

# Gerd Winter<sup>1</sup>

## Vom Nutzen der Effizienz im öffentlichen Recht

*Mit dem Effizienzpostulat wird ein Rationalitätsgewinn für staatliche Entscheidungen reklamiert, weil diese umfassender orientiert und informiert würden. Bei näherem Besehen erweist sich das der Effizienzregel benachbarte Verhältnismäßigkeitsgebot jedoch als differenzierter. Auch bringt der Informationszuwachs spezifische Probleme der Ungewißheit und Komplexität mit sich. In dem Beitrag wird eine Variante der Effizienzregel vorgeschlagen, die weniger anspruchsvoll, aber praktikabel ist.*

Die Red.

### 1. Zwei Beispiele

Kürzlich trat eine EG-Richtlinie in Kraft, die die zulässigen Immissionswerte für Schwefeldioxid verschärft. Zur Begründung wurden Kosten und Nutzen der neuen Grenzwerte gegenübergestellt. Es ergaben sich für 151 untersuchte Städte zu erwartende zusätzliche Kosten von jährlich bis zu 48 Mio ECU gegenüber einem Nutzen von jährlich bis zu 3 784 Mio ECU.<sup>2</sup> Als Kosten wurde der Aufwand an Material, Arbeit und Energie zu Marktpreisen angesetzt, als Nutzen die Abnahme der Todesfälle, der Erkrankungen, der Bauschäden, der Schäden an Ökosystemen und an Kulturgütern. Den Hauptposten bei dem Nutzen machten dabei die vermiedenen Todesfälle aus, die auf bis zu 826 pro Jahr geschätzt wurden. Nach der sog. VOSL-Methode (»valuation of a statistical life«), die Daten aus Lohnunterschieden in risikoärmeren und risikoreicheren Berufen, aus Befragungen zur Zahlungsbereitschaft für Risikominderungen und aus tatsächlichen Ausgaben von Konsumenten zur Sicherheitserhöhung (z. B. Erwerb von Airbags) kombiniert, wurde pro Todesfall ein Verlust von bis zu 4,2 Mio ECU angesetzt.<sup>3</sup> Dies ergebe bis zu ca. 3 468 Mio ECU Gesamtverlust an menschlichem Leben pro Jahr.<sup>4</sup> Die Kommission folgert hieraus:

»Insoweit der Nutzen bezifferbar ist und die Vorbehalte berücksichtigt werden, die für eine Schätzung gelten, wird davon ausgegangen, daß der monetäre Nutzen (...) die Kosten (...) für die untersuchten Städte bei weitem überschreitet.«

Für einen Immissionswert für Benzol kamen die Experten dagegen zu einer negativen Bilanz. Sie wurde aus einer Untersuchung von drei Städten (Athen, London und Köln) auf die Gemeinschaft insgesamt extrapoliert und ergab, daß bei einem Grenzwert von 5 mg/cbm mit jährlichen Kosten von bis zu 9200 Mio ECU und mit einem jährlichen Nutzen an vermiedenen Todesfällen von bis zu 150 Mio ECU zu rechnen ist, wobei diesmal das Menschenleben etwas großzügiger mit 3,35 Mio ECU (3,1 Mio

<sup>1</sup> Der Artikel geht auf Arbeiten im Rahmen der Forschungsgruppe »Rationale Umweltpolitik – rationales Umweltrecht« 1998/99 am ZiF Bielefeld zurück. Eine ausführlichere Version wird in einem Sammelband »Effizienz im Umweltrecht« erscheinen, den E. Gawel herausgibt.

<sup>2</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über Grenzwerte für Schwefeldioxid, Stickstoffoxide, Partikel und Blei in der Luft, Kom(97)500, S. 18 ff.

<sup>3</sup> Ebd., S. 19.

<sup>4</sup> Ebd., S. 19.

für die statistische Lebensdauer plus 250 000 ECU für die medizinische Versorgung während der zum Tode führenden Krebskrankheit) angesetzt wurde.<sup>5</sup> Die Europäische Kommission, die ihren Grenzwert trotz dieses Ergebnisses nicht lockern wollte, relativierte das Verhältnis mit Hilfe einer »Fehlerempfindlichkeitsanalyse«, indem sie auf »eine allgemeine Steigerung der Lebensqualität« als weiteren Nutzen und auf Kostenminderungen zufolge ohnehin sinkender Verkehrsemissionen hinwies, ohne die entsprechenden Effekte allerdings zu quantifizieren. Auch ließ sie sich auf eine Streckung der Übergangsfrist bis zur tatsächlichen Erreichung des neuen Grenzwertes und somit auf eine Kostenstreckung ein.<sup>6</sup>

Was geht hier vor? Ein Skandal, weil Menschen in Geldwert gewogen werden? Ein Kunstfehler, weil das Ergebnis schön gerechnet wurde, wo es nicht paßte? Oder gar eine Spiegelfechtereie, weil ein Kalkül präsentiert wird, das die Pragmatik der Entscheidung nur kaschiert? Jedenfalls wurde eine Kosten-Nutzen-Bilanz gezogen und damit auf Effizienz geachtet.

Die Exempel geben Anlaß, genauer zu fragen, welche Art Rationalität Effizienzanalysen hervorbringen. Ziel meines Beitrags ist, das Effizienzdenken von einem allzu präntiösen Anspruch auf ein praktikables und nützliches Maß zu bringen, andererseits aber auch zu zeigen, daß ihm ein aufklärerisches Potential innewohnt, das bisher vielleicht noch zu wenig genutzt worden ist.

## 2. Was bedeutet »Effizienz«?

Über die Rolle der Effizienz im Recht zu urteilen, ist naturgemäß sehr davon beeinflußt, wie Effizienz definiert wird.

### a) Effizienzregel und Abwägungsgebot

Nach gängiger Definition der Effizienzregel<sup>7</sup> ist eine Problemlösung (Entscheidung) *effizient*, wenn ihr Erfolg (Nutzen, Ziel) mehr wert ist als die eingesetzten Mittel (Kosten, Ressourcen), m. a. W., wenn sie einen Nettowohlfahrtsgewinn erzeugt. Ist unter mehreren Lösungen zu wählen, so ist diejenige die effizienteste, bei der der Nettowohlfahrtsgewinn am höchsten ist.<sup>8</sup> Effizienzurteile solcher Art haben ihren Anwendungsbereich in Situationen, in denen Ziele erreicht werden sollen und die Mittel dafür knapp sind.

Nach einer zweiten, überaus weit gefassten Definition besteht Effizienz ganz allgemein aus der Abwägung der jeweils entscheidungsrelevanten Belange. Die Effizienzregel ist dann identisch mit dem Abwägungsgebot.<sup>9</sup> Eine Problemlösung ist danach effizient, wenn alle betroffenen Belange abgewogen worden sind.

Diese sehr weite Fassung der Effizienzregel werde ich im Folgenden nicht weiter behandeln, weil in ihr die dem *efficere* spezifische Bedeutung des Bewirkens und Zustandebringens verloren geht, und damit das, was die Effizienzforderung eigentlich interessant und brisant macht. Schon sprachlich wäre unverständlich, warum

<sup>5</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über Grenzwerte für Benzol und Kohlenmonoxid in der Luft, Kom(1998)591, S. 15.

<sup>6</sup> Ebd., S. 16 f.

<sup>7</sup> S. zum folgenden E. Gawel, in: ders. (Hrsg.), *Effizienz im Umweltrecht*, i.E.

<sup>8</sup> Gawel bezeichnet auch diese als effizient. Die Benutzung der Steigerungsformen effizienter und am effizientesten für Situationen mit Optionenwahl scheint mir dagegen klarer zu sein.

<sup>9</sup> Gawel (Fn. 7): »Die Suche nach einer effizienten Lösung ist gleichbedeutend mit einer Abwägung aller für allgemein relevant und berücksichtigungswert befundenen Auswirkungen einer institutionellen Regelung«.

etwas, was recht anschaulich Abwägen genannt wird, nun auf einmal Effizienz heißen soll. Auch sachlich ist der Begriff nicht förderlich, weil er so allgemein ist, daß jede sich etwas anderes darunter vorstellen kann, woraus dann treffliche Streitigkeiten über jeweils unterschiedliche Gegenstände entstehen. Dies bedeutet aber nicht, daß hier bestritten würde, daß der Effizienzbegriff sehr wesentlich durch eine Abwägung geprägt ist. Auch soll der Gesichtspunkt nicht verloren gehen, daß das Effizienzdenken keine Abwägungsschranken kennt, also alles mit allem zu relativieren bereit ist. Dieser Gesichtspunkt, der manchmal im Zusammenhang mit dem sehr weiten Begriff vorgetragen wird, gilt auch für den hier verfolgten Effizienzbegriff und kann deshalb im Zusammenhang mit dessen Kritik behandelt werden.

### b) Prinzip oder Regel?

Manchmal wird vom Effizienzprinzip gesprochen. Auch »Prinzip« müßte deshalb definiert werden. Da in dieser Definition aber viel sachliche Problematik der Effizienz gelöst werden müßte (wie z. B., ob Effizienz gut, relativierbar, vorgeschrieben etc. ist) und Sachprobleme nicht an Hand von Definitionen behandelt werden sollten, empfiehlt es sich, auf den Ausdruck Prinzip ganz zu verzichten. Stattdessen schlage ich vor, von der Effizienzregel zu sprechen.<sup>10</sup> In der Tat wird mit dem Effizienzbegriff ja eine Reihe von Anweisungen über ein bestimmtes gedankliches Kalkül formuliert.

Trotz ihres normativen Inhalts können über die Regel als solche auch deskriptive Aussagen gemacht werden, etwa in dem Sinne, daß behauptet wird, a) die Menschen akzeptierten diese Regel und/oder b) sie verhielten sich tatsächlich nach ihr. Meist wird die Regel aber praeskriptiv eingeführt, in dem Sinne, daß die jeweilige Autorin sie zur Beachtung empfiehlt oder gar als rechtlich geboten ausgibt.

### c) Bewertungsmethoden

Entscheidend für die Effizienzregel sind die Maßstäbe und Methoden der Bewertung des Zieles und der Mittel. Die meisten Mißverständnisse in der Effizienzdebatte hängen vermutlich mit Unklarheiten hierüber zusammen. Ich möchte vorschlagen, zwischen nichtökonomischen und ökonomischen Maßstäben sowie zwischen qualitativen und quantifizierenden Methoden zu unterscheiden. Zur Illustration ein Beispiel aus dem Umweltrecht. Das Ziel sei die Erhaltung der Gesundheit der Bevölkerung, das Mittel die Festlegung von Immissionsgrenzwerten für Schadstoffe. Ein nicht-ökonomischer Bewertungsmaßstab für das Ziel ist dann das Wohlbefinden der Menschen, ein ökonomischer Bewertungsmaßstab dagegen die Einsparung von Krankheitstagen in der Arbeitswelt. Ähnlich verhält es sich mit der Bewertung der Mittel. Ein nicht-ökonomischer Bewertungsmaßstab ist z. B. die Zunahme des Energieverbrauchs, der womöglich mit der Befolgung strengerer Immissionswerte verbunden ist, ein ökonomischer dagegen die Investitionen, die die Unternehmen zusätzlich tätigen müssen, um den Grenzwert einzuhalten. Systemtheoretisch gesprochen wird der ökonomische Wert durch Bezug auf das Wirtschaftssystem, der nicht-ökonomische Wert dagegen durch Bezug auf die anderen Systeme bestimmt. Im

<sup>10</sup> Mit der Wortwahl Regel statt Prinzip knüpfe ich nicht an die Terminologie von R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1. Aufl. 1994, S. 71. ff. an, weil diese im interdisziplinären Kontext, in dem dieser Artikel steht, nicht eingeführt ist. Mit »Regel« soll einfach das Vorschreiben bestimmter Verhaltensweisen gemeint sein. Wenn später auf die Relativität des Effizienzprinzips eingegangen wird, so wird dabei entgegen der Alexy'schen Terminologie unterstellt, daß »Regeln« mit Abwägungsklauseln gegenüber anderen Regeln ausgestattet sein können.

ersteren Fall soll hier von ökonomischem Nutzen und ökonomischen Kosten gesprochen werden, im letzteren Fall dagegen von gesellschaftlichen Vor- und Nachteilen.

