

EKKEHARD HOFMANN

Formale Sprachen im Recht

Zur Durchschaubarkeit komplexer staatlicher Entscheidungen

I. Einführung

Staatliche Maßnahmen zu rechtfertigen, ist nicht selten eine schwierige Aufgabe. Nur ausnahmsweise werden die Entscheidungsträger in Legislative, Exekutive und Judikative eine Handlungsalternative ermitteln können, die im Falle ihrer Verwirklichung nur Vorzüge hätte und keinerlei Nachteile mit sich brächte. Mit solchen Pareto-Verbesserungen beschäftigt sich der vorliegende Beitrag nicht. Vielmehr soll das Interesse solchen Entscheidungen gelten, die zwar einerseits bestimmte Rechtsgüter fördern, andere hingegen beeinträchtigen. Das ist Gegenstand und Ziel der Abwägung: eine vergleichende Betrachtung der Handlungsmöglichkeiten und ihrer Folgen mit dem Ziel eines möglichst schonenden Ausgleichs der konfligierenden Interessen.¹ Als komplex gelten den nachstehenden Ausführungen all diejenigen Entscheidungen, in denen drei oder mehr Belange abzuwägen sind.

Im Einzelnen ist zunächst näher zu klären, in welchen Bereichen das von der Rechtsprechung entwickelte und gesetzlich vielfach angeordnete Gebot gerechter Abwägung ausdrücklich oder auch nur implizit-tatsächlich zur Anwendung kommt. Es wird sich zeigen, dass kaum ein Rechtsanwendungs- oder Rechtsetzungsvorgang um die Bewältigung von Abwägungsproblemen herumkommt. Dementsprechend bedeutsam ist die Frage, welche Methodik zur Herstellung juristischer Entscheidungen und zur Darstellung von Entscheidungsgründen eingesetzt wird.

In der Praxis gängig ist hierfür ein rein natürlich-sprachliches Vorgehen. Prognosen werden mit Begriffen wie „wahrscheinlich“ oder „unwahrscheinlich“, Bewertungen als „gering“ oder „gewichtig“ beschrieben. Die natürlich-sprachliche Methodik ist zur Kommunikation

¹ BVerfGE 93, 1 ff., 21.

von Entscheidungsgründen im Staat-Bürger-Verhältnis wie auch zwischen den staatlichen Organen fast unumstritten. Nur ganz vereinzelt wird beklagt, über die Verbalisierung von Wertungen komme man im Recht nicht hinaus.²

Die nachfolgende Analyse der pragmatischen Aspekte der überlieferten Darstellungstechnik muss zunächst klären, ob und inwieweit den von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Anforderungen an die Sorgfalt der Entscheidungsherstellung und ihrer Dokumentation durch eine natürlich-sprachliche Begründung wirklich entsprochen werden kann (II. und III.). Die dabei festzustellenden Defizite (IV.) führen zu der Frage, ob nicht vielleicht die Heranziehung numerisch-formaler Instrumente ratsam wäre (V. und VI.) Der Klarstellung halber sei schon an dieser Stelle gesagt, dass die nachstehend erörterte Kosten-Nutzen-Analyse (KNA) als Instrument der Herstellung staatlicher Entscheidungen und ihrer Darstellung in Gestalt von Entscheidungsgründen nichts mit der Unterwerfung unter irgendein Wohlfahrtskriterium zu tun hat oder gar die Annahme eines bestimmten Effizienzkriteriums, etwa das der Reichtumsmaximierung, meint. Die KNA in dem hier diskutierten Sinn ist ein rein formales Instrument zur rationalen Bewältigung komplexer Entscheidungssituationen und als solches gerechtigkeitsindifferent.³

In einigen Sachbereichen kommen schon jetzt numerische Instrumente zum Einsatz (VI.1.). Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass trotz der eindeutigen Vorzüge, die formalen Entscheidungsherstellungsmethoden insbesondere hinsichtlich der Durchschaubarkeit der einer Entscheidung zugrunde liegenden Gedankengangs zu Eigen sind (VI.2.), große Vorbehalte gegen ihre Verwendung in rechtlichen Zusammenhängen bestehen. Ihnen wird abschließend nachzugehen sein (VI.3.).

² JOSEF ESSER, *Argumentations- und Stilwandel in höchstrichterlichen Zivilentscheidungen*, VI, in: *Études logiques juridique* 1976, 53 ff., 61; ebenfalls kritisch zur Verbalisierung von Wertungen NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1993, 398 – nicht nachprüfbar formelhafte Verbalisierung.

³ Zur Unterscheidung der verschiedenen Bereiche der normativen Ökonomik ANNE VAN AAKEN, *„Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht*. Baden-Baden 2003, 183.

II. Die Grundstruktur komplexer Entscheidungen im Recht: Das Gebot gerechter Abwägung

Wie eingangs gesagt, ist die Bewältigung gegenläufiger Interessen bei Rechtsanwendung und Rechtsetzung die alltägliche Regel. Eine ausgefeilte Dogmatik zur Lösung solcher Problemstellungen liegt in Gestalt des Abwägungsgebots vor, das in erster Linie mit der Ausübung von Ermessen im technischen Sinn verknüpft sein dürfte (1.). Nicht übersehen werden darf aber, dass auch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe Abwägungen verlangt (2.).

1. Das Abwägungsgebot als Handlungsanweisung und als Kontrollmaßstab

Das Gebot gerechter Abwägung trägt einen Januskopf: Es ist zwar als Kontrollmaßstab für Rechtsnormen entwickelt worden, lässt sich aber zwanglos als Handlungsanweisung *ex ante* rekonstruieren, die allgemeine Geltung beanspruchen darf.⁴ Seine ursprüngliche bauplanungsrechtliche Herkunft hat das Abwägungsgebot längst verlassen.⁵ Es gilt nach der weithin gebilligten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht nur im Falle seiner ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung, sondern für alle planungsrechtlichen Entscheidungen,⁶ und seine Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip durch das Bundesverwaltungsgericht legt seine Anwendung auf Sachbereiche außerhalb des Planungsrechts nahe.⁷ Das kann wegen der engen Verwandtschaft des

⁴ HANS-JOACHIM KOCH/REINHARD HENDLER, *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*. 3. Aufl., Stuttgart 2001, 229; allgemein zur Doppelfunktionalität mancher Kontrollmaßstäbe im öffentlichen Recht KLAUS SCHLAICH/STEFAN KORIOOTH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen. Ein Studienbuch*. 6. Aufl., München 2004, Rz. 515–518.

⁵ Grundlegend insoweit BVerwGE 34, 301 ff., 304.

⁶ BVerwGE 48, 56 ff., 63; BVerwGE 61, 295 ff., 301; BVerwG NJW 1982, 1473; zuletzt BVerwGE 111, 276 ff., 280; ausdrücklich zustimmend FERDINAND KOPP/WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*. 13. Aufl., München 2003, § 47 Rz. 115 (Bearbeiter: WOLF-RÜDIGER SCHENKE); ATHANASSIOS D. TSEVAS, *Die verwaltungsgerichtliche Kontrollintensität bei der materiell-rechtlichen Nachprüfung des Planfeststellungsbeschlusses für raumbeanspruchende Großprojekte*. Berlin 1992, 124 ff.; sowie RUDOLF STEINBERG/THOMAS BERG/MARTIN WICKEL, *Fachplanung*. Baden-Baden 2000, 203, jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁷ BVerfGE 85, 36 ff., 36 entgegen der Auffassung des BVerwG (BVerwGE 70, 318 ff., 327 f.); BVerwGE 70, 346 ff., 350 f. – Hochschulkapazitätsverordnung –; VGH München BayVbl. 1994, 690 ff., 691, m. w. N. – kommunale Schulsprengelverordnung –. Für nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfälle hält dies trotz Anerkennung der Verankerung des

Gebots gerechter Abwägung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch nicht verwundern.

Die Rechtsetzung ist keineswegs völlig frei von solchen Anforderungen: Während das Abwägungsgebot bereits qua ausdrücklicher Anordnung für bauplanungsrechtliche Satzungen und damit für die Herstellung von Rechtsnormen gilt (§ 1 Abs. 7 BauGB), ergibt die Analyse der Haltung des Bundesverfassungsgerichts ein zweideutiges Bild. Einerseits werden die Richter nicht müde, die Entscheidungsfreiheiten der Legislative hervorzuheben.⁸ In ihrer Entscheidung vom 27. Mai 1992 befinden sie in diesem Sinne in dankenswerter Klarheit, der Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Überprüfung sei allein die Entscheidung des Gesetzgebers.⁹ Andererseits stellt manches Judikat des Bundesverfassungsgerichts an legislative Abwägungsvorgänge ganz ähnliche Anforderungen wie das Bundesverwaltungsgericht an Planfeststellungsbeschlüsse.¹⁰

Nach der mittlerweile konsolidierten Dogmatik des Abwägungsgebots muss die Herstellung komplexer staatlicher Entscheidungen mit der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials beginnen. Nach den Maßgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung unterliegt dies einem Gebot der Vollständigkeit, indem sie fordert, dass alle Belange zu ermitteln seien, die der Sache nach in die Abwägung eingestellt werden müssen.¹¹ Darüber hinaus sind die zur Verfügung stehenden Handlungsoptionen zu ermitteln (Alternativen).¹² Üblicherweise werden auch die notwendigen Prognosen über die hypothetischen Folgen der zur Verfügung stehenden Alternativen zum Abwägungsmaterial gerechnet.¹³ Abschließend sind die Auswirkungen der möglichen Maß-

Abwägungsgebots im Rechtsstaatsprinzip KOPP/SCHENKE, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 6), § 47 Rz. 116.

⁸ BVerfGE 4, 7 ff., 17 f.; BVerfGE 25, 1 ff., 17 f.; BVerfGE 30, 250 ff., 263; BVerfGE 38, 61 ff., 82; BVerfGE 39, 210 ff., 226; BVerfGE 47, 109 ff., 117; BVerfGE 50, 290 ff., 336 ff.; BVerfGE 57, 139 ff., 159; BVerfGE 62, 1 ff., 50; BVerfGE 65, 116 ff., 126; BVerfGE 76, 1 ff., 51; BVerfGE 89, 155 ff., 181; BVerfGE 92, 26 ff., 41 ff.

⁹ BVerfGE 86, 148 ff., 241.

¹⁰ BVerfGE 76, 107 ff., 121 – rationale Abwägung des Normgebers; BVerfGE 86, 90 ff., 117 – die für und gegen die geplante Regelung sprechenden Gründe müssten in zutreffender Weise gegeneinander abgewogen werden.

¹¹ BVerwGE 34, 301 ff., 309; BVerwGE 45, 309 ff., 314; BVerwG DVBl 1988, 844; BVerwG NVwZ-RR 1991, 118; BVerwG NuR 1992, 377; BVerwGE 100, 238 ff., 251; BVerwG DVBl. 1996, 925 ff., 927; BVerwGE 59, 87 ff., 101 ff.; BVerwGE 90, 96 ff., 101.

¹² St. Rspr.; siehe nur BVerwG UPR 1998, 382 ff., 383; BVerwGE 100, 238 ff., 249; BVerwGE 104, 144 ff., 149; BVerwGE 104, 236 ff., 245.

