Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 900

Absprachen im Verwaltungsrecht

Zulässigkeit, Grenzen und Folgen

Von

Steffen Kautz

Duncker & Humblot · Berlin

STEFFEN KAUTZ

Absprachen im Verwaltungsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 900

Absprachen im Verwaltungsrecht

Zulässigkeit, Grenzen und Folgen

Von

Steffen Kautz

Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Universität Bayreuth
hat diese Arbeit im Jahre 2001
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-10700-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit."

„Jede Formvorschrift enthält eine Einschränkung des Willens in der Wahl seiner Ausdrucksmittel".

Rudolf v. Jhering

Vorwort

Diese Arbeit entstand während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Bayreuth, in der ich in jeder Hinsicht sehr viel gelernt habe. Sie hat im Sommersemester 2001 der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation vorgelegen.

Meinen Dank möchte ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Wilfried Berg aussprechen, der mir an seinem Lehrstuhl nicht nur große akademische Freiheit in Forschung und Lehre gelassen, sondern mir auch viel Vertrauen und Geduld entgegengebracht hat. Er hat mir auch Gelegenheiten geboten, mich abseits der Dissertation mit interessanten und praktisch akuten Fragen zu beschäftigen. Für die zügige Erstattung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. Wilhelm Mößle (†). Danken möchte ich auch dem Vorsitzenden der Prüfungskommission, Prof. Dr. Wolfgang Brehm sowie Prof. Dr. Bernhard Pfister für oft spannende Diskussionen über viele grundsätzliche oder aktuelle Fragen des Staats- und Verwaltungsrechts, aber auch des Privatrechts.

Für vielfältigen persönlichen und/oder fachlichen Zuspruch und die tolle Atmosphäre danke ich meinen Freunden und (ehemaligen) Kollegen Gerd Meyer, Privatdozent Dr. Ulrich Hösch (der die Mühe des Korrekturlesens auf sich genommen hat und dem ich sehr wertvolle Hinweise verdanke), Cornelius Peetz, Dres. Sabine Hauck, Robert Käß, Katrin Thiel und Thomas Kleinheisterkamp.

Meinen Eltern Heidrun und Kurt Kautz und meiner Schwester Silke Wagner-Kautz danke ich für so vieles, daß ich es hier nicht im einzelnen aufzählen kann. Es ist gut zu wissen, daß man eine Familie hat.

Bayreuth im August 2001 *Steffen Kautz*

Inhaltsübersicht

Einleitung 25

Teil 1

Empirie und Begriff rechtsunverbindlicher Absprachen 31

A. Existenz von Absprachen 31
I. Kooperation und informales Handeln 31
II. Der Begriff der Absprache – zwischen Kooperation und Informalität ... 42
B. Absprachetypen 50
I. Horizontale und vertikale Absprachen 51
II. Regulative und projektbezogene (bzw. normersetzende, normvorbereitende und normvollziehende) Absprachen 52
III. Austausch- und Vergleichsabsprachen 54
IV. Regelungsersetzende und regelungsvorbereitende Absprachen 56
V. Begünstigende, belastende und drittbelastende Absprachen 59
VI. Sonstige 61
C. Ursachen für das Aufkommen von Absprachen 68
D. Eigenschaften von Absprachen 73
I. Absprachen und Rechtsverhältnisse 75
II. Absprachen als staatliche Entscheidungen 88
III. „Abstraktion" der Absprache von den Erfüllungshandlungen 99
E. Tatsächliche Voraussetzungen für Absprachen im Einzelfall 99
I. Erforderlichkeit von (Ver-)Handlungsspielräumen 99
II. „Droh-" und Tauschpotential 100
F. Zusammenfassung des 1. Teils 101

Teil 2

Die Rechtmäßigkeit von Absprachen 102

A. Vorbemerkungen 102
I. Die Absprache als Gegenstand der Rechtmäßigkeitsprüfung 102
II. Der Ansatzpunkt der Rechtmäßigkeitsprüfung 104
III. Zwischenergebnis 114
B. Die rechtlichen Entscheidungsspielräume der Verwaltung 115
I. Grundsätzliches 116
II. Die Spielräume im einzelnen: Inhaltliche Spielräume und „Freiheit der Formenwahl" 124

III. Zusammenfassung: Die Entscheidungsspielräume der Exekutive und ihre Begrenzung durch den Vorbehalt und den Vorrang des Gesetzes... 151
C. Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Absprachen ... 152
I. Keine „Flucht in die Faktizität" ... 152
II. Rechtmäßigkeit der Instrumentenwahl ... 153
III. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen ... 194
IV. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen ... 237
D. Zusammenfassung des 2. Teils ... 287

