

Die staatliche Mitwirkung an gesetzesabweichenden Vereinbarungen

Oebbecke, Janbernd

First published in:

Deutsches Verwaltungsblatt, 101. Jg., Heft 16, S. 793 – 799, Köln 1986

Münstersches Informations- und Archivsystem multimedialer Inhalte (MIAMI)

URN: urn:nbn:de:hbz:6-02479473996

ABHANDLUNGEN

Die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen*

Von Privatdozent Dr. Janbernd Oebbecke, Münster

1. Einleitung

1.1 Problemstellung

Auf der Staatsrechtslehrertagung 1979 in Berlin schloß der Zweitberichterstatter zum Thema »Staatsaufgabe Umweltschutz« sein Referat mit der Empfehlung, bei der Lösung von Umweltproblemen auch die Möglichkeiten des Zusammenwirkens von Staat und gesellschaftlichen Kräften zu beachten¹. Er wies besonders auf die als »hoheitlich inspirierte Verhaltensabrede« bezeichnete Form² für derartige Kooperationen hin. In der auf das Referat folgenden Aussprache wurden gegen solche Absprachen neben wettbewerbsrechtlichen aber auch verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht³.

Im Schrifttum werden solche Verhaltensabreden vor allem unter der Bezeichnung Selbstbeschränkungsabkommen⁴ und neuerdings als Beispiel für »informales« Staats Handeln⁵ erörtert. Sie spielen nicht nur im Umweltrecht⁶, sondern z. B. auch im Außenwirtschaftsrecht⁷ und auf anderen Rechtsgebieten⁸ eine Rolle. Die Wettbewerbsrechtler diskutieren Selbstbeschränkungsabkommen im Zusammenhang mit der Reichweite des § 1 GWB⁹ und den Genehmigungstatbeständen der §§ 7¹⁰ und 8 GWB¹¹.

Hier soll eine Gruppe dieser Absprachen näher betrachtet werden, nämlich die gesetzesabwendenden Vereinbarungen¹². Unter Vereinbarungen werden dabei sowohl rechtlich unverbindliche Verhaltensabreden¹³ als auch vertragliche Abmachungen¹⁴ verstanden. Der Staat beteiligt sich regelmäßig nicht selbst an der Vereinbarung, sondern leistet Hilfestellung beim Zustandekommen einer Vereinbarung zwischen Dritten¹⁵ oder beschränkt sich auf eine bloße Anregung¹⁶. Wesentlich ist das Ziel der Gesetzesabwendung, das die Beteiligten an der Vereinbarung verfolgen.

1.2 Beispiele

Zwei Beispiele:

Am 23. 6. 1971 vereinbarten die inländischen Zigarettenhersteller vertraglich einen Verzicht auf Fernsehwerbung für Zigaretten. Zu dieser Vereinbarung kam es, nachdem der Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit zu erkennen gegeben hatte, er werde andernfalls im Rahmen der geplanten Neuordnung des Lebensmittelrechts ein gesetzliches Verbot vorsehen¹⁷. Im Regierungsentwurf des Lebensmittelgesetzes war ein solches Verbot dann auch nicht enthalten¹⁸, und die Bundesregierung widersprach unter Berufung auf das Selbstbeschränkungsabkommen¹⁹ der Forderung des Bundesrates²⁰, ein Verbot der Fernsehwerbung für Zigaretten in das Gesetz aufzunehmen. Über die Einwände der Bundesregierung setzte sich der Bundestag dann jedoch hinweg und nahm ein Verbot in das Gesetz auf²¹, obwohl die inzwischen vom Bundeswirtschaftsminister nach § 8 GWB kartellrechtlich

* Es handelt sich um den mit Anmerkungen versehenen Habilitationsvortrag, den der Verfasser am 8. 7. 1986 vor dem Habilitationsausschuß der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster gehalten hat.

1 Hoppe, VVDStRL 38, 308.

2 Kaiser, NJW 1971, 586.

3 Kloepfer, VVDStRL 38, 372.

4 Biedenkopf, BB 1966, 1113; Oldiges, WiR 1973, 1; von Zezschwitz, JA 1978, 497.

5 Bohne, VerwArch. 1984, 361; Helmuth Schulze-Fielitz, Der informale Verfassungsstaat, 1984, S. 69; J. Becker, DÖV 1985, 1006 f.

6 Vgl. etwa Hoppe, VVDStRL 38, 309; Heinrich Freiherr von Lersner, Verwaltungsrechtliche Instrumente des Umweltschutzes, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft Berlin Heft 76, 1983, S. 22 f.; Bohne, in: Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, hrsg. von Volkmar Gessner und Gerd Winter (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band VIII 1982), S. 267 ff.

7 Vgl. von Zezschwitz, JA 1978, 500; Oldiges, WiR 1973, 3; Walter Werner, Selbstbeschränkungsabkommen im Außenhandel, 1984, passim.

8 Z. B. auf dem Gebiet der Arzneimittelwerbung. Vgl.: Romatka, AfB 1983, 249; J. Becker, DÖV 1985, 1006.

9 Biedenkopf, BB 1966, 1113 ff.; Kloepfer, JZ 1980, 784 ff.; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, 1981, § 1 Rdnr. 389; Müller/Nacken, in: Müller/Gießler/Scholz, Kommentar zum GWB, 4. Aufl. 1981, § 1 Rdnrn. 148 ff.

10 Rebbinder, in: Immenga/Mestmäcker (Fußn. 9), § 7 Rdnr. 23; Wienholt, in: Müller/Gießler/Scholz (Fußn. 9), § 7 Rdnr. 58.

11 Schüssler, NJW 1962, 2275 ff.; Hübner, NJW 1972, 1651 ff.; Kloepfer, JZ 1980, 788 f.; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker (Fußn. 9), § 8 Rdnr. 45.

12 Bohne spricht von »normvertretenden Absprachen« (VerwArch. 1984, 345 und 361). Diese Bezeichnung kann zu dem Mißverständnis verleiten, die Absprachen besäßen rechtlich eine Normen vergleichbare Wirkung; J. Becker, DÖV 1985, 1007, spricht von »normvertretenden Absprachen zur Vermeidung von Rechtsakten«.

13 Etwa die bei Bohne (Fußn. 6), S. 270 ff. geschilderten abfallwirtschaftlichen Absprachen.

14 Etwa das unter Ziff. 1.2 geschilderte Beispiel der Vereinbarung über die Beschränkung der Fernsehwerbung für Zigaretten.

15 So wohl bei den Absprachen über die Getränkeverpackungen (vgl. Bohne, Fußn. 6, S. 270 ff.) und bei der Vereinbarung der Zigarettenindustrie über die Fernsehwerbung von 1971 (vgl. die Verfügung des Bundesministers für Wirtschaft und Finanzen vom 14. 3. 1972 – W/I B 5 – 811307 –, WuW/E BWM 143 f.; s. dazu auch J. Becker, DÖV 1985, 1007).

16 So wohl beim Warenhausbeschränkungsabkommen 1965 (vgl. von Zezschwitz, JA 1978, 499).

17 Vgl. die Verfügung des Bundesministers für Wirtschaft und Finanzen vom 14. 3. 1972, aaO (Fußn. 15), S. 143 f.

18 BT-Drucks. 7/255, S. 10 f.

19 BT-Drucks. 7/255, S. 47 Nr. 14; mißverständlich J. Becker, DÖV 1985, 1010.

20 BT-Drucks. 7/255, S. 44 Nr. 14.

21 § 22 I LMBG.

genehmigte²² Vereinbarung von den Zigarettenherstellern beachtet wurde²³.

