

Schriften zum Europäischen Recht

Band 222

Vorsorge als Prinzip

**Beitrag zur Dogmatik des Vorsorgegebots
im Unionsrecht**

Von

Nico Halkenhäuser



Duncker & Humblot · Berlin

NICO HALKENHÄUSER

Vorsorge als Prinzip

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

**Siegfried Magiera · Detlef Merten
Matthias Niedobitek · Karl-Peter Sommermann**

Band 222

Vorsorge als Prinzip

Beitrag zur Dogmatik des Vorsorgegebots
im Unionsrecht

Von

Nico Halkenhäuser



Duncker & Humblot · Berlin

Die Abteilung Rechtswissenschaft
der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre
der Universität Mannheim hat diese Arbeit im Herbst-/Wintersemester 2024/2025
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 978-3-428-19438-4 (Print)
ISBN 978-3-428-59438-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ⊗

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Für Felicitas

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Herbst-/Wintersemester 2024/2025 von der Universität Mannheim als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Oktober 2024 letztmals aktualisiert und leicht ergänzt.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Friedemann Kainer, an dessen Lehrstuhl ich seit nunmehr fünf Jahren beschäftigt bin, bin ich zu größtem Dank verpflichtet. Er gab mir Ansporn und Freiraum, eine solche Grundlagenuntersuchung anzustellen, und förderte meine persönliche und akademische Entwicklung über alle Maßen.

Mein besonderer Dank gilt ferner Herrn Prof. Dr. Michael Müller für die zügige Anfertigung eines sehr lehrreichen Zweitgutachtens und viele weitere wertvolle Anmerkungen und Hinweise, die in die nun vorliegende Fassung eingeflossen sind.

Den Herausgebern der „Schriften zum Europäischen Recht“, Herrn Prof. Dr. Siegfried Magiera, M. A., Herrn Prof. Dr. Dr. Detlef Merten, Herrn Prof. Dr. Matthias Niedobitek und Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Karl-Peter Sommermann, danke ich für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe.

Herzlich danken will ich ferner meinen aktuellen und ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl Kainer, aus denen ich Frau Julia Marinitsch und Herrn Tim Weingärtner hervorheben will. Beiden verdanke ich persönliche und fachliche Unterstützung gleichermaßen.

Meinen Eltern und Schwiegereltern gebührt Dank, wie ich ihn hier nicht darzustellen vermag. Ohne ihre fortwährende Unterstützung wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Meinem Vater insbesondere verdanke ich den Wissenseifer, meiner Mutter die notwendige Durchsetzungsfähigkeit, um ein solches Vorhaben zu verwirklichen.

Wer zu lange über das Risiko nachdenkt, den mag die Welt bald ängstigen. Mut und Zuversicht für das *Trotzdem* verdanke ich meiner Frau Felicitas. Die Arbeit und all mein Wirken sollen ihr gewidmet sein.

Mannheim, im November 2024

Nico Halkenhäuser

Inhaltsübersicht

A. Einleitung und Gang der Untersuchung	25
I. Vorsorge als Konzept.. Problemaufriss und erste Begriffsbestimmungen	25
1. Das potenzielle Risiko: Kernelement für das Verständnis von Vorsorge	26
2. Richtigkeit durch Verfahren und Methode	27
3. Vorsorge als Prinzip: Dogmatik und Systemdenken	28
4. Vorsorge und Verhältnismäßigkeit	29
II. Vorbemerkungen und Untersuchungsgang	30
B. Entwicklungsgeschichte des Vorsorgeprinzips	32
I. Ursprünge des Vorsorgegebots und Entwicklung in Deutschland	33
II. Die Entwicklung im Europäischen Recht	35
III. Das Verhältnis zum Vorbeugeprinzip	38
IV. Der Einzug des Vorsorgegebots in die Verträge und BSE-Krise	42
V. Die Fundamentalkritik Sunsteins und Grahams	45
VI. Heutige Hauptanwendungsbereiche des Vorsorgeprinzips	48
VII. Fazit	50
C. Gefahr und Risiko im deutschen und europäischen Recht	53
I. Einführung	54
II. Der Gefahrbegriff im Einzelnen	56
1. Der Schaden	56
2. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit	58
3. Gefahr als Produkt aus Schadensumfang und Eintrittswahrscheinlichkeit	78
4. Zusammenfassung	81
III. Das Risiko	85
1. Risiko als Gefahrenminus	86
2. Risiko als Aliud	87
3. Einordnung	88
4. Die Abgrenzung zum Gefahrenverdacht	91
5. Restrisiko	92
6. Fazit	93
IV. Die Begriffskonzeption im Unionsrecht	93
1. Risiko und Gefahr	94
2. Varianz in der unionsrechtlichen Terminologie	94
3. Konsistente(re) Begriffsbildung in neuerer Zeit	96
4. Das potenzielle Risiko	97