Eine quantifizierende Methode der Bewertung kommt theoretisch sowohl für die ökonomische wie für die nicht-ökonomische Bewertung in Betracht. Angewendet wird sie in der Regel aber eher im Bereich der ökonomischen Bewertung. Dort erscheint sie meist in monetärer Form. Diese kann sich manchmal auf Marktpreise stützen, wird aber, wo solche fehlen (sog. intangible Güter), über bestimmte Ersatzmethoden wie Zahlungsbereitschaftsuntersuchungen annäherungsweise bestimmt.

#### *d) Anwendung auf private und staatliche Entscheidungen*

Die Effizienzregel wird sowohl auf Entscheidungen privater Haushalte (Personen, Unternehmen etc.) wie auch auf Entscheidungen des Staates und seiner Untergliederungen bezogen. Im letzteren Fall wird der Schwierigkeit, daß unterschiedliche Individuen unterschiedliche Präferenzen (Nutzen- und Kostenvorstellungen) haben, über verschiedene Wohlfahrtskriterien begegnet. Zu diesen gehören einerseits Kriterien relativer Verbesserung gegenüber einem Ausgangsstand wie die auf Pareto zurückgeführten<sup>11</sup> und die von Kaldor und Hicks vorgeschlagenen, andererseits Kriterien absoluter Kosten/Nutzenbestimmung wie etwa der Summierung der individuellen Präferenzen.<sup>12</sup>

Bei Anwendung der Effizienzregel auf die Rechtssetzung sind diese Kriterien allerdings unbrauchbar. Das Pareto-Kriterium bezeichnet eine Entscheidung als rational, wenn sie die Situation wenigstens einer Person verbessert, ohne die anderer Personen zu verschlechtern. Das Kriterium würde zum politischen Stillstand führen, denn mit fast jeder Veränderung des Rechts wird die bisherige Position bestimmter Personengruppen verschlechtert. Das Kaldor/Hicks-Kriterium nimmt dagegen solche Verschlechterungen in Kauf, wenn die Entscheidung soviel Nutzen bringt, daß der Nachteil entschädigt werden könnte. Es versagt sich aber der sich immer sogleich aufdrängenden Frage, ob wirklich und ggf. wer für den durch die Maßnahme verursachten Verlust entschädigt werden soll. Da objektive Ableitungen von Gesamtnutzen und -kosten aus den Nutzen und Kosten der Individuen aber ebenfalls nicht zur Verfügung stehen (das Pareto-Optimum und das Kaldor/Hicks-Kriterium sollten ja gerade dazu dienen, die Notwendigkeit interpersonaler Nutzen- und Kostenvergleiche zu umgehen), bleibt nur der Weg, einigermaßen vernünftige politische Verfahren der Nutzen-/Kostenbestimmung zu entwickeln. Es wird noch davon die Rede sein, ob die entsprechenden Angebote der Ökonomie dafür geeignet sind.

#### *e) Strukturierungs- und Informationsleistung*

Frägt man nach dem möglichen Rationalitätsgewinn, den die Anwendung der Effizienzregel besitzt im Vergleich zu den Überlegungen, die die Haushalte bzw. der Staat bei ihren Entscheidungen ohnehin anstellen, so kommen zwei verschiedene Weisen in Betracht. Die Effizienzregel könnte die jeweiligen Entscheidungskalküle besser strukturieren, und ihre Anwendung könnte die Entscheidungskalküle mit mehr Information beliefern. Das eine soll hier Strukturierungsgewinn, das andere Informationsgewinn genannt werden.

<sup>11</sup> Was Pareto wirklich gemeint hat, ist bei *Brennung* in *Gawel* (Fn. 7), nachzulesen.

<sup>12</sup> Zum Ganzen *D. Cansier*, Umweltökonomie, Stuttgart, 2. Aufl. 1996, 26 ff.



f) *Eine These*

Nach dieser Charakterisierung meines Gegenstandes möchte ich andeuten, was zu beweisen sein wird, nämlich die These, daß die Strukturierungsleistung der Effizienzregel im Bereich der individuellen und politischen Klugheitsregeln groß ist, im Bereich der Rechtsgebote jedoch eher gering, weil diese, von einigen nicht unwichtigen Ausnahmen abgesehen, insgesamt differenzierter gebaut sind. Hinsichtlich der Zulieferung von Information soll gezeigt werden, daß der Anspruch weitgehender Quantifizierung uneinlösbar ist und nur Verwirrung stiftet, daß aber die Berechnung von monetären Werten, soweit sie als Markupreise auftreten, sinnvoll ist.

3. *Effizienz zwischen Wissenschaften und Praxis*

Effizienz als Thema in Wissenschaft und Praxis ist zweifellos im Vordringen begriffen. Ihre Propagierung durch die Ökonomie gilt vielen anderen Wissenschaften, die sich mit Umweltproblemen beschäftigt haben, als Herausforderung. Hatten die Naturwissenschaftler zusammen mit den Juristen bisher so ziemlich allein bestimmt, ob eine Umweltbelastung (eine Chemikalie, ein Natureingriff) tolerabel ist, so reden die Ökonomen nun mit und wollen die Kosten der Regulierungsfolgen gegen den Umweltschutzerfolg abgewogen wissen. Soziologen und Psychologen, die genug zu tun hatten, die »Um-welt« in ihre inner-gesellschaftlichen Kategorien einzubauen (Umwelt als soziale Konstruktion, als Körperlichkeit, als Machtressource, etc.), sehen sich vom homo oeconomicus an den Rand gedrängt.

So verwundert es nicht, daß der Diskurs der Wissenschaften ein bißchen angespannt verläuft. Die Verteidigungslinie der anderen Wissenschaften hat sich vor allem den homo oeconomicus aufs Korn genommen. Allenthalben heißt es, er sei zu eng konstruiert, denn der Mensch wolle noch anderes als nur Nettowohlfahrtsgewinne.

Die neuere (nicht »neoklassische«) Ökonomie ist darauf eingegangen und sieht den Menschen nun komplexer. Als Nutzen oder Kosten könnten auch ästhetische, emotionale und ähnliche Befriedigungen oder Einbußen gezählt werden. Der homo oeconomicus wird dann einer, der sich im Ursprungssinn des Wortes zu Hause (im oikos) fühlt. Allerdings werde er auch als solcher Kosten im weitesten Sinn mit Nutzen im weitesten Sinn in Beziehung setzen und Verschwendung von Ressourcen zu vermeiden suchen.

Diese Ausweitung wiederum verbucht insbesondere die Rechtswissenschaft als neue Herausforderung. Denn Abwägungen zwischen verschiedenen, gerade auch konfligierenden Belangen nachzuvollziehen, zu strukturieren und zu entwerfen ist ihr ureigenes Feld. So baut sie eine neue Verteidigungslinie, indem sie der Ökonomie vorhält, sie gehe leichtthin über die Unterschiede der Belange und Komplexität der Abwägungsregeln hinweg.

Damit sieht sich die Ökonomie in eine Falle geraten: Entweder wird ihre Effizienzregel, weil zu eng, als Marginalität oder, weil zu weit, als Trivialität abgetan.

Die Kontroverse wirft allgemeinere Fragen der Interdisziplinarität auf. Seit der Differenzierung der Wissenschaften in einzelne Disziplinen ist es Allgemeingut, daß jede einzelne Wissenschaft nur einen Teilaspekt der Realität begreifbar machen kann. Auch wenn sie ihren disziplinären Gegenstand oder ihre disziplinäre Methode als extensiv gültig ansieht, ist (meist auch ihr selbst, jedenfalls aber den anderen Wissenschaften) klar, daß sie auf diese Weise die Dinge vereinfacht, aber auch vereinfachen darf, um das Charakteristische ihres Aspekts zu erfassen. So benötigt die

Rechtswissenschaft die von anderen als juristische Weltanschauung belächelte Vorstellung, daß sich der Einzelne idealiter ganz und gar vom Recht leiten läßt. Denn andernfalls könnte sie diejenigen, die das Recht verletzen, nicht sanktionieren; das Recht ist weitgehend blind gegenüber den vielfältigen Faktoren, die die Rechtsverletzung erklärbar machen. Wenn die Ökonomie dementsprechend in Gestalt des engen *homo oeconomicus* annimmt, der Mensch lasse sich von monetären Wohlfahrtsgewinnen leiten, und wenn sie der Eigenlogik solcher Dispositionen bis hin zu Effizienzrechnungen nachforscht, so ist dagegen nichts einzuwenden, weil und wenn mitgedacht ist, daß damit nur ein Teilaspekt der Realität erfaßt wird.<sup>13</sup>

»Inter«-disziplinarität ist es nicht, wenn eine einzelne Wissenschaft sich der anderen bemächtigt. Das kann nur zu Verwaschungen führen, in denen einmal erreichte Erkenntnisse scheinbar neu entdeckt werden und Neues häufig gehaltlos bleibt. Ein Beispiel für solche scheinbaren Neuentdeckungen scheint mir das mit großem Gestus verkündete Theorem zu sein, daß monetäre Anreize intrinsische Motivation verdrängen können,<sup>14</sup> bzw. daß intrinsische Motivation »wenn's nichts kostet« (sog. Niedrigkostenbereich) keiner weiteren monetären Anreize bedarf. Die Psychologie dürfte hierzu Differenzierteres wissen, wie etwa in Gestalt des Verhältnisses von Lust- und Realitätsprinzip bei Freud und seinen Nachfolgern.<sup>15</sup> Ein Beispiel für gehaltloses Neues ist der erwähnte sehr weite Effizienzbegriff, der im Grunde nur eine Abwägung aller betroffenen Belange fordert. Interdisziplinarität bedeutet vielmehr, daß eine einzelne Wissenschaft ihre Methoden und Gegenstände aus der Perspektive einer anderen Wissenschaft betrachtet oder zumindest den anderen Wissenschaften Anschlußstellen für deren Perspektive zeigt. Selbstverständlich kann die einzelne Wissenschaftlerin sich in die andere Disziplin bewegen, nur muß sie dann die entsprechenden Differenzierungen aufgreifen und sollte nicht mit dem aplomb der Entdeckerin auftreten, wo im Grunde nur eine Beschränktheit der eigenen Disziplin zu erkennen war.

Ein Programm »Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft« zum Beispiel ist deshalb eines, das die juristische Auslegungsmethode und das Recht nicht als in der Gesellschaft geltend, sondern als in der Gesellschaft wirkend, d. h. eben sozialwissenschaftlich versteht. Dies kann mit soziologischen Kategorien wie Erwartung und Sanktion, mit politologischen Kategorien wie Herrschaft und Legitimation oder eben auch mit ökonomischen Kategorien wie denen der Kosten- und Nutzenstiftung geschehen. Erst aus einem Bewußtsein für die Besonderheit der Disziplinen und ihrer Kategorien entsteht Interdisziplinarität, die sich zu einem integrierten Bild zusammenfügt.

Auf der Ebene der gesellschaftlichen Praxis, also z. B. im Bereich rechtspolitischer Entscheidungen, öffnet sich dagegen eine ganz andere Welt als die der Wissenschaften. Hier erscheinen die Eigenlogiken der einzelnen Wissenschaften nicht als verständnisfördernde Zuspitzung, sondern als Verkürzung, die gefährlich wird, wenn man sie nicht als solche erkennt. Füllen einzelne Wissenschaften den Entscheidungsraum aus, ist die Entscheidung teil- und scheinrational. Je mehr sie sich auf ihr Spezifikum beschränken, je konkreter dementsprechend ihre Aussagen sind, desto besser kann der Entscheidungsträger erkennen, was er weiß und was er nicht weiß.

