

EKKEHARD HOFMANN

# Abwägung im Recht

*Jus Publicum*

158

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 158





Ekkehard Hofmann

# Abwägung im Recht

Chancen und Grenzen numerischer Verfahren  
im Öffentlichen Recht

Mohr Siebeck

*Ekkehard Hofmann*, geboren 1966; Studium der Rechtswissenschaften in Hamburg; 1997 Promotion; 2002–3 Visiting Scholar an der New York University School of Law; 2006 Habilitation; Privatdozent an der Universität Hamburg; derzeit stellv. Leiter des Departments Umwelt- und Planungsrecht am Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung – UFZ, Leipzig.

e-ISBN PDF 978-3-16-151239-1  
ISBN 978-3-16-149238-9  
ISBN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist die überarbeitete Version meiner im Sommersemester 2006 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg angenommenen Habilitationsschrift. Die Studie entstand im Wesentlichen während meiner dortigen Assistenzzeit. Für seine langjährige Förderung, kritische Begleitung und beharrliche Unterstützung danke ich Prof. Dr. Hans-Joachim Koch. Seine Aufgeschlossenheit gegenüber einem interdisziplinären Herangehen bei der Suche nach dogmatisch überzeugenden wie praxistauglichen Lösungen haben mein wissenschaftliches Arbeiten und besonders diese Schrift nachhaltig beeinflusst. Für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens danke ich Prof. Dr. Hans-Bernd Schäfer.

Ohne die Diskussionen mit meinem Freund und Kollegen Prof. Dr. Georg von Wangenheim hätte sich mir die ökonomische Literatur nicht in dem für diese Arbeit erforderlichen Maß erschlossen. Außerordentlich wertvolle Anregungen habe ich des weiteren von Prof. Joseph H. H. Weiler, New York University School of Law, bekommen. Danken möchte ich schließlich meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg für ihre stetige Diskussionsfreude und Hilfsbereitschaft.

Leipzig/Hamburg, im Dezember 2006

Ekkehard Hofmann



# Inhaltsübersicht

<i>A. Einleitung</i> .....	1
I. Gegenstand der Untersuchung .....	1
II. Gang der Darstellung .....	6
<i>B. Numerische Methoden in Verwaltungspraxis und Rechtsetzung</i> .....	9
I. Exekutivische Einzelfallentscheidungen .....	9
II. Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland .....	39
III. Formale Analysen in der Europäischen Union .....	50
IV. Kosten-Nutzen-Analyse in den USA nach den methodischen Richtlinien des Office of Management and Budget .....	81
V. Zwischenergebnis .....	101
<i>C. Abwägungsentscheidungen im Verwaltungsrecht</i> .....	107
I. Der Begriff der Abwägung und die Darstellung von Abwägungsvorgängen .....	107
II. Problemidentifikation: Die Ziele der Entscheidungsträger .....	191
III. Zusammenstellung der Handlungsmöglichkeiten .....	196
IV. Bestandserhebung und Prognostizierung der Auswirkungen des Projekts .....	206
V. Die Gewichtung der Belange .....	263
VI. Zwischenergebnis .....	320
<i>D. Abwägungskontrolle im Verwaltungsrecht</i> .....	325
I. Individualrechtsschutz als Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit .....	325
II. Die überindividuelle Funktion der gerichtlichen Kontrolle staatlichen Handelns im Verwaltungsrecht .....	353
III. Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Abwägungs- entscheidungen im einzelnen .....	358
IV. Zwischenergebnis: Begründungsprüfung von Verwaltungs- entscheidungen einschließlich der einzelnen getroffenen Werturteile .....	381

<i>E. Abwägungsentscheidungen bei der Rechtsetzung nach deutschem Recht</i> .....	385
I. Einführung .....	385
II. Ursachen von Spielräumen im Verfassungsrecht und ihre Systematisierung .....	386
III. Materiellrechtliche Anforderungen an parlamentarische Gesetze ...	390
IV. Zur Darstellung von Entscheidungsgründen im Verfassungsrecht ...	416
V. Angemessene Methodik für die Herstellung von Rechtsnormen? ...	435
VI. Numerische Verfahren zur Herstellung und Begründung von Rechtsnormen .....	441
VII. Inkurs: Untergesetzliche Rechtsnormen .....	457
VIII. Zwischenergebnis: Die mögliche Rolle numerischer Entscheidungsherstellungsmethoden bei der Rechtsetzung .....	466
 <i>F. Abwägungskontrolle von Legislativakten</i> .....	 469
I. Die Kontrolle parlamentarischer Gesetze .....	469
II. Gerichtliche Kontrolle von Satzungen (§ 47 VwGO) und Rechtsverordnungen (Art. 80 GG) .....	493
 <i>G. Abwägungsentscheidungen bei der Rechtsetzung in der Europäischen Union</i> .....	 499
I. Die Aufgaben der Gemeinschaftsorgane .....	500
II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Handlungsnorm im Gemeinschaftsrecht .....	506
III. Begründungsanforderungen für Gemeinschaftsorgane .....	514
IV. Die Europäische Folgenabschätzung als Begründung im Sinne von Art. 253 EG? .....	520
V. Zwischenergebnis .....	529
 <i>H. Abwägungskontrolle im Europäischen Gemeinschaftsrecht</i> .....	 533
I. Die Aufgabe der Europäischen Gerichte .....	533
II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kontrollmaßstab in der Rechtsprechung des EuGH .....	534
III. Zu weitgehende Entscheidungsspielräume des Gemeinschaftsgesetzgebers? .....	537
IV. Würdigung der Normenkontrolle durch den EuGH .....	539
V. Ausblick: Begrenzte Begründungsprüfung im Gemeinschaftsrecht? .....	541

<i>I. Schlussfolgerungen: Das Abwägungsparadigma als methodische Herausforderung</i> .....	545
I. Konsequenzen für den Bereich der Rechtsanwendung .....	548
II. Konsequenzen für den Bereich der Rechtsetzung .....	549
III. Juristische Methodenlehre und ökonomische Theorie des öffentlichen Rechts .....	550
Literaturverzeichnis .....	553
Sach- und Personenregister .....	595



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Tabellenverzeichnis .....	XXIII
A. Einleitung .....	1
<i>I. Gegenstand der Untersuchung</i> .....	1
<i>II. Gang der Darstellung</i> .....	6
B. Numerische Methoden in Verwaltungspraxis und Rechtsetzung .....	9
<i>I. Exekutivische Einzelfallentscheidungen</i> .....	9
1. Verbal-argumentatives Vorgehen .....	9
2. Bewertung von Prüfungsleistungen .....	14
3. Vergaberechtliche Auswahlkriterien .....	16
a) Rechtsgrundlagen .....	16
b) Vergabefremde Zwecke und ihre Gewichtung .....	20
aa) Das Concordia-Urteil des EuGH .....	23
bb) Gebäudereinigungsrichtlinie Hamburg .....	24
c) Zwischenergebnis .....	26
4. Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (§§ 18–21 BNatSchG) ..	28
5. Bundesverkehrswegeplanung .....	31
a) Anlass, Zielsetzungen und Methodik .....	31
b) Würdigung .....	36
<i>II. Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland</i> .....	39
1. Die vielfältigen Ansätze .....	39
2. Die GGO in der Fassung vom 26. Juli 2000 .....	42
3. Das Projekt der Bundesregierung zur Gesetzesfolgenabschätzung im Rahmen des Vorhabens „Moderner Staat – Moderne Verwaltung“ ..	43
a) Konzeption und Durchführung .....	44
b) Vorläufige Würdigung .....	48

4. Gesetzesfolgenabschätzung durch den Deutschen Bundestag . . . .	49
5. Zwischenergebnis . . . . .	50
<i>III. Formale Analysen in der Europäischen Union . . . . .</i>	<i>50</i>
1. Europäische Folgenabschätzung . . . . .	51
a) Die verschiedenen Ansätze zur Evaluierung von Politiken . . . .	52
aa) Kosten-Nutzen-Analyse . . . . .	53
(1) Monetäre Bewertung von nicht am Markt gehandelten Gütern	54
(2) Benefit-Cost-Transfer . . . . .	56
(3) Die Festlegung des Diskontsatzes . . . . .	56
bb) Kosten-Wirksamkeits-Analyse . . . . .	58
cc) Mehrkriterienanalyse . . . . .	58
dd) Risikoanalysen . . . . .	62
b) Der Abschätzungsbericht als Gesetzesbegründung? . . . . .	64
2. Ökonomische Evaluation in einzelnen Politikbereichen . . . . .	65
a) Umweltschutzpolitik . . . . .	65
aa) Novellierung des Chemikalienrechts . . . . .	66
bb) Luftreinhaltungspolitik . . . . .	70
b) Entwurf einer Dienstleistungsrichtlinie . . . . .	74
aa) Der Vorschlag der Kommission . . . . .	75
bb) Die Folgenabschätzung . . . . .	76
cc) Die Diskussion um den Kommissionsvorschlag . . . . .	77
3. Zwischenergebnis . . . . .	78
<i>IV. Kosten-Nutzen-Analyse in den USA nach den methodischen</i>	
<i>Richtlinien des Office of Management and Budget (OMB) . . . .</i>	<i>81</i>
1. Die Aufgaben des Office of Management and Budget . . . . .	82
2. Der methodische Ansatz . . . . .	84
a) Kosten-Nutzen-Analyse und Kosten-Wirksamkeits-Analyse . .	85
b) Benefit-Cost-Transfer . . . . .	86
c) Die Behandlung nicht quantifizierbarer oder	
nicht monetarisierbarer Effekte . . . . .	86
d) Diskontsatz . . . . .	87
e) Die Bewältigung von Unsicherheit („ <i>uncertainty</i> “) . . . . .	88
f) Darstellung der Ergebnisse der Folgenabschätzung . . . . .	90
3. Die Praxis der Folgenabschätzung . . . . .	90
a) Das Berichtswesen des <i>OMB</i> . . . . .	90
b) Die Folgenabschätzung im Falle der Festlegung der Lenk-	
und Ruhezeiten im gewerblichen Güterkraftverkehr . . . . .	93
aa) Die Regelungsalternativen . . . . .	94
bb) Die Bewertung der Auswirkungen der Alternativen . . . . .	96
<i>V. Zwischenergebnis . . . . .</i>	<i>101</i>
1. Die vielfältigen numerischen Verfahren . . . . .	101

- 2. Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland, Europäische  
Folgenabschätzung und die Kosten-Nutzen-Analyse in den USA 103
- 3. Aufgeworfene Fragen ..... 105

## C. Abwägungsentscheidungen im Verwaltungsrecht ..... 107

- I. Der Begriff der Abwägung und die Darstellung von  
Abwägungsvorgängen* ..... 107
- 1. Die Stationen einer Verwaltungsentscheidung ..... 108
- 2. Abwägung bei der Rechtsanwendung ..... 112
  - a) Das Gesetzesbindungspostulat und die Spielräume  
der Rechtsanwender (Art. 20 Abs. 3 GG) ..... 112
    - aa) Bindung an den Normtext oder an den Inhalt  
des Gesetzes? ..... 114
    - bb) „Open texture“ oder „one right answer“? ..... 116
    - cc) Gesetzesauslegung, Rechtsfortbildung und Ermessen  
im Lichte des Gesetzesbindungspostulats ..... 121
  - b) Gesetzesauslegung ..... 123
    - aa) Die verschiedenen Ansätze in bezug auf die Wortsinn-  
auslegung ..... 124
      - (1) Hermeneutik ..... 124
      - (2) Topik ..... 125
      - (3) Semantik und Pragmatik ..... 126
        - (a) Ideationstheorien (Vorstellungstheorien) ..... 128
        - (b) Behaviorismus ..... 129
        - (c) (Reine) Referenztheorien ..... 129
        - (d) Wahrheitsbedingungen-Theorie und Verifikationstheorie . 130
        - (e) Intentionalismus ..... 135
        - (f) Konventionalismus (Bedeutung als Gebrauch) ..... 136
      - (4) Insbesondere: Bedeutungsskeptizistische Positionen: *Quine*  
und *Kripke* ..... 138
        - (a) Quine ..... 138
        - (b) Kripke ..... 140
      - (5) Zwischenergebnis ..... 142
    - bb) Semantische und normstrukturelle Ergänzungsbedürftigkeit  
von Rechtsnormen ..... 144
      - (1) Semantische Unbestimmtheit ..... 144
        - (a) Mehrdeutigkeit und Inkonsistenz ..... 144
        - (b) Vagheit ..... 145
        - (c) Prognosebegriffe ..... 148
        - (d) Wertbegriffe ..... 149
      - (2) Normstrukturelle Entscheidungsspielräume: Prinzipien ..... 151
    - cc) Zwischenergebnis ..... 153
  - c) Rechtsfortbildung ..... 157
    - aa) Begriff ..... 157
    - bb) Würdigung ..... 160

d) Ermessen zwischen Gesetzesbindung und Gestaltungsfreiheit	161
aa) Verwaltungsermessen und Planungsermessen	163
bb) Handlungsspielräume und Ermessen	165
cc) Die Ansätze im Recht zur Strukturierung	
der Entscheidungsherstellung	167
(1) Ermessensfehlerlehre	168
(2) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	169
(3) Rechtsanwendung nach Maurer	174
(4) Das Abwägungsgebot als Handlungsanleitung	175
3. Entscheidungstheorie und rechtliche Anforderungen	
an die Entscheidungsherstellung	179
4. Die Darstellung von Abwägungsentscheidungen	
in einer Begründung	183
a) Die Funktionen der Begründungspflicht	185
aa) Selbstkontrolle und Erhöhung der materiellen Richtigkeit	186
bb) Akzeptanzerhöhung durch Begründung	186
cc) Fremdkontrolle durch Gerichte und Wahlen	187
b) Gegenstand und Methodik der Begründung	188
5. Zwischenergebnis	190
<i>II. Problemidentifikation: Die Ziele der Entscheidungsträger</i>	191
1. Abstrakte Zielsetzungen und ihre Konkretisierung	
in einem Entscheidungsprozess	191
2. Der Begriff des Ziels	193
3. Rechtliche Schranken bei der Wahl möglicher Ziele	195
<i>III. Zusammenstellung der Handlungsmöglichkeiten</i>	196
1. Die Pflicht zur Alternativenprüfung	196
2. Die Funktionen der Alternativenprüfung	198
3. Die Auswahl der relevanten Alternativen	199
4. Ermittlungstiefe und Stoppregeln	203
5. Die Bündelung von Maßnahmen (Szenarios)	205
<i>IV. Bestandserhebung und Prognostizierung der Auswirkungen</i>	
<i>des Projekts</i>	206
1. Ermittlung des Sachverhalts	206
a) Die Ermittlung der berührten Belange	206
aa) Belange als Gegenstand der Sachverhaltsfeststellung	207
bb) Umfang und Detaillierungsgrad der Ermittlung	
der Belange	209
b) Tatsachenfeststellung	211
aa) Deterministisches Schließen	213
bb) Statistisches Schließen	214
(1) Der Begriff der Wahrscheinlichkeit in der Wissenschaftstheorie	216
(a) Laplace	217
(b) Frequentismus (Häufigkeitstheorie)	219

(c) Normativ-subjektivistischer Ansatz . . . . .	221
(aa) Die Optionen zur Quantifizierung subjektiver Wahrscheinlichkeitsurteile im Zusammenhang mit der Herstellung von Entscheidungen . . . . .	222
(bb) Einwände gegen einen strikten Subjektivismus . . . . .	223
(2) Universeller, einheitlicher Wahrscheinlichkeitsbegriff oder Komplementarität der Ansätze? . . . . .	224
(3) Die Geltung von Erfahrungssätzen . . . . .	225
(4) Statistische Schlüsse zur Sachverhaltsfeststellung . . . . .	226
(a) Die Additionsregel . . . . .	227
(b) Die Multiplikationsregel . . . . .	230
(c) Das Bayes-Theorem (Likelihood-Betrachtung) . . . . .	232
(5) Zwischenergebnis . . . . .	234
2. Prognosen im Rahmen komplexer Abwägungsvorgänge . . . . .	235
a) Rechtliche Prognoseanforderungen . . . . .	236
b) Gefahr, Risiko, Restrisiko – Wahrscheinlichkeit als Rechtsbegriff . . . . .	236
c) Risiko, Unsicherheit, Ungewissheit – Wahrscheinlichkeit als Begriff der normativen Entscheidungstheorie . . . . .	239
3. Natürlich-sprachliche oder numerisch-formale Methodik? . . . . .	243
a) Operationalisierung und kalkulatorische Leistungsfähigkeit . . . . .	244
aa) Sensitivitätsanalysen . . . . .	245
bb) Ermittlung kritischer Werte („ <i>switching values</i> “) . . . . .	248
cc) Zwischenergebnis . . . . .	249
b) Fehleranfälligkeit intuitiven Herangehens . . . . .	250
aa) Das Bayes-Theorem und die Darstellung von Wahrscheinlichkeiten in „ <i>natural frequencies</i> “ . . . . .	251
bb) Die Erkenntnisse der kognitiven Psychologie hinsichtlich von Entscheidungsvorgängen . . . . .	253
cc) Ökonomische Erklärungsansätze . . . . .	257
c) Transparente Darstellung der Prognosen . . . . .	259
4. Weitere rechtliche Anforderungen an Prognosen . . . . .	260
5. Zwischenergebnis . . . . .	261
V. Die Gewichtung der Belange . . . . .	263
1. Die Aufgabe der Bewertung . . . . .	263
a) Der Begriff der Gewichtung . . . . .	264
b) Optimieren und Bilanzieren . . . . .	267
2. Verfassungsrechtliche Anforderungen . . . . .	269
a) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Abwägungsgebot . . . . .	269
b) Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) . . . . .	269
3. Anforderungen an die Darstellung von Gewichtungen in der Begründung . . . . .	272
4. Verbal-argumentative Verfahren zur Einlösung der rechtsstaatlichen Ansprüche . . . . .	273
a) Die Abwägung unter drei und mehr Gütern . . . . .	275

b) Die Gefahr irrationaler Begründungen durch die Bildung zu großer Intervalle .....	276
c) Zwischenergebnis .....	277
5. Die möglichen Lösungen .....	277
a) Lexikographische Reihung .....	278
b) Bedingte Vorrangrelationen .....	281
c) Numerische Darstellungen .....	285
aa) Die Bildung eines Numéraire .....	286
bb) Die Vorzüge einer numerischen Vorgehensweise für die Entscheidungsherstellung und die Nachvollziehbarkeit von Abwägungsvorgängen .....	287
(1) Kalkulatorische Leistungsfähigkeit numerischer Instrumente	287
(2) Erhöhung der Transparenz der Rechtfertigung .....	290
(3) Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) – Selbstbindung der Verwaltung .....	292
cc) Einwände gegen die Verwendung numerischer Methoden ..	293
(1) Epistemologische Einwände .....	295
(a) Epistemische Nicht-Abzählbarkeit (Imponderabilien) ...	296
(aa) Verfahren zur Ermittlung des Wertes nicht am Markt gehandelter Güter .....	297
(bb) Die Zumutbarkeit numerischer Verfahren für die Betroffenen und die Quantifizierung der Gerechtigkeit	298
(b) Die (fehlende) Erkennbarkeit der richtigen Werturteile ...	299
(aa) Moralischer Realismus .....	304
(bb) Moralischer Skeptizismus .....	306
(cc) Schlussfolgerungen .....	308
(c) Inkurs: <i>Fuzzy Logic</i> als Alternative? .....	310
(2) Irrelevanz für das Abwägungsergebnis? .....	315
(3) Zu hohe Kosten der formalen Darstellung? .....	316
(a) Direkte Kosten .....	317
(b) Indirekte Kosten .....	318
VI. <i>Zwischenergebnis</i> .....	320
1. Komplexe Abwägungsentscheidungen und die Methodik zu ihrer Herstellung und Darstellung .....	320
2. Einwände gegen die Heranziehung numerischer Verfahren .....	323
D. Abwägungskontrolle im Verwaltungsrecht .....	325
I. <i>Individualrechtsschutz als Aufgabe         der Verwaltungsgerichtsbarkeit</i> .....	325
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben (Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 20 Abs. 3 GG) .....	326
a) Verfassungsrechtlicher Schutz des <i>status negativus</i> und die Gleichbehandlungsgebote .....	327