Teil 3

Rechtliche Folgen rechtmäßiger und rechtswidriger Absprachen 289

A. Informale Absprachen und formales Handeln: Rechtliche Auswirkungen auf formales Handeln (Tun oder Unterlassen) ... 290
I. Das Auswirkungsproblem als Problem des maßgeblichen Zeitpunktes.. 290
II. Präzedenzfälle ... 294
III. Rechtliche Auswirkungen regelungsvorbereitender Absprachen (auf „formales Tun") ... 307
IV. Rechtliche Auswirkungen regelungersetzender Absprachen (auf „formales Unterlassen") ... 317
V. Zwischenergebnis ... 322
B. Absprachen und Ansprüche ... 323
I. Anspruchsverzicht *durch* Absprachen? ... 323
II. Noch keine Leistung erbracht ... 324
III. Privater hat (vor-)geleistet ... 333
IV. Verwaltung hat (vor-)geleistet ... 346
V. Beide Seiten haben ihre Leistungen erbracht ... 347
VI. Ansprüche Dritter ... 348
C. Zusammenfassung des 3. Teils ... 349

Teil 4

Ausblick und Schluß 350

A. Ausblick ... 350
I. Möglichkeiten der Rezeption von Absprachen durch das Verwaltungsrecht ... 350
II. Faktische Grenzen der Rezeption von Absprachen durch das Verwaltungsrecht ... 352
B. Schluß ... 353

Zusammenfassung ... 354

Literaturverzeichnis ... 357

Sachverzeichnis ... 388

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 25

Teil 1

Empirie und Begriff rechtsunverbindlicher Absprachen 31

A. Existenz von Absprachen 31
I. Kooperation und informales Handeln 31
1. Kooperation 31
2. Informales Handeln 32
a) Der Begriff des „Informalen" 32
aa) Zur Kritik am Begriff des „Informalen" 32
bb) Definitionen in Literatur und Rechtsprechung 33
cc) Eigene Definition 35
(1) Begriffliche Herleitung 35
(a) Der begriffliche Gegensatz „formal" – „informal" .. 35
(b) Der begriffliche Gegensatz „formal" – „material" .. 35
(c) Das Begriffsdreieck „formal" – „material" – „informal" 36
(2) Informales Verwaltungshandeln 36
(a) Verwaltungshandeln mit „Inhalt" 36
(b) Verwaltungshandeln „ohne Form" 37
(c) Informalität und Faktizität 38
(3) Zwischenergebnis: Definition 39
b) Warnungen und Empfehlungen als einseitiges informales Handeln 40
c) Die informale Duldung 41
II. Der Begriff der Absprache – zwischen Kooperation und Informalität... 42
1. Absprachen als rechtsunverbindliche Kooperation 43
a) Konsens 43
b) Rechtsunverbindlichkeit 43
c) Definition 45
2. Absprachen und Informalität 45
a) Beispiele für (Teil-) Formalisierungen 45
aa) § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV 47
bb) § 71c und § 71e VwVfG 48
cc) § 5 UVPG 48

dd) § 12 BauGB ... 49
b) Rechtliche Konsequenzen der (Teil-) Formalisierung informalen Verwaltungshandelns ... 49

B. Absprachetypen ... 50
I. Horizontale und vertikale Absprachen ... 51
1. Horizontale Absprachen ... 51
2. Vertikale Absprachen ... 51
II. Regulative und projektbezogene (bzw. normersetzende, normvorbereitende und normvollziehende) Absprachen ... 52
1. Normersetzende, normvorbereitende und normvollziehende Absprachen ... 52
2. Regulative und projektbezogene Absprachen ... 53
3. Erkenntniswert der Unterscheidung ... 54
III. Austausch- und Vergleichsabsprachen ... 54
1. Austauschabsprachen ... 54
2. Vergleichsabsprachen ... 55
3. Erkenntniswert der Unterscheidung ... 56
IV. Regelungsersetzende und regelungsvorbereitende Absprachen ... 56
1. Regelungsersetzende Absprachen ... 56
2. Regelungsvorbereitende Absprachen ... 57
3. Absprachen ohne Bezug zu rechtlichen Regelungen ... 58
4. Erkenntniswert der Unterscheidung ... 59
V. Begünstigende, belastende und drittbelastende Absprachen ... 59
1. Begünstigende, belastende und Absprachen mit Doppelwirkung ... 59
2. Drittbelastende Absprachen (Absprachen mit Drittwirkung) ... 60
3. Erkenntniswert der Unterscheidung ... 60
VI. Sonstige ... 61
1. Vorverhandlungen ... 61
2. Vorabzuleitung von Entscheidungsentwürfen ... 62
3. Sanierungsabsprachen ... 63
4. Duldungsabsprachen ... 65
5. Selbstbeschränkungsabkommen ... 66
6. Arrangements und (Gentlemen's) Agreements ... 68