Bisher jedenfalls erfolgreicher war eine andere Vereinbarung. Der Regierungsentwurf des Gemeindefinanzierungsgesetzes 1982 des Landes Nordrhein-Westfalen sah in § 31 II vor, daß die Kreise verpflichtet sein sollten, den Gemeinden bei der Aufstellung des Entwurfs der Haushaltssatzung in geeigneter Form Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben²⁴. Dadurch sollte wegen der großen Bedeutung, die die Kreisumlage für die Finanzen der kreisangehörigen Gemeinden hat, eine frühzeitige Information und Beteiligung bereits bei der Aufstellung des Haushaltsplanentwurfs in der Kreisverwaltung sichergestellt werden²⁵. Nachdem die Verbände der Kreise und der kreisangehörigen Gemeinden eine gemeinsame Empfehlung zur Beteiligung der kreisangehörigen Gemeinden an der Aufstellung der Kreishaushalte vereinbart und dem Landtag vorgeschlagen hatten, bis auf weiteres auf die gesetzliche Regelung zu verzichten, beantragten die beiden Landtagsfraktionen zur dritten Lesung des Gesetzes, diese Vorschrift ersatzlos zu streichen. In einer Erklärung machte der Sprecher der SPD-Fraktion im kommunalpolitischen Ausschuß deutlich, daß diese Streichung mit Rücksicht auf die Vereinbarung erfolge²⁶. Der nordrhein-westfälische Innenminister hat zuletzt bei der Einbringung des Gemeindefinanzierungsgesetzes 1986 auf den Zusammenhang zwischen dem guten Funktionieren dieser Vereinbarung und dem Verzicht auf gesetzliche Regelungen hingewiesen²⁷.

1.3 Motive

Es sind wohl recht unterschiedliche Gründe, die gesetzesabwendende Vereinbarungen für die Beteiligten attraktiv machen. Wichtig ist offensichtlich in vielen Fällen, daß diese Vereinbarungen bei einer Änderung der Situation, etwa der Wirtschaftslage, oder dem Aufkommen neuer Techniken, jedenfalls im Verhältnis zwischen der mitwirkenden staatlichen Stelle und den anderen Beteiligten nicht mehr beachtet zu werden brauchen²⁸. Die Tatsache, daß derartige Vereinbarungen jederzeit zur Disposition beider Seiten stehen, scheint in Einzelfällen ihr Zustandekommen aber auch zu erschweren. So soll die Firma Procter & Gamble die Beteiligung an einer Absprache über die Bekanntgabe von Waschmittelrezepturen abgelehnt haben, weil sie die größere Dispositionssicherheit einer gesetzlichen Regelung vorzog²⁹.

Daß solche Vereinbarungen schneller zustande kommen als eine gesetzliche Regelung³⁰, wird inzwischen mit gutem Grund bezweifelt³¹ und scheint auch auf seiten der

beteiligten staatlichen Stellen nicht maßgeblich für diese Regelungsform zu sprechen³².

Wichtiger und bisher wohl zu wenig beachtet worden ist der Umstand, daß beim Abschluß derartiger Vereinbarungen anders als bei der Beratung von Gesetzen Dritte nicht notwendig beteiligt sind und mindestens die Verhandlungen, häufig aber auch der Wortlaut der Vereinbarungen nicht publik wird. Es liegt auf der Hand, daß der Ausschluß anderer Ressorts und Interessengruppen und der von ihnen vertretenen Interessen, aber auch der häufig kritischen Öffentlichkeit das Zustandekommen einer Regelung eher erleichtert als erschwert³³.

Nicht zuletzt scheinen die Betroffenen freiwillig vereinbarte Beschränkungen eher zu akzeptieren als gesetzlich auferlegte, selbst wenn die Freiwilligkeit gelegentlich zweifelhaften Charakters ist³⁴.

1.4 Gang der Überlegungen

Nach einer näheren Bestimmung und rechtlichen Qualifizierung des Mitwirkungsaktes (Ziff. 2) sollen im folgenden von den verfassungsrechtlichen Problemen, die die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen aufwirft, zwei näher untersucht werden: Wie fügt sich die Mitwirkung in die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung ein (Ziff. 3)? Gibt es – zweitens – rechtliche Grenzen für die Zulässigkeit solcher Mitwirkung (Ziff. 4)?

Beim gegenwärtigen Stand der Diskussion kann es hier nicht um umfassende Antworten, sondern nur um Hinweise und Überlegungen zu einigen Gesichtspunkten gehen, die für die rechtliche Bewertung wichtig sein können.

2. Der staatliche Mitwirkungsakt und sein Rechtscharakter

Bei aller Vielgestaltigkeit der staatlichen Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen lassen sich doch einige typische Kennzeichen des Mitwirkungsaktes ausmachen. Stets stellt die handelnde staatliche Stelle gezielt gesetzgeberische Untätigkeit in Aussicht. Dieses In-Aussicht-Stellen kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen³⁵. Verfolgtes Ziel und zugleich Bedingung für die angekündigte gesetzgeberische Untätigkeit ist das Zustandekommen oder das Aufrechterhalten der Vereinbarung und ihre Beachtung. Wenn im folgenden von der staatlichen Mitwirkung die Rede ist, ist also diese gezielte Untätigkeitsankündigung, das bedingte In-Aussicht-Stellen gesetzgeberischen Untätigbleibens gemeint.

Rechtlich ist die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen durch ihre Unverbindlichkeit gekennzeichnet³⁶. Das In-Aussicht-Stellen gesetzgeberischen Untätigbleibens ist nicht rechtlich bindend gemeint und wird von den Beteiligten auch nicht so verstanden. Das gilt unabhängig davon, ob die Vereinbarung ihrerseits als bindender Vertrag oder als unverbindliche Absprache getroffen wird. Die mitwirkende staatliche Stelle bindet

22 Verfügung des Bundesministers für Wirtschaft und Finanzen vom 14. 3. 1972 (Fußn. 15), S. 143 f. Kritisch dazu *Hübner*, NJW 1972, 1651.

23 Zu dieser Vereinbarung vgl. auch *von Zezschwitz*, JA 1979, 499.

24 LT-Drucks. 9/1051, S. 26.

25 LT-Drucks. 9/1051, S. 46 und 62.

26 Mitteilungen des nordrhein-westfälischen Städte- und Gemeindebundes 1982, 67 f.; Eildienst des Landkreistages Nordrhein-Westfalen 1982, 42 f.

27 Plenarprot. LT-NW 10/636 D; vgl. auch Eildienst des Landkreistages NW 1982, 267.

28 *Bohne* (Fußn. 6), S. 273 und 275; *Bohne*, VerwArch. 1984, 361; *J. Becker*, DÖV 1985, 1010.

29 Laut DIE ZEIT Nr. 51 vom 13. 12. 1985.

30 *Oldiges*, WiR 1973, 5; für die USA *Kaiser*, NJW 1971, 587.

31 *Von Zezschwitz*, JA 1978, 501; s. dazu auch die Angaben über die Dauer der Vorbereitung solcher Absprachen bei *Bohne* (Fußn. 6), S. 271 und 274.