b) Die Bestimmung der rechtfertigungsbedürftigen Belastungen anhand der Grundrechtseingriffsschwelle .....	328
c) Rechtfertigung .....	330
2. Folgerungen für die gerichtliche Kontrolle	
belastender hoheitlicher Maßnahmen .....	332
a) Sachbereiche mit reduzierter Kontrolldichte .....	332
b) Die Überprüfung der Grenzen des Ermessens .....	337
aa) Begründbarkeitskontrolle .....	338
bb) Begründungskontrolle .....	341
(1) Das objektive Gewicht der Belange .....	344
(2) Die Gewährung von Spielräumen .....	345
(3) Die Kontrolle der Gewichtung einzelner Belange .....	346
(4) Planungsrechtliche Besonderheiten? .....	349
 <i>II. Die überindividuelle Funktion der gerichtlichen Kontrolle</i>	
<i>staatlichen Handelns im Verwaltungsrecht .....</i>	353
1. Die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Prinzipal-Agenten-Verhältnis .....	353
2. Schlussfolgerungen für die erforderliche Kontrolldichte .....	357
 <i>III. Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung von</i>	
<i>Abwägungsentscheidungen im einzelnen .....</i>	358
1. Strikte Ermessensgrenzen .....	358
a) Planrechtfertigung .....	358
b) Zwingendes materielles Recht (Planungsleitsätze) .....	361
c) Bindungen an rechtliche Vorentscheidungen .....	362
2. Abwägungskontrolle im engeren Sinn .....	363
a) Abwägungsausfall .....	363
b) Fehler bei der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials (Abwägungsdefizite) .....	364
c) Prognosen .....	366
d) Gewichtungen (Abwägungsfehlgewichtungen, Abwägungsdisproportionalität) .....	367
aa) Das vierfache Anforderungsprofil .....	367
bb) Die Eigenheiten komplexer Verwaltungsentscheidungen und deren Bedeutung für die gerichtliche Kontrolle .....	369
(1) Die Verbalisierung kleiner Intervalle .....	370
(2) Die Kontrolle der einzelnen Bewertungen .....	370
(3) Die Kontrolle der so genannten Optimierungsgebote .....	373
(4) Bilanzierende Betrachtungsweise .....	373
(5) Die Kontrolle der Gleichbehandlung .....	374
(6) Planungsrechtliche Besonderheiten .....	374
(7) Zwischenergebnis .....	375
cc) Numerische Darstellungen als Lösungsbeitrag? .....	376

dd) Mögliche Konsequenzen einer formalen Methodik als Instrument der gerichtlichen Kontrolle komplexer Verwaltungsentscheidungen . . . . .	377
(1) Abwägungsfehlgewichtungen bei Anfechtungsklagen . . . . .	378
(2) Ermessen bezüglich der Methodikwahl? . . . . .	379
<i>IV. Zwischenergebnis: Begründungsprüfung von Verwaltungsentscheidungen einschließlich der einzelnen getroffenen Werturteile . . . . .</i>	381
 E. Abwägungsentscheidungen bei der Rechtsetzung nach deutschem Recht . . . . .	385
I. Einführung . . . . .	385
II. Ursachen von Spielräumen im Verfassungsrecht und ihre Systematisierung . . . . .	386
1. Semantische und normstrukturelle Spielräume . . . . .	386
2. Alexys Vorschlag zur Systematisierung der Entscheidungs- spielräume . . . . .	388
3. Besondere Eigenheiten der Verfassungsauslegung? . . . . .	389
III. Materiellrechtliche Anforderungen an parlamentarische Gesetze . . . . .	390
1. Die Wesensgehaltgarantie nach Art. 19 Abs. 2 GG . . . . .	391
a) Institutioneller oder individualrechtlicher Schutz? . . . . .	391
b) Deklaratorisch-relative oder absolute Schutzfunktion? . . . . .	392
2. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Handlungsnorm . . . . .	393
a) Das Abwägungsgebot als Rechtspflicht der Legislative? . . . . .	393
b) Obliegenheiten der Rechtsetzung . . . . .	395
c) Strukturierung der Rechtsetzung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Handlungsnorm . . . . .	396
d) Anwendungsbereiche . . . . .	398
aa) Freiheitsgrundrechte . . . . .	398
(1) Grundsatz der Herstellung praktischer Konkordanz . . . . .	398
(2) Wechselwirkungstheorie . . . . .	399
(3) Drei-Stufen-Theorie . . . . .	400
bb) Gleichbehandlungsgebot . . . . .	401
cc) Zwischenergebnis . . . . .	402
e) Statistische Schlüsse im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes . . . . .	403
aa) Retrodiktionen . . . . .	403
bb) Prognosen . . . . .	404
cc) Zwischenergebnis . . . . .	407

f) Segmentierung oder Gesamtabwägung? .....	407
aa) Grundrechtskonkurrenzen und „additive“ Grundrechtseingriffe .....	408
bb) Grundrechte Dritter .....	411
cc) Weitere Belange in der Abwägung .....	414
3. Zwischenergebnis: Merkmale der Gesamtabwägung .....	415
<i>IV. Zur Darstellung von Entscheidungsgründen</i>	
<i>im Verfassungsrecht</i> .....	416
1. Formelle Begründung und Begründbarkeitsprüfung .....	417
2. Begründung als notwendige Voraussetzung der Auslegung? .....	419
a) Der Gesetzentwurf für das Europarechtsanpassungsgesetz als Beispiel .....	421
b) Würdigung .....	422
3. Begründung als notwendige Voraussetzung der Rechenschaftslegung? .....	423
a) Überprüfung der Rechtfertigung des EAG Bau anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes .....	424
b) Würdigung .....	426
4. Begründung als notwendige Voraussetzung effektiven Rechtsschutzes im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG? .....	428
5. <i>Ex-ante</i> -Argumente für einen Verzicht auf eine formelle Begründung .....	430
a) Mögliche Alternativen? .....	430
b) Entscheidungshemmende Wirkung einer formellen Begründung? .....	431
6. Zwischenergebnis .....	433
<i>V. Angemessene Methodik für die Herstellung</i>	
<i>von Rechtsnormen?</i> .....	435
1. Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts .....	435
2. Die Haltung des Schrifttums .....	436
a) Die Forderung nach einer „optimalen inneren Gesetzgebungsmethodik“ .....	437
b) Würdigung .....	439
3. Formale Abwägung inkommensurabler Güter? .....	441
<i>VI. Numerische Verfahren zur Herstellung und Begründung</i>	
<i>von Rechtsnormen</i> .....	441
1. Anwendungsbereiche und institutionelle Anbindung .....	443
2. Maßstäbe für eine numerische Analyse zur Begründung von Legislativakten .....	448

3. Würdigung der Verwendung numerischer Verfahren in der Praxis	450
a) Numerische Verfahren bei der Bundesverkehrswegeplanung	450
b) Numerische Analyse eines Altenhilfestruturgesetzes	453
4. Zwischenergebnis	455
<i>VII. Inkurs: Untergesetzliche Rechtsnormen</i>	457
1. Rechtsverordnungen	457
a) Inhaltliche Maßgaben	457
b) Darstellung der Entscheidungsgründe	459
c) Numerische Verfahren zur Herstellung und Darstellung von Rechtsverordnungen	461
2. Satzungen	462
a) Inhaltliche Maßgaben	463
b) Darstellung der Entscheidungsgründe	464
c) Numerische Verfahren zur Rechtsetzung in Satzungsform	466
<i>VIII. Zwischenergebnis: Die mögliche Rolle numerischer Entscheidungsherstellungsmethoden bei der Rechtsetzung</i>	466
F. Abwägungskontrolle von Legislativakten	469
<i>I. Die Kontrolle parlamentarischer Gesetze</i>	469
1. Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber	470
a) Die vielfältigen Ansätze	470
b) Würdigung	473
2. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kontrollnorm	476
a) Der Vergleich mit einer hypothetischen Referenzlösung	477
b) Segmentierung oder Gesamtabwägung?	479
3. Unterschiedlich weite Gestaltungsspielräume?	480
a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	480
b) Analyse	482
c) Zwischenergebnis	485
4. Begründbarkeitsprüfung und Gewaltenteilung	486
a) Die Leistungsfähigkeit der Begründbarkeitsprüfung	486
b) Schwächen der Begründbarkeitsprüfung	489
5. Ausblick: Begrenzte Begründungsprüfung bei der Kontrolle von Gesetzen?	491
<i>II. Gerichtliche Kontrolle von Satzungen (§ 47 VwGO) und Rechtsverordnungen (Art. 80 GG)</i>	493
1. Anwendung des Abwägungsgebots als Kontrollnorm	494
2. Begründbarkeits- oder Begründungsprüfung?	494
3. Zwischenergebnis	497

G. Abwägungsentscheidungen bei der Rechtsetzung in der Europäischen Union .....	499
I. Die Aufgaben der Gemeinschaftsorgane .....	500
1. Primärrechtlich verankerte Ziele .....	500
2. Sekundärrechtliche Beispiele .....	503
a) Novellierung des Chemikalienrechts .....	503
b) Luftreinhaltepolitik .....	504
c) Entwurf einer Dienstleistungsrichtlinie .....	504
II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Handlungsnorm im Gemeinschaftsrecht .....	506
1. Der Modus zur Bewältigung von Zielkonflikten: Abwägung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes .....	506
a) Geltungsgrund und Rang des Verhältnismäßigkeits- grundsatzes .....	508
b) Anwendungsbereich .....	510
c) Segmentierung oder Gesamtabwägung? .....	512
2. Zwischenergebnis: Die Funktionen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Gemeinschaftsrecht .....	513
III. Begründungsanforderungen für Gemeinschaftsorgane .....	514
1. Die Entscheidungsgründe im Sinne von Art. 253 EG .....	514
a) Zwecke der Entscheidungsgründe und rechtliche Anforderungen .....	514
b) Begründungen am Beispiel der Novellierung des Chemikalienrechts ( <i>REACH</i> ) .....	516
c) Würdigung anhand von Art. 253 EG .....	518
2. Zwischenergebnis .....	519
IV. Die Europäische Folgenabschätzung als Begründung im Sinne von Art. 253 EG? .....	520
1. Die Abschätzungsberichte als nachvollziehbare Rechtfertigung ..	522
a) Novellierung der Chemikalienpolitik ( <i>REACH</i> ) .....	522
b) Luftreinhaltepolitik .....	523
c) Dienstleistungsrichtlinie .....	524
d) Zwischenergebnis .....	525
2. Das Verfahren der Europäischen Folgenabschätzung .....	526
3. Institutionelle Anbindung von Folgenabschätzungen des Rates und des Parlaments .....	527
4. Die entscheidungshemmende Wirkung einer Pflicht zur transparenten, numerisch-formalen Begründung von Rechtsakten	528
V. Zwischenergebnis .....	529

H. Abwägungskontrolle im Europäischen Gemeinschaftsrecht .....	533
I. Die Aufgabe der Europäischen Gerichte .....	533
II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kontrollmaßstab in der Rechtsprechung des EuGH .....	534
III. Zu weitgehende Entscheidungsspielräume des Gemeinschaftsgesetzgebers? .....	537
IV. Würdigung der Normenkontrolle durch den EuGH .....	539
V. Ausblick: Begrenzte Begründungsprüfung im Gemeinschaftsrecht? .....	541
1. Die Schwächen der Begründbarkeitsprüfung des EuGH .....	541
2. Abschätzungsberichte als Basis einer Begründungsprüfung .....	543
I. Schlussfolgerungen: Das Abwägungsparadigma als methodische Herausforderung .....	545
I. Konsequenzen für den Bereich der Rechtsanwendung .....	548
II. Konsequenzen für den Bereich der Rechtsetzung .....	549
III. Juristische Methodenlehre und ökonomische Theorie des öffentlichen Rechts .....	550
Literaturverzeichnis .....	553
Sach- und Personenregister .....	595

## Tabellenverzeichnis

<i>Tabelle 1:</i> Exemplarische Nutzwertanalyse . . . . .	47
<i>Tabelle 3:</i> Results of sensitivity analyses on weights, simulating different perspectives . . . . .	63
<i>Tabelle 4:</i> Social Costs and Effects of Motorcycle Measures – Average Costs (2010) . . . . .	73
<i>Tabelle 5:</i> Muster für die tabellarische Zusammenfassung einer <i>Regulatory Analysis</i> . . . . .	91
<i>Tabelle 6:</i> Estimates of the Total Annual Benefits and Costs of Major Federal Rules, October 1, 1993 to September 30, 2003 . . . . .	92
<i>Tabelle 7:</i> Direct Cost Changes Relative to Status Quo . . . . .	97
<i>Tabelle 8:</i> Annual Fatigue-Related Fatalities by Alternative . . . . .	97
<i>Tabelle 9:</i> Value of Crashes Avoided Due to Operational Changes Relative to Status Quo . . . . .	98
<i>Tabelle 10:</i> Adjustments to Benefits Due to Secondary Effects of Options Relative to the Status Quo . . . . .	98
<i>Tabelle 11:</i> Comparison of Alternatives . . . . .	99
<i>Tabelle 12:</i> Net Benefits Relative to Status Quo . . . . .	100
<i>Tabelle 13:</i> Mögliche Werte für ausgewählte unsichere Variablen . . . . .	246
<i>Tabelle 14:</i> Selektive Sensitivitätsanalyse: Nettogegenwartswerte für unabhängige Veränderungen der unsicheren Variablen . . . . .	247
<i>Tabelle 15:</i> Kritische Werte unter der Annahme unabhängiger Veränderungen der einzelnen Variablen . . . . .	248
<i>Tabelle 16:</i> Grundformen der gerichtlichen Kontrolle . . . . .	342



## A. Einleitung

### *I. Gegenstand der Untersuchung*

Das Abwägen widerstreitender Interessen ist im Recht ein ubiquitärer Vorgang. Der bloße Vollzug einer eindeutigen gesetzlichen Regelung bildet in der Verwaltungspraxis nicht die Regel, sondern die Ausnahme.<sup>1</sup> Das liegt schon daran, dass Ermessensermächtigungen in nahezu allen Gebieten des Verwaltungsrechts zu finden sind. Es kommt hinzu, dass das Recht gelegentlich zu schweigen scheint. Spielräume entstehen ferner dann, wenn zwar einschlägige Rechtsnormen aufgefunden werden können, diese aber wegen ihrer semantischen oder normstrukturell bedingten Unbestimmtheit nicht eindeutig determinieren, welche Entscheidung zu treffen ist. Dazu rechnen die Fälle, in denen sich die Zwecke des Gesetzgebers nicht zweifelsfrei ermitteln lassen, eine Regelung konfligierender Zwecken zu dienen bestimmt ist oder es an dem erforderlichen realwissenschaftlichen Wissen für die Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung fehlt.<sup>2</sup> Kombinationen aus solchen Ursachen sind möglich und können die Problematik verschärfen.

Blickt man auf die Rechtsetzung, so steht der Gesetzgeber vor der so gut wie immer politisch wie rechtlich anspruchsvollen Aufgabe, innerhalb des weiten Rahmens des verfassungsrechtlich Zulässigen einen schonenden Ausgleich gegenläufiger Belange herbeizuführen. Hier verbleiben dem Gesetzgeber trotz der Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) aus verschiedenen Gründen erhebliche Spielräume. Der verwaltungsrechtlichen Problematik recht ähnlich ist, dass die Zwecke der Verfassungsgeber gerade in bezug das Maß, in dem sie verwirklicht werden sollen, häufig unbestimmt sind. Spielräume werden außerdem durch die Optimierungsaufgaben verursacht, die durch Grundrechtskollisionen gestellt sind. Wie im Verwaltungsrecht gilt schließlich auch für den Gesetzgeber, dass die Beurteilung von Erforderlichkeit und Proportionalität in

---

<sup>1</sup> So für Viele *T. Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 183 m. w. N.

<sup>2</sup> Vgl. die umfangliche Auflistung möglicher Ursachen von Spielräumen im Verfassungs- und Verwaltungsrecht bei *H.-J. Koch*, EuGRZ 1986, S. 345 (359 f.).

bezug auf Grundrechtseingriffe Wertentscheidungen verlangt, aus denen Einschätzungsspielräume resultieren können.

Rechtsanwendung und Rechtsetzung erscheinen zusammengenommen nur dann als Entscheidungsvorgänge von geringem Schwierigkeitsgrad, wenn sich eine Handlungsalternative bestimmen lässt, die rechtlich voll determiniert ist oder die ausschließlich positive Auswirkungen nach sich zu ziehen verspricht. Um solche einfachen Fälle soll es nachfolgend nicht gehen, auch wenn in der Praxis zum Glück nicht nur schwierige und methodisch anspruchsvolle Entscheidungen getroffen werden müssen.

Im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehen vielmehr hoheitliche Entscheidungen, die relevante Beeinträchtigungen erwarten lassen und dabei in ihrem Tenor eben nicht eindeutig und zwingend aus gesetzlichen Bestimmungen abgeleitet werden können. Das besondere Interesse wird dabei solchen Fällen gelten, in denen sich nicht nur zwei Belange gegenüberstehen, sondern drei und mehr. Das ist vielfach im Umwelt- und Planungsrecht der Fall, welches schon wegen des dort erreichten Diskussionsstandes als Referenzgebiet herangezogen werden muss.