C. Ursachen für das Aufkommen von Absprachen ... 68

D. Eigenschaften von Absprachen ... 73
I. Absprachen und Rechtsverhältnisse ... 75
1. Die Rechtsverhältnislehre als Ausgangspunkt ... 75
a) Der Begriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses ... 76
b) Die Gestaltung von Verwaltungsrechtsverhältnissen ... 78
aa) Heteronome und autonome Gestaltung von Verwaltungsrechtsverhältnissen ... 78
bb) Autonome Gestaltung durch Rechtsakt ... 79

cc) Autonome Gestaltung durch Realakt? ... 79
2. Bindungswirkung von Absprachen ... 80
a) Rechtliche Unverbindlichkeit ... 80
b) Faktische Bindungswirkung ... 80
c) Einwände ... 81
aa) Rechtliche Verbindlichkeit? ... 81
(1) Die Ansicht *Gornys* ... 81
(2) Einwände ... 82
bb) Fehlen selbst einer faktischen Bindungswirkung ... 84
d) Verhältnis zu rechtlicher Bindung ... 85
3. Mittelbare rechtliche Auswirkungen ... 87
II. Absprachen als staatliche Entscheidungen ... 88
1. Der Entscheidungscharakter von Absprachen ... 88
a) Rein verfahrensbezogene Absprachen ... 88
b) Sachbezogene regelungsvorbereitende Absprachen ... 89
c) Regelungsersetzende Absprachen ... 90
d) Reichweite der Entscheidung ... 90
aa) Sachliche Reichweite ... 90
bb) Bindungsintensität ... 91
e) Zwischenergebnis und Folgerungen ... 92
2. Der Charakter von Absprachen als staatliches Handeln ... 93
a) Absprachen betreffen Verwaltungsentscheidungen ... 93
b) Absprachen und Demokratieprinzip ... 93
aa) Demokratieprinzip und Legitimation ... 93
bb) Demokratische Legitimation konsensualen Verwaltungshandelns ... 96
cc) Demokratische Legitimation bei faktisch einseitiger Entscheidung des Privaten? ... 97
III. „Abstraktion" der Absprache von den Erfüllungshandlungen ... 99

E. Tatsächliche Voraussetzungen für Absprachen im Einzelfall ... 99
I. Erforderlichkeit von (Ver-)Handlungsspielräumen ... 99
II. „Droh-" und Tauschpotential ... 100

F. Zusammenfassung des 1. Teils ... 101

Teil 2

Die Rechtmäßigkeit von Absprachen 102

A. Vorbemerkungen ... 102
I. Die Absprache als Gegenstand der Rechtmäßigkeitsprüfung ... 102
II. Der Ansatzpunkt der Rechtmäßigkeitsprüfung ... 104
1. Die Begriffe der Verwaltungsentscheidung und der Handlung ... 105
2. Die verschiedenen „Ebenen" einer Verwaltungsentscheidung ... 106

a) Entscheidungsvorgang und Entscheidungsergebnis 106
b) Inhaltliche und instrumentale Dimension 108
3. Der Inhalt der Absprache (inhaltliche Dimension der Entscheidung). 110
a) Regelungsvorbereitende Absprachen 111
b) Regelungsersetzende Absprachen 111
c) Verallgemeinerung und Ansatzpunkt für die Rechtmäßigkeitsprüfung 112
4. Die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument (instrumentale Dimension der Entscheidung) 113
5. Der Zusammenhang von Inhalt und Instrument 113
III. Zwischenergebnis 114

B. Die rechtlichen Entscheidungsspielräume der Verwaltung 115
I. Grundsätzliches 116
1. Die Bindung der Exekutive an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) 116
a) Der Vorbehalt des Gesetzes 116
aa) Grundrechtlicher Eingriffsvorbehalt 116
bb) Organisationsrechtlicher Wesentlichkeitsvorbehalt 117
b) Der Vorrang des Gesetzes 118
2. Originäre Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Verwaltungsvorbehalt)? 119
a) Die Kernbereichsthese 119
b) Herleitung aus einer Einzelprüfung 120
c) Die These von den „Restkompetenzen“ 121
d) Die Stendal-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 121
e) Zusammenfassung: „Restkompetenzen“ der Verwaltung 122
3. Derivative Handlungsspielräume der Verwaltung zwischen Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes 123
4. Zusammenfassung 124
II. Die Spielräume im einzelnen: Inhaltliche Spielräume und „Freiheit der Formenwahl“ 124
1. Ermessensspielräume (Administrativermessen) 124
a) Entschließungsermessen 124
b) Auswahlermessen 126
c) Vollstreckungsermessen 127
d) Verfahrensermessen 128
aa) Rein verfahrensbezogene Absprachen 128
bb) Sachbezogene Absprachen 129
2. Planungsermessen (planerischer Gestaltungsspielraum) 131
3. „Rechtsetzungsermessen“ 132
a) Verordnungsermächtigungen 133
b) Satzungserlaß 133
4. Unbestimmte Rechtsbegriffe 134