¹³ Fehler bei der Erstellung von Prognosen werden von Kühling/Herrmann als „Ermittlungsfehler“ bezeichnet, denen „Bewertungsfehler“ gegenübergestellt werden: JÜRGEN KÜHLING/NIKOLAUS HERRMANN, *Fachplanungsrecht*. Düsseldorf 2000, 120.

nahmen zu gewichten und in bilanzierender Art und Weise¹⁴ abwägend zu vergleichen. Als Handlungsanweisung zielt das Abwägungsgebot damit, kurz gesagt, auf die vollständige Ermittlung der berührten Belange und Handlungsoptionen, die Durchführung vernünftiger Prognosen und die angemessene Gewichtung der Belange. Das Ergebnis eines solchen Vorgangs ist eine gerechte Abwägung. Sie beinhaltet den Anspruch der Entscheidungsträger, eine Einzelfallmaßnahme angeordnet oder eine Rechtsnorm erlassen zu haben, deren gesellschaftliche Vorteile insgesamt größer sind als ihre Nachteile.

Das Abwägungsgebot ist aber nicht nur Handlungsanweisung, sondern auch und gerade ein Kontrollmaßstab. Die Gerichte räumen der Verwaltung bei der Abwägung Spielräume dadurch ein, dass die Prognosen nur „vertretbar“ und die Gewichtungen „nicht offensichtlich fehlsam“ sein müssen, um vor der gerichtlichen Überprüfung zu bestehen.¹⁵ Die planerische Gestaltungsfreiheit habe da ihre Grenze, wo einer der beteiligten Belange in geradezu unvertretbarer Weise zu kurz komme.¹⁶ Dabei ist von einigem Interesse, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht nur auf das Abwägungsergebnis als Kontrollgegenstand blickt,¹⁷ sondern auf den Abwägungsvorgang und in dessen Rahmen auf die Gewichtung einzelner Belange: Der Ausgleich zwischen den betroffenen privaten und öffentlichen Belangen sei so vorzunehmen, dass er zur objektiven Wichtigkeit einzelner Belange (!) nicht außer Verhältnis stehe.¹⁸ Die planerische Gestaltungsfreiheit habe da ihre Grenze, wo einer (!) der beteiligten Belange in geradezu unvertretbarer Weise zu kurz komme.¹⁹ Das Gericht geht offenbar davon aus, dass es für eine gerechte Abwägung auf die Gewichtung einzelner Belange ankommt. Darauf wird zurückzukommen sein.

¹⁴ Früh schon BVerwGE 75, 214 ff., 254; BVerwGE 104, 236 ff., 251; aus jüngerer Zeit BVerwGE 112, 140 ff., 164; BVerwG NVwZ 2001, 1050 (2. LS. – zum Begriff des Wohls der Allgemeinheit nach § 165 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauGB); BVerwG v. 20.2.2002, 4 B 12/02 (zum Begriff des Gemeinwohls in § 20c Abs. 2 1 BNatSchG).

¹⁵ Bezüglich der vom Gericht (und damit mittelbar auch von der Verwaltung) zu respektierenden gesetzgeberischen Wertungen BVerwGE 117, 138 ff., 139.

¹⁶ BVerfGE 24, 367 ff., 406.

¹⁷ BVerwGE 45, 309 ff., 315. Die damit zusammenhängende Problematik von Veränderungen der Sachlage in der Zeit zwischen Erlass eines Bebauungsplans und der gerichtlichen Entscheidung braucht hier nicht vertieft zu werden (siehe im Einzelnen KOCH/HENDLER, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht (Fn. 4), 245–248 m. w. N.).

¹⁸ St. Rspr., beginnend mit BVerwGE 34, 301 ff., 309 und BVerwGE 45, 309 ff., 314 ff.; für das Fachplanungsrecht BVerwGE 48, 56 ff., 64; BVerwGE 56, 110 ff., 123.

¹⁹ BVerwGE 45, 309 ff., 326.

2. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe

Doch nicht nur im Bereich des Ermessens im technischen Sinn, sondern auch bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe sind regelmäßig konfligierende Interessen zu einem Ausgleich zu bringen. Ein prominentes Beispiel dürfte der Begriff des Wohls der Allgemeinheit in Art. 14 Abs. 3 GG sein, dessen Konkretisierung anerkanntermaßen im Rahmen von fachplanungsrechtlichen Genehmigungsentscheidungen erfolgt, die ohnehin dem Abwägungsgebot unterliegen. Vorbehaltlos gewährte Grundrechte führen gleichfalls zu der Auslegungsaufgabe, nach einem möglichst schonenden Ausgleich zwischen den widerstreitenden Rechtspositionen zu suchen.²⁰ Um ganz ähnliche Auslegungsprobleme geht es bei den Beispielen der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit²¹ oder der Nutzungsänderung einer baulichen Anlage (§ 35 Abs. 4 Nr. 1 BauGB).²²

Bei näherer Betrachtung ergibt sich ferner, dass die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe wegen ihrer Struktur funktional der Ermessensausübung überaus vergleichbar ist.²³ Soweit es bei der Behandlung unbestimmter Rechtsbegriffe um die Ermittlung des semantischen oder der Festsetzung des pragmatischen Gehalts vager Ausdrücke geht und man von in der juristischen Diskussion viel beachteten Frage der Letztentscheidungskompetenz einmal absieht, so sind vage Ausdrücke in einer in der Sprachphilosophie üblichen Betrachtungsweise Begriffe, für die gilt: (1) Es gibt Gegenstände, die unzweifelhaft unter den Begriff fallen (positive Kandidaten); (2) es gibt Gegenstände, die unzweifelhaft nicht unter den Begriff fallen (negative Kandidaten); (3) es gibt schließlich Gegenstände, hinsichtlich derer nicht ohne weiteres entschieden

²⁰ BVerfGE 93, 1 ff., 21 – Kruzifix (Reichweite der Glaubensfreiheit).

²¹ EKKEHARD HOFMANN, Die Abwägung konfligierender Interessen in Recht und Wohlfahrtstheorie, in: ANNE VAN AAKEN/STEFANIE SCHMID-LÜBBERT (Hrsg.), *Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht*. Wiesbaden 2003, 135 ff., 138–140.

²² HANS-JOACHIM KOCH, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: WILFRIED ERBGUTH/JANBERND OEBBECKE/HANS-WERNER RENGELING/MARTIN SCHULTE (Hrsg.), *Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlaß seiner Emeritierung*. Köln 1996, 9 ff., 13 f.

²³ Siehe im Einzelnen HANS-JOACHIM KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht. Eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung*. Frankfurt am Main 1979, 136 ff. Auf den dort herausgearbeiteten Unterschied zwischen der Auslegung vager Begriffe und Ermessensausübung, dass in dem einen Fall konjunktive Verknüpfungen, im anderen disjunktive Verknüpfungen gebildet werden, kommt es für unsere Betrachtung nicht weiter an.

werden kann, ob sie unter den Begriff fallen oder nicht („neutrale“ Kandidaten).²⁴

Die Bestimmung, ob ein neutraler Kandidat im konkreten Fall unter den gegebenen Umständen zu den positiven oder zu den negativen Kandidaten zählen soll, ist jedenfalls dann ein Abwägungsvorgang, wenn jede mögliche Auslegungsalternative gleichzeitig Vor- und Nachteile aufweist. Das ist der juristischen Literatur nicht entgangen.²⁵

Darüber hinaus ist für unsere Überlegung von Bedeutung, dass auch die natürlich-sprachliche Beschreibung von Bewertungen im Rahmen der Begründung von Verwaltungsentscheidungen – etwa als „hohe Beeinträchtigung“ oder „außerordentlicher Vorzug“ von vagen Begriffen im erläuterten Sinn Gebrauch macht. Für Dritte ist nicht ohne weiteres erkennbar, welcher genaue Gehalt den Wertbegriffen zugewiesen wurde. Das spielt hinsichtlich von Begründungsanforderungen eine Rolle, auf die nunmehr einzugehen ist.

III. Begründungsanforderungen

Nimmt man die vorstehenden Überlegungen zusammen, so ergibt sich folgendes Bild: Ob Rechtsanwendung oder Rechtsetzung, komplexe hoheitliche Entscheidungen unterliegen grundsätzlich dem Abwägungsgebot. Selbst die zunächst als wenig problematisch erscheinende Auslegung vager Begriffe stellt sich in analytischer Betrachtungsweise als Abwägungsvorgang dar. Je deutlicher aber Prognose- und Bewertungsfragen eine Rolle bei der Entscheidungsherstellung spielen, desto dringlicher ist das Bedürfnis nach der Nachvollziehbarkeit des Abwägungsvorgangs. Daher überrascht es nicht, wenn etwa fachplanungsrechtlichen Genehmigungsentscheidungen umfängliche Erläuterungen der Entscheidungsgründe beigelegt werden. Betrachten wir daher zunächst die Rechtslage in Bezug auf das Verwaltungsrecht, wo schriftliche Verwaltungsakte in der Regel zu begründen sind (1.). Hingegen stellen Begründungspflichten der Normgeber aus deutscher Sicht eher ein auf das Satzungsrecht beschränktes Kuriosum dar (2.). Entwicklun-

²⁴ STEPHAN KÖRNER, *Erfahrung und Theorie. Ein wissenschaftstheoretischer Versuch*. Frankfurt am Main 1970, 44, 49 (engl. Original 1966: *Experience and theory; an essay in the philosophy of science*).

²⁵ CLAUS DIETER CLASSEN, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozessrecht*. Tübingen 1996, 135. Die auf Alexy zurückgehende Deutung Kochs, Abwägungen zielten auch bei der Auslegung vager Begriffe auf Zustände, die mehr oder minder verwirklicht werden könnten, drückt denselben Gedanken aus, siehe KOCH, *Die normtheoretische Basis der Abwägung* (Fn. 22), 20.

gen im Europäischen Gemeinschaftsrecht deuten allerdings auf eine Ausdehnung solcher Instrumente in Zukunft hin (3.).

1. Begründungspflichten von Verwaltungsbehörden

Nach § 39 Abs. 1 S. 2 VwVfG hat die Behörde bei schriftlichen oder schriftlich bestätigten Verwaltungsakten die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe ihrer Entscheidung in einer Begründung mitzuteilen. Bei Ermessensentscheidungen soll sie auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen sie bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist (§ 39 Abs. 1 S. 3 VwVfG).²⁶

In dem Begründungszwang liegt nach ganz herrschender Auffassung ein formelles Erfordernis, das die sachliche Richtigkeit der Begründung nicht erfasst.²⁷ Eine Darlegung der Erwägungen der Behörde, die den Anforderungen des § 39 Abs. 1 VwVfG entspräche, sei daher schon dann gegeben, wenn die von der Behörde gegebene Begründung mit ihren tatsächlichen Gründen übereinstimme.²⁸ Hat die Behörde keine oder nicht sorgfältige Überlegungen angestellt, so verpflichtet sie danach § 39 VwVfG lediglich dazu, dies zu dokumentieren.²⁹ Stets müssten jedoch der zugrundegelegte Sachverhalt und die angewandten Rechtsvorschriften dargelegt werden.³⁰

Der Begründungspflicht werden im Wesentlichen drei Funktionen zugeschrieben: Sie solle die Behörden zunächst zu sorgfältigen Ermittlungen und zur Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Beteiligten zwingen.³¹ Insofern bemerken Koch/Rüßmann zu Recht, dass Dar-

²⁶ § 39 Abs. 1 Satz 2 und 3 VwVfG findet auch bei Verwaltungsakten Anwendung, die im förmlichen Verwaltungsverfahren ergehen (§ 69 Abs. 2 Satz 1 VwVfG) und gilt auch für Planfeststellungsbeschlüsse (§ 74 Abs. 1 Satz 2 iVm § 69 Abs. 2 Satz 1 VwVfG).