Es ist auch nicht verwunderlich, dass gerade dem Planungsrecht die zur Bewältigung komplexer Entscheidungen entwickelte ausdifferenzierte Dogmatik des Abwägungsgebotes entstammt, nach welcher bekanntlich eine sachgerechte Abwägung zu erfolgen hat, in der alle betroffenen Belange sorgfältig zu ermitteln und in die Abwägung einzustellen sind. Die abwägungsrelevanten Belange sind anschließend zutreffend zu gewichten, wodurch ein vertretbarer Ausgleich der berührten Belange hergestellt werden muss.<sup>3</sup>

Diese Struktur ist in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft im Grundsatz anerkannt. Verständlicherweise befindet sich allerdings die Kontrollperspektive („*ex post*“ – Betrachtung) im Vordergrund des juristischen Interesses. Dagegen besteht vor allem in bezug auf die Entscheidungsherstellung („*ex ante*“) noch beachtlicher Klärungsbedarf. So dürfte zwar unstrittig sein, dass Planungsentscheidungen die voraussichtlichen Auswirkungen des ins Auge gefassten Projekts in Rechnung stellen müssen. Worauf sich aber die hierfür erforderlichen Prognosen dem Wesen und dem Umfang nach beziehen müssen, was unter Wahrscheinlichkeit im Zusammenhang mit hoheitlichen Entscheidungen zu verstehen ist, welche Rolle Prog-

---

<sup>3</sup> So die plausible Umdeutung des ursprünglich als Kontrollmaßstab entwickelten Gebots gerechter Abwägung von *H.-J. Koch/R. Hendler*, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht<sup>4</sup>, 2004, S. 235; *H.-J. Koch et al.*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 2003, S. 225; ähnlich *W. Hoppe*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 2002, § 7 Rz. 36 ff.; *W. Hoppe*, NVwZ 2004, S. 903 (905 f.); *U. Battis*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 2002, S. 265; *J. Ziekow*, in: Ziekow (Hrsg.), Praxis des Fachplanungsrechts, 2004, Rz. 649.

noseurteile für die Entscheidungsherstellung spielen und in welcher Form solche Überlegungen operationalisiert werden sollten – all dies findet in der juristischen Diskussion, obwohl von allgemeiner Bedeutung, nur am Rande Aufmerksamkeit.<sup>4</sup>

Noch drängendere Fragen stellen sich hinsichtlich der für eine abschließende Entscheidung notwendigen Gewichtungen. Bereits ihre begriffliche Natur ist nicht wirklich geklärt. Umstritten sind auch die mit ihnen teilweise verbundenen kompetenziellen Zuordnungen. Nicht minder problemträchtig ist die aber mit viel weniger Aufmerksamkeit betrachtete Frage nach der für ihre Artikulation angemessenen Methode. In materieller Hinsicht vertreten Abwägungsskeptiker die Auffassung, dass die Abwägung als innerer Vorgang der theoretischen Durchdringung und nachvollziehbaren Darstellung im Kern nicht zugänglich sei.<sup>5</sup> Die abwägungsbezogene Rechtsprechung von Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht seien Bauten aus Worthülsen.<sup>6</sup> Wer Abwägung sogar im Sinne der *Optimierung* gegenläufiger Interessen verstehe, überschätze die menschliche Fähigkeit, die optimale als einzig richtige Entscheidung zu erkennen; das Optimierungsmodell biete damit letztlich nur Scheinrationalität.<sup>7</sup> In eine ähnliche Richtung zielte bereits die Abwägungsskepsis *Bernhard Schlinks*, der auf das Fehlen einer objektiven rangmäßigen Gewichtung von Werten und Gütern hinwies.<sup>8</sup>

Aus solchen und anderen unbewältigten Problemen der Abwägungsdogmatik werden in der Literatur unterschiedliche Konsequenzen abgeleitet. Während *Schlink* aus der fehlenden objektiven Gewichtung von Werten folgerte, die Abwägung im Sinne eines interindividuellen Nutzenvergleichs müsse Aufgabe des politischen Systems sein und dürfe nicht durch ein Gericht, auch nicht durch das Bundesverfassungsgericht vorgenommen werden,<sup>9</sup> bevorzugen andere Autoren gewissermaßen indirekte Lösungen. So gilt manchen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch in Gestalt des Abwägungsgebots als „*lex situationis*“, dessen Ergebnisoffenheit kom-

---

<sup>4</sup> S. dazu im einzelnen Abschnitt C.III.5.

<sup>5</sup> Aus der staatsrechtlichen Literatur s. nur *O. Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 268–271; *L. Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 79; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1994, S. 819; *B. Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 151; *R. Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, S. 17.

<sup>6</sup> *W. Leisner*, NJW 1997, S. 636 (638).

<sup>7</sup> *T. Würtenberger*, VVDStRL 58 (1999), S. 139 (158).

<sup>8</sup> *B. Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, insb. S. 151 ff.

<sup>9</sup> *B. Schlink* (S. 3, Fn. 8), S. 151 ff., 190.

petenzielle Fragen in den Vordergrund rücken ließe.<sup>10</sup> Ferner wird nach formellen, verfahrensmäßigen Antworten zur Erzielung größerer Legitimität staatlicher Abwägungsentscheidungen gesucht.<sup>11</sup>

Schließlich sind aber auch Stimmen vernehmbar geworden, die die zentrale Sachfrage nach der Möglichkeit einer handhabbaren und berechenbaren Bewältigung von konfliktgeprägten Entscheidungssituationen als unausweichlich ansehen und deshalb trotz aller Schwierigkeiten an der Suche nach Optionen festhalten, staatliche Abwägungsentscheidungen nachvollziehbar zu machen. Zu nennen ist hier der ambitionierte, auf *Robert Alexy* zurückgehende Ansatz, Abwägungsvorgänge als die Bildung bedingter Vorrangrelationen zu rekonstruieren.<sup>12</sup> Dabei findet eine Notation Verwendung, die der Aussagenlogik entlehnt ist und deren Leistungsfähigkeit noch im einzelnen zu untersuchen sein wird.<sup>13</sup>

Auch diese Schrift geht davon aus, dass hoheitliche Entscheidungen unabdingbar mit dem wertenden Vergleich der Auswirkungen der verschiedenen Handlungsoptionen verknüpft sind. In methodischer Hinsicht verfolgt die Abhandlung im Unterschied zu *Alexy* den Versuch, Erkenntnisse der wirtschaftswissenschaftlich geprägten normativen Entscheidungstheorie in die Rechtswissenschaft einzubringen.<sup>14</sup> Ohne substantielle Widersprüche zur verwaltungsrechtlichen Dogmatik gliedert die Entscheidungstheorie den Vorgang der Entscheidungsherstellung in einen Vierschritt

<sup>10</sup> *F. Ossenbühl*, DVBl. 1995, S. 904 (908 r. Sp.); *R. Uerpmann*, Das öffentliche Interesse: seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, 1999, S. 274: „Hinter der Frage nach der Zulässigkeit von Güterabwägungen im Verfassungsrecht erscheint vielmehr die Kompetenzfrage danach, wer diese Abwägungen vornimmt.“

<sup>11</sup> Anschaulich ist insoweit die Diskussion um den verfassungsrechtlichen Begriff des Allgemeinwohls, der manchen Beobachtern als Resultante des politischen Willensbildungsprozesses gilt, *D. Grimm*, Gemeinwohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinwohl im Recht. Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen, Bd. III, 2002, S. 125 (127); *E. Fraenkel*, in: Fraenkel, Historische Vorbelastungen des deutschen Parlamentarismus, 1991, S. 23 (64).

<sup>12</sup> *R. Alexy*, Rechtstheorie, Beiheft 1, 1979, S. 59 (64f., 79ff.); *R. Alexy*, Rechtssystem und praktische Vernunft, in: Alexy (Hrsg.), Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 213 (216); zuletzt *R. Alexy*, Die Gewichtsformel, in: Jickeli (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, S. 771 ff.; aufbauend auf *Alexys* Ansatz *N. Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, 1998, insb. S. 59 ff.; *N. Jansen*, Der Staat 1997, S. 27 ff.; *J.-R. Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, S. 52 ff., 141 ff.; *H. Stück*, ARSP 84 (1998), S. 404 (409 ff.); *M. Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1998.

<sup>13</sup> S. u. vor allem Abschnitt C.V.5.b).

<sup>14</sup> Die Entscheidungstheorie umfasst zu viele Autoren, als dass auch nur ein annähernd vollständiger Nachweis gelingen könnte. Herausragende Bedeutung kommt sicher *K.J. Arrow*, Social Choice and individual values, 1951, *A. Sen*, 85 American Economic Review 1995, S. 1 ff., und *D. Kahneman*, 93 Amer. Econ. Review 2003, S. 1449 ff. zu; instruktiv *S. French*, Decision Theory, 1986; einführend *P. Dörsam*, Grundlagen der Entscheidungstheorie anschaulich dargestellt<sup>3</sup>, 2001.

aus Problemidentifikation, Zusammenstellung der Handlungsalternativen, Bestandserhebung und Prognosen über deren Auswirkungen auf die als relevant erkannten Belange sowie der für eine abschließende Entscheidung notwendigen Gewichtung.<sup>15</sup>

Die größten Differenzen zwischen beiden Disziplinen zeigen sich bei der eingesetzten Methodik. Während in der normativen Entscheidungstheorie für die Artikulation von Prognosen und Bewertungen formal-numerische Methoden eingesetzt werden, herrscht in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis auch für diese Zwecke ein natürlich-sprachliches Vorgehen vor. Allerdings lassen sich auch einige bemerkenswerte Ausnahmen beobachten, deren systematische Aufarbeitung in rechtlicher Hinsicht noch aussteht. So wird der Bundesverkehrswegeplan mit Hilfe einer Kosten-Nutzen-Analyse erstellt, die Gewichtungen von Eignungs- und Zuschlagskriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe anhand von Bewertungsmatrizen und Prozentangaben verdeutlicht, verwenden Behörden Punktesysteme zur Operationalisierung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung (§ 19 BNatSchG) oder setzen zur Bildung von Gesamtnoten numerische Verfahren für die Bewertung von Prüfungsleistungen ein.<sup>16</sup>

Die in der Rechtspraxis dagegen im allgemeinen gebrauchte verbale Notation von Prognosen und Gewichtungen unterliegt, wie im einzelnen zu zeigen sein wird, erheblichen Beschränkungen in bezug auf ihre kalkulatorische Belastbarkeit und die Nachvollziehbarkeit der entsprechenden Abwägungsvorgänge, womit sie der vollen Erfüllung rechtlicher Ansprüche an die Richtigkeitsgewähr der staatlichen Entscheidungsherstellung, ihrer Nachvollziehbarkeit und letztlich der Effektivität des Rechtsschutzes empfindliche Grenzen setzt. Das ist nicht der vereinzelt unzureichenden Anwendung eines an sich voll tauglichen Instrumentariums geschuldet. Vielmehr lassen sich entscheidende Schwächen einer rein natürlich-sprachlichen Entscheidungsherstellung auf prinzipielle Eigenschaften der natürlichen Sprache als Ausdrucksmittel zurückführen.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Besonders klar O. G. Brim, Jr., *Personality and decision processes; studies in the social psychology of thinking*, 1962, S. 9; im Zusammenhang mit der Gesetzesfolgenabschätzung E. Altmann, *Grundvorstellungen zur Entscheidungsplanung*, in: Rödiger/Altmann (Hrsg.), *Studien zur Theorie der Gesetzgebung*, 1976, S. 454 (457): Ziel und Ressourcenanalyse möglicher Handlungsweisen und deren Auswahlentscheidung auf Grundlage einer Bewertung; in Form von Nutzen-Kosten-Untersuchungen zum Zweck der Evaluation von Vorhaben der Bundesministerien in den 70er Jahren s. *Bundesminister der Finanzen*, *Erläuterungen zur Durchführung von Nutzen-Kosten-Untersuchungen*, 1973, S. 294 (295 ff.).

<sup>16</sup> Zu diesen Beispielen s. u. Abschnitt B.I.

<sup>17</sup> S. insbesondere die Abschnitte C.IV.3 (in bezug auf Prognosen) und C.V (in bezug auf Gewichtungen).

Aufbauend auf der im folgenden zu erbringenden Analyse der Anforderungen an staatliche Entscheidungen im Verwaltungs-<sup>18</sup>, Verfassungs-<sup>19</sup> und Gemeinschaftsrecht<sup>20</sup> soll daher jeweils eine *Ergänzung* der natürlich-sprachlichen Herangehensweise um eine formal-numerische Artikulation von Prognosen und Bewertungen zur Entscheidungsherstellung und ihre Verwendung zur Verdeutlichung von Entscheidungsgründen diskutiert werden. Der größeren Klarheit halber sei schon an dieser Stelle gesagt, dass nachstehend die Unterschiede zwischen natürlich-sprachlichem und numerischem Herangehen im Vordergrund stehen, nicht die Gemeinsamkeiten. Fundamentale Grenzen der Rationalität, wie sie etwa im Zuge der Diskussion um das Unmöglichkeitstheorem von *Kenneth J. Arrow* herausgearbeitet worden sind,<sup>21</sup> werden als gegeben akzeptiert und scheiden damit für den Vergleich verbaler Ansätze mit numerischen Verfahren aus. Schließlich sei darauf hingewiesen, dass die im folgenden an verschiedenen Stellen betrachtete Kosten-Nutzen-Analyse als Instrument zur Herstellung staatlicher Entscheidungen und ihrer Darstellung mit Hilfe 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 Kosten-Nutzen-Analyse in dem hier erwogenen Sinn ist ein rein formales Instrument zur rationalen Bewältigung komplexer Entscheidungssituationen und als solches gerechtigkeitsindifferent.<sup>22</sup>

## II. Gang der Darstellung

Die Abhandlung beginnt mit der Sichtung von Anwendungsfällen numerischer Verfahren zur Unterstützung hoheitlicher Entscheidungen (B). Die Klärung des Begriffs der Abwägung (C.I) analysiert die Ursachen von Entscheidungsspielräumen und die verschiedenen Ansätze zur Strukturierung ihrer rechtsstaatlich befriedigenden Nutzung. Es wird sich zeigen, dass sich aus den gängigen Kontrollmaßstäben für die Ermessensausübung, allen voran aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wesentliche Elemente einer juristischen Anleitung für die staatliche Entscheidungsherstellung gewinnen lassen. Ergänzt man sie um Konzepte der wirtschaftswissenschaftlichen

<sup>18</sup> S. u. C und D.

<sup>19</sup> S. u. E und F.

<sup>20</sup> S. u. G und H.

<sup>21</sup> *K. J. Arrow*, *Social Choice and individual values*, 1951, S. 22 ff.; vgl. *A. Sen*, *Choice, welfare and measurement*, 1982, S. 10 ff., 135 ff., 158 ff., 203 ff.

<sup>22</sup> Zur Unterscheidung der verschiedenen Bereiche der normativen Ökonomik *A. van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht, 2003, S. 183.

Entscheidungstheorie, so ergibt sich daraus die Abfolge von Präzisierung der Zielsetzungen (Problemidentifikation, C.II), die sorgfältige Zusammenstellung der möglichen und nicht von vornherein rechtlich unzulässigen Handlungsalternativen (Zusammenstellung der Handlungsmöglichkeiten, C.III), die Analyse des Ist-Zustands und die darauf bezogene Ermittlung der projektinduzierten Effekte (Bestandserhebung und voraussichtliche Auswirkungen des Vorhabens, C.IV) und die abschließende Gewichtung der prognostizierten Auswirkungen (Gewichtung der Belange, C.V). Im Rahmen des Abschnitts C.V werden die herkömmlichen, natürlich-sprachlichen Methoden der Artikulation von Bewertungen numerisch-formalen Ansätzen vergleichend gegenübergestellt.

Anschließend ist zu untersuchen, nach welchen Maßstäben Verwaltungsentscheidungen gerichtlich kontrolliert werden (D). Im Zentrum der Betrachtung steht das planungsrechtliche Gebot gerechter Abwägung. Dabei wird insbesondere zu klären sein, ob die vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Anforderungen auch methodische Implikationen haben. Diese Frage stellt sich mit besonderer Schärfe, soweit eine Prüfung der gegebenen Begründung im Unterschied zu einer (bloßen) Begründbarkeits- oder Ergebnisprüfung angezeigt ist.

Auch die Setzung von untergesetzlichem wie formellgesetzlichem Recht verlangt Abwägungsentscheidungen, die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegen (E). Hinsichtlich der dabei zu durchlaufenden grundlegenden Schritte unterscheidet sich die Entscheidungsherstellung im Bereich der Rechtsetzung nicht von dem der Rechtsanwendung. Der Gesetz-, Satzungs- oder Verordnungsgeber ist im Vergleich mit der Rechtsanwendung aber freier in der Wahl seiner Ziele. Gerade deswegen kann die Gesetzesfolgenabschätzung unter bestimmten Voraussetzungen wertvolle Beiträge zu einer vernünftigen und transparenten Rechtsetzung leisten (E.II). Ein beachtlicher Unterschied der Rechtsetzung gegenüber dem Vollzug des einfachen Rechts durch Einzelfallentscheidungen liegt in dem regelmäßigen Fehlen einer Begründungspflicht für Rechtsnormen (E.IV). Eine bemerkenswerte Ausnahme in der deutschen Rechtsordnung enthält § 9 Abs. 8 BauGB, nach dem die in aller Regel als Satzungen ergehenden Bebauungspläne zu begründen sind. In den vielen Fällen, in denen dagegen keine Begründung vorliegt, verfolgen Verfassungs- und Verwaltungsgerichte bei der Kontrolle von Rechtsetzungsakten zumeist den Ansatz einer den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechenden Begründbarkeitsprüfung (F).

Das in den Abschnitten G und H zu untersuchende Europäische Gemeinschaftsrecht verfügt über ein ausdifferenziertes Zielsystem, das den Gemeinschaftsorganen als Orientierung bei der Durchführung der Gemeinschaftspolitiken dienen soll (G.I). Von großer Bedeutung sind auch die Be-

gründungsanforderungen des Art. 253 EG, die für Einzelfallentscheidungen und Rechtsetzungsakte gleichermaßen gelten (G.II). Was die Methodik der Entscheidungsherstellung anbelangt, so werden nunmehr alle wichtigen Initiativen der Kommission vor ihrer verbindlichen Verabschiedung als Richtlinie oder Verordnung durch eine Folgenabschätzung evaluiert (B.III und G.IV). Abschließend ist die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Abwägungsentscheidungen zu erörtern, wobei nach einer näheren Funktionsbestimmung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaft (H.I) eine Analyse des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erfolgt (H.II).

## B. Numerische Methoden in Verwaltungspraxis und Rechtsetzung

### I. Exekutivische Einzelfallentscheidungen

#### 1. Verbal-argumentatives Vorgehen

Die Praxis der staatlichen Organe in Deutschland ist weithin durch ein verbal-argumentatives Vorgehen gekennzeichnet, obwohl das Haushaltsrecht für Bund und Länder die Durchführung angemessener Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen für alle finanzwirksamen Maßnahmen vorschreibt.<sup>1</sup> Insbesondere wird die Festlegung der Gewichtigkeiten ganz überwiegend mit den Mitteln der natürlichen Sprache vorgenommen. Hierfür werden, wie bereits erwähnt, in Entscheidungen der Verwaltung, des Gesetzgebers und der Gerichte relationsbezogene Begriffe zur Beschreibung von Vorzügen oder Beeinträchtigungen wie etwa „gering“, „mittel“, „hoch“ oder „überragend“ verwendet.<sup>2</sup> Eine präzisierende Explikation des Gehaltes derartiger Attribute findet in aller Regel nicht statt. Es bleibt daher verborgen, in welchem Verhältnis die so ausgedrückten Belastungen oder Vorteile zueinander genau stehen. Die darin liegende Vagheit wird je nach Betrachtungsweise entweder als erhebliches Defizit bei der Entscheidungsherstellung und -darstellung oder als sachgerechte Lösung eines erkenntnistheoretischen wie rechtspolitischen Problems beurteilt.<sup>3</sup>

Ferner ist in der Praxis der Verwaltung zu beobachten, dass auf Grundlage der Kategorisierung der Belange die Vorteile des Projektes in ihrer Gesamtheit mit dem jeweiligen einzelnen Nachteil verglichen werden,

---

<sup>1</sup> § 7 Abs. 2 BHO, § 6 Abs. 2 Haushaltsgrundsätzegesetz; zu beiden Ansatzpunkten A. von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, S. 373 f. m. w. N.

