich – insofern ebenfalls typisierend – aufgrund ihrer ‚Normalität‘ im Sinne von *Sozialadäquanz* als akzeptabel bewertet werden. Ein Beispiel für letztere Fälle ist etwa die Bewertung von Kinderlärm als sozialadäquat.¹⁰⁰ Diese Bewertung hat mittlerweile¹⁰¹ in § 22 Abs. 1a BImSchG positivrechtlichen Ausdruck erhalten. Um die *Bewertung* von Risiken als sozialadäquat und mit ihr verbundene Fragen geht es, wenn Risiken aufgrund ihrer Sozialadäquanz als allgemeine Lebensrisiken qualifiziert werden.

Beide Fälle unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich der unterschiedlichen Bedeutung des Begriffs der Normalität. Sie unterscheiden sich auch hinsichtlich ihrer Perspektive, inwiefern sich Normalitätssurteilungen auf die rechtliche Risikobewertung auswirken: Im ersten Fall beziehen sich die Normalitätssurteilungen auf das bedrohte Rechtsgut. Das fragliche Risiko ist hinzunehmen, weil ‚normal‘ empfindlichen Personen oder Sachen kein Schaden droht. Nicht das Risiko ist ‚normal‘, mithin ein allgemeines Lebensrisiko, sondern bei ‚normalen‘ Schutzgütern besteht gar kein Risiko. Im zweiten Fall beziehen sich die Normalitätssurteilungen auf das zu bewertende Risiko: Nicht das betroffene Schutzgut, sondern das fragliche Risiko ist ‚normal‘ im Sinne von ‚sozialadäquat‘ und daher rechtlich hinzunehmen.

Die bisherigen Ausführungen dürfen nicht dahingehend missverstanden werden, dass das Urteil, einem ‚normalen‘ Schutzgut drohe in der fraglichen Situation gar kein Schaden, keinerlei wertende Elemente hat: Wenngleich das Abstellen

¹⁰⁰ Zur Zumutbarkeit von Kinderlärm aufgrund seiner Sozialadäquanz siehe BVerwG, Urteil v. 12.12.1991 – 4 C 5/88, juris, Rn. 18 f.; HessVGH, NVwZ-RR 2012, 21 (22); VGH BW, Beschluss v. 06.03.2012 – 10 S 2428/11, juris, Rn. 7, 11; BayVGH, Beschluss v. 12.02.2020 – 15 CS 20.45, juris, Rn. 17, 21.

¹⁰¹ Art. 1 des Zehnten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – Privilegierung des von Kindertageseinrichtungen und Kinderspielplätzen ausgehenden Kinderlärms v. 20.07.2011, BGBl I 1474.

auf das ‚normale‘ (im Sinne von ‚übliche‘) Schutzgut zur Gefahrenprognose in erster Linie die Vorhersage des zu erwartenden Kausalverlaufs ermöglichen soll und sich daher an der empirischen Mehrheit orientiert, kommen auch derartige Normalitätsurteile nicht ohne wertende Elemente aus, weil sich aus der empirischen Häufigkeitsverteilung nicht zwingend ergibt, welche Zustände noch als üblich genug und welche als vernachlässigbar selten angesehen werden.¹⁰² Ferner kann es bei der Gefahrenprognose dazu kommen, dass übliche Fälle unzulässigerweise vernachlässigt werden, weil normative Vorstellungen das Üblichkeitsurteil überlagern. Diesbezüglich kritisiert *Monika Böhm* in ihrer Habilitationsschrift „Der Normmensch“, dass bei den Grenzwertfestsetzungen im Immissionsschutz-, Lebensmittel- und Arbeitsschutzrecht ganze Gruppen empfindlicher Personen, wie beispielsweise Schwangere, Kinder, alte und kranke Menschen, nicht berücksichtigt würden.¹⁰³ Die Entscheidung, dass bestimmte Risikogruppen bei den Grenzwertfestsetzungen nicht berücksichtigt werden, ist wertender Natur, da sie sich nicht zwingend aus der Häufigkeitsverteilung der Risikogruppen ergibt. Beispielweise machen Kinder und alte Menschen zusammen einen nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung aus.

Die bisherigen Ausführungen müssen vor dem Ziel der hiesigen Untersuchung betrachtet werden, die Begriffe der Normalität, Üblichkeit und Sozialadäquanz auf ihre Tauglichkeit zur Definition des Begriffs des allgemeinen Lebensrisikos zu analysieren. Zweck der bisherigen Ausführungen ist, begriffliche Klarheit zu schaffen, indem darauf hingewiesen wird, dass und an welchen Stellen im Gefahrenabwehrrecht verschiedene Normalitätsbegriffe verwendet werden. Es sollte verdeutlicht werden, dass der Begriff der ‚Normalität‘ sowohl ein Synonym zum Begriff der faktischen ‚Üblichkeit‘ als auch zum Begriff der normativen ‚Sozialadäquanz‘ sein kann. Zur Verdeutlichung der begrifflichen Unterscheidung wurden Anwendungsbeispiele beider Normalitätsbegriffe im Gefahrenabwehrrecht dargestellt. Für diese Arbeit zentral ist lediglich die zweite Bedeutung des Begriffs der Normalität: ‚Normalität‘ im Sinne von ‚Sozialadäquanz‘. Wenn bestimmte Risiken wegen ihrer Normalität für grundsätzlich akzeptable allgemeine Lebensrisiken gehalten und umgekehrt Gefahren als anormale Risiken beschrieben werden, geht es nämlich allein um die *Bewertung* von Risiken und nicht um die Organisation von *Wissen*. Der Begriff der Normalität ist im Kontext der Bewertung eines Risikos als akzeptables allgemeines Lebensrisiko also allein ein Synonym für den Begriff der Sozialadäquanz. Die empirische Häufigkeit von Risiken kann für das Sozialadäquanzurteil zwar indirekt relevant werden, wenn

¹⁰² *R. Wulforth*, Der Schutz „überdurchschnittlich empfindlicher“ Rechtsgüter im Polizei- und Umweltrecht, S. 37 f., 60 f.; *M. Böhm*, Der Normmensch, S. 22 f., 98.

¹⁰³ *M. Böhm*, Der Normmensch, S. 96 f., 147, 292.

übliche Risiken als sozialadäquat bewertet werden. Der Schwerpunkt des Arguments liegt dabei jedoch bei der normativen Akzeptanz der fraglichen Risiken, denn aus dem Üblichen, das heißt aus dem Sein, folgt nie ohne Weiteres ein Sollen.¹⁰⁴ Dies wird im Folgenden dargestellt.

2. Üblichkeit

Die allein deskriptiv zu verstehende Üblichkeit von Risiken ist niemals hinreichende Bedingung für die normative Zulässigkeit von Risiken, weil vom Sein nicht ohne Weiteres auf das Sollen geschlossen werden kann (sogenannter Sein-Sollen-Fehlschluss¹⁰⁵). Dies gilt sowohl für gesellschaftliche als auch für rechtliche Normen: Weder ist übliches Verhalten zwingend mehrheitlich gesellschaftlich akzeptiert¹⁰⁶ (soziale Normen) noch ist übliches Verhalten automatisch auch rechtlich-normativ zulässig (rechtliche Normen).

Zwar kann das Faktische im Einzelnen normative Wirkung erzeugen. Beispielsweise deutet die psychologische Risikoakzeptanzforschung – ein Teilbereich der Psychologie, der die Kriterien untersucht, nach denen Menschen Risi-

¹⁰⁴ So auch *F. Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, S. 238, 248, 288 f., unter Hinweis darauf, dass die Üblichkeit eines Verhaltens indiziell auf die gesellschaftliche Akzeptanz des Verhaltens hindeuten könne.

¹⁰⁵ Der Sein-Sollen-Fehlschluss ist in zwei verschiedenen Fassungen weltweit bekannt geworden, und zwar zunächst durch die Kritik *David Humes* an der Praxis verschiedener Autoren, in ethischen Fragen von Tatsachenbeschreibungen auf das ethisch Gesollte zu schließen (*D. Hume*, A treatise of human nature: being an attempt to introduce the experimental method of reasoning into moral subjects, book III, part I, sec. I, p. 25). Die These, dass vom Sein nicht auf das Sollen geschlossen werden könne, ist daher unter dem Begriff ‚Humes Gesetz‘ bekannt geworden. *George Edward Moore* behauptete schließlich in seinen *Principia Ethica* im Detail abweichend von *Hume*, dass sich das Gute grundsätzlich nicht unter Berufung auf natürliche Eigenschaften definieren lasse, siehe *G. E. Moore*, *Principia Ethica*, chap. I sec. 6 et seqq. Er bezeichnete entsprechende Versuche rundherum als naturalistischen Fehlschluss (*naturalistic fallacy*), siehe *ders.*, *Principia Ethica*, chap. I sec. 10. Siehe zum Ganzen auch *T. Hurka*, in: *E. N. Zalta* (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/moore-moral/> (zugegriffen am 28.04.2023). In der Rechtsphilosophie Verbreitung gefunden hat die logische Trennung zwischen der Sphäre des Seins von jener des Sollens insbesondere durch *G. Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, S. 9 („Sollenssätze sind nur durch andere Sollenssätze begründbar und beweisbar. Eben deshalb sind die letzten Sollenssätze unbeweisbar, axiomatisch, nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig“) und *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 5 („Niemand kann leugnen, daß die Aussage: etwas ist – das ist die Aussage, mit dem [sic] eine Seins-Tatsache beschrieben wird – wesentlich verschieden ist von der Aussage: daß etwas sein soll – das ist die Aussage, mit der eine Norm beschrieben wird; und daß daraus, daß etwas ist, nicht folgen kann, daß etwas sein soll, so wie daraus, daß etwas sein soll, nicht folgen kann, daß etwas ist“).

¹⁰⁶ So auch *F. Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, S. 238, 248, 288 f.

ken faktisch akzeptieren¹⁰⁷ – darauf hin, dass Menschen Risiken eher akzeptieren, wenn sie ihnen bekannt sind bzw. sie sich an die Risiken gewöhnt haben.¹⁰⁸ Die deskriptive Üblichkeit von Risiken korreliert also mit ihrer gesellschaftlichen Akzeptanz. Sie ist jedoch keine hinreichende Bedingung für die Akzeptanz, da es auch Fälle gibt, in denen das Übliche nicht mehrheitlich gesellschaftlich akzeptiert ist. Beispielsweise mag es regelmäßig vorkommen, dass Menschen Müll zu Boden werfen. Dies ist jedoch – zumindest nach Eindruck der Verfasserin – keineswegs mehrheitlich sozial akzeptiert.

Dies gilt gleichermaßen für das Recht. Es mag beispielsweise häufig vorkommen, dass beim Straßenkarneval Glasflaschen herunterfallen und zerspringen. Ob das aus den Scherben resultierende Risiko rechtlich hingenommen wird, ist jedoch eine andere Frage, die kontrovers beurteilt wird.¹⁰⁹ Auch das Risiko eines Gebäudebrandes wird von der Rechtsprechung sehr weitgehend als Gefahr bewertet¹¹⁰, obwohl Gebäudebrände seit jeher existieren, mithin weit verbreitet und bekannt sind. Ein häufig vorkommendes Risiko kann gar Anlass für ein öffentlichrechtliches Verbot der entsprechenden Handlung sein, weil erst das häufige Auftreten des Risikos dem Gesetzgeber den Handlungsbedarf vor Augen führt.

Selbst wenn die Faktizität von Lebensverhältnissen im Einzelnen also normative Wirkungen zeitigen kann, hebt dies die kategoriale Verschiedenheit des Tatsachen- vom Werturteil nicht auf. Wenn alles, was ist, auch sein soll, bedürfte es weder der Kategorie des Sollens noch der normativen Steuerung des Seins. Das Sollen des Üblichen gründet daher nie allein auf der deskriptiven Üblichkeit, sondern immer auf der Auffassung, dass das, was üblich ist, auch sein soll.

¹⁰⁷ G. Bechmann, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, Abschnitt VII (XII).

¹⁰⁸ Siehe nur P. Slovic, Science 236 (1987), 280 (282 f.); ders., in: S. Krimsky/D. Golding (Hrsg.), Social Theories of Risk, S. 117 (120) sowie die systematische Literaturanalyse von V. T. Covello, Technological Forecasting and Social Change 23 (1983), 285 (289) sowie H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 167 (171 ff.).

¹⁰⁹ Das auf der Grundlage der ordnungsbehördlichen Generalklausel durch Allgemeinverfügung angeordnete Verbot, im Straßenkarneval Glasbehältnisse mitzuführen und zu benutzen, hält das OVG NW, Urteil v. 09.02.2012 – 5 A 2375/10, juris, Rn. 37 ff., im Gegensatz zur Vorinstanz VG Köln, Urteil v. 16.09.2010 – 20 K 441/10, juris, Rn. 24 ff. und dem VG Osnabrück, Beschluss v. 11.02.2010 – 6 B 9/10, juris, Rn. 17 ff. für rechtmäßig. Demgegenüber kritisiert J. Krüper, DVBl 2017, 10 (14), dass an das „Mitführen von Glas“ als Verursachungsbeitrag zur Gefahr angeknüpft werde, da das Mitführen sozialadäquat sei. Man sieht am Rekurs Krüpers auf den Begriff der Sozialadäquanz erneut, dass er nicht aus dem *Üblichen* allein auf die normative Zulässigkeit schließt, sondern das Mitführen von Glasflaschen als *normativ* angemessen („sozialadäquat“) bewertet.

¹¹⁰ Kritisch L. L. Wallenfels, Die Verwaltung 53 (2020), 575.

3. Sozialadäquanz

Im Zentrum dieses Kapitels steht also die Frage, ob die rechtliche Qualifikation eines Risikos anhand eines Sozialadäquanzurteils gefällt werden kann und in welchem Verhältnis dieses Sozialadäquanzurteil zur herkömmlichen Gefahrdogmatik steht.

a) Kontextuale Risikobewertung

Eine Gefahr ist eine Sachlage, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einem Schaden an einem Rechtsgut führen wird.¹¹¹ Zur Leitung der Wertungen, die die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Gefahr bzw. der ‚hinreichenden Schadenswahrscheinlichkeit‘ in Fällen legaldefinierter Gefahrbegriffe voraussetzt, bietet die herkömmliche Gefahrdogmatik die Je-des-to-Formel an, wonach umso geringere Schadenswahrscheinlichkeiten für die Bejahung einer Gefahr genügen, je größer der potenzielle Schaden ist. Anhand ihrer lässt sich der Vorgang der rechtlichen Risikobewertung jedoch nicht abschließend nachvollziehen oder leiten. Dies zeigt sich daran, dass die Rechtsordnung in unterschiedlichen Lebensbereichen unterschiedliche Maße an Risiken hin- nimmt. Obwohl ein generelles Tempolimit auf Autobahnen die Zahl der tödlich Verunglückten und Schwerverletzten voraussichtlich senken würde,¹¹² sieht die aktuelle Gesetzeslage beispielsweise keine generelle Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen vor. Umgekehrt wird bauordnungsrechtlich Einiges gefordert, um das Risiko von Brandtoten zu senken, obwohl das Risiko eines Brandtodes deutlich geringer ist als das Risiko, im Straßenverkehr zu sterben: Jährlich kommen in Deutschland um die 350 bis 400 Menschen durch Brände¹¹³ und etwa 3.000 Menschen durch Verkehrsunfälle¹¹⁴ um. Gleichermaßen wird das Risiko von

¹¹¹ BVerwGE 45, 51 (57) – Polizeigewahrsam [1974]; B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, S. 220; R. Poscher/B. Rusteberg, JuS 2011, 984 (986 f.); F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 279; W.-R. Schenke, JuS 2018, 505 (506); E. Denninger, in: Lisen/Denninger, Abschnitt D Rn. 39. Siehe ferner die Legaldefinitionen in § 2 Nr. 3a BremPolG; § 2 Nr. 1 NPOG; § 4 Nr. 3a SächsPVDG; § 3 Nr. 3a SOG LSA; § 54 Nr. 3a ThürOBG.

¹¹² Der Schluss liegt deshalb nahe, weil die Zahl von Verkehrstoten durch vergangene Einführungen von Tempolimits gesenkt worden ist, siehe *Statistisches Bundesamt*, Entwicklung der Zahl der im Straßenverkehr Getöteten, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Verkehrsunfaelle/_Grafik/_Interaktiv/verkehrsunfaelle-getoetete-jahr.html (zugegriffen am 28.04.2023).

¹¹³ *Statista*, Anzahl der Brandtoten in Deutschland von 1990 bis 2019, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/757013/umfrage/brandtote-in-deutschland/> (zugegriffen am 28.04.2023).

¹¹⁴ *Statistisches Bundesamt*, Verkehrsunfälle, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Verkehrsunfaelle/_inhalt.html (zugegriffen am 28.04.2023).

Beißenfällen durch Hunde – abgesehen von einigen Maßnahmen zur Risikominimierung wie dem Leinenzwang an bestimmten Orten – hinsichtlich der meisten Hunderassen hingenommen und nur in Bezug auf bestimmte, als besonders gefährlich erachtete Hunderassen ein genereller Leinen- und Maulkorbzwang vorgeschrieben, obwohl es 2018 in Baden-Württemberg zu knapp 1.400 Hundeattacken kam und davon nur 34 Fälle durch Kampfhunde verursacht worden waren.¹¹⁵ Ferner wird das Risiko, von Feuerwerkskörpern verletzt zu werden, jedenfalls hinsichtlich bestimmter Feuerwerksklassen an Silvester als akzeptabel bewertet, obwohl es jährlich an Silvester zu zahlreichen Verletzungen kommt. In jedem Großstadtkrankenhaus werden an Silvester allein etwa 50 bis 60 Patientinnen und Patienten mit schweren Handverletzungen gezählt; so viele wie an keinem anderen Tag des Jahres.¹¹⁶

Die Akzeptanz mancher Risiken und die Ablehnung anderer lässt sich nicht allein durch eine Betrachtung der Wahrscheinlichkeit eines Schadens und der erwarteten Schadenshöhe erklären, weil die tatsächliche Akzeptanz und die rechtliche Akzeptabilität von Risiken von einer kontextualen Deutung der Risiken abhängen. Der für die Bewertung eines Risikos erforderliche Sinnzusammenhang, warum ein bestimmtes Risiko eingegangen werden sollte oder nicht, ergibt sich vor der Folie gesellschaftlich kontingenter Wertmaßstäbe. Welche Risiken man hinzunehmen bereit ist, welche einem ‚normal‘ und welche ‚anormal‘ erscheinen, ist also gesellschaftlich bedingt. Die Risikowahrnehmung und das Sicherheitsbedürfnis sind abhängig von tradierter und zugleich sich stetig wandelnder kultureller Erfahrung.

Dass die Bewertung von Risiken damit unterschiedlich ausfällt, je nachdem in welchem sozialen Kontext sie getroffen wird, ist konsequente Folge der gesellschaftlichen Kontingenz der Risikobewertung. Im Peruanischen Karneval ist es beispielsweise Tradition, andere Menschen mit Wasser, Farbe und Mehl zu bewerfen und mit Rasierschaum einzuseifen. Im Rheinischen Karneval ist das gegenseitige Bewerfen demgegenüber unüblich, dafür kommt es als ‚Kollateralschaden‘ des Feierns zu massenhaftem Zerspringen von Glasflaschen, die Schnittverletzungen und Reifenschäden bedingen. Fragte man nun Menschen, ob der Peruanische oder der Rheinische Karneval inakzeptable Risiken berge, wird die Antwort von der kulturellen Prägung der befragten Person abhängen. Der Kölner wird es möglicherweise ‚dreist‘ und inakzeptabel finden, mit Farbe und Mehl beworfen zu werden, während er das Risiko, dass beim Karneval Glas-

¹¹⁵ *Statista*, Anzahl der Hundeattacken in Baden-Württemberg in den Jahren 2014 bis 2018, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1074192/umfrage/hundeattacken-in-baden-wuerttemberg/> (zugegriffen am 28.04.2023).

¹¹⁶ *Pharmazeutische Zeitung*, Die gefährlichste Nacht des Jahres, <https://www.pharmazeutische-zeitung.de/die-gefaehrlichste-nacht-des-jahres/> (zugegriffen am 28.04.2023).

flaschen zerspringen, billig. Der Peruaner wird wahrscheinlich das gegenseitige Bewerfen mit Wasser, Farbe und Rasierschaum als Bestandteil der Festlichkeiten billigen und sich zur Vermeidung von größeren Schäden an den Tagen des Karnevals entsprechend bekleiden. Demgegenüber missbilligt er möglicherweise den beim Rheinischen Karneval verursachten Glasmüll und das mit ihm einhergehende Risiko von Schnittverletzungen und Reifenschäden.

Ebenso erfahren Pestizide in den Vereinigten Staaten von Amerika keine große Aufmerksamkeit, während sie vielen Deutschen Sorgen bereiten. Umgekehrt bereiten Rohmilchprodukte vielen Amerikanern Sorgen, während sie in Europa weit verbreitet und akzeptiert sind.

Überdies ändern sich Sicherheitsbedürfnisse über die Zeit. Begegneten der Erfindung des Automobils Ende des 19. Jahrhunderts viele Deutsche mit Misstrauen, war das Autofahren Jahrzehnte später bereits weit verbreitet und die Einführung der Gurtpflicht stieß trotz nachweisbarer Risikoverringerung auf Ablehnung¹¹⁷.

Die unterschiedliche Akzeptanz von Risiken unterschiedlicher Lebensbereiche mit vergleichbaren Schadenswahrscheinlichkeiten und Schadenshöhen ist nicht irrational. Sie zeigt vielmehr, dass die tatsächliche, intersubjektiv innerhalb einer Gemeinschaft verständliche und damit rationale Risikobewertung von mehr abhängt als von einer technischen Bewertung von Risiken nach dem Muster ‚Risiko = Produkt aus Schadenswahrscheinlichkeit und Schadensausmaß‘¹¹⁸. Die Haltung von Schäferhunden stellt etwa nicht deshalb ein bloßes Risiko und keine Gefahr dar, weil die Wahrscheinlichkeit von Hundebissen schlicht zu klein ist. Vielmehr ist die Haltung von Schäferhunden in Deutschland traditionsreich und es entspricht der hiesigen hergebrachten und gleichzeitig wandelbaren Erfahrung der Welt, dass derartige Hunde und mit ihnen einhergehende Risiken ‚in Ordnung‘ seien. Die Bewertung der von Schäferhunden ausgehenden Risiken als akzeptabel ist also Produkt der hiesigen gesellschaftlichen Sozialisierung und nicht quasimathematische Ableitung aus der Wahrscheinlichkeit von Hundebissen. Ebenso ist Feuerwerk in den meisten deutschen Gemeinden an Silvester nicht etwa deshalb nicht verboten, weil die Verletzungs- und Brandgefahr nicht

¹¹⁷ *Spiegel Online*, Ansnallen bitte!, <https://www.spiegel.de/geschichte/einfuehrung-der-gurtpflicht-a-946925.html> (zugegriffen am 28.04.2023).

¹¹⁸ Siehe zum Beispiel *R. Breuer*, DVBl 93 (1978), 829 (833); *E. L. Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, S. 164; *H. Hofmann*, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, S. 330 f.; *F. Ossenbühl*, NVwZ 1986, 161 (163); *L. Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, S. 88; *F. Schoch*, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 286; *H.-J. Papier*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche, S. 81 (86). Lesenswert zur Untauglichkeit der versicherungsmathematischen Je-desto-Formel, die rechtliche Risikobewertung zu erklären *A. Leisner*, DÖV 2002, 326 (327 ff.).

hinreichend wahrscheinlich ist, um das Risiko als abzuwehrende Gefahr zu qualifizieren. Vielmehr ist das Anzünden von Feuerwerk zum Jahreswechsel schlicht weit verbreitet und wird mehrheitlich akzeptiert. Auch ob die Risiken der Corona-Pandemie Gefahren oder allgemeine Lebensrisiken darstellen, lässt sich nicht ohne weitere – zeitlich und örtlich kontingente – Wertungen aus der Wahrscheinlichkeit von Krankheits- und Todesfällen ableiten.

Die rechtliche Beurteilung, ob ein Risiko eine Gefahr darstellt, ist mithin wertender Natur.¹¹⁹ Wertungen sind jedoch nicht objektiv. Dies bedeutet, dass die Subsumtion unter unbestimmte Rechtsbegriffe nur vor dem Hintergrund einer konkreten Gesellschaftsordnung stattfinden kann. Die Frage, ob ein Risiko rechtlich akzeptabel ist, kann mithin nur unter Berücksichtigung einer konkreten Gesellschaftsordnung und unter Erfassung der sozialen Bedeutung der das Risiko bergenden Situation beantwortet werden. Eine intersubjektiv plausible Bewertung hinsichtlich der Akzeptabilität eines Risikos ergibt sich schließlich erst vor dem Hintergrund gemeinsamer Erfahrungen, Erwartungen und Gewohnheiten. Insofern besteht eine Wechselbeziehung zwischen Recht und sozialer Wirklichkeit: Recht schafft soziale Wirklichkeit genauso wie umgekehrt soziale Wirklichkeit Recht produziert. Ohne den Kontext einer sozialen Wirklichkeit sind unbestimmte Rechtsbegriffe unanwendbar. Dies gilt auch in den eingangs der Untersuchung genannten Fällen, in denen die Je-desto-Formel das alleinige Kriterium bei der rechtlichen Risikobewertung ist, weil andere Gründe abseits einer niedrigen Schadenswahrscheinlichkeit und einer geringen Schadenshöhe, warum das fragliche Risiko akzeptabel sein könnte, offensichtlich nicht einschlägig sind. Auch in diesen Fällen folgt aus der Eintrittswahrscheinlichkeit und dem Schadensausmaß nicht abschließend, ob das fragliche Risiko akzeptabel ist oder nicht. Das akzeptable Risikomaß ist auch hier nur vor der Folie einer konkreten Gesellschaftsordnung zu bestimmen.

Bislang wurde argumentiert, dass die Subsumtion unter den Gefahrbegriff Wertungen erfordert und sich diese Wertungen nicht abschließend aus einer Betrachtung der Schadenswahrscheinlichkeit in Abhängigkeit zur erwarteten Schadenshöhe (Je-desto-Formel) ergeben. Diese Feststellung dürfte nicht überraschen, da es in der Natur wertungsbedürftiger Rechtsbegriffe liegt, dass sie Wer-

¹¹⁹ Siehe im Kontext der Debatte um die Risiken der Kernenergie *R. Lukes*, BB 33 (1978), 317 (320), der auf die Notwendigkeit einer Gesamtbeurteilung und -abwägung aller Umstände des Einzelfalls bei Risikoentscheidungen hinweist, wobei die Bewertung der Eintrittswahrscheinlichkeit nur ein Faktor sei; siehe ferner *R. Breuer*, DVBl 93 (1978), 829 (835); *ders.*, NJW 32 (1979), 1862 (1870); *ders.*, NVwZ 1990, 211 (214); *P. Lerche*, Kernkraft und rechtlicher Wandel, S. 16; *P. Marburger*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche, S. 39 (46); sich *Marburger* anschließend *D. Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 402.

tungen bedürfen, die nicht abschließend durch Regeln für die Rechtsanwendung vorwegnehmbar sind. Ebenso ist es für die Rechtsanwendung kein wesentlicher Gewinn, wenn unter Topoi wie jenem der Sozialadäquanz auf die Kontextabhängigkeit dieser Wertungen hingewiesen wird. Daher sei im Folgenden versucht, den Begriff der Sozialadäquanz mit substantiellem Gehalt zu füllen, der einen Mehrwert gegenüber der herkömmlichen Je-desto-Formel verspricht und zugleich das schwierige, mit dem Topos der Sozialadäquanz aufgeworfene, Verhältnis zwischen Faktizität und Normativität konsolidiert. Denn aus der Faktizität der Lebensverhältnisse folgt, wie bereits ausgeführt, nicht automatisch ihr rechtliches Gesolltsein.

b) Sozialadäquanzurteile sind Werturteile

Bislang wurde herausgestellt, dass die Anwendung des Gefahrbegriffs Wertungen erfordert, die nur vor dem Hintergrund einer konkreten Gesellschaftsordnung getroffen werden können. Sozialadäquanzurteile sind jedoch nicht nur gesellschaftlich kontingent. Vielmehr sind sie als Werturteile auch innerhalb einer bestimmten Gesellschaft strittig.¹²⁰ Daran schließt sich die Frage an, auf wessen Anschauung es hinsichtlich des Urteils, ein Verhalten oder ein Zustand entsprechende sozialen Normen, ankommt.

Diesem – zur Nutzbarmachung des Kriteriums der Sozialadäquanz für die Anwendung des Rechts entscheidenden – Aspekt wird in der Regel keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt. *Hans Welzel*, der Begründer der Sozialadäquanzlehre im Strafrecht,¹²¹ beschreibt sozialadäquate Handlungen schlicht als solche, die

¹²⁰ Zur Zeit-, Orts- und Milieuabhängigkeit von gesellschaftlichen Werturteilen siehe aus der soziologischen Devianzforschung *R. L. Akers*, *Deviant Behavior*, S. 6 f.; *S. Henry/L. M. Howard*, *Social Deviance*, S. 13 ff.; *C. F. Bright*, *Conceptualizing deviance*, S. 1. Aus der rechtswissenschaftlichen Literatur zur Definition eines Schadens als Beeinträchtigung des normalen Bestandes eines Schutzguts siehe *F. Hansen-Dix*, *Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht*, S. 126: „Die Normalität des vorhandenen Bestandes steht allerdings nicht verbindlich fest. Sie differiert nach Ort und Zeit und hängt von den jeweils herrschenden Anschauungen ab.“ Zur Wandelbarkeit bzw. Orts-, Zeit- und Milieuabhängigkeit der gesellschaftlichen Anschauungen in der Diskussion zum Schutzgut der öffentlichen Ordnung siehe *E. Denninger*, *JZ* 1970, 145 (148); *H. H. Klein*, *DVBf* 86 (1971), 233 (239); *G. Erbel*, *DVBf* 1972, 475 (476); *N. Achterberg*, in: *FS Scupin*, S. 9 (26 f.); *B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens*, *Gefahrenabwehr*, S. 249; *F.-J. Peine*, *Die Verwaltung* 12 (1979), 25 (30).

¹²¹ Zur Entwicklung der Sozialadäquanzlehre im Strafrecht mit weiteren Nachweisen siehe *F. Ruppert*, *Die Sozialadäquanz im Strafrecht*, S. 27 ff.; *T. Exner*, *Sozialadäquanz im Strafrecht*, S. 58; *F. Knauer*, *ZStW* 2014, 844 (846). Die Sozialadäquanzlehre wurde vom zivilrechtlichen Deliktsrecht rezipiert, siehe *E. Deutsch*, in: *G. Stratenwerth/A. Kaufmann/G. Geilen/H. J. Hirsch/H.-L. Schreiber/G. Jakobs/F. Loos (Hrsg.)*, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, S. 227 (237 ff.).

sich „völlig im Rahmen der ‚normalen‘, geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens [bewegen]“. ¹²² Das Kriterium der Sozialadäquanz ermögliche es, „die soziale und zugleich geschichtliche Natur des Strafrechts“ ¹²³ zu berücksichtigen. Die soziale Adäquanz sei der den Strafrechtstatbeständen „zugrundeliegende, von ihnen vorausgesetzte ‚Normal‘-Zustand sozialer Handlungsfreiheit“. ¹²⁴ *Werner Hurst* ¹²⁵, der Begründer der Sozialadäquanzlehre zur Bestimmung der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit, ¹²⁶ hält ein Verhalten für sozialadäquat, das heißt dem Normalmaß entsprechend, wenn es „den Anforderungen des menschlichen Gemeinschaftslebens“ entspreche. ¹²⁷

Keine Problematisierung erfährt dabei die Relativität und Wertungsbedürftigkeit von Sozialadäquanzurteilen. ‚Das Sozialadäquate‘ steht nämlich nicht unänderlich fest und ist auch keiner ‚objektiven‘ Erkenntnis zugänglich. Dies kann als gesicherter Bestand der soziologischen Devianzforschung gelten:

Die soziologische Devianzforschung beschäftigt sich mit den Vorgängen, die ablaufen, wenn bestimmte Verhaltensweisen als normal/regelgerecht bzw. als deviant/abweichend bezeichnet werden. ¹²⁸ Ihre Analysen beziehen sich also auf menschliches Verhalten und nicht jegliche Form von Zuständen oder Geschehnissen. Zwar existiert keine allgemein geteilte soziologische Definition abweichenden Verhaltens. Bereits der Definitionsversuch, abweichendes Verhalten sei ein Verhalten, das gegen eine soziale Norm verstößt, ¹²⁹ ist nicht allgemein anerkannt. Vertreter des sogenannten *Labeling Approach* kritisieren an diesem Defi-

¹²² *H. Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, S. 55 f.

¹²³ *H. Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, S. 55; Hervorhebungen im Original.

¹²⁴ *H. Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, S. 57.

¹²⁵ *W. Hurst*, AöR 83 (1958), 43 (75 ff.).

¹²⁶ *C. Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 339 Fn. 34; auf *Hurst* verweisen auch *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 9 Rn. 19. Ein aktueller Vertreter dieser Lehre, *Christoph Gusy*, beschränkt das Kriterium der Sozialadäquanz auf Fälle, in denen es keine rechtlichen Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten gibt. Die Sozialadäquanzlehre sei danach das Pendant zur Rechtswidrigkeitslehre und werde vor allem bei Verstößen gegen die öffentliche Ordnung relevant, siehe *C. Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 338 f. *Gusy* übersieht dabei, dass in Fällen fehlender positivrechtlicher Verhaltensnormen nicht nur das Schutzgut der öffentlichen Ordnung betroffen sein kann, sondern auch die Rechte oder Rechtsgüter des Einzelnen oder der Bestand sowie die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates als Teilschutzgüter der öffentlichen Sicherheit. Bei der Frage, ob Bäume in besiedelten Gebieten wegen der Möglichkeit ihres Umfallens oder eines Astabbruchs eine Gefahr darstellen, sind beispielsweise die Rechtsgüter der Gesundheit und des Lebens sowie des Eigentums tangiert.

¹²⁷ *W. Hurst*, AöR 83 (1958), 43 (78 f.).

¹²⁸ Für einen ersten Überblick siehe *Bryant, Clifton D.* (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Deviant Behavior*.

¹²⁹ *G. Jensen*, in: *C. D. Bryant* (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Deviant Behavior*, S. 11 (12).

nitionsansatz, dass das Verhalten als objektiv abweichend bezeichnet wird.¹³⁰ Sie bevorzugen in Anschluss an *Howard Saul Becker*¹³¹ die Beschreibung, „[d]er Mensch mit abweichendem Verhalten ist ein Mensch, auf den diese Bezeichnung erfolgreich angewandt worden ist; abweichendes Verhalten ist Verhalten, das Menschen als solches bezeichnen“.¹³² Abweichendes Verhalten hat danach keine ontische Qualität, sondern ist Ergebnis einer Zuschreibung bzw. Etikettierung.¹³³ Unter Rekurs auf den *Labeling Approach* stellen Strömungen, die Ende der 1970er Jahre aufkamen, die Bedeutung von Macht und Herrschaftsstrukturen in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen.¹³⁴ Sie thematisieren die ungleichen Einflussmöglichkeiten gesellschaftlicher Gruppen auf die Formulierung und Durchsetzung von Normen.¹³⁵ Das erfolgreiche – da sich durchsetzende – Urteil, ein Verhalten sei abweichend bzw. kriminell, wird dabei als Definitionsmacht begriffen.¹³⁶ Wenngleich vieles umstritten ist, so herrscht grundsätzliche Einigkeit, dass soziale Regeln und damit Sozialadäquanzurteile zeit-, orts- und milieuabhängig¹³⁷ und sozial konstruiert¹³⁸ sind. Es gibt daher keine allseits geteilte, objektive Definition des ‚normalen‘ bzw. des ‚anormalen‘ Verhaltens.¹³⁹ Auch

¹³⁰ *H. S. Becker*, Außenseiter, S. 7 ff.

¹³¹ Wenngleich der *Labeling Approach* regelmäßig auf *Howard Saul Becker* zurückgeführt wird, war er zeitlich nicht der erste, der entsprechende Ansätze publizierte, siehe die Einleitung von *Michael Dellwing* in *H. S. Becker*, Außenseiter, S. X; *K. F. Röhl*, Rechtssoziologie, S. 285.

¹³² *H. S. Becker*, Außenseiter, S. 7. Vgl. ferner *ders.*, Außenseiter, S. 11 f.

¹³³ *S. Lamnek/S. Vogl*, Theorien abweichenden Verhaltens: „Moderne Ansätze“, S. 151; *J. Best*, in: C. D. Bryant (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Deviant Behavior*, S. 17 (17); *G. Jensen*, in: Bryant (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Deviant Behavior*, S. 11 (11); *R. L. Akers*, *Deviant Behavior*, S. 28; *K. F. Röhl*, Rechtssoziologie, S. 285.

¹³⁴ *S. Lamnek/S. Vogl*, Theorien abweichenden Verhaltens: „Moderne Ansätze“, S. 19 ff., 24 ff., 27 f., 32, 68 ff.; *K. F. Röhl*, Rechtssoziologie, S. 289 f.; *R. L. Akers*, *Deviant Behavior*, S. 13 f.

¹³⁵ *H. S. Becker*, Außenseiter, S. 13 f.; *S. Lamnek/S. Vogl*, Theorien abweichenden Verhaltens: „Moderne Ansätze“, S. 35. Für eine kurze und prägnante Kritik zur These, dass Normsetzung und -durchsetzung nur von den Interessen der Herrschenden geleitet werde, siehe *K. F. Röhl*, Rechtssoziologie, S. 290 f.

¹³⁶ *S. Lamnek/S. Vogl*, Theorien abweichenden Verhaltens: „Moderne Ansätze“, S. 19, 34 f., 147 ff., 152, 155.

¹³⁷ *R. L. Akers*, *Deviant Behavior*, S. 6 f.; *S. Henry/L. M. Howard*, *Social Deviance*, S. 13 ff.; *C. F. Bright*, *Conceptualizing deviance*, S. 1.

¹³⁸ *R. L. Akers*, *Deviant Behavior*, S. 30.

¹³⁹ Einleitung des Herausgebers *René König* zu *E. Durkheim*, Die Regeln der soziologischen Methode, S. 67: „Das heißt aber mit anderen Worten, daß es keine allgemeine Definition des ‚normalen‘ und des ‚anormalen‘ Verhaltens gibt; beides gewinnt seinen Sinn erst vor einem bestimmten Komplex von anerkannten Normen, die in einer gegebenen Gesellschaft durchschnittlich befolgt werden. Das ist die soziokulturelle Relativierung der Phänomene des normalen und des anormalen Verhaltens, die immer nur im Horizont eines bestimmten Gesell-

wenn soziale Normen von denjenigen, die sie durchzusetzen versuchen, notwendig mit einem Richtigkeits- und damit Absolutheitsanspruch versehen sind, stehen sie nicht unabänderlich fest, sondern sind einem laufenden sozialen Prozess unterworfen.

Zwar lässt sich mit geeigneten Methoden empirischer Sozialforschung beschreiben, welche sozialen Normen bzw. Zuschreibungen zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort in bestimmten Milieus vorherrschen. Ein bestimmtes Verhalten ist jedoch nicht aus sich heraus wünschenswert oder zu missbilligen.¹⁴⁰ Dies bringt es mit sich, dass es innerhalb einer Gesellschaft konfligierende Bewertungen hinsichtlich derselben Verhaltensweisen geben kann¹⁴¹. Sozialadäquanzurteile können also höchst strittig sein.¹⁴²

c) Sozialadäquanz und Risikoerhöhung

Über den Umstand, dass Sozialadäquanzurteile Werturteile und damit nicht objektiv sind, lässt sich auch nicht unter Verweis auf objektiv beschreibbare Risikodifferenzen zwischen sozialadäquatem und sozialinadäquatem Verhalten hinweggehen. Dies wird im Folgenden anhand eines Fallbeispiels zum rechtlichen Umgang mit gefährlichen Hunden dargestellt. Anhand des Fallbeispiels wird zugleich verdeutlicht, mit welchen Problemen es behaftet ist, die Gefahr über den Aspekt der Risikoerhöhung im Vergleich zum sozialadäquaten (allgemeinen Lebens-)Risiko definieren zu wollen. Der verbreiteten Ansicht¹⁴³, die die Gefahr

schaftstyps und darin auch immer nur in bezug [sic] auf eine bestimmte Entwicklungsphase dieses Typs verstanden werden können.“

¹⁴⁰ R. L. Akers, *Deviant Behavior*, S. 7: „In defining deviance, the sociologist starts with the assumption that there are no absolute categories of inherently deviant behavior and that all human behavior is natural. No behavior is intrinsically unnatural or deviant, but only so in relation to social definitions, which can vary by time and place.“

¹⁴¹ R. L. Akers, *Deviant Behavior*, S. 5, 14 f.; C. F. Bright, *Conceptualizing deviance*, S. 2. Defizitär ist es insofern, wenn F. Ruppert, *Die Sozialadäquanz im Strafrecht*, S. 239 ff., 248, hinsichtlich des Sozialadäquanzurteils im Strafrecht schlicht auf „die Gesellschaft“ abstellen möchte.

¹⁴² Dass soziale Normen umstritten sind, ist die zentrale Annahme des in der soziologischen Devianzforschung verorteten *conflict model*, siehe dazu R. L. Akers, *Deviant Behavior*, S. 12 ff. Letzterem ist insofern zu folgen, als soziale Normen umstritten sein können, aber auch Konsens möglich ist, siehe *ders.*, *Deviant Behavior*, S. 14 f.

¹⁴³ Besonders prägnant im Gefahrenabwehrrecht C. Gusy, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Rn. 110; Hervorhebungen im Original: „Eine Gefahr liegt vor, wenn das Schutzgut [...] einem Risiko ausgesetzt ist und dieses Risiko das Maß der normalen, hinzunehmenden Schadenswahrscheinlichkeit überschreitet, wenn als das Rechtsgut mehr als allgemein üblich gefährdet wird [...]. Mehr als allgemein üblich ist das Schadensrisiko, wenn es das ‚allgemeine Lebensrisiko‘ überschreitet“; D. Kugelmann, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Kap. 5 Rn. 117: „Das Polizei- und Ordnungsrecht als Recht der Gefahrenabwehr setzt eine Gefahr voraus, ein allgemei-

als das im Vergleich zum sozialadäquaten, normalen Maß *erhöhte* Risiko beschreibt, ist daher mit Vorsicht zu begegnen.

aa) Darstellung Fallbeispiel gefährliche Hunde

Die Risiken, die von Kampfhunden oder gefährlichen Hunden ausgehen, waren Gegenstand verschiedener gesetzlicher Bemühungen.¹⁴⁴ In einem Großteil der Bundesländer existieren Vorschriften zur Gefahrenabwehr, die die Haltung von gefährlichen Hunden gänzlich untersagen oder einer Anzeige- oder Erlaubnispflicht unterstellen, einen Leinen- und Maulkorbzwang in der Öffentlichkeit vorsehen sowie die Zucht von gefährlichen Hunden verbieten. Die Zuordnung von Hunden zur Klasse der gefährlichen Hunde geschieht zum Teil über sogenannte Rasselisten. Hunde, die den genannten Rassen angehören, sowie deren Kreuzungen untereinander oder mit anderen Rassen gelten (in vielen Bundesländern widerleglich) als gefährliche Hunde. Die Rasselisten wurden zunächst¹⁴⁵ in den meisten Bundesländern in Form von Polizeiverordnungen erlassen, die auf die generelle Ermächtigung der Polizeibehörden zum Verordnungserlass zur Gefahrenabwehr gestützt wurden. Teilweise existierten schon zum Zeitpunkt der hier interessierenden gerichtlichen Auseinandersetzungen spezielle parlamentsgesetzliche Ermächtigungen zum Erlass von Verordnungen mit Rasselisten.¹⁴⁶ Durch Bundesgesetz ist unter anderem die Einfuhr von Hunden der Rassen Pitbull-Terrier, American Staffordshire-Terrier, Staffordshire-Bullterrier, Bullterrier sowie deren Kreuzungen untereinander oder mit anderen Hunden verboten (§ 2 Abs. 1 S. 1 HundVerbrEinfG¹⁴⁷).

Die Regelungen zum Schutz vor gefährlichen Hunden waren aus verschiedenen Gründen Gegenstand verwaltungs- und verfassungsrechtlicher Überprüfungen. Für die vorliegende Untersuchung sind jene Entscheidungen interessant, die die rechtliche Risikobewertung adressieren.¹⁴⁸ Gestritten wurde insbesondere

nes Risiko reicht für ein Vorgehen nicht aus. Gefahrenabwehr beginnt, wenn ein spezifisches Risiko eintritt, welches das normale Maß überschreitet und dadurch eine nicht gerechtfertigte Rechtsgutsverletzung droht.“

¹⁴⁴ Zur Übersicht siehe *J. Caspar*, DVBl 2000, 1580 (1582 ff.) und *A. Gängel/T. Gansel*, NVwZ 2001, 1208; *S. Hölscheidt*, NdsVBl 2000, 1 (2 ff.).

¹⁴⁵ Zur Geschichte der als tauglich erachteten Ermächtigungsgrundlagen zum Verordnungserlass beim Umgang mit gefährlichen Hunden siehe *F. Schoch*, in: *F. Schoch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2013, Kap. 2 Rn. 374, 379.

¹⁴⁶ Art. 37 Abs. 1 S. 2 bayLStVG.

¹⁴⁷ Art. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung gefährlicher Hunde v. 12.04.2001, BGBl I 530.

¹⁴⁸ Für eine Übersicht relevanter Entscheidungen siehe *A. Gängel/T. Gansel*, NVwZ 2001, 1208 (1212 f., 1214 ff.). Für eine Auseinandersetzung mit der diesbezüglichen Rechtsprechung siehe ferner *J. Caspar*, DVBl 2000, 1580 (1585 ff.); *S. Hölscheidt*, NdsVBl 2000, 1 (5 ff.); *M. Kaltenborn*, NWVBl 2001, 249 (250 ff.); *M. Möstl*, Jura 2005, 48 (50 ff.); *F. Rachor*, in: *Lisken/*

um zweierlei: Ob von der Zugehörigkeit eines Hundes zu einer Rasse auf seine besondere Gefährlichkeit geschlossen werden könne (Frage der Gefahrenprognose) und ob die gesetzlich aufgeführten Rassen tatsächlich gefährlicher seien als andere, nicht genannte Rassen (gleichheitsrechtliche Frage).

Die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen divergieren diesbezüglich,¹⁴⁹ nicht zuletzt, weil das statistische Material zu Beißstatistiken, mithin die Diagnosegrundlage für die Prognose einer Gefahr, zweifelhaft¹⁵⁰ und teils widersprüchlich ist. Nur hinsichtlich der Rassen Pitbull-Terrier, American Staffordshire-Terrier, Staffordshire-Bullterrier und Bullterrier scheinen – nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung – die Beißstatistiken den eindeutigen Schluss zuzulassen, dass diese überproportional häufig auffällig werden.¹⁵¹

bb) Zum Aspekt der Risikoerhöhung

Den Vorschriften über gefährliche Hunde liegt eine Differenzierung zwischen ‚normalen‘ und besonders gefährlichen Hunden zugrunde. Alle Hunde bergen das Risiko, Menschen zu beißen. Nicht alle Hunde unterliegen jedoch den Vorschriften zum Umgang mit gefährlichen Hunden. Welche Hunde als derart gefährlich gelten, dass sie besonderer Gefahrenabwehrmaßnahmen bedürfen, wird also nicht über die grundsätzliche Gefährlichkeit von Hunden definiert, sondern in Relation zum ‚normal‘ gefährlichen Hund.

Auf den ersten Blick scheint dies plausibel: Wenn ein bestimmter Lebensbereich – beispielsweise die Hundehaltung – grundsätzlich als akzeptabel bewertet wird, lässt sich gleichwohl eine Binnendifferenzierung hinsichtlich der Gefährlichkeit verschiedener Hunderassen treffen. Wenn aber das Bedürfnis nach Hundehaltung durch die Haltung einer weniger riskanten Hunderasse gestillt werden kann, leuchtet es ein, dass die Haltung einer unnötig riskanten Hunderasse als inakzeptable Gefahr bewertet wird.

Denninger, 2012, Abschnitt E Rn. 78 ff.; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2013, Kap. 2 Rn. 374, 379.

¹⁴⁹ Die Rasselisten für gleichheitswidrig haltend: VGH BW, NVwZ 1992, 1105 (1107); NVwZ 1999, 1016 (1018); OVG Bremen, Urteil v. 06.10.1992 – 1 N 1/92, juris, Rn. 32 ff.; OVG SH, NVwZ 2001, 1300 (1302); HessVGH, NVwZ-RR 2002, 650 (652 f.).

Die Rasselisten für zulässig erachtend: BayVerfGH, Entscheidung v. 12.10.1994 – Vf. 16-VII-92, Vf. 5-VII-93, juris, Rn. 151; VerfGH RP, NVwZ 2001, 1273 (1275); VerfGH Bln, NVwZ 2001, 1266 (1267 f.).

¹⁵⁰ Die Aussagekraft der Beißstatistiken, die dafür sprechen, dass manche der nicht gelisteten Hunde ebenso gefährlich wie die gelisteten seien, anzweifelnd BayVerfGH, Entscheidung v. 12.10.1994 – Vf. 16-VII-92, Vf. 5-VII-93, juris, Rn. 145; VerfGH Bln, NVwZ 2001, 1266 (1270).

¹⁵¹ BVerfGE 110, 141 (160 ff.) – Kampfhunde [2004]; BVerfG-K, NVwZ 2004, 975 (975 f.); NVwZ 2005, 925 (925 f.).

Die Bewertung des höheren Risikos (im weiteren Sinne) als Gefahr und die Bewertung des niedrigeren Risikos (im weiteren Sinne) als hinzunehmendes Risiko (im engeren Sinne) ist jedoch nur in solchen Fällen eine hinreichende Erklärung für die Risikobewertung, in denen zwischen zwei Risiken eine große Risikodifferenz besteht und zwischen den beiden – an verschiedenen Polen angesiedelten – Risiken keine weiteren, sich graduell unterscheidende Risiken existieren. Gibt es im betreffenden Lebensbereich eine Vielzahl sich graduell unterscheidender Risiken, so stellt sich das Problem der Vagheit¹⁵²: Ab welchem Risikomaß das hinzunehmende Risiko als eine abzuwehrende Gefahr beurteilt wird, ist anhand der Skala der existierenden Risiken nicht exakt zu beantworten, da in unterschiedlichen Lebensbereichen unterschiedlich hohe Risiken hingenommen werden. Es lässt sich also keine allgemeingültige Aussage nach dem Muster treffen, alle Risiken, die beispielsweise pro Jahr und Person häufiger als 10^{-5} -mal auftreten, seien abzuwehrende Gefahren. In diesen Fällen, in denen sich die in einem Lebensbereich möglichen Risiken graduell unterscheiden, ist daher eine wertende Entscheidung erforderlich, welche Risiken die Rechtsordnung noch hinzunehmen bereit ist und welche nicht mehr.

Diesen wertenden Aspekt bei der Risikobeurteilung übergeht der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, wenn er ausführt, den Regelungen der zu prüfenden Kampfhundeverordnung liege die Einschätzung zugrunde, dass von den in der Liste aufgeführten Rassen eine im Verhältnis zum Durchschnitt der übrigen Hunde gesteigerte Gefahr ausgehe¹⁵³. Beißen beispielsweise 1 % der Pudel, 2 % der Schäferhunde und 3 % der Bullterrier statistisch einmal im Jahr einen Menschen, so lässt sich zwar das Verhältnis der Rassen zueinander objektiv darstellen. Dadurch nicht vorentschieden ist jedoch, welche Rassen als ‚normal‘ gefährlich und welche als ‚anormal‘ gefährlich bewertet werden. Beispielsweise ließe sich – allein aus dem statistischen Material – sowohl ableiten, keines der Risiken, alle Risiken oder nur das Risiko der Pudel oder nur jenes der Pudel und Schäferhunde hinnehmen zu wollen. Allein aus der Statistik lässt sich also nicht ohne weitere Wertungen folgern, welches Risiko ‚normal‘ im Sinne von sozialadäquat und welches ‚anormal‘ im Sinne von sozialinadäquat ist.¹⁵⁴ Die Qualifikation eines Risikos als ‚normal‘ oder sozialadäquat folgt mithin nicht zwingend aus der ne-

¹⁵² Für einen Einstieg siehe *Keil, Geert/Poscher, Ralf* (Hrsg.), *Vagueness and Law*; *D. Gruschke*, *Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats*.

¹⁵³ *VerfGH RP, NVwZ 2001, 1273 (1275)*.

¹⁵⁴ So auch die soziologische Devianzforschung, siehe *S. Henry/L. M. Howard*, *Social Deviance*, S. 9: „However, sociologists generally hold that a departure from a statistical norm does not define deviance. Reading a book a day is statistically outside the norm, but it is not a type of negative deviance.“

gativen Abweichung des als ‚anormal‘ bewerteten Risikos vom durchschnittlichen Risiko des entsprechenden Lebensbereichs, sondern erfordert über die Erkenntnis einer Risikodifferenz hinausgehende Wertungen.

d) Wertempirismus

Im Folgenden wird argumentiert werden, dass das Problem der Wertungsbedürftigkeit nicht dadurch einer Objektivierung¹⁵⁵ zugeführt werden kann, indem das rechtliche Gefahrenurteil durch die mehrheitliche gesellschaftliche Billigung oder Missbilligung eines Risikos ersetzt wird.

aa) Darstellung

Zunächst sei dargelegt, welche Hoffnung mit dem Ansatz verbunden wird, die Wertungen der Gerichte und Behörden bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die mehrheitliche Wertung der Rechtsunterworfenen zu ersetzen.

Die wissenschaftliche Idee, die subjektive Wertung der Richterinnen bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch das empirische gesellschaftliche Werturteil zu ersetzen, ist nicht neu.¹⁵⁶ Zum einen ist darin der Versuch zu sehen, die wertende Risikobeurteilung einer Objektivierung¹⁵⁷ („die Mehrheit ist dieser Auffassung“) zuzuführen. Zum anderen steht hinter der Idee das „demokratische Ideal einer Gesellschaft, in der die entscheidenden Instanzen nur den Willen ihrer Mitglieder vollziehen oder gar überflüssig sind“¹⁵⁸. Zugleich verbirgt sich hinter ihr ein Misstrauen gegenüber der ‚frei‘ entscheidenden Richterinnen – teilweise eingebettet in eine Angst vor Klassenjustiz, stammen Richterinnen und Richter doch überwiegend aus der Schicht der Beamten und des Bildungsbürgertums¹⁵⁹. Die Diskussion zur Frage, ob Wertempirismus zu ‚besseren‘ Entscheidungen führt, weist daher Parallelen zum Diskurs auf, ob direkte oder repräsentative Demokra-

¹⁵⁵ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 30.

¹⁵⁶ Siehe nur die Besprechung und Nachweise bei K. F. Röhl, *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, S. 9 f., 180 ff.; *ders.*, *Rechtssoziologie*, S. 227 f. Skeptisch bezüglich der Bedeutsamkeit der Schichtzugehörigkeit bei der Auslegung des Rechts F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 143 f.

¹⁵⁷ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 30: „Die bisher erörterten Vorschläge der Objektivierung des Problems der Wertungen lassen sich in drei Klassen einteilen: (1) das Abstellen auf faktisch vorhandene Überzeugungen und Konsense sowie auf faktisch geltende oder befolgte nichtrechtliche Normen [...]“

¹⁵⁸ K. F. Röhl, *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, S. 206.

¹⁵⁹ K. F. Röhl, *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, S. 183 f.; *ders.*, *Rechtssoziologie*, S. 348.

tie vorzugswürdig sei.¹⁶⁰ Befürworter direkter Demokratie sehen jede Verstärkung von Elementen direkter Demokratie als ‚demokratischer‘ und damit besser an und befürworten dementsprechend die Ausfüllung unbestimmter normativer Begriffe durch die Befragung des Souveräns, des Volkes. Kritiker verweisen auf die Konzeption des Grundgesetzes als repräsentative Demokratie, die Verfahrensgemäßheit der Demokratie sowie auf die Manipulierbarkeit und Uninformiertheit der ‚Masse‘ und heben die Vorteile der fachlich informierten, spezialisierten und arbeitsteilig arbeitenden Richterinnen und Richter sowie Behörden hervor.

Das Augenmerk des Wertempirismus liegt zwar üblicherweise auf den Gerichten. Dies mag daran liegen, dass die Gerichte ‚das letzte Wort‘ haben und ihr Entscheidungsverhalten durch die öffentliche Dokumentation und Begründung ihrer Entscheidungen angreifbarer ist. Erachtet man den Wertempirismus für sinnvoll, liegt jedoch die Forderung nahe, dass nicht nur die Gerichte, sondern bereits die Behörden auf die empirische Ermittlung der herrschenden Anschauungen innerhalb der Bevölkerung zur Rechtsgewinnung zurückgreifen sollten.

bb) Keine Gleichsetzung allgemeiner Lebensrisiken mit mehrheitlich akzeptierten Risiken

Im Folgenden wird argumentiert werden, dass die Hoffnung, die subjektiven Wertungen der Richterinnen bzw. Behördenvertreter bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch das empirische gesellschaftliche Werturteil zu ersetzen, nicht nur unerfüllbar ist. Das rechtliche Gefahrenurteil durch das empirische gesellschaftliche Werturteil zu ersetzen, ist vielmehr grundsätzlich abzulehnen. Dies liegt nicht nur an den häufig bemühten Umständen, dass demoskopische Umfragen zeitlich und monetär aufwendig¹⁶¹ sowie in Situationen un-

¹⁶⁰ Siehe zum Ganzen *E. Benda*, Demoskopie und Recht, S. 12 ff.; *K. F. Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 206 ff.

¹⁶¹ Kritisch bezüglich des Kosten-Nutzen-Verhältnisses empirischer Sozialforschung *K. F. Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 212, 305 f.; *ders.*, Rechtssoziologie, S. 98, 100. Siehe auch *ders.*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 205.

Stark veraltete Literatur verweist auf Kosten zwischen 9.500 und 20.000 Deutsche Mark (allerdings für Mehrthemenumfragen), *T. W. Müller*, Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen des § 3 UWG, S. 176. Zu dieser Zeit waren jedoch noch keine Online-Befragungen möglich. Diese haben seit der Jahrtausendwende stark an Bedeutung gewonnen und sind deutlich kostengünstiger (10 bis 70% der Kosten einer vergleichbaren postalischen Befragung) und schneller umzusetzen, *R. Jacob/A. Heinz/J. P. Décieux*, Umfrage, S. 120 f. Optimistisch bzgl. der Durchführung von Online-Befragungen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur *H. Hamann*, in: *G. Christandl/S. Laimer/K. Nemeth/F. Skarics/D. Tamerl/M. Trenker/C. Voithofer/M. Walch* (Hrsg.), Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht, S. 135 (152).

durchführbar sind, in denen schnelles (in der Regel behördliches) Handeln erforderlich ist.¹⁶² Vielmehr sprechen grundsätzliche, und nicht nur pragmatische Gründe gegen eine Gleichsetzung allgemeiner Lebensrisiken mit gesellschaftlich mehrheitlich gebilligten Risiken.

(1) Faktische Nichtersetzbarkeit der Wertungen durch Behörden und Gerichte

Dass eine empirische Ermittlung der gesellschaftlichen Anschauungen eine wertende Entscheidung der Behördenvertreter bzw. Richterinnen nicht ersetzen kann, hat *Klaus Friedrich Röhl* anschaulich dargelegt, weshalb sich der folgende Abschnitt in großen Teilen auf eine Zusammenfassung seiner Kritik am Wertempirismus beschränkt.

Die Hoffnung, durch empirische Sozialforschung wertende Entscheidungen der Richterinnen und Richter bzw. der Behörden überflüssig zu machen, ist nicht erfüllbar, weil die Feststellung der gesellschaftlichen Anschauungen „bei fast jedem Schritt wertende Entscheidungen“¹⁶³ erfordert.¹⁶⁴ Der Interpret hat – in den Worten *Martin Krieles* – „unzählige Gelegenheiten [...], die Weichen so zu stellen, daß am Ende – auf scheinbar ganz objektive Weise – das von ihm gewünschte Ergebnis herauskommt.“¹⁶⁵ Die Möglichkeit der Wertung fängt bei der Auswahl der Befragten an und hört bei der Entscheidung, welche Mehrheiten für ausreichend erachtet werden¹⁶⁶, nicht auf. Manipulierbar dürfte das Umfrageergebnis auch durch die Art der Fragestellung sein.¹⁶⁷ Anzunehmen ist beispielsweise, dass die Antwort sehr unterschiedlich ausfallen wird, je nachdem, ob ge-

¹⁶² Zweifelnd bezüglich der Nutzbarmachung empirischer Sozialforschung zur Bestimmung der herrschenden Anschauungen im Kontext des polizeilichen Schutzguts der öffentlichen Ordnung daher *F.-J. Peine*, *Die Verwaltung* 12 (1979), 25 (47). Optimistisch *G. Erbel*, *DVB1* 1972, 475 (480), allerdings unter Deutung der empirischen Forschung nicht als „objektiv[er], mathematisch[er] Beweis“, sondern als Methode, bei der „die Polizeibehörden bei Ausschöpfung aller verfügbaren sozialen Indizien mittels der ihnen zu Gebote stehenden Erkenntnismethoden [...] [das Ergebnis] als allgemein oder mehrheitlich anerkannt bewerten dürfen“; Hervorhebungen im Original.

R. Störmer, *Die Verwaltung* 30 (1997), 233 (253 f.), sieht die Schwierigkeiten des Einsatzes empirischer Sozialforschung in der behördlichen und gerichtlichen Praxis, ist jedoch der Ansicht, dass sie zur ordnungsgemäßen Tatsachenfeststellung gehört. Ließe sich eine Sozialnorm nicht zweifelsfrei feststellen, verbiete sich ein behördliches Tätigwerden zum Schutze der öffentlichen Ordnung; Zweifel gingen also zu Lasten der Behörde. So auch *W. Kahl*, *VerwArch* 99 (2008), 451 (455, 467); *B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens*, *Gefahrenabwehr*, S. 250.

¹⁶³ *K. F. Röhl*, *Rechtssoziologie*, S. 228.

¹⁶⁴ *K. F. Röhl*, *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, S. 186 ff.

¹⁶⁵ *M. Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, S. 108.

¹⁶⁶ Diese Frage stellt in Bezug auf ‚die Verkehrsauffassung‘ auch *T. Müller*, *JR* 1992, 8 (10).

¹⁶⁷ Vgl. *E. Benda*, *Demoskopie und Recht*, S. 11: „Entscheidend [für die Beseitigung von Zweifeln der Juristen gegenüber der Möglichkeit, gesellschaftliche Auffassungen wissen-

fragt wird, ob „man wünsche, dass in besiedelten Gebieten Bäume stehen“, ob „man die Risiken, die von unvorhersehbarem Absturz durch Bäume in besiedelten Gebieten ausgehen, hinzunehmen bereit sei“ oder ob „man die Risiken, die von unvorhersehbarem Absturz durch Bäume in besiedelten Gebieten ausgehen, hinzunehmen bereit sei, obwohl im letzten Monat zwei Menschen von Ästen erschlagen worden seien“. Selbst wenn die Meinungsforschung Techniken entwickelt hat, um den Einfluss der Art der Fragestellung auf das Ergebnis einzugrenzen,¹⁶⁸ bleiben dennoch Zweifel, ob dies vollständig gelingen kann.

Ein weiteres Problem bei der Nutzbarmachung empirischer Sozialforschung für die Rechtsgewinnung ist das sogenannte Problem der Sozialwahlfunktion, das *Röhl* ausführlich thematisiert hat.¹⁶⁹ Sobald mehr als zwei Alternativen zur Entscheidung stehen, muss man Regeln formulieren, anhand derer diejenige Alternative bestimmt werden kann, welche die größte Zustimmung erfährt, wenn man nicht schlicht der relativ größten Gruppe den Vorzug geben möchte.¹⁷⁰ Sobald sich keine intersubjektiv einheitliche Rangordnung innerhalb der Entscheidungsmöglichkeiten bilden lässt, ist das Formulieren einer rationalen und fairen Regel zur Mehrheitsbildung jedoch unmöglich.¹⁷¹ Zur Veranschaulichung sei im Folgenden ein Beispiel aus dem Bereich der Risikobewertung dargestellt.

Im Bereich der Risikobewertung stehen regelmäßig mehr als zwei Entscheidungsalternativen zur Auswahl. Mehr als zwei Entscheidungsalternativen stehen immer dann zur Auswahl, wenn ein Risiko nicht nur in Kauf genommen oder abgelehnt werden kann, sondern auch Möglichkeiten zur Risikominimierung und -steuerung in Frage kommen. Steht beispielsweise zur Frage, ob eine Gesellschaft die Risiken, die mit der Haltung von Hunden verbunden sind, hinnehmen möchte, sind folgende Entscheidungsalternativen denkbar: 1. Hundehaltung ist uneingeschränkt erlaubt, 2. Hundehaltung ist uneingeschränkt verboten, 3. die Haltung mancher Hunderassen ist verboten, 4. die Haltung von Hunden ist zulässig, allerdings besteht eine Leinenpflicht, wenn Hunde außerhalb des eigenen Grundstücks mitgeführt werden; 5. die Haltung von Hunden ist zulässig, allerdings besteht nicht nur eine Leinen-, sondern auch eine Maulkorbpflicht, wenn Hunde außerhalb des eigenen Grundstücks mitgeführt werden, 6. die Haltung

schaftlich exakt zu ermitteln] dürfte insbesondere sein, ob die Demoskopie streng objektiv, ohne den geringsten Schein einer Parteinahme (Fragestellung!) durchgeführt wird.“

¹⁶⁸ *K. F. Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 197.

¹⁶⁹ *K. F. Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 201 ff.; *ders.*, Rechtssoziologie, S. 228 ff.

¹⁷⁰ *K. F. Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 201; *ders.*, Rechtssoziologie, S. 228 f.

¹⁷¹ *K. F. Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 202 ff.; *ders.*, Rechtssoziologie, S. 229 ff. m. w. N.

von Hunden ist zulässig, allerdings besteht für manche Hunderassen eine Maulkorb- und Leinenpflicht, wenn die Hunde außerhalb des eigenen Grundstücks mitgeführt werden.

Nun ist denkbar, dass die hier genannten Entscheidungsalternativen keiner allgemein anerkannten Rangfolge hinsichtlich ihrer Wertigkeiten zugeführt werden können. Möglich ist beispielsweise, dass – bei einer angenommenen Gruppe von drei Abstimmungsberechtigten – eine Person die Hundehaltung am liebsten ganz verbieten, am zweitliebsten die Haltung an Bedingungen zur Risikominimierung knüpfen (beispielsweise an einen Leinen- und Maulkorbzwang) und zuletzt die Hundehaltung erlauben möchten. Die zweite Person würde die Hundehaltung am liebsten uneingeschränkt erlauben, am zweitliebsten ganz verbieten, anstelle sie an Bedingungen zu knüpfen, weil sie den Hunden aus Tierliebe das Tragen von Maulkörben und Leinen nicht zumuten möchte, und zuletzt die Hundehaltung an Bedingungen knüpfen. Die dritte Person möchte die Hundehaltung am liebsten an Bedingungen knüpfen, am zweitliebsten uneingeschränkt erlauben und zuletzt uneingeschränkt verbieten. Hier ließe sich angesichts der verschiedenen Präferenzordnungen keine einheitliche Rangfolge innerhalb der zur Wahl gestellten Alternativen bilden, was eine rationale und faire Mehrheitsfindung für eine Alternative unmöglich machte.¹⁷² Würde beispielsweise zuerst darüber abgestimmt werden, ob die Hundehaltung uneingeschränkt verboten sein soll, wäre die Mehrheit dagegen. Würde danach darüber abgestimmt werden, ob die Hundehaltung uneingeschränkt erlaubt oder an Bedingungen geknüpft sein soll, wäre die Mehrheit für das Knüpfen der Hundehaltung an Bedingungen. Anders sähe das Abstimmungsergebnis aus, wenn zuerst über die Frage abgestimmt worden wäre, ob die Hundehaltung uneingeschränkt erlaubt sein soll. Auch hier wäre die Mehrheit dagegen. Auf die daraufhin gestellte Frage, ob die Hundehaltung uneingeschränkt verboten oder an Bedingungen geknüpft sein soll, fände sich eine Mehrheit für das uneingeschränkte Verbot. Würde zuerst über die Frage abgestimmt werden, ob die Hundehaltung an Bedingungen geknüpft sein soll, wäre die Mehrheit dagegen. Auf die daraufhin gestellte Frage, ob die Hundehaltung lieber uneingeschränkt verboten oder uneingeschränkt erlaubt sein soll, fände sich eine Mehrheit für die Erlaubnis. Die Reihenfolge der Abstimmungen bestimmt also das Abstimmungsergebnis.

Dasselbe Dilemma stellte sich, wenn man eine Gruppe von Personen hinsichtlich ihrer Präferenzen zum Umgang mit der Corona-Pandemie befragen würde.¹⁷³ Einige befürworten möglicherweise alle Maßnahmen, die eine Eindäm-

¹⁷² K. F. Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 202 ff.; ders., Rechtssoziologie, S. 229 ff. m. w. N.

¹⁷³ Zur statistischen Verteilung der Bewertung der Corona-Maßnahmen innerhalb Deutschlands bei den drei Antwortmöglichkeiten „Gehen zu weit“, „Sind angemessen“ und „Gehen

mung der Pandemie versprechen. Andere nehmen das Risiko einer Infektion in Kauf und lehnen jegliche Einschränkungen ab. Manche verzichten gerne auf Großveranstaltungen, möchten demgegenüber keine Masken in Geschäften und in öffentlichen Verkehrsmitteln tragen. Andere möchten Großveranstaltungen besuchen, stören sich jedoch nicht an Masken.

In diesen Fällen bedarf es einer Instanz, die die (nicht aus der Gruppe der Abstimmungsberechtigten ableitbare und damit eigenständige) Wertung trifft, wie mit den verschiedenen Präferenzordnungen der Mitglieder der abstimmungsberechtigten Gruppe umgegangen werden soll. Die empirische Sozialforschung kann Wertungen der rechtsanwendenden Stellen mithin nicht überflüssig machen.¹⁷⁴

(2) Dichotomie von Sein und Sollen

Ferner kann aus faktisch bestehenden gesellschaftlichen Anschauungen aufgrund der oben¹⁷⁵ bereits erläuterten Dichotomie von Sein und Sollen grundsätzlich nicht auf die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos geschlossen werden. Wenn gleich sich Recht und soziale Wirklichkeit insofern beeinflussen, als Recht aus einer konkreten Gesellschaftsordnung hervorgebracht wird sowie nur vor dem Hintergrund einer bestimmten Gesellschaftsordnung angewendet werden kann, weil nur auf diese Weise situativ plausible Entscheidungen möglich sind, und Recht durch die (nicht lückenlose) Normbefolgung umgekehrt soziale Wirklichkeit schafft, folgt aus dieser Wechselbeziehung zwischen Recht und sozialer Wirklichkeit gerade kein Gleichlauf beider Sphären. Ihr Verhältnis ist vielmehr eins der ständig oszillierenden Wechselbeziehung. Aus der Faktizität von Lebensverhältnissen kann also nicht automatisch ihr rechtliches Gesolltsein abgeleitet werden. Gleiche Dichotomie gilt zwischen gesellschaftlichen normativen Urteilen und rechtlichen Urteilen. Gesellschaftlichen Anschauungen (auch normativer Art) kommt mithin nicht automatisch rechtliche Geltung zu.¹⁷⁶

nicht weit genug“, siehe *Statista*, 44% halten Corona-Maßnahmen für angemessen, <https://de.statista.com/infografik/23810/umfrage-zur-angemessenheit-der-aktuellen-corona-massnahmen/> (zugegriffen am 28.04.2023). Zur Akzeptanz verschiedener Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie siehe *dass.*, Welche der folgenden Maßnahmen halten Sie in der heutigen Situation für angemessen?, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1112622/umfrage/umfrage-zu-akzeptierten-massnahmen-in-deutschland-waehrend-der-corona-krise/> (zugegriffen am 28.04.2023).

¹⁷⁴ Vgl. *O. Lepsius*, JZ 2005, 1 (12): „Die Karlsruher Rechtsprechung sollte jedenfalls davor bewahrt werden, den amerikanischen Fehler zu wiederholen, nämlich die Lösung juristischer Fragen durch Sozialtatsachen zu erhoffen.“

¹⁷⁵ Siehe auf den S. 72 ff.

¹⁷⁶ In Bezug auf Sozialadäquanzurteile explizit BVerwGE 77, 40 (43 f.) – Fahreignung [1987]: „Eine unmittelbar Recht schaffende Wirkung könnte eine in der ‚Rechtsgemeinschaft‘

Sozialen Urteilen kommt vielmehr nur dann rechtliche Geltung zu, wenn diese gesetzlich angeordnet ist. Dies ist beispielsweise beim polizeilichen Schutzgut der öffentlichen Ordnung der Fall.¹⁷⁷ Auch in diesen Fällen entbindet die gesetzliche Inkorporation sozialer Werturteile ins Recht die Behörden und Gerichte jedoch nicht von bestehenden rechtlichen Bindungen bei der Anwendung des Rechts. Soziale Werturteile können nur unter den Bedingungen des Rechts Eingang ins Recht finden.¹⁷⁸ Selbst bei einer gesetzlich angeordneten Inkorporation sozialer Werturteile ins Recht existiert also eine normative Schranke, die die Inkorporation an die Bedingung knüpft, dass durch sie nicht gegen Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) verstoßen wird. Den Gerichten und Behörden kommt dabei die Funktion zu, die faktischen Anschauungen auf ihre rechtliche Geltungsmöglichkeit hin zu überprüfen (Filterfunktion der Gerichte und Behörden). Sprechen weder gesetzliche noch verfassungsrechtliche Wertungen gegen die Einbeziehung gesellschaftlicher Wertungen, so müssen Gerichte und Behörden bei gesetzlich angeordneter Inkorporation sozialer Urteile ins Recht diese Inkorporation bei ihrer Anwendung des Rechts vornehmen. Der Umstand, dass den Behörden und Gerichten die Aufgabe zukommt, die rechtlichen Bedingungen an die Inkorporation sozialer Normen ins Rechts zu überprüfen, bedeutet zugleich, dass selbst bei einem Begriff wie jenem der öffentlichen Ordnung, der im Ausgangspunkt als Verweis auf gesellschaftliche Urteile zu verstehen ist, ein rein empirisches Verständnis des Begriffs ausscheidet: Indem die Gerichte und Behörden als normative Schranke fungieren und die verfassungsrechtlichen und einfachrechtlichen Bedingungen an die Inkorporation empirischer Werturteile

vorherrschende Auffassung ohnehin nicht haben; diese könnte allenfalls bei Ermittlung des objektiven Gesetzeszweckes als ein Gesichtspunkt unter anderen berücksichtigt werden.“ Zur Dichotomie von Sein und Sollen in Bezug auf die Figur der Sozialadäquanz im Strafrecht *T. Exner*, Sozialadäquanz im Strafrecht, S. 119 ff.; *F. Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, S. 124 ff., 220 ff.

¹⁷⁷ *G. Erbel*, DVBl 1972, 475 (479); *F.-J. Peine*, Die Verwaltung 12 (1979), 25 (28); *B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens*, Gefahrenabwehr, S. 247; *K. Waechter*, NVwZ 1997, 729 (729, 734); *W. Kahl*, VerwArch 99 (2008), 451 (452 f.); *R. Poscher*, in: FS Würtenberger, S. 1029 (1044 f.); *C. Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 97; *F. Schoch*, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 268. Siehe auch *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 351: „[...] es wäre denn, daß das positive Recht selbst irgendwelche metarechtliche Normen wie Moral, Gerechtigkeit usw. delegiert. Aber dadurch würden diese zu positivrechtlichen Normen umgestaltet.“ Ablehnend bezüglich der Transformation von gesellschaftlichen Anschauungen in Rechtsnormen durch die bloße Bezugnahme auf im Einzelnen noch nicht feststehende gesellschaftliche Anschauungen *N. Achterberg*, in: FS Scupin, S. 9 (27, 34).

¹⁷⁸ So zum polizeilichen Schutzgut der öffentlichen Ordnung *R. Poscher*, in: FS Würtenberger, S. 1029 (1044).

ins Recht überprüfen, nehmen die Begriffe eine empirisch-normative Doppelnatur an.¹⁷⁹

Auch hinsichtlich des Begriffs der Gefahr wäre denkbar, ihn als gesetzliche Inkorporation empirischer Risikoakzeptanz zu deuten. In diesem Fall läge eine für die Bejahung einer Gefahr hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit vor, wenn die Schadenswahrscheinlichkeit von der Mehrheit der relevanten Bevölkerung missbilligt würde. Diese Auslegung kann jedoch aus verschiedenen Gründen nicht überzeugen.

(3) Keine gesetzliche Inkorporation empirischer Risikoakzeptanz durch den Gefahrbegriff

Erstens unterscheidet sich der Begriff der Gefahr nicht von anderen unbestimmten Rechtsbegriffen. Begreift man den Begriff der Gefahr bzw. der ‚hinreichenden Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens‘ als gesetzlichen Verweis auf gesellschaftliche Urteile, wirft das die Frage auf, ob man dann nicht alle unbestimmten Rechtsbegriffe als gesetzliche Inkorporation von sozialen Werturteilen deuten müsste. Dies brächte eine fundamentale Änderung des Verständnisses unbestimmter Rechtsbegriffe mit sich. Ob jemand zum Führen eines Kraftfahrzeugs ‚geeignet‘ ist (§ 2 Abs. 4 S. 1 StVG), ob jemand die für den Betrieb einer Gaststätte erforderliche ‚Zuverlässigkeit‘ besitzt (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GastG), ob den Parteien das Festhalten am Vertrag trotz Änderung der Geschäftsgrundlage ‚zumutbar‘ ist (§ 313 Abs. 1 BGB) und ob ein Mittel zur Erreichung eines Zwecks ‚verwerflich‘ ist (§ 240 Abs. 2 StGB), müsste bei diesem Verständnis anhand der faktischen mehrheitlichen gesellschaftlichen Anschauungen beantwortet werden. Dies kann aufgrund der grundsätzlich bestehenden Dichotomie von Sein und Sollen nicht überzeugen. Gesellschaftlichen Anschauungen kommt nur punktuell, das heißt im Ausnahmefall, bei gesetzlich angeordneter Inkorporation sozialer Werturteile ins Recht rechtliche Geltung zu. Da keine Gründe ersichtlich sind, warum der Gefahrbegriff im Unterschied zu anderen unbestimmten Rechtsbegriffen eine derartige Inkorporation bezwecken soll, ist ein empirisches Verständnis des Gefahrbegriffs bzw. der ‚hinreichenden Eintrittswahrscheinlichkeit‘ abzulehnen.

¹⁷⁹ Diesbezüglich ist an die Warnung *Klaus Friedrich Röhl*s zum Begriff der guten Sitten zu erinnern, dass bei Begriffen, die eine empirisch-normative Doppelnatur aufweisen, die Gefahr besteht, dass die empirische Komponente „bis zur Bedeutungslosigkeit relativiert“ werde, siehe *K. F. Röhl*, Rechtssoziologie, S. 226.