Für den Zusammenhang der Effizienzanalyse folgt hieraus, daß es zwei Gründe für eine Bescheidung auf die enge Version gibt: einen wissenschaftlichen, daß nämlich

<sup>13</sup> So auch M. Morlok, Vom Reiz und Nutzen, von den Schwierigkeiten und den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht, in: Chr. Engel/M. Morlok, Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung, Tübingen 1998, S. 24.

<sup>14</sup> B. Frey, Markt und Motivation. Wie ökonomische Anreize die (Arbeits-)Moral verdrängen, München 1997.

<sup>15</sup> Laplanche/Pontalis, Das Vokabular der Psychoanalyse, Frankfurt 1973, S. 297, 427.

durch Übertreibung eines Teilaspekts zusätzliche Erkenntnisse möglich sind, und einen praktischen, daß nämlich durch Begrenzung auf einen Teilaspekt Wissen von Nichtwissen geschieden wird.

Wenn die für die praktische Ebene beschriebene Integrationsleistung vollbracht werden soll, ist professionelles Handeln erforderlich, d. h. hermeneutisches Fallverstehen (Oevermann), das die ganze Komplexität der zu lösenden Probleme aufnimmt.<sup>16</sup> Welche Wissenschaft aber ist in der Lage, dafür die Ausbildung zu liefern? Die Integrationsleistung ist eine typische Aufgabe für Generalisten. Traditionell lag die Ausbildung der Generalisten bei der Rechtswissenschaft. Weil die Rechtswissenschaft in ihrer rechtsdogmatischen Fixierung jedoch zu wenig gelernt hat, daneben auch in den Kategorien anderer Wissenschaften zu denken, haben Verwaltungswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft (besonders die Betriebswirtschaft) mit weitgehendem Erfolg versucht, das ältere »Juristenmonopol« der Generalistenausbildung zu brechen. Es ist allerdings noch nicht letztlich entschieden, wer das Rennen machen wird. Die Rechtswissenschaft hat immer noch insofern einen gewissen Vorsprung, als sie fallbezogenes Denken lehrt und Fälle die Eigenart haben, Aufmerksamkeit für alle Aspekte zu erzwingen.

Natürlich kann die Beobachtung und Strukturierung der Entscheidungspraxis auch Gegenstand wissenschaftlicher Forschung sein. Diese müßte ebenfalls eine generalistische Ausrichtung haben. Der Ertrag auf dieser Ebene ist allerdings bisher gering. Die Rechtswissenschaft hat in ihrer Fremdheit gegenüber Empirie und Realanalyse fast gar nichts beigetragen, und die Verwaltungs- und Betriebswirtschaft eher wenig. Jedenfalls können die dort verbreiteten, rein begrifflichen und oft hohlen Handreichungen zum »Management« (*manu agere*) von diesem und jenem wohl kaum als wissenschaftliche Reflexion gewertet werden.

#### 4. Utilitarismus, Verfahrensethik und der Geist der Effizienz

Wes Geistes Kind die Effizienzregel ist, läßt sich besser verstehen, wenn man sie in die breiteren rechts- und staatsphilosophischen Strömungen einordnet. Die Effizienzregel steht in der utilitaristischen Tradition. Soweit sie sich auf private Entscheidungen bezieht, liegt das Modell des auf Maximierung seiner Wohlfahrt bedachten *homo oeconomicus* (so oder so definiert) zugrunde. Im Hinblick auf staatliche Entscheidungen ist die Grundvorstellung die eines die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt maximierenden Staates, einer Art *res publica oeconomica*. In dieser Tradition unterscheidet die Effizienzregel sich als ein materiales Prinzip von prozeduralen Traditionen, die Rationalität auf bestimmte Formen von Diskursen oder Deliberationen gründen.

Die rechtspolitische und administrative Praxis ist weise genug, sich nicht ausschließlich für eine der beiden Richtungen zu entscheiden, weil sie aus Erfahrung gelernt hat, daß jede von beiden, wenn sie allein verfolgt wird, fehlgehen kann. Deshalb suchen sämtliche um Rationalität bemühte Entscheidungsträger auf privater wie auf staatlicher Ebene sowohl prozedural wie materiell Orientierung. Auch das Recht moderner Gesellschaften, das Entscheidungen determiniert, schreibt immer zugleich Prozeduren und materielle Maßstäbe vor. Selbst Rechtsordnungen wie die deutsche, die sich z. B. im Verwaltungsrecht schwer tut, den Eigenwert von Verfahren anzuerken-

<sup>16</sup> Eine knappe Zusammenfassung der Professionstheorie findet sich bei U. Nagel, *Engagierte Rollendistanz*, Opladen 1997, S. 46 ff.

nen, haben Beteiligungsrechte Dritter eingeführt, weil sie sich dadurch (wenn schon nicht eine demokratische Legitimierung, so doch) eine Verbesserung der Entscheidungsqualität versprechen.

Man könnte sich wundern, warum die Lager der Utilitaristen und Prozeduralisten sich angesichts dieser Kompromißhaftigkeit der Praxis so mächtig beflechten. Aber die Fehde dient der Klärung des jeweiligen Potentials der Lehren, und das ist nützlich für die richtige praxisleitende Mischung. Auch treten ja sehr häufig Zweifelsituationen auf, in denen es etwas ausmacht, ob die Lösung eher durch materielle oder prozedurale Orientierung gesucht wird. Ein Beispiel dafür aus dem Verwaltungsrecht ist die herrschende Auffassung, daß das subjektive Recht Dritter auf Beteiligung in Verwaltungsverfahren nur eine dem materiellen Recht dienende Funktion, also keinen Eigenwert besitzt und dementsprechend nicht für sich genommen Klagebefugnis gegen einen Verwaltungsakt verleiht. Ein Beispiel aus der hohen Politik war die Entscheidung der Bundesregierung im Jahr 1999, an kriegsgerichtlichen Handlungen im Kosovo teilzunehmen, eine Entscheidung, die sich auf materielle Gebote des Menschenrechtsschutzes stützte und die erforderlichen UNO-Verfahren umging.

Wenn die Effizienzregel mit der utilitaristischen Tradition, in der sie steht, somit ein materielles Prinzip ist, bleibt zu fragen, welcher Geist sich in dieser Tradition ausdrückt. Das ist wichtig zu wissen, denn selbst soweit die Effizienzregel nicht im einzelnen rechtlich ausgeformt ist, kann sie doch eine Rechtskultur prägen und sich in Rechtspolitik und Rechtsauslegung Geltung verschaffen.

Als Bentham sein »principle of utility« formulierte, geschah dies als Antwort auf naturrechtliche Konzeptionen, konkret auf diejenige Blackstone's.<sup>17</sup> In der aufgeklärten Vernunft des Soveräns sah er eine Gefahr, der er ein pragmatisches Konzept guten Regierens entgegensetzte, welches sich an den »pains and pleasures« der Menschen orientieren sollte.

Heute ist die Streitkonstellation Naturrecht – Pragmatismus nicht mehr dominant. Der Pragmatismus hat sich durchgesetzt. Aber innerhalb dessen ist eine neue Front aufgebrochen, die nämlich, ob die Wohlfahrt aller in Indikatoren des Lebensglücks oder in Indikatoren des Lebenserfolgs, in qualitativer Beschreibung oder quantitativer Berechnung, im Weg zum Ziel oder in der Effizienz des Weges zum Ziel sich ausdrücken soll.

Aber es wäre borniert, aus einer alteuropäischen Perspektive heraus das Rationalitätspotential der Effizienzkultur zu mißachten. Immerhin ist das zweckrationale Denken, dessen Kind die Effizienzregel ist, ein Wesensmerkmal des kapitalistischen Unternehmens und des bürokratischen Staates. Der heute stärker werdende Ruf nach mehr Effizienz gerade im Bereich des Staates erklärt sich vielleicht daraus, daß die von Max Weber noch als rational beschriebene staatliche Bürokratie im Wohlfahrtsstaat »bürokratisch« im pejorativen Sinn geworden ist. In der Tat ist das Effizienzpostulat geeignet, Projekte der öffentlichen Hand zu stoppen, deren Ziele nicht durchdacht und deren Mittel verschwenderisch sind. Beispiele beliebiger Zahl sind den Tageszeitungen zu entnehmen. Das Effizienzdenken ist auch dort von Nutzen, wo es dem Staat ins Ruder greift, um die Entscheidung über Mitteleinsätze wieder auf die gesellschaftlichen Akteure zu verlagern.

Und doch liegt etwas Stärkeres im Effizienzdenken als das Potential zur Korrektur gewisser, heute beobachtbarer Auswüchse. Effizienz als Gebot ist Teil in einem allgemein beobachtbaren Trend zur Ökonomisierung der Lebensverhältnisse. Skepsis ist spätestens dann angebracht, wenn Effizienz im Gefühlsleben, in der privaten Gemeinschaft, in den Künsten, in der Forschung, in der Religion einschließlich

17 W. Harrison, Introduction, in: ders. (Hrsg.), J. Bentham, A Fragment on Government (1776), 1948.

der jeweils betroffenen Professionen der Therapeuten, Wissenschaftler, Ärzte, Anwälte, Pfarrer, Künstler etc. propagiert wird. Dann ist erforderlich, dem Effizienzdenken den kleinen, sehr kleinen Aspekt zuzuweisen<sup>18</sup>, den es nur auszufüllen vermag, und deutlich zu machen, daß man darüber schweigen soll, worüber man nichts sagen kann.

An die geographische Dimension, die dabei ebenfalls zu berücksichtigen ist, soll nur kurz erinnert werden. Die Effizienzkultur hat es schon immer in Kontinentaleuropa schwerer gehabt als in England und den Vereinigten Staaten. Sie trifft auf eine stärkere Tradition der Wertkultur, die sich in qualitativ umschriebenen Menschenrechten ausgedrückt hat und sich dem Rechenhaften verweigert. Ob sie sich in Zukunft leichter durchsetzen wird, ist schwer zu sagen. Hier genügt festzustellen, daß dies einen Unterschied machen würde.

## 5. Effizienz als rechtliches Gebot

### a) Allgemeines

Die Effizienzregel ist zunächst eine individuelle und politische Klugheitsregel: Es ist einsichtig, daß, wenn die Mittel zur Verfolgung von Zielen knapp sind, die Kosten gegen den Nutzen abgewogen und nur eine effiziente bzw. (wenn zwischen mehreren Optionen entschieden werden kann) die effizienteste Lösung verwirklicht werden sollte.

Schwieriger ist zu beurteilen, welche *rechtliche* Bedeutung die Effizienzregel besitzt.

Es ist streitig, ob die Effizienzregel eine verbindliche Norm ist.<sup>19</sup> Der Streit beruht jedoch teilweise auf Mißverständnissen, weil die Autoren und Autorinnen manchmal von unterschiedlichen Problemkonstellationen ausgehen oder unterschiedliche rechtliche Verbindlichkeitsgrade anvisieren.

Was die Verbindlichkeitsgrade angeht, so ist zu unterscheiden, ob die Effizienzregel als Rechtsgebot oder als bloßer Orientierungspunkt bei der Wahrnehmung von Interpretations-, Beurteilungs- und Ermessensspielräumen angesprochen wird. Im letzteren Fall könnte sie als Zeitströmung, die sich gegenwärtig verbreitet, relevant werden. Da sie einen eher formalen Charakter hat, eignet sie sich besonders für querschnittshafte Einwirkungen auf viele unterschiedliche Rechtsbereiche.<sup>20</sup> So sind z.B. Vorschriften zum einstweiligen Rechtsschutz, deren Sinn ursprünglich zur rechtsstaatlichen Seite tendierte, indem im Normalfall bei Widerspruch Dritter aufschiebende Wirkung für die Genehmigung angenommen wurde, bereits seit langem unter Effizienzaspekten eher zugunsten des Beschleunigungs- und Investitionsinteresses des Genehmigungsinhabers ausgelegt worden.<sup>21</sup> So könnte ein Regulierungsermessen, das bisher stärker auf Umweltschutz gerichtet war, um Effizienzgesichts-

<sup>18</sup> Daß auch in diesem engeren Bereich genug Streitstoff anfällt, zeigt die Auseinandersetzung um die Begrenzung der Krankheitskosten. S. etwa die Formulierung in § 12 (a) Satz 2 SGB V: »Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen«.