32 *Von Lersner* (Fußn. 6), S. 24, spricht im Gegenteil von einem »Zeitvorteil für den potentiellen Sünder«, der in einer Absprache liege.

33 Dazu *Bohne* (Fußn. 6), S. 281; *von Lersner* (Fußn. 6), S. 18.

34 *Kaiser*, NJW 1971, 585; *Rißner*, DVBl. 1976, 693; *von Zezschwitz*, JA 1978, 501; *J. Becker*, DÖV 1985, 1008; *Jarass*, DVBl. 1985, 197.

35 *Bohne*, VerwArch. 1984, 361; *J. Becker*, DÖV 1985, 1007.

36 *Bohne*, VerwArch. 1984, 361; *J. Becker*, DÖV 1985, 1010.

sich lediglich politisch, tatsächlich³⁷. Nach wohl unbestrittener Auffassung wäre im übrigen eine rechtlich verbindliche Abmachung des Inhalts, auf den Erlaß einer gesetzlichen Regelung verzichten zu wollen, als Gesetzgebungsvertrag nichtig³⁸.

Der staatliche Mitwirkungsakt ist nicht final auf die Begründung einer Rechtsfolge gerichtet, sondern schafft lediglich die Voraussetzung dafür, daß andere wie bei der unverbindlichen Absprache einen tatsächlichen oder wie beim Vertrag einen rechtlichen Erfolg herbeiführen. Es handelt sich demnach um eine Tathandlung, einen Realakt, der ja gerade dadurch gekennzeichnet ist, daß er im Gegensatz zum Verwaltungsakt und zur Willenserklärung unmittelbar nicht auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist³⁹.

Dieser Realakt ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Gerade beim Realakt kann die Entscheidung über die Zuordnung zum öffentlichen oder zum privaten Recht schwierig sein⁴⁰; hier sprechen aber sowohl der vom Staat verfolgte öffentliche Zweck wie der Umstand, daß die tatsächliche Wirksamkeit der Erklärung, auf gesetzgeberische Aktivitäten verzichten zu wollen, auf der ausschließlich dem Staat als solchem durch die Verfassung zugewiesenen Berechtigung beruht, Gesetze zu erlassen, für den öffentlich-rechtlichen Charakter des Mitwirkungsaktes. Man kann sogar Momente eines Über-Unterordnungsverhältnisses erkennen, denn die staatliche Mitwirkung ist nur für die anderen Beteiligten von Belang, weil mit dem Gesetzgebungsrecht des Staates ein solches Verhältnis besteht⁴¹.

3. Zuständigkeitsfragen

Auch für Realakte gilt die Zuständigkeitsordnung⁴². Der Realakt einer unzuständigen Stelle ist rechtswidrig⁴³. Ausdrückliche Regelungen der Verbands- und Organzuständigkeit für die Mitwirkung an Gesetzesabwendenden Vereinbarungen, die Ankündigung gesetzgeberischen Untätigbleibens kennt das Grundgesetz nicht. Es regelt ausdrücklich nur die Verteilung der Verbandszuständigkeiten von Bund und Ländern für die Gesetzgebung und die Exekutive.

Nach ihrem äußeren Erscheinungsbild liegt die Mitwirkung an Gesetzesabwendenden Vereinbarungen zwischen Legislative und Exekutive. Der Realaktcharakter, aber auch der Einsatz der Vereinbarung als Mittel zur Erreichung öffentlicher Zwecke deuten in Richtung Exekutive. Jürgen Becker hat in einer kürzlich erschienenen Abhandlung die Gesetzesabwendenden Vereinbarungen wohl deshalb unter der Überschrift »informales Verwaltungshan-

deln« diskutiert⁴⁴. Diese Kategorisierung liegt zusätzlich nahe, wenn sich etwa Bundesminister nicht darauf beschränken, solche Vereinbarungen zustande zu bringen, sondern deren Beachtung kontrollieren oder ihre Befolgung mit typisch administrativen Mitteln sicherstellen wollen. So hat etwa der Bundesinnenminister einen Arbeitskreis mit Vertretern der Stahlindustrie gebildet, um die Bemühungen um die vereinbarte gesteigerte Verwertung von Weißblechabfällen beratend zu begleiten⁴⁵.

Für eine Zuordnung zur Legislative hingegen spricht die auf gesetzesähnliche Wirkung abzielende Konstruktion der Vereinbarungen; es wird geradezu von »gesetzessubstituierenden Absprachen« gesprochen⁴⁶.

Ausschlaggebend dürfte jedoch sein, daß die Untätigkeitsankündigung Wirkungen nur entfalten kann, wenn hinter ihr eine Legislativzuständigkeit steht. Nach der grundgesetzlichen Zuständigkeitsverteilung fallen die Verwaltungs- und die Gesetzgebungszuständigkeiten in weiten und für die Praxis Gesetzesabwendenden Vereinbarungen wichtigen Bereichen wie dem Umwelt- und Verbraucherschutz auseinander. Wollte man die Mitwirkung an Gesetzesabwendenden Vereinbarungen auf die Exekutivzuständigkeiten stützen, läge die Zuständigkeit in diesen Bereichen bei den Ländern, diese könnten jedoch mangels Gesetzgebungskompetenz von dieser Zuständigkeit keinen effektiven Gebrauch durch das In-Aussicht-Stellen gesetzgeberischer Untätigkeit machen; der Bund umgekehrt hätte mit der Gesetzgebungszuständigkeit das Instrument, mangels Exekutivzuständigkeit aber nicht die Berechtigung, davon Gebrauch zu machen.

Man wird für eine Lösung deshalb bei den Gesetzgebungszuständigkeiten anzusetzen haben, dabei allerdings Vorkehrungen dagegen treffen müssen, daß der Bund die Verwaltungszuständigkeiten der Länder beeinträchtigt⁴⁷. Weil die Untätigkeitsankündigung nur derjenige glaubwürdig und wirkungsvoll einsetzen kann, der die entsprechende Gesetzgebungskompetenz besitzt, kann man die Zuständigkeit für die Mitwirkung an Gesetzesabwendenden Vereinbarungen als Annexkompetenz⁴⁸ zur Gesetzgebungszuständigkeit ansehen. Diese Schlußfolgerung erscheint – um eine Formulierung des Bundesverfassungsgerichts aufzugreifen – unter Ausschluß anderer Möglichkeiten sachgerechter Lösung zwingend zu sein⁴⁹. Der Fall liegt ähnlich wie bei der Zusage im allgemeinen Verwaltungsrecht: die Zuständigkeit für die Zusage muß, soll dieses Institut sinnvoll sein, bei derselben Stelle liegen wie die Zuständigkeit für den Gegenstand der Zusage⁵⁰.

Folgt man diesem Vorschlag, bietet die Verbandskompetenz für die Mitwirkung an Gesetzesabwendenden Vereinbarungen im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung von Bund und Ländern keine Schwierigkeiten.

37 J. Becker, DÖV 1985, 1010.

38 Martin Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 82 f.; Birk, NJW 1977, 1797; Bohne, VerwArch. 1984, 362; J. Becker, DÖV 1985, 1010.

39 Ebenso Bohne, VerwArch. 1984, 345; zum Begriff des Realaktes vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 45 II a; Erichsen/Martens, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 1986, S. 326; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 1985, § 15 Rdnr. 1.