(4) Fehlen erforderlichen (Erfahrungs-)Wissens

Zweitens fehlt den meisten Menschen in vielen Bereichen das zur Risikobewertung erforderliche (Erfahrungs-)Wissen. Dies gilt etwa für die Risiken, die von stillgelegten Bergwerken¹⁸⁰ oder von Kontaminationen des Trinkwassers ausgehen. Damit ist nicht gemeint, dass Menschen Risiken nur dann bewerten können, wenn sie die statistischen Schadenswahrscheinlichkeiten beziffern können. Die meisten Menschen werden auch keine Beißstatistiken in Bezug auf verschiedene Hunderassen oder die Anzahl von Verletzungen durch Feuerwerk an Silvester beziffern können. Dies ist für einen alltagstauglichen Umgang mit Risiken auch nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, aufgrund vergangener Erfahrungen mit dem Risiko eine pragmatische Einschätzung für einen Umgang mit ihm zu entwickeln. Im Hinblick auf Risiken, die im Alltag der meisten Menschen nicht vorkommen oder Fachwissen erfordern, fehlt den meisten Menschen demgegenüber das nötige (Erfahrungs-)Wissen, das Voraussetzung für eine Bewertung von Risiken ist. Behörden und Gerichte können demgegenüber auf Sachverständige zurückgreifen, um sich eine fachlich fundierte Überzeugung zu bilden.

(5) Rechtssicherheit

Drittens spricht die rechtsstaatlich geforderte Rechtssicherheit¹⁸¹ gegen eine Bestimmung der rechtlichen Akzeptabilität von Risiken anhand ihrer gesellschaftlichen (Miss-)Billigung. Empirische Mehrheiten können im Extremfall täglich schwanken. Die Bewertung von Risiken anhand ihrer Sozialadäquanz ermöglicht zwar gerade die bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe nötige kontextuale Deutung, die *per se* zeitlich, örtlich und milieuspezifisch schwankt. Damit ist sinnvollerweise jedoch nicht gemeint, dass jede tagesaktuelle Schwankung des gesellschaftlichen Stimmungsbildes bei der Rechtsanwendung nachgezeichnet werden sollte. Den Behörden und Gerichten kommt vielmehr die Funktion zu, gerade angesichts inhomogener, widerstreitender Interessen und Meinungen und schwankender Mehrheiten im Rahmen ihrer rechtlichen Entscheidung eine *Vereindeutigung* des inhomogenen, schwankenden Wertediskurses herbeizuführen. Bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sind die rechtlichen Entscheidungsträger also vor die Aufgabe gestellt, einerseits den zeitlich und örtlich relativen gesellschaftlichen Kontext, mithin die soziale Wirklichkeit, zu berücksichtigen, andererseits den stetig wandelbaren Kontext zum Zwecke der Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung zu fixieren. Es ist also zu unterscheiden

¹⁸⁰ NdsOVG, Urteil v. 19.10.2011 – 7 LB 57/11, juris.

¹⁸¹ Zur Ableitung des Gebots der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung aus dem Bestimmtheitsgrundsatz siehe zum Beispiel BVerfGE 17, 306 (314) – Mitfahrzentrale [1964]; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, Art. 20 Rn. 289.

zwischen der kulturellen Kontingenz der Risikobewertung und den schwankenden Mehrheiten innerhalb einer Gemeinschaft zu einer bestimmten Zeit. Letztere Schwankungen bedürfen zum Zwecke der Rechtssicherheit einer Fixierung, Stabilisierung und Vereindeutigung. Auch dies spricht dafür, rechtliche Gefahrenurteile nicht durch mehrheitliche gesellschaftliche Werturteile zu ersetzen.

Verschärft wird das Problem der Rechtsunsicherheit bei einem empirischen Verständnis des Gefahrbegriffs durch die Manipulierbarkeit der faktischen Risikoakzeptanz. Eine gute Zusammenfassung auch der empirischen Forschung zu dieser Problematik findet sich in *Cass Robert Sunsteins* Monographie „Gesetze der Angst“. Beispielsweise fürchten sich Menschen eher vor Risiken, wenn ihnen leicht Beispiele einfallen, in denen sich die Risiken realisiert haben.¹⁸² Die Verfügbarkeit von negativen Beispielen kann wiederum durch eine entsprechende mediale Debatte¹⁸³ oder allein durch ein Gespräch¹⁸⁴ über die Risiken manipuliert bzw. beeinflusst werden. Starke Affekte wirken sich auf die Risikoakzeptanz dadurch aus, dass Menschen erhebliche Unterschiede in der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens umso eher vernachlässigen, je affektbeladener der negative Ausgang ist.¹⁸⁵ Affekte können ihrerseits durch unterschiedliche Darstellungen von Risiken, beispielsweise durch eine plastische Beschreibung der möglichen Schmerzen, manipuliert werden.¹⁸⁶ Aufgabe der Rechtsordnung und der Rechtsanwendung ist es hingegen nicht, zufällige und schwankende Affekte nachzuzeichnen, sondern – bereits aus Gründen der Rechtssicherheit – stabile und kohärente Werturteile zu produzieren.

(6) Unterschiedliche Struktur rechtlicher und außerrechtlicher Risikoentscheidungen

Viertens liegen rechtlichen Urteilen spezifische, auf dem positiven Recht und Dogmatik beruhende Differenzierungen zugrunde, die gesellschaftliche Werturteile nicht teilen. Für die rechtliche Risikobewertung grundlegend ist die Differenzierung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge. Rechtlich ist mithin zu unterscheiden zwischen der Frage, ob eine Gefahr für ein Schutzgut besteht, und jener, ob diese Gefahr abgewehrt wird. Letztere Frage wird im Gefahrenabwehrrecht maßgeblich durch das geltende Opportunitätsprinzip und durch den – das Opportunitätsprinzip begrenzenden – Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beantwortet. Das gesetzliche Programm zur Herbeiführung rechtlicher Risikoentscheidungen sieht

¹⁸² C. R. Sunstein, *Gesetze der Angst*, S. 57 ff., 63 m. w. N.

¹⁸³ C. R. Sunstein, *Gesetze der Angst*, S. 153 ff.

¹⁸⁴ C. R. Sunstein, *Gesetze der Angst*, S. 63 m. w. N.

¹⁸⁵ C. R. Sunstein, *Gesetze der Angst*, S. 100 ff., 114 ff. m. w. N.

¹⁸⁶ C. R. Sunstein, *Gesetze der Angst*, S. 116 f.

mithin gerade durch das Zusammenspiel von tatbestandlicher Risikobewertung und den rechtlichen Freiräumen und Zwängen auf der Rechtsfolgenseite ein differenziertes System des Inausgleichbringens gegenläufiger Interessen vor.

Die empirische Risikoakzeptanz ist vergleichsweise unterkomplex. Sie differenziert nicht zwischen Tatbestand und Rechtsfolge. Wie ließe sich etwa herausfinden, ob die Mehrheit der Kölner das Risiko, das vom Mitführen von Glasflaschen beim Straßenkarneval¹⁸⁷ ausgeht, als inakzeptable Gefahr oder als hinzunehmendes Risiko bewertet, ohne auf mögliche Abwehrmaßnahmen (beispielsweise ein Verbot des Mitführens von Glasflaschen) einzugehen? Die Frage, „ob man es befürworte, dass Glasflaschen beim Karneval mitgeführt werden dürfen oder ob sie verboten werden sollten“ beinhaltet beispielsweise bereits die Gefahrenabwehrmaßnahme des Verbots des Mitführens von Glasflaschen. Die Frage, ob Glasflaschen beim Straßenkarneval „zu gefährlich oder akzeptabel“ seien, beinhaltet zwar keine konkrete Gefahrenabwehrmaßnahme. Es ist jedoch anzunehmen, dass die meisten Menschen die Antwort davon abhängig machen würden, welche Gefahrenabwehrmaßnahme ihnen vorschwebt. Dies zeigt sich etwa daran, dass die Frage, ob die Verbreitung des Corona-Virus akzeptabel oder inakzeptabel ist, in der gesellschaftlichen Alltagsrisikobewertung häufig mit der Frage vermischt wird, ob die konkret ergriffenen Maßnahmen zur Eindämmung der Verbreitung befürwortet werden.¹⁸⁸

Die empirische Risikoakzeptanz lässt sich ohne Ansehung möglicher Rechtsfolgen mithin kaum abfragen, weil der gesellschaftlichen, alltäglichen Risikobewertung in der Regel eine holistische Betrachtung des Risikos einschließlich der in Frage stehenden oder bereits ergriffenen Abwehrmaßnahme zugrunde liegt. Die Menschen akzeptieren Risiken häufig gerade deshalb, weil sie die möglichen Abwehrmaßnahmen in Relation zum Risiko missbilligen.

Eine rechtliche Gefahrenbeurteilung unter Rückgriff auf das mehrheitliche gesellschaftliche Werturteil wäre damit vor das Problem gestellt, dass ein gesellschaftliches Urteil isoliert zum Risiko häufig nicht zu beschaffen ist. Genau jene isolierte Bewertung des Risikos ohne Ansehung möglicher Risikoabwehrmaßnahmen erfordert die rechtliche Risikobewertung jedoch. Auch die unterschied-

¹⁸⁷ VG Osnabrück, Beschluss v. 11.02.2010 – 6 B 9/10, juris, Rn. 17; VG Köln, Urteil v. 16.09.2010 – 20 K 441/10, juris, Rn. 25 ff.; OVG NW, Urteil v. 09.02.2012 – 5 A 2375/10, juris, Rn. 37 ff.

¹⁸⁸ Siehe auch entsprechende Umfragen hinsichtlich der Akzeptanz der Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie: *Statista*, Welche der folgenden Maßnahmen halten Sie in der heutigen Situation für angemessen?, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1112622/umfrage/umfrage-zu-akzeptierten-massnahmen-in-deutschland-waehrend-der-corona-krise/> (zugegriffen am 28.04.2023); *dass.*, 44% halten Corona-Maßnahmen für angemessen, <https://de.statista.com/infografik/23810/umfrage-zur-angemessenheit-der-aktuellen-corona-massnahmen/> (zugegriffen am 28.04.2023).

liche Struktur rechtlicher und gesellschaftlicher Risikoentscheidungen spricht mithin gegen eine Gleichsetzung von allgemeinen Lebensrisiken mit gesellschaftlich mehrheitlich akzeptierten Risiken.

e) Empirisches oder normatives Verständnis der Sozialadäquanz

Gefahren können damit nicht mit mehrheitlich missbilligten Risiken gleichgesetzt werden. Gleichwohl bedarf es einer Anbindung der rechtlichen Risikobewertung an die Realität und Normalität der Gesellschaft. Andernfalls ließe sich nicht erklären, warum unterschiedliche Gesellschaften unterschiedliche Risiken (auch rechtlich) akzeptieren und warum eine Gesellschaft bereit ist, manche Risiken mit nicht unerheblichen Schadenswahrscheinlichkeiten hinzunehmen. Die Kontextadäquanz der Risikobewertung lässt sich mithin nur herstellen, indem die Faktizität der Lebensverhältnisse und -anschauungen auf irgendeine Art Eingang in die rechtliche Risikobewertung findet. Wie also lässt sich diese Einbeziehung sozialer Wirklichkeit herstellen und in welchem Verhältnis steht sie zur rechtlichen Gefahrdogmatik? Ist die Sozialadäquanz trotz der oben geäußerten Gründe gegen eine *Gleichsetzung* von rechtlichen Gefahurteilen mit empirischen Werturteilen empirisch zu verstehen? Wie könnte eine derartige partielle Berücksichtigung empirischer Werturteile theoretisch bruchlos gelingen? Oder ist der Topos der Sozialadäquanz normativ zu verstehen und meint das Urteil, etwas sei aufgrund normativer Überlegungen einer konkreten Gesellschaftsordnung angemessen?¹⁸⁹ Aber geht dann nicht gerade der gesuchte Bezug zur sozialen Wirklichkeit verloren?

aa) Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Im Folgenden wird zunächst die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Topos der Sozialadäquanz nachgezeichnet. Das Bundesverwaltungsgericht vertrat zunächst ein normatives Verständnis hinsichtlich des Begriffs der Sozialadäquanz. In der jüngeren Rechtsprechung schwenkte es auf ein empirisches Verständnis um, fordert jedoch trotz empirisch verstandenen Sozialadäquanzurteils keine empirische Erhebung der mehrheitlichen gesellschaftlichen

¹⁸⁹ Uneindeutig T. Exner, Sozialadäquanz im Strafrecht, S. 111 f., der argumentiert, die Figur der Sozialadäquanz im Strafrecht sei „weniger rechtlicher als empirischer Natur“ und nehme auf außerrechtliche Kriterien Bezug, weshalb die Rechtsordnung für diese Kriterien keine Erkenntnisquelle sein könne. Er verhält sich damit gerade nicht zur Frage, ob mit dem Begriff des Sozialadäquanzurteils die empirische mehrheitliche Auffassung innerhalb der relevanten Bevölkerung oder die Auffassung des Rechtsanwenders zur wünschenswerten Sozialordnung gemeint ist.

Anschauungen, sondern lässt die Überzeugung der Tattrichterin vom Bestehen der jeweiligen gesellschaftlichen Anschauungen genügen.

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum Maßstab der Sozialadäquanz entwickelte sich hauptsächlich im Rahmen immissionsschutz- und nachbarrechtlicher Fragestellungen. Der Topos der Sozialadäquanz fand dabei über die Auslegung anderer Begrifflichkeiten Eingang in die Dogmatik: Anhand des Topos der Sozialadäquanz konkretisiert die Rechtsprechung den Begriff der Zumutbarkeit der fraglichen Immission bzw. allgemein des fraglichen Risikos oder Nachteils.¹⁹⁰ Der Begriff der Zumutbarkeit, der durch den Begriff der Sozialadäquanz konkretisiert wird, ist teilweise ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal (siehe zum Beispiel § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO). Darüber hinaus wird er von der Rechtsprechung zur Auslegung von Tatbestandsmerkmalen verwendet, die inakzeptable Risiken, Nachteile oder Belästigungen beschreiben, häufig angeknüpft an das Tatbestandsmerkmal der ‚Erheblichkeit‘ eines Nachteils oder einer Belästigung.¹⁹¹ Beispielsweise sind nicht genehmigungsbedürftige Anlagen gem. § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind. Ferner müssen gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß beschränkt werden. Schädliche Umwelteinwirkungen definiert § 3 Abs. 1 BImSchG als Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Die Rechtsprechung zieht bei Anwendung dieser Normen den Begriff der Zumutbarkeit zur Konkretisierung der ‚Er-

¹⁹⁰ Siehe aus der umfangreichen Rechtsprechung BVerwGE 68, 62 (67) – Glockenläuten [1983]; BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 4, 6 f.; Beschluss v. 09.04.2003 – 6 B 12/03, juris, Rn. 14; Beschluss v. 18.05.2009 – 8 B 13/09, juris, Rn. 4; OVG RP, Urteil v. 23.05.2019 – 1 A 11371/18, juris, Rn. 37; BayVGH, Beschluss v. 16.07.2019 – 15 ZB 17.2529, juris, Orientierungssatz 3; HessVGH, Beschluss v. 24.03.2020 – 4 B 2146/19, juris, Rn. 65; OVG LSA, Beschluss v. 20.10.2020 – 2 M 71/20, juris, Rn. 16.

Teilweise wird anstelle des Begriffs der Sozialadäquanz oder neben ihm der Begriff der Ortsüblichkeit verwendet, siehe zum Beispiel BVerwG, Urteil v. 12.12.1991 – 4 C 5/88, juris, Rn. 19: „ortsüblich und sozialadäquat“; siehe ferner den Verweis des Bundesverwaltungsgerichts auf die Formulierung der Berufungsinstanz „ortsüblich, wohntypisch und sozialadäquat“ im Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 8 sowie NdsOVG, NJW 2013, 2922 (2922). Der Begriff der (Orts-)Üblichkeit ist nach dem oben Gesagten jedoch im Sinne von ‚Sozialadäquanz‘ zu verstehen, da die deskriptive Üblichkeit allein nicht automatisch das soziale oder rechtliche Sollen indiziert.

¹⁹¹ Aus der umfangreichen Rechtsprechung siehe zum Beispiel BVerwGE 68, 62 (67) – Glockenläuten [1983]; 88, 143 (144) – Sportlärm [1991]; HessVGH, NVwZ-RR 2006, 531 (532); OVG Bremen, NJW 2007, 939 (940); NdsOVG, NJW 2013, 2922 (2922); OVG LSA, Beschluss v. 20.10.2020 – 2 M 71/20, juris, Rn. 16.

heblichkeit‘ der Nachteile und Belästigungen heran¹⁹² und konkretisiert den Maßstab der Zumutbarkeit wiederum anhand der Sozialadäquanz der fraglichen Immissionen¹⁹³.

Doch wie bestimmt das Bundesverwaltungsgericht, ob das in Frage stehende Risiko sozialadäquat ist oder nicht? Auf wessen Anschauung stellt es ab? In einer Entscheidung zur Zumutbarkeit liturgischen Glockenläutens von 1983 hatte das Bundesverwaltungsgericht zunächst den „verständigen Durchschnittsmenschen“¹⁹⁴ zum Maßstab für die Bewertung, ob das in Frage stehende Glockenläuten sozialadäquat sei, erhoben. Der „verständige Durchschnittsmensch“ ist nicht als Verweis auf tatsächlich bestehende Anschauungen der durchschnittlichen Bürger unter Ausschluss ‚Unverständiger‘ gemeint. Der Zusatz des ‚verständigen‘ Durchschnittsmenschen überformt den Begriff des Durchschnittsmenschen vielmehr normativ und ermächtigt allein die Richterin, sich ein Urteil zur Sozialadäquanz zu bilden.¹⁹⁵ Dabei soll sie nicht die tatsächlich bestehende durchschnittliche Auffassung in der Gesellschaft ermitteln, sondern soll ihr Urteil von der Frage leiten lassen, wie ein verständiger Mensch die Situation bewerten würde. Der Begriff des ‚verständigen Durchschnittsmenschen‘ ist also rein normativ gemeint.

Explizit kritisch zur Heranziehung gesellschaftlicher Anschauungen bei der Auslegung des Rechts äußerte sich das Bundesverwaltungsgericht ferner in einem Urteil¹⁹⁶ zur Fahreignung eines Trunkenheitsfahrers im Jahr 1987. Es rügte die Auffassung des Instanzgerichts, dass eine Rückfallwahrscheinlichkeit von 36% von der Gesellschaft als sozialadäquat akzeptiert werde: Erstens komme einer „in der ‚Rechtsgemeinschaft‘ vorherrschende[n] Auffassung ohnehin“ keine „unmittelbar Recht schaffende Wirkung“ zu. Zweitens gebe es „keinerlei gesicherte[n] Erkenntnisse über eine derartige gesellschaftliche Übereinkunft“.¹⁹⁷

In seiner späteren Rechtsprechung schwenkte das Bundesverwaltungsgericht auf ein empirisches Verständnis des Arguments der Sozialadäquanz um und stellte zur Bestimmung der Sozialadäquanz von Geräuschimmissionen auf die „all-

¹⁹² Siehe zum Beispiel BVerwGE 68, 62 (67) – Glockenläuten [1983]; 88, 143 (144) – Sportlärm [1991]; HessVGH, NVwZ-RR 2006, 531 (532); OVG Bremen, NJW 2007, 939 (939 f.).

¹⁹³ Siehe zum Beispiel BVerwGE 68, 62 (67 f.) – Glockenläuten [1983]; 88, 143 (145) – Sportlärm [1991]; BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 4, 6 f.; Beschluss v. 09.04.2003 – 6 B 12/03, juris, Rn. 14; Beschluss v. 18.05.2009 – 8 B 13/09, juris, Rn. 4 f.

¹⁹⁴ BVerwGE 68, 62 (67) – Glockenläuten [1983].

¹⁹⁵ Siehe hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der ‚guten Sitten‘ zur normativen Überformung der faktischen Komponente der ‚Sitten‘ durch den Zusatz der ‚guten‘ Sitten *K. F. Röhl*, Rechtssoziologie, S. 226; *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 557.

¹⁹⁶ BVerwGE 77, 40 – Fahreignung [1987].

¹⁹⁷ BVerwGE 77, 40 (43 f.) – Fahreignung [1987].

gemeine[...] Einschätzung in der Bevölkerung“¹⁹⁸ bzw. die „Bevölkerung insgesamt“¹⁹⁹ ab. Der Begriff der Sozialadäquanz diene „[...] zur Beschreibung von Verhaltensweisen oder Zuständen, die sich im sozialen Zusammenleben ergeben und die sich möglicherweise für den einzelnen sogar nachteilig auswirken, jedoch von der Bevölkerung insgesamt hingenommen werden, weil sich die Verhaltensweisen oder Zustände noch in den Grenzen des als sozial Üblichen und Tolerierbaren halten.“²⁰⁰ Insofern verweise der Begriff der Sozialadäquanz auf außerrechtliche, über die Zeit wandelbare Wertungen und unterscheide sich diesbezüglich nicht von anderen Fällen, „in denen die gesetzte Rechtsordnung sich nicht als abschließend versteht“²⁰¹.

Kritisch anzumerken ist diesbezüglich zunächst, dass das Bundesverwaltungsgericht als Maßstab für die Sozialadäquanz auf die „Bevölkerung insgesamt“ verweist. Aufgrund der Relativität von Sozialadäquanzurteilen kann es bei einem empirischen Verständnis der Sozialadäquanz jedoch nur auf die aktuellen Anschauungen der *Mehrheit* der relevanten Gesellschaft ankommen. Die Erhebung der „Bevölkerung insgesamt“ zum Maßstab der Sozialadäquanz verschleiert den bestehenden Pluralismus und fingiert²⁰² eine Einheitlichkeit, die es faktisch nicht gibt. Es ist zu vermuten, dass das Bundesverwaltungsgericht zumindest unbewusst auf sprachlicher Ebene versucht, dem Argument der Sozialadäquanz durch fingierte Quantität und Konsens („*alle* sind der Meinung“) mehr Gewicht beizulegen.

Das Bundesverwaltungsgericht versteht in seiner jüngeren Rechtsprechung die Sozialadäquanz mithin empirisch. Davon zu unterscheiden ist die Frage der Ermittlung des empirisch verstandenen Sozialadäquanzurteils. Wenngleich das Bundesverwaltungsgericht das Sozialadäquanzurteil empirisch versteht, verlangt es keine empirische Ermittlung des Sozialadäquanzurteils unter Rückgriff auf Sachverständige der Demoskopie. Vielmehr lässt es genügen, dass sich die Richterinnen ohne empirische Erhebungen eine Überzeugung zu den vorherrschenden gesellschaftlichen Anschauungen bilden: Die Feststellung, welche Verhaltensweisen und Zustände von der „Bevölkerung insgesamt“ als sozialadäquat

¹⁹⁸ BVerwGE 88, 143 (149) – Sportlärm [1991].

¹⁹⁹ BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 5; Beschluss v. 09.04.2003 – 6 B 12/03, juris, Rn. 14.

²⁰⁰ BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 5.

²⁰¹ BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 5.

²⁰² Eine Fiktion sei auch das Abstellen auf ‚die Verkehrsauffassung‘, siehe *T. Müller*, JR 1992, 8 (9 f.): „Genau besehen gibt es ‚die‘ Verkehrsauffassung gar nicht. Eine 100%ig homogene Verkehrsauffassung ist nur theoretisch denkbar.“ Siehe auch *K. F. Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 200: „Empirische Wertforschung kann nur Mehrheitsentscheidungen bringen.“

angesehen würden, sei „vornehmlich eine Frage tatrichterlicher Würdigung“.²⁰³ Zwar ist mit dem Begriff der tatrichterlichen Würdigung primär gemeint, dass die Tatrichterin bei der Bewertung der Beweise grundsätzlich frei ist und die Beweiswürdigung revisionsrechtlich nur auf Rechtsfehler überprüft werden kann.²⁰⁴ Theoretisch könnte von den genannten Zitaten also die tatrichterliche Würdigung der Beweiskraft empirischer Erhebungen zur Akzeptanz bestimmter Risiken gemeint sein. Faktisch setzt sich das Bundesverwaltungsgericht jedoch nicht damit auseinander, ob ein Bedarf an empirischer Sozialforschung besteht oder ob die Richterinnen aufgrund eigener Sachkunde die mehrheitlichen gesellschaftlichen Anschauungen feststellen können. Vielmehr wird durch den alleinigen Verweis auf die Zuständigkeit der Tatrichterin zur Würdigung der herrschenden sozialen Anschauungen die *Richterin* und nicht die Gesellschaft ins Zentrum der Beurteilung der Sozialadäquanz gestellt. Das Bundesverwaltungsgericht versteht den Begriff der Sozialadäquanz also als Verweis auf die tatsächlich vorhandenen gesellschaftlichen Anschauungen, erachtet es jedoch für ausreichend, dass sich das Gericht ohne empirische Erhebungen eine Überzeugung zu den gesellschaftlichen Anschauungen bildet. An welche Voraussetzungen eine Überzeugungsbildung des Gerichts ohne empirische Erhebung der mehrheitlichen gesellschaftlichen Anschauungen durch die Hinzuziehung von Sachverständigen zur Demoskopie geknüpft ist, wird vom Bundesverwaltungsgericht nicht problematisiert.

Keine vertiefte Problematisierung erfährt ferner die Frage, in welchem Verhältnis die empirisch verstandene Sozialadäquanz zum rechtlichen Gefahurteil steht. Das Bundesverwaltungsgericht betont, der Begriff der Sozialadäquanz verweise auf außerrechtliche, über die Zeit wandelbare Wertungen und unterscheide sich diesbezüglich nicht von anderen Fällen, „in denen die gesetzte Rechtsordnung sich nicht als abschließend versteht“²⁰⁵. Zugleich weist es darauf hin, dass bei der Bewertung eines Risikos als sozialadäquat auch „bewertende Vorgaben der gesetzten Rechtsordnung bedeutsam“ seien.²⁰⁶ Der Begriff der Sozialadäquanz erfülle „keine eigenständige Maßstabsfunktion.“²⁰⁷ Er diene „lediglich als Differenzierungsmerkmal, das es unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten er-

²⁰³ BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 5: „[...] ist vornehmlich eine Frage der tatrichterlichen Würdigung“; Beschluss v. 09.04.2003 – 6 B 12/03, juris, Rn. 14: „[...] ist vornehmlich eine Frage tatrichterlicher Würdigung“.

²⁰⁴ Für die Verwaltungsgerichtsordnung siehe *Eichberger/Buchheister*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 137 Rn. 153; für die Zivilprozessordnung siehe *Krüger*, in: MüKo ZPO, § 546 Rn. 15.

²⁰⁵ BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 5.

²⁰⁶ BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 5.

²⁰⁷ BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 7; Beschluss v. 09.04.2003 – 6 B 12/03, juris, S. 14.

möglichst, der jeweiligen Art der Störung Rechnung zu tragen“, da sich für Lärm keinen starren Grenzwerte festlegen ließen.²⁰⁸

Damit löst das Bundesverwaltungsgericht das Spannungsfeld zwischen einem normativen und einem empirischen Verständnis der Sozialadäquanz nicht auf. Abseits der in diesen Ausführungen enthaltenen Feststellung, dass durch die Inkorporation sozialer Werturteile nicht gegen bestehende rechtliche Wertungen verstoßen werden darf, bleibt unklar, in welchem Verhältnis die empirische Sozialadäquanz zum rechtlichen Gefahrurteil steht. Ist die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos – wenn es die bestehenden rechtlichen Vorgaben zulassen – mit dem sozialen Akzeptanzurteil gleichzusetzen? Oder ist die soziale Üblichkeit und Akzeptanz eines Risikos nur ein Gesichtspunkt unter anderen bei der rechtlichen Risikobewertung? Aber welche Bedeutung kommt dem sozialen Akzeptanzurteil überhaupt zu, wenn seine Berücksichtigung und Bedeutung im Verhältnis zu anderen Gesichtspunkten dem Rechtsanwender zu entscheiden überlassen sind? Liegt dem Bundesverwaltungsgericht dann nicht doch ein normatives Verständnis der Sozialadäquanz zugrunde?

bb) Funktion einer empirischen Sozialadäquanz unter normativen Vorzeichen

Dem Bundesverwaltungsgericht ist insofern zu folgen, als es mittlerweile ein empirisches Verständnis der Sozialadäquanz vertritt. Der Topos der Sozialadäquanz verweist begrifflich und funktional auf gesellschaftliche, und nicht rechtliche, Normen.²⁰⁹

Bei einem rein rechtlichen Verständnis lautete der Rekurs auf die Sozialadäquanz eines Risikos ausformuliert: „Ich, die Rechtsanwenderin, halte das fragliche Risiko nach meinen normativen Überlegungen für der Gesellschaftsordnung angemessen, mithin für sozialadäquat.“ Dieses Urteil unterscheidet sich jedoch nicht von Fällen der Rechtsanwendung, in welchen ohne den Topos der Sozialadäquanz argumentiert wird. Schließlich wird jedes rechtliche Urteil zur Angemessenheit eines Zustandes oder Verhaltens in Bezug auf eine konkrete Gesellschaftsordnung getroffen, da sich ohne den Hintergrund einer bestimmten Gesellschaft keine situativ plausible Einzelfallentscheidung treffen lässt. Dies gilt insbesondere bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Würde der

²⁰⁸ BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, S. 7; Beschluss v. 09.04.2003 – 6 B 12/03, juris, S. 14.

²⁰⁹ Schwankend *T. Exner*, Sozialadäquanz im Strafrecht, S. 161 ff.: Einerseits gelte es, „fern jeder empirischen Erhebung“ die Billigung des fraglichen Verhaltens „mit Bezug auf den einsichtigen und verständigen Durchschnittsmenschen nachzuweisen“, andererseits solle die „historische Verfestigung“ von Verhaltensweisen empirisch ermittelt werden und die „allgemeine Billigung“ dieser Verhaltensweisen vorausgesetzt werden, „solange keine Ablehnung empirisch feststellbar ist“.

Begriff der Sozialadäquanz schlicht auf das verweisen, was die jeweilige Rechtsanwenderin der Gesellschaftsordnung angemessen findet, bedürfte es des Topos der Sozialadäquanz mithin nicht.

Der Mehrwert des Topos der Sozialadäquanz gegenüber einem rein innerrechtlichen Argumentieren mit der Akzeptabilität eines Risikos kann daher nur in seinem Bezug auf soziale Normen liegen.²¹⁰ Soziale Regeln sind dadurch gekennzeichnet, dass sie von Menschen geteilt werden. Soziale Regeln entstehen mithin erst durch die intersubjektive Teilung von Überzeugungen und Verhaltensanforderungen an den Einzelnen. Sie sind also keine Privatmeinungen. Ob die Rechtsanwenderin eine soziale Norm für wünschenswert hält, ist dabei irrelevant, da sie keine Fähigkeit zur Schaffung sozialer Normen hat. Ihre Kompetenz ist auf die Schaffung *rechtlicher* Normen beschränkt.

Ferner fußt die Überzeugungskraft des Topos der Sozialadäquanz auf der breiten gesellschaftlichen Verankerung des Akzeptanzurteils. Diese ist es gerade, die Gerichte oder Behörden bemühen, wenn sie sich auf das Argument der Sozialadäquanz berufen.

Damit ergibt sich ein Spannungsfeld: Einerseits besteht der Mehrwert des Topos der Sozialadäquanz gegenüber einem rein innerrechtlichen Argumentieren in seinem außerrechtlichen Bezug. Die Sozialadäquanz muss daher empirisch verstanden werden. Gleichzeitig ist die Bedeutung eines empirischen Verständnisses der Sozialadäquanz dadurch beschränkt, dass das rechtliche Gefahrenurteil, wie gezeigt wurde, nicht schlicht durch die mehrheitliche empirische Risikoakzeptanz ersetzbar ist. Die empirisch zu verstehende Sozialadäquanz kann also nur einen gewissen Einfluss auf die rechtliche Risikobewertung haben. In derartigen Fällen, ebenso wie bei empirisch-normativen Mischbegriffen wie jenem der ‚guten Sitten‘, besteht jedoch die Gefahr, wie *Klaus Friedrich Röhl* zum Begriff der guten Sitten prägnant formuliert hat, dass die empirische Komponente „bis zur Bedeutungslosigkeit relativiert“ werde.²¹¹ Dass diese Befürchtung auch im Hinblick auf den Topos der Sozialadäquanz berechtigt ist, zeigt sich daran, dass in den Gerichtsentscheidungen auf die Sozialadäquanz von Risiken heterogen verwiesen wird. Gerichte rekurrieren auf den Topos der Sozialadäquanz in Fällen, in denen sie das fragliche Risiko auch rechtlich akzeptabel

²¹⁰ Für das Strafrecht die faktische Grundlage durch den Begriff der Sozialadäquanz indiziert betrachtend *A. Eser*, in: B. Schünemann/H. Achenbach/W. Bottke/B. Haffke/H.-J. Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, S. 199 (211): „Durch das Moment der ‚Sozial‘adäquanz wird eine faktische Grundlage vorgegeben, die ihrerseits durch zwei Faktoren bestimmt wird: durch die Üblichkeit derartigen Verhaltens und, weil nicht nur eines einzelnen oder einer vereinzelt Gruppe, durch dessen Charakter als gesellschaftliche Observanz.“

²¹¹ *K. F. Röhl*, Rechtssoziologie, S. 226.

finden und hinsichtlich des fraglichen Risikos gesellschaftliche Anschauungen zu existieren scheinen.²¹²

Qualifizieren die Gerichte demgegenüber ein Risiko rechtlich als Gefahr, bedürfen sie des Topos der Sozialadäquanz nicht, da er schließlich eine Rechtfertigungsstrategie für die Akzeptabilität eines Risikos ist. Dementsprechend gehen Gerichte in derartigen Fällen entweder nicht²¹³ oder nur kurz auf das Argument der Sozialadäquanz ein²¹⁴ oder begründen – wenn die Parteien des Rechtsstreits oder die Vorinstanz mit der Sozialadäquanz des Risikos argumentiert haben –, warum die gesellschaftliche Anschauung irrelevant sei bzw. ihr jedenfalls nicht automatisch auch rechtliche Geltung zukomme²¹⁵.

Der gerichtliche Rekurs auf den Topos der Sozialadäquanz scheint mithin davon abzuhängen, ob die Gerichte das sozial übliche und akzeptierte Risiko für rechtlich akzeptabel halten oder nicht. Halten sie es für rechtlich akzeptabel, scheinen sie im Topos der Sozialadäquanz zur Rechtfertigung ihrer Überzeugung fündig zu werden. Halten sie es für rechtlich inakzeptabel, lehnen sie den Rekurs auf gesellschaftliche Übungen und Überzeugungen mit Verweis auf die Dichotomie von Sein und Sollen ab. Der Hinweis *Röhls* zu empirisch-normativen Mischbegriffen bringt das Problem mithin auf den Punkt. Wenn die rechtliche Berücksichtigung von empirischen Übungen und Überzeugungen einer rechtlichen Schranke unterliegt, über welche die Rechtsanwenderinnen wachen, versinkt die empirische Komponente in der Bedeutungslosigkeit.

Zugleich gibt es zur normativ geleiteten Berücksichtigung und Zulassung von empirischen Übungen und Überzeugungen keine Alternative. An ihr führte der Weg nur vorbei, wenn man das rechtliche Urteil gänzlich durch das empirische Werturteil ersetzte. Dies kann aus den oben dargestellten Gründen jedoch nicht überzeugen.

Damit ist das Verhältnis von rechtlichem Gefahrenurteil und sozialer Faktizität ein schwieriges. Einerseits lassen sich rechtliche Urteile nicht mit sozialen Übungen und Überzeugungen gleichsetzen. Andererseits gilt die Beobachtung,

²¹² Siehe etwa HessVGh, NVwZ-RR 2012, 21 (22) zur Sozialadäquanz des Lärms durch Kinderspielplatz; BayVGh, NJW 1998, 401 (402) zur Sozialadäquanz des Feierns örtlicher Vereine; BVerwGE 68, 62 (67) – Glockenläuten [1983] zur Sozialadäquanz liturgischen Glockenläutens.

²¹³ Siehe etwa zum Risiko, das von alten Bergwerken ausgeht, NdsOVG, Urteil v. 19.10.2011 – 7 LB 57/11, juris, Rn. 23 ff.; VGh BW, Urteil v. 25.10.2012 – 1 S 1401/11, juris, Rn. 70 ff.; zum Lärm durch Hundegebell siehe NVwZ-RR 1996, 578 (579).

²¹⁴ Knapp argumentierend, dass das fragliche Hundegebell nicht als ortsüblich und zumutbar angesehen werden könne, NdsOVG, NJW 2013, 2922 (2923); SächsOVG, NJW 2018, 181 (183).

²¹⁵ Siehe etwa BVerwGE 77, 40 (43 f.) – Fahreignung [1987]; 79, 118 (125) – Gebrauchtmärkte [1988]; OVG NW, Urteil v. 09.02.2012 – 5 A 2375/10, juris, Rn. 41.

dass die Rechtsanwendung von der Faktizität der Lebensverhältnisse beeinflusst ist. Diese Beobachtung ist insbesondere dann eklatant, wenn ein Risiko als rechtlich akzeptabel bewertet wird, obwohl es mit nicht unerheblicher Wahrscheinlichkeit zu nicht unerheblichen Schäden führen wird. Warum Feuerwerk an Silvester und die Haltung von Hunden erlaubt sind und Glasflaschen beim Straßenkarneval jedenfalls bis vor wenigen Jahren²¹⁶ erlaubt waren, lässt sich nur unter Rückgriff auf die Tradition dieser Risiken verständlich machen. Da es in diesen, in ihrer Anzahl begrenzten, Fällen eines argumentativen Rekurses auf die gesellschaftliche, von Billigung getragene Übung bedarf, um die rechtliche Akzeptabilität der fraglichen Risiken zu begründen, sei im Folgenden versucht zu beleuchten, wie ein derartiger Rekurs aussehen könnte.

Hier wird vorgeschlagen, den Topos der Sozialadäquanz auf Risiken anzuwenden, die erstens nicht nur von einer selbstverständlichen, breiten sozialen Akzeptanz²¹⁷ getragen sind, sondern zweitens bislang auch rechtlich als akzeptabel bewertet wurden. Es werden mithin nur solche Risiken rechtlich über das Kriterium der Sozialadäquanz anerkannt, die nicht nur von der ganz überwiegenden Zahl der Rechtsunterworfenen gebilligt, sondern gerade auch von den zur Durchsetzung des Rechts ermächtigten Stellen als rechtlich zulässig betrachtet werden.

Erstes Kriterium ist relevant, um die schlichte mehrheitliche Billigung eines Risikos von der tiefen Verankerung eines gesellschaftlichen Akzeptanzurteils zu unterscheiden. Die rechtliche Geltung eines gesellschaftlichen Akzeptanzurteils kann nicht lediglich darauf basieren, dass die gesellschaftliche Mehrheit das fragliche Risiko billigt, da das mehrheitliche gesellschaftliche Urteil aus oben genannten Gründen nicht rechtlich maßgeblich ist. Die rechtliche Geltung eines gesellschaftlichen Akzeptanzurteils gründet vielmehr auf der Selbstverständlichkeit der Akzeptabilität, die gerade auch in der tradierten rechtlichen Billigung, dem zweiten Kriterium, ihren Ausdruck erfährt. In dieser Selbstverständlichkeit kommt die tiefe kulturelle Verankerung des Akzeptanzurteils zum Ausdruck.

Die Selbstverständlichkeit ist nicht mit Konsens gleichzusetzen. Feuerwerk an Silvester werden einige aufgrund der dadurch verursachten Umweltbelastung

²¹⁶ Eine Gefahr bejahend OVG NW, Urteil v. 09.02.2012 – 5 A 2375/10, juris, Rn. 37 ff.; eine Gefahr verneinend zuvor VG Osnabrück, Beschluss v. 11.02.2010 – 6 B 9/10, juris, Rn. 17; VG Köln, Urteil v. 16.09.2010 – 20 K 441/10, juris, Rn. 25 ff.

²¹⁷ Hinsichtlich der Existenz ‚herrschender‘ Sozialnormen im Rahmen des Schutzguts der öffentlichen Ordnung fordern *B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens*, Gefahrenabwehr, S. 248, dass die Sozialnormen von einer ‚klaren und deutlichen Mehrheit getragen werden‘; Hervorhebung im Original. Eine einfache Mehrheit hält ferner *K. F. Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 200, bei empirischen Umfragen zur Rechtsgewinnung dann nicht für ausreichend, wenn der Verstoß gegen die mehrheitlich gebilligte Norm ‚außergewöhnliche Sanktionen nach sich zieht‘.

ablehnen. Die ganz überwiegende Mehrheit wird jedoch Feuerwerk an Silvester akzeptabel finden.

Eine derartige Selbstverständlichkeit des Akzeptanzurteils bildet sich nur in Bereichen, die über eine hinreichend breite soziale Aufmerksamkeit und Alltäglichkeit verfügen. Eine diesbezügliche Testfrage ist, ob grundsätzlich jedes Mitglied derjenigen Gemeinschaft, in Bezug auf welche die Existenz eines Sozialadäquanzurteils festgestellt werden soll, hinsichtlich des fraglichen Risikos eine spontane Meinung abgeben kann. Ob ein bestimmtes Material feuerfest genug ist, um im Gebäudebau verwendet zu werden, ist etwa eine zu technische und nur kleine Teile der Bevölkerung *bewusst* betreffende Frage, als dass sich hinsichtlich ihrer ein Sozialadäquanzurteil bilden könnte.

Letzteres Kriterium – die tradierte rechtliche Billigung des fraglichen Risikos – trägt der Differenz zwischen der sozialen Akzeptanz eines Risikos und der rechtlichen Akzeptabilität desselben Rechnung. Zugleich ist es, wie bereits angedeutet, Ausdruck der Selbstverständlichkeit, mit welcher gesellschaftlich von der Akzeptabilität des fraglichen Risikos ausgegangen wird. Diese Selbstverständlichkeit wirkt insofern in der rechtlichen Beurteilung des fraglichen Risikos fort. Der Gleichlauf der gesellschaftlichen und rechtlichen Bewertung ist mithin seinerseits Ausdruck der Selbstverständlichkeit der Akzeptabilität des fraglichen Risikos.

Die rechtliche Billigung ist von Fällen zu unterscheiden, in denen die zuständige Behörde ein Risiko grundsätzlich als rechtlich inakzeptabel missbilligt, gegen es bislang jedoch nicht vorgegangen ist. Dies kann entweder dem Opportunitätsprinzip oder schlichter Versäumnis geschuldet sein. Ein lediglich geduldetes, nicht jedoch gebilligtes Risiko ist nie sozialadäquat. Maßgeblich ist vielmehr die Auffassung seitens der zur Anwendung des Rechts ermächtigten Stellen, dass das sozial akzeptierte Risiko nicht nur sozial, sondern gerade auch rechtlich zulässig ist. Rechtliche Bindungswirkung kommt der behördlichen und gerichtlichen Billigung eines Risikos jedoch nur zu, wenn sie hinreichend zeitlich verfestigt, mithin tradiert ist. Im Bereich neuer Risiken muss den Behörden und Gerichten zunächst eine Phase zugestanden werden, in welcher sie eine rechtliche Einschätzung hinsichtlich des Risikos entwickeln können. Eine mehrmalige behördliche Billigung eines Risikos begründet insofern noch keine zeitliche Bindung für die Zukunft. Sozialadäquat sind vielmehr nur solche mehrheitlich sozial akzeptierten Risiken, die über eine hinreichende zeitliche Verfestigung hinsichtlich ihrer rechtlichen Billigung verfügen. Erst diese zeitliche Verfestigung der rechtlichen Billigung eines Risikos rechtfertigt das Vertrauen der Rechtsunterworfenen, das fragliche Risiko erzeugen zu dürfen. Durch sie manifestiert sich die Selbstverständlichkeit, mit welcher die Mitglieder einer Gemeinschaft von der rechtlichen Zulässigkeit eines Risikos ausgehen. Der Topos der Sozialadäquanz weist nach

hiesigem Verständnis daher eine Nähe zum Vertrauensschutz auf: Geschützt wird über den Topos der Sozialadäquanz gerade nicht lediglich die aktuelle mehrheitliche gesellschaftliche Akzeptanz oder Missbilligung eines Risikos. Dies käme einer Gleichsetzung des rechtlichen Gefahrenurteils mit dem empirischen Mehrheitsurteil durch die Hintertür gleich. Geschützt ist vielmehr das Vertrauen der Rechtsunterworfenen, dass Risiken, von deren selbstverständlicher Zulässigkeit sie ausgehen und aufgrund der tradierten behördlichen und gerichtlichen Billigung auch ausgehen dürfen, auch zukünftig rechtlich zulässig sind. Dieses Vertrauen in die selbstverständliche rechtliche Zulässigkeit eines Risikos, das aufgrund der verfestigten behördlichen Billigung eines Risikos berechtigt ist, darf nur vom parlamentarischen Gesetzgeber, nicht jedoch von den Gefahrenabwehrbehörden angegriffen werden. Sozialadäquate Risiken stellen mithin keine Gefahren dar, solange ihre rechtliche Missbilligung nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist.

Ein solches Vertrauen entsteht gerade nicht, wenn ein Risiko zwar eine breite soziale Akzeptanz genießt, das Risiko bislang jedoch nicht rechtlich gebilligt wurde. Denkbar ist etwa, dass viele Menschen es billigen, wenn Gegenstände zum Verschenken auf die öffentliche Straße gestellt werden. Die Behörden gehen jedoch regelmäßig gegen das unsachgemäße Entsorgen von Müll vor; die Praxis der Bevölkerung wird also nicht von Behörden und Gerichten gebilligt.

Wenn man den Grund der rechtlichen Bindungswirkung des Sozialadäquanzurteils über das berechtigte Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die rechtliche Zulässigkeit eines Risikos konstruiert, wird auch verständlich, warum der Topos der Sozialadäquanz nur zur Rechtfertigung der *Zulässigkeit* von Risiken herangezogen wird, auf den Topos der Sozialinadäquanz jedoch nicht zur Rechtfertigung ihrer *Unzulässigkeit* rekuriert wird. Der Umstand, dass die Mehrheit der Gesellschaft ein bestimmtes Risiko *missbilligt*, entfaltet gerade keine rechtliche Wirkung. Geschützt ist schließlich das Vertrauen in den Bestand einer bestimmten Rechtsposition, bestehend aus der Möglichkeit, ein bislang selbstverständlich gebilligtes Risiko auch in Zukunft erzeugen zu dürfen. Nicht geschützt ist demgegenüber das Vertrauen, dass ein bislang missbilligtes Risiko auch zukünftig missbilligt wird.

Davon zu unterscheiden ist der Umstand, dass bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie jenem der Gefahr gesellschaftlich kontingente außerrechtliche Wertungen einfließen. Jede Rechtsanwenderin ist als Mitglied einer spezifischen Gemeinschaft von zeitlich und örtlich kontingenten Wertmaßstäben geprägt, die zum Teil in ihre Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe einfließen. In diesem Rahmen findet auch die breite gesellschaftliche *Missbilligung* eines Risikos Eingang in die Anwendung des Gefahrbegriffs. Dieser Einfluss außerrechtlicher Anschauungen ist zwingend, da kontextadäquate Einzelfallentscheidungen

nur vor dem Hintergrund einer konkreten Gesellschaftsordnung, mithin unter Einbettung der rechtlichen Entscheidung in einen gesellschaftlichen Sinnzusammenhang stattfinden können. Der zeitlich-, örtlich- und milieuspezifische Kontext eines rechtlichen zu regelnden Sachverhalts erzeugt jedoch keine rechtliche Bindungswirkung, wie es unter Zugrundelegung des hiesigen Verständnisses hinsichtlich des Topos der Sozialadäquanz der Fall ist. Er stellt schlicht das unter den Mitgliedern einer Gemeinschaft geteilte Hintergrundwissen zur Deutung sozialer Konflikte dar.

Die Sozialadäquanz als Rechtsbegriff hat mithin zwei Komponenten. Sie setzt sowohl die selbstverständliche, breite soziale Akzeptanz als auch die tradierte rechtliche Billigung des fraglichen Risikos voraus. Aus erster Komponente der Sozialadäquanz folgt, dass sie keine Grundlage ist, um die rechtliche Bindungswirkung einer behördlichen und gerichtlichen Praxis ohne korrespondierende gesellschaftliche Akzeptanz zu begründen. Auch wenn die Baurechtsbehörden die Verwendung eines bestimmten Materials in bestandsgeschützten Gebäuden bislang nicht als Gefahr bewertet haben, folgt aus dieser Bewertung nicht die Sozialadäquanz des mit dem Material verbundenen Risikos. Das fragliche Risiko war nie sozialadäquat, sondern nur rechtlich zulässig.

Das Kriterium der tradierten rechtlichen Billigung ist insbesondere in Fällen interessant, in denen eine Behörde erstmals gegen ein bislang gebilligtes Risiko vorgehen möchte. Gegen das Mitführen von Glasflaschen beim Straßenkarneval wurde – soweit ersichtlich – erstmals 2010 behördlich vorgegangen.²¹⁸ In diesen Momenten des erstmaligen Vorgehens gegen ein bislang sozial und rechtlich gebilligtes Risiko spricht das Abweichen von der vorherigen Praxis gegen das Vorliegen einer Gefahr. In derartigen Fällen bedarf es daher eines besonderen Argumentationsaufwands, warum sich entweder die soziale Akzeptanz des Risikos über die Zeit geändert hat oder warum die Sozialadäquanz nicht mehr rechtlich maßgeblich sein kann. Dass während der Corona-Pandemie Feuerwerk an Silvester verboten ist, lässt sich etwa nur darüber rechtfertigen, dass die pandemie-spezifische Gefahr in der Ansammlung von Menschen liegt, die während des Feuerwerks erwartet wird. Die feuerwerksspezifischen Risiken begründen wegen ihrer Sozialadäquanz hingegen keine Gefahren. Ob zukünftig ein höheres Sicherheitsniveau als bislang gewünscht ist, ist ausschließlich der Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers überlassen. Nur er kann entscheiden, dass ein bislang sozialadäquates Risiko zukünftig verboten sein soll. Wenn Feuerwerk, der Straßenkarneval oder die Hundehaltung zukünftig verboten sein sollen, muss mithin der parlamentarische Gesetzgeber tätig werden.

²¹⁸ VG Osnabrück, Beschluss v. 11.02.2010 – 6 B 9/10, juris, Rn. 17; VG Köln, Urteil v. 16.09.2010 – 20 K 441/10, juris, Rn. 25 ff.

Der Topos der Sozialadäquanz hat damit einen begrenzten Anwendungsbereich. Eine selbstverständliche soziale Billigung eines Risikos kumulativ zu seiner tradierten rechtlichen Billigung wird in der Regel nur in Bezug auf Risiken vorliegen, in denen das Vorliegen einer Gefahr bereits deshalb abwegig ist, weil die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts gering oder der Schaden niedrig ist. Schließlich herrscht überwiegend nur im Hinblick auf Bagatellbeeinträchtigungen eine selbstverständliche, breite gesellschaftliche Akzeptanz. Man denke etwa an das gelegentliche Bellen eines Hundes oder an den Lärm des Einwurfs von Glasflaschen in den Container zur Tageszeit außerhalb der Mittagsruhe. Abseits dieser sehr niederschweligen Belästigungen fängt ja schon der Streit innerhalb der sozialen Sphäre an, welche Beeinträchtigung noch ‚sozialadäquat‘ sei. In Fällen, in denen sich die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos jedoch bereits aus den Kriterien der herkömmlichen Gefahrdogmatik (niedrige Schadenswahrscheinlichkeit und geringe Schadenshöhe) ergibt, bedarf es des Kriteriums der Sozialadäquanz nicht. Relevanz im Sinne von Unterscheidungsfähigkeit bei der Rechtsanwendung kommt dem Topos der Sozialadäquanz daher nur in Fällen zu, in denen die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos ohne den Topos der Sozialadäquanz deshalb nicht erklärt werden kann, weil die Schadenswahrscheinlichkeit und die potenziellen Schäden nicht unerheblich sind. Warum die mit Feuerwerk einhergehenden Risiken an Silvester hingenommen werden, lässt sich beispielsweise nur unter Verweis auf die rechtlich gebilligte Tradition des Feuerwerks erklären.

Das besondere am Kriterium der Sozialadäquanz ist, dass es im Gegensatz zur herkömmlichen Gefahrdogmatik *positiv* für die Akzeptabilität des fraglichen Risikos streitet. Die herkömmliche Je-desto-Formel beleuchtet den Zusammenhang von Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit bei der rechtlichen Risikobewertung. Anhand der Je-desto-Formel lässt sich *negativ* begründen, warum manche Risiken keine Gefahren darstellen: Sie stellen dann keine Gefahr dar, wenn die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts angesichts der Schadenshöhe zu gering ist. Die Formel ist richtig. Sie kann jedoch nicht erklären, warum manche Risiken trotz nicht ganz unerheblicher Schadenswahrscheinlichkeiten hingenommen werden. Hier entfaltet der Topos der Sozialadäquanz seine Relevanz. Er liefert die Erklärung, warum manche Risiken mit nicht unerheblichen Schadenswahrscheinlichkeiten rechtlich akzeptabel sind.

Sozialadäquate Risiken stellen keine Gefahren dar. Ist ein Risiko sozialadäquat, entfaltet die herkömmliche Je-desto-Formel nur insoweit Relevanz, als sie Ausdruck verfassungsrechtlicher Anforderungen an die einfachrechtliche Risikobeurteilung ist. Diese werden weiter unten²¹⁹ dargestellt.

²¹⁹ Siehe auf den S. 112 ff.

cc) Amtsaufklärungspflicht

Wird das Sozialadäquanzurteil wie hier empirisch verstanden, erfordert es die Amtsaufklärungspflicht der Behörden und Gerichte, die Sozialadäquanz eines Risikos festzustellen.

Gem. § 86 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwGO und § 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG sind die Behörden und Gerichte zur Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen verpflichtet. Der Sachverhalt im Sinne von § 86 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwGO und § 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG meint die Tatsachen, über die das Gericht bzw. die Behörde normativ urteilen muss. Es ist der für die Entscheidung bedeutsame ‚Ausschnitt‘ aus der Realität.²²⁰ Welche Tatsachen dabei relevant sind, ergibt sich aus den Rechtsnormen, anhand derer nach der Auffassung der Behörde oder des Gerichts der Lebenssachverhalt zu bewerten ist.²²¹ Der Sachverhalt meint also die empirischen Voraussetzungen der die Entscheidung determinierenden Normen. Da sozialadäquate Risiken keine Gefahren darstellen und die Sozialadäquanz hier als selbstverständliche breite gesellschaftliche und tradierte rechtliche Billigung eines Risikos verstanden wird, erfordert es mithin die Amtsaufklärungspflicht von Behörden und Gerichten, das Vorliegen der selbstverständlichen breiten gesellschaftlichen und tradierten rechtlichen Billigung des fraglichen Risikos festzustellen.²²²

Damit ist jedoch nicht der Weg zur Ermittlung des empirisch verstandenen Sozialadäquanzurteils vorentschieden. Die empirische Ermittlung des Sozialadäquanzurteils durch Hinzuziehung von Sachverständigen ist nur dann erforder-

²²⁰ *Dawin*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 86 Rn. 20.

²²¹ Zu § 86 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 VwGO siehe BVerwGE 106, 115 (119) – Mülheim-Kärlich [1998]; BVerwG, NVwZ 2015, 439 (441); NVwZ-RR 2017, 1037 (1038); *Schübel-Pfister*, in: Eyer mann, VwGO, § 86 Rn. 27; *Rixen*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 86 Rn. 11.

Zu § 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG siehe OVG SL, Beschluss v. 08.06.2006 – 2 Q 7/06, juris, Rn. 17; *J. Ziekow*, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 24 Rn. 5.

²²² Hinsichtlich des Schutzguts der öffentlichen Ordnung für eine empirische Ermittlung der Sozialnormen *F. Schoch*, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 277; *R. Störmer*, Die Verwaltung 30 (1997), 233 (253 f.), sieht Schwierigkeiten des Einsatzes empirischer Sozialforschung in der behördlichen und gerichtlichen Praxis, ist jedoch der Ansicht, dass sie zur ordnungsgemäßen Tatsachenfeststellung gehört. Ließe sich eine Sozialnorm nicht zweifelsfrei feststellen, verbiete sich ein behördliches Tätigwerden zum Schutze der öffentlichen Ordnung; Zweifel gingen also zu Lasten der Behörde. So auch *W. Kahl*, VerwArch 99 (2008), 451 (455, 467); *B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens*, Gefahrenabwehr, S. 250. Vgl. ferner *G. Erbel*, DVBl 1972, 475 (480), allerdings unter Deutung der empirischen Forschung nicht als „objektiv[er], mathematisch[er] Beweis“, sondern als Methode, bei der „die Polizeibehörden bei Ausschöpfung aller verfügbaren sozialen Indizien mittels der ihnen zu Gebote stehenden Erkenntnismethoden [...] [das Ergebnis] als allgemein oder mehrheitlich anerkannt bewerten dürfen“; Hervorhebungen im Original.

lich, wenn die befassten Richterinnen bzw. Behördenvertreter nicht selbst über das nötige Erfahrungswissen verfügen.²²³

Grundsätzlich ist die Treffsicherheit von Annahmen über mehrheitliche gesellschaftliche Anschauungen ohne empirische Grundlage aufgrund der durch persönliche Erfahrung, Wissen, Milieuzugehörigkeit, Alter etc. begrenzten Sicht des die Annahme Aussprechenden niedrig. Aussagen über mehrheitliche innere Tatsachen (beispielsweise das mehrheitliche Sozialadäquanzurteil) ohne empirische Ermittlung dieser Tatsachen sind mithin anfällig für subjektive Fehleinschätzungen.²²⁴ Vor diesem Hintergrund ist verständlich, warum der Umstand, dass die Gerichte in der Regel auf die aufwendige empirische Ermittlung gesellschaftlicher Auffassungen verzichten, in anderen Zusammenhängen – wie hinsichtlich des Begriffs der ‚guten Sitten‘ sowie des polizeilichen Schutzguts der öffentlichen Ordnung²²⁵ – kritisiert wurde.²²⁶

Dieses Problem wäre im Hinblick auf den Topos der Sozialadäquanz jedoch nur dann virulent, wenn die rechtliche Risikobewertung durch das mehrheitliche gesellschaftliche Werturteil ersetzt werden sollte. In diesem Fall erforderte es die

²²³ BGH, GRUR 2004, 244 (245); *Bacher*, in: BeckOK ZPO, § 284 Rn. 6. Verkehrsauffassungen, Verkehrssitten und Handelsbräuche demgegenüber zu Normtatsachen und nicht Erfahrungswissen zählend *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 284 Rn. 3.

²²⁴ Vgl. zum Schutzgut der öffentlichen Ordnung *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 7 Rn. 44; *F. Schoch*, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 273; *W. Kahl*, VerwArch 99 (2008), 451 (475 f., 478 f.).

²²⁵ Die öffentliche Ordnung ist „die Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beobachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird“, PrOVGE 91, 139 (140) – Damenboxkämpfe [1933]. Diese Definition ist heute noch gängig, siehe nur BVerfGE 69, 315 (352) – Brokdorf [1985]; BVerfG-K, NVwZ 2004, 90 (91); *E. Denninger*, in: Lisen/Denninger, Abschnitt D Rn. 35; *V. Götz/M.-E. Geis*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, § 5 Rn. 1; *C. Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 96; *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 7 Rn. 42; *W.-R. Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 63; *F. Schoch*, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 268. In Sachsen-Anhalt und Thüringen gelten die entsprechenden Legaldefinitionen § 3 Nr. 2 SOG LSA und § 54 Nr. 2 ThürOBG, die den Zusatz enthalten, dass die Regeln „im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung liegen“ müssen.

²²⁶ Zum Begriff der ‚guten Sitten‘ siehe *K. F. Röhl*, Rechtssoziologie, S. 226; *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 557; *H. Dreier*, in: GS Mayer-Maly, S. 141 (152, 155). Zum Schutzgut der öffentlichen Ordnung siehe *F.-J. Peine*, Die Verwaltung 12 (1979), 25 (47); *K. Waechter*, NVwZ 1997, 729 (731); *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 7 Rn. 44 ff.; *F. Schoch*, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 273; *W. Kahl*, VerwArch 99 (2008), 451 (461 f., 475 f., 478 f.); *R. Störmer*, Die Verwaltung 30 (1997), 233 (252 ff.); *G. Erbel*, DVBl 2001, 1714 (1718 f.); *T. Hebel*, JA 2002, 521 (524); *V. Götz*, in: FS Stober, S. 195 (204); *T. Aubel*, Jura 2004, 255 (258); *T. Finger*, Die Verwaltung 40 (2007), 105 (109).

Amtsaufklärungspflicht von Behörden und Gerichten, in Bezug auf alle Risiken das mehrheitliche gesellschaftliche Urteil festzustellen. Dies wird gerade in Fällen milieuspezifischer Risiken und schwankender oder uneindeutiger Mehrheitsverhältnisse ohne demoskopische Befragung eines repräsentativen²²⁷ Teils der relevanten Bevölkerung schwierig sein.

Der Anwendungsbereich des Topos der Sozialadäquanz ist nach hiesiger Definition jedoch auf Risiken beschränkt, die zum einen eine selbstverständliche breite gesellschaftliche, zum anderen eine tradierte rechtliche Billigung genießen. Sozialadäquate Risiken sind mithin traditionelle Risiken, die definitionsgemäß innerhalb der Gesellschaft, die die Tradition pflegt, über hinreichende Bekanntheit verfügen. Handelt es sich bei den fraglichen Traditionen um Verhaltensweisen, die in der gesamten Gesellschaft verbreitet sind, verfügen die befassten Richterinnen bzw. Behördenvertreter als Angehörige des betreffenden Verkehrskreises daher in der Regel selbst über das nötige Erfahrungswissen.²²⁸ Nicht über das nötige Erfahrungswissen verfügen sie demgegenüber, wenn die Traditionen nur Teile der Gesellschaft betreffen und sie nicht Angehörige des betreffenden Verkehrskreises sind. Dass die Haltung von Hunden und Feuerwerk an Silvester beispielsweise weit verbreitet und von breiter, selbstverständlicher gesellschaftlicher Billigung getragen sind, können Behörden und Gerichte ohne Hinzuziehung von Sachverständigen feststellen. Ob in bestimmten Gegenden Verliebte traditionell um Mitternacht vom 30. April auf den 1. Mai gemeinsam

²²⁷ In der Meinungsforschung üblich ist die Befragung einer Stichprobe anstelle der Befragung aller für das Analyseziel relevanter Personen. Zu den Gründen der Befragung einer Stichprobe sowie ihren Vor- und Nachteilen gegenüber Totalerhebungen siehe *S. Althoff*, Auswahlverfahren in der Markt-, Meinungs- und empirischen Sozialforschung, S. 20 ff. Die Auswahl der Stichprobe, insbesondere in Bezug auf die Stichprobengröße und die Auswahl der befragten Personen, ist vom Ziel geleitet, dass die befragte Stichprobe möglichst genau das hypothetische Umfrageergebnis hinsichtlich der Grundgesamtheit spiegelt (Repräsentativität des Umfrageergebnisses). Zu möglichen Vorgehensweisen bei der Auswahl der Stichprobe und ihren jeweiligen Vor- und Nachteilen siehe *ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.*, Stichproben-Verfahren in der Umfrageforschung, S. 19 ff.; *S. Althoff*, Auswahlverfahren in der Markt-, Meinungs- und empirischen Sozialforschung, S. 29 ff.; *M. Häder*, Empirische Sozialforschung, S. 156 ff.

Für sehr grobe Richtwerte hinsichtlich der Stichprobengröße siehe *R. Jacob/A. Heinz/J. P. Décieux*, Umfrage, S. 73. Kritisch *M. Häder*, Empirische Sozialforschung, S. 147 f.: „Die Größe einer Stichprobe allein bietet keine Garantie für eine gute Abbildung von Eigenschaften beziehungsweise Parametern der Grundgesamtheit.“ Zum Vorgehen bei der Festlegung der Stichprobengröße unter Berücksichtigung der Irrtumswahrscheinlichkeit siehe *ders.*, Empirische Sozialforschung, S. 152 f.

²²⁸ BGH, NJW 2002, 1718: „Zur Feststellung der Verkehrsauffassung der Allgemeinheit ist der Tatrichter als Teil dieser Allgemeinheit regelmäßig ohne weiteres in der Lage“; GRUR 2004, 244 (245).

über ein Feuer springen (sogenannter ‚Maisprung‘) kann von Behörden und Gerichten nur dann ohne Hinzuziehung von Sachverständigen festgestellt werden, wenn sie Teil der Gemeinschaft sind, die diesen Brauch pflegt. Sind sie nicht Teil der Gemeinschaft, bedürfen sie fremden Erfahrungswissens, um die Tradition sowie die tradierte rechtliche Billigung des fraglichen Risikos festzustellen. Denkbar ist etwa die Befragung von langjährigen Mitgliedern der Gemeinschaft zur Feststellung der Tradition sowie die Befragung von Behördenvertretern derjenigen Behörde, die für die Abwehr des Risikos zuständig ist, ob sie vom fraglichen Risiko wussten und aus welchen Gründen sie bislang gegen das Risiko (nicht) vorgegangen sind.

Die hiesige Definition der Sozialadäquanz ist somit gerade auch im Hinblick auf die Anforderungen der Amtsaufklärungspflicht konsistenter als der bisherige Rekurs auf die Sozialadäquanz von Risiken. Wird der Topos der Sozialadäquanz für tradierte Risiken reserviert, die definitionsgemäß über eine hinreichende Bekanntheit verfügen, ist es schlüssig, wenn Gerichte und Behörden in der Regel auf Grundlage eigener Sachkunde die Sozialadäquanz der Risiken feststellen. Wird der Topos der Sozialadäquanz jedoch auch verwendet, um die Zulässigkeit beliebiger Risiken, etwa bestimmter Lärmschwellenwerte, zu bestimmen, erforderte es die Amtsaufklärungspflicht von Behörden und Gerichten, das diesbezügliche mehrheitliche gesellschaftliche Werturteil mithilfe von Demoskopern festzustellen. Der bisherige Rekurs des Bundesverwaltungsgerichts auf die Sozialadäquanz bestimmter Risiken ist insofern defizitär.

f) Rechtliche Grenzen der Sozialadäquanz

Anhand des Kriteriums der Sozialadäquanz lässt sich die rechtliche Risikobewertung mithin in einen bestimmten gesellschaftlichen Kontext einbetten. Es ist somit ein Bindeglied zwischen der sozialen Wirklichkeit und dem Recht. Soziale Wirklichkeit darf jedoch nur unter den Bedingungen des Rechts Eingang ins Recht finden.²²⁹ Im Folgenden werden daher die rechtlichen Grenzen dargestellt, die dem Rekurs auf die Sozialadäquanz von Risiken bei der einfachrechtlichen Risikobewertung auferlegt sind. Erstens gilt der Vorrang des Gesetzes. Zweitens darf die Sozialadäquanz bestimmter Risiken nur unter Einhaltung der Anforderungen der staatlichen Schutzpflicht Eingang in die Anwendung des Gefahrbegriffs finden. Auch erhebliche Beeinträchtigungen des Bestandes oder der Funktionsfähigkeit staatlicher Stellen führen zur rechtlichen Unzulässigkeit tradierter Risiken. Zuletzt verbietet es sich in gleichheitsrechtlichen Fallgestaltungen, auf

²²⁹ So zum polizeilichen Schutzgut der öffentlichen Ordnung R. Poscher, in: FS Würtenberger, S. 1029 (1044).

die Tradition oder Sozialadäquanz von Risiken als Rechtfertigung für die Diskriminierung von Erzeugern unüblicher Risiken abzustellen.

aa) Vorrang des Gesetzes

Der Rückgriff auf die Sozialadäquanz von Risiken zur Rechtfertigung ihrer rechtlichen Akzeptabilität ist selbstverständlich nur in dem Umfang und in den Grenzen zulässig, in denen die Risikobewertung nicht durch rechtsimmanente Maßstäbe determiniert ist.²³⁰ In Fällen, in denen das in Frage stehende Risiko gesetzlich für zu- oder unzulässig erklärt ist, ist wegen des Vorrangs des Gesetzes kein Raum mehr für das Argument der Sozialadäquanz, weil der parlamentarische Gesetzgeber auch sozialadäquate Risiken verbieten darf.²³¹ Sollte sich beispielsweise der parlamentarische Gesetzgeber aus Umweltschutzaspekten dazu entscheiden, Feuerwerk an Silvester zu verbieten, ist das Anzünden von Feuerwerk an Silvester aufgrund des gesetzlichen Verbots unzulässig. Eine bisherige entgegenstehende gesellschaftliche, behördliche und gerichtliche Praxis wäre durch das vorrangige Gesetz überholt. Die Gefahrenabwehrbehörden dürfen infolge ihrer schwächeren demokratischen Legitimation Feuerwerk an Silvester aufgrund seiner Sozialadäquanz indes nicht verbieten.

Natürlich kommen im Gesetzgebungsverfahren Anschauungen der Parlamentarier zur Sozialadäquanz bestimmter Zustände oder Verhaltensweisen zum Ausdruck, weil derartige Vorstellungen unverzichtbare Voraussetzung der Recht überhaupt erst erzeugenden legislativen Normfindung sind. Sobald ein Risiko gesetzlich erlaubt ist, ist es jedoch nicht mehr aufgrund seiner Sozialadäquanz rechtlich zulässig, sondern aufgrund seiner gesetzlichen Erlaubnis. Kinderlärm wurde etwa zunächst von der Rechtsprechung als grundsätzlich akzeptable, da sozialadäquate Geräuscheinwirkung bewertet,²³² bevor dieses Sozialadäquanz-

²³⁰ Vgl., wenngleich weitergehend auch Richterrecht einbeziehend, *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 584: „Die Grenze für die methodisch zulässige Konkretisierung [...] einer Generalklausel zieht stets die Gesamtheit der systematisch aufschlußreichen, weil in sachlichem, logischem oder teleologischem Zusammenhang stehenden, konkreteren Regeln und Grundsätze der geltenden Rechtsordnung einschließlich des – hilfsweise heranzuziehenden – Richterrechts (soweit dieses nicht gerade in Frage gestellt ist).“

²³¹ So zum Strafrecht *A. Eser*, in: B. Schünemann/H. Achenbach/W. Bottke/B. Haffke/H.-J. Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, S. 199 (212): „Eine nicht weniger wichtige Grenzmarke gegenüber dem Rückgriff auf ‚Sozialadäquanz‘ kann der erklärte Wille des Gesetzgebers sein, einem bis dahin sozialüblichen Verhalten gerade Einhaltung zu gebieten und es deshalb nicht mehr zu tolerieren.“

²³² Zur Zumutbarkeit von Kinderlärm aufgrund seiner Sozialadäquanz siehe BVerwG, Urteil v. 12.12.1991 – 4 C 5/88, juris, Rn. 18 f.; HessVGH, NVwZ-RR 2012, 21 (22); VGH BW, Beschluss v. 06.03.2012 – 10 S 2428/11, juris, Rn. 7, 11.

urteil in § 22 Abs. 1a BImSchG positivrechtlichen Ausdruck erfahren hat²³³. Seit der Normierung von § 22 Abs. 1a BImSchG stellt Kinderlärm also allein deshalb im Regelfall keine schädliche Umwelteinwirkung dar, weil der Gesetzgeber seine grundsätzliche Akzeptabilität normiert hat, nicht weil er sozialadäquat ist.

Ob aus dem positiven Recht eine spezifische Risikobewertung folgt, ist zwar in vielen Fällen Gegenstand von Auslegungsstreitigkeiten. Die Existenz einer auslegungsfähigen Rechtsnorm macht weitergehende Wertungen also nicht obsolet. Dem Vorrang des positiven Rechts vor dem Argument der Sozialadäquanz muss hier durch eine Diskursregel Rechnung getragen werden: Das Argumentieren mit dem Vorrang des Gesetzes hat immer Vorrang vor dem Argumentieren mit der Sozialadäquanz, gerade weil der parlamentarische Gesetzgeber auch sozialadäquate Risiken verbieten darf.

bb) Minderheitenschutz – Schutz vor Risiken – staatliche Schutzpflicht

Nicht alle Risiken, die die Mehrheit traditionell erzeugt, dürfen rechtlich als hinzunehmende Risiken bewertet werden. Vielmehr erlegen die Grundrechte der Minderheit der Durchsetzung der Mehrheit Grenzen auf.

Qualifizieren Behörden oder Gerichte ein Risiko aufgrund seiner Sozialadäquanz nicht als Gefahr, bedeutet dies, dass die Gefahrenabwehrbehörden nicht zur Abwehr des Risikos einschreiten (dürfen). Aus der Perspektive der das Sozialadäquanzurteil teilenden Mehrheit stellt dies kein Problem dar: Da die behördliche Risikobewertung mit ihrer Bewertung übereinstimmt, sind sie von der behördlichen Risikobewertung nicht belastet. Die rechtliche Bewertung eines sozialadäquaten Risikos als rechtlich akzeptabel ist daher ein Problem des Minderheitenschutzes²³⁴. Jene, die von der Mehrheitsauffassung abweichen, etwa

²³³ Art. 1 des Zehnten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – Privilegierung des von Kindertageseinrichtungen und Kinderspielplätzen ausgehenden Kinderlärms v. 20.07.2011, BGBl I 1474.

²³⁴ Die Schutzbedürftigkeit der Minderheiten wurde auch bezüglich des Schutzguts der öffentlichen Ordnung hervorgehoben, da das Schutzgut auf „die Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beobachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird“ (PrOVGE 91, 139 (140) – Damenboxkämpfe [1933]) Bezug nimmt, siehe *E. Denninger*, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, S. 28, 31 ff.; *ders.*, JZ 1970, 145 (148); *ders.*, in: Liskan/Denninger, Abschnitt D Rn. 36; *E. Franßen*, in: FG 25jähriges Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, S. 201 (209); *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 7 Rn. 46. A.A. *H. H. Klein*, DVBl 86 (1971), 233 (239 f.); *N. Achterberg*, in: FS Scupin, S. 9 (34).

Wegen der Schwierigkeit, in einer „pluralistischen Gesellschaft“ „allgemein gültige[...] moralische[...] Maßstäbe[...]“ zu ermitteln, zieht der Bundesgerichtshof die Sittenvorstellungen der Mehrheit beispielsweise nur *zugunsten* des Angeklagten zur Begründung der Straflo-

weil sie andere Traditionen pflegen, können ein Interesse an der staatlichen Abwehr des Risikos haben. Dieses Interesse ist aufgrund der subjektiv ausgerichteten Rechte²³⁵ immer dann schützenswert, wenn die eine Mindermeinung vertretende Person vom fraglichen Risiko betroffen ist. Entscheidend ist die faktische Betroffenheit von einem Risiko, das heißt die Möglichkeit einer Beeinträchtigung in eigenen Rechten. Vom Lärm und der Verschmutzung durch das Feuerwerk an Silvester sind beispielsweise alle Personen betroffen, deren Rechtsgüter durch das Feuerwerk Schaden zu nehmen drohen.

Interessenskonflikte zwischen Risikobefürwortern und Schutzsuchenden können je nach Fallgestaltung verfassungsrechtlich aus verschiedenen Perspektiven betrachtet werden. Verboten der Staat ein bestimmtes, von der Mehrheit gebilligtes Risiko (wie es beispielsweise bei der Normierung der allgemeinen Gurtspflicht in Kraftfahrzeugen der Fall war²³⁶), sind die Abwehrrechte der Risikobefürworter betroffen, wenn sie an der Erzeugung des Risikos mitwirken oder von ihm profitieren wollen. Maßstab für die Zulässigkeit derartiger Freiheitsbeschränkungen ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Duldet der Staat demgegenüber die Erzeugung eines mehrheitlich gebilligten Risikos, kommen derartige Fälle nur aus der Perspektive der Schutzsuchenden vor Gericht: Da nur sie von der Zulassung oder Duldung des Risikos negativ betroffen sind, haben nur sie ein Rechtsschutzbedürfnis. Im Folgenden wird letztere Perspektive eingenommen, da es darum geht, welche rechtlichen Grenzen der Qualifikation traditioneller, das heißt üblicher und auf breiter Billigung beruhender Risiken als hinzunehmende Risiken auferlegt sind.

(1) Staatliche Schutzpflicht

Der Inhalt und Umfang des grundrechtlichen Schutzes vor Risiken wird überwiegend unter dem Topos der staatlichen Schutzpflichten thematisiert. Vom Begriff der Schutzpflichten werden alle Konstellationen erfasst, in denen die unmittelbare Bedrohung nicht vom deutschen Staat ausgeht, beispielsweise, weil der Schaden durch ein Naturereignis, durch das Handeln eines nicht-staatlichen Dritten oder durch das Handeln eines Drittstaates droht. Wenngleich der Inhalt und Umfang des grundrechtlichen Schutzes vor Risiken überwiegend unter dem Topos der Schutzpflichten thematisiert wird, können Risiken auch unmittelbar von

sichtigkeit einer Körperverletzung, in die eingewilligt wurde, heran, nicht jedoch *zulasten* des Angeklagten zur Begründung der Sittenwidrigkeit der Körperverletzung trotz Einwilligung (§ 228 StGB), siehe BGH, Urteil v. 22.01.2015 – 3 StR 233/14, juris, Rn. 41.

²³⁵ Zu den Gründen der Subjektivierung der Rechte siehe *J. Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, S. 93 ff.

²³⁶ *Spiegel Online*, Anschnallen bitte!, <https://www.spiegel.de/geschichte/einfuehrung-der-gurtspflicht-a-946925.html> (zugegriffen am 28.04.2023).

staatlichem Handeln ausgehen. In diesen Fällen sind die Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Dimension betroffen.

Teilweise wurde vertreten, die Schutzpflicht des Staates werde erst bei Gefahren aktiviert und sozialadäquate Risiken würden keine Gefahren darstellen.²³⁷ Durch den Ausschluss sozialadäquater Risiken aus dem Schutzbereich der Schutzpflichten wird jedoch schlicht die entscheidende Frage umgangen, welche Risiken überhaupt auf rechtlich zulässige Weise wegen ihrer mehrheitlichen Billigung als Nicht-Gefahren qualifiziert werden dürfen. Anhand des Maßstabs der Schutzpflichten kann gerade erst beantwortet werden, ob die Mehrheit der Minderheit Risiken, die ihrer Ansicht nach hinzunehmen seien, auch rechtlich auferlegen darf.²³⁸

Der justiziable Inhalt der Schutzpflichten wird vom Bundesverfassungsgericht nicht einheitlich bestimmt. Überwiegend betont das Gericht, dass dem Gesetzgeber bei der Art und Weise der Erfüllung der Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum²³⁹ zukomme und eine Verletzung der Schutzpflichten nur dann anzunehmen sei, wenn „die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die ergriffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen oder erheblich dahinter zurückbleiben.“²⁴⁰ In der zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch legte das Bundesverfassungsgericht unter der Bezeichnung als Untermaßverbot demgegenüber einen Maßstab an, der wie

²³⁷ D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 141 ff., 149; einschränkend Murswiek/Rixen, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 181: „Risikovorsorge kann sogar durch Art. 2 II geboten sein, nämlich dann, wenn über neuartige Risiken noch keine hinreichenden Erkenntnisse vorliegen und der effektive Schutz von Leben und Gesundheit die Verbreiterung der Informationsbasis erfordert“; Hervorhebung im Original. Für einen Ausschluss von Restrisiken bzw. sozialadäquaten Risiken aus dem Schutzbereich ebenfalls C. Degenhart, Kernenergie recht, S. 147 ff.; D. Rauschnig, VVDStRL 38 (1980), 167 (190 ff., 193, 208 These 17). Schwankend zwischen dem Ein- und Ausschluss von Restrisiken bzw. sozialadäquaten Risiken aus dem Schutzbereich der Schutzpflichten J. Isensee, in: HStR IX, § 191 Rn. 235, 238 f.

²³⁸ Zu befürworten daher G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 237 ff., 240 ff., der die Frage der Zumutbarkeit sozialadäquater Risiken nicht auf Schutzbereichsebene, sondern erst im Rahmen der Rechtfertigung thematisieren möchte. Ebenso W. Cremer, Freiheitsgrundrechte, S. 286 ff., 288; H. Hofmann, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, S. 322 ff., 333 ff., 339 ff., 345, 351.

