

Risiko und Recht

Festgabe zum
Schweizerischen Juristentag 2004

Herausgegeben im Auftrag der
Juristischen Fakultät der Universität Basel
von
Thomas Sutter-Somm
Felix Hafner
Gerhard Schmid
Kurt Seelmann

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Das Recht, das Werk mittels irgendeines
Mediums (technisch, elektronisch und/oder digital) zu übertragen, zu nutzen oder ab
Datenbank sowie via Netzwerk zu kopieren und zu übertragen oder zu speichern
(downloading), liegt ausschliesslich beim Helbing & Lichtenhahn Verlag. Jede Verwertung
in der genannten oder in anderen gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der
vorherigen schriftlichen Einwilligung des Helbing & Lichtenhahn Verlags.

ISBN 3-7190-2303-6 (Helbing & Lichtenhahn Verlag)
ISBN 3-7272-2941-1 (Stämpfli Verlag)

Umgang des Gesetzgebers mit Risiken im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit

Heinrich Koller und Benjamin Schindler

*«Schwarz bedeckt
Sich die Erde,
Doch den sichern Bürger schreckt
Nicht die Nacht,
Die den Bösen grässlich wecket,
Denn das Auge des Gesetzes wacht.»*
(FRIEDRICH VON SCHILLER, aus «Die Glocke»)

I. Einleitung	278
II. Verfassungsrechtlicher Rahmen	278
1. Zwecknorm in Artikel 2 der Bundesverfassung	278
2. Grundrechtliche Schutzpflichten und ihre Konkretisierung	279
III. Orientierungspunkte für ein gesetzgeberisches «Risikomanagement»	281
1. Verhältnis zu Artikel 36 der Bundesverfassung	281
2. Begriff des Risikos	281
3. Risikoabschätzung	282
4. Risikobewertung	283
5. Risikoentscheidung	284
IV. Konkrete Umsetzung	285
1. Scheinbares «Nullrisiko» zu einem hohen Preis: Lebenslange Verwahrung	285
2. Sicherheitszuwachs zu einem annehmbaren Preis: Gesetzgebung im Bereich Strassenverkehr und Waffen	287
V. Schlussfolgerungen	288

I. Einleitung

Der vorliegende Sammelband steht unter dem Titel «Risiko und Recht». Damit wird ein aktuelles Thema aufgegriffen, ist doch die heutige Politik und damit auch die Gesetzgebung in besonderem Masse geprägt von Schlagworten wie «Risiko», «Gefahr», «Bedrohung» und dem hiermit verbundenen Ruf nach mehr Sicherheit.¹ Während in den 1980er-Jahren vor allem Umweltgefahren und -risiken im Zentrum der Aufmerksamkeit standen, scheinen seit den 1990er-Jahren bislang gesicherte Alltagswerte wie die Arbeitsstelle, die Altersversorgung oder die Finanzierbarkeit medizinischer Dienstleistungen gefährdet. Neben diesen ökonomischen Existenzängsten rücken Fragen der Inneren Sicherheit in den Vordergrund, insbesondere die Furcht vor terroristischer Bedrohung aber auch vor Überfremdung, Drogenkriminalität und mangelnder Sicherheit im öffentlichen Raum.²

Der folgende Beitrag geht der Frage nach, wie der *Gesetzgeber* mit Gefahren und Risiken umzugehen hat, vor allem im Bereich der Inneren Sicherheit. Oder um die Metapher SCHILLERS aufzugreifen:³ Mit wie scharfem Blick muss das Auge des Gesetzes wachen, damit der Bürger noch ruhig schlafen kann? Soll es um der Sicherheit willen in die intimsten Winkel blicken können? Oder gibt es Zonen, wo das Gesetz ein Auge zudrücken darf, vielleicht sogar zudrücken muss? Zur Beantwortung dieser Frage soll vorerst der verfassungsrechtliche Rahmen abgesteckt werden.

II. Verfassungsrechtlicher Rahmen

1. Zwecknorm in Artikel 2 der Bundesverfassung

Die schweizerische Bundesverfassung (BV) äussert sich nur an wenigen Stellen ausdrücklich zum Umgang des Staates mit Risiken.⁴ Doch findet das Thema Sicherheit gleich zu Beginn, im Rahmen der Bestimmung des Staatszwecks, Erwähnung: «Die Schweizerische Eidgenossenschaft schützt die Freiheit und die Rechte des Volkes und wahrt die Unabhängigkeit und Sicherheit des Landes» (Art. 2 Abs. 1 BV). Die grundlegende Bedeutung dieser Norm zeigt sich in doppelter Weise: Einerseits in ihrer systematischen Stellung am Anfang des Verfassungstextes, andererseits in ihren tiefen historischen Wurzeln. Die Bestimmung geht, auch wenn sie mit der Totalrevision von 1999 in eine neue Form gegossen wurde, auf die Vertragstexte der Alten Eidgenossenschaft zurück.⁵ Hier wird deutlich, dass die Sicherheit mehr ist als ein Staatszweck unter vielen. Vielmehr lässt sich mit

¹ MEIER-DALLACH/NEF, S. 214. Vgl. SCHMID, S. 14f.

² Vgl. MEIER-DALLACH/NEF, S. 219. Vgl. auch EICHENBERGER, Selbstsicherheit, S. 70–74.

³ Zur Metapher und ihrer (sehr unterschiedlichen) Bedeutung und Verwendung STOLLEIS, passim.

⁴ Vgl. etwa Art. 119 BV zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich.

⁵ MONNIER, passim.

KURT EICHENBERGER behaupten, «für und durch Sicherheit komme Staatlichkeit zustande: Sicherheit als legitimierenden und kausalen Urquell dafür, den Staat her- vorzurufen; der Staat als Urquell dafür, dass Sicherheit sich einstellt»⁶.

