

Risikoanalyse im Recht – eine neue juristische Methodik?

Erich Schweighofer¹ und Thomas Preiß²

Abstract: Technische Methoden spielen in den Rechtswissenschaften schon lange eine wesentlich größere Rolle als üblicherweise angenommen. Es ist schon lange Standard in der Verwaltung, die Anbringen der Parteien zu speichern, zu sortieren, zu gruppieren, kurzum um anfallende Daten effizient und unter Beachtung gesetzlicher Vorgaben zulässig zu verarbeiten (seit etwa 20 Jahren unter dem Schlagwort E-Government). Nunmehr zielt der Einsatz wissensbasierender Systeme auf die Unterstützung rechtlicher Entscheidungsprozesse ab. Dies erfolgt entweder durch Analyse entsprechender Rechtsverfahren bzw. durch logische Verknüpfung rechtsrelevanter Texte mit der zugehörigen Judikatur. Diese Effizienzverbesserung muss aber von einer Risikoanalyse begleitet werden, damit die Grundwertungen der Rechtsordnung und die Menschenrechte, insbes. die Verfahrensgrundsätze, beachtet werden. Die bisherigen Ansätze liefern die Grundlagen für eine Systematik, um ein erstes Modell einer Risikoanalyse im Recht vorzulegen.

Keywords: Risikoanalyse, Methodik, Nachvollziehbarkeit, Transparenz, Rechtsschutz, Grundrechte

1 Einleitung

Ubi societas ibi ius. Wo es eine Gesellschaft gibt, gibt es ein Gesetz. Das Recht schafft die Rahmenbedingungen für unsere moderne Gesellschaft und den globalen Austausch von Waren- und Dienstleistungen. Ohne Recht wäre nicht das Vertrauen [Lu68] vorhanden, dass für die moderne Wissens- und Netzwerkgesellschaft [Sa15] unabdingbar ist. Vom Recht wird heute nicht mehr nur Streitbeilegung erwartet, sondern eine Vermeidung von rechtlichen Konflikten durch anerkannte und überall zugängliche Rechtsregeln. “While legal problem solving will not be eliminated in tomorrow’s legal paradigm, it will nonetheless diminish markedly in significance. The emphasis will shift towards legal risk management supported by proactive facilities, which will be available in the form of legal information services and procedures.” [Su96] Recht wird von der Wissenschaft der Streitbeilegung zur Wissenschaft der Streitvermeidung. Die Analyse der jeweiligen Risiken wird ein Kern der Methodik, um ein wesentliches Ziel der Rechtsordnung, die Bewahrung von Frieden und Ordnung, bestmöglich zu erreichen.

Risiko wird von der [ISO09] als Wirkung von Unsicherheit über Ziele verstanden [Ma10]. [Be86] weist in seinem populären Buch über die Risikogesellschaft auf die zentrale Bedeutung des Risikos hin – die Vielfältigkeit möglicher Schädigungsursachen unserer modernen Gesellschaft. Die Soziologie benutzt den Risikobegriff, um die Wirkung einer

¹ Universität Wien, Arbeitsgruppe Rechtsinformatik, Schottenbastei 10-16/2/5, A-1010 Wien, erich.schweighofer@univie.ac.at

² Amt der NÖ Landesregierung, Wissenschaftlicher Dienst / Universität Wien, thomas.preiss@aon.at

Entscheidung mit bzw. ohne Wissen zu beobachten und rückt Akteure und deren Entscheidungen und Folgenerwartungen ins Zentrum. Eine umfassende Risikodefinition bringen [KB14]: „Risiko ist die Entscheidung, einen Nutzen zu genießen und dabei einen zukünftigen Schaden mit einer mehr oder weniger gut bestimmbarer Eintrittswahrscheinlichkeit und einem ungewissen Ausmaß in Kauf zu nehmen“.

Ob, welche und wie viele Regeln in unserer Gesellschaft nötig sind, ist eine Abschätzung des Risikos möglicher Konflikte und deren sozialadäquater Beilegung. Statistisch bewertbare Faktoren spielen eine wesentliche Rolle: Akteure, Transaktionen, Konflikte, Schaden, Schadenseintrittswahrscheinlichkeit, Strafen etc. Moderne Rechtssysteme sind durch eine intensive Regulierung charakterisiert, deren Regeln über Rechtsinformationssysteme weitgehend kostenfrei zugänglich sind. Ob diese Regeln ihren Zweck erfüllen und Streit vermeiden und im Konfliktfall fair und gerecht lösen, ist eine andere Frage. Menschenrechtskataloge, insbes. die EU Grundrechtecharta, geben die wesentlichen Prinzipien des Rechtssystems vor.

Die Entscheidung über die Abschätzung des Risikos ist Sache der Gesetzgebung bzw. der Höchstgerichte. Diese stellen fest, ob es zu viele oder zu wenige Regeln gibt, wie diese zu interpretieren sind und verändern – wenn notwendig – das Rechtssystem und legen die Streitschlichtungsmechanismen fest. Das Rechtssystem als Wertungskatalog der Risiken kann grundrechtlich insbes. dann angefochten werden, wenn das Recht auf ein faires Verfahren verletzt wird.