²³⁹ BVerfGE 39, 1 (44, 51) – Fristenlösung [1975]; 46, 160 (164) – Schleyer [1977]; 56, 54 (80 f.) – Fluglärm [1981]; 77, 170 (214 f.) – Lagerung chemischer Waffen [1987]; 77, 381 (405) – Zwischenlager Gorleben [1988]; 79, 174 (202) – Straßenverkehrslärm [1988]; 92, 26 (46) – Zweitregister [1994].

²⁴⁰ BVerfGE 77, 170 (215) – Lagerung chemischer Waffen [1987] (in leicht anderer Formulierung); 92, 26 (46) – Zweitregister [1994]; BVerfG-K, Beschluss v. 18.02.2010 – 2 BvR 2502/08, juris, S. 703.

das Gebot des verhältnismäßigen Ausgleichs unterschiedlicher Interessen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)²⁴¹ klingt:

„Der Staat muß zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, daß ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird (Untermaßverbot).“²⁴²

Auf dieser Linie ist auch der Mülheim-Kärlich-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in dem es hinsichtlich des Maßstabs der staatlichen Schutzpflicht bei der Genehmigung eines Kernkraftwerks keinen Unterschied zu abwehrrechtlichen Konstellationen machen möchte:

„Demgemäß erscheint es geboten, bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften für die Genehmigung von Kernkraftwerken nicht weniger strenge Maßstäbe anzulegen als bei der Prüfung staatlicher Eingriffsgesetze.“²⁴³

Für die Frage der grundrechtlichen Schutzintensität vor Risiken bietet sich eine von *Thorsten Kingreen* und *Ralf Poscher* eingeführte begriffliche Differenzierung an, da sie die Nomenklatur für unterschiedliche Konstellationen liefert, die bislang einheitlich unter dem Begriff der Schutzpflichten thematisiert werden. *Kingreen* und *Poscher* unterscheiden die sogenannten echten von den unechten Schutzpflichten.²⁴⁴ Erstere wirken in Bereichen, in denen der Staat an der Gefährdung nicht beteiligt ist, weil sie primär einen nichtmenschlichen Ursprung hat (beispielsweise bei Risiken durch Naturkatastrophen²⁴⁵) oder weil er die gefährdenden Handlungen, die von nichtstaatlichen Dritten ausgehen, verboten

²⁴¹ *T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte, Rn. 462: „Das Maß der ausreichenden Leistung bestimmt das BVerfG in Anlehnung an die Verhältnismäßigkeit iES anhand des sog *Untermaßverbots*“; Hervorhebung im Original.

²⁴² BVerfGE 88, 203 (Leitsatz 6, siehe ferner S. 254 f.) – Schwangerschaftsabbruch II [1993].

²⁴³ BVerfGE 53, 30 (58) – Mülheim-Kärlich [1979].

²⁴⁴ *T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte, Rn. 148 ff.

²⁴⁵ Zur Schwierigkeit, Risiken über die Natürlichkeit ihres Ursprungs abzugrenzen aufgrund der vielfachen und kaum überschaubaren Einflussnahme des Menschen auf die Natur und ihrer Wechselbeziehung siehe auf den S. 51 f. Im Rahmen der Abgrenzung echter von unechten Schutzpflichten kann zugrunde gelegt werden, dass ein Fall echter Schutzpflichten vorliegt, wenn das in Frage stehende Risiko ganz überwiegend ohne menschliche Einflussnahme aufgetreten ist. Ein Erdbeben, das ohne erkennbaren Anlass auftritt, ist damit ein natürliches Phänomen und ein Fall einer echten Schutzpflicht, selbst wenn der Mensch möglicherweise aufgrund komplexer Zusammenhänge (beispielsweise durch eine von ihm verursachte Klimaerwärmung) seine Wahrscheinlichkeit erhöht hat. Demgegenüber liegt ein Fall einer unechten Schutzpflicht vor, wenn der Staat privaten Dritten Bohrungen erlaubt, die die Wahrscheinlichkeit eines Erdbebens drastisch erhöhen.

bzw. für rechtswidrig erklärt hat.²⁴⁶ Die Frage, ob bzw. inwieweit der deutsche Staat seine Bürger vor Risiken zu schützen hat, die von fremden, souveränen Staaten ausgehen, ist ebenfalls den echten Schutzpflichten zuzuordnen.²⁴⁷ Die echten Schutzpflichten lassen sich mangels Beteiligung des Staates an der Risikoverursachung nicht abwehrrechtlich rekonstruieren.

Die *unechten* Schutzpflichten sind in grundrechtlichen Dreiecksverhältnissen zu verorten, in denen einige Grundrechtsträger ein Risiko erzeugen möchten, während andere Schutz vor dem Risiko suchen.²⁴⁸ Der Staat ist in diesen Fällen aufgrund seines Gewaltmonopols zur Regelung des Konflikts gezwungen.²⁴⁹ Entweder er verbietet die Risikoerzeugung oder knüpft sie an bestimmte Bedingungen, wodurch er zugleich in die Freiheitsrechte derjenigen eingreift, die das Risiko erzeugen oder von der Risikoerzeugung profitieren möchten. Oder er erlaubt oder duldet die Risikoerzeugung und verpflichtet damit zugleich (aufgrund des Verbots privater Gewalt²⁵⁰) die Gefährdeten zur Hinnahme der Gefährdung.²⁵¹ Wegen der staatlich auferlegten Pflicht zur Hinnahme der Risiken lässt sich die Betroffenheit der Schutzsuchenden auch abwehrrechtlich rekonstruieren.²⁵² Die staatliche Duldung des Anzündens von Feuerwerk an Silvester stellt aufgrund der mit Feuerwerk einhergehenden Verletzungs- und Immissionsgefahr

²⁴⁶ T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte, Rn. 148.

²⁴⁷ T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte, Rn. 148. Für derartige Konstellationen siehe BVerfG-K, NJW 2018, 2312 (2313, 2315); BVerfGE 66, 39 (58 ff., 62 f.) – Pershing II [1983]. In BVerfGE 66, 39 (58 ff., 62 f.) – Pershing II [1983] hielt das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde mangels eines der deutschen Hoheitsgewalt zurechenbaren Aktes bereits für unzulässig. Voraussetzung für die Zurechnung einer Gefahr sei die Beeinflussbarkeit des Geschehensablaufes, welche in diesem Fall nicht gegeben sei. Anders formuliert (und prüfungstechnisch bei der Möglichkeit des Bestehens einer Schutzpflicht in der Zulässigkeit oder in der Begründetheit bei der Frage des Bestehens einer Schutzpflicht zu thematisieren): Eine Schutzpflicht kann sich nur auf Mögliches beziehen, „*Impossibilium nulla obligatio est*“, Digesten 50, 17, 185. Entscheidende Frage ist dann jedoch, ob eine Beeinflussung des Geschehensablaufs tatsächlich unmöglich ist und wieviel zur Beeinflussung versucht werden muss.

²⁴⁸ T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte, Rn. 154 ff., 338.

²⁴⁹ T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte, Rn. 154.

²⁵⁰ J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 36, der die abwehrrechtliche Rekonstruktion von Schutzpflichten jedoch ablehnt, siehe *ders.*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 38 ff.; T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte, Rn. 154.

²⁵¹ T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte, Rn. 144, 334; R. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 167 ff.

²⁵² D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 61 ff., 88 ff., 102 ff., 107; T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte, Rn. 144, 156, 335 f. Siehe ferner R. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 97 ff., mit vielen weiteren Nachweisen zu Versuchen, die grundrechtlichen Schutzpflichten abwehrrechtlich zu rekonstruieren. Ablehnend K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III/1, S. 730 ff., 739; J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 38 ff.

aus dieser Perspektive beispielsweise einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG derjenigen dar, die das Feuerwerk missbilligen, ihm aufgrund der staatlichen Erlaubnis des Feuerwerks jedoch ausgesetzt sind. Umgekehrt bedeutete ein Verbot von Feuerwerk einen Eingriff in die Handlungsfreiheit derjenigen, die Feuerwerk anzünden möchten.

Hinsichtlich der Zuordnung von Krankheiten zu den echten bzw. unechten Schutzpflichten ist zu unterscheiden: Der erforderliche staatliche Schutz vor dem Risiko, an einer Krankheit zu leiden, die weder durch menschliche Einflussnahme (etwa durch das Inverkehrbringen toxischer Stoffe) entsteht noch ansteckend ist, richtet sich nach den Maßstäben, die für echte Schutzpflichten gelten, da der Staat an der Risikoerzeugung nicht beteiligt ist. Geht das Risiko demgegenüber von einer ansteckenden Krankheit aus, ist wiederum danach zu unterscheiden, ob der verlangte staatliche Schutz die Regelung eines Dreieckskonflikts voraussetzt oder nicht: Ob der Staat allgemein vor einer Erkrankung mit dem Corona-Virus schützen muss, etwa durch die Entwicklung eines Impfstoffs, ist beispielsweise eine Frage, die sich nach den für echte Schutzpflichten geltenden Maßstäben entscheidet. Demgegenüber bemisst sich die Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie, die Eingriffe in die Freiheitsrechte Dritter beinhalten, nach den Maßstäben, die für unechte Schutzpflichten gelten.²⁵³ Zwar war der deutsche Staat an der Entstehung des Virus selbst dann nicht beteiligt, wenn das Virus in einem Labor in Wuhan hergestellt sein sollte und nicht natürlichen Ursprungs ist²⁵⁴. Das pandemiespezifische Risiko liegt jedoch nicht in der Existenz des Virus, sondern in seiner Verbreitung. Da die Krankheit von Mensch zu Mensch übertragen wird, besteht ein Verbreitungsrisiko dann, wenn infektiöse Personen mit ansteckungsgefährdeten zusammentref-

²⁵³ Vgl. aber *T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte, Rn. 150 ff.; *D. Murswiek*, NVwZ-Extra 2021, 1 (10). *Murswiek* unterscheidet zwar nicht terminologisch zwischen echten und unechten Schutzpflichten, führt jedoch aus, dass der Staat „[g]egenüber Naturkatastrophen und Epidemien [...] verfassungsrechtlich aber nur zur Gewährleistung existentieller Lebensvoraussetzungen und insofern eines Mindeststandards verpflichtet“ sei. Die Gleichsetzung von Naturkatastrophen mit der Corona-Pandemie legt nahe, dass *Murswiek* bei hiesiger Terminologie im Falle der Corona-Krise stets die echte Schutzpflicht des Staates für einschlägig erachtet. Dafür sprechen auch seine Ausführungen in *ders.*, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 30, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023): „Eine Epidemie oder eine Pandemie ist deshalb kein Freiheitseingriff, gegen den grundrechtlich verbürgte Freiheitsrechte schützen können.“ Siehe auch *ders.*, Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

²⁵⁴ Zur Diskussion hinsichtlich des Ursprungs der Corona-Pandemie siehe *Tagesschau*, Neue Debatte über die Labortheorie, <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/corona-china-labor-these-101.html> (zugegriffen am 28.04.2023).

fen.²⁵⁵ Je nach Fallkonstellation können also sowohl infektiöse als auch gesunde, jedoch ansteckungsgefährdete Personen Verursacher des Verbreitungsrisikos sein.²⁵⁶ Hier ist der Staat am Verbreitungsrisiko beteiligt, indem er es entweder duldet, dass infektiöse mit ansteckungsgefährdeten Personen in Kontakt treten, oder das Risiko durch geeignete Maßnahmen zu verringern versucht. Duldet der Staat Verhaltensweisen, mit denen ein Verbreitungsrisiko einhergeht, lässt sich der damit nicht gewährleistete Schutz vor einer Verbreitung der Krankheit auch abwehrrechtlich als Eingriff in die Gesundheit der sich unfreiwillig ansteckenden Menschen deuten.²⁵⁷ Ergreift der Staat demgegenüber Maßnahmen zur Eindämmung des Verbreitungsrisikos, greift er mit diesen Maßnahmen in die Freiheitsrechte sowohl der infektiösen als auch der ansteckungsgefährdeten Personen ein. Anders als bei Krankheiten, die nicht ansteckend sind, lässt sich das Spannungsfeld, in dem der Staat im Falle der Corona-Pandemie regelnd tätig wird, daher als grundrechtliche Dreieckskonstellation rekonstruieren.²⁵⁸ Das zeigt sich auch daran, dass der Konflikt zwischen denjenigen, die das Verbreitungsrisiko billigen, und denjenigen, die Maßnahmen zur Verringerung des Verbreitungsrisikos befürworten, theoretisch ohne staatliche Beteiligung mithilfe des „Faustrechts“²⁵⁹ der sich gegenüberstehenden Grundrechtsträger gelöst werden könnte: Denkbar wäre es etwa, dass Bürger eigenmächtig Ansammlungen auflösen oder Reiserückkehrer am Verlassen ihrer Wohnung hindern bzw. umgekehrt Bürger sich ohne Hygienemaßnahmen in großen Gruppen treffen.

Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Schutzpflichten ist deshalb sinnvoll, weil nach hier vertretener Ansicht unterschiedliche verfassungsrechtliche Maßstäbe gelten. Im Falle echter Schutzpflichten spricht Einiges dafür, dass der staatlichen Risikoeinschätzung nur schwache verfassungsrechtliche Grenzen auferlegt sind. Erstens lässt sich in der Beteiligung des Staates an der Entstehung der Risiken in Fällen *unechter* Schutzpflichten ein Grund für größere Verantwortung hinsichtlich der Verhinderung negativer Folgen sehen. Zweitens

²⁵⁵ R. Poscher, in: S. Huster/T. Kingreen (Hrsg.), Hdb. InfSchR Kap. 4 Rn. 98.

²⁵⁶ R. Poscher, in: S. Huster/T. Kingreen (Hrsg.), Hdb. InfSchR Kap. 4 Rn. 98.

²⁵⁷ A. A. D. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 30, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023): „Eine Epidemie oder eine Pandemie ist deshalb kein Freiheitseingriff, gegen den grundrechtlich verbürgte Freiheitsrechte schützen können.“ Siehe auch *ders.*, Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

²⁵⁸ A. A. D. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 30, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

²⁵⁹ T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte, Rn. 154.

folgt eine Abschwächung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der Erfüllung echter Schutzpflichten aus der potenziellen Uferlosigkeit²⁶⁰ möglicher Schutzhandlungen: Natürliche bzw. rechtswidrig erzeugte Risiken abzuwehren eröffnet unzählige und ins Präventive weit hineinreichende Handlungsmöglichkeiten, gerade weil der Staat an der Risikoerzeugung nicht beteiligt ist. Die Entscheidungen, welcher Schutz vor Hochwasser nötig ist oder wieviel zur Befreiung von Geiseln eingesetzt werden sollte, sind daher dem ressourcen- und zielorientierten Abwägen des Gesetzgebers überlassen. Eine Verletzung der echten Schutzpflicht liegt erst dann vor, wenn die bestehenden Schutzmaßnahmen „gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen oder erheblich dahinter zurückbleiben“²⁶¹.

Die Sozialadäquanz bzw. die Tradition von Risiken gewinnt demgegenüber nur in Konstellationen unechter Schutzpflichten Bedeutung, da der Begriff der Sozialadäquanz auf die Übereinstimmung eines Verhaltens oder menschlich erzeugten Zustandes mit den sozialen Regeln verweist bzw. Traditionen *per se* menschliche Verhaltensweisen bezeichnen und der Anwendungsbereich des Topos der Sozialadäquanz wegen des Vorrangs des Gesetzes auf gesetzlich nicht eindeutig verbotene Risiken beschränkt ist. Die Risikobewertung spielt sich damit im Spannungsfeld zwischen Risikoerzeugern und Schutzsuchenden ab. Da unechte Schutzpflichten auch abwehrrechtlich rekonstruiert werden können, stellt sich die Frage, ob der Maßstab unechter Schutzpflichten nicht parallel zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmt werden sollte. Dies würde die im jeweiligen Fall geltenden grundrechtsdogmatischen Maßstäbe von dem Zufall²⁶² befreien, ob der Fall abwehrrechtlich oder als Fall einer Schutzpflicht rekonstruiert wird. In derartigen staatlich geregelten Dreieckskonstellationen scheint es jedenfalls angebracht, die Position der Schutzsuchenden nicht erst dann als verletzt anzusehen, wenn „die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die ergriffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen oder erheblich dahinter zurückbleiben.“²⁶³ Ihre Position ist jedenfalls insofern zu stärken, als sie

²⁶⁰ So auch, jedoch in Bezug auf Schutzpflichten in staatlich geordneten Dreieckskonstellationen *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 42 Rn. 60: „Diese Schutzpflicht hat indes keinen definitiven Inhalt, der dem konkreten Anspruch auf Eingriffsabwehr vergleichbar wäre. Das Gegenteil eines rechtswidrigen Eingriffs ist das Unterlassen genau dieses Eingriffs; das Gegenteil eines rechtswidrigen Unterlassens ist ein Bündel möglicher Schutzhandlungen.“

²⁶¹ BVerfGE 77, 170 (215) – Lagerung chemischer Waffen [1987] (in leicht anderer Formulierung); 92, 26 (46) – Zweitregister [1994]; BVerfG-K, Beschluss v. 18.02.2010 – 2 BvR 2502/08, juris, Rn. 11.

²⁶² Darauf hinweisend, dass die jeweils gewählte dogmatische Rekonstruktion auch gesellschaftliche Machtverhältnisse spiegeln kann, *T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte, Rn. 465 f.

²⁶³ BVerfGE 77, 170 (215) – Lagerung chemischer Waffen [1987] (in leicht anderer Formu-

als Teil eines Interessenkonflikts zwischen Schutzsuchenden und Freiheitsausübenden gedeutet wird, dessen Auflösung einer Abwägung bedarf. Die Anerkennung einer Abwägungsentscheidung im Rahmen eines Interessenskonflikts wertet die grundrechtlichen Position der Schutzsuchenden auf und gleicht sie der Position der Risikoerzeuger an: Misst man allein Beschränkungen der Freiheit am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, während hinsichtlich der staatlichen Schutzpflicht lediglich geprüft wird, ob die bestehenden Schutzvorkehrungen völlig unzulänglich sind, so privilegiert dies die ‚aggressiveren‘ Risikoerzeuger.²⁶⁴ Das Verbot, Risiken zu erzeugen, würde verfassungsrechtlich stets strenger überprüft werden als das Nichtgewährleisten von Schutz. Was den abwehrrechtlich betroffenen Risikoerzeugern zum Schutze Dritter abverlangt werden kann, richtet sich jedoch gerade auch nach der Position der grundrechtlich betroffenen Schutzsuchenden.²⁶⁵ Daher erscheint es sinnvoll, derartige Dreieckskonstellationen als einheitliche Abwägungsentscheidung zu rekonstruieren.²⁶⁶ Die staatliche Schutzpflicht ist dabei nicht erst dann verletzt, wenn Schutzvorkehrungen überhaupt nicht oder auf völlig unzulängliche Weise getroffen wurden, sondern schon dann, wenn die Interessen der Schutzsuchenden im Verhältnis zu jenen der Risikoerzeuger bei der Abwägung keine hinreichende Berücksichtigung gefunden haben. Damit wird im Falle unechter Schutzpflichten hier ein Schutzniveau befürwortet, wie es das Bundesverfassungsgericht in seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch zugrunde gelegt hat.²⁶⁷

Wenngleich befürwortet wird, die Position der Schutzsuchenden aufzuwerten, indem man die Auflösung mehrpoliger Grundrechtskonflikte als einheitliche Abwägungsentscheidung konstruiert, ist damit keine konkrete Abwägungsentscheidung und insbesondere kein konkretes Schutzniveau vorgegeben. Vielmehr kommt den staatlichen Stellen bei der Auflösung derartiger Interessenskonflikte

lierung); 92, 26 (46) – Zweitregister [1994]; BVerfG-K, Beschluss v. 18.02.2010 – 2 BvR 2502/08, juris, Rn. 11.

²⁶⁴ T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte, Rn. 465.

²⁶⁵ T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte, Rn. 465: „Auch wenn die unterschiedlichen Maßstäbe nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen müssen, da der verhältnismäßige Eingriff gerade auch deshalb verhältnismäßig sein kann, weil er einen ausreichenden Schutz belässt [...].“

²⁶⁶ BVerfG-K, NVwZ 2020, 876 (877): „Zu deren Schutz vor Infektionen ist der Staat aber wegen seiner nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG durch Art. 2 II 1 GG begründeten Schutzpflicht grundsätzlich nicht nur berechtigt, sondern auch verfassungsrechtlich verpflichtet. Zwar lässt sich selbstverständlich nicht jegliche Freiheitsbeschränkung damit rechtfertigen, dass dies dem Schutz der Grundrechte Dritter diene. Vielmehr hat der Staat stets einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen der Freiheit der einen und dem Schutzbedarf der anderen zu schaffen.“

²⁶⁷ BVerfGE 88, 203 (Leitsatz 6, S. 254 f.) – Schwangerschaftsabbruch II [1993].

stets ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.²⁶⁸ Die Position der Schutzsuchenden erlegt dem Staat also nur äußere Grenzen bei der Anwendung des Gefahrbegriffs auf. Solange diese äußeren Grenzen nicht überschritten sind, darf der Staat bei seiner Risikobewertung die Sozialadäquanz bzw. die Tradition des fraglichen Risikos berücksichtigen. Eine verfassungsrechtliche Grenze ist erst dann erreicht, wenn der Minderheitenschutz hinter dem unter Berücksichtigung gegenstehender Interessen zwingend gebotenen Maß zurückbleibt.

Dass sich das jeweils angemessene Schutzniveau auch danach richtet, welche Rechtsgüter Dritter (als entgegenstehende Interessen) durch die Schutzmaßnahmen tangiert sind, bedeutet nicht, den Ausgleich des Interessenskonflikts zwischen Schutzsuchenden und Risikoerzeugern auf der Tatbestandsebene bei der Subsumtion unter den Gefahrbegriff herstellen zu müssen. Das Inausgleichbringen der gegenläufigen Interessen zwischen Schutzsuchenden und Risikoerzeugern ist vielmehr grundsätzlich innerhalb des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu verorten, da er das dafür erforderliche dogmatische Gerüst birgt. Ob ein mehrheitlich gebilligtes Risiko auch rechtlich als hinzunehmendes Risiko qualifiziert werden darf, richtet sich mithin allein nach der Intensität der Betroffenheit der Schutzsuchenden in ihren Rechten. Ob bzw. wie dieses Risiko abgewehrt werden darf, ist eine Frage, die von ersterer getrennt im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes behandelt werden sollte. Hier finden die Interessen der Risikobefürworter Berücksichtigung.

(2) Verfassungsrechtlich gebotenes Schutzniveau

Die verfassungsrechtliche Grenze der rechtlichen Billigung traditioneller Risiken bestimmt sich nach dem Gewicht des Risikos, konkretisiert durch die Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation seitens der Schutzsuchenden.

(a) Gewicht des Risikos

Der Staat ist umso weitgehender zum Schutze verpflichtet, je größer das Risiko ist. Das Bundesverfassungsgericht fasst dies unter die Formel, dass Inhalt und Umfang der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht „von der Art, der Nähe und dem Ausmaß möglicher Gefahren, der Art und dem Rang des verfassungsrecht-

²⁶⁸ Gerade auch im Hinblick auf Schutzpflichten den Grund für den bei ihnen geltenden weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum in den mehrpoligen Grundrechtskonflikten sehend BVerfGE 77, 170 (214f.) – Lagerung chemischer Waffen [1987]; 77, 381 (405) – Zwischenlager Gorleben [1988]; 88, 203 (254) – Schwangerschaftsabbruch II [1993]; 92, 26 (46) – Zweitregister [1994]; BVerfG-K, NVwZ 2020, 876 (878); BVerfG, NJW 2020, 905 (909).

lich geschützten Rechtsguts sowie von den schon vorhandenen Regelungen“ abhänge.²⁶⁹ In Fällen, in denen sich Grundrechtsträger gegen die Beschränkung ihrer Freiheit zum Schutze anderer wendeten und Prüfungsmaßstab für das Bundesverfassungsgericht daher der abwehrrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz war, formulierte es, der Gemeinschaftsschutz werde umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren seien, die aus gänzlich freier Grundrechtsausübung erwachsen können.²⁷⁰

Die Größe eines Risikos lässt sich – wie es auch in der erstgenannten Formel des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck kommt – durch die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsbeeinträchtigung, die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts und den Grad seiner wahrscheinlichen Beeinträchtigung konkretisieren. Je bedeutender das Rechtsgut, je größer die Wahrscheinlichkeit seiner Beeinträchtigung und je größer seine erwartete Beeinträchtigung ist, desto gewichtiger ist das Risiko.

Zwar tauchen hier hinsichtlich der Bestimmung des Gewichts des Risikos die Komponenten der gefahrenabwehrrechtlichen Je-desto-Formel auf (Eintrittswahrscheinlichkeit, Bedeutung des Rechtsguts und Grad seiner Beeinträchtigung). Es handelt sich aber nicht um die klassische gefahrenabwehrrechtliche Je-desto-Formel. Bei dieser wird zur Bestimmung des für die Bejahung einer Gefahr erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades nach der Bedeutung des Schutzguts und dem Grad seiner Beeinträchtigung gefragt: Je bedeutender das bedrohte Rechtsgut und je größer seine erwartete Beeinträchtigung, desto geringere Wahrscheinlichkeiten genügen für die Bejahung einer Gefahr.²⁷¹ Die Je-desto-Formel dient also der Konkretisierung des für die Bejahung einer Gefahr erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades. Die hiesige Je-desto-Formel dient demgegenüber nicht der Bestimmung des für die Aktivierung der Schutzpflicht erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades einer Rechtsgutsbeeinträchtigung, sondern der Bestimmung des Gewichts der Interessen der Schutzsuchenden im Rahmen der Konkretisierung der im konkreten Fall geltenden Schutzpflicht. Die Wahrscheinlichkeit der Rechtsgutsbeeinträchtigung ist innerhalb der hiesigen Je-desto-Formel also ein *Subkriterium* zur Bestimmung des *Gewichts* des Risi-

²⁶⁹ BVerfGE 49, 89 (142) – Kalkar I [1978]; bestätigt in BVerfGE 53, 30 (57) – Mülheim-Kärlich [1979]; 56, 54 (78) – Fluglärm [1981].

²⁷⁰ BVerfGE 7, 377 (404 f.) – Apothekenurteil [1958] (in leicht anderer Formulierung); 153, 182 (283) – Suizidhilfe [2020] Rn. 265.

²⁷¹ BVerwGE 45, 51 (61) – Gewahrsam [1974]; 142, 205 (216) – Schulbetretungsverbot [2012] Rn. 32; B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, S. 224; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 286; W.-R. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 77.

kos, wohingegen die herkömmliche gefahrenabwehrrechtliche Je-desto-Formel das Kriterium zur Bestimmung der hinreichenden *Wahrscheinlichkeit* ist.

Diese Unterscheidung ist durch den unterschiedlichen Zweck von Schutzpflicht und einfachrechtlicher Gefahrenschwelle bedingt. Während die einfachrechtliche Gefahrenschwelle eine Eingriffsermächtigung schafft und daher den Punkt markieren muss, ab welchem die Gefahrenabwehrbehörden zur Abwehr eines Risiko ermächtigt sind, geht es bei der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht primär nicht um die Schwelle, ab derer sie aktiviert wird, sondern um Direktiven für ihren Inhalt im konkreten Fall als verfassungsrechtliche Mindestanforderung an staatlichen Schutz. Die inhaltliche Konkretisierung geschieht sowohl anhand des Grades der Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsbeeinträchtigung als auch anhand der Bedeutung des bedrohten Rechtsguts und des Grades seiner erwarteten Beeinträchtigung.

Anhand der herkömmlichen Je-desto-Formel lässt sich jedoch auch auf der verfassungsrechtlichen Ebene der Zusammenhang zwischen Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe darstellen. Auch die staatliche Schutzpflicht gebietet es, umso kleinere Schadenswahrscheinlichkeiten als Gefahren zu qualifizieren, je größer die potenziellen Schäden sind.

Der hiesige Vorschlag, die Grenzen der Berücksichtigung mehrheitlicher Sozialadäquanzurteile bei der rechtlichen Risikobewertung anhand des Gewichts des Risikos zu bestimmen, erinnert an entsprechende Versuche hinsichtlich der Bestimmung der Pflicht zum polizeilichen Einschreiten (,Ermessensreduktion auf Null‘).²⁷² Dies überrascht nicht. Zwar geht es hier um die Frage, wann die Behörden ein mehrheitlich als sozialadäquat bewertetes Risiko tatbestandlich als hinzunehmendes Risiko qualifizieren dürfen, während es bei der Ermessensreduktion auf Null um die auf Rechtsfolgenseite verortete Frage geht, ob bzw. wie die Polizei bei Vorliegen einer Gefahr einschreiten muss. Den Fällen ist jedoch gemeinsam, dass es in beiden um grundrechtliche Anforderungen bei der Anwendung gefahrenabwehrrechtlicher Normen geht. Die Grundrechte erlegen sowohl der Subsumtion unter unbestimmte Rechtsbegriffe auf Tatbestandsebene als auch der Ermessensausübung auf der Rechtsfolgenseite Grenzen auf.

²⁷² BVerwGE 11, 95 (97) – Vornahmeklage auf baupolizeiliches Einschreiten [Urteil]; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 327; R. Poscher/B. Rusteberg, JuS 2011, 1082 (1086); W.-R. Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Rn. 100. A. A. T. Kingreen/R. Poscher, *Polizei- und Ordnungsrecht*, § 10 Rn. 43; F. Rachor/K. Graulich, in: Liskén/Denninger, *Abschnitt E* Rn. 119.

(b) Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation

Welche Risikogröße bei der Bestimmung des Inhaltes der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht zugrunde zu legen ist, wird durch die Möglichkeit und den Grad bestimmt, ob bzw. inwieweit die Schutzsuchenden das Risiko durch zumutbare Maßnahmen vermeiden oder verringern können.

Das Kriterium der Vermeidbarkeit²⁷³ der Risikokonfrontation auf Seiten der Schutzsuchenden hängt mit dem Kriterium der Freiwilligkeit zusammen. Die zwangsweise Auferlegung von Risiken greift in die Grundrechte der Betroffenen, häufig in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, ein. Werden die Risiken freiwillig eingegangen, liegt demgegenüber kein Grundrechtseingriff vor. Vielmehr schützen die Grundrechte gar die Selbstgefährdung, -schädigung und -tötung²⁷⁴. Daraus folgt, dass Risiken, die lediglich Personen treffen, die die Risiken freiwillig und mündig eingehen, keine vom Gefahrenabwehrrecht zu regelnden Fragen hervorrufen. Gefahrenabwehrrechtlich bedeutsam sind lediglich Fälle, in denen die Selbstgefährdung nicht von einem freien Willen getragen ist²⁷⁵ oder mit einer Fremdgefährdung einhergeht²⁷⁶.

Wenn ein Risiko unerwünscht, aber vermeidbar ist, lässt sich zwar nicht davon sprechen, es sei freiwillig im Sinne von gewollt eingegangen. Dennoch lässt sich am Grad der Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation gewichten, wie groß die unerwünschte Belastung mit dem Risiko ist. Ist die Konfrontation mit einem Risiko gänzlich unvermeidbar bzw. die Vermeidung unzumutbar, können die Schutzsuchenden schließlich nichts tun, um der Belastung mit dem Risiko zu entgehen. Ist das Risiko demgegenüber vermeidbar und die Vermeidung zumutbar, so besteht für die Schutzsuchenden jedenfalls (in der Regel unter Inkaufnahme eigener Einschränkungen und Nachteile) die Möglichkeit, dem Risiko zu

²⁷³ Bei der Frage der Zumutbarkeit von Windspitzen, die durch die geplante Bebauung befürchtet werden, ebenfalls auf die Vermeidbarkeit der Gefährdung abstellend VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 110 f. Mit der Unzumutbarkeit der Vermeidung eines Risiko begründet der Bundesgerichtshof etwa auch die Existenz der Gefährdungshaftung, siehe BGH, NZV 2004, 395 (396): „Die Gefährdungshaftung für gefährliche Anlagen beruht auf dem Gedanken, dass derjenige, der zur Förderung seiner Zwecke erlaubtermaßen Gefahren schafft, denen sich andere nicht in zumutbarer Weise entziehen können, auch ohne Verschuldensnachweis für die Schäden aufkommen soll [...].“

²⁷⁴ BVerfG, NJW 2020, 905 (906 ff.).

²⁷⁵ VGH BW, NJW 1998, 2235 (2236); Urteil v. 25.10.2012 – 1 S 1401/11, juris, Rn. 75 f.; T. Kingreen/R. Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, § 7 Rn. 25; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 260; W.-R. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 57.

²⁷⁶ VGH BW, NJW 1998, 2235 (2236); Urteil v. 25.10.2012 – 1 S 1401/11, juris, Rn. 77; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 260; W.-R. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 57.

entgehen und – sofern das Risiko durch Grundrechtsträger verursacht wird – damit den Grundrechtskonflikt zu entschärfen.

Unvermeidbar kann ein Risiko nicht nur aus naturgesetzlichen Gründen sein. Unvermeidbar bzw. seine Vermeidung unzumutbar ist es auch, wenn eine Rechtspflicht zur Eingehung des Risikos besteht, beispielsweise bei einer gesetzlich bestehenden Impfpflicht. Häufig sind Risiken jedoch nicht aus naturgesetzlichen oder rechtlichen Gründen gänzlich unvermeidbar. Vielmehr stellt sich die Frage, wann die Meidung eines Risikos zumutbar bzw. unzumutbar ist.

(aa) Zur Vermeidbarkeit im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 GG

Die Frage, wann ein Konflikt vermieden werden kann bzw. umgekehrt die Vermeidung unzumutbar ist, hat insbesondere im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 GG gerichtliche Aufmerksamkeit erfahren. Nach der Rechtsprechung ist im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 GG bei der Herstellung der praktischen Konkordanz konfligierender Verfassungsgüter zu prüfen, ob der durch die staatliche Vorschrift hervorgerufene Glaubens- oder Gewissenskonflikt des Grundrechtsträgers durch ein zumutbares alternatives Verhalten des Grundrechtsträgers vermieden werden kann.²⁷⁷ Für zumutbar befunden wurde es beispielsweise, als muslimisches Mädchen in einer den muslimischen Bekleidungs Vorschriften gerecht werdenden Schwimmbekleidung am koedukativen Schwimmunterricht teilzunehmen.²⁷⁸ Nicht in Frage komme ferner eine Befreiung von der für Motorradfahrer geltenden Helmpflicht für Anhänger einer Glaubensgemeinschaft, die das Tragen eines Turbans zwingend vorsieht, wenn der Verzicht auf das Motorradfahren, beispielsweise aufgrund verfügbarer alternativer Fortbewegungsmittel, zumutbar ist.²⁷⁹ Als unzumutbar wurde es demgegenüber bewertet, sich in Ermangelung von Fleisch, das in Einklang mit den eigenen, für bindend empfundenen religiösen Vorschriften zubereitet wurde, vegetarisch zu ernähren.²⁸⁰

²⁷⁷ BVerfGE 93, 1 (24) – Kruzifix [1995]: „Überdies verleiht Art. 4 Abs. 1 GG den Grundrechtsträgern nicht uneingeschränkt einen Anspruch darauf, ihre Glaubensüberzeugung im Rahmen staatlicher Institutionen zu betätigen. Soweit die Schule im Einklang mit der Verfassung dafür Raum läßt wie beim Religionsunterricht, beim Schulgebet und anderen religiösen Veranstaltungen, müssen diese vom Prinzip der Freiwilligkeit geprägt sein und Andersdenkenden zumutbare, nicht diskriminierende Ausweichmöglichkeiten lassen“; BVerfGE 105, 73 (86 f.) – Teilnahme einer Lehramtsstudentin an Tierpräparationen [1997].

²⁷⁸ BVerfGE 147, 362 (374) – Religiöse Bekleidungs Vorschriften beim koedukativen Schwimmunterricht [2013]; vorgehend HessVGH, NVwZ 2013, 159 (161).

²⁷⁹ BVerwG, Urteil v. 04.07.2019 – 3 C 24/17, juris, Rn. 15 f.

²⁸⁰ BVerfGE 104, 337 (350) – Schächten [2002]; für zumutbar befunden demgegenüber in BVerfGE 99, 1 (7 f.) – Schächten [1995].

Dem Begriff der Zumutbarkeit im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 GG liegt die Erwägung zugrunde, dass im Falle konfligierender geschützter Interessen regelmäßig nicht das einseitige Nachgeben einer Seite zur Lösung führen könne, sondern ein beidseitiger Kompromiss zu suchen sei.²⁸¹ Die Zumutbarkeit richtet sich nach dem konkret in Frage stehenden Konflikt. Ist das gegenläufige Interesse von großem Gewicht, ist mehr zumutbar, als wenn es um weniger gewichtige Interessen geht.

Die Unbestimmtheit und Wertungsbedürftigkeit des Begriffs der Unzumutbarkeit führt zwar zu Differenzen bei der Beantwortung der Frage, wann ein Konflikt durch eine Alternative vermieden werden kann und die Vermeidung zumutbar ist. Beispielsweise gelangten das Bundesverwaltungs- und das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Zumutbarkeit des Verzichts auf Fleisch zu unterschiedlichen Auffassungen. Das Bundesverwaltungsgericht hielt den Verzicht auf Fleisch für zumutbar, da die Betroffenen sowohl auf pflanzliche Nahrungsmittel und Fisch ausweichen als auch auf Fleischimporte zurückgreifen könnten, die aus Ländern ohne Schächtungsverbot stammen.²⁸² Demgegenüber befand das Bundesverfassungsgericht den Verzicht auf Fleisch aufgrund der Verbreitung seines Konsums als unzumutbar.²⁸³ Das Ausweichen auf importiertes Fleisch sei wegen des fehlenden persönlichen Kontakts zum Schlachter und der dadurch fehlenden Vertrauensbasis mit der Unsicherheit verbunden, ob das verzehrte Fleisch tatsächlich den Geboten des Islam entspreche²⁸⁴ (und damit wohl ebenfalls unzumutbar, auch wenn das Gericht dies nicht explizit feststellte).

Wenngleich die Unbestimmtheit des Begriffs der Zumutbarkeit zu Wertungsunterschieden führen kann, so dürfte es dennoch möglich sein, eindeutige Fälle zu benennen, in denen die Entschärfung des Verfassungskonflikts durch alternatives Verhalten zumutbar bzw. unzumutbar ist. Es scheint, als ob die oben dargestellten Entscheidungen zur Zumutbarkeit im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 GG die Erwägung teilen, dass gravierende Änderungen in der Lebensführung niemals zumutbar seien. Abverlangt wird den Grundrechtsträgern lediglich die Bemühung um einen Kompromiss und das Durchführen kleinerer, für den Kompromiss erforderlicher Verhaltensänderungen. Eine fundamentale Umstellung der Lebensführung wird demgegenüber nicht gefordert. Dies leuchtet ein, denn bedeutende, aufwendige Umstellungen in der Lebensführung stellen für die Betroffenen keinen Kompromiss mehr dar. Eine derartige Auflösung des Verfassungs-

²⁸¹ BVerwGE 147, 362 (369 f.) – Religiöse Bekleidungs Vorschriften beim koedukativen Schwimmunterricht [2013].

²⁸² BVerwGE 99, 1 (7 f.) – Schächten [1995].

²⁸³ BVerfGE 104, 337 (350) – Schächten [2002].

²⁸⁴ BVerfGE 104, 337 (350 f.) – Schächten [2002].

konflikts bedeutete gerade nicht die Herstellung eines schonenden Ausgleichs konfligierender Interessen, sondern die Bevorzugung einer Seite.

Dementsprechend wird der Verzicht auf Motorradfahren nur für zumutbar befunden, wenn der Betroffene über alternative motorisierte Fortbewegungsmittel verfügt. Die Umstellung der Lebensführung auf eine Fortbewegung ohne Motorisierung wird offensichtlich für unzumutbar erachtet. Das Anlegen einer den muslimischen Bekleidungs Vorschriften gerecht werdenden Schwimmbekleidung zur Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht bedeutet ebenfalls keine fundamentale Umstellung der Lebensführung, sondern ist zeitlich auf die Dauer des Schwimmunterrichts begrenzt und stellt – je nach Komfort der Kleidung – maximal eine kleinere Unannehmlichkeit dar.

Genau an der Frage, ob eine fundamentale Änderung der Lebensführung bei einem Verzicht auf Fleisch erforderlich wäre, scheiden sich schließlich die Geister zwischen dem Bundesverwaltungs- und dem Bundesverfassungsgericht. Für das Bundesverwaltungsgericht scheint der Fleischverzicht für die Lebensführung aufgrund der verfügbaren Alternativen keine große Bedeutung zu haben, während das Bundesverfassungsgericht betont, der Fleischkonsum sei weit verbreitet.²⁸⁵ Offensichtlich misst es der Ernährung eine zentrale Rolle in der Lebensführung bei und bewertet eine unfreiwillige Ernährungsumstellung dementsprechend als gravierenden Einschnitt in die selbstbestimmte Lebensführung. In dieses Bild fügen sich auch Entscheidungen ein, wonach das Ausweichen auf vegetarische Komponenten der Gemeinschaftsverpflegung für Soldaten bzw. Wehrdienstleistende zumutbar und die spezielle Verköstigung vegetarischer Soldaten bzw. Wehrdienstleistender nicht nötig sei.²⁸⁶ Das Ausweichen auf vegetarische Komponenten der Gemeinschaftsverpflegung setzt keine fundamentale Umstellung der Lebensführung voraus, sondern ist zeitlich begrenzt (in der Regel auf die Wochentage und für Wehrdienstleistende auf die Zeit des Wehrdienstes). Ferner bestand in einem der Fälle für den Betroffenen die Möglichkeit, von der Teilnahmepflicht an der Gemeinschaftsverpflegung befreit zu werden und sich selbst zu versorgen.²⁸⁷

²⁸⁵ BVerfGE 104, 337 (350) – Schächten [2002].

²⁸⁶ Reisekostenrechtlich eingekleidet OVG NW, Beschluss v. 24.08.2010 – 1 A 2139/08, juris, Rn. 21 f.; in OVG SH, Beschluss v. 17.02.1993 – 3 M 86/92, juris, Rn. 24, 27 scheidet das Begehren des Antragstellers daran, dass er weder die Möglichkeit einer Gesundheitsbeeinträchtigung mangels vegetarischer Vollkost noch das Vorliegen einer Gewissensentscheidung hinreichend substantiiert dargelegt hat. Es klingt jedoch an, dass das Ausweichen auf vegetarische Komponenten der allgemeinen Verpflegung zumutbar wäre.

²⁸⁷ Reisekostenrechtlich eingekleidet OVG NW, Beschluss v. 24.08.2010 – 1 A 2139/08, juris, Rn. 17, 21 f.

Nach diesen Maßstäben dürfte es beispielsweise zumutbar sein, sich an Silvester um Mitternacht an einem Ort aufzuhalten, der weitgehenden Schutz vor Lärm, Rauch und Verletzungen durch Feuerwerke bietet. Die Einschränkung in der Lebensführung ist zeitlich punktuell am Jahreswechsel konzentriert. Umgekehrt ist es unzumutbar, zur Vermeidung des Risikos, dass das eigene Grundstück durch ein benachbartes stillgelegtes Bergwerk einsackt²⁸⁸, wegzuziehen. Ob das Risiko einer Infektion mit COVID-19 vermeidbar und seine Vermeidung zumutbar ist, hängt davon ab, ob wirksame Impfstoffe existieren und die mit der Impfung verbundenen Nebenwirkungen zumutbar sind. Zeigte sich nach einiger Zeit, dass die mit der Impfung einhergehenden Nebenwirkungen selten oder mild sind und die Impfung hoch effektiv vor der Erkrankung schützt, wäre das Risiko einer Infektion für alle Menschen, die sich impfen lassen können, als weitgehend freiwilliges zu bewerten. Aufgrund der Effektivität der Impfung wäre das Infektionsrisiko vermeidbar und angesichts der geringen Nachteile, die durch die Impfung zu befürchten sind, wäre die Vermeidung auch zumutbar. Würden mit der Impfung häufige und schwere Nebenwirkungen einhergehen, wäre die Vermeidung des Infektionsrisikos durch eine Impfung unzumutbar. Der Verzicht auf jeglichen Kontakt zu seinen Mitmenschen zur Infektionsvermeidung ist auf die Dauer unzumutbar. Zum einen ist der Mensch für seine psychische Gesundheit auf soziale Kontakte angewiesen. Zum anderen setzt eine Kontaktvermeidung in der Regel eine bedeutsame Umstellung der Lebensführung voraus, da die meisten Menschen sowohl im Beruf als auch in der Freizeit mit anderen Menschen auch physisch in Kontakt treten.

(bb) Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation als Kriterium zweiter Ordnung

In dem Umfang, in welchem ein Risiko durch zumutbare Maßnahmen zum Selbstschutz vermieden²⁸⁹ werden kann, belastet es die Schutzsuchenden nicht. Kann ein Risiko durch zumutbare Maßnahmen zum Selbstschutz vermieden oder reduziert werden, reduzieren sich mithin die für die Bewertung des Risikos maßgebliche Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe. Das Kriterium der

²⁸⁸ Siehe für eine vergleichbare Fallgestaltung NdsOVG, Urteil v. 19.10.2011 – 7 LB 57/11, juris.

²⁸⁹ Bei der Frage der Zumutbarkeit von Windspitzen, die durch die geplante Bebauung befürchtet werden, ebenfalls auf die Vermeidbarkeit der Gefährdung abstellend VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 110f. Mit der Unzumutbarkeit der Vermeidung eines Risiko begründet der Bundesgerichtshof etwa auch die Existenz der Gefährdungshaftung, siehe BGH, NZV 2004, 395 (396): „Die Gefährdungshaftung für gefährliche Anlagen beruht auf dem Gedanken, dass derjenige, der zur Förderung seiner Zwecke erlaubtermaßen Gefahren schafft, denen sich andere nicht in zumutbarer Weise entziehen können, auch ohne Verschuldensnachweis für die Schäden aufkommen soll [...].“

Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation ist bei der Risikobewertung insofern ein Kriterium zweiter Ordnung, als anhand seiner das Maß der Schadenswahrscheinlichkeit und der Schadenshöhe, Kriterien erster Ordnung, bestimmt wird.

Zwar ist das Meiden eines Risikos häufig mit Nachteilen verbunden. Soweit diese Nachteile jedoch zumutbar sind, sind bei der Bewertung des fraglichen Risikos nur jene Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe maßgeblich, die abzüglich der Maßnahmen zur Risikovermeidung vorliegen. Bei der Bewertung des von einem Volksfest ausgehenden Lärms ist beispielsweise zu fragen, ob die Nachbarn der Belastung mit dem Lärm durch zumutbare Maßnahmen entgehen oder sie jedenfalls verringern können. Findet das Fest nur an wenigen Tagen im Jahr statt²⁹⁰ und können die Nachbarn der Lärmbelastung weitgehend dadurch entgehen, dass sie sich während des Volksfestes im Inneren des Hauses aufhalten und die Fenster geschlossen halten, so dürften die Maßnahmen zur Lärmreduktion zumutbar sein. Bei der Bewertung des Lärms ist daher der Lärmpegel zugrunde zu legen, der abzüglich der Maßnahmen zur Lärmvermeidung vorliegt. Findet das Volksfest demgegenüber wochenlang statt, sind selbige Maßnahmen zur Lärmvermeidung unzumutbar, da es eine gravierende Umstellung der Lebensführung bedeutete, sich wochenlang im Inneren des Hauses bei geschlossenen Fenstern aufzuhalten. In diesem Fall liegt der Bewertung des Lärms jener Lärmpegel zugrunde, der ohne die Maßnahmen zur Lärmvermeidung vorliegt.

Ein traditionelles Risiko kann mithin rechtlich zulässig sein, wenn es zwar groß ist, aber ohne bedeutende Nachteile weitgehend vermieden werden kann. Umgekehrt kann ein Risiko unzulässig sein, wenn es von mittlerer Größe ist, die unfreiwillig vom Risiko Betroffenen es jedoch nicht vermeiden können. Je kleiner die Risiken sind, desto eher sind sie zumutbar, auch wenn sie unvermeidbar sind, da die Position der Schutzsuchenden maßgeblich durch das Gewicht und die Wahrscheinlichkeit der befürchteten Rechtsgutsverletzung bestimmt ist. Das Kriterium der Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation hat insofern insbesondere bei mittleren und großen Risiken einen Effekt auf die Risikobewertung.

(cc) Helfende Dritte sowie professionelle Helfer

Im Folgenden geht es um die Frage, inwieweit im Rahmen der Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation mit der potenziellen Betroffenheit hilfsbereiter Dritter bzw. professioneller Helfer umzugehen ist. Diese Frage wird insbesondere – aber nicht nur – dann virulent, wenn die Risikoverursacher sich durch die Risikoerzeugung zunächst ausschließlich selbst gefährden oder die Betroffenheit Dritter vom Risiko gering, da vermeidbar ist, die Risikoerzeugung anschließend jedoch

²⁹⁰ HessVGH, NVwZ-RR 2006, 531 (533).

den Bedarf von riskanten Rettungshandlungen durch hilfsbereite Dritte schafft. Denkbar ist etwa, dass sich eine Gruppe von Personen verabredet, mit explosiven Materialien auf einem abgelegenen Grundstück zu experimentieren. Wenn zugrunde gelegt wird, dass mögliche Brände nicht auf andere Grundstücke übergreifen können, besteht die Brandgefahr zunächst einmal nur für die sich freiwillig den Risiken aussetzenden Personen. Sobald sich jedoch die Explosionsgefahr verwirklicht, werden Feuerwehr und medizinische Rettungskräfte den Menschen zu Hilfe kommen und dabei möglicherweise selbst Explosionsrisiken ausgesetzt sein. Während von den Risiken zunächst also nur sich freiwillig selbstgefährdende Menschen betroffen sind, fordert die anschließende Entwicklung des Geschehens Dritte zur selbstgefährdenden Hilfeleistung heraus. Regelmäßig betroffen sind dabei Berufsgruppen, die zur Gefahrenabwehr oder Rettung bestimmt sind. Realen Gerichtsentscheidungen entstammen etwa die Gefährdung von Rettungskräften und ihren Einsatzfahrzeugen durch die Glasscherben beim Straßenkarneval²⁹¹ und die Gefährdung von unbeteiligten Dritten, die in Not geratenen Sporttauchern²⁹² oder im Tagesbruch abgestürzten Menschen²⁹³ zur Hilfe eilen.

Hier stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit die potenzielle Gefährdung hilfsbereiter Dritter bei der Qualifikation eines Risikos als freiwilliges eine Rolle spielt. Denkbar ist, deren Gefährdung als freiwillige zu qualifizieren. Weder § 323c Abs. 1 StGB (unterlassene Hilfeleistung)²⁹⁴ noch die strafrechtlichen Garantienpflichten²⁹⁵ verpflichten schließlich zu Hilfeleistungen, die erhebliche Eigengefährdungen bedingen. Auch ließe sich vorbringen, die Angehörigen helfender Berufsgruppen hätten ihren Beruf freiwillig gewählt. Daher könnte man argumentieren, das Risiko sei für sie vollständig vermeidbar, indem sie nicht helfen (hilfsbereite Dritte) bzw. indem sie einen anderen Beruf wählen (Angehörige helfender Berufsgruppen). Folge dieser Ansicht wäre, dass die erwartbare Gefährdung helfender Dritter bei der Bewertung eines Risikos unberücksichtigt bliebe.

Diese Ansicht kann jedoch aus verschiedenen Gründen nicht überzeugen: Zum einen können sich helfende Dritte – beispielsweise aufgrund familiärer Bindungen zum Verunglückten – in einer psychischen Ausnahmesituation befinden, die

²⁹¹ OVG NW, Urteil v. 09.02.2012 – 5 A 2375/10, juris, Rn. 39; VG Köln, Urteil v. 16.09.2010 – 20 K 441/10, juris, Rn. 24.

²⁹² VGH BW, NJW 1998, 2235 (2236).

²⁹³ VGH BW, Urteil v. 25.10.2012 – 1 S 1401/11, juris, Rn. 77.

²⁹⁴ Siehe den Wortlaut von § 323c Abs. 1 StGB: Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

²⁹⁵ *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, § 13 Rn. 91.

es rechtfertigt, ihre Gefährdung im Rahmen ihrer Hilfeleistung nicht als freiwillige und damit vermeidbare zu qualifizieren. Zum anderen können hilfsbereite Dritte häufig nicht das Maß eigener Gefährdung im Rahmen der Rettungshandlung abschätzen. Sie entscheiden sich also zur Hilfe ohne Kenntnis aller relevanten Umstände. Freiwillig ist eine Selbstgefährdung jedoch nur dann, wenn sie mündig, das heißt in Kenntnis aller relevanten Umstände eingegangen wird.

Auch die Gefährdung professioneller Helfer kann nicht stets als vollständig freiwillige bezeichnet werden. Zwar haben professionelle Helfer ihren Beruf freiwillig gewählt. Mit der Berufswahl entscheiden sie sich zwar grundsätzlich für die Inkaufnahme erhöhter Risiken. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass sie jegliche Risiken, die mit ihrem Beruf (potenziell) einhergehen könnten, billigen. Nahe liegt vielmehr, dass sie sich wünschen, dass bestimmte Handlungen, die erwartbar riskante Rettungshandlungen erforderlich machen, verboten werden, weil sie den beim Rettungseinsatz erwartbaren Risiken nicht ausgesetzt sein wollen.

Im Übrigen sprechen rechtspolitische Gründe dagegen, Gefährdungen im Rahmen von Hilfeleistungen als vermeidbare zu qualifizieren: Die Gemeinschaft hat ein Interesse daran, sowohl altruistisches Verhalten allgemein als auch insbesondere die Wahl altruistischer Berufe zu fördern,²⁹⁶ indem sie das Maß an zulässigen Risiken mit Gefährdungspotenzial für helfende Dritte rechtlich steuert. Gerade helfende Berufsgruppen übernehmen schließlich nicht jegliches Risiko, das mit ihrem Beruf einhergeht, freiwillig, sondern entscheiden sich in Abhängigkeit von den – unter der jeweiligen Rechts- und Gesellschaftsordnung erwartbaren – Risiken für oder gegen den Beruf.

Aus den genannten Gründen ist die Bedrohung helfender Dritter nicht als freiwillige und damit vermeidbare zu qualifizieren. Folge dieser Ansicht ist, dass ein riskantes Verhalten, das erwartbar riskante Rettungshandlungen Dritter herausfordert, nicht als reine Selbstgefährdung ohne gefahrenabwehrrechtliche Relevanz qualifiziert werden kann.

Diese Ansicht findet eine Stütze in verschiedenen Gerichtsentscheidungen. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg rechtfertigte ein zur Gefahrenabwehr erlassenes Tauchverbot etwa mit der Überlegung, dass das Tauchen in diesem Revier erwartbar Rettungshandlungen Dritter erforderlich mache und damit nicht von einer rein freiwilligen Selbstgefährdung ausgegangen werden könne.²⁹⁷ Ebenso argumentierte der Verwaltungsgerichtshof hinsichtlich der von einem Tagebruch ausgehenden Gefahr, dass „der Annahme einer bloßen Selbstgefährdung bei Betreten des Grundstücks entgegen [stehe], dass jeder, der in ei-

²⁹⁶ Vgl. zur zivilrechtlichen Zurechnungslehre in Bezug auf sogenannte Herausforderungsfälle *Wagner*, in: MüKo BGB, § 823 Rn. 509.

²⁹⁷ VGH BW, NJW 1998, 2235 (2236).

nen Tagesbruch stürzt, um Hilfe rufen und damit unbeteiligte Dritte zu Rettungsmaßnahmen veranlassen wird.“²⁹⁸

In gewisser Hinsicht vergleichbar, wenn auch unter anderen, nämlich haftungsrechtlichen Vorzeichen stehend, sind die zivil- und strafrechtlichen Herausforderungsfälle. Der klassische Herausforderungsfall bezieht sich auf Konstellationen, in welchen ein Erstschädiger durch eine vorwerfbare Handlung ein Opfer gefährdet oder schädigt und dadurch Dritte zu riskanten Rettungs- oder Verfolgungshandlungen herausfordert. In diesen Fällen kann nach der obergerichtlichen Rechtsprechung jemand, „der durch vorwerfbares Tun einen anderen zu selbstgefährdendem Verhalten herausfordert, diesem anderen dann, wenn dessen Willensentschluss auf einer mindestens im Ansatz billigen Motivation beruht, aus unerlaubter Handlung zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein [...], der infolge des durch die Herausforderung gesteigerten Risikos entstanden ist.“²⁹⁹ Der Willensentschluss des Helfers zur Hilfeleistung unterbricht mithin nicht den Zurechnungszusammenhang zwischen der Handlung des Erstschädigers und der Verletzung des Helfers.

Der klassische zivilrechtliche Herausforderungsfall ist also derart gestrickt, dass es einen Erstschädiger gibt, der vorwerfbar eine andere Person schädigt und dadurch Dritte zu riskanten Hilfeleistungen herausfordert. Der klassische Herausforderungsfall bezieht sich folglich nicht auf Fälle, in denen sich eine Person im Ausgangspunkt ausschließlich selbst gefährdet. Allerdings wurde zivilgerichtlich auch Opfern ihrer eigenen selbstgefährdenden Handlung die Haftung für Schäden von ihnen zu Hilfe gekommenen Dritten auferlegt.³⁰⁰

Während es bei den Herausforderungsfällen darum geht, wer für Schäden haftet bzw. verantwortlich ist, geht es im Gefahrenabwehrrecht um die öffentlichrechtliche Zulässigkeit von Risiken. Dennoch gibt es auch Parallelen: In beiden Fällen ist entscheidend, dass in die Bewertung des Ausgangsverhaltens die erwartbare Gefährdung zu Hilfe eilender Dritter eingestellt wird. Im Gefahrenabwehrrecht wird ein Verhalten, das vorhersehbar riskante Rettungshandlungen Dritter herausfordert, daher nicht als reine freiwillige Selbstgefährdung ohne gefahrenabwehrrechtliche Relevanz qualifiziert, in der zivil- und strafrechtlichen

²⁹⁸ VGH BW, Urteil v. 25.10.2012 – 1 S 1401/11, juris, Rn. 77.

²⁹⁹ BGH, NJW 2007, 2764 (2766); NJW 1996, 1533 (1533). Uneinigkeit herrscht innerhalb der zivil- und strafrechtlichen Zurechnungslehre hinsichtlich der Frage, ob bei professionellen Helfern, die berufsmäßig einem erhöhten Risiko ausgesetzt sind, eine andere Haftungsverteilung gerechtfertigt ist, indem professionellen Helfern kein Ersatz für Schäden gewährt wird, die sich im Rahmen des berufsmäßig erhöhten Risikos halten. Für eine Zurechnung von Schäden, die auf berufsspezifischen Gefahren beruhen, jedenfalls in den dortigen Fallgestaltungen BGH, NJW 1996, 1533 (1533 f.); NJW 2018, 3250 (3251 f.); dagegen *Wagner*, in: MüKo BGB, § 823 Rn. 513.

³⁰⁰ OLG Karlsruhe, NZV 1990, 230 (230).

Zurechnungslehre wird der Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen, wenn ein im Ausgangspunkt selbstgefährdendes Verhalten riskante Rettungshandlungen Dritter herausfordert.

Ob ein Risiko, das im Ausgangspunkt lediglich sich freiwillig selbst Gefährdende betrifft, als Gefahr bewertet werden muss, hängt damit erstens davon ab, wie wahrscheinlich das Eingehen des Risikos Rettungshandlungen Dritter herausfordert, und zweitens, wie wahrscheinlich und groß die potenziellen Schäden der Helfer sind. Das Bergsteigen begründet beispielsweise dann eine Gefahr, wenn sich Bergsteiger in Gebiete begeben, in denen eine hinreichende Wahrscheinlichkeit von Unglücksfällen besteht, sich die verunglückten Bergsteiger mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht selbst befreien können und die Rettung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Schäden an den Rechtsgütern der Bergwacht oder hilfsbereiter Dritter führt.

(3) Zwischenergebnis

Der Qualifikation traditioneller Risiken als Nicht-Gefahren sind durch die Grundrechte der schutzsuchenden Minderheit Grenzen auferlegt. Ein traditionelles Risiko muss umso eher als Gefahr qualifiziert werden, je größer das Risiko für die vom Risiko unfreiwillig betroffene Minderheit ist. Bei der Risikobewertung ist jene Risikogröße zugrunde zu legen, die nach Durchführung zumutbarer Maßnahmen zum Selbstschutz seitens der unfreiwillig vom Risiko Betroffenen verbleibt. Die Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation ist insofern ein Kriterium zweiter Ordnung, anhand dessen das Kriterium erster Ordnung, die Risikogröße, zu bestimmen ist.

Als grundrechtliche Grenze, inwieweit sich die Mehrheit mit ihren Anschauungen gegenüber der Minderheit durchsetzen darf, gilt diese absolut. Irrelevant ist daher, wie die Mehrheitsverhältnisse verteilt sind. Es spielt also keine Rolle, ob 51 Prozent aller Kölner Karneval feiern wollen oder 99 Prozent. Die Minderheit muss sich der Mehrheit nicht umso eher beugen, je größer die Mehrheit ist. Indem die Grundrechte der Minderheit der Durchsetzung der Mehrheit verfassungsrechtliche Grenzen auferlegen, lassen sich die grundrechtlichen Grenzen gerade nicht über das formale Argument der Mehrheit überspielen, selbst wenn die Mehrheit noch so überwältigend ist.

Die Tradition von Risiken ist daher insbesondere im Bereich mittlerer und kleiner Risiken, denen die Schutzsuchenden nicht durch zumutbare Maßnahmen zum Selbstschutz entgehen können, sowie im Bereich großer Risiken, die durch zumutbare Maßnahmen seitens der Schutzsuchenden auf ein hinnehmbares Maß reduziert werden können, für die rechtliche Risikobewertung relevant. Im Falle einer hohen Wahrscheinlichkeit von großen Schäden an bedeutenden Rechtsgü-

tern, die nicht durch zumutbare Maßnahmen seitens der Schutzsuchenden auf ein hinnehmbares Maß reduziert werden kann, gebietet es demgegenüber die grundrechtliche Schutzpflicht, die fraglichen Risiken als Gefahren zu qualifizieren.

cc) Schutz der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates

Bislang wurde untersucht, welche Grenzen der rechtlichen Billigung traditioneller, bisher als sozialadäquat gebilligter Risiken durch die Grundrechte der schutzsuchenden Minderheit auferlegt sind. Im Folgenden geht es um die Frage, ob der rechtlichen Billigung traditioneller Risiken durch die Gefährdung des Bestandes oder der Funktionsfähigkeit der Einrichtungen oder Veranstaltungen des Staates als Schutzelemente des Schutzguts der öffentlichen Sicherheit³⁰¹ Grenzen auferlegt sind.

Die Grundrechte der schutzsuchenden Minderheit wirken hier indirekt als Grenze, soweit die staatlichen Institutionen aufgrund ihrer Beeinträchtigung durch das mehrheitlich gebilligte Risiko Grundrechtsträgern keinen Schutz gewähren können. Die verminderte Einsatzfähigkeit der Rettungsfahrzeuge beim Straßenkarneval erfährt etwa über die Grundrechte der schutzsuchenden Minderheit Berücksichtigung, indem sich ihre Rettungschancen im Falle beschädigter Einsatzfahrzeuge mindern.

Abseits derartiger Fallgestaltungen stellt sich die Frage, ob die Bedrohung der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates der rechtlichen Billigung traditioneller Risiken eigenständige Grenzen auferlegt. Die öffentlichen Kosten, die mit mehrheitlich gebilligten Risiken durch die Inanspruchnahme öffentlicher Stellen einhergehen, sind Teil des mehrheitlich gewünschten Ressourceneinsatzes. Sie erlegen der rechtlichen Billigung traditioneller Risiken grundsätzlich keine Grenzen auf. Der Umstand, dass der Karneval oder Silvester einen höheren Bedarf an Einsätzen seitens der Feuerwehr erfordert, ist für sich gesehen also kein Aspekt, der bei der Auslegung des Gefahrbegriffs Berücksichtigung finden darf. Auch die Reifenschäden, die beim Karneval an den Rettungsfahrzeugen durch die herumliegenden Glasscherben entstehen, sind grundsätzlich öffentliche Kosten der Karnevalsfreuden und Teil des mehrheitlich gewünschten Ressourceneinsatzes öffentlicher Güter.

Traditionelle Risiken dürfen jedoch rechtlich dann nicht als hinzunehmende Risiken qualifiziert werden, wenn die Risiken eine erhebliche³⁰² Beeinträchti-

³⁰¹ B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr, S. 233 f.; T. Kingreen/R. Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 30 ff.; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 263 ff.

³⁰² Ebenfalls auf die Erheblichkeit der Funktionsbeeinträchtigung abstellend, jedoch im deutlich niederschwelligeren Bereich der Störung von öffentlichen Veranstaltungen durch kri-

gung der Funktion oder des Bestandes staatlicher Einrichtungen oder Veranstaltungen befürchten lassen. Der Staat darf nicht an seiner eigenen Destabilisierung mitwirken. In der Anerkennung der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates als Schutzelemente des Schutzguts der öffentlichen Sicherheit kommt richtigerweise zum Ausdruck, dass die Gefahrenabwehr nicht nur individualrechtlich ausgerichtet ist, sondern auch dem Bestand und der Funktionsfähigkeit des Staates dient. Zum anderen lässt sich diese Grenze wiederum individualrechtlich über den Aspekt des Minderheitenschutzes begründen: Die Interessen der Minderheit können nur in einem funktionierenden Staatswesen zur Geltung gebracht werden.

Wie auch bei der Gefährdung von Individualrechten bedarf es jedoch der Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle, um der rechtlichen Billigung traktierter Risiken zwingende verfassungsrechtliche Grenzen zu setzen. Das Anzünden von Feuerwerk an Silvester vor Gebäuden, in denen staatliche Stellen angesiedelt sind, führt beispielsweise trotz der Rauchentwicklung, des Verletzungsrisikos und der Vermüllung in der Regel weder zu einer erheblichen Funktionsbeeinträchtigung der in dem Gebäude angesiedelten öffentlichen Stellen noch zur erheblichen Beschädigung des öffentlichen Gebäudes, die zwingend der Verhinderung bedürften. Sollten die beim Straßenkarneval umherliegenden Glasscherben demgegenüber an derart vielen Einsatzfahrzeugen Reifenschäden verursachen, dass die Flotte zeitnah nicht mehr bedarfsgerecht eingesetzt werden kann, müsste das Risiko, das von Glasflaschen beim Straßenkarneval ausgeht, als Gefahr qualifiziert werden.

dd) Exemplifizierung am Beispiel des Straßenkarnevals

Im Folgenden wird beispielhaft eine gerichtliche Argumentation unter Rekurs auf das Argument der Sozialadäquanz in Bezug auf den Kölner Straßenkarneval entwickelt, um aufzuzeigen, wie ein derartiger Rekurs – um rechtlich tragfähig zu sein – vonstattengehen könnte:

Das behördliche Verbot des Mitführens von Glasflaschen zur Gefahrenabwehr setzt das Vorliegen einer Gefahr voraus. Eine Gefahr ist eine Sachlage, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einem Schaden an einem Rechtsgut führen wird.³⁰³ In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass während des

tische Meinungsäußerungen der Zuschauer *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 7 Rn. 40.

³⁰³ BVerwGE 45, 51 (57) – Polizeigewahrsam [1974]; *B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens*, Gefahrenabwehr, S. 220; *R. Poscher/B. Rusteberg*, JuS 2011, 984 (986 f.); *F. Schoch*, in: *F. Schoch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 279; *W.-R. Schenke*, JuS 2018, 505 (506); *E. Denninger*, in: *Lisken/Denninger*, Abschnitt D Rn. 39. Siehe ferner die Legalde-

Karnevals massenhaft Glasflaschen unsachgemäß entsorgt oder als Wurfgeschosse verwendet werden. Glasscherben können zu Schnittverletzungen und Reifenschäden führen. Es besteht also die Möglichkeit von Rechtsgutsverletzungen.

Fraglich ist, ob diese Möglichkeit als Gefahr zu bewerten ist. Sowohl der Begriff der Gefahr als auch jener der ‚hinreichenden Wahrscheinlichkeit‘ sind unbestimmte Rechtsbegriffe. Sie bedürfen im besonderen Maße der wertenden Anwendung. In diese Anwendung fließen mangels hinreichender rechtlicher Determinierung auch außerrechtliche Wertungen ein. Ohne die Berücksichtigung des außerrechtlichen Sinnzusammenhangs wäre keine kontextadäquate Risikobewertung möglich. Außerrechtlichen Akzeptanzurteilen kommt jedoch nicht automatisch auch rechtliche Geltung zu. Der Dichotomie von Sein und Sollen ist darüber Rechnung zu tragen, dass sozialadäquat im Rechtssinne nur solche Risiken sind, welche kumulativ über eine selbstverständliche, breite gesellschaftliche Billigung als auch über eine tradierte rechtliche Billigung verfügen.

Erstes Kriterium ist relevant, um die schlichte mehrheitliche Billigung eines Risikos von der tiefen Verankerung eines gesellschaftlichen Akzeptanzurteils zu unterscheiden. Die rechtliche Geltung eines gesellschaftlichen Akzeptanzurteils kann nicht lediglich darauf basieren, dass die gesellschaftliche Mehrheit das fragliche Risiko billigt, da das mehrheitliche gesellschaftliche Urteil aufgrund der Dichotomie von Sein und Sollen nicht automatisch rechtlich maßgeblich ist. Die rechtliche Geltung eines gesellschaftlichen Akzeptanzurteils gründet vielmehr auf der Selbstverständlichkeit der Akzeptabilität, die gerade auch in der tradierten rechtlichen Billigung, dem zweiten Kriterium, ihren Ausdruck erfährt. In dieser Selbstverständlichkeit kommt die tiefe kulturelle Verankerung des Akzeptanzurteils zum Ausdruck.

Letzteres Kriterium – die tradierte rechtliche Billigung des fraglichen Risikos – ist unmittelbar Ausfluss der Verschiedenheit des rechtlichen vom sozialen Werturteil. Zugleich ist es, wie bereits angedeutet, Ausdruck der Selbstverständlichkeit, mit welcher gesellschaftlich von der Akzeptabilität des fraglichen Risikos ausgegangen wird. Diese Selbstverständlichkeit wirkt insofern in der rechtlichen Beurteilung des fraglichen Risikos fort. Eine derartige Selbstverständlichkeit bildet sich jedoch erst mit der Zeit. Erst die zeitliche Verfestigung der rechtlichen Billigung eines Risikos rechtfertigt das Vertrauen der Rechtsunterworfenen, das fragliche Risiko erzeugen zu dürfen. Der Topos der Sozialadäquanz weist nach hiesigem Verständnis daher eine Nähe zum Vertrauensschutz auf: Geschützt wird über den Topos der Sozialadäquanz gerade nicht lediglich die aktuelle mehrheitliche gesellschaftliche Akzeptanz oder Missbilligung eines

definitionen in § 2 Nr. 3a BremPolG; § 2 Nr. 1 NPOG; § 4 Nr. 3a SächsPVDG; § 3 Nr. 3a SOG LSA; § 54 Nr. 3a ThürOBG.

Risikos. Dies käme einer Gleichsetzung des rechtlichen Gefahrenurteils mit dem empirischen Mehrheitsurteil durch die Hintertür gleich. Geschützt ist vielmehr das Vertrauen der Rechtsunterworfenen, dass Risiken, von deren selbstverständlicher Zulässigkeit sie ausgehen und aufgrund der tradierten behördlichen und gerichtlichen Billigung auch ausgehen dürfen, auch zukünftig rechtlich zulässig sind. Dieses Vertrauen in die selbstverständliche rechtliche Zulässigkeit eines Risikos, das aufgrund der verfestigten behördlichen Billigung eines Risikos berechtigt ist, darf nur vom parlamentarischen Gesetzgeber, nicht jedoch von den Gefahrenabwehrbehörden angegriffen werden. Sozialadäquate Risiken stellen mithin keine Gefahren dar, solange ihre rechtliche Missbilligung nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist.

Die Sozialadäquanz eines Risikos kann ein Gericht aufgrund eigenen Erfahrungswissens feststellen, wenn die Mitglieder des Gerichts Angehörige des betreffenden Verkehrskreises sind.³⁰⁴ Da die Tradition des Rheinischen Straßenkarnevals innerhalb der Mehrheitsgesellschaft verankert ist, verfügen die Mitglieder des Gerichts vorliegend über hinreichendes eigenes Erfahrungswissen.

Der Rheinische Straßenkarneval beruht auf langer Tradition und findet in Köln und der Umgebung breite Akzeptanz in der Öffentlichkeit. Auch das Mitführen von Glasflaschen beim Feiern ist Bestandteil dieser Tradition. Bislang sind die Behörden nicht gegen das Mitführen von Glasflaschen vorgegangen. Dies ist nicht lediglich dem Opportunitätsprinzip geschuldet, wonach Behörden außerhalb von Fällen, in denen ihr Ermessen zum Einschreiten auf Null reduziert ist, nicht verpflichtet sind, eine Gefahr abzuwehren. Das behördliche Gewährenlassen beruht auch nicht auf einem Versäumnis bei grundsätzlicher Missbilligung des von Glasflaschen ausgehenden Risikos. Vielmehr ist es seinerseits Ausdruck von der gesellschaftlich tief verankerten Auffassung, dass das von dem Mitführen von Glasflaschen beim Straßenkarneval ausgehende Risiko sozial und rechtlich akzeptabel sei. Aufgrund des jahrzehntelangen, von den Behörden und Gerichten gebilligten Feierns mit Glasflaschen hat sich das berechtigte Vertrauen der Menschen gebildet, dass das Mitführen von Glasflaschen beim Straßenkarneval nicht nur auf breiter sozialer Akzeptanz beruht, sondern auch rechtlich gebilligt wird. Das Risiko, das mit dem Mitführen von Glasflaschen verbunden ist, ist mithin sozialadäquat und wird rechtlich nicht als Gefahr bewertet. Da die Kompetenz der Gefahrenabwehrbehörden auf die Abwehr von Gefahren beschränkt ist, dürfen sie gegen das Risiko, das vom Mitführen von Glasflaschen beim Straßenkarneval ausgeht, ohne spezielle gesetzliche Ermächtigung nicht vorgehen.

³⁰⁴ BGH, NJW 2002, 1718: „Zur Feststellung der Verkehrsauffassung der Allgemeinheit ist der Tatrichter als Teil dieser Allgemeinheit regelmäßig ohne weiteres in der Lage“; GRUR 2004, 244 (245).

Das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die selbstverständliche rechtliche Zulässigkeit des Mitführens von Glasflaschen darf nur vom parlamentarischen Gesetzgeber erschüttert werden.

Der Einbeziehung von Sozialadäquanzurteilen bei der Anwendung des Gefahrbegriffs sind jedoch verfassungsrechtliche Grenzen auferlegt. Diese ergeben sich aus den Grundrechten der vom Risiko unfreiwillig betroffenen Minderheit sowie aus der Bedrohung der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates. Die Betroffenheit der Minderheit vom Risiko ist allein faktisch zu bestimmen, da die Grundrechte vor jeder Beeinträchtigung schützen. Sie muss weder dauerhaft noch intensiv sein. Unfreiwillig betroffen sind vom Risiko auch Personen, die sich aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu helfenden Berufsgruppen erhöhten Risiken aussetzen, wenn deren Tätigwerden und Gefährdung im konkreten Fall erwartbar ist. An den Glasscherben können sich Passanten und Rettungskräfte sowie Karnevalisten verletzen, die die von Glasflaschen ausgehenden Risiken missbilligen und sie damit nicht freiwillig eingehen. Ferner verzögern die durch Glasscherben verursachten Reifenschäden an den Rettungsfahrzeugen die Rettung von verletzten Personen.

Ein sozialadäquates Risiko muss als Gefahr bewertet werden, wenn der Minderheitenschutz hinter dem verfassungsrechtlich zwingend gebotenen Maße zurückbleibt. Zur Beantwortung dieser Frage ist das Interesse der Minderheit zu gewichten. Das Gewicht ihres Interesses bestimmt sich nach der Größe des Risikos, konkretisiert durch die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsbeeinträchtigung, die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts sowie den Grad seiner erwarteten Beeinträchtigung. Maßgeblich ist jenes Risiko, das unter Zugrundelegung zumutbarer Maßnahmen zum Selbstschutz seitens der unfreiwillig vom Risiko Betroffenen verbleibt, mithin unvermeidbar ist.

Zwar ist das durch die Glasscherben bedrohte Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bedeutsam. Der Grad der Verletzung dürfte sich im überwiegenden Teil jedoch auf leichte Schnittverletzungen beschränken. Ferner ist die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung gering und kann durch vorsichtiges Verhalten weiter reduziert werden. Menschen, die im Gebiet des Karnevals weder arbeiten müssen noch dort wohnen, können das Risiko vollständig vermeiden, indem sie das Gebiet des Karnevals nicht aufsuchen. Diese Meidung ist ihnen aufgrund der zeitlich begrenzten Dauer des Karnevals zumutbar.³⁰⁵ Nur den Anwohnern des Karnevals sowie den Menschen, die im Gebiet des Karnevals arbeiten, ist die Meidung des Gebiets unzumutbar, da sie voraussetzen würde, die Wohnung und damit den Lebensmittelpunkt für den Zeitraum

³⁰⁵ Vgl. zur Zumutbarkeit der Vermeidung einer Gefährdung durch starken Wind durch eigene Maßnahmen VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 110f.

des Karnevals aufzugeben bzw. der Arbeit auf eigenes arbeitsrechtliches Risiko fernzubleiben. Auch sie können jedoch die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung durch vorsichtiges Verhalten weitgehend eindämmen. Beispielsweise können sie ihre Schritte vorsichtig setzen und ihre Kraftfahrzeuge und Fahrräder außerhalb des Gebiets des Karnevals abstellen, um Reifenschäden zu vermeiden. Ebenso können die Rettungskräfte die Wahrscheinlichkeit von Schnittverletzungen durch vorsichtiges Verhalten senken. Ferner sind die Risiken zeitlich auf die Tage des Karnevals beschränkt. Angesichts dessen ist ein Verbot des Mitführens von Glasflaschen aus den verfassungsrechtlichen Gründen des Minderheitenschutzes nicht zwingend geboten.

Rechtliche Grenzen hinsichtlich der Inkorporation mehrheitlicher gesellschaftlicher Akzeptanz bei der Risikobewertung folgen ferner aus der Bedrohung der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates, wenn die Risiken zu einer erheblichen Beeinträchtigung staatlicher Stellen führen würden. Die Inanspruchnahme öffentlicher Stellen als solche sowie unerhebliche Beeinträchtigungen staatlicher Einrichtungen oder Veranstaltungen erlegen der Inkorporation mehrheitlicher Sozialadäquanzurteile ins Recht demgegenüber keine Grenzen auf. Sie sind vielmehr Ausdruck des mehrheitlich gebilligten Ressourceneinsatzes öffentlicher Güter. Der Umstand, dass beim Karneval verstärkt Polizei und Rettungskräfte im Einsatz sind, ist für sich genommen damit kein Grund, den Karneval als Gefahr zu bewerten. Auch die Reifenschäden, die die Glasscherben an einigen Einsatzfahrzeugen hervorrufen, haben keine erhebliche Funktionsbeeinträchtigung der Kölner Polizei und Feuerwehr zur Folge, sondern sind auf einige Einsatzfahrzeuge beschränkt.