<sup>19</sup> Vgl. W. Hoffmann-Riem und E. Schmidt-Assmann, in: dies. (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, Baden-Baden 1998, S. 19 ff. bzw. 235 ff.

<sup>20</sup> Vgl. Gawel (Fn. 7), der beklagt, daß dies von Juristen nicht ausreichend erkannt werde.

<sup>21</sup> Inzwischen wurde die aufschiebende Wirkung des Drittwiderspruchs in vielen Spezialgesetzen abgeschafft. Zusammenstellung bei F.O. Kopp/W.R. Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung*, München, 11. Aufl. 1998, § 80 Rdn. 65.

punkte angereichert auf den Schutz wirtschaftlicher Interessen umgesteuert werden.

309

Was die angenommenen Problemkonstellationen angeht, so empfiehlt sich, zwischen dem Problem der Disposition über knappe staatliche Ressourcen und dem Problem der Disposition über private Rechtspositionen zu unterscheiden.

#### *b) Effizienz hinsichtlich staatlicher Ressourcen*

Soweit es um knappe staatliche Ressourcen geht<sup>22</sup> und dabei an öffentliche Haushaltsmittel gedacht wird, gilt das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot. Dieses verrechtlicht eine Teilregel der Effizienzregel, nämlich die der Kosteneffizienz. Es bedeutet, daß politische Ziele mit möglichst geringem Aufwand an Haushaltsmitteln erreicht werden sollen. Denkt man dagegen an andere staatliche Ressourcen wie etwa das Personal (Richter, Verwaltungsbeamte, etc.), findet sich kein explizites rechtliches Gebot. Im Gegenteil ist das Recht eher skeptisch. So gilt im Verwaltungsrecht traditionell der Satz, daß die »Forderung nach rationeller Gestaltung (...) ihre Grenze an dem unabdingbaren Gebot gerechter und sachrichtiger Erledigung der Staatsobliegenheiten« finde.<sup>23</sup> Andererseits gibt es aber durchaus einzelne Regeln des gerichtlichen wie auch administrativen Verfahrensrechts, die bei einer Gesamtschau als Ausformungen eines Grundsatzes deutbar sind, der bisher als Verfahrensökonomie bezeichnet worden ist, aber inhaltlich mit der Effizienzregel übereinstimmt. Dazu gehören z.B. die Vorschriften über die Unbeachtlichkeit eines Verfahrensfehlers, die eine Wiederholung des Verfahrens verhindern, wenn in der Sache ohnehin nicht anders entschieden werden würde; denn der Aufwand des erneuten Verfahrens würde dann leerlaufen.<sup>24</sup> Hier ist noch vieles offen, aber es ist absehbar, daß das zunehmende Interesse der Rechtswissenschaft für Effizienzfragen auf einen Ausbau des rechtlichen Wertes der Effizienzregel hindeutet. In der Tat kann Effizienzdenken neue Kreativität und Qualität wecken.<sup>25</sup>

#### *c) Effizienz hinsichtlich privater Ressourcen*

Im Vordergrund der Effizienzanalyse steht jedoch die Disposition über private Rechte, die Konstellation also, bei der der Staat seine Ziele mit Hilfe von Eingriffen in private Rechtspositionen verfolgt. Dies ist der Normalfall, weil die meisten Bedrohungen des öffentlichen Interesses nicht von ihm selbst, sondern von Privaten ausgehen.

Es ist von erheblicher Konsequenz, hier von vornherein zwischen zwei Varianten möglicher Verrechtlichung zu unterscheiden: Die eine Variante enthält eine positive Verpflichtung des Einzelnen, effizient zu handeln, die andere dagegen nur eine negative Sperre dagegen, daß der Staat dem Einzelnen Ineffizientes abfordert. Adressat der Effizienzregel ist im einen Fall der Einzelne, im anderen der Staat. In der ersten Variante würde den Einzelnen untersagt, die eigenen Mittel zu verschwenden oder unproduktiv einzusetzen. Dergleichen widerspricht den Grundsätzen einer liberalen

<sup>22</sup> Dies ist der Gegenstand des Beitrags von *Hoffmann-Riem* (Fn. 19), der fälschlich manchmal auch für die Frage der Disposition über private Rechte in Bezug genommen wird.

<sup>23</sup> *E. Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München, 10. Aufl. 1973, S. 432.

<sup>24</sup> S. dazu ausführlicher *R. Wahl*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: *VVDStRL* 41, 1983, S. 151 ff., 171 ff.

<sup>25</sup> *Hoffmann-Riem* (Fn. 19), S. 25: »Die Effizienzorientierung des Verwaltungsrechts darf daher nicht als eine mit »Klagen und Jammern« bedauernd entgegengenommene Restriktion verbucht werden, sondern als Chance, die Erfüllung der Steuerungsaufgaben des Staates zu optimieren. Effizienter Ressourceneinsatz schafft Freiräume für Gestaltungen, die sonst entfielen.«

Gesellschaft (die ja gerade unterstellt, daß der Einzelne von sich aus effizient handelt) und findet sich allenfalls dort, wo der Einzelne öffentliche Mittel beanspruchen könnte wie im Sozialhilferecht.<sup>26</sup> Effizienz im einzelwirtschaftlichen Sinn ist deshalb primär etwas für ökonomische Lehrbücher für angehende Unternehmerinnen, aber nichts für die Gesetzgebung.

Zu finden ist vorwiegend die zweite Variante. Sie hindert den Staat, bei Verfolgung seiner Ziele den Einzelnen Kosten zuzumuten, die im Verhältnis zu den Zielen ineffizient sind. Diese negative Variante kann so ausgeformt sein, daß der jeweilige staatliche Entscheidungsträger strikt gebunden wird, nichts Ineffizientes anzuordnen, oder so, daß ihm hinsichtlich der Ausarbeitung von Effizienzurteilen ein Beurteilungsspielraum gegeben wird. Welcher Weg insoweit beschritten wird, hängt von dem Vertrauen in die Qualität des Entscheidungskalküls und von der gewaltenfunktionalen Zuordnung der Fehlerrisiken ab.

#### aa) Verhältnismäßigkeit

Auf dieser Grundlage ist nun eine Betrachtung desjenigen allgemeinen Rechtsprinzips angebracht, das der Effizienzregel am nächsten kommt, nämlich des *Verhältnismäßigkeitsgebots*. Umgekehrt ausgedrückt, ist die Effizienzregel insoweit rechtliches Gebot, wie sie sich mit dem *Verhältnismäßigkeitsgebot* deckt.<sup>27</sup>

Das erste Teilgebot, die *Geeignetheit des Mittels zur Erreichung des gesetzten Zweckes*, fordert prima facie eine wissenschaftliche Basis der gewählten Maßnahme. Die Verfassungsrechtsprechung wendet den Grundsatz jedoch zurückhaltend an, indem sie dem Gesetzgeber einen Spielraum bei der Tatsachenermittlung und Beurteilung zugesteht<sup>28</sup>, während die Effizienzregel insoweit höhere Ansprüche stellt.<sup>29</sup>

Das zweite Teilgebot, *Erforderlichkeit der Mittel*, besagt, daß eine Maßnahme dann unzulässig ist, wenn es eine andere gibt, die das Ziel mit geringerer Eingriffsintensität (oder für den Einzelnen mit geringerem Mitteleinsatz) verwirklichen würde. Das Erforderlichkeitsprinzip nimmt also Bezug auf die von der Effizienzregel ebenfalls behandelte Situation des Vergleichs mehrerer Optionen. Jedoch ist es wegen seiner negativen Formulierung zurückhaltender gefaßt. Zudem ist zu berücksichtigen, daß dem Gesetzgeber besonders bei »wirtschaftsordnenden Maßnahmen« ein weiterer Bereich des Ermessens zusteht.<sup>30</sup>

Das dritte Teilgebot, die *Verhältnismäßigkeit i. e. S.*, besagt, daß eine Maßnahme dann unzulässig ist, wenn die durch den Eingriff dem Einzelnen entstehenden Kosten exorbitant sind im Vergleich zum Nutzen des verfolgten öffentlichen Interesses. Dieses Teilprinzip zielt auf die Optimierung der privaten und öffentlichen Interessen. Anders als die Effizienzregel versucht es jedoch nicht, genau den optimalen Punkt der beiderseitigen Interessenbefriedigung zu erreichen,<sup>31</sup> sondern greift dem Staat erst bei einer eklatanten Fehlsteuerung ins Ruder.<sup>32</sup> In dieser Zurückhaltung drückt sich aus, daß der exakte Punkt nicht feststellbar ist und im Gewaltenteilungsschema eine Letztzuständigkeit festgelegt werden muß.

Insgesamt zeigt sich, daß das Verhältnismäßigkeitsgebot mit sehr viel bescheidenerem

26 Vgl. § 18 Abs. 1 BSHG: »Jeder Hilfesuchende muß seine Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhalts für sich und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen einsetzen.«

27 Zum Folgenden s. auch M. Führ, in: Gawel (Fn. 7).

28 BVerfGE 39, 210, 225 f.

29 Näheres dazu unten.

30 BVerfGE 30, 292, 319.

31 Cansier (Fn. 12), S. 25 ff. Auf Optimalität verzichtet der Standard-Preis-Ansatz. Zu ihm Cansier ebd., S. 175.

32 BVerfGE 50, 125, 140 (für das Verhältnis von Straftat und Strafrahmen).



Anspruch auftritt als die Effizienzregel. Darin schlägt sich praktische Erfahrung nieder, die der wissenschaftlichen Bestimmbarkeit des Optimums mißtraut und das Irrtumsrisiko in spezifischer Weise zwischen Legislative, Exekutive und Judikative aufteilt. Wer die Effizienzregel mit ihrem Anspruch, das Optimum zu bestimmen, zum Verfassungssatz erheben will, muß sich mit dieser Verfassungslage auseinandersetzen.