40 Maurer (Fußn. 39), § 3 Rdnr. 22.

41 Von Zezschwitz, JA 1978, 501; zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht vgl. etwa: von Münch, in: Erichsen/Martens (Fußn. 39), § 2 II 1; Maurer (Fußn. 39), § 3 Rdnrn. 14 ff.; Bachof, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festschrift 25 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 1 ff.

42 Für Absprachen vgl. J. Becker, DÖV 1985, 1010.

43 Maurer (Fußn. 39), § 15 Rdnr. 5.

44 DÖV 1985, 1003 ff.

45 Bohne (Fußn. 6), S. 271 f.

46 J. Becker, DÖV 1985, 1010.

47 Anders möglicherweise Bohne, der »die Gesetzesvollzugsaufgaben der Bundesländer« nicht beeinträchtigt sieht; vgl. auch Rüfner, DVBl. 1976, 694.

48 Achterberg, DÖV 1966; Achterberg, JA 1980, 215; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 15. Auflage 1985, Rdnr. 236; Köble, DÖV 1963, 669; zu stillschweigenden Bundeszuständigkeiten vgl. auch Achterberg, AöR 86 (1961), 63 ff.; Bullinger, AöR 96 (1971), 237 ff.; E. Küchenhoff, DVBl. 1951, 588 ff. und 617 ff.; E. Küchenhoff, AöR 82 (1957), 473 ff.

49 BVerfG, Urteil vom 10. 5. 1960 – 2 BvO 6/56 –, BVerfGE 11, 89 (99).

50 Vgl. § 38 I VwVfG und BVerwG, Urteil vom 17. 10. 1975 – IV C 66.72 –, BVerwGE 49, 244 (248); Achterberg, DÖV 1971, 402.

Die Mitwirkung des Bundes an gesetzesabweichenden Vereinbarungen über Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung ist unproblematisch, soweit ein Bundesgesetz die Materie bereits regelt und diese Regelung geändert oder aufgehoben werden könnte. Im übrigen kommt eine Bundeszuständigkeit nur in Betracht, wenn das nach Art. 72 I GG für die Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit erforderliche Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung rechtsfehlerfrei bejaht werden kann⁵¹. Eine Sperrwirkung zu Lasten der Landesgesetzgebung kommt der Mitwirkung des Bundes an gesetzesabweichenden Vereinbarungen über Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung aber nicht zu. Der Bund macht durch die Untätigkeitsankündigung nicht von seinem Gesetzgebungsrecht, sondern von einer damit verbundenen, mit ihm aber nicht identischen Zuständigkeit Gebrauch; er will sein Gesetzgebungsrecht ja gerade nicht ausüben⁵². Demnach handelt es sich anders als bei der Gesetzgebungszuständigkeit bei der Zuständigkeit für die Mitwirkung an gesetzesabweichenden Vereinbarungen im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nicht lediglich um eine »unechte« Konkurrenz⁵³, eine Vorrangzuständigkeit⁵⁴, sondern um eine »echte« Konkurrenz; der Bund und die Länder können in diesen Fällen nebeneinander tätig werden; daß der Bund ankündigt, von seinem Gesetzgebungsrecht nicht Gebrauch machen zu wollen, hindert die Länder nicht, dasselbe zu tun.

Auf den Gebieten, in denen die Exekutive Sache der Länder ist, ist die Verbandskompetenz des Bundes für die Mitwirkung an gesetzesabweichenden Vereinbarungen allerdings durch die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten beschränkt⁵⁵. Der Bund muß Rücksicht auf die Verwaltungszuständigkeit der Länder nehmen. Er ist z. B. verpflichtet, notwendige Kontrollen soweit möglich den Ländern zu überlassen⁵⁶.

Weniger schwierig ist die Frage zu beantworten, welche Stellen die Organkompetenz für die Mitwirkung an gesetzesabweichenden Vereinbarungen besitzen. Die Organkompetenz für die Mitwirkung an gesetzesabweichenden Vereinbarungen steht den Stellen zu, die ihre Mitwirkung an der Gesetzgebung von eigenen politischen Entscheidungen abhängig machen dürfen, also einen politischen Entscheidungsspielraum besitzen. Praktisch die größte Bedeutung haben die Bundesregierung und die für die Vorbereitung von Gesetzentwürfen fachlich zuständigen Ressortminister, die entscheiden können, ob sie der Bundesregierung gem. § 15 lit. a GeschO BReg einen Gesetzentwurf zur Beschlußfassung vorlegen. Bei diesen Stellen verbindet sich die für eine erfolgreiche Mitwirkung an gesetzesabweichenden Vereinbarungen tatsächlich erforderliche Handlungsfähigkeit mit ausreichendem politischem Gewicht. Rechtlich gesehen sind aber auch der Bundestag oder der Bundesrat nicht gehindert, entsprechend aktiv zu werden. Es handelt sich wieder um eine »echt«

konkurrierende Zuständigkeit. Dem Bundespräsidenten dagegen fehlt die Kompetenz, das Mittel der Untätigkeitsankündigung gezielt als politisches Mittel einzusetzen; zwar ist seine Mitwirkung an der Gesetzgebung gem. Art. 82 I 1 GG notwendig, er besitzt bei der Ausfertigung jedoch keinen politischen Entscheidungsspielraum⁵⁷ und kann sie deshalb nicht vom Zustandekommen und der Einhaltung einer gesetzesabweichenden Vereinbarung abhängig machen. In keinem Fall kann ein Organ durch seine Mitwirkung an einer gesetzesabweichenden Vereinbarung die Befugnis anderer Organe zur Gesetzgebung beeinträchtigen⁵⁸.

4. Rechtliche Grenzen

Auch bei Zuständigkeit der handelnden staatlichen Stelle ist die Mitwirkung an gesetzesabweichenden Vereinbarungen durch Untätigkeitsankündigung nicht in jedem Fall zulässig.

4.1 Gesetzgebungspflichten

Die Ankündigung, im Falle des Abschlusses und der Beachtung einer Vereinbarung nicht gesetzgeberisch tätig werden zu wollen, ist jedenfalls dann rechtswidrig, wenn eine Pflicht zur Gesetzgebung besteht⁵⁹. Wer von Rechts wegen zum Handeln verpflichtet ist, darf das In-Aussicht-Stellen rechtswidrigen Untätigbleibens nicht zum Mittel seines Handelns machen⁶⁰.

Das Grundgesetz enthält eine große Zahl ausdrücklicher Gesetzgebungsaufträge, die es durch Formulierungen wie: »Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.« erteilt⁶¹. Die meisten dieser Bestimmungen betreffen Sachbereiche, die sich aus tatsächlichen Gründen nicht für eine Ordnung durch gesetzesabweichende Vereinbarung eignen, etwa weil es zu viele Betroffene und damit an der Vereinbarung zu Beteiligende gibt oder diese zu häufig wechseln⁶². Anders aber, wenn Art. 107 GG vorschreibt, daß die Aufteilung des Steueraufkommens und der Länderfinanzausgleich durch Gesetz zu regeln sind; damit ist die durchaus reale Möglichkeit, daß sich die Länder mit der Bundesregierung vereinbarungsweise arrangieren und diese auf die Einbringung eines Gesetzentwurfs beim Bundestag verzichtet, verfassungsrechtlich ausgeschlossen. Ein anderes Beispiel ist Art. 26 II GG: Die Herstellung, Beförderung und Verbreitung von Kriegswaffen ist ein Gegenstand, der sich für ein Branchenabkommen unter staatlicher Mitwirkung geradezu aufdrängen würde, verböte Art. 26 II GG

51 Dazu *Achterberg*, DVBl. 1967, 213 ff.

52 Zur Sperrwirkung nach Art. 72 I GG vgl. *Engelhardt*, JZ 1973, 691; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, Art. 72 Rdnr. 9.