Artikel 2 der Bundesverfassung nennt neben der Sicherheit aber auch die Freiheit, deren Schutz dem Staat aufgegeben ist. Damit soll deutlich gemacht werden, dass Freiheit und Sicherheit untrennbar zusammengehören. Denn beide schützen dasselbe: das Leben, die Person, das Eigentum und andere private Rechtsgüter. Während die Sicherheit aber in erster Linie vor Eingriffen Privater und fremder Mächte schützen will (Sicherheit durch den Staat), soll die Freiheit Übergriffe von staatlicher Seite verhindern (Sicherheit vor dem Staat). Freiheit und Sicherheit können somit als «zwei Seiten einer Medaille»⁷ bezeichnet werden, die sich gegenseitig ergänzen und bedingen: «Freiheit ohne Ordnung ist, so mangelhaft auch das eine und das andere sein mag, nicht denkbar, und zwar stellt sich die Ordnung in irgendwelchem Sinn als eine gesicherte Freiheit dar.»⁸

Während in den Verträgen der Alten Eidgenossenschaft die kollektive Freiheit und Sicherheit im Vordergrund stand, stehen heute Grundfreiheiten und -rechte sowie die Sicherheit des Individuums im Zentrum.⁹ Das Gewicht, welches die geltende Verfassung dem Schutz der Individualrechte beimisst, kommt auch darin zum Ausdruck, dass ihr ein ausführlicher Grundrechtekatalog vorangestellt ist.

2. Grundrechtliche Schutzpflichten und ihre Konkretisierung

Während die Grundrechte bis Mitte des 20. Jahrhunderts primär als Abwehrrechte gegenüber dem Staat – als «Freiheitsrechte» – verstanden wurden, löst sich die heutige Rechtswissenschaft von dieser einseitigen Vorstellung. Vor allem unter dem Einfluss der deutschen Rechtslehre werden aus Grundrechten vermehrt auch Schutzpflichten des Staates abgeleitet. Dieses erweiterte Grundrechtsverständnis hat auch in der aktualisierten Bundesverfassung seinen Niederschlag gefunden.¹⁰ Schutzpflichten gebieten dem Staat, sich schützend und fördernd vor grundrechtlich garantierte Rechtsgüter zu stellen, d. h. sie auch vor Eingriffen von Personen und Mächten zu bewahren, die selber nicht Adressaten der Grundrechte sind.¹¹ Aus einem Grundrecht kann die unmittelbare Pflicht des Staates entspringen, Pri-

⁶ EICHENBERGER, Selbstsicherheit, S. 68. Vgl. auch DERS., primäre Staatsaufgabe, S. 73; ISENSEE, S. 4, 17; LIENHARD, S. 126; SALADIN, Wozu noch Staaten?, S. 164, 186f.

⁷ ISENSEE, S. 21.

⁸ HUBER, S. 178f.

⁹ MONNIER, S. 479.

¹⁰ Bedeutsam sind in diesem Zusammenhang insbesondere Art. 35 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 2 BV: EGLI, S. 166–171.

¹¹ EGLI, S. 344. Vgl. auch BGE 126 II 300 E. 5a S. 314; DI FABIO, S. 41–52; LIENHARD, S. 127f.; SCHEFER, S. 1134. Die Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten (Adressat ist hier der Staat) ist daher nicht zu verwechseln mit einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte (Adressaten sind hier Private): ISENSEE, S. 35.

vate vor Grundrechtseingriffen durch (andere) Private zu schützen.¹² Das Recht des Einzelnen auf Freiheit und Sicherheit berühren sich hier.¹³ Gleichzeitig können Freiheit und Sicherheit zueinander in ein Spannungsverhältnis geraten. Denn wenn der Staat einen Grundrechtseingriff von Seiten eines Privaten abwehren will (z. B. Schutz vor Boykottierung), muss er in dessen Freiheit eingreifen (z. B. Verbot von Wettbewerbsabsprachen). Das (potentielle) Opfer erhält über den Staat Sicherheit zu Lasten des Täters.¹⁴ Kritische Stimmen befürchten daher, dass «die Grundrechte unter der Hand aus einem Hort der Freiheitssicherung zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen werden»¹⁵ könnten. Ist mit der Theorie grundrechtlicher Schutzpflichten gar ein Prinzipienwandel von «in dubio pro libertate» zu «in dubio pro securitate» verbunden?¹⁶

Das Abwägen zwischen Freiheit und Sicherheit ist ein Wertentscheid, dem dort besonderes Gewicht zukommt, wo sich die Sicherheit des einen nur mittels Grundrechtseingriff des andern erzielen lässt. Es gilt daher in der Rechtsprechung und Literatur mehrheitlich als anerkannt, dass dieser Entscheid dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber zukommen muss. Dieser soll den Konflikt im Rahmen der «Grundrechtspolitik»¹⁷ in generell-abstrakter Weise regeln und so eine rechtsgleiche und transparente Wertentscheidung gewährleisten.¹⁸ Grundrechtliche Schutzpflichten bedürfen somit der «Mediatisierung» durch den Gesetzgeber.¹⁹

Doch nach welchem Massstab soll der Gesetzgeber den Ausgleich zwischen Freiheit und Sicherheit finden? Die Leitplanken der Verfassung sind relativ vage, der gesetzgeberische Ermessensspielraum ist gross.²⁰ Auch Formeln wie «in dubio pro libertate» oder «in dubio pro securitate» sind meist zu einfach gestrickt um dem Gesetzgeber als Kompass bei der Entscheidungsfindung zu dienen.²¹ Ziel der

¹² Entscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 39, 68 ff. Vgl. auch Art. 35 BV und die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, 193.