5. Das hypothetische Risiko	99
6. Zwischenergebnis: Die wesentlichen Unterschiede	99
V. Soziologische Dimension des Risikos	100
1. Risiko und Gefahr bei Luhmann	101
2. Die Risikogesellschaft	103
VI. Fazit	105
D. Das Vorsorgegebot – Ein allgemeines Rechtsprinzip	107
I. Über die Bedeutung der Einordnung als allgemeines Rechtsprinzip ..	107
1. Über die allgemeinen Rechtsprinzipien	108
2. Die Gewinnung und Anwendung von Rechtsprinzipien	113
3. Zwischenergebnis und Gang der weiteren Untersuchung	117
II. Die schutzzweckbezogene Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips	118
1. Ausgangspunkt: Wortlaut und Systematik des Art. 191 AEUV	119
2. Kompetenzordnung der Europäischen Union	120
3. Die Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV	125
4. Der Umweltbegriff	129
5. Zwischenergebnis	131
6. Das gesundheitsschutzrechtliche Vorsorgeprinzip in der Rechtsprechung des EuGH	132
7. Das Vorsorgegebot als notwendige Konsequenz aus weiter Einschätzungsprärogative und hohem Gesundheitsschutzniveau, Art. 168 I UAbs. 1 AEUV	137
8. Der Geltungsgrund: Richterrecht oder Autonomie der Rechtsgrundsätze?	144
9. Subsumtion und Ergebnis	158
III. Notwendige Abgrenzungen und Begriffsklärungen zur Schutzzweckbezogenheit	161
1. Keine Beschränkung auf naturwissenschaftliche Unsicherheit	162
2. Zum Schutzzweck der Sicherheit	167
3. Konsequenzen der nur funktionalen Eingrenzung	170
IV. Überblick über die Funktionen des Vorsorgeprinzips	171
1. Vorsorge als Leitprinzip	172
2. Ermächtigungs- und Legitimationsfunktion für die Gesetzgebung ..	173
3. Die Interpretationsfunktion für die Rechtsanwendung	173
4. Über die Vorsorgevarianten	174
V. Schlussbetrachtung zum allgemeinen Rechtsprinzip	177
E. Bedingungen und Folgen der Anwendung des Vorsorgeprinzips	179
I. Die Vorgaben des Primärrechts	179
1. Tatbestandliche Immanenz und rechtsstaatliche Anforderungen ..	180
2. Art. 191 III Spstr. 1 AEUV	181
3. Schutzniveaul Klauseln, Art. 114 III 1 AEUV und Art. 168 I UAbs. 1 AEUV	186
4. Untersuchungsgrundsatz	188

5. Zwischenergebnis	190
II. Praktische Umsetzung: Risikobewertung und -management	191
1. Risikobewertung	191
2. Die Bestimmung des angemessenen Risikoniveaus	199
3. Risikomanagement	207
III. Zwischenergebnis zu den Voraussetzungen des Vorsorgeanlasses	240
1. Primärrechtliches Konzept	240
2. Umsetzung durch die Praxis und Kontrolle in der Rechtsprechung ..	241
IV. Beweislast- oder Beweismaßverteilung?	243
1. Grundlagen	243
2. Beweislast	248
3. Beweismaßreduktion	254
4. Ergebnis	259
5. Gegenentwurf in der deutschen Literatur	260
F. Die Verhältnismäßigkeitskontrolle von Vorsorgemaßnahmen im Unionsrecht	264
I. Geltungsgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Unionsrecht ..	267
1. Autonomer Geltungsgrund und Richterrecht	267
2. Primärrechtlicher Anknüpfungspunkt in der Kompetenznorm des Art. 5 IV EUV	269
3. Primärrechtliche Einzelbestimmungen	271
4. Gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten und Völkerrecht	272
5. Grundrechtecharta	275
6. Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip	277
7. Zusammenfassung der Erkenntnisse, offene Fragen	281
II. Verhältnismäßigkeit und Vorsorge – Ausgleich zweier Rechtsprinzipien ..	284
1. Prinzipienausgleich durch Abwägung	285
2. Klarstellungen und Ergebnisse	298
III. Die Prüfung von Vorsorgemaßnahmen auf ihre Verhältnismäßigkeit ..	299
1. Vorbemerkungen zum Kontrollmaßstab des Gerichtshofs	300
2. Legitimer Zweck	303
3. Geeignetheit	314
4. Folgenabwägung und die Beachtung des Risk-Risk-Tradeoffs	326
5. Erforderlichkeit	351
6. Angemessenheit	361
7. Ergebnisse zu den Elementen und der Struktur der Verhältnismäßigkeitskontrolle durch den Gerichtshof	369
G. Zusammenfassung in Kerngedanken	374
Literaturverzeichnis	386
Stichwortverzeichnis	407