<sup>2</sup> Siehe nur *Freie und Hansestadt Hamburg*, Planfeststellungsbeschluss DA-Erweiterung vom 8. Mai 2000, 2000: „Außerordentliche Bedeutung“ (S. 75), „sehr gewichtige Gründe“ für das Vorhaben (S. 67), sehr hohe, hohe, mittlere, geringe Beeinträchtigung (S. 67 ff.); das Bundesverwaltungsgericht hatte in seiner Entscheidung vom 14.11.2002 über einen Planfeststellungsbeschluss zu befinden, der bestimmte Auswirkungen als „außerordentlich stark“ bezeichnete – BVerwG v. 14.11.2002, E 117, S. 149 (161); *Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), *Bundesverkehrswegeplan 2003. Grundzüge der gesamtwirtschaftlichen Bewertungsmethodik*, 2000, S. 66.

<sup>3</sup> Näheres unter C.V.4.

ohne dass eine nachvollziehbare Gesamtabwägung durchgeführt würde („segmentierte Abwägung“).<sup>4</sup> Zur Verdeutlichung beider Mängel sei der Planfeststellungsbeschluss über die Erweiterung des Airbus-Werks in Hamburg-Finkenwerder vom 8. Mai 2000 herangezogen, der hinsichtlich seiner Argumentationstechnik der gängigen Praxis voll entspricht.<sup>5</sup> Zunächst teilt die Planfeststellungsbehörde die durch das Vorhaben herbeigeführten Beeinträchtigungen in Klassen ein (sehr hoch, hoch, mittel und gering).<sup>6</sup> So gilt die Teilverfüllung eines Süßwasserwatts als „sehr hohe“ Beeinträchtigung.<sup>7</sup> Der zu erwartende Fluglärm wird als „hohe“ Beeinträchtigung klassifiziert.<sup>8</sup> Ebenfalls eine „hohe“ Beeinträchtigung erfährt nach Ansicht der Planfeststellungsbehörde zum Teil der Tier- und Pflanzenschutz, da der für die Flughafenerweiterung benötigte und infolgedessen zuzuschüttende Teil der Elbe einer der letzten Standorte vom Aussterben bedrohter Arten sei.<sup>9</sup> „Mittlere“ Auswirkungen betreffen unter anderem die Berufsfischer und die Erholungsfunktion eines Parks.<sup>10</sup>

Sodann heißt es unter „2.3.3 Abwägung aller Belange“:

„Unter Abwägung aller betroffenen Belange wird der Plan für das Vorhaben festgestellt. Mit der getroffenen Entscheidung für das Vorhaben stehen die Belange der vom Flug- und Baulärm betroffenen Anwohner und des Umweltschutzes zurück.“

Bei einer Entscheidung gegen das Vorhaben (und damit für die Belange des Lärm- und Umweltschutzes) würden die positiven Effekte für den Arbeitsmarkt und regionalwirtschaftliche Effekte für die Metropolregion Hamburg ersatzlos entfallen. Diese sind für die Metropolregion Hamburg jedoch von außerordentlich großer Bedeutung...

<sup>4</sup> Vgl. E. Hofmann/G. von Wangenheim, 22 *International Review of Law and Economics* 2003, S. 511 (515); ähnlich *Regierungspräsidium Stuttgart*, Planfeststellungsbeschluss Landesmesse vom 12. März 2003, 2003, S. 118–171.

<sup>5</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg*, Planfeststellungsbeschluss DA-Erweiterung vom 8. Mai 2000, 2000; ähnlich *Regierungspräsidium Stuttgart*, Planfeststellungsbeschluss Landesmesse vom 12. März 2003, 2003; die Realisierung der Messe werde von „gewichtigen überörtlichen Interessen getragen“ (S. 122); *Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr des Landes Brandenburg*, Planfeststellungsbeschluss Ausbau Verkehrsflughafen Berlin-Schönefeld vom 13. August 2004, 2004: bei Gesamtbetrachtung der Darlegung in den einzelnen Kapiteln komme den mit dem Ausbauvorhaben verfolgten Zielen gegenüber den entgegenstehenden übrigen öffentlichen und privaten Belangen das größere Gewicht zu (S. 1163); die Planfeststellungsbehörde verkenne jedoch nicht, dass mit dem Ausbau des Verkehrsflughafens auch negative Auswirkungen auf private und öffentliche Interessen verbunden seien. Durch Schutzauflagen werde aber sichergestellt, dass keine öffentlichen oder privaten Interessen in unzumutbarer oder unzulässiger Weise hinter die für das Ausbauvorhaben sprechenden Belange zurückgestellt würden (S. 1164) – im einzelnen s. u. C.V.1.

<sup>6</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 67 ff.

<sup>7</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 67.

<sup>8</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 69.

<sup>9</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 68 f.

<sup>10</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 71.

Mit dieser Entscheidung entstehen Beeinträchtigungen für die vom Flug- und Baulärm betroffenen Anwohner, die jedoch hinsichtlich des Baulärms nur vorübergehend sind. Gleichwohl bewertet die Planfeststellungsbehörde die einmalige Chance, zukunftsfähige Industrie in Hamburg zu sichern, als so gewichtig, dass sie auch die beachtlichen Gründe gegen das Vorhaben zurückstellt.“<sup>11</sup>

Betrachtet man den materiellen Kern der Ausführungen, so stellt die Planfeststellungsbehörde in ihrer Gesamtabwägung wirtschaftliche Effekte von „außerordentlich großer“ Bedeutung gegen die „beachtlichen“ und in verschiedene Klassen eingeteilten Beeinträchtigungen. Dass die Argumentation auf die Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeiten verzichtet, soll zunächst unbeachtet bleiben.<sup>12</sup> Die zitierte Passage bezieht sich allein auf Gewichtungen. Zur Begründung führt die Behörde im einzelnen aus, die projektinduzierten Gewässerbelastungen seien mit dem wasserwirtschaftlichen Allgemeinwohl zu vereinbaren, da das Allgemeinwohl erst dann beeinträchtigt sei, wenn die konkreten Folgen der Ausbaumaßnahme so schwerwiegend seien, dass sie schlechterdings nicht mehr hingenommen werden könnten.<sup>13</sup> Die unterhalb dieser Schwelle verbleibenden nachteiligen Auswirkungen seien Gegenstand der Abwägung.<sup>14</sup> Dabei wird auf den Abschnitt des Planfeststellungsbeschlusses verwiesen, der die verschiedenen Beeinträchtigungen in „sehr hohe Beeinträchtigungen“, „hohe“, mittlere“ und „geringe“ Beeinträchtigungen einteilt.<sup>15</sup>

Bei den übrigen Beeinträchtigungen wird ähnlich argumentiert. Die Veränderung des Landschaftsbildes sei nicht abschließend zu beurteilen, weil die Höhe der Gebäude durch den Planfeststellungsbeschluss nicht endgültig festgelegt werde.<sup>16</sup> Dennoch gehe auch die Antragstellerseite davon aus, dass mit der Umsetzung der Planung erhebliche Nachteile für das Landschaftsbild verbunden seien.<sup>17</sup> Damit könne auch eine Verringerung der Erholungsfunktion einhergehen. Sämtliche nachteiligen Auswirkungen des Vorhabens auf das Landschaftsbild seien Gegenstand der Abwägung.<sup>18</sup>

Die zu erwartende projektbedingte Zusatzbelastung durch Verkehrslärm sei nur dann ein Problem, wenn sie eine Konfliktplanung schaffe, die nicht bewältigt werden könne.<sup>19</sup> Das könnte und müsste aber trotz bereits bestehender starker Verkehrsbelastung letztlich bauplanungsrechtlich ge-

---

<sup>11</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 75.

<sup>12</sup> Dazu im einzelnen unter C.IV.1.b)bb)(1).

<sup>13</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 157.

<sup>14</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 157.

<sup>15</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 67 ff.

<sup>16</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 449.

<sup>17</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 434.

<sup>18</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 435.

<sup>19</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 201.

schehen.<sup>20</sup> Die Zunahme des Fluglärms sei trotz erheblicher Steigerungen angemessen berücksichtigt.<sup>21</sup> Grundlegende Veränderungen der Wertsituation betroffener Grundstücke seien nicht zu erwarten. Die dennoch tatsächlich auftretenden Betroffenheiten seien Gegenstand der Abwägung.<sup>22</sup>

Der üblichen Vorgehensweise entsprechend geht der Planfeststellungsbeschluss auf die erheblichen Mittel, die der Fiskus zur Unterstützung des Vorhabens aufgewendet hatte – insgesamt wurde ein Betrag von rund 1,5 Milliarden Euro benötigt –,<sup>23</sup> nicht ein. Das ist jedenfalls dann ein Defizit, wenn man mit dem Bundesverwaltungsgericht Belastungen der öffentlichen Hand als abwägungsrelevante Belange prinzipiell anerkennt<sup>24</sup> und deren hinreichend vollständige Ermittlung und angemessene Gewichtung verlangt. Die Argumentationsweise der Behörde verdient aber vor allem aus einem anderen Grund vertiefte Aufmerksamkeit. Seiner Struktur nach enthält der als „Begründung“ bezeichnete Teil des Planfeststellungsbeschlusses zunächst die detaillierte Untersuchung, ob das Vorhaben an strikten Planungsleitsätzen scheitert. Das sei im Ergebnis hinsichtlich keiner Sachfrage der Fall. Die verbleibenden nachteiligen Wirkungen seien, so wird wiederholt gesagt, Gegenstand der Abwägung. Über diese Behauptung hinaus wird aber nicht dargelegt, wieso die Vorteile nach Ansicht der Planfeststellungsbehörde *insgesamt* größer sind als die Nachteile in ihrer Gesamtheit.

Ein solches Vorgehen begegnet hinsichtlich seiner Überzeugungskraft gravierenden Bedenken, da es Bürgern und Gerichten zumutet, die Behauptung einer vernünftigen Aggregation der einzelnen Segmente („gerechte Abwägung“) zu akzeptieren, ohne dass dies die Behörde durch eine angemessene Darstellung in der Begründung des Planfeststellungsbeschlusses nachgewiesen hätte.<sup>25</sup> Verallgemeinert man insoweit den Ansatz der Behörde als Methode der Entscheidungsherstellung, so kann man daran sehen, welchen Limitierungen dies unterworfen wäre – was ergäbe etwa die Gesamtabwägung der Folgen einer bestimmten Handlungsalternative, die einerseits einen „außerordentlichen“ Vorteil brächte, andererseits aber drei,

<sup>20</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 201, 358.

<sup>21</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 252.

<sup>22</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 10, Fn. 5), S. 358.

<sup>23</sup> *E. Hofmann/G. von Wangenheim*, 22 *International Review of Law and Economics* 2003, S. 511 (515).

<sup>24</sup> BVerwG v. 30.9.1998, 4 VR 9.98 – Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 142 S. 291 m. w. N.; v. 27.1.2000, E 110, S. 302 (311); v. 31.1.2001, 11 A 6.00, NVwZ-RR 2001, S. 653 (654); v. 31.1.2002, DVBl 2002, 990 (992 f.); VGH München v. 8.3.2004, 22 A 03.40058, UA S. 13. Mehrkosten können nach Art. 3 Abs. 1 BayEG (sogar) geeignet sein, einen Eingriff in privates Eigentum zu rechtfertigen; für Ausnahmefälle sieht *Büchs* sogar die alleinige Heranziehung des Kostenarguments als zulässig an (*H. Büchs*, *Handbuch des Eigentums- und Entschädigungsrechts*<sup>3</sup>, 1996, Rz. 1166).

<sup>25</sup> Ausführlich *E. Hofmann/G. von Wangenheim*, 22 *International Review of Law and Economics* 2003, S. 511–519.

sechs oder elf zu erwartende „mittlere“ Beeinträchtigungen? Es liegt auf der Hand, dass sich nur mit Schwierigkeiten eine nachvollziehbare Antwort geben ließe.

Dennoch wird ein numerischer Ausdruck der Gewichtigkeiten in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis ganz überwiegend abgelehnt, ohne dass die Gründe hierfür immer klar zu erkennen wären.<sup>26</sup> Die planungsrechtliche Literatur hält eine verbal-argumentative Abwägung durchweg für sachgerecht.<sup>27</sup> Selbst dort, wo eine Gesamtschau der Belange ausdrücklich gesetzlich gefordert ist – wie etwa bei dem Konzept des integrierten, medienübergreifenden Umweltschutzes nach der IVU-Richtlinie<sup>28</sup> und des entsprechend geänderten Bundes-Immissionsschutzgesetzes –, erscheint manchem Autor eine numerische Methodik als aufwendiger und komplizierter Formalismus, der triviale Ergebnisse produziere, zu denen der gesunde Menschenverstand einfacher und schneller gelangen könne.<sup>29</sup> Demgegenüber sehen lediglich einzelne methodisch orientierte Beiträge formale Darstellungsweisen jedenfalls in analytischer Hinsicht als hilfreich an.<sup>30</sup> Noch kleiner ist der Kreis der Autoren in der juristischen Literatur, der die Verwendung numerischer Instrumente zum Umgang mit Bewertungen ausdrücklich befürwortet.<sup>31</sup>

Bei näherem Hinsehen steht die deutsche Verwaltungspraxis formalen Instrumenten allerdings nicht ganz so abweisend gegenüber, wie es zunächst

<sup>26</sup> Ausdrücklich skeptisch *K. Larenz*, Methodische Aspekte der Güterabwägung, in: Hauss (Hrsg.), Festschrift für Ernst Klingmüller, 1974, S. 235 (248).

<sup>27</sup> S. nur für Viele: *W. Hoppe*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 2002, S. 262 ff.; *T. Würtenberger*, VVDStRL 58 (1999), S. 139 (154 ff.); *R. Steinberg et al.*, Fachplanung, 2000, S. 202 ff.; *J. Kühling/N. Herrmann*, Fachplanungsrecht, 2000, S. 102 ff.

<sup>28</sup> Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24.9.1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ABl. EG Nr. L 257 v. 10.10.1996, S. 26.

<sup>29</sup> Pointiert *P. Davids*, Immissionsschutz 1999, S. 134 (136); zustimmend *K. Hansmann*, ZUR 2002, S. 18 (22 I. Sp.).

<sup>30</sup> *H.-J. Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe, 1979, S. 36 ff.; *R. Rubel*, Planungsermessen, 1982, S. 30 ff.; *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte<sup>1</sup>, 1986, S. 143 ff.; *R. Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, 1989, insb. S. 51 ff.; *B. Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 181 ff.; *N. Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, 1998, insb. S. 59 ff.

<sup>31</sup> *H. Hubmann*, Wertung und Abwägung im Recht, 1977, insb. S. 166 f.; *E. L. Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, S. 153 ff.; *T. W. Walde*, Juristische Folgenorientierung: „policy analysis“ und Sozialkybernetik; methodische und organisatorische Überlegungen zur Bewältigung der Folgenorientierung im Rechtssystem, 1979, S. 72 ff.; zur Automation bei der Rechtsanwendung im Einkommensteuerrecht und im Sozialrecht (Rentenberechnung) unter Heranziehung des vom Bundesministerium der Finanzen für die maschinelle Berechnung der Lohnsteuer erarbeiteten Programmablaufplans (Bundessteuerblatt 1980, Teil 1, S. 627 ff.) *U. Klug*, Juristische Logik<sup>4</sup>, 1982, S. 181 ff.; als Abwägungsoptimist kann wohl auch *Häberle* gelten, s. *P. Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG<sup>1</sup>, 1962, S. 32 ff.

den Anschein haben mag. Die folgenden Beispiele zeigen jedenfalls, dass Verwaltungsaufgaben in bestimmten Bereichen auch in Deutschland durchaus mit Hilfe numerischer Methoden angegangen werden.

## 2. Bewertung von Prüfungsleistungen

Ein erster Anwendungsfall für den Einsatz von numerischen Instrumenten liegt in der Benotung von Prüfungsleistungen. Schulnoten kommen in Deutschland mit der verbal oder zahlenmäßig ausgedrückten Stufung in sechs Noten aus (sehr gut, gut, befriedigend ausreichend, mangelhaft, ungenügend),<sup>32</sup> die allerdings für die Bewertung von Einzelleistungen noch mit einem „+“ oder einem „-“ auf- bzw. abgewertet werden können.<sup>33</sup> Das erweist sich als hinreichend praktikabel, weil es abgesehen von der transparenten Artikulation der Bewertung nur um Versetzungszeugnisse geht, die von der Erfüllung bzw. Nichterfüllung von für die Versetzung notwendigen Bedingungen abhängen. Hierfür kommt es nur auf die Noten in den einzelnen Fächern an, nicht hingegen auf die Summe der erreichten Noten oder einen bestimmten Notendurchschnitt.

Eine solche Gesamtnote wird aber seit langem im Rahmen der Sekundarstufe II und der sie abschließenden Abiturprüfung gebildet.<sup>34</sup> Zu diesem Zweck werden die sechs Schulnoten in ein von 0 bis 15 reichendes Punktesystem überführt (13–15 Punkte entsprechen „sehr gut“, 10–12 Punkte „gut“ usw.). Die „Übersetzung“ der sechsstufigen Schulnoten in Punkte hat den Vorzug, die Verrechnung zu unterstützen. Hat beispielsweise ein Schüler drei Kurse absolviert, die mit einem knappen sehr gut „(1-)“, einem guten „befriedigend“ (3+) und einem glatten ausreichend (4) benotet wurden, so gelingt die Bildung eines arithmetischen Mittels dieser Noten viel leichter, wenn man sie in ein Dezimalsystem überträgt.

Ganz ähnlich wird auch bei den juristischen Staatsprüfungen verfahren, um die Noten klar, eindeutig und genau auszudrücken und die Bildung von Gesamtbeurteilungen zu erleichtern.<sup>35</sup> Wie bei den Schulnoten in der Sekundarstufe II werden durch die Notenverordnung verbal bezeichneten Noten zahlenmäßige Äquivalente im Sinne eines Dezimalsystems zu-

<sup>32</sup> Einen Überblick über verschiedene Schulnotensysteme bietet <http://de.wikipedia.org/wiki/Schulnote> (letzter Zugriff 1.11.2006).

<sup>33</sup> In der Schweiz ist 6 die beste Note, 1 die schlechteste; in den USA gibt es durch Buchstaben ausgedrückte Noten von A bis F, wobei keine Note „E“ vergeben wird.

<sup>34</sup> S. etwa § 16 der nordrhein-westfälischen Verordnung über den Bildungsgang und die Abiturprüfung in der gymnasialen Oberstufe vom 5. Oktober 1998, zuletzt geändert durch Verordnung vom 11. Dezember 2004 (SGV. NRW 2004, S. 223).