²⁷ HANS JOCHAM KNACK (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*. 8. Aufl., Köln 2004, § 39 Rz. 4 (Bearbeiter: HANS-GÜNTER HENNEKE); FERDINAND KOPP/ULRICH RAMSAUER (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*. 8. Aufl., München 2003, § 39 Rz. 2 (Bearbeiter: ULRICH RAMSAUER); PAUL STELKENS/HANS JOACHIM BONK/MICHAEL SACHS (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*. 6. Aufl., München 2001, § 39 Rz. 9 (Bearbeiter: PAUL STELKENS/ULRICH STELKENS); KLAUS OBERMAYER/ROLAND FRITZ (Hrsg.), *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*. 3. Aufl., Neuwied 1999, § 39 Rz. 2 (Bearbeiter: STEFAN LIEBETANZ).

²⁸ KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 27), § 39 Rz. 2.

²⁹ Zur Ausnahme der mündlichen Verwaltungsakte siehe UWE KISCHEL, *Die Begründung*. Tübingen 2002, 237 ff.

³⁰ KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 27), § 39 Rz. 26, 28; STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 27), § 39 Rz. 24 f.

³¹ BSGE 17, 79 ff., 83; BVerwG BayVBl 1993, 439 ff., 440 f.; FRANZ BECKER, *Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*.

stellungspflichten mehr als jedem moralischen Appell eine disziplinierende Wirkung zukommt.³² Die Begründungspflicht zielt mithin erstens auf eine Erhöhung der Ergebnisqualität, der materiellen Richtigkeit staatlicher Entscheidungen. Eine Begründung eröffne zweitens die Chance, die Betroffenen von der Richtigkeit der Entscheidung zu überzeugen (Befriedigungs- oder Akzeptanzerhöhungsfunktion).³³ Drittens erlaube den Betroffenen erst eine nähere Begründung, wirksamen Rechtsschutz im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG zu erlangen (Rechtsschutzfunktion).³⁴ Für Gerichte und andere Kontrollinstanzen stelle eine Begründung ebenfalls eine Erleichterung ihrer Tätigkeit dar (Kontrollfunktion); insofern komme der Begründung auch eine Klarstellungs- und Beweisaufgabe zu.³⁵

2. Begründungspflichten der Normgeber

Mit Ausnahme von bauplanungsrechtlichen Satzungen (§ 9 Abs. 8 BauGB)³⁶ ist dagegen nach der ganz herrschenden Ansicht in Lehre und Rechtsprechung vom Normgeber keine Darstellung der Entscheidungsgründe zu verlangen. Der parlamentarische Gesetzgeber schulde nichts anderes als das Gesetz.³⁷ Dem folgt das Bundesverfassungsgericht.³⁸

Stuttgart 1963, 55 f.; KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 27), § 39 Rz. 2a.

³² HANS-JOACHIM KOCH/HELMUT RÜBMANN, *Juristische Begründungslehre*. München 1982, 372; ebenso KISCHEL, *Die Begründung* (Fn. 29), 13.

³³ KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 27), § 39 Rz. 5. Weiterführend zu dieser individuellen Funktion der Begründung belastender Entscheidungen CHRISTOPH ENGEL, *Offene Gemeinwohldefinitionen*, in: *Rechtstheorie* 32 (2001), 23 ff., 36-40.

³⁴ BVerfGE 6, 32 ff., 44; BVerwGE 75, 215 ff., 239; BVerwGE 83, 345 ff., 356; BVerwGE 84, 374 ff., 388; BVerwGE 91, 262 ff., 265; KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 27), § 39 Rz. 2a, 4; KNACK, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 27), § 39 Rz. 5; CHRISTIAN HOFMANN, *Der Beitrag der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Dogmatik des Beurteilungsspielraums*, in: *NVwZ* 1995, 740 ff., 744.

³⁵ OBERMAYER/FRITZ, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 27), § 39 Rz. 9.

³⁶ Vom Satzungsrecht ausgehend will Kloepfer Mindestanforderungen an staatliche Normen ableiten, was in erster Linie auf das Abwägungsgebot zielt, aber wohl eine Begründungspflicht impliziert (MICHAEL KLOEPFER, *Abwägungsregeln bei Satzungsgebung und Gesetzgebung. Über Regelungen für den Erlaß von Rechtsnormen*, in: *DVBl* 1995, 441 ff., 443-446.

³⁷ SCHLAICH/KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht* (Fn. 4), Rz. 542; KLAUS SCHLAICH, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, in: *VVDStRL* 39 (1981), 96 ff., 109; KLAUS SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidung*. 5. Teil: *Das BVerfG im Gefüge der Staatsfunktionen*, in: *JuS* 1982, 597 ff., 602 f.; WILLI GEIGER, *Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht*, in: THOMAS BERBERICH/WOLFGANG HOLL/KNUT JÜRGEN MAAB (Hrsg.), *Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht. Beiträge zum Verhältnis von Bürger und Staat aus Völ-*

Die teilweise geradezu apodiktische Ablehnung von normbezogenen Begründungspflichten – der moderne Gesetzgeber dürfe das Wörtchen „weil“ niemals in den Mund nehmen³⁹ – mag mit der Praxis im deutschen Faschismus zu tun haben, Gesetzen umfängliche Präambeln voranzustellen, die dann bei der Rechtsanwendung dem Normtext als Ausdruck des Führerwillens durchaus vorgehen konnten.⁴⁰

Im demokratischen Rechtsstaat wäre aber eine Erläuterung der Entscheidungsgründe nicht bereits als solches anrühig. Bei nüchterner Betrachtung ist vielmehr zu beobachten, dass die im Rahmen des Verwaltungsrechts festzustellenden Vorzüge von Begründungen weitgehend auf die parlamentarische und die exekutivische Rechtsetzung übertragbar sind.⁴¹ Auch Gesetze könnten von einer nachvollziehbaren Begründungen profitieren, sei es hinsichtlich der Akzeptanz der getroffenen Regelungen, sei es als Anreiz, sorgfältig überlegte Entscheidungen zu treffen oder zur Unterstützung der gerichtlichen wie politischen Kontrolle. Besonders dann, wenn man mit der Wilhelmshaven-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine „nachvollziehbare Abwägung“ des Normgebers fordert,⁴² tritt dies deutlich zu Tage.

Greifbare Vorteile alleine reichen jedoch nicht aus, um eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Begründung von Gesetzen zu bewirken. Die Vorzüge müssten sich schon so eindeutig verdichten, dass das Absehen von einer Begründung als Verfassungsverstoß erscheint. Angesichts einiger beachtlicher Nachteile einer Begründungspflicht für Akte des Gesetzgebers dürfte das aber nicht anzunehmen sein.⁴³

Ohne in Einzelheiten gehen zu können, ist folgende besondere Schwierigkeit der Rechtsetzung durch nach dem Mehrheitsprinzip arbeitende Kollegialorgane hervorzuheben. Wie leicht zu sehen ist, hätte die Pflicht zur Angabe von Gründen eine gewisse entscheidungshemmende Wirkung, was einerseits zugunsten einer Begründungspflicht spräche, andererseits aber auch allgemeinwohlförderliche Maßnahmen verhindern kann. Das lässt sich auf folgenden Umstand zurückführen. Im Falle einer fehlenden Begründungspflicht kommt es zum Erlass eines Gesetzes schon dann, wenn eine ausreichende Mehrheit der Ab-

kerrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht. Stuttgart 1979, 131 ff., 141 f.; CHRISTOPH GUSY, Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre, in: ZRP 1985, 291 ff., 298.

³⁸ BVerfGE 86, 148 ff., 241.

³⁹ GUSTAV RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 9. Aufl., Stuttgart 1952, 45.

⁴⁰ KONRAD REDEKER/ULRICH KARPENSTEIN, Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen, in: NJW 2001, 2825 ff., 2827 m. w. N.

⁴¹ Vgl. die ausführliche Darstellung von PANAGIOTIS SKOURIS, *Die Begründung von Rechtsnormen*, Baden-Baden 2002, 119–175, und seine Thesen 177–180.

⁴² BVerfGE 76, 107 ff., 121.

⁴³ KISCHEL, Die Begründung (Fn. 29), 299 ff.

geordneten es *im Ergebnis* befürwortet. Sind die Gründe für das Gesetz hingegen ebenfalls anzugeben, so ist nicht auszuschließen, dass trotz hinreichender Parlamentsmehrheit in Bezug auf das Ergebnis wegen Uneinigkeit hinsichtlich der Gründe das Gesetz nicht verabschiedet wird.

Das bedeutet zwar nicht ohne weiteres, dass eine Begründungspflicht nicht dennoch alles in allem auch bei der parlamentarischen Normsetzung ein sinnvolles Instrument wäre. Für exekutivische Rechtsverordnungen gilt das ausgeführte Argument ohnehin nicht. Nur ist eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Erläuterung der Entscheidungsgründe nicht anzuerkennen.

3. Begründungspflichten im Europäischen Gemeinschaftsrecht

Das Gemeinschaftsrecht verlangt dagegen auch für Rechtssetzungsakte die Angabe von Gründen (Art. 253 EGV). Sieht man mit der Rechtsprechung des EuGH und der ihm mehrheitlich folgenden Literatur in Art. 253 EGV eine wesentliche Formvorschrift im Sinne des Art. 230 Abs. 2 EGV, so macht ein Verstoß gegen die Begründungspflicht den Rechtsakt anfechtbar und kann zu seiner Nichtigkeit führen.⁴⁴ Allerdings lösen nur solche Begründungsmängel die Nichtigkeitsfolge aus, die bei Abwägung aller Umstände als schwer wiegend erscheinen.⁴⁵

In aller Regel erfolgt die Begründung von Rechtsakten in Gestalt der Richtlinien und Verordnungen vorangestellten Erwägungsgründe. Weit darüber hinaus dürfte der Ansatz der Kommission gehen, in Zukunft alle größeren Initiativen des Arbeitsprogramms der Kommission einer Folgenabschätzung zu unterziehen.⁴⁶ Zwar wird betont, die Folgenabschätzung sei Hilfsmittel der Entscheidungsfindung, kein Ersatz für politische Entscheidungen.⁴⁷ Dennoch wird die Europäische Folgenabschätzung mit einem Abschätzungsbericht genannten Dokument abgeschlossen werden, das die Wahl der Handlungsalternative *rechtfertigt*.

⁴⁴ EBERHARD GRABITZ/MEINHARD HILF (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*. Altband II, Art. 137–248 (Maastrichter Fassung), München 1999, Art. 190 Rz. 7 (Bearbeiter: EBERHARD GRABITZ).

⁴⁵ EuGH, Rs. 18/57 (Nold), Slg. 1958/59, 89 (116); Rs. 158/80 (Rewe), Slg. 1981, 1805, Rz. 19, 26 f.; CHRISTIAN CALLIESS/MATTHIAS RUFFERT, *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*. 2. Aufl., Neuwied 2002, Art. 253 Rz. 26 (Bearbeiter: CHRISTIAN CALLIESS).

⁴⁶ Mitteilung der EU-KOMMISSION über Folgenabschätzung vom 5. Juni 2002, KOM (2002) 276 endg.

⁴⁷ EU-KOMMISSION, KOM (2002) 276 endg., 3.

tigt – und nicht nur illustriert.⁴⁸ Darin kann eine Begründung gesehen werden, die in ihrem Anspruch die Anforderungen des § 39 Abs. 1 VwVfG sogar übertrifft.

