

Hans-Bernd Schäfer¹
Bucerius Law School
und
Institut für Recht und Ökonomik
Hamburg

Ökonomische Analyse der Staatshaftung für legislatives Unrecht

XII. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts
24. März – 26. März 2010

1. Entwurf, Zitieren nur mit Zustimmung des Verfassers

¹ Der analytische Teil dieses Aufsatzes stammt überwiegend aus einem unveröffentlichten Arbeitspapier in englischer Sprache, das in Kooperation mit *Vincy Fon* (George Washington University) entstand

Einleitung

Legislatives Unrecht liegt stets dann vor, wenn ein ordnungsgemäß zustande gekommenes Gesetz höherrangiges Recht verletzt, damit rechtswidrig ist und deshalb die entsprechende gesetzliche Norm von einem Gericht aufgehoben wird. So kann eine Gemeindefassung Landes- oder Bundesrecht verletzen. Bundesrecht kann gegen die Verfassung, gegen Europarecht oder gegen einen völkerrechtlichen Vertrag verstoßen. Wenn dadurch jemand in seinen Individualrechten verletzt wird, kann die Rechtsordnung ihm einen Primärrechtsschutz als Abwehrrecht zur Verfügung stellen wie etwa die Verfassungsbeschwerde. Wenn dieser Primärrechtsschutz nicht oder zu spät greift und es durch die Anwendung des rechtswidrigen Gesetzes zu einem Schaden bei der in seinem Individualrecht verletzten Person kommt, stellt sich die Frage nach einem Schadensersatzanspruch gegen den Staat, nach einer Staatshaftung für legislatives Unrecht. Eine solche Staatshaftung als Folge der Anwendung von Gesetzen, die später ein Gericht als rechtswidrig aufhebt, gibt es traditionell nicht oder nur in Ansätzen. Die wichtigste Ausnahme ist das Europarecht. Der EuGH hat in einer Reihe weitgehender Entscheidungen diese Haftung richterrechtlich für den Fall eingeführt, dass mitgliedstaatliches Recht EG-Recht verletzt und eine Person dadurch in einem Individualrecht verletzt wurde und einen Schaden erlitt. Diese Innovation des Staatshaftungsrechts hat bisher jedoch kaum Ausstrahlungskraft auf nationale Rechtsordnungen entfaltet. In der Staatsrechtswissenschaft wird diese Form der Haftung aber intensiv diskutiert und ganz überwiegend befürwortet. Zudem wird kritisiert, dass sowohl der Gesetzgeber als auch die Gerichte zu zögerlich sind, die Haftung für legislatives Unrecht einzuführen, die allein den Bürger vor parlamentarischen Übergriffen schützen kann, wenn der Primärrechtsschutz nicht oder zu spät greift. Das Problem wird nicht nur wissenschaftlich, sondern auch im internationalen politischen Bereich der G7-Gruppe mit positiver Tendenz diskutiert.²

²<http://www.auswaertigesamt.de/diplo/de/Infoservice/Broschueren/Expertentreffen071130.pdf>

Eine ökonomische Analyse der Anreizwirkungen einer Haftung für legislatives Unrecht fehlt bisher fast völlig³. Der EuGH hat seine bahnbrechenden Entscheidungen insbesondere auch teleologisch begründet. Er will, dass die Haftung dem Bürger in Europa ein Instrument verschafft, das zur besseren effektiven Durchsetzung des Europarechts in den Mitgliedsstaaten führt und den Gesetzgeber in den Mitgliedsstaaten anspricht, sich europarechtskonform zu verhalten. Ob und in welchem Umfang dieses Ziel durch die Staatshaftung für legislatives Unrecht erreicht werden kann ist Gegenstand dieser Untersuchung. Die hier vorgetragene ökonomische Analyse geht von der Erkenntnis aus, dass dafür die Modelle aus der zivilrechtlichen Schadensersatzhaftung unanwendbar sind, weil Parlamente keine gewinnmaximierenden (oder kostenminimierenden) Unternehmer sind. Es muss vielmehr analysiert werden, wie sich die Haftung auf den Medianwähler in einem parlamentarischen Gesetzgebungsakt auswirkt. Der Artikel besteht aus drei Abschnitten. Im ersten Teil wird die Rechtslage zur Haftung für legislatives Unrecht für die Europäische Gemeinschaft, die Bundesrepublik Deutschland, die USA, den Europarat und die ICSID Schiedsgerichtsbarkeit zum Schutz privater Direktinvestitionen kurz dargestellt. Es folgt die Analyse einer verschuldensunabhängigen Haftungsregel, die greift, nachdem ein Gericht die Nichtigkeit einer gesetzlichen Norm oder den Verstoß der Norm gegen höherrangiges Recht festgestellt hat. Das wichtigste Ergebnis der Untersuchung ist die Erkenntnis, dass der Schadensersatz in voller Höhe des Schadens keine optimale Abschreckung garantiert. Die Abschreckung kann als Folge der Haftung völlig ausbleiben, sie kann optimal sein, sie kann aber auch zur übermäßigen Abschreckung führen. Abschließend werden im dritten Teil einige Überlegungen über die Höhe der Haftungskosten angestellt sowie darüber, ob diese zu wenig oder zuviel Abschreckung erzeugen.

³ Eine Ausnahme ist die Arbeit von *Ian B. Lee* (1999) *In Search of a Theory of State Liability in the European Union*, The Jean Monnet Center International and Regional Economic Law and Justice, NYU, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/99/990909.html>. Dieser Artikel geht allerdings hinsichtlich der ökonomischen Analyse nicht über die frühen Schriften von Calabresi und Posner aus den 70er Jahren hinaus. Dadurch entsteht aber eine bereits im Ansatz fehlerhafte Analyse. Denn Anreize für ein Parlament, rechtswidrige Gesetze nicht zu verabschieden müssen anders modelliert werden, als Anreize für ein Unternehmen, optimale Sorgfalt zu üben.

A. Staatshaftung für legislatives Unrecht in verschiedenen Rechtskreisen

I. Die mitgliedsstaatliche Haftung der EG Länder für legislatives Unrecht

Der EG-Vertrag sieht eine Staatshaftung als Folge der Verletzung von EG Recht durch ein Mitgliedsland nicht vor. Die in der EU fest etablierte Haftung für legislatives Unrecht ist allein durch richterliche Rechtsfortbildung entstanden. In *Francovich and Bonifaci v. Italy* (1991),⁴ entschied der EuGH, dass die nicht rechtzeitige Umsetzung einer Richtlinie in italienisches Recht einen Schadensersatzanspruch bei Verletzung eines Individualrechts auslöst. Die Rechtsfolge ist der volle Schadensersatz, nicht die im Staatshaftungsrecht oft verwendete Entschädigung die unterhalb des Schadensersatzes liegt und zum Beispiel den entgangenen Gewinn nicht umfasst. Zudem wird die Haftung bei der Verletzung eines jeden Individualrechts ausgelöst. Es findet somit keine Privilegierung einzelner Individualrechte wie etwa des Eigentums statt⁵.

In den Fällen *Brasserie du Pêcheur v. Germany* (1996) und *Faktortame*⁶ entschied der EuGH, dass mitgliedsstaatliches Recht, das die europäischen Verträge verletzt, ebenfalls einen Schadensersatzanspruch auslöst, wenn es in Individualrechte eingreift und wenn der Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht hinreichend

⁴ Cases C-6/90 and C-9/90, *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357.

⁵ Nikolaou, Evangelos. 2005. "From *Francovich* to *Köbler* and Beyond: The Evolution of a State Liability Regime for the European Community. LL.M. Thesis, the University of Helsinki. <https://oa.doria.fi/bitstream/handle/10024/2969/fromfran.pdf?sequence=2> .R. Treinz Staatshaftung für Verletzungen primären Gemeinschaftsrechts durch die Bundesrepublik

Deutschland, *EuZW* 1993, S. 599-605.

⁶ Joined cases C-46 and 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany and R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and others*, [1996] ECR I-1029.

qualifiziert ist (sufficiently serious breach). Diese Rechtsprechung wurde ausgeweitet auf fehlerhafte Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte, die gegen primäres oder sekundäres Europarecht verstoßen. Im Fall Köbler v. Austria (2003) wurde die Haftung für legislatives Unrecht auf Gerichtsentscheidungen ausgeweitet, soweit diese offensichtlich europäisches Recht verletzen. Ebenso wie der Primärrechtsschutz unabhängig vom Verschulden des Gesetzgebers ist und nur an die Verletzung eines durch Europarecht geschützten Individualrechts anknüpft, ist auch der Sekundärrechtsschutz durch Schadensersatz verschuldensunabhängig. Allerdings gelangt das Verschuldenselement durch die Hintertür in die Rechtsregel, weil nicht bereits der Verstoß gegen europäisches Primärrecht, sondern ein „hinreichend schwerwiegender Verstoß“ (sufficiently serious breach) bzw. bei Gerichtsentscheidungen ein offensichtlicher Verstoß als weiteres Tatbestandsmerkmal für die Auslösung der Haftung hinzukommt. Somit kann das Gericht zum Beispiel prüfen, ob für den Gesetzgeber im Mitgliedsstaat im Gesetzgebungsverfahren klar erkennbar war, dass das Gesetz gegen Europarecht verstößt und gleichwohl verabschiedet wurde oder ob die Rechtslage unklar war oder der vom EuGH festgestellte Verstoß gegen europäisches Primärrecht sogar als überraschend angesehen werden muss⁷. Das europäische Staatshaftungsrecht für legislatives Unrecht muss daher für eine ökonomische Analyse seiner Wirkungen als Verschuldenshaftung (im Gewande einer verschuldensunabhängigen Haftung) modelliert werden, weil sonst fehlerhafte Modellannahmen gemacht würden.