#### *bb) Abwägungsgebot*

Ein weiteres Rechtsprinzip, das der Effizienzregel nahekommt (bzw. über die die Effizienzregel streckenweise verrechtlicht ist), besteht aus dem *Abwägungsgebot*. Es ist in besonderer Weise im Planungsrecht rechtsdogmatisch durchstrukturiert worden,<sup>33</sup> hat aber als Gebot der sog. praktischen Konkordanz zwischen kollidierenden Grundrechten auch verfassungsrechtliche Bedeutung<sup>34</sup> und ist im übrigen im Bereich des Verordnungsmessens und des Verwaltungsmessens anerkannt. Das Abwägungsgebot erweitert die im Verhältnismäßigkeitsgebot angelegte Zweipoligkeit von privaten und öffentlichen Interessen auf Situationen, in der diese Interessen je untereinander in Konflikt stehen, so z.B., wenn das Betreiberinteresse gegen ein Gesundheitsinteresse und dieses gegen das Naturerhaltungsinteresse steht. Ein Beispiel ist die Förderung von Windenergieanlagen. Sie greift in Natur und Landschaft ein, trägt aber zum Klimaschutz bei; sie kommt den einzelnen Investoren entgegen, mutet den Energieverteilern aber besondere Einspeisevergütungen zu. In solchen Fällen liegt eine Vielfalt von »Belangen« vor, die nach den richterrechtlich entwickelten Anforderungen ermittelt, gewichtet und ihrem Gewicht entsprechend untereinander abgewogen werden müssen, wobei im Ergebnis einzelne Belange durchaus hintangesetzt werden können. Um den Ausgleich der Belange zu erleichtern, fordert die Rechtsprechung zudem, daß die Behörde verschiedene »naheliegende« Alternativen erwägt.<sup>35</sup> Dem zuständigen Organ wird jedoch ein Beurteilungsspielraum zugestanden, der die gerichtliche Kontrolle auf deutliche Irrtümer im Tatsächlichen und auf eklatante Fehlgewichtungen bei der Bewertung reduziert. Fragt man nach möglichen Strukturierungsleistungen der Effizienzregel für eine Weiterentwicklung des Abwägungsgebots, so ist zunächst deutlich zu machen, wo Verbesserungsbedarf besteht. Auf der verfassungsrechtlichen Ebene der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen konkurrierenden Grundrechten und Schutzprinzipien ist präzisierungsbedürftig, was genauer damit gemeint ist, daß das gewichtigere Grundrecht das konkurrierende andere nicht einfach verdrängen darf, sondern »im Lichte« des anderen seinerseits angepaßt werden muß.<sup>36</sup> Offensichtlich geht es hier um ein Optimierungsproblem, dessen Operationalisierung Hilfe von anderen Wissenschaften brauchen könnte. Soweit es die verwaltungsrechtliche Ebene angeht, besteht ein Mangel darin, daß die richterrechtliche Strukturierung einerseits (im Hinblick auf die Einstellung und Gewichtung der Belange) zu überdifferenziert, andererseits (im Hinblick auf die Alternativenprüfung) noch nicht ausgereift ist.<sup>37</sup> Man könnte also fragen, ob die Effizienzregel weiterhilft. Doch ist sie noch zu sehr auf die Relation gleichgerichteter Ziele und Mittel bezogen und hat deshalb kaum eine Strukturierung von Zielkonflikten und Mittelkonflikten hervorgebracht.

<sup>33</sup> Seit BVerwGE 34, 301 ff., 309; st. Rspr.

<sup>34</sup> K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe, 2. Aufl. 1968, S. 126; zu einem Anwendungsfall s. BVerfGE 78, 38, 54 ff. (Sondervotum Hentschel).

<sup>35</sup> Z. B. BVerwGE 71, 166, 177.

<sup>36</sup> Z. B. BVerfGE 7, 198, 208; 60, 234, 240; 69, 315, 349.

<sup>37</sup> S. dazu G. Winter, Alternativen in der administrativen Entscheidungsbildung, zugleich ein Beitrag zu einem Grundsatz ökologischer Verhältnismäßigkeit, Düsseldorf 1997, S. 120 f.

### cc) Gemeinschaftsrechtliche Berücksichtigung von Vor- und Nachteilen

Möglichkeiten der Verknüpfung der Effizienzregel mit allgemeinen Rechtsgeboten ergeben sich schließlich im EG-Primärrecht. Neben dem allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches jedoch (mit Ausnahme noch größerer Betonung des gesetzgeberischen Ermessens) kaum anders geschnitten ist als das deutsche, gibt es Anklänge an Effizienz in einzelnen Politiken wie der Umweltpolitik. Art. 174 EGV lautet: »Bei der Erarbeitung ihrer Umweltpolitik berücksichtigt die Gemeinschaft (...) die Vorteile und die Belastung aufgrund des Tätigwerdens bzw. eines Nichttätigwerdens«. Die Bestimmung verlangt nicht eine Bilanzierung, sondern nur die *Berücksichtigung* der Vor- und Nachteile. Im übrigen wird nicht von Kosten und Nutzen gesprochen, sondern von Vor- und Nachteilen. Dies bedeutet, daß die Belange, die zu würdigen sind, in einem sehr weiten Sinn als über ökonomische Kosten und Nutzen hinausweisend verstanden werden. Insofern bleibt die Formulierung hinter dem zurück, was die Effizienzregel fordern würde.<sup>38</sup> Der Grund für diese Vorsicht dürfte darin liegen, daß die Entscheidungsbildung in der EG inhaltlich wie prozedural primär politisch geprägt ist und durch materielle Formeln, die eine Technizität ausdrücken, nicht integriert werden kann.

### dd) Zusammenfassung

Zusammenfassend hat sich gezeigt, daß die Effizienzregel einerseits zu wenig strukturiert ist, um mit den geltenden Ausformungen in Gestalt des Verhältnismäßigkeitsgebots und Abwägungsgebots mithalten zu können, andererseits aber in ihrem Programm zu weit geht, indem sie die besonderen Ablagerungen der politischen Erfahrung, die sich in den zurückhaltenderen Ausformungen der genannten Gebote niedergeschlagen haben, nicht beachtet. Immerhin aber vermag sie, weil sie politisch im Verhältnis von Wirtschaft und Umwelt eine neutrale Position einnimmt, eine einseitige Ausrichtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu korrigieren.

## 6. Das Effizienzgebot neben anderen rechtlichen Regeln

Es wurde erörtert, inwieweit die Effizienzregel ein Rechtsgebot darstellt, oder aus anderer Perspektive, inwieweit Rechtsgebote mit der Effizienzregel gleichgerichtet sind. Nunmehr soll gefragt werden, in welchem Verhältnis die Effizienzregel zu solchen rechtlichen Geboten steht, die einen divergierenden oder sogar entgegengesetzten Inhalt haben.

Soweit die Effizienzregel verfassungsrechtliche Bedeutung hat (also qua Verhältnismäßigkeitsgebot) und mit anderen Geboten konkurriert, genießt sie gleichwohl nicht etwa eine Vorrangstellung (wie z. B. die Menschenwürde), sondern steht neben den anderen. Dies gilt insbesondere für das Gleichheitsgebot.<sup>39</sup> Die Effizienzregel ist, wie Coase gezeigt hat, indifferent gegenüber der Eigentumsverteilung, auf der sie ihre Rechnungen aufbaut. Sie entdeckt Wohlfahrtsreserven, die niemanden schlechter stellen (Pareto-Kriterium) bzw. Schlechterstellungen kompensationsfähig machen (Kaldor-Hicks-Kriterium), interessiert sich aber nicht für die distributive Ausgangsposition der Einzelnen.

<sup>38</sup> L. Krämer, EC Environmental Law, 4<sup>th</sup> edition, London 1999, S. 21.

<sup>39</sup> Zu weiteren Beispielen wie dem Umweltschutzgebot nach Art. 10a GG und dem Sozialstaatsprinzip s. G. Britz, Umweltrecht im Spannungsfeld von ökonomischer Effizienz und Verfassungsrecht, in: Die Verwaltung 30, 1997, S. 185 ff. 199.

Trotzdem gibt es wechselseitige Auswirkungen, wenn die Programme der beiden Regeln, Effizienz und Gleichbehandlung, implementiert werden.

Einerseits kann die Verwirklichung von Effizienz zu ungleicher Verteilung der Wohlfahrtsgewinne führen. Zum Beispiel geht das umweltrechtliche Verursacherprinzip, das als effizienter gilt als das Gemeinlastprinzip,<sup>40</sup> einseitig auf Kosten der Betreiberseite. Dann wäre unter dem Gleichbehandlungsprinzip zu fragen, ob für die Ungleichbehandlung ein legitimer Grund besteht. Dieser könnte wohl just in der größeren Effizienz dieser Lösung gefunden werden, oder auch »naturalistisch« darin, daß die fragliche Belastung von dem Betreiber ausgeht.

Umgekehrt kann die Gleichheitsforderung mögliche Effizienzgewinne verhindern. Solche Effekte werden häufig einem zu weit gehenden System des Sozialschutzes (im Arbeitsrecht, im Mietrecht, im Verbraucherrecht, im Steuerrecht) vorgeworfen. Eine egalisierende Steuer z. B. demotiviere, hohes Einkommen zu erzielen. Das könne so weit gehen, daß nicht nur eine mögliche Wohlfahrtssteigerung ausbleibe, sondern sogar die Ausgangssituation aller, auch der weniger Leistungsfähigen, verschlechtert werde.<sup>41</sup> Läßt sich dies wirklich nachweisen,<sup>42</sup> wäre die Effizienzregel deutlich verletzt. Im geltenden Recht würde diese Frage im Schutzbereich der Freiheitsgrundrechte (insbesondere Art. 14, 12 und 2 Abs. 1 GG) behandelt und am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips beantwortet werden. Angesichts der Zurückhaltung der Rechtsprechung, Finanzsteuern als unverhältnismäßig anzusehen, könnte ein an der Effizienzregel geschultes Verständnis des Verhältnismäßigkeitsgebots hier möglicherweise eine größere Offenheit bewirken.

Abstrakt gesehen bleibt es aber dabei, daß die Effizienzregel, würde sie verfassungsrechtlich verankert, neben anderen Geboten stünde und in Konkordanz mit ihnen zu interpretieren wäre, soweit sich Konflikte zwischen ihnen ergeben.<sup>43</sup>

## 7. Effizienz – Instrument gesellschaftlicher Selbstbeschränkung?

In der Effizienztheorie wird es als indifferent behandelt, was auf der Seite der Kosten und was auf der des Nutzens erscheint. Für umweltrechtliche Zusammenhänge bedeutet dies, daß die Effizienzregel gleichermaßen gilt, ungeachtet, ob über die ökonomischen Kosten eines erstrebten ökologischen Nutzens oder über die ökologischen Kosten eines erstrebten ökonomischen Nutzens zu entscheiden ist. Tatsächlich ist in beiden Varianten aber eine hochbrisante Weichenstellung der Entwicklung grundlegender gesellschaftlicher Werte verborgen.

Im Ganzen akzeptiert und nur im einzelnen umstritten ist die erste Variante. Bei ihr geht es um die Entdeckung, daß öffentliche Interessen wie z. B. Umweltschutzziele mit unterschiedlichen Mitteln erreicht werden können, daß die Mittel aber Kosten verursachen, die minimiert werden sollten, und daß das Ziel unter Umständen relativiert werden muß. Im obigen Text stand diese erste Variante unausgesprochen immer im Vordergrund.

<sup>40</sup> Vgl. B. Hansjürgens, in: Gawel (Fn. 7).

<sup>41</sup> C. Chr. von Weizsäcker, Das Gerechtigkeitsproblem in der Sozialen Marktwirtschaft, in: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 47, 1998, S. 257 ff.

<sup>42</sup> Hier ist kein Platz dafür, aber es ist Zweifel angebracht, ob die dabei einfließenden empirischen Annahmen zutreffen. Auch wäre es gut, wenn deutlich gemacht würde, daß die Aussage nur die pekuniäre Stellung der Betroffenen betrifft, nicht dagegen die intangiblen Werte z. B. der Selbsthaftigkeit eines Arbeiters oder Wohnungsbesitzers oder des Vertrauens des Konsumenten auf staatliche Qualitätsfürsorge.

<sup>43</sup> Rechtstechnisch ist eine solche Konkordanz, bei der die Effizienzregel intern relativiert wird, einer Lösung vorzuziehen, die die Effizienzregel streng formuliert und dann bei Konflikten Vorränge festlegen muß (wie z. B., daß das Gleichbehandlungsgebot vorgehe, etc.). Vgl. auch oben Fn. 10.

Anders die umgekehrte Konstellation. Bei ihr ist nur der Frageansatz akzeptiert, nicht aber die volle Erwägung. Der Frageansatz besteht darin, daß mit den Umweltressourcen sparsam umgegangen werden muß, weil sie nicht unbegrenzt zur Verfügung stehen. Dieser Frageansatz hat die Neoklassik zur Ressourcenökonomie weitergetrieben<sup>44</sup> und die ökologische Ökonomie auf den Plan gerufen, die z. B. über eine Verteuerung der Umweltnutzung nachdenkt, um sie möglichst nachhaltig einzusetzen.<sup>45</sup> Ihm ist auch die Suche nach ökologischer Effizienz verpflichtet.<sup>46</sup> Die volle Erwägung bezieht aber die wirtschaftlichen Ziele mit ein. Sie fragt auch danach, ob angesichts des Ressourcenverbrauchs das Produktions- oder Konsumziel gewichtig genug ist.