¹³ Vgl. auch Art. 5 Abs. 1 EMRK: «Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit». Hierzu ISENSEE, S. 22.

¹⁴ ISENSEE, S. 28.

¹⁵ BVerfGE 39, 68 (73) – Sondervotum. Hierzu DI FABIO, S. 43; ISENSEE, S. 31–33; STERN, S. 941 f. Vgl. auch die Kritik bei TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 129–133.

¹⁶ Vgl. DI FABIO, S. 51.

¹⁷ SALADIN, Kernenergie, S. 131.

¹⁸ BGE 126 II 300 E. 5b S. 315; EGLI, S. 317–323; ISENSEE, S. 42–44, 46 f.; LIENHARD, S. 128; STERN, S. 940, 951 f.; WEBER-DÜRLER, S. 153 f. Bei fehlender gesetzlicher Regelung und drohendem Grundrechtseingriff kann indes auch unmittelbares Handeln der Exekutive oder Judikative geboten sein (vgl. BGE 119 Ia 28 E. 2 S. 31 [= ZBl 94/1993, S. 378–382]; 97 I 221 E. 4d S. 230 f.; EGLI, S. 323–335; ISENSEE, S. 54 f.; SCHEFER, S. 1137). Als gesetzliche Grundlage für den Eingriff in Grundrechte Dritter dient in diesen Fällen aber nicht Art. 36 Abs. 2 BV («Schutz von Grundrechten Dritter»), sondern die Polizeigeneralklausel, welche mit ihrem Prüfraster das bewährte rechtsstaatliche Auffangbecken bietet (ISENSEE, S. 43; LIENHARD, S. 132; TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 130–132).

¹⁹ ISENSEE, S. 44.

²⁰ ISENSEE, S. 39–41; LIENHARD, S. 128 f.; vgl. auch SCHWEIZER, S. 119.

²¹ Diese «küchenlateinischen Kürzel» (ISENSEE, S. 47) sind nur anwendbar auf bipolare Span-

nachfolgenden Ausführungen soll es daher sein, mögliche Orientierungspunkte für ein reflektiertes gesetzgeberisches «Risikomanagement» zu definieren.

III. Orientierungspunkte für ein gesetzgeberisches «Risikomanagement»

1. Verhältnis zu Artikel 36 der Bundesverfassung

Wenn nachfolgend aufgezeigt wird, wie der Gesetzgeber seinen Schutzpflichten unter Beachtung der Grundfreiheiten nachkommen könnte, so sollen die bewährten und in der Verfassung (Art. 36 BV) verankerten Voraussetzungen zur Einschränkung von Grundrechten keineswegs beiseite geschoben werden. Vielmehr muss ein solches «Risikomanagement» mit der Überprüfung dieser Voraussetzungen einhergehen. So lässt sich der Schutz vor Gefahren und Risiken ohne weiteres unter den öffentlichen Interessen einordnen. Den «Schutz von Grundrechten Dritter» nennt die Verfassung ausdrücklich (Art. 36 Abs. 2 BV). Auch eine differenzierte Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht nur möglich, sondern zwingend geboten (Art. 36 Abs. 3 BV). Trotzdem vermag Artikel 36 BV dem Gesetzgeber nicht als einziger Wegweiser dienen, wenn er den heiklen Weg finden muss, der zwischen «der Scylla des Polizeistaats und Charybdis des Permissivstaats»²² hindurchführt, um sein Ziel, die Sicherheit freier Bürgerinnen und Bürger, zu erreichen.

2. Begriff des Risikos

Ein *Risiko* besteht dort, wo sich eine Eintretenswahrscheinlichkeit mit einem bestimmten zu erwartenden Schaden multipliziert.²³ Gegenstück zum Risikobegriff bildet demnach die *Chance*, welche die Wahrscheinlichkeit umschreibt, dass sich ein Nutzen realisiert.²⁴ Wird der Fokus hingegen auf die Eintretenswahrscheinlichkeit gelegt, erscheint der Begriff der Sicherheit als Gegenstück zum Risikobegriff. *Sicherheit* herrscht da, wo die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts dem Nullwert entspricht.²⁵ Absolute Sicherheit ist in den meisten Fällen ein theoreti-

nungsverhältnisse zwischen dem Grundrechtssubjekt einerseits und dem Staat andererseits. Sie versagen hingegen dort, wo sich unterschiedliche Grundrechtsinteressen gegenüberstehen.

²² ISENSEE, S. 60.

²³ MEIER-DALLACH/NEF, S. 226. Vgl. KRAWIETZ, S. 156; SCHMID, S. 8; SCHWEIZER, S. 111. Vgl. auch die Umschreibungen in Art. 2 Abs. 5 der Verordnung über den Schutz vor Störfällen (Störfallverordnung, StFV) vom 27. Februar 1991 (SR 814.012) und Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über den Umgang mit Organismen in geschlossenen Systemen (Einschliessungsverordnung, ESV) vom 25. August 1999 (SR 814.912).

²⁴ GLOEDE, S. 34 f.; SCHMID, S. 9 f.