<sup>35</sup> Vgl. etwa § 35 Hamburgisches Juristenausbildungsgesetz (JAG v. 11. Juni 2003, Hmb. GVBl. 2003, S. 156).

geordnet (0 Punkte = ungenügend, 1–3 Punkte = mangelhaft, 4–6 Punkte = ausreichend, 7–9 Punkte = befriedigend, 10–12 Punkte = vollbefriedigend, 13–15 Punkte = gut, 16–18 Punkte = sehr gut).<sup>36</sup> Die Zeugnisse für die Staatsprüfungen weisen die Gesamtpunktzahl und die ihr entsprechende Gesamtnote aus,<sup>37</sup> wobei einzelne Noten aufgrund eines durch die Prüfungsordnungen festgelegten Rechenvorgangs zu einer Gesamtnote zusammengefasst werden.<sup>38</sup>

An der Überführung von Schulnoten in ein Dezimalsystem wie in der Sekundarstufe II kann man sehen, dass die Wahl des Bewertungssystems maßgeblichen Einfluss auf die Praktikabilität und die Transparenz des gewählten Verfahrens haben kann, ohne etwas an den Bewertungen im Sinne der Ergebnisse der Beurteilungsvorgänge selbst zu ändern. Dabei hängt die Bedeutung einer Bezeichnung von dem Konzept ab, dem sie entstammt. Die Aussage „sehr gut“ wäre etwa eine andere, wenn sie nicht wie im deutschen Schulnotensystem für die beste Leistung stünde, sondern für eine zweitbeste, wenn es darüber noch „exzellente“ Leistungen gäbe. Darüber hinaus berührt die Heranziehung eines Punktesystems nicht die Frage, ob überhaupt Noten vergeben werden sollten. Für Grundschulen gelten zum Teil andere Bewertungsverfahren.<sup>39</sup>

Schließlich betrifft die Verwendung eines numerischen Bewertungssystems nicht den Maßstab, der den Noten und ihrem Aggregationsmodus zugrundeliegt. Verbale und zahlenmäßige Systeme können gleichermaßen für ganz unterschiedliche Bewertungsansätze stehen. So kann man der besten erbrachten Leistung die beste mögliche Note geben und die übrigen Leistungen relativ zu ihr bewerten, oder man kann sich eines „objektiven“ Maßstabs bedienen, bei der auch die beste der zu bewertenden Leistungen an normativ gesetzten Anforderungen gemessen wird. Für letzteres sind die deutschen Schulnoten und die Noten für die juristischen Prüfungen Beispiele. Die „durchschnittlichen Anforderungen“, auf die die juristische Notenverordnung abhebt,<sup>40</sup> werden unabhängig von dem Leistungsniveau des jeweiligen Jahrgangs definiert.

<sup>36</sup> Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Prüfung v. 3.12.1981, BGBl. I S.1243 (Notenverordnung).

<sup>37</sup> Die numerisch ausgedrückte Gesamtnote wird nach § 2 Abs. 2 der Notenverordnung in eine verbale Bezeichnung umgesetzt, die von der Benotung von Einzelleistungen geringfügig abweicht.

<sup>38</sup> § 35 Hamburgisches Juristenausbildungsgesetz (S. 14, Fn. 35).

<sup>39</sup> In Nordrhein-Westfalen gibt es in der Grundschule zwar auch Zeugnisse, diese werden aber erst in der vierten Klasse mit Noten versehen. In den ersten drei Klassen erfolgt die Bewertung anhand eines Berichts, s. §§ 9ff. der Verordnung über den Bildungsgang in der Grundschule (Ausbildungsordnung gemäß § 26 b SchVG – AO-GS) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. November 1996, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. Juli 2003, SGV. NRW, S. 223.

<sup>40</sup> § 1 der Notenverordnung (S. 15, Fn. 36).

### 3. Vergaberechtliche Auswahlkriterien

Von den Eigenschaften numerischer Bewertungssysteme, Gesamtbetrachtungen zu gestatten und eine besonders hohe Transparenz von Gewichtungen zu gewährleisten, wird auch im Vergaberecht Gebrauch gemacht. Es ist anerkannt, dass der staatliche Bedarf an den zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben nötigen Personal- und Sachmitteln nicht nur durch eigene Ressourcen befriedigt werden kann. Daneben verfügt der Staat noch über die Möglichkeit der hoheitlich-imperativen Güterbeschaffung wie im Falle der Enteignung oder, wie im Bereich des Vergabewesens, durch den Abschluss privater Verträge mit der Wirtschaft.<sup>41</sup> Das Beschaffungswesen ist für zwischen 8 und 15 % des Bruttosozialprodukts verantwortlich.<sup>42</sup> In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union bewegt sich die volkswirtschaftliche Bedeutung der öffentlichen Aufträge überwiegend am oberen Rand der genannten Marge.<sup>43</sup>

Die rechtlichen Maßgaben für das Beschaffungswesen stehen im Spannungsfeld zwischen dem Effizienzgebot haushaltsschonender und qualitativ hinreichender Leistungserbringung einerseits und den Interessen der Bieter an einem fairen und transparenten Vergabeverfahren andererseits. Das drückt sich in einer relativ komplexen Rechtslage aus, die zudem aus drei Schichten besteht, dem nationalen, dem europäischen und dem völkerrechtlichen Vergaberecht. Letzteres trägt für die Heranziehung numerischer Verfahren nichts aus und wird daher im folgenden nicht weiter berücksichtigt.<sup>44</sup>

#### a) Rechtsgrundlagen

Bis 1989 war das Beschaffungswesen nahezu ausschließlich innerstaatlich geprägt.<sup>45</sup> In Deutschland galten neben dem Gleichbehandlungsgebot aus

<sup>41</sup> Im Schrifttum wird auch der Begriff „Submissionswesen“ gebraucht (C. Riese/A. Theurer, Vergaberecht: Grundlagen – Verfahren – Rechtsschutz, 1998, S. 2).

<sup>42</sup> N. Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung: zur Zulässigkeit der Verwendung sogenannter „beschaffungsfremder Kriterien“ unter besonderer Berücksichtigung der Tariftreueerklärungen, 2002, S. 46.

<sup>43</sup> H.-J. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts: Gesamtdarstellung der EU/EWR-Vergaberegeln mit Textausgabe<sup>2</sup>, 2001, S. 1.

<sup>44</sup> Gegenwärtig gilt das am 1.1.1996 in Kraft getretene Übereinkommen über das Beschaffungswesen von 1994 („Government Procurement Agreement, GPA“), das von 39 WTO-Mitgliedern, darunter die EG und ihre Mitgliedstaaten, ratifiziert worden ist, für die EG umgesetzt durch ABl. EG 1994 Nr. L 336, 273; s. hierzu K. Odendahl, EuZW 2004, S. 647 ff.; umfassender Überblick bei S. L. Arrowsmith, Government procurement in the WTO, 2003; lesenswert auch H. Büsing, Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, 2002.

<sup>45</sup> Zur Geschichte des Vergaberechts in Deutschland instruktiv E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 353 ff.

Art. 3 Abs. 1 GG verschiedene haushaltsrechtliche Bestimmungen.<sup>46</sup> Zu dieser Zeit wurde nur ein kleiner Teil der Aufträge an Unternehmen vergeben, die aus einem anderen Land stammten.<sup>47</sup> Das nunmehr stark europarechtlich geprägte Vergaberecht geht auf Anstrengungen der Kommission zurück, die hierfür einen Grund in der europaweit zersplitterten Rechtslage erkannte und sich spätestens seit 1989 bemühte, die entsprechenden Wettbewerbshindernisse zu verringern.<sup>48</sup> Zunächst bemühte sich die Bundesrepublik Deutschland, mit einer Änderung des Haushaltsrechts im Jahre 1993 die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben umzusetzen.<sup>49</sup> Die verspätete Umsetzung in Form der Einfügung von §§ 57a bis 57c in das Haushaltsgrundsätzegesetz war jedoch vielfach als unzureichend abgelehnt worden.<sup>50</sup> Mit dem daraufhin erlassenen Vergaberechtsänderungsgesetz aus dem Jahre 1998 wurde die Problematik zutreffend in das Wettbewerbsrecht verschoben.<sup>51</sup> Seitdem finden sich wesentliche Bestimmungen in den §§ 97 ff. GWB, die von den Verdingungsordnungen ergänzt werden.<sup>52</sup>

Nunmehr hat sich ein zweigeteiltes Vergaberecht entwickelt.<sup>53</sup> Das gemeinschaftsrechtliche Vergaberecht und die darauf bezogenen mitgliedstaatlichen Umsetzungsakte sind für alle Ausschreibungen heranzuziehen, die Aufträge betreffen, deren Wert bestimmte Schwellen überschreitet.<sup>54</sup> Unterhalb der Schwellenwerte gelten primäres Gemeinschaftsrecht und die generellen Vorgaben des nationalen Rechts, also Diskriminierungsverbote, Grundfreiheiten bzw. Grundrechte und der Verhältnismäßigkeitsgrund-

<sup>46</sup> § 30 HGrG sowie § 55 der BHO und der LHO.

<sup>47</sup> K. Odendahl, EuZW 2004, S. 647 (647) – nur rund 2 % aller öffentlichen Aufträge.

<sup>48</sup> Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. EG 1989 Nr. L 395, S. 33, geänd. ABl. EG 1992 L 209, S. 1.

<sup>49</sup> Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes v. 26.11.1993, BGBl. 1993 I, S. 1928.

<sup>50</sup> G. Nicolaysen, Ein Binnenmarkt für öffentliche Aufträge, in: Baur u. a. (Hrsg.), Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht: Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, 1992, S. 345 (356); J. Pietzcker, Änderungen des Rechtsschutzes bei der Auftragsvergabe, in: Bender u. a. (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz: Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, 1993, S. 501 (504); M. Dreher, NVwZ 1996, S. 345 ff.; a. A. K. Hailbronner, RIW 1992, S. 553 (561).

<sup>51</sup> Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz) v. 26.8.1998, BGBl. 1998 I, S. 2512 ff.

<sup>52</sup> Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) v. 17.9.2002, BAnz. v. 20.11.2002, Nr. 216a; Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB/B), BAnz. v. 29.19.2002, Nr. 202a.

<sup>53</sup> Vgl. die detaillierte Übersicht von C. Koenig/J. Kühling, NZBau 2003, S. 126 (127).

<sup>54</sup> Die Schwellenwerte sind in Art. 16 der Richtlinie 2004/17/EG und Art. 7, 8 und 9 der Richtlinie 2004/18/EG festgelegt.

satz.<sup>55</sup> Oberhalb der Schwellenwerte findet das gemeinschaftsrechtliche spezielle Vergaberecht Anwendung, dem bis zum 31. Dezember 2005 insbesondere folgende vier Richtlinien zugrundeliegen:<sup>56</sup>

- die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge,<sup>57</sup>
- die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14.6.1993 über die Koordinierung zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge,<sup>58</sup>
- die Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren öffentlicher Bauaufträge<sup>59</sup> sowie
- die Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14.6.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor.<sup>60</sup>

Diese vier materiell-rechtlichen Richtlinien wurden noch ergänzt durch zwei Rechtsmittelrichtlinien.<sup>61</sup> Das aufgeführte Regelwerk ist in Deutschland durch das Vergaberechtsänderungsgesetz<sup>62</sup> und die Vergabeverordnung (VgV)<sup>63</sup> umgesetzt. Besondere Bedeutung kommt insoweit § 97 Abs. 6 GWB, § 127 GWB und § 4 Abs. 1 VgV zu. Ausweislich der Bestimmung des § 100 Abs. 1 GWB finden die §§ 97 ff. GWB nur auf Ausschreibungen Anwendung, die die in der Vergabeverordnung festgelegten Schwellenwerte überschreiten. Ab dem 1. Januar 2006 gibt es nur noch zwei materielle Richtlinien,<sup>64</sup>

<sup>55</sup> Einen guten Überblick über die Verfahrensarten und die mit ihnen verbundenen Anforderungen bieten *C. Koenig/A. Haratsch*, NJW 2003, S. 2637 (2640).

<sup>56</sup> Für öffentliche Stellen wie Bieter hilfreich ist insbesondere die von der EG eingerichtete Internetseite <http://simap.eu.int/> (letzter Zugriff 30.10.2006).

<sup>57</sup> ABl. EG 1992 Nr. L 209 S. 1, zuletzt geändert ABl. EG 2001 Nr. L 285 S. 1, berichtigt ABl. EG 2002 Nr. L 214 S. 1.

<sup>58</sup> ABl. EG 1993 Nr. L 199 S. 1, zuletzt geändert ABl. EG 2001 Nr. L 285 S. 1, berichtigt ABl. EG 2002 Nr. L 214 S. 1.

<sup>59</sup> ABl. EG 1993 Nr. L 199 S. 54, zuletzt geändert ABl. EG 2001 Nr. L 285 S. 1, berichtigt ABl. EG 2002 Nr. L 214 S. 1.

<sup>60</sup> ABl. EG 1993 Nr. L 199 S. 84, zuletzt geändert ABl. EG 2001 Nr. L 285 S. 1, berichtigt ABl. EG 2002 Nr. L 214 S. 1.

<sup>61</sup> Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. EG 1989 Nr. L 395 S. 33, geändert ABl. EG 1992 Nr. L 209 S. 1; Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. EG 1992 Nr. L 395 S. 33, geändert durch ABl. EG 1992 Nr. L 209 S. 1.

<sup>62</sup> G zur Änderung der Rechtsgrundlage für die Vergabe öffentlicher Aufträge v. 26.8.1998, BGBl. I 1998 S. 2512.

<sup>63</sup> Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge in der Bekanntmachung v. 11.2.2003, BGBl. I 2003 S. 169.

<sup>64</sup> Einen guten Überblick über die Neuregelungen bietet *M. Knauff*, EuZW 2004, S. 141 ff.

– die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste,<sup>65</sup> und die

– Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge.<sup>66</sup>

Ob sich die Verringerung der Anzahl der Richtlinien angesichts des Umfangs des neuen Sekundärrechts als Vereinfachung darstellt, ist bezweifelt worden.<sup>67</sup> An den Grundstrukturen der bisherigen Rechtslage ändert sich ohnehin nichts. Nach wie vor sind offene Verfahren von nichtoffenen und von Verhandlungsverfahren zu unterscheiden.<sup>68</sup> Neu geschaffen sind die Verfahren des wettbewerblichen Dialogs<sup>69</sup> und die elektronische Auktion.<sup>70</sup> Da an die Verhandlungsverfahren besondere Anforderungen gestellt werden,<sup>71</sup> lässt sich sagen, dass die offenen und nichtoffenen Verfahren grundsätzlich vorrangig sind, auch wenn die öffentlichen Stellen im übrigen frei sind, zwischen offenen und nichtoffenen Verfahren zu wählen.<sup>72</sup>

In offenen Verfahren können alle interessierten Bieter ein Angebot abgeben, in nichtoffenen Verfahren können sich alle Wirtschaftsteilnehmer um die Teilnahme bewerben, aber nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Wirtschaftsteilnehmer dürfen ein Angebot abgeben. In Verhandlungsverfahren wendet sich der öffentliche Auftraggeber an Wirtschaftsteilnehmer seiner Wahl und verhandelt mit einem oder mehreren von ihnen über die Auftragsbedingungen. Voraussetzung für das Funktionieren offener wie nichtoffener Verfahren ist eine Bekanntmachung über die Ausschreibung, die den Bietern hinreichende Informationen über die gesuchte Leistung und die Zuschlagskriterien gibt. Dementsprechend ausführlich werden die Inhalte der Bekanntmachungen in den neuen Richtlinien geregelt.<sup>73</sup>

<sup>65</sup> Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. EG Nr. L 134 S. 1.

<sup>66</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EG Nr. L 134 S. 114. Beide Richtlinien werden durch die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG (S. 18, Fn. 61) ergänzt.

<sup>67</sup> *M. Knauff*, EuZW 2004, S. 141 (141).

<sup>68</sup> Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/17/EG; Art. 1 Abs. 11 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>69</sup> Art. 29, 40 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>70</sup> Art. 54 der Richtlinie 2004/18/EG; s. *M. Knauff*, EuZW 2004, S. 141 (142 f.).

<sup>71</sup> Art. 30, 31 der Richtlinie 2004/18/EG; Art. 40 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>72</sup> *C. Koenig/A. Haratsch*, NJW 2003, S. 2637 (260); a. A. *H.-J. Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts: Gesamtdarstellung der EU/EWR-Vergaberegeln mit Textausgabe<sup>2</sup>, 2001, S. 114.

<sup>73</sup> Anhang XIII der Richtlinie 2004/17/EG; Anhang VII Teil A der Richtlinie 2004/18/EG.

## b) Vergabefremde Zwecke und ihre Gewichtung

Wesentliche Aufgabe eines Vergabeverfahrens ist es, fachlich geeignete, leistungsfähige und zuverlässige Bieter zu finden,<sup>74</sup> die dem Staat die erforderlichen Sach- und Personalmittel zu den günstigsten Konditionen verschaffen. Für deren Auswahl kann im wesentlichen darauf abgestellt werden, ob sie entsprechende Befähigungen nachweisen können und sich bislang als gesetzestreue Gewerbetreibende erwiesen haben. Darüber hinaus kommt es im Grunde nur auf den von ihnen angebotenen Preis an. Eine besondere Problematik liegt aber darin, dass staatliche Stellen schon immer bestrebt waren, mit Hilfe von öffentlichen Aufträgen auch andere Ziele als die unmittelbaren Beschaffungszwecke zu verfolgen, etwa im Bereich des Umweltschutzes, der Gleichberechtigung der Geschlechter oder der Bekämpfung illegalen Verhaltens.<sup>75</sup> Im deutschen Recht erlaubt § 97 Abs. 4 GWB die Heranziehung „anderer oder weitergehender“ Anforderungen. Die Verfolgung von vergabefremden Zwecken schafft die Gefahr einer indirekt diskriminierenden Auswahl unter den Bietern und führt dadurch gegebenenfalls zu Effizienzeinbußen.<sup>76</sup> Daher ist man bestrebt, den Missbrauchsgefahren durch einschränkende materielle Vorgaben und ein transparentes Vergabeverfahren Einhalt zu gebieten.

Vor allem bei den Entscheidungen *Concordia*<sup>77</sup> und *Wienstrom*<sup>78</sup> hatte sich der EuGH in neuerer Zeit mit den Grenzen der Zulässigkeit von Sekundärzwecken zu befassen. Das Gericht befand in den genannten Judikaten die ausschlaggebende Einbeziehung von Umweltgesichtspunkten für gemeinschaftsrechtskonform, obwohl dies in den entsprechenden Richtlinien nicht ausdrücklich vorgesehen war. Nach dem für das *Concordia*-Urteil maßgeblichen Art. 36 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 92/50/EG<sup>79</sup> waren zwar vergabefremde Zwecke grundsätzlich zulässig, sie mussten jedoch auf den jeweiligen Auftrag bezogen sein, „z. B. durch Qualität, technischer Wert,

<sup>74</sup> Vgl. § 97 Abs. 3 GWB.

<sup>75</sup> Einen guten Überblick bietet N. Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung: zur Zulässigkeit der Verwendung sogenannter „beschaffungsfremder Kriterien“ unter besonderer Berücksichtigung der Tarifreueerklärungen, 2002, S. 82 ff.; s. a. W. Krohn, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 2003, S. 7 ff.; C. Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren: öffentliches Auftragswesen, seine teilweise Harmonisierung im EG/EU-Binnenmarkt und die Instrumentalisierung von Vergaberecht durch vergabefremde Aspekte, 2000, S. 17 ff.

<sup>76</sup> Kritisch daher zur Verfolgung vergabefremder Zwecke – allerdings bezogen auf die frühere Rechtslage – F. Rittner, EuZW 1999, S. 677 (678 ff.).

<sup>77</sup> EuGH, Rs. C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), Slg. 2002, S. I-7213.

<sup>78</sup> EuGH, Rs. C-448/01 (*Wienstrom*), ABl. EG Nr. C 21 v. 24.1.2004, S. 5 = EuZW 2004, S. 81.

<sup>79</sup> Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. EG Nr. L 209, S. 1.

Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist“.