Verfassungsrechtlich zwingende Gründe, die es gebieten, die traditionell gebilligten Risiken, die vom Mitführen von Glasflaschen beim Straßenkarneval ausgehen, als Gefahren zu bewerten, ergeben sich damit weder aus Gründen des Minderheitenschutzes noch aufgrund einer erheblichen Beeinträchtigung staatlicher Stellen. Die vom Mitführen von Glasflaschen beim Straßenkarneval ausgehenden Risiken stellen aufgrund ihrer Sozialadäquanz somit keine Gefahren dar.

ee) Minderheitenschutz – Recht auf Risikoerzeugung – gleichheitsrechtliche Bindungen

Als traditionell gebilligte Risiken werden in der Regel Risiken bezeichnet, die von der Mehrheit der Gesellschaft erzeugt und gebilligt werden. Minderheiten können jedoch abweichende Traditionen pflegen, die von der Mehrheit missbilligte Risiken bergen. Minderheitenschutz ist mithin nicht nur dort relevant, wo Minderheiten Schutz vor Risiken, die die Mehrheit erzeugt, suchen. Minderheitenschutz ist auch in der Form relevant, dass Minderheiten Risiken erzeugen

wollen, die von der Mehrheit missbilligt werden. Im Folgenden wird anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung und der Rechtsprechung zugrunde liegenden Normgebung gezeigt, warum es gleichheitswidrig ist, die Erzeuger üblicher, traditioneller Risiken gegenüber den Erzeugern unüblicher Risiken zu bevorzugen.

(1) Rechtsprechungsbeispiele

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof begründete in seiner Entscheidung zur Kampfhundeverordnung³⁰⁶ die Schlechterbehandlung von Haltern ausländischer Hunderassen mit Haltern von ebenso gefährlichen deutschen Hunderassen damit, dass die deutschen Hunderassen aufgrund ihrer langen Zuchtgeschichte sowie weiten Verbreitung und langen Verwendung in Deutschland eine höhere Akzeptanz genössen.³⁰⁷ Aufgrund der weiten Verbreitung und langen Verwendung der in Frage stehenden deutschen Rassen könne der Ordnungsgeber „den Gesichtspunkt, daß bei diesen Hunden möglicherweise eine ähnliche Aggressivität und Gefährlichkeit vorliegt, geringer gewichten und zurückstellen.“³⁰⁸ Der Verfassungsgerichtshof leitete also aus der Üblichkeit und breiten gesellschaftlichen Akzeptanz mancher Hunderassen nicht nur ihre rechtliche Akzeptabilität ab, sondern rechtfertigte damit zugleich die Schlechterbehandlung von Haltern unüblicher Hunderassen mit vergleichbarem Schadenspotenzial. Auf ähnliche Weise versuchten eine Reihe von Normgebern, ihre Rasselisten über ein den gelisteten Rassen angeblich zukommendes „Kampfhundeimage“ zu rechtfertigen:³⁰⁹ Irrelevant ist ihrer Auffassung nach offenbar, ob die gelisteten Hunderassen tatsächlich gefährlicher als die ‚normalen‘ Hunde sind; entscheidend sei, dass die Mehrheit die Rassen lediglich für gefährlicher halte. Das „Kampfhundeimage“ als Ausdruck des Argwohns der Mehrheit gegenüber dem als anormal Empfundenen wird insofern als ausreichender Grund für eine Schlechterstellung erachtet.

Ferner argumentierte der Bayerische Verfassungsgerichtshof, eine Ausdehnung der Rasselisten auf die bislang nicht gelisteten, weit verbreiteten Rassen sei unpraktikabel und würde einen „übermäßig hohen, kaum zu leistenden Verwaltungsaufwand bedeute[n]“.³¹⁰

³⁰⁶ BayVerfGH, Entscheidung v. 12.10.1994 – Vf. 16-VII-92, Vf. 5-VII-93, juris.

³⁰⁷ BayVerfGH, Entscheidung v. 12.10.1994 – Vf. 16-VII-92, Vf. 5-VII-93, juris, Rn. 152.

³⁰⁸ BayVerfGH, Entscheidung v. 12.10.1994 – Vf. 16-VII-92, Vf. 5-VII-93, juris, Rn. 152.

³⁰⁹ Kritisch VGH BW, NVwZ 1992, 1105 (1108); OVG Bremen, Urteil v. 06.10.1992 – 1 N 1/92, juris, Rn. 39; OVG SH, NVwZ 2001, 1300 (1303 f.), die ausführen, dass die gesellschaftliche Einschätzung, die eine Hunderasse erführe, zahlreichen Unwägbarkeiten und einem ständigen Wandel unterworfen sei und das „Kampfhundeimage“ als rechtlich brauchbares Abgrenzungskriterium daher ausscheide.

³¹⁰ BayVerfGH, Entscheidung v. 12.10.1994 – Vf. 16-VII-92, Vf. 5-VII-93, juris, Rn. 152.

Ein ähnliches gleichheitsrechtliches Argumentieren mit der Tradition bestimmter Risiken begegnet uns im Cannabis-Beschluss³¹¹ des Bundesverfassungsgerichts. Dort geht es unter anderem um die Frage, ob ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz daraus folge, dass der unerlaubte Verkehr mit Cannabis, nicht aber mit Alkohol und Nikotin unter Strafe gestellt sei.³¹² Interessant für die vorliegende Fragestellung ist die Argumentation im Hinblick auf den Vergleich von Alkohol und Cannabis. Das Gericht stellte darauf ab, dass Alkohol im Gegensatz zu Cannabis eine Vielzahl von Verwendungsmöglichkeiten habe – beispielsweise auch im religiösen Kult Verwendung finde – und bei dem Genuss von Alkohol im Gegensatz zu Cannabis nicht die Erzielung von Rauschzuständen im Vordergrund stehe.³¹³ Das Gericht argumentierte also, dass zwar auch Alkohol zu Rauschzuständen führen könne, diese Verwendungsweise jedoch nicht dominiere. Das Bundesverfassungsgericht stellte damit auf die üblicherweise beabsichtigte Wirkung von Alkohol ab. Weiterhin – so das Bundesverfassungsgericht – könne der Gesetzgeber den Genuss von Alkohol aufgrund der herkömmlichen Konsumgewohnheiten in Deutschland und im europäischen Kulturkreis nicht effektiv unterbinden.³¹⁴ Es liegt damit argumentativ auf einer Linie mit dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof: Beide Gerichte begründeten die Besserstellung der Mehrheiten (die Halter deutscher Hunderassen bzw. die Konsumenten von Alkohol) mit einem Effizienzargument: Gegen die Mehrheit könne nur mit großem Aufwand vorgegangen werden; ein Vorgehen gegen die Minderheit sei leichter.

(2) Das Übliche bei der abstrakt-generellen Normgebung

In der abstrakt-generellen Normgebung ist das Denken in typischen Fällen angelegt.³¹⁵ Eine vom Einzelfall abstrahierende Regelung setzt schließlich voraus, dass dem Gesetzgeber bei der Normgebung das Typische der zu regelnden Lebenssachverhalte vor Augen steht. Andernfalls fehlte ihm die notwendige An-

³¹¹ BVerfGE 90, 145 – Cannabis [1994].

³¹² BVerfGE 90, 145 (195) – Cannabis [1994].

³¹³ BVerfGE 90, 145 (197) – Cannabis [1994].

³¹⁴ BVerfGE 90, 145 (197) – Cannabis [1994].

³¹⁵ BVerfGE 11, 245 (254) – Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz [1960]: „Jede gesetzliche Regelung muß generalisieren“; *J. Isensee*, Die typisierende Verwaltung, S. 76, 96; *A. Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, S. 38: „Des Gesetzgebers Aufgabe ist es, Typen zu beschreiben. [...] [Der] Richterspruch [muß] [...] die Lebenssachverhalte in ihrer von der Gesetzesnorm gemeinten Typizität erfassen [...]“; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 121: „Untypische, singuläre Einzelfälle werden demgegenüber auch deshalb nicht erfasst, weil ein Gesetz aufgrund seines abstrakt-generellen Charakters notwendigerweise typisieren muss und der Gesetzgeber Ausreißer gar nicht vorhersehen kann.“

schauung für die alle Einzelfälle überspannenden Gemeinsamkeiten, die tatbestandlich normiert werden können. Insofern ist in der abstrakt-generellen Normgebung bereits angelegt, dass der Gesetzgeber Regelungen schafft, die sich an der Wirklichkeit orientieren, wie sie sich mehrheitlich darstellt. Die Mehrheit oder Üblichkeit sind hier keine normativen Argumente, sondern bilden schlicht die Folie, vor der der Gesetzgeber regelnd tätig wird. Er darf auch gar nicht vom Untypischen, Seltenen bei der Normgebung ausgehen, weil die Regelungen ansonsten in den meisten Fällen ihren Zweck verfehlen würden und (bei einem Eingriff in Grundrechte) verfassungswidrig, da ungeeignet wären.

Umgekehrt ist die Orientierung an typischen Sachverhalten bei der Normgebung problematisch, wenn untypische Sachverhalte von der für typische Fälle geltenden Regelung erfasst werden. Wäre eine Differenzierung zwischen den für typische und den für untypische Sachverhalte geltenden Rechtsfolgen geboten, liegt eine gleichheitsrechtlich problematische Typisierung³¹⁶ vor. Typisierungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „nur zulässig, wenn die damit verbundenen Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären, lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und die Ungleichbehandlung nicht besonders ins Gewicht fällt. [...] Letztlich müssen die Vorteile der Typisierung im rechten Verhältnis zu der mit ihr notwendig verbundenen Ungleichbehandlung stehen.“³¹⁷

Im Rahmen von Typisierungen, beispielsweise bei der Regelung von Massenerscheinungen, kommt es also aus Praktikabilitätsgründen zwar faktisch zur Ausrichtung der Normen an der mehrheitlichen, ‚typischen‘ Wirklichkeit. Diese Ausrichtung der Normen an der Mehrheit wird jedoch nicht als zulässiges Ziel einer Regelung, sondern als ein teilweise notwendiges und daher in Kauf genommenes, jedoch zu begrenzendes Übel gedeutet. Die Benachteiligung von Minderheiten darf im Rahmen von Typisierungen folglich nur ein auf das notwendige Maß zu begrenzender Kollateralschaden sein, nie expliziter Zweck einer Regelung oder explizites Unterscheidungsmerkmal.

Zulässig ist es nach diesen Maßstäben, wenn bei der Frage, ob eine bestimmte Hunderrasse gefährlich ist, an den typischen Hund dieser Rasse angeknüpft wird, mithin an das Verhalten, welches sich bei der überwiegenden Mehrheit der Hunde dieser Rasse zeigt. Zulässig ist es auch, dass das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Alkohol und Cannabis daran anknüpft,

³¹⁶ Der Begriff der Typisierung sollte, um Unterscheidungskraft zu besitzen, nur für die gleichheitsrechtlich problematische Gattungsbildung, nicht für das Verfahren der Tatbestandsbildung durch Generalisierung verwendet werden, siehe *J. Isensee*, Die typisierende Verwaltung, S. 96 f.

³¹⁷ St. Rspr. des BVerfG, siehe aus jüngerer Zeit BVerfG, Beschluss v. 29.01.2019 – 2 BvC 62/14, juris, Rn. 47.

welche Wirkung typischerweise (anders: üblicherweise) mit dem jeweiligen Stoff erzeugt wird (Rauschzustände oder keine Rauschzustände). Zwar begünstigt das Abstellen auf die üblichen Verwendungsweisen von Alkohol bzw. Cannabis diejenigen, die sich der Mehrheit entsprechend verhalten. Selbst wenn sich innerhalb von Minderheitsgruppen relativ einheitliche Verhaltensweisen entwickeln und über längere Zeit bestehen sollten, würde dieses Verhalten nicht in die Bestimmung der üblichen Verhaltensweise einer übergeordneten Gruppe, etwa aller Deutschen, einfließen. Ob eine Minderheit beispielsweise auf Alkohol verzichtet, dafür aber rituell Cannabis einsetzt, wäre bei der Bestimmung der ‚deutschen‘ üblichen Verhaltensweise irrelevant. Das Abstellen auf die üblichen Verhaltensweisen benachteiligt also all jene, die nicht der Mehrheit angehören. Daher sind derartige Typisierungen nur in den genannten engen Grenzen zulässig.

(3) *Üblichkeit als gleichheitsrechtliches Argument außerhalb von Typisierungen*

Im Gegensatz zu zulässigen Typisierungen rechtfertigte der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung zur Kampfhundeverordnung³¹⁸ die Ungleichbehandlung von Hunderassen ohne rechtstechnische oder praktische Notwendigkeit mit der unterschiedlichen Üblichkeit der Rassen und der daraus folgenden unterschiedlichen mehrheitlichen Akzeptanz, die ihnen entgegengebracht wird. Hier kommt es nicht zur *ungewollten* Benachteiligung atypischer Fälle durch die Zugrundelegung des typischen Falles bei der Normgebung, sondern die Rechtsprechung *rechtfertigt* die Normgebung gerade mit der Besserstellung der Mehrheit. Dass die Halter weniger verbreiteter Hunderassen benachteiligt werden, ist hier also nicht notwendiger Kollateralschaden einer Regelung, die (ohne erheblichen Aufwand) nicht anders kann, als untypische Sachverhalte zu benachteiligen. Vielmehr zielt die Normgebung allein auf die als anormal bewertete Minderheit ab.

Dargelegt ist auch nicht, dass die Bevorzugung der Mehrheit aus Praktikabilitätsgründen bei der Normgebung oder dem -vollzug erforderlich ist. Schließlich könnte der Normgeber ohne Schwierigkeiten die Kampfhundelisten durch die deutschen, ebenso gefährlichen Hunderassen ergänzen. Auch dass die Durchsetzung der an die Listung anknüpfenden Verhaltensvorschriften (Maulkorbzwang etc.) bei weit verbreiteten Rassen erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen würde, ist nicht plausibel dargelegt.

Indem die Gerichte diese Normgebung billigen, erheben sie die Mehrheit ohne rechtstechnische Notwendigkeit zu einem materiellen gleichheitsrechtlichen Argument: „Weil bestimmte Hundehalter in ihren Präferenzen von der Mehrheit

³¹⁸ BayVerfGH, Entscheidung v. 12.10.1994 – Vf. 16-VII-92, Vf. 5-VII-93, juris.

abweichen und die Haltung anormaler, unüblicher Hunde bevorzugen, darf man sie benachteiligen.“ Dem Grundgesetz liegt indes durch die den Mehrheiten und Minderheiten gleichermaßen verbürgten Grundrechte die Konzeption zugrunde, dass die Zugehörigkeit zur Mehrheit oder Minderheit selbst kein zulässiges materielles gleichheitsrechtliches Argument ist. Die Mehrheit darf sich zwar regelmäßig prozedural mit ihrer Ansicht durchsetzen (siehe zum Beispiel Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG), aber nicht die Verteilung der Mehrheitsverhältnisse zu einem inhaltlichen gleichheitsrechtlichen Argument machen. Insofern bestehen gewissen Parallelen zu den grundrechtlichen Diskriminierungsverboten in Art. 3 Abs. 3 GG. Diese verbieten nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, für eine Ungleichbehandlung an die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale anzuknüpfen.³¹⁹ Die sogenannten Anknüpfungsverbote stellen also ein Verbot für bestimmte Argumente dar: Ungleichbehandlungen können nie mit Verweis auf eines der im Grundgesetz für unzulässig erklärten Merkmale gerechtfertigt werden. Parallel gilt auch: An die Verteilung der Mehrheitsverhältnisse darf zur inhaltlichen Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nicht angeknüpft werden. Ausgeschlossen ist damit die Rechtfertigung einer Benachteiligung unüblicher Risiken allein aus dem Grund, weil sie unüblich und daher mehrheitlich sozial nicht akzeptiert sind.³²⁰

Die spezifische Stoßrichtung des hier entwickelten Verbots, zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen an die Üblichkeit und daraus folgende unterschiedliche empirische Akzeptanz von Risiken anzuknüpfen, mithin an ihre gesellschaftliche Tradition, ist auf Ungleichbehandlungen von ansonsten gleichen Sachverhalten beschränkt. Sein Anwendungsbereich sind also die Gleichheitssätze. *Außerhalb gleichheitsrechtlicher Fragestellungen* gewährleistet die Berücksichtigung der Tradition von Risiken bei der rechtlichen Risikobewertung – wie oben ausgeführt wurde – die kontextadäquate Einbettung eines Risikos in einen bestimmten sozialen Sinnzusammenhang. Beispielsweise müssen die Gefahrenabwehrbehörden bei der Bewertung derjenigen Risiken, die vom Mitführen von Glasflaschen beim Straßenkarneval ausgehen (Verletzungen und Sachschäden durch zerbrochenes Glas), den Umstand berücksichtigen, dass die Risiken traditionsreich, mithin üblich sind und eine breite gesellschaftliche und bisherige rechtliche Akzeptanz genießen. Es ist ihnen allerdings verwehrt, das Mitführen von Glasflaschen beim Straßenkarneval wegen seiner langen Traditi-

³¹⁹ St. Rspr. seit BVerfGE 85, 191 (206) – Nachtarbeitsverbot [1992].

³²⁰ Ablehnend bezüglich der Einbeziehung der sozialen Akzeptanz bei der Gefahrenprognose sind auch *M. Kaltenborn*, NWVBl 2001, 249 (251) und *F. Rachor/K. Graulich*, in: Lisken/Denninger, Abschnitt E Rn. 70. Dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof bezüglich der Einbeziehung der „herkömmlichen Gewohnheiten und [der] kulturelle[n] Tradition“ bei der Gefahrenprognose zustimmend *T. Kunze*, NJW 2001, 1608 (1612).

on zu erlauben, das Mitführen von Glasflaschen beim *Christopher Street Day* trotz der Vergleichbarkeit der Risiken in allen anderen zur Bewertung von Risiken relevanten Aspekten jedoch zu untersagen.

(4) Ausnahme Leistungsgrenzen

Im Beispiel der Rasselisten wäre die Ergänzung der Rasselisten um die ähnlich gefährlichen weit verbreiteten Rassen leicht zu vollziehen und wohl auch durchzusetzen. Es sind jedoch auch Fälle vorstellbar, in denen das Vorgehen gegen weit verbreitete Verhaltensweisen oder Zustände einen erheblichen Verwaltungs- und Vollzugsaufwand bedeutete. Beispielsweise wäre bei einem Alkoholverbot in der deutschen Gesellschaft mit beträchtlichem Vollzugsaufwand mit ungewissem Erfolg zu rechnen. Insofern stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit der Vollzugsaufwand zur Bekämpfung eines Risikos gleichheitsrechtlich relevant sein darf. Anders formuliert: Ist es gleichheitsrechtlich zulässig, ein Risiko nicht zu bekämpfen, weil die Bekämpfung des Risikos aufgrund der weiten Verbreitung des Risikos beträchtlichen Vollzugsaufwand verursachte, während ein anderes (ansonsten gleiches) Risiko bekämpft wird, weil die Bekämpfung aufgrund der geringen Verbreitung des Risikos leichter ist?

Eindeutig sind Fälle gelagert, in denen die Bekämpfung eines Risikos nicht nur erheblichen Aufwand mit sich brächte, sondern gänzlich unmöglich ist. Man gehe davon aus, die Risiken, die von Würmern und Flöhen ausgehen, seien im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG gleich. Verfügte der Staat über ein Mittel gegen Würmer, nicht jedoch gegen Flöhe, so führte die Unmöglichkeit des Vorgehens gegen Flöhe nicht dazu, auch nicht gegen den Wurmbefall vorgehen zu dürfen. Eine staatlich verordnete Einnahme von Medikamenten gegen den Wurmbefall wäre also nicht gleichheitswidrig. Die Unmöglichkeit, die Flöhe zu bekämpfen, ist ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung, da sich Rechtspflichten nur auf Mögliches richten können³²¹.

Schwieriger zu bewerten sind Fälle, in denen das Vorgehen gegen eines von zwei unliebsamen Risiken nicht gänzlich unmöglich ist, sondern „lediglich“ beträchtlichen Vollzugsaufwand mit sich brächte (wie es hinsichtlich des hier besprochenen Alkohol/Cannabis-Beispiels der Fall ist). Hier ist dem Argument, dass einem Risiko wegen seiner weiten Verbreitung nur unter Schwierigkeiten beizukommen wäre, mit größter Vorsicht zu begegnen. Ein Vorgehen gegen Minderheiten ist immer leichter und mit weniger Verwaltungsaufwand zu bewerkstelligen. Mehr als alles andere führt das Argument, dass ein Vorgehen gegen weniger verbreitete Risiken leichter sei, daher drastisch die Wichtigkeit des Minderheitenschutzes vor Augen. Schließlich ist das übliche Risiko wegen seiner

³²¹ „Impossibilium nulla obligatio est“, Digesten 50, 17, 185.

Verbreitung eigentlich das drängendere Problem. Wird allein gegen das seltene, unübliche Risiko vorgegangen, bedarf es daher einer aufmerksamen Betrachtung, ob es hier primär um die Benachteiligung von Minderheiten geht oder ob gewichtige Praktikabilitätsgründe für die Abwehr allein des seltenen Risikos sprechen.

Wie auch bei der Ratio von Typisierungen geht es darum, die Leistungsgrenzen des Staates zu berücksichtigen. Eine Schlechterbehandlung der seltenen Risiken darf erfolgen, wenn das Vorgehen gegen die häufigen Risiken den Staat an seine Leistungsgrenze brächte („praktische Unmöglichkeit“), beide Risiken aufgrund ihres Gefahrenpotenzials jedoch nicht hingenommen werden können. Dann darf das Unvermögen, gegen beide Risiken vorgehen zu können, nicht dazu führen, gegen keines der Risiken vorgehen zu dürfen.

Die Fälle, in denen das Bekämpfen weit verbreiteter Risiken den Staat an seine Leistungsgrenze brächte, sind jedoch Grenzfälle. Hier kapituliert das Recht in gewissem Maße vor den praktischen Möglichkeiten. Dass die Schwierigkeit des Vorgehens gegen bestimmte Risiken im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG als Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen zu gelten hat, ist insofern als Versuch zu deuten, die praktischen Vollzugsschwierigkeiten zu verrechtlichen.

(5) Summationsproblem

Im Folgenden sei dem möglichen Einwand begegnet, es könne zu nicht mehr akzeptablen Summationseffekten kommen, wenn neben den bestehenden, von der Mehrheit als vertraut bewerteten Risiken aus gleichheitsrechtlichen Gründen weitere Risiken zugelassen werden müssen. Vorstellbar ist beispielsweise, dass eine Minderheit in Deutschland die Tradition pflegt, Feuerwerk nicht an Silvester, sondern an jedem Geburtstag anzuzünden.

Tatsächlich sind unerwünschte Summationseffekte jedoch vollständig kontrollierbar. Sollte es durch die gleichheitsrechtlich gebotene Zulassung unüblicher Risiken zu unerwünschten Summationseffekten kommen, kann der parlamentarische Gesetzgeber zur Risikoreduktion eine gleichheitsrechtlich geleitete Verteilungsentscheidung treffen. Der parlamentarische Gesetzgeber kann schließlich auch sozialadäquate Risiken verbieten. Lediglich den Behörden ist es verwehrt, gegen sozialadäquate Risiken vorzugehen. Gleichheitsrechtlich unzulässig ist es dagegen auch für den parlamentarischen Gesetzgeber, lediglich das der Mehrheit unvertraute Risiko mit dem Argument zu verbieten, die Summe an tragbaren Risiken sei mit den bestehenden, der Mehrheit vertrauten Risiken bereits erreicht.

Das Risiko, dass es durch die gleichheitsrechtlich erforderliche Zulassung seltener Risiken zu untragbaren Summationseffekten kommt, dürfte im Übrigen

gering sein. Nicht zuletzt ist das Gefährdungspotenzial eines Risikos auch durch seine Verbreitung bestimmt: Risiken, die von Minderheiten erzeugt werden, tragen damit tendenziell ohnehin weniger zur Gesamtsumme an Risiken bei als Risiken, die von der Mehrheit erzeugt werden.

Ferner bedarf es besonderer Aufmerksamkeit, ob zwei Risiken tatsächlich vergleichbar sind. Im obigen Beispielsfall des Anzündens von Feuerwerk ist es beispielsweise plausibel, in der unterschiedlichen Häufigkeit des Anzündens von Feuerwerk einen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung zu sehen. Schließlich macht es im Hinblick auf die Lärm- und Rauchentwicklung und das Verletzungspotenzial einen Unterschied, ob Feuerwerk konzentriert an einem für alle Angehörigen eines Kulturkreises geltenden Feiertag oder dezentral an jedem Geburtstag der Angehörigen eines Kulturkreises angezündet wird. Gleichheitsrechtlich vergleichbar könnten also nur Fälle sein, in denen eine Minderheit einen von Silvester abweichenden, jedoch ebenso konzentrierten Feiertag mit Feuerwerk begehen möchte.

(6) *Exkurs: Benachteiligung von Verursachern verbreiteter Risiken*

Bislang wurde auf die Gefahr der Diskriminierung von Erzeugern unüblicher Risiken hingewiesen. Denkbar sind jedoch auch Diskriminierungen von Erzeugern bekannter, weit verbreiteter Risiken. Derartige Benachteiligungen von Erzeugern weit verbreiteter Risiken sind insbesondere dann vorstellbar, wenn sich die rechtlichen und gesellschaftlichen Entscheidungsträger von den Lebensumständen und der Weltsicht der mehrheitlichen Gesellschaft entfernen und bei ihnen unüblich ist, was in großen Teilen der Bevölkerung üblich ist. Hier zeigt sich nochmals die oben³²² besprochene Relativität von Werturteilen: Was – betrachtet auf die Gesamtbevölkerung Deutschlands – unüblich sein und daher missbilligt werden mag, kann – betrachtet man eine Subgruppe – üblich sein und daher gebilligt werden. Ist ein Risiko weit verbreitet, sprechen für ein Vorgehen allein gegen das verbreitete und nicht gegen das unübliche Risiko nicht einmal Praktikabilitätsgründe.

Weder die Üblichkeit bzw. Bekanntheit noch die mehrheitliche Billigung von Risiken dürfen also gleichheitsrechtlich eine Rolle spielen. *Tradition* ist mithin kein zulässiges gleichheitsrechtliches Argument. Gleichheitsrechtlich zulässige Unterscheidungskriterien im Hinblick auf Risiken sind ausschließlich die Schadenswahrscheinlichkeit, der erwartete Schaden, die Freiwilligkeit der Risikoübernahme und der mit dem Risiko einhergehende Nutzen (dazu später³²³ mehr).

³²² Siehe auf den S. 78 ff.

³²³ Siehe auf den S. 189 ff.

(7) Verzerrungseffekte

Zuletzt sei noch auf einen Umstand hingewiesen, der ebenfalls gleichheitswidrige Folgen zeitigen kann. Das bereits dargestellte Fallbeispiel zum rechtlichen Umgang mit gefährlichen Hunden legt nahe, dass die unterschiedliche Vertrautheit mit Risiken objektiv bestehende Risikodifferenzen übertrumpfen bzw. fälschlicherweise das Bestehen einer Risikodifferenz suggerieren kann. Es ist mithin denkbar, dass die unterschiedliche Vertrautheit mit Risiken Verzerrungseffekte hinsichtlich des an sich sachlichen Bewertungskriteriums der Schadenswahrscheinlichkeit zur Folge haben könnte.

Beim Umgang mit gefährlichen Hunden wird dies darin deutlich, dass dort manche als anormal empfundene Rassen gelistet werden, obwohl empirisch nicht sicher nachweisbar ist, ob von ihnen erhöhte Risiken ausgehen,³²⁴ und andere, als normal empfundene Rassen nicht gelistet werden, obwohl von ihnen statistisch überdurchschnittlich viele Beißattacken ausgehen³²⁵ und sie von ihrer Zuchtausrichtung, Größe und Beißkraft mit den gelisteten Rassen vergleichbar sind³²⁶. Anscheinend beurteilt der Normgeber deutsche Rassen wegen ihrer größeren Verbreitung³²⁷ und der daraus folgenden Vertrautheit mit den Rassen als ‚normal‘, während er ausländische Rassen eher als ‚anormal‘ bewertet.³²⁸ Neben den als besonders aggressiv geltenden³²⁹ Rassen Pitbull-Terrier, American Staf-

³²⁴ Siehe BayVerfGH, Entscheidung v. 12.10.1994 – Vf. 16-VII-92, Vf. 5-VII-93, juris, Rn. 169 ff.

³²⁵ BayVerfGH, NVwZ-RR 2005, 176 (177); HessVGH, NVwZ-RR 2002, 650 (652). Das Bundesverfassungsgericht hat in BVerfGE 110, 141 (160 ff.) – Kampfhunde [2004] nur dargelegt, dass Hunde der Rassen Pitbull-Terrier, American Staffordshire-Terrier, Staffordshire-Bullterrier und Bullterrier im Vergleich zu allen anderen Rassen überproportional häufig an Beißunfällen beteiligt sind. Es hat sich nicht damit beschäftigt, ob Rottweiler, Dobermänner, Schäferhunde und Deutsche Doggen im Vergleich zu anderen gelisteten Hunden, die nicht den Rassen Pitbull-Terrier, American Staffordshire-Terrier, Staffordshire-Bullterrier und Bullterrier angehören, ebenso häufig auffällig werden.

³²⁶ VGH BW, NVwZ 1992, 1105 (1107 f.); OVG Bremen, Urteil v. 06.10.1992 – 1 N 1/92, juris, Rn. 32; OVG SH, NVwZ 2001, 1300 (1303); siehe auch das Vorbringen des Antragstellers in BayVerfGH, Entscheidung v. 12.10.1994 – Vf. 16-VII-92, Vf. 5-VII-93, juris, Rn. 64 ff. Eine Ungleichbehandlung von Hunderassen mit vergleichbarem Gefährdungspotenzial sehen auch *F. Rachor/K. Graulich*, in: Lisken/Denninger, Abschnitt E Rn. 70.

³²⁷ Siehe *Verband für das Deutsche Hundewesen*, Welpenstatistik, <https://www.vdh.de/presse/welpenstatistik/> (zugegriffen am 28.04.2023): Im Jahr 2017 wurden 1561 Rottweiler-Welpen in Deutschland gemeldet, 9766 Welpen der Rasse Deutscher Schäferhund und 1095 Welpen der Rasse Deutsche Dogge, während nur 183 Bordeauxdoggen, 97 Mastiffs, 91 Bullmastiffs und 15 Argentinische Doggen auf die Welt kamen.

³²⁸ So auch das Vorbringen des Antragstellers in BayVerfGH, Entscheidung v. 12.10.1994 – Vf. 16-VII-92, Vf. 5-VII-93, juris, Rn. 61.

³²⁹ BVerfGE 110, 141 (160 ff.) – Kampfhunde [2004]; BVerfG-K, NVwZ 2004, 975; NVwZ 2005, 925.

fordshire-Terrier, Staffordshire-Bullterrier und Bullterrier sind fast ausschließlich³³⁰ ausländische Rassen³³¹ gelistet. Von der Mehrheit abweichendes Verhal-

³³⁰ Der Deutsche Schäferhund und die Deutsche Dogge finden sich in keiner Rasseliste, der Dobermann nur in einer einzigen (*Brandenburg*: siehe § 8 Abs. 3 Nr. 4 der Ordnungsbehördlichen Verordnung über das Halten und Führen von Hunden (Hundehalterverordnung – HundehV) vom 16. Juni 2004, GVBl II 2004, 458) und der Rottweiler in manchen (*Bayern*: siehe § 1 Abs. 2 S. 1 der Verordnung über Hunde mit gesteigerter Aggressivität und Gefährlichkeit vom 10. Juli 1992, GVBl 1992, 268, zuletzt geändert durch Verordnung vom 4. September 2002, GVBl 2002, 513, 583; *Brandenburg*: siehe § 8 Abs. 3 Nr. 13 HundehV; *Hamburg*: siehe § 2 Abs. 3 Nr. 10 des Hamburgischen Gesetzes über das Halten und Führen von Hunden (Hundegesetz – HundeG) vom 26. Januar 2006, HmbGVBl 2006, 37, zuletzt geändert durch Artikel 13 des Gesetzes vom 4. Dezember 2012, HmbGVBl 2012, 510, 519; *Hessen*: siehe § 2 Abs. 1 Nr. 9 der Gefahrenabwehrverordnung über das Halten und Führen von Hunden (HundeVO) vom 22. Januar 2003, GVBl I 2003, 54, zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 12. November 2013, GVBl 2013, 640; *Nordrhein-Westfalen*: siehe § 10 Abs. 1 des Hundegesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (Landeshundegesetz – LHundG NRW) vom 18. Dezember 2002, GV. NRW. 2002, 656, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. September 2016, GV. NRW. 2016, 790).

Ferner erließen die Bundesländer, die deutsche Rassen in den Rasselisten führen, mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen das entsprechende Gesetz erst, nachdem die Judikatur – insbesondere das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 116, 347 – Niedersächsische Gefahrtierverordnung [2002]) und das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 110, 141 – Kampfhunde [2004]) – sich mit der Rechtmäßigkeit von Rasselisten beschäftigt hatte (*Brandenburg*) oder erweiterten bestehende Rasselisten erst nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (*Bayern*) oder nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (*Hamburg* und *Hessen*):

Brandenburg: Die Hundealterverordnung ist vom 16. Juni 2004, GVBl II 2004, 458.

Bayern: In der Verordnung über Hunde mit gesteigerter Aggressivität und Gefährlichkeit vom 10. Juli 1992, GVBl 1992, 268 war der Rottweiler noch nicht aufgeführt. Die Aufnahme geschah durch Verordnung vom 4. September 2002, GVBl 2002, 513, 583 kurz nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Juli 2002.

Hamburg: In der Verordnung zum Schutz vor gefährlichen Hunden und über das Halten von Hunden (Hundeverordnung) vom 18. Juli 2000, HmbGVBl 2000, 152 war der Rottweiler noch nicht enthalten. Mit Schaffung des Hamburgischen Gesetzes über das Halten und Führen von Hunden (Hundegesetz – HundeG) vom 26. Januar 2006, HmbGVBl 2006, 37 wurde der Rottweiler in § 2 Abs. 3 Nr. 10 aufgenommen.

Hessen: In der Gefahrenabwehrverordnung über das Halten und Führen von Hunden (HundeVO) vom 22. Januar 2003, GVBl I 2003, 54 war der Rottweiler noch nicht enthalten. Aufgenommen wurde er mit der Änderung der Verordnung am 16. Dezember 2008, GVBl I 2008, 1028.

Nordrhein-Westfalen führte bereits den Dobermann in Nr. 6 und den Rottweiler in Nr. 25 der Anlage 2 der mittlerweile außer Kraft getretenen Ordnungsbehördlichen Verordnung über das Halten, die Zucht, die Ausbildung und das Abrichten bestimmter Hunde (Landeshundeverordnung – LHV NRW) vom 30. Juni 2000, GV. NRW. 2000, 518 b.

³³¹ Gelistet sind folgende ausländische Rassen: Alano, American Bulldog, Bandog, Bullmastiff, Cane Corso, Dogo Argentino, Dogue de Bordeaux, Fila Brasileiro, Kangal, Kaukasischer Owtscharka, Mastiff, Mastín Español, Mastino Napoletano, Perro de Presa Canario (Dogo Canario), Perro de Presa Mallorquín und Tosa Inu.

ten (die Haltung ‚anormaler‘, ausländischer Hunderassen) erscheint offenbar aufgrund der Abweichung verdächtig; sein Risikopotenzial wird infolgedessen negativ verzerrt (größer als tatsächlich) bewertet. Umgekehrt wird der deutsche Rottweiler in seinem Risikopotenzial positiv verzerrt bewertet, das heißt, er wird für ungefährlicher gehalten, als er den Statistiken nach tatsächlich ist. Zwar wurden die Rasselisten nach höchstrichterlicher Auseinandersetzung teilweise um den Rottweiler ergänzt;³³² zunächst war er jedoch nicht in den Listen enthalten. Selbst wenn man richtigerweise dem (Verordnungs-)Gesetzgeber einen Einschätzungs- und Prognosespielraum bei der Gefahrenprognose zubilligt, so ist doch auffällig, dass der Spielraum ausschließlich zu Ungunsten der von der Minderheit gehaltenen, ‚anormalen‘ Rassen genutzt wird.

Gleichheitsrechtlich ist diese Form der Diskriminierung abweichenden Verhaltens besonders problematisch, weil sie zum einen unbewusst auftritt und zum anderen das Bestehen gleichheitsrechtlicher Probleme verdeckt: Die fälschlicherweise angenommene Risikodifferenz rechtfertigt dem Schein nach die Ungleichbehandlung. Bei oberflächlicher Betrachtung liegt keine gleichheitsrechtlich problematische Ungleichbehandlung vor, weil in der fälschlicherweise angenommenen Risikodifferenz – wenn sie tatsächlich bestünde – ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung läge.

Unbewusste Vorurteile bei der Risikobewertung sind besonders gravierend, da mit dem Gewaltmonopol des Staates sein Recht und seine Pflicht zur Garantie der öffentlichen Sicherheit korrespondiert und das Vorliegen einer Gefahr den Staat daher immer – innerhalb des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – zum Eingreifen berechtigt. Ebenso wie über das scharfe Schwert der Gefahrenabwehr nicht Wohlfahrtspflege betrieben werden darf, so darf das Gefahrenabwehrrecht nicht zur Sanktionierung abweichenden Verhaltens missbraucht werden. Da zu vermuten ist, dass abweichendes Verhalten von den Beurteilenden zum Teil tatsächlich für gefährlicher als vergleichbares ‚normales‘ Verhalten gehalten wird, ist auf derartige unbewusste Diskriminierungen bei der Risikobewertung verstärkt zu achten.

(8) Zwischenergebnis

Gleichheitsrechtliche Vorgaben haben sich als praktisch relevante verfassungsrechtliche Grenze der Berücksichtigung von Tradition bei der einfachrechtlichen Risikobewertung erwiesen.

Bei der rechtlichen Bewertung von Risiken darf – unter den gleichen Voraussetzungen wie sonst – typisiert werden. Das bedeutet, es darf bei Gefahrenprognosen darauf abgestellt werden, welche Lebenssachverhalte typischerweise zu

³³² Siehe Fn. 330.

Schäden an Rechtsgütern führen, sofern man nicht einschreitet. Unzulässig ist es hingegen, bei der Risikoabwehr auf die mehrheitlich unbekannt, unüblichen und daher mehrheitlich sozial nicht akzeptierten Risiken *abzuzielen*. Hier wird die Minderheit nicht als Kollateralschaden einer Regelung, die sich an der typischen Wirklichkeit orientiert, benachteiligt. Vielmehr ist die Abweichung von der Mehrheit expliziter Grund für die Benachteiligung von Emittenten unüblicher Risiken. Aus den Grundrechten, die den Mehrheiten und Minderheiten gleichermaßen garantiert sind, folgt jedoch, dass die Mehrheit als solche kein gleichheitsrechtlich zulässiges *materielles* Argument ist.

Pflegt ein Ort beispielsweise die rechtlich gebilligte Tradition, mit Blumentöpfen die Fensterbänke zu zieren, so ist bei der Bewertung des Risikos herunterfallender Blumentöpfe zu berücksichtigen, dass das Risiko in diesem Ort traditionsreich ist. Sprechen keine verfassungsrechtlich zwingenden Gründe gegen die Zulässigkeit des von den Blumentöpfen ausgehenden Risikos, ist es aufgrund seiner Sozialadäquanz rechtlich hinzunehmen und stellt keine Gefahr dar. Gleichheitsrechtlich unzulässig ist es jedoch, in demselben Ort das Aufstellen kleiner Skulpturen auf den Fensterbänken wegen der mit ihnen einhergehenden Risiken mit der Begründung zu verbieten, der Blumenschmuck habe Tradition, die Skulpturen hingegen nicht. Etwas anderes gälte nur, wenn von den Skulpturen höhere Risiken ausgingen, beispielsweise weil sie windanfälliger sind.

Nur wenn der Staat an seine Leistungsgrenze stieße und aufgrund des zusammengenommenen Gefahrenpotenzials des unüblichen sowie des üblichen Risikos nicht beide Risiken hinnehmen möchte, darf er aus (streng zu überprüfenden) Praktikabilitätsgründen das weniger verbreitete Risiko bekämpfen, während er das übliche, ansonsten jedoch gleiche Risiko hinnimmt.

g) *Qualifizierte Gefahrbegriffe*

Nachdem aufgezeigt wurde, welche Grenzen der Einbeziehung von Sozialadäquanzurteilen bei der Anwendung des einfachen Gefahrbegriffs auferlegt sind, werden im Folgenden die spezifischen Grenzen erörtert, die der Einbeziehung von Sozialadäquanzurteilen bei der Anwendung qualifizierter Gefahrbegriffe auferlegt sind.

Qualifizierte Gefahrbegriffe sind etwa die gegenwärtige, die unmittelbar bevorstehende, die erhebliche und die dringende Gefahr. Die qualifizierten Gefahrbegriffe stellen gegenüber der einfachen, von der polizeirechtlichen Generalklausel verlangten Gefahr erhöhte Anforderungen entweder an das bedrohte Schutzgut, an die zeitliche Nähe des Schadenseintritts und/oder an den Grad der Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsbeeinträchtigung.³³³

³³³ Nur auf die zeitliche Nähe und die Bedeutung des Schutzguts und nicht gesondert auf

Soweit ein Risiko aufgrund seiner Sozialadäquanz von Behörden oder Gerichten *nicht* als Gefahr qualifiziert wird, konfligiert dieses Urteil nie mit den spezifischen gesetzlichen Anforderungen, die qualifizierte Gefahrbegriffe stellen: Die qualifizierten Gefahrbegriffe stellen schließlich erhöhte Anforderungen an die Qualifikation eines Risikos als Gefahr. Rechtfertigungsbedürftig anhand der Maßstäbe qualifizierter Gefahrbegriffe kann also nur die Bejahung einer Gefahr sein, nie deren Verneinung.

h) Gefahrverdacht

Aus den bislang dargestellten rechtlichen Grenzen hinsichtlich der Inkorporation von Sozialadäquanzurteilen bei der rechtlichen Risikobewertung folgen entsprechende Grenzen im Hinblick auf die Kategorie des Gefahrverdachts. Ein Gefahrverdacht liegt vor, wenn der handelnde Polizeibeamte bei aller Sorgfalt, Klugheit und Besonnenheit über das Vorliegen einer Gefahr im Unsicheren ist.³³⁴ Er geht also von der Möglichkeit einer Gefahr aus, ist sich jedoch aufgrund von Unsicherheiten bei der Diagnose des Sachverhalts oder der Prognose eines schädigenden Kausalverlaufs nicht sicher.³³⁵ Der Gefahrverdacht berechtigt jedenfalls zu Gefahrerforschungsmaßnahmen, die keinen Eingriff in Grundrechte voraussetzen.³³⁶ Soweit die Aufklärung des Sachverhalts einen Grundrechtseingriff bedingt, ist wegen des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) umstritten, ob bzw. inwieweit Gefahrerforschungseingriffe auf die Generalklausel zur Gefahrenabwehr gestützt werden dürfen.³³⁷ Dieser Frage wird im Folgenden keine Aufmerksamkeit geschenkt, da es hier lediglich um die Konsequenzen und rechtlichen Grenzen der Inkorporation von Sozialadäquanzurteilen bei der Anwendung des Gefahrbegriffs geht.

den Grad der Wahrscheinlichkeit abstellend *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 21; *C. Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 127; gleichermaßen etwas uneindeutig *F. Schoch*, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 300 f. Eine besondere zeitliche Nähe des Schadenseintritts und ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsbeeinträchtigung müssen jedoch nicht zwingend zusammenfallen; so auch *E. Denninger*, in: Lisen/Denninger, Abschnitt D Rn. 54.

³³⁴ *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 51.

³³⁵ *B. Drews/G. Wacke/K. Vogel/W. Martens*, Gefahrenabwehr, S. 226; *T. Kingreen/R. Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 51; *F. Schoch*, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 295; *W.-R. Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 83.

³³⁶ *W.-R. Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 88; *F. Schoch*, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 297 ff.; *C. Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 192.

³³⁷ *W.-R. Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 88 ff.; *C. Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 186 ff.; *F. Schoch*, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 297 ff.

Besteht der Verdacht, es existiere ein sozialadäquates Risiko, so richtet sich das Vorliegen eines Gefahrverdachts danach, ob das Risiko – im Falle seines Bestehens – aus Gründen des Minderheitenschutzes oder wegen der zu erwartenden Beeinträchtigung staatlicher Stellen als Gefahr bewertet werden müsste oder nicht. Geboten der Minderheitenschutz oder der Schutz der Einrichtungen oder Veranstaltungen des Staates im Falle des Vorliegens des Risikos ein Einschreiten, so liegt ein Gefahrverdacht vor. Dass die mehrheitliche Gesellschaft und die Behörden und Gerichte das Risiko bislang als sozialadäquat bewertet haben, ändert an der Qualifikation des Gefahrverdachts ebenso wenig etwas wie an der Qualifikation des Risikos als Gefahr. Ist nicht hinreichend sicher zu beurteilen, ob das möglicherweise bestehende, bislang von der mehrheitlichen Gesellschaft und den Behörden und Gerichten als sozialadäquat bewertete Risiko aus Gründen des Minderheitenschutzes oder aufgrund der zu erwartenden Beeinträchtigung der Einrichtungen oder Veranstaltungen des Staates als Gefahr bewertet werden müsste oder nicht, so liegt ebenfalls ein Gefahrverdacht vor. Beispielsweise kann die Dimension der befürchteten Rechtsgutsbeeinträchtigung unsicher sein, wovon wiederum die Bewertung abhängt, ob ein sozialadäquates Risiko aus Gründen des Minderheitenschutzes oder zum Schutze der Einrichtungen oder Veranstaltungen des Staates rechtlich als Gefahr beurteilt werden müsste.

i) Sekundärebene

Die Frage, ob eine Gefahr besteht, ist auf der sogenannten Primärebene angesiedelt. Auf der Sekundärebene geht es darum, wer die Kosten einer Gefahrenabwehrmaßnahme zu tragen verpflichtet ist bzw. ob der von einer Gefahrenabwehrmaßnahme Betroffene eine Entschädigung erhält.³³⁸

Auf der Sekundärebene setzt sich das bislang Ausgeführte zur Inkorporation von Sozialadäquanzurteilen bei der Anwendung des Gefahrbegriffs fort. Qualifiziert die Gefahrenabwehrbehörde ein Risiko aufgrund seiner Sozialadäquanz als rechtlich hinzunehmendes Risiko, schreitet sie zur Gefahrenabwehr weder ein noch verpflichtet sie andere – Störer oder Nichtstörer –, das Risiko abzuwehren. Die Frage, wer die Kosten einer Gefahrenabwehrmaßnahme zu tragen hat, stellt sich hier also nicht, da es zu keiner Gefahrenabwehrmaßnahme kommt.

Denkbar ist jedoch, dass eine Gefahrenabwehrbehörde ein Risiko wegen seiner Sozialadäquanz nicht als Gefahr bewertet, diese Bewertung vom Gericht jedoch aufgehoben wird, weil das Gericht das Risiko nicht für sozialadäquat hält oder weil es der Auffassung ist, dem Sozialadäquanzurteil könne aus rechtlichen Gründen keine rechtliche Geltung verschafft werden. Da der Gefahrbegriff ein

³³⁸ Siehe zur Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Ebene etwa *F. Schoch*, in: *F. Schoch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 971.

unbestimmter Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum³³⁹ ist, ist die von der Behörde getroffene Gefahrenbeurteilung schließlich uneingeschränkt gerichtlich überprüfbar.³⁴⁰ Das Gericht darf im Falle seiner Anrufung also seine rechtliche Einschätzung an die Stelle derjenigen der Verwaltung setzen. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die vom Risiko negativ betroffenen Personen einen Entschädigungsanspruch gegen den Staat wegen seines rechtswidrigen Untätigbleibens haben. Da die Polizeigesetze hinsichtlich der Entschädigungsansprüche – soweit sie eine entsprechende Regelung beinhalten – an eine Maßnahme bzw. eine Inanspruchnahme anknüpfen und damit ein positives Tun erfordern, kommt bei gänzlichem Untätigbleiben der Behörde keine Haftung nach den polizeirechtlichen Haftungstatbeständen, sondern nur aufgrund des verschuldensabhängigen Amtshaftungsanspruchs in Betracht.³⁴¹

Die Sekundärebene kann auch betroffen sein, wenn gleichheitswidrig nur die Erzeugung eines sozialadäquaten Risikos von den Behörden gebilligt wurde, während gegen die Erzeuger eines unüblichen Risikos vorgegangen wurde. Wegen des rechtswidrigen Vorgehens gegen die Erzeuger eines unüblichen Risikos stehen den Betroffenen Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche nach den für rechtswidrige Maßnahmen geltenden Grundsätzen zu. In einem Teil der Polizeigesetze ist eine verschuldensunabhängige Haftung normiert,³⁴² in Ermangelung einer solchen ist auf die gewohnheitsrechtlichen Haftungsinstitute der Auf-

³³⁹ Die verschiedenen Theorien zu Beurteilungsspielräumen zusammenfassend *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 56 ff.; *H. Maurer/C. Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 31 ff., 63.

³⁴⁰ Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit“ siehe BVerfG-K, Beschluss v. 20.04.2017 – 2 BvR 1754/14, juris, Rn. 46; hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „Gefahr im Verzug“ in Art. 13 Abs. 2 GG siehe BVerfGE 103, 142 (157) – Wohnungsdurchsuchung [2001]; hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Gefahr für die Allgemeinheit“ siehe BVerwGE 87, 23 (26) – Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [1990]; OLG Celle, Beschluss v. 14.09.2011 – 22 W 2/11, juris, Rn. 15; siehe ferner *F. Rachor/K. Graulich*, in: Lisken/Denninger, Abschnitt E Rn. 132; *W.-R. Schenke*, JuS 2018, 505 (506).

³⁴¹ *E. Buchberger/F. Rachor/W. Sailer*, in: Lisken/Denninger, Abschnitt M Rn. 14, 17. A.A. *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 518.

³⁴² Siehe § 59 Abs. 2 ASOG Bln; § 38 Abs. 1b BbgOBG; § 117 Abs. 1 S. 2 BremPolG; § 64 Abs. 1 S. 2 HSOG; § 80 Abs. 1 S. 2 NPOG; § 39 Abs. 1b OBG NW, § 67 PolG NW; § 87 Abs. 1 S. 2 POG RP; § 68 Abs. 1 S. 2 SPolG; § 47 Abs. 1 Nr. 2 SächsPVDG, § 41 Abs. 1 Nr. 2 SächsPBG; § 69 Abs. 1 S. 2 SOG LSA; § 68 Abs. 1 S. 2 ThürPAG, § 52 ThürOBG; § 51 Abs. 2 Nr. 1 BPolG. Siehe dazu *F. Schoch*, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 1025 ff.; *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 511 f.; *E. Buchberger/F. Rachor/W. Sailer*, in: Lisken/Denninger, Abschnitt M Rn. 13, 68.

opferung abzustellen.³⁴³ Daneben greift bei Verschulden der Amtshaftungsanspruch.³⁴⁴

j) Zwischenergebnis

Im zurückliegenden Kapitel wurde dargestellt, dass sich die rechtliche Akzeptabilität mancher Risiken mit nicht unerheblichen Schadenswahrscheinlichkeiten nur unter Verweis auf ihre Sozialadäquanz erklären lässt. Gleichzeitig kann von einer breiten gesellschaftlichen Billigung eines Risikos wegen der Dichotomie von Sein und Sollen nicht automatisch auf die rechtliche Akzeptabilität des fraglichen Risikos geschlossen werden. Man ist also vor das Problem gestellt, dass die Faktizität der Lebensverhältnisse einerseits die Produktion von Recht beeinflusst, andererseits das Recht nicht mit der gesellschaftlichen Faktizität gleichgesetzt werden darf. Diesem Dilemma versucht die Arbeit durch eine Definition der Sozialadäquanz Herr zu werden, die einerseits die Eigenständigkeit rechtlicher Urteile betont, andererseits dem Einfluss der gesellschaftlichen Sphäre auf die rechtliche Risikobewertung Rechnung trägt. Nach hiesigem Verständnis sind sozialadäquate Risiken solche, die nicht nur über eine selbstverständliche, breite gesellschaftliche, sondern auch eine tradierte rechtliche Billigung verfügen. In der tradierten rechtlichen Billigung des Risikos kommt die Auffassung der rechtlich maßgeblichen Stellen zum Ausdruck, dass das fragliche Risiko nicht nur gesellschaftlich, sondern gerade auch rechtlich zulässig ist. Das Sozialadäquanzurteil wird damit zu einem rechtlichen, und keinem rein gesellschaftlichen Urteil. Zugleich begründet die zeitlich verfestigte rechtliche Billigung eines Risikos das Vertrauen der Rechtsunterworfenen, das Risiko auch zukünftig erzeugen zu dürfen, und ist damit Grund der rechtlichen Bindungswirkung des Sozialadäquanzurteils. Erst die verfestigte rechtliche Billigung eines Risikos begründet mithin die Selbstverständlichkeit, mit welcher die Rechtsunterworfenen nicht nur von der mehrheitlichen sozialen Akzeptanz, sondern gerade auch von der rechtlichen Akzeptabilität des fraglichen Risikos ausgehen. Dieses Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die selbstverständliche rechtliche Zulässigkeit eines Risikos, welches aufgrund der tradierten rechtlichen Billigung des Risikos berechtigt ist, darf nur vom parlamentarischen Gesetzgeber erschüttert werden. Sozialadäquate Risiken stellen daher keine Gefahren dar. Gegen sie darf nicht durch die

³⁴³ F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, S. 512; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 1036; E. Buchberger/F. Rachor/W. Sailer, in: Lisken/Denninger, Abschnitt M Rn. 69 f.

³⁴⁴ F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, S. 511; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 1034; E. Buchberger/F. Rachor/W. Sailer, in: Lisken/Denninger, Abschnitt M Rn. 78 f.

Gefahrenabwehrbehörden, sondern nur durch den parlamentarischen Gesetzgeber vorgegangen werden.

Mit dem Topos der Sozialadäquanz wird nach hier vertretenem Verständnis daher nicht lediglich auf den Umstand verwiesen, dass in die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe mangels hinreichender rechtlicher Determinierung notwendig außerrechtliche Wertmaßstäbe einfließen. Dieser pauschale Hinweis löst schließlich das schwierige Verhältnis zwischen Normativität und Faktizität bzw. gesellschaftlicher und rechtlicher Sphäre nicht auf. Der Topos der Sozialadäquanz ist nach hiesigem Verständnis daher auf Risiken beschränkt, die *aufgrund* ihrer Sozialadäquanz rechtlich zulässig sind. Er ist mithin für Risiken reserviert, deren Sozialadäquanz aufgrund der tradierten rechtlichen Verankerung des Sozialadäquanzurteils rechtliche Bindungswirkung erzeugt. Im Gegensatz zum Verständnis des Bundesverwaltungsgerichts, wonach der Begriff der Sozialadäquanz „keine eigenständige Maßstabsfunktion“³⁴⁵ erfülle, sondern „lediglich als Differenzierungsmerkmal [diene], das es unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten ermöglicht, der jeweiligen Art der Störung Rechnung zu tragen“³⁴⁶, wird der Begriff der Sozialadäquanz hier also enger definiert und ist unter Zugrundelegung dieses Verständnisses ein (im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen) zwingender, und nicht lediglich ergänzender Grund für die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos. Soweit ein Risiko sozialadäquat ist, findet daher die herkömmliche Je-desto-Formel nur insoweit Anwendung, als sie Ausdruck verfassungsrechtlicher Anforderungen ist. Die Qualifikation von Risiken anhand ihrer Sozialadäquanz unterliegt schließlich verfassungsrechtlichen Grenzen: Die Gefährdung staatlicher Einrichtungen und Veranstaltungen gebietet die Abwehr sozialadäquater Risiken, wenn die Zulassung der Risiken zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Funktion oder des Bestandes staatlicher Einrichtungen oder Veranstaltungen führte.

Ferner gebietet der Minderheitenschutz die Qualifikation sozialadäquater Risiken als Gefahren, wenn die rechtliche Zulassung der sozialadäquaten Risiken dazu führte, dass der Schutz der das Sozialadäquanzurteil nicht teilenden, vom Risiko betroffenen Minderheit hinter dem verfassungsrechtlich zwingend gebotenen Maß zurückbliebe. Der Inhalt der staatlichen Schutzpflicht richtet sich nach jener Größe des Risikos (konkretisiert durch die Wahrscheinlichkeit der Rechtsgutsbeeinträchtigung, die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts und den Grad der erwartbaren Beeinträchtigung des Rechtsguts), welche nach zumutbaren Maßnahmen zum Selbstschutz zur Vermeidung oder Reduktion des unerwünschten

³⁴⁵ BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 7; Beschluss v. 09.04.2003 – 6 B 12/03, juris, Rn. 14.

³⁴⁶ BVerwG, Beschluss v. 03.05.1996 – 4 B 50/96, juris, Rn. 7; Beschluss v. 09.04.2003 – 6 B 12/03, juris, Rn. 14.

Risikos seitens der Schutzsuchenden verbleibt. Das Kriterium der Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation ist insofern ein Kriterium zweiter Ordnung, anhand dessen die Risikogröße, Kriterium erster Ordnung, konkretisiert wird.

Weiterhin sind dem Rekurs auf das Argument der Sozialadäquanz aus gleichheitsrechtlichen Gründen Grenzen gesetzt: Erzeuger traditioneller, von der Mehrheit gebilligter Risiken dürfen nicht besser behandelt werden als Erzeuger gleich großer Risiken, die sich nur hinsichtlich ihrer Üblichkeit und mehrheitlichen Akzeptanz von ersteren unterscheiden. Wäre die mehrheitliche Akzeptanz eines Risikos ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung, würde die Zugehörigkeit zur Mehrheit oder Minderheit zu einem materiellen gleichheitsrechtlichen Argument mutieren. Den Grundrechten liegt jedoch die Auffassung zugrunde, dass die Zugehörigkeit zur Mehrheit oder Minderheit selbst kein zulässiges materielles Argument ist. In der Sozialadäquanz bzw. -inadäquanz von Risiken liegt mithin kein sachlicher Grund für eine Schlechterbehandlung von Erzeugern mehrheitlich missbilligter Risiken.

Erlegt die Gefahrenabwehrbehörde den Haltern von Bordeauxdoggen beispielsweise eine Maulkorbpflicht auf, so muss sie diese ebenfalls den Haltern Deutscher Doggen auferlegen, da sich beide Hunderassen nur hinsichtlich ihrer Üblichkeit und daraus folgenden Sozialadäquanz in Deutschland unterscheiden. Dürfen beim traditionsreichen Straßenkarneval trotz Verletzungsrisiko Glasflaschen mitgeführt werden, so muss dies auch für den *Christopher Street Day* gelten, wenn sich das Verletzungsrisiko in allen anderen Punkten gleicht.

In welchem Verhältnis steht nun der Begriff der Sozialadäquanz zu jenem des allgemeinen Lebensrisikos? Sowohl sozialadäquate Risiken als auch allgemeine Lebensrisiken sind hinzunehmende Risiken. Beide Begriffe sind also Gegenbegriffe zur Gefahr. Der Begriff der Sozialadäquanz ist jedoch gegenüber jenem des allgemeinen Lebensrisikos insofern spezifischer, als in ihm zum Ausdruck kommt, dass die rechtliche Akzeptabilität der fraglichen Risiken im Ausgangspunkt auf ihrer gesellschaftlichen Billigung fußt. Er weist damit im Gegensatz zum ‚allgemeinen Lebensrisiko‘ einen begrifflichen Bezug zur gesellschaftlichen Faktizität auf. Er bringt damit begrifflich schärfer zum Ausdruck, dass es Risiken gibt, die man unter den Bedingungen seiner Existenz und kulturellen Prägung hinnimmt. Sie nimmt man nicht als relevante, abzuwehrende Gefahren, sondern als hinzunehmende ‚sozialadäquate‘ bzw. ‚allgemeine Lebensrisiken‘ wahr.

4. Sozialadäquanz und Risikovergleiche

Im Folgenden wird ein weiterer Aspekt untersucht, der bislang im Zusammenhang mit allgemeinen Lebensrisiken und Sozialadäquanzurteilen diskutiert wird, wengleich er nach hiesiger Ansicht nichts mit Sozialadäquanzurteilen, wie sie

hier verstanden werden, zu tun hat. Es wird der Frage nachgegangen, ob die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos danach bestimmt werden kann, ob es hinsichtlich seiner Schadenshöhe und seiner Eintrittswahrscheinlichkeit mit bestehenden Risiken vergleichbar ist.

Die Frage stellt sich deshalb, weil eine Reihe von Gerichten³⁴⁷ in Deutschland versucht haben, von bestehenden Risiken ein *allgemeingültiges, quantitatives Maß* für die rechtliche Akzeptabilität von Risiken abzuleiten. Hinter dem Versuch verbirgt sich die Annahme, dass die existierenden Alltagsrisiken gesellschaftlich akzeptiert seien, wenn keine politische Absicht zur Änderung des Sicherheitsniveaus bekundet wurde.³⁴⁸ Indem die Gerichte die bestehenden Risiken durch probabilistische Risikoanalysen quantifizieren, hoffen sie, das Kriterium der Sozialadäquanz quantitativ in Form einer Wahrscheinlichkeitsangabe ausfüllen zu können. Dies legt – ihrer Ansicht nach – den Grundstein für die Übertragung des Sozialadäquanzkriteriums auf neue Risiken, deren Zulässigkeit in Frage steht.

Diese Methode, aus bestehenden Risiken ein Maß für die Akzeptabilität neuer Risiken abzuleiten, steht mit Sozialadäquanzurteilen, wie sie hier verstanden werden, in keinem Zusammenhang. Nach hiesigem Verständnis ist ein Risiko sozialadäquat, wenn es nicht nur auf selbstverständlicher, breiter gesellschaftlicher Akzeptanz beruht, sondern bislang auch rechtlich gebilligt wurde. Werden neue Risiken aufgrund der Vergleichbarkeit ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe mit bestehenden Risiken als hinnehmbar bewertet, geht es jedoch weder um ihre tatsächliche Akzeptanz – diese soll anhand der Risikovergleiche häufig gerade erst begründet werden – noch um ihre traditionelle rechtliche Billigung, sondern um ihre neu zu begründende rechtliche Akzeptabilität. Risikovergleiche werden hier also nur deshalb im Zusammenhang mit Sozialadäquanzurteilen untersucht, weil sie bisher (soweit die Vorgehensweise überhaupt reflektiert wurde) als Methode zur Bildung eines Maßstabes für die rechtlich, und nicht empirisch, verstandene Sozialadäquanz von Risiken gedeutet wurden.

Wenngleich dem Versuch, von bestehenden Risiken ein allgemeines, übertragbares Maß für die Sozialadäquanz abzuleiten, nicht gefolgt werden kann, so verspricht ein Blick auf die Methode, anhand von Risikovergleichen die rechtliche Akzeptabilität von Risiken zu bestimmen, dennoch ertragreich zu sein. Abseits der Frage, ob anhand von Risikovergleichen ein quantitatives Maß für die Sozialadäquanz gefunden werden kann, stellt sich nämlich die Frage, ob Risikover-

³⁴⁷ Ausgehend von der Entscheidung HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, zum Planfeststellungsverfahren betreffend den Flughafen Frankfurt Main.

³⁴⁸ KHP König, Heunisch und Partner, Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, S. 65, 82 f.

gleiche ein normativ plausibler Weg zur Bestimmung der rechtlichen Akzeptabilität von Risiken sind.

Zur Beantwortung dieser Frage wird zunächst dargelegt, was probabilistische Risikoanalysen charakterisiert, und beispielhaft nachgezeichnet, woher die Idee probabilistischer Risikovergleiche stammt. Dies ermöglicht eine präzisere Einordnung der hinter ihnen stehenden Prämissen und den aus ihnen abgeleiteten Folgerungen.

a) *Probabilistische Risikoanalysen – was ist das?*

Risikovergleiche zur Bestimmung der rechtlichen Akzeptabilität von Risiken basieren auf sogenannten probabilistischen Risikoanalysen. Eine Risikoanalyse hat zum Ziel, die von einem bestimmten Sachverhalt (beispielsweise einer technischen Anlage) ausgehenden Risiken zu ermitteln. Zentrale Fragen einer Risikoanalyse sind deshalb, was schiefgehen kann, wie wahrscheinlich es ist, dass es schiefgeht, und was die Folgen sind, wenn es schief geht.³⁴⁹

Probabilistische Risikoanalysen werden häufig den sogenannten deterministischen gegenübergestellt. Da auch deterministische Risikoanalysen mit Wahrscheinlichkeiten, das heißt Probabilitäten, arbeiten³⁵⁰ und in Risikoanalysen häufig eine Kombination beider Ansätze angewandt wird,³⁵¹ sind die Begrifflichkeiten und die strenge Unterscheidung zwischen probabilistischen und deterministischen Risikoanalysen etwas irreführend. Im Folgenden seien dennoch beide Methoden getrennt dargestellt, um die unterschiedlichen Ansätze zu verdeutlichen.

Nach deterministischen Risikoanalysen gelten technische Anlagen als sicher, wenn sie bestimmte technische Anforderungen erfüllen, beispielsweise wenn ein bestimmtes Material verwendet wurde und sie eine bestimmte Statik aufweisen. Sie arbeiten also nach dem Alles-oder-nichts-Prinzip: Wenn das System die Sicherheitsanforderungen erfüllt, gilt es als sicher.³⁵² Welche Anforderungen es erfüllen muss, um als sicher zu gelten, wird in der Regel durch ingenieurwissenschaftliche Erfahrung bestimmt, die glaubhafte *worst-case*-Ereignisse zugrunde

³⁴⁹ S. Kaplan/B. J. Garrick, *Risk Analysis* 1 (1981), 11 (13).

³⁵⁰ C. Kirchsteiger, *Journal of Loss Prevention in the Process Industries* 12 (1999), 399 (404); G. van Reijen/W. Vinck, in: J. Conrad (Hrsg.), *Gesellschaft, Technik und Risikopolitik*, S. 44 (46).

³⁵¹ G. van Reijen/W. Vinck, in: J. Conrad (Hrsg.), *Gesellschaft, Technik und Risikopolitik*, S. 44 (46).

³⁵² C. Kirchsteiger, *Journal of Loss Prevention in the Process Industries* 12 (1999), 399 (403).

legt.³⁵³ Die Bezeichnung als deterministische Risikoanalyse stammt daher, dass nicht alle möglichen Störfälle quantifiziert werden, sondern die Sicherheitsanforderungen ausgehend von den zuvor als glaubhaft festgelegten *worst-case*-Ereignissen bestimmt werden.³⁵⁴ Ereignisse, die zwar nicht als glaubhaft eingestuft werden, aber möglich sind, bleiben bei deterministischen Sicherheitsanalysen damit unberücksichtigt.³⁵⁵ Der verbleibenden Unsicherheit wird durch Sicherheitsabstände Rechnung getragen.³⁵⁶ Deterministische Analysen haben nicht zum Ziel, die von einem System ausgehenden Risiken zu ermitteln. Sie zielen vielmehr darauf ab, eine sichere Konstruktion des Systems unter Betrachtung einer endlichen Anzahl von Störfällen zu ermöglichen.³⁵⁷

Der Anstoß für die Entwicklung probabilistischer Risikoanalysen ging insbesondere von einer Reihe als katastrophal empfundener Unfälle in der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts aus.³⁵⁸ In den Niederlanden führte die Flutkatastrophe von 1953 zur Einsetzung des sogenannten Delta-Komitees. In seinem Abschlussbericht griff das Delta-Komitee auf probabilistische Risikoanalysen zurück, um die Zuverlässigkeit der Dämme und anderer Maßnahmen zum Schutz vor Hochwasser zu beurteilen.³⁵⁹ Im Bereich der Chemieindustrie riefen eine Reihe von Gasexplosionen in den 1970er Jahren, insbesondere im Zusammenhang mit Flüssiggastankern, den Niederländern ins Bewusstsein, dass den Risiken der Chemieindustrie durch eine präzise Risikoanalyse begegnet werden müsse.³⁶⁰ In England war es der Unfall von Flixborough von 1974, der die Gefahren der Chemieindustrie verdeutlichte und zur Auffassung führte, dass die bestehenden Risiken besser analysiert werden müssten, um ihnen begegnen zu können.³⁶¹ Globalen Eindruck machten ferner die Chemieunfälle in Seveso (Ita-

³⁵³ D. Smidt, in: W. Blümel/H. Wagner (Hrsg.), Technische Risiken und Recht, S. 39 (39 f.); C. Kirchsteiger, Journal of Loss Prevention in the Process Industries 12 (1999), 399 (402 f.).

³⁵⁴ D. Smidt, in: W. Blümel/H. Wagner (Hrsg.), Technische Risiken und Recht, S. 39 (40).

³⁵⁵ D. Smidt, in: W. Blümel/H. Wagner (Hrsg.), Technische Risiken und Recht, S. 39 (40); F. W. Heuser, in: R. Lukes (Hrsg.), Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil I, S. 43 (45).

³⁵⁶ G. van Reijen/W. Vinck, in: J. Conrad (Hrsg.), Gesellschaft, Technik und Risikopolitik, S. 44 (45).

³⁵⁷ F. W. Heuser, in: R. Lukes (Hrsg.), Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil I, S. 43 (45).

³⁵⁸ Zum Effekt, dass Unfälle als Signale bei der Risikobewertung wirken und ihre Auswirkungen weit über den unmittelbaren Schaden hinausgehen, siehe P. Slovic, Science 236 (1987), 280 (284); ders., in: S. Krimsky/D. Golding (Hrsg.), Social Theories of Risk, S. 117 (122 ff.); ders., Environment 58 (2016), 25 (27).

³⁵⁹ Delta Committee 1953, Report of the Delta Committee, Final Report, S. 19 ff.

³⁶⁰ B. J. M. Ale, Risk Analysis 25 (2005), 231 (235 f.); ders., Safety Science 40 (2002), 105 (108).

³⁶¹ B. J. M. Ale, Risk Analysis 25 (2005), 231 (232).

lien) im Jahr 1976, in Bhopal (Indien) 1984, die Sandoz-Katastrophe in Basel 1976 und die Nuklearkatastrophe von Tschernobyl 1986.³⁶²

Bei probabilistischen Risikoanalysen werden alle möglichen Störfälle, ihre Konsequenzen und die Konsequenzen der Konsequenzen in Wahrscheinlichkeiten angegeben. Dies ermöglicht die Abschätzung von Risiken bei ansonsten schwer überschaubaren Systemen. Deshalb werden probabilistische Risikoanalysen in der Regel bei der Bewertung komplexer Systeme eingesetzt.³⁶³ Probabilistische Risikoanalysen erfordern komplizierte mathematische Modelle.³⁶⁴ Sie zielen nicht darauf ab, darzustellen, wann ein System als sicher gilt, sondern sie stellen die Wahrscheinlichkeit möglichst aller (in Folge auftretender) Komponentenausfälle dar.³⁶⁵ Dies erlaubt den Vergleich alternativer Designs eines Systems und die Auswahl des risikoärmsten Designs.³⁶⁶ Probabilistische Risikoanalysen haben Schwierigkeiten in ihrer Vorhersagekraft, wenn wenige oder keine einschlägigen statistischen Daten verfügbar sind.³⁶⁷ Diesem Problem wird begegnet, indem auf verfügbare Daten ähnlicher Systeme oder Baukomponenten (beispielsweise auf einen vergleichbaren Druckbehälter) abgestellt wird.³⁶⁸ Wie deterministische Risikoanalysen arbeiten auch probabilistische mit Modellen, die die Realität abbilden sollen, aber nie vollständig abbilden können. Probabilistische Risikoanalysen haben indes den Vorteil, dass Ungewissheit mathematisch ausgedrückt werden kann. Dadurch wird die Modellhaftigkeit der Risikoanalyse sichtbar.³⁶⁹

³⁶² B. J. M. Ale, *Safety Science* 40 (2002), 105 (107).

³⁶³ G. van Reijen/W. Vinck, in: J. Conrad (Hrsg.), *Gesellschaft, Technik und Risikopolitik*, S. 44 (46).

³⁶⁴ C. Kirchsteiger, *Journal of Loss Prevention in the Process Industries* 12 (1999), 399 (412).

³⁶⁵ G. van Reijen/W. Vinck, in: J. Conrad (Hrsg.), *Gesellschaft, Technik und Risikopolitik*, S. 44 (46).

³⁶⁶ C. Kirchsteiger, *Journal of Loss Prevention in the Process Industries* 12 (1999), 399 (404 f., 411).

³⁶⁷ C. Kirchsteiger, *Journal of Loss Prevention in the Process Industries* 12 (1999), 399 (412); F.-J. Feldmann, in: R. Lukes (Hrsg.), *Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht*, Teil I, S. 89 (99); R. Lukes, *BB* 33 (1978), 317 (320); A. Birkhofer, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (Hrsg.), *Bitburger Gespräche*, S. 61 (65 ff.); D. Murswiek, in: R. Hendler/P. Marburger/M. Reinhardt/M. Schröder (Hrsg.), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, S. 127 (162 f.); W. Köck, in: E. Gawel (Hrsg.), *Effizienz im Umweltrecht*, S. 271 (291).

³⁶⁸ C. Kirchsteiger, *Journal of Loss Prevention in the Process Industries* 12 (1999), 399 (412).

³⁶⁹ C. Kirchsteiger, *Journal of Loss Prevention in the Process Industries* 12 (1999), 399 (412).

b) Risikoakzeptanzschwellen durch Vergleiche mit Alltagsrisiken

Probabilistische Risikoanalysen sind zunächst einmal eine Methode, um Systeme auf ihre Zuverlässigkeit hin zu untersuchen.³⁷⁰ Indem sie Risiken in Wahrscheinlichkeiten ausdrücken, erlauben sie es aber auch, probabilistische Grenzwerte festzulegen, die bestimmen, wie groß ein Risiko maximal sein darf, um (beispielsweise rechtlich) hinnehmbar zu sein. Da hinter probabilistischen Risikovergleichen die Annahme steht, dass die Gesellschaft den bestehenden Risiken nicht nur faktisch ausgesetzt sei, sondern sie auch akzeptiere, werden die an die bestehenden Risiken angelehnten Grenzwerte ‚Risikoakzeptanzschwellen‘³⁷¹ genannt. Damit ist ausgedrückt, dass es um die Schwelle an Risiken geht, unterhalb derer ein Risiko rechtlich akzeptabel bzw. oberhalb derer ein Risiko nicht mehr akzeptabel ist. Im Englischen ist sowohl die Bezeichnung ‚*risk acceptability criteria*‘³⁷² als auch der Begriff ‚*(quantitative/probabilistic) safety goal*‘³⁷³ üblich.

Risikoakzeptanzschwellen sind in manchen Ländern rechtlich bindend, in anderen nicht.³⁷⁴ Der rechtliche Status ist indes nicht immer entscheidend für die tatsächliche Bedeutung der Risikoakzeptanzschwellen in Genehmigungsverfahren. Ein Beispiel hierfür sind die Niederlande, die eine lange Tradition in der Durchführung probabilistischer Risikoanalysen haben³⁷⁵. Bereits vor der ersten verbindlichen Einführung von Risikoakzeptanzschwellen durch das *External Safety (Establishments) Decree* (niederländisches Akronym: Bevi) im Jahr 2004³⁷⁶

³⁷⁰ G. van Reijen/W. Vinck, in: J. Conrad (Hrsg.), Gesellschaft, Technik und Risikopolitik, S. 44 (46).

³⁷¹ HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1129 f.

³⁷² Siehe zum Beispiel P.H. Bittelberghs, Journal of Hazardous Materials 71 (2000), 59 (60 ff.).

³⁷³ Ausgehend von U.S. Nuclear Regulatory Commission, Safety Goals for the Operations of Nuclear Power Plants, <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/commission/policy/51fr30028.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023) nun auch beispielsweise verwendet in J.-E. Holmberg/M. Knochenhauer, Probabilistic Safety Goals. Phase 1 – Status and Experiences in Sweden and Finland, http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/_Public/38/056/38056882.pdf (zugegriffen am 28.04.2023).

³⁷⁴ L. Bengtsson/J.-E. Holmberg/J. Rossi/M. Knochenhauer, Probabilistic Safety Goals for Nuclear Power Plants, S. 17 f., http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/_Public/43/128/43128028.pdf (zugegriffen am 28.04.2023).

³⁷⁵ B.J.M. Ale, Safety Science 40 (2002), 105 (106 ff.); ders., Risk Analysis 25 (2005), 231 (231).

³⁷⁶ J.M. Ham/J.J. Meulenbrugge/N. Versloot/N. Dechy/J.-C. Lecoze/O. Salvi, A Comparison between the Implementations of Risk Regulations in The Netherlands and France under the Framework of the EC SEVESO II Directive, S. 6, https://www.researchgate.net/profile/Nicolas_Dechy/publication/233997711_A_Comparison_between_the_Implementations_of_Risk_Regulations_in_The_Netherlands_and_France_under_the_Framework_of_the_EC_SEVESO_II_Directive/links/56bd096b08ae9ca20a4d33ad/A-Comparison-between-the-Implementations-of-Risk-Regulations-in-The-Netherlands-and-France-under-the-Framework-of-the-EC-SEVESO-II-Directive

griffen die Behörden auf Risikoakzeptanzschwellen zurück, um festzustellen, ob die jeweils zu beurteilende Anlage hinreichend sicher sei, „als ob die Risikoakzeptanzschwellen rechtlich bindend wären“.³⁷⁷

c) Das Erfordernis einer Vergleichsgröße

Damit probabilistische Risikoanalysen den Vergleich unterschiedlicher Sachverhalte auf ihr Risikopotenzial ermöglichen, bedarf es einer Vergleichsgröße. Da Risiken nach der üblichsten Definition als Produkt des möglichen Schadensmaßes und der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts charakterisiert werden,³⁷⁸ bietet sich nach herkömmlicher Sicht ein Vergleich der Eintrittswahrscheinlichkeit und des Schadens an. Die Eintrittswahrscheinlichkeit ist leicht zu vergleichen, da sie regelmäßig in Zahlen einer gemeinsamen Skala angegeben wird. Beim Vergleich des Schadens stellen sich größere Schwierigkeiten, unterschiedliche negative Effekte auf einer gemeinsamen Skala darzustellen bzw. gegeneinander zu gewichten.³⁷⁹ Was ist beispielsweise die Aussage eines Vergleichs, wenn ein bestimmter Sachverhalt in neunzig Prozent aller Fälle zu Knochenbrüchen führt, während ein anderer Sachverhalt in dreißig Prozent aller Fälle zu Verbrennungen der Haut führt? Wegen dieser Schwierigkeit des Vergleichs unterschiedlicher Schäden und mangels verlässlicher statistischer Daten hinsichtlich anderer Schäden als Todesfälle³⁸⁰ wird die Schadenshöhe regelmäßig in der Größe „Tod eines Menschen innerhalb eines bestimmten Zeitraums“ gewählt.³⁸¹ Will man die Wahrscheinlichkeit in Abhängigkeit zur Anzahl der To-

tations-of-Risk-Regulations-in-The-Netherlands-and-France-under-the-Framework-of-the-EC-SEVESO-II-Directive.pdf (zugegriffen am 28.04.2023).

³⁷⁷ P.H. Bittelberghs, *Journal of Hazardous Materials* 71 (2000), 59 (62, siehe ferner 67, 80 f.).

³⁷⁸ H.-I. Joschek, in: W. Blümel/H. Wagner (Hrsg.), *Technische Risiken und Recht*, S. 13 (13); T. Aven, *Risk Analysis* 27 (2007), 303 (310). Im juristischen Kontext siehe R. Breuer, *DVB1* 93 (1978), 829 (833); E.L. Nell, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, S. 164; F. Ossenbühl, *NVwZ* 1986, 161 (163); A. Leisner, *DÖV* 2002, 326 (327); L. Jaekel, *Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik*, S. 88; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 286; H.-J. Papier, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (Hrsg.), *Bitburger Gespräche*, S. 81 (86).

³⁷⁹ Siehe dazu A. Birkhofer, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (Hrsg.), *Bitburger Gespräche*, S. 61 (71 ff.).