²⁵ Vgl. SCHMID, S. 10.

scher Wert: Risikofreiheit («Nullrisiko») lässt sich kaum je erreichen, geschweige denn rechtlich erzwingen – ein «Restrisiko» bleibt immer.²⁶

Die Aufgabe des Gesetzgebers ist es, zu entscheiden, wo er «ein Auge zudrücken» will, d. h. welche Risiken er in Kauf nehmen bzw. welchen Grad an Sicherheit er mit den Mitteln des Rechts gewährleisten will. Er muss eine Risikoentscheidung treffen: Eine Entscheidung, die mindestens zwei Dimensionen aufweist, eine kognitive (Risikoabschätzung) und eine normativ wertende (Risikobewertung).²⁷

3. Risikoabschätzung

Grundlage einer fundierten Risikoentscheidung muss eine objektive Risikoanalyse sein. Die Komponenten des Risikos, Eintretenswahrscheinlichkeit und Schaden, sind nach dem neuesten Stand der Wissenschaft möglichst präzise zu bemessen. Die Abschätzung des Risikos im hier beschriebenen Sinn ist vor allem im Hinblick auf technische Risiken verbreitet, doch ist sie auch in anderen Bereichen möglich. Für die Innere Sicherheit kann etwa eine Kriminalitätsstatistik wertvolle Hinweise liefern. Sie gibt über Eintretenswahrscheinlichkeit (Anzahl verübter Delikte) wie auch über den drohenden Schaden (Art der Delikte und Umstände) einigermassen verlässlich Auskunft. Gerade im Bereich der Inneren Sicherheit ist eine fundierte Risikoabschätzung von besonderer Bedeutung, weil Risikorealität und Risikowahrnehmung erheblich divergieren können. Der Grund, weshalb Risiken subjektiv anders eingeschätzt werden ist entweder ein Informationsdefizit oder der irrationale Umgang mit Information. So werden Risiken regelmässig dann überschätzt, wenn sie neuartig und vage sind, die öffentliche Aufmerksamkeit auf sich ziehen oder räumlich und zeitlich konzentriert auftreten; unterschätzt werden Risiken hingegen dann, wenn eine räumliche und zeitliche Distanz besteht, das Risiko beeinflussbar erscheint und gesellschaftlich akzeptiert ist.²⁸ Weiter scheint das Schadensausmass das subjektive Risikobewusstsein stärker zu beeinflussen als die Eintretenswahrscheinlichkeit. Dementsprechend wird etwa das Risiko, bei einem Flugzeugunglück zu sterben, massiv überschätzt; das Risiko, an den Folgen von Alkohol- oder Tabakkonsum bzw. bei einem Autounfall zu sterben, unterschätzt.²⁹

²⁶ KRAWIETZ, S. 155; LIENHARD, S. 128; LUHMANN, S. 6; SCHMID, S. 11. Vgl. auch ISENSEE, S. 41; STERN, S. 953.

²⁷ GLOEDE (S. 35) unterscheidet zusätzlich noch eine pragmatische Dimension (Handlungspotentiale und deren Grenzen).

²⁸ NIDA-RÜMELIN, S. 352f., 366. Vgl. auch SCHWARZENEGGER (S. 86–97, 334f.), der nachweist, dass eigene Opfererfahrungen oder solche im sozialen Umfeld die Risikowahrnehmung verändern.

²⁹ NIDA-RÜMELIN, S. 351–353.

Damit gesetzliche Regelungen ihr Ziel erreichen, muss vorgängig der tatsächliche Gegenstand der Regelung, der Ist-Zustand analysiert werden.³⁰ EUGEN HUBER spricht von den «Realien der Gesetzgebung».³¹ Es ist daher von entscheidender Bedeutung, dass die rechtliche Erfassung von Risiken nicht aufgrund subjektiver Wahrnehmungen, sondern soweit als möglich gestützt auf Tatsachenanalysen und «frei von Furcht»³² erfolgt. Der Gesetzgeber sollte sich um eine scharfe Sicht bemühen und seinen Blick nicht von subjektiven Empfindungen trüben lassen.

Gleichzeitig muss aber darauf hingewiesen werden, dass eine Analyse des Ist-Zustandes nicht immer in optimaler Weise möglich ist. Nicht selten fehlen hierzu die nötige Zeit oder die entsprechenden Mittel. Und selbst wenn das entsprechende Zahlenmaterial verfügbar ist, kann diesem die Aussagekraft fehlen oder es kann durch Störfaktoren verfälscht werden. So kann etwa eine ansteigende Kriminalitätsstatistik mit der tatsächlichen Zunahme der Delikte erklärt werden. Denkbar ist aber auch, dass die Zahl der registrierten Delikte auf eine strengere Anzeigepraxis der Strafverfolgungsbehörden zurückzuführen ist.³³ Trotzdem ist eine eingehende Faktenanalyse nicht sinn- und zwecklos: «sie kann vermeidbare Fehler vermeiden helfen»³⁴.

4. Risikobewertung

Während die Risikoabschätzung in erster Linie eine wissenschaftlich-technische Aufgabe ist, fliessen in die Risikobewertung auch subjektive Einschätzungen und normative Wertungen ein.³⁵ Nach EUGEN HUBER hat sich die Gesetzgebung eben nicht nur an den «Realien» zu orientieren, sondern ebenso an den «Ideen».³⁶ Bei der Risikobewertung gilt es, Risiken und Chancen, Kosten und Nutzen wertend einander gegenüber zu stellen.³⁷ Der Wertungsmassstab findet teilweise Ausdruck in der Verfassung, insbesondere in den Grundrechten.³⁸ So ist der Gesetzgeber verpflichtet, grundrechtlichen Schutzpflichten zum Durchbruch zu verhelfen. Und

³⁰ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 2. Aufl. Bern 2002, Rz. 344; HILL, Gesetzgebungslehre, S. 68f.; MÜLLER, Rz. 58–60; NOLL, S. 86–98.

³¹ HUBER, S. 281–346.

³² Hier verstanden als subjektives Angstgefühl (und nicht im Sinne objektiver Gefahr). Vgl. ISENSEE, S. 25f.

³³ Vgl. etwa die Kriminalstatistik der Stadt Bern für das Jahr 2003. Die Zunahme der Delikte gegen Leib und Leben (+ 21,9 %) wird von den Behörden auch mit einer verschärften Anzeigepraxis bei Delikten der häuslichen Gewalt erklärt (Berner Zeitung vom 26. Februar 2004, S. 55).