Das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, sowie Art. 47 EU Grundrechtecharta in Verbindung mit der Entscheidung U466/11 vom 14.3.2012 des Verfassungsgerichtshofs, die besagt, dass die „Grundrechte-Charta der Europäischen Union (...) wie die Verfassung zu sehen“ ist) bestimmt den Ablauf einer Risikoanalyse. Als wesentliche Norm der Risikoanalyse im Recht ist daher Art. 47 der EU Grundrechtecharta - Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht anzusehen: „(1) Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. (2) Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen. ...“ Es widerspricht dem Recht auf ein faires Verfahren, wenn die Bürger durch Regeln unsachlichen Risiken ausgesetzt sind. Wenn der Gesetzgeber nicht selbst die Regeln im Detail festlegt, tut er gut daran, Risikoanalysen als Vorgabe für ergänzende Regeln festzulegen. In jüngster Zeit ist dies bei der Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 35 DSGVO) erfolgt. Der österreichische Gesetzgeber hat im Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz (GESG, § 2) die „Risikoanalyse“ folgendermaßen definiert: als grundlegenden Prozess zur Gewinnung von Informationen und zur Entscheidung über Maßnahmen gesehen, der als geeignet gesehen wird, Risiken zu vermeiden. Das Ziel der Gefahrenforschung und -einschätzung ist die Auswirkungen, insbesondere der Schaden eines Gefahrenereignisses sollen dadurch

möglichst gering gehalten werden. Sinnvolle Regeln mit wirksamem Rechtsschutz sind das Hauptinstrument des Rechts zur Vermeidung von Gefahrenereignissen.

Der Gefahrbegriff ist dahingehend zu verstehen, dass ein mit staatlichen Zwangsmitteln herbeigeführter Zustand (als Ergebnis eines Gerichtsprozesses oder als Ergebnis eines Verwaltungsverfahrens) fehlerhaft ist. Aufgrund der Souveränität der Parlamente und dem Interesse an der Aufrechterhaltung einer grundsätzlichen Rechtssicherheit ist dies somit in erster Linie eine Aufgabe der Rechtspolitik. Nur wesentliche Fehler können im Wege des Rechtsschutzes bekämpft werden.

Diese Grundforderung an ein Rechtssystem kann durch eine Risikoanalyse wesentlich besser analysiert werden, als dies bisher der Fall war. Die Risikoanalyse liefert somit wissenschaftliche Grundlagen für die Rechtspolitik bzw. die grundrechtliche Bewertung des Rechtssystems.

Der weitere Teil des Beitrags ist folgendermaßen strukturiert: Initial werden methodologische Ansatzpunkte zur juristischen Risikoanalyse diskutiert, die gleichsam am Grad der gewählten Abstraktion differenziert werden. Danach folgt die dogmatische Konkretisierung eines Einsatzbereiches, der von einer bereits sehr in die Informationsverarbeitung verlagerte Vollziehung der betrachteten Rechtsmaterie ausgeht. Schließlich werden deren Applikationen und allfällige Aspekte weiterer Forschung beleuchtet.

2 Ansätze zur juristischen Risikoanalyse

Den Rechtsordnungen sind Risikoanalysen nicht fremd; diese wurden bisher jedoch nur in Randbereichen eingesetzt. Ausgangspunkt sind jeweils die Verfassung, die Grundrechte, Menschenrechtsverträge und darauf aufbauende Verfahrensrechte. Gelegentlich wird auch auf nicht positivierte Prinzipien wie die „zwingenden Denkgesetze“ Bezug genommen. Der Staat muss sich immer der Organe bedienen und diese haben ein Fehlerrisiko, das von der Rechtsordnung berücksichtigt werden muss. Der relevante Unterschied im Einsatz von menschlichen oder technischen „Beamten“ liegt in der unterschiedlichen Risikoanalyse, und zwar von Seiten der Behörde als auch insbes. des Bürgers. Hier ist das Recht auf ein faires Verfahren zu berücksichtigen. Auch elektronische IT Systeme, die diesem Zweck gewidmet sind und durch die Behörde entsprechend verwendet und parametrier³ werden, haben sicherzustellen, dass trotz der Verarbeitung großer Datenmengen dem Normunterworfenen ein gerechtes Verfahren zukommt. Es gibt bereits eine – wenn auch eher bescheidene – Judikatur, welche die Relevanz derartiger Risikofaktoren aufzeigt und unter dem Gesichtspunkt der

³ Hier kann es sich um eine Ermächtigung der Behörde zur Erlassung entsprechender Verordnungen (vgl. § 49a Abs. 1 VStG) handeln.

Verfahrensgerechtigkeit abhandelt. Der Blickpunkt der Rechtsphilosophie zur Gerechtigkeit an sich bietet regelmäßig eine wichtige Argumentationsgrundlage.