4. Zwischenbilanz

Es ist somit festzuhalten, dass mit dem Gebot gerechter Abwägung ein anspruchsvolles Entscheidungsprogramm als sachgerecht akzeptiert worden ist. Wie sogleich zu zeigen sein wird, erreicht die Verwirklichung des Abwägungsgebots schnell die Grenzen der Leistungsfähigkeit rein natürlich-sprachlicher Darstellungen (III.). Es entfaltet wegen seiner Abstammung vom Rechtsstaatsprinzip seine Geltung selbst ohne ausdrückliche fachgesetzliche Anordnung und im Prinzip auch in Bezug auf Rechtsetzungsakte.

Dem entspricht die Pflicht verschiedener Hoheitsträger in Deutschland und Europa, die Entscheidungsgründe, den Abwägungsvorgang, nachvollziehbar zu dokumentieren. Im Unterschied zu parlamentarischen und exekutivischen Gesetzgebern sind Verwaltungsbehörden, Satzungsgeber und die Organe der Europäischen Gemeinschaften regelmäßig gehalten, die der Entscheidung zugrunde liegenden Erwägungen zu erläutern.

IV. Defizite der natürlich-sprachlichen Darstellung

1. Entscheidungsherstellung

Die Entscheidungsherstellung und -begründung erfolgt in der Praxis weitestgehend mit Hilfe einer rein natürlich-sprachlichen Methodik. Für die Beschreibung der Prognosen werden Ausdrücke wie „wahrscheinlich“, „unwahrscheinlich“ oder „es kann ausgeschlossen werden, ...“ eingesetzt, und für die Artikulation von Bewertungen werden Begriffe wie „erheblich“, „sehr gewichtig“ oder „außerordentlich“ ver-

⁴⁸ EU-KOMMISSION, KOM (2002) 276 endg., 10. Die deutsche Fassung des Richtlinienentwurfs spricht von „begründet“, die Fassungen in den romanischen Sprachen und der Gesamtkontext der Richtlinie lassen jedoch erkennen, dass dies im Sinne einer Rechtfertigung gemeint sein dürfte (Spanisch: *justificara*, Französisch: *justifiera*; Italienisch: *giustificerà*).

wendet.⁴⁹ Wegen der vom Bundesverwaltungsgericht angemahnten bilanzierenden Betrachtungsweise⁵⁰ – der abschließenden Gesamtabwägung – müssen dann Belange, Prognosen und Bewertungen auf irgendeine Art und Weise verknüpft werden. In dieser Hinsicht wird vielfach lediglich festgestellt, die getroffene Entscheidung beruhe auf einer gerechten Abwägung.⁵¹

Die zur Artikulation von Prognosen und Gewichtungen eingesetzten natürlich-sprachlichen Bezeichnungen sind nicht nur vage, was mit Blick auf das Gebot, eine nachvollziehbare Begründung der Entscheidung zu geben,⁵² bereits als solches nicht unproblematisch ist, sie erlauben darüber hinaus nicht die Durchführung der unausweichlich gebotenen Gesamtabwägung. Begriffe wie „gering“, „mittel“ oder „groß“ werden in der behördlichen Praxis in ihrem (Wert-)Verhältnis nicht genau beschrieben, so dass das Ergebnis der Entscheidungsherstellung, die Gerechtigkeit der Abwägung, nicht viel mehr als eine Behauptung bleibt, die zwar wegen des von den zuständigen Behörden gewissenhaft durchgeführten Verfahrens sicher ein gerüttelt Maß an Legitimität für sich in Anspruch nehmen kann, aber letztlich nicht nachvollziehbar ist. Was etwa wäre die Summe von „gering“ und „groß“?

Die Überzeugungskraft der Begründung leidet überdies, wenn, wie im Fachplanungsrecht vielfach zu beobachten, segmentiert abgewogen wird.⁵³ So wird regelmäßig ein Nachteil nach dem anderen abgearbeitet mit dem jeweiligen Schluss, zwingende gesetzliche Abwägungsgrenzen seien nicht verletzt und der gegebenenfalls verbleibende Teil Gegenstand der Abwägung.⁵⁴ Dabei wird der jeweilige belastete Teilbereich mit den Gesamtvorteilen des Projektes verglichen.⁵⁵ Ein solches Vorgehen ist schon im Ansatz nicht geeignet, einen Nachweis für die mit der Entscheidung zumindest implizit aufgestellte Behauptung eines gerechten Abwägungsergebnisses zu erbringen.

⁴⁹ FREIE UND HANSESTADT HAMBURG (FHH), *Planfeststellungsbeschluss DA-Erweiterung vom 8. Mai 2000*: „Außerordentliche Bedeutung“ (75), „sehr gewichtige Gründe“ für das Vorhaben (67), sehr hohe, hohe, mittlere, geringe Beeinträchtigung (67 ff.).

⁵⁰ Siehe die Nachweise in Fn. 14.

⁵¹ Ein typisches Beispiel liefert FHH, *Planfeststellungsbeschluss DA-Erweiterung vom 8. Mai 2000*, 75.

⁵² Vertiefend KISCHEL, *Die Begründung* (Fn. 29), 338–354.

⁵³ FHH, *Planfeststellungsbeschluss DA-Erweiterung vom 8. Mai 2000*, 99–476, sowie REGIERUNGSPRÄSIDIUM STUTTGART, *Planfeststellungsbeschluss Landesmesse vom 12. März 2003*, 118–171.

⁵⁴ FHH, *Planfeststellungsbeschluss DA-Erweiterung*, 155 (nachteilige Auswirkungen auf wasserwirtschaftliche Belange).

⁵⁵ REGIERUNGSPRÄSIDIUM STUTTGART, *Planfeststellungsbeschluss Landesmesse vom 12. März 2003*, 162 (Folgen für die Landwirtschaft und Bedeutung des Vorhabens).

Abgesehen von dieser Schwäche fehlt es generell an einem nachvollziehbaren Aggregationsmodus für die Gesamtabwägung aller betroffenen Belange. Der Hinweis, die jeweiligen verbleibenden Belastungen seien Gegenstand der Abwägung, würde dies jedenfalls nicht zu leisten vermögen. Wenn solche oder ähnliche Aussagen mehr als eine bloße Ausflucht sind, so lassen sich die wenig gehaltvollen Bemerkungen vielleicht mit der gewählten natürlich-sprachlichen Darstellungsweise erklären, die gerade bei der gestellten Aggregationsaufgabe versagt. Dabei ist die zu beobachtende gewisse Hilflosigkeit der Planfeststellungsbehörden nicht auf die mangelhafte Anwendung eines an sich voll tauglichen Instruments in der Praxis der einen oder anderen Dienststelle zurückzuführen. Vielmehr ist das dem unbefriedigenden Verweis auf den Gegenstand der Abwägung zugrunde liegende Defizit einer natürlich-sprachlichen Entscheidungsherstellung prinzipieller Natur. Das bedarf der Erläuterung.

Stellen wir uns vor, die Behörden würden im Gegensatz zur gegenwärtigen Übung angeben, welche *Wertverhältnisse* mit den gewählten vagen Bezeichnungen artikuliert werden sollen. Es liegt auf der Hand, dass Begriffe wie „erhebliche Belastung“ oder „hohe Beeinträchtigung“ keine punktgenauen Veränderungen der gesellschaftlichen Wohlfahrt durch das Projekt ausdrücken würden. Sie würden vielmehr schon wegen ihrer Vagheit eine gewisse Spanne abbilden. Gerade in der damit verbundenen Reduzierung von Komplexität läge eventuell ihr Sinn.

Je geringer die Zahl der Abstufungen ist, desto größer sind jedoch die dabei in Bezug genommenen Intervalle. Bezeichnete man etwa Wohlfahrtsveränderungen zwischen 0 und 10 % als „gering“, solche zwischen 10 und 20 % als „mittel“, solche zwischen 20 und 30 % als „groß“ sowie alles darüber als „überragend“, so ließe sich die Frage, ob zwei „mittlere“ Vorteile durch einen „großen“ Nachteil aufgewogen würden, nicht eindeutig beantworten. Es kann sein, dass sie schwerer wiegen als eine „große“ Verschlechterung. Es kann aber auch das Gegenteil zutreffen. Zwei „mittlere“ Verbesserungen können sogar schwerer wiegen als eine „überragende“ Verschlechterung, es kann aber ebenfalls umgekehrt sein. Mit dem 4-Stufen-System ist es also möglich, zwei sich widersprechende Ergebnisse zu begründen. Es wäre daher logisch inkonsistent und in diesem Sinne irrational.⁵⁶

⁵⁶ Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass in manchen Fällen mit Hilfe eines Stufenmodells eine in sich stimmige und eindeutige Rechtfertigung gelingen könnte. Das obige Beispiel verdeutlicht nur die prinzipiellen Schwierigkeiten, die mit der Wahl von Intervallen verbunden sind.

Das Problem verschärft sich weiter, nimmt man die natürlich-sprachliche Repräsentation von Prognosen hinzu. Im Grunde sind sich Verwaltungsrechtsprechung und Literatur einig, dass die zur Bewältigung von Prognosen eingesetzte Methodik „angemessen und einwandfrei“,⁵⁷ „korrekt“⁵⁸ oder „wissenschaftlich vertretbar“⁵⁹ sein muss. Auch das Bundesverfassungsgericht teilt diesen Ansatz.⁶⁰ Welche Kriterien die gewählten Methoden aber erfüllen müssen, um diesem Anspruch zu genügen, bleibt weitgehend offen. Ohne dies hier vertiefen zu können, spricht mit den vorstehenden Überlegungen einiges dafür, dass natürlich-sprachliche Methoden auch in Bezug auf Prognosen in komplexen Fällen den gestellten Anforderungen nicht wirklich entsprechen können.

2. Gerichtliche und politische Kontrolle komplexer staatlicher Entscheidungen

Einen ganz wesentlichen weiteren Nachteil bringen natürlich-sprachliche Methoden für ihre gerichtliche wie politische Kontrolle mit sich. Der bereits erwähnte Ansatz des Bundesverwaltungsgerichts, die verhältnismäßige Gewichtung auch einzelner Belange hinsichtlich des Abwägungsvorgangs zu überprüfen, ist nicht durchführbar, versteht man ihn als die Prüfung, ob die getroffene Maßnahme durch die gegebene Begründung tatsächlich in vertretbarer Weise gerechtfertigt wurde. Die hierfür notwendige nachvollziehbare Gesamtabwägung, die Aggregation der betroffenen Belange, ist mit natürlich-sprachlichen Mitteln in komplexen Fällen nicht zu bewältigen. Damit sperrt sich die Begründung in essentiellen Teilen gegen den gerichtlichen Zugriff. Auch der demokratischen Kontrolle ist der Abwägungsvorgang als Kontrollgegenstand entzogen.

Den Gerichten wie der Öffentlichkeit bleibt daher nur eine Begründbarkeits- oder Ergebniskontrolle, also die Prüfung, ob sich die Maßnahme vernünftig rechtfertigen ließe. Bei den hier durch die Verwaltungsrechtsprechung gewährten Spielräumen läuft das auf einen milden Prüfmaßstab hinaus, der erstens nicht mehr viel mit dem Anspruch der Gerichte zu tun hat, auch die objektive Gewichtigkeit einzelner Belange zu überwachen. Zweitens unterläuft die praktizierte milde Variante der

⁵⁷ BVerwGE 56, 110 ff., 121; BVerwGE 69, 256 ff., 272; BVerwGE 72, 282 ff., 286; BVerwGE 75, 214 ff., 234; BVerwGE 87, 332 ff., 355; siehe auch KÜHLING/HERRMANN, Fachplanungsrecht (Fn. 13), 120.

⁵⁸ KÜHLING/HERRMANN, Fachplanungsrecht (Fn. 13), 120.

⁵⁹ STEINBERG/BERG/WICKEL, Fachplanung (Fn. 4), 235.