³⁴ NOLL, S. 86. Er plädiert daher dafür, dass teilweise mit «Annäherungsgewissheiten» zu arbeiten ist (a. a. O. S. 96).

³⁵ KRAWIETZ, S. 157; vgl. auch GLOEDE, S. 35.

³⁶ HUBER, S. 281f.

³⁷ KRAWIETZ, S. 158. Vgl. auch LIENHARD, S. 128f.; MÜLLER, Rz. 149–154.

³⁸ Vgl. NIDA-RÜMELIN, S. 363; SALADIN, Kernenergie, S. 313.

umgekehrt setzen die Grundrechte dem Gesetzgeber dort Schranken, wo er Grundrechte einschränken will. Wo die Verfassung indes keine Orientierungshilfe bietet, muss sich der Gesetzgeber von anderen Gesichtspunkten leiten lassen. Dies kann die Ethik sein, sofern sie im entsprechenden Sachgebiet eine Wegweiserfunktion erfüllt, z. B. bei gentechnischen Risiken oder bei der Regelung der Sterbehilfe. Indes gibt es Bereiche, wo ethische Überlegungen vor einer sachlich-technischen oder ökonomischen Kosten-Nutzen-Analyse in den Hintergrund treten, z. B. im Bereich der Verkehrssicherheitspolitik.³⁹

5. Risikoentscheidung

In der heutigen Industriegesellschaft kann mit Hilfe wissenschaftlicher Methoden eine Vielzahl möglicher Risiken ausgemacht werden. Hingegen ist es weder möglich noch sinnvoll, dass der Gesetzgeber auf alle möglichen Risiken antwortet.⁴⁰ Das «Auge des Gesetzes» muss gewisse Risiken fokussieren. Risiken, die dem Gesetzgeber aufgrund einer Risikoabschätzung und -bewertung eine Regelung «wert» sind.

Unter funktionalen Gesichtspunkten ist es naheliegend, dass die Risikoabschätzung im Gesetzgebungsprozess primär eine Aufgabe der Verwaltung ist. Nur sie verfügt über Mittel und Fachkompetenz, um die für die Analyse des Ist-Zustandes notwendigen Informationen zu beschaffen und zu verarbeiten. Die Risikobewertung und -entscheidung liegt im demokratischen Rechtsstaat dagegen beim eigentlichen Gesetzgeber, d. h. dem Parlament oder dem Stimmvolk. Die Umsetzung des einmal getroffenen Risikoentscheides liegt dann wiederum bei der Verwaltung und den Gerichten. Der staatliche Umgang mit Risiken leidet oft darunter, dass eine Risikoabschätzung nicht oder nur unzureichend erfolgt. Eine weitere Problemzone ist an den Schnittstellen des Gesetzgebungsverfahrens auszumachen. So ist denkbar, dass eine Risikoabschätzung zwar erfolgt ist, diese von den gesetzgebenden Organen aber nicht zur Grundlage ihres Entscheides gemacht wird. Dieses Problem wird in der Schweiz mit ihren direktdemokratischen Einrichtungen akzentuiert.⁴¹ Gerade bei komplexen Risikobildern droht eine doppelte Überforderung: Stimmbürgerinnen und Stimmbürger können sich innert nützlicher Frist kaum die notwendigen Informationen beschaffen. Die Exekutivbehörden umgekehrt sind oft überfordert, wenn es darum geht, Informationen in allgemeinverständlicher Form zu vermitteln und den Entscheidungsträgern aufzuzeigen, wo eine Risikobewertung

³⁹ Die Frage, ob ein Gurtenobligatorium für Motorfahrzeuglenker eingeführt oder der Blutalkoholgrenzwert im Strassenverkehr gesenkt werden soll, lässt sich anhand einer einfachen Kosten-/Nutzenanalyse beantworten. Vgl. Botschaft zu einer Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr vom 22. Mai 2002 (BB1 2002 3937–3944).

⁴⁰ MEIER-DALLACH/NEF, S. 223. Vgl. auch HILL, Risiko-Management, S. 7.

⁴¹ MÜLLER, Rz. 343.

und -entscheidung gefordert ist.⁴² Die notwendige Reduktion von Komplexität gelingt vielfach nicht.

Inwiefern ein reflektiertes «Risikomanagement» im Bereich der Gesetzgebung Not tut, soll anhand dreier konkreter Beispiele aus dem Bereich Innere Sicherheit erläutert werden. Die Beispiele sind punktuelle Schlaglichter und liessen sich beliebig erweitern. Ausgeblendet wird nachfolgend insbesondere der Themenkreis Terrorismusbekämpfung, welcher den Rechtsstaat vor neue und schwierige Herausforderungen im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit stellt.

IV. Konkrete Umsetzung

1. Scheinbares «Nullrisiko» zu einem hohen Preis: Lebenslange Verwahrung

Am 8. Februar 2004 wurde die Eidgenössische Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» (Verwahrungsinitiative) von Volk und Ständen angenommen. Der neue Verfassungstext verlangt, dass Sexual- und Gewaltstraftäter, die als extrem gefährlich eingestuft werden, bis an ihr Lebensende zu verwahren sind (Art. 123a Abs. 1 BV). Eine Entlassung ist nicht mehr möglich, es sei denn, es werde durch neue wissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen, dass der Täter geheilt werden kann und somit keine Gefahr für die Öffentlichkeit mehr darstellt (Art. 123a Abs. 2 BV).