Wesentlich für den Haftungsumfang ist auch, dass der EuGH die Einwendung einer Mitverantwortlichkeit des Geschädigten (im Sinne einer Mitverschuldensregel) gelten lässt. Wer zum Beispiel über viele Jahre hinweg einen rechtswidrigen Zustand unbeanstandet lässt, kann später nicht über viele Jahre seinen Schaden, der durch die Verletzung des Rechts verursacht wurde, in voller Höhe geltend machen. Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten wirkt wie die Mitverschuldensregel des §254 BGB, d.h. der Schadensersatz wird um die Quote des Mitverschuldensanteils gekürzt. Die Einführung dieser Haftungsregeln durch den EuGH ist ausdrücklich teleologisch motiviert. Die Gemeinschaftsregeln sollen „voll wirksam“ werden⁸ und

⁷ D.J. Meltzer (2006), Member State Liability in Europe and the United States, I-CON, Vol.4, Number1,2006,pp.39-83, p. 47, Harlow, C., "Francovich and the Problem of the Disobedient State," 2 E.L.J. 199 (1996). Hervey, T.L., "Francovich Liability Simplified," 26 Indust. L.J.74 (1997).

⁸ Francovich, a.a.O.32

die Haftung für legislatives Unrecht dient ausdrücklich der Effektivierung des Europarechts.

II. Rechtslage in Deutschland

Die Rechtsprechung des EuGH hat bisher keine Ausstrahlung auf das deutsche Staatshaftungsrecht bewirkt. Sowohl der Gesetzgeber als auch die Obergerichte sind hinsichtlich einer Ausweitung des legislativen Unrechts weitgehend untätig geblieben. Die staatsrechtliche Literatur beklagt jedoch fast einhellig die große Diskrepanz zwischen dem gut ausgebauten Primärrechtsschutz des Bürgers gegen verfassungsrechtliche Gesetze und dem Sekundärrechtsschutz durch Schadensersatz und Entschädigung als Folge verfassungswidriger Gesetzen und fordert den Ausbau der Haftung für legislatives Unrecht⁹.

Die öffentliche Hand haftet nach der Rechtsprechung nicht für nachteilige Auswirkungen eines verfassungswidrigen Gesetzes, soweit es sich dabei um ein abstrakt generelles Gesetz handelt. Maßnahme- und Einzelfallgesetze, die sich an eine einzelne Person richten, sind davon ausgenommen. Ausgenommen sind auch kommunale Satzungen, die gegen höherrangiges Recht verstoßen und dadurch eine rechtswidrige Eigentumsverletzung auslösen. Die Haftung für kommunales legislatives Unrecht durch Rechtsprechung entstand im Zusammenhang mit rechtswidrigen Bebauungsplänen im Ruhrgebiet¹⁰. Die Kommunen hatten ehemaliges Industriegelände in Bauland umgewidmet, obwohl die Grundstücke stark kontaminiert waren. Damit verletzten sie höherrangiges Recht. Nach Bekanntwerden der Kontaminierung waren die Häuser fast wertlos geworden. Hier ging die Rechtsprechung vom Grundsatz ab, wonach die Eigentumsverletzung durch ein rechtswidriges aber allgemeines Gesetz, keine Haftung auslöst. Bei dieser Ausnahmeregel ist es aber geblieben und weitere Schritte zur Ausweitung der Haftung für legislatives Unrecht sind nicht erfolgt.

⁹F. Schoch (2001)Europäisierung des Staatshaftungsrechts, in: Festschrift für Hartmut Maurer (Hrsg. M.-E. Geis/D. Lorenz), München 2001, S. 759-775, Schoch spricht von einer „Verweigerungshaltung“ des BGH, s. 775. F. Schoch(2001 Effektivierung des Sekundärrechtsschutzes – Zur Überwindung des Entwicklungsrückstands des deutschen Staatshaftungsrechts, Die Verwaltung 34 (2001), 261-290 Siehe auch R. Treinz, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) Bd. 61 (2002), S. 300-361.

¹⁰ Für diesen Hinweis danke ich Herrn Kollegen Friedrich Schoch (Freiburg).

Als weitere Ausnahmen können allerdings jene Fälle angesehen werden, die in rechtswissenschaftlicher Systematik keine Haftungsfälle sind, aber wie ein Haftungsregime wirken. Der Gesetzgeber hat den verfassungswidrigen Zustand grundsätzlich rückwirkend zu beseitigen. Dieser Folgenbeseitigungsanspruch wurde vom Verfassungsgericht bei seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der erst ab dem 21. Kilometer steuerlich absetzbaren Kilometerpauschale verwendet¹¹. Obwohl das Urteil vom 9.12. 2008 stammt gab das Verfassungsgericht der Bundesregierung auf, die ursprüngliche Kilometerpauschale zum 1.1.2007 also für fast zwei Jahre rückwirkend wieder einzuführen. Dies ist rechtlich keine Haftungsregel, vielmehr eine rückwirkende Umgestaltung des rechtswidrigen Zustands. Da sie aber dazu führt, dass der Steuerpflichtige, den Schaden, den er dadurch erlitt, dass er Steuern auf der Basis eines rechtswidrigen Gesetzes zahlte und somit jedenfalls den größten Teil seiner Schäden (ohne die Zinsverluste oder entgangenen Gewinne) zurückerstattet bekommt, kann sie wegen ihrer Wirkungen als eine Quasi Entschädigung für legislatives Unrecht bezeichnet werden.

Von diesem Gebot der rückwirkenden Beseitigung des verfassungswidrigen Zustands gibt es nun wiederum Ausnahmen. Wenn die Beseitigung eine „verlässliche Finanz- und Haushaltsplanung“ oder den „gleichmäßigen Verwaltungsvollzug für Zeiträume einer weitgehend schon abgeschlossenen Veranlagung¹²“ gefährdet, kann von der rückwirkenden Beseitigung abgesehen werden. In einem Fall, bei der Verfassungswidrigkeit der Vermögenssteuer hat das Verfassungsgericht es sogar für zulässig erklärt, die verfassungswidrige Regel noch einige Zeit anzuwenden, damit Verwaltungsabläufe nicht übermäßig gestört werden.

Diese Regeln mit ihren Ausnahmen und Ausnahmen von Ausnahmen sind sehr unübersichtlich und machen einen Sekundärrechtsschutz des Bürgers von Zufälligkeiten abhängig. Staatsrechtler kritisieren sowohl den uneinheitlichen Sekundärrechtsschutz¹³, der zudem zwischen den verschiedenen Grundrechten differiert und den Schutz des Eigentums privilegiert als auch die Untätigkeit des

¹¹ Pendlerpauschale: BVerfG, 2 BvL 1/07 vom 9.12.2008, Absatz-Nr. (1 - 91),

¹² VerfGE 93, 121

¹³ W. Höfling, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 260 ff.

Gesetzgebers und die Unwilligkeit des BGH, die überfälligen Änderungen herbeizuführen¹⁴.

III. Entschädigungen für legislatives Unrecht durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entscheidet, ob eine Person durch Staatshandeln in einem Recht verletzt wurde, das in der Europäischen Konvention für Menschenrechte normiert ist. Hat der Mitgliedstaat konventionswidrig gehandelt, so löst dies eine „gerechte Entschädigung“ des Klägers aus¹⁵. Die weitaus meisten Entschädigungszahlungen werden dadurch ausgelöst, dass staatliche Organe eines Mitgliedsstaates gegen innerstaatliches Recht und gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstoßen. Dies gilt zum Beispiel für die Anwendung der Folter oder die Verweigerung eines rechtsstaatlichen Verfahrens (denial of justice). Es gilt aber auch, wenn eine gesetzliche Norm des Mitgliedstaats gegen ein in der Charta normiertes Recht verstößt. Anders als das Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof kann jedoch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Konventionswidrigkeit der Norm nur feststellen, nicht aber die konventionswidrige Norm aufheben. Die „gerechte Entschädigung“, die zudem unterhalb des Schadensersatzes liegt, stellt daher die einzige rechtliche Sanktion für das konventionswidrige Verhalten des Mitgliedstaates dar. In den Staaten der EU wirkt allerdings die EU-Kommission darauf hin, dass die Staaten ihre Rechtsordnung anpassen und die Konventionswidrigkeit von Rechtsnormen beseitigen. Außerhalb der Europäischen Union besteht diese Möglichkeit nicht, so dass die einzige Sanktion in der Entschädigung besteht. Viele Verurteilungen, insbesondere in

¹⁴ In Deutschland sind Verwaltungsgerichte für den Primärrechtsschutz und den Folgenbeseitigungsanspruch zuständig, für Schadensersatz und Entschädigung dagegen Zivilgerichte. Diese Rechtswegespalung wird als ein wesentlicher Grund für die unbefriedigende Entwicklung angesehen. Vgl. Schoch (2001) Effektivierung des Sekundärrechtsschutzes, a.a.O. S. 273. Schoch schreibt: „Die Rechtsprechung scheint sowohl den klaren Blick für den Entwicklungsstand des deutschen Staatshaftungsrechts als auch den notwendigen Mut für die Entwicklung des –angesichts eines offenkundig unfähigen Gesetzgebers– überfälligen gesetzvertretenden Richterrechts verloren zu haben. ... Zur Rezeption europarechtlicher Vorgaben ist der BGH entweder unfähig oder unwillig“ a.a.O.

¹⁵ Art. 41 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Fassung des Protokolls Nr. 11

Russland und der Türkei führen nicht zu einer Veränderung der rechtswidrigen Praxis¹⁶.

In juristischer Terminologie sind derartige Entschädigungen kein Schadensersatz für legislatives Unrecht. So liegen die gezahlten Summen bei einer Entschädigung unterhalb des vollen Schadensersatzes. Faktisch liegt aber eine Konstellation wie bei der Haftung für legislatives Unrecht vor, wenn etwa ein englisches Gesetz aus dem 19. Jahrhundert die körperliche Züchtigung in Schulen ausdrücklich vorsieht, dies vom Gericht als konventionswidrig beurteilt und der englische Staat zu einer Entschädigung des in seinen Rechten verletzten Schülers verurteilt wird¹⁷.