⁶⁰ BVerfGE 88, 40 ff., 60.

Begründbarkeitsprüfung die verwaltungsrechtlichen Begründungspflichten, was letztlich eine bedenkliche Verkürzung des verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutzes bedeutet (Art. 19 Abs. 4 GG).

Im deutschen Verfassungsrecht gibt es hingegen gegenwärtig keine Begründungspflicht der Gesetzgeber, was die Gerichte und Öffentlichkeit von vornherein auf eine Ergebniskontrolle beschränkt. Das mag mit Gewaltenteilungsargumenten zu rechtfertigen sein, ist jedoch keineswegs zwingend, wie die Beispiele des bauplanungsrechtlichen Satzungsrechts und der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften zeigen.

V. Formale Sprachen als Lösungsbeitrag?

Angesichts der aufgezeigten prinzipiellen Schwächen der natürlichen Sprache fragt sich, ob die gestellten Aufgaben – vernünftige Bewältigung konfligierender Interessen und deren nachvollziehbare Darstellung – nicht mit Hilfe formaler Notationen besser zu begreifen oder gar zu bewältigen sind. Formale Sprachen haben aber im Recht einen schweren Stand.

1. Symbolische Logik als analytisches Instrument

Das gilt bereits für die symbolische Logik, deren analytisches Potential nur von vereinzelt methodisch orientierten Beiträgen erkannt wurde.⁶¹ Noch kleiner ist der Kreis der Autoren in der juristischen Literatur, der die Verwendung numerischer Instrumente zum Umgang mit Bewertungen ausdrücklich befürwortet.⁶²

Auch wenn für unsere Überlegung die symbolische Logik nicht im Mittelpunkt des Interesses steht, so ist eine Betrachtung der gegen ihre Heranziehung angeführten Argumente aufschlussreich. Bei Verwendung einer Symbolsprache träten Übersetzungsprobleme auf.⁶³ Übersetzungsvorgänge enthielten notwendigerweise Wertungen und ande-

⁶¹ KOCH, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht (Fn. 23), 36 ff.; RÜDIGER RUBEL, *Planungsermessen*. Frankfurt am Main 1982, 30 ff.; KOCH/HELMUT Juristische Begründungslehre (Fn. 32), 14 ff.; ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*. 1. Aufl., Frankfurt am Main 1986, 143 ff.; BERNHARD SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin 1976, 181 ff.; NILS JANSEN, *Die Struktur der Gerechtigkeit*. Baden-Baden 1998, insb. 59 ff.

⁶² HEINRICH HUBMANN, *Wertung und Abwägung im Recht*. Köln 1977, insb. 166 f.; ERNST LUDWIG NELL, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*. Berlin 1983, 153 ff.

⁶³ BERND RÜTHERS, *Rechtstheorie*. München 1999, 111.

re Fehlerquellen,⁶⁴ die das mit der Formalisierung verfolgte Ziel einer größeren Denk- oder Ausdrucksgenauigkeit in Frage zögen.⁶⁵ Zweitens müssten juristische Begründungen für die Mehrheit der Rechtsgenossen durchschaubar und nachprüfbar sein. Dem entspreche die Verwendung der natürlichen Sprache. Logische Symbolsprachen seien dagegen undurchschaubar.⁶⁶

Dem lässt sich Verschiedenes entgegenhalten. Zunächst scheint in Bezug auf den hier interessierenden Kontext verkannt zu werden, dass es sich bei der Bewältigung konfligierender Interessen, also der Suche nach einer gerechten Abwägung, ohnehin in einem gewissen Sinn um einen „Übersetzungsvorgang“ handelt. Die Frage ist allein, welche Form der Übersetzung sich mit Blick auf die gestellte Aufgabe als überlegen darstellt.

Darum verfehlt auch der Vorwurf der Undurchschaubarkeit jedenfalls dann sein Ziel, wenn man ihn nicht relativiert. Sicher bedarf es bestimmter Kenntnisse, die formale Notation der symbolischen Logik oder auch der normativen Entscheidungstheorie nachvollziehen zu können. Das ist jedoch für natürlich-sprachliche Ausdrucksweisen ebenso der Fall, mögen die hierfür erforderlichen Fähigkeiten auch unter Rechtsanwendern und Rechtsbetroffenen weiter verbreitet sein als formale – es gibt sozusagen nicht den „direkten“ Zugriff auf die Gedanken der Entscheidungsträger.

Bei näherem Hinsehen ist mit den vorstehenden Überlegungen bezüglich vager Begriffe zur Artikulation von Bewertungen oder Prognosen ferner zu erkennen, dass die von Rüthers angenommene Durchschaubarkeit und Nachprüfbarkeit natürlich-sprachlicher Ausdrucksweisen aus normstrukturellen Gründen nicht durchgängig gegeben sein dürfte. Wo immer die Existenz neutraler Kandidaten nicht ausgeschlossen werden kann, ist für Dritte unabhängig von ihrem Sachverstand nur ungefähr erkennbar, was gemeint ist. Anders als bei formalen Sprachen, die zumindest die Chance eröffnen, dass die getroffenen Aussagen insbesondere hinsichtlich von Prognosen und Bewertungen von Gerichten oder der Öffentlichkeit verstanden werden können, versperrt eine natürlich-sprachliche Darstellungsweise aus unüberwindlichen sprachtheoretischen Gründen den Zugriff auf das Gemeinte.

⁶⁴ KLAUS ADOMEIT, Buchbesprechung zu Maximilian Herberger/Dieter Simon, Wissenschaftstheorie für Juristen, in: *NJW* 1981, 213.

⁶⁵ RÜTHERS, *Rechtstheorie* (Fn. 63), 111.

⁶⁶ Ebd.

2. Die formale Sprache der normativen Entscheidungstheorie zur Modellierung von Abwägungsvorgängen

In der von der Volkswirtschaftslehre geprägten Entscheidungstheorie wird jedoch in der Tat nicht die symbolische Logik zur Modellierung von Prognosen und Bewertungen eingesetzt. Hierzu kommen andere mathematische Verfahren zum Einsatz, so vor allem die Bildung einer Verrechnungseinheit, des so genannten Basisguts oder *Numéraires*.⁶⁷

Sie erfolgt in bikriteriellen Fällen nach dem Muster „Die Schaffung eines Arbeitsplatzes A rechtfertigt die Reduzierung der Anzahl einer geschützten Tierart, etwa von Löffelenten Lö, um mindestens x Exemplare“. Die beschriebene Aussage entspricht in formaler ökonomischer Schreibweise

$$1 W_A \geq x W_{L\ddot{o}}$$

Mit anderen Worten, der Wert eines Arbeitsplatzes beträgt, ausgedrückt in Löffelenten:

$$\geq x \left[\frac{L\ddot{o}}{A} \right]$$

Sie stellt eine Umrechnung von Arbeitsplätzen in Löffelenten dar, wobei die Dimension („Löffelenten pro Arbeitsplatz“) in eckigen Klammern steht. Wer sich unter Löffelenten nicht so recht etwas vorzustellen vermag, hingegen vom Wert eines Arbeitsplatzes eher ein Bild hat, kann genauso gut umgekehrt in Arbeitsplätzen rechnen. Die entsprechende Aussage lautet, der Wert einer Löffelente beträgt, ausgedrückt in Arbeitsplätzen:⁶⁸

$$\geq x \left[\frac{L\ddot{o}}{A} \right]$$

Die aufgezeigte Struktur der Bildung von Wertverhältnissen gilt genauso auch für komplexe („multikriteriellen“) Entscheidungssituatio-

⁶⁷ Siehe nur die Monographien von ROSWITHA MEYER, *Entscheidungstheorie*. 2. Aufl., Wiesbaden 2000; PETER DÖRSAM, *Grundlagen der Entscheidungstheorie anschaulich dargestellt*. 3. Aufl., Heidenau 2001, und HELMUT LAUX, *Entscheidungstheorie*. 5. Aufl., Heidelberg 2003.

⁶⁸ Eine technischere Darstellung dieses Vorgangs offerieren MATTHEW D. ADLER/ERIC A. POSNER, Rethinking Cost-Benefit Analysis, in: 109 *Yale Law Journal* (1999), 175 ff., 177–187.

nen, in denen dann für jeden Belang zu prüfen ist, welche Gewichtung er relativ zu den anderen entscheidungsrelevanten Interessen erhalten soll. Da der Ausdruck von Werten in „Arbeitsplätze pro Löffelente“ oder „Löffelenten pro Arbeitsplatz“ ungewohnt ist, empfiehlt sich für komplexe Entscheidungssituationen die Verwendung eines gesellschaftlich vertrauteren Basisguts – etwa einer Geldeinheit –, um die Wertverhältnisse unter allen betroffenen Belangen zu artikulieren. Der Klarstellung halber sei noch darauf hingewiesen, dass mit dem Rückgriff auf einen *Numéraire* eine lineare Bewertungsfunktion impliziert wird, gleichwohl aber mit einem *Numéraire* alle möglichen Bewertungen zum Ausdruck gebracht werden können.

Die in der Entscheidungstheorie übliche Verwendung eines Basisguts verleiht dem im Rahmen der Herstellung einer Entscheidung unausweichlichen Bewertungsvorgang eine präzise und kalkulatorisch belastbare Form. In der Neigung zur formalen Darstellung von Entscheidungsproblemen liegt denn auch ein Hauptunterschied zwischen normativer Entscheidungstheorie und juristischer Herangehensweise.

Darin erschöpfen sich die Differenzen allerdings nicht. Während das Forschungsinteresse der Entscheidungstheorie vorwiegend auf die Modellierung von Entscheidungsherstellungsvorgängen gerichtet ist („*ex ante*“-Perspektive), beschäftigt sich die Rechtswissenschaft in erster Linie mit Fragen der gerichtlichen Kontrolle („*ex post*“).

Dennoch weisen beide Ansätze auffällige Parallelen auf. Was in der Ausdrucksweise des Abwägungsgebots „Zusammenstellung des Abwägungsmaterials“ genannt wird, heißt, ohne dass damit ein inhaltlicher Unterschied gemeint wäre, in der Entscheidungstheorie „Ermittlung der Ressourcenausstattung“,⁶⁹ die Prognosen erfolgen im Rahmen der entscheidungstheoretisch so benannten Produktionsfunktion, und schließlich bezeichnen beide Traditionen den letzten Schritt als Bewertung.⁷⁰ Es drängt sich daher die Frage auf, inwieweit die formalen Mittel der normativen Entscheidungstheorie zur Bewältigung komplexer Abwägungsaufgaben eingesetzt werden könnten.

⁶⁹ Brim bezeichnet den ersten Schritt als „obtaining necessary information“, was die Nähe beider Ansätze sehr deutlich macht (ORVILLE G. BRIM, Jr., *Personality and decision processes. Studies in the social psychology of thinking*. Stanford 1962, 9).

⁷⁰ BRIM, *Personality and decision processes* (Fn. 69), 9.

VI. Rationalitäts- und Transparenzgewinne durch numerisch-formale Instrumente der Entscheidungsherstellung?

In der durch Rechtsanwendung oder Rechtsetzung charakterisierten Praxis von Behörden, Parlamenten und Gerichten kommen formale Bewertungsmethoden nur am Rande vor. Allerdings sind bei näherer Analyse einige interessante Ausnahmen festzustellen.