Eine eigentliche Risikoabschätzung haben die Initiantinnen ihrer Initiative (so weit ersichtlich) nicht zugrunde gelegt. Der Bundesrat hat im Rahmen seiner Botschaft und mit Hilfe des vorhandenen statistischen Zahlenmaterials versucht, das Risiko des Rückfalls extrem gefährlicher und nicht therapierbarer Sexual- und Gewaltstraftäter abzuschätzen. Dabei hat sich gezeigt, dass bereits unter geltendem Recht die Eintretenswahrscheinlichkeit eines Rückfalls extrem gering ist. Ein «gewisses Risiko eines Rückfalls» bleibt hingegen bestehen und das Schadensausmass ist in diesem Fall beträchtlich. Trotzdem haben der Bundesrat und das Parlament dieses «Restrisiko» als tragbar erachtet (Risikobewertung). In seiner Kosten-Nutzen-Analyse hat der Bundesrat nicht nur die erhöhte Sicherheit berücksichtigt, welche die Annahme der Initiative bringen würde. Zugleich weist er darauf hin, dass einem Verwahrten erheblicher Schaden widerfahren kann, wenn ihm aufgrund eines fehlerhaften Gutachtens lebenslänglich die Freiheit entzogen

⁴² Vgl. hierzu BESSON, S. 86–90, 157–165; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 393–396, 601–643. Zur Pflicht des Bundesrates, «für eine einheitliche, frühzeitige und kontinuierliche Information über seine Lagebeurteilungen, Planungen, Entscheide und Vorkehren» zu sorgen vgl. Art. 10 Abs. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997 (SR 172.010). Vgl. auch §§ 57–62 der Empfehlungen des Cabinet Office (UK), abgedruckt bei HILL, Risiko-Management, S. 130f. («Handling and communicating about risks to the public»).

wird.⁴³ Die Verwahrungsinitiative zeigt auf exemplarische Weise den Konflikt zwischen Sicherheit und Freiheit und die Wichtigkeit einer fundierten Risikobewertung. Ziel der Initiantinnen war es, mittels einer restriktiven Regelung das Risiko von Sexual- und Gewaltdelikten auf ein Minimum zu reduzieren und so das Leben potentieller Opfer zu schützen. Auch wenn dies die Initiantinnen nicht explizit getan haben, berufen sie sich damit auf eine grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, nämlich den Schutz des menschlichen Lebens (Art. 10 Abs. 1 BV). Diesem Anspruch auf Sicherheit stehen die Grundrechte der Verwahrten gegenüber: insbesondere das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV).⁴⁴ Im Umstand, dass dem Betroffenen die Möglichkeit abgesprochen wird, sich zu verändern und seine psychische Abnormität zu überwinden, kann zudem ein Eingriff in die Menschenwürde (Art. 7 BV) erblickt werden. Der potentielle Täter wird nicht mehr als Subjekt mit menschlichen Eigenschaften behandelt, sondern als blosses Objekt der Verbrechensbekämpfung.⁴⁵

Der Bundesrat und das Parlament haben aufgrund dieser Überlegungen einen Risikoentscheid gefällt und Volk und Ständen die Ablehnung der Initiative beantragt.⁴⁶ Gleichzeitig wurde versucht, die Verwahrungsproblematik im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches auf differenziertere Weise zu lösen. Trotzdem wurde die Initiative von Volk und Ständen angenommen. Wie ist dies zu erklären? Die Gründe hierfür sind sowohl in der Risikoabschätzung als auch in der Risikobewertung zu suchen. Bei den Gewaltverbrechen, welche mit Hilfe der Initiative verhindert werden sollen, handelt es sich um Schadensereignisse, welche zwar äussert selten auftreten, dafür aber besonders grausam, verwerflich und medienwirksam sind. Dementsprechend besteht die Gefahr, dass sie in der subjektiven Risikowahrnehmung überschätzt werden.⁴⁷ Offenbar ist es den Behörden im emotional geführten Abstimmungskampf nicht gelungen, die eigene Risikoeinschätzung verständlich zu machen und neben der (in sehr geringem Ausmass) gewonnenen zusätzlichen Sicherheit die «Kosten» aufzuzeigen, welche die Annahme der Initiative verursacht.

⁴³ Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» vom 4. April 2001, BB1 2001 3433, 3439.

⁴⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 5 Abs. 4 EMRK. Inwiefern diese Norm von der Initiative verletzt wurde, soll im vorliegenden Zusammenhang nicht untersucht werden. Die Frage, wie das Dilemma zwischen Völkerrecht und schweizerischem Verfassungsrecht zu lösen ist, würde den Umfang dieses Beitrages sprengen. Hierzu die Botschaft (Fn. 43), S. 3455 f.

⁴⁵ So das kürzlich ergangene Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Regelung einer lebenslänglichen Verwahrung unter dem deutschem Strafgesetzbuch: BVerfGE, 2 BvR 2029/01 vom 5. Februar 2004, Rz. 71–75.

⁴⁶ Botschaft (Fn. 43), S. 3464; AB 2003 S 580; AB 2003 N 303.

⁴⁷ Vgl. vorne, III. 3. Vgl. auch Botschaft (Fn. 43), S. 3439; MEIER-DALLACH/NEF, S. 220.