a) Beurteilungsspielräume ... 135
aa) Fallgruppen von Beurteilungsspielräumen ... 137
(1) Prüfungsentscheidungen ... 137
(2) Beamtenrechtliche Beurteilungen ... 138
(3) Wertentscheidungen besonders besetzter Gremien ... 138
(4) Prognosen ... 139
(5) Risikoentscheidungen ... 140
bb) Beurteilungsspielräume als inhaltliche, nicht instrumentale Spielräume ... 142
b) „Konkretisierungs-" bzw. „Standardisierungsspielräume" ... 142
c) Vergleichsspielräume? ... 144
5. Restkompetenzen der Verwaltung ... 147
a) „Entscheidungsnotstand" ... 147
b) Inhaltliche und instrumentale Restkompetenzen ... 150
aa) Inhaltliche Restkompetenzen ... 150
bb) Freiheit der Formenwahl als instrumentale Restkompetenz ... 150
III. Zusammenfassung: Die Entscheidungsspielräume der Exekutive und ihre Begrenzung durch den Vorbehalt und den Vorrang des Gesetzes ... 151

C. Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Absprachen ... 152
I. Keine „Flucht in die Faktizität" ... 152
II. Rechtmäßigkeit der Instrumentenwahl ... 153
1. Grundsätzliches ... 153
a) Instrumentenwahl und Vorbehalt des Gesetzes ... 153
aa) Meinungsspektrum in der Literatur ... 153
bb) Eigene Lösung ... 154
(1) Instrumentaler Eingriff durch Verwaltungsakt ... 155
(2) Instrumentaler Eingriff durch Absprache? ... 156
(3) Organisationsrechtlicher Gesetzesvorbehalt: Instrumentenwahl als „wesentliche" Entscheidung ... 158
cc) Zwischenergebnis ... 159
b) Instrumentenwahl und Vorrang des Gesetzes ... 159
aa) Das Problem: Zulässigkeit der Entscheidungsverlagerung durch Absprachen ... 160
bb) Gesetzliche Instrumentenfestlegungen und ihre Überwindbarkeit ... 161
(1) Explizite und implizite gesetzliche Festlegungen auf bestimmte Handlungsinstrumente ... 161
(a) Explizite Festlegungen ... 161
(b) Implizite Festlegungen ... 162
(2) Überwindbarkeit gesetzlicher Instrumentenfestlegungen ... 162
(a) Strikte Bindung ... 162
(b) Überwindbare Bindung? ... 164

(aa) Entscheidungsverlagerung als Abkoppelung des Entscheidungsverfahrens vom Verwaltungsverfahren ... 164
(bb) Funktionsverlust des Verwaltungsverfahrens als Folge der Abkoppelung ... 165
cc) Voraussetzungen für die Überwindung gesetzlicher Instrumentenfestlegungen ... 166
(1) Beispiele für zulässige Entscheidungsverlagerungen ... 167
(a) Vorausbindungen der Abwägung (Flachglas) ... 167
(b) Vorbescheid und Teilgenehmigung ... 168
(c) Vorzeitiger Baubeginn ... 169
(d) Vorläufige Verwaltungsakte ... 170
(e) Abschnittsbildung in der Planfeststellung ... 171
(f) Flughafengenehmigung und luftverkehrsrechtliche Planfeststellung ... 172
(g) Plangenehmigung und Planfeststellung mit sich überschneidenden Gegenständen ... 173
(h) Teilformalisierungen ... 174
(2) Folgerungen für die Entscheidungsverlagerung durch Absprachen ... 175
(a) Gemeinsamkeiten der untersuchten Beispiele ... 175
(b) Zulässigkeit und Voraussetzungen einer Entscheidungsverlagerung ... 175
(c) Die Kriterien für eine Entscheidungsverlagerung im einzelnen ... 177
(aa) Berechtigtes Interesse an der Verlagerung ... 177
(bb) Erforderlichkeit eines „richtigen" Entscheidungsergebnisses ... 178
(cc) Einhaltung der Verfahrensvoraussetzungen ... 179
(d) Geeignetheit der Absprache als Instrument ... 181
(e) Zwischenergebnis ... 181
c) Die Rechtsfolge der unzulässigen Instrumentenwahl ... 182
2. Die Voraussetzungen der Entscheidungsverlagerung im einzelnen ... 184
a) Gesetzlicher Ausschluß ... 184
b) Gesetzliche Zulassung ... 185
c) Berechtigtes Interesse an der Entscheidungsverlagerung ... 185
aa) Effizienz ... 185
(1) Sachgerechtigkeit ... 186
(2) Beschleunigung ... 186
(3) Wirtschaftlichkeit ... 188
bb) Flexibilität ... 189
cc) Akzeptanz? ... 190
3. Instrumentenwahlermessen ... 192
a) Ermessensfehler bei der Instrumentenwahl ... 192