Diese erweiterte Frage stellt sich ohne weiteres für das wirtschaftende oder konsumierende Individuum, dem ein bestimmtes Ressourcenkontingent zugewiesen ist. Aber stellt sie sich auch dem Staat? Darf der Staat bei seinen legislativen, administrativen und judikativen Entscheidungen zu dem Ergebnis kommen, daß ein Produktions- oder Konsumziel angesichts des mit ihm verbundenen Ressourcenverbrauchs zu wenig Gewicht hat?<sup>47</sup> Darf er z. B. die Genehmigung einer Anlage zur PVC-Produktion mit der Begründung verweigern, daß der PVC-Markt gesättigt, der Nutzen dementsprechend gering, die Kosten durch die Restbelastung durch Abluft, Abwasser und Abfall dagegen größer seien? Darf der Staat z. B. die Zulassung eines Pflanzenschutzmittels mit der Begründung ablehnen, daß die Kosten aus dem Risiko der Grundwasserbelastung den Nutzen der Erntesicherung überwiege, denn dieser sei gering oder eher negativ, weil das produzierte Getreide ohnehin nur in die subventionierten Lager der EG wandere?<sup>48</sup>

Die Brisanz dieser Problematik liegt in der Infragestellung gesellschaftlicher Ziele. Die moderne Gesellschaft ist in dieser Richtung sensibel, weil sie eine Gängelung durch Bedürfnisprüfung befürchtet. In der Tat sind die Bedürfnisse bereits in verschiedenen Regimen staatlich bewirtschaftet worden. Soweit es die Berufsausübung angeht, haben das Zunftwesen, der Faschismus und der Sozialismus ausgefeilte Systeme entwickelt, die ebenso freiheitsberaubend wie kontraproduktiv waren.<sup>49</sup> Es könnte sein, daß ein neuer Probelauf ansteht, der anders als die früheren Ansätze aber nicht aus innergesellschaftlichen Ideologien heraus gespeist ist, sondern aus der von der Biosphäre aufgedrängten Notwendigkeit der Selbstbeschränkung der menschlichen Gesellschaft gegenüber ihrer vitalen Lebensbasis. Die Frage ist, ob dies in einer freiheitlichen und effektiven Weise gelingen kann.

44 U. Hampicke, *Ökologische Ökonomie*, Opladen 1992, S. 75 ff. mit Beispielen zur Wald-, Fischbestands- und Erdbewirtschaftung

45 Hampicke (Fn. 44), S. 299 ff.; H. Bartmann, *Umweltökonomie – ökologische Ökonomie*, Stuttgart 1996, S. 228 ff.

46 von Weizsäcker, E. U./Lovins, A. B./Lovins, L. H., *Faktor Vier. Doppelter Wohlstand – halbiertes Naturverbrauch*, 10. Aufl. Darmstadt, 1997.

47 Die Enquête-Kommission »Schutz des Menschen und der Umwelt« hat sich mit dem Problem befaßt, ist jedoch nicht sehr weit vorgedrungen. S. *Enquête-Kommission* (1994): *Die Industriegesellschaft gestalten. Enquête-Kommission »Schutz des Menschen und der Umwelt des Deutschen Bundestages«* (Hrsg.), Bonn 1994, bes. S. 514 ff.

48 Dazu ausführlich W. Köck, *Maßstäbe der Risikobewertung im Umweltrecht*, noch unveröff. Habilitationsschrift, Bremen 2001, 270 ff., in Auseinandersetzung mit der eine solche Zweckargumentation ermöglichenden Entscheidung des BVerwGE 81, 12 ff.

49 S. dazu G. Winter, *Von der ökologischen Vorsorge zur ökonomischen Selbstbegrenzung*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament* B 37/1994.

Das Ergebnis der Suche nach Strukturierungsgewinnen im Bereich der Rechtsgebote ist mager, immerhin aber nicht ganz zu vernachlässigen. Würde die Effizienzregel stärker als bisher verrechtlicht, so brächte sie keine fundamentale Wende, weil sie mit anderen Verfassungsnormen kollidieren kann und deshalb nur in bescheidenen Varianten normiert werden könnte, die wenig über bereits normierte Versionen hinausgehen. Soweit sie im Sinne einer weitergedachten ökologischen Ökonomie geeignet ist, ökonomische Nutzenziele in Frage zu stellen, ist mangels politischer Mehrheitsfähigkeit eine Verrechtlichung kaum zu erwarten. Nicht zu unterschätzen ist dagegen die Sprengkraft, die der Geist der Effizienz als nicht normierte Direktive für neue Interpretations-, Beurteilungs- und Ermessensspielräume entfalten kann.

Aus diesem Grunde ist es bedeutsam, weiter zu fragen, was Effizienzanalysen inhaltlich eigentlich leisten können. Meine Vermutung ist, daß mit der Effizienzregel häufig mehr versprochen wird als gehalten werden kann, und daß es deshalb jedenfalls in praktischen Zusammenhängen ratsam ist, Effizienzanalysen nur zu trauen, wenn sie sich auf Partialanalysen – und zwar solche im Bereich ökonomischer Indikatoren – beschränken.

Die Analyse der Effizienz von Entscheidungen (seien es Einzelakte oder Rechtsnormen) erhebt den Anspruch,

- die Entscheidung als unabhängige Variable aus dem Rauschen komplexer Faktoren isolieren,
- die Folgen der Entscheidung vorhersagen,
- die Folgen bewerten und
- die bewerteten Folgen in Relation zueinander setzen zu können.

Sie ist auf diese Operationen angewiesen, weil sie andernfalls das günstige Kosten-Nutzen-Verhältnis, das sie propagiert, nicht bestimmen kann.

Die beiden ersten Operationen sind kognitiv, die beiden letzten normativ geprägt. Alle Operationen haben aber mit gewaltigen methodischen Problemen zu kämpfen. Das wird von den Ökonomen auch eingeräumt, wobei der Schwerpunkt der Diskussion allerdings auf den normativen Problemen liegt, während die kognitiven eher verschwiegen werden. Ohne ins Detail zu gehen, möchte ich die Probleme nur kurz benennen.

Die kognitiven Probleme haben die ökonomischen Rechtsanalytiker, ohne sich dessen bewußt zu sein, vom Programm Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft der spätsechziger und siebziger Jahre sowie von der Implementationsforschung der siebziger und achtziger Jahre geerbt.

Sicherlich sind die größeren politischen Kontexte grundverschieden: Das Programm Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft war bei vielen (keineswegs allen) mit sozialreformerischen Zielen verbunden, die Implementationsforschung suchte nach effektiven (noch nicht nach effizienten) Instrumenten. Beide Strömungen hatten aber mit den Problemen der Isolierung der unabhängigen Variable Recht und der Prognose der verzweigten Folgen zu kämpfen und haben sich angesichts der Fülle der Faktoren mehr und mehr von einer Kausalanalyse gelöst und sind zu einer Rekonstruktion des »implementation game« übergegangen.<sup>50</sup> Die Probleme, die zu diesem Rückzug führten, waren die folgenden:

50 H. Wollmann, Implementationsforschung – eine Chance für kritische Verwaltungsforschung?, in: *ders.* (Hrsg.), *Politik im Dickicht der Bürokratie. Beiträge zur Implementationsforschung*, Leviathan Sonderheft 3/1979, Opladen 1980; R. Mayntz, Implementation von regulativer Politik, in: *dies.* (Hrsg.), *Implementation politischer Programme*, Bd. 2, Opladen 1983; E. Bardach, *The implementation game: what happens after a bill becomes a law?*, Cambridge, Mass. 1980.

- Was ist überhaupt das auf seine Folgen zu untersuchende Recht und wo beginnt die Implementation? Das politische Programm hinter dem Gesetz? Das Gesetz? Die Ausführungsverordnung? Die konkretisierenden Verwaltungsvorschriften? Die das Gesetz interpretierenden Gerichtsentscheidungen und herrschenden rechtsdogmatischen Interpretationen? Die Behördenpraxis?
- Wie isoliert man die Rechtsnorm vom Hintergrund des allgemeinen politischen Wertewandels, vom Gegenpart der freiwilligen Anpassungsbereitschaft der Adressaten, von der Konkurrenz paralleler Normen und Handlungsprogramme?
- Wie stellt man Folgeerscheinungen empirisch fest? Durch Unternehmensbefragung wie im Beispiel der Untersuchungen zur Abwasserabgabe, wo manche aus der Aussage, die Abgabe habe gewirkt, schlossen, daß sie tatsächlich gewirkt habe? Aus harten Fakten, aber wo gibt es die, wenn doch alles und selbst die Normverletzung soziale Konstruktion ist.
- Sollen mittelbare und Nebenfolgen in die Untersuchung einbezogen werden? Wo soll man die Schere ansetzen, um die Überkomplexität zu reduzieren?

Die Effizienzanalyse steht heute vor genau denselben Problemen.<sup>51</sup> Die Ökonomie hat zwar eine Reihe von Kriterien entwickelt, wie man mit Unwissenheit über die Effekte von Regulierungen umgehen kann, wie z. B. die Annahme jeweils der ungünstigsten Folgewirkung (Minimax-Regel). Aber solche Regeln täuschen nicht darüber hinweg, daß die Effizienzregel zu praktisch brauchbaren Aussagen eigentlich nur dann kommen kann, wenn diese auf empirisch gestützten Folgenprognosen beruhen. Die sind aber umso schwieriger, je weiter der Kosten- und Nutzenbegriff gezogen wird. Angenommen zum Beispiel, es ist zu entscheiden, ob die Vermarktung eines Gefahrstoffes beschränkt werden soll. Dem Nutzen (= Vermeidung von Umweltschäden) der Regulierung werden die Kosten gegenübergestellt. Welche Kosten sind dies: Nur der unmittelbare Produktionsausfall bei den Herstellern des Stoffes? Aber was ist mit den möglichen Erträgen aus Ersatzstoffen? Woher weiß man, daß beim Hersteller überhaupt Kosten entstehen (vielleicht war der Zweig ohnehin defizitär, aber wie stellt man das angesichts der Mischkalkulationen fest)? Wie erfährt man, daß Ersatzstoffe in Entwicklung oder schon vorhanden sind, und wie prognostiziert man ihre Rentabilität? Sollen die Kosten und Alternativeträge nur gerechnet werden, soweit sie beim Hersteller des Ursprungsstoffes anfallen, oder auch, soweit sie bei anderen Unternehmen entstehen, vielleicht gar, wenn sie außerhalb derjenigen Volkswirtschaft anfallen, deren öffentliche Hand die Regulierung anordnet? Und greift die Vermarktungsbeschränkung überhaupt? Wird sie in der Praxis unterlaufen, z. B. durch Umetikettierung, durch Export in andere Länder, in denen das Verbot nicht gilt? Ja, ist sie vielleicht gar nicht notwendig, weil sich der Zeitgeist und mit ihm die Verbrauchernachfrage ohnehin schon gegen den Stoff entschieden hat?

Mit dieser Aufzählung wird nicht Agnostizismus propagiert. Die Frage ist lediglich, ob und wie sich die Effizienzanalyse diesen Problemen stellt. Nach meiner Prognose wird sie, ähnlich wie die älteren Ansätze, zu der Erkenntnis kommen, daß die Antwort in der Selbstbeschränkung auf Problemstrukturierungen, grobe Abschätzungen und Partialanalysen zu suchen ist.

Im Unterschied zu den kognitiven Problemen sind die evaluativen Probleme in der Literatur zur Effizienzregel dagegen sehr präsent. Es gibt hier ein Grunddilemma: Auf der einen Seite ist Effizienz zweifellos am klarsten festzustellen, wenn Kosten und Nutzen einer Problemlösung quantifiziert werden und der Parameter für beide

<sup>51</sup> Das wird auch von H. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen, 2. Aufl. 1998, übersehen, dessen Programm einer Rechtswissenschaft als Realwissenschaft ein Blick in die ältere rechtsoziologische und politologische Rechtswirkungsforschung gut täte.