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Gang der Untersuchung	25
I. Vorsorge als Konzept.. Problemaufriss und erste Begriffsbestimmungen	25
1. Das potenzielle Risiko: Kernelement für das Verständnis von Vorsorge	26
2. Richtigkeit durch Verfahren und Methode	27
3. Vorsorge als Prinzip: Dogmatik und Systemdenken	28
4. Vorsorge und Verhältnismäßigkeit	29
II. Vorbemerkungen und Untersuchungsgang	30
B. Entwicklungsgeschichte des Vorsorgeprinzips	32
I. Ursprünge des Vorsorgegebots und Entwicklung in Deutschland	33
II. Die Entwicklung im Europäischen Recht	35
III. Das Verhältnis zum Vorbeugeprinzip	38
IV. Der Einzug des Vorsorgegebots in die Verträge und BSE-Krise	42
V. Die Fundamentalkritik Sunsteins und Grahams	45
VI. Heutige Hauptanwendungsbereiche des Vorsorgeprinzips	48
VII. Fazit	50
C. Gefahr und Risiko im deutschen und europäischen Recht	53
I. Einführung	54
II. Der Gefahrbegriff im Einzelnen	56
1. Der Schaden	56
a) Das Schutzgut	56
b) Die Beeinträchtigung und die erforderliche Intensität derselben	57
2. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit	58
a) Wahrscheinlichkeit: Eine theoretische Grundlegung	58
aa) Der klassische Wahrscheinlichkeitsbegriff	59
bb) Der statistische Wahrscheinlichkeitsbegriff	61
cc) Der logische Wahrscheinlichkeitsbegriff	64
dd) Die Subjektivierung der Wahrscheinlichkeit	70
b) Fazit	76
3. Gefahr als Produkt aus Schadensumfang und Eintrittswahrscheinlichkeit	78
4. Zusammenfassung	81
III. Das Risiko	85
1. Risiko als Gefahrenminus	86
2. Risiko als Aliud	87
3. Einordnung	88

4. Die Abgrenzung zum Gefahrenverdacht	91
5. Restrisiko	92
6. Fazit	93
IV. Die Begriffskonzeption im Unionsrecht	93
1. Risiko und Gefahr	94
2. Varianz in der unionsrechtlichen Terminologie	94
3. Konsistente(re) Begriffsbildung in neuerer Zeit	96
4. Das potenzielle Risiko	97
5. Das hypothetische Risiko	99
6. Zwischenergebnis: Die wesentlichen Unterschiede	99
V. Soziologische Dimension des Risikos	100
1. Risiko und Gefahr bei Luhmann	101
2. Die Risikogesellschaft	103
VI. Fazit	105
D. Das Vorsorgegebot – Ein allgemeines Rechtsprinzip	107
I. Über die Bedeutung der Einordnung als allgemeines Rechtsprinzip ...	107
1. Über die allgemeinen Rechtsprinzipien	108
a) Die Abgrenzung von der Rechtsregel	108
b) Funktionen der Rechtsprinzipien	110
2. Die Gewinnung und Anwendung von Rechtsprinzipien.....	113
3. Zwischenergebnis und Gang der weiteren Untersuchung.....	117
II. Die schutzzweckbezogene Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips	118
1. Ausgangspunkt: Wortlaut und Systematik des Art. 191 AEUV	119
2. Kompetenzordnung der Europäischen Union	120
a) Einführung	121
b) Kompetenzverteilungs- und ausübungsnormen.....	121
c) Der (fehlende) kompetenzielle Charakter des Vorsorgeprinzips ..	124
3. Die Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV	125
a) Wesen und Bedeutung der Querschnittsklausel	126
b) Auswirkungen auf das Vorsorgeprinzip und seine Anwendbarkeit	128
c) Schlussfolgerungen	129
4. Der Umweltbegriff	129
5. Zwischenergebnis	131
6. Das gesundheitsschutzrechtliche Vorsorgeprinzip in der Rechtsprechung des EuGH	132
7. Das Vorsorgegebot als notwendige Konsequenz aus weiter Einschätzungsprärogative und hohem Gesundheitsschutzniveau, Art. 168 I UAbs. 1 AEUV	137
a) Die Gesundheitspolitik im Kompetenzgefüge: Überblick	137
b) Das „hohe“ Gesundheitsschutzniveau und die Abgrenzung zum Verbraucherschutz	138
c) Die Auswirkung des weiten Einschätzungsspielraums	141
d) Widerspruch in der Literatur	142