2. Sicherheitszuwachs zu einem annehmbaren Preis: Gesetzgebung im Bereich Strassenverkehr und Waffen

In den vergangenen Jahren starben jährlich zwischen 500 und 600 Personen im Schweizer Strassenverkehr, etwa 6000 Personen wurden schwer verletzt.⁴⁸ Diese Zahlen sind zwar seit dem Beginn der 1970er-Jahre trotz Zunahme des Strassenverkehrs gesunken. Dennoch bleibt der Tod im Strassenverkehr die häufigste Todesursache für Personen unter 45 Jahren.⁴⁹ Die verschiedenen Risiken (Schadensfälle und deren Eintrittswahrscheinlichkeit) wurden im Auftrag des Bundesverwaltung eingehend analysiert und gestützt hierauf wurde ein Massnahmenkatalog erarbeitet. Angestrebt wird indes (trotz der Bezeichnung mit «VISION ZERO») kein «Nullrisiko», sondern eine Senkung der Zahl der Verkehrstoten auf etwa 200 im Jahr.⁵⁰ Das vorgeschlagene Massnahmenpaket ist bereits sehr früh auf teils heftige Kritik gestossen ist. Massnahmen wie Temporeduktionen, die Einführung von Fahrtschreibern in Privatfahrzeugen und die Erhöhung der Ordnungsbussen werden als Verletzung der Privatsphäre betrachtet und die «Schaffung eines Polizeistaates» befürchtet.⁵¹

Ebenfalls auf starke Ablehnung ist eine geplante Teilrevision des Waffengesetzes gestossen. Eine von der Verwaltung eingesetzte Expertengruppe analysierte die Schwachstellen im geltenden Recht und legte gestützt hierauf einen Massnahmenkatalog vor, der unter anderem vorsieht, dass neu auch der Waffenbesitz (und nicht nur der Erwerb und das Tragen von Waffen) geregelt wird, dass auch beim Privathandel eine Waffenerwerbsschein eingeholt werden muss und dass Waffen und ihre Besitzer zu registrieren sind. Von Kritikern wird befürchtet, Jäger, Sportschützen und Waffensammler würden übermässig in ihren Freiheiten beschränkt.⁵²

Die Reaktionen auf die beiden geschilderten Massnahmenpakete sind (noch) nicht repräsentativ, doch deuten sie auf eine Risikowahrnehmung in der Bevölkerung hin, die sich von derjenigen der Verwahrungsproblematik unterscheidet. Das Erwerben und Tragen von Waffen gilt gemeinhin als unproblematisch, weshalb offenbar auch der Waffenmissbrauch eher verharmlost wird.⁵³ Eine zur Untertreibung neigende Wahrnehmung scheint auch bezüglich der Risiken im Strassenver-

⁴⁸ Angaben der Schweizerischen Beratungsstelle für Unfallverhütung, bfu (<www.bfu.ch>).

⁴⁹ So der statistische Nachweis für die EU-Staaten. Vgl. den Schlussbericht der Schweizerischen Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu) für eine Strassenverkehrssicherheitspolitik des Bundes, Bern 2002, S. 9 (<www.bfu.ch>).

⁵⁰ Vgl. bfu-Bericht (Fn. 49), S. 130.

⁵¹ Vgl. die Stellungnahme des Automobil Clubs der Schweiz (ACS) vom März 2003 (<www.acs.ch>) und die eigens ins Leben gerufene Aktion «pro moto» (<www.promoto.ch>).

⁵² Vgl. BUNDESAMT FÜR POLIZEI, Erläuterungen zur Revision des Bundesgesetzes über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 20. September 2002 sowie die erste Analyse der Vernehmlassungsergebnisse (beides unter <www.fedpol.ch>).

⁵³ Sehr deutlich zeigt sich dies in einer Untersuchung für die USA. Vgl. hierzu die Angaben bei NIDA-RÜMELIN, S. 351.

kehr vorzuherrschen. Verkehrstopfer erregen in den Medien nur selten besondere Aufmerksamkeit. Viele Automobilisten glauben zudem, das Risiko beeinflussen zu können und die Verletzung von Vorschriften des Strassenverkehrsrechts wird kaum gesellschaftlich geächtet. Strassenverkehrsdelikte zählen im Gegenteil zu den typischen «Kavaliersdelikten».⁵⁴

Diese Beispiele zeigen deutlich, dass die Behörden die schwierige Aufgabe trifft, ihre eigene Risikoeinschätzung zu kommunizieren und Entscheidungsgrundlagen für eine reflektierte Risikoentscheidung zu liefern. So geht es in den hier genannten Beispielen nicht nur darum, die Freiheit von Schützen und Autofahrern zu beschneiden. Ebenso gilt es die Sicherheit potentieller Opfer von Waffenmissbrauch und Strassenverkehr zu wahren. Dabei wird sich zeigen, dass der Eingriff in Freiheitsrechte – wenn er überhaupt bejaht werden kann – minim ist. Der Zuwachs an Sicherheit ist demgegenüber eine Tatsache, die sich – zumindest im Bereich des Strassenverkehrs – statistisch errechnen lässt.

V. Schlussfolgerungen

Ein durchdachtes «Risikomanagement» ist im Bereich der Inneren Sicherheit besonders wichtig, besteht doch die Gefahr, dass subjektive Risikoeinschätzung und tatsächliche Risikolage stark divergieren. Gewisse politische Kreise versuchen auf die verzerrte Risikowahrnehmung in der Bevölkerung mit einfachen Rezepten wie «law and order» oder «zero tolerance» zu antworten.⁵⁵ Aber auch die von der politischen Gegenseite geschürte Angst vor dem alles beobachtenden Auge des Gesetzes, dem «Big Brother» oder dem «Schnüffelstaat» ist wenig hilfreich, wenn es darum geht, Risiken zum Gegenstand gesetzlicher Regelung zu machen.