1. Rechtsanwendung und Rechtsetzung mit Hilfe numerischer Methoden

Betrachten wir zunächst die Ebene der Rechtsanwendung, wo die Handhabung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung durch Punktesysteme unterstützt wird (§§ 18–21 BNatSchG). Etwas verkürzt gesagt, verlangt die Eingriffsregelung bei erheblichen und unvermeidbaren Beeinträchtigungen der Leistungs- oder Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts von Behörden und Projektträgern eine gleichwertige Kompensation für den Eingriff zu ermitteln (§ 19 Abs. 2 BNatSchG). Es ist leicht zu erkennen, dass der Begriff der „Gleichwertigkeit“ nach Bewertungen verlangt, wobei man sich hinsichtlich des Schwierigkeitsgrades der Aufgabe nicht dadurch täuschen lassen darf, dass relativ ähnliche Dinge – ein Biotop mit anderen Biotopen – zu vergleichen sind. Geboten ist wiederum eine bilanzierende Betrachtungsweise.⁷¹

Wie aber findet man angesichts der Vielfältigkeit natürlicher Biotopformen eine Kompensationsfläche, die der Voraussetzung der Gleichwertigkeit genüge tut? Die Hamburgische Verwaltung hat hierzu ein numerisches System entwickelt, mit dem Biotope nach jeweiliger Schutzwürdigkeit in Klassen unterteilt werden. Den Klassen werden wiederum eine bestimmte Punktzahl pro Quadratmeter zugeordnet, mit deren Hilfe trotz fehlender Identität von Eingriffs- und Ausgleichsfläche die Gleichwertigkeit der Kompensation ermittelt werden kann.⁷² So ist es zum Beispiel möglich, einen Quadratmeter der höchst bewerteten Biotopklasse durch eine bestimmte Anzahl Quadratmeter einer weniger schutzwürdigen Biotopklasse aufzuwiegen. Damit hilft das Modell, die gesetzlich gestellte Aufgabe der Kompensationsflächenermittlung nachvollziehbar und konzeptionell überzeugend zu bewälti-

⁷¹ ERICH GASSNER, *Bundes-Naturschutzgesetz*, München 2003, Rz. 23 (Bearbeiter: ERICH GASSNER).

⁷² FREIE UND HANSESTADT HAMBURG, *Umweltbehörde*. Dienstliche Handreichung aus dem Staatsräte-Arbeitskreis am 28. Mai 1991 („Staatsrätemodell“).

gen. Es kann damit festgehalten werden, dass das Punktesystem der Durchführung einer komplexen Aggregationsaufgabe dient.

Die Bewertung von Prüfungsleistungen stellt einen weiteren Sachbereich dar, in dem von numerischen Methoden zur Aggregation von Einzelbewertungen Gebrauch gemacht wird. Man denke nur an die Erste Juristische Staatsprüfung, bei der seit Jahrzehnten die Gesamtnote mit Hilfe eines gesetzlich vorgegebenen Kalkulationsmodus errechnet wird.⁷³ Auch hier wird deutlich, dass gerade in der Ziehung einer „Bilanz“ eine große Stärke formaler Evaluationsmethoden liegt.

Bei einer anderen Verwaltungsaufgabe dürfte hingegen die Transparenz im Vordergrund stehen. Europäische Kommission und Europäisches Parlament haben nunmehr eine Richtlinie verabschiedet, nach der öffentliche Stellen, die Leistungen auf den Gebieten der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung im Wege einer Auftragsvergabe in Anspruch nehmen wollen, bereits in der Ausschreibung die Gewichtung der Kriterien angeben müssen, die der Zuschlagsentscheidung zugrunde gelegt werden.⁷⁴ Dies soll regelmäßig mit Hilfe einer zahlenmäßigen Angabe erfolgen. Nur ausnahmsweise ist die Angabe einer (schlichten) Rangfolge zulässig.⁷⁵

Blickt man auf die Ebene der Rechtsetzung, so ist an erster Stelle die Bundesverkehrswegeplanung zu nennen. Bevor der Bundestag über die Verkehrsinfrastrukturausbaugesetze beschließt, ermittelt das Bundesverkehrsministerium anhand einer Kosten-Nutzen-Analyse, an welchen Verbindungen in welchem Ausbaustadium ein öffentlicher Bedarf besteht, wobei auch raumplanerische Effekte und Auswirkungen auf die Umwelt in den Blick genommen werden.⁷⁶ Die KNA erfolgt genauso formal-numerisch wie die Artikulation der sonstigen Auswirkungen. Dass die Veröffentlichungen des BMV noch transparenter sein könnten, was die einzelnen Projektbewertungen angeht, interessiert für unsere Betrachtung hingegen nicht weiter.

⁷³ Vgl. etwa § 35 Hamburgisches Juristenausbildungsgesetz (JAG v. 11. Juni 2003, Hmb. GVBl. 2003, 156).

⁷⁴ Der Entwurf der Kommission (KOM (2000) 276 endg./2, 2000) ist mittlerweile nach einigen für unser Argument unwesentlichen Änderungen durch das Europäische Parlament mit Beschluss vom 29. Januar 2004 angenommen worden und steht vor seiner Veröffentlichung im Amtsblatt der EG.

⁷⁵ KOM (2000) 276 endg./2, 2000, 38, Nr. 54.2.

⁷⁶ BUNDESMINISTERIUM FÜR VERKEHR, BAU- UND WOHNUNGSWESEN (Hrsg.), *Bundesverkehrswegeplan 2003. Grundzüge der gesamtwirtschaftlichen Bewertungsmethodik*. Berlin 2002, 69. Bei der Umweltrisikoeinschätzung gilt eine analoge Skalierung von „1“ bis „5“, wodurch Abstufungen von einem „geringen“ Umweltrisiko bis zu einem „sehr hohen“ Umweltrisiko artikuliert (siehe ebd., 59).

Erwähnenswert ist ferner die nach § 44 GGO vorgesehene Gesetzesfolgenabschätzung für Gesetzgebungsvorhaben der Bundesregierung, wenngleich das Instrument wohl in erster Linie auf die Ermittlung von haushaltsmäßigen Auswirkungen der ins Auge gefassten Gesetze zielt.⁷⁷

In jeder Hinsicht umfassender ist der Ansatz der Europäischen Kommission, ihrem eigenen Richtlinienvorschlag zufolge zukünftig alle größeren Vorhaben ihres Arbeitsprogramms der „Europäischen Folgenabschätzung“ zu unterwerfen.⁷⁸ Die Europäische Folgenabschätzung wird mit einem „Abschätzungsbericht“ abschließen, der darstellt, welche Gründe aus Sicht der Kommission die vorgeschlagene Maßnahme rechtfertigen.⁷⁹ Auch wenn sich die Kommission nicht auf einen bestimmten Typ der Formalisierung festlegt, so ist doch klar ersichtlich, dass eine rein natürlich-sprachliche Evaluation regelmäßig als nicht ausreichend betrachtet wird.

Möglicherweise hat sich die Kommission dabei von der Praxis der US-Regierung inspirieren lassen, die schon seit den Zeiten von Präsident Reagan Gesetzgebungsvorhaben in formaler Art und Weise überprüfen lässt, wenn sie einen bestimmten Schwellenwert hinsichtlich ihrer volkswirtschaftlichen Auswirkungen überschreiten.⁸⁰ Dass die Kosten-Nutzen-Analysen des Office of Management and Budget (OMB) in Bezug auf die methodisch sorgfältige Ermittlung von Gesetzesfolgen und ihrer Bewertung hilfreich sind, wird mittlerweile nicht mehr bestritten.

Bilanziert man die referierten Anwendungsfelder numerischer Methoden, so ist zu beobachten, dass sie nur zum Teil Hilfsmittel zur Bewältigung konfligierender Interessen darstellen. Das Punktesystem zur Operationalisierung der Eingriffsregelung und das Prüfungswesen beschäftigen sich dem ersten Anschein nach nicht mit dem Verhältnis von Vorteilen und Nachteilen der erwogenen Alternativen. Abwägungsfragen sind insoweit nicht unmittelbar angesprochen. Deutlicher ist der Bezug zur Abwägung bei der Gesetzesfolgenabschätzung nach § 44 GGO, der beabsichtigten Europäischen Folgenabschätzung und der Cost-Benefit-Analysis der US-Regierung.

Die angeführten Beispiele zeigen also einerseits, dass die zahlenmäßige Entscheidungsherstellung durchaus in die Rechtsanwendung wie

⁷⁷ GMBI. 2000, 526 ff.

⁷⁸ Mitteilung der EU-KOMMISSION über Folgenabschätzung vom 5. Juni 2002, KOM (2002) 276 endg.

⁷⁹ Mitteilung der EU-KOMMISSION über Folgenabschätzung vom 5. Juni 2002, KOM (2002) 276 endg., 10. Siehe dazu auch die Nachweise in Fn. 48.

⁸⁰ Ursprünglich Exec. Order No. 12, 291, 3 C.F.R. 127 (1982), wiedergegeben in 5 U.S.C. § 601 (1988). Diese Verordnung wurde ersetzt durch Exec. Order No. 12866, 3 C.F.R. 638 (1994), wiedergegeben in 5 U.S.C. 601 (2000), nunmehr Exec. Order No. 13258, 67 Fed. Reg. 9385 (Feb. 28, 2002).

die Rechtsetzung Eingang gefunden hat. Andererseits ist in der Praxis eine große Zurückhaltung in Bezug auf die Verwendung formaler Kosten-Nutzen-Analysen als Instrument der Rechtfertigung rechtsverbindlicher Entscheidungen zu konstatieren, was aber jedoch nicht den Blick auf die prinzipiellen methodischen Vorzüge formaler Evaluationsmethoden versperren sollte.

2. Die Vorzüge formaler Darstellungsweisen

Insoweit ließ bereits die vorstehende kursorische Untersuchung der Verwendung formaler Bewertungsmethoden für die Rechtsanwendung und zur Vorbereitung von Rechtsetzungsakten erkennen, dass die Vorteile formaler Methoden besonders dann zum Tragen kommen, wenn Gesamtbetrachtungen angestellt werden müssen und es auf die Transparenz der Rechtfertigung der getroffenen Maßnahme ankommt. Das kann nach der obigen Analyse der Defizite rein natürlich-sprachlicher Herangehensweisen auch nicht verwundern. Im Gegensatz zur gängigen Methodik lassen formale Notationen eine rationale Aggregation der betroffenen Belange in komplexen Fällen zu, die den kontrollierenden Zugriff von Dritten gestattet, so dass auch die Bewertung einzelner Belange – wie nach dem Ansatz des Bundesverwaltungsgerichts gefordert – der gerichtlichen Überprüfung unterworfen ist.

3. Die (möglichen) Nachteile der Verwendung numerisch-formaler Methoden

Obleich sich hier erhebliche Rationalitäts- und Transparenzgewinne andeuten, begegnen formale Methoden zur Operationalisierung von Abwägungsproblemen großen Vorbehalten, deren Stichhaltigkeit nachfolgend zu überprüfen ist. Die Darstellung beschränkt sich auf wesentlich erscheinende Punkte und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

a) Der Aufwand zur Generierung des Modells: ein Vorschlag zur Beschränkung des Anwendungsbereichs

Ein erster beachtlicher Einwand gegen die Verwendung einer numerischen Methodik bezieht sich auf den Aufwand zur Generierung der hierfür erforderlichen Modelle.⁸¹ Wer die Kosten-Nutzen-Analyse als

⁸¹ So erscheint Davids die Verwendung einer numerische Methodik als aufwendiger und komplizierter Formalismus, der triviale Ergebnisse produziere, zu denen der gesunde

Instrument der staatlichen Entscheidungsherstellung befürwortet, kann dies schlüssigerweise nur tun, wenn die Vorteile einer solchen Übung ihre Nachteile überwiegen würden. Im Grundsatz empfiehlt sich eine Formalisierung, wenn viel auf dem Spiel steht, erhebliche Aggregationsprobleme zu bewältigen sind und die gegebene Rechtfertigung auch insoweit nachvollziehbar sein soll. Besonders in Frage kommen hierfür planungsrechtliche Genehmigungsentscheidungen. Aber auch dann, wenn eine Vielzahl ähnlicher Fälle nach gleichen Kriterien zu entscheiden ist – wie im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung oder im Prüfungswesen – kann ein konzeptionell ausgearbeitetes Herangehen in zahlenmäßiger Art und Weise Verwaltungsabläufe unterstützen.