b) Ermessensreduktion auf die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument ... 193
III. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen ... 194
1. Grundsätzliches: Absprachen und Verfahrensvorschriften ... 194
a) Abdrängen der Praxis in ein „noch informelleres" Vorfeld ... 194
b) Die Bedeutung des Verfahrens für den *Inhalt* von Verwaltungsentscheidungen ... 195
c) An die *Form* des Verwaltungshandelns anknüpfende Verfahrensvorschriften ... 195
2. Zuständigkeit ... 197
a) Normersetzende Absprachen ... 198
aa) Gesetzesersetzende Absprachen ... 198
(1) Verbandskompetenz für gesetzesersetzende Absprachen ... 198
(2) Organkompetenz für gesetzesersetzende Absprachen ... 199
bb) Sonstige normersetzende Absprachen ... 200
b) Normvollziehende Absprachen ... 202
aa) Normvollziehende regelungsersetzende Absprachen ... 202
bb) Normvollziehende regelungsvorbereitende Absprachen ... 202
(1) Absprachen ohne inhaltliche Vorentscheidung ... 202
(2) Absprachen mit inhaltlicher Vorentscheidung (Vorausbindung) ... 204
3. Untersuchungsmaxime ... 204
a) Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung ... 205
aa) Verhältnismäßigkeit bei „Ermittlungseingriffen" ... 205
bb) Zeitdruck ... 206
cc) Wirtschaftlichkeit ... 206
dd) Streitträchtigkeit ... 207
b) Aus der Untersuchungsmaxime folgende Grenzen des Verfahrensermessens ... 208
aa) Geeignetheit der Ermittlungsmaßnahmen ... 208
bb) Sachverhaltsangaben des Privaten und „nachvollziehende Amtsermittlung" ... 209
(1) Sachverhaltsangaben des Privaten ... 209
(2) Erforderlichkeit der „nachvollziehenden Amtsermittlung" ... 210
cc) Ausgewogenheit der Amtsermittlung ... 211
c) § 55 VwVfG analog als Grenze für Vergleichsabsprachen? ... 212
d) Zwischenergebnis zur Untersuchungsmaxime ... 213
4. Beteiligung Dritter ... 213
a) Herleitung von Anhörungserfordernissen ... 214
aa) Gesetzlich vorgeschriebene Anhörung ... 214
bb) Die Verfahrensbedeutung der Grundrechte ... 215
b) Zweck der Anhörung ... 217
c) Begriff und Zeitpunkt der Anhörung ... 217

d) Anzuhörender Personenkreis ... 218
e) Anhörung Dritter bei Absprachen ... 220
aa) Allgemeines ... 220
(1) „Offenheit" der Entscheidung zum Zeitpunkt der Anhörung ... 220
(2) Zeitpunkt der Anhörung und Reichweite der Vorentscheidung ... 221
bb) Rechtsbetroffenenbeteiligung ... 222
cc) Interessentenbeteiligung ... 224
dd) Popularbeteiligung ... 225
f) Bedenken gegen die Wirksamkeit der Anhörung ... 226
g) Anwendbarkeit von für Zwischenentscheidungen geltenden gesetzlichen Anhörungsvorschriften ... 227
h) Zwischenergebnis ... 228
5. Mitwirkungszuständigkeiten anderer Behörden und Stellen ... 229
a) Mitwirkung anderer Behörden ... 229
b) Beteiligung von Verbänden ... 230
c) Anhörung beteiligter Kreise ... 231
6. Befangenheit (§ 21 VwVfG) ... 232
7. Formerfordernisse ... 233
a) Schriftform ... 233
b) Begründung ... 234
8. Bekanntmachung ... 235
IV. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen ... 237
1. Abspracheninhalt und der Vorbehalt des Gesetzes ... 237
a) Abspracheninhalt und der grundrechtliche Eingriffsvorbehalt ... 237
aa) Der Eingriffsbegriff ... 238
bb) Abspracheninhalt als faktischer Eingriff ... 239
cc) Absprachen und der Grundsatz „volenti non fit iniuria" ... 240
(1) Begriff des Grundrechtsverzichts ... 240
(a) Die Ausübung negativer Freiheiten ... 241
(b) Die schlichte Nichtausübung von Grundrechten ... 241
(c) Der Grundrechtsausübungsverzicht ... 241
(d) Der Grundrechtsverzicht ... 242
(2) Grundrechtsverzicht durch Absprachen? ... 243
(3) Zulässigkeit und Voraussetzungen eines Grundrechtsverzichts ... 243
(a) Disponibilität der Grundrechtsposition ... 244
(b) Verzichtserklärung ... 245
(c) Übermaßverbot und Menschenrechtskern ... 245
(d) Widerruflichkeit des Verzichts ... 246
(4) Freiwilligkeit ... 246