8. Der Geltungsgrund: Richterrecht oder Autonomie der Rechtsgrund-sätze?	144
a) Die Besonderheiten des Unionsrechts für die Geltungsgründe von Recht	145
b) Kompetenzielle Konflikte mit der Rechtsfortbildung	147
c) Der Integrationsauftrag des Gerichtshofs	149
d) Die Befugnis des Gerichtshofs zur Rechtsfortbildung	151
e) Das Richterrecht und das Problem des Schöpfungsakts	152
f) Gegenentwurf: Die autonome Geltung der allgemeinen Rechts-grundsätze	154
g) Stellungnahme	156
9. Subsumtion und Ergebnis	158
III. Notwendige Abgrenzungen und Begriffsklärungen zur Schutzzweckbe-zogenheit	161
1. Keine Beschränkung auf naturwissenschaftliche Unsicherheit	162
a) Wandlungen in der neueren Rechtsprechung	163
b) Das Erfordernis epistemischer, nicht naturwissenschaftlicher Ungewissheit	166
2. Zum Schutzzweck der Sicherheit	167
3. Konsequenzen der nur funktionalen Eingrenzung	170
IV. Überblick über die Funktionen des Vorsorgeprinzips	171
1. Vorsorge als Leitprinzip	172
2. Ermächtigungs- und Legitimationsfunktion für die Gesetzgebung	173
3. Die Interpretationsfunktion für die Rechtsanwendung	173
4. Über die Vorsorgevarianten	174
V. Schlussbetrachtung zum allgemeinen Rechtsprinzip	177
E. Bedingungen und Folgen der Anwendung des Vorsorgeprinzips	179
I. Die Vorgaben des Primärrechts	179
1. Tatbestandliche Immanenz und rechtsstaatliche Anforderungen	180
2. Art. 191 III Spstr. 1 AEUV	181
a) Anwendbarkeit der Berücksichtigungspflicht auf nicht-umwelt-rechtliche Rechtsgebiete	181
b) Adressaten des Berücksichtigungsgebots	183
c) Inhaltliche Bedeutung des Berücksichtigungsgebots	183
3. Schutzniveaulklauseln, Art. 114 III 1 AEUV und Art. 168 I UAbs. 1 AEUV	186
a) Explizite Erwähnung in Art. 114 III 1 AEUV	186
b) Herleitung aus Art. 168 I UAbs. 1 AEUV	187
4. Untersuchungsgrundsatz	188
5. Zwischenergebnis	190
II. Praktische Umsetzung: Risikobewertung und -management	191
1. Risikobewertung	191
a) Verfahrensschritte	192

b)	Einbeziehung wissenschaftlicher Ausschüsse	193
c)	Justizierbarkeit	194
d)	Die verbleibende wissenschaftliche Unsicherheit	195
e)	Der Faktor Zeit	197
2.	Die Bestimmung des angemessenen Risikoniveaus	199
a)	Verortung im Prüfungsaufbau	199
b)	Festlegung des Schutzniveaus	201
c)	Erfordernis des Nullrisikos in der neueren Rechtsprechung des EuGH	202
3.	Risikomanagement	207
a)	Vorsorgeanlass	207
b)	Auswahl der Maßnahmen	207
c)	Bindung an die wissenschaftliche Bewertung: Gesetzliche Vorgaben	209
aa)	Sekundärrecht	209
bb)	Primärrecht	210
d)	Die gerichtliche Kontrolle der Berücksichtigungspflicht und Tatsachenermittlung	212
aa)	Grundsatz	212
bb)	Neuere Entwicklung hin zu einer intensiven inhaltlichen Kontrolle?	213
cc)	Beibehaltung des „alten“ Kontrollmaßstabs	217
dd)	Die Bedeutung des Klägervorbringens	219
ee)	Ansatz zur Systematisierung	221
ff)	Zusammenfassung	225
e)	Begründungspflicht	227
aa)	Primärrechtliche Grundlagen der Begründungspflicht	228
bb)	Inhalt und Umfang der Begründungspflicht	229
cc)	Rechtsfolgen und Kontrolle der Begründungspflicht	232
dd)	Fazit und Zusammenfassung	237
f)	Weitere Anforderungen an Risikomanagementmaßnahmen	238
g)	Folgenabwägung	239
III.	Zwischenergebnis zu den Voraussetzungen des Vorsorgeanlasses	240
1.	Primärrechtliches Konzept	240
2.	Umsetzung durch die Praxis und Kontrolle in der Rechtsprechung	241
IV.	Beweislast- oder Beweismaßverteilung?	243
1.	Grundlagen	243
a)	Prozessmaximen	244
b)	Beweislast	245
c)	Darlegungslast	247
d)	Beweismaß	247
2.	Beweislast	248
a)	Die Möglichkeit als Tatbestandsmerkmal	249