³⁸⁰ Auf die fehlenden statistischen Daten weisen hin *U.S. Nuclear Regulatory Commission, Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 133; KHP König, Heunisch und Partner, *Ausbau Flughafen Frankfurt Main*, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, S. 35 f.

³⁸¹ KHP König, Heunisch und Partner, *Ausbau Flughafen Frankfurt Main*, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, S. 35 f.

desopfer (sogenanntes Gruppenrisiko) darstellen, bietet sich die Darstellung über sogenannte FN-Kurven an, die auf der einen Achse die Anzahl der Todesopfer N innerhalb eines bestimmten Zeitraums und auf der anderen Achse die Wahrscheinlichkeit $F(N)$ darstellen.

d) Darstellung ausgewählter Länder

Im Folgenden wird untersucht, ob probabilistische Risikovergleiche plausible rechtliche Begründungsansätze hinsichtlich der rechtlichen Akzeptabilität von Risiken sind. Dazu wird nachgezeichnet, aufgrund welcher Risikovergleiche und unter Zugrundelegung welcher Annahmen es bisher zur Festlegung probabilistischer Risikoakzeptanzschwellen gekommen ist. Dabei geht es nicht um eine erschöpfende Darstellung der Entwicklung von Risikoakzeptanzschwellen. In vielen Ländern und internationalen Organisationen werden probabilistische Risikoanalysen durchgeführt und in einigen von ihnen wird mit probabilistischen Risikoakzeptanzschwellen gearbeitet.³⁸² Ferner gelten in unterschiedlichen technischen Bereichen teilweise unterschiedliche Risikoakzeptanzschwellen.

Die folgende Darstellung dient ausschließlich der Illustration, wie es zur Aufstellung von Risikoakzeptanzschwellen *durch Risikovergleiche mit Alltagsrisiken* kommen kann, da sich hinter derartigen Risikovergleichen die Idee eines allgemeinen, übertragbaren Maßes für die Sozialadäquanz von Risiken abgeleitet aus ‚allgemeinen Lebensrisiken‘ verbirgt.

Diesbezüglich begrenzt sich die Arbeit ferner auf die Darstellung einiger Meilensteine der U.S.-amerikanischen und der britischen Entwicklung von Risikoakzeptanzschwellen durch Risikovergleiche. Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass diese Länder Vorreiter in der Entwicklung probabilistischer Risikoanalysen und der Aufstellung von Risikoakzeptanzschwellen waren und sich spätere Arbeiten international auf deren Vorarbeiten stützten.³⁸³ Sodann wird auf den deut-

³⁸² Eine Übersicht zu Großbritannien, den Niederlanden, Hong Kong, Brasilien, Singapur, Malaysia, Australien, Kanada, Frankreich, Schweiz und den USA findet sich in *Center for Chemical Process Safety, Guidelines for Developing Quantitative Safety Risk Criteria*, S. 120 ff. Siehe ferner die Länderberichte zu Großbritannien und den USA in *Lukes, Rudolf* (Hrsg.), *Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht*, Teil II und den Länderbericht zu Frankreich in *Lukes, Rudolf* (Hrsg.), *Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht*, Teil III. Zu den Niederlanden siehe ferner *B. J. M. Ale*, *Safety Science* 40 (2002), 105, *ders.*, *Risk Analysis* 25 (2005), 231 und *P. H. Bittelberghs*, *Journal of Hazardous Materials* 71 (2000), 59.

³⁸³ Die schwedische und finnische Sicherheitsbeurteilung von Kernkraftwerken wurden beispielsweise von der U.S.-amerikanischen *Reactor Safety Study WASH-1400* inspiriert, siehe *J.-E. Holmberg/M. Knochenhauer*, *Probabilistic Safety Goals. Phase 1 – Status and Experiences in Sweden and Finland*, S. 27 Kap. 3.1, http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/_Public/38/056/38056882.pdf (zugegriffen am 28.04.2023), ebenso die deutsche, siehe *Gesellschaft für Reaktorsicherheit*, *Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke*, Vorwort und

schen Umgang mit Risikovergleichen zur Aufstellung von Risikoakzeptanzschwellen eingegangen.

aa) USA

Die erste umfassende³⁸⁴ probabilistische Risikoanalyse der USA ist die 1975 veröffentlichte sogenannte „*Reactor Safety Study*“ der *U.S. Nuclear Regulatory Commission* (nach ihrem Leiter *Norman Carl Rasmussen* auch „*Rasmussen Report*“ oder nach der Nummer des Reports „WASH-1400“ genannt). Die *U.S. Nuclear Regulatory Commission* ist die gemäß Section 101 des *Atomic Energy Act* für die Genehmigung von Kernkraftanlagen zuständige Behörde. Ziel der Studie war es, die probabilistische Risikoanalyse als Methodik der Risikobewertung bei Kernkraftwerken zu entwickeln.³⁸⁵

In der *Reactor Safety Study* wurden zum einen die von Kernkraftwerken ausgehenden Risiken quantifiziert.³⁸⁶ Zum anderen wurden diese Risiken mit anderen „natürlichen“³⁸⁷ sowie „menschengemachten“ Risiken verglichen.³⁸⁸ Zu den natürlichen Risiken, die quantifiziert wurden, gehören unter anderem die Risiken, durch Tornados, Hurrikans, Erdbeben oder Meteorite zu sterben, zu den

S. 2 ff. Hong Kong wurde bei der Aufstellung von Risikoakzeptanzschwellen von den britischen Arbeiten beeinflusst, siehe *Center for Chemical Process Safety*, *Guidelines for Developing Quantitative Safety Risk Criteria*, S. 129.

³⁸⁴ Siehe zur U.S.-amerikanischen Geschichte der quantitativen Risikoanalyse *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, WASH-1400, *The Reactor Safety Study*, S. 1, 5 ff., <https://www.nrc.gov/docs/ML1622/ML16225A002.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023) und *dies.*, *History of the NRC's Risk-Informed Regulatory Programs*, <https://www.nrc.gov/about-nrc/regulatory/risk-informed/history.html> (zugegriffen am 28.04.2023).

³⁸⁵ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 1 f.

³⁸⁶ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 41 ff. (Methodik), S. 59 ff. (Ergebnisse).

³⁸⁷ Zur Schwierigkeit, Risiken über die Natürlichkeit ihres Ursprungs abzugrenzen aufgrund der vielfachen und kaum überschaubaren Einflussnahme des Menschen auf die Natur und ihrer Wechselbeziehung siehe oben unter C.IV. Im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht kann davon ausgegangen werden, dass in der *Reactor Safety Study* mit dem Begriff der ‚natürlichen‘ Risiken Phänomene bezeichnet werden, die jedenfalls auch ohne den Menschen existieren bzw. vor dem menschlichen Leben bereits existierten, wie Blitzschläge und Tornados. Thematisiert wird in der *Reactor Safety Study* jedoch nicht, dass manche der in ihr als ‚natürliche‘ Risiken bezeichneten Phänomene heute möglicherweise vom Menschen beeinflusst sind und ihre Bezeichnung als ‚natürliche Risiken‘ daher Schwierigkeiten aufwirft. Beispielsweise wird angenommen, dass die Klimaerwärmung vom Menschen (mit-)verursacht ist und zum häufigeren Auftreten von Wirbelstürmen führt. Das Phänomen ‚Tornado‘ kann damit nicht unproblematisch als ‚natürliches‘ Risiko qualifiziert und den ‚menschengemachten‘ Risiken gegenübergestellt werden. Kritisch bezüglich des Kriteriums der Natur bei der Risikobewertung daher auch *Health Council of the Netherlands*, *Not all risks are equal*, S. 62 f.

³⁸⁸ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 103 ff.

menschengemachten jene, durch Flugzeugabstürze, motorisierte Fahrzeuge, Explosionen, Feuer oder die Freisetzung von Chemikalien umzukommen.³⁸⁹

Zum einen wird in der *Reactor Safety Study* die Wahrscheinlichkeit angegeben, mit der n und mehr Personen (Gruppe) gleichzeitig an einer Ursache sterben (sogenanntes Gruppenrisiko). Diese Darstellung hat den Vorteil, dass deutlich wird, wie viele Menschen bei einem Schadensereignis sterben. Dies ist deshalb sinnvoll, weil Schadensereignisse, bei denen viele Menschen sterben, gesellschaftlich häufig als besonders gravierend empfunden werden.³⁹⁰ Nach der *Reactor Safety Study* ist das Gruppenrisiko, das von 100³⁹¹ Kernenergieanlagen ausgeht, kleiner als jenes, das jeweils von Tornados, Hurrikans, Erdbeben, Feuern, Explosionen, Dammbürchen, dem Freisetzen von Chlor und Flugzeugabstürzen verursacht wird und in etwa gleich groß wie das Risiko, das von Meteoriten ausgeht.³⁹²

Zum anderen vergleicht die Studie verschiedene Einzelrisiken, das heißt Risiken, die für einen bestimmten Zeitraum für eine einzelne Person gelten, die sich an einem bestimmten Ort aufhält. Alle Einzelrisiken, durch einen nicht-nuklearen Unfall zu sterben, zusammengefasst, beträgt die jährliche Sterbewahrscheinlichkeit für einen durchschnittlichen Amerikaner laut der *Reactor Safety Study* 6×10^{-4} und für besonders risikoaverse Personen (also solche, die Risiken meiden) 6×10^{-6} .³⁹³ Das statistische Risiko, an einer Krankheit zu sterben, beträgt für den einzelnen US-Amerikaner jährlich 8×10^{-3} .³⁹⁴ Das jährliche Risiko einer Person, die im Umkreis von 25 Meilen einer Kernenergieanlage wohnt,³⁹⁵ durch einen nuklearen Unfall zu Tode zu kommen, wird auf 2×10^{-10} ³⁹⁶ geschätzt und ist somit deutlich geringer als das Risiko, an nicht-nuklearen Unfällen oder Krankheiten zu sterben, selbst für besonders risikoaverse Personen.

Ferner stellt die *U.S. Nuclear Regulatory Commission* fest, dass die Risiken, die durch die in der Studie bewerteten Kernkraftwerke neu hinzukämen, den bereits bestehenden Risiken nichts Wesentliches hinzufügenen: „[...] the operati-

³⁸⁹ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 112.

³⁹⁰ H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 167 (173).

³⁹¹ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 76 f.

³⁹² *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 119 f., 132 ff.

³⁹³ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 113.

³⁹⁴ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 111.

³⁹⁵ Der Rechnung werden 15 Millionen Personen zugrunde gelegt, die im Umkreis von 25 Meilen einer Kernenergieanlage wohnen. Außerdem ist das Risiko wiederum auf 100 Kernenergieanlagen bezogen, siehe zu beidem *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 111, 112, 113.

³⁹⁶ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 111, 112, 113.

on of 100 reactors will not contribute measurably to the overall risks due to acute fatalities and property damage from either man-made or natural cause.“³⁹⁷

Wenngleich erklärtes Ziel der *Reactor Safety Study* nicht die Festlegung von Risikoakzeptanzschwellen war,³⁹⁸ so ist in der Studie dennoch angelegt, Risikovergleiche zur Bewertung der Akzeptabilität von Risiken heranzuziehen.³⁹⁹ Dies zeigt sich daran, dass die *U.S. Nuclear Regulatory Commission* bereits 1981⁴⁰⁰ den Gedanken aufgriff, Risikoakzeptanzschwellen für das Betreiben von Kernkraftwerken durch den Vergleich neu hinzukommender Risiken mit bestehenden aufzustellen. Nach einer zweijährigen Testphase, in der vorläufig beschlossene Risikoakzeptanzschwellen bewertet wurden, veröffentlichte sie 1986 die finale Grundsatzerklärung (*Policy Statement*) „*Safety Goals for the Operations of Nuclear Power Plants*“.⁴⁰¹ In dieser legt die *U.S. Nuclear Regulatory Commission* explizit Risikoakzeptanzschwellen (in ihrer Terminologie ‚*safety goals*‘) beim Betreiben von Kernkraftwerken in Anlehnung an bestehende Risiken fest. Primär sind die aufgestellten Risikoakzeptanzschwellen qualitative, die jedoch in quantitative Kriterien „übersetzt“ werden. Diese Übersetzung soll die Überprüfung erleichtern, ob die qualitativen Vorgaben eingehalten worden sind.⁴⁰²

Als qualitatives Ziel legt die *U.S. Nuclear Regulatory Commission* fest, dass Individuen durch den Betrieb von Kernkraftwerken keine Risiken entstehen sollen, die den bereits bestehenden Risiken für ihr Leben und ihre Gesundheit wesentliche Risiken hinzufügen. Ferner soll das Gruppenrisiko, das von Kernkraftwerken ausgeht, vergleichbar oder kleiner sein als das Risiko, das von konkurrierenden, realisierbaren Technologien zur Elektrizitätsgewinnung ausgeht, und sollte anderen bereits bestehenden Gruppenrisiken nichts Wesentliches hinzufügen.⁴⁰³

³⁹⁷ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 132.

³⁹⁸ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 7, 140 (unter „e“).

³⁹⁹ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 131 ff. (Conclusions and Recommendations).

⁴⁰⁰ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Safety Goals for the Operations of Nuclear Power Plants*, S. 2, <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/commission/policy/51fr30028.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023): Ab 1981 entwickelte die U.S. Nuclear Regulatory Commission im Dialog mit Vertretern der Öffentlichkeit Risikoakzeptanzschwellen für den Betrieb von Kernkraftwerken.

⁴⁰¹ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Safety Goals for the Operations of Nuclear Power Plants*, S. 2, <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/commission/policy/51fr30028.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁰² *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Safety Goals for the Operations of Nuclear Power Plants*, S. 2, <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/commission/policy/51fr30028.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁰³ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Safety Goals for the Operations of Nuclear Pow-*

In quantitative Kriterien übersetzt bedeutet dies für die *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, dass das Risiko, einen zeitnahen Tod (im Gegensatz zu Langzeitfolgen wie Krebs) durch einen Unfall eines Kernkraftwerks zu erleiden, für einen durchschnittlichen Menschen in der Nachbarschaft eines Kernkraftwerks nicht mehr als ein Zehntel von einem Prozent (also 0,1 Prozent) der Summe an Todesrisiken betragen dürfe, denen die U.S.-amerikanische Bevölkerung grundsätzlich ausgesetzt ist. Gleiches gilt für das durch Kernenergieanlagen erzeugte Risiko, an Krebs (als Langzeitfolge) zu sterben: Auch dieses Risiko dürfe nicht 0,1 Prozent der Summe der bereits bestehenden Todesrisiken wegen Krebs überschreiten.⁴⁰⁴

bb) Großbritannien

In Großbritannien ging die Aufstellung von Risikoakzeptanzschwellen von der *Health and Safety Executive* (HSE) aus. Die HSE wurde durch den *Health and Safety at Work Act 1974* ins Leben gerufen⁴⁰⁵ und ist zuständig für die Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz. Im 1986 erschienenen Bericht über die öffentliche Anhörung im Rahmen der Planung der Kernenergieanlage „*Sizewell B*“ hatte der Vorsitzende des Anhörungsverfahrens, *Sir Frank Layfield*, angeregt, dass die HSE Richtlinien zu tolerierbaren Risikoschwellen im Hinblick auf Kernenergieanlagen (*tolerable levels of individual and social risk to workers and the public from nuclear power stations*) aufstellen sollte.⁴⁰⁶ Dieser Aufforderung

er Plants, S. 1 f., <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/commission/policy/51fr30028.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023): “Individual members of the public should be provided a level of protection from the consequences of nuclear power plant operation such that individuals bear no significant additional risk to life and health. Societal risk to life and health from nuclear power plant operation should be comparable to or less than the risks of generating electricity by viable competing technologies and should not be a significant addition to other societal risks.”

⁴⁰⁴ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, Safety Goals for the Operations of Nuclear Power Plants, S. 2, <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/commission/policy/51fr30028.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023): “The risk to an average individual in the vicinity of a nuclear power plant of prompt fatalities that might result from reactor accidents should not exceed one-tenth of one percent (0.1 percent) of the sum of prompt fatality risks resulting from other accidents to which members of the U.S. population are generally exposed. The risk to the population in the area near a nuclear power plant of cancer fatalities that might result from nuclear power plant operation should not exceed one-tenth of one percent (0.1 percent) of the sum of cancer fatality risks resulting from all other causes.”

⁴⁰⁵ *Health and Safety at Work Act 1974*, Section 10 ff.

⁴⁰⁶ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 1 Ziff. 1, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023). Siehe zur Geschichte ferner *J. McQuaid*, in: F. Boudier/D. Slavin/R. E. Lofstedt (Hrsg.), *The Tolerability of Risk*, S. 87 (91).

folgte die HSE bereits zwei Jahre später (1988) durch Veröffentlichung des Reports „*The tolerability of risk from nuclear power stations*“⁴⁰⁷. Bei der Erstellung des Reports konnte sich die HSE auf vorangegangene quantitative Risikoanalysen stützen, die zur Beurteilung der Sicherheit einzelner Industrieanlagen erstellt worden waren. Zu nennen ist hier insbesondere der Canvey-Report, der die Risiken beurteilte, die Ende der Siebzigerjahre von einem petrochemischen Anlagenkomplex auf der *Canvey Island* ausgingen.⁴⁰⁸

2001 veröffentlichte die HSE die Schrift „*Reducing risks, protecting people. HSE's decision-making process*“⁴⁰⁹. In dieser Veröffentlichung übertrug die HSE die im Report zu tolerierbaren Risikoschwellen bei Kernenergieanlagen aufgestellten Methoden auf alle technischen Risiken, die in den Anwendungsbereich des *Health and Safety at Work Act* fallen.⁴¹⁰ Damit war das Fundament für eine allgemeine Methode der Entscheidungsfindung beim Umgang mit Risiken unter dem *Health and Safety at Work Act* gelegt.

Die HSE unterscheidet zwischen der Tolerierbarkeit (*tolerability*) und der Akzeptabilität (*acceptability*) von Risiken.⁴¹¹ Nach ihrem Begriffsverständnis sind Risiken akzeptabel, wenn sie grundsätzlich hinzunehmen sind. Dem stehen inakzeptable Risiken gegenüber, die grundsätzlich nicht hinnehmbar sind; Aktivitäten, die inakzeptable Risiken verursachen, sind unzulässig. Den Bereich zwischen akzeptablen und inakzeptablen Risiken bezeichnet die HSE als tolerable Risiken. Ein Risiko ist tolerabel, wenn es angesichts des mit ihm einhergehenden Nutzens hingenommen wird, man es jedoch stets kontrollieren und – im Rahmen des Vernünftigen – weiter reduzieren möchte. Die Bewertung, welche Reduktion von Risiken „vernünftig“ ist, findet anhand des sogenannten ALARP-Prinzips statt.⁴¹² ‚ALARP‘ steht für ‚*as low as reasonably practicable*‘. Damit ist begrifflich nur wiederholt, was im Wort ‚vernünftig‘ steckt. Konkret findet die Realisie-

⁴⁰⁷ *Health and Safety Executive*, *The tolerability of risk from nuclear power stations*, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁰⁸ K. Vieweg, in: R. Lukes (Hrsg.), *Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht*, Teil III, S. 1 (83 ff.).

⁴⁰⁹ *Health and Safety Executive*, *Reducing risks, protecting people*, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴¹⁰ *Health and Safety Executive*, *Reducing risks, protecting people*, Preface S. V und S. 44 Ziff. 128, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴¹¹ *Health and Safety Executive*, *The tolerability of risk from nuclear power stations*, S. 2 Ziff. 10, S. 4f. Ziff. 25, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *dass.*, *Reducing risks, protecting people*, S. 41 Ziff. 121–127, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴¹² *Health and Safety Executive*, *The tolerability of risk from nuclear power stations*, S. 4 Ziff. 25, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

rung des ALARP-Prinzips anhand von Kosten-Nutzen-Analysen statt.⁴¹³ Vernünftig ist danach eine Maßnahme zur Risikoreduktion, wenn sie im Vergleich zu den mit ihr verbundenen Kosten nicht unverhältnismäßig ist. Zur Herstellung einer Vergleichsgröße, anhand derer die Kosten der Maßnahme zur Risikoreduktion mit dem Sicherheitsgewinn – der Vermeidung von Todesfällen – verglichen werden können, wird der Wert eines Lebens durch den sogenannten Wert eines statistischen Lebens („*value of a statistical life*“⁴¹⁴ bzw. äquivalent „*value of preventing a fatality*“⁴¹⁵) monetär ausgedrückt.⁴¹⁶

Die Tolerierbarkeit von Risiken leitet die HSE von bestehenden Risiken ab. Die mitunter gefährlichsten Berufe in Großbritannien waren zur Zeit der Anfertigung des Reports „*The tolerability of risk from nuclear power stations*“ diejenigen der Mienenarbeiter, der Dachdecker im Baugewerbe und der Arbeiter auf Bohrinseln. Ihr jährliches Risiko zu sterben betrug eins zu 1.000 (10^{-3}). Übertroffen wurde das Risiko dieser Berufsgruppen in Großbritannien nur von der Gruppe der Fischer, Hubschrauberpiloten und Abbrucharbeiter.⁴¹⁷ Daraus folgert die HSE, dass das maximal tolerable Risiko für Arbeiter bis auf wenige Ausnahmefälle eins zu 1.000 (10^{-3}) betragen dürfe.⁴¹⁸ Die gefährlichsten Berufe wie die der Fischer oder Abbrucharbeiter werden bei der Bestimmung der Risikoakzeptanzschwelle ausgeklammert, da ihre Risiken über das hinausgingen, was „üblicherweise von substantiellen Gruppen von Arbeitern akzeptiert“ sei.⁴¹⁹ Der Ausklam-

⁴¹³ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, Appendix 3, S. 48 ff., <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *dass.*, Reducing risks, protecting people, S. 35 Ziff. 101 ff., <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴¹⁴ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, Appendix 3, S. 49 Ziff. 14 f., <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴¹⁵ *Health and Safety Executive*, Reducing risks, protecting people, S. 36 Ziff. 103, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴¹⁶ Für einen Einstieg in die Diskussion zu monetären Kosten-Nutzen-Analysen im Risikorecht siehe aus der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur *D. Murswiek*, in: R. Hendler/P. Marburger/M. Reinhardt/M. Schröder (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, S. 127 (167 ff.).

⁴¹⁷ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 30 Ziff. 169, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴¹⁸ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 30 Ziff. 169, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *dass.*, Reducing risks, protecting people, S. 46 Ziff. 132, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴¹⁹ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 30 Ziff. 169, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023): „[...] we can say that broadly, a risk of death around 1 in 1000 per annum is the most that is ordinarily accepted by substantial groups of workers in any industry in the UK, with that level being

merung dieser Berufe liegt also wiederum die Vorstellung zugrunde, dass diese ‚anormal‘ gefährlich seien und insofern nicht als Referenz dienen könnten.

Ausgehend vom maximal tolerablen Risiko von eins zu 1.000 (10^{-3}) für *Arbeiter* legt die HSE das maximal tolerable Risiko für die *übrige Bevölkerung* auf eins zu 10.000 (10^{-4}) fest.⁴²⁰ Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und der übrigen Bevölkerung sieht die HSE aus mehreren Gründen als angezeigt an: Während die Arbeiter sich der ihnen drohenden Risiken bewusst seien und sie freiwillig eingingen bzw. eine Wahl hätten, sei die übrige Bevölkerung den Risiken unfreiwillig ausgesetzt. Ferner gehörten der übrigen Bevölkerung möglicherweise auch besonders empfindliche Menschen an.⁴²¹ Die Risikoakzeptanzschwelle von 10^{-4} für die übrige Bevölkerung begründet die HSE in zweierlei Hinsicht:

„If the maximum tolerable risk for any worker is set at around 1 in 1000 per annum [...], it seems clear that the maximum level that we should be prepared to tolerate for any individual member of the public from any single large scale hazardous plant, nuclear or other, could not be less than ten times lower, ie, 1 in 10 000 (1 in 10^4). Such a level would as it happens equate to the average annual risk of dying in a traffic accident, and can be compared with everyone’s general chance of contracting fatal cancer, which is an average of 1 in 300 per annum.“⁴²²

Zum einen will die HSE der Unterscheidung zwischen dem für Arbeiter und dem für die übrige Bevölkerung maximal tolerablen Risiko also durch eine schlichte Potenzierung um zehn gerecht werden. Anstelle einer Begründung verweist die HSE darauf, dass es „klar“ sei, dass dieser Sicherheitsaufschlag für die übrige Bevölkerung angebracht sei. Zum anderen stützt sie dieses Ergebnis auf einen Vergleich mit anderen alltäglichen Risiken wie denen des Straßenverkehrs. Seltsam mutet der Vergleich mit dem Risiko, an tödlichem Krebs zu erkranken, an, da dieses Risiko deutlich höher angegeben wird als eins zu 10.000 (nämlich eins zu 300).

Der Vorsitzende des öffentlichen Anhörungsverfahrens im Rahmen der Planung des Kernkraftwerks „*Hinkley Point*“ hatte in seinem Bericht über das Anhörungsverfahren (*Hinkley Point Inquiry*) vorgeschlagen, das maximal tolerable

exceeded only by fishermen and relatively small sub-groups such as helicopter pilots, divers and demolition workers.“

⁴²⁰ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 30 Ziff. 171–172, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *dass.*, Reducing risks, protecting people, S. 46 Ziff. 132, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴²¹ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 21 Ziff. 111, S. 30 Ziff. 171, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴²² *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 30 Ziff. 172, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

Risiko für die allgemeine Bevölkerung auf eins zu 100.000 (10^{-5}), also um eine Zehnerpotenz niedriger festzulegen. In Auseinandersetzung mit diesem Vorschlag schlägt die HSE im Report von 1988 vor, beim Bau neuer Kernkraftwerke die Risikoakzeptanzschwelle für die allgemeine Bevölkerung auf 10^{-5} zu setzen, ansonsten aber für große Industrieanlagen aller Industriezweige am Grenzwert von 10^{-4} festzuhalten.⁴²³ Im Report von 2001 nennt die HSE nur noch den Wert von 10^{-4} für die übrige Bevölkerung.⁴²⁴ Ferner distanziert sie sich im Report von 2001 etwas von der Grenzziehung zwischen tolerablen und inakzeptablen Risiken, indem sie vorbringt, diese Grenzziehung sei nicht so universal gültig wie jene zwischen grundsätzlich akzeptablen und tolerablen Risiken. Dies sei unter anderem darin begründet, dass die gesellschaftliche Akzeptanz von Risiken von vielen Faktoren abhängen und beispielsweise nach einem Unfall herabgesetzt sein könne.⁴²⁵

Als akzeptables Risiko sowohl für Arbeiter als auch für die Gesamtbevölkerung beziffert die HSE ein statistisches jährliches Sterberisiko von eins zu einer Million (10^{-6}).⁴²⁶ Diese Zahl gründet nach der HSE auf dem Gedanken, dass ein Risiko mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit von eins zu einer Million (10^{-6}) den bereits bestehenden Lebensrisiken nur sehr wenig hinzufüge. Es sei ungefähr von der gleichen Größenordnung wie das Risiko, zu Hause an einem Stromschlag zu sterben, und hundert Mal kleiner, als durch einen Verkehrsunfall zu sterben.⁴²⁷ Diese bereits bestehenden Risiken bezeichnet die HSE im Bericht von 2001 als *“background level of risk”*⁴²⁸, also als Hintergrundlevel an Risiken. Ferner geht die HSE auf den Nutzen ein, den viele Technologien mit sich brächten: Die Menschen nähmen viele alltägliche Risiken wegen des Nutzens hin, den die

⁴²³ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 30 Ziff. 173, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴²⁴ *Health and Safety Executive*, Reducing risks, protecting people, S. 46 Ziff. 132, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴²⁵ *Health and Safety Executive*, Reducing risks, protecting people, S. 46 Ziff. 132, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023). Zum Effekt, dass Unfälle als Signale bei der Risikobewertung wirken und ihre Auswirkungen weit über den unmittelbaren Schaden hinausgehen, siehe *P. Slovic*, *Science* 236 (1987), 280 (284); *ders.*, in: *S. Krimsky/D. Golding* (Hrsg.), *Social Theories of Risk*, S. 117 (122 ff.); *ders.*, *Environment* 58 (2016), 25 (27).

⁴²⁶ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 31 Ziff. 175, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *dass.*, Reducing risks, protecting people, S. 45 Ziff. 130, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴²⁷ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 31 Ziff. 175, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴²⁸ *Health and Safety Executive*, Reducing risks, protecting people, S. 45 Ziff. 130, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

Technologien mit sich brächten.⁴²⁹ Schließlich bürden viele Technologien zwar Risiken, verringerten jedoch zugleich das Hintergrundlevel an Risiken. Als Beispiel sei die Elektrizität genannt, aufgrund derer wenige Menschen jedes Jahr sterben, gleichzeitig jedoch Maschinen zur Lebenserhaltung betrieben werden könnten.⁴³⁰

Die HSE nimmt auch zum sogenannten Gruppenrisiko Stellung (von ihr ‚*societal risk*‘⁴³¹ genannt). Die HSE legt das maximal tolerable jährliche Gruppenrisiko im Bericht von 2001 auf eins zu 5.000 fest (5×10^{-3}), wobei ein Großschadensereignis nach ihrer Definition dann vorliegt, wenn durch ein einziges Ereignis mindestens 50 Personen sterben.⁴³² Diese Zahl leitet die HSE von den Risiken ab, die von bereits bestehenden, genehmigten technischen Anlagen (den industriellen Anlagen auf der *Canvey Island*) für eine große Anzahl von Personen ausgehen.⁴³³

cc) Deutschland

Risikovergleiche fanden in Deutschland erstmals im Kontext der Debatte um die Risiken der Kernenergie Verwendung. Die deutsche Risikobewertung von Kernkraftwerken wurde unmittelbar von der U.S.-amerikanischen *Reactor Safety Study* inspiriert.⁴³⁴ Bereits im Frühjahr 1976, also nur wenige Monate nach der im Oktober 1975 erschienenen U.S.-amerikanischen *Reactor Safety Study*, gab der Bundesminister für Forschung und Technologie eine Risikostudie für ein Kernkraftwerk mit Druckwasserreaktor in Auftrag.⁴³⁵ Die Studie sollte in Anlehnung an Methoden und Annahmen der U.S.-amerikanischen *Reactor Safety Study* unter Berücksichtigung der deutschen Eigenheiten durchgeführt werden.⁴³⁶ Sie wurde von der Gesellschaft für Reaktorsicherheit durchgeführt und erschien 1979.

⁴²⁹ *Health and Safety Executive*, Reducing risks, protecting people, S. 45 Ziff. 130, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴³⁰ *Health and Safety Executive*, Reducing risks, protecting people, S. 45 f. Ziff. 131, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴³¹ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 31, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴³² *Health and Safety Executive*, Reducing risks, protecting people, S. 47 Ziff. 136, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴³³ *Health and Safety Executive*, Reducing risks, protecting people, S. 46 Ziff. 135, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *dass.*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 31 Ziff. 180 ff., <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴³⁴ *Gesellschaft für Reaktorsicherheit*, Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke, Vorwort und S. 2 ff.

⁴³⁵ *Gesellschaft für Reaktorsicherheit*, Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke, S. 1.

⁴³⁶ *Gesellschaft für Reaktorsicherheit*, Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke, Vorwort und S. 2 ff., 244.

Zwar sieht auch die deutsche Risikostudie wie die U.S.-amerikanische *Reactor Safety Study* ihre Aufgabe nicht in der Durchführung eines systematischen Risikovergleichs.⁴³⁷ Dennoch vergleicht sie die von Kernkraftwerken ausgehenden Risiken mit verschiedenen anderen Risiken zur Ermöglichung einer „groben Einordnung der ermittelten Risiken“⁴³⁸. Die Bedeutung des Risikovergleichs für die Bewertung der von Kernkraftwerken ausgehenden Risiken zeigt sich an mehreren Stellen.⁴³⁹ Wie die U.S.-amerikanische *Reactor Safety Study* kommt auch die deutsche Risikostudie zum Ergebnis, dass die von Kernenergieanlagen ausgehenden Risiken insbesondere im Vergleich mit anderen zivilisatorischen Risiken klein seien.⁴⁴⁰ Laut der von der Risikostudie zugrunde gelegten Tabelle sterben pro Jahr je einer Millionen Personen statistisch 130 Personen bei/durch ihre Berufstätigkeit (nicht differenziert nach Art der Berufstätigkeit), 540 bei Berufstätigkeit im Bergbau, 40 bei Berufstätigkeit im Gesundheitsdienst, 230 im Haushalt und der Freizeit, 240 bei einer täglichen Teilnahme am Straßenverkehr von 75 Minuten, 50 bei der Benutzung von Linienflugzeugen bei einer wöchentlichen Benutzung von einer Stunde, 1.000 bei der Benutzung sonstiger, nichtmilitärischer Flugzeuge bei einer wöchentlichen Benutzung von einer Stunde, 0,6 am Blitzschlag, vier an elektrischem Strom und 2.700 durch Krebs oder Leukämie aufgrund natürlicher sowie zivilisationsbedingter Ursachen. Demgegenüber sterben jährlich je einer Million Personen, die in der Nähe eines Kernkraftwerks wohnen, 0,01 an einem akuten Strahlensyndrom zeitnah bzw. 0,2 an Krebs oder Leukämie als Spätfolge.⁴⁴¹

Wohl vom Zeitgeist der probabilistischen Risikovergleiche beeinflusst, argumentierte 1980 auch das Bundesverwaltungsgericht im bereits beschriebenen Stade-Urteil zum einen damit, dass die Dosisgrenzwerte des § 45 StrlSchV a. F. innerhalb der regionalen Schwankungsbreite der natürlichen Strahlenexposition lägen; zum anderen sei „dieses [durch die Strahlenschutzverordnung erlaubte] Risiko [...] kleiner als das mit der natürlichen Strahlenbelastung verbundene, dem jeder einzelne vom Beginn seines Lebens an unentrinnbar ausgesetzt ist, und um mehrere Größenordnungen geringer als andere Zivilisations- und Lebensrisiken“.⁴⁴²

⁴³⁷ *Gesellschaft für Reaktorsicherheit*, Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke, S. 241.

⁴³⁸ *Gesellschaft für Reaktorsicherheit*, Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke, S. 241.

⁴³⁹ *Gesellschaft für Reaktorsicherheit*, Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke, Vorwort und S. 9, 238, 241.

⁴⁴⁰ *Gesellschaft für Reaktorsicherheit*, Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke, Vorwort und S. 242.

⁴⁴¹ *Gesellschaft für Reaktorsicherheit*, Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke, S. 242.

⁴⁴² BVerwGE 61, 256 (265) – Stade [1980].

Die Argumentation in der U.S.-amerikanischen *Reactor Safety Study* fand teilweise auch unbewusst Eingang in die deutsche Rechtswissenschaft. *Dietrich Rauschnig* führte kurz nach der Veröffentlichung der *Reactor Safety Study* inhaltsgleich⁴⁴³ zu dieser, jedoch unter Verweis auf die entsprechende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Oldenburg – und nicht auf die U.S.-amerikanische *Reactor Safety Study* – zur Errichtung und zum Betrieb des Kernkraftwerks Untertweser ohne weitere Begründung aus:

„Eine Situation stellt dann mit Sicherheit keine Individualgefahr im Rahmen grundrechtlicher Schutzpflicht für Leben und Gesundheit dar, wenn sie zu dem allgemeinen Lebensrisiko der konkreten Person nichts Wesentliches hinzufügt.“⁴⁴⁴

Auf der Normsetzungsebene arbeitet Deutschland traditionell deterministisch, das heißt ohne probabilistische Risikoanalysen. Erst in jüngerer Zeit integrierte der durch den vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales gebildete (§ 20 I Gefahrstoffverordnung) Ausschuss für Gefahrstoffe (AGS) probabilistische Risikoakzeptanzschwellen in die „Technischen Regeln für Gefahrstoffe 910, Risikobezogenes Maßnahmenkonzept für Tätigkeiten mit krebserzeugenden Gefahrstoffen“⁴⁴⁵ (TRGS 910). Der AGS hat gem. § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 4 Gefahrstoffverordnung unter anderem die Aufgabe, technische Regeln und Grenzwerte für Gefahrstoffe zu erarbeiten. Diese technischen Regeln sind bei der Risikobeurteilung und Entwicklung von risikobezogenen Maßnahmen durch den Arbeitgeber zu berücksichtigen (im Detail siehe insbesondere § 6 Abs. 14 S. 2, § 7 Abs. 2 S. 3, Abs. 11 S. 1, § 8 Abs. 7 S. 5, § 10 Abs. 1 S. 2 der Gefahrstoffverordnung). Die technischen Regeln gelten unter anderem für Tätigkeiten mit bestimmten krebserregenden Stoffen, vgl. Nr. 1 Abs. 1 S. 1 TRGS 910.

Wie auch die HSE in Großbritannien unterscheidet der AGS in den TRGS 910 zwischen grundsätzlich akzeptablen und grundsätzlich inakzeptablen Risiken sowie einem dazwischen liegenden Bereich an Risiken, die nur unter Einhaltung bestimmter Maßnahmen toleriert werden, vgl. Nr. 3 Abs. 1 der Anlage 2 zu den TRGS 910. Akzeptable Risiken sind nach Nr. 2 Abs. 2, Nr. 3.1 Abs. 1, 2 TRGS 910 Krebsrisiken, die in einem Arbeitsleben von 40 Jahren bei kontinuierlicher arbeitstäglicher Exposition statistisch nicht häufiger als 4:10.000 mal (spätestens bis 2018) bzw. nicht häufiger als 4:100.000 mal (seit 2018) auftreten. Anders gesagt bedeutet dies, dass das Risiko, dass 4 von 10.000 bzw. 4 von 100.000 Menschen im Verlauf ihres Arbeitslebens an Krebs erkranken, vom AGS als akzeptabel bewertet wird. Den Grenzwert von 4:10.000 bzw. 4:100.000 bezeichnet

⁴⁴³ Siehe *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 132.

⁴⁴⁴ *D. Rauschnig*, VVDStRL 38 (1980), 167 (192).

⁴⁴⁵ Bekanntmachung der Technischen Regeln für Gefahrstoffe 910 v. 13.02.2014, GMBI 258, zuletzt geändert durch Bekanntmachung v. 22.02.2019, GMBI 120.

der AGS als ‚Akzeptanzrisiko‘. Krebsrisiken, die häufiger als 4:1.000 mal auftreten (vom AGS als ‚Toleranzrisiko‘ bezeichnet), sind nicht tolerabel, vgl. Nr. 2 Abs. 4, Nr. 3.1 Abs. 1, 2 TRGS 910. Die Risiken zwischen den akzeptablen und den intolerablen Risiken werden akzeptiert, wenn bestimmte Maßnahmen eingehalten werden, vgl. Nr. 3.1 Abs. 1 TRGS 910.

In Anlage 2 zu den TRGS 910 findet sich die Begründung zu den genannten Risikogrenzen: „Als Ausgangspunkt für die Beratungen wurden verschiedene Risiken am Arbeitsplatz und für die Allgemeinbevölkerung betrachtet“, Nr. 2 der Anlage 2 zu den TRGS 910. Der AGS geht diesbezüglich in drei Schritten vor. Erstens werden bekannte Risiken am Arbeitsplatz und für die Allgemeinbevölkerung quantifiziert. Danach sterben im Laufe einer Arbeitslebenszeit (40 Jahre) in der Bauwirtschaft 2:1.000 (0,002) Menschen durch einen Unfall, in der Landwirtschaft und im Bergbau 3:1.000 und im Einzelhandel 4:10.000. Das Risiko, durch die sieben wichtigsten luftgetragenen Umweltkarzinogene an Krebs zu erkranken, betrage 1:1.000 für die Stadtbevölkerung und 2:10.000 für die Landbevölkerung. Zweitens werden die Risikogrenzen bestehender nationaler und internationaler Regelungen für den Arbeitsplatz und die Allgemeinbevölkerung dargestellt. Drittens wird das sogenannte bestehende Hintergrundrisiko für Krebserkrankungen beziffert: Das auf die Lebenszeit bezogene Risiko, an Lungenkrebs zu erkranken, liege für einen Nichtraucher zwischen 5:1.000 und 1:100, sofern er nicht zusätzlichen krebserzeugenden Faktoren ausgesetzt sei, wie zum Beispiel durch Passivrauchen oder durch eine Exposition gegenüber krebserzeugenden Stoffen am Arbeitsplatz. Aufbauend auf diesen Risikobetrachtungen werden in Nr. 3 der Anlage 2 zu den TRGS 910 die Risikogrenzen festgelegt.

Danach soll das sogenannte Toleranzrisiko (die Schwelle, oberhalb derer ein Risiko nicht mehr tolerabel ist) unterhalb des bestehenden, oben genannten Hintergrundrisikos für Krebserkrankungen liegen, vgl. Nr. 3 Abs. 5 der Anlage 2 zu den TRGS 910. Das heißt, das zusätzliche Risiko durch krebserzeugende Stoffe am Arbeitsplatz soll geringer sein als das vorhandene Hintergrundrisiko. Da das Hintergrundrisiko im Bereich zwischen 5:1.000 und 1:100 angegeben wird, schlägt der AGS – unter Heranziehung der Grenzwerte bestehender Regelwerke (vgl. Nr. 3 Abs. 3 der Anlage 2 zu den TRGS 910) – ein Toleranzrisiko von 4:1.000 vor, vgl. Nr. 3 Abs. 12 der Anlage 2 zu den TRGS 910. Damit orientiert⁴⁴⁶ sich der AGS an der optimistischen Angabe des Hintergrundrisikos (5:1.000), was ein strengeres Toleranzrisiko zur Folge hat.

⁴⁴⁶ Da das Hintergrundrisiko zwischen 5:1.000 und 1:100 angegeben wird, hätte eine numerisch exakte Ableitung des Toleranzrisikos von der pessimistischen Angabe des Hintergrundrisikos (5:1.000) zu einem Toleranzrisiko von kleiner als 5:1.000 führen müssen und nicht zu 4:1.000.

Als Abstand zwischen dem Toleranz- und Akzeptanzrisiko (die Schwelle, unterhalb derer ein Risiko ausnahmslos hinnehmbar ist) wurde ein Faktor von 100 als erforderlich erachtet, um trotz der Ungenauigkeiten bei der Quantifizierung von Risiken und der Messung der Exposition am Arbeitsplatz beide Risikoschwellen deutlich unterscheiden zu können, vgl. Nr. 3 Abs. 6 der Anlage 2 zu den TRGS 910. Daher schlägt der AGS – unter Heranziehung der Grenzwerte bestehender Regelwerke (vgl. Nr. 3 Abs. 3 der Anlage 2 zu den TRGS 910) – ein langfristig anzustrebendes Akzeptanzrisiko von 4:100.000 vor, vgl. Nr. 3.1 Abs. 1 TRGS 910, Nr. 3 Abs. 7 der Anlage 2 zu den TRGS 910. Da der AGS vermutet, die sofortige Einhaltung dieses Akzeptanzrisikos werfe in vielen Bereichen Schwierigkeiten auf (vgl. Nr. 3 Abs. 9 der Anlage 2 zu den TRGS 910), sieht der AGS eine bis 2018 dauernde Einführungsphase vor, in der ein vorläufiges Akzeptanzrisiko von 4:10.000 gilt, vgl. Nr. 3.1 Abs. 1 TRGS 910, Nr. 3 Abs. 10 der Anlage 2 zu den TRGS 910.

Neuen Aufschwung erfuhren Risikovergleiche in Deutschland im Kontext der Debatte um den rechtlichen Umgang mit der Corona-Pandemie. Ob die staatlichen Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie gerechtfertigt sind, scheint sich nach Ansicht vieler darüber zu entscheiden, ob das Risiko einer Infektion mit COVID-19 mit anderen Lebensrisiken, gegen die nicht vergleichbar vorgegangen wird, vergleichbar ist. Zum einen werden die Corona-Risiken dabei pauschal mit anderen Lebensrisiken, die „allgemein akzeptiert“ seien, verglichen.⁴⁴⁷ Zum anderen werden die Risiken einer Corona-Infektion spezifischer mit den Risiken einer Influenza-Infektion verglichen.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ D. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 13, 32, 39, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); ders., NVwZ-Extra 2021, 1 (14); ders., Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁴⁸ D. Murswiek, Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023); J.F. Lindner, Verfassungsblog, 29.12.2020, <https://doi.org/10.17176/20201229-201813-0> (zugegriffen am 28.04.2023); G. Frankenberg, Verfassungsblog, 25.04.2020, <https://doi.org/10.17176/20200425-164854-0> (zugegriffen am 28.04.2023); U. Volkmann, Verfassungsblog, 20.03.2020, <https://doi.org/10.17176/20200320-122803-0> (zugegriffen am 28.04.2023). Zum Vergleich beider Krankheiten aus medizinischer Perspektive siehe etwa L. Piroth/J. Cottenet/A.-S. Mariet/P. Bonniaud et al., *The Lancet Respiratory Medicine* 9 (2021), 251; Y. Xie/B. Bower/G. Maddukuri/Z. Al-Aly, *BMJ* 2020;371:m4677, <https://doi.org/10.1136/bmj.m4677> (zugegriffen am 28.04.2023); *Ärzteblatt*, Was COVID-19 von der saisonalen Influenza unterscheidet, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/119475/Was-COVID-19-von-der-saisonalen-Influenza-unterscheidet> (zugegriffen am 28.04.2023); BR24, #Faktenfuchs: Warum Covid-19 gefährlicher ist als Grippe, <https://www.br.de/nachrichten/wissen/warum-covid-19-gefaehrlicher-ist-als-grippe-ein-faktenfuchs,SYWR1Ye> (zugegriffen am 28.04.2023).

e) Ziel und Argumente der Risikovergleiche

Im Folgenden wird die Vorgehensweise, von bestehenden Risiken ein übertragbares Maß für die Sozialadäquanz von Risiken abzuleiten, bewertet. Dazu seien zunächst Ziel und Argumente der Risikovergleiche herausgearbeitet.

Den Risikovergleichen ist eines gemeinsam: Der Vergleich bestehender mit neu zu bewertenden Risiken soll die neuen Risiken rechtfertigen. Von bestehenden Risiken wird also auf die Zulässigkeit neuer Risiken geschlossen. Hinter den Risikovergleichen verbergen sich jedoch unterschiedliche Argumente. Teilweise geht es darum, neue Risiken, die gleich groß oder kleiner als bestehende, einzelne, ‚allgemeine Lebensrisiken‘⁴⁴⁹ sind, zu legitimieren. Sind die Risiken ähnlich groß, lautet das Argument: „Wenn ihr bestimmte Risiken hinnehmt (und sie als ‚allgemeine Lebensrisiken‘ akzeptiert), so müsst ihr neue, ähnlich große Risiken ebenso hinnehmen.“ Hinter diesem Argument steht ein Kohärenzgedanke: Gleich große Risiken können (müssen?) gleich bewertet werden. Sind die neu zu bewertenden Risiken gar kleiner als die bestehenden, wird mit einem Erst-Recht-Schluss argumentiert: „Wenn ihr bestimmte größere Risiken hinnehmt, dann müsst ihr erst recht neue, kleinere Risiken hinnehmen.“

Beliebt ist neben dem Vergleich einzelner Risiken ferner der Vergleich des in Frage stehenden (neuen) Risikos mit a) der Summe aller bereits bestehenden Risiken oder b) einer Gruppe bereits bestehender Risiken (beispielsweise allen Krebsrisiken). Es werden also nicht einzelne Risiken unterschiedlichen Ursprungs miteinander verglichen, sondern das neue, in Frage stehende Risiko wird mit einer Summe bereits bestehender Risiken verglichen. Neue Risiken werden nur dann als hinnehmbar bewertet, wenn sie der Summe der bestehenden Risiken nichts Wesentliches hinzufügen.⁴⁵⁰ Die Summe bestehender Risiken wird häufig als ‚Hintergrundrisiko‘ bezeichnet, teilweise jedoch auch als ‚allgemeines Lebensrisiko‘⁴⁵¹. Mit dem für die vorliegende Arbeit zentralen Begriff des ‚allgemeinen Lebensrisikos‘ werden also zwei unterschiedliche Dinge bezeichnet: Einmal steht der Begriff für einzelne, „allgemein akzeptierte“⁴⁵² Lebensrisiken,

⁴⁴⁹ Die vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof (HessVGH, Urteil v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u. a., juris, Rn. 1130) „gesellschaftlich allgemein akzeptierte Risiken für die Teilnahme am alltäglichen Leben“ genannten Risiken wurden durch andere Gerichte, die seine Rechtsprechung aufgriffen, als „allgemeine Lebensrisiken“ bezeichnet, siehe oben auf S. 16 f.

⁴⁵⁰ U.S. Nuclear Regulatory Commission, Reactor Safety Study, WASH-1400, S. 132; Health and Safety Executive, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 31 Ziff. 175, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); D. Rauschnig, VVDStRL 38 (1980), 167 (192).

⁴⁵¹ D. Rauschnig, VVDStRL 38 (1980), 167 (192). Zur exakten Formulierung von Rauschnig und dem Kontext seiner Aussage siehe oben auf S. 177.

⁴⁵² Siehe Fn. 449.

zum anderen für die Summe aller bestehenden Risiken (hier als Synonym zum ‚Hintergrundrisiko‘). Der Vergleich neuer mit der Summe bereits bestehender Risiken zielt darauf ab, die Bedeutung der hinzukommenden Risiken herunterzuspielen. Das Argument lautet: „Wenn ihr täglich einer bestimmten Risikogröße ausgesetzt seid, dann sind neue Risiken, die den bestehenden nichts Wesentliches hinzufügen, zu vernachlässigen und von euch hinzunehmen.“ Hinter diesem Argument steht der Gedanke, dass die Risikoerhöhung entscheidend für die Beurteilung eines Risikos als abzuwehrende Gefahr sei: Risiken, die den Risiken, die „ohnehin da sind“ nichts Wesentliches hinzufügen, seien rechtlich hinzunehmen und stellen keine Gefahr dar.

f) Zum Denken in Zehnerpotenzen

Zahlen suggerieren Präzision,⁴⁵³ weil ein Risiko bis auf viele Nachkommastellen numerisch ausgedrückt werden kann. Die Möglichkeit, Risiken numerisch ausdrücken zu können, erweitert jedoch nicht nur die Darstellungsform von Risiken. Tatsächlich formt das verwendete Zahlensystem umgekehrt auch die Auffassung und Gestaltung der Wirklichkeit. Im Großteil der Welt wird ein Dezimalsystem verwendet, das heißt, die Zahl zehn ist die Basis des Zahlensystems. Bei der Festlegung von Risikoakzeptanzschwellen wird die Präformation des Denkens durch das verwendete Zahlensystem daran deutlich, dass stets in Zehnerpotenzen gedacht wird. Nicht nur werden die ermittelten Risiken regelmäßig in Zehnerpotenzen dargestellt. Auch werden Sicherheitsabstände und Zielgrößen häufig in Abständen von Zehnerpotenzen formuliert. Die *U.S. Nuclear Regulatory Commission* legt in ihren *Safety Goals* beispielsweise fest, dass die Risiken, die von Kernkraftwerken für die Nachbarn ausgehen, nicht mehr als ein Zehntel von einem Prozent (also 0,1 Prozent) der bestehenden Risiken betragen dürfe.⁴⁵⁴ Die HSE in Großbritannien will bei der Festlegung der Toleranzschwelle zwischen der Gruppe der Arbeiter und der übrigen Bevölkerung unterscheiden. Ausgehend von dem für die Arbeiter festgelegten maximal tolerablen Risiko soll das maxi-

⁴⁵³ Auf die „pseudogenauen Zahlen“ im Rahmen von Kosten-Nutzen-Analysen, die „Pseudorationalität“ erzeugen, verweist auch *D. Murswiek*, in: R. Hendl/P. Marburger/M. Reinhardt/M. Schröder (Hrsg.), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, S. 127 (163). Siehe ferner *K.-H. Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, S. 228 f.: „Manche der [für die Risikobewertung] entwickelten Methoden scheinen darauf zu vertrauen, daß eine in Zahlen ausgedrückte subjektive Wahrscheinlichkeit durch die Summierung zu einer abschließenden ‚Grenzzahl‘ die Unwägbarkeiten des Verfahrens, in dem sie gebildet werden, vergessen machen.“

⁴⁵⁴ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Safety Goals for the Operations of Nuclear Power Plants*, S. 2, <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/commission/policy/51fr30028.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

mal tolerable Risiko für die übrige Bevölkerung eine Zehnerpotenz niedriger sein.⁴⁵⁵ In den deutschen Technischen Regeln für Gefahrstoffe 910 wurde als Abstand zwischen dem Toleranz- und Akzeptanzrisiko ein Faktor von 100 als erforderlich erachtet, um beide Risikogrenzen trotz verschiedener Ungenauigkeiten bei der Quantifizierung dennoch deutlich unterscheiden zu können, vgl. Nr. 3 Abs. 6 der Anlage 2 zu den TRGS 910. Ferner soll das Akzeptanzrisiko zunächst 4:10.000 betragen, frühestens fünf und spätestens zehn Jahre nach Einführung des Konzepts jedoch 4:100.000, vgl. Nr. 3 Abs. 7, 10 der Anlage 2 zu den TRGS 910. In den Niederlanden wurde ein neues Delta-Komitee eingerichtet, das 2008 seinen Abschlussreport vorlegte. Es empfiehlt, dass das Sicherheitslevel aller eingedeichten Gegenden gegen Überflutung bis 2050 mindestens um den Faktor zehn erhöht werden müsse.⁴⁵⁶

Dieses Denken in Zehnerpotenzen hat weitere Gründe. Würde das Störfallrisiko eines Systems beispielsweise mit $3,1012 \times 7^{-2}$ (0,0632898) angegeben und das Sicherheitsziel mit $4,3514 \times 8^{-3}$ (0,00849883) beziffert werden, so würden die komplexen Zahlen eine Genauigkeit der Modelle suggerieren, die nicht existiert. Alle mathematischen Modelle zur Errechnung der Sicherheit bleiben Modelle und können die Wirklichkeit nie vollständig abbilden. Die Angabe von Sicherheit in Zehnerpotenzen betont die Modellhaftigkeit der Sicherheitsanalysen. Gleichzeitig erleichtert sie die Vergleichbarkeit der Zahlen und erhöht damit deren Verständlichkeit. Die Vereinfachung der Welt durch die schematische Angabe von Sicherheit in Zehnerpotenzen ist kein rechtliches Problem. Eine Norm, die Sicherheitsabstände in Zehnerpotenzen festlegt, ist nicht allein deshalb weniger legitim. Sie ist jedoch Ausdruck davon, dass quantitative Festlegungen von Sicherheitszielen oder akzeptablen Risiken immer zu einem gewissen Grad willkürlich sind.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ *Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, S. 30 Ziff. 169, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *dass.*, Reducing risks, protecting people, S. 46 Ziff. 132, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁵⁶ *Delta Committee 2008*, Working together with water, S. 9, 12, 43, 49, 89f., 96, 123, <https://english.deltaprogramma.nl/documents/publications/2008/09/03/working-together-with-water> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁵⁷ Kritisch deshalb bezüglich der rechtlichen Relevanz probabilistischer Sicherheitsanalysen R. Breuer, DVBl 93 (1978), 829 (835).

g) Kritik an der Quantifizierung von Risiken und an Risikovergleichen

Mit der quantitativen Ermittlung von Risiken ist eine Reihe von Problemen verbunden, auf die an vielen Stellen in der rechtswissenschaftlichen Diskussion hingewiesen wurde. Fehlen Daten, beispielsweise bei seltenen Schadensereignissen oder neuen Techniken, ist die statistische Ermittlung der Schadensszenarien schwer bis unmöglich bzw. fehleranfällig.⁴⁵⁸ Ferner beruhen quantitative Ermittlungen zu großen Teilen auf Modellen, die ihrerseits fehleranfällig und mit Unsicherheiten behaftet sind bzw. auf Schätzungen beruhen und deren Prognosekraft daher beschränkt ist.⁴⁵⁹ Neben dieser Kritik, die sich auf die Möglichkeit der Quantifizierung bezieht, wird von manchen weitergehend die grundsätzliche Aussagekraft probabilistischer Risikoanalysen für die rechtliche Risikobewertung angezweifelt. Aus einer numerischen Eintrittswahrscheinlichkeit bestimmter Risiken lasse sich kein rechtlicher Standard ableiten; wann eine Gefahr im Rechtssinne vorliege, ergebe sich nicht aus der Quantifizierung allein, sondern setze eine wertende Entscheidung voraus.⁴⁶⁰

Diese Einschätzung wird geteilt. Die hiesige Perspektive ist jedoch eine spezifischere. Sie bezieht sich auf den theoretischen Ausgangspunkt bei der Festlegung von Risikoakzeptanzschwellen *durch den Vergleich neuer mit bestehenden Risiken*. Sie bezieht sich also auf die Methode, Risikoakzeptanzschwellen durch die probabilistische Ermittlung bestehender Risiken aufzustellen. Damit geht sie über die Schwächen und Fehleranfälligkeiten von quantitativen Analysen im Allgemeinen und die Schwierigkeit, aus einer Zahl rechtliche Standards abzuleiten, hinaus.

⁴⁵⁸ C. Kirchsteiger, *Journal of Loss Prevention in the Process Industries* 12 (1999), 399 (412); F.-J. Feldmann, in: R. Lukes (Hrsg.), *Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht*, Teil I, S. 89 (99); R. Lukes, *BB* 33 (1978), 317 (320); A. Birkhofer, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (Hrsg.), *Bitburger Gespräche*, S. 61 (65 ff.); D. Murswiek, in: R. Hendler/P. Marburger/M. Reinhardt/M. Schröder (Hrsg.), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, S. 127 (162 f.); W. Köck, in: E. Gawel (Hrsg.), *Effizienz im Umweltrecht*, S. 271 (291).

⁴⁵⁹ R. Lukes, *BB* 33 (1978), 317 (320); A. Birkhofer, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (Hrsg.), *Bitburger Gespräche*, S. 61 (70); D. Murswiek, in: R. Hendler/P. Marburger/M. Reinhardt/M. Schröder (Hrsg.), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, S. 127 (161 ff.).

⁴⁶⁰ R. Breuer, *DVBl* 93 (1978), 829 (835); *ders.*, *NJW* 32 (1979), 1862 (1870); *ders.*, *NVwZ* 1990, 211 (214); P. Marburger, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (Hrsg.), *Bitburger Gespräche*, S. 39 (46); *sich Marburger anschließend D. Murswiek*, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, S. 402. Siehe ferner E. L. Nell, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, S. 179, der ebenfalls darauf hinweist, dass mit der Probabilistik nicht der maßgebliche Wahrscheinlichkeitsgrad gefunden werden könne. Sie sei jedoch ein „Hilfsmittel zum Finden vernünftiger Wahrscheinlichkeitsurteile“. Kritisch auch P. Lerche, *Kernkraft und rechtlicher Wandel*, S. 16 und R. Lukes, *BB* 33 (1978), 317 (320), der auf die Notwendigkeit einer Gesamtbeurteilung und -abwägung aller Umstände des Einzelfalls bei Risikoentscheidungen hinweist, wobei die Bewertung der Eintrittswahrscheinlichkeit nur ein Faktor sei.

h) Akzeptanz hinsichtlich bestehender Risiken

Den Risikovergleichen liegt die Annahme zugrunde, dass die faktisch bestehenden Risiken auch gesellschaftlich akzeptiert seien. Die Richtigkeit dieser Annahme wurde angezweifelt.⁴⁶¹ Es scheint allerdings plausibel, dass die bestehenden Risiken tatsächlich mehrheitlich akzeptiert sind. Andernfalls würde sich wohl eine Mehrheit im Parlament zum Ziel setzen, die fraglichen Risiken zu minimieren oder gänzlich zu vermeiden.⁴⁶² Dies gilt selbstverständlich nicht für unberechenbare Risiken, die sich der Einflussnahme entziehen und daher faktisch erduldet werden müssen.⁴⁶³

Auch die Ergebnisse der psychologischen Risikoakzeptanzforschung⁴⁶⁴ sprechen für die Plausibilität der Annahme tatsächlicher Akzeptanz hinsichtlich bestehender Risiken: Menschen scheinen ein Risiko eher zu akzeptieren, wenn ihnen das Risiko bekannt ist bzw. sie an das Risiko gewöhnt sind.⁴⁶⁵ Viele akzeptieren die sie alltäglich umgebenden Risiken also möglicherweise einfach deshalb, weil sie sich an sie gewöhnt haben.

i) Schluss auf Zulässigkeit neuer Risiken

Wenngleich die gesellschaftliche Akzeptanz hinsichtlich der bestehenden Risiken plausibel ist, liegt das Augenmerk der Risikovergleiche nicht darauf (die bestehenden Risiken sind ja überwiegend ohnehin gesetzlich oder behördlich

⁴⁶¹ So VG Freiburg, NJW 1977, 1645 (1648): „Der Einwand, daß die Wahrscheinlichkeit eines Unfalles, der durch das Bersten eines Druckgefäßes ausgelöst wird, im Vergleich zu sonstigen Risiken, die allgemein von der Gesellschaft akzeptiert würden, vernachlässigbar gering sei ... überzeugt die *Kammer* nicht. Sie hat erhebliche Zweifel, ob sich die Gesellschaft für die Akzeptanz vieler bestehender Risiken frei entschieden hat oder sie nur deshalb heute noch in Kauf nimmt, weil das ‚Rad nicht mehr zurückgedreht‘ werden kann.“

⁴⁶² So auch *KHP König, Heunisch und Partner*, Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, S. 65, 82 f.

⁴⁶³ Vgl. *H. Steiger*, in: J. Salzwedel (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, S. 21 (35): „[...] zwar müssen die dort lebenden Menschen diese [Umwelt-]Sünden der Vergangenheit hinnehmen. Aber das ist weder adäquat noch sozial, sondern ein bloßes, oft nur sehr schwer, manchmal schon gar nicht zu änderndes Faktum.“ Sich *Steiger* anschließend *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 243: „Zutreffend hat Steiger darauf hingewiesen, daß Gesundheitsbeeinträchtigungen aufgrund vergangener ‚Umweltsünden‘ weder sozial noch adäquat, sondern ein bloßes Faktum sind.“

⁴⁶⁴ *G. Bechmann*, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, Abschnitt VII (XII).

⁴⁶⁵ Siehe *P. Slovic*, *Science* 236 (1987), 280 (282 f.); *ders.*, in: S. Krimsky/D. Golding (Hrsg.), *Social Theories of Risk*, S. 117 (120) sowie die systematische Literaturanalyse von *V.T. Covello*, *Technological Forecasting and Social Change* 23 (1983), 285 (289) sowie *H. Jungermann/P. Slovic*, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 167 (171 ff.).

zugelassen und bedürfen daher keiner weiteren Rechtfertigung), sondern auf dem Schluss auf die Zulässigkeit *neuer* Risiken. Die Akzeptanz der bestehenden Risiken dient insofern nur als Ausgangspunkt, um ein *Maß* für die rechtlich verstandene Sozialadäquanz von Risiken zu finden.

Von der Akzeptanz bestehender Risiken kann mit zwei möglichen Argumenten auf die Zulässigkeit neuer Risiken geschlossen werden: Erstens könnte argumentiert werden, dass neue Risiken, die kleiner oder gleich groß wie bestehende, akzeptierte Risiken sind, ebenfalls innerhalb der Gesellschaft akzeptiert würden.⁴⁶⁶ Dieser Schluss ist falsch.⁴⁶⁷ Die psychologische Risikoakzeptanzforschung hat dargelegt, dass die tatsächliche Risikoakzeptanz der meisten⁴⁶⁸ Menschen gerade nicht allein von der Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe abhängt,⁴⁶⁹ sondern vielmehr von weiteren Kriterien wie jener der Freiwilligkeit der Risikoexposition und Kosten-Nutzen-Abwägungen.⁴⁷⁰ Nur weil neue Risiken gleich groß wie bestehende, akzeptierte Risiken sind, kann

⁴⁶⁶ Zur Frage der Erzeugung gesellschaftlicher Akzeptanz durch Risikovergleiche siehe *H. Wagner/E. Ziegler/K.-D. Closs*, Risikoaspekte der nuklearen Entsorgung, S. 158; *K. Vieweg*, in: R. Lukes (Hrsg.), Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil I, S. 177 (189 ff.).

⁴⁶⁷ So schon VG Freiburg, NJW 1977, 1645 (1648 f.): „Es erscheint ihr [der Kammer] auch bedenklich, aus der – nicht mehr ernsthaft hinterfragten – Inkaufnahme bestehender Risiken – man denke etwa an den Straßenverkehr oder den zunehmenden Einsatz von Pflanzenschutz- bzw. Schädlingsbekämpfungsmitteln in der Landwirtschaft – den Schluß zu ziehen, daß die Gesellschaft ein weiteres zusätzliches Risiko, nämlich die Möglichkeit eines Berstunfalles, hinzunehmen bereit ist.“

Kritisch auch *R. Lukes/F.-J. Feldmann/H.-C. Knüppel*, in: R. Lukes (Hrsg.), Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil II, S. 71 (205 f.), die argumentieren, dass die Akzeptanz eines Risikos nicht zugleich die Akzeptanz eines zusätzlichen, wenngleich möglicherweise ähnlichen Risikos nahelege und deshalb keine rechtlichen Standards aus Risikovergleichen abgeleitet werden könnten.

⁴⁶⁸ In der Terminologie der psychologischen Risikoakzeptanzforschung die sogenannten ‚Laien‘ hinsichtlich der Risikobeurteilung im Gegensatz zu den sogenannten ‚Experten‘ (beispielsweise Ingenieure oder Physiker bei der Risikoabschätzung). Zunächst hatte sich die psychologische Risikoakzeptanzforschung auf den Unterschied in der Risikoakzeptanz zwischen ‚Laien‘ und ‚Experten‘ konzentriert; später rückten interindividuelle Unterschiede auch innerhalb dieser Gruppen in den Vordergrund, siehe *H. Jungermann/P. Slovic*, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 167 (181); *A. M. Finkel*, Ann NY Acad Sci 1128 (2008), 121 (122), <https://doi.org/10.1196/annals.1399.013> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁶⁹ Siehe nur die systematischen Übersichtsarbeiten von *V. T. Covello*, Technological Forecasting and Social Change 23 (1983), 285 (289) sowie von *H. Jungermann/P. Slovic*, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 167 (171 ff.).

⁴⁷⁰ Siehe *V. T. Covello*, Technological Forecasting and Social Change 23 (1983), 285 (289); *H. Jungermann/P. Slovic*, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 167 (171 ff.). Zum Kriterium der Freiwilligkeit und des Nutzens der riskanten Tätigkeit siehe ferner die Pionierarbeit von *C. Starr*, Science 165 (1969), 1232.

also nicht von ihrer gesellschaftlichen Akzeptanz ausgegangen werden. Gegen ihre tatsächliche Akzeptanz spricht ferner, dass die Risikovergleiche regelmäßig zur *Erzeugung* von Akzeptanz herangezogen werden und man daher gerade nicht von bereits bestehender Akzeptanz ausgehen kann.

Ein übertragbares Maß für die Sozialadäquanz von Risiken zu finden, scheitert also bereits daran, dass die Sozialadäquanz die faktische Akzeptanz von Risiken voraussetzt. Diese ist *per se* nicht übertragbar, sondern liegt in Bezug auf ein Risiko vor oder sie liegt nicht vor.

Risikovergleiche können also nur auf die Weise verstanden werden, dass mit ihnen die *normative* Hinnehmbarkeit von Risiken begründet werden soll, ohne dass es auf die faktische Akzeptanz ankommt. Ihnen liegt mithin der Schluss zugrunde, dass neue Risiken, die gleich groß oder kleiner als bestehende Einzelrisiken sind oder der Summe aller bestehenden Risiken nichts Wesentliches hinzufügen, *normativ* hinzunehmen seien.

Auch dieser den Risikovergleichen zugrunde liegende Schluss wurde kritisiert. *Hasso Hofmann* führte aus, dass die Tatsache, dass Menschen bestimmte Risiken hinnehmen, nicht dazu führte, dass sie rechtlich auch verpflichtet seien, zusätzliche Risiken gleicher oder geringerer Intensität hinzunehmen.⁴⁷¹ Ebenso wandte sich *Fritz Ossenbühl* gegen den Vergleich der Risiken der Kernenergie mit anderen zivilisatorischen Risiken wie jenen des Straßenverkehrs, weil er meinte, dass existierende Risiken nicht geeignet seien, neue zu legitimieren.⁴⁷² Demgegenüber hielt er den aus dem Stade-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts stammenden Vergleich der zivilisatorisch verursachten (beispielsweise durch den Betrieb eines Kernkraftwerks) mit der natürlichen Strahlenexposition im Anschluss an *Karl Aurand* für sinnvoll.⁴⁷³ *Aurand* hatte unter Berufung auf die Bewertung der Strahlenschutzkommission argumentiert, natürliche Strahlungsrisiken mit künstlich erzeugten derselben Strahlungsart zu vergleichen, sei „voll

⁴⁷¹ *H. Hofmann*, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, S. 351.

⁴⁷² *F. Ossenbühl*, in: W. Blümel/H. Wagner (Hrsg.), Technische Risiken und Recht, S. 45 (47); sich *Ossenbühl* anschließend *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 242 f. Gegenüber Risikovergleichen ebenfalls kritisch *P. Marburger*, in: Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen/Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Siebtes Deutsches Atomrechts-Symposium, S. 45 (65). Problematisch, neue Risiken mit bestehenden zu rechtfertigen, finden aus psychologischer Sicht ferner *H. Jungermann/P. Slovic*, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 167 (194).

⁴⁷³ *F. Ossenbühl*, in: W. Blümel/H. Wagner (Hrsg.), Technische Risiken und Recht, S. 45 (47). Sich *Aurand* und *Ossenbühl* anschließend *P. Marburger*, Atomrechtliche Schadensvorsorge, S. 99 f.

gerechtfertigt“⁴⁷⁴, da die biologische Wirkung von natürlicher und künstlicher Strahlung auf denselben biophysikalischen Mechanismen beruhe.⁴⁷⁵

Im folgenden Kapitel wird diese Bewertung von Risikovergleichen teilweise aufgegriffen, jedoch auch relativiert. Es wird gezeigt, dass die Kritik zu pauschal ist, weil sie nicht hinreichend zwischen dem Vergleich gleicher und ungleicher Risiken unterscheidet. Umgekehrt kann der positiven Einschätzung des Vergleichs natürlicher mit menschengemachten Risiken derselben Wirkungsweise nicht gefolgt werden.

Zunächst wird dargestellt, in welchen Fällen der allgemeine Gleichheitssatz eine spezifische Risikobewertung vorgibt. Anschließend wird gezeigt, dass auch außerhalb gleichheitsrechtlicher Bindungen Risikovergleiche nur dann rational sind, wenn vergleichbare Risiken miteinander verglichen werden. Diesbezüglich wird unter Rückgriff auf die Erkenntnisse der psychologischen Risikoakzeptanzforschung hervorgehoben, dass die Vergleichbarkeit von Risiken mehr voraussetzt als eine ähnliche Schadenswahrscheinlichkeit und eine ähnliche Schadenshöhe.

j) Gleichheitsrechtliche Bindungen

Gleichheitsrechtliche Bindungen aus Art. 3 Abs. 1 GG können eine spezifische Risikobewertung erfordern. Art. 3 Abs. 1 GG adressiert in seiner Natur als Grundrecht die öffentliche Gewalt und verlangt die Gleichbehandlung von Grundrechtsträgern, wenn sie bzw. ihre Situation vergleichbar ist. Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt also nicht die Gleichbehandlung von gleichen Risiken an sich; Risiken sind keine Grundrechtsträger.

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz lassen sich folgende Aussagen in Bezug auf Risikovergleiche ableiten:

Sind zwei Risiken, die vom Verhalten von Grundrechtsträgern ausgehen, gleich, fallen in die Zuständigkeit desselben Trägers öffentlicher Gewalt⁴⁷⁶ und eines der Risiken ist rechtlich erlaubt, gebietet der allgemeine Gleichheitssatz dem Hoheitsträger, das andere Risiko ebenso zu erlauben. Er darf nicht einem Grundrechtsträger die Erzeugung eines Risikos erlauben und zugleich einem anderen die Erzeugung eines vergleichbaren Risikos verbieten.⁴⁷⁷ Erlaubt der Staat das Anbauen von genmanipuliertem Mais, darf er Weizenbauern das Anbauen

⁴⁷⁴ K. Aurand, ZfU 3 (1980), 873 (880).

⁴⁷⁵ K. Aurand, ZfU 3 (1980), 873 (880).

⁴⁷⁶ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 13; Huster, in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 GG Rn. 47.

⁴⁷⁷ Siehe D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 162, 278 These 15, der aus Art. 3 Abs. 1 GG ableitet, dass „Verursacher von Risiken bei der Auferlegung von Sicherheitspflichten gleich zu behandeln [sein], sofern nicht ein sachlicher Grund

genmanipulierten Weizens nicht verbieten, wenn sich das Risikopotenzial von genmanipuliertem Mais und genmanipuliertem Weizen nicht unterscheiden. Mit der Erlaubnis korrespondiert die Pflicht der schutzsuchenden Grundrechtsberechtigten, das gegebenenfalls unliebsame Risiko hinzunehmen. Insofern ist die Kritik, von bestehenden Risiken könne nicht auf die Zulässigkeit neuer Risiken geschlossen werden, zu pauschal. Der allgemeine Gleichheitssatz kann die Zulassung neuer Risiken erfordern, wenn ein vergleichbares Risiko bereits erlaubt ist und auch zukünftig erlaubt bleiben soll.

Zweitens dürfen staatliche Schutzmaßnahmen vor Risiken – egal welchen Ursprungs – nicht gleichheitswidrig zulasten solcher Grundrechtsträger ausfallen, die von ihren Freiheitsrechten auf vergleichbare Weise Gebrauch machen.⁴⁷⁸ Wird zum Schutze vor Rauchvergiftungen beispielsweise das Anbringen von Rauchmeldern in Wohnhäusern vorgeschrieben, dürfen Ferienwohnungen nicht ausgenommen werden. Wären die Risiken, die von einer Infektion mit COVID-19 ausgehen, mit den Risiken einer Infektion mit Influenza vergleichbar, dürften Reiserückkehrer aus Gebieten mit Corona-Infektionsgeschehen nicht schlechter behandelt werden als Reiserückkehrer aus Gebieten mit vielen Influenza-Fällen.

Derartige enge verfassungsrechtliche Bindungen bestehen in den meisten Fällen, in denen sich Behörden oder Gerichte zur Legitimierung ihrer Risikobewertung auf Risikovergleiche berufen, jedoch nicht. In der Regel fallen die untersuchten Risikovergleiche bereits nicht in den Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes, weil die miteinander verglichenen Risiken in die Kompetenzbereiche unterschiedlicher Hoheitsträger fallen. Wenn beispielsweise die Behörde, die für die Errichtung von Windenergieanlagen zuständig ist, die Risiken der geplanten Windenergieanlage mit den Risiken des Straßenverkehrs vergleicht, ist dieser Vergleich jedenfalls nicht verfassungsrechtlich geboten, da ein Hoheitsträger durch die Risikobewertung eines anderen gleichheitsrechtlich nicht gebunden ist.

Einzig die britische HSE leitet die Risikoakzeptanzschwellen für die Sicherheit am Arbeitsplatz unter anderem von den bestehenden Risiken der gefährlichsten Berufe ab und beschränkt sich in diesem Punkt hinsichtlich des Risikovergleichs auf den ihr zugewiesenen Kompetenzbereich. Auch die HSE ist jedoch nicht verfassungsrechtlich gezwungen, das bestehende Risikoniveau hinsichtlich der gefährlichsten Berufe beizubehalten. Sie könnte ebenso gut eine Anhebung des Sicherheitsniveaus in allen ihr zugewiesenen Bereichen fordern.

die Ungleichbehandlung rechtfertigt“. Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung siehe BVerfGE 107, 186 – Impfstoffversand [2003].

⁴⁷⁸ BVerfGE 121, 317 – Rauchverbot [2008].

k) Kriterien rationaler Risikobewertung außerhalb des allgemeinen Gleichheitssatzes

Die meisten Risikovergleiche, die der Legitimierung neuer Risiken dienen sollen, sind jedoch nicht nur verfassungsrechtlich nicht zwingend, sondern auch außerhalb gleichheitsrechtlicher Bindungen kein plausibler Weg zur Rechtfertigung einer spezifischen Risikobewertung.

Mit Risikovergleichen ist die Hoffnung auf eine rationale Risikobewertung verbunden.⁴⁷⁹ Sind Risikovergleiche der hier untersuchten Art eine mögliche rationale Methode zur Risikobewertung, dürften intersubjektiv relevante Charakteristika von Risiken allein die Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe sein. Denn im Rahmen der Risikovergleiche werden Risiken allein anhand dieser zwei Merkmale miteinander verglichen. Die Risikovergleiche gründen also auf der Einschätzung, dass allein die Bewertung eines Risikos anhand seiner Eintrittswahrscheinlichkeit und der Schadenshöhe rational ist. Die Eintrittswahrscheinlichkeit und die Schadenshöhe seien insofern das vergleichbare ‚rationale‘ Maß für die Hinnehmbarkeit eines Risikos. Dem wird im Folgenden entgegengetreten.

aa) Einbeziehung der Kriterien tatsächlicher Risikoakzeptanz

Die psychologische Risikoakzeptanzforschung hat zu Tage gebracht, dass die tatsächliche Risikoakzeptanz der meisten Menschen nicht allein von der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens und der Schadenshöhe abhängt. Vielmehr akzeptieren Menschen am ehesten bekannte, freiwillig eingegangene und als beherrschbar empfundene Risiken, mit denen ein großer Nutzen einhergeht, Nutzen und Risiko als gerecht verteilt empfunden werden und der Schaden gering eingeschätzt wird.⁴⁸⁰ Das Kriterium der Beherrschbarkeit geht dabei weitgehend im Kriterium der Freiwilligkeit auf, da Menschen freiwillig eingegangene Risiken subjektiv eher als beherrschbar einschätzen⁴⁸¹ und die Risiken auch objektiv durch ihre Vermeidbarkeit beherrschbar sind. Dementsprechend ist es für

⁴⁷⁹ U. Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 61: „Risikoentscheidungen sind, um rational bleiben zu können, auf Vergleiche angewiesen, auf Vergleiche von Risiko und Nutzen und auf Vergleiche des einen Risikos mit anderen Risiken“; E. L. Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, S. 179, sieht in probabilistischen Risikoanalysen ein „Hilfsmittel zum Finden vernünftiger Wahrscheinlichkeitsurteile“, ohne explizit auf Risikovergleiche einzugehen.

⁴⁸⁰ V. T. Covello, Technological Forecasting and Social Change 23 (1983), 285 (289); H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 167 (171 ff.). Zum Kriterium der Freiwilligkeit und des Nutzens der riskanten Tätigkeit siehe ferner die Pionierarbeit von C. Starr, Science 165 (1969), 1232.

⁴⁸¹ P. Slovic, Science 236 (1987), 280 (283); ders., in: S. Krimsky/D. Golding (Hrsg.), So-

die meisten Menschen nicht plausibel, wenn im Rahmen von Risikovergleichen lediglich die Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe verglichen werden.

Weiter unten⁴⁸² wird ausführlich auf die Rationalität der einzelnen Kriterien, die die faktische Risikoakzeptanz beeinflussen, eingegangen. Hier seien nur jene Punkte genannt, die zur Bewertung der Risikovergleiche unabdingbar sind. Dabei sei noch darauf hingewiesen, dass sich die hier diskutierten Charakteristika von Risiken auch eignen, um die Frage nach der Gleichheit von Risiken im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes zu beantworten, da sie als rationale, das heißt intersubjektiv verallgemeinerbare Kriterien auch innerhalb des allgemeinen Gleichheitssatzes Bedeutung haben. Die nachfolgenden Ausführungen können also auch für gleichheitsrechtliche Fragen ertragreich sein.