IV. Souveräne Immunität in den USA

In den USA spielt im Gegensatz zur Europäischen Union die aus den Tiefen der Rechtsgeschichte entstammende Doktrin der souveränen Immunität eine zentrale Rolle. Sie wird hier kurz in ihren haftungsrechtlichen Konsequenzen dargestellt, weil sie und insbesondere die staatstheoretische Grundauffassung, auf der sie beruht, sich als Ausgangspunkt für die Staatshaftung für legislatives Unrecht besonders gut eignet. Denn sie geht auf ein Staatsverständnis zurück, das im vollkommenen Gegensatz zur ökonomischen Denkweise steht. Träfe dieses im Ansatz zu hätte man die größten Schwierigkeiten, Staatshaftung überhaupt zu begründen.

Die verfassungsrechtliche Doktrin der souveränen Immunität schützt in den USA den Staat vor Haftung gegenüber Privatpersonen bei Verletzung höherrangigen Rechts. Verletzt die Rechtsnorm eines Mitgliedsstaats der USA Bundesrecht und ein

¹⁶ 50 Jahre Europarat: der Beitrag des Europarates zum Regionalismus, Council of Europe. - Bayreuth : Verl. PCO, 2000

¹⁷ 1998 verurteilte der EGMR das Vereinigte Königreich zu einem Schadensersatz von 10.000 Pfund Sterling für einen Schüler, der nach englischem Recht gesetzmäßig in der Schule körperlich gezüchtigt worden war.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE OF A. v. THE UNITED KINGDOM
(100/1997/884/1096)

Individualrecht, so folgt daraus grundsätzlich kein Schadensersatzanspruch des in seinen Rechten verletzten Individuums, gleichgültig wie hoch der angerichtete Schaden ist. Davon gibt es einige Ausnahmen. Erstens kann der Kongress unter bestimmten, sehr einschränkenden Voraussetzungen einen Schadensersatzanspruch für solche Fälle gesetzlich normieren. Zweitens erstreckt sich die souveräne Immunität nicht auf Gebietskörperschaften. Verstößt etwa eine kommunale Satzung gegen Bundesrecht, so löst dies nicht nur die Nichtigkeit der betreffenden Rechtsnorm aus, sondern auch einen Schadensersatzanspruch des in seinen Rechten verletzten Individuums. Der Schadensersatz für legislatives Unrecht Schadensersatzanspruch daher davon ab ob Schulen, Universitäten, Krankenhäuser, die Rechtsverfolgung oder Bebauungspläne durch Gesetze eines Mitgliedstaats der USA oder durch Gemeindegesetzungen reguliert werden.

Die Konzeption der souveränen Immunität beruht unter anderem auf einer teleologischen Erwägung, wonach der gesetzgebenden Staatsautorität ein unantastbarer Entscheidungsraum zusteht¹⁸. Erstaunlicherweise hat diese Doktrin, die aus vordemokratischen Zeiten des Königtums von Gottes Gnaden („The king can do no wrong“) herrührt in den USA, welche ihre Gründung einer Volksrevolution gegen die englische Krone verdanken, überlebt. Tatsächlich steht diese Doktrin im Widerspruch zum demokratischen Verfassungsstaat, und sie kann insbesondere im Lichte moderner politikwissenschaftlicher Forschung auch teleologisch nicht gerechtfertigt werden¹⁹. Als Begründung für diese Doktrin in moderner Zeit wird oft die Tatsache angeführt, dass die Staatshaftung für legislatives Unrecht entweder auf Kosten des Steuerzahlers oder anderer Empfänger von Staatsleistungen gehe und es besser sei, auf die Haftung zu verzichten als andere Staatsaufgaben zu vernachlässigen oder die Steuerlast zu vergrößern²⁰. Diese Begründung fällt bei genauer Betrachtung mit der überkommenen Begründung zusammen, wonach der König kein Unrecht begehen könne,²¹ da er als Staatsoberhaupt stets das

¹⁸ Siehe D.J. Meltzer, *Member State Liability in Europe and the United States*, a.a.O. S. 51 f.

¹⁹ E. Chemerinsky (2001), *Against Sovereign Immunity*, *Stanford Law Review*, Vol. 53, No. 5, Symposium: *Shifting the Balance of Power? The Supreme Court, Federalism, and State Sovereign Immunity* (May, 2001), pp. 1201-1224

²⁰ E. Chemerinsky, a.a.O. S. 1216

²¹ In William Blackstone's „*Commentaries on the Laws of England*“ (1765-69) findet sich eine sehr klare Fassung und gleichsam ins modelltheoretische Extrem gesteigerte Darstellung dieser Staatsvorstellung, die sich lange erhalten hat und auch in den Wirtschaftswissenschaften erst durch die neue politische Ökonomie vollständig überwunden wurde. „Besides the attribute of sovereignty the law also ascribes to the king in his political capacity absolute perfection, the king can do no wrong. ...The king, moreover, is not only incapable of doing

Gemeinwohl verfolge und nur irrtümlich nicht aber systematisch davon abweiche. Diese Konzeptualisierung des Staathandelns ist das exakte Gegenbild zu dem nur seine egoistischen Interessen verfolgenden homo oeconomicus in der Privatwirtschaft. Träfe sie zu, müsste in der Tat die Staatshaftung ungewollte Steuerungswirkungen entfalten und Anreize vermitteln, von einer per se stets an der Verfassung und dem Gemeinwohl orientierten Politik abzugehen. Die Folge wäre eine zu hohe Steuerlastquote und eine durch die Wirkungen der Haftung verzerrte Struktur des Staatsbudgets. Erst wenn man die Auffassung aufgibt, der Staat sei ohne Vermittlung von Anreizen für die ihn leitenden Personen bereits ein unvoreingenommener Hüter des Gemeinwohls, anders als ein privates Unternehmen, ist es aus ökonomischer Perspektive angezeigt, über Haftungsanreize nachzudenken, die auch den Gesetzgeber zu rechtmäßigem Verhalten anspornen sollen.

V. Staatshaftung bei Verletzung internationaler Investitionsschutzabkommen durch nationales Recht

Das letzte Beispiel bezieht sich auf das Recht der internationalen Investitionsschutzabkommen und den Individualschutz der Investoren durch ICSID Schiedsgerichte bei der Weltbank. Diese Entwicklung im internationalen Wirtschaftsvölkerrecht ist besonders bemerkenswert, weil grundsätzlich das Völkerrecht überhaupt keine individuellen Rechtsansprüche gegen Staaten generiert.

Investitionsschutzabkommen sind bilaterale völkerrechtliche Verträge, die den Schutz privater Direktinvestitionen im Ausland regeln und insbesondere faire Entschädigungsregeln bei Enteignungen oder Staatseingriffen mit ähnlicher Wirkung vorsehen. Grundsätzlich kann zwar der enteignete Investor wegen der regelmäßig in

wrong, but even of thinking wrong. He can never mean to do an improper thing: in him is no folly or weakness.“ zitiert bei G.P. Pugh (1952-53), Historical Approach to the Doctrine of Sovereign Immunity. 13 Louisiana L. Rev. S. 476-494

Investitionsschutzabkommen vereinbarten Inländergleichbehandlung im Investitionsland gegen den enteignenden Staat wie ein Inländer klagen. In Ländern mit schwachem Rechtssystem, willfährigen oder korrupten Richtern nützt ihm dies aber nichts. Wird zudem der Wert seiner Investitionen durch ein Gesetz verletzt, steht ihm üblicherweise ohnehin kein Rechtsanspruch auf Entschädigung zu. Daher sind Investitionsschutzabkommen nach klassischem Völkerrecht oft zahnlos. Denn der Investor kann oft nur darauf vertrauen, dass der Heimatstaat seine Interessen durch diplomatischen Einfluss oder Sanktionen schützt. Dieses Glaubwürdigkeitsdefizit wurde durch Einrichtung der ICSID Schiedsgerichte weitgehend überwunden. Über 140 Staaten haben einem Schiedsgerichtsverfahren am „International Center for Settlement of Investment Disputes“ (ICSID) zugestimmt²². Vor dem ICSID Gericht können Investoren überprüfen lassen, ob ein Staatshandeln im Empfängerland der privaten Direktinvestition das bilaterale Abkommen verletzt und direkte Ansprüche an den verletzenden Staat geltend machen. Die Entscheidungen des ICSID Panel können Schadensersatzleistungen umfassen, wenn zum Beispiel nationale Enteignungsgesetze im Widerspruch zum Investitionsschutzabkommen stehen. Dies kommt einer Haftung für legislatives Unrecht nahe. Auch der NAFTA Vertrag, der die nordamerikanische Freihandelszone zwischen Kanada, Mexiko und den USA regelt, kann zu derartigen Schadensersatzansprüchen vor dem ICSID oder UNCITRAL Gericht führen. So hatte im Fall Metalclad v. Mexico die mexikanische Bundesregierung der US-Klägerin versichert, sie habe alle Bedingungen für die Errichtung einer privaten Mülldeponie erfüllt. Später wurde das betreffende Gelände durch ein Gesetz der Provinz in ein ökologisches Reservat umgewandelt, so dass der Firma Schäden entstanden. Nach mexikanischem Recht hätte die Firma keinen Schadensersatzanspruch. Das Schiedsgericht entschied aber, dass das Gesetz den NAFTA Vertrag verletze und verurteilte den Staat Mexiko zum Schadensersatz²³.

²² <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, (besucht im März 2010)

²³ U. Kriebaum, „Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State“, 8 The Journal of World Investment & Trade 2007, pp.

B. Ökonomische Analyse der Anreizwirkungen der Staatshaftung für legislatives Unrecht auf den Gesetzgeber

Die Analyse beginnt mit einem Gesetz, das durch ein Gericht wie dem EuGH oder dem BVerfG aufgehoben wird. Es stellt sich die Frage ob die Aufhebung des Gesetzes und ein Schadensersatz für alle in ihren Rechten verletzten Personen dazu führt, dass weniger rechtswidrige Gesetze verabschiedet werden. Typischerweise handelt es sich um ein Gesetz im Interesse einzelner Gruppen. Solche Gesetze werden stets mit Gemeinwohlzielen wie Verbraucherschutz, Konsumentenschutz, Produktsicherheit, Umweltschutz oder Volksgesundheit begründet. Tatsächlich bewirken sie oft einen kleinen Vorteil in dieser Richtung, greifen aber stark in Rechte der Bürger ein. Sie generieren hohe private Gewinne für einzelne Gruppen oder Wirtschaftszweige. Oberste Gerichte, Verfassungsgerichte oder der EuGH können solche Gesetze aufheben, insbesondere wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt ist.