Bei der *Wienstrom*-Entscheidung ging es um die Frage, ob eine Festlegung auf Strom aus erneuerbaren Energien mit dem Gemeinschaftsrecht – insbesondere mit Art. 26 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 93/39/EWG – zu vereinbaren ist.<sup>80</sup> *Concordia* betraf die Ausschreibung eines Bussystems in Helsinki, bei dem ein Bieter den Zuschlag bekam, der als einziger unter den Wettbewerbern in der Lage war, ein Angebot unter Verwendung von erdgasbetriebenen Bussen zu machen. Auf die Einzelheiten der Ausschreibung wird sogleich noch näher eingegangen.<sup>81</sup> Einer der unterlegenen Busunternehmer hatte gegen die behördliche Entscheidung geklagt und war auch vor dem EuGH unterlegen. Die Rechtsprechung des EuGH ließ zusammengefasst gesagt vergabefremde Zwecke zu,<sup>82</sup>

- wenn sie mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen,
- dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumten,
- ausdrücklich veröffentlicht wurden und
- alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachteten.<sup>83</sup>

Mit den neuen Richtlinien wird diese Rechtsprechung aufgegriffen und fortgeführt.<sup>84</sup> Nunmehr können vergabefremde Zwecke bei den Eigenschafts- und bei den Zuschlagskriterien<sup>85</sup> sowie bei den Vertragsmodalitäten<sup>87</sup> berücksichtigt werden. Ausdrückliche Erwähnung finden neben dem an etlichen Stellen hervorgehobenen Umweltschutz<sup>88</sup> soziale Bedürfnisse der Allgemeinheit wie geschützte Werkstätten und Beschäftigungsprogramme,<sup>89</sup> Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, Ausbildungsförderung und

<sup>80</sup> Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. EG Nr. L 199, S. 1. S. die Urteilsanmerkungen von P. Steinberg, EuZW 2004, S. 76 ff.; W. Krohn, NZBau 2004, S. 92 ff.; P.F. Bultmann, ZfBR 2004, S. 134 ff.

<sup>81</sup> S. u. B.I.3.b)aa).

<sup>82</sup> EuGH, Rs. C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), Slg. 2002, S. I-7213, LS 1, Rz. 63 f.

<sup>83</sup> EuGH, Rs. C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), Slg. 2002, S. I-7213, Rz. 59–64.

<sup>84</sup> M. Knauff, EuZW 2004, S. 141 (141).

<sup>85</sup> Art. 34 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17/EG, Art. 23 Abs. 3, Art. 48 Abs. 2 lit. f, Art. 50 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>86</sup> Art. 55 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2004/17/EG, Art. 26, 27 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>87</sup> Art. 38, 39 der Richtlinie 2004/17/EG, Art. 26, 27 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>88</sup> Art. 34 III lit. b, Art. 38, Art. 55 I lit. a der Richtlinie 2004/17/EG; Art. 23 III lit. b, VI, Art. 48 II lit. f, Art. 50, Art. 53 I lit. a der Richtlinie 2004/18/EG; s. a. die Erwägungsgründe Nrn. 1, 12, 42, 44, 54, 55 der Richtlinie 2004/17/EG; Erwägungsgründe Nrn. 1, 5, 29, 33, 44, 46 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>89</sup> Erwägungsgrund Nr. 39 der Richtlinie 2004/17/EG; Erwägungsgrund Nr. 28 der Richtlinie 2004/18/EG.

die Einstellung Behinderter<sup>90</sup> sowie die Beachtung steuer-, umwelt- und arbeitsrechtlicher Normen am Auftragsort.<sup>91</sup>

Was nun die Heranziehung von mathematischen Bewertungssystemen angeht, so werden bereits bei der Eignungsprüfung nach § 7a Nr. 3 VOL/A Abschnitt 2, § 8a Nr. 2 VOB/A numerische Verfahren in Gestalt von Bewertungsmatrizen zum Einsatz gebracht.<sup>92</sup> Besondere Bedeutung kommt insoweit aber den Zuschlagskriterien zu. Nach den neuen Vergaberichtlinien haben die ausschreibenden Stellen zwei Möglichkeiten, die Zuschlagskriterien zu definieren, entweder nur nach dem niedrigsten Preis<sup>93</sup> oder aber nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot.<sup>94</sup> In fast allen Fällen wird, wenn die bisherige Praxis fortgesetzt wird, von der zweiten Möglichkeit Gebrauch gemacht werden. Dann muss der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen in der Beschreibung angeben, wie er die einzelnen Kriterien gewichtet, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln.<sup>95</sup> Nach Art. 53 Abs. 2 UA 2 der Richtlinie 2004/18/EG kann diese Gewichtung mittels einer Marge angegeben werden, deren größte Bandbreite angemessen sein muss. Kann nach Ansicht des öffentlichen Auftraggebers die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, so gibt er in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen in der Beschreibung die Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung an.<sup>96</sup>

Vielfach werden diese Anforderungen, die eine Fortentwicklung der früheren Rechtslage und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH darstellen, mit Hilfe von numerischen Verfahren umzusetzen sein, da nach dem neuen Vergaberecht die Gewichtungen der Zuschlagskriterien vorrangig mittels zahlenmäßig ausgedrückter Margen angegeben werden müssen.<sup>97</sup> Derartige Gewichtungen, die über eine bloße Rangfolge von Kriterien hinausgehen, können mittels der natürlichen Sprache nur schwer in nachvollziehbarer Weise ausgedrückt werden, was nun anhand zweier Beispiele verdeutlicht werden soll.

---

<sup>90</sup> Erwägungsgrund Nr. 44 der Richtlinie 2004/17/EG; Erwägungsgrund Nr. 33 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>91</sup> Erwägungsgrund Nr. 45, Art. 39 der Richtlinie 2004/17/EG; Erwägungsgrund Nr. 34, Art. 27 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>92</sup> S. etwa die Entscheidung des Bundeskartellamtes, 3. Vergabekammer, v. 28.1.2005, Az. VK 3 221/04.

<sup>93</sup> Art. 53 Abs. 1 lit b) der Richtlinie 2004/18/EG; Art. 55 Abs. 1 lit b) der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>94</sup> Art. 53 Abs. 1 lit a) der Richtlinie 2004/18/EG; Art. 55 Abs. 1 lit a) der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>95</sup> Art. 53 Abs. 2 UA 1 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>96</sup> Art. 53 Abs. 2 UA 3 der Richtlinie 2004/18/EG.

<sup>97</sup> So bereits die Kommission ihrem Richtlinienvorschlag, KOM (2000) 276 endg./2, 2000, S. 38, Nr. 54.2.

aa) *Das Concordia-Urteil des EuGH*

Das Beschaffungsamt der Stadt Helsinki hatte im August 1997 durch öffentliche Bekanntmachung zur Abgabe von Geboten für die Durchführung des innerstädtischen Busverkehrs aufgefordert.<sup>98</sup> Dabei wurde auf das gesamtwirtschaftlich günstigste Angebot abgehoben, das unter Berücksichtigung von drei Kriterien ermittelt werden sollte. Neben dem Preis sollte die Qualität des Fuhrparks und das Qualitäts- und Umweltkonzept des Verkehrsunternehmers entscheidend sein. Dabei wurde folgendermaßen vorgegangen. Dem Angebot mit dem günstigsten Preis wurden 86 Punkte zugeordnet. Die preisbezogene Punktzahl der übrigen Anbieter wurde dann als Betrag der jährlichen Vergütung für den Linienbetrieb gemäß dem günstigsten Angebot errechnet, geteilt durch den Preis des betreffenden Angebots, multipliziert mit 86. Zu den Punkten für den Preis konnten die Bieter dann noch maximal 10 weitere Punkte für die übrigen Kriterien bekommen. Der Einsatz von Bussen, die typbedingte Stickoxidemissionen von 4 g/kWh oder weniger aufwiesen, wurde mit 2,5 Punkten/Bus belohnt, ein Lärmpegel von unter 77 dB (A) mit einem Punkt.

Das Busunternehmen Concordia Bus Finland hatte das preisgünstigste Angebot gemacht, aber dennoch nicht den Zuschlag bekommen, weil ein Mitbewerber durch Zusatzpunkte für einen umweltschonenden Fuhrpark und Qualitäts- und Umweltzertifikate in der Summe besser beurteilt worden war. Dagegen machte Concordia in ihrer Klage vor einem finnischen Gericht geltend, die Vergabe von Zusatzpunkten für Fahrzeuge, die gewisse Stickoxidemissionen und gewisse Lärmpegel unterschritten, sei unangemessen und diskriminierend.<sup>99</sup> Es gebe nur einen einzigen Bieter, der diese Anforderungen erfüllen könne, und der habe den Zuschlag bekommen, obwohl nach Auffassung der Klägerin Umweltkriterien im Rahmen der Gesamtbewertung nicht berücksichtigungsfähig waren. Auf diesen Punkt bezog sich auch die von dem finnischen Gericht, das das Verfahren ausgesetzt hatte, dem EuGH vorgelegte Frage, ob die bereits erwähnte Bestimmung des Art. 36 Abs. 1 der Richtlinie 92/50/EWG, nach dem auch bestimmte vergabefremde Kriterien herangezogen werden können, sofern sie auf den jeweiligen Auftrag bezogen sind, die Einbeziehung des Umweltschutzes gestatte.

Die Stadt Helsinki hatte zur Rechtfertigung ihrer Ausschreibungskriterien angeführt, dass die umweltbezogenen Maßgaben der Ausschreibung direkte wirtschaftliche Auswirkungen hätten. Es ergäben sich aus dem Betrieb umweltschonender Busse unmittelbare Spareffekte insbesondere im

---

<sup>98</sup> EuGH, Rs. C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), Slg. 2002, S. I-7213, Rz. 20ff.

<sup>99</sup> EuGH, Rs. C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), Slg. 2002, S. I-7213, Rz. 27.

medizinisch-sozialen Bereich.<sup>100</sup> Auch der EuGH sah es als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar an, Aufträge für Bussysteme unter Verwendung von Umweltschutzkriterien zu vergeben. Das gelte selbst dann, wenn die Möglichkeiten zur Erfüllung bestimmter Kriterien sehr begrenzt seien. So sei es mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar, selbst dann einer Firma den Zuschlag für das Bussystem zu erteilen, die mit erdgasbetriebenen Bussen fahre, wenn es in ganz Finnland nur eine einzige Tankanlage für Erdgas gebe.<sup>101</sup> Voraussetzung für die Verwendung derartiger Sekundärzwecke sei allerdings, wie bereits erwähnt, dass „die Kriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sind und bei ihnen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, beachtet werden“.<sup>102</sup>

#### *bb) Gebäudereinigungsrichtlinie Hamburg*

Als weiteres Beispiel für ein Punktesystem im Beschaffungswesen können die Hamburger „Auswahlkriterien für die Vergabe von Reinigungsdienstleistungen“ dienen.<sup>103</sup> Die Auswahlkriterien setzen bei dem vierstufigen Wertungsverfahren des § 25 VOL/A an, wonach zunächst eine formale Angebotswertung vorgenommen wird. Auf dieser ersten Stufe führt das Fehlen formeller Erfordernisse wie etwa Preisangaben oder der rechtsverbindlichen Unterschrift zum Ausscheiden von Angeboten. Die anschließende Eignungsprüfung richtet sich auf die Fachkunde, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit der Bieter. Nach der dritten Wertungsstufe, auf der Angebote mit ungewöhnlich niedrigen Stundenverrechnungssätzen ausgesondert werden, kommt es auf der vierten und letzten Wertungsstufe zur Anwendung eines Punktesystems, nach dem das wirtschaftlichste unter den verbleibenden Angeboten bestimmt wird.<sup>104</sup> Hierzu wird als erstes der Mittelwert des täglichen kalkulatorischen Mindeststundeneinsatzes ermittelt. Bieter, die diesen Wert um mehr als 5 % unterschreiten, werden im weiteren nicht berücksichtigt. Hierzu hinterlegt die „Leitstelle Gebäudereinigung“ der Finanzbehörde Hamburg bis zum Einreichungstermin in einem verschlossenen Umschlag ihre mit dem Bedarfsträger abgestimmte Vorkalkulation über die aus ihrer Sicht für eine fachgerechte Reinigung

<sup>100</sup> EuGH, Rs. C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), Slg. 2002, S. I-7213, Rz. 46.

<sup>101</sup> EuGH, Rs. C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), Slg. 2002, S. I-7213, Rz. 71.

<sup>102</sup> EuGH, Rs. C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), Slg. 2002, S. I-7213, LS 1, Rz. 63 f.  
<sup>103</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg*, Auswahlkriterien für die Vergabe von Reinigungsdienstleistungen, 2004.

<sup>104</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 24, Fn. 103), S. 3 f.

notwendigen täglichen kalkulatorischen Reinigungsstunden. Mit Blick auf die gebotene Transparenz des Vergabeverfahrens kann dies nicht befriedigen, da die Bieter in bezug auf die verlangten, in einem verschlossenen Umschlag enthaltenen und ihnen damit nicht zugänglichen Anforderungen im Unklaren gelassen werden. Auch für die öffentlichen Auftraggeber ist ein solches Vorgehen problematisch, da es den Bietern nicht ermöglicht, in Kenntnis der Zuschlagskriterien Angebote zu unterbreiten, die den gesuchten Anforderungen gerecht werden. Die eingehenden Angebote entsprechen insoweit nur zufällig der gewünschten Leistung.

Die verbliebenen Wettbewerber werden dann nach dem Preis ihres Angebots sortiert. Der preisgünstigste Bieter erhält hierfür 10 Punkte, die übrigen Angebote werden anhand ihres Abstands zum niedrigsten Angebot bepunktet. Liegt etwa das zweitgünstigste Angebot 10 % über dem günstigsten, bekommt es 9 Punkte, da 10 % von 10 Punkten 1 Punkt ergibt. Die Punktzahl für den Preis wird in der abschließenden Gesamtwertung zu 80 % gewertet. Die übrigen 20 % werden durch die Güte des Reinigungs- und Qualitätssicherungskonzeptes bestimmt. Auch dort kann ein Bieter maximal 10 Punkte erhalten, und zwar

- „2 Punkte für Minimalangaben,
- 4 Punkte für fachtechnische Angaben ohne objektspezifische Angaben,
- 8 Punkte für ein objekt- und qualitätssicherungsspezifisches Gesamtkonzept, und schließlich noch
- 2 Zusatzpunkte für innovative Reinigungsverfahren und/oder Qualitätssicherungskonzepte, die z. B. eine dauerhaft erhöhte Reinigungsqualität und Substanzerhaltung erwarten lassen.“<sup>105</sup>

Das Bewertungssystem gilt, wenn Unterhaltungsreinigung und Glasreinigung zusammen ausgeschrieben werden, nur für die Unterhaltungsreinigung. Die Glasreinigung wird auf der vierten Wertungsstufe nur anhand des Preises bewertet.<sup>106</sup> Da die preislichen Unterschiede in der Spitzengruppe der Anbieter vielfach nur gering sind, geben die nur mit 20 % gewichteten Zusatzpunkte nicht selten den Ausschlag.<sup>107</sup>

Das Punktesystem wirft verschiedene Fragen auf. Zunächst ist nicht erklärlich, wieso nicht auch 0 Punkte vergeben werden können. Des weiteren weist das Konzept einen methodischen Bruch auf zwischen der Bewertung des Preises einerseits, bei dem der beste Bieter 10 Punkte bekommt, und alle weiteren relativ zu ihm bewertet werden, und der Bewertung der qualitätsbezogenen Zusatzkriterien, die ohne die Bildung einer solchen Relation

<sup>105</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 24, Fn. 103), S. 3 f.

<sup>106</sup> *Freie und Hansestadt Hamburg* (S. 24, Fn. 103), S. 5.

<sup>107</sup> Auskunft der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg, Herr Oetzmann.

erfolgt. Ferner ist die Stufung in 2, 4, 6, 8, und 10 Punkte starr und kann daher kleinere Unterschiede nicht angemessen wiedergeben. Im Grunde läuft das auf den Verzicht hinaus, Informationen, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer ordentlichen Sachverhaltsfeststellung ohnehin hat ermitteln müssen, in die Bewertung einfließen zu lassen. Mit einem Ansatz, wie ihn die Freie und Hansestadt Hamburg bei der Bewertung des Preises von Gebäudereinigungsdienstleistungen verfolgt, wäre das zwanglos zu bewerkstelligen. Hierzu müsste man lediglich die Bieter nach ihrer Qualität in einer Rangfolge ordnen und den jeweiligen Abstand anhand der Unterschiede zum besten Angebot bestimmen.

Überdies ist den „Auswahlkriterien“ nicht zu entnehmen, welche Anforderungen mit den jeweiligen Stufen genau verbunden sind. Aber selbst wenn für die Fachleute in den Behörden und dem Reinigungsgewerbe eindeutig erkennbar sein sollte, was „Minimalangaben“ oder ein gutes objekt- und qualitätssicherungsspezifisches Gesamtkonzept auszeichnet, wäre es unzulässig, in einer Bekanntmachung eines öffentlichen Auftrags auf Kriterien wie die dauerhaft erhöhte Reinigungsqualität abzustellen, deren Gewichtung nicht offengelegt wird und die nur „z. B.“ – also nicht zwingend – herangezogen werden. Schließlich fällt ins Auge, dass bereits gemachte Erfahrungen mit den Bietern, seien es positive oder negative, in dem fraglichen System überhaupt nicht berücksichtigungsfähig sind.

Bei der Würdigung der „Auswahlkriterien für die Vergabe von Reinigungsdienstleistungen“ darf aber nicht übersehen werden, dass sie nur einen Rahmen für Ausschreibungen bieten sollen, nicht jedoch selbst Bekanntmachungen darstellen. So kann einiges, was die „Auswahlkriterien“ offen oder vage lassen, im Zuge einer Ausschreibung konkretisiert werden. Bemerkenswert ist an den Richtlinien zur Gebäudereinigung aber vor allem das erkennbare Bestreben der Finanzbehörde Hamburg, öffentliche Aufträge nach einem Kriterienkatalog zu vergeben, der in seiner Gewichtung durchsichtig ist.

### c) *Zwischenergebnis*

Die Rolle von numerischen Verfahren im Vergaberecht kann folgendermaßen bilanziert werden. War es nach der früheren Rechtslage noch fraglich, ob im Beschaffungswesen überhaupt Umweltschutzkriterien Verwendung finden dürfen, so ist dies nach den neuen Vergaberichtlinien zweifellos zu bejahen. Ob es sinnvoller wäre, das Vergabewesen auf die Verfolgung rein wirtschaftlicher Ziele zu beschränken, ist auf der gemeinschaftsrechtlichen Ebene wie im GWB im Sinne der Möglichkeit zur Heranziehung weiterer Kriterien entschieden und kann für die hiesige Untersuchung numerischer

Methoden im Kontext hoheitlicher Entscheidungen dahinstehen. Insoweit interessiert allein, ob die Verdeutlichung der Gewichtungen unterschiedlicher Ziele mit Hilfe mathematischer Ansätze den angestrebten Zielen der höheren Transparenz der Ausschreibungen wirklich dient.