Auf Basis dieser Vorüberlegungen und der im Ansatz bestehenden Rechtsprechung kann aufgrund der Grundwertungen der Rechtsordnung und der Grundrechte, logischer Gesetzmäßigkeiten und rechtstheoretischen Überlegungen ein Modellentwurf zur Risikoanalyse vorgelegt werden. Dieser zeigt die wesentlichen Einflussfaktoren auf und ist einer statistischen Untersuchung zugänglich. Mit dieser Basis kann ein Risikomanagementprozess aufgebaut werden. Die wichtigen Vorarbeiten zu dieser Modellierung des Rechts aus der Sicht einer Risikoanalyse sind Graphentheorie und formale Sprachen, Statistik, Diskrete Simulation in ereignis- oder prozessorientierter Form sowie Hybride Modellbildung. In allen Modellen ist eine gewisse Formalisierung des Rechts jenseits der Sprache die Voraussetzung (vgl. zu sehr frühen Ansätzen [Re75]).

Graphentheorie und formale Sprachen: Die „nordische Schule“ ([Ma10] sowie [Wa13]) hat einen „dogmatischeren“ Ansatz gewählt. Es wird eine visualisierte „Sprache“, die statt Zeichen des Alphabets graphische Elemente⁴ verwendet, definiert, um den betrachteten juristischen Sachverhalt zu beschreiben. Diese Visualisierungen orientieren sich vermehrt an bestimmten Situationen, die bei Vertragsabschluss, bei der Erfüllung eines Vertrags sowie bei der Anrufung eines Gerichts eintreten können und eine Streitbeilegung erfordern. Es ist hier wesentlich, den betrachteten Prozess ausreichend gut zu kennen und darauf aufbauend die graphische Modellierungsmethode anzuwenden. Die „Einsicht“ über den Prozess stellt sicher, dass die Ergebnisse der Analyse valide sein werden; eine unmittelbare Verwertbarkeit des Modells „A“ auf andere Sachverhalte „B“ ist aber nur dann möglich, wenn deren Struktur vergleichbar ist: „ $A \sim B$ “. Die Ergebnisse, die mit diesem Ansatz erhalten werden, stellen sich als valide heraus, da eine beinahe unmittelbare Abbildung des realen Systems erfolgt. Diese Methodik ist sehr gut geeignet, die Begrifflichkeit sowie die jeweiligen Risiken aufzuzeigen bzw. auch Analysefaktoren und deren Gewichtung zu benennen.

Statistik: [SNM14] sowie [Wh08] wählen analytische Modelle, die der Ökonomie bzw. der Statistik entnommen sind und eine Schätzung von Eintrittswahrscheinlichkeiten des schädigenden Ereignisses ermöglichen. Die dem betrachteten System innewohnende Struktur wird nur im erforderlichen Maße zur Bildung des Modells herangezogen; weitere funktionale Abhängigkeiten werden durch (logistische) Regressionen erschlossen. Somit können Aussagen über Risikomanifestationen innerhalb bestimmter Konfidenzintervalle von Systemparametern erstellt werden. Es sind mittels geeigneter Software rasch Ergebnisse erzielbar, wobei die dem System innewohnende Struktur unerkannt bleibt („Black Box-Modellbildung“). Zusätzliche Modellparameter können auch in Hinblick auf Gestaltung von Strafen abgeleitet werden [Wh08].

⁴ Es ist zulässig, diesen Ansatz mit der Unified Modeling Language (UML) zu vergleichen. Website <http://www.omg.org/spec/UML/2.5/>, abgerufen am 21.6.2016. Darauf basierend wurde auch eine Sprache zur Systemdefinition „Systems Modeling Language (SysML)“ <http://www.omg.sysml.org/>, abgerufen am 21.6.2016, spezifiziert. Der Unterschied liegt darin, dass UML die Beschreibung beliebiger, SysML die Beschreibung physischer Systeme ermöglicht.

Diskrete Simulation in ereignis- oder prozessorientierter Form: [EPB13] verwenden für die Modellierung Methoden der diskreten Simulation, die nur mittelbar rechtliche Sachverhalte repräsentieren. Es werden die diskreten („konkreten“) Zeitpunkte beschrieben, an denen das System seinen Zustand ändert. Um dies konkret tun zu können, sind umfassende Systembeobachtungen und Datensammlungen erforderlich. Bei der ereignisorientierten Simulation werden aufgrund der Daten Wahrscheinlichkeitsverteilungen ermittelt, die dann eine große Menge von Datensätzen im Computer erzeugen, wodurch allfällig nicht beobachtbare Risikoeintrittswahrscheinlichkeiten und Schäden durch Risikomanifestationen beschrieben werden können.