Der Einfachheit halber wird das oberste Gericht als „Gericht“ bezeichnet. Es kann sowohl ein Gesetz als verfassungswidrig aufheben als auch Schadensersatz zuerkennen. Die zu untersuchende Frage ist, ob der Schadensersatz zu weniger verfassungswidrigen Gesetzen führt und ob rechtswidrige Gesetzgebung dadurch zurückgedrängt werden kann.

Die Untersuchung geht in zwei Schritten vor. Im ersten Schritt wird angenommen, dass das höherrangige Recht, z.B. die Verfassung oder die Europäischen Verträge nicht geändert werden können und somit eine feste Gestalt aufweist. Unter dieser Voraussetzung wird untersucht, wie sich die Aufhebung eines Gesetzes und die Haftung für legislatives Unrecht auf die Entscheidungen des Gesetzgebers auswirken. In einem zweiten Schritt wird angenommen, dass der Gesetzgeber die Verfassung ändern kann bzw. allgemein gesprochen Einfluss auf den Inhalt des höherrangigen Rechts nehmen kann, wenn er befürchten muss, dass ein Gesetz andernfalls als rechtswidrig erklärt wird. Dies ändert die durch eine Haftungsandrohung bewirkten Anreize für den Gesetzgeber.

Vereinfachend wird zudem ein Einkammerparlament unterstellt, in dem das Gesetz von der Mehrheit der Mitglieder des Parlaments verabschiedet wird. Die Analyse abstrahiert zunächst außerdem von der Existenz von homogenen Parteifraktionen im Parlament mit Fraktionsdisziplin und nimmt an, dass jedes Parlamentsmitglied seine

Entscheidung gemäß seinem persönlichen Nutzen aus der Gesetzgebung trifft. Die Kammer hat n Mitglieder, die als MPs bezeichnet werden. Die MPs erhalten durch die Verabschiedung eines Gesetzes einen persönlichen Nutzen g , der positiv oder negativ sein kann. Dieser Nutzen entsteht dadurch, dass das Gesetz verschiedene Faktoren, die für die Wiederwahl, Machtausweitung oder Karriere des MP wichtig sind, positiv oder negativ beeinflusst. Zur Vereinfachung verwenden wir für die Zahl der Parlamentarier reale Zahlen statt natürlicher Zahlen²⁴. Alle MPs werden in absteigender Ordnung entsprechend ihrem persönlichen Gewinn, der durch das Gesetzgebungsprojekt entsteht, gerankt.

I. Staatshaftung bei einer unveränderten Verfassung

In diesem Abschnitt nehmen wir an, die Verfassung oder das höherrangige Recht seien vorgegeben und nicht veränderbar. Zunächst wird nur der Gesetzgebungsprozess unter der Annahme untersucht, dass das Gericht eine gesetzliche Norm aufhebt, die gegen die Verfassung oder anderes höherrangiges Recht verstößt. Es wird insbesondere untersucht, ob die Staatshaftung für legislatives Unrecht die Anzahl verfassungswidriger Gesetze gegenüber einem Rechtszustand vermindert, bei dem das Gericht nur die rechtswidrige Norm aufheben aber keinen Schadensersatz zuerkennen kann.

Betrachten wir in typisches Gesetz, das Partialinteressen dient. Es ist oft dadurch gekennzeichnet, dass die Mehrzahl der Bürger einen kleinen Schaden pro Person und eine Minderheit einen großen Gewinn pro Person daraus erzielt und dass die Summe aus Gewinnen und Schäden negativ ist. Als Beispiel können Lizenzpflichten genannt werden, wie etwa eine Lizenzpflicht für Apotheken. Die Begünstigten eines solchen Gesetzes haben daher einen großen Anreiz, jene MPs zu unterstützen, die bereit sind, das Gesetz zu ihren Gunsten einzubringen und zu verabschieden. Es ist sinnvoll anzunehmen, dass sie ihre Wahlentscheidungen davon abhängig machen. Die Verlierer des Gesetzes sind dagegen apathisch, weil die Verluste pulverisiert auf die große Mehrheit der Bevölkerung verteilt werden. Die Minderheit, welche ihre Wahlentscheidung von dem Gesetz abhängig macht, kann zudem wahlentscheidend

²⁴ Dies dient hauptsächlich zur Eliminierung der Unterschiede zwischen Fällen mit einer geraden und einer ungeraden Anzahl von Abgeordneten.

sein. In dem Fall kann die Verabschiedung eines derartigen Gesetzes im Interesse der Mehrheit der MPs liegen. Gesetze zur Durchsetzung von Partialinteressen sind ohne verfassungsrechtliche Prüfung daher wahrscheinlich.

1. Gesetzgebung ohne Gerichtsbarkeit und ohne Haftung für rechtswidrige Gesetze

Die folgenden Überlegungen können in einem Diagramm dargestellt werden. In Schaubild 1 sind die n Mitglieder des Parlaments auf der I -Achse dargestellt. I repräsentiert das i -te MP beginnend mit dem ersten MP ($I=1$). Da die Parlamentarier nach dem Gewinn geordnet sind, den sie aus der Verabschiedung des Gesetzes ziehen, hat der erste MP den höchsten und der n -te MP den niedrigsten persönlichen Nutzen (Gewinn) aus dem Gesetz. Und die persönliche Gewinnfunktion eines Parlamentariers ist eine nicht-ansteigende Funktion. Es ist möglich, dass mehrere Parlamentarier denselben Nettonutzen aus der Gesetzgebung ziehen können. Aus dem Grunde muss $g(I)$ nicht strikt abnehmend sein. Der Einfachheit halber zeigt die hier verwendete graphische Präsentation jedoch alle diese Funktionen $g(I)$ als strikt abnehmend an.

Das k -te Parlamentsmitglied sei der erste MP mit einem persönlichen Nutzen aus der Gesetzgebung von null. In Abb. 1 ist k der Schnittpunkt der persönlichen Gewinnkurve g mit der Abszisse. Alle MPs mit einer Rangnummer, die kleiner ist als k , haben einen positiven Nutzen von der Verabschiedung des Gesetzes, die MPs mit einer Rangnummer, die größer ist als k erleiden einen persönlichen Nachteil durch die Verabschiedung des Gesetzes. Ohne Gerichte, die rechtswidrige Gesetze aufheben und/oder bei rechtswidrigen Gesetzen Schadensersatz zuerkennen können, würden daher k Parlamentsmitglieder der Gesetzesvorlage zustimmen, $n-k$ Parlamentsmitglieder würden sie ablehnen. Daher kann k als der marginale Wähler für die Gesetzesvorlage bezeichnet werden. In Abb.1. Damit die Gesetzesvorlage angenommen wird, ist somit ohne Fraktionszwang im Parlament und ohne gerichtliche Kontrollen von Gesetzen notwendig und hinreichend, dass $k > n/2$. Für diesen Fall würde jedes Gesetz, welches die Verfassung bzw. höherrangiges Recht verletzt, verabschiedet werden.

2. Gesetzgebung mit Gerichtsbarkeit aber ohne Haftung für rechtswidrige Gesetze

Können Personen, die durch das Gesetz in ihren Rechten eingeschränkt werden, ein Gericht wie das BVerfG oder den EuGH anrufen, so prüft das Gericht ob das Gesetz Grundrechte oder Rechte aus Verpflichtungen durch internationale Verträge wie den Europäischen Verträgen unverhältnismäßig verletzt. In dem Fall hebt das Gericht das Gesetz bzw. die vom Kläger angegriffene Regel im Gesetz als rechtswidrig auf. Zumeist²⁵ gilt die Aufhebung vom Zeitpunkt des Urteils an.

Angenommen, es sei bei Verabschiedung des Gesetzes klar, dass dieses höherrangiges Gesetz verletzt und daher vom Gericht aufgehoben wird. Wird dies das Abstimmungsverhalten der MP verändern? Selbst wenn die Parlamentarier um die Rechtswidrigkeit des Gesetzes wissen, so wissen sie auch, dass der Rechtsstreit in der Regel Jahre erfordern wird. Jeder MP, der einen positiven Gewinn aus dem Gesetz zieht ($g > 0$) kann daher einen Teil des Gewinns behalten, wenn er einem rechtswidrigen Gesetz zustimmt. Er verliert als Folge der Gerichtsentscheidung nur jenen Teile des Gewinns, der vom Zeitpunkt der Aufhebung des Gesetzes anfallen würde, gäbe es die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht. Mit anderen Worten: jeder MP, der ohne die Existenz des Gerichts einen Gewinn aus dem Gesetz zieht, bleibt auch nach der Einrichtung des Gerichts ein Gewinner und jeder Verlierer bleibt ein Verlierer. Die Möglichkeit des Gerichts, das rechtswidrige Gesetz aufzuheben, vermindert den Gewinn und den Verlust jedes Parlamentariers, es kommt aber niemals zu einer Umkehr der Vorzeichen. Jeder Parlamentarier, der einem Gesetz ohne die Möglichkeit der Aufhebung durch ein Gericht zustimmt, wird ihm auch zustimmen, wenn diese Möglichkeit eingerichtet wird. Mehr noch, auch das Ranking der Parlamentarier nach ihren persönlichen Gewinnen aus dem Gesetz bleibt erhalten. In der graphischen Darstellung in Abb.1 führt die Einrichtung des Verfassungsgerichts zu einer zu einer im umgekehrten Uhrzeigersinn erfolgenden Rotation der Gewinnkurve (g) ohne Verfassungsgerichtsbarkeit zur Kurve (g_i) mit Verfassungsgerichtsbarkeit, welche somit keinen Einfluss auf das Abstimmungsverhalten nimmt.

²⁵ Eine Ausnahme im deutschen Verfassungsrecht bildet der Folgenbeseitigungsanspruch, der jedoch nur in einer geringen Anzahl von Fällen zum Tragen kommt.

Behauptung 1. Die Einführung von Gerichten, die ein rechtswidriges Gesetz aufheben können, hat keinen Einfluss auf das Abstimmungsverhalten der Parlamentarier.