Auf Rechtsetzungsaufgaben ließe sich derselbe Gedanke mit Gewinn übertragen, berücksichtigt man die amerikanischen Erfahrungen mit der prospektiven KNA für Regulierungsakte des Präsidenten. Der durch die Executive Order 12866 als Schwelle definierte Wert von volkswirtschaftlichen Auswirkungen von mehr als 100 Millionen USD wäre leicht an europäische oder deutsche Verhältnisse anzupassen.

b) Scheinrationalität?

Während den gegenüber dem Aufwand für die formale Modellierung bezogenen Bedenken durch die Eingrenzung des Anwendungsbereichs noch relativ einfach begegnet werden kann, stehen hinter der Ablehnung numerischer Methoden im Recht vermutlich weitaus fundamentalere Gründe. Auf den vielleicht wichtigsten unter ihnen – den Vorwurf der Scheinrationalität – ist nun einzugehen.

Auch wenn es, soweit ersichtlich, nicht offen ausgesprochen wird, erscheint manchen Beobachtern die Verwendung von Zahlen zur Artikulation von Prognosen oder gar Bewertungen intellektuell unredlich – was man nicht genau wissen könne, könne und dürfe man daher auch nicht mit der Genauigkeit von Zahlen ausdrücken. Wer es dennoch tue, handele in dem Sinne scheinrational, dass er sich selbst und anderen die nicht vorhandene Präzision vorspiegele. Der Einwand dürfte, soweit er sich auf Bewertungen bezieht, auf der erkenntnistheoretischen Annahme objektiver Werte beruhen und ist selbst in diesem Rahmen

Menschenverstand einfacher und schneller gelangen könne (PETER DAVIDS, Möglichkeiten und Grenzen des produktionsintegrierten Umweltschutzes, in: *Immissionsschutz* 1999, 134 ff., 136; zustimmend KLAUS HANSMANN, Integrierter Umweltschutz durch untergesetzliche Normsetzung, in: *ZUR* 2002, 18 ff., 22 I. Sp.).

nicht überzeugend, wie nun erläutert werden soll.⁸² Die vergleichbare Problematik hinsichtlich von Prognosen wird im Folgenden außer Betracht bleiben.

Bereits seit der Zeit antiker griechischer Philosophen gibt es in der Moralphilosophie starke Strömungen, die von der Existenz des objektiv Guten ausgehen.⁸³ Der so genannte moralische Realismus (oder Objektivismus) hat im Laufe der Zeit Ausfächerungen erfahren, um die es für unsere Betrachtung nicht geht. Gemeinsam ist den Ansätzen, in Werten Tatsachen zu sehen, die im Zuge von Erkenntnisverfahren ermittelt werden können. Dass dies häufig nicht genau gelingt, wird in der Betrachtungsweise des moralischen Objektivismus nicht als Hinweis auf die Fragwürdigkeit der eigenen Grundannahme gedeutet, sondern als schwieriges Erkenntnisproblem angesehen, das sich prinzipiell nicht von anderen Erkenntnisproblemen unterscheidet.⁸⁴ Für den moralischen Realisten liegt es daher nahe, den zahlenmäßigen Ausdruck von Wertverhältnissen abzulehnen.

Dagegen stehen die Anhänger des moralischen Subjektivismus (oder Skeptizismus) den „moralischen Tatsachen“ skeptisch gegenüber.⁸⁵ Für moralische Subjektivisten werden Bewertungen nicht erkannt, sondern gefällt. Aus dieser Sicht ist kein erkenntnistheoretisches Veto gegen die Verwendung von Zahlen zur Artikulation von Bewertungen zu erwarten – wenn Gewichtungen qua Entscheidungsakt entstehen, so können sie prinzipiell auch genau gefällt werden. Dass wir uns dabei des Öfte-

⁸² Das epistemische Argument steht vermutlich hinter der Ablehnung numerischer Verfahren zur Durchführung von § 12 UVPG. Nach Nr. 0.6.2.1 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Ausführung der genannten Bestimmung beruht die gesetzlich geforderte medienübergreifende Bewertung von Umweltauswirkungen eines Vorhabens „mangels Verrechnungseinheiten auf qualitativen Gesichtspunkten, die zueinander in Beziehung zu setzen“ sind.

⁸³ Möglicherweise lässt sich so die Rede des Bundesverwaltungsgerichts von der „objektiven Gewichtigkeit“ verstehen (BVerwGE 75, 214 ff., 254; BVerwGE 117, 149 ff., 160). Kritisch HORST SENDLER, (Un)erhebliches zur planerischen Gestaltungsfreiheit, in: JÖRG BERKEMANN (Hrsg.), *Planung und Plankontrolle. Otto Schlichter zum 65. Geburtstag*, Köln 1995, 71; KÜHLING/HERRMANN, *Fachplanungsrecht* (Fn. 13), 107 (die Rede von der objektiven Gewichtigkeit gäbe Rätsel auf).

⁸⁴ HILARY PUTNAM, *Are moral and legal values made or discovered?* in: *1 Legal Theory* 1995, 5 ff., 16 ff.

⁸⁵ Einer der Gründer des moralischen Skeptizismus, wie der Subjektivismus auch bezeichnet wird, ist David Hume (grundlegend DAVID HUME, *An Enquiry concerning the principles of morals*. London 1751, Appendix I). Einer der einflussreichsten Moralphilosophen des 20. Jahrhunderts, Robert Nozick, spricht in diesem Sinne von „bestowing weights“ (ROBERT NOZICK, *Philosophical Explanations*. Oxford 1981, 298). Einflussreich sind ebenfalls GILBERT HARMAN, *Explaining value and other essays in moral philosophy*. Oxford 2000, 77, JOHN LESLIE MACKIE, *Ethics: inventing right and wrong*. 7. Aufl., London 1990, 15, und ALLAN GIBBARD, *Wise choices, apt feelings: a theory of normative judgment*. Oxford 1990.

ren nicht sicher sind, steht auf einem ganz anderen Blatt. Im Kontext hoheitlicher Entscheidungen wird jedoch mit dem Erlass eines Verwaltungsakts oder eines Gesetzes implizit kundgetan, dass man sich sicher genug gewesen ist, um zu einer Entscheidung zu gelangen. Wer dies tun würde, ohne gleichzeitig anzugeben, auf welchem Wege er zu der Entscheidung gelangt ist, könnte zu Recht gefragt werden, woher er denn seine Sicherheit bezüglich des Ergebnisses nehme. Der pauschale Verweis auf die Legitimität etwa eines Parlaments kann hierbei nur begrenzt überzeugen, da nach der schon wegen Art. 1 Abs. 3 GG zutreffenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch grundrechtsbelastende Gesetze dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegen.

Damit kommen wir zu dem ursprünglichen Einwand gegen die Verwendung formaler Herangehensweisen zurück, ihre Heranziehung sei wegen erkenntnistheoretischer Begrenzungen scheinrational. Selbst wenn man moralischer Realist ist, lassen sich Bewertungsunsicherheiten formal ausdrücken. Die Aussage, die Schaffung eines Arbeitsplatzes rechtfertige die Reduzierung der Löffelenten um *mindestens* eine bestimmte Zahl, räumt einen großen Bereich der Unsicherheit ein und drückt sie klar aus:

$${}^1 W_A \geq x \left[\frac{L\ddot{o}}{A} \right]$$

Mit anderen Worten steht der ontologische Charakter von Bewertungen als Teil der der Erkenntnis zugänglichen Wirklichkeit der formalen und damit im Grundsatz präzisen Notation von Wertverhältnissen nur auf den ersten Blick entgegen.

c) Unangemessene Transparenz?

Schließlich könnte gegen die Präzision numerischer Ausdrücke eingewandt werden, sie gefährde die integrative Wirkung rechtlicher Entscheidungen. Vor allem in Bezug auf Bestimmungen des Verfassungsrechts ist dies erwogen worden. Der Staat müsse als kollektives Sinnerlebnis verstanden werden, das ein Wert-, Güter- und Kultursystem darstellt.⁸⁶ Die Verfassung sei daher Teil eines Integrationsprozesses und damit mehr als bloß eine Norm oder abstrakte Regelung. Es ist leicht zu sehen, dass eine Begründungspflicht für Akte des Gesetzge-

⁸⁶ RUDOLF SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*. München 1928, 80 ff., 163; instruktive Einordnung der Lehre Smends in geschichtliche Entwicklungen m. w. N. WILHELM HENNIS, *Integration durch Verfassung. Rudolf Smend und die Zugänge zum Verfassungsproblem nach 50 Jahren unter dem Grundgesetz*, in: *JZ* 1999, 485 ff., 488–493.

bers eine solche Wirkung beeinträchtigen könnte, was für Begründungen in numerischer Form wegen deren Transparenz bezüglich der einzelnen Wertungen und des eingesetzten Aggregationsmodus in besonderer Weise gelten würde.

Dem wäre zunächst einmal entgegenzuhalten, dass sich Smends Überlegung auf Verfassungstexte, nicht auf das einfache Parlamentsgesetz bezog. Ob die Integrationslehre wirklich in der Lage ist, den hohen Abstraktionsgrad solcher Normen zu erklären oder gar zu rechtfertigen, erscheint zwar alles andere als ausgeschlossen, kann aber im Rahmen der vorliegenden Überlegungen letztlich dahinstehen. Hinsichtlich des hier im Zentrum stehenden einfachen Gesetzesrechts ist generell festzustellen, dass sich einerseits detaillierte und klare Regelungen für weite Anwendungsbereiche schon aus demokratieprinzipiellen Gründen im Vergleich mit vagen Generalklauseln empfehlen können.⁸⁷ Andererseits können mit Hilfe abstrakter Generalklauseln unvorhergesehene Fälle entsprechend der vom Gesetzgeber für die vorhergesehenen Fälle gewollten Lösung entschieden werden. Soweit also vage Begriffe diese Funktion erfüllen sollen, impliziert das aber keineswegs auch eine schwammige natürlich-sprachliche Methodik des Rechtsetzungsvorgangs. In der Rechtsanwendung schließlich muss ohnehin dann wieder präzise angegeben werden, welche Bedeutung den vagen Begriffen unter den konkreten Umständen gegeben wurde. Das kann im Übrigen auch im Zuge von ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften erfolgen.

Schließlich wäre die These von der größeren integrativen Kraft abstrakter Ausdrücke bereits als solches fraglich, übertrüge man sie auf einfaches Gesetzesrecht und seine Anwendung. Ob und inwieweit Partizipation und Integration im Sinne Smends gelingen, hängt nicht nur von einer fairen Verfahrensgestaltung, sondern wesentlich davon ab, ob sich die Betroffenen auch in der Rechtfertigung der Endentscheidung wiederfinden. Insoweit bietet eine formale Methodik gegenüber der bloßen Verbalisierung ein großes Potential.

⁸⁷ LOUIS KAPLOW, *General Characteristics of Rules*, in: BOUDEWIJN BOUCKAERT/GERRIT DE GEEST (Hrsg.), *Encyclopedia of Law and Economics*. Bd. IX, Cheltenham 2000, 502 ff., 510 m. w. N.