Hybride Modellbildung: Bereits [TB90] haben erkannt, dass es Vorteile bringt, Methoden zu koppeln, um ein reproduzierbares, in geringer Zeit ermittelbares Simulationsergebnis zu erhalten. Graphische Methoden helfen, Prozesse effizient und valide zu beschreiben und unterstützen damit, dass eine große Menge vorliegender Daten wesentlich zu einer Ergebnisabsicherung beitragen kann. [EPB13] haben als hybriden Ansatz die Agentenbasierte Simulation gewählt. Unter der Voraussetzung, dass ein hierfür geeignetes Computerprogramm als Werkzeug gewählt wird⁵, wird pro im System vorkommender Entität („Agent“) das Systemverhalten mittels graphischer Beschreibungssprachen modelliert. Der Computer erzeugt im Rahmen eines Simulationsexperiments eine große Zahl von Agenten, deren Systemverhalten und dadurch ermittelte Parameter mittels statistischer Methoden analysiert werden können. Durch eine Vielzahl derartiger Experimente könnten wesentliche Grundlagen zur Modellvalidierung erstellt werden. Liegt ein überprüftes Modell vor, ist eine Untersuchung möglicher Risikofaktoren beinahe unmittelbar möglich.

3 Modell einer juristischen Risikoanalyse

Ausgehend von rechtstheoretischen Überlegungen der Gerechtigkeit und des Rechtsschutzes in Hinblick auf die Verteilung des Risikos zwischen dem Staat und dem Bürger unterscheidet dieses Modell vier Analysephasen (basierend auf [Pr15]):

Anwendungsprozessanalyse: Als Grundlage bedarf es einer exakten Abbildung des Rechtsanwendungsprozesses: Prinzipien, Rechtsinstitute, Regeln, Verfahren und Rollen. Bei einer technologischen Unterstützung des Verwaltungshandels durch IT ist die Architektur des Softwaremodells zu beschreiben. Als Abbildung dieses Anwendungsprozesses eignen sich Modelle mit einer ontologischen und rechtslogischen Struktur, d.h. durch Verwendung einer informatorischen Beschreibungssprache (z.B. SysML). Hiermit werden die Entscheidungsfaktoren und Entscheidungsprozesse ausreichend präzisiert und vervollständigt.

⁵ Hier handelte es sich um AnyLogic, <http://www.anylogic.com>, abgerufen am 21.6.2016.

Risikofaktorenanalyse: Den Forschungen der Rechtstheorie zur Risikoanalyse ist zu entnehmen, dass aus ethischen Gründen das Risiko nicht ungleichgewichtig dem Bürger auferlegt werden darf. Entsprechend den erkannten Risiken muss der Rechtsschutz entsprechend gestaltet sein. Dies bedeutet, dass eine automatisierte Entscheidung ohne Kontrolle durch Organwalter und/oder entsprechenden Rechtsschutz unzulässig ist. Dieses Ergebnis ist auch in der EU Datenschutzrichtlinie sowie in der neuen EU Datenschutzgrundverordnung positiviert. Da in der österreichischen Verwaltung bei automatisierten Strafverfügungen nur die Anonymverfügung eingesetzt wird, gibt es keine praktischen Rechtsschutzprobleme. Im Bereich der FinanzOnline geht man etwas weiter und setzt Risikokontrollmethoden ein, weil die Kontrolle durch Organwalter wegen der Massenverfahren faktisch nur mehr bescheiden sein kann.

Faktenanalyse: Für eine Risikobewertung muss relevantes statisches Datenmaterial generiert werden. Die statistische Analyse ist insbesondere hinsichtlich des Rechtsschutzes notwendig, aber kann auch mögliches Versagen der IT – insbes. durch hohe Fehlerquoten - aufzeigen.

Wirksamkeitsanalyse: Durch festgelegte Parameter wird geprüft, ob das eingesetzte IT-gestützte Verwaltungsverfahren den Kriterien für die Rechtsstaatlichkeit entspricht, d.h. insbes., ob die Verfassungsmäßigkeit der Verfahren im Hinblick auf die Grundrechte sichergestellt ist. Fehleranfällige Verfahren ohne ausreichend Rechtsschutz sind nicht grundrechtskonform.

Abbildung 1 zeigt das Modell im Überblick:

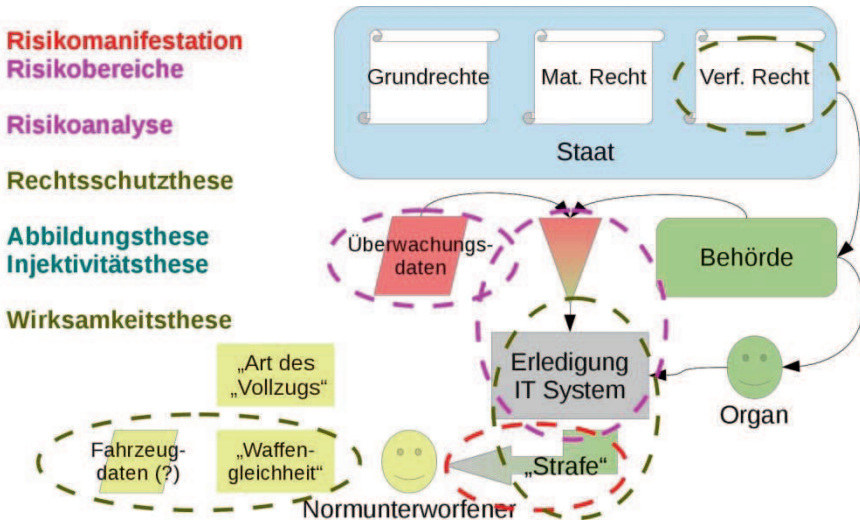


Abb. 1: "Vertikale" Struktur und Ansatzpunkte

Der Zusammenhang zwischen den etablierten Verwaltungsverfahren und den Ansatzpunkten für theoretische und methodische Überlegungen wird als „vertikale“

Struktur bezeichnet. Die vertikale Darstellung bezieht sich darauf, dass gleichsam von „oben“ - den Grundlagen des staatlichen Gemeinwesens - nach „unten“ - dem Aussprechen einer Strafe oder Erledigung im Verwaltungsverfahren - entsprechende Ansätze gefunden werden können. Ebenfalls mit der vertikalen Darstellung vergleichbar ist der Stufenbau der Rechtsordnung (Vgl. [WMK07], Rz 9), der sich an dem Wesen der Normerzeugung bzw. der derogatorischen Kraft von Normen orientiert.

Nochmals auf die Rechtsphilosophie zurückkommend gibt diese, auch in Hinblick auf die verfassungsrechtliche Ausgestaltung, den Rahmen vor, welcher Bereich der Gesetzgebung entsprechende Maßnahmen eines Risikomanagements vorzusehen hat. Hier ist wiederum die Berücksichtigung und Sicherstellung gerechter Verfahren gefragt.

Strukturell wird dieser dogmatische Prozess als „horizontal“ bezeichnet, was durch Abbildung 2 veranschaulicht wird. Der „horizontale“ Charakter findet sich dadurch veranschaulicht, dass gleichsam vom „Beginn“ zum „Ende“ oder von „links“ nach „rechts“ der wissenschaftliche Diskurs innerhalb verschiedener Disziplinen erfolgt. Betrachtungen der Grundlagen führen zur konkreten Ausgestaltung von Modellen, die dann auf die Anwendbarkeit im Rahmen von Verfahrensgerechtigkeit, Vorsorge und Transparenz untersucht werden. Dies fundiert auf wesentlichen Thesen, die diesbezüglich entwickelt wurden. Am anschaulichsten ist dieser Prozess nach der Besprechung der ausgewählten Judikate nachvollziehbar - die daraus entwickelten Thesen⁶ sichern die Zuordenbarkeit allfälliger Risikofaktoren zum Bereich der Verfahrensrealisierung an sich oder der Gewinnung von Überwachungsdaten sowie deren Würdigung.

Die konzeptionelle Neuerung besteht darin, dass ausgehend von rechtsphilosophischen Überlegungen und der Analyse bisheriger Judikatur Thesen zur Lösung der Forschungsfrage entwickelt werden. Weiters stellt die Berücksichtigung des „konträren“ Blickwinkels der Risikobetroffenheit im Zusammenhang mit (Verwaltungs)strafverfahren einen neuen Ansatz dar. Zweifellos sind strafbare Handlungen als Risikomanifestationen geeignet, Schäden zu verursachen. Gleichsam im Gegensatz dazu steht nun der Normunterworfenen als Beschuldigter im Mittelpunkt, der dem Agieren der Verwaltung entspringenden Risikomanifestationen „ausgeliefert“ ist.

Die auf den Thesen aufbauende Risikoanalyse (vgl. [Pr15], Anhang B, 205) verwendet den statistischen Ansatz. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der zu analysierende Prozess bereits eine Modellierung und zumindest seitens der Behörde dadurch eine

⁶ Die „Beschlusswortung“ der Thesen erfolgt in Abbildung 1. Kurz zusammengefasst: Die Bereichsthese identifiziert Risikofaktoren innerhalb der betrachteten Rechtsmaterie vor allem im Zusammenhang mit „Bewertung“ und „Prozessen“. Risikoanalyse ist vergleichbar mit den Bestimmungen des GESG zu definieren. Effektives Risikomanagement sieht mit Reviews und Audits vergleichbares Vorgehen vor. Die Rechtsschutzthese fordert - vergleichbar mit dem Vorsorgeprinzip - vom Gesetzgeber ein Vorsehen von Rechtsmitteln gegen allfällige Risikomanifestationen. Die Abbildungsthese besagt, dass die Daten des IT Systems für eine Risikoanalyse geeignet sind. Die Injektivitätsthese sieht unter der Voraussetzung von rechtsökonomischen Grundsätzen (vgl. [No05], 74) ein gerechtes Rechtsergebnis - hier eine gerechte Strafe bei Verwaltungsübertretungen - geben. Die Konkretisierung effektiven Risikomanagements beschreibt die Wirksamkeitsthese (vgl. [Pr15], 215)

Validierung erfahren hat, indem ein entsprechendes IT System grundsätzlich effizient verwendet wird.