b) Die Unzulänglichkeit des objektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs	250
c) Keine generelle Beweislastumkehr auf Grundlage des Vorsorgegebots	251
d) Keine Totalumkehr der Beweislast	252
e) Faktische Beweislastverlagerung	254
3. Beweismaßreduktion	254
a) Europäisches Regelbeweismaß	255
b) „Identität“ von Beweismaß und notwendiger Wahrscheinlichkeit	256
c) Besonderheiten bei potenziellen Risiken	257
d) Bedeutung des Beweismaß für die Beweislast	258
4. Ergebnis	259
5. Gegenentwurf in der deutschen Literatur	260
F. Die Verhältnismäßigkeitsskontrolle von Vorsorgemaßnahmen im Unionsrecht	264
I. Geltungsgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Unionsrecht ..	267
1. Autonomer Geltungsgrund und Richterrecht	267
2. Primärrechtlicher Anknüpfungspunkt in der Kompetenznorm des Art. 5 IV EUV	269
3. Primärrechtliche Einzelbestimmungen	271
4. Gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten und Völkerrecht	272
5. Grundrechtecharta	275
a) Geltung der Charta	275
b) Struktur der Grundrechtsbeeinträchtigung bei Vorsorgemaßnahmen	276
c) Ergebnis	277
6. Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip	277
7. Zusammenfassung der Erkenntnisse, offene Fragen	281
II. Verhältnismäßigkeit und Vorsorge – Ausgleich zweier Rechtsprinzipien	284
1. Prinzipienausgleich durch Abwägung	285
a) Die Abwägung inkommensurabler Werte und Prinzipien	286
aa) Über die Gewichtung von Prinzipien	287
bb) Inkommensurabilität als Kardinalvergleichbarkeit	289
cc) Abwägung nur im Einzelfall	289
dd) Zwischenergebnis: Die Möglichkeit der subjektiven, rationalen Abwägung	290
b) Die Abwägung unter Unsicherheit	291
aa) Die Einstufungsabwägung	292
bb) Unanwendbarkeit auf Vorsorgeanlässe	295
cc) Konsequenzen des normativ-subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs und der Billigung der Risikobewertung	297
2. Klarstellungen und Ergebnisse	298
III. Die Prüfung von Vorsorgemaßnahmen auf ihre Verhältnismäßigkeit ..	299

1.	Vorbemerkungen zum Kontrollmaßstab des Gerichtshofs	300
a)	Annäherung	300
b)	Resümee.....	302
2.	Legitimer Zweck	303
a)	Zielbestimmungen im Unionsrecht und im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten	304
b)	Die Legitimität eines Ziels: Geringe formelle und materielle Anforderungen	306
c)	Risikovorsorge als legitimer Zweck	309
d)	Schutzniveau, Risikoniveau und das abstrakte Gewicht von Werten	310
e)	Ergebnis	313
3.	Geeignetheit	314
a)	Eignung als Prognoseentscheidung	314
b)	Kohärenz	318
aa)	Das Kohärenzgebot in der Rechtsprechung des Gerichtshofs	318
bb)	Kohärenz als allgemeines Gebot	321
cc)	Prüfungsstandort der Kohärenz	322
dd)	Kohärenz als Widerspruchsfreiheit	324
ee)	Fazit	325
4.	Folgenabwägung und die Beachtung des Risk-Risk-Tradeoffs	326
a)	Die vier Prognoseebenen der Verhältnismäßigkeitskontrolle	326
b)	Risk-Risk-Tradeoff	327
c)	Entwicklung und Erfordernis der Folgenabschätzung in Risikoentscheidungen	329
aa)	Kommissionsmitteilung über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips	330
bb)	Kosten-Nutzen-Analyse als „spezielle Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“? Die Entscheidungen Pfizer und Alapharma	333
cc)	Rechtswidrigkeit einer Maßnahme bei nicht durchgeföhrter Folgenabwägung: Die Entscheidungen Fipronil und Bayer CropScience	335
dd)	Kassation des Folgenabwägungserfordernisses durch den EuGH	338
ee)	Abwägungspflicht in der neueren Rechtsprechung des EuG ohne inhaltliche Bedeutung	339
ff)	Schlusswort des EuGH: Noch immer keine Pflicht zur Folgenabwägung	342
d)	Einordnung: Keine Pflicht zur Folgenabwägung im allgemeinen Risikoverwaltungsrecht	343
aa)	Keine Anerkennung in der Rechtsprechung	343
bb)	Keine Verpflichtung aus dem Primärrecht	344
cc)	Die Zirkelschlüssigkeit der Begründung über die Verhältnismäßigkeit	346