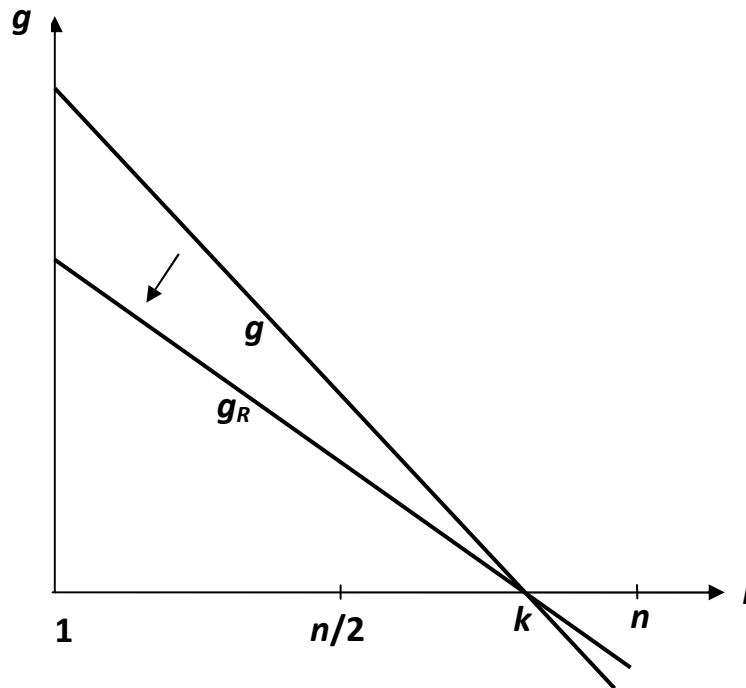


Abb. 1. Verfassungswidrige Gesetzgebung mit und ohne Verfassungsgerichtsbarkeit

3. Gesetzgebung mit Gerichtsbarkeit und verschuldensunabhängiger Staatshaftung für rechtswidrige Gesetze

Als nächstes wird gefragt, wie die Einführung der Staatshaftung für rechtswidrige Gesetze das Abstimmungsverhalten der Parlamentarier beeinflusst und ob sie dazu führt, dass weniger rechtswidrige Gesetze verabschiedet werden. Es wird eine verschuldensunabhängige Staatshaftungsregel untersucht, die zum vollen Ersatz des Schadens bei denjenigen führt, die durch das rechtswidrige Gesetz in einem Individualrecht verletzt wurden. Weitere Annahmen sind:

-Jeder Parlamentarier weiß, dass die Gesetzesvorlage rechtswidrig ist.

-Die Haftung entfällt auf den Staat, dessen Parlament das rechtswidrige Gesetz verabschiedet hat. Daher reduziert bei konstanter Steuerlastquote die Haftung die übrigen Ausgaben der Regierung oder erhöht die Steuerlastquote.

Die Kosten der Haftung reduzieren den Gewinn aus dem Gesetz für jeden Parlamentarier. Für alle Parlamentarier, die bereits ohne Staatshaftung vom Gesetz Nachteile zu erwarten haben werden diese Nachteile größer. Für einige Parlamentarier, die vorher aus dem Gesetz Gewinne zogen, machen nunmehr Verluste. Der k -te Parlamentarier, der einen Gewinn von null macht hat nunmehr eine niedrige Rangziffer. Einige Parlamentarier, die in einem System ohne Verfassungsgericht oder mit einem Verfassungsgericht, das zwar rechtswidrige Gesetze für die Zukunft aufheben aber keinen Schadensersatz zuerkennen kann für das Gesetz gestimmt hätten, stimmen nunmehr gegen das Gesetz.

Graphisch impliziert dies eine Verschiebung der Gewinnkurve $g(l)$ von g_r nach g_{r+l} . Dabei steht $r+l$ für ein Rechtssystem, in dem ein Gericht sowohl das rechtswidrige Gesetz aufheben als auch den Staat zum Schadensersatz verurteilen kann. Es ist wichtig, hier festzuhalten, dass nicht jeder Parlamentarier durch die Haftung den gleichen Verlust erleidet, und dass die Verluste nicht das gleiche Ranking aufweisen wie das der Gewinne ohne die Haftung. Die Kurve g_{r+l} bewahrt daher nicht die Rangordnung der Parlamentarier wie die Kurven g und g_r . Das Ranking der Parlamentarier kann ein anderes sein. Die Kurve g_r verschiebt sich durch die Haftung auch nicht parallel nach unten. Die neue Kurve g_{r+l} in Abb.2 muss jedoch in jedem Punkt niedriger liegen als die alte.

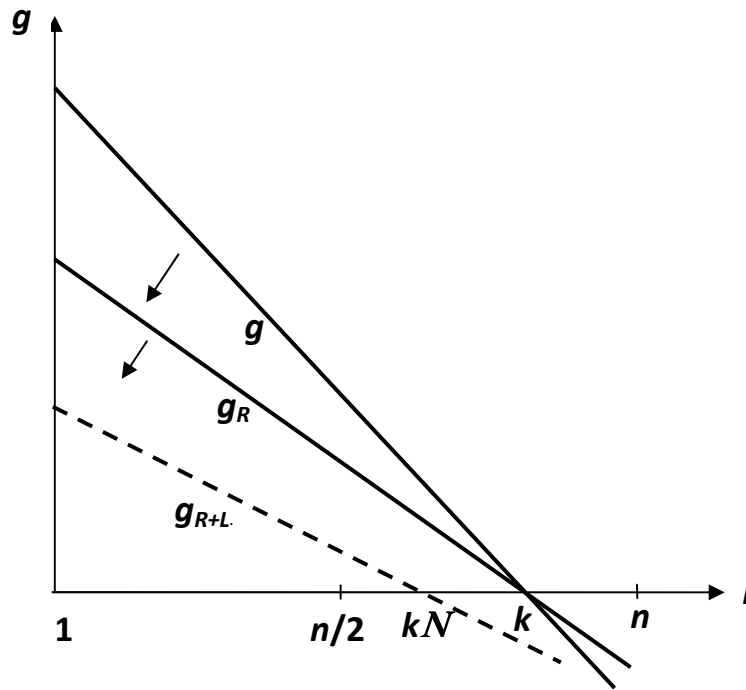


Abb. 2 Verfassungswidrige Gesetzgebung mit Verfassungsgerichtsbarkeit verschuldensunabhängiger Haftung für legislatives Unrecht

Welche Folgen hat die Haftung? Alle Parlamentarier, die auch ohne Haftung das Gesetz abgelehnt haben, werden es auch bei Einführung der Haftung ablehnen. Einige Parlamentarier, die ohne die Haftung dem Gesetz zugestimmt hätten, werden es jetzt ablehnen. Wenn man den neuen marginalen Wähler im Parlament, der von der Gesetzesvorlage trotz der Haftung keine Vorteile oder Nachteile erwartet, als kN bezeichnet und $kN < k$, so steigt die Zahl der Parlamentarier, welche die Gesetzesvorlage ablehnen um die Zahl $k - kN$ an.

In Abb. 2 ist kN größer als $n/2$. In dem Fall wird das unrechtmäßige Gesetz trotz der Haftungsandrohung für den Staat verabschiedet. Wenn dagegen kN kleiner als $n/2$ wird, so erreicht seine Unterstützung nicht mehr die Mehrheit und die Haftungsandrohung verhindert das Gesetz. Im allgemeinen wird die Haftung die Verabschiedung einiger unrechtmäßiger Gesetze verhindern und andere nicht verhindern. Allgemein gilt, dass die Einführung einer Haftung für legislatives Unrecht die Verabschiedung rechtswidriger Gesetze nicht sicher verhindern kann. Es ist wahrscheinlich (aber nicht sicher) dass einige

unrechtmäßige Gesetze, die ohne Staatshaftung verabschiedet würden mit Staatshaftung keine Mehrheit finden. Die Wirkung hängt zudem von der Höhe der Haftungskosten ab. Mit steigenden Gesamthaftungskosten sinkt die Zahl der unrechtmäßigen Gesetze, die eine Mehrheit im Parlament erreichen. Dieses Ergebnis unterscheidet sich klar von den Forschungsergebnissen der ökonomischen Analyse zivilrechtlicher Haftung wo –mit Ausnahme einiger Ausnahmefälle- sowohl die strikte Haftung als auch die Verschuldenshaftung zur Einhaltung eines optimalen Sorgfaltsstandards führen, wenn der Schadensersatz gleich dem angerichteten Schaden ist.

Behauptung 2. Setzt ein Gericht ein unrechtmäßiges Gesetz außer Kraft und löst dies Schadensersatzzahlungen für legislatives Unrecht aus, so vermindert die Schadensersatzandrohung die Zahl der Abgeordneten, die das Gesetz im Parlament unterstützen. Es bleibt ungewiss, ob und in welchem Umfange dadurch weniger unrechtmäßige Gesetze verabschiedet werden.

4. Staatshaftung für legislatives Unrecht, wenn die Rechtswidrigkeit einer Gesetzesvorlage im Gesetzgebungsakt ungewiss ist.

Bisher war angenommen worden, allen Parlamentariern sei die Rechtswidrigkeit der in Frage stehenden Gesetzesvorlage bekannt. Dies ist kein Regelfall. Oft wissen Abgeordnete nicht und in vielen Fällen können sie gar nicht wissen, ob sie ein rechtswidriges, z.B. verfassungswidriges Gesetz verabschieden, weil erst später das zuständige Gericht darüber entscheidet und die Rechtslage vor dieser Entscheidung unklar bleibt. Der Zielkonflikt zwischen verfassungsrechtlichen oder europarechtlich geschützten Individualrechten und den Notwendigkeiten öffentlich rechtlicher Regulierung zur Verbesserung der Volksgesundheit, des Konsumentenschutzes, des Umweltschutzes wird oft erst durch die Entscheidung des zuständigen Gerichts aufgelöst.