53 *Von Münch*, in: *von Münch*, GG-Kommentar, 2. Aufl. 1983, Art. 72 Rdnr. 1.

54 Etwa *Klaus Stern*, Staatsrecht II, 1980, § 37 II 3 e m. w. N.

55 Dazu etwa *Klaus Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, § 19 III 4 I (S. 703).

56 Zu den Gefahren der Usurpation einer fremden Gesetzgebungskompetenz durch »Berücksichtigung und Mitbetreuung« im eigenen Kompetenzbereich vgl. *Oldiges*, WiR 1973, 20 f.

57 *Bryde*, in: *von Münch*, GG-Kommentar, 2. Aufl. 1983, Art. 82 Rdnr. 2.

58 Deshalb sind die Bedenken von *Oldiges* (WiR 1973, 21) und *J. Becker* (DÖV 1985, 1010), durch solche Absprachen breche die Exekutive in den Funktionsbereich der Legislative ein und tangiere die Balance zwischen beiden Gewalten, wohl nicht begründet. Zum Problem vgl. bereits *Prodromos Dagdoglou*, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, 1964, S. 158 f., der von einer »Frage der politischen Kultur« spricht.

59 Ebenso *Jarass*, DVBl. 1985, 197 f., für den Verzicht auf den Erlaß eines Verwaltungsaktes.

60 Für den insoweit vergleichbaren Fall der Zusage vgl. BVerwG, Urteil vom 17. 10. 1975, – IV C 66.72 –, BVerwGE 49, 244 (248); Urteil vom 19. 11. 1975 – IV C 84.73 –, BVerwGE 49, 359 (363).

61 So Art. 4 III 2 GG; vgl. z. B. auch Art. 12 a II 3, 21 III, 26 I 2, 29 VI 2 und VII 2, 41 III, 45 c II, 48 III 3, 54 VII, 94 II 2, 98 I GG.

62 Gesetzesabweichende Vereinbarungen setzen eine »oligopolistische Struktur« voraus (*von Zezschwitz*, JA 1978, 501; vgl. auch *Rüfner*, DVBl. 1976, 694).

nicht die Untätigkeitsankündigung, indem er einen Gesetzgebungsauftrag erteilt⁶³.

Ob auch Richtlinien nach dem EWG-Vertrag die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwehenden Vereinbarungen ausschließen, ist umstritten⁶⁴. Für die Annahme eines solchen Abspracheverbotes im Regelungsbereich von Richtlinien wird vorgebracht, daß Vereinbarungen nicht das nationale Recht gestalten, sondern lediglich eine tatsächliche Praxis begründen⁶⁵. Die Gegenmeinung beruft sich darauf, es müsse den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, wie sie ihren Pflichten aus den Richtlinien nachkommen⁶⁶.

Nach Art. 189 III EWG-Vertrag sind die Richtlinien hinsichtlich des zu erreichenden Zieles für die Mitgliedstaaten verbindlich, den innerstaatlichen Stellen bleibt jedoch die Wahl der Formen und Mittel überlassen. Anhand einer Analyse der nicht-deutschen Vertragsfassungen hat Hans Peter Ipsen gezeigt, daß »Ziel« hier als »Ergebnis« verstanden werden muß⁶⁷. Darüber, ob und wie »Ziel« oder »Ergebnis« einerseits und »Mittel und Form« andererseits unterschieden werden können, besteht nach wie vor kein Einvernehmen⁶⁸. Unbestritten aber muß das »Ziel« oder »Ergebnis« einer Richtlinie kein rechtliches, sondern kann auch ein wirtschaftliches oder soziales, also ein tatsächliches sein⁶⁹. Als Beispiel wird eine Richtlinie genannt, die zur Sicherung der Mineralölversorgung Ölvorräte für 65 Tage in den Mitgliedstaaten vorschrieb⁷⁰. Ist das Ziel einer Richtlinie wie in diesem Beispiel tatsächlicher Natur, wird man die Mitgliedstaaten für berechtigt halten dürfen, seine Erreichung durch lediglich tatsächlich wirkende Maßnahmen wie eine Vereinbarung herbeizuführen. Zielt die Richtlinie auf eine Angleichung der staatlichen Rechtslage ab, genügen lediglich tatsächlich wirksame Vereinbarungen nicht⁷¹. Ob Richtlinien nach dem EWG-Vertrag als Verbot staatlicher Mitwirkung an gesetzesabwehenden Vereinbarungen anzusehen sind, kann also nicht generell entschieden werden, sondern ist eine Frage der Auslegung der einzelnen Richtlinie^{71a}.

Geringere praktische Bedeutung für die Beurteilung der

Zulässigkeit staatlicher Mitwirkung an gesetzesabwehenden Vereinbarungen als diese verfassungsrechtlich oder europarechtlich ausdrücklich erteilten Gesetzgebungsaufträge haben Gesetzgebungspflichten, die sich aus Schutzpflichten des Staates ergeben. So hat das Bundesverfassungsgericht im Kalkar-Beschluß angenommen, aus den Grundrechten und insbesondere aus Art. 1 I GG könnten sich verfassungsrechtliche Schutzpflichten ergeben, die auch auf die Ausgestaltung rechtlicher Regelungen abzielen könnten⁷². Nach der Entscheidung zur Neuregelung des § 218 StGB können sich solche Schutzpflichten nicht nur zur Gesetzgebungspflicht, sondern sogar zur Pflicht zum Erlaß von bestimmten Gesetzen, von Strafgesetzen verdichten⁷³. Soweit solche Gesetzgebungspflichten im Einzelfall bestehen, ist die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwehenden Vereinbarungen unzulässig.

4.2 Grundrechte und Gesetzesvorbehalt

Rechtliche Grenzen für die staatliche Mitwirkung können sich auch aus den Grundrechten ergeben. An sie ist der Staat auch gebunden, wenn er rein tatsächlich, durch Realakt handelt⁷⁴; der Gesetzesvorbehalt gilt auch für Realakte. Ein Realakt, der in Rechte einzelner eingreift, bedarf einer gesetzlichen Grundlage⁷⁵. Selbst eine generelle gesetzliche Ermächtigung, wie sie etwa für öffentlich-rechtliche Verträge in den §§ 54 ff. der Verwaltungsverfahrensgesetze vorliegt, fehlt für die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwehenden Vereinbarungen⁷⁶. Soweit der Gesetzesvorbehalt reicht, ist die auf das Zustandekommen oder die Beachtung einer solchen Vereinbarung abzielende Untätigkeitsankündigung also rechtswidrig.