Normative Bedeutung bei der rechtlichen Risikobewertung haben die Schadenswahrscheinlichkeit, die Schadenshöhe, die Freiwilligkeit der Risikoexposition und ein mit dem Risiko etwaig einhergehender Nutzen.⁴⁸³ Irrational ist demgegenüber das Kriterium der Bekanntheit bzw. der Neuheit eines Risikos: Verfügt man über hinreichendes Wissen hinsichtlich des Risikopotenzials eines neuen Risikos, so ist das neue Risiko mit alten, ansonsten gleichen Risiken vergleichbar, weil die (Un-)Bekanntheit des Risikos in diesem Fall kein rationales, dem Risiko inhärentes Unterscheidungsmerkmal ist.⁴⁸⁴ Stellt sich beispielsweise nach einiger Zeit heraus, dass die durch das Corona-Virus hervorgerufenen Krankheiten hinsichtlich ihrer Schadenspotenziale, Eintrittswahrscheinlichkeiten und Schutzmöglichkeiten mit anderen Krankheiten vergleichbar sind, so ist ihre Vergleichbarkeit ein guter Grund für einen Gleichlauf auch der Schutzmaßnahmen.

Gehen die zu vergleichenden Risiken von Grundrechtsträgern aus, ist die mehrheitliche Bekanntheit/Verbreitung eines Risikos ferner deshalb ein unzulässiges Unterscheidungsmerkmal, weil es die Erzeuger neuer/unbekannter/wenig verbreiteter Risiken allein deshalb benachteiligt, weil sie ein wenig verbreitetes oder von der Mehrheit als sozialinadäquat bewertetes Risiko erzeugen, mithin einer Minderheit angehören. Diese gleichheitsrechtliche Grenze wurde bereits oben⁴⁸⁵ in Bezug auf die rechtliche Inkorporationsfähigkeit von Sozialadäquanzurteilen erörtert.

Mittelbare Relevanz bei Risikovergleichen erlangt die Bekanntheit bzw. die Neuheit eines Risikos in Fällen, in denen das Risikopotenzial aufgrund der Neu-

cial Theories of Risk, S. 117 (121); *H. Jungermann/P. Slovic*, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 167 (173).

⁴⁸² Siehe auf den S. 210 ff.

⁴⁸³ Siehe auf den S. 213 ff.

⁴⁸⁴ Siehe auf der S. 212.

⁴⁸⁵ Siehe auf den S. 141 ff.

heit des Risikos noch nicht hinreichend sicher abschätzbar ist. Ist unbekannt, welcher Schaden mit welcher Wahrscheinlichkeit droht und ob bzw. in welchem Umfang man sich vor dem Risiko schützen kann, lässt sich das Risiko schlicht nicht mit anderen Risiken vergleichen, da die Vergleichskriterien nicht bestimmbar sind. Es fehlt mithin an einer Vergleichsgrundlage.

Im Folgenden sei näher beleuchtet, welche Vorgaben aus den Kriterien der Schadenswahrscheinlichkeit, Schadenshöhe, Freiwilligkeit und des Nutzens für die Rationalität von Risikovergleichen abgeleitet werden können.

(1) Eintrittswahrscheinlichkeit

Die Gleichheit von Risiken setzt voraus, dass die Eintrittswahrscheinlichkeiten der Schäden gleich hoch sind, weil sich Risiken wesentlich durch die Potenzialität eines Schadens auszeichnen. Unterschiedlich hohe Risiken sind ungleich. Irritieren mag daher, dass Ergebnis der Risikovergleiche regelmäßig ist, die verglichenen Risiken seien unterschiedlich hoch. Nahe läge hier der Schluss, dass die verglichenen Risiken ungleich und entsprechende Risikovergleiche somit irrational seien. Stattdessen wird darauf abgestellt, dass das in Frage stehende Risiko kleiner oder zumindest nicht größer als andere erlaubte Risiken und daher erst recht hinzunehmen sei. Argumentiert wird also mit einem Erst-Recht-Schluss. Dieser Erst-Recht-Schluss ist valide, weil er das Verhältnis beider Fälle zueinander gerecht abzubilden vermag. Ist die Erzeugung eines höheren Risikos erlaubt, ist es plausibel, dass die Erzeugung des niedrigeren, in anderen (im Folgenden zu besprechenden) Punkten gleichen Risikos erst recht erlaubt sein müsse. Ebenso plausibel wäre es natürlich, nur das niedrigere, nicht aber das höhere Risiko zu erlauben.

(2) Schaden

Weiterhin sind zwei Risiken nur dann gleich, wenn die Art des negativen Ausgangs, also der Schaden, vergleichbar ist. Die oben genannten Risikovergleiche arbeiten insofern häufig mit einer Vereinfachung, als sie nur Todesfälle oder – im Falle der deutschen „Technischen Regeln für Gefahrstoffe 910“ – Krebsrisiken vergleichen. Vergleicht man die Risiken des Straßenverkehrs mit den Risiken des Flugverkehrs und zählt nur die Todesfälle, bleibt beispielsweise unberücksichtigt, dass im Straßenverkehr wohl sehr viel mehr Menschen Unfälle unterhalb der Todesschwelle erleiden. Negative Auswirkungen unterhalb der Todesschwelle finden in den Risikovergleichen in der Regel deshalb keinen Widerhall, weil diesbezügliche verlässliche statistische Daten fehlen.⁴⁸⁶ Ferner lassen sich unter-

⁴⁸⁶ Auf die fehlenden statistischen Daten weisen hin *U.S. Nuclear Regulatory Commission*,

schiedliche Nachteile nur schwer gewichten und auf einer gemeinsamen Skala darstellen.

Vereinfachungen bei der Abbildung der potenziellen Schäden sind nicht immer problematisch. Auch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bindungen von Art. 3 Abs. 1 GG wird keine Identität, sondern Vergleichbarkeit verlangt. Im Vordergrund der Frage nach der Vergleichbarkeit steht der Rechtsgüterschutz, nicht die konkrete Ausgestaltung des Schadens. Sowohl der Verlust der Sehkraft als auch chronische Schmerzen führen, obgleich im Einzelnen sehr unterschiedlich, zu einer erheblichen Minderung der Lebensqualität. Aus der Perspektive des Schutzes des Rechtsguts ‚Gesundheit‘ sind die Schäden also durchaus vergleichbar.

Zweitens darf in den Grenzen zulässiger Typisierungen der typische Kausalverlauf zugrunde gelegt werden. Bei der Abbildung der potenziellen Schäden dürfen also selten vorkommende Schäden vernachlässigt werden. Ferner sind Erst-Recht-Schlüsse – wie sie im Rahmen der Schadenswahrscheinlichkeit thematisiert wurden – auch hinsichtlich der Art der Schäden zulässig. Man stelle sich den (unzutreffenden) Fall vor, im Luftverkehr stürbe pro einer Milliarde Personenkilometer in Deutschland ein Mensch und keiner erlitt Verletzungen unterhalb der Todesschwelle, während im Straßenverkehr pro einer Milliarde Personenkilometer in Deutschland drei Menschen stürben und weitere 300 unterschiedlich schwer verletzt würden. Stünde nun zur Frage, ob der Luftverkehr hinnehmbare Risiken birgt (und nicht der Straßenverkehr) wäre es plausibel, nur die Todesfälle zu vergleichen, da nur auf Seiten des Straßenverkehrs weitere Schäden unterhalb der Todesschwelle zu verzeichnen sind. Wenn der Luftverkehr weniger Tote verursacht als der Straßenverkehr und im Straßenverkehr zusätzliche Schäden unterhalb der Todesschwelle auftreten, so darf der Luftverkehr jedenfalls nicht strenger reglementiert werden als der Straßenverkehr. Der Erst-Recht-Schluss gilt natürlich auch dann, wenn im Luftverkehr ebenfalls Menschen Verletzungen unterhalb der Todesschwelle erleiden, jedoch weniger als im Straßenverkehr. Dieser Erst-Recht-Schluss bezieht sich dann jedoch auf die Schadenshöhe der jeweiligen Schäden und nicht auf das Vernachlässigen von bestimmten Schadensarten.

Ob es rational und innerhalb gleichheitsrechtlicher Bindungen überdies rechtlich geboten ist, gegen die Gefahr einer Verbreitung von COVID-19 vergleichbar wie gegen die Gefahr einer Verbreitung der Grippe vorzugehen, hängt davon ab, ob mit beiden Erkrankungen vergleichbar häufig vergleichbare Schäden verbun-

Reactor Safety Study, WASH-1400, S. 133; *KHP König, Heunisch und Partner*, Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, S. 35 f.

den sind. Nach dem Stand der Forschung scheint das Corona-Virus, das COVID-19 verursacht, aktuell ansteckender⁴⁸⁷ und tödlicher⁴⁸⁸ als die Grippe zu sein und insbesondere häufiger schwere Verläufe⁴⁸⁹ und Langzeitschäden⁴⁹⁰ zu verursachen. Ferner wird bei ungebremster Verbreitung von COVID-19 eine Überlastung des Gesundheitssystems befürchtet, bei deren Eintreten nicht mehr alle Patientinnen und Patienten die erforderliche Behandlung erhalten könnten.⁴⁹¹ Bei diesem Szenario ist wiederum mit mehr Toten und (Langzeit-)Geschädigten durch das Corona-Virus zu rechnen, was zur Folge hat, dass die Differenz zwischen der Verbeitungsgefahr des Corona-Virus und jener der Grippe-Viren wächst. Ob das Ziel, die Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern, durch weniger einschneidende Maßnahmen ebenso effektiv erreicht werden könnte und ob die Maßnahmen angesichts der Freiheitsbeschränkungen angemessen sind, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.

(3) Freiwilligkeit

Da bei freiwilligen Risiken kein Grundrechtseingriff vorliegt, sondern die Grundrechte gar die Selbstgefährdung, -schädigung und -tötung schützen⁴⁹², sind freiwillig eingegangene Risiken nicht mit Risiken vergleichbar, die oktroyiert sind.

⁴⁸⁷ Zur Basisreproduktionszahl der Grippe siehe die systematische Literaturanalyse von M. Biggerstaff/S. Cauchemez/C. Reed/M. Gambhir/L. Finelli, BMC Infectious Diseases 480 (2014), <https://doi.org/10.1186/1471-2334-14-480> (zugegriffen am 28.04.2023). Zur Basisreproduktionszahl von COVID-19 siehe die systematische Literaturanalyse von A. Billah/M. Miah/N. Khan, Reproductive number of coronavirus: A systematic review and meta-analysis based on global level evidence, PLOS ONE 15(11): e0242128, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0242128> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁸⁸ T. T. Brehm/M. van der Meirschen/A. Hennigs/K. Roedl et al., Sci Rep 11 (2021), 5803, <https://doi.org/10.1038/s41598-021-85081-0> (zugegriffen am 28.04.2023); L. Piroth/J. Cottetnet/A.-S. Mariet/P. Bonniaud et al., The Lancet Respiratory Medicine 9 (2021), 251; Y. Xie/B. Bowe/G. Maddukuri/Z. Al-Aly, BMJ 2020;371:m4677, <https://doi.org/10.1136/bmj.m4677> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁸⁹ T. T. Brehm/M. van der Meirschen/A. Hennigs/K. Roedl et al., Sci Rep 11 (2021), 5803, <https://doi.org/10.1038/s41598-021-85081-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁹⁰ Zu den Langzeitschäden siehe S. Lopez-Leon/T. Wegman-Ostrosky/C. Perelman/R. Sepulveda et al., Sci Rep 11 (2021), 16144, <https://doi.org/10.1038/s41598-021-95565-8> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁹¹ Siehe zu den Zielen der Corona-Maßnahmen D. Murswiek, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 "Corona-Pandemie" des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 10, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); ders., NVwZ-Extra 2021, 1 (3); ders., Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁴⁹² BVerfG, NJW 2020, 905 (906 ff.).

Zu den oktroyierten Risiken zählen auch solche, die für den Einzelnen unvermeidbar sind bzw. deren Vermeidung unzumutbar ist.

Hinsichtlich der Frage, wann ein Risiko vermeidbar und seine Vermeidung zumutbar ist, kann auf die oben⁴⁹³ entwickelten Maßstäbe verwiesen werden. Zumutbar ist die Vermeidung eines Risikos danach dann, wenn sie lediglich kleinere, etwa zeitlich punktuelle Änderungen der Verhaltensweisen erfordert und nicht mit anderen – ihrerseits unzumutbaren – Risiken verbunden ist. Unzumutbar ist sie dagegen, wenn sie eine gravierende Umstellung der Lebensführung abverlangt oder mit anderen – ihrerseits unzumutbaren – Risiken verbunden ist.

Überträgt man diese Überlegungen auf die hier in Frage stehenden Risikovergleiche, so dürfte es unzumutbar sein, von Anwohnern von Atomkraftanlagen oder Flughäfen den Wegzug zu verlangen, sollten sie die Risiken der Atomkraftanlage oder des Flughafens scheuen. Seinen Lebensmittelpunkt zu verlegen, stellt zweifelsfrei eine gravierende Umstellung der Lebensführung dar. Ebenso unzumutbar ist es für Gegner des motorisierten Straßenverkehrs, aufs Land zu ziehen. Dementsprechend sind die Risiken, die von Atomkraftwerken und Flughäfen für die Anwohner ausgehen, unfreiwillige. Unzumutbar ist es ferner, von Menschen, die eine Ansteckung mit dem Corona-Virus fürchten, eine ‚freiwillige‘ soziale Isolation zu verlangen.⁴⁹⁴ Ob die Ansteckung mit dem Corona-Virus freiwillig ist, sofern eine existierende Impfmöglichkeit nicht in Anspruch genommen wird, hängt davon ab, ob bzw. welche Nebenwirkungen von der Impfung zu erwarten sind. Uneinheitlich zu beantworten ist die Frage, ob Autofahrer die Risiken des Autofahrens freiwillig eingehen. Wenn alternative, vergleichbar schnelle Fortbewegungsmittel zur Verfügung stehen, spricht die Ausweichmöglichkeit dafür, dass die Risiken des Autofahrens freiwillig eingegangen werden. Für den Pendler, dessen Wohnort nicht an den Zugverkehr angeschlossen ist, wäre der Verzicht auf die Benutzung eines Autos demgegenüber unzumutbar.

Insofern leuchtet es ein, wenn in den oben dargestellten Risikovergleichen die Risiken des Luftverkehrs für Anwohner mit jenen der Fußgänger im Straßenverkehr verglichen werden, denn in beiden Fällen werden die Risiken unfreiwillig eingegangen. Dem Anwohner ist der Wegzug wegen der damit verbundenen Verlegung des Lebensmittelpunkts unzumutbar. Der Fußgänger kann sich den Risiken des Straßenverkehrs nur entziehen, wenn er weitgehend im Haus bleibt, was praktisch unmöglich oder jedenfalls aufgrund der damit verbundenen gravierenden Einschränkungen unzumutbar ist, oder in eine Gegend ohne Straßenverkehr zieht, was (solange er es nicht aus anderen, freiwilligen Überlegungen macht) ebenfalls unzumutbar ist.

⁴⁹³ Siehe auf den S. 127 ff.

⁴⁹⁴ Siehe auf S. 130.

Das Infektionsrisiko von COVID-19 ist hinsichtlich des Kriteriums der Freiwilligkeit der Risikoexposition nur dann mit dem Infektionsrisiko von Influenza zu vergleichen, wenn vergleichbar effektive Impfungen und Medikamente zur Behandlung zur Verfügung stehen und beide mit vergleichbaren Nebenwirkungen behaftet sind.

(4) Nutzen

Neben der Eintrittswahrscheinlichkeit, der Art der zu erwartenden Schäden und der Freiwilligkeit der Risikoexposition ist für eine intersubjektiv plausible Risikobewertung bedeutsam, welcher Nutzen mit den Risiken einhergeht und wie Risiko und Nutzen verteilt sind, da Risiken nie um ihrer selbst willen eingegangen werden, sondern nur, weil sie unvermeidbar sind, sofern man den korrespondierenden Vorteil genießen möchte. Risiken sind also nur dann gleich, wenn mit ihnen ein vergleichbarer Nutzen einhergeht und die Verteilung von Nutznießern und Risikotragenden vergleichbar ist. Auch bezüglich des Nutzens gilt: Gleichheit – sowohl im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG als auch im Rahmen intersubjektiv verallgemeinerbarer Maßstäbe außerhalb des allgemeinen Gleichheitssatzes – setzt keine Identität, sondern Vergleichbarkeit voraus. Zwei Sachverhalte sind hinsichtlich ihres Nutzens nicht erst dann vergleichbar, wenn sie durch den jeweils anderen substituierbar sind. Austauschbar sind beispielsweise zwei verschiedene Technologien zur Erzeugung von Elektrizität.⁴⁹⁵ Vergleichbar sind zwei Sachverhalte hinsichtlich ihres Nutzens bereits dann, wenn sich für den Nutzen auf einer höheren Abstraktionsebene eine Gemeinsamkeit, sprich ein gemeinsamer Oberbegriff, finden lässt. Der Luftverkehr ist beispielsweise nicht durch den Straßen- oder Schienenverkehr substituierbar, weil er auch Strecken ohne Landverbindung bedienen kann und schneller ist. Der gemeinsame Nutzen sowohl des Luft- als auch des Schienen- und Straßenverkehrs liegt jedoch in der Mobilität.

Natürlich ist die Frage nach der Vergleichbarkeit des Nutzens all jenen Problemen mangelnder Objektivität ausgesetzt, die aus gleichheitsrechtlichen Fragestellungen bekannt sind: Objektive Maßstäbe zu entwickeln, was vergleichbar ist und was nicht, auf welcher Abstraktionsebene man den gemeinsamen Oberbegriff zweier Sachverhalte ansiedeln darf, damit sie ‚gleich‘ sind, etc. ist ein aussichtsloses Unterfangen. Der Mangel an Objektivität hinsichtlich der materiell-

⁴⁹⁵ Obgleich schon dies angezweifelt werden kann aufgrund der begrenzten und unterschiedlichen Verfügbarkeit der zur Erzeugung von Elektrizität benötigten Rohstoffe. Kritisch bezüglich der Vergleichbarkeit von Risiken verschiedener Anlagentypen derselben Energieerzeugungstechnologie und bezüglich verschiedener Energieerzeugungstechnologien äußert sich auch R. Breuer, NVwZ 1990, 211 (218, 221).

rechtlichen Frage, was gleich ist, ist – wie auch im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG – formell über die Zuweisung von Entscheidungskompetenzen, genauer: die Kompetenzverteilung zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber zu lösen.⁴⁹⁶ Solange der parlamentarische oder behördliche⁴⁹⁷ Gesetzgeber sachliche Gründe für die Vergleichbarkeit des Nutzens zweier Sachverhalte anführen kann, darf das Bundesverfassungsgericht seine Wertungen nicht an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers stellen.

In der U.S.-amerikanischen *Reactor Safety Study* und dem deutschen Äquivalent wurden überwiegend Sachverhalte mit der Kernenergie verglichen, die entweder nicht denselben Nutzen wie die Kernenergie (Freisetzen von Chlor bei der menschlichen Nutzung von Chlor, Flugzeugabstürze im Rahmen des Flugverkehrs) oder gar keinen Nutzen haben (Meteorite, Tornados, Hurrikans, Erdbeben etc.). Gleiches gilt, wenn das von Windenergieanlagen ausgehende Brandrisiko gerechtfertigt wird, indem es mit dem Risiko, „einen Verkehrs- oder sonstigen Unfall zu erleiden“, verglichen wird.⁴⁹⁸ Der Straßenverkehr und Windenergieanlagen haben nicht denselben Nutzen. Aus demselben Grund entbehrt der Vergleich der Risiken der Corona-Pandemie mit anderen ‚allgemein akzeptierten‘ Lebensrisiken⁴⁹⁹ einer rationalen Grundlage. Die Infektion mit COVID-19 hat gar keinen Nutzen; andere Lebensrisiken können demgegenüber sehr unterschiedliche Nutzen haben. Das Risiko einer Infektion mit COVID-19 kann somit nicht durch einen pauschalen Vergleich mit nicht weiter spezifizierten anderen Lebensrisiken für akzeptabel erklärt werden.

⁴⁹⁶ Zur funktionell-rechtlichen Interpretation des Gehalts des allgemeinen Gleichheitssatzes hinsichtlich der legislativen Bindung siehe *Heun*, in: Dreier, GG I, Art. 3 Rn. 48.

⁴⁹⁷ Wird die Verwaltung originär rechtsetzend tätig, beispielsweise durch den Erlass einer Rechtsverordnung oder durch die Aufstellung eines Bebauungsplans, entspricht ihre gleichheitsrechtliche Bindung innerhalb der durch das Gesetz gelassenen Entscheidungsfreiräume derjenigen der Legislative. Der Grund hierfür liegt in der Struktur der Normsetzung im Gegensatz zum Normvollzug. Das schwächere Legitimationsniveau der Verwaltung im Gegensatz zum parlamentarischen Gesetzgeber wird dabei durch den Vorbehalt des Gesetzes, die Gesetzesbindung der Verwaltung und die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes kompensiert, siehe *Boysen*, in: Münch/Kunig, GG I, Art. 3 Rn. 39; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 115.

⁴⁹⁸ HessVGH, Beschluss v. 26.09.2013 – 9 B 1674/13, juris, Rn. 24; VG Bayreuth, Urteil v. 18.12.2014 – B 2 K 14.839, juris, Rn. 56; VG Düsseldorf, Beschluss v. 23.09.2016 – 28 L 1759/16, juris, Rn. 137; VG Freiburg, Beschluss v. 23.09.2016 – 6 K 2683/16, juris, Rn. 57; VG Würzburg, Urteil v. 20.12.2016 – W 4 K 14.354, juris, Rn. 82. Siehe zu diesem Vergleich oben auf S. 17.

⁴⁹⁹ *D. Murswiek*, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 “Corona-Pandemie” des Landtags Rheinland-Pfalz, S. 13, 32, 39, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *ders.*, NVwZ-Extra 2021, 1 (14); *ders.*, Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023).

Es gibt jedoch auch Beispiele aus den oben dargestellten Risikovergleichen, in denen sich die Vergleichbarkeit des Nutzens der verglichenen Risiken durchaus begründen lässt. Die *U.S. Nuclear Regulatory Commission* legte in den *Safety Goals* fest, dass das Gruppenrisiko, das von Kernkraftwerken ausgeht, vergleichbar oder kleiner sein sollte als das Risiko, das von konkurrierenden, realisierbaren Technologien zur Elektrizitätsgewinnung ausgeht.⁵⁰⁰ Bei diesem Vergleich⁵⁰¹ dienen die verglichenen Systeme bzw. Technologien demselben Zweck, nämlich der Elektrizitätsgewinnung. Ferner leitete die britische HSE das maximal tolerable Risiko für Arbeiter von dem Risiko ab, dem zur Zeit der Anfertigung des Reports die Arbeiter in den gefährlichsten Berufen ausgesetzt waren.⁵⁰² Der vergleichbare Nutzen ist hier der monetäre Verdienst, sprich das Geld, das Menschen für ihre Arbeit erhalten. Plausibel ist es auch, wenn im Planfeststellungsverfahren zur Erweiterung des Frankfurter Flughafens die Risiken des Luftverkehrs für die Anwohner des Flughafens mit den Risiken verglichen werden, denen Fußgänger im Straßenverkehr ausgesetzt sind. Sowohl der Luftverkehr als auch der Straßenverkehr dienen der Mobilität. Der Zweck beider Technologien ist also vergleichbar.

bb) Natürliche Risiken

Nachdem versucht wurde, intersubjektiv plausible Vergleichskriterien zu entwickeln, wird nun die Rationalität eines spezifischen beliebigen Vergleichs besprochen: der Vergleich natürlicher Risiken mit technisch erzeugten. Während Risikovergleiche generell großer Kritik ausgesetzt waren, wurde der Vergleich natürlicher mit technisch erzeugten Risiken von dieser Kritik ausgenommen. *Aurand*, *Ossenbühl* und *Marburger* befürworteten es etwa, zur Rechtfertigung bestimmter

⁵⁰⁰ *U.S. Nuclear Regulatory Commission*, *Safety Goals for the Operations of Nuclear Power Plants*, S. 1 f., <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/commission/policy/51fr30028.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023): "Individual members of the public should be provided a level of protection from the consequences of nuclear power plant operation such that individuals bear no significant additional risk to life and health. Societal risk to life and health from nuclear power plant operation should be comparable to or less than the risks of generating electricity by viable competing technologies and should not be a significant addition to other societal risks."

⁵⁰¹ Zum Vergleich des Risikopotenzials verschiedener Energieerzeugungssysteme pro erzeugter Energieeinheit siehe *H. Wagner*, ZRP 12 (1979), 54 (57).

⁵⁰² *Health and Safety Executive*, *The tolerability of risk from nuclear power stations*, S. 30 Ziff. 169, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *dass.*, *Reducing risks, protecting people*, S. 46 Ziff. 132, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).

Dosisgrenzwerte im Strahlenschutz die natürliche Strahlung mit der technisch erzeugten zu vergleichen.⁵⁰³

Diesem wohlwollenden Blick kann nicht gefolgt werden. Die Ansicht legt fälschlicherweise zugrunde, dass ‚natürliche‘ Phänomene gut im Sinne von risikolos bzw. -arm sind.⁵⁰⁴ Unberücksichtigt bleiben auch Summationseffekte: Selbst wenn sich beweisen ließe, dass beispielsweise die ‚natürliche‘ Strahlung für den Menschen risikoarm ist, bedeutete dies nicht, dass das Hinzufügen derselben oder einer geringeren Menge gleicher, technisch erzeugter Strahlung keine gesundheitlich bedenkliche Risikosteigerung mit sich brächte.

cc) Unbeherrschbare Risiken

Sind mit ‚natürlichen‘ Risiken tatsächlich unbeherrschbare gemeint, wird überdies vernachlässigt, dass unbeeinflussbare Risiken kein plausibler Vergleichsmaßstab für die Sozialadäquanz von Risiken sein können: In Fällen, in denen Risiken bzw. deren Verwirklichung unbeeinflussbar, also unbeherrschbar sind, konnte sich eine Gesellschaft schließlich nicht für die Hinnahme der Risiken entscheiden. Sie ist schlicht verdammt dazu, sie hinzunehmen, weil sie an ihrer Existenz nichts ändern kann.

Die Plausibilität des in der U.S.-amerikanischen *Reactor Safety Study* angestellten Vergleichs der Risiken der Kernenergie mit jenen eines Meteoriteneinschlags ist also zweifelhaft. Fragwürdig sind aus diesem Grund auch die ebendort bemühten Vergleiche der Risiken der Kernenergie mit jenen von Blitzschlägen, Erdbeben, Hurrikanen und Tornados. Wenngleich durch sicheres Bauen und entsprechende Bauvorschriften teilweise beeinflussbar ist, ob durch diese Risikoquellen Menschen und Sachen zu Schaden kommen, sind die Risikoquellen und die Verwirklichung ihrer Risiken doch nicht vollständig beherrschbar.

l) Bewertung: Irrationales Rosinenpicken

Es wurde dargestellt, dass die meisten Risikovergleiche weder verfassungsrechtlich zwingend noch rational sind. Verfassungsrechtliche Bindungen scheitern in der Regel daran, dass die verglichenen Risiken in unterschiedliche Zuständigkeiten fallen. Irrational sind viele Risikovergleiche, weil ungleiche Risiken miteinander, beherrschbare mit unbeherrschbaren oder natürliche mit staatlich erzeugten oder erlaubten Risiken verglichen werden.

⁵⁰³ K. Aurand, ZfU 3 (1980), 873 (880); sich anschließend F. Ossenbühl, in: W. Blümel/H. Wagner (Hrsg.), Technische Risiken und Recht, S. 45 (47); P. Marburger, Atomrechtliche Schadensvorsorge, S. 99 f.

⁵⁰⁴ So auch *Health Council of the Netherlands*, Not all risks are equal, S. 63.

Wenn die Exekutive und Judikative dennoch auf derartige irrationale Risikovergleiche zurückgreifen, so ist dies als Versuch zu deuten, ihre Risikobeurteilungen zu rechtfertigen. Diese Versuche der Rechtfertigung sind in Anbetracht der schwachen gesetzlichen Steuerung der Risikobewertung verständlich. Sie können indes nicht darüber hinweghelfen, dass derartige Risikovergleiche keine intersubjektiv plausiblen Argumente sind.

Der Vergleich von ungleichen Risiken ist gerade deshalb so beliebig wie beliebt, weil rechtlich nicht vorgegeben ist, welche Risiken miteinander verglichen werden und welcher Lebensbereich in welchem Fall als maßstabsbildend herangezogen wird. Dementsprechend wird – ganz im Sinne der gewünschten Legitimierung des neuen Risikos – häufig einer der gefährlichsten Lebensbereiche als Referenz herangezogen: der Straßenverkehr. Umgekehrt wird der Straßenverkehr jedoch nicht als Argument gelten gelassen, um zu begründen, warum Brandmelder und die Masernimpfpflicht nicht gerechtfertigt seien. Die Beliebigkeit, welche Risiken miteinander verglichen werden und in welche Richtung der Angleich des Sicherheitsniveaus gefordert wird (Sollten alle bestehenden Risiken an die hohen Risiken des Straßenverkehrs angeglichen werden? Sollte das Risikoniveau im Straßenverkehr an jenes der Lebensmittelsicherheit angepasst werden? Sollten alle Risiken, die über die Wahrscheinlichkeit eines Meteoriteneinschlags hinausgehen, minimiert werden?) zeigt, dass aus dem Vergleich ungleicher Risiken nie eine spezifische Risikobewertung folgen kann.

Ob Risikovergleiche rational sind, zeigt sich demgegenüber gerade daran, dass man aus ihnen intersubjektiv plausible *Folgerungen* ableiten kann: Will es eine Gesellschaft beispielsweise mehrheitlich ermöglichen, Hunde als Haustiere zu halten, erlaubt der Vergleich von Beißstatistiken, die Hunderassen mit den niedrigsten Risikopotenzialen auszuwählen. Wenn manche Hunderassen seltener als andere beißen, ist es nachvollziehbar, nur die Haltung dieser ungefährlicheren Rassen zu erlauben. Umgekehrt ist es intersubjektiv verständlich, wenn zwei Hunderassen, die sich hinsichtlich ihrer Risikopotenziale gleichen, auch rechtlich gleichbehandelt werden. Demgegenüber folgt aus dem Vergleich von Beißstatistiken mit den Risiken des Straßenverkehrs nichts, weder in Bezug auf die Bewertung von Hunden noch hinsichtlich der Bewertung des Straßenverkehrs.

Auch der, auf den ersten Blick plausibel anmutende Vergleich der Risiken der Corona-Pandemie mit den Risiken der Influenza scheitert an der (jedenfalls aktuell) fehlenden Vergleichbarkeit beider Sachverhalte: Eine Infektion mit COVID-19 führt aktuell häufiger zum Tod und zu (Langzeit-)Schäden als eine Infektion mit Influenza. Ferner unterscheiden sich beide Krankheiten hinsichtlich des Kriteriums der Freiwilligkeit bzw. Beherrschbarkeit der Risikoexposition, solange es gegen COVID-19 keine vergleichbar effektiven Impfungen und Medikamente gibt. Die Rationalität des Vergleichs beider Infektionsrisiken hängt in

Zukunft davon ab, wie sich diese Parameter sowohl angesichts der fortschreitenden Forschung als auch angesichts der Mutationen des Corona-Virus entwickeln.

m) Risikovergleiche als gesellschaftliche Diskursgrundlage

Wenngleich sich der Vergleich ungleicher Risiken nicht dazu eignet, neue Risiken zu rechtfertigen oder eine spezifische Risikobewertung vorzugeben, sind derartige Risikovergleiche von diskursivem gesellschaftlichem und politischem Interesse. Risikovergleiche erlauben, in Relation zu den sonstigen bestehenden Risiken vergleichsweise stark bzw. wenig gesicherte Lebensbereiche zu identifizieren.⁵⁰⁵ Die Identifikation der Lebensbereiche, die vergleichsweise stark bzw. wenig gesichert sind, kann zum einen die Wertung nach sich ziehen, dass dies gewollt ist. Zum anderen kann die Sicherheit in den betroffenen Lebensbereichen als Exzess bzw. Defizit bewertet werden. Risikovergleiche legen damit die Grundlage für einen Diskurs, ob und warum eine Gesellschaft in manchen Lebensbereichen mehr Risiken hinnimmt als in anderen und ob dies im Einzelfall wünschenswert ist. Damit folgt aus dem Vergleich ungleicher Risiken weder normativ zwingend, wie das eine Risiko im Verhältnis zum anderen zu behandeln ist. Noch sind sie eine rationale Methode zur Risikobewertung. Sie eignen sich daher nicht zur intersubjektiv einsehbaren Rechtfertigung einer spezifischen Risikobewertung. Die Skalierung unterschiedlicher Risiken anhand ihrer Eintrittswahrscheinlichkeiten legt jedoch den Grundstein für einen politischen und gesellschaftlichen Diskurs darüber, in welchen Bereichen eine Gesellschaft welche Risiken hinzunehmen bereit ist.

n) Zur Berücksichtigung des Hintergrundrisikos

Soeben wurde bewertet, ob es plausibel ist, neue Risiken damit zu rechtfertigen, dass sie kleiner als oder gleich groß wie andere („allgemeine Lebens-“)Risiken sind. Im Folgenden wird das zweite im Rahmen von Risikovergleichen beliebte Argument erörtert: die Berücksichtigung des Hintergrundrisikos, auch⁵⁰⁶ als „allgemeines Lebensrisiko“ bezeichnet.

⁵⁰⁵ So auch *H. Wagner*, NJW 33 (1980), 665 (671). Auch ein Gutachten zum Planfeststellungsverfahren zur Erweiterung des Frankfurter Flughafens betont, dass Risikovergleiche „nicht immer“ konkrete Schlüsse für die Risikobewertung zuließen und vielmehr nur zur quantitativen Einordnung von Risiken sinnvoll seien, siehe *KHP König, Heunisch und Partner*, Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, S. 93.

⁵⁰⁶ Zur zweifachen Bedeutung des Begriffs des allgemeinen Lebensrisikos im Kontext von Risikovergleichen siehe oben auf S. 180.

aa) Zum Argument der Risikoerhöhung

Das Hintergrundrisiko findet in den oben dargestellten Argumentationen über den Aspekt der Risikoerhöhung Eingang in die rechtliche Risikobewertung. Das Argument der Risikoerhöhung wird in zwei verschiedenen Fassungen vorgebracht. Ausgehend von der U.S.-amerikanischen *Reactor Safety Study* ist die häufigere Variante⁵⁰⁷ des Arguments, dass ein neues Risiko dann hinzunehmen sei, wenn es der Summe der bestehenden Risiken nichts Wesentliches hinzufüge. Hier geht es nicht um die klassische Risikoerhöhungslehre im Strafrecht. Dort dient sie der Zuweisung von Verantwortung in Bereichen, in denen bereits Risiken existieren, und deshalb möglich ist, dass der Taterfolg auch unabhängig vom Zutun des Täters eingetreten wäre.⁵⁰⁸ Die strafrechtliche Risikoerhöhungslehre betrachtet ein konkretes Risiko und fragt danach, ob eine Person dieses konkrete Risiko erhöht hat. Anders ist der hiesige Fall gelagert. Hier geht es nicht darum, ob ein konkretes Risiko erhöht wird, sondern ob die Summe aller Risiken wesentlich erhöht wird. Dieses Argument zielt offenbar darauf ab, die Bedeutung der hinzukommenden Risiken angesichts der bestehenden Risiken herunterzuspielen. Es kann jedoch nicht überzeugen. Nur weil die Risikosteigerung im Vergleich zur Summe der bestehenden Risiken ‚doch nichtig sei‘, lässt sich nicht positiv ableiten, warum es gute Gründe für die Hinnahme des hinzukommenden Risikos gibt. Im Übrigen ist ein einzelnes hinzukommendes Risiko im Vergleich zur Summe aller bereits bestehenden Risiken in der Regel klein. Über diese Rechtfertigungsfigur ließe sich praktisch jedes Risiko rechtfertigen.

Ins Absurde wird das Argument der Risikoerhöhung in den deutschen Technischen Regeln für Gefahrstoffe gewendet, wenn dort darauf abgestellt wird, dass das für Krebserkrankungen am Arbeitsplatz geltende Toleranzrisiko unterhalb des bestehenden Hintergrundrisikos für Krebserkrankungen liegen müsse.⁵⁰⁹ Gefordert wird also nicht, dass der Summe der bestehenden Risiken nichts Wesentliches hinzugefügt werden solle, sondern dass das neu hinzukommende Risiko kleiner als die Summe der bestehenden Risiken sein solle. Hier kann es fast zu einer Verdopplung des Risikos kommen, wenn das neu hinzukommende Risiko nur unwesentlich kleiner als das Hintergrundrisiko ist. Dass man bei einer Verdopplung eines Risikos nicht mehr von einer nur unwesentlichen Risikoerhöhung sprechen kann, ist evident.

⁵⁰⁷ U.S. Nuclear Regulatory Commission, *Reactor Safety Study*, WASH-1400, S. 132; *Health and Safety Executive*, *The tolerability of risk from nuclear power stations*, S. 31 Ziff. 175, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023); *D. Rauschning*, *VVDStRL* 38 (1980), 167 (192).

⁵⁰⁸ Siehe die Zusammenfassung bei *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 179.

⁵⁰⁹ Siehe Nr. 3 Abs. 5 der Anlage 2 zu den TRGS 910.

bb) Die Berücksichtigung des Hintergrundrisikos als Aspekt der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Zwar kann aus dem Umstand, dass ein Risiko dem bestehenden Hintergrundrisiko nichts Wesentliches hinzufügt, nicht *positiv* auf die Zulässigkeit des in Frage stehenden Risikos geschlossen werden. *Umgekehrt* kann ein hohes Hintergrundrisiko jedoch dazu führen, dass eine Maßnahme zur Risikominimierung, die in Grundrechte eingreift, unverhältnismäßig ist. Dies wird im Folgenden dargestellt.

Unterschiedliche Gesellschaften bewegen sich auf unterschiedlichen Risiko- bzw. Sicherheitsniveaus. Ein höheres Sicherheitsniveau korreliert mit einer stärkeren normativen Strukturierung des Lebens und einem entsprechenden Normvollzug: Nicht nur bestehen mehr rechtliche Regeln für das Zusammenleben, sie werden auch konsequenter durchgesetzt. Das Ordnungsniveau in einem vom Bürgerkrieg erschütterten Land ist beispielsweise niedrig. Es stellen sich drängendere Fragen als solche der Kühlkette (Lebensmittelsicherheit) oder des Brandschutzes (Bauordnungsrecht). Gesetzgebung und Vollzug, sofern sie noch existieren und handlungsfähig sind, sind auf die Lösung existentieller Fragen wie der eines Waffenstillstandes fokussiert. In einem solchen Land in einer derartigen Situation erschiene der Erlass sowie insbesondere die Durchsetzung einer staatlichen Norm, die das Tragen eines Helmes beim Fahrradfahren oder die Installation von Rauchmeldern in Wohnhäusern vorschreibe, fehl am Platze. Diesen Sicherheitsmaßnahmen fehlte jegliche Relation zum tatsächlichen Sicherheitsbedarf (Waffenstillstand und Beendigung des Bürgerkrieges). Zwar würden weniger Menschen an tödlichen Kopfverletzungen oder an Rauchvergiftungen sterben; viele kämen jedoch ohnehin aufgrund der Kriegshandlungen um.

Ein anderes Beispiel: Man stelle sich vor, es falle so viel Schnee, dass alle zehn Minuten 30 cm hinzukämen. Eine staatlich auferlegte Pflicht, den Bürgersteig stets von Schnee freizuhalten, wäre in einer derartigen Situation sinnlos. Jedes Schneeschippen befreite den Bürgersteig zwar kurzzeitig vom Schnee; nach wenigen Minuten wäre er jedoch wieder bedeckt. Mit dem einzelnen Schneeschippen wird mithin zwar der Zweck der Räumpflicht erreicht (der Bürgersteig ist – jedenfalls für kurze Zeit – vom Schnee befreit), angesichts der Umstände (starker Schneefall) wird die (kurzzeitige) Zweckerreichung jedoch bedeutungslos.

Nach hier vertretener Ansicht lässt sich aus diesen Beispielen ein allgemeines rechtliches Argument machen: Eine staatliche Maßnahme, die in Grundrechte eingreift, ist unverhältnismäßig im engeren Sinne, wenn der mit der Maßnahme angestrebte Zweck zwar erreicht wird, die Zweckerreichung aufgrund anderer Umstände jedoch bedeutungslos ist. Gewendet aufs Sicherheitsrecht ließe sich

formulieren: Ein staatlicher Akt, der zur Erreichung von mehr Sicherheit in Grundrechte eingreift, ist unverhältnismäßig im engeren Sinne, wenn er in einem evidenten Missverhältnis zum allgemein bestehenden Sicherheitsniveau (anders: zum Hintergrundrisiko bzw. ‚allgemeinen Lebensrisiko‘) steht.

Der Begriff der Verhältnismäßigkeit in diesem Kontext mag zunächst verwirren. Üblicherweise wird im öffentlichen Recht mit dem Begriff der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne das (angemessene) Verhältnis zwischen der Intensität einer durch eine staatliche Maßnahme verursachten Grundrechtsbeeinträchtigung und dem Grad der durch die Maßnahme erhofften Zweckerreichung bezeichnet.⁵¹⁰ Die relationale Prüfung ist bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne also isoliert auf eine konkrete Maßnahme bezogen. Bei der hier vorgeschlagenen Verwendung des Begriffs der Verhältnismäßigkeit geht es indes nicht um eine isolierte Betrachtung einer konkreten Maßnahme. Es wird nicht geprüft, wie intensiv eine staatliche Maßnahme in Grundrechte eingreift und ob der Eingriff in Anbetracht des Grades der Zweckerreichung angemessen scheint. Vielmehr wird bewertet, ob der (einzeln betrachtet erfolgreich erreichte) Zweck in Anbetracht äußerer Umstände bedeutungslos ist. Der Blick ist insofern ein weiterer, als äußere Umstände in die Bewertung einbezogen werden.

Dass staatliche Maßnahmen unverhältnismäßig im engeren Sinne sind, wenn die Zweckerreichung aufgrund äußerer Umstände bedeutungslos ist, ist eine konsequente Fortführung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Nicht zuletzt wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne mit der Frage in Verbindung gebracht, ob eine Maßnahme in Anbetracht des mit ihr angestrebten Zwecks für die Betroffenen zumutbar⁵¹¹ ist. Anhand des Kriteriums der Zumutbarkeit wird bewertet, was dem Einzelnen angesichts des Verfassungskonflikts abverlangt werden kann. Ist der mit einer grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahme erreichte Zweck aufgrund äußerer Umstände bedeutungslos, muss dem Betroffenen auch die eigene Grundrechtsbeeinträchtigung sinnlos erscheinen. Die Grundrechtsbeeinträchtigung ist dann angesichts der Bedeutungslosigkeit der Zweckerreichung für den Einzelnen unzumutbar.

Bezogen aufs Sicherheitsrecht gibt es Untersuchungen aus der ökonomischen Theorie zum sogenannten Wert eines statistischen Lebens, die die Annahme stüt-

⁵¹⁰ R. Poscher, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), Hdb. VerFR, S. 149 Rn. 45; B. Schlink, in: M. Rosenfeld/A. Sajó (Hrsg.), The Oxford handbook of comparative constitutional law, S. 718 (720 f.).

⁵¹¹ St. Rspr. des BVerfG, siehe nur BVerfGE 7, 377 (406) – Apothekenurteil [1958]; 13, 97 (113) – Handwerksordnung [1961]; 18, 353 (362) – Devisenbewirtschaftungsgesetz [1965]. Die Kritik entkräftend, dass Zumutbarkeit und Angemessenheit zu unterscheiden sind, B. Schlink, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 445 (451 ff.).

zen, dass Sicherheitsmaßnahmen bei gleichzeitigem Vorliegen eines hohen Hintergrundrisikos als unverhältnismäßig empfunden werden. Eine Methode, um den Wert eines statistischen Lebens zu berechnen, stellt auf die Zahlungsbereitschaft von Menschen für einen bestimmten Sicherheitsgewinn ab. Sie schaut sich also an, was Menschen für welchen Sicherheitsgewinn zu zahlen bereit sind. Untersucht werden kann, ob die Zahlungsbereitschaft statisch ist oder beispielsweise mit dem Wohlstand, Gesundheitszustand oder Hintergrundrisiko der betroffenen Personen korreliert. *Louis R. Eeckhoudt* und *James K. Hammitt* fanden empirische Evidenz, dass die Bereitschaft, für die Minimierung eines konkreten lebensbedrohlichen Risikos Geld zu bezahlen, sinkt, wenn das Hintergrundrisiko, also das unabhängig vom konkreten Risiko bestehende Level an Risiken, hoch ist.⁵¹² Diesen Effekt bezeichnen sie als „*why bother?*“ *effect*.⁵¹³ Wieso sollte ich Geld für risikominimierende Maßnahmen ausgeben, wenn mein Risiko zu sterben ohnehin groß ist? Den Effekt konnten sie jedoch nur bei hohem Hintergrundrisiko nachweisen; war das Hintergrundrisiko klein, ließ sich der Effekt nicht beobachten.⁵¹⁴

Über die Untersuchung des allgemeinen Lebensrisikos in seiner Bedeutung als Hintergrundrisiko konnte die vorliegende Arbeit damit einen Beitrag zur Ausdifferenzierung der Verhältnismäßigkeitsdogmatik leisten, der nicht auf das Sicherheitsrecht beschränkt ist.

o) Zwischenergebnis

Im zurückliegenden Kapitel wurde gezeigt, dass viele der Risikovergleiche, die zur Legitimierung neuer Risiken angestellt werden, irrational sind. Dennoch erfreuen sie sich großer Beliebtheit. Dies erklärt sich über das Interesse, neue Risiken zu legitimieren, in Bezug auf deren Zulässigkeit wenige rechtliche Vorgaben bestehen. Die Skalierung unterschiedlicher Risiken anhand ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit vermittelt ein Gefühl für das bestehende Hintergrundrisiko und ist von dem Wunsch getragen, das neue Risiko angesichts der Fülle bestehender Risiken unbedeutend erscheinen zu lassen und darüber zu legitimieren. Diese Legitimation kann in Fällen, in denen ungleiche Risiken miteinander, natürliche

⁵¹² *L. R. Eeckhoudt/J. K. Hammitt*, *The Journal of Risk and Uncertainty* 23 (2001), 261 (265 f., 274).

⁵¹³ *L. R. Eeckhoudt/J. K. Hammitt*, *The Journal of Risk and Uncertainty* 23 (2001), 261 (264, 274).

⁵¹⁴ *L. R. Eeckhoudt/J. K. Hammitt*, *The Journal of Risk and Uncertainty* 23 (2001), 261 (265 f., 274). Gar keinen statistisch signifikanten bzw. in einer anderen Studie nur einen schwachen statistisch signifikanten Zusammenhang zwischen Hintergrundrisiko und Zahlungsbereitschaft für Risikominimierung fand *H. Andersson*, *Accident Analysis and Prevention* 39 (2007), 853 (861 f.); *ders.*, *Environmental and Resource Economics* 41 (2008), 579 (588, 591).

mit technisch erzeugten oder unbeherrschbare mit beherrschbaren Risiken verglichen werden, aufgrund der Irrationalität derartiger Vergleiche nicht gelingen. Die Irrationalität derartiger Vergleiche zeigt sich auch daran, dass aus ihnen jedwede Folgerung abgeleitet werden kann, je nachdem, welche Risiken man miteinander vergleicht.

Ein übertragbares Maß für die Sozialadäquanz zu finden, scheitert also in vielen Fällen bereits daran, dass die Übertragung des gefundenen Maßes irrational ist. Ist jedoch die Übertragung – beispielsweise wegen der Unvergleichbarkeit der Risiken – irrational, spielt es hinsichtlich des in Frage stehenden Risikos schlicht keine Rolle, ob ein anderes, unvergleichbares Risiko gesellschaftlich akzeptiert ist.

Doch selbst wenn zwei Risiken in einem Fall vergleichbar sind, ist das neue Risiko nicht aufgrund seiner Sozialadäquanz hinzunehmen (diese setzt nämlich die faktische Akzeptanz voraus), sondern weil die Vergleichbarkeit der Risiken ein normativ plausibler Grund für ihre Gleichbehandlung ist. Risikovergleiche kommen daher ohne Rekurs auf den Topos des allgemeinen Lebensrisikos aus.

Das ‚allgemeine Lebensrisiko‘ – in seiner Bedeutung als ‚Hintergrundrisiko‘⁵¹⁵ – spielt demgegenüber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne eine bislang unbeachtete Rolle. Eine Maßnahme, die in Grundrechte eingreift, ist unverhältnismäßig, wenn der durch den Eingriff bezweckte Sicherheitsgewinn angesichts des bestehenden Hintergrundrisikos bedeutungslos ist.

VII. Ableitung rechtlicher Kriterien aus faktischer Risikoakzeptanz

Das hier vertretene enge Verständnis des Topos der Sozialadäquanz führt zur Frage zurück, anhand welcher Kriterien neben der herkömmlichen Je-desto-Formel die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos außerhalb des Anwendungsbereichs des Topos der Sozialadäquanz begründet werden kann. Der Anwendungsbereich des Topos der Sozialadäquanz ist schließlich – wie oben⁵¹⁶ dargestellt wurde – begrenzt: Sozialadäquat sind nur Risiken, die kumulativ über eine selbstverständliche, breite gesellschaftliche als auch über eine tradierte behördliche und gerichtliche Billigung verfügen. Neue Risiken können damit *per se* nicht sozialadäquat sein. Die Risiken, die mit Feuerwerk an Silvester einhergehen, sind beispielsweise rechtlich akzeptabel, weil sie über eine selbstverständliche

⁵¹⁵ Zur zweifachen Bedeutung des Begriffs des allgemeinen Lebensrisikos im Kontext von Risikovergleichen siehe oben auf S. 203.

⁵¹⁶ Siehe auf S. 108.

gesellschaftliche sowie tradierte behördliche und gerichtliche Billigung verfügen, kurz: weil sie sozialadäquat sind. Gleiches gilt für die Risiken des Rheinischen Straßenkarnevals. Demgegenüber können die Risiken, die mit einem neu ins Leben gerufenen Volksfest einhergehen, aufgrund ihrer Neuheit keine tradierte behördliche und gerichtliche Billigung genießen. Selbst wenn die aktuelle Mehrheit einer Gemeinde ein neues Volksfest billigt, ist es damit nicht sozialadäquat im Rechtssinne. Nicht unter Rückgriff auf den Topos der Sozialadäquanz bewertet werden können ferner bestehende Risiken, hinsichtlich derer sich entweder keine selbstverständliche, breite gesellschaftliche oder keine tradierte behördliche und gerichtliche Billigung etabliert hat. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Die Akzeptabilität der Risiken kann schlicht gesellschaftlich umstritten sein. Ebenso ist möglich, dass die Risiken zu selten oder zu technisch komplex sind, als dass sich eine gesellschaftliche, behördliche und gerichtliche Auffassung zu ihrer selbstverständlichen Zulässigkeit hätte herausbilden können.

Der Topos der Sozialadäquanz schließt mithin zwar eine Erklärungslücke, warum bestimmte Risiken trotz nicht unerheblicher Schadensmöglichkeiten rechtlich akzeptabel sind. Außerhalb seines Anwendungsbereichs besteht jedoch weiterhin ein Bedarf an verallgemeinerbaren Kriterien, die die rechtliche Risikobewertung erklären und lenken. Nicht zuletzt bietet der Topos der Sozialadäquanz selbst keine Erklärung, *warum* bestimmte Risiken nicht nur gesellschaftlich, sondern auch traditionell rechtlich als akzeptabel bewertet werden. Nur weil ein Risiko eine breite gesellschaftliche Akzeptanz genießt, ist es schließlich nicht automatisch auch rechtlich akzeptabel. Die Behörden und Gerichte wirken vielmehr an der Entstehung eines sozialadäquaten Risikos insofern mit, als sie ein (gesellschaftlich akzeptiertes) Risiko beständig auch als *rechtlich* akzeptabel bewerten und damit – über die Zeit – seine Sozialadäquanz im Rechtssinne begründen. *Warum* die Behörden und Gerichte ein bestimmtes Risiko für rechtlich akzeptabel halten, lässt sich anhand des Topos der Sozialadäquanz jedoch gerade nicht erklären. Der Topos der Sozialadäquanz verweist vielmehr lediglich auf eine bestehende gesellschaftliche Akzeptanz und tradierte rechtliche Akzeptabilität bestimmter Risiken. Er erklärt jedoch nicht, aufgrund welcher Kriterien die Behörden und Gerichte bestimmte Risiken seit Langem als rechtlich akzeptabel bewerten.

Unbefriedigend ist es ferner, schlicht auf den Bedarf von ‚Wertungen‘ oder ‚außerrechtlichen Wertungen‘ bei der Auslegung und Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Gefahr zu verweisen und damit einerseits die Behörden und Gerichte zu diesen Wertungen als ermächtigt anzusehen, gleichzeitig ihnen nichts an die Hand zu geben, anhand dessen sie diese Wertungen treffen sollen. Gesucht sind also intersubjektiv plausible Kriterien zur Strukturierung, Leitung und Begründung von rechtlichen Risikoentscheidungen, die die her-

kömmliche Je-desto-Formel außerhalb des Anwendungsbereichs des Topos der Sozialadäquanz ergänzen.

Hier setzt die folgende Untersuchung an. Es wird der Versuch unternommen, aus den Kriterien, anhand derer die faktische Risikoakzeptanz von Menschen erklärbar ist, allgemeine Kriterien rechtlicher Risikobewertung abzuleiten. Es geht mithin nicht, wie im obigen Kapitel, um das Verhältnis von faktischer Risikoakzeptanz und rechtlicher Risikoakzeptabilität, sondern um die Möglichkeit, aus den Kriterien, die als Gründe für die Bildung faktischer Risikoakzeptanz ermittelt wurden, rechtliche Kriterien zur Risikobewertung abzuleiten. Es geht mit anderen Worten nicht darum, die faktische gesellschaftliche Akzeptanz mancher Risiken im Recht nachzuzeichnen (Ergebnisübertragung), sondern um eine Übertragung der Kriterien, anhand derer die faktische Risikoakzeptanz erklärbar ist (Kriterienübertragung). Die hier untersuchten Kriterien entfalten ihre Relevanz außerhalb des Anwendungsbereichs des Topos der Sozialadäquanz. Sozialadäquate Risiken stellen allein aufgrund ihrer Sozialadäquanz keine Gefahren dar. Ist ein Risiko jedoch nicht sozialadäquat, bedarf es Kriterien, anhand derer die rechtliche Akzeptabilität des Risikos begründbar ist. Derartige rechtliche Kriterien hofft die Arbeit aus den Kriterien faktischer Risikoakzeptanz ableiten zu können.

Der Versuch stützt sich zum einen auf die eingangs dargestellte These, dass die herkömmliche Gefahrdogmatik in dem Sinne unvollständig ist, als das Werturteil, das die Subsumtion unter den Gefahrbegriff bzw. unter das Tatbestandsmerkmal der ‚hinreichenden Wahrscheinlichkeit‘ eines Schadens voraussetzt, nicht erschöpfend unter Rückgriff auf die Je-desto-Formel erklärt werden kann. Zwar schließt der Topos der Sozialadäquanz eine Erklärungslücke, warum manche Risiken mit nicht unerheblichen Schadenswahrscheinlichkeiten rechtlich akzeptabel sind. Er schließt jedoch außerhalb seines Anwendungsbereichs nicht die Existenz weiterer Kriterien rechtlicher Risikobewertung aus, die die herkömmliche Je-desto-Formel ergänzen. Die im folgenden entwickelten Kriterien können weitergehend sogar dazu dienen zu erklären, wie es – im Rahmen des Anwendungsbereichs der Sozialadäquanz – zur tradierten behördlichen und gerichtlichen Billigung bestimmter Risiken gekommen sein mag.

Zum anderen stützt sich der Versuch auf die im Folgenden entwickelte These, dass die herkömmliche Je-desto-Formel ihre Plausibilität daraus speist, dass sie ein Kriterium der faktischen Risikoakzeptanz verarbeitet, nämlich jenes der Schadenshöhe. Neben dem bereits in der Je-desto-Formel verarbeiteten Kriterium der Schadenshöhe existieren jedoch weitere, die bislang noch keine Berücksichtigung erfahren haben. Dieser Umstand lässt hoffen, dass aufbauend auf den Erkenntnissen der psychologischen Risikoakzeptanzforschung, jener Forschung, die die Kriterien faktischer Risikoakzeptanz zu ermitteln versucht, weitere Krite-

rien der faktischen Risikoakzeptanz zu Kriterien der rechtlichen Risikoakzeptabilität verarbeitet werden können.

1. Psychologische Risikoakzeptanzforschung

Wie bereits dargestellt wurde⁵¹⁷, zeigen die Ergebnisse der psychologischen Risikoakzeptanzforschung, dass Menschen am ehesten solche Risiken akzeptieren, die sie freiwillig eingegangen sind und die sie als beherrschbar empfinden, an die sie sich bereits gewöhnt haben bzw. die ihnen bekannt sind, mit denen ein großer Nutzen einhergeht, bei denen Nutzen und Risiken als gerecht verteilt empfunden werden und der Schaden gering eingeschätzt wird.⁵¹⁸ Das Kriterium der Kontrollierbarkeit geht dabei weitgehend im Kriterium der Freiwilligkeit auf⁵¹⁹.

Anhand dieser Erkenntnisse ist beispielsweise verständlich, warum das Risiko einer Infektion mit COVID-19 jedenfalls bis Februar 2022 von der Mehrheit der Wahlberechtigten in Deutschland als inakzeptable Gefahr und nicht als allgemeines Lebensrisiko bewertet wurde⁵²⁰: Das Virus, das die Krankheit auslöst, zirkuliert erst seit Kurzem zwischen Menschen. Die Bedrohung ist also neu und die Menschen haben sich noch nicht an sie gewöhnt. Die potenziellen Folgen einer Infektion sind noch nicht exakt abschätzbar. Es zeichnet sich jedoch ab, dass mit

⁵¹⁷ Siehe auf S. 189.

⁵¹⁸ V.T. Covello, *Technological Forecasting and Social Change* 23 (1983), 285 (289) sowie H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 167 (171 ff.). Zum Kriterium der Freiwilligkeit und des Nutzens der riskanten Tätigkeit siehe ferner C. Starr, *Science* 165 (1969), 1232.

⁵¹⁹ Das Kriterium der Kontrollierbarkeit geht weitgehend im Kriterien der Freiwilligkeit auf, da Menschen freiwillig eingegangene Risiken subjektiv eher als kontrollierbar einschätzen (siehe P. Slovic, *Science* 236 (1987), 280 (283); *ders.*, in: S. Krimsky/D. Golding (Hrsg.), *Social Theories of Risk*, S. 117 (121)) und die Risiken auch objektiv durch Vermeidung des freiwillig eingegangenen Risikos kontrollierbar sind (siehe auf S. 189).

⁵²⁰ Die absolute Mehrheit der befragten Wahlberechtigten hielt die ergriffenen Maßnahmen zur Eindämmung des Risikos einer Infektion mit COVID-19 für „angemessen“ oder meinte, die Maßnahmen „gingen nicht weit genug“, siehe *Statista*, 44% halten Corona-Maßnahmen für angemessen, <https://de.statista.com/infografik/23810/umfrage-zur-angemessenheit-der-aktuellen-corona-massnahmen/> (zugegriffen am 28.04.2023). Problematisch hinsichtlich des rechtlichen Aussagegehalts der Umfrage ist jedoch, dass die Umfrage Antworten auf die Frage nach der Angemessenheit der Corona-Maßnahmen erhob, mithin die Bewertung der ergriffenen Maßnahmen zur Risikoabwehr abfragte. Wie bereits auf S. 94 erörtert wurde, ist jedoch aus rechtlicher Sicht die Bewertung eines Risikos auf der Tatbestandsebene von der Bewertung der Maßnahmen zur Risikoabwehr auf der Rechtsfolgenseite getrennt zu betrachten. Allerdings ist zu vermuten, dass die Mehrheit der befragten Personen das Risiko einer Corona-Infektion selbst als inakzeptable Gefahr bewertete, da sie andernfalls wohl keine (freiheitsbeschränkenden) Maßnahmen zur Risikoabwehr befürwortet hätte.

Langzeitfolgen gerechnet werden muss.⁵²¹ Da die Wirksamkeit der Impfungen schon nach kurzer Zeit nachlässt, ihre Wirksamkeit gegen Mutationen des Virus unsicher ist und nur wenig effektive Medikamente gegen die Krankheit existieren, wird das Risiko einer Infektion als unfreiwilliges und unbeherrschbares empfunden. Ferner geht mit der Infektion kein Nutzen einher, der Anreize für die Akzeptanz des Risikos setzt.

Wenngleich die psychologische Risikoakzeptanzforschung keine normative Wissenschaft ist, sondern untersucht, anhand welcher Kriterien sich die faktische Risikoakzeptanz von Menschen erklären lässt, so werfen ihre Erkenntnisse dennoch die Frage auf, ob nicht die Rechtswissenschaft im Ansatz zu kurz greift, wenn sie bei der Bewertung von Risiken maßgeblich darauf abstellt, wie groß und wie wahrscheinlich der potenzielle Schaden ist, und im Übrigen auf die kulturelle Kontingenz der Risikobewertung unter Topoi wie der ‚Sozialadäquanz‘ von Risiken oder der Zugehörigkeit eines Risikos zum ‚allgemeinen Lebensrisiko‘ verweist.

2. Je-desto-Formel als normative Verarbeitung empirischer Risikoakzeptanz

Der Versuch, aus den Kriterien faktischer Risikoakzeptanz normative Kriterien für die Risikoakzeptabilität abzuleiten, verspricht Erfolg, da bereits die herkömmliche Je-desto-Formel im Ausgangspunkt auf einem Kriterium fußt, das für die faktische Risikoakzeptanz von Menschen bedeutsam ist: jenem der Schadenshöhe. Wie dargestellt wurde, bewerten Menschen Risiken unter anderem in Abhängigkeit zur erwarteten Schadenshöhe.⁵²²

Die Verbindung von der Plausibilität der Je-desto-Formel und den Kriterien der faktischen Risikoakzeptanz ist auch keine zufällige. Die Je-desto-Formel ist ein plausibles Kriterium bei der Bestimmung der rechtlichen Akzeptabilität eines Risikos, weil Menschen Schadensmöglichkeiten in Abhängigkeit zur erwarteten Schadenshöhe bewerten. Weil sie das faktisch tun und es alle tun, ist die Je-desto-Formel eine für alle plausible Methode, um auch die rechtliche Akzeptabilität von Risiken zu bewerten. Die rechtliche Plausibilität der Je-desto-Formel speist sich mithin aus der im Ausgangspunkt nichtrechtlichen, geteilten Überzeugung ihrer Plausibilität.

⁵²¹ S. Lopez-Leon/T. Wegman-Ostrosky/C. Perelman/R. Sepulveda et al., Sci Rep 11 (2021), 16144, <https://doi.org/10.1038/s41598-021-95565-8> (zugegriffen am 28.04.2023).

⁵²² H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 167 (172 f.): Mäßige Korrelation zwischen Todesfällen durch eine Risikoquelle und dem von Menschen wahrgenommenen Risiko.

Die Je-desto-Formel zeigt ferner, dass es – trotz der gesellschaftlichen Kontinuität der Risikobewertung – möglich ist, Maßstäbe zu entwickeln, die allgemeine Plausibilität beanspruchen können, auch wenn sie nicht zu einem einzig ‚richtigen‘ Ergebnis führen und nicht alle Wertungen obsolet machen. Daher besteht die Hoffnung, dass aus den Kriterien tatsächlicher Risikoakzeptanz weitere Kriterien für die rechtliche Risikobewertung ableitbar sind.

3. Rationalitätskontrolle

Kriterien faktischer Risikoakzeptanz eignen sich jedoch nur dann als Kriterien zur Bestimmung der rechtlichen Akzeptabilität von Risiken, wenn sie rational sind. Es ist ja gerade ein Argument für ein enges Verständnis der Sozialadäquanz, dass nicht jede unvernünftige oder gar manipulierte Mehrheitsauffassung rechtlich maßgeblich sein soll, sondern es rechtlich nur auf eine *überzeugende* Risikobewertung ankommen darf. Die Kriterien empirischer Risikoakzeptanz seien daher einer Rationalitätskontrolle unterworfen.

Was Rationalität bzw. rationales Handeln ist, ist in allen Wissenschaften – nicht zuletzt in der Philosophie und Soziologie – umstritten. Der Philosoph *Hans Lenk* zählt einundzwanzig „Rationalitätstypen“ bzw. Rationalitätsverständnisse auf und meint, die Liste lasse sich „zweifellos noch erweitern“.⁵²³ Als gemeinsame Merkmale der „Rationalitätstypen“ schlägt er vor: „Folgerichtigkeit oder Formalität, Gesetzes- oder Regelmäßigkeit, Verfahrensgemäßheit, Rechtfertigbarkeit und Begründbarkeit, Relationalität oder Bedingtheit, Intersubjektivität oder Objektivität, Verallgemeinerbarkeit oder Allgemeingültigkeit, Einsehbarkeit, Prinzipien- oder Vernunftgemäßheit, Zusammenhangsgebundenheit oder Systemhaftigkeit“.⁵²⁴

Für die hiesige Fragestellung bietet es sich insbesondere an, auf die intersubjektive Teilung der Kriterien tatsächlicher Risikoakzeptanz abzustellen, mithin auf ihre Allgemeingültigkeit, Rechtfertigbarkeit und Begründbarkeit⁵²⁵: Dass die Bewertung eines Risikos von der Schadenshöhe und -wahrscheinlichkeit, Kosten-Nutzen-Abwägungen sowie von der Freiwilligkeit und Bekanntheit des Risi-

⁵²³ *H. Lenk*, in: *H. Lenk* (Hrsg.), *Zur Kritik der wissenschaftlichen Rationalität*, S. 11 (23). Siehe für eine Übersicht verschiedener Rationalitätskonzepte auch *A. Steinbach*, *Rationale Gesetzgebung*, S. 19 ff.

⁵²⁴ *H. Lenk*, in: *H. Lenk* (Hrsg.), *Zur Kritik der wissenschaftlichen Rationalität*, S. 11 (24).

⁵²⁵ Insofern vertritt auch *U. Kischel*, *Die Begründung*, S. 8, dass eine Begründung nicht erst dann rational sei, wenn sie „zwingend[...], möglichst deduktiv[...]“ sei. Zu fordern sei lediglich eine „verständliche, nachvollziehbare, vertretbare, vernünftige Begründung“. Gerade die intersubjektive Teilung der Kriterien der faktischen Risikoakzeptanz ermöglicht, dass auf ihnen aufbauende Begründungen die von *Kischel* genannten Voraussetzungen erfüllen.

kos abhängt, ist für die meisten Menschen plausibel, da ihre faktische Risikoakzeptanz von diesen Kriterien abhängt. Zwar bestehen hinsichtlich der Bewertung konkreter Risiken durchaus interindividuelle Unterschiede, die auf die Einstellungen, Wertorientierungen und Erfahrungen der Versuchspersonen zurückgeführt werden.⁵²⁶ Selbst wenn interindividuelle Unterschiede bei der Risikobewertung bestehen – Konservative beispielsweise neuen Risiken skeptischer gegenüber eingestellt sind als Liberale (mithin dem Kriterium der Bekanntheit eines Risikos mehr Bedeutung zumessen) – ändert dies nichts daran, dass die Relevanz der genannten Kriterien für die Bewertung der Akzeptabilität von Risiken allgemein plausibel ist.⁵²⁷

Im Folgenden wird analysiert, ob sich für die Rationalität der einzelnen Kriterien abseits ihrer intersubjektiven Teilung auch inhaltlich gute Gründe vorbringen lassen und sie sich als Kriterien bei der rechtlichen Risikobewertung eignen. Das Kriterium der Schadenshöhe ist von der Risikodogmatik bereits hinreichend in Form der Je-desto-Formel resorbiert und bedarf an dieser Stelle keiner weiteren isolierten Untersuchung.

4. Bekanntheit eines Risikos

Menschen akzeptieren Risiken eher, wenn ihnen die Risiken bekannt sind bzw. sie sich an sie gewöhnt haben.⁵²⁸ Anhand dieses empirischen Zusammenhangs lässt sich ein Aspekt der kulturellen Kontingenz der Risikobewertung erklären: Gesellschaften akzeptieren viele Risiken einfach deshalb, weil sie sich an sie gewöhnt haben. Unterschiedliche Gesellschaften pflegen wiederum unterschiedliche Traditionen und sind daher mit unterschiedlichen Risiken vertraut. Der empirische Zusammenhang zwischen der Bekanntheit eines Risikos und seiner faktischen Akzeptanz darf jedoch nicht ungefiltert vom Recht übernommen werden.

Oben⁵²⁹ wurde bereits dargelegt, dass aus der Üblichkeit eines Risikos nicht automatisch auf seine rechtliche Akzeptabilität geschlossen werden kann. Da bekannte Risiken in der Regel solche sind, die weit verbreitet, mithin üblich sind,

⁵²⁶ H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 167 (181 ff., 184 ff.).

⁵²⁷ Vgl. in Bezug auf die juristische Auslegung U. Kischel, Die Begründung, S. 9: „Daß der Jurist möglicherweise mit anderer – ebenso rationaler – Begründung ein abweichendes Ergebnis bevorzugt, ändern daran [an der Möglichkeit nachvollziehbarer, vernünftiger Begründungen] nichts. In der täglichen Arbeit ist der Jurist es gewohnt, verschiedene Ergebnisse für vertretbar, d. h. gerade nicht schlicht falsch zu halten, also zu akzeptieren, daß auch einander widersprechende Begründungen jeweils Rationalität für sich in Anspruch nehmen können.“

⁵²⁸ Zusammenfassend H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, S. 167 (172 ff.).

⁵²⁹ Siehe auf den S. 72 f.

gilt der obige Hinweis auch hier. Nur weil ein Risiko weit verbreitet, mithin üblich ist, ist es also nicht automatisch auch rechtlich akzeptabel.

Der Rekurs auf die Bekanntheit von Risiken zur Rechtfertigung derselben kann ferner als Kurzverweis auf die mit dem Argument der Sozialadäquanz intendierte Rechtfertigung der Risikobewertung gemeint sein, da Risiken, die die Mehrheit als sozialadäquat bewertet, überwiegend bekannte, traditionsreiche Risiken sind. Die Rechtfertigung der Akzeptabilität eines Risikos anhand seiner Sozialadäquanz ist innerhalb der oben dargestellten Grenzen zulässig. Hier sind insbesondere gleichheitsrechtliche Grenzen von Relevanz: Erzeuger bekannter Risiken dürfen nicht besser behandelt werden als Erzeuger unbekannter Risiken. Hätte sich nach einiger Zeit herausgestellt, dass die Risiken einer Infektion mit COVID-19 den Risiken einer Infektion mit Influenza gleichen, dürften Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider (§ 28 Abs. 1 S. 1 IfSG) von COVID-19 nicht schlechter behandelt werden als Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider von Influenza, selbst wenn die Mehrheit der Bevölkerung das Risiko einer Infektion mit der Grippe aufgrund ihrer Vertrautheit mit dem Risiko billigen, das Risiko einer Infektion mit COVID-19 hingegen aufgrund seiner Neuheit ablehnen würde.

Doch auch abseits gleichheitsrechtlich abgewehrter Irrationalitäten ist das Kriterium der Bekanntheit mit Vorsicht zu behandeln, da es aufgrund seiner zeitlichen Instabilität einen generellen Hang zur Irrationalität aufweist: Die Bekanntheit eines Risikos ist kein dem Risiko inhärentes Merkmal, da sie sich über die Zeit ändert. Mit der Zeit gewöhnt man sich schlicht an bestehende Risiken. Das Kriterium ist also im Gegensatz zu den übrigen Kriterien zwingend zeitlich instabil. Nutzenerwägungen mögen sich beispielsweise auch über die Zeit ändern, aus dem Vergehen von Zeit folgt jedoch nicht automatisch, dass sie sich ändern müssen.

Das Misstrauen gegenüber neuen Risiken hat einen rationalen Kern: Hinsichtlich neuer Risiken verfügt man in der Regel über keine hinreichenden Kenntnisse, um die Schadenswahrscheinlichkeit und die Schadenshöhe sicher einschätzen zu können. Bei Auftreten des Corona-Virus war beispielsweise unbekannt, wie schwer die durch ihn verursachte Krankheit statistisch verläuft und welche Dauerschäden möglicherweise durch die Krankheit zurückbleiben. Bei neuen Risiken befindet man sich also häufig im Bereich der Risikovorsorge, in welcher das verfügbare Wissen schlicht nicht ausreicht, um das Risiko hinreichend sicher beurteilen zu können.⁵³⁰ Die Risiko-Nutzen-Abwägung, die dem Umgang mit

⁵³⁰ Siehe zur Bedeutung des Erfahrungswissens für das traditionelle Gefahrenabwehrrecht und der Rolle der Ungewissheit im Bereich der Risikovorsorge *K.-H. Ladeur*, NVwZ 1992, 948 (949 f.).

neuen Risiken zugrunde liegt und im Vorsorgeprinzip zum Ausdruck kommt, ist folgende: Besser, es stellt sich im Nachhinein heraus, dass die geleisteten Risikoabwehrmaßnahmen unnötig waren, als dass sich zu einem Zeitpunkt, in dem es bereits zu spät ist, herausstellt, man hätte bei Kenntnis aller Umstände lieber frühere oder effektivere Maßnahmen zur Risikoabwehr getroffen.

Da die Gewöhnung an ein Risiko jedoch schlicht durch Zeitablauf und nicht parallel zum wachsenden Wissen hinsichtlich des Risikopotenzial eintritt, ist das Kriterium der Bekanntheit bzw. Gewöhnung wegen seiner Tendenz zur Irrationalität mit Vorsicht zu behandeln. Bei der rechtlichen Beurteilung eines neuen Risikos bedarf es zunächst besonderer Aufmerksamkeit, ob das *Misstrauen* gegenüber dem neuen Risiko gerechtfertigt ist, und anschließend umgekehrt, ob die *Gewöhnung* an das Risiko gerechtfertigt ist.

5. Freiwilligkeit

Menschen akzeptieren freiwillig eingegangene Risiken eher als unfreiwillig eingegangene. Es wurde dargestellt, dass das Kriterium der Freiwilligkeit über die Grundrechtsdogmatik bereits zum Teil von der Gefahrdogmatik rezipiert ist: Da die Grundrechte die Selbstgefährdung, -schädigung und -tötung schützen⁵³¹, liegt bei einer freiwilligen, das heißt mündigen und eigenverantwortlichen Selbstgefährdung keine Gefahr im Sinne des Gefahrenabwehrrechts vor.⁵³²

a) Helfende Dritte und professionelle Helfer

Im Rahmen der rechtlichen Grenzen, die der Inkorporation von Sozialadäquanzurteilen ins Recht auferlegt sind, wurde ferner dargelegt⁵³³, dass ein Risiko aus tatsächlichen und rechtspolitischen Gründen nicht als freiwillig eingegangen bewertet werden sollte, wenn jemand privat oder aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer helfenden Berufsgruppe (Feuerwehr, Polizei, Bergwacht etc.) bei der Rettung einer hilfsbedürftigen Person ein Risiko eingeht. Unfreiwillig von einem Risiko betroffen sind also auch Personen, deren Gefährdung durch einen eigenen Entschluss zur Rettung des sich freiwillig selbst Gefährdenden verursacht wird, wenn ihr Entschluss zur Hilfe erwartbar und die Erforderlichkeit einer Rettungshandlung hinreichend wahrscheinlich ist. Diese oben ausführlich besprochenen Grundsätze gelten auch hinsichtlich der hiesigen allgemeinen Erläuterungen

⁵³¹ BVerfG, NJW 2020, 905 (906 ff.).

⁵³² T. Kingreen/R. Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 Rn. 23 ff.; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 260 f.; C. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 85 f.; W.-R. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 57.

⁵³³ Siehe auf den S. 131 ff.

zum Gefahrbegriff uneingeschränkt. In die Bewertung eines Risikos sind also auch Gefährdungen professioneller und privater Helfer einzustellen.

b) Je-desto-Formel in Bezug auf Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation

Das Kriterium der Freiwilligkeit ist nicht nur relevant, um den Anwendungsbereich des Gefahrenabwehrrechts abzustecken, indem freiwillig eingegangene Risiken keine vom Gefahrenabwehrrecht zu regelnden Fragen hervorrufen. Vielmehr lässt sich anhand des aus dem Kriterium der Freiwilligkeit abgeleiteten Kriteriums der Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation, wie oben⁵³⁴ im Rahmen der rechtlichen Grenzen der Einbeziehung von Sozialadäquanzurteilen bei der rechtlichen Risikobewertung gezeigt wurde, Weitergehendes für die rechtliche Risikobewertung ableiten:

Freiwillige Risiken sind in erster Linie erwünschte, absichtlich eingegangene Risiken. Zu den freiwilligen Risiken zählen ferner unerwünschte Risiken, die vermeidbar sind und deren Vermeidung zumutbar ist. Unfreiwillige Risiken sind solche, die für den Einzelnen unvermeidbar sind bzw. deren Vermeidung unzumutbar ist. Hinsichtlich der Frage, wann ein Risiko vermeidbar und seine Vermeidung zumutbar ist, kann auf oben⁵³⁵ entwickelte Maßstäbe verwiesen werden. Zumutbar ist die Vermeidung eines Risikos danach dann, wenn sie lediglich kleinere, etwa zeitlich punktuelle Änderungen der Verhaltensweisen erfordert und nicht mit anderen – ihrerseits unzumutbaren – Risiken verbunden ist. Unzumutbar ist sie dagegen, wenn sie eine gravierende Umstellung der Lebensführung abverlangt oder mit anderen – ihrerseits unzumutbaren – Risiken verbunden ist.

Dass die empirische Risikoakzeptanz der Menschen davon abhängt, ob bzw. unter welchen Kosten sie ein Risiko vermeiden können, lässt sich in die Gefahrdogmatik folgendermaßen integrieren:

Kann ein Risiko durch zumutbare Maßnahmen zum Selbstschutz vermieden⁵³⁶ oder reduziert werden, reduzieren sich die für die Bewertung des Risikos maßgebliche Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe. Ist die Risikovermeidung zumutbar, sind bei der Risikobewertung mithin jene Schadenswahrschein-

⁵³⁴ Siehe auf den S. 127 ff.

⁵³⁵ Siehe auf den S. 127 ff.

⁵³⁶ Bei der Frage der Zumutbarkeit von Windspitzen, die durch die geplante Bebauung befürchtet werden, ebenfalls auf die Vermeidbarkeit der Gefährdung abstellend VG Freiburg, Urteil v. 13.07.2016 – 6 K 1596/15, juris, Rn. 110 f. Mit der Unzumutbarkeit der Vermeidung eines Risiko begründet der Bundesgerichtshof etwa auch die Existenz der Gefährdungshaftung, siehe BGH, NZV 2004, 395 (396): „Die Gefährdungshaftung für gefährliche Anlagen beruht auf dem Gedanken, dass derjenige, der zur Förderung seiner Zwecke erlaubtermaßen Gefahren schafft, denen sich andere nicht in zumutbarer Weise entziehen können, auch ohne Verschuldensnachweis für die Schäden aufkommen soll [...].“

lichkeit und Schadenshöhe zugrunde zu legen, welche nach Durchführung der Maßnahmen zur Risikovermeidung verbleiben.