dd) Keine gehaltvolle Verpflichtung aus der Kommissionsmitteilung	348
ee) Umgekehrte Vorzeichen im Anwendungsbereich der Interinstitutionellen Vereinbarung über bessere Rechtsetzung	348
ff) Jedenfalls: Einige Ausprägungen im Sekundärrecht	350
e) Fazit	351
5. Erforderlichkeit	351
a) Erforderlichkeit als Prinzip und Gegenstand des Klägervortrags	352
b) Zur multipolaren Abwägung	353
c) Konkretisierende „Prinzipien“ und Besonderheiten von Vorsorgemaßnahmen	360
6. Angemessenheit	361
a) Angemessenheit als kondensierter Prinzipienausgleich	362
b) Der nur relative Vorrang des Gesundheitsschutzes	363
c) Die „objektive Proportionalitätsprüfung“	365
d) Begriffliche Unklarheiten	368
7. Ergebnisse zu den Elementen und der Struktur der Verhältnismäßigkeitskontrolle durch den Gerichtshof	369
G. Zusammenfassung in Kergedanken	374
Literaturverzeichnis	386
Stichwortverzeichnis	407

Abkürzungsverzeichnis

a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
allg.	allgemein(e)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)
AMG	Arzneimittelgesetz
Anl.	Anlage
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AtG	Atomgesetz
Aufl.	Auflage
AuslG	Ausländergesetz
BBodSchG	Bundesbodenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beschl. v.	Beschluss vom
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIImSchG	Bundesimmisionsschutzgesetz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
Chap.	Chapter

ChemG	Chemikaliengesetz
CIS	Zollinformationssystem
CSF	Civil Society Forum
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Drs.	Drucksache
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGV	Euratom-Vertrag
ECHA	Europäische Chemikalienagentur
EFSA	Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
endg.	endgültig
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EZB	Europäische Zentralbank
f.	folgende(r)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAQ	Frequently Asked Questions
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwalt
GenTG	Gentechnik-Gesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

ggf.	gegebenenfalls
GRC	Europäische Grundrechte-Charta
grds.	grundsätzlich
GRUR	Zeitschrift Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Habil.-Schr.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
i. W.	im Wesentlichen
i. w. S.	im weiteren Sinne
IARC	International Agency for Research on Cancer
insb.	insbesondere
IPCC	International Panel on Climate Change
JA	Juristische Ausbildungsblätter
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
km/h	Kilometer pro Stunde
KOM	Kommission
LFGB	Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
lit.	litera
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen
LMuR	Lebensmittel und Recht
Ls.	Leitsatz
m. E.	meiner Einschätzung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NGO	Non-governmental Organisation
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o.ä.	oder ähnlich(es)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Obervorwaltungsgericht
PolG	Polizeigesetz
ProdSG	Produktsicherheitsgesetz
ProdSV	Verordnung(en) zum Produktsicherheitsgesetz
PrOVG	Preußisches Obervorwaltungsgericht
PrVBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
PSPP	Private Sector Purchase Program
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
resp.	respektive
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
Spstr.	Spiegelstrich
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StoffR	Zeitschrift für Stoffrecht
teilw.	teilweise
u. ä.	und ähnlich
u. a.	unter anderem, und andere
u. U.	unter Umständen
UAbs.	Unterabsatz
UK	Vereinigtes Königreich
Univ.	Universität
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt. v.	Urteil vom
UTR	Umwelt- und Technikrecht
Verb. Rs.	Verbundene Rechtssachen

VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume (Ausgabe)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WHO	World Health Organization
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. T.	zum Teil
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBUW	Zeitschrift für Berufs- und Wirtschaftspädagogik
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
zgl.	zugleich
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZöR	Zeitschrift für Öffentliches Recht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zust.	zustimmend