VII. Fazit

Die Rechtswissenschaft ist in weiten Teilen eine Entscheidungstheorie, die sich gerade bei der Lösung komplexer Fälle zu bewähren hat. Das von der Rechtsprechung weithin anerkannte Abwägungsgebot gibt insoweit die Grundstruktur vor, nach der staatliche Entscheidungen herzustellen sind. Sie deckt sich – bislang wenig bemerkt – weitgehend mit den Ansätzen der volkswirtschaftlich geprägten normativen Entscheidungstheorie.

Zur Bewältigung konfligierender Interessen setzen Rechtspraxis und Rechtswissenschaft mit wenigen, allerdings aufschlussreichen Ausnahmen im Unterschied zur normativen Entscheidungstheorie auf eine rein natürlich-sprachliche Darstellungsweise, obwohl die natürliche Sprache erhebliche Schwächen hinsichtlich ihrer kalkulatorischen Eigenschaften und der Nachvollziehbarkeit gegebener Rechtfertigungen aufweist.

Die in vielen Bereichen des Verwaltungsrechts anzufertigende Dokumentation des Abwägungsvorgangs bleibt daher in wesentlichen Teilen undurchschaubar. Eine natürlich-sprachliche Artikulation von Prognosen und Bewertungen führt darüber hinaus dazu, dass das vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Kontrollprogramm, in dessen Rahmen die objektive Gewichtigkeit einzelner Belange in bilanzierender Art und Weise nach Verhältnismäßigkeitskriterien zu berücksichtigen ist, nicht in seiner ganzen Schärfe realisiert werden kann. Vielmehr werden Gerichte und Öffentlichkeit auf eine Begründbarkeitsprüfung verwiesen. Der hieraus resultierende sehr milde Kontrollmaßstab führt zu einer weit gehenden Immunisierung von Abwägungsvorgängen.

Auch in Bezug auf die Rechtsetzung könnten Begründungen gute Dienste leisten, obgleich das deutsche Verfassungsrecht eine Begründungspflicht nicht enthalten dürfte. Im Europäischen Gemeinschaftsrecht sind hingegen nicht nur Einzelentscheidungen, sondern auch Legislativakte zu begründen. Die Praxis gibt sich jedoch bislang mit Präambeln in natürlicher Sprache zufrieden. Möglicherweise führt die Europäische Folgenabschätzung aber in Zukunft zu einer breiteren Anwendung numerischer Darstellungen.

Nimmt man die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Herstellung staatlicher Entscheidungen im Sinne des Abwägungsgebots und ihrer nachvollziehbaren Dokumentation ernst, so ist angesichts der Schwächen einer rein natürlich-sprachlichen Herangehensweise nicht recht verständlich, wieso formale Sprachen im Kontext rechtlich verbindlicher Maßnahmen und in der Rechtswissenschaft einen so geringen Stellenwert besitzen. Die vorstehende Auseinandersetzung mit einigen

Einwänden ergab zunächst, dass sich eine Heranziehung numerischer Methoden nur dann empfiehlt, wenn die Komplexität des Sachbereichs und die Transparenz einer zu gebenden Begründung dies gebieten. Besonders gute Kandidaten sind insoweit das Planungsrecht und Normierungsvorhaben ab einer bestimmten Größe.

Epistemische Bedenken konnten dagegen nicht überzeugen. Wenn es möglich ist, „erheblich“ als Ergebnis eines Bewertungsvorgangs zu artikulieren, dann lässt sich der Gedanke – so ungenau sein Gehalt auch sein mag – auch formal ausdrücken mit der Folge der besseren Durchschaubarkeit und eines höheren kalkulatorischen Potentials. Schließlich erwiesen sich Bedenken, die sich auf die integrative Funktion des Rechts stützen, als nicht durchgreifend. Eine klare und zumindest prinzipiell auch durchschaubare formale Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen dürfte langfristig dem Anliegen der Integration und Partizipation mehr dienen als natürlich-sprachliche Vorgehensweisen, da mit Zahlen klar und gehaltvoll ausgedrückt werden kann, dass der Hoheitsträger die gegebenenfalls vorgebrachten Bedenken ernst genommen hat.

Die vorstehende Auseinandersetzung mit möglichen Bedenken gegen die Verwendung numerischer Methoden zur Rechtfertigung rechtsverbindlicher Entscheidungen war sicher nicht erschöpfend. Wer dem Plädoyer zu ihren Gunsten nicht folgen mag und an der natürlich-sprachlichen Herangehensweise als Grundansatz festhalten will, erklärt sich mit einer Methodik einverstanden, die im Falle komplexer Entscheidungen erhebliche Rationalitätsdefizite aufweist und die Gerichte im Wesentlichen auf eine Begründbarkeitskontrolle beschränkt. Die weitere Diskussion wird zeigen müssen, ob sich dieser Preis nicht als zu hoch erweist.

Literatur

- Aaken, Anne van, ‚Rational Choice‘ in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht. Baden-Baden 2003.
- Adler, Matthew D./Posner, Eric A., Rethinking Cost-Benefit Analysis, in: *Yale Law Journal* 109 (1999), 165 ff.
- Adomeit, Klaus, Buchbesprechung zu Maximilian Herberger/Dieter Simon, *Wissenschaftstheorie*. 1980, in: *NJW* 1981, 213.
- Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*. 1. Aufl., Frankfurt am Main 1986.
- Becker, Franz, *Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*. Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Stuttgart 1963.
- Brim, Orville G., Jr., *Personality and decision processes*. *Studies in the social psychology of thinking*. Stanford 1962.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*. Neuwied 2002.
- Classen, Claus Dieter, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozeßrecht. Tübingen 1996.
- Davids, Peter, Möglichkeiten und Grenzen des produktionsintegrierten Umweltschutzes, in: *Immissionsschutz* 1999, 134 ff.
- Dörsam, Peter, *Grundlagen der Entscheidungstheorie anschaulich dargestellt*. 3. Aufl., Heidenau 2001.
- Engel, Christoph, Offene Gemeinwohldefinitionen, in: *Rechtstheorie* 2001, 23–52.
- Esser, Josef, Argumentations- und Stilwandel in höchstrichterlichen Zivilentscheidungen, in: *Études logiques juridique* 1976, 53–77.
- Gassner, Erich (Hrsg.), *Bundes-Naturschutzgesetz*. München 2003.
- Geiger, Willi, Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, in: Thomas Berberich/Wolfgang Holl/Knut-Jürgen Maaß (Hrsg.), *Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht*. Beiträge zum Verhältnis von Bürger und Staat aus Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht. Stuttgart 1979, 131–142.
- Gibbard, Allan, *Wise choices, apt feelings*. A theory of normative judgment. Oxford 1990.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*. Altband II, Art. 137–248 (Maastrichter Fassung), München 1999.
- Gusy, Christoph, Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre, in: *ZRP* 1985, 291 ff.
- Hansmann, Klaus, Integrierter Umweltschutz durch untergesetzliche Normsetzung, in: *ZUR* 2002, 18 ff.
- Harman, Gilbert, *Explaining value and other essays in moral philosophy*. Oxford 2000.
- Hennis, Wilhelm, Integration durch Verfassung. Rudolf Smend und die Zugänge zum Verfassungsproblem nach 50 Jahren unter dem Grundgesetz, in: *JZ* 1999, 485 ff.

- Hofmann, Christian, Der Beitrag der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Dogmatik des Beurteilungsspielraums, in: NVwZ 1995, 740–745.
- Hofmann, Ekkehard, Die Abwägung konfligierender Interessen in Recht und Wohlfahrtstheorie, in: Anne van Aaken/Stefanie Schmid-Lübbert (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht. Ökonomische Analyse des Rechts. Wiesbaden 2003, 135–148.
- Hubmann, Heinrich, Wertung und Abwägung im Recht. Köln 1977.
- Hume, David, An Enquiry concerning the principles of morals. London 1751.
- Jansen, Nils, Die Struktur der Gerechtigkeit. Baden-Baden 1998.
- Kaplow, Louis, General Characteristics of Rules, in: Boudewijn Bouckaert/Gerrit De Geest (Hrsg.), Encyclopedia of Law and Economics. Bd. IX, Cheltenham 2000, 502–528.
- Kischel, Uwe, Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger. Tübingen 2002.
- Kloepfer, Michael, Abwägungsregeln bei Satzungsgebung und Gesetzgebung. Über Regelungen für den Erlaß von Rechtsnormen, in: DVBl. 1995, 441 ff.
- Knack, Hans Joachim (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG). Kommentar, Köln 2004.
- Koch, Hans-Joachim, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht. Eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung. Frankfurt am Main 1979.
- Koch, Hans-Joachim, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: Wilfried Erbguth/Janbern Oebbecke/Hans-Werner Rengeling/Martin Schulte (Hrsg.), Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlaß seiner Emeritierung, Köln 1996, 9–24.
- Koch, Hans-Joachim/Hendler, Reinhard, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht. 3. Aufl., Stuttgart 2001.
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut, Juristische Begründungslehre. München 1982.
- Körner, Stephan, Erfahrung und Theorie. Ein wissenschaftstheoretischer Versuch. Frankfurt am Main 1970.
- Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. 13. Aufl., München 2003.
- Kühling, Jürgen/Herrmann, Nikolaus, Fachplanungsrecht. Düsseldorf 2000.
- Laux, Helmut, Entscheidungstheorie. 5. Aufl., Heidelberg 2003.
- Liebetanz, Stefan (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz. Neuwied 1999.
- Luhmann, Niklas, Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt am Main 1993.
- Mackie, John Leslie, Ethics. Inventing right and wrong. 7. Aufl., London 1990.
- Meyer, Roswitha, Entscheidungstheorie. Ein Lehr- und Arbeitsbuch. 2. Aufl., Wiesbaden 2000.
- Nell, Ernst Ludwig, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen. Berlin 1983.
- Nozick, Robert, Philosophical explanations. Oxford 1981.
- Putnam, Hilary, Are moral and legal values made or discovered?, in: Legal Theory 1995, 5 ff.

- Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft. 9. Aufl., Stuttgart 1952.
- Ramsauer, Ulrich (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*. München 2003.
- Redeker, Konrad/Karpenstein, Ulrich, Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen, in: NJW 2001, 2825–2831.
- Rubel, Rüdiger, *Planungsermessen. Norm- und Begründungsstruktur*. Frankfurt am Main 1982.
- Rüthers, Bernd, *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*. München 1999.
- Schlaich, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidung. 5. Teil. Das BVerfG im Gefüge der Staatsfunktionen, in: JuS 1982, 597–604.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen. Ein Studienbuch*. 6. Aufl., München 2004.
- Schlink, Bernhard, *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin 1976.
- Sendler, Horst, (Un)erhebliches zur planerischen Gestaltungsfreiheit, in: Jörg Berkemann (Hrsg.), *Planung und Plankontrolle. Otto Schlichter zum 65. Geburtstag*. Köln 1995, 55 ff.
- Skouris, Panagiotis, *Die Begründung von Rechtsnormen*. Baden-Baden 2002.
- Smend, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München 1928.
- Steinberg, Rudolf/Berg, Thomas/Wickel, Martin, *Fachplanung*. Baden-Baden 2000.
- Stelkens, Paul/Stelkens, Ulrich (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*. München 2001.
- Tsevas, Athanassios D., *Die verwaltungsgerichtliche Kontrollintensität bei der materiell-rechtlichen Nachprüfung des Planfeststellungsbeschlusses für raumbeanspruchende Großprojekte*. Berlin 1992.