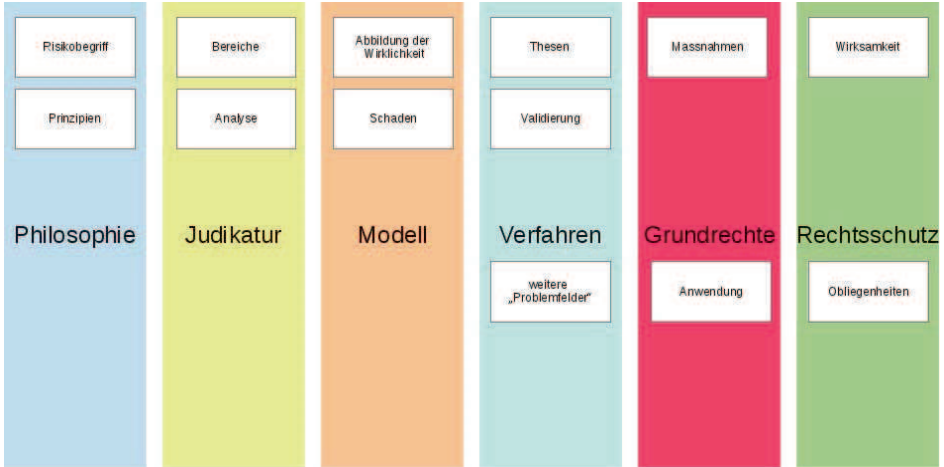


Abb. 2: "Horizontale" Struktur des Risikoanalyseprozesses

4 Einsatzmöglichkeiten der Risikoanalyse

Anhand eines Beispiels im Verwaltungsrecht werden die Einsatzmöglichkeiten für Risikoanalyse im Recht skizziert. Ausgehend von einem etablierten „Massenverfahren“, dem auch ein IT System zugrunde liegt, sollen durch technische, in diesem Fall auch mathematische, Methoden Risiko und Problemfelder - so diese existieren - aufgezeigt werden. Ein zu lösendes Problem stellt die Identifikation der genannten Risikofaktoren dar, die durch die Anwendung der vorgeschlagenen Methoden analysiert werden können.

Der Blick über den „Tellerrand“ des Verwaltungsstrafverfahrens kann weiters dadurch erfolgen, dass Überlegungen zur Gestaltung von diversionellen Maßnahmen gestellt werden. Die Praxis des Verwaltungsstrafverfahrens und dessen Vollzug zeigen, dass diese „Wiedergutmachung ohne Strafausspruch“ auch in diesem Bereich angedacht werden sollte. Diese „minder schwere“ Erledigungsart wäre analog zu den Grundsätzen des Vorsorgeprinzips dann zu überlegen, wenn einerseits dem Normunterworfenen zur objektiv einzusehenden „Unzeit“ eine Bestrafung widerfahren würde, andererseits wenn Einsicht besteht, aber eine Wiedergutmachungshandlung geboten erscheint.

Bei der Skizzierung der Thesen werden Audits und Reviews des Behördenhandelns angeführt. Dazu wird erforderlich sein, dass durch eine Aufsichtsstelle Daten eingesehen werden. Es wird unproblematisch sein, wenn nach Vorgaben der hierzu durch das Gesetz vorgesehenen Aufsichtsstelle anonymisierte bzw. aggregierte Daten seitens der Behörde, als datenschutzrechtlicher Auftraggeber übermittelt werden.

4.1 Beispiele

[Pr15, 10 ff., 30 ff.] sind Beispiele der österreichischen Judikatur im Zusammenhang mit automatisierten Verwaltungsstrafverfahren zu entnehmen, die schließlich dazu geführt haben, dass die dieser Rechtsmaterie zuzurechnenden Risikofaktoren zumeist in den Bereichen der „Bewertung“⁷ und des „Prozesses“⁸ zu finden sind. Wir stellen eine Auswahl an Sachverhalten dar, sowie deren Feststellbarkeit im Rahmen einer Risikoanalyse.

Messgeräte = Risikofaktor „Bewertung“: Es ist zu überprüfen, ob das „Eichalter“ (die Zeitspanne zwischen dem letzten behördlichen Eichungsvorgang und der tatsächlichen Messung) Rückschlüsse auf die Qualität des festgestellten Ergebnisses hat. Diese Untersuchung lässt sich durch Analyse der Varianz der Messungen bei gleichartigen Einsatzbedingungen feststellen.

Hierbei ist die Nullhypothese H_0 aufzustellen, dass die Varianz der Messungen nicht signifikant verschieden ist. Statistische Experimente mit der Programmiersprache SAS haben gezeigt, dass bei einem Signifikanzniveau von $\alpha = 0,05$ die Nullhypothese nicht zu verwerfen ist.