Die Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation ist somit kein eigenständiges Bewertungskriterium. Es ist vielmehr ein Kriterium zweiter Ordnung, das sich maßgeblich auf die Schadenswahrscheinlichkeit und die Schadenshöhe, Kriterien erster Ordnung, auswirkt. Es wirkt sich buchstäblich maßgeblich aus, als es das Maß derjenigen Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe bestimmt, die bei der Risikobewertung zugrunde zu legen sind. Große Schadenswahrscheinlichkeiten können rechtlich zulässig sein, wenn sie durch zumutbare Maßnahmen zum Selbstschutz auf ein hinnehmbares Maß reduziert werden können.

c) Unbeherrschbarkeit Indiz für Inakzeptabilität von Risiken

Hier zeigt sich, dass die oben⁵³⁷ diskutierte Gleichsetzung allgemeiner Lebensrisiken mit unbeherrschbaren Risiken nicht nur keinen relevanten Beitrag zur Gefahrdogmatik leistet, weil sich Rechtspflichten nur auf Mögliches richten können und Risiken, die gänzlich unbeherrschbar sind, zwingend hinzunehmen sind. Vielmehr ist die Gleichsetzung allgemeiner Lebensrisiken mit unbeherrschbaren Risiken gar irreführend, weil das Kriterium der Beherrschbarkeit auf Seiten der Schutzsuchenden in die Gefahrdogmatik genau umgekehrt Eingang findet: Eine schwache Beherrschbarkeit der Schadensrealisierung auf Seiten der Schutzsuchenden wirkt sich nicht nur negativ auf ihre faktische Risikoakzeptanz, sondern ebenso auf die rechtliche Akzeptabilität des fraglichen Risikos aus. Die Unbeherrschbarkeit eines Risikos für die unfreiwillig vom Risiko Betroffenen ist also ein Marker für die Inakzeptabilität eines Risikos, nicht für seine Akzeptabilität, wie es die Gleichsetzung allgemeiner Lebensrisiken mit unbeherrschbaren Risiken suggeriert.

Auf andere Weise findet das Kriterium der Unvermeidbarkeit eines Risikos wiederum in Fällen Eingang in die rechtliche Risikobewertung, in denen mit dem Risiko ein Nutzen korrespondiert, der nur unter gleichzeitiger Inkaufnahme des Risikos aufrechterhalten werden kann. Dieser Aspekt wird im folgenden Abschnitt beleuchtet. Die Perspektive, aus welcher das Kriterium der Unvermeidbarkeit dabei Eingang in die Risikobewertung findet, unterscheidet sich von der bisherigen: Bislang ging es um die Unvermeidbarkeit der *Risikokonfrontation* seitens der Schutzsuchenden. Im Rahmen der Bedeutung eines mit einem Risiko korrespondierenden Nutzens geht es demgegenüber um die Unvermeidbarkeit der *Risikoerzeugung*.

⁵³⁷ Siehe auf den S. 53 ff.

6. Mit dem Risiko korrespondierender Nutzen

Die *tatsächliche* Risikoakzeptanz hängt neben der Freiwilligkeit der Risikoübernahme und der Gewöhnung an das Risiko davon ab, ob mit dem Risiko ein Nutzen verbunden ist, wie groß dieser Nutzen ist und wie Nutzen und Risiko verteilt sind, mithin wer den Nutzen und wer das Risiko trägt.⁵³⁸

Die Forschung zur empirischen Risikoakzeptanz zeigt gar, dass ein Risiko, das mit einem Nutzen verbunden ist, nicht nur eher hingenommen wird als ein Risiko ohne Nutzen, sondern dass auch die Abschätzung der *Eintrittswahrscheinlichkeit* eines Risikos davon beeinflusst wird, ob das Risiko mit einem Nutzen einhergeht.⁵³⁹ Trotz einiger Schwierigkeiten bei der Interpretation der Ergebnisse⁵⁴⁰ zeige sich eine mittelhohe Korrelation zwischen Risiko und Nutzen, das heißt, „[j]e geringer das Risiko, um so höher wird der Nutzen eingeschätzt, bzw. je höher der Nutzen, um so geringer wird das Risiko eingeschätzt“⁵⁴¹ („Risiko“ meint hier die Eintrittswahrscheinlichkeit). Eine nur mittelhohe Korrelation lege nahe, „daß Risiko und Nutzen zwar nicht unabhängig sind, sich aber auch nicht wechselseitig determinieren“.⁵⁴² Das heißt, die Akzeptanz eines Risikos ist nicht nur höher, wenn mit dem Risiko ein Nutzen korrespondiert, sondern das Risiko wird überdies (fälschlicherweise) für unwahrscheinlicher gehalten.

Wenngleich die rechtliche Risikobewertung um eine objektive Ermittlung und Benennung der einzelnen Kriterien der Risikobewertung bemüht sein muss, spricht Einiges dafür, dass auch bei der rechtlichen Risikobewertung Nutzenerwägungen auf Tatbestandsebene von Bedeutung sind.

⁵³⁸ C. Starr, *Science* 165 (1969), 1232 (1237); V.T. Covello, *Technological Forecasting and Social Change* 23 (1983), 285 (289). Die Korrelation zwischen Nutzen und Akzeptanz wird als mittel bis hoch bewertet, siehe H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 167 (195).

⁵³⁹ H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 167 (195).

⁵⁴⁰ H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 167 (195).

⁵⁴¹ H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 167 (195).

Allgemein zur psychologischen Risikoakzeptanzforschung siehe nur V.T. Covello, *Technological Forecasting and Social Change* 23 (1983), 285 (289) sowie H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 167 (171 ff.). Zum Kriterium der Freiwilligkeit und des Nutzens der riskanten Tätigkeit siehe ferner die Pionierarbeit von C. Starr, *Science* 165 (1969), 1232.

⁵⁴² H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 167 (195).

a) Darstellung

Es ist zu unterscheiden zwischen Sachverhalten, die lediglich Risiken bergen, und Sachverhalten, die Risiken und einen Nutzen bergen. Die mögliche Infektion mit dem Corona-Virus stellt beispielsweise allein ein Risiko ohne korrespondierenden Nutzen dar. Ein Nutzen lässt sich bei derartigen Sachverhalten nur über den Nachteil einer *Gefahrenabwehrmaßnahme* konstruieren. Geht von einer Person eine Ansteckungsgefahr aus, käme als Gefahrenabwehrmaßnahme beispielsweise die Auferlegung einer häuslichen Quarantäne in Betracht. Die Quarantäne ist ein Eingriff in die Bewegungsfreiheit der infektiösen Person. Die Kosten der Gefahrenabwehrmaße bestehen also in einem Eingriff in die Bewegungsfreiheit. Umgekehrt ließe sich sagen, der Nutzen des Risikos bestehe in der Erhaltung der Bewegungsfreiheit. Dies wäre allerdings nur eine umgekehrte Beschreibung der Kosten der Gefahrenabwehrmaßnahme. Mit dem Risiko selbst, der Infektionskrankheit, korrespondiert demgegenüber kein Vorteil. Die Krankheit birgt ausschließlich ein Risiko, keinen Nutzen.

Derartigen Sachverhalten stehen Sachverhalte gegenüber, die ohne Ansehung möglicher Gefahrenabwehrmaßnahmen zugleich ein Risiko und einen Nutzen bergen. Bäume in Innenstädten sorgen etwa für ein gesundes Wohnklima und spenden Schatten, bergen jedoch durch die Möglichkeit ihres Umfallens und des Verlusts von Ästen auch Risiken. Der motorisierte Straßenverkehr bietet schnelle und flexible Fortbewegung, birgt jedoch ein Unfallrisiko. Verböte man den motorisierten Straßenverkehr, bedeutete dies zum einen einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der an der Nutzung von motorisierten Verkehrsmitteln interessierten Menschen (rechtsgutsbezogene Kosten der Gefahrenabwehr). Zum anderen fielen der an den motorisierten Straßenverkehr geknüpfte Nutzen einer schnellen und flexiblen Fortbewegung weg. Dieser mit dem Risiko einhergehende Nutzen besteht unabhängig von etwaigen Gefahrenabwehrmaßnahmen. Es ist ein Nutzen, der unmittelbar mit dem Sachverhalt korrespondiert, der auch die Risiken birgt. Er besteht mithin nicht lediglich in der Freiheit von einem Rechtsgutseingriff zur Gefahrenabwehr.

Während die Kosten einer Gefahrenabwehrmaßnahme allein die Rechtsfolgende betreffen und insbesondere über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aufgefangen werden, sollte der mit einem Risiko verbundene Nutzen sowohl auf der Rechtsfolgende als auch bei der *tatbestandlichen* Risikobewertung Berücksichtigung finden. Diese These speist sich aus dem Umstand, dass sich die soziale Bedeutung derartiger Risiken erst vor dem Hintergrund des mit ihnen korrespondierenden Nutzens erschließt. Würde man einem Außerirdischen verständlich machen wollen, warum eine Gesellschaft bereit ist, die Risiken des motorisierten Straßenverkehrs hinzunehmen, wäre es ihm nur begreiflich, wenn

man auf die Vorteile des motorisierten Straßenverkehrs (schnelle und flexible Mobilität) hinwies. Da sich der soziale Sinn derartiger Risiken nicht ohne Betrachtung des mit ihnen verbundenen Nutzens erschließt, sollte dieser Nutzen in die Risikobewertung einbezogen werden.

Ferner spricht Manches dafür, dass in der Gerichtspraxis derartige Risiko-Nutzen-Überlegungen bereits in die tatbestandliche Risikobewertung – wenngleich unreflektiert – eingeflossen sind. Viele Gerichte argumentierten beispielsweise, dass die Risiken, die von Baumbestand in Innenstädten ausgehen, aufgrund der positiven Wirkungen von Bäumen hinzunehmen seien.⁵⁴³ Hätten Bäume keinen Nutzen, ist anzunehmen, dass das Risiko ihres Umfallens und das Risiko von Abstürzen in dicht besiedelten Gegenden als abzuwehrende Gefahr beurteilt würde. Wieso sollte eine Rechtsordnung auch die von Bäumen ausgehenden Risiken hinnehmen, wenn ihr die Abwehr der Risiken möglich wäre und die Risiken mit keinerlei Nutzen verbunden wären?

Das Maß der akzeptablen Schadenswahrscheinlichkeit richtet sich mithin neben der Schadenshöhe unter Zugrundelegung von zumutbaren Maßnahmen zur Risikovermeidung seitens der vom Risiko unfreiwillig Betroffenen danach, ob mit dem Risiko ein Nutzen korrespondiert und wie groß dieser Nutzen ist. Auch das Verhältnis von Risiko und Nutzen lässt sich in eine Je-desto-Formel einkleiden: Je größer der mit einem Risiko korrespondierende Nutzen ist, desto größere Schadenswahrscheinlichkeiten sind akzeptabel.⁵⁴⁴ Umgekehrt formuliert bedeutet dies, dass der für die Annahme einer Gefahr erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad sinkt, je geringer der mit einem Risiko korrespondierende Nutzen ist.

Da der Zweck der Gefahrenabwehr der Rechtsgüterschutz ist, sind die zentralen Fragen bei der rechtlichen Risikobewertung jedoch, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Schaden an einem Rechtsgut droht und wie groß der erwartete Schaden ist. Diese zentralen Kriterien kommen in der herkömmlichen Je-desto-Formel zum Ausdruck. Eine hohe Wahrscheinlichkeit großer Schäden an bedeutenden

⁵⁴³ OVG RP, Urteil v. 26.09.1996 – 1 A 12331/95, juris, Rn. 20; OLG Karlsruhe, Urteil v. 21.10.2010 – 12 U 103/10, juris, Rn. 18; OVG RP, Urteil v. 26.09.1996 – 1 A 12331/95, juris, Rn. 20 OVG Bln-Bbg, Beschluss v. 16.02.2016 – OVG 11 S 84.15, juris, Rn. 10. Vgl. auch OLG Koblenz, Urteil v. 01.12.1997 – 12 U 1370/96, juris, Rn. 8; Urteil v. 02.03.1998 – 12 U 246/97, juris, Rn. 5 ff.

⁵⁴⁴ Nur bezogen auf Risiken, die mit einem Nutzen für die Allgemeinheit korrespondieren, *R. Lukes/F.-J. Feldmann*, in: R. Lukes (Hrsg.), *Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht*, Teil I, S. 143 (149 f.): „Diese zweite [Je-desto-Formel] besage, daß je bedeutungsvoller eine an sich gefährliche Tätigkeit für das soziale Zusammenleben sei, desto höher auch die Sozialpflichtigkeit des einzelnen sein müsse, d. h. die Annahme einer unzulässigen Gefährdung desto niedriger sei. Es gebe möglicherweise einen gestaffelten Grundrechtsschutz und unterschiedlich akzeptable Risiken je nach dem [sic], welche Bedeutung eine gefährliche Tätigkeit für die Allgemeinheit habe.“

Rechtsgütern, deren Eintrittswahrscheinlichkeit nicht durch zumutbare Maßnahmen vermieden oder auf ein hinnehmbares Maß reduziert werden kann, muss daher immer als Gefahr bewertet werden. Dieses Ergebnis wird auch nicht durch einen eventuell mit dem Risiko korrespondierenden hohen Nutzen relativiert, da sich der Nutzen nicht auf das Maß der Bedrohung des Rechtsguts bezieht, sondern erst sekundär bei der Bewertung der ‚hinreichenden‘ Schadenswahrscheinlichkeit relevant wird. Die Existenz eines mit dem Risiko korrespondierenden Nutzens wirkt sich daher insbesondere bei mittleren und kleinen Schadenswahrscheinlichkeiten und Schadenshöhen aus.

b) Unvermeidbarkeit der Risikoerzeugung bei gleichzeitigem Erhalt des Nutzens

Das Vorhandensein eines Nutzens beeinflusst jedoch nur dann die Akzeptabilität eines Risikos, wenn das Risiko mit dem Nutzen *notwendig* verbunden, mithin *unvermeidbar* ist. Der Gedanke der Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung als für die Risikobewertung relevanter Aspekt kommt rechtspositiv in § 117 Abs. 1 OWiG zum Ausdruck, wonach ordnungswidrig handelt, wer ohne berechtigten Anlass oder in einem unzulässigen oder nach den Umständen *vermeidbaren* Ausmaß Lärm erregt, der geeignet ist, die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft erheblich zu belästigen oder die Gesundheit eines anderen zu schädigen.⁵⁴⁵ Anders als bei der Vermeidbarkeit der *Risikokonfrontation* seitens der unfreiwillig vom Risiko Betroffenen geht es hier mithin um die Vermeidbarkeit der *Risikoerzeugung*.

Notwendig oder unvermeidbar ist ein Risiko mit einem Nutzen verbunden, wenn man des Nutzens verlustig gehen würde, wenn man das Risiko eliminierte. Unvermeidbar ist beispielsweise das Risiko, dass Bäume umfallen oder Äste abbrechen können, wenn man Baumbestand in Innenstädten wegen ihrer positiven Wirkungen für das (Stadt-)Klima wünscht. Zwar kann man mit geeigneten Maßnahmen der Risikoreduktion dazu beitragen, das Risiko zu senken, etwa durch regelmäßige Kontrollen. Ein gewisses Risiko verbleibt jedoch selbst dann. Dieses Risiko ist mithin unvermeidbar, wenn man vom Beitrag der Bäume zu einem gesunden (Stadt-)Klima profitieren möchte. Notwendig verbunden mit dem Anzünden von Feuerwerk sind die Risiken von Verbrennungen und Bränden. Zwar können auch hier die Risiken graduell gesenkt werden, etwa durch ein Verbot besonders gefährlicher Feuerwerksklassen. Ganz eliminieren lassen sich die Ri-

⁵⁴⁵ Siehe etwa zum Lärm durch Kuhglocken VGH BW, Beschluss v. 07.03.1996 – 1 S 2947/95, juris, Rn. 5 ff.; zum Lärm durch Hundegebell NdsOVG, NJW 2013, 2922 (1922 f.); SächsOVG, NJW 2018, 181 (182 f.).

siken jedoch nicht, wenn man nicht des Nutzens des Licht- und Lärmspektakels verlustig gehen möchte.

Demgegenüber ist der mit der Hundehaltung bezweckte Nutzen (tierische Alltagsbegleitung, Wachhund, Blindenhund etc.) beispielsweise nicht notwendig mit dem Risiko einer Tollwutinfektion verbunden, da man Hunde ohne wesentliche Nebenwirkungen gegen Tollwut impfen lassen kann. In die Bewertung der Akzeptabilität einer Tollwutinfektion beim Hund fließt mithin nicht der Nutzen der Hundehaltung ein, weil man in den Genuss der Hundehaltung auch ohne das Risiko einer Tollwutinfektion kommen kann. Vermeidbar ist beispielsweise auch der Lärm eines außerhalb des Hauses gehaltenen Hundes, wenn der Hund ebenso gut innerhalb des Hauses gehalten werden kann.⁵⁴⁶

Vermeidbar ist ein Risiko ferner immer dann, wenn der Nutzen mit risikoärmeren *Alternativen* erlangt werden kann. In den Genuss der Hundehaltung kommt man beispielsweise nicht nur, wenn man die besonders gefährliche Rasse der Bullterrier, sondern auch, wenn man einen Dackel oder Golden Retriever hält. Vom Spektakel eines Feuerwerks profitiert man nicht nur dann, wenn man eine besonders unfallanfällige Sorte verwendet, sondern auch, wenn man eine weniger riskante Sorte wählt. Vermeidbar ist ferner der die Nachbarn belastende Lärm eines Volksfestes, wenn das Volksfest an einem ebenso geeigneten, abgelegenen Ort stattfinden kann.⁵⁴⁷ Getränke können beim Straßenkarneval nicht nur aus Glasbehältnissen konsumiert werden, sondern auch aus Plastikflaschen, Dosen und Pappbechern.⁵⁴⁸

Zwar folgt aus dem Bestehen gleichwertiger, jedoch risikoärmerer Alternativen, wie oben⁵⁴⁹ erläutert wurde, nicht automatisch, das heißt ohne weitere Wertungen, welches Risiko als akzeptabel und welches als inakzeptabel bewertet wird. Aus den objektiv bestehenden Risikodifferenzen zwischen Dackeln, Golden Retrievern, Schäferhunden und Bullterriern folgt mithin nicht ohne weitere Wertungen, welche Risiken rechtlich akzeptabel sind (Nur die risikoärmste Hunderasse? Alle Hunderassen bis auf die gefährlichste?). Die Existenz einer risi-

⁵⁴⁶ Zur Anordnung, die Hunde zu Ruhe- und Nachtzeiten innerhalb des Hauses zu halten, siehe VGH BW, NVwZ-RR 1996, 578; NdsOVG, NJW 2013, 2922; SächsOVG, NJW 2018, 181.

⁵⁴⁷ HessVGH, NVwZ-RR 2006, 531 (533): „Von Bedeutung ist daher auch, ob sich eine Veranstaltung an einen ebenso geeigneten, die Nachbarschaft und insbesondere die unmittelbaren Anwohner insgesamt aber deutlich weniger beeinträchtigenden Standort innerhalb des Gemeindegebietes bzw. innerhalb des Ortsteils verlegen lässt. Können dadurch unter Wahrung des Charakters der Veranstaltung die Geräuschmissionen für die unmittelbaren Anwohner deutlich reduziert werden, unterbleibt ein derartiger Standortwechsel jedoch, so verringert sich das Maß dessen, was einem Anwohner an Geräuscheinwirkungen noch zuzumuten ist [...].“

⁵⁴⁸ OVG NW, Urteil v. 09.02.2012 – 5 A 2375/10, juris, Rn. 55.

⁵⁴⁹ Siehe auf den S. 83 ff.

koärmeren Alternative fließt vielmehr insofern in die Risikobewertung ein, als der Nutzen des Sachverhalts, der das höhere Risiko birgt, nicht mehr für die Akzeptabilität des fraglichen Risikos ins Feld geführt werden kann. Ist ein Risiko vermeidbar, ohne des mit ihm korrespondierenden Nutzens verlustig zu gehen, wirkt sich das also derart aus, dass der mit dem Risiko korrespondierende Nutzen nicht mehr *positiv* für die Akzeptabilität des fraglichen Risikos streiten kann. Die Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung unter gleichzeitigem Erhalt des Nutzens bewirkt also eine Neutralisierung des *für* die Akzeptabilität eines Risikos streitenden Nutzens. Für die Akzeptabilität der Wahrscheinlichkeit von Beißunfällen durch Bullterrier spricht mithin nicht der Nutzen der Hundehaltung, da dieser Nutzen auch durch weniger gefährliche Hunderassen erreicht werden kann.

Aus dem Umstand, dass die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos davon abhängt, ob eine Möglichkeit der Risikovermeidung oder jedenfalls Risikoreduktion besteht, folgt, dass sich die Bewertung der Akzeptabilität eines Risikos durch das Auftreten neuer Möglichkeiten zur Risikoreduktion ändern kann. Man stelle sich etwa vor, dass nur Hunde der gefährlichen Bullterierrassen existierten und der Maulkorb und die Hundeleine noch nicht erfunden wären. Denkbar wäre es in dieser Situation, dass das von Bullterriern ausgehende Risiko als akzeptabel bewertet werden würde, weil man lieber das Risiko durch Beißunfälle in Kauf nähme, als gänzlich auf die Haltung von Hunden zu verzichten. Würde dann eine neue Hunderasse gezüchtet werden, die ein niedrigeres Gefahrenpotenzial aufwiese, wäre vorstellbar, dass von nun an das von Bullterriern ausgehende Risiko als Gefahr bewertet werden würde und das Verbot, Bullterrier zu züchten, auch für verhältnismäßig erachtet werden würde.

In die tatbestandliche Risikobewertung fließen über das Kriterium der Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung bei gleichzeitigem Erhalt des mit der Risikoerzeugung verbundenen Nutzens insofern Fragen der Rechtsfolge ein: Ob ein Risiko akzeptabel ist, richtet sich auch danach, ob und unter dem Verlust welchen Nutzens das Risiko vermeidbar ist. Diese Berücksichtigung des Bestehens von Möglichkeiten zur Risikovermeidung oder -reduktion führt jedoch zu keiner Vorwegnahme der Prüfung der Rechtmäßigkeit potenzieller Gefahrenabwehrmaßnahmen. Dass das von Bullterriern ausgehende Risiko auch deshalb als Gefahr bewertet wird, weil Maulkörbe, Leinen und ungefährlichere Hunderassen existieren, nimmt beispielsweise nicht die Entscheidung vorweg, ob ein allgemeiner Maulkorbzwang oder das Einschläfern aller Bullterrier rechtmäßig, insbesondere verhältnismäßig wäre.

Allerdings erlangt die Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung *auch* im Rahmen der Angemessenheit der Gefahrenabwehrmaßnahme Bedeutung, da anhand seiner die Intensität der Belastung der Risikoerzeuger messbar ist: Die Anordnung, ein unter Erhalt des mit der Risikoerzeugung bezweckten Nutzens vermeidbares

Risiko zu vermeiden, ist in der Regel angemessen. Dementsprechend hielt das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen das Verbot des Mitführens von Glasflaschen beim Straßenkarneval unter anderem deshalb für angemessen, da es neben Glasflaschen Alternativen zum Mitführen von Getränken gebe (Plastikflaschen, Dosen, Pappbecher).⁵⁵⁰ Ebenso rechtfertigte das Sächsische Oberverwaltungsgericht die an Hundehalter gerichtete Anordnung, ihre Hunde zu Ruhe- und Nachtzeiten innerhalb des Hauses zu halten, um das Nachaußendringen von Hundegebell zu verhindern, unter anderem damit, dass die Anordnung es den Hundeliehabern nicht unmöglich macht, Hunde zu halten.⁵⁵¹ Unvermeidbar ist das Hundebellen unter Erhalt des mit der Hundehaltung bezweckten Nutzens demgegenüber, wenn der Hund als Wachhund gehalten wird.⁵⁵² Die Anordnung, einen Wachhund nachts innerhalb des Hauses zu halten, beeinträchtigte die Hundehalter daher stärker und könnte – je nach Intensität und Dauer des Hundebells – unverhältnismäßig sein.

Dass die Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung unter Erhalt des mit der Risikoerzeugung bezweckten Nutzens sowohl auf der Tatbestandsebene als auch im Rahmen der Angemessenheit der Gefahrenabwehrmaßnahme relevant ist, überrascht nicht. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt schließlich ein Verhältnis zwischen dem Schutzziel einer Gefahrenabwehrmaßnahme und dem mit der Maßnahme verbundenen Rechtsgütereingriff als Mittel der Gefahrenabwehr her, indem er danach fragt, ob bzw. inwieweit der Zweck durch das Mittel erreicht wird, ob bzw. inwieweit Rechtsgüter durch das Mittel beeinträchtigt werden und ob beide, der Grad der Zweckerreichung und der Grad der Rechtsgutsbeeinträchtigung, in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.⁵⁵³ Der Grad der Bedrohung eines Rechtsguts ist daher etwa sowohl auf der Tatbestandsebene von Relevanz, als auch, um auf der Rechtsfolgenseite das Gewicht des Rechtsgüterschutzes im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Gefahrenabwehrmaßnahme zu bestimmen. Die doppelte Relevanz mancher Kriterien ist aus der herkömmlichen Dogmatik bekannt: Die Je-desto-Formel bestimmt auf Tatbestandsebene anhand der Größe des erwarteten Rechtsgutsschadens den mindestens erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad für die Bejahung einer Gefahr. Auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit des Rechtsgutseingriffs zur Gefahrenabwehr ist die Größe des erwarteten Schadens wiederum von Bedeutung, um das Verhältnis von Schutz- und Eingriffsgut zu überprüfen.

⁵⁵⁰ OVG NW, Urteil v. 09.02.2012 – 5 A 2375/10, juris, Rn. 55.

⁵⁵¹ SächsOVG, NJW 2018, 181 (183).

⁵⁵² Vgl. SächsOVG, NJW 2018, 181 (183).

⁵⁵³ B. Schlink, in: M. Rosenfeld/A. Sajó (Hrsg.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, S. 718 (720 f.); R. Poscher, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), *Hdb. VerfR*, S. 149 Rn. 44 f.

Das Kriterium der Unbeherrschbarkeit bzw. der Unvermeidbarkeit eines Risikos findet damit auf unterschiedliche Weise Eingang in die rechtliche Risikobewertung. Zum einen hat sich die Unbeherrschbarkeit bzw. Unvermeidbarkeit eines Risikos als ungeeignetes alleinstehendes Kriterium erwiesen, um das Risiko den allgemeinen Lebensrisiken zuzuordnen: Was gänzlich unbeherrschbar ist, ist notwendig von der Rechtsordnung hinzunehmen. Ferner wurde gezeigt⁵⁵⁴, dass die Unvermeidbarkeit der *Risikokonfrontation* für diejenigen, die unfreiwillig vom Risiko betroffen sind, nicht für die Akzeptabilität des fraglichen Risikos spricht (wie es die Gleichsetzung allgemeiner Lebensrisiken mit unbeherrschbaren Risiken suggeriert). Vielmehr wirkt sich die Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation insofern positiv auf die Akzeptabilität eines Risikos aus, als bei der Risikobewertung diejenige Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe zugrunde zu legen sind, die nach zumutbaren Maßnahmen zum Selbstschutz durch die unfreiwillig vom Risiko Betroffenen verbleiben (Vermeidbarkeit der *Risikokonfrontation*). Nun wurde ein weiterer Zusammenhang des Kriteriums der Unvermeidbarkeit mit der Akzeptabilität eines Risikos deutlich: Wenn ein Risiko mit einem Nutzen korrespondiert, beeinflusst dieser Nutzen die Akzeptabilität des Risikos nur dann positiv, wenn das Risiko für die Risikoerzeuger unvermeidbar ist, wenn sie in den Genuss des Nutzens kommen möchten (Vermeidbarkeit der *Risikoerzeugung*).

c) Legitimer Nutzen

Der mit der Risikoerzeugung verbundene Nutzen muss von der Rechtsordnung anerkannt werden, um ihn zugunsten der Akzeptabilität einer Schadensmöglichkeit werten zu können. Das Bestehen eines *kollektiven* Nutzens ist von den gesetzlich zur Auslegung des Rechts ermächtigten Gerichten und Behörden zu bestimmen. Ob mit einer Handlung ein *individueller* Nutzen korrespondiert, entscheidet sich nach dem zu plausibilisierenden Selbstverständnis des jeweiligen Grundrechtsträgers.⁵⁵⁵ Stürzt sich jemand mit einem *Wingsuit* von einem Berg, weil ihm der Adrenalinkick Freude bereitet, ist die Existenz eines für diese Person von der Handlung ausgehenden Nutzens von der Rechtsordnung anzuerkennen. Daran schließt sich die Frage an, ob der Nutzen von der Rechtsordnung gebilligt wird.

⁵⁵⁴ Siehe auf den S. 130 ff. und 214 ff.

⁵⁵⁵ So zur Frage, ob ein Verhalten in den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1, 2 GG fällt, BVerfGE 24, 236 (247 f.) – Rumpelkammer [1968]; 104, 337 (354 f.) – Schächten [2002]; 108, 282 (298 f.) – Kopftuch [2003] Zum subjektiven Kriterium des Selbstverständnisses als Rechtskriterium siehe *M. Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium.

Dass ein mit einer Handlung verfolgte Nutzen von der Rechtsordnung gebilligt wird, zeigt sich nicht nur darüber, dass die entsprechende Handlung durch spezielle Grundrechte geschützt ist. Ist das Anzünden eines großen Feuers beispielsweise Bestandteil eines religiösen Festes, so dient die Risikoerzeugung (das Anzünden des Feuers) dem religiösen Kult. Dieser wird von Art. 4 Abs. 1, 2 GG geschützt. Ebenso ist das liturgische Glockenläuten ein von der Religionsausübung erfasster Akt.⁵⁵⁶ Viele Handlungen, die der Erzeugung eines rechtlich anerkannten Nutzens dienen, werden vielmehr schlicht von der allgemeinen Handlungsfreiheit erfasst. Mit dem Karneval verbinden die Menschen beispielsweise einen Raum, der abseits der Konventionen des Alltags ein gelöstes Miteinander erlaubt. Das Anzünden von Feuerwerk an Silvester betont die Symbolik des Jahreswechsels und damit die Vergänglichkeit der Zeit und des eigenen Daseins. Die Haltung von Hunden verschafft den meisten einen emotionalen Vorteil durch die tierische Alltagsbegleitung, andere halten Hunde als Wach- oder Blindenhunde. All diese Vorteile werden von der Rechtsordnung anerkannt.

Demgegenüber dienen Risiken keinem legitimen Zweck, wenn sie zum Zwecke der Fremdschädigung erzeugt werden. Streut jemand Reißzwecknadeln auf einen gemeinsam genutzten Hof, da er sich über das lärmende Spiel der Nachbarskinder ärgert, dient die Risikoerzeugung einzig der Rache durch die Verletzung der Kinder oder der Beschädigung der Reifen ihrer Fahrzeuge. Diese Zwecke sind keine legitimen, sondern darauf gerichtete Handlungen gar strafrechtlich sanktioniert.

Auch der Gedanke des berechtigten Interesses an der Risikoerzeugung kommt rechtspositiv in § 117 Abs. 1 OWiG zum Ausdruck, wonach ordnungswidrig handelt, wer *ohne berechtigten Anlass* oder in einem unzulässigen oder nach den Umständen vermeidbaren Ausmaß Lärm erregt, der geeignet ist, die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft erheblich zu belästigen oder die Gesundheit eines anderen zu schädigen.⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ BVerwGE 68, 62 (68) – Glockenläuten [1983].

⁵⁵⁷ Siehe etwa zum Lärm durch Kuhglocken VGH BW, Beschluss v. 07.03.1996 – 1 S 2947/95, juris, Rn. 6f.: „Ohne berechtigten Anlaß wird Lärm erregt, wenn unter objektiver Abwägung aller dafür und dagegen sprechenden Umstände nach den Grundsätzen der Sozialadäquanz überwiegende Gründe gegen die Lärmerregung als solche sprechen, d. h. wenn vernünftige, aner kennenswerte Gründe für die Lärmerregung nicht vorliegen [...]. Es läßt sich nicht ohne weiteres feststellen, daß die vom Antragsteller geltend gemachten Gründe, weshalb er seine Kühe mit Kuhglocken versieht, nicht vernünftig und/oder aner kennenswert sind.“

d) Gewichtung von Vorteilen

Der Umstand, dass umso größere Schadenswahrscheinlichkeiten akzeptabel sind, je größer der mit einem Risiko korrespondierende Nutzen ist, macht eine Gewichtung des Nutzens erforderlich.

aa) Monetarisierung

Während die Eintrittswahrscheinlichkeit numerisch dargestellt werden kann, gilt dies für den Nutzen eines Sachverhalts – wie auch hinsichtlich der Schadenshöhe – nicht. Es gibt zwar Versuche, das Inkommensurabilitätsproblem⁵⁵⁸ verschiedener, miteinander ins Verhältnis zu bringender Parameter durch die Monetarisierung aller Parameter zu lösen. Wenngleich es verständlich ist, Abwägungsentscheidungen durch eine Monetarisierung aller abzuwägender Güter objektivieren zu wollen, kann der Ansatz nicht überzeugen. Zum einen wirft es methodische und theoretische Schwierigkeiten auf, im Ausgangspunkt immateriellen Gütern wie Leben oder Gesundheit oder gar ‚Schönheit einer Stadt durch Begrünung‘ einen monetären Wert zuzuweisen.⁵⁵⁹ Zum anderen wird eine Wertungsentscheidung durch die Zuweisung monetärer Werte für die Menschen nicht unbedingt plausibler. Schließlich ist die tatsächliche Risikoakzeptanz von Menschen auch nicht das Ergebnis einer ökonomischen Kosten-Nutzen-Abwägung.

bb) Grundrechtsrelevanz

Wenngleich es für die Anerkennung eines legitimen Nutzens nicht darauf ankommt, ob die entsprechende Handlung von einem speziellen Grundrecht oder lediglich der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt ist, lässt sich hinsichtlich der Bestimmung des Gewichts des Vorteils indiziell darauf abstellen, ob die das Risiko bergende Handlung von einem speziellen Grundrecht oder der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt ist. Ein Feuer, das zum Zwecke eines religiösen

⁵⁵⁸ Zur Inkommensurabilität bei der Abwägung im Rahmen der Angemessenheit innerhalb des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *R. Poscher*, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), Hdb. VerfR, S. 149 Rn. 69.

⁵⁵⁹ *G. C. Keating*, *Southern California Law Review* 91 (2018), 195 (206). Zur Schwierigkeit, den „Wert von Natur und Landschaft“ zu bestimmen, siehe aus der deutschsprachigen Literatur *A. Vofßkuhle*, *Das Kompensationsprinzip*, S. 398. Gegen die Inkommensurabilität von immateriellen Gütern mit materiellen Gütern *S. F. Williams*, *Administrative Law Review* 53 (2001), 257 (263). Einen Lösungsvorschlag zur Durchführung von Kosten-Nutzen-Analysen trotz nicht quantifizierbarer Güter macht *C. R. Sunstein*, *California Law Review* 102 (2014), 1369 (1375 ff.). Kritisch hinsichtlich der Möglichkeit, einheitliche Bewertungsmaßstäbe zur Lösung des Inkommensurabilitätsproblems bei der Güterabwägung zu entwickeln, *R. Poscher*, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), Hdb. VerfR, S. 149 Rn. 70.

Kultes entzündet wird, ist eher akzeptabel als ein Feuer, das zum Zwecke einer Geburtstagsfeier entzündet wird. Allgemein gilt, dass das Interesse an der Risikoerzeugung umso gewichtiger ist, je bedeutender die grundrechtliche Handlung ist, in deren Rahmen das Risiko erzeugt wird bzw. je bedeutender das Rechtsgut ist, dessen Förderung die Erzeugung des Risikos dient.

cc) Unterschied des Gewichts von Gemeinwohl- und Individualzwecken

Für die Gewichtung des mit einem Risiko korrespondierenden Nutzens ist ferner von Relevanz, ob der Nutzen der Allgemeinheit oder Individualinteressen dient.

Es gibt Sachverhalte, deren Nutzen grundsätzlich allen, das heißt der Allgemeinheit zukommt. Von dem Beitrag von Bäumen zu einem gesunden (Stadt-) Klima profitieren etwa alle, die sich in der Stadt aufhalten, von Spielplätzen als Ort für Kinder profitieren indirekt alle Menschen, die auf die nachfolgenden Generationen angewiesen sind, und von der Erzeugung von Energie, beispielsweise durch Windenergieanlagen, profitieren ebenfalls die meisten Menschen in der heutigen Lebensweise. Zwar gründet die Wertung, dass derartige Sachverhalte „für alle“, das heißt für die Allgemeinheit, einen Nutzen beinhalten, auf einer Typisierung: Der Einsiedler, der auch im Notfall keinerlei Hilfe, etwa in Krankenhäusern, in Anspruch nehmen möchte, profitiert tatsächlich nicht von der Energie, die von Windrädern produziert wird. Die Typisierung ist jedoch zulässig, da sie von der überwiegenden Lebenswirklichkeit als Leitbild ausgeht.

Ferner gibt es Sachverhalte, von deren Nutzen aufgrund der Heterogenität der Interessen der Gemeinschaftsmitglieder zwar nicht alle profitieren, deren Nutzen jedoch grundsätzlich allen offensteht. Menschen, denen Volksfeste keine Freude bereiten, werden an ihnen beispielsweise nicht teilnehmen. Grundsätzlich haben jedoch alle die Möglichkeit, Volksfeste zu besuchen.

Demgegenüber gibt es Sachverhalte, von deren Nutzen primär Individuen profitieren. Von der Haltung eines bestimmten Hundes profitieren beispielsweise nur die Halter dieses Hundes. Zwar ließe sich ein Vorteil für die Allgemeinheit darüber konstruieren, dass – bei rechtlicher Erlaubnis der Hundehaltung – alle einen Hund halten dürfen, mithin potenzielle Nutznießer sind. Der einzelne Hund verschafft jedoch nur seinen Haltern einen Nutzen, während das einzelne Volksfest grundsätzlich allen offensteht.

Es lässt sich also unterscheiden zwischen Vorteilen einer bestimmten Risikoquelle, die bei typisierender Betrachtungsweise grundsätzlich allen Angehörigen einer Gemeinschaft zugutekommen können, und Vorteilen einer bestimmten Risikoquelle, die von vornherein auf manche beschränkt sind.

Es spricht Einiges dafür, dass sich ein Nutzen für die Allgemeinheit stärker auf die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos auswirkt als ein privater Nutzen.⁵⁶⁰ Diese Annahme scheint nicht nur intuitiv plausibel und findet Widerhall in der Rechtsprechung. Sie lässt sich auch unter dem Gedanken der Verteilungsgerechtigkeit rechtfertigen.

(1) Intuitiv plausible Ergebnisse

Es scheint intuitiv plausibel, dass es bei der Risikobewertung einen Unterschied macht, ob die mit dem Risiko verbundenen Vorteile der Allgemeinheit oder einem Privaten zufallen. Würde jemand aus privatem Interesse statt eines Windrads ein ebenso hohes und ebenso lärm- und schattenintensives Kunstwerk auf seinem Grundstück installieren wollen, so würde sein Vorhaben (unabhängig von den unterschiedlichen einschlägigen Normen) im Hinblick auf die Belastung der Nachbarschaft wohl strenger bewertet werden als ein entsprechendes Windrad. Ebenfalls würde ein privates mehrtägiges Fest mit lauter Musik wahrscheinlich restriktiver beurteilt werden als ein entsprechendes Volksfest. Für diese Annahme spricht aus der Rechtsprechungspraxis etwa, dass der Hessische Verwaltungsgerichtshof bei der Bewertung der von einem Volksfest ausgehenden Lärmimmissionen im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der ‚Gefahren, erheblichen Nachteile oder erheblichen Belästigungen‘ im Sinne von § 3 Abs. 1 BImSchG explizit mit der Bedeutung des Festes für die gesamte Gemeinde argumentierte: „Je gewichtiger der Anlass für die Gemeinde oder die Stadt ist, desto eher ist der Nachbarschaft zuzumuten, an wenigen Tagen im Jahr Ruhestörungen hinzunehmen.“⁵⁶¹

(2) Verteilungsgerechtigkeit

Dass sich ein Nutzen für die Allgemeinheit stärker auf die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos auswirkt als ein privater Nutzen, lässt sich ferner anhand des Gedankens der Verteilungsgerechtigkeit rechtfertigen.

Unter dem Begriff der Verteilungsgerechtigkeit wird verhandelt, ob es eine gerechte Verteilung von Vor- und Nachteilen, von materiellen und immateriellen

⁵⁶⁰ Siehe allein zum Nutzen für die Allgemeinheit R. Lukes/F.-J. Feldmann, in: R. Lukes (Hrsg.), Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil I, S. 143 (149f.): „Diese zweite [Je-desto-Formel] besage, daß je bedeutungsvoller eine an sich gefährliche Tätigkeit für das soziale Zusammenleben sei, desto höher auch die Sozialpflichtigkeit des einzelnen sein müsse, d. h. die Annahme einer unzulässigen Gefährdung desto niedriger sei. Es gebe möglicherweise einen gestaffelten Grundrechtsschutz und unterschiedlich akzeptable Risiken je nach dem [sic], welche Bedeutung eine gefährliche Tätigkeit für die Allgemeinheit habe.“

⁵⁶¹ HessVGH, NVwZ-RR 2006, 531 (533).

Gütern geben kann bzw. wie diese aussähe.⁵⁶² Fragen der Verteilungsgerechtigkeit spielen bei der Bewertung von Risiken dann eine Rolle, wenn Nutznießer und Risikotragende eines Sachverhalts zumindest teilweise auseinanderfallen.

Die Verteilung von Risiko und Nutzen kann optimal sein, indem nur diejenigen die Risiken tragen, die auch den korrespondierenden Nutzen ziehen. Häufig ist die Verteilung zwischen Risiko und Nutzen jedoch nicht optimal. Dies ist auch dadurch bedingt, dass immer mehr Menschen auf engem Raum leben. Die räumliche Enge hat zur Folge, dass sich die eigenen Handlungen regelmäßig auf andere Menschen auswirken. Will jemand beispielsweise einen Hund halten, tangiert die Hundehaltung – will man den Hund nicht unter dem Tierschutz widersprechenden Bedingungen ausschließlich innerhalb von Räumen und schallisoliert halten – notwendig auch die Mitmenschen. Sie hören das Bellen des Hundes, sind mit ihm auf der Straße konfrontiert und riskieren, in zurückgelassene Fäkalien zu treten.

Fragen der Verteilungsgerechtigkeit sind bei der Bewertung von Risiken ferner dann tangiert, wenn manche bei gleichem Nutzen mehr Risiken als andere tragen. Dieses Problem stellt sich typischerweise bei Sachverhalten, die für die Allgemeinheit Vorteile bergen, die mit ihnen verbundenen Risiken aufgrund ihrer Ortsgebundenheit jedoch vor allem die Nachbarn belasten. Dem Lärm eines Kinderspielplatzes, eines Volksfestes und dem Schattenwurf und Lärm von Windenergieanlagen sind beispielsweise vor allem die Nachbarn ausgesetzt, während alle von den mit ihnen einhergehenden Vorteilen profitieren können.

Der Gedanke der Verteilungsgerechtigkeit wurde bereits an verschiedenen Stellen vom Recht rezipiert. Beispielsweise wird der Grund zivilrechtlicher Gefährdungshaftungstatbestände auf diese Weise rekonstruiert.⁵⁶³ Der Gefährdungshaftung liege der Gedanke zugrunde, dass derjenige, der aus einer Gefahrensituation Vorteile zieht, auch deren Nachteile zu tragen habe.⁵⁶⁴ Die Risiken sollen also nicht vergesellschaftet werden, wenn die Vorteile nur einigen wenigen zufallen.

Auch die tatbestandlichen Voraussetzungen der gefahrenabwehrrechtlichen Inanspruchnahme eines Nichtstörers lassen sich zumindest zum Teil als Ausfluss des Gedankens der Verteilungsgerechtigkeit deuten. An die Inanspruchnahme von Nichtstörern stellen die Polizeigesetze qualifizierte Voraussetzungen. Dies garantiert, dass vorrangig diejenigen Personen, von denen die Gefahr ausgeht oder die die Sachherrschaft über die Gefahrenquelle innehaben, zur Beseitigung der Gefahr in Anspruch genommen werden, das heißt die Störer. Im baden-würt-

⁵⁶² S. Olsaretti, in: S. Olsaretti (Hrsg.), *The Oxford handbook of distributive justice*, S. 1 (2).

⁵⁶³ J. Esser, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, S. 69 ff., 103, 105 ff.

⁵⁶⁴ Wagner, in: *MüKo BGB*, vor § 823 Rn. 19 m. w. N.

tembergischen Polizeigesetz ist dies beispielsweise in § 9 Abs. 1 derart geregelt, dass die Polizei gegenüber anderen Personen als den in den §§ 6 und 7 bezeichneten Störern ihre Maßnahmen nur dann treffen darf, wenn auf andere Weise eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht verhindert oder eine bereits eingetretene Störung nicht beseitigt werden kann, insbesondere wenn die eigenen Mittel der Polizei nicht ausreichen oder wenn durch Maßnahmen nach den §§ 6 bis 8 ein Schaden herbeigeführt würde, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht. Wenn primär die Störer zur Gefahrenabwehr in Anspruch genommen werden sollen, lässt sich dies auf verschiedene Gründe zurückführen. Der Verhaltensstörer hat zur Verursachung der Gefahr beigetragen. Hier wirkt also das Verursachungsprinzip.⁵⁶⁵ Die Verantwortlichkeit des Zustandsstörers kann zum einen auf die durch die Sachherrschaft vermittelte Einwirkungsmöglichkeit auf die gefahrenverursachende Sache zurückgeführt werden.⁵⁶⁶ Ein Grund für seine Haftung sowie die Haftung des Verhaltensstörers ist aber auch, dass sie aus der Sache bzw. aus der gefährdenden Handlung regelmäßig Vorteile ziehen können.⁵⁶⁷ Der Grund für ihre vorrangige Inanspruchnahme zur Gefahrenabwehr lässt sich also auch über den Gedanken der Verteilungsgerechtigkeit rekonstruieren.

Wenngleich sowohl das Volksfest als auch die private Hundehaltung Fragen der Verteilungsgerechtigkeit aufwerfen, so gibt es zwischen derartigen Sachverhalten dennoch Unterschiede, die eine unterschiedliche Bewertung rechtfertigen:

Der erste Unterschied besteht darin, dass von den Vorteilen, die der Allgemeinheit offenstehen, grundsätzlich jeder profitieren kann. Auch wenn der vom Lärm eines Volksfestes besonders betroffene Nachbar das Volksfest nicht besuchen möchte, so steht es ihm grundsätzlich offen. Er ist somit nicht nur vom Lärm des Volksfestes belastet, sondern zumindest potenziell auch Nutznießer der Veran-

⁵⁶⁵ T. Kingreen/R. Poscher, *Polizei- und Ordnungsrecht*, § 9 Rn. 9ff.; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 342, 345; E. Denninger, in: Lisken/Denninger, *Abschnitt D* Rn. 76.

⁵⁶⁶ BVerfGE 102, 1 (17, 18f.) – Altlasten [2000]: „Die Zustandsverantwortlichkeit findet in der durch die Sachherrschaft vermittelten Einwirkungsmöglichkeit auf die gefahrenverursachende Sache ihren legitimierenden Grund“ und „Die Zustandsverantwortlichkeit findet ihren Grund in der mit dem Eigentum verbundenen Sachherrschaft [...]“; F. Schoch, in: F. Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 371.

⁵⁶⁷ Zum legitimierenden Grund der Zustandsverantwortlichkeit des Eigentümers BVerfGE 102, 1 (17, 18f.) – Altlasten [2000]: „Der Eigentümer kann überdies aus der Sache Nutzen ziehen“ und „Die Zustandsverantwortlichkeit findet ihren Grund in der mit dem Eigentum verbundenen Sachherrschaft sowie in der Verbindung von Vorteilen und Lasten der Sache. Wie dem Eigentümer nach geltendem Recht die Vorteile der privaten Nutzung der Sache auch dann zufließen, wenn sie ohne sein Zutun entstehen, muss er die Lasten der Sache auch dann tragen, wenn die Gefahr nicht durch ihn verursacht worden ist.“

staltung. Die Verteilungsungerechtigkeit wiegt daher weniger schwer, als wenn der mit einer Risikoquelle korrespondierende Nutzen von vornherein Menschen, die den Risiken ausgesetzt sind, gar nicht zukommen kann. Der vom Bellen eines Hundes betroffene Nachbar ist beispielsweise nur dem Lärm des Hundes ausgesetzt, ohne von dem Hund als tierische Begleitung profitieren zu können.

Der zweite Unterschied besteht im quantitativen Verhältnis zwischen Nutznießern und Belasteten eines Sachverhalts. Im Falle privater Vorteile stehen sich bestenfalls eine ungefähr gleich große Anzahl von Belasteten und Nutznießern gegenüber, schlechtestenfalls stehen wenige Begünstigte vielen Belasteten gegenüber. Von privaten Geburtstagsfeiern oder vom Grillen auf dem Balkon profitieren etwa die Gastgeber und Gäste, während die Nachbarn vom Lärm und Rauch belastet sind. Von Hunden profitieren nur die Halter, während vom Bellen der Hunde die Nachbarn und von Beißattacken und Fäkalien in der Öffentlichkeit eine große, unbestimmbare Anzahl von Menschen bedroht ist.

Demgegenüber profitieren von Sachverhalten, die der Allgemeinheit einen Nutzen verschaffen, viele Mitglieder der Gemeinschaft, während regelmäßig nur wenige durch die korrespondierenden Risiken belastet sind. Von Volksfesten, Müllverbrennungsanlagen und vom Baumbestand profitieren etwa viele Bürgerinnen und Bürger, während nur die Nachbarn vom Lärm, Müll, Geruch oder durch herabfallende Äste besonders belastet sind.

Dieser quantitative Unterschied im Verhältnis zwischen Belasteten und Nutznießern eines Sachverhalts ist der zweite Grund, warum Schadensmöglichkeiten, die mit Vorteilen für die Allgemeinheit verbunden sind, in der Regel weitgehender akzeptabel sind als Schadensmöglichkeiten, die lediglich mit Vorteilen für Private korrespondieren. Beschließt eine Gemeinde die Veranstaltung eines Volksfestes, ist dem vom Lärm besonders belasteten Nachbarn mithin eine höhere Lärmbelastung zumutbar, als wenn das Fest von einem Privaten ausginge.

7. Zwischenergebnis

Die meisten Menschen akzeptieren am ehesten solche Risiken, die sie freiwillig eingegangen sind und die sie als beherrschbar empfinden, an die sie sich bereits gewöhnt haben bzw. die ihnen bekannt sind, mit denen ein großer Nutzen einhergeht, bei denen Nutzen und Risiken als gerecht verteilt empfunden werden und der Schaden gering eingeschätzt wird.⁵⁶⁸ Im zurückliegenden Kapitel wurde gezeigt, dass sich aus diesen Kriterien, anhand derer die faktische Risikoakzeptanz

⁵⁶⁸ V.T. Covello, *Technological Forecasting and Social Change* 23 (1983), 285 (289); H. Jungermann/P. Slovic, in: G. Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft*, S. 167 (171 ff.). Zum Kriterium der Freiwilligkeit und des Nutzens der riskanten Tätigkeit siehe ferner C. Starr, *Science* 165 (1969), 1232.

von Menschen erklärbar ist, rechtliche Kriterien zur Risikobewertung ableiten lassen. Dabei geht es nicht – wie beim Topos der Sozialadäquanz – um die Übertragung faktischer Risikoakzeptanz auf die rechtliche Risikobewertung (Ergebnisübertragung). Vielmehr werden die Kriterien faktischer Risikoakzeptanz außerhalb des Anwendungsbereichs des Topos der Sozialadäquanz als Kriterien zur Bewertung der rechtlichen Akzeptabilität von Risiken etabliert (Kriterienübertragung).

Während die Bewertung eines Risikos nach Maßgabe seiner Sozialadäquanz auf der, aufgrund der tradierten rechtlichen Billigung berechtigten, Selbstverständlichkeit beruht, mit welcher die Mitglieder einer Gemeinschaft von der rechtlichen Akzeptabilität eines Risikos ausgehen, gründet die Plausibilität der zuletzt untersuchten Maßstäbe nicht auf der Anerkennung des Ergebnisses der Risikobewertung, sondern auf der Anerkennung der Methode, die zum Ergebnis führt. Die hier etablierten Kriterien zur Risikobewertung, die neben das bekannte Kriterium der Schadenshöhe treten, sind allseits plausibel, da die meisten Menschen Risiken anhand dieser Kriterien faktisch bewerten. Damit teilen die Adressaten der Risikobewertung zwar möglicherweise nicht das durch Behörden oder Gerichte gefundene Ergebnis der Risikobewertung. Die Methode der Entscheidungsfindung ist jedoch geeignet, allgemeine Zustimmung zu erfahren. Die Überzeugungskraft der Kriterien gründet auf der geteilten Empfindung ihrer Relevanz bei der Risikobewertung.

Es wurde gezeigt, dass sich nicht alle Kriterien der faktischen Risikoakzeptanz als rechtliche Kriterien zur Risikobewertung eignen. Die Bekanntheit eines Risikos kann als Kurzverweis auf die mit dem Topos der Sozialadäquanz intendierte Begründung verstanden werden und ist innerhalb der diesbezüglich geltenden, im vorangegangenen Kapitel dargestellten Grenzen zulässig. Ferner ist die Missbilligung neuer Risiken als Ausfluss des Vorsorgegedankens dann rational, wenn das Schadenspotenzial der Risiken mangels hinreichender Kenntnisse noch nicht abschätzbar ist. Außerhalb dieser Fälle ist das Kriterium der Bekanntheit aufgrund seiner zeitlichen Instabilität irrational und darf keine rechtliche Berücksichtigung erfahren.

Aus dem Kriterium der Freiwilligkeit der Risikokonfrontation wird, wie bereits im Rahmen der rechtlichen Grenzen von Sozialadäquanzurteilen dargestellt, das Kriterium der Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation abgeleitet. Diese findet insofern Eingang in die rechtliche Risikobewertung, als bei der Risikobewertung nur jenes Risiko zugrunde zu legen ist, welches nach der Durchführung zumutbarer Maßnahmen zum Selbstschutz seitens der unfreiwillig vom Risiko Betroffenen verbleibt. Die Vermeidbarkeit eines Risikos seitens der Schutzsuchenden ist mithin ein Kriterium zweiter Ordnung, anhand dessen die der Risi-

kobewertung zugrunde zu legende Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe, Kriterien erster Ordnung, bestimmt werden.

Ferner wurde gezeigt, dass das Maß der akzeptablen Schadenswahrscheinlichkeit nicht nur (im Sinne der herkömmlichen Je-desto-Formel) von der erwarteten Schadenshöhe abhängt, sondern auch von der Existenz und der Größe eines mit dem Risiko korrespondierenden Nutzens. Dies gilt jedoch nur insoweit, als das Risiko notwendig mit dem Nutzen verbunden ist, mithin unvermeidbar ist, wenn man nicht zugleich des korrespondierenden Nutzens verlustig gehen möchte. Je größer der mit einem Risiko korrespondierende Nutzen ist, desto größere Schadenswahrscheinlichkeiten sind rechtlich akzeptabel. Ein Nutzen, der der Allgemeinheit zugutekommt, ist dabei von größerem Gewicht als ein privater Nutzen. Der Nutzen ist insofern ein Kriterium erster Ordnung, wenngleich es in seiner Bedeutung hinter den anderen Kriterien erster Ordnung, der Schadenshöhe und der Schadenswahrscheinlichkeit, zurückbleibt. Dies ist dadurch bedingt, dass sich das Kriterium des Nutzens nicht auf das Maß der Bedrohung eines Rechtsguts bezieht, sondern auf die Frage nach der sozialen Sinnhaftigkeit der Risikoerzeugung. Innerhalb der von der Je-desto-Formel offengelassenen Bewertungsspielräume ist es jedoch ein sinnvolles ergänzendes Kriterium zur Bestimmung des rechtlich akzeptablen Risikomaßes.

VIII. Zusammenführung der Kapitel VI. und VII.

Das Gefahrenabwehrrecht dient dem Rechtsgüterschutz. Im Zentrum der rechtlichen Risikobewertung steht damit die Frage, wie wahrscheinlich welcher Schaden an einem Rechtsgut ist. Welcher Wahrscheinlichkeitsgrad angesichts eines bestimmten Schadens für die Bejahung einer Gefahr hinreicht, folgt jedoch nicht automatisch aus der Bezifferung des Wahrscheinlichkeitsgrades und der Schadenshöhe, sondern erfordert Wertungen. Ein maßgeblicher Teil dieser Wertungen lässt sich anhand der herkömmlichen Je-desto-Formel erklären, welche eine Relation zwischen dem erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad und der Schadenshöhe herstellt und damit die zwei für den Rechtsgüterschutz zentralen Parameter verbindet. Indem die Je-desto-Formel ausschließlich das Maß der Bedrohung eines Rechtsguts in den Blick nimmt, ist sie jedoch insofern defizitär, als sie den sozialen Kontext und damit die Gründe ausblendet, die positiv für die Akzeptabilität von Risiken sprechen können. In dem Angebot an derartigen positiven Gründen für die Akzeptabilität von Risiken sieht die hiesige Arbeit ihren Mehrwert.

Sie hat gezeigt, dass sich die Akzeptabilität mancher Risiken mit nicht unerheblichen Schadenswahrscheinlichkeiten nur aus ihrer traditionellen gesell-

schaftlichen und rechtlichen Billigung, mithin ihrer Sozialadäquanz, ergibt. Dieses Sozialadäquanzurteil ist innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen hinreichender und zwingender Grund für die einfachrechtliche Zulässigkeit der fraglichen Risiken. Eine verfassungsrechtliche Grenze für die Qualifikation sozialadäquater Risiken als rechtlich hinzunehmende Risiken ergibt sich aus der staatlichen Schutzpflicht. Der Inhalt der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht wird anhand der Größe des Risikos bestimmt, welche ihrerseits durch die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutsbeeinträchtigung, die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts und den Grad seiner drohenden Beeinträchtigung konkretisiert wird. Je bedeutender das Rechtsgut, je größer die Wahrscheinlichkeit seiner Beeinträchtigung und je größer seine erwartete Beeinträchtigung ist, desto gewichtiger ist das Risiko. Wahrscheinliche, große Schäden an bedeutenden Rechtsgütern stellen mithin immer eine Gefahr dar, auch wenn die Risiken traditionell gesellschaftlich und rechtlich gebilligt werden bzw. wurden.

In Fällen sozialadäquater Risiken findet die herkömmliche Je-desto-Formel nur insofern Anwendung, als sie Ausdruck der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht ist. Insofern gilt der von der Je-desto-Formel beleuchtete Zusammenhang zwischen Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit auch für das Verfassungsrecht: Je größer die potenziellen Schäden sind, desto geringere Schadenswahrscheinlichkeiten genügen dafür, dass die verfassungsrechtliche Schutzpflicht die Qualifikation des fraglichen Risikos als Gefahr gebietet.

Innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens findet die Je-desto-Formel in Fällen sozialadäquater Risiken deshalb keine Anwendung, weil die zur Bewertung des Risikos erforderlichen Wertungen hier durch das rechtlich, nicht faktisch verstandene Sozialadäquanzurteil ersetzt werden. Ob der vorliegende Wahrscheinlichkeitsgrad eines Schadens für die Bejahung einer Gefahr hinreicht, ergibt sich in Fällen sozialadäquater Risiken also nicht anhand von Wertungen, die die rechtsanwendenden Stellen – unter Zuhilfenahme der Je-desto-Formel – zu treffen haben, sondern anhand des verfassungsrechtlich einzuhegenden Sozialadäquanzurteils.

Die Bedeutung des Topos der Sozialadäquanz für die rechtliche Risikobewertung ist jedoch begrenzt, da nach hiesigem Verständnis aufgrund der Dichotomie von Sein und Sollen nur solche Risiken sozialadäquat im Rechtssinne sind, welche nicht nur eine breite gesellschaftliche Akzeptanz, sondern auch eine traditionelle rechtliche Billigung durch Behörden und Gerichte genießen. Geschützt ist über den Topos der Sozialadäquanz gerade nicht lediglich die aktuelle gesellschaftliche Mehrheitsansicht, sondern das Vertrauen der Rechtsunterworfenen, dass Risiken, von deren selbstverständlicher Zulässigkeit sie ausgehen und aufgrund der tradierten behördlichen und gerichtlichen Billigung auch ausgehen dürfen, auch zukünftig rechtlich zulässig sind.

Neben dem Entwurf eines sinnvollen Rekurses auf den Topos der Sozialadäquanz hat die Arbeit ferner versucht, außerhalb des Anwendungsbereichs des Topos der Sozialadäquanz Kriterien zur rechtlichen Risikobewertung zu etablieren, die die herkömmliche Je-desto-Formel ergänzen. Diesbezüglich konnte die Arbeit zeigen, dass sich ein mit dem Risiko korrespondierender Nutzen positiv auf die rechtliche Akzeptabilität des Risikos auswirkt. Beide Kriterien, die Sozialadäquanz eines Risikos und ein mit dem Risiko korrespondierender Nutzen, erweitern die rechtliche Risikobewertung um eine Betrachtung des sozialen Kontextes, in welchem ein Risiko erzeugt wird. Anders als das Kriterium der Sozialadäquanz ersetzt das Kriterium des Nutzens im Rahmen des verfassungsrechtlich Möglichen jedoch nicht die herkömmliche Je-desto-Formel. Vielmehr ergibt sich das Maß der akzeptablen Schadenswahrscheinlichkeit vorrangig aus der Schadenshöhe und der Schadenswahrscheinlichkeit und erst nachrangig, zur weiteren Konkretisierung der durch die Je-desto-Formel offengelassenen Bewertungsspielräume, aus einer Betrachtung des mit dem Risiko korrespondierenden Nutzens.

Zuletzt hat die Arbeit das Kriterium der Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation als Kriterium zweiter Ordnung bei der Risikobewertung etabliert. Maßgeblich für die Risikobewertung ist jenes Risiko, welches unter Zugrundelegung zumutbarer Maßnahmen zur Risikoreduktion seitens der vom Risiko unfreiwillig Betroffenen verbleibt.

D. Zusammenfassung

1. Die herkömmliche Gefahrdogmatik ist ergänzungsbedürftig.

a) Ob eine Schadensmöglichkeit rechtlich hingenommen oder missbilligt wird, richtet sich nach der herkömmlichen Gefahrdogmatik allein nach der Wahrscheinlichkeit eines Schadens in Abhängigkeit zum Ausmaß des Schadens (Je-desto-Formel).

b) Anhand der Je-desto-Formel lässt sich die rechtliche Risikobewertung jedoch nicht hinreichend erklären, da die Rechtsordnung in unterschiedlichen Lebensbereichen trotz der Bedrohung vergleichbarer Rechtsgüter unterschiedliche Risiken in Kauf nimmt. Bei welcher Schadenswahrscheinlichkeit vom Vorliegen einer Gefahr ausgegangen wird, muss sich also nach weiteren Kriterien als nur der Schadenshöhe richten.

2. Da die Arbeit hinter dem Begriff des allgemeinen Lebensrisikos – einem in Rechtsprechung und Literatur verwendeten Gegenbegriff zur Gefahr – die herkömmliche Gefahrdogmatik ergänzende Kriterien zur Bewertung der Akzeptabilität eines Risikos vermutet, analysiert und bewertet sie die hinter dem Topos des allgemeinen Lebensrisikos stehenden Argumente.

3. Sie stellt heraus, dass der Begriff in seiner bisherigen Verwendung überwiegend rechtsgebietsübergreifend mit sechs Argumentationslinien verbunden wird: Allgemeine Lebensrisiken seien 1. erlaubte, 2. abstrakte bzw. latente, 3. natürliche, 4. unbeherrschbare, 5. sozialadäquate/normale/übliche Risiken und/oder 6. das Ergebnis einer Kosten-Nutzen-Abwägung.

4. Als für die Gefahrdogmatik ergiebig haben sich die Kriterien der Erlaubtheit, der Sozialadäquanz und der Kosten-Nutzen-Abwägungen erwiesen, als unergiebig die Kriterien der Abstraktheit bzw. Latenz und der Natürlichkeit. Das Kriterium der Unbeherrschbarkeit wurde bislang zu unterkomplex und zu Unrecht als alleinstehendes Kriterium bei der rechtlichen Risikobewertung behandelt.

5. Die rechtliche Akzeptabilität eines Risikos richtet sich vorrangig nach dem positiven Recht (Erlaubtheit).

a) Gesetzlich erlaubte Risiken können als ‚allgemeine Lebensrisiken‘ bezeichnet werden. Zwar ist die Bezeichnung in Fällen explizit erlaubter Risiken obso-

let, da im Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes die hinreichende Begründung für die rechtliche Akzeptabilität der fraglichen Risiken liegt.

b) Ob aus dem positiven Recht eine spezifische Risikobewertung folgt, ist jedoch außerhalb von Fällen expliziter Ver- oder Gebote oder eindeutiger verfassungsrechtlicher Wertungen regelmäßig umstritten. Hier transportiert der Begriff des allgemeinen Lebensrisikos bei der Auslegung des positiven Rechts weitergehende Wertungen zur Akzeptabilität der fraglichen Risiken.

6. Die Akzeptabilität mancher Risiken mit nicht unerheblichen Schadenswahrscheinlichkeiten ergibt sich nur aus ihrer Sozialadäquanz.

a) Wegen der Dichotomie zwischen Sein und Sollen sind jedoch nicht alle gesellschaftlich mehrheitlich akzeptierten Risiken automatisch auch rechtlich akzeptabel. Die Sozialadäquanz eines Risikos im Rechtssinne kann daher nicht mit der mehrheitlichen gesellschaftlichen Akzeptanz gleichgesetzt werden.

b) Gleichzeitig verweist das Argument der Sozialadäquanz auf soziale Regeln, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie von Menschen geteilt werden. Sein argumentatives Gewicht gründet also auf der gesellschaftlichen Verankerung der Regeln.

c) Ausgeschlossen ist damit, das Argument der Sozialadäquanz als rein rechtliches Argument zu verstehen, das allein auf die Privatauffassung der RichterIn oder Behörde zu wünschenswerten sozialen Beurteilungen Bezug nimmt.

d) Dem Dilemma versucht die Arbeit durch ein Verständnis der Sozialadäquanz zu begegnen, wonach als sozialadäquat im Rechtssinne nur solche Risiken bezeichnet werden, die nicht nur eine breite gesellschaftliche Akzeptanz, sondern auch eine traditionelle rechtliche Billigung durch Behörden und Gerichte genießen.

e) Die rechtliche Billigung ist von Fällen zu unterscheiden, in denen die zuständige Behörde ein Risiko grundsätzlich missbilligt, gegen es bislang jedoch nicht vorgegangen ist. Dies kann entweder dem Opportunitätsprinzip oder schlichter Versäumnis geschuldet sein. Ein lediglich geduldetes, nicht jedoch gebilligtes Risiko ist nie sozialadäquat.

f) Der Topos der Sozialadäquanz weist nach hiesigem Verständnis eine Nähe zum Vertrauensschutz auf: Geschützt wird über den Topos der Sozialadäquanz gerade nicht lediglich die aktuelle mehrheitliche gesellschaftliche Akzeptanz oder Missbilligung eines Risikos. Dies käme einer Gleichsetzung des rechtlichen Gefahrenurteils mit dem empirischen Mehrheitsurteil durch die Hintertür gleich. Geschützt ist vielmehr das Vertrauen der Rechtsunterworfenen, dass Risiken, von deren selbstverständlicher Zulässigkeit sie ausgehen und aufgrund der tradierten behördlichen und gerichtlichen Billigung auch ausgehen dürfen, auch zukünftig rechtlich zulässig sind.

g) Sozialadäquate Risiken setzen daher eine zeitliche Verfestigung hinsichtlich ihrer rechtlichen Billigung voraus, welche die rechtliche Bindung des Sozialadäquanzurteils rechtfertigt.

h) Die Je-desto-Formel findet im Hinblick auf sozialadäquate Risiken nur insofern Anwendung, als sie Ausdruck verfassungsrechtlicher Anforderungen an die einfachrechtliche Risikobewertung ist.

i) Der Amtsermittlungsgrundsatz gebietet die Feststellung der breiten gesellschaftlichen und traditionellen rechtlichen Billigung.

j) Da sozialadäquate Risiken definitionsgemäß eine traditionelle breite gesellschaftliche und rechtliche Akzeptanz genießen, können Richterinnen bzw. Behördenvertreter die Sozialadäquanz eines Risikos in der Regel aufgrund eigenen Erfahrungswissens feststellen, wenn sie Angehörige des betreffenden Verkehrskreises sind.

k) Verfügen Richterinnen bzw. Behördenvertreter über kein hinreichendes eigenes Erfahrungswissen, gebietet es der Amtsermittlungsgrundsatz, die Sozialadäquanz eines Risikos mit Hilfe fremden Erfahrungswissens festzustellen.

7. Die Einbeziehung empirischer Akzeptanzurteile ins Recht darf nicht mit bestehenden rechtlichen Wertungen konfliktieren (normative Grenze des Arguments der Sozialadäquanz).

a) Diesbezüglich kommt Gerichten und Behörden eine Filterfunktion zu. Sie haben soziale Akzeptanzurteile auf ihre rechtliche Geltungs- und Inkorporationsmöglichkeit hin zu überprüfen.

b) In Fällen, in denen das in Frage stehende Risiko gesetzlich für zulässig oder unzulässig erklärt ist, ist wegen des Vorrangs des Gesetzes kein Raum mehr für das Argument der Sozialadäquanz.

c) Die Grundrechte der das Sozialadäquanzurteil nicht mittragenden, vom Risiko faktisch betroffenen Minderheit können die Qualifikation eines Risikos als Gefahr erfordern.

aa) Maßstab ist hierbei die sogenannte unechte Schutzpflicht, da sich Sozialadäquanzurteile auf menschlich verursachte, nicht grundsätzlich gesetzlich verbotene Risiken beziehen und sich die Risikobewertung daher im grundrechtlichen Dreieckskonflikt abspielt. Im Falle unechter Schutzpflichten ist eine verfassungsrechtliche Grenze bei der Ausrichtung des rechtlichen Gefahrenurteils am gesellschaftlichen Sozialadäquanzurteil dann erreicht, wenn kein „– unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird“¹.

bb) Die hier nicht geltende echte Schutzpflicht, Maßstab für Risiken ohne staatliche Beteiligung, ist demgegenüber erst dann verletzt, wenn die Schutz-

¹ BVerfGE 88, 203 (Leitsatz 6, siehe ferner S. 254 f.) – Schwangerschaftsabbruch II [1993].

maßnahmen „gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen oder erheblich dahinter zurückbleiben“².

cc) Die jeweils geltende verfassungsrechtliche Grenze ist anhand der Größe des Risikos, konkretisiert durch die Wahrscheinlichkeit der Rechtsgutsbeeinträchtigung, die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts und den Grad der erwarteten Beeinträchtigung des Rechtsguts zu ermitteln.

dd) Bei der Bestimmung der maßgeblichen Größe des Risikos ist die Vermeidbarkeit bzw. Zumutbarkeit der Vermeidung der Risikokonfrontation seitens der vom Risiko unfreiwillig Betroffenen von entscheidender Bedeutung.

ee) Ist ein Risiko durch zumutbare Maßnahmen zum Selbstschutz seitens der vom Risiko unfreiwillig Betroffenen zu reduzieren oder zu vermeiden, wirkt sich dies insofern positiv auf die Akzeptabilität des fraglichen Risikos aus, als bei der Risikobewertung dasjenige Risiko zugrunde zu legen ist, welches nach Durchführung der Maßnahmen zur Risikovermeidung verbleibt.

d) Ferner gebietet die drohende erhebliche Beeinträchtigung der Einrichtungen, Veranstaltungen oder Funktionsfähigkeit des Staates die Qualifikation eines von der Mehrheit als sozialadäquat bewerteten Risikos als Gefahr.

e) Praktisch relevant wurden bislang im Übrigen gleichheitsrechtliche Grenzen. Konkret: Die Üblichkeit und Sozialadäquanz bestimmter Zustände oder Verhaltensweisen wurde trotz gleichen objektiven Gefährdungspotenzials unzulässigerweise als Argument angeführt, um die Benachteiligung von Erzeugern unüblicher Risiken zu rechtfertigen. Aus der Konzeption der den Mehrheiten und Minderheiten gleichermaßen garantierten Grundrechten folgt indes, dass die Üblichkeit und Sozialadäquanz von Risiken, mithin die Zugehörigkeit zur Mehrheit oder Minderheit an sich, keine sachlichen Gründe für eine Ungleichbehandlung sind. Als verfassungsrechtliche Grenze gilt diese auch für den parlamentarischen Gesetzgeber.

f) Gleichheitsrechtlich bedeutsam ist ferner, dass ‚anormales‘ Verhalten als suspekt empfunden und möglicherweise hinsichtlich seines Risikopotenzials negativ verzerrt bewertet wird. Die Schlechterbehandlung ‚anormalen‘ Verhaltens scheint dann aufgrund des fälschlich angenommenen höheren Risikos gerechtfertigt. Auf derartige unbewusste Verzerrungseffekte und daraus folgende Benachteiligungen ‚anormalen‘ Minderheiten ist im Risikorecht zu achten.

g) Sowohl an der zweiten Komponente der Sozialadäquanz, der tradierten rechtlichen Billigung des mehrheitlich gesellschaftlich Akzeptierten, als auch an den rechtlichen Grenzen, die der Inkorporation von Sozialadäquanzurteilen ins

² BVerfGE 77, 170 (215) – Lagerung chemischer Waffen [1987] (in leicht anderer Formulierung); 92, 26 (46) – Zweitregister [1994]; BVerfG-K, Beschluss v. 18.02.2010 – 2 BvR 2502/08, juris, Rn. 11.

Recht auferlegt sind, zeigt sich prägnant die Eigenständigkeit der rechtlichen Risikobewertung im Gegensatz zur sozialen.

8. Soweit ein Risiko aufgrund seiner Sozialadäquanz von Behörden oder Gerichten nicht als Gefahr qualifiziert wird, konfligiert dieses Urteil nie mit den spezifischen gesetzlichen Anforderungen, die qualifizierte Gefahrbegriffe stellen: Die qualifizierten Gefahrbegriffe stellen schließlich erhöhte Anforderungen an die Qualifikation eines Risikos als Gefahr. Rechtfertigungsbedürftig anhand der Maßstäbe qualifizierter Gefahrbegriffe kann also nur die Bejahung einer Gefahr sein, nie deren Verneinung.

9. Aus den bislang dargestellten rechtlichen Grenzen hinsichtlich der Inkorporation von Sozialadäquanzurteilen bei der rechtlichen Risikobewertung folgen entsprechende Grenzen im Hinblick auf die Kategorie des Gefahrverdachts.

a) Besteht der Verdacht, es existiere ein von der mehrheitlichen Gesellschaft sowie bislang von Behörden und Gerichten als sozialadäquat bewertetes Risiko, so liegt ein Gefahrverdacht vor, wenn das Risiko – im Falle seines Bestehens – aus Gründen des Minderheitenschutzes oder wegen der zu erwartenden erheblichen Beeinträchtigung der Funktion oder des Bestandes staatlicher Einrichtungen oder Veranstaltungen als Gefahr bewertet werden müsste.

b) Ist nicht hinreichend sicher zu beurteilen, ob das möglicherweise bestehende, von der mehrheitlichen Gesellschaft und bislang von Behörden und Gerichten als sozialadäquat bewertete Risiko aus Gründen des Minderheitenschutzes oder aufgrund der zu erwartenden Beeinträchtigung der Einrichtungen oder Veranstaltungen des Staates als Gefahr bewertet werden müsste oder nicht, so liegt ebenfalls ein Gefahrverdacht vor.

10. Auch auf der Sekundärebene setzt sich das bislang Ausgeführte zur Inkorporation von Sozialadäquanzurteilen bei der Anwendung des Gefahrbegriffs fort.

a) Qualifiziert eine Gefahrenabwehrbehörde ein Risiko wegen seiner Sozialadäquanz nicht als Gefahr, wird diese Bewertung durch ein Gericht jedoch für rechtswidrig erklärt, so können die vom Risiko negativ betroffenen Personen einen Entschädigungsanspruch gegen den Staat wegen seines rechtswidrigen Untätigbleibens haben. Da die Polizeigesetze hinsichtlich der Entschädigungsansprüche – soweit sie eine entsprechende Regelung beinhalten – an eine Maßnahme bzw. eine Inanspruchnahme anknüpfen und damit ein positives Tun erfordern, kommt bei gänzlichem Untätigbleiben der Behörde keine Haftung nach den polizeirechtlichen Haftungstatbeständen, sondern nur aufgrund des verschuldensabhängigen Amtshaftungsanspruchs in Betracht.

b) Ging eine Behörde gleichheitswidrig gegen die Erzeuger unüblicher Risiken vor, während sie die Erzeugung eines sozialadäquaten, ansonsten jedoch gleichen Risikos billigte, waren sowohl die Inanspruchnahme zur Risikoabwehr als auch der Eingriff in Grundrechte bei der Risikoabwehr unzulässig. Den betroffenen

Erzeugern unüblicher Risiken stehen Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche nach den für rechtswidrige Maßnahmen geltenden Grundsätzen zu.

11. Die Je-desto-Formel als bislang zentrale dogmatische Figur zur Leitung und Erklärung der rechtlichen Risikobewertung speist ihre Plausibilität daraus, dass Menschen Risiken faktisch in Abhängigkeit zur Schadenshöhe bewerten.

12. Die Arbeit untersucht daher außerhalb des Anwendungsbereichs des Topos der Sozialadäquanz weitere Kriterien der faktischen Risikoakzeptanz auf ihre Leistungsfähigkeit für das Recht. Anders als beim Argument der Sozialadäquanz kommt es hier nicht auf die faktische Billigung eines Risikos an. Vielmehr werden aus den Kriterien, anhand derer die faktische Risikoakzeptanz von Menschen erklärbar ist, allgemeine Kriterien für die rechtliche Akzeptabilität von Risiken abgeleitet (Kriterienübertragung statt Ergebnisübertragung).

13. Zur Identifikation derjenigen Kriterien, die bei der faktischen Risikoakzeptanz von Menschen intersubjektive Bedeutung haben, kann auf die Erkenntnisse der psychologischen Risikoakzeptanzforschung zurückgegriffen werden.