Unter dieser Voraussetzung kennt der Abgeordnete nur eine subjektive Wahrscheinlichkeit hinsichtlich der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der

von ihm zu beschließenden Gesetzesvorlage. Der Erwartungsnutzen (g) des MP ist dann der Gewinn für den Fall dass das Gesetz rechtmäßig ist ($g(l)$), gewichtet mit der Wahrscheinlichkeit der Rechtmäßigkeit. Dies hat folgende Auswirkungen.

(1) Für jeden Parlamentarier der von dem Gesetz einen positiven Nutzen hat, selbst wenn dieses verfassungswidrig ist ($g_{r+i}(l) > 0$), bleibt der Nutzen bei unklarer Rechtslage positiv. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass die Multiplikation zweier positiver Zahlen stets einen positive Zahl ergibt.

(2) Für jeden Parlamentarier, der von dem Gesetz einen negativen Nutzen hat selbst wenn dieses verfassungskonform ist, ($g(l) < 0$) bleibt der Nutzen des Gesetzes auch bei unklarer Rechtslage negativ. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass die Multiplikation einer positiven Zahl (der Wahrscheinlichkeit dass das Gesetz verfassungskonform ist) mit einer negativen Zahl stets eine negative Zahl ergibt.

(3) Für einige Parlamentarier hat das Gesetz allerdings einen positiven Nutzen für den Fall dass es verfassungskonform ist und einen negativen Nutzen für den Fall dass es nicht verfassungskonform ist. Nur für diese Gruppe von Parlamentariern kann die Haftung Abschreckungswirkungen entfalten nämlich dann wenn der Erwartungsnutzen des Gesetzes durch die Einführung der Haftung negativ wird. Es sei q die Wahrscheinlichkeit, dass das Gesetz verfassungskonform ist und $1-q$ die Wahrscheinlichkeit, dass es negativ ist. Dann wird ein Abgeordneter durch die Haftung für legislatives Unrecht abgeschreckt, wenn der erwartete Verlust aus einem rechtswidrigen Gesetz größer ist als der erwartete Gewinn aus dem rechtmäßigen Gesetz.

$$|g_{r+i}(l)(1-q)| > g(l)q$$

Einige Parlamentarier, die dem Gesetz zustimmen würden, wenn es rechtmäßig wäre, stimmen deshalb nicht zu weil es mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechtswidrig ist und sie für den Fall Nachteile erwarten.

Wiederum kann nicht gesagt werden, wie hoch der Abschreckungseffekt der Staatshaftung ist. Er steigt mit der Wahrscheinlichkeit der Rechtswidrigkeit ($1-q$) und dem Verlust, den der MP für den Fall der Verabschiedung eines rechtswidrigen Gesetzes erwartet.

5. Erweiterung der Annahmen

In der bisherigen Analyse waren autonom entscheidende Parlamentarier und ein Einkammerparlament angenommen worden. Wie ändert sich die Untersuchung wenn diese beiden Annahmen aufgegeben werden?

In Parteiendemokratien stimmen die Parteien im Parlament zumeist einheitlich ab. Die Abgeordneten unterliegen der Fraktionsdisziplin. Dadurch verlagert sich die Analyse vom Parlament in die Fraktion. In einem Zweiparteiensystem muss der Gesetzentwurf in der regierenden Mehrheitsfraktion eine Mehrheit erhalten. Der marginale Wähler(k), dessen Nutzen aus dem Gesetz null ist, muss einen Rangplatz einnehmen, der über der Hälfte der Fraktionsmitglieder liegt. Die Analyse bleibt dadurch insgesamt unverändert und die Ergebnisse ebenfalls.

Bei einem Mehrparteiensystem muss der Gesetzentwurf in jeder Regierungsfraktion eine Mehrheit erhalten. Die Analyse bleibt wiederum die gleiche. Das Ergebnis ändert sich jedoch dadurch, dass die Abschreckung der Haftung für legislatives Unrecht nur bei den Mitgliedern einer Fraktion zu funktionieren braucht damit das Gesetz nicht verabschiedet wird. Es ist daher wahrscheinlich, dass die Einführung der Haftung für legislatives Unrecht in einem Mehrparteiensystem mit zwei oder mehreren Koalitionsparteien mehr Abschreckung bewirkt als in einem Zweiparteiensystem.

Das gleiche gilt in einem Zweikammersystem, wenn das Gesetz die Zustimmung aus beiden Kammern benötigt. Die Abschreckung muss dann nur einmal funktionieren, damit das Gesetz nicht zustande kommt.

6. Wieviel Abschreckung ist sinnvoll und wann wird Abschreckung übermässig?

Zu geringe und übermäßige Abschreckung

Ob ein möglicherweise rechtswidriges Gesetz verabschiedet wird, hängt von zwei Faktoren ab, erstens der Höhe des Schadensersatzes und zweitens der Wahrscheinlichkeit während der Verabschiedung des Gesetzes, dass das Gesetz aufgehoben und die Haftung ausgelöst wird. Je niedriger diese Wahrscheinlichkeit ist, um so höher ist die Haftungssumme, die zur Nicht-Verabschiedung des Gesetzes führt. In Abb. 4 ist dieser Zusammenhang dargestellt.

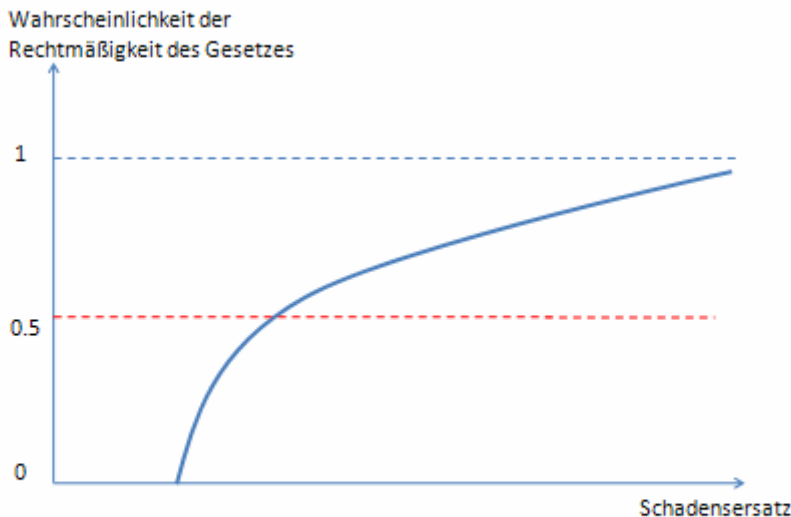


Abb. 3 Minimaler Abschreckungsschadensersatz bei ansteigender Wahrscheinlichkeit der Rechtswidrigkeit eines Gesetzes

In Abb. 3 ist auf der Abszisse der Schadensersatz angegeben, der ausreicht, um die Verabschiedung eines rechtswidrigen Gesetzes zu verhindern. Auf der Ordinate ist die Wahrscheinlichkeit angegeben, mit der die Parlamentarier das Gesetz für rechtmäßig halten. Ist diese Wahrscheinlichkeit gleich null, so reicht ein relativ niedriger Schadensersatz aus, um die Verabschiedung des

Gesetzes zu verhindern. Je größer aber die Wahrscheinlichkeit der Rechtmäßigkeit des Gesetzes ist, umso höher muss der Schadensersatz sein, um das Gesetz zu verhindern. Wesentlich an dieser Beobachtung ist, dass bei genügend hohem Schadensersatz die Verabschiedung jedes Gesetzes verhindert wird, bei dem auch nur eine kleine Wahrscheinlichkeit besteht, dass es verfassungs- oder europarechtswidrig ist. Ein sehr hoher Schadensersatz kann dann dazu führen, dass der Gesetzgeber gelähmt wird, weil er in vielen Fällen mit einer –wenn auch nur geringen Wahrscheinlichkeit- mit der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes rechnen muss. Die Staatshaftung für legislatives Unrecht kann daher sowohl zur Unter- als auch zur Überabschreckung führen. Sie führt zur Unterabschreckung, wenn die Höhe des Schadensersatzes nicht ausreicht, um die Verabschiedung eines Gesetzes zu verhindern, dass mit großer Wahrscheinlichkeit nicht rechtmäßig ist. Sie führt zur übermäßigen Abschreckung, wenn der Schadensersatz so hoch ist, dass die Parlamentarier auch bei einer nur geringen Wahrscheinlichkeit der Unrechtmäßigkeit das Gesetz nur wegen der Schadensersatzandrohung nicht verabschieden.

Auch in diesem Punkt unterscheidet sich die ökonomische Analyse von jener der zivilrechtlichen Haftung, wo ein Schadensersatz, der genau dem Schaden entspricht nie zur übermäßigen Abschreckung führen kann.

Die verschuldensunabhängige Haftung für legislatives Unrecht kann daher den demokratischen Prozess mit hohen Risiken bis hin zur Lähmung behaften.

Korrekturmöglichkeiten gegen übermäßige Abschreckung

In diesem Zusammenhang ist die vom EuGH gefundene Formel für die Haftung besonders interessant und aufschlussreich. Zwar ist die Haftung der Mitgliedsstaaten für Verstöße gegen Europarecht eine verschuldensunabhängige Haftung, der Verstoß allein löst jedoch nicht bereits die Haftung aus. Es muss sich um einen „hinreichend qualifizierten Verstoß“

(sufficiently serious breach) handeln. Über diese Formel findet das Verschuldensprinzip durch die Hintertür wieder Eingang in die Haftungsregel. Denn das zuständige Gericht prüft insbesondere, ob dem nationalen Gesetzgeber klar sein musste, dass seine Entscheidungen gegen Europarecht verstießen. Somit kann der Schadensersatz auf jene Fälle begrenzt bleiben, in denen mit hoher Wahrscheinlichkeit den Parlamentsmitgliedern bekannt war oder bekannt sein musste, dass sie gegen EG-Recht verstießen. Somit ist diese Formel geeignet, eine übermäßige Abschreckung zu vermeiden.

Im Falle eines gerichtlichen Verstoßes gegen Europarecht durch Gerichtsfehler ist die haftungseinschränkende Formel noch schärfer. Nur „offensichtliche“ Verstöße des Gerichts gegen Europarecht lösen die Haftung aus²⁶.