Ausfertigungsdauer = Risikofaktor „Prozess“: Ein wesentliches Maß, wie auch bei Überprüfungen durch den Rechnungshof angewandt, für ein ausreichend performantes Handeln der Behörde ist die Ausfertigungsdauer. Dass hier saisonale Effekte wesentliche Eingangsgrößen bilden, versteht sich von selbst. Wiederum kann durch eine Analyse durch geeignete inferente Statistiken, hier eine Zeitreihenanalyse, der saisonale Aspekt aufgezeigt werden und, vor allem im personellen Bereich, Vorkehrungen getroffen werden. Der Normunterworfene ist von diesem Risikofaktor in Sinne der „prozessualen Widerleglichkeit“ betroffen. Je länger die behauptete Verwaltungsübertretung zurückliegt, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass wirksam ein zutreffendes Gegenteil bewiesen werden kann. Das Open Source Statistiksystem R liefert ein entsprechendes Ergebnis.

Höhe Strafbetrag nach rechtsökonomischen Grundsätzen = Risikofaktor „Bewertung“: Wir haben unter Bezugnahme auf [No05] und [Wh08] ausgeführt, dass unter rechtsökonomischen Aspekten optimale Strafen ermittelt werden können. Unter Anwendung des durch [Wh08] beschriebenen Modells werden die bisher durch die Behörde festgesetzten Strafbeträge analysiert und so gewissermaßen auf Gerechtigkeit überprüft. Folgendes SAS Programm berechnet dies:

```
%MACRO BV_WHITE_MODEL (LOK_VONDAT, LOK_BISDAT) ;
DATA ANZEIGE_AKT_1;
SET ANZEIGE_AKT;
WHERE DATUM_DER_UEBERTRETUNG
```

⁷ Darunter verstehen wir den Einsatz von Messsystemen, aber auch Techniken zur Strafbemessung.

⁸ Hier verstehen wir das Vorgehen der Behörde darunter, das zu einer Beschwerde des Normunterworfenen führt.

```

BETWEEN &LOK_VONDAT AND &LOK_BISDAT;
RUN;
TITLE "ADAPTIERTES MODELL WHITES - KOOPERATION EINNAHMEN
/ SICHERHEIT - ADAPTION VON 'P' - [&LOK_VONDAT -
&LOK_BISDAT]";
PROC NLIN
DATA=ANZEIGE_AKT_1 PLOTS=(FIT DIAGNOSTICS(STATS=NONE)) ;
PARMS
O = 1 A_1 = .5 A_2 = .5 B = 1 P_1 = 1 Q = 1 F = 1;
P = P_1 * (UEBERTREUNG_UM_KM_H**(-1));
MODEL STRAFE = ((O + A_2 * B * UEBERTREUNG_UM_KM_H**2)
/ (A_1 * P )) / UEBERTREUNG_UM_KM_H;
OUTPUT OUT=Y;
RUN;
%MEND;

```

Interessanterweise haben Simulationen ergeben, dass zu 95% eine Entsprechung realisiert wurde; außerhalb dieses Konfidenzbereich liegende Werte waren aber zum Teil signifikant abweichend. Das Vorliegen eines Risikofaktors ist somit nachgewiesen.

Einzahlungsbetrag = Risikofaktor "Bewertung": Obige Beispiele lassen unschwer nachvollziehen, dass Risikofaktoren durch Analyse von Daten elektronischer Systeme identifizierbar sind. Wesentlich schwerer zu fassen sind Risikofaktoren, die auf ein Handeln des Normunterworfenen zurückzuführen sind und keinen ausreichenden „Niederschlag“ in die Verwaltungsdaten finden. So verhält es sich, wenn Angaben zur korrekten Zuordenbarkeit des Strafbetrags (Identifikationsnummer, Betrag, Kontonummer der Behörde) fehlen. Für weitere Betrachtungen setzen wir voraus, dass der Bestrafte keine diesbezügliche Absichtlichkeit aufweist.

Der Gesetzgeber sieht eine schnelle, anonyme Erledigung einer Verwaltungsübertretung als aus einem Rechtsrahmen heraustretendes Entgegenkommen, sodass dem zu Bestrafenden in diesem Zustand des Verfahrens kaum Korrekturmöglichkeiten eingeräumt werden. Ist ein Fehler passiert, dann wird dessen Eintrittsrisiko wohl zur Gänze auf den Normunterworfenen übergewälzt.

Die aus den Prozessrechten bekannte „Waffengleichheit“ von Behörde und Beschuldigten ist nicht gegeben. Die Grundsätze der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit des Behördenhandelns gebieten, so diese Risiken nicht abgebildet sind, ausreichende Dokumentation und Bereitstellen von Möglichkeiten und Verfahrensschritten, die ein Reagieren und Korrigieren des Beschuldigten vorsehen. Hier sind die Grundsätze des E-Governments im Sinne der Bürgernähe vermehrt zu beachten. Trotzdem sei, auch im Sinne der unten angegebenen Schlussfolgerungen, angemerkt, dass mathematische Modelle in der Wirtschaft auch „soft facts“ wie Kundenverhalten abbilden können. Diese mittels der Methode des „agent based modeling“ erstellten Systeme können Vorbilder für vergleichbare Anwendungen einer Risikoanalyse im Recht sein.