A. Einleitung und Gang der Untersuchung

Die Sache ist im Grunde recht einfach. Die freiheitliche Weltanschauung, der Glaube an die Möglichkeit eines Rechtsstaats, an gleiches Recht für alle, an Grundrechte und an eine freie Gesellschaft, ist durchaus vereinbar mit der Einsicht, daß Richter nicht allwissend sind, daß sie über Tatbestände im Irrtum sein können und daß, praktisch gesehen, kaum je in einem individuellen Rechtsstreit absolute Gerechtigkeit verwirklicht wird.¹

Karl Popper

I. Vorsorge als Konzept. Problemaufriss und erste Begriffsbestimmungen

Vorsorge – das ist die Idee, Probleme nicht erst dann zu lösen, wenn sie entstanden sind, sondern Risiken zu antizipieren und einen Vorrat für den Fall ihres Eintretens anzulegen. Vorsorge ist es dementsprechend, wenn wir eine Versicherung abschließen und dabei die Hoffnung haben, sie niemals in Anspruch nehmen zu müssen. Vorsorge ist es schon, auch an einem sonnigen Tag die Fenster beim Verlassen des Hauses zu schließen, weil es ja regnen könnte.

Neben dieser individuellen Vorsorge, die wir jeden Tag betreiben, steht die Kollektivvorsorge der Staaten und Staatengemeinschaften. Man bereitet sich auf Pandemien vor, auf Naturkatastrophen, auf Kriege und viele weitere denkbare Menschheitstragödien.

Vorsorge ist die Reaktion der modernen Gesellschaft auf Risiken.² Ein Risiko existiert, wenn eine (bestimmte) Wahrscheinlichkeit für das Eintreten eines Schadens besteht. Diese Funktion aus dem Schaden und seiner Eintrittswahrscheinlichkeit lässt sich grundsätzlich mathematisch abbilden: Wenn mit einer Wahrscheinlichkeit von 5% ein Schaden von 1.000 € entsteht, könnte man dem Risiko den Wert 50 ($0,05 * 1.000$) zuweisen. Gewonnen wäre damit allein noch nichts, es ließe sich aber eine Skala zur Gegenüberstellung verschiedener Risiken erstellen. So ließe sich sagen, dass es, wenn eine Gesellschaft sich zwischen zwei Optionen entscheiden muss, vernünftig ist, das Risiko mit dem höheren Risikowert stärker zu regulieren als das Niedrigere. So

¹ Popper, Vermutungen und Widerlegungen, 5.

² Jüngst zur Geschichte der staatlichen Risikovorsorge ab dem 19. Jahrhundert Köck, in: Köck/Markus/Reese, Zukunftsfähiges Umweltrecht I, 69.

würde man ein Risiko mit dem Wert 40 eher zulassen als dasjenige mit dem Wert 50. Das Problem an Wahrscheinlichkeiten und Risiken ist aber, dass ihre Berechnung keinerlei Aussagekraft für das künftige Einzelereignis besitzt. Ihre „praktische Richtigkeit“ belegt sich, wenn überhaupt, erst in großen Wiederholungszahlen. Es mag sich herausstellen, dass sich nur das kleinere Risiko realisiert und das größere auch ohne Vermeidung nicht eingetreten wäre. Es können auch beide oder keines oder nur das große Risiko eintreten. Vorsorgeentscheidungen sind damit notwendigerweise Prognosen, sie lassen sich ex post nicht danach beurteilen, ob nun „das richtige“ Risiko vermieden wurde.

1. Das potenzielle Risiko: Kernelement für das Verständnis von Vorsorge

Komplizierter wird es noch, wenn sich gar keine Aussagen über das Risiko treffen lassen, weil objektive Ungewissheit besteht. Als diese Arbeit im Februar 2020 erdacht wurde, befand sich die Welt in so einer Situation wissenschaftlicher Unsicherheit: Wie mit dem Coronavirus umzugehen ist, konnte *niemand* sagen, weil das Virus fast vollständig unbekannt war und über seine krankmachende Wirkung und Übertragungswege nur ganz bedingt aus früheren Erfahrungen mit Sars-CoV-1 gemutmaßt werden konnte. Wie sollen Staaten, wie soll die Europäische Union in einer solchen Situation verfahren, wenn weder das Risiko noch mögliche Bekämpfungsmaßnahmen auch nur im Ansatz geklärt sind?