Dafür könnte sprechen, dass die für die Vergabeentscheidung erforderliche Gesamtbewertung mit Hilfe der Punktesysteme zwanglos zu gelingen scheint. Hierfür wären natürlich-sprachliche Bezeichnungen wohl nicht praktikabel, wie offenbar auch die Kommission annimmt, da sie in ihrem Richtlinienvorschlag die Heranziehung zahlenmäßiger Angaben empfiehlt.<sup>108</sup> Der leitende Gesichtspunkt für die Verwendung eines numerischen Systems dürfte aber im Zusammenhang mit dem Vergaberecht nicht in der kalkulatorischen Belastbarkeit eines derartigen Vorgehens liegen, sondern in seiner erhöhten Transparenz. Dem Transparenzprinzip kommt hier wegen der Bedeutung eines durchsichtigen Verfahrens für den Wettbewerb unter den Bietern neben dem Effizienzgebot nach Ansicht des EuGH eine maßgebliche Rolle zu.<sup>109</sup> Gesetzlichen Ausdruck hat das Transparenzprinzip unter anderem in Art. 10 der Richtlinie 2004/17/EG und Art. 2 der Richtlinie 2004/18/EG sowie in § 97 Abs. 1 GWB gefunden. Durch die genannten Vorschriften werden die öffentlichen Auftraggeber auf ein transparentes Verfahren verpflichtet. Nimmt man das Transparenzgebot mit der Maßgabe zusammen, die Gewichtungen der Zuschlagskriterien und die Art und Weise ihrer Gesamtbewertung für die Bieter in nachvollziehbarer Weise zu artikulieren, so wird es regelmäßig erforderlich sein, mathematische Verfahren zu verwenden.<sup>110</sup>

Die präzise, aber eben auch tendentiell etwas starre numerische Formulierung der für Eignung und Zuschlag maßgeblichen Gesichtspunkte und ihres Wertungsverhältnisses kann allerdings Probleme nach sich ziehen, wenn der öffentliche Auftraggeber durch die auf die Ausschreibung hin eingegangenen Angebote neue Erkenntnisse gewinnt, die das Festhalten an der ursprünglichen Gewichtung der Kriterien als unangemessen erscheinen

---

<sup>108</sup> *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000) 275 endgültig vom 30. August 2000, S. 28 und Art. 53 Abs. 2.

<sup>109</sup> EuGH, Rs. C-275/98 (Unitron Scandinavia und 3-S), Slg. 1999, I-8291, Rz. 31; Rs. C-324/98 (*Telaustria*), Slg. 2000, I-10745, Rz. 61; Rs. C-92/00 (*Hospital Ingenieure*), Slg. 2002, I-5553, Rz. 45; zustimmend C. *Koenig/A. Haratsch*, NJW 2003, S. 2637 (2638); R. *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge<sup>2</sup>, 2001, Rz. 6; K. *Hailbronner*, in: Byok/Jäger, Kommentar zum Vergaberecht, 2005, § 97 GWB Rz. 135.

<sup>110</sup> In diesem Sinne auch die Gesetzgebungsmaterialien, *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000) 275 endgültig vom 30. August 2000, S. 28 und Art. 53 Abs. 2.

ließen. Wegen der gebotenen Gleichbehandlung der Bieter durch ein faires Verfahren können jedoch nicht einfach neue Gewichtungen zugrundegelegt werden. Für ungewöhnlich niedrige Angebote sehen die neuen Vergaberichtlinien zunächst einen Aufklärungsversuch durch den öffentlichen Auftraggeber vor.<sup>111</sup> In allen anderen derartigen Fällen muss hingegen bei wesentlichen Abweichungen eine Neuausschreibung erwogen werden.

Das förmliche vergaberechtliche Verfahren ist jedoch nicht für alle Ausschreibungen anwendbar. Unterhalb der Schwellenwerte sind die öffentlichen Auftraggeber nicht dazu verpflichtet, die Zuschlagskriterien in numerischer Form zu präsentieren. Selbst dort können numerische Verfahren zur Transparenz des Vergabeverfahrens beitragen, wenn nicht nur nach dem niedrigsten Preis entschieden werden soll und daher eine Mehrzahl an Kriterien für den Zuschlag erheblich ist. Allerdings sollte bei der Formulierung von Anleitungsvorschriften wie den erwähnten Hamburger Auswahlkriterien stets bedacht werden, dass ihre schematische Handhabung eine gewisse Gefahr in sich birgt, an den Gegebenheiten des Einzelfalles vorbeizugehen. Mit Hilfe von Aufsichts- und Schulungsmaßnahmen sollte angestrebt werden, diese nachteiligen Effekte in Grenzen zu halten.

#### 4. Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (§§ 18–21 BNatSchG)

Quantitativ-numerische Verfahren finden auch zur Operationalisierung der sogenannten naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung (§§ 18–21 BNatSchG) Verwendung. Ein Eingriff nach § 18 Abs. 1 BNatSchG ist, etwas gerafft gesagt, jede erhebliche Beeinträchtigung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes infolge von Bodennutzungen. Land-, forst- und fischereiwirtschaftliche Bodennutzungen sind allerdings unter verschiedenen Voraussetzungen ausgenommen (§ 18 Abs. 2 BNatSchG). Vermeidbare Eingriffe sind zu unterlassen (§ 19 Abs. 1 BNatSchG). Verbleibende unvermeidbare Beeinträchtigungen sind nur zulässig, wenn sie durch Maßnahmen des Natur- und Landschaftschutzes ausgeglichen oder in sonstiger Weise kompensiert werden. Die Kompensation entspricht dann den Anforderungen des § 19 Abs. 2 S. 1 BNatSchG, wenn und sobald die beeinträchtigenden Funktionen des Naturhaushalts in gleichwertiger Weise ersetzt sind (§ 19 Abs. 2 S. 3 BNatSchG). Als Ausgleichsflächen sind nur Flächen in Betracht zu ziehen, die in einen Zustand versetzt werden können, der sich im Vergleich mit dem früheren als ökologisch höherwertig einstufen lässt.<sup>112</sup> Es kommt mithin auf einen

<sup>111</sup> Art. 55 der Richtlinie 2004/18/EG; Art. 57 der Richtlinie 2004/17/EG.

<sup>112</sup> BVerwG v. 10.9.1998, NuR 1999, S. 103 (104).

bilanzierenden Wertvergleich zwischen dem Eingriffsgrundstück und dem Kompensationsgrundstück an.<sup>113</sup>

Die Hauptschwierigkeit liegt nun angesichts der Vielfältigkeit natürlicher Gebiete hinsichtlich ihrer jeweiligen Ausstattung mit Tieren, Pflanzen und sonstigen Eigenschaften darin, solche Flächen zu ermitteln, die der gesetzlichen Anforderung der Gleichwertigkeit genügen, ohne dabei den anzulegenden Maßstab an die Übereinstimmung der beiden Flächen zu überspannen.<sup>114</sup> Im allgemeinen dürften pauschale Konzepte wie etwa der Ausgleich der überplanten Fläche im Verhältnis 1:1 ausscheiden. Will man erreichen, dass die daher erforderliche detaillierte Diskussion über Ausgleichsflächen und -maßnahmen weniger durch die Machtverhältnisse, das Verhandlungsgeschick und das Durchhaltevermögen der Verfahrensbeteiligten entschieden wird, sondern einer sachlich überzeugenden Lösung zugeführt werden kann, so muss nach einem Verfahren Ausschau gehalten werden, das sich gleichzeitig als flexibel und belastbar darstellen muss.<sup>115</sup>

Zu diesem Zweck haben verschiedene Bundesländer Punktesysteme eingeführt,<sup>116</sup> die anhand der alten Fassung der Eingriffsregelung erarbeitet wurden, aber nach wie vor angewendet werden, da sich durch die Neufassung nichts an der Kompensationsproblematik geändert hat.<sup>117</sup> So sieht die Hamburger „Handreichung aus dem Staatsräte-Arbeitskreis am 28. Mai 1991“ (sogenanntes „Staatsrätemodell“) zu diesem Zweck vor, verschiedene Biotopklassen nach dem Grad ihrer Schutzwürdigkeit mit einer bestimmten Punktzahl je Quadratmeter zu versehen.<sup>118</sup> Je höher die Schutzwürdigkeit einer Biotopklasse, desto höher ist die zugeordnete Punktzahl.

Das System erlaubt damit die Verrechnung verschiedener Qualitäten unter Einbeziehung der jeweils betroffenen Quantitäten. Es stellt ein hand-

<sup>113</sup> E. Gassner, in: Bundes-Naturschutzgesetz, 2003, § 19 Rz. 23.

<sup>114</sup> Zur Bilanzierung im Rahmen von sogenannten Biotopwertverfahren W. Haber et al., Entwicklung von Methoden zur Beurteilung von Eingriffen nach § 8 BNatSchG. Bericht über das Forschungsvorhaben 101 09026 „Entwicklung von Methoden zur Beurteilung von Eingriffen nach § 8 BNatSchG“ im Auftrag des Bundesministers für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 1993, S. 179ff. sowie J. Köppel et al., Praxis der Eingriffsregelung. Schadenersatz an Natur und Landschaft, 1998, S. 202ff.; instruktiv zum Entstehungsprozess der Regelungen R. Wolf, NuR 2004, S. 6 (7).

<sup>115</sup> W. Peters, Die Anwendung standardisierter Bewertungsverfahren im Rahmen der Eingriffsregelung, in: Deutsches Institut für Urbanistik (Hrsg.), Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung; Länderregelungen, Bewertung, Literatúrauswahl, 1993, S. 84 (84).

<sup>116</sup> S. die instruktive Zusammenstellung der entsprechenden Rechtsquellen in Hamburg, Schleswig-Holstein, Nordrhein-Westfalen und Hessen von W. Peters, Die Anwendung standardisierter Bewertungsverfahren im Rahmen der Eingriffsregelung, in: Deutsches Institut für Urbanistik (Hrsg.), Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung; Länderregelungen, Bewertung, Literatúrauswahl, 1993, S. 84 (86f.).

<sup>117</sup> § 8 BNatSchG a.F.

<sup>118</sup> S. etwa Freie und Hansestadt Hamburg, Ergebnis des Staatsräte-Arbeitskreises am 28. Mai 1991 („Staatsrätemodell“), 1991.

habbares Verfahren zur Ermittlung „gleichwertiger“ Flächen zur Verfügung, das den gesetzlichen Zielvorstellungen Rechnung trägt und gleichzeitig durch die Konkretisierung des „Gleichwertigen“ die Suche nach geeigneten Ausgleichsflächen erleichtert. Die Behörden können aufgrund der durch die dienstliche Handreichung vorgenommenen „Bepreisung“ verschiedener Biotopklassen mit bestimmten Punkten bei der Entscheidung von Einzelfällen auf ein durchdachtes Bewertungssystem zurückzugreifen, das den Anforderungen des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 3 Abs. 1 GG nicht nur genügt, sondern sie in besonderer Weise unterstützt. Dadurch entsprechen numerische Verfahren wie das „Staatsrätemodell“ einem dringenden praktischen Bedürfnis bei der Bewältigung einer gesetzlich gestellten Verwaltungsaufgabe, was auch das Bundesverwaltungsgericht anerkennt, wenn es ein ausreichendes Maß an Quantifizierung sowohl der Eingriffswirkungen als auch der Kompensationsmaßnahmen als notwendige Voraussetzung einer nachvollziehbaren Umsetzung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung begreift.<sup>119</sup>

In sachlichem Zusammenhang mit der Eingriffsregelung stehend sieht auch die Hessische Ausgleichsabgabenverordnung vom 9. Februar 1995 (AAV)<sup>120</sup> die Bestimmung der Abgabenhöhe der Ausgleichsabgabe gemäß § 6b Abs. 1 S. 1 des Hessischen Naturschutzgesetzes anhand eines numerischen Systems vor (§ 1 Abs. 1 AAV). Die Verordnung bestimmt in ihren Anhängen, wieviel Wertpunkte pro Quadratmeter unterschiedliche Biotoparten wert sind – von der Streuobstwiese (32 Punkte) über den naturnahen Eichenwald (56 Punkte) bis hin zum Hochmoor (80 Wertpunkte). Die Aufwendungen für Ersatzmaßnahmen sind gemäß § 1 Abs. 2 AAV mit 0,62 DM (entspricht 0,32 EUR) je Wertpunkt festgesetzt. Das ist die Grundlage für die Berechnung der Ausgleichsabgabe nach Nr. 3 des Anhangs 1 der AAV, was nach Ansicht des VGH Kassel ein sachgerechtes, aus naturschutzrechtlicher Sicht plausibles, weitgehend aus rechtlichen Wertungen abgeleitetes und zudem vergleichsweise einfach zu handhabendes Verfahren für die Eingriffs- und Ausgleichsberechnung darstellt.<sup>121</sup>

Wie im Zusammenhang mit den quantitativen vergaberechtlichen Systemen wird zum Teil vor einer mechanischen Anwendung der Biotopwertverfahren gewarnt. Gefordert sei stets die überwachte und reflektierte Anwendung derartiger Instrumente.<sup>122</sup> In der Tat ist nicht von der Hand zu weisen, dass ein standardisiertes Verfahren dazu beitragen kann, die konkreten Gegebenheiten eines Sachverhaltes nur insoweit zu würdigen,

<sup>119</sup> BVerwG v. 9.6.2004, E 121, S. 72 (83).

<sup>120</sup> Hessisches GVBl. I S. 120.

<sup>121</sup> VGH Kassel v. 25.2.2004, 9 N 3123/01, I S. 2, UA S. 22.

<sup>122</sup> *Landesanstalt für Umweltschutz Baden-Württemberg*, Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in der Bauleitplanung, 2000, S. 76.

wie sie in dem System dargestellt werden können. Dem müsste durch eine hinreichend flexible und dem Einzelfall Rechnung tragende Anwendung der formalen Bewertungsverfahren Rechnung getragen werden.

Teilweise begegnen formale Verfahren aber auch fundamentaler Ablehnung. Sie stellten sich als pseudomathematisch dar und vermittelten das trügerische Gefühl einer hinreichenden Aussageschärfe und Vollständigkeit.<sup>123</sup> Daher müsse die Auswertung der Grundlagendaten verbal-argumentativ erfolgen.<sup>124</sup> Auf solche Bedenken wird noch ausführlich einzugehen sein.<sup>125</sup> Daneben richtet sich die Kritik an den Verfahren darauf, dass es keinen fachlichen Konsens hinsichtlich der Validität der Bewertungskriterien und Aggregationsverfahren gebe und sich daher je nach angewandtem Modell ein ganz unterschiedlicher Bedarf an Kompensationsflächen ergeben könne.<sup>126</sup> Darin liegt eine Ungleichbehandlung der Projektträger, die allerdings dadurch sachlich gerechtfertigt sein kann, dass die bewerteten Biotope in einem Land tatsächlich seltener vorkommen als in einem anderen oder wegen unterschiedlicher landschaftsplanerischer Zielsetzungen ein anderes Gewicht zugewiesen bekommen haben.<sup>127</sup> Dann aber sind divergierende Verfahrensergebnisse die Folge von unterschiedlichen Gewichtungen der betroffenen Belange, nicht von methodischen Differenzen, um die es der vorliegenden Untersuchung geht.<sup>128</sup>

## 5. Bundesverkehrswegeplanung

### a) Anlass, Zielsetzungen und Methodik

Auch wenn die Bundesverkehrswegeplanung der Vorbereitung von Gesetzen in Form der Verkehrsinfrastrukturausbaugesetze dient und sie von daher auch in den Zusammenhang der Gesetzesfolgenabschätzung gestellt werden könnten, so enthalten die Ausbaugesetze mit der Festlegung des Bedarfs an Verkehrswegemaßnahmen eine Sammlung von räumlich und sachlich näher bestimmten Einzelfallprojekten, was es sinnvoll erscheinen

<sup>123</sup> F. Küster, *Straße + Autobahn* 1993, S. 423 (425); ähnlich kritisch K. Dierßen/H. Reck, *Naturschutz und Landschaftsplanung* 1998, S. 341 ff.

<sup>124</sup> U. Rammert, *Abgrenzung des Untersuchungsrahmens und Scoping – Weichenstellung für die Effizienz der UVP*, in: Kleinschmidt (Hrsg.), *UVP-Leitfaden*, 1993, S. 119 (127).

<sup>125</sup> S. u. C.V.5.c)cc).

<sup>126</sup> *Institut für Landschaftspflege und Naturschutz der Universität Hannover*, *Methodik der Eingriffsregelung*, 1996, S. 49.

<sup>127</sup> *Institut für Landschaftspflege und Naturschutz der Universität Hannover* (S. 31, Fn. 126), S. 49.

<sup>128</sup> *Institut für Landschaftspflege und Naturschutz der Universität Hannover* (S. 31, Fn. 126), S. 49.

lässt, die Aufstellung des ihnen vorausgehenden Bundesverkehrswegeplans bereits an dieser Stelle zu erläutern.

Der Bundesverkehrswegeplan ist ein exekutivischer Investitionsrahmenplan, mit dem der mittel- bis langfristige Bedarf an Neu- und Ausbautvorhaben der Verkehrsweginfrastruktur unter Berücksichtigung von Netzverknüpfung, Ausbautyp und Investitionskosten festgestellt und nach Dringlichkeitsstufen gewichtet wird.<sup>129</sup> Die Verkehrswegeausbaugesetze legen darauf aufbauend fest, welche Projekte dem „vordringlichen“ oder nur dem „weiteren“ Bedarf an Verkehrswegen zuzurechnen sind.<sup>130</sup> Die Planungsebene des Bundesverkehrswegeplans und der Ausbaugesetze betrifft mithin nur das „Ob“ der Verkehrsprojekte, nicht hingegen das weiteren Planungsschritten vorbehaltene „Wie“. Doch bereits die Planung ist als finanzwirksame Maßnahme des Bundes im Sinne von § 7 Abs. 2 BHO mit Hilfe einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu evaluieren, weshalb eine nachfolgend darzustellende aufwendige Methodik zum Einsatz kommt.<sup>131</sup>

Der erste gesamtdeutsche Bundesverkehrswegeplan 1992/1993 war bereits seit einigen Jahren als veraltet betrachtet worden und wurde in der jüngsten Vergangenheit überarbeitet. Mit dem nunmehr geltenden Bundesverkehrswegeplan 2003 verfolgt die Bundesregierung ausweislich der Materialien des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (BMVBW) ein ganzes Bündel an zum Teil konfligierenden Zielen:<sup>132</sup>

- Gewährleistung dauerhaft umweltverträglicher Mobilität,
- Stärkung des Wirtschaftsstandortes Deutschland zur Schaffung bzw. Sicherung von Arbeitsplätzen,
- Förderung nachhaltiger Raum- und Siedlungsstrukturen,
- Schaffung fairer und vergleichbare Wettbewerbsbedingungen für alle Verkehrsträger,
- Verbesserung der Verkehrssicherheit für Verkehrsteilnehmer und Allgemeinheit,
- Verringerung der Inanspruchnahme von Natur, Landschaft und nicht erneuerbaren Ressourcen,

<sup>129</sup> Bundesfernstraßenausbaugesetz in der Fassung vom 15.11.1993 (BGBl. I S. 1877), Schienenwegeausbaugesetz v. 15. November 1993 (BGBl. I S. 1874).

<sup>130</sup> Die Rechtsprechung anerkennt dieses Verfahren, s. nur BVerwG v. 5.11.1997, 11 A 54/96, UPR 1998, S. 149f.; v. 18.6.1997, 4 C 3/95, NVwZ-RR 1998, S. 292–298. Zum Begriff des „Wohls der Allgemeinheit“ im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG und Kosten-Nutzen-Erwägungen s. BVerwG v. 12.7.1985, E 72, S. 15–28.

<sup>131</sup> Aus Sicht der Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit des Bundes bei Schienenwegebau *Bundesrechnungshof*, Bemerkungen 2002 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, 2002, Tz. 34.0ff.