(a) Freiwilligkeit als Voraussetzung der Freiheitsausübung ... 247
(b) „Widerrechtliche Drohung" ... 249
(aa) Drohung ... 249
(bb) Widerrechtlichkeit ... 249
(c) „Arglistige Täuschung" ... 251
(aa) Täuschung und Arglist ... 251
(bb) Drohung mit dem Erlaß einer rechtmäßigen, aber in Wahrheit nicht beabsichtigten rechtlichen Regelung ... 251
(cc) Aufklärungspflichten der Verwaltung ... 253
(d) „Unangemessenes Verhandlungsergebnis infolge eines strukturellen Ungleichgewichts" ... 254
(e) Zwischenergebnis zur Freiwilligkeit ... 255
(5) Wirkungen des Grundrechtsverzichts ... 256
b) Abspracheninhalt und der organisationsrechtliche Wesentlichkeitsvorbehalt ... 257
c) Gesetzliche Ermächtigung ... 257
d) Zusammenfassung ... 259
2. Abspracheninhalt und der Vorrang des Gesetzes ... 260
a) Verwaltungsvorschriften als „verhandlungsfähige Normen"? ... 260
b) Zulässigkeit von Kompensationslösungen ... 262
aa) Begriff der Kompensation ... 263
bb) Kompensationslösungen als Abweichung vom Gesetz? ... 264
cc) Lockerungen der Gesetzesbindung ... 264
(1) Kompensationslösungen im Bereich von Ermessens- und sonstigen Spielräumen ... 265
(a) Kompensationslösungen als Ermessensausübung ... 265
(b) Grenzen des Ermessens ... 265
(c) Die Verrechenbarkeit der Kompensationsgrößen ... 266
(2) Ausdrückliche gesetzliche Zulassung von Kompensationslösungen am Beispiel des Immissionsschutzrechts ... 267
(a) Nr. 2.2.1.1. lit. b TA Luft i.V.m. § 48 Nr. 1 BImSchG ... 267
(b) § 17 Abs. 3a BImSchG ... 268
c) Zusammenfassung zum inhaltlichen Gesetzesvorrang ... 268
3. Rechte und Belange Dritter ... 269
a) Abwehrrechte bei der Genehmigungserteilung ... 269
b) Vornahmeansprüche auf Ordnungs- (Sanierungs-) maßnahmen ... 269
c) Grundrechtseingriff durch normersetzende Absprachen ... 270
d) Eingriffsrechtfertigung ... 271
aa) Freiwillige Einwilligung ... 271
bb) Gesetzliche Ermächtigung ... 271
(1) Projektabsprachen ... 272

(2) Regulative Absprachen 272
e) Belange Dritter 272
4. Koppelungsverbot 273
a) Geltung für Absprachen 273
b) Maßstab für den Sachzusammenhang 274
aa) Gegenleistung als Einschränkung einer Begünstigung 274
bb) Gegenleistung als abgemilderte Belastung 275
cc) Der Ermessenszweck als Maßstab für den Sachzusammenhang 276
dd) Insbesondere: Fälle des sog. „überobligatorischen Vollzugs". 276
c) Beispiele 278
5. Verhältnismäßigkeit 279
a) Geeignetheit 280
b) Erforderlichkeit 281
c) Angemessenheit (Proportionalität) 282
d) Zwischenergebnis zur Verhältnismäßigkeit 283
6. Ermessens-, Abwägungs- bzw. Beurteilungsfehlerfreiheit (als innere Grenzen des Spielraums) 283
7. Gleichbehandlungsgrundsatz 284
a) Gleichbehandlung und Instrumentenwahl 284
b) Gleichbehandlung und Abspracheninhalt 285
c) Gleichbehandlung und Verfahrensermessen 286
d) Absprachen und Soll-Vorschriften 286