Die angeführten Beispiele zeigen, dass die großen „Kapitel“ der Modellbildungsmethoden auch bei juristischen Sachverhalten benützt werden können. Eine statistische Untersuchung kann bei Vorliegen entsprechend angelegter Verwaltungsdaten unmittelbar und bei aus heutiger Sicht überschaubarem Zusatzaufwand Nutzen generieren.

5 Schlussfolgerungen

Die Risikoanalyse im Recht ist ein Modell, das noch wenig in der Praxis umgesetzt wurde. Da ein wesentliches Element, das zu einem rechtlich bindenden Handeln des Staates führt, das Handeln des Normunterworfenen ist, bleibt hier noch ausreichend Raum für Untersuchungen von soziologischen Fragen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die bisherigen Modelle allfällige subjektive Momente nicht berücksichtigen. Hier sind die verschiedenen Gründe, die dafür ausschlaggebend sind, aufzuzeigen und in das Modell einzupflegen. Den dogmatischen Hintergrund dafür bildet die Entscheidungstheorie [Be86, 323].

Die Anwendung statistischer Methoden zur Wirksamkeitsanalyse stellt im Zusammenhang mit der „Qualitätssicherung“ IT gestützter Behördenverfahren ein zum Teil übliches Vorgehen dar. Dem Aspekt der Effektivität entsprechend, erscheint uns wichtig, dass vermehrt der Prozessmodellierung Aufmerksamkeit geschenkt wird. In der „horizontalen Struktur“ wird dadurch die Modellkomponente gleichsam gestärkt, da vor der Realisierung eines staatlichen Handelns dessen Auswirkungen wirksam und valide auf Risikofaktoren untersucht werden kann.

Literaturverzeichnis

- [Be86] Beck, U.: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. edition surkamp, Frankfurt am Main, 1986.
- [EPB13] Einzinger, P.; Popper, N.; Breitenecker, F.: The GAP-DRG Model Simulation of Outpatient Care for Comparison of Different Reimbursement Schemes. In (Pasupathy, R. et al., Hrsg.): Proceedings of the 2013 Winter Simulation Conference, 2013.
- [ISO09] ISO: IEC 31010: 2009. Risk management -- Risk assessment techniques, 2009.
- [KB14] Kristiansen, S.; Bonfadelli, H.: Risikoberichterstattung und Risikoperzeption. Reaktionen von Medien und Bevölkerung in der Schweiz auf den AKW-Unfall in Fukushima. In (Wolling, J.; Arlt, D., Hrsg.): Fukushima und die Folgen. Medienberichterstattung, Öffentliche Meinung, Politische Konsequenzen. Illmenau, S. 297-321, Open access unter: <http://neu-kommunikation.de>, 2014.
- [Lu68] Luhmann, N.: Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität. Enke, Stuttgart, 1968.
- [Ma10] Mahler, T.: Legal Risk Management, PhD Thesis, University of Oslo, 2010.

- [No05] Noll, J.: Rechtsökonomie. Verlag Österreich, 2005.
- [Pr15] Preiß, T.: Die Bedeutung der Risikoanalyse für den Rechtsschutz bei automatisierten Verwaltungsstrafverfahren, Dissertation, Universität Wien, 2015.
- [Re75] Reisinger, L.: Planspiel und Simulation im Recht. In: Winkler, G. (Hrsg.), Forschungen aus Staat und Recht 32, S. 148-166. Springer Verlag, Wien, New York, 1975.
- [Sa13] Saarenpää, A.: Legal Informatics Today, The View from The University of Lapland. In (Schweighofer, E.; Saarenpää, A; Böszörményi, J., Hrsg.): Proc. KnowRi\$ht 2012, S. 21-26, OCG, Wien, 2013.
- [SNM14] Surdeanu, M.; Nallapati, R.; Manning, C. D.: Risk Analysis for Intellectual Property Litigation, <http://www.surdeanu.info/mihai/papers/icail11.pdf>, Stand: 15.06.2016, 2014.
- [Su96] Susskind, R.: The Future of Law: Facing the Challenges of Information Technology. Clarendon Press, Oxford, 1996.
- [TB90] Troch I., Breitenecker F.: Simulation in der Regelungstechnik. Volume 12 of the series Fachberichte Simulation, S. 296-323, Springer, 1990.
- [Wa13] Wahlgren, P.: Legal Risk Analysis: A Proactive Legal Method. Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Stockholm, 2013.
- [Wh08] White, M. D.: Time speeding behavior and optimal penalties. In: The Journal of socioeconomics, 384 - 399, Elsevier, 2008.
- [WMK07] Walter, R., Mayer, H.; Kucsko-Stadlmayer, G.: Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrecht, Manz, Wien, 2007.