Das gilt zum einen im Verhältnis zu nicht an der Vereinbarung beteiligten Dritten⁷⁷. Fast alle gesetzesabwehenden Vereinbarungen wirken sich ja durchaus gewollt auf Interessen Dritter aus. Der Verzicht der Zigarettenhersteller auf die Fernsehwerbung nimmt den Fernsehanstalten einen Teil ihrer Werbekundschaft; ein Verzicht der Getränkeindustrie auf Einweg-Flaschen belastet den Verbraucher mit dem Rücktransport des Leerguts zum Einzelhändler. Diese Auswirkungen wird man nicht als Eingriffe in Rechte ansehen können, die nur auf der Grundlage eines Gesetzes zulässig wären. Wenn die Hersteller von Asbestzement jedoch eine starke Reduzierung des Asbestgehalts ihrer Produkte zusagen und auf Ersatzstoffe ausweichen wollen, ist der einzige Importeur und Aufarbeiter des Asbestrohstoffes in der Bundesrepublik, der die Asbestzementhersteller beliefert, in einer Weise betroffen, die schwerlich mit dem Eigentumsschutz seines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs aus Art. 14 GG⁷⁸

63 Hemekamp, in: von Münch, GG-Kommentar, Art. 26 Rdnr. 31; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 26 Rdnr. 54.

64 Vgl.: J. Becker, DÖV 1985, 1006 f., einerseits und Bohne, VerwArch. 1984, 362, andererseits.

65 Bohne, VerwArch. 1984, 362.

66 J. Becker, DÖV 1985, 1007.

67 H. P. Ipsen, in: Zur Integration Europas, Festschrift für Ophüls, 1965, S. 74.

68 Vgl. die Darstellungen bei Albert Bleckmann, Europarecht, 4. Aufl. 1985, S. 69 ff.; Hans Peter Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 458 f.; Zuleeg, ZGR 1980, 471 ff.

69 Oldekop, Die Richtlinien der EWG, 1968, S. 117; ihm folgend Bleckmann (Fußn. 68), S. 69.

70 H. P. Ipsen (Fußn. 67), S. 80; Bleckmann (Fußn. 68), S. 69.

71 So wohl in dem Fall, der dem Urteil des EuGH vom 1. 3. 1983 (- 300/81 -, Slg. 1983, 449 ff.) zugrunde lag und auf den sich Bohne (VerwArch. 1984, 362) bezieht. Allerdings ging es dabei nicht um die Herbeiführung des Richtlinienziels durch Vereinbarung, sondern durch Verwaltungspraxis.

71a Richtlinien bilden nicht die einzige europarechtliche Grenze für die Zulässigkeit staatlicher Mitwirkung an gesetzesabwehenden Vereinbarungen. Die staatliche Mitwirkung kann etwa auch als »Maßnahme gleicher Wirkung« nach Art. 30 EWG-Vertrag unzulässig sein, wenn sie geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern, und nicht durch zwingende Erfordernisse, etwa des Verbraucherschutzes, gerechtfertigt wird. Vgl. etwa Wägenbaur, in: Kommentar zum EWG-Vertrag, hrsg. von Hans von der Goeben u. a., 3. Auflage 1983, Vorbem. zu Art. 30-37 Rdnrn. 26 ff., Art. 30 Rdnr. 30, Rdnrn. 19 und 34.

72 BVerfG, Beschluß vom 8. 8. 1978 - 2 BvL 8/77 -, BVerfGE 49, 89 (142).

73 BVerfGE 39, 1/42 f.; vgl. auch von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Rdnrn. 67 ff. und für den Schutz Minderjähriger gegen sexuelle Vergehen EGMR, Urteil vom 26. 3. 1985 - 16/1983/72/110 -, NJW 1985, 2075.

74 Hans-Uwe Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3. Aufl. 1982, S. 80.

75 Erichsen/Martens, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., S. 328.

76 Für verwaltungsaktsabwehende Vereinbarungen hat nach Jarass, DVBl. 1986, 320, das BimSchG nunmehr die Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage ermöglicht. Näheres zu diesen Vorschriften des BimSchG bei Feldbaus, UPR 1985, 390 f.

77 Vgl. Oldiges, WiR 1973, 28 f.; Bohne, VerwArch. 1984, 367 f.

78 Dazu s. BGH, Urteil vom 7. 12. 1967, - III ZR 83/65 -, NJW 1968, 293 f.; Urteil vom 3. 12. 1963, - III ZR 31/62 -, NJW 1964, 769 f.; Urteil vom 10. 7. 1980, - III ZR 160/78 -, BGHZ 78, 41 ff.; Badura, AöR 98 (1973), 153 ff. (S. 165 zum Schutz des »Kundenstammes«).

vereinbar ist⁷⁹. Auch wenn es richtig sein sollte, daß in diesem Fall der Erlaß von diesen Unternehmen möglicherweise härter belastenden Rechtsverordnungen nach dem BImSchG und dem ChemG zulässig gewesen wäre⁸⁰, ändert das nichts an der rechtlichen Beurteilung. Wenn dem Staat ein Weg rechtmäßigen Handelns auf gesetzlicher Grundlage offensteht, muß er diesen beschreiten und kann nicht unter Hinweis auf die Möglichkeit, dasselbe oder ein weiteres Ziel zu erreichen, einen anderen einschlagen, für den eine gesetzliche Grundlage fehlt. Auf Verordnungen und Gesetze, die in dem dafür vorgesehenen förmlichen Verfahren ergehen, können die Betroffenen im Vorfeld Einfluß nehmen und sie genießen nach deren Erlaß einen im Vergleich zu den lediglich informellen Vereinbarungen erheblichen Dispositionsschutz. Allein diese unterschiedlichen Wirkungen verbieten es schon, bei der Frage, ob der Gesetzesvorbehalt beachtet ist, von der Form des staatlichen Eingreifens abzusehen.

Weniger klar ist die Situation dagegen, was die an der Vereinbarung Beteiligten angeht⁸¹. Die rechtliche Beurteilung bewegt sich hier in wenig übersichtlichem Gelände, das durch solch schwierige Fragen wie die der rechtlichen Erfassung nicht klassisch eingreifender staatlicher Lenkungsmaßnahmen⁸² oder die nach der Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts⁸³ bestimmt wird.

Auf sicherem Terrain bewegt man sich noch mit der Feststellung, daß Vereinbarungen zwischen Privaten – von hier regelmäßig nicht einschlägigen Sonderfällen der Drittwirkung abgesehen – grundrechtlich nicht relevant sind und einer gesetzlichen Grundlage nicht bedürfen. Unproblematisch ist auch die Kenntnisnahme dieser Vereinbarungen durch staatliche Stellen und die Berücksichtigung dieser Informationen bei staatlichen Entscheidungen. Es ist der staatliche Mitwirkungsakt, die auf das Zustandekommen oder die Beachtung einer Vereinbarung gerichtete Untätigkeitsankündigung, die die rechtliche Aufmerksamkeit auf sich ziehen muß. Wegen des instrumentalen Charakters dieses Mitwirkungsaktes soll bei den folgenden Überlegungen zwischen dem eingesetzten Mittel, der Untätigkeitsankündigung, und dem angestrebten Zweck, der Vereinbarung, unterschieden werden.