D. Zusammenfassung des 2. Teils 287

Teil 3

Rechtliche Folgen rechtmäßiger und rechtswidriger Absprachen 289

A. Informale Absprachen und formales Handeln: Rechtliche Auswirkungen auf formales Handeln (Tun oder Unterlassen) 290
I. Das Auswirkungsproblem als Problem des maßgeblichen Zeitpunktes .. 290
1. Bei regelungsvorbereitenden Absprachen 290
a) Rechtsförmiger Akt als *reiner* Ratifikationsakt? 291
b) Auswirkungen der Absprache auf den nachfolgenden Verfahrensabschnitt 292
c) Die Frage des maßgeblichen Zeitpunktes 292
2. Bei regelungsersetzenden Absprachen 293
3. Verfahrensfehler als Folge der unzulässigen Übernahme in Ermessens-, Abwägungs- und Beurteilungsentscheidungen 293
II. Präzedenzfälle 294
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gesetzgebung und zum Verordnungserlaß 294
2. § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB 296

a) Der maßgebliche Zeitpunkt für Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis in Rechtsprechung und Literatur 297
aa) Die ältere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts .. 297
bb) Kritik durch die Literatur 298
cc) Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: „Anlaßprüfung" 298
dd) Maßstäbe für die Erforderlichkeit einer „Anlaßprüfung" 299
b) Der maßgebliche Zeitpunkt ohne § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB..... 301
aa) Planungsentscheidung und Abwägung, Satzung und Ratsbeschluß 301
bb) Der maßgebliche Zeitpunkt für Abwägungsvorgang, Abwägungsergebnis und Satzungsinhalt 303
cc) Auswirkungen von Veränderungen der Sach- oder Rechtslage 304
c) Die Bedeutung und die Reichweite des § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB 305
d) Übertragbarkeit auf Absprachen 306
3. Schlußfolgerungen 307
III. Rechtliche Auswirkungen regelungsvorbereitender Absprachen (auf „formales Tun") 307
1. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Übernahme der Vorentscheidung 307
2. Rechtmäßige Absprachen 308
a) „Abgestufte Ermessensentscheidung" 308
b) Änderungen der Sach- oder Rechtslage 308
3. Rechtswidrige Absprachen 309
4. Rechtsschutz „gegen" regelungsvorbereitende Absprachen 310
a) Klage gegen die Absprache 311
b) Nachträglicher Rechtsschutz gegen die rechtsförmige Entscheidung 311
c) Vorbeugender Rechtsschutz gegen die rechtsförmige Entscheidung 312
aa) Vorbeugender Rechtsschutz gegen eine bestimmte Entscheidung 312
bb) Vorbeugender Rechtsschutz „auf" einen bestimmten Verfahrensschritt 314
5. Beispiel: VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 465 315
IV. Rechtliche Auswirkungen regelungersetzender Absprachen (auf „formales Unterlassen") 317
1. Regelungsersetzende Absprachen und gebundene Entscheidungen .. 317
2. Regelungsersetzende Absprachen und Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung 318
a) Rechtswidrige regelungsersetzende Absprachen 318
b) Rechtmäßige regelungsersetzende Absprachen 319

c) Änderungen der Sach- oder Rechtslage 319
d) Zwischenergebnis 321
3. Rechtsschutz 322
V. Zwischenergebnis 322

B. Absprachen und Ansprüche 323
I. Anspruchsverzicht *durch* Absprachen? 323
II. Noch keine Leistung erbracht 324
1. Ansprüche auf das abgesprochene Verhalten 324
a) Erfüllungsansprüche aufgrund von Selbstbindung? 325
b) Erfüllungsansprüche aufgrund von Vertrauensschutz? 325
aa) Vertrauensschutz und Entstehen von Erfüllungsansprüchen .. 325
bb) Vertrauensschutz und Erlöschen von Eingriffsbefugnissen ... 327
c) Anderweitige Ansprüche auf das abgesprochene Verhalten 328
aa) Gebundene Ansprüche 329
bb) Ansprüche auf ermessens- bzw. beurteilungsfehlerfreie Entscheidung 329
(1) Rechtmäßige Absprache 329
(2) Rechtswidrige Absprache 331
d) Schadensersatz wegen Nichterfüllung? 331
2. Ansprüche Dritter auf Vornahme oder Unterlassung 331
a) Gebundene Ansprüche 331
b) Ansprüche auf ermessens- oder beurteilungsfehlerfreie Entscheidung 332
III. Privater hat (vor-)geleistet 333
1. Erfüllungsanspruch aufgrund Ermessensreduktion 333
2. Rückerstattung im Wege des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs 334
a) Condictio indebiti (vgl. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB) 334
b) Öffentlich-rechtliche Zweckverfehlungskondiktion (condictio ob rem, vgl. § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB) 335
aa) Übertragbarkeit der Zweckverfehlungskondiktion auf das öffentliche Recht 335
bb) Zweckvereinbarung als Voraussetzung der Zweckverfehlungskondiktion 336
cc) Entstehen des Rückerstattungsanspruches 338
dd) Besonderheiten bei gesetzesvorbereitenden Absprachen 339
c) Anspruchsausschluß 341
d) Anspruchsinhalt 341
3. Sonstige Sekundäransprüche 342
a) Schadensersatzansprüche 342
aa) Amtshaftung 343
bb) Öffentlich-rechtliche culpa in contrahendo 343
b) Folgenbeseitigungsansprüche 345