Es ist die Aufgabe von Regierung und Verwaltung, vor Übertreibungen und Verharmlosungen zu warnen und den verantwortlichen Gesetzgebungsorganen aufzuzeigen, welche Rechtsgüter bei Risikoentscheidungen auf dem Spiel stehen und welches die Kosten und Nutzen einer Regelung sind. Denn der Staat ist verpflichtet, grundrechtlichen Schutzpflichten auf dem Wege der Gesetzgebung zum Durchbruch zu verhelfen. Wer daher die Sicherheitslage verbessern will, muss sich nicht vorwerfen lassen, er befürworte einen Polizei- oder Überwachungsstaat. Gleichzeitig hat der Schutz des Einzelnen aber seine Grenzen. Ein Restrisiko ist unvermeidlich. Dieses Restrisiko zu bestimmen ist «ein Stück politischer Verant-

⁵⁴ Die Strassenverkehrsdelikte (insb. Fahren in angetrunkenem Zustand) führen denn auch mit Abstand die Schweizer Kriminalitätsstatistik an. Bei einer Umfrage zeigte sich ausserdem, dass gut ein Fünftel aller Automobilisten im vergangenen Jahr mindestens einmal alkoholisiert unterwegs war. Umgekehrt gab nur ein Fünftel der Befragten an, das Tempolimit nie überschritten zu haben. Hierzu BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Statistisches Jahrbuch der Schweiz, Zürich 2003, S. 823–825, 837.

⁵⁵ KUNZ, S. 331.

wortung»⁵⁶, denn Ziel einer Gesetzgebung kann nie die «totale Sicherheit» sein. Die völlige Sicherheit ist ein Wunschtraum und der dafür zu bezahlende Preis ein Albtraum: nämlich die totale Unfreiheit. Oder in den Worten BENJAMIN FRANKLINS: «*They that can give up essential liberty to purchase a little temporary safety deserve neither liberty nor safety.*»⁵⁷

Literatur

- BESSON MICHEL, Behördliche Informationen vor Volksabstimmungen, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die freie Willensbildung der Stimmberechtigten in Bund und Kantonen, Diss. Bern 2003
- DI FABIO UDO, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Habil. Bonn, Tübingen 1994
- EGLI PATRICIA, Drittwirkung von Grundrechten, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2002
- EICHENBERGER KURT, *Selbstsicherheit* des Staates, in: Ruch Alexander/Hertig Gérard/Nef Urs Ch. (Hrsg.), Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, S. 67–81
- DERS., Die Sorge für den inneren Frieden als *primäre Staatsaufgabe*, in: ders., Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a. M. 1980, S. 73–94
- GLOEDE FRITZ, Streit um Worte oder politische Semantik? 8 Bemerkungen zur Unterscheidung von «objektiven und subjektiven» Risiken, in: Preuss Volker (Hrsg.), Risikoanalysen, Über den Umgang mit Gesundheits- und Umweltgefahren, Bd. I, Heidelberg 1996, S. 33–40
- KRAWIETZ WERNER, Risiko, Recht und normative Verantwortungsattribution in rechtsethischer Perspektive, in: Gerhardt Volker/Krawietz Werner (Hrsg.), Recht und Natur, Beiträge zu Ehren von Friedrich Kaulbach, Berlin 1992, S. 147–187
- HILL HERMANN, *Risiko-Management* in der englischen Verwaltung, Speyerer Arbeitsheft Nr. 150, Speyer 2003
- DERS., Einführung in die *Gesetzgebungslehre*, Heidelberg 1982
- HUBER EUGEN, Recht und Rechtsverwirklichung, Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel 1921
- ISENSEE JOSEF, Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin/New York 1983
- KUNZ KARL-LUDWIG, Die Innere Sicherheit: Schlüsseldimension einer neuen Kriminalpolitik, in: Bauhofer Stefan/Bolle Pierre-Henri (Hrsg.), Innere Sicherheit – Innere Unsicherheit, Chur/Zürich 1995, S. 327–340
- LIENHARD ANDREAS, Innere Sicherheit und Grundrechte, in: recht 20 (2002) S. 125–136
- LUHMANN NIKLAS, Risiko und Gefahr, Aulavorträge 28, St. Gallen 1990

⁵⁶ STERN, S. 953.

⁵⁷ FRANKLIN BENJAMIN, Historical Review of Pennsylvania, 1759.

- MEIER-DALLACH HANS-PETER/NEF ROLF, Risiko und innere Sicherheit in der Wahrnehmung der Bevölkerung, in: Preuss Volker (Hrsg.), Risikoanalysen, Über den Umgang mit Gesundheits- und Umweltgefahren, Bd. I, Heidelberg 1996, S. 214–321
- MONNIER VICTOR, Les Origines de l'article 2 de la Constitution fédérale de 1848, in: ZSR NF 117 (1998) II. Hb., S. 417–490
- MÜLLER GEORG, Elemente einer Rechtssetzungslehre, Zürich 1999
- NIDA-RÜMELIN JULIAN, Ethik des Risikos, in: ders., Ethische Essays, Frankfurt a. M. 2002, S. 344–368
- SALADIN PETER, *Wozu noch Staaten?* Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, Bern 1995
- DERS., *Kernenergie und schweizerische Staatsordnung*, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 297–318
- SCHEFER MARKUS, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, in: AJP 11 (2002) S. 1131–1143
- SCHMID GERHARD, Rechtsfragen bei Grossrisiken, in: ZSR NF 109 (1990) II. Hb., S. 1–71
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Die Einstellung der Bevölkerung zur Kriminalität und Verbrechenskontrolle, Ergebnisse einer repräsentativen Befragung der Zürcher Kantonsbevölkerung im internationalen Vergleich, Diss. Zürich, Freiburg i. Br. 1992
- SCHWEIZER RAINER J., Staatliches Risikomanagement, Länderbericht Schweiz, in: Riedel Eibe (Hrsg.), Risikomanagement im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1997, S. 110–150
- STERN KLAUS, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988
- STOLLEIS MICHAEL, Das Auge des Gesetzes, Geschichte einer Metapher, München 2004
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht* der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004
- DERS., *Stimmrecht* und politische Verständigung, Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Habil. Bern, Basel/Frankfurt a. M. 1995
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, Grundrechtseingriffe, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, S. 131–155