Eine weitere Steuerungsmöglichkeit hat das Gericht, indem es ein Mitverschulden des Geschädigten analog §254 BGB prüfen kann²⁷. Hat zum Beispiel der Geschädigte der Verletzung seines Rechts über lange Zeit tatenlos zugesehen, so muss er sich dies anrechnen lassen und das Gericht kann die Haftung auf einen Prozentsatz des Schadens reduzieren. Diese beiden Instrumente erlauben es dem Gericht, einer übermäßigen Abschreckung entgegenzuwirken.

C. Staatshaftung bei endogenem höheren Recht

Bisher wurde angenommen, dass die Kompetenz eines Gerichts wie des EuGH oder des BVerfG, gesetzliche Normen die gegen höherrangiges Recht verstoßen aufzuheben, das höherrangige Recht unverändert lässt. Der Gesetzgeber macht keinen Versuch, das höherrangige Recht zu ändern, wenn seine Gesetze aufgehoben werden und er zudem in die Haftung genommen wird, was zu reduzierten Staatsleistungen oder zur Erhöhung der Steuern

²⁶ EuGH beschränkt Staatshaftung für Gerichtsfehler, AFP vom 30.9.2003

²⁷ Siehe Schoch, a.a.O.

führt. Die Anreizwirkungen der Staatshaftung für legislatives Unrecht ändern sich jedoch, wenn der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Gerichts durch Änderung des höherrangigen Rechts gleichsam aufheben kann, z.B. durch eine Änderung der Verfassung oder der Europäischen Verträge. Es seien zum Beispiel in einer Wirtschaftsgemeinschaft Subventionen, die Exportprodukte verbilligen, generell verboten. Viele Länder der Gemeinschaft subventionieren gleichwohl die Elektrizitätserzeugung durch alternative Energien, weil sie dies aus Gründen der Energieunabhängigkeit für notwendig halten. Dann kann die Aufhebung des Subventionierungsgesetzes durch das Gericht und die anschließende Verurteilung zum Schadensersatz konterkariert werden, indem die Gemeinschaft die Verträge ändert und Subventionen zur Energieerzeugung ausdrücklich gestattet. Ein Gericht mit der Kompetenz, gesetzliche Normen aufzuheben, muss daher mit der Möglichkeit rechnen, dass seine Entscheidungen wiederum durch frische Gesetzgebung aufgehoben werden.

I. Änderung der Verfassung als Folge der Haftung für legislatives Unrecht

Zur Analyse dieser Konstellation wird wiederum eine Anzahl n von MPs angenommen. Die Mehrheit sei $n/2$. Außerdem wird angenommen, dass die Verfassung (das höherrangige Gesetz) nur mit qualifizierter Mehrheit (m) geändert werden kann ($n/2 < m < n$). In anderen Fällen ist das höherrangige Gesetz ein internationaler Vertrag wie der Vertrag von Lissabon. Diese Verträge können nur einstimmig geändert werden. Die Änderung muss durch alle nationalen Parlamente in nationales Recht umgesetzt werden. Dazu ist manchmal –wie etwa in den USA- eine qualifizierte Mehrheit notwendig. Die folgende Analyse beschränkt sich auf den Fall, in dem das Parlament das Urteil des Gerichts, in dem ein Gesetz als rechtswidrig aufgehoben wird, durch frische Gesetzgebung „aufheben“ kann.

Die Zahl der Befürworter eines rechtswidrigen Gesetzes mit Haftung für legislatives Unrecht ist (kN). Diese Zahl ist niedriger als die Zahl der Befürworter ohne Staatshaftung (k). Es entstehen folgende Konstellationen:

- (1) Es besteht eine schwache Unterstützung für das rechtswidrige Gesetz und die Abschreckung durch Haftung greift. Bei Einführung der Haftung wird das Gesetz nicht verabschiedet und die Verfassung wird nicht geändert. Dann gilt $kN < n/2 < k < m$.
- (2) Es besteht eine starke Unterstützung für das verfassungswidrige Gesetz. Trotz Haftung wird das Gesetz verabschiedet. Es wird vom Gericht aufgehoben aber die Verfassung wird nicht geändert. Dann gilt $n/2 < kN < k < m$.
- (3) Es gibt jedoch drei Konstellationen, in denen der Gesetzgeber die Verfassung ändern wird, um das Gesetz verfassungskonform zu machen, nämlich $n/2 < m < kN < k$ und $n/2 < kN < m < k$ sowie $kN < n/2 < m < k$. Der letzte dieser Fälle ist besonders bemerkenswert. In ihm hat wegen der Staatshaftung das Gesetz keine absolute Mehrheit im Parlament, wenn die Verfassung unverändert bleibt. Wird dagegen die Verfassung geändert, erhält das gleiche Gesetz eine qualifizierte Mehrheit.

Das Zusammenspiel von Gesetzgeber und Verfassungsgericht wird aus Abb.3 ersichtlich. Die Kurve g_r bildet die persönlichen Nutzen der Parlamentarier aus der Gesetzesvorlage ab und k ist die Zahl der Parlamentarier, deren Nutzen aus dem rechtswidrigen Gesetz größer oder gleich null ist, wenn das Verfassungsgericht zwar eine rechtswidrige gesetzliche Norm aufheben aber kein Schadensersatzanspruch besteht. Die g_{R+L} Kurve bildet die Nutzen der Parlamentarier ab, wenn zusätzlich eine Haftung für legislatives Unrecht besteht. k ist die Anzahl der Parlamentarier, die dem Gesetz zustimmen würden, wenn es rechtmäßig wäre. Es wird angenommen, dass diese Parlamentarier daher auch bereit wären, die Verfassung zu ändern. Es gibt zudem eine Anzahl in Höhe von kO Parlamentariern, die bei einer Haftung größere Nachteile für sich erwarten als bei Nichthaftung. Und es gibt die Zahl $kO-k$ Parlamentarier die zwar dem Gesetz nicht zustimmen würden wenn es verfassungsgemäß wäre, die aber bei seiner Verabschiedung so große

Nachteile als Folge der Haftung haben, dass sie für eine Verfassungsänderung eintreten. Wenn somit $k + kO - k = kO < m$ ist, wird die Unrechtmäßigkeit des Gesetzes durch eine Verfassungsänderung aufgehoben. Dafür entsteht eine Koalition von 2 Gruppen von Parlamentariern, solche, die das Gesetz verabschieden wollen und solche die zwar gegen das Gesetz sind, aber die Kosten der Haftung vermeiden wollen.

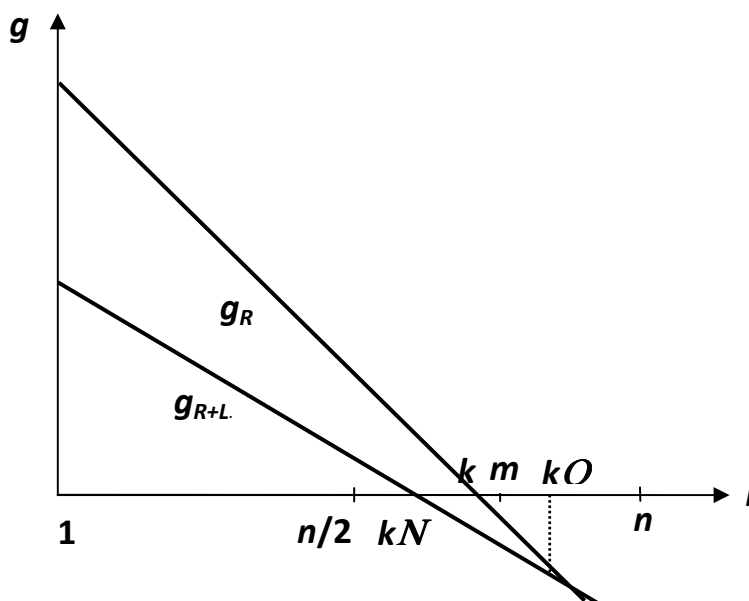


Abb. 4. Staatshaftung mit endogener Verfassung

Behauptung 3. Die Einführung der Staatshaftung für legislatives Unrecht erhöht die Zahl der Verfassungsänderungen. Einige Parlamentarier sind dann bereit, die Verfassung zu ändern, um die Unrechtmäßigkeit des Gesetzes zu beseitigen. Einige Parlamentarier sind sogar bereit, die Verfassung zu ändern, nicht weil sie das Gesetz für richtig halten, sondern um den Wirkungen der Staatshaftung zu entgehen.

II. Änderung der Europäischen Verträge als Folge der Staatshaftung für legislatives Unrecht.

Nunmehr kann der Fall untersucht werden, in dem eine nationale Gesetzgebung rechtswidrig ist und vom EuGH niedergeschlagen wird, weil er Rechte aus den europäischen Verträgen verletzt. Ein Staat kann in dem Fall aus dem Vertrag ausscheiden. Es ist jedoch offensichtlich, dass dies allenfalls nach einer langen Serie von Entscheidungen geschehen wird, bei denen sich ein internationaler Gerichtshof über die Entscheidungen eines nationalen Parlaments ständig hinwegsetzt. Dieser Fall wird nicht weiter untersucht.

Angenommen, s sei die Zahl der Mitgliedstaaten der Signatarstaaten, folglich gibt es s nationale Parlamente, die als n_1, n_2, \dots, n_s bezeichnet werden. Für jedes Parlament gelten nun die gleichen Erwägungen wie vorher.

Wenn $k_i N < n_i/2 < k_i$, so hat die Einführung der Staatshaftung die gewünschten Effekte im nationalen Parlament. Wenn dagegen $n_i/2 < k_i N < k_i$ gilt, ändern sich die Ergebnisse. Das Land i ist dann an einer Änderung des internationalen Vertrags interessiert. Dieser kann jedoch nur einstimmig geändert werden. Dies wäre nur möglich, wenn die Bedingung $n_i/2 < k_i N < k_i$ für jeden einzelnen Staat zuträfe. In diesem Fall werden die Mitgliedsstaaten eine Veränderung des Vertrags herbeiführen. Dies ist jedoch ein seltener und vielleicht nur hypothetischer Fall. Anders als ein nationales Verfassungsgericht braucht der Europäische Gerichtshof daher kaum zu befürchten, dass seine Entscheidungen durch frische Gesetzgebung wieder aufgehoben werden.