Seiten derselbe ist, nämlich möglichst aus Geldeinheiten besteht. Auf der anderen Seite stößt die Quantifizierung, zumal wenn sie auf einen gemeinsamen Parameter bezogen werden soll, auf enorme Schwierigkeiten. Der Schwerpunkt der Debatte liegt dabei auf dem ökologischen Nutzen aus einer Regulierung, und insbesondere auf der Quantifizierbarkeit, konkreter der Monetarisierbarkeit sog. intangibler Güter.<sup>52</sup> Solche Schwierigkeiten gibt es jedoch gleichermaßen auch bei den ökonomischen Kosten, etwa in Gestalt der Kosten im sozialen Lebensbereich, die mit dem Arbeitsplatzverlust oder dem regulierungsbedingten Konsumverzicht verbunden sind. Die Antwort der Effizienztheoretiker auf dieses Dilemma besteht darin, entweder die eine oder die andere Seite der Spannung zu verringern. Auf die eine Seite richtet sich das Angebot, den Anspruch auf Klarheit zurückzunehmen und sich mit qualitativen Aussagen zu begnügen, auf die andere die Versicherung, daß die Methoden zur Ermittlung der intangiblen Nutzen und Kosten noch nicht weit genug entwickelt seien.

M. E. überzeugt diese Antwort nicht. Einerseits werden durch den Verzicht auf Quantifizierung mögliche disziplinäre Erkenntnisgewinne preisgegeben; denn z. B. über Auswirkungen eines Asbestverbotes auf den Brandschutz und die Kosten aus nicht vermiedenen Bränden kann man vermutlich doch einiges erfahren. Andererseits ermangelt es der Versicherung, man sei der Sache noch auf der Spur, des Verständnisses für die Unterscheidung von Ungewißheit und Indeterminismus. Eine Sache kann komplex sein und deshalb lange Forschungsprozesse erfordern. Sie kann aber auch indeterminiert und deshalb einer Ursachenanalyse und gar Prognose von vornherein unzugänglich sein.<sup>53</sup> (Bei anderem epistemologischem Standpunkt wäre zu formulieren: Sie kann so überaus komplex sein, daß es besser ist, sie als indeterminiert anzusehen). Genau dies scheint hier der Fall zu sein: Den monetären Wert intangibler Güter festzustellen, ist unmöglich, weil er von so vielen Bedingungen abhängt, daß die Kapazität der Recherche überfordert ist. Hieran scheitern z. B. alle monetären Bewertungen des menschlichen Lebens, denn obwohl es, wie die ökonomische Analyse zu Recht feststellt, durchaus Entscheidungen gibt, die Menschenleben bewußt anderen Gütern aufopfern, sind die Kontexte doch so unterschiedlich, daß es aussichtslos ist, den Wert ein für alle Mal mit einem bestimmten Betrag anzusetzen. Ähnliches gilt auch im kognitiven Bereich der Folgenprognose von den entfernteren mittelbaren und Nebenwirkungen. Auch hier werden die einwirkenden Faktoren schnell so komplex, daß die Effekte als indeterminiert angesehen werden müssen. Auch dies läßt es rasant erscheinen, die Effizienzanalyse auf Partialaspekte zu beschränken.

Geschieht dies nicht, werden also die methodischen Probleme als nur vorläufig angesehen, liegt die Versuchung nahe, umfangreiche Expertisen anzubieten oder zu fordern, die den Entscheidungsprozeß weiter verlängern, obwohl er wegen der schwierigen Aufklärung der ökologischen Risiken häufig ohnehin schon langwierig genug ist.<sup>54</sup> Das Effizienzdenken ist sich dieses Metarisikos der Risikoregulierung zwar bewußt, behandelt es aber nur als Kosten-Nutzen-Problem einzelner Entscheidungen, nicht als grundsätzliches Problem seines eigenen Ansatzes selbst. Die Verzögerung des Entscheidungsprozesses wird sich unterschiedlich auswirken: Dort, wo eine private Aktivität von einer staatlichen Genehmigung abhängig ist, geht die Verzögerung zu Lasten der privaten Interessen, dort, wo auf staatliche Initiative

<sup>52</sup> Cansier (Fn. 12), S. 95 ff.; Barumann (Fn. 45), S. 244 ff.

<sup>53</sup> B. Wynne, *Uncertainty and Environmental Learning: Reconceiving science and policy in the preventative paradigm*, in: *Global Environmental Change*, June 1992, S. 111–127.

<sup>54</sup> Für die Chemikalienregulierung s. dazu G. Winter/G. Ginzky/B. Hansjürgens, *Die Abwägung von Risiken und Kosten in der europäischen Chemikalienregulierung*, Berlin 1999.



hin Eingriffe erfolgen sollen, geht sie zu Lasten der öffentlichen Interessen. Mit keinem von beidem kann man sich zufrieden geben.

Weiterhin könnte es sein, daß sich im Gefolge eines präventiven, seine Begründungspflicht nicht ernst nehmenden Effizienzbegriffs – sicher ungewollt seitens derer, die um Rationalität bemüht sind – ein diffuses Ressentiment gegenüber öffentlichen Zielen entwickelt. Dies war z. B. der Effekt und wohl auch die Intention der Einführung der allgemeinen Kosten-Nutzen-Analyse für staatliche Regulierung durch die Reagan'sche Administration.

### 9. Ein realistisches Konzept der Effizienzregel oder: Ausgang aus der Nirwana-Falle

Im folgenden möchte ich versuchen, an Hand eines praktischen Beispiels ein Konzept der Effizienzanalyse vorzustellen, das die Wirtschaftswissenschaften professionell weder überfordert noch unterfordert und zugleich eine praktisch brauchbare Entscheidungsbasis abgibt. Der Vorschlag ist ein Ausweg aus der Nirwana-Falle (Schmidtchen), in die eine Kritik der Effizienzregel geraten kann, wenn sie an die eigene Lösung weniger anspruchsvolle Kriterien anlegt als an das Objekt ihrer Kritik.<sup>55</sup> Mein Vorschlag geht dahin, daß die Ansprüche selbst zurückgeschraubt werden sollten; dann fällt die Erfüllung leichter.

Für die Fälle rechtlicher Steuerung zur Erreichung bestimmter politischer Ziele, die in diesem Beitrag im Vordergrund stehen, ist das Resultat eine Art modifizierte Kosten-Wirksamkeitsanalyse, die aus folgenden Schritten besteht: Das politische Ziel wird in nichtökonomischer und qualitativer Umschreibung bewertet, die Regelungsvarianten werden dagegen auf ihre ökonomischen Kosten (saldiert mit ihrem ökonomischen Nutzen) untersucht und, soweit möglich, auch in Marktpreisen ausgedrückt. Ergibt sich, daß auch die am wenigsten kostspielige Regelungsvariante noch enorme Kosten verursacht, ist auf das Regelungsziel zurückzublicken und zu untersuchen, welchen ökonomischen Nutzen (saldiert mit den Kosten) es hat, und zwar ebenfalls, soweit möglich, in Marktpreisen ausgedrückt. Dieses Verfahren entspricht übrigens auch der Gesetzgebungspraxis. Die Struktur der Argumentation ergibt sich aus der Übersicht, die auf dem Vorblatt für Gesetzentwürfe zu geben ist<sup>56</sup>: A: Problem und Ziel; B: Lösung; C: Alternativen; D: Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte, getrennt für Bund, Länder und Kommunen, aufgeteilt in 1. Haushaltsausgaben ohne Vollzugsaufwand, 2. Vollzugsaufwand; E: Sonstige Kosten (z. B. Kosten für die Wirtschaft, Kosten für soziale Sicherungssysteme, Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau).

Ein Beispiel soll den Vorschlag erläutern.

#### a) Ein Beispiel

Nehmen wir an, die Risikobewertung eines Grundstoffs für Färbemittel hat ergeben, daß der Stoff bei einer bestimmten Konzentration im Wasser das Wachstum von Fischen hemmt und daß diese Konzentration in manchen Gewässern überschritten werden wird, weil die öffentlichen Kläranlagen nicht darauf ausgelegt sind, ihn

<sup>55</sup> So der Vorwurf von D. Schmidtchen, *Effizienz als Rechtsprinzip*, in: *Jahrbücher f. Nationalökonomie u. Statistik* 1998, S. 217 ff., 263 f. gegenüber Eidenmüller (Fn. 51).

<sup>56</sup> Vgl. Anlage 5 zu § 42 I Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien.

zurückzuhalten. Der Stoff dient seinem Zweck auf hervorragende Weise: Er macht die Farben leuchtender und dauerhafter als alle seine Vorgänger. Zu entscheiden ist, ob die Vermarktung des Stoffes beschränkt werden soll. In Betracht kommt ein volles Vermarktungsverbot, eine Regelung, die die Konzentration des Stoffes in den Farbzubereitungen limitiert, oder eine Regelung, die vorschreibt, daß den Verpackungen eine Gebrauchsanweisung beizufügen ist, die vor dem Ausgießen von Farbresten in die Natur oder in Abwassersammler warnt.

#### *b) KNA und KWA*

Im Zuge der Informationsbeschaffung für die Regulierungsentscheidung wird nun die ökonomische Analyse in Auftrag gegeben. Zu entscheiden ist zunächst zwischen den beiden Varianten Kosten-Nutzen-Analyse und Kosten-Wirksamkeits-Analyse. Die erstere würde nicht nur die ökonomischen Kosten der Regulierungsvarianten, sondern auch den ökologischen Nutzen (Vermeidung der Wachstumshemmung von Fischen) eruieren. Zur Nutzenfunktion wären der monetäre Wert der in den fraglichen Gewässern gefangenen Fische mit und ohne Wachstumshemmung und daraus die Kosten der Wachstumshemmung gleich dem Nutzen der Regulierung zu berechnen. Weiterhin müßte der intangible Wert des normalen Fischwachstums und seiner Rolle im Naturhaushalt bestimmt werden. Auf der Basis des weiten Effizienzbegriffs würde man hierfür z. B. eine repräsentative Befragung durchführen über die Bereitschaft der Bevölkerung, für naturnahe Aufwuchsbedingungen von Fischen Geld zu zahlen bzw. für die Beseitigung dieser Bedingungen Kompensation zu verlangen. Bereits an dieser Stelle dürfte deutlich werden, daß der Erkenntniswert der quantitativen Nutzenbestimmung gering ist. Die ökologische Risikobewertung hat den Sachverhalt deutlich genug vor Augen geführt: Wachstumshemmung und damit Störungen des Naturhaushalts. Seine monetäre Quantifizierung oder auch nur qualitative Übersetzung in ökonomische Wertgrößen würde sofort eine Debatte über die Verlässlichkeit der Wertbestimmungsmethode entfachen. Der Expertise würde eine Gegen- und Oberexpertise entgegengestellt, und die Regulierungsentscheidung wäre *ad calendas graecas* verschoben. Stattdessen empfiehlt es sich m. E., überhaupt auf den ökonomischen Ausdruck des ökologischen Risikos bzw. des Nutzens seiner Vermeidung zu verzichten. Ein weiterer Punkt kommt hinzu: In der Regel ist das Regulierungsziel gesetzlich festgelegt. Im Chemikaliengesetz heißt es z. B., daß eine Vermarktungsbeschränkung ausgesprochen werden kann, wenn der Stoff von seinen Eigenschaften und den Ausbringungsbedingungen her Umweltrisiken verursacht. Der Gesetzgeber hat damit für den Normalfall von Umweltrisiken bekundet, daß eine Regulierung erfolgen kann. Diese gesetzgeberische Entscheidung würde neu geöffnet, wenn die Umweltrisiken ganz und gar zur Disposition einer Abwägung gestellt würden. Auch dieser Gesichtspunkt der gewaltenteilenden Abschiebung von Entscheidungsproblemen spricht dafür, im Normalfall die Feststellung eines untragbaren Umweltrisikos nicht in Frage zu stellen.