<sup>132</sup> *Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), Bundesverkehrswegeplan 2003. Grundzüge der gesamtwirtschaftlichen Bewertungsmethodik, 2000, S. 23.

- Reduktion der Emissionen von Lärm, Schadstoffen und Klimagasen,
- Förderung der europäischen Integration.

Vor dem Hintergrund der genannten Metaziele wurden sodann sogenannte Szenarien in bezug auf die Gesamtverkehrsprognose gebildet. Darunter versteht das BMVBW Entwicklungspfade, die durch bestimmte politische Schwerpunktsetzungen etwa ordnungspolitischer oder preispolitischer Natur gekennzeichnet sind. Basis des Bundesverkehrswegeplans ist ein als „Integrationszenario“ bezeichnetes Annahmenbündel, mit dem die „nicht immer widerspruchsfreien ökonomischen, ökologischen und sozialen Anforderungen an die Verkehrspolitik soweit wie möglich in Übereinstimmung“ gebracht werden sollen.<sup>133</sup> Insbesondere werden der Prognose alle Verkehrsprojekte zugrundegelegt, von deren Verwirklichung die Bundesregierung für den Zeitraum bis zum Jahr 2015 ausgeht. Dies umfasst:<sup>134</sup>

- alle bereits im Bau befindlichen Maßnahmen
- die Maßnahmen, die im Investitionsprogramm 1999 bis 2002 enthalten sind,
- die Maßnahmen des Anti-Stau-Programms 2003 bis 2007,
- die Maßnahmen des Zukunftsinvestitionsprogramms 2001 bis 2003,
- alle bis zum 31. Dezember 1999 planfestgestellte Vorhaben,
- weitere wichtige Lückenschlüsse des Autobahnnetzes, und schließlich
- entsprechend abgesicherte Maßnahmen im Ausland sowie solche im nachgeordneten Straßennetz.

Schließlich erfolgt die Bewertung der konkreten Verkehrsprojekte für den Bundesverkehrswegeplan 2003 unter maßgeblicher Heranziehung einer Nutzen-Kosten-Analyse (NKA), die die folgenden Bewertungskriterien berücksichtigt:<sup>135</sup>

- Senkung der Beförderungskosten,
- Erhaltung der Verkehrswege,
- Erhöhung der Verkehrssicherheit,
- Verbesserung der Erreichbarkeit,
- Positive räumliche Wirkungen,
- Entlastung der Umwelt,
- Berücksichtigung des induzierten Verkehrs,
- Verbesserung der Anbindung von See- und Flughäfen und die
- Investitionskosten.

---

<sup>133</sup> *Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), *Bundesverkehrswegeplan 2003*, 2003, S. 11.

<sup>134</sup> *Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), *Bundesverkehrswegeplan 2003*. Grundzüge der gesamtwirtschaftlichen Bewertungsmethodik, 2000, S. 23.

<sup>135</sup> *Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.) (S. 33, Fn. 134), S. 13.

Die Nutzen-Kosten-Analyse artikuliert die Vor- und Nachteile der Verkehrsvorhaben in Preisen von 1998,<sup>136</sup> wobei Reisezeiteinsparungen mit 5,47 Euro pro Person und Stunde veranschlagt wurden.<sup>137</sup> Von der Prüfung ausgenommen waren alle Projekte des am 3. November 1999 beschlossenen Investitionsprogramms für den Ausbau der Bundesschienenwege, der Bundesfernstraßen und Bundeswasserstraßen in den Jahren 1999 bis 2001“, des Zukunftsinvestitionsprogramms 2001 bis 2003 sowie weitere von der Bundesregierung definierte Projekte im Gesamtvolumen von rund 26 Mrd. Euro.<sup>138</sup> Zur Begründung einer derartigen, noch weitergehenden Beschränkung des Prüfungsumfanges aus dem Jahre 1998 war angeführt worden, eine umfassende Prüfung berge das „Risiko mangelnder Bedarfsbegründung“.<sup>139</sup>

Nicht in Geldwerten ausgedrückt wurden die zusätzlich durchgeführte Raumwirksamkeitsanalyse (RWA), die Umweltrisikoeinschätzung (URE) und die Fauna-Flora-Habitat (FFH)-Verträglichkeitseinschätzung.<sup>140</sup> In der Raumwirksamkeitsanalyse und der Umweltrisikoeinschätzung wird ein Punktesystem mit einer Skala von 1 bis 5 Punkten eingesetzt, das bei der Raumwirksamkeitsanalyse den verbalen Bezeichnungen „geringe Bedeutung“, „mittlere Bedeutung“, „hohe Bedeutung“, „sehr hohe Bedeutung“ und „herausragende Bedeutung“ entspricht.<sup>141</sup> Die Umweltrisikoeinschätzung klassifiziert die Vorhaben in fünf Stufen (sehr gering, gering, mittel, hoch, sehr hoch).<sup>142</sup> Die Beurteilung der FFH-Verträglichkeit verlangt die Angabe der Zahl der betroffenen FFH-Gebiete und die Einschätzung, ob eine erhebliche Beeinträchtigung unvermeidbar, nicht ausgeschlossen oder ausgeschlossen sei.<sup>143</sup> Darüber hinaus muss unter anderem angegeben werden, ob der Raumwiderstand im Sinne einer Barrierewirkung hoch sei, ob eine großräumige Wirkung zu erwarten sei wegen großflächiger Schutzgebiete, ob ein konfliktarmer Korridor vorhanden sei und ob diese

<sup>136</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.) (S. 33, Fn. 134), S. 19.

<sup>137</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.) (S. 33, Fn. 134), S. 34.

<sup>138</sup> Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2002 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, 2002, Tz. 34.1.

<sup>139</sup> So berichtet der Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2002 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, 2002, Tz. 34.1.

<sup>140</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Bundesverkehrswegeplan 2003, 2003, S. 12.

<sup>141</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Bundesverkehrswegeplan 2003. Grundzüge der gesamtwirtschaftlichen Bewertungsmethodik, 2000, S. 69.

<sup>142</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.) (S. 34, Fn. 141).

<sup>143</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.) (S. 34, Fn. 141), S. 66.

Sachverhalte zur Herabstufung oder Heraufstufung des Umweltrisikos herangezogen worden seien.<sup>144</sup>

Um die jeweiligen Ergebnisse aus Nutzen-Kosten-Analyse, Raumwirksamkeitsanalyse und Umweltrisikoeinschätzung für die abschließende Projektbewertung zusammenzuführen, werden sie auf eine einheitliche Skala gebracht und addiert.<sup>145</sup> Zu diesem Zweck werden die ermittelten Nutzen-Kosten-Verhältnisse mit 10 multipliziert und die erzielten Raumwirksamkeitspunkte vor der Addition mit dem Nutzen-Kosten-Verhältnis gewichtet. Wie die Bundesregierung an einem ausdrücklich willkürlich gewählten Beispiel verdeutlicht, kann dies dadurch geschehen, dass eine „1“ (geringe raumordnerische Bedeutung) als Ergebnis der Raumwirksamkeitsanalyse auch als 1 in die Kalkulation eingeht, eine „2“ als 3, eine „3“ als eine „5“, eine „4“ als „10“ und schließlich eine „5“ (herausragende raumordnerische Bedeutung) als „15“.<sup>146</sup> Ist also danach für ein bestimmtes Vorhaben ein Nutzen-Kosten-Verhältnis von 4 ermittelt worden – der Nutzen des Vorhabens ist viermal größer als seine Kosten, so wird durch Multiplikation mit 10 daraus 40. Wenn das Projekt hinsichtlich seiner raumwirksamkeitsbezogenen Auswirkungen mit „2“ bewertet wurde, so wird das Vorhaben mit einer Bewertungsziffer von 43 in den Vergleich aller Infrastrukturmaßnahmen eingestellt.

Ein entsprechendes Verfahren soll für die Einbeziehung der Umweltrisikoeinschätzung in Anschlag gebracht worden sein, was aber nicht näher erläutert wird.<sup>147</sup> Welche Rolle die Ergebnisse von Umweltrisikoeinschätzung und FFH-Verträglichkeitseinschätzung auf die Beurteilung der Gesamtbetrachtung von NKA und RWA spielen, wird ebenfalls nicht dargestellt und konnte auch nicht aus den früher im Internet publizierten Informationen über die einzelnen Projekte geschlossen werden.<sup>148</sup> Im übrigen gilt die Randbedingung, dass nur solche Vorhaben aufgrund der Raumwirksamkeitsanalyse ihren Rangplatz verbessern können, die ein Nutzen-Kosten-Verhältnis aufweisen, das größer als 1 ist.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.) (S. 34, Fn. 141), S. 66.

<sup>145</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.) (S. 34, Fn. 141), S. 9, 59.

<sup>146</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.) (S. 34, Fn. 141), S. 59.

<sup>147</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.) (S. 34, Fn. 141), S. 59 f.

<sup>148</sup> Vgl. etwa die Bewertung für die Erweiterung der A6 zwischen Kupferzell und Feuchtwangen von vier auf sechs Fahrstreifen, Projektnummer BW5012, die als „weiterer Bedarf“ eingestuft wurde, [http://www.bmvbw.de/static/Bundesverkehrswegeplan\\_2003/prins.html](http://www.bmvbw.de/static/Bundesverkehrswegeplan_2003/prins.html), letzter Zugriff 18.7.2005; die Website existierte zur Zeit der Drucklegung nicht, es wurde aber eine Neuauflage für Mitte 2007 angekündigt.

<sup>149</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Bundesver-

## b) Würdigung

Entgegen der Beteuerung der Bundesregierung, die Transparenz des Verfahrens solle im Vordergrund stehen,<sup>150</sup> ist festzustellen, dass den Veröffentlichungen des BMVBW die konkreten Projektbewertungen nur im Ergebnis – welche Bauvorhaben werden in welcher Dringlichkeitsstufe in den Bundesverkehrswegeplan aufgenommen –, nicht aber bezüglich des Gangs der Überlegungen zu entnehmen sind.<sup>151</sup>

Bereits die Gewichtungen der Bewertungskriterien, die der Ermittlung des Nutzen-Kosten-Verhältnis zugrundeliegen, werden nicht offengelegt. Ähnliches muss über die Darstellung der den Projektbewertungen zugrundeliegenden Szenarien gesagt werden. Was zu der Annahme des erwähnten „Integrationszenarios“ geführt hat, welche einzelnen Maßnahmen es enthält und welche Wirkung ihnen jeweils zugeschrieben wird, ist nur den nicht veröffentlichten und zum Teil der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Gutachten externer Forschungsinstitute zu entnehmen.<sup>152</sup>

Des weiteren ist für die Bildung der Rangfolgen unter den evaluierten Vorhaben neben dem Nutzen-Kosten-Verhältnis maßgeblich, wie die Ergebnisse von Raumwirksamkeitsanalyse und Umweltrisikoeinschätzung in die Bewertung einfließen. Diesbezüglich zeigt der Bundesverkehrswegeplan 2003 jedoch lediglich, dass neben dem Nutzen-Kosten-Verhältnis auch die umwelt- und naturschutzfachliche Beurteilung sowie die Raumwirksamkeitsanalyse für die Projekteinstufung von Bedeutung gewesen waren.<sup>153</sup> Genaue Angaben macht der Bundesverkehrswegeplan insoweit allein in bezug auf die Investitionskosten der einzelnen Projekte.<sup>154</sup> So bleibt unklar, in welchem Verhältnis die verschiedenen Segmente in der Gesamtbetrachtung zueinander stehen. Die von der Bundesregierung zur Erläuterung ihres Vorgehens in dem Methodenband zur Bundesverkehrswegeplanung gewählten

---

kehrswegeplan 2003. Grundzüge der gesamtwirtschaftlichen Bewertungsmethodik, 2000, S. 59.

<sup>150</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Bundesverkehrswegeplan 2003, 2003, Vorwort des Bundesministers Kurt Bodewig, ferner S. 9, 10, 58, 59, 60.

<sup>151</sup> Kritisch zur Transparenz des Verfahrens ebenfalls *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Sondergutachten Umwelt und Straßenverkehr, 2005, Tz. 401 ff.

<sup>152</sup> So etwa die Untersuchung von Intraplan München, BVU Freiburg, Planco Essen und ifo München, Verkehrsprognose 2015 für die Bundesverkehrswegeplanung, Projekt-Nr. 96.578/1999 im Auftrag des BMVBW, 2001, und die Studie der Prognos AG, Erarbeitung von Entwürfen alternativer verkehrspolitischer Szenarien zur Verkehrsprognose 2015, Projekt Nr. 96.579/1999, im Auftrag des BMVBW, 2001.

<sup>153</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Bundesverkehrswegeplan 2003, 2003, S. 13–22.

<sup>154</sup> Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.) (S. 36, Fn. 153), S. 76 ff.

Gewichtungen bei der Zusammenführung von Raumwirksamkeitsanalyse und Nutzen-Kosten-Analyse führen hier nicht weiter, da es sich bei den dort gewählten Werten um ein Beispiel handelt, das *expressis verbis* nicht die Grundlage der tatsächlichen Bewertungen wiedergeben sollte.<sup>155</sup>

Was die Einbeziehung von Umweltrisikoeinschätzung und FFH-Verträglichkeitsprüfung in die Gesamtbetrachtung angeht, so ist weder den methodischen Erläuterungen noch den einzelnen Projektbewertungen zu entnehmen, welche Bedeutung diesen Ansätzen zugekommen sein soll. Man erfährt lediglich, welche segmentierte Einstufung die Projekte in diesen Gesichtspunkte erfahren haben. Aus der Angabe, ein bestimmtes Vorhaben habe ein „geringes“ Umweltrisiko, lässt sich aber im Zusammenspiel mit seiner Einordnung in das Ranking aller Vorhaben nicht rückschließen, welche Gewichtung die URE für die Gesamtbeurteilung hatte. Das ist nur dann akzeptabel, wenn die Rangfolge der Projekte ohnehin im wesentlichen nach dem Nutzen-Kosten-Verhältnis festgelegt wurde und die Ergänzung durch die URE lediglich informierenden, keinen regelmäßig entscheidungserheblichen Charakter hatte. Das würde allerdings die Fragen aufwerfen, warum dieses Vorgehen nicht offengelegt wird und ob der mit der URE verbundene Aufwand angesichts des marginalen Einflusses auf die Projektbewertungen gerechtfertigt ist.

Darüber hinaus hat der *Sachverständigenrat für Umweltfragen* auf verschiedene methodische Defizite der Erstellung des BVWP 2003 hingewiesen.<sup>156</sup> Der Bundesverkehrswegeplan 2003 betrachte die verschiedenen Verkehrsträger zu segmentiert, indem er den Luftverkehr völlig ausklammere und verkehrsträgerübergreifende Schnittstellen wie Transportketten vernachlässige.<sup>157</sup> Die Prognosen des Integrationszenarios würden zu Zielen umgedeutet, was Gestaltungsspielräume negiere. Das Verfahren der Bedarfserhebung für Straßenbauprojekte weise eine strukturelle Tendenz zur Verzerrung der Straßenbaunachfrage auf, da die Länder zwar Vorschläge für Ergänzungen des Straßennetzes unterbreiten würden, aber kaum an der Finanzierung von Bundesfernstraßen beteiligt seien, auch wenn die betreffenden Straßenabschnitte regionalen Verkehrsfunktionen dienen.<sup>158</sup> Es bestehe daher ein erheblicher Anreiz, über den Bedarf hinaus Projekte anzumelden.<sup>159</sup> Im übrigen komme es immer wieder zu Doppelzählungen von Nutzenkomponenten und damit ebenfalls zu einer Überschätzung der

---

<sup>155</sup> *Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.) (S. 36, Fn. 153), S. 59.

<sup>156</sup> *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Sondergutachten Umwelt und Straßenverkehr, 2005.

<sup>157</sup> *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen* (S. 37, Fn. 156), Tz. 397.

<sup>158</sup> *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen* (S. 37, Fn. 156), Tz. 399.

<sup>159</sup> *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen* (S. 37, Fn. 156), Tz. 399.

Verkehrsnachfrage, was bereits 1994 moniert worden sei.<sup>160</sup> Beispielsweise würde das Bonusverfahren für Verkehrswege zur „Förderung internationaler Beziehungen“ die Verkehrsanbindung von See- und Flughäfen je nach dem Anteil des grenzüberschreitenden Verkehrs mit einem Bonus versehen. Diese Effekte seien aber bereits Teil der Abschätzungen des Nutzens aus der Senkung der Betriebsführungskosten und der Zeitersparnis gewerblicher wie nichtgewerblicher Fahrten.<sup>161</sup> Eine ähnlich problematische Überschneidung gebe es zwischen Nutzen-Kosten-Analyse und Raumwirksamkeitsanalyse.<sup>162</sup>

Wie die Analyse des *Sachverständigenrates* verdeutlicht, kann die Methodik der Bundesverkehrswegeplanung noch erheblich verbessert werden. Im Ansatz verdient die Bundesregierung aber insoweit völlige Zustimmung, als sie mit der Verkehrswegeplanung eine Problematik, bei der regelmäßig mehrere hochrangige Ziele konfliktieren,<sup>163</sup> weitreichende Entscheidungen über die Verwendung von Haushaltsmitteln getroffen werden und dabei sehr langfristige gesellschaftliche Entwicklungen zu berücksichtigen sind, mit einem angemessenen mathematisch-formalen Instrumentarium zu bewältigen sucht. Die dem Bundesverkehrswegeplan zugrundegelegte Szenarientechnik zur Modellierung des langfristigen Verkehrsgeschehens hat sich im Grundsatz bewährt und kann mittlerweile als ausgereift gelten.<sup>164</sup> Der Verzicht auf eine formale Modellierung der Prognosen käme angesichts der Vielzahl der Parameter und den zu betrachtenden langen Zeiträumen einer willkürlichen Schätzung mit entsprechender Fehleranfälligkeit gleich. Auch die nunmehr durchgeführte Einbeziehung von Raumwirksamkeitsaspekten und der Umweltrisikoeinschätzung in die Projektbewertung stellt gegenüber der Methodik des Bundesverkehrswegeplans 1992/1993 einen klaren Fortschritt in Richtung auf eine umfassende Abwägung dar.

Die Nachvollziehbarkeit der angestellten Erwägungen wäre allerdings noch größer, würden die in den Szenarien enthaltenen Annahmen, die Gewichtung der Kriterien sowohl innerhalb der Nutzen-Kosten-Untersuchung als auch im Verhältnis zu den nicht monetär evaluierten Gesichtspunkten grundsätzlich und in bezug auf die einzelnen Projekte dargestellt. Das erhebliche Potential der gewählten formalen Methodik hinsichtlich der Transparenz der Darstellung wird so nicht ausgeschöpft.

<sup>160</sup> *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen* (S. 37, Fn. 156), Tz. 407; *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen*, Umweltgutachten 1994. Für eine dauerhaft umweltgerechte Entwicklung, 1994, Tz. 794.

<sup>161</sup> *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen* (S. 37, Fn. 156), Tz. 407.

<sup>162</sup> *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen* (S. 37, Fn. 156), Tz. 413.

<sup>163</sup> *Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), *Bundesverkehrswegeplan 2003*, 2003, S. 22.

<sup>164</sup> Zu weiteren Beispielen der szenariengestützten Verkehrsplanung s. *E. Hofmann*, *Der Schutz vor Immissionen des Verkehrs*, 1997, S. 65 ff.