Die Untätigkeitsankündigung ist auch im Verhältnis zu den an der Vereinbarung Beteiligten mangels gesetzlicher Ermächtigung rechtswidrig, wenn sie Rechte, namentlich Grundrechte, eingriffsgleich beeinträchtigt⁸⁴. Dem klassischen rechtsförmigen Eingriff, etwa der Polizeiverfügung, ist die staatliche Mitwirkung an Gesetzesabwendenden Vereinbarungen hinsichtlich ihrer Finalität⁸⁵ ohne weiteres vergleichbar. Hier wie dort ist eine gezielte Einflußnahme auf das Verhalten intendiert⁸⁶. An einer dem rechtsförmigen Eingriff vergleichbaren Einwirkungsintensität fehlt es jedoch, wo sich die Betroffenen dem staatlichen Zugriff

ohne ernste Nachteile entziehen können. Wenn, wie bereits erwähnt, die Firma Procter & Gamble die Beteiligung an einer Vereinbarung über die Bekanntgabe von Waschmittelrezepturen ablehnt, oder das Einzelhandelsunternehmen Aldi sich weigert, mehrwegverpackte Getränke in sein Warenangebot aufzunehmen und damit das Zustandekommen einer entsprechenden Vereinbarung erfolgreich blockiert⁸⁷, spricht das gegen die eingriffsgleiche Wirkung der staatlichen Mitwirkung hier des Bundesinnenministers. Wenn die Beteiligung an einer Vereinbarung für die Betroffenen hingegen nicht nur nützlich oder vernünftig, sondern faktisch unausweichlich⁸⁸ wird, wenn der Staat ein Angebot macht, das die Betroffenen nicht ablehnen können, bedarf er einer gesetzlichen Grundlage. Die Unausweichlichkeit kann sich aus dem besonders bedrohlichen Inhalt der angestrebten gesetzlichen Regelung oder deren hoher Glaubwürdigkeit ergeben, sie kann aber auch aus einer anderweit begründeten Notsituation oder Abhängigkeit der Betroffenen resultieren⁸⁹.

Rechtliche Grenzen überschreitet die handelnde staatliche Stelle auch, wenn sie den Verzicht auf ein Gesetz in Aussicht stellt, das nicht erlassen werden dürfte, weil es gegen höherrangiges Recht, etwa gegen Grundrechte, verstieße. Man ist versucht anzunehmen, unter den durch eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit geprägten rechtsstaatlichen Verhältnissen in der Bundesrepublik sei der Versuch, mit der Ankündigung eines verfassungswidrigen Gesetzes Politik zu machen, ohnedies zum Scheitern verurteilt. In der Praxis scheinen die Dinge weniger einfach zu liegen. So hat sich 1965 der Staatssekretär im Bundesgesundheitsministerium vor dem Deutschen Bundestag auf eine parlamentarische Anfrage u. a. »mit Rücksicht auf gewisse verfassungsrechtliche Schwierigkeiten, die sich etwa aus dem Gleichheitsgrundsatz ergeben können«⁹⁰ gegen ein gesetzliches Werbeverbot für Zigaretten und für ein Selbstbeschränkungsabkommen ausgesprochen. Es mag hier und da zweckmäßig sein, bestehende verfassungsrechtliche Unsicherheiten durch eine für beide Seiten tragbare Vereinbarung zu bewältigen; die Gesetzes- und Verfassungsbindung aller staatlichen Gewalt (Art. 20 III GG) verbietet es jedoch, von staatlicher Seite für rechts- oder verfassungswidrig gehaltene gesetzgeberische Lösungen als politisches Druckmittel einzusetzen. Man wird hier in Anlehnung an § 55 VwVfG »eine bei verständiger Würdigung der Rechtslage bestehende Unsicherheit« verlangen müssen.

Ob durch die Vereinbarung nur solche Regelungen getroffen werden dürfen, die auch als Gesetz zulässig wären, ist eine ganz andere Frage. Im Gegensatz zu den bisher angestellten Überlegungen, welche rechtlichen Grenzen sich hinsichtlich des im Rahmen der staatlichen Mitwirkung eingesetzten Mittels ergeben, geht es dabei um die Zulässigkeit des Mitwirkungsaktes im Hinblick auf das verfolgte Ziel, die Vereinbarung.

Wie beim öffentlich-rechtlichen Vertrag ist zu fragen, ob auch für einverständliche und bis zu einem gewissen Grad freiwillige Beschränkungen von Rechten des Bürgers eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist. Für den öffentlich-rechtlichen Vertrag verneint das Bundesverwal-

79 *Bohne*, VerwArch. 1984, 367.

80 *Bohne*, VerwArch. 1984, 367.

81 Vgl. vor allem *Oldiges*, WiR 1973, 22 ff. und *von Zezschwitz*, JA 1978, 502 ff.; auch *J. Becker*, DÖV 1985, 1010 f.

82 Dazu vgl. *Evers*, NJW 1962, 289 ff.; *Zacher*, VVDStRL 25, 343 ff.; *Oldiges*, WiR 1973, 7 und 23 ff.

83 Dazu etwa *Jürgen Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 92 ff.; *Pietzcker*, Staat 1978, 527 ff.; *Albert Bleckmann*, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 281 ff.; *Hans-Uwe Erichsen*, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., 1982, S. 161 f.; *von Münch*, in: von Münch, GG-Kommentar, 3. Aufl. 1985, Vorbem. Art. 1–19, Rdnrn. 62 ff.

84 *Friauf*, DVBl. 1971, 680; *Oldiges*, WiR 1973, 23; dazu vgl. auch *Krebs*, DVBl. 1979, 633.

85 *Friauf*, DVBl. 1971, 681.

86 *Oldiges*, WiR 1978, 23.

87 *J. Becker*, DÖV 1985, 1008 Fußn. 46.

88 Vgl. *von Zezschwitz*, JA 1978, 503.

89 *Evers*, NJW 1961, 290 spricht davon, daß »die Exekutive Lagen ausnutzt oder schafft, in denen der Prozeß der Willensbildung erheblich gestört ist.«

90 BT-Prot. IV/8607 C; vgl. auch *Kaiser*, NJW 1971, 587 und *von Zezschwitz*, JA 1978, 503.

tungsgericht diese Frage⁹¹, während eine starke Gruppe im Schrifttum anderer Meinung ist⁹². In dem für Gesetzesabwendende Vereinbarungen typischen Fall, daß die an der Vereinbarung beteiligten sich anders als beim öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht rechtlich binden, sondern eine nur tatsächlich wirksame Abmachung treffen, wird man die Geltung eines grundrechtlich oder rechtsstaatlich begründeten Gesetzesvorbehalts verneinen müssen. Die Rechtsposition des einzelnen bleibt hier unbeeinträchtigt, weil er seine Bindung jederzeit ohne rechtliche Folgen abstreifen kann.

Wie beim öffentlich-rechtlichen Vertrag wird man entscheiden müssen, wenn die Gesetzesabwendende Vereinbarung als rechtlich bindender Vertrag abgeschlossen wird. Der einzelne ist vertraglich gebunden, gleichgültig, ob die öffentliche Hand selbst Vertragspartner ist oder nicht. Manches spricht dafür, hier jedenfalls für Regelungen, die den objektiven Gehalt⁹³ eines Grundrechts wesentlich⁹⁴ berühren, eine formellgesetzliche Grundlage zu verlangen⁹⁵.

Demnach läßt sich feststellen, daß in Gesetzesabwendenden Vereinbarungen ohne gesetzliche Grundlage manches keinen Platz hat, was in Gesetzesform zulässig wäre. Umgekehrt ist aber auch wohl einiges möglich, was dem Gesetzgeber wegen entgegenstehender Grundrechte verwehrt wäre⁹⁶.