14. Diese hat hervorgebracht, dass die Akzeptanz eines Risikos nicht nur von der Schadenswahrscheinlichkeit und dem Schadensausmaß abhängt, sondern ebenso von der Freiwilligkeit der Risikoexposition, der gefühlten Beherrschbarkeit des Risikos, der Gewöhnung an das Risiko, dem mit dem Risiko einhergehenden Nutzen und ob Risiko und Nutzen gerecht verteilt sind. Aus diesen Kriterien wurden folgende Kriterien für die rechtliche Risikobewertung abgeleitet:

a) Freiwilligkeit der Risikoübernahme: Gefahrenabwehrrechtlich relevant sind nur Fälle, in denen Menschen Risiken unfreiwillig ausgesetzt sind.

aa) Unfreiwillige Risiken sind nicht nur unerwünschte, sondern auch solche, die unvermeidbar sind oder deren Vermeidung unzumutbar ist.

bb) Wie bereits bei der Bestimmung des Inhalts der grundrechtlichen Schutzpflicht kommt dem Kriterium der Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation auch im einfachrechtlichen Gefahrenabwehrrecht eine maßgebliche Funktion zu: Ist ein Risiko durch zumutbare Maßnahmen zum Selbstschutz seitens der vom Risiko unfreiwillig Betroffenen reduzier- oder vermeidbar, wirkt sich dies insofern positiv auf die Akzeptabilität des fraglichen Risikos aus, als bei der Risikobewertung dasjenige Risiko zugrunde zu legen ist, welches nach Durchführung der Maßnahmen zur Risikovermeidung verbleibt.

cc) Das Kriterium der Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation ist insofern ein Kriterium zweiter Ordnung, anhand dessen das Maß der relevantesten Kriterien erster Ordnung, der Schadenswahrscheinlichkeit und der Schadenshöhe, bestimmt wird.

dd) Da Risiken umso eher rechtlich akzeptabel sind, je kleiner sie sind, hat das Kriterium der Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation insbesondere bei mittleren und großen Risiken einen Effekt auf die Risikobewertung.

ee) Keine reine freiwillige Selbstgefährdung, sondern eine Fremdgefährdung liegt vor, wenn ein freiwillig selbstgefährdendes Verhalten vorhersehbar Rettungshandlungen durch Dritte erforderlich macht und die Rettungshandlungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zur Gefährdung der helfenden Dritten führen.

b) Das Kriterium der Beherrschbarkeit geht weitgehend im Kriterium der Freiwilligkeit auf, da Menschen freiwillig eingegangene Risiken subjektiv eher als beherrschbar einschätzen und die Risiken auch objektiv durch ihre mögliche Vermeidung beherrschbar sind.

c) Kosten-Nutzen-Abwägungen:

aa) Mit dem Begriff der Kosten-Nutzen-Abwägungen kann Verschiedenes gemeint sein. Mit dem Begriff der Kosten kann zum einen der Aufwand der Gefahrenabwehrmaßnahme gemeint sein. Der Nutzen besteht hier in der Abwehr der Gefahr. Abwägungen, die den Aufwand einer Gefahrenabwehrmaßnahme ins Verhältnis zum jeweiligen Nutzen des konkret vorliegenden Rechtsgüterschutzes setzen, finden klassischerweise im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes statt.

bb) Demgegenüber gibt es Sachverhalte, die sowohl ein Risiko als auch einen Nutzen bergen. Der Nutzen des Risikos besteht hier nicht lediglich in der Freiheit von einem Rechtsgutseingriff zur Gefahrenabwehr, sondern lässt sich ohne Ansehung möglicher Maßnahmen zur Gefahrenabwehr beschreiben. Die Berücksichtigung eines mit einem Risiko korrespondierenden Nutzens hat bei der tatbestandlichen Risikobewertung stattzufinden.

cc) Je größer der mit einem Risiko korrespondierende Nutzen ist, desto größere Schadenswahrscheinlichkeiten sind rechtlich akzeptabel.

dd) Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Nutzen notwendig mit der Erzeugung eines Risikos korrespondiert, mithin das Risiko unvermeidbar ist, wenn man nicht auch des Nutzens verlustig gehen möchte (Unvermeidbarkeit der Risikoerzeugung).

ee) Da der Zweck der Gefahrenabwehr der Rechtsgüterschutz ist und die Bedrohung eines Rechtsguts anhand der Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung und dem Grad der Beeinträchtigung bestimmt wird, stellen wahrscheinliche große Schäden an bedeutenden Rechtsgütern immer eine Gefahr dar. Der mit einem Risiko korrespondierende Nutzen hat daher insbesondere bei kleinen und mittleren Risiken einen Effekt auf die Risikobewertung.

ff) Ein Nutzen, der der Allgemeinheit zukommt, ist bedeutender als ein Individualnutzen.

d) Bekanntheit des Risikos: Das Kriterium der Bekanntheit ist kein dem Risiko inhärentes Merkmal. Es kann lediglich insofern Bedeutung erlangen, als aufgrund der Neuheit eines Risikos die Schadenshöhe und Schadenswahrschein-

lichkeit nicht hinreichend sicher abschätzbar sein können. Es geht in Fällen unsicheren Wissens also als Unsicherheitsfaktor bei der Bestimmung anderer Kriterien ein, ist jedoch kein selbständiges Kriterium bei der Risikobewertung. Soweit die Akzeptabilität eines Risikos mit seiner Bekanntheit gerechtfertigt wird, kann diese Argumentationsstrategie jedoch als Kurzverweis auf die mit dem Argument der Sozialadäquanz intendierte Rechtfertigung der Risikobewertung gemeint sein. Diese ist innerhalb der oben dargestellten Grenzen zulässig.

15. Als zu vereinfacht und mit einigen Problemen behaftet hat sich die in der Literatur verbreitete Definition der Gefahr als das im Vergleich zum Normalmaß *erhöhte* Risiko erwiesen.

a) Zwar lassen sich bestehende Risikodifferenzen objektiv beschreiben.

b) Lässt sich ein sozial gebilligtes Ziel sowohl auf risikoarme als auch auf riskante Weise verwirklichen, kann anhand der Risikodifferenz erklärt werden, warum der riskante Realisierungsweg als Gefahr beurteilt wird, während der gleichermaßen geeignete Realisierungsweg als hinzunehmendes Risiko bewertet wird.

c) In der Praxis gibt es in vielen Lebensbereichen jedoch nicht zwei Realisierungswege mit völlig verschiedenen Risikopotenzialen, sondern viele sich hinsichtlich ihres Risikopotenzials graduell unterscheidende Realisierungswege.

d) Das Urteil, welches Risiko sozialadäquat und welches sozialinadäquat ist, lässt sich hier nicht allein anhand der bestehenden Risikodifferenzen erklären, da diese nicht vorgeben, wo auf der gleitenden Skala sich graduell unterscheidender Risiken der Punkt ausgemacht wird, an welchem Risiken in Gefahren umschlagen. Hier gewinnen Wertungen zur Akzeptabilität von Risiken gegenüber der bloßen Erkenntnis einer Risikodifferenz an Bedeutung.

e) Problematisch ist ferner, dass in manchen Fällen das Sozialadäquanzurteil objektiv bestehende Risikodifferenzen zu übertrumpfen bzw. fälschlicherweise das Bestehen einer Risikodifferenz zu suggerieren scheint (siehe zu Letzterem Punkt 7. f) der Ergebnisse). Trotz objektiv niedrigeren Risikopotenzials wird dann das mehrheitlich missbilligte Risiko als Gefahr qualifiziert, während ein objektiv gefährlicheres, aber mehrheitlich akzeptiertes Risiko rechtlich als akzeptables Risiko beurteilt wird.

16. Aussichtslos ist die probabilistische Ermittlung eines allgemeinen, auf neue Risiken *übertragbaren Maßes* der Sozialadäquanz. Da das Argument der Sozialadäquanz neben der traditionellen rechtlichen Billigung die tatsächliche mehrheitliche Akzeptanz eines konkreten Risikos voraussetzt, ist die Sozialadäquanz *per se* nicht übertragbar, sondern liegt in Bezug auf ein konkretes Risiko vor oder sie liegt nicht vor.

17. Doch auch aus normativer Sicht ist es nur unter engen Voraussetzungen plausibel, durch Risikovergleiche von bestehenden Risiken auf die Zulässigkeit neuer Risiken zu schließen.

a) Verfassungsrechtlich zwingend ist die Zulassung eines neuen Risikos im Anwendungsbereich und unter den Voraussetzungen des allgemeinen Gleichheitssatzes. Einem Grundrechtsträger muss die Erzeugung eines neuen Risikos erlaubt werden, wenn einem anderen die Erzeugung eines vergleichbaren Risikos bereits erlaubt ist und beide Risikobewertungen in die Zuständigkeit desselben Trägers hoheitlicher Gewalt fallen.

b) Doch auch außerhalb zwingender verfassungsrechtlicher Vorgaben bei der Risikobewertung ist der Vergleich von Risiken nur rational, wenn gleiche Risiken miteinander verglichen werden.

c) Welche Kriterien für die Gleichheit von Risiken relevant sind, ist aus den Erkenntnissen der psychologischen Risikoakzeptanzforschung abzuleiten, da diese zeigen, welche Merkmale von Risiken intersubjektiv relevant und somit rational sind.

d) Zur Bestimmung der Gleichheit von Risiken ist somit innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereiches des allgemeinen Gleichheitssatzes abzustellen auf: die Schadenswahrscheinlichkeit, die Schadenshöhe, die Freiwilligkeit der Risikoexposition und den Nutzen des Sachverhalts, der das Risiko birgt. Überlegungen zum Nutzen beinhalten Überlegungen zur Verteilung von Risiko und Nutzen.

e) Die Bekanntheit eines Risikos ist im Rahmen von Risikovergleichen nur dann ein zulässiges Unterscheidungsmerkmal, wenn es mit unzureichendem Wissen hinsichtlich des Risikopotenzials des neuen Risikos einhergeht.

f) Wenngleich nicht verfassungsrechtlich zwingend, ist es rational, neue Risiken, die bestehenden zulässigen Risiken gleichen, ebenso für zulässig zu erachten.

g) An der Vergleichbarkeit der Risiken scheitert die Rationalität der meisten bisher bemühten Risikovergleiche.

h) Der Vergleich ungleicher Risiken ist gerade deshalb so beliebig wie beliebt, weil nicht vorgegeben ist, welche Risiken miteinander verglichen werden und welche Folgerungen aus dem Vergleich abgeleitet werden. Er kann also ganz nach Belieben angestellt und mit den gewünschten Folgerungen versehen werden.

18. Als für die Gefahrdogmatik unergiebig hat sich die Bezeichnung allgemeiner Lebensrisiken als ‚natürliche‘ Risiken erwiesen.

a) Zwar gibt es einige Risiken (Blitzschläge, Regenfälle, Meteoriteneinschläge, Gifte in Pflanzen und Tieren etc.), die unabhängig vom Menschen existieren. Derartige Risiken könnte man als ‚natürliche Risiken‘ bezeichnen, selbst wenn

viele dieser ursprünglich ‚natürlichen‘ Phänomene heutzutage (im anthropogenen Zeitalter) vom Menschen beeinflusst werden.

b) Gegen die Qualifikation allgemeiner Lebensrisiken über das Kriterium der Natur spricht aus rechtspositiver Sicht jedoch, dass die deutsche Rechtsordnung viele Risiken natürlichen Ursprungs nicht hinnimmt, sondern abwehrt.

19. Auch der in Literatur und Rechtsprechung häufig bemühte Gedanke, dass unbeherrschbare Risiken allgemeine Lebensrisiken seien, leistet in dieser Pauschalität keinen relevanten Beitrag zur Gefahrdogmatik bzw. ist irreführend.

a) Zwar ließen sich unbeherrschbare Risiken als allgemeine Lebensrisiken bezeichnen: Was vom Normadressaten unbeherrschbar ist, kann nicht sinnvoller Norminhalt sein. Rechtspflichten können sich nur auf Mögliches richten. Was unbeherrschbar ist, ist also notwendig hinzunehmen und könnte daher als allgemeines Lebensrisiko bezeichnet werden.

b) Rechtlich interessant sind jedoch nur jene Fälle, in denen ein Rechtssubjekt das Risiko vermeiden bzw. zumindest seine Höhe beeinflussen kann. Nur in diesen Fällen kann ein Anspruch auf Schutz vor dem entsprechenden Risiko bzw. eine Ermächtigung zur Abwehr des Risikos bestehen.

c) Die Gleichsetzung allgemeiner Lebensrisiken mit unbeherrschbaren Risiken ist ferner irreführend: Wie oben unter Punkt 14. a) bb) dargestellt wurde, ist bei der Risikobewertung dasjenige Risiko maßgeblich, welches unter Zugrundelegung zumutbarer Maßnahmen zum Selbstschutz verbleibt. Eine schwache Beherrschbarkeit der Risikokonfrontation seitens der Schutzsuchenden wirkt sich mithin negativ, und nicht positiv, auf die rechtliche Akzeptabilität des fraglichen Risikos aus, wie es die Gleichsetzung allgemeiner Lebensrisiken mit unbeherrschbaren Risiken suggeriert.

d) In anderer Weise wirkt es sich wiederum auf die Risikobewertung aus, wenn ein individueller oder allgemeiner Nutzen notwendig (d. h. unvermeidbar) mit der Erzeugung eines Risikos einhergeht. Wie oben unter Punkt 14. c) cc) und dd) dargestellt wurde, sind umso höhere Schadenswahrscheinlichkeiten akzeptabel, je größer ein mit der Risikoerzeugung notwendig verbundener Vorteil ist.

20. Falsch ist die Gleichsetzung allgemeiner Lebensrisiken mit abstrakten bzw. latenten Gefahren.

a) Nach allgemeinen dogmatischen Maßstäben liegt in den Fällen, in denen Risiken als ‚allgemeine Lebensrisiken‘ bezeichnet werden, weder eine abstrakte noch eine latente Gefahr vor.

b) Ferner sind auch abstrakte Gefahren Gefahren und damit grundsätzlich abzuwehren. Allgemeine Lebensrisiken sind demgegenüber hinzunehmende Risiken.

c) Die Arbeit konnte jedoch zeigen, dass sich viele der Risiken, die als ‚allgemeine Lebensrisiken‘ akzeptiert sind, durch eine zeitliche Unbestimmtheit des

Schadensergebnisses auszeichnen. Mit den Begriffen der ‚Latenz‘ sowie ‚Abstraktheit‘ scheint – terminologisch falsch – auf die zeitliche Unbestimmtheit des Schadenseintritts Bezug genommen zu werden.

21. Der Begriff des allgemeinen Lebensrisikos wird in Literatur und Rechtsprechung ferner als Synonym zum sogenannten Hintergrundrisiko, der Summe aller bestehenden Risiken, verwendet.

a) Diese Bedeutung ist von jener der rechtlich oder sozial akzeptierten einzelnen (allgemeinen Lebens-)Risiken zu unterscheiden.

b) Diesbezüglich konnte die Arbeit zeigen, dass das Hintergrundrisiko eine bislang in Literatur und Rechtsprechung nicht thematisierte Rolle im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne spielt: Grundrechtseingriffe sind unverhältnismäßig, wenn der durch den Eingriff bezweckte Sicherheitsgewinn angesichts des bestehenden Hintergrundrisikos (anders: ‚allgemeinen Lebensrisikos‘) bedeutungslos ist. Angesichts der Bedeutungslosigkeit des Sicherheitsgewinns ist die Grundrechtsbeeinträchtigung für die Betroffenen sinnlos und damit unzumutbar.

c) Dieser Beitrag zur Ausdifferenzierung der Verhältnismäßigkeitsdogmatik lässt sich abstrahierend von der Sicherheitsthematik auch wie folgt formulieren: Staatliche Maßnahmen sind unverhältnismäßig im engeren Sinne, wenn die mit ihnen erstrebte Zweckerreichung aufgrund äußerer Umstände bedeutungslos ist.

Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert*, „Öffentliche Ordnung“ im pluralistischen Staat, Analytische Bemerkungen zu einem Grundbegriff des Polizei- und Ordnungsrechts, in: Norbert Achterberg (Hrsg.), Öffentliches Recht und Politik, Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 9–41.
- ADM Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.*, Stichproben-Verfahren in der Umfrageforschung, Eine Darstellung für die Praxis, 2. Aufl., Wiesbaden 2014.
- Akers, Ronald L.*, Deviant Behavior, A Social Learning Approach, 3. Aufl., Belmont, California 1985.
- Ale, Ben J. M.*, Risk assessment practices in The Netherlands, *Safety Science* 40 (2002), 105.
- ders.*, Tolerable or Acceptable: A Comparison of Risk Regulation in the United Kingdom and in the Netherlands, *Risk Analysis* 25 (2005), 231.
- Alexy, Robert*, Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1991.
- Althoff, Stefan*, Auswahlverfahren in der Markt-, Meinungs- und empirischen Sozialforschung, Pfaffenweiler 1993.
- Andersson, Henrik*, Willingness to pay for road safety and estimates of the risk of death: Evidence from a Swedish contingent valuation study, *Accident Analysis and Prevention* 39 (2007), 853.
- ders.*, Willingness to Pay for Car Safety: Evidence from Sweden, *Environmental and Resource Economics* 41 (2008), 579.
- Ärzteblatt*, Was COVID-19 von der saisonalen Influenza unterscheidet, 16.12.2020, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/119475/Was-COVID-19-von-der-saisonalen-Influenza-unterscheidet> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Aubel, Tobias*, Das menschenunwürdige Laserdrome, *Jura* 2004, 255.
- Aurand, Karl*, Probleme des Restrisikos beim Strahlenschutz, *ZfU* 3 (1980), 873.
- Aven, Terje*, On the Ethical Justification for the Use of Risk Acceptance Criteria, *Risk Analysis* 27 (2007), 303.
- Bautze, Kristina*, Wie gefährlich sind „Gefährder“? Eine Antwort auf Felix Hanschmann, *KJ* 2018, 205.
- Bechmann, Gotthard*, Einleitung: Risiko – ein neues Forschungsfeld?, in: Gotthard Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung, Opladen 1993, Abschnitt VII.
- Becker, Howard Saul*, Außenseiter, Zur Soziologie abweichenden Verhaltens, 3. Aufl., Wiesbaden 2019.
- Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, hrsg. v. Volker Epping/Christian Hillgruber, 45. Aufl., München 15.11.2020.
- Beck'scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, hrsg. v. Bernd von Heintschel-Heinegg, 48. Aufl., München 01.11.2020.

- Beck'scher Online-Kommentar Zivilprozessordnung, hrsg. v. Volkert Vorwerk/Christian Wolf, 42. Aufl., München 01.09.2021.
- Benda, Ernst*, Demoskopie und Recht, Festvortrag anlässlich des 25jährigen Jubiläums des Instituts für Demoskopie Allensbach in Bonn am 6. Juni 1972, Allensbach/Bonn 1972.
- Bengtsson, Lisa/Holmberg, Jan-Erik/Rossi, Juka/Knochenhauer, Michael*, Probabilistic Safety Goals for Nuclear Power Plants, Phases 2–4, Final Report, Mai 2011, http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/_Public/43/128/43128028.pdf (zugegriffen am 28.04.2023).
- Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. v. Wolfram Höfling, begr. v. Karl Heinrich Friauf, Berlin Ergänzungslieferung 4/2020.
- Best, Joel*, Constructing deviance, in: Clifton D. Bryant (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Deviant Behavior*, Abingdon, Oxon/New York 2011, S. 17–23.
- Biggerstaff, Matthew/Cauchemez, Simon/Reed, Carrie/Gambhir, Manoj/Finelli, Lyn*, Estimates of the reproduction number for seasonal, pandemic, and zoonotic influenza: A systematic review of the literature, *BMC Infectious Diseases* 480 (2014), <https://doi.org/10.1186/1471-2334-14-480> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Billah, Arif/Miah, Mamun/Khan, Nuruzzaman*, Reproductive number of coronavirus: A systematic review and meta-analysis based on global level evidence, *PLOS ONE* 15(11): e0242128, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0242128> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Birkhofer, Adolf*, Das Risikoprobem in der Technik: Möglichkeiten und Grenzen der Beurteilung technischer Risiken, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), *Bitburger Gespräche*, Jahrbuch 1981, München 1981, S. 61–80.
- Böhm, Monika*, Der Normmensch, Materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltschadstoffen, Tübingen 1996.
- Bottelberghs, P. H.*, Risk analysis and safety policy developments in the Netherlands, *Journal of Hazardous Materials* 71 (2000), 59.
- BR24*, #Faktenfuchs: Warum Covid-19 gefährlicher ist als Grippe, 04.06.2021, <https://www.br.de/nachrichten/wissen/warum-covid-19-gefaehrlicher-ist-als-grippe-ein-faktenfuchs,SYWR1Ye> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Brehm, Thomas Theo/van der Meirschen, Marc/Hennigs, Annette/Roedl, Kevin/Jarczak, Dominik/Wichmann, Dominic/Frings, Daniel/Nierhaus, Axel/Oqueka, Tim/Fiedler, Walter/Christopeit, Maximilian/Kraef, Christian/Schultze, Alexander/Lütgehetmann, Marc/Addo, Marylyn M./Schmiedel, Stefan/Kluge, Stefan/zur Schulze Wiesch, Julian*, Comparison of clinical characteristics and disease outcome of COVID-19 and seasonal influenza, *Sci Rep* 11 (2021), 5803, <https://doi.org/10.1038/s41598-021-85081-0> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Breuer, Rüdiger*, Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht, Zugleich ein Beitrag zum Streit um die Berstsicherung für Druckwasserreaktoren, *DVBj* 93 (1978), 829.
- ders.*, Die Entwicklung des Umweltschutzrechts seit 1977, *NJW* 32 (1979), 1862.
- ders.*, Anlagensicherheit und Störfälle – Vergleichende Risikobewertung im Atom- und Immissionsschutzrecht, *NVwZ* 1990, 211.
- Bright, Candace Forbes*, *Conceptualizing deviance, A Cross-Cultural Social Network Approach to Comparing Relational and Attribute Data*, Lanham/Boulder/New York/London 2016.
- Buchberger, Elisabeth/Rachor, Frederik/Sailer, Wolfgang*, Ausgleichs- und Ersatzansprüche des Bürgers und Haftung für Polizeikosten, in: Matthias Bäcker/Erhard Denninger/Kurt Graulich (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts, Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz*, 6. Aufl., München 2018, Abschnitt M.
- Buchheim, Johannes*, *Actio, Anspruch, subjektives Recht, Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts*, Tübingen 2017.

- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991.
- Caspar, Johannes*, Die neuen Regelungen des Bundes und der Länder zum Schutz vor gefährlichen Hunden, Das „Aus“ der Kampfhundehaltung in Deutschland?, DVBl 2000, 1580.
- Center for Chemical Process Safety*, Guidelines for Developing Quantitative Safety Risk Criteria, Hoboken, New Jersey 2009.
- Covello, Vincent T.*, The Perception of Technological Risks: A Literature Review, Technological Forecasting and Social Change 23 (1983), 285.
- Cremer, Wolfram*, Freiheitsgrundrechte, Funktionen und Strukturen, Tübingen 2003.
- Darnstädt, Thomas*, Ein personenbezogener Gefahrenbegriff – Analyse der Bedingungen des Bundesverfassungsgerichts an Vorfeld-Ermächtigungen im BKA-Gesetz, DVBl 2017, 88.
- Degenhart, Christoph*, Kernenergierecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1981.
- Delta Committee 1953*, Report of the Delta Committee, Final Report, Part 1, Den Haag 1962.
- Delta Committee 2008*, Working together with water, A living land builds for its future. Findings of the Deltacommissie 2008, 03.09.2008, <https://english.deltaprogramma.nl/documents/publications/2008/09/03/working-together-with-water> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Denninger, Erhard*, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, Frankfurt a. M./Berlin 1968.
- ders.*, Polizei und demokratische Politik, JZ 1970, 145.
- ders.*, Polizeiaufgaben, in: Matthias Bäcker/Erhard Denninger/Kurt Graulich (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz, 6. Aufl., München 2018, Abschnitt D.
- Deutsch, Erwin*, Finalität, Sozialadäquanz und Schuldtheorie als zivilrechtliche Strukturbegriffe, Welzels Fernwirkung auf die Zivilrechtsdogmatik, in: Günter Stratenwerth/Armin Kaufmann/Gerd Geilen/Hans Joachim Hirsch/Hans-Ludwig Schreiber/Günther Jakobs/Fritz Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin 1974, S. 227–250.
- ders.*, Das „allgemeine Lebensrisiko“ als negativer Zurechnungsgrund, VersR 1993, 1041.
- Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen*, Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld, 6. Aufl., München 2014.
- Deutscher Ethikrat*, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, Ad-Hoc-Empfehlung, 27.03.2020, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Di Fabio, Udo*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994.
- Dietlein, Johannes*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., Berlin 2005.
- Dreier, Horst*, Die „guten Sitten“ zwischen Normativität und Faktizität, in: Friedrich Harrer/Heinrich Honsell/Peter Mader (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly, Wien 2011, S. 141–158.
- Drews, Bill/Wacke, Gerhard/Vogel, Klaus/Martens, Wolfgang*, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl., Köln 1986.
- Durkheim, Emile*, Die Regeln der soziologischen Methode, 4. Aufl., Neuwied/Berlin 1976.
- Eeckhoudt, Louis R./Hammit, James K.*, Background Risks and the Value of a Statistical Life, The Journal of Risk and Uncertainty 23 (2001), 261.
- Erbel, Günter*, Der Streit um die „öffentliche Ordnung“ als polizeiliches Schutzgut, DVBl 1972, 475.
- ders.*, Öffentliche Sicherheit und Ordnung, DVBl 2001, 1714.
- Eser, Albin*, „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen, in: Bernd Schünemann/Hans Achenbach/

- Wilfried Bottke/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin/Boston 2001, S. 199–212.
- Esser, Josef, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts, München/Berlin 1941.
- Exner, Thomas, Sozialadäquanz im Strafrecht, Zur Knabenbeschneidung, Berlin 2011.
- Feldmann, Fr.-J., Gefahren und Gefahrenbeurteilungen in der Rechtsordnung der Vereinigten Staaten von Amerika, in: Rudolf Lukes (Hrsg.), Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil I, Rechtliche und technische Aspekte von Risikobeurteilungen, insbesondere bei neuen Technologien, Köln 1980, S. 89–101.
- Finger, Thorsten, Sicherheit, Sauberkeit und Ordnung im urbanen Raum, Zur Renaissance der „öffentlichen Ordnung“ im Kampf gegen aggressive Bettelerei, öffentliche Trinkgelage und ähnliche Nutzungsformen des innerstädtischen Raums, Die Verwaltung 40 (2007), 105.
- Finkel, Adam M., Perceiving Others' Perceptions of Risk, Still a Task for Sisyphus, Ann NY Acad Sci 1128 (2008), 121, <https://doi.org/10.1196/annals.1399.013> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Frankenberg, Günter, COVID-19 und der juristische Umgang mit Ungewissheit, Verfassungsblog, 25.04.2020, <https://doi.org/10.17176/20200425-164854-0> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Franßen, Everhardt, Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die Auslegung der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel, in: Otto Bachof/Ludwig Heigl/Konrad Redeker (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 201–216.
- Frei, Mirjam Annika, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Adäquate Kausalität und Voraussehbarkeit, Gefahrschaffung, Risikoverringerung, erlaubtes Risiko, Vertrauensgrundsatz, rechtmässiges Alternativverhalten, Schutzzweck der Norm, eigenverantwortliche Selbstgefährdung/Handeln auf eigene Gefahr, allgemeines Lebensrisiko und Sozialadäquanz, Zürich 2010.
- Friese, Ulrich, Haftungsbegrenzung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, Erlangen/Nürnberg 1968.
- Gängel, Andreas/Gansel, Timo, Die rechtlichen Regelungen zum Schutz vor gefährlichen Hunden – Gesetzgebungsnotwendigkeit oder Alibigesetzgebung?, NVwZ 2001, 1208.
- Gesellschaft für Reaktorsicherheit, Deutsche Risikostudie Kernkraftwerke, Eine Untersuchung zu dem durch Störfälle in Kernkraftwerken verursachten Risiko. Hauptband, Köln 1979.
- GfL Gesellschaft für Luftverkehrsforschung mbH, Gutachten G16.1, Externes Risiko für den Flughafen Frankfurt Main, Unterlagen zum Planfeststellungsverfahren Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Band C 16.11.2006.
- Götz, Volkmar, Die öffentliche Ordnung im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, in: Winfried Kluth/Martin Müller/Andreas Peilert (Hrsg.), Wirtschaft – Verwaltung – Recht, Festschrift für Rolf Stober zum 65. Geburtstag am 11. Juni 2008, Köln 2008, S. 195–206.
- Götz, Volkmar/Geis, Max-Emanuel, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Ein Studienbuch, 16. Aufl., München 2017.
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, hrsg. v. Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, 16. Aufl., München 2020.
- Grundgesetz Kommentar, Band 1, hrsg. v. Jörn-Axel Kämmerer/Markus Kotzur, begr. v. Ingo von Münch/Philip Kunig, 7. Aufl., München 2021.
- Grundgesetz, Kommentar, hrsg. v. Michael Sachs, 8. Aufl., München 2018.
- Grundgesetz-Kommentar, Band I, hrsg. v. Horst Dreier, 3. Aufl., Tübingen 2013.

- Gruschke, Daniel*, Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats, Berlin 2014.
- Gusy, Christoph*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., Tübingen 2017.
- Häder, Michael*, Empirische Sozialforschung, Eine Einführung, 4. Aufl., Wiesbaden 2019.
- Ham, J. M./Meulenbrugge, J. J./Versloot, N. H. A./Dechy, N./Lecoze, J.-C./Salvi, O.*, A Comparison between the Implementations of Risk Regulations in The Netherlands and France under the Framework of the EC SEVESO II Directive, Conference Paper of the AIChE Spring National Meeting 2006, April 2006, https://www.researchgate.net/profile/Nicolas_Dechy/publication/233997711_A_Comparison_between_the_Implementations_of_Risk_Regulations_in_The_Netherlands_and_France_under_the_Framework_of_the_EC_SEVESO_II_Directive/links/56bd096b08ae9ca20a4d33ad/A-Comparison-between-the-Implementations-of-Risk-Regulations-in-The-Netherlands-and-France-under-the-Framework-of-the-EC-SEVESO-II-Directive.pdf (zugegriffen am 28.04.2023).
- Hamann, Hanjo*, Marken- und Wettbewerbsrecht als Vorbilder für die Vertragsauslegung? Demoskopische Befragungsmethoden und ihre ungewisse Zukunft, in: Gregor Christandl/Simon Laimer/Kristin Nemeth/Florian Skarics/Daniel Tamerl/Martin Trenker/Caroline Voithofer/Mathias Walch (Hrsg.), Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, Innsbruck 2017, Baden-Baden 2018, S. 135–153.
- Hansen-Dix, Frauke*, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1982.
- Health and Safety Executive*, The tolerability of risk from nuclear power stations, London 1992, <http://www.onr.org.uk/documents/tolerability.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).
- dass.*, Reducing risks, protecting people, HSE's decision-making process, London 2001, <https://www.hse.gov.uk/enforce/expert/r2p2.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Health Council of the Netherlands*, Not all risks are equal, A commentary on 'Premises for Risk Management', Den Haag 20.04.1995.
- Hebeler, Timo*, Das polizeiliche Schutzgut der öffentlichen Ordnung, JA 2002, 521.
- Henry, Stuart/Howard, Lindsay M.*, Social Deviance, 2. Aufl., Cambridge, United Kingdom/Medford, Massachusetts 2019.
- Hermes, Georg*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987.
- Heuser, F. W.*, Anwendung und Probleme wahrscheinlichkeitsmäßiger Methoden zur technischen Sicherheitsbeurteilung in der Kerntechnik und in anderen Techniken, in: Rudolf Lukes (Hrsg.), Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil I, Rechtliche und technische Aspekte von Risikobeurteilungen, insbesondere bei neuen Technologien, Köln 1980, S. 43–63.
- Hofmann, Hasso*, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, Stuttgart 1981.
- Holmberg, Jan-Erik./Knochenhauer, Michael*, Probabilistic Safety Goals. Phase 1 – Status and Experiences in Sweden and Finland, Roskilde März 2007, http://www.iaea.org/inis/collection/NCLCollectionStore/_Public/38/056/38056882.pdf (zugegriffen am 28.04.2023).
- Hölscheidt, Sven*, Kampf Hunde als Rechtsproblem, NdsVBl 2000, 1.
- Huber, Ulrich*, Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968, JZ 1969, 677.
- Hume, David*, A treatise of human nature: being an attempt to introduce the experimental method of reasoning into moral subjects, London 1739-1740.
- Hurka, Thomas*, Moore's Moral Philosophy, in: Edward N. Zalta (Hrsg.), Stanford Encyclopedia of Philosophy, Sommer 2021, <https://plato.stanford.edu/entries/moore-moral/> (zugegriffen am 28.04.2023).

- Hurst, Werner*, Zur Problematik der polizeirechtlichen Handlungshaftung, AöR 83 (1958), 43.
- Huster, Stefan/Rudolph, Karsten*, Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat?, in: Stefan Huster/Karsten Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt a.M. 2008, S. 9–22.
- Ioannidis, John P.A./Cripps, Sally/Tanner, Martin A.*, Forecasting for COVID-19 has failed, *International Journal of Forecasting* 38 (2022), 423, <https://doi.org/10.1016/j.ijforecast.2020.08.004> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Isensee, Josef*, Die typisierende Verwaltung, Gesetzesvollzug im Massenverfahren am Beispiel der typisierenden Betrachtungsweise des Steuerrechts, Berlin 1976.
- ders.*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 191.
- Jacob, Rüdiger/Heinz, Andreas/Décieux, Jean Philippe*, Umfrage, Einführung in die Methoden der Umfrageforschung, 4. Aufl., München 2019.
- Jaeckel, Liv*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, *Moderne Technologien im Spiegel des Verwaltungsrechts*, Tübingen 2010.
- Jensen, Gary*, Deviance and social control, in: Clifton D. Bryant (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Deviant Behavior*, Abingdon, Oxon/New York 2011, S. 11–16.
- Joschek, Hans-Ingo*, Die Bewertung von Risiken chemischer Anlagen aus der Sicht des Naturwissenschaftlers, in: Willi Blümel/Hellmut Wagner (Hrsg.), *Technische Risiken und Recht, Vortragszyklus des Kernforschungszentrums Karlsruhe und der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, 18. Mai 1981, 1. Juni 1981, 22. Juni 1981 in Speyer, Karlsruhe 1981, S. 13–26.
- Jungermann, Helmut/Slovic, Paul*, Die Psychologie der Kognition und Evaluation von Risiko, in: Gotthard Bechmann (Hrsg.), *Risiko und Gesellschaft, Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung*, Opladen 1993, S. 167–207.
- Kahl, Wolfgang*, Die Konkretisierung verwaltungsrechtlicher Sittlichkeitsklauseln, *Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Demoskopie für die Rechtsanwendung*, *VerwArch* 99 (2008), 451.
- Kaltenborn, Markus*, Ministerielle Verordnungen auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr: Das Beispiel der nordrhein-westfälischen Landeshundeverordnung, *NWVB* 2001, 249.
- Kaplan, Stanley/Garrick, B. John*, On The Quantitative Definition of Risk, *Risk Analysis* 1 (1981), 11.
- Kaufmann, Arthur*, Analogie und „Natur der Sache“, *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe 1965.
- Keating, Gregory C.*, Is Cost-Benefit Analysis the Only Game in Town?, *Southern California Law Review* 91 (2018), 195.
- Kelsen, Hans*, *Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Aufl., Wien 1960.
- KHP König, Heunisch und Partner*, Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Gutachten G 16.4, Referenzierung des externen Risikos infolge neuer Landebahn am Flughafen Frankfurt Main, Band C, *Unterlagen zum Planfeststellungsverfahren Ausbau Flughafen Frankfurt Main*, Frankfurt a.M. 02.11.2004.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*, *Polizei- und Ordnungsrecht, mit Versammlungsrecht*, 11. Aufl., München 2020.
- ders.*, *Grundrechte*, 37. Aufl., Heidelberg 2021.
- Kirchsteiger, Christian*, On the use of probabilistic and deterministic methods in risk analysis, *Journal of Loss Prevention in the Process Industries* 12 (1999), 399.

- Kischel, Uwe*, Die Begründung, Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, Tübingen 2020.
- Klein, Hans Hugo*, Zur Auslegung des Rechtsbegriffs der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“, DVBl 86 (1971), 233.
- Kloepfer, Michael*, Zur Vermeidbarkeit von Naturkatastrophen durch Recht, DVBl 2017, 141.
- Knauer, Florian*, Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht – Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?, ZStW 2014, 844.
- Köck, Wolfgang*, Rationale Risikosteuerung als Aufgabe des Rechts, Zur Rationalität der Risikodogmatik und zu den Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes von Risikoanalysen und Kosten-Nutzen-Analysen im Rahmen administrativer Risikobewertungen, in: Erik Gawel (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, Grundsatzfragen einer wirtschaftlichen Umweltnutzung aus rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftlicher Sicht, Baden-Baden 2001, S. 271–302.
- Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, hrsg. v. Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, 7. Aufl., München 2018.
- Kraft, Ingo*, Immissionsschutz und Bauleitplanung, Ein Beitrag zur dogmatischen Harmonisierung der beiden Rechtsbereiche sowie zur Kritik der Typisierungsmethode, Berlin 1988.
- Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967.
- Krüper, Julian*, Handlungsformenadäquanz im Gefahrenabwehrrecht – Sozialadäquates Verhalten im öffentlichen Raum an den Grenzen der Verwaltungsrechtsdogmatik, DVBl 2017, 10.
- Kugelmann, Dieter*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012.
- Kühl, Kristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2017.
- Kulick, Andreas*, Gefahr, „Gefährder“ und Gefahrenabwehrmaßnahmen angesichts terroristischer Gefährdungslagen, AöR 143 (2018), 175.
- Kunze, Thomas*, Kampfhunde – Verfassungsrechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr, NJW 2001, 1608.
- Kutscheidt, Ernst*, Rechtsprobleme bei der Bewertung von Geräuschimmissionen, NVwZ 1989, 193.
- Ladeur, Karl-Heinz*, Drittschutz bei der Genehmigung gentechnischer Anlagen, NVwZ 1992, 948.
- ders.*, Risiko und Recht. Von der Rezeption der Erfahrung zum Prozeß der Modellierung, in: Gotthard Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung, Opladen 1993, S. 209–233.
- ders.*, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, Berlin 1995.
- Lamnek, Siegfried/Vogl, Susanne*, Theorien abweichenden Verhaltens: „Moderne Ansätze“, Eine Einführung für Soziologen, Psychologen, Juristen, Journalisten und Sozialarbeiter, 4. Aufl., Paderborn 2017.
- Lange, Hermann*, Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Tübingen 1960.
- Lanz, Walter*, Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Bern/Frankfurt a. M. 1974.
- Leisner, Anna*, Die polizeiliche Gefahr zwischen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe, Ein Beitrag zur Entscheidungstheorie im modernen Verwaltungsstaat, DÖV 2002, 326.

- Lenk, Hans, Einleitung des Herausgebers: Typen und Systematik der Rationalität, in: Hans Lenk (Hrsg.), Zur Kritik der wissenschaftlichen Rationalität, Zum 65. Geburtstag von Kurt Hübner, Freiburg/München 1986, S. 11–27.
- Lepsius, Oliver, Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?, JZ 2005, 1.
- Lerche, Peter, Kernkraft und rechtlicher Wandel, Bielefeld 1981.
- Lindner, Josef Franz, „Privilegien“ für einige oder Lockdown für alle?, Coronaimpfung – offene Verfassungsrechtsfragen, Verfassungsblog, 29.12.2020, <https://doi.org/10.17176/20201229-201813-0> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Lopez-Leon, Sandra/Wegman-Ostrosky, Talia/Perelman, Carol/Sepulveda, Rosalinda/Rebolledo, Paulina A./Cuapio, Angelica/Villapol, Sonia, More than 50 Long-term effects of COVID-19: a systematic review and meta-analysis, Sci Rep 11 (2021), 16144, <https://doi.org/10.1038/s41598-021-95565-8> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Lukes, Rudolf, Die Verwendung von Risikoanalysen in der Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Kernenergierechts, BB 33 (1978), 317.
- Lukes, Rudolf/Feldmann, Fr.-J., Diskussionsbericht zum Vortrag von Lukes, Gefahren und Gefahrenbeurteilung in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, in: Rudolf Lukes (Hrsg.), Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil I, Rechtliche und technische Aspekte von Risikobeurteilungen, insbesondere bei neuen Technologien, Köln 1980, S. 143–150.
- Lukes, Rudolf/Feldmann, Franz-Josef/Knüppel, Hans-Christian, Länderbericht Bundesrepublik Deutschland. Gefahren und Gefahrenbeurteilungen in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, in: Rudolf Lukes (Hrsg.), Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil II, Rechtliche und technische Aspekte von Risikobeurteilungen, insbesondere bei neuen Technologien, Köln 1980, S. 71–207.
- Mädrieh, Matthias, Das allgemeine Lebensrisiko, Ein Beitrag zur Lehre von der Haftungsbegrenzung im Schadensersatzrecht, Berlin 1980.
- Marburger, Peter, Das technische Risiko als Rechtsproblem, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1981, München 1981, S. 39–59.
- ders., Atomrechtliche Schadensvorsorge, Möglichkeiten u. Grenzen e. normativen Konkretisierung, Köln/Berlin/Bonn/München 1983.
- ders., Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der atomrechtlichen Schadensvorsorge, in: Institut für Völkerrecht der Universität Göttingen/Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Siebtes Deutsches Atomrechts-Symposium, Referate und Diskussionsberichte, Köln/Berlin/Bonn/München 1983, S. 45–71.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020.
- McQuaid, Jim, A Historical Perspective on Tolerability of Risk, in: Frederic Boudier/David Slavin/Ragnar E. Lofstedt (Hrsg.), The Tolerability of Risk, A New Framework for Risk Management, London 2007, S. 87–92.
- Moore, George Edward, Principia Ethica, Cambridge Reprint 1960.
- Morlok, Martin, Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen 1993.
- Möstl, Markus, Gefahr und Kompetenz, Polizeirechtsdogmatische und bundesstaatsrechtliche Konsequenzen der „Kampfhundeentscheidung“ des BVerfG, Jura 2005, 48.
- ders., Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, Überlegungen zu Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG, BayVBl 2018, 156.
- Müller, Thomas, Mutmaßungen über die Verkehrsauffassung, JR 1992, 8.
- Müller, Thomas Walter, Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen des § 3 UWG, München 1987.

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 8. Aufl., München 2020.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, hrsg. v. Wolfgang Joecks/Klaus Miebach, 3. Aufl., München 2017.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, hrsg. v. Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, 6. Aufl., München 2020.
- Murswiek, Dietrich*, Wie wiegt man Corona?, Über Defizite und Fehlgewichtungen in der Lockdown-Judikatur, Verfassungsblog, 16.03.2021, <https://doi.org/10.17176/20210316-154218-0> (zugegriffen am 28.04.2023).
- ders.*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Berlin 1985.
- ders.*, Umweltrisiken im amerikanischen Recht: Höhere Rationalität der Standardsetzung durch Kosten-Nutzen-Analyse?, in: Reinhard Hendler/Peter Marburger/Michael Reinhardt/Meinhard Schröder (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, Berlin 2003, S. 127–184.
- ders.*, Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung. Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 „Corona-Pandemie“ des Landtags Rheinland-Pfalz, 18.08.2020, <https://dokumente.landtag.rlp.de/landtag/vorlagen/2-12-17.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).
- ders.*, Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 2021, 1.
- Nell, Ernst Ludwig*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, Berlin 1983.
- Nicklisch, Fritz*, Technische Sicherheit und erlaubtes Risiko – am Beispiel der Störfallverordnung –, in: Fritz Nicklisch/Dieter Schottelius/Hellmut Wagner (Hrsg.), Risiken technischer Anlagen und ihre rechtliche Bewertung, Karlsruhe 1981, S. 17–31.
- Olsaretti, Serena*, Introduction: The Idea of Distributive Justice, in: Serena Olsaretti (Hrsg.), The Oxford handbook of distributive justice, Oxford, United Kingdom/New York 2018, S. 1–9.
- Ossenbühl, Fritz*, Die Bewertung von Risiken kerntechnischer Anlagen aus rechtlicher Sicht, in: Willi Blümel/Hellmut Wagner (Hrsg.), Technische Risiken und Recht, Vortragszyklus des Kernforschungszentrums Karlsruhe und der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 18. Mai 1981, 1. Juni 1981, 22. Juni 1981 in Speyer, Karlsruhe 1981, S. 45–52.
- ders.*, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, 161.
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013.
- Osterloh, Lerke*, Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze, Baden-Baden 1992.
- Pache, Eckhard*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – Versuch einer Modernisierung, Tübingen 2001.
- Papier, Hans-Jürgen*, Rechtskontrolle technischer Großprojekte, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1981, München 1981, S. 81–99.
- Peine, Franz-Joseph*, Öffentliche Ordnung als polizeirechtliches Schutzgut, Die Verwaltung 12 (1979), 25.
- Pharmazeutische Zeitung*, Die gefährlichste Nacht des Jahres, 30.12.2019, <https://www.pharmazeutische-zeitung.de/die-gefaehrlichste-nacht-des-jahres/> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Piroth, Lionel/Cottenet, Jonathan/Mariet, Anne-Sophie/Bonniaud, Philippe/Blot, Mathieu/Tu-berth-Bitter, Pascale/Quantin, Catherine*, Comparison of the characteristics, morbidity, and mortality of COVID-19 and seasonal influenza: a nationwide, population-based retrospective cohort study, The Lancet Respiratory Medicine 9 (2021), 251.

- Poscher, Ralf*, Grundrechte als Abwehrrechte, Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.
- ders.*, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, Ihr System im Licht der neueren Verfassungsrechtsprechung, *Die Verwaltung* 41 (2008), 345.
- ders.*, Öffentliche Ordnung und Grundgesetz, Zur verfassungsrechtlichen Einhegung eines rechtsstaatlichen Risikos, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel, Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 1029–1045.
- ders.*, Das Grundgesetz als Ordnung des verhältnismäßigen Ausgleichs, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, S. 149–220.
- ders.*, Kapitel 4: Das Infektionsschutzgesetz als Gefahrenabwehrrecht, in: Stefan Huster/Thors ten Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, München 2021.
- Poscher, Ralf/Rusteberg, Benjamin*, Die Klausur im Polizeirecht, *JuS* 2011, 984.
- dies.*, Die Klausur im Polizeirecht, *JuS* 2011, 1082.
- Rachor, Frederik*, Das Polizeihandeln, in: Erhard Denninger/Frederik Rachor (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz, 5. Aufl., München 2012, Abschnitt E.
- Rachor, Frederik/Graulich, Kurt*, Das Polizeihandeln, in: Matthias Bäcker/Erhard Denninger/Kurt Graulich (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz, 6. Aufl., München 2018, Abschnitt E.
- Radbruch, Gustav*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932.
- Rauschning, Dietrich*, Staatsaufgabe Umweltschutz, *VVDStRL* 38 (1980), 167.
- van Reijen, G./Vinck, W.*, Die Wachhund-Rolle von Risikoanalysen, in: Jobst Conrad (Hrsg.), Gesellschaft, Technik und Risikopolitik, Berlin/Heidelberg/New York 1983, S. 44–52.
- Rodegra, Kay P.*, Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos im Pauschalurlaub, *NJW* 2012, 3546.
- Röhl, Klaus Friedrich*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, Tübingen 1974.
- ders.*, Rechtssoziologie, Ein Lehrbuch, Köln/Berlin/Bonn/München 1987.
- Röhl, Klaus Friedrich./Röhl, Hans Christian*, Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Köln/München 2008.
- Rostalski, Frauke*, Das Leben ist nicht abwägungsfest, Risiken bei Coronalockerungen, 10.06.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-krise-virus-leben-schutz-abwaegung-risiko-lockerungen-gefahr-triage/> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Rudolphi, Hans-Joachim*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, *JuS* 1969, 549.
- Ruppert, Felix*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, Rechtsfigur oder Mythos? 2020.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., Heidelberg 2018.
- ders.*, Polizeiliches Handeln bei Anscheinsgefahr und Gefahrverdacht, *JuS* 2018, 505.
- Schlink, Bernhard*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001, S. 445–465.
- ders.*, Proportionality (1), in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford 2013, S. 718–737.
- Schmelz, Christoph*, Die Entwicklung der dogmatischen Figuren des Zweckveranlassers und der latenten Gefahr, *BayVBl* 2001, 550.
- Schneider, Wilhelm*, Haftungsfragen im Zusammenhang mit der Verkehrssicherheit von Bäumen, *VersR* 2007, 743.

- Schoch, Friedrich*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Friedrich Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., Berlin 2013, Kap. 2.
- ders.*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Friedrich Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, München 2018, Kap. 1.
- Seiler, Hansjörg*, *Recht und technische Risiken, Grundzüge des technischen Sicherheitsrechts*, Zürich 1997.
- Slovic, Paul*, Perception of Risk, *Science* 236 (1987), 280.
- ders.*, Perceptions of Risk: Reflections on the Psychometric Paradigm, in: Sheldon Krimsky/Dominic Golding (Hrsg.), *Social Theories of Risk*, Westport, Connecticut 1992, S. 117–152.
- ders.*, Understanding Perceived Risk: 1978–2015, *Environment* 58 (2016), 25.
- Smidt, Dieter*, Die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden. Die Problematik aus Sicht des Technikers, in: Willi Blümel/Hellmut Wagner (Hrsg.), *Technische Risiken und Recht, Vortragszyklus des Kernforschungszentrums Karlsruhe und der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, 18. Mai 1981, 1. Juni 1981, 22. Juni 1981 in Speyer, Karlsruhe 1981, S. 39–43.
- Spiegel Online*, Anschlallen bitte!, Einführung der Gurtpflicht, 23.12.2010, <https://www.spiegel.de/geschichte/einfuehrung-der-gurtpflicht-a-946925.html> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Starr, Chauncey*, Societal Benefit versus Technological Risk, *Science* 165 (1969), 1232.
- Statista*, Welche der folgenden Maßnahmen halten Sie in der heutigen Situation für angemessen?, 31.03.2020, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1112622/umfrage/umfrage-zu-akzeptierten-massnahmen-in-deutschland-waehrend-der-corona-krise/> (zugegriffen am 28.04.2023).
- dass.*, 44% halten Corona-Maßnahmen für angemessen, 04.02.2022, <https://de.statista.com/infografik/23810/umfrage-zur-angemessenheit-der-aktuellen-corona-massnahmen/> (zugegriffen am 28.04.2023).
- dass.*, Anzahl der Brandtoten in Deutschland von 1990 bis 2019, 10.05.2022, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/757013/umfrage/brandtote-in-deutschland/> (zugegriffen am 28.04.2023).
- dass.*, Anzahl der Hundeattacken in Baden-Württemberg in den Jahren 2014 bis 2018, 01.02.2023, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1074192/umfrage/hundeattacken-in-baden-wuerttemberg/> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Statistisches Bundesamt*, Entwicklung der Zahl der im Straßenverkehr Getöteten, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Verkehrsunfaelle/_Grafik/_Interaktiv/verkehrsunfaelle-getoetete-jahr.html (zugegriffen am 28.04.2023).
- dass.*, Verkehrsunfälle, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Verkehrsunfaelle/_inhalt.html (zugegriffen am 28.04.2023).
- Steiger, Heinhard*, *Verfassungsrechtliche Grundlagen*, in: Jürgen Salzwedel (Hrsg.), *Grundzüge des Umweltrechts*, Berlin 1982, S. 21–63.
- Steinbach, Armin*, *Rationale Gesetzgebung*, Tübingen 2017.
- Stern, Klaus*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III/1*, München 1988.
- Störmer, Rainer*, Renaissance der öffentlichen Ordnung?, *Die Verwaltung* 30 (1997), 233.
- Strafgesetzbuch, Kommentar*, begr. v. Adolf Schönke, fortg. v. Horst Schröder, 30. Aufl., München 2019.
- Straßenverkehrsrecht, Kommentar*, hrsg. v. Michael Burmann/Rainer Heß/Katrin Hühnermann/Jürgen Jahnke, begr. v. Hermann Mühlhaus, 26. Aufl., München 2020.
- Sunstein, Cass Robert*, *Gesetze der Angst, Jenseits des Vorsorgeprinzips*, Frankfurt a. M. 2007.
- ders.*, The Limits of Quantification, *California Law Review* 102 (2014), 1369.

- Tagesschau*, Neue Debatte über die Labortheorie, Faktenfinder Corona-Pandemie, 31.05.2021, <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/corona-china-labor-these-101.html> (zugegriffen am 28.04.2023).
- TÜV Technische Überwachung Hessen GmbH*, Gutachten G 16.3, Untersuchung der flugbetrieblichen Auswirkungen auf störfallrelevante Betriebsbereiche, Unterlagen zum Planfeststellungsverfahren Ausbau Flughafen Frankfurt Main, Band C, 05.12.2006.
- U.S. Nuclear Regulatory Commission*, Reactor Safety Study, WASH-1400, An Assessment of Accident Risks in U.S. Commercial Nuclear Power Plants, U.S Nuclear Regulatory Commission Oktober 1975.
- dies.*, Safety Goals for the Operations of Nuclear Power Plants, Policy Statement 21.08.1986, <https://www.nrc.gov/reading-rm/doc-collections/commission/policy/51fr30028.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).
- dies.*, WASH-1400, The Reactor Safety Study, The Introduction of Risk Assessment to the Regulation of Nuclear Reactors, Office of Nuclear Reactor Regulation August 2016, <https://www.nrc.gov/docs/ML1622/ML16225A002.pdf> (zugegriffen am 28.04.2023).
- dies.*, History of the NRC's Risk-Informed Regulatory Programs, 30.09.2021, <https://www.nrc.gov/about-nrc/regulatory/risk-informed/history.html> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Verband für das Deutsche Hundewesen*, Welpenstatistik, <https://www.vdh.de/presse/welpenstatistik/> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, hrsg. v. Helge Sodan/Jan Ziekow, 5. Aufl., Baden-Baden 2018.
- Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, hrsg. v. Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider, München 39. Ergänzungslieferung Juli 2020.
- Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, hrsg. v. Michael Happ/Michael Hoppe/Ingo Kraft/Klaus Rennert/Isabel Schübel-Pfister, begr. v. Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, 15. Aufl., München 2019.
- Vieweg, Klaus*, Gesamtdiskussion zu den Vorträgen über die Verwendbarkeit von Risikoanalysen, in: Rudolf Lukes (Hrsg.), Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil I, Rechtliche und technische Aspekte von Risikobeurteilungen, insbesondere bei neuen Technologien, Köln 1980, S. 177–201.
- ders.*, Länderbericht Großbritannien, Gefahren und Gefahrenbeurteilungen in der Rechtsordnung Großbritanniens, in: Rudolf Lukes (Hrsg.), Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil III, Rechtliche und technische Aspekte von Risikobeurteilungen, insbesondere bei neuen Technologien, Köln 1980, S. 1–187.
- Volkmann, Uwe*, Der Ausnahmezustand, Verfassungsblog, 20.03.2020, <https://doi.org/10.17176/20200320-122803-0> (zugegriffen am 28.04.2023).
- Voßkuhle, Andreas*, Das Kompensationsprinzip, Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbestätigung – Zur Flexibilisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts, Tübingen 1999.
- Waechter, Kay*, Die Schutzgüter des Polizeirechts, NVwZ 1997, 729.
- Wagner, Hellmut*, Bedrohen moderne Technologien die Grundrechte?, Dargestellt am Beispiel der Kernenergie, ZRP 12 (1979), 54.
- ders.*, Die Risiken von Wissenschaft und Technik als Rechtsproblem, NJW 33 (1980), 665.
- Wagner, Hellmut/Ziegler, Eberhard/Closs, Klaus-Detlef*, Risikoaspekte der nuklearen Entsorgung, Baden-Baden 1982.
- Wallenfels, Laura Lorena*, Bestandsschutz und Gefahr, Eine Kritik an der Rechtsprechung zum nachträglichen Brandschutz, Die Verwaltung 53 (2020), 575.
- Wehr, Matthias*, Die „drohende Gefahr“ im Polizeirecht, Jura 41 (2019), 940.

- Welzel, Hans*, Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin 1969.
- Wernsmann, Rainer*, Typisierung und Typusbegriff, DStR-Beiheft 2011, 72.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau; Mit ebook: Lehrbuch, Entscheidungen, Gesetzestexte, 49. Aufl., Heidelberg 2019.
- Williams, Stephen F.*, Squaring the Vicious Circle, *Administrative Law Review* 53 (2001), 257.
- Wulfhorst, Reinhard*, Der Schutz „überdurchschnittlich empfindlicher“ Rechtsgüter im Polizei- und Umweltrecht, Berlin 1994.
- Xie, Yan/Bowe, Benjamin/Maddukuri, Geetha/Al-Aly, Ziyad*, Comparative evaluation of clinical manifestations and risk of death in patients admitted to hospital with covid-19 and seasonal influenza: cohort study, *BMJ* 2020;371:m4677, <https://doi.org/10.1136/bmj.m4677> (zugriffen am 28.04.2023).
- Ziekow, Jan*, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 4. Aufl., Stuttgart 2020.
- Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar*, hrsg. v. Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, 18. Aufl., München 2021.

Sachregister

- abweichendes Verhalten *siehe* Devianzforschung, soziologische
- Akzeptanz *siehe* Risikoakzeptanz
- Alkohol 13 f., 47, 98, 143, 144, 147
- allgemeines Lebensrisiko
- als Haftungsbeschränkung 22
 - als Kompetenzgrenze 21, 62, 114, 158
 - Anwendungsbereich 7, 8
 - Begriff 8, 9, 10, 16
 - bisherige Verwendung 6, 10 ff.
 - Fallgruppen 23
 - Rechtsfolge 21 f.
 - Verhältnis zur Je-desto-Formel 35 f.
- Amtsaufklärungspflicht 109 ff.
- Amtshaftung 156
- Angst 94
- Anschlag 45
- Astabbruch *siehe* Bäume
- Asyl 21
- Atomrecht 9, 11 f., 26, 46, 54, 58, 59, 167, 170, 175, 198
- Bäume 2, 3, 4, 12 f., 25, 27, 33, 37, 42, 43, 46, 47, 49, 60, 61, 88, 217, 219, 226
- Beeinflussbarkeit *siehe* Unbeherrschbarkeit als Kriterium bei der Risikobewertung
- Beherrschbarkeit *siehe* Unbeherrschbarkeit als Kriterium bei der Risikobewertung
- Bekanntheit eines Risikos 112, 190, 211 f.
- Bergsteigen 135
- Bergwerk 93, 130, 133
- Beurteilungsspielraum *siehe* Spielraum des Gesetzgebers
- Bewertungsspielraum *siehe* Spielraum des Gesetzgebers
- Blitzschlag 51, 52, 53, 56, 176, 198
- Brandschutz 2, 16, 51, 60, 73, 74, 105, 107, 132, 196, 202
- Cannabis 143, 144, 147
- Corona 18 f., 24, 26, 28, 31, 33, 52, 57, 77, 89, 95, 107, 119, 130, 196, 208, 217
- COVID-19 *siehe* Corona
- Dauerrisiko *siehe* Risiko, Dauer~
- Demoskopie *siehe* Umfrage
- deterministische Risikoanalyse 161, 177
- deviantes Verhalten *siehe* Devianzforschung, soziologische
- Devianzforschung, soziologische 79
- Diagnosegrundlage 9, 83, 154, 191
- Dichotomie von Sein und Sollen 6, 32, 72, 73, 78, 90 f., 92, 103, 105, 157, 233 *siehe auch* Faktizität, normative Wirkung der
- Diebstahl 23
- Diskriminierung *siehe* Minderheitenschutz
- Doppelnatur, empirisch-normative 92
- Dreieckskonstellation 119, 120, 122
- Durchschnittsmensch, verständiger 98 *siehe auch* Normmensch
- Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates 136 ff.
- Einschätzungsprärogative *siehe* Spielraum des Gesetzgebers
- Einzelrisiko 169, 172, 173
- Entschädigung 156
- Ereignisklasse 40 ff., 44
- Erfahrungswissen der Gerichte und Behörden 63, 93, 110
- Ermessensreduktion auf Null 125
- Faktizität, normative Wirkung der 72, 77, 157
- Fehlerbaum 68
- Fest *siehe* Volksfest
- Feuerwerk 2, 61, 75, 76, 93, 104, 105, 113, 118, 130, 137, 148, 205, 220, 224

- Flughafen
 – ~ Frankfurt 14 f., 15 ff., 19, 30
 – ~ München 15 f.
 – Flugzeugabsturz 46, 47, 60
 Freiwilligkeit der Risikokonfrontation *siehe*
 Vermeidbarkeit der Risikokonfrontation
 Fremdschädigung 224
- Gefahr
 – ~enabwehr, effektive 46
 – ~enlage, allgemeine 40, 45
 – ~enprognose 39, 40, 66, 67, 152
 – ~envorsorge *siehe* Risikovorsorge
 – ~verdacht 154 f.
 – abstrakte 39 *siehe auch* Risiko, abstraktes
 – konkrete 39 ff., 44
 – latente *siehe* Risiko, latentes
 Gefährder 47 f.
 Gefährdungshaftung 58
 Gemeinwohl *siehe* Nutzen, allgemeiner
 Gewicht des Risikos *siehe* Risikogröße
 Gewöhnung an das Risiko 211
 gleichheitsrechtliche Bindungen 42, 83,
 112, 145 ff., 159, 187
 Glockenläuten 98, 224
 Grippe 20, 22, 24, 31, 196
 Größe des Risikos *siehe* Risikogröße
 Grundraum 49 f.
 Gruppenrisiko 169, 175
 gute Sitten 102
- Handeln auf eigene Gefahr 23
 Helfer, professionelle *siehe* professionelle
 Helfer
 Herausforderungsfall 134
 hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit 1,
 9, 11, 13, 36, 74, 92, 124, 219, 222, 232
 Hintergrundrisiko 200 ff.
 Hochwasser 121
 höhere Gewalt 58
 holistische Risikobewertung 94 ff.
 Hunde 3, 53, 54, 75, 76, 81 ff., 88, 93, 104,
 108, 142, 145, 147, 150 ff., 159, 220, 221,
 222, 224, 226, 228, 229
- Immissionsschutzrecht 9, 97
 Impfpflicht 127
 Individualrisiko *siehe* Einzelrisiko
- Influenza *siehe* Grippe
 Inkommensurabilitätsproblem 225
 Inkorporation sozialer Werturteile ins
 Recht 91
 Intelligenz, künstliche 47
 Interesse
 – ~n, widerstreitende 115, 121, 128
 – berechtigtes 224
- Je-desto-Formel
 – als normative Verarbeitung empirischer
 Risikoakzeptanz 207, 209
 – Begriff 1, 74
 – entscheidendes Kriterium 2, 77
 – ergänzungsbedürftig 2, 3, 4, 6, 108, 207,
 232, 234
 – Funktion 125, 222
 – in Bezug auf die Vermeidbarkeit der
 Risikokonfrontation 214 ff.
 – negative Begründung der Akzeptabilität
 eines Risikos 108
 – Verhältnis zum allgemeinen Lebensrisiko
siehe allgemeines Lebensrisiko:
 Verhältnis zur Je-desto-Formel
 – Verhältnis zur Sozialadäquanz *siehe*
 Sozialadäquanz: Verhältnis zur Je-desto-
 Formel
 – zur Bestimmung der Risikogröße 124,
 233
- Kalkar-I-Beschluss 11, 58
 Kampfhunde *siehe* Hunde
 Karneval 2, 3, 4, 73, 75, 95, 107, 136,
 137 ff., 146, 159, 206, 222
 Kernenergieanlagen *siehe* Atomrecht
 Kernkraft *siehe* Atomrecht
 Kinderlärm 70, 228
 Klassenjustiz 85
 Klima 51
 Konkretisierung des Schadens *siehe*
 Schaden, Konkretisierung
 Kontext 2, 4, 8, 36, 62, 74 ff., 93, 96, 112,
 234 *siehe auch* Sozialadäquanz, gesell-
 schaftliche Bedingtheit des ~surteils
 Kontrollpflichten 12, 61
 Kosten
 – der Gefahrenabwehrmaßnahme 155 f.
 – ideelle 34

- ökonomische 34
- rechtsgutsbezogene 217
- Kosten-Nutzen-Abwägung 5, 24, 33 f., 216, 230 *siehe auch* Monetarisierung
- ökonomische *siehe* Monetarisierung
- Krankheit 22, 23, 28, 50, 51, 57, 119, 168, 173, 176, 178, 208 *siehe auch* Corona
- Krieg 202
- kulturelle Prägung 75 *siehe auch* Kontext
- künstliche Intelligenz *siehe* Intelligenz, künstliche

- Labeling Approach 79 *siehe auch* Devianzforschung, soziologische
- Ladeur 67 ff.
- Laplace-Annahme 49
- Lärm 65, 70, 113, 131, 149, 219, 220, 224, 228
- Lebensrisiko *siehe* allgemeines Lebensrisiko
- Leistungsgrenzen des Staates 147 f.

- Manipulierbarkeit der Risikoakzeptanz *siehe* Risikoakzeptanz, Manipulierbarkeit
- Mehrheit
 - ~sbildung *siehe* Umfrage, Mehrheitsbildung
 - schwankende ~en 93
- Meteorit 51, 53, 167, 196
- Minderheitenschutz 114 ff., 136, 140, 141 ff., 158
- Monetarisierung
 - des Nutzens 225
 - des Risikos 172
 - durch Messung der Zahlungsbereitschaft 204
- Mülheim-Kärlich-Beschluss 117

- Natur *siehe* Natürlichkeit als Kriterium bei der Risikobewertung
- Natürlichkeit als Kriterium bei der Risikobewertung *siehe auch* Risikovergleich, probabilistischer: Vergleich mit natürlichen Risiken
 - Bewertung 35, 51 ff., 121
 - bisherige Verwendung 5, 11, 12, 18, 23, 24, 25, 27 f., 28, 176
- Norm
 - soziale 32, 102
 - ungleiche Einflussmöglichkeiten auf ~en 80
- Normalfall *siehe* Schutzgut, normales
- Normalität 5, 6, 7, 18, 23, 24, 29 ff.
 - Begriff 63 ff.
 - gesellschaftliche Bedingtheit des ~surteils 74 ff.
- Normmensch 71
- Notstand
 - polizeilicher 228
 - strafrechtlicher 22
- Nutzen *siehe auch* Kosten-Nutzen-Abwägung
 - allgemeiner 33, 189, 208, 226 ff., 234
 - Gewichtung 225 ff.
 - individueller 33, 189, 208, 217, 226 ff., 234
 - legitimer 223 f.
 - mit einem Risiko korrespondierender ~ 6, 36, 60 f., 61, 216 ff.
 - Monetarisierung *siehe* Monetarisierung
 - Quantifizierung 225, 230 f.
 - Vergleichbarkeit 195

- öffentliche Ordnung 91
- Opportunitätsprinzip 94, 105, 139
- Ortsgebundenheit von Risiken 228
- Ortsüblichkeit 69, 70 *siehe auch* Sozialadäquanz; *siehe auch* Üblichkeit

- Pestizid 76
- Pflanze 51
- Planfeststellung 14 f., 17, 19
- Politik 60
- pragmatischer Umgang mit Risiken 93
- praktische Konkordanz 127
- probabilistische Risikoanalyse 161 ff. *siehe auch* Risikovergleich, probabilistischer
- Problem der Sozialwahlfunktion 88 ff.
- professionelle Helfer 131 ff., 213
- psychologische Risikoakzeptanzforschung *siehe* Risikoakzeptanzforschung, psychologische

- qualifizierte Gefahrbegriffe 153
- Quantifizierung
 - der Schadenswahrscheinlichkeit 1, 8, 14 f., 16, 19

- der Sozialadäquanz 160, 170, 172, 173, 174, 177, 178, 205
- des Nutzens *siehe* Nutzen, Quantifizierung
- durch Monetarisierung *siehe* Monetarisierung
- Kritik 183
- Quarantäne 217

- Rationalität 76, 210 ff.
- Reactor Safety Study 167 ff., 175, 177, 196, 198
- Rechte, subjektive 52
- Rechtsfolgenseite 94 ff., 95, 125, 217, 221, 222
- Rechtsgewinnung durch Wertempirismus *siehe* Wertempirismus
- Rechtsgut *siehe* Schutzgut
- Rechtssicherheit 66, 93 f.
- Regen 50, 51, 53, 56, 58
- Reise 22
- repräsentative Demokratie 86
- Restrisiko 7, 9, 10, 11, 24, 25, 54 f.
- Rettung
 - ~stransport 60, 136
 - durch professionelle Helfer 131 ff., 213
- Risiko
 - ~akzeptanz *siehe* Risikoakzeptanz
 - ~akzeptanzschwelle *siehe* Risikoakzeptanzschwelle
 - ~analyse, probabilistische *siehe* Risikovergleich, probabilistischer
 - ~bewertung, mathematische 76, 84, 232
 - ~differenz 84, 85
 - ~größe *siehe* Risikogröße
 - ~reduktion *siehe* Risikoreduktion
 - ~vergleich *siehe* Risikovergleich, probabilistischer
 - ~verringerung *siehe* Risikoreduktion
 - ~vorsorge *siehe* Risikovorsorge
 - abstraktes 5, 24 f., 35, 39 ff.
 - alltägliches *siehe* allgemeines Lebensrisiko
 - bekanntes *siehe* Bekanntheit von Risiken
 - Dauer~ 50
 - erhöhtes *siehe* Risikoerhöhung
 - erlaubtes 5, 23, 24, 35, 36 ff., 54, 59
 - Gruppen~ *siehe* Gruppenrisiko
 - Hintergrund~ *siehe* Hintergrundrisiko
 - im engeren Sinne 8, 9, 10, 84
 - im weiteren Sinne 8, 9, 10, 84
 - Individual~ *siehe* Einzelrisiko
 - konkretes 48
 - künstliches *siehe* Natürlichkeit als Kriterium bei der Risikobewertung
 - latentes 5, 24 f., 35, 43 f.
 - mit einem ~ korrespondierender Nutzen *siehe* Nutzen, mit einem Risiko korrespondierender ~
 - natürliches *siehe* Natürlichkeit als Kriterium bei der Risikobewertung
 - neues 206 *siehe auch* Bekanntheit eines Risikos
 - normales *siehe* Normalität
 - Rest~ *siehe* Restrisiko
 - sozialadäquates *siehe* Sozialadäquanz
 - übliches *siehe* Üblichkeit
 - unbeherrschbares *siehe* Unbeherrschbarkeit als Kriterium bei der Risikobewertung
 - vermeidbares *siehe* Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung
 - Zivilisations~ *siehe* allgemeines Lebensrisiko
- Risikoakzeptanz 14 f., 16, 19, 31, 50
 - ~forschung, psychologische 72, 208 ff.
 - ~schwelle 14 f., 17, 18, 164 f.
 - Ableitung rechtlicher Kriterien aus faktischer ~ 205 ff.
 - breite gesellschaftliche Verankerung 102, 104 ff., 138
 - empirische 6, 63, 73, 76, 85 ff., 94 ff., 142, 146, 189 ff., 208 ff., 211, 213, 214, 216, 225, 230
 - faktische 94
 - irrationale *siehe* Rationalität
 - Je-desto-Formel als normative Verarbeitung empirischer ~ 209
 - Manipulierbarkeit 86, 87, 94
 - unterschiedliche Struktur rechtlicher und außerrechtlicher Risikoentscheidungen 94 ff.
 - Verzerrungseffekte 150 ff., 216
 - zeitliche Verfestigung 105
- Risikoerhöhung 6, 23, 26, 27, 30, 32, 56, 81, 169, 170, 180, 201 ff.

- Risikogröße 124, 126 ff., 135, 233
 Risikoreduktion 54, 60 f.
 Risikovergleich, probabilistischer 12, 14 f., 16 f., 19, 20, 30, 31, 159 ff., 161 ff., 164 f.
 – Argumentation 180 f., 184 ff., 189, 201 f., 204
 – Bewertung 185, 189, 198 ff.
 – Deutschland 175 ff.
 – diskursives Interesse 200
 – Einbeziehung empirischer Risikoakzeptanz 189 ff.
 – gesellschaftliches Interesse 200
 – gleichheitsrechtliche Bindungen 187 ff.
 – Großbritannien 170 ff.
 – normative Folgerung 186 f.
 – Rationalitätskontrolle 189, 198 ff., 204
 – USA 167 ff.
 – Vergleich mit natürlichen Risiken 167, 197 f.
 – Vergleich mit unbeherrschbaren Risiken 198
 – Vergleichsgröße 165, 191
 – Ziel 180 f., 189, 204
 Risikovorsorge 7, 9, 10, 11, 54 f., 67
 Rohmilchprodukt 76
 Rücksichtnahmegebot 7, 18, 26
- Sachkunde *siehe* Erfahrungswissen der Gerichte und Behörden
 Schaden
 – ~höhe 1, 2, 5, 74, 108, 189, 208, 209, 211, 222, 233
 – ~smöglichkeit, jederzeitige 47, 48
 – ~swahrscheinlichkeit, hinreichende *siehe* hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit
 – Konkretisierung 40 ff., 44 ff., 50
 – Konkretisierungsniveau 45
 Schockschaden 22, 23
 Schutzgut
 – ~ der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates *siehe* Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates
 – ~ der öffentlichen Ordnung *siehe* öffentliche Ordnung
 – bedeutendes 59
 – normales 64, 65, 67 ff. *siehe auch* typisierende Betrachtungsweise
 – überdurchschnittlich empfindliches 65, 71, 173
 Schutzpflicht 11, 26, 36, 57, 58, 112, 115 ff., 125, 136, 233
 Schutzzweck 23, 38, 65
 Sein-Sollen-Fehlschluss 72 *siehe auch* Dichotomie zwischen Sein und Sollen *siehe auch* Faktizität, normative Wirkung der
 Sekundärebene 155 f.
 Selbstgefährdung 126, 132, 133, 134, 193, 213, 223
 Selbstverständlichkeit 104 ff., 138, 157
 Selbstverständnis des Grundrechtsträgers 223
 Sicherheitsbedürfnis, gesellschaftliche Bedingtheit des 76
 Sicherheitsniveau 202
 Silvester *siehe* Feuerwerk
 Sozialadäquanz
 – ~ und Gefahrverdacht 154 f.
 – ~ und Minderheitenschutz *siehe* Minderheitenschutz
 – ~ und qualifizierte Gefahrbegriffe 153
 – ~ und Risikoerhöhung 81 ff.
 – als empirische Akzeptanz 63, 85 ff., 96 ff.
 – als Kriterium bei der Risikobewertung 5, 6, 62 ff.
 – Amtsaufklärungspflicht 109 ff.
 – Anwendungsbereich 6, 104 ff., 111, 205, 207
 – Bestimmung durch Risikovergleiche 160
 – bisherige Verwendung 5, 11, 16, 18, 23, 24, 57, 59
 – empirisches Verständnis *siehe* Sozialadäquanz als empirische Akzeptanz
 – Ermittlung 63, 109 ff.
 – gesellschaftliche Bedingtheit des ~urteils 74 ff.
 – hiesiges Verständnis 6, 104 ff., 137 ff., 157 f.
 – intersubjektive Strittigkeit von ~urteilen 78 ff., 108, 149
 – Nähe zum Vertrauensschutz 105 f.
 – normatives Verständnis 96 ff.
 – quantitative Ermittlung *siehe* Quantifizierung der Sozialadäquanz
 – rechtliche Grenzen 112 ff., 158

- Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 96 ff., 158
- verfassungsrechtliche Grenzen 106
- Verhältnis zur Je-desto-Formel 6, 108, 158, 233
- zur Konkretisierung der Zumutbarkeit von Risiken 97 f.
- Sozialforschung, empirische 81
- Sozialwahlfunktion, Problem der *siehe* Problem der Sozialwahlfunktion
- soziologische Devianzforschung *siehe* Devianzforschung, soziologische
- Spielraum des Gesetzgebers 37, 42, 59, 116
- Stade-Urteil 11 f., 26, 28, 176
- Stand von Wissenschaft und Technik 11, 53, 54, 59, 97
- statistisches Leben *siehe* Wert eines statistischen Lebens
- Steuerrecht 66
- Stopp-Regeln 68
- Störer 26, 27, 43, 47, 67, 228
- Strafrecht 22, 24, 25, 28, 30, 79, 224
- Strahlung 11, 26, 28, 46, 176, 198
- Straßenkarneval *siehe* Karneval
- Straßenverkehr 15, 17, 24, 27, 33, 37, 47, 53, 54, 59, 60, 61, 74, 76, 92, 98, 115, 129, 168, 173, 174, 176, 191, 195, 196, 197, 217
- Sturm 44
- Summationseffekt 198
- Summation von Risiken 148 f.

- Tier 47 f.
- Tradition
 - Abweichen von ~ 107
 - gesellschaftliche 6, 36, 76, 104, 115, 146
 - rechtliche Bindungswirkung 105
 - rechtlich gebilligte 6, 36, 104 ff., 157, 206, 233
- Trunkenheitsfahrten 13
- Typisierung 41 f., 64 ff., 143 ff., 148, 226

- Üblichkeit
 - als Kriterium bei der Risikobewertung 5, 24, 29 ff., 72 ff., 142, 144
 - Begriff 63, 71
 - bei der abstrakt-generellen Normgebung *siehe* Typisierung

- gleichheitsrechtliche Grenzen der Berücksichtigung der ~ von Risiken 145 ff.
- Umfrage
 - Manipulierbarkeit 87
 - Mehrheitsbildung 88 ff.
- Unbeherrschbarkeit als Kriterium bei der Risikobewertung *siehe auch* Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung
 - Bewertung 35, 53 ff., 215
 - bisherige Verwendung 5, 18, 24, 25, 27 f., 52, 189, 208
- unbestimmter Rechtsbegriff 85, 86, 92, 93, 158
- Unbestimmtheit *siehe* Schaden, Konkretisierung
- Unfreiwilligkeit der Risikoexposition 36
- Unmöglichkeit *siehe* Unbeherrschbarkeit als Kriterium bei der Risikobewertung
- Unsicherheit, epistemische *siehe* Wissensdefizit
- Unterlassungsanspruch 21
- Untermaßverbot 116, 122
- Unvermeidbarkeit *siehe* Vermeidbarkeit
- Unzumutbarkeit 7

- Verantwortlichkeit
 - polizeirechtliche 45, 47, 79, 228
 - zivilrechtliche 22 f., 58
 - Zustands~ 43
- Verbot, gesetzliches 2, 39, 52, 53, 54, 59, 73, 133, 219, 224
- Vereindeutigung 93
- verfassungsrechtliche Determination 6, 36, 42, 91, 106, 108, 112 ff., 158
- Verfestigung, zeitliche 157
- Vergesellschaftung von Risiken 228
- Verhalten, abweichendes *siehe* Devianzforschung, soziologische
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 56, 57, 94, 115, 121, 202 ff., 205, 217, 222
- Vermeidbarkeit
 - der Risikoerzeugung 11, 27 f., 215, 219 ff., 223, 232 *siehe auch* Unbeherrschbarkeit als Kriterium bei der Risikobewertung
 - der Risikokonfrontation 36, 126 ff., 159 ff., 189, 194, 208, 213, 214 ff., 223, 231, 234

- der Risikokonfrontation bei professionellen Helfern 131 ff.
- Verteilungsgerechtigkeit 189, 208, 216, 227 ff.
- Vertrauensschutz 105 f., 157, 233
- Verzerrungseffekte bei der Risikoabschätzung 150 ff., 216
- Verzicht 127 *siehe* Vermeidbarkeit der Risikoerzeugung
- Volksfest 131, 206, 220, 224, 226, 227, 228, 229, 230 *siehe auch* Karneval
- Vollzugaufwand 143, 147
- Vorrang des Gesetzes 36 ff., 112 f.
- Vorteil *siehe* Nutzen
- Vorurteile 150 ff.

- Wahrscheinlichkeit, hinreichende *siehe* hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit
- Wert eines statistischen Lebens 172, 203
- Wertempirismus 85 ff.
- Wertung
 - ~sbedürftigkeit der Risikobeurteilung 74 ff., 77, 84, 85, 220
 - gesellschaftliche Bedingtheit von ~en 77
 - Inkorporation sozialer Werturteile ins Recht *siehe* Inkorporation sozialer Werturteile ins Recht

- intersubjektive Strittigkeit von ~en *siehe* Sozialadäquanz: intersubjektive Strittigkeit von ~urteilen
- Wind 18, 26, 27, 38, 56
- Windenergie 16 ff., 25, 196, 226, 227, 228
- Wissen
 - ~organisation 63
 - ~sdefizit 8, 9, 11, 67 ff., 154 f., 191
 - ~sorganisation 64, 67 ff., 70
 - Erfahrungs~ der Gerichte und Behörden *siehe* Erfahrungswissen der Gerichte und Behörden
- Würfel 49

- Zivilisationsrisiko *siehe* allgemeines Lebensrisiko
- Zivilrecht 21, 22 f., 25, 27, 30, 33
- Zufall 23
- Zufallsexperiment 48
- Zumutbarkeit
 - Begriff 97, 158
 - der Grundrechtsbeeinträchtigung 203
 - der Vermeidung der Risikokonfrontation 126 ff., 194, 214
- Zurechnungslehre 22 f., 24, 30, 134
- Zweck-Mittel-Relation 222