IV. Verwaltung hat (vor-)geleistet 346
1. Schadensersatzanspruch aus c.i.c. 346
2. Öffentlich-rechtliche Zweckverfehlungskondiktion 347
V. Beide Seiten haben ihre Leistungen erbracht 347
VI. Ansprüche Dritter 348

C. Zusammenfassung des 3. Teils 349

Teil 4

Ausblick und Schluß 350

A. Ausblick 350
I. Möglichkeiten der Rezeption von Absprachen durch das Verwaltungsrecht 350
1. Rechtlich geregelte Formen der Entscheidungssegmentierung 351
2. Psychologische Effekte 352
II. Faktische Grenzen der Rezeption von Absprachen durch das Verwaltungsrecht 352

B. Schluß 353

Zusammenfassung 354

Literaturverzeichnis 357

Sachverzeichnis 388

Einleitung

„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit".[1] Formenbindung ist also ein Garant für die Wahrung von Freiheit und Gerechtigkeit. Andererseits enthält „jede Formvorschrift ... eine Beschränkung des Willens in der Wahl seiner Ausdrucksmittel"[2], also auch eine Einschränkung von Freiheit und engt den Freiraum ein, auf verschiedene Situationen verschieden zu reagieren. Eine allzu strenge Formenbindung bedeutet so auch eine Gefahr für die materielle faktische Gleichheit, die nach inhaltlichen Differenzierungsmöglichkeiten für „fallgemäße Lösungen" verlangt.[3] In diesem Spannungsfeld befinden sich rechtsunverbindliche (und insofern „informelle") Absprachen. Sie sind der Versuch, nicht mehr so sehr den oft als zu streng empfundenen Formenbindungen, sondern mehr der jeweiligen Situation gerecht zu werden.

Je nach Verwendungsweck und Betrachtungsweise werden Absprachen unterschiedlich bezeichnet: Im Strafverfahren ist neben dem Begriff der Absprache auch der dem Englischen entlehnte Begriff „Deal" gebräuchlich.[4] Aus verwaltungswissenschaftlichem Blickwinkel wird vom „Bargain" gesprochen.[5] Im Steuerrecht spricht man von „tatsächlichen Verständigungen".[6] Für das Verwaltungsrecht hat sich der Begriff der informellen bzw. informalen Absprache eingebürgert.[7]

Die informalen Absprachen sind seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland in der Literatur gelegentlich erwähnt worden,[8] wurden aber

---

[1] *Jhering*, Geist des Römischen Rechts II/2, 4. Aufl. 1883, S. 471.

[2] *Jhering*, Geist des Römischen Rechts II/2, 4. Aufl. 1883, S. 474.

[3] Vgl. *Dürig* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 4; *Bull* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 545 (553).

[4] Vgl. dazu jew. m.w.N. auch zur Rechtsprechung *Küpper/Bode*, Jura 1999, 351 ff. (1. Teil) und 393 ff. (2. Teil); *Weigend*, NStZ 1999, 57 ff.; *Beulke/Satzger*, JuS 1997, 1072 ff.; *Tschwerwinka*, Absprachen im Strafprozeß, 1995; *„Detlev Deal"*, StV 1982, 545 ff.

[5] *Kippes*, Bargaining, 1995.

[6] Dazu etwa *Seer*, Verständigungen in Steuerverfahren, 1996. Der BFH mißt diesen allerdings nach Treu und Glauben eine Bindungswirkung zu, die den Absprachen im Verwaltungsrecht gerade abgeht (vgl. etwa BFH, NJW 2000, 2447 f. m.w.N.).

[7] S. nur *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 71 ff.; *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 36 f.

erst Anfang der Achtziger Jahre von der Rechtswissenschaft wirklich entdeckt[9] und werden seitdem immer intensiver diskutiert. Die Literatur ist inzwischen geradezu unübersehbar geworden. Das große Interesse der