Eine Teilantwort darauf liefert das Vorsorgeprinzip³ des Unionsrechts. Hier nach können die Organe der Union schon dann (vorläufige) Schutzmaßnahmen treffen, „wenn wissenschaftliche Ungewissheiten in Bezug auf das Vorliegen und den Umfang von Gefahren für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt bestehen.“⁴

Zentral für den Gegenstand dieser Arbeit ist daher die Differenzierung in bekannte und unbekannte Risiken, das Unionsrecht nennt letztere „potenzielle Risiken“. Das Vorsorgeprinzip betrifft den Bereich epistemischer⁵ Unsicher-

³ Auch Vorsorgegebot, Gebot der Vorsorge oder Vorsorgegrundsatz. Die verschiedenen Bezeichnungen lassen sich in Rechtsprechung und Literatur gleichermaßen finden, es handelt sich aber um echte Synonyme. Auch in der vorliegenden Arbeit wird daher bisweilen mit diesen anderen Begriffen operiert.

⁴ Es handelt sich um eine in ständiger Rechtsprechung des Gerichts und Gerichtshofs verwendete Formel; statt aller EuG, Rs. T-584/13 (*BASF Agro BV/Kommission*), ECLI:EU:T:2018:279 (Rn. 59).

⁵ Gemeint ist damit unter Umständen auch nur intersubjektive Ungewissheit. Das Vorsorgeprinzip betrifft Situationen objektiver Unkenntnis über ein Risiko, aber auch solche, bei denen nur für die Entscheidenden keine (!) Möglichkeit der Kenntnis besteht, diese aber vielleicht irgendwo auf der Welt vorhanden sein könnte. Wenn es den

heit. Diesen Fällen ist zu eigen, dass sich die allgemeinen Regeln rationaler Entscheidungsfindung darauf nicht anwenden lassen: Potenzielles Risiko meint nicht eine geringe Wahrscheinlichkeit, sondern trifft gar keine Aussage über den Wahrscheinlichkeitsgrad. Das Risiko mag 0 oder 1 oder ein beliebiger Wert dazwischen sein. Man kann diesen potenziellen Risiken daher nicht auf die gleiche Art begegnen wie bekannten Risiken, weil man die reelle Gefahr sonst strukturell über- oder unterschätzt und keine *vernünftige* Entscheidung über ihre Bekämpfung treffen kann.

Es wird sich, auch durch einen Blick auf die Wahrscheinlichkeitstheorie, zeigen, dass diesem Grundproblem der juristischen Kontrolle von Prognoseentscheidungen nicht entronnen werden kann. Es verbleibt stets ein dezisiver Kern, der sich mannigfaltig durch Einschätzungsspielräume bei der Bewertung des (potenziellen) Risikos, durch Ermessensspielräume bei der Bestimmung der Schutzniveaus und durch Freiräume bei der abstrakten Gewichtung von Rechtsprinzipien und Interessen offenbart und der sich nicht auflösen lässt.

2. Richtigkeit durch Verfahren und Methode

Es verbleibt – so viel muss vorweggenommen werden und gilt es noch zu beweisen – ein nur schwach kontrollfähiger materieller Gehalt der Risikosteuerung. *Ob* die öffentliche Stelle⁶ trotz der Ungewissheit über das Risiko eine Abwehrmaßnahme ergreift oder nicht, ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Besondere Bedeutung erlangen dabei Verfahrensanforderungen, die zwar nicht die Richtigkeit, aber die Rechtsstaatlichkeit der Entscheidung sicherzustellen vermögen.⁷ Dafür sind die Organe und Einrichtungen zur Bewertung des Risikos verpflichtet. Vorsorge darf niemals Ausrede für unterlassene Forschung sein, sondern verlangt nach einer umfassenden und grds. erschöpfenden Aufklärung des Sachverhalts. Erst wenn sich nach diesem Erkenntnisgewinnungsprozess keine definitiven Aussagen über das Risiko treffen lassen, besteht ein *Vorsorgeanlass*. Von entscheidender Bedeutung ist dabei aber der Faktor Zeit: Potenzielle Risiken bringen es mit sich, dass man sie für gewöhnlich nicht „herausziehen“ kann. Will man diesen effektiv be-

hoheitlichen Stellen *unmöglich* ist, sich das Risikowissen anzueignen, liegt intersubjektive Ungewissheit und damit ein Anwendungsfall des Vorsorgeprinzips vor.

⁶ Die „öffentliche Stelle“ wird, wie es bisweilen auch der EuGH handzuhaben pflegt, für verschiedene Organe und Einrichtungen ungeachtet der Gewalt verwendet. Es ist, wenn nicht explizit anders erwähnt, auch stets nur die Union, nicht aber die Mitgliedstaaten gemeint. Wo sich Unterschiede zwischen Legislative, Exekutive und Judikative oder zwischen Organen und Einrichtungen resp. Union und Mitgliedstaaten ergeben, wird entsprechend darauf eingegangen.

⁷ Dazu jüngst und ausführlich *Rauber*, Kompensation durch Verfahren.