D. Einige Überlegungen zum tatsächlichen Ausmaß der Abschreckung durch die Haftung für legislatives Unrecht

Das wohl wichtigste Ergebnis der ökonomischen Analyse ist: Staatshaftung für legislatives Unrecht hat abschreckende Wirkung, garantiert aber nicht, dass ein rechtswidriges Gesetz nicht verabschiedet wird. Dies ist ein zentraler Unterschied zur zivilrechtlichen Haftung, bei der in der Regel der volle Ersatz des Schadens zur optimalen Abschreckung führt. Für die Staatshaftung gilt: je höher die Haftungssumme und je höher die Wahrscheinlichkeit, dass eine Gesetzesvorlage verfassungswidrig oder Europarechtswidrig ist, umso eher greift die Abschreckung

und das rechtswidrige Gesetz wird nicht verabschiedet. Es ist aber nicht möglich, eine Aussage darüber zu treffen, ob die volle Kompensation für legislatives Unrecht in einem gegebenen Fall abschreckt.

Umso wichtiger ist es, Informationen darüber zu erheben, welche Zahlungen durch die Haftung für legislatives Unrecht zum Beispiel in Deutschland ausgelöst würden. Wie groß wären die Zahlungen des Staates bei einem umfassenden Sekundärrechtsschutz, der jedem Bürger, der durch ein rechtswidriges Gesetz in seinen Grundrechten verletzt wird, einen Schadensersatzanspruch gewährt? Wie hoch sind die Zahlungen, die bisher die europäische Haftung für die Verletzung europarechtlicher Normen ausgelöst hat? Leider scheint es bisher dazu keine Untersuchungen zu geben. Diese Frage ist jedoch von so entscheidender Bedeutung für die Einschätzung der Haftung für legislatives Unrecht, dass hier abschließend einige Erwägungen dazu angestellt werden, obwohl diese ziemlich spekulativ sind und zudem teilweise auf „anecdotal evidence“ beruhen.

(1) Es ist wahrscheinlich, dass die Haftung für legislatives Unrecht sehr hohen Schadensersatz auslöst, der leicht im ein- oder zweistelligen Milliardenbereich liegt. Ein rechtswidriges Gesetz richtet sich an die Allgemeinheit und damit potentiell an jeden Bürger. Daher kann es leicht viele tausende oder Millionen Geschädigte geben. Die Kosten der Haftung sind daher mit jenen einer Rückrufaktion in der Privatwirtschaft vergleichbar, bei der ein astronomischer und manchmal ruinöser Aufwand entsteht, selbst wenn die Kosten im Einzelfall niedrig sind.

(2) Ein illustratives Beispiel ist die verfassungswidrige Kilometerpauschale. Die verfassungswidrige Regel wurde vom BVerfG für 2 Jahre rückwirkend aufgehoben. Rechtsdogmatisch ist dies zwar keine Haftung für legislatives Unrecht, kommt dem aber in den Wirkungen gleich. Die Kosten dafür sind aus der Literatur anscheinend nicht ersichtlich. Sie beliefen sich aber schätzungsweise auf über 8 Mrd. Euro²⁸. Auf Summen in der gleichen

²⁸ In einer Erhebung des Statistischen Bundesamtes aus dem Jahr 2004 stuften sich von den insgesamt 35,7 Mill. Erwerbstätigen 30,3 Mill. als Berufspendlerinnen und -pendler ein. Davon fuhren 48,1 % ab 10 km bis zur Arbeitsstätte. 16,4 % fuhren mehr als 25 Kilometer bis zur Arbeitsstätte. Daraus lässt sich überschlägig ermitteln, wieviel an Rückerstattung (man kann auch sagen Schadensersatz) von der Bundesrepublik und den Bundesländern aufgewendet

Größenordnung stößt man, wenn man Erwägungen darüber anstellt, welche Haftungskosten einige wichtige Entscheidungen des BVerfG verursacht hätten, gäbe es bereits eine Haftung für legislatives Unrecht. Im berühmten Apothekenurteil hatte das BVerfG eine gesetzliche Norm aufgehoben, die die Eröffnung einer Apotheke von der Vergabe einer Lizenz abhängig machte. Bei einer Haftung stünden jenen Apothekern, die erfolglos eine Lizenz beantragt haben ein Schadensersatzanspruch zu. Dies sind viele tausende. Bei der Aufhebung der Rasterfahndung²⁹ durch das BVerfG gäbe es bei einer Schadensersatzregelung wohl mehrere Millionen Individuen, deren Grundrecht verletzt wurde und die dann einen Schadensersatz in Geld geltend machen könnten. Es lassen sich beliebig viele derartige Beispiele konstruieren. Eine Staatshaftung für legislatives Unrecht gerät daher sehr schnell in Größenordnungen, die im Zivilrecht höchst selten sind. Dass der Bundesgerichtshof, diese Haftung noch nicht durch Richterrecht entwickelt hat und somit nicht dem EuGH gefolgt ist, kann möglicherweise auch darauf zurückgeführt werden, dass die Kosten und Folgewirkungen für unabsehbar gehalten werden³⁰. Es ist daher wichtig, bei Einführung der Haftung für legislatives Unrecht die Tatbestandsvoraussetzungen so zu gestalten, dass eine die Parlamentsarbeit lähmende übermäßige Abschreckung vermieden wird.

werden musste. Rechnet man bei vorsichtiger Kalkulation mit einem durchschnittlichen Spitzensteuersatz von 20 Prozent, und nimmt an, dass

16,4 Prozent der Pendler im Durchschnitt 35 Kilometer

31,7 Prozent der Pendler 17,5 Kilometer und davon 1/3 über 20 km fahren

51,9 Prozent der Pendler 5 Kilometer fahren und zudem

220 Arbeitstage abrechnen

So ergibt sich für die Rückerstattungskosten pro Jahr

$(0.519*5+0.164(35-15)+0.317*15)30300000*0.30*0.20*220=4.25$ Mrd. pro Jahr, in 2 Jahren somit 8,5 Mrd. Eur.) Dies sind astronomische Beträge für einen Schadensersatz. Im zivilrechtlichen Bereich werden derartige Summen nur in Katastrophenfällen (Orkan Katrina, Einsturz der Twin Towers in New York), in beiden Fällen über 30 Mrd. US Dollar gezahlt. In beiden Fällen gingen diese Summen an die Grenze der Belastbarkeit des Systems. Ein zweiter Fall Katrina innerhalb eines Jahres hätte die Rückversicherungsketten reißen lassen.

²⁹ http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060703_1bvr051802.html

³⁰ Auskunft von Prof. Selmer, Zitat fehlt.

(3) Eine letzte Bemerkung sei in diesem Zusammenhang zur Tätigkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gemacht. Dieser kann zwar kein Gesetz aufheben, das gegen die Europäische Menschenrechtscharta verstößt, aber eine Verletzung eines Individualrechts durch das mitgliedsstaatliche Gesetz feststellen, die die Haftung des Mitgliedstaates auslöst. Dabei werden in der Regel Beträge zwischen 10-30 tausend EUR zuerkannt. Die Urteile des EGMR lösen jedoch keine massenhafte Haftung aus. Denn jeder Kläger muss den gesamten Rechtsweg im Heimatstaat zurücklegen, um einen Haftungsanspruch zu erwirken. Ist zum Beispiel in einem Mitgliedsstaat die körperliche Züchtigung als Strafe in Schulen gesetzlich erlaubt und stellt der EGMR einen Verstoß gegen die europäische Menschenrechtscharta fest, so erhält der Kläger einen Schadensersatzanspruch. Alle übrigen Individuen, die durch die Verhängung der Prügelstrafe in ihren Rechten verletzt wurden, müssen dagegen zunächst den heimischen Rechtsweg ausschöpfen, der ihnen keinen Ersatzanspruch zubilligt, bevor sie den EGMR anrufen können. Die Folge ist, dass die Rechtsprechung des EGMR sich fast nur auf Einzelfälle erstreckt und eine Breitenwirkung der Haftung wie bei einer Rückrufaktion ausbleibt. Die am meisten betroffenen Länder Russland, Ukraine und die Türkei, auf die fast die Hälfte aller Verurteilungen entfällt³¹, können diese Beträge zahlen, ohne dass dies finanzwirtschaftlich spürbar wird. Es ist daher kaum anzunehmen, dass von den durch die Rechtsprechung des EGMR ausgelösten Schadensersatzzahlungen spürbare Wirkungen auf das Verhalten der Parlamente in diesen Staaten ausgeht.

E. Schlußfolgerungen

Die verschuldensunabhängige Haftung für Schäden aus legislativem Unrecht kann dazu führen, dass ein rechtswidriges Gesetz, das ohne die Haftung verabschiedet würde nicht verabschiedet wird. Die Haftung kann aber auch wirkungslos bleiben. Für jedes Gesetz existiert aber eine Haftungssumme,

³¹ Council of Europe Human Rights: http://www.coe.int/T/E/Human_rights/

welche die Verabschiedung des Gesetzes mit Sicherheit verhindert. Anders als bei der Analyse der zivilrechtlichen Gefährdungshaftung führt der volle Schadensersatz nicht notwendigerweise zu Anreizwirkungen, die rechtspolitisch angestrebt werden. Wenn ex ante, d.h. bei Verabschiedung des Gesetzes die Rechtslage unklar und es ungewiss ist, ob das Gesetz rechtmäßig oder rechtswidrig ist, kann die Haftung übermäßige Abschreckung hervorrufen und den Gesetzgeber lähmen. Diese Gefahr ist real, weil rechtswidrige Gesetze oft hohe Streuschäden bei vielen Bürgern verursachen und die Haftungskosten ähnlich wie bei die Kosten einer Rückrufaktion durch private Unternehmen schnell im ein- oder zweistelligen EURO Milliarden Bereich liegen können. Der übermäßigen Abschreckung kann dadurch entgegengewirkt werden, dass Verschuldenselemente in die Haftungsregel eingebaut werden, welche die Haftung ausschließen oder reduzieren.