Nur in Extremfällen, wenn die Beschränkungsmaßnahme exorbitant kostspielig ist, sollte der Punkt wieder geöffnet werden können. Unterstellt, in unserem Beispiel ergibt sich nach vorläufiger Schätzung eine solche Möglichkeit. Dann wäre der Nutzen, soweit dies sinnvoll ist, mit ökonomischen Indikatoren zu bestimmen. Sinnvoll wäre dies nur im Hinblick auf die Fang- und Absatzeinbußen durch die Wachstumshemmung. Ohne Erkenntnisgewinn wäre dagegen eine Zahlungsbereitschaftsstudie hinsichtlich des intangiblen Wertes der Erhaltung naturnaher Aufwuchsbedingungen für die Fische.

Insgesamt gesehen, genügt normalerweise folglich eine sog. Kosten-Wirksamkeits-

Analyse oder sog. Kosteneffizienzanalyse.<sup>57</sup> Da jedoch der Nutzen im Extremfall im Blick bleibt, könnte man von einer beschränkten Kosten-Nutzen-Analyse sprechen.

### c) Kostenvergleich

Damit reduziert sich die ökonomische Betrachtung im Normalfall auf den Vergleich der Kostenfolgen der Maßnahmevarianten. Dies bedeutet, daß zwischen den gleich wirksamen Maßnahmen diejenige auszuwählen ist, die die geringsten Kosten verursacht. Zunächst ist also zu untersuchen, welche Maßnahmen geeignet sind, das Ziel zu erreichen. In unserem Fall sind das das Stoffverbot und die Aufstellung von Konzentrationsgrenzwerten für Farbprodukte, sofern diese niedrig genug sind, um die Wachstumshemmung zu vermeiden. Dagegen scheidet die Variante mit der Gebrauchsanweisung als zu wenig effektiv aus.

Eine Untersuchung der Folgen des Stoffverbots müßte zunächst klären, auf welche Kostenstellen es ankommen soll. In Betracht zu ziehen sind die Konsumenten (End- und Zwischenkonsumenten) und die Produzenten des Stoffes.

Bei den Konsumenten ist weiter zu fragen, ob der Gebrauchswert oder der Tauschwert der (entgangenen) Produktnutzung zählen soll. Soll in unserem Fall z. B. die Brillanz und Dauerhaftigkeit der Farbe qualitativ umschrieben und im Rahmen eines Nützlichkeitsdiskurses (z. B. nach Kriterien der Essentialität des entsprechenden Bedürfnisses) bewertet werden, oder soll berechnet werden, wieviel mehr Geld die Konsumenten für diesen Farbstoff als für andere zu bezahlen bereit sind. M. E. sollte man beides tun, denn die intuitiv-qualitative und die marktpreisgestützte Bewertung repräsentieren zwei praktisch übliche Verfahren, die sich gegenseitig ausbalancieren. Wenn z. B. die EG-Richtlinie 76/769 bestimmte Gefahrstoffe in Dekorationsgegenständen, nicht aber anderen Produkten verbietet,<sup>58</sup> ist das intuitiv nachvollziehbar, weil diese Gegenstände nicht essentiell sind. Dies gilt selbst dann, wenn sich herausstellen würde, daß die Konsumenten für solche Gegenstände einen sehr hohen Preis zu zahlen bereit sind. In einem solchen Fall würde das Gebrauchswerturteil das Marktpreisurteil ausbalancieren.

Eine ähnliche Problematik stellt sich bei den Kostenfolgen für die Produzenten. Es ist zu klären, ob das öffentliche Interesse an dem Produktionsbetrieb oder das private Gewinninteresse des Betriebsinhabers zählen soll. Das öffentliche Interesse würde durch die Anzahl von Arbeitsplätzen und die Steuerkraft des Betriebes indiziert, das private Interesse durch den aus der Produktion des Stoffes erzielten Gewinn. Beides kann auseinanderfallen, wenn z. B. bei hochtechnisierter Produktion nur wenige Arbeitsplätze auf dem Spiele stehen, das öffentliche Interesse also entsprechend gering wäre. Auch bedeutet hoher Ertrag aus der Produktion des Stoffes nicht automatisch höhere Steuereinnahme, weil der Ertrag steuermindernd z. B. für Auslandsinvestitionen eingesetzt werden könnte.

Aus diesen Gründen sollten auch im Hinblick auf die Kostenfolgen für die Produktionsseite hier nicht nur der eine oder andere, sondern beide Indikatoren berücksichtigt werden. Denn beide allein können fehlgehen, während sie sich bei gemeinsamer Betrachtung ausbalancieren ließen.

Eine dritte Kostenstelle ist der für die Überwachung der Stoffbeschränkung notwendige Verwaltungsaufwand. Er dürfte in unserem Fall bei gänzlichem Vermarktungsverbot geringer sein als bei der Lösung, Konzentrationsgrenzwerte für die

<sup>57</sup> S. dazu näher Winter/Guizky/Hansjürgens (Fn. 54).

<sup>58</sup> Richtlinie 76/769/EWG des Rates, Anhang Nr. 3.

einzelnen Produkte festzulegen; denn bei der zweiten Variante wären u. U. große Mengen von Produkten zu überwachen.

Weiterhin ist in Betracht zu ziehen, daß die Vermarktungsbeschränkung für einen Stoff die Entwicklungs- und Markchancen für *Ersatzstoffe* erhöht. Ersatzstoffe führen bei den Konsumenten dazu, daß die Kosten des Verzichts auf das eine Produkt durch den Nutzen des Substituts ganz oder teilweise ausgeglichen werden. Bei den Produzenten können entsprechende Effekte eintreten. Allerdings ergeben sich hier Bewertungsunterschiede je nachdem, ob man betriebswirtschaftlich nur den einen Produzenten des alten Stoffes ins Auge faßt, der ja möglicherweise nicht mit dem Produzenten des neuen Stoffes identisch ist, oder volkswirtschaftlich (im nationalen oder gar transnationalen Maßstab) die bei den unterschiedlichen Produzenten auftretenden Nach- und Vorteile saldiert. Wie in dieser Beziehung zu verfahren ist, ist eine juristische Frage. Danach ist wegen des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit auch der einzelne Produzent einzubeziehen. Dabei ist von Bedeutung, daß der einzelne Produzent kein Recht an einem Marktanteil, sondern nur ein Recht, sich auf dem Markt zu betätigen, besitzt. Eingriffe in dieses werden in der Regel nicht unverhältnismäßig sein. Das Maximum, was das Verhältnismäßigkeitsgebot beiträgt, wird meist nur sein, daß dem Produzenten eine gewisse Anpassungszeit eingeräumt werden muß.

Möglich ist auch, daß der Ersatzstoff größere Umweltrisiken verursacht als der alte Stoff. In diesem Fall ist ein Verbot auch des anderen Stoffes zu erwägen. Ist dies nicht möglich, scheidet das Verbot des alten Stoffes schon deshalb aus, weil es nicht geeignet ist, das Ziel zu erreichen.

#### d) Zur Methodik

Unter methodischen Gesichtspunkten sind noch folgende Bemerkungen angebracht:

Möglich ist, daß die Kostenfolgen und die Prognose, ob ein Ersatzstoff zur Verfügung stehen wird, mangels Datenbasis nur spekulativ erfaßt werden können. Dann sollte eine professionelle ökonomische Effizienzanalyse entsprechende Prognosen unterlassen und dies transparent machen.

Je nach der gesellschaftlichen Bedeutung der anstehenden Entscheidung kann sich die Effizienzanalyse mit einer Grobabschätzung begnügen oder eine u. U. auf neuen Recherchen beruhende Detailuntersuchung anstreben.

Da die Nutzen- und Kostenstellen divergent sind, können sie je unter sich (also nicht nur im Verhältnis des Gesamtnutzens zu den Gesamtkosten) in Konflikt miteinander treten. Z. B. verursacht ein volles Stoffverbot bei den Produzenten u. U. mehr Kosten als eine bloße Festlegung von Konzentrationsgrenzwerten, während dies sich im Hinblick auf die Verwaltungskosten u. U. umgekehrt verhält. Um dies angemessen zu erfassen, empfiehlt sich eine Matrix, in der senkrecht die Regelungsalternativen und waagrecht die Nutzen- und Kostenstellen eingetragen werden. Die letzteren können dann als mehr oder weniger betroffen markiert werden.

#### 10. Ergebnis

Zusammenfassend ist die Effizienzregel, die hier vorgeschlagen wird, durch folgende Elemente charakterisiert:

(1) Es sind Vorteile und Nachteile einer Maßnahme zu vergleichen; Maßnahmen, bei

denen die Nachteile evident und unverhältnismäßig höher sind als die Vorteile, sind nicht empfehlenswert.

- (2) Die Regel ist anwendbar sowohl auf Maßnahmen, die ökonomische Kosten verursachen, um einen sozialen oder ökologischen Nutzen zu erzielen (soziale oder ökologische Maßnahmen), wie auch auf Maßnahmen, die soziale oder ökologische Kosten verursachen, um einen ökonomischen Nutzen zu erzielen (ökonomische Maßnahmen).
- (3) Das Ziel der Maßnahme ist bei sozialen oder ökologischen Maßnahmen aus der primär soziologisch bzw. naturwissenschaftlich orientierten Risikobewertung und dem jeweiligen fachlich-politischen Diskurs abzuleiten. Es besteht dementsprechend aus der Verminderung der festgestellten Risiken. Ist das Ziel nicht durch gesetzliche Kriterien umschrieben, tritt neben die soziologische oder naturwissenschaftliche zunehmend eine politische Bewertung.
- (4) Wegen der gesetzlichen Absichtung bzw. des politischen Charakters der Zielbestimmung, aber auch um den Informationsbedarf von Entscheidungen nicht übermäßig zu erhöhen, wird das Ziel im Regelfall nicht noch einmal einer ökonomischen Nutzenprüfung unterzogen. Vielmehr werden lediglich die zur Erreichung des Ziels gleichermaßen geeigneten Maßnahmevarianten im Hinblick auf ihre ökonomischen Kosten und nicht-ökonomischen Nachteile untersucht.
- (5) Die ökonomischen Kosten der Regelungsvarianten sind, soweit möglich, in Marktpreisen auszudrücken und im übrigen qualitativ zu umschreiben. Eine Quantifizierung der »intangiblen« Folgen mit Hilfe von Analysen fiktiver Zahlungsbereitschaft unterbleibt.
- (6) Nur wenn nach vorläufiger Abschätzung deutlich ist, daß die Kosten und sonstigen Nachteile im Vergleich mit den Vorteilen des Zieles exorbitant hoch sein könnten, ist auch das Regelungsziel im Hinblick auf seinen ökonomischen Nutzen zu bewerten. Soweit der Nutzen sich in Marktpreisen ausdrückt, ist er monetär wiederzugeben.
- (7) Wenn die in Frage stehende Entscheidung und ihre Folgen sich nicht vom Rauschen der mitwirkenden Faktoren abheben lassen, oder wenn sonst eine verlässliche Datenbasis fehlt, unterbleibt eine wissenschaftliche Analyse und Bewertung; dies ist transparent zu machen.

Robert Alexy/Joachim Laux (Hrsg.)

## 50 Jahre Grundgesetz

Tagung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität und des Vereins Kieler Doctores Iuris e.V.

Der Band behandelt das Grundgesetz aus rechtshistorischer, rechtsdogmatischer und völkerrechtlicher Sicht. Auf diese Weise entsteht ein vielschichtiges Bild einer inzwischen reifen Verfassung.

2000, 86 S., brosch., 36,- DM, 32,50 sFr, ISBN 3-7890-6654-0  
(Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF), Bd. 23)



**NOMOS Verlagsgesellschaft**  
**76520 Baden-Baden**