Es geht um einen Fall des »Grundrechtsverzichts«⁹⁷. Überwiegend ist anerkannt, daß der Satz »volenti non fit iniuria« hier jedenfalls nicht uneingeschränkt gilt⁹⁸. Der auch objektive Charakter der Grundrechte steht ihrer generellen Verfügbarkeit durch den einzelnen entgegen⁹⁹. Es läßt sich aber wohl auch nicht verkennen, daß etwa die Grundrechte der Art. 12 und 14 GG geradezu auf die

wenn auch stets partielle Verfügung durch den einzelnen angelegt sind¹⁰⁰. Man wird hier deshalb bei hinreichend freier Entscheidung den Grundrechtsträger für berechtigt halten dürfen, aus den ihm überzeugend erscheinenden Gründen den Schutz seiner Grundrechte teilweise aufzugeben und zwar auch dann, wenn dem Gesetzgeber ein entsprechender Eingriff durch das Übermaßverbot verwehrt wäre¹⁰¹. Pauschale Lösungen erscheinen nicht möglich¹⁰². So wird man in anderen Fällen, etwa im Schutzbereich des Art. 4 GG, der von Verfassungs wegen nicht unter einem Gesetzesvorbehalt steht, besonders zurückhaltend mit der Zulassung einverständlicher Grundrechtsbeeinträchtigungen sein müssen¹⁰³.

Die staatliche Mitwirkung an Gesetzesabwendenden Vereinbarungen unterliegt aber nicht nur im Hinblick auf das eingesetzte Mittel und das angestrebte Ziel rechtlichen Grenzen. Ihre Rechtswidrigkeit kann sich auch aus dem Verhältnis beider zueinander, der Zweck-Mittel-Relation ergeben. Das ist bei Verstößen gegen das sog. Kopplungsverbot¹⁰⁴ anzunehmen, also dann, wenn die gesetzliche Regelung, auf die verzichtet wird, und die angestrebte Vereinbarung unterschiedliche Gegenstandsbereiche betreffen¹⁰⁵. Die Bundesregierung dürfte deshalb zum Beispiel die Drohung mit der Lockerung von Einfuhrbeschränkungen oder der Anhebung von Steuern nicht als Mittel zur Erreichung umweltpolitischer Ziele einsetzen.

5. Schluß

Schon diese auf zwei Fragenkomplexe beschränkte lückenhafte Betrachtung zeigt, daß der Staat bei der Mitwirkung an Gesetzesabwendenden Vereinbarungen nur begrenzte Freiheit genießt und diese Art informalen Staatshandelns alles andere als ein ordnungspolitisches Allheilmittel ist. Das System rechtlicher Bindungen, in das die Verfassung den Staat gestellt hat, kennt Zonen größerer Bewegungsfreiheit, aber keine Freiräume.

Gegenüber dem Gesetz ist die Vereinbarung nach Verfahren, Verbindlichkeit und Berücksichtigung von Dritinteressen kein minus, sondern ein aliud¹⁰⁶. Die Annahme eines Rangverhältnisses im Sinne einer Pflicht des Staates, vor dem Erlaß eines Gesetzes zu prüfen, ob nicht das »weichere« Mittel der Vereinbarung denselben Erfolg verspricht¹⁰⁷, verbietet sich deshalb. Den Stimmen im Schrifttum, die unter Berufung auf ein »Kooperationsprinzip«¹⁰⁸ oder ein »Deregulierungsprinzip«¹⁰⁹ einen solchen Vorrang propagieren, ist entgegenzuhalten, daß solche Prinzipien als politische Maximen ihren guten Sinn haben, jedoch verfassungsrechtlich das Gesetz nicht aus seiner zentralen Stellung verdrängen können.

91 BVerwG, Urteil vom 6. 7. 1973 – IV C 22.72 –, BVerwGE 42, 331 (335 f.); *Bleckmann*, VerwArch. 1972, 432 f.

92 *Erichsen/Martens*, in: *Erichsen/Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1986, § 27 III; ähnlich *von Mutius*, VerwArch. 1974, 208 f.

93 Dazu etwa *Rupp*, AöR 1976, 165 ff.; *Menger*, in: *Festschrift Ernst*, 1980, S. 310.

94 Zur Wesentlichkeitstheorie vgl. *Ossenbühl*, in: *Erichsen/Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1986, § 5 II; *Hans-Uwe Erichsen*, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3. Aufl. 1983, S. 90; *Kloepfer*, NJW 1985, 2498 f. m. w. N.

95 Diese Erwägung muß, anders als es die Rede vom »Parlamentarvorbehalt« vermuten lassen könnte, auch gelten, wenn das Parlament selbst an der Gesetzesabwendenden Vereinbarung mitwirkt. In der grundgesetzlichen Ordnung bezieht das formelle Gesetz seine besondere Qualität nicht allein von der unmittelbaren demokratischen Legitimation des Parlaments, sondern zu einem guten Teil auch aus dem durch das Zusammenwirken verschiedener Organe geprägten und auf umfassende Interessenverarbeitung angelegten Verfahren. In der Tat wäre es deshalb wohl richtiger, vom »Vorbehalt des formellen Gesetzes« zu sprechen (*Ossenbühl*, in: *Festschrift Bosch*, 1976, S. 756 Fußn. 26). *Krebs* (DVBl. 1977, 636 Fußn. 79) ist allerdings zuzugeben, daß der Terminus »Parlamentarvorbehalt« plastisch ist; eine korrektere Ausdrucksweise dürfte deshalb schwerlich Aussichten haben, sich durchzusetzen.

96 *Bleckmann*, VerwArch. 1972, 434; *Jürgen Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 101; *Oldiges*, WiR 1973, 27.

97 Zur Terminologie vgl.: *Jürgen Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 93 f.; *Sachs*, VerwArch. 1985, 419.

98 *Von Mutius*, VerwArch. 1974, 208; *Sachs*, VerwArch. 1985, 425; *Oldiges*, WiR 1973, 25; a. A. offenbar *J. Becker*, DÖV 1985, 1010.

99 *Evers*, NJW 1961, 291; *Hans-Uwe Erichsen*, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 1982, S. 162.

100 *Menger*, in: *Festschrift Ernst*, 1980, S. 315, spricht von »vertragsnahen Grundrechten«.

101 *Sachs*, VerwArch. 1985, 423; *A. A. J. Becker*, DÖV 1985, 1010, und wohl auch *Rüfner*, DVBl. 1976, 694.

102 *Sachs*, VerwArch. 1985, 419.

103 *Oldiges*, WiR 1973, 27; *J. Becker*, DÖV 1985, 1010.

104 Dazu s. *von Campenhausen*, DÖV 1967, 665 ff.; *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 30 II b 1 und § 44 II d 1; BGH, Urteil vom 12. 5. 1972 – V ZR 105/70 –, DVBl. 1972, 824 ff.; für einen vergleichsähnlichen Fall BVerwG, Urteil vom 14. 11. 1975 – IV C 84.73 –, BVerwGE 49, 359 (364 f.).

105 *Oldiges*, WiR 1973, 26.

106 Vgl. *von Zeszschwitz*, JA 1978, 504.

107 *Von Lersner* (Fußn. 6), S. 10; *J. Becker*, DÖV 1985, 1007, der S. 1005 auf eine entsprechende Richtlinie der bayerischen Staatsregierung hinweist, die diesen Vorrang für alle bayerischen Behörden verbindlich mache.

108 *Von Lersner* (Fußn. 6), S. 10; dazu s. auch *Kloepfer*, DVBl. 1979, 640, und *Ritter*, AöR 104 (1979), 389 ff.

109 *J. Becker*, DÖV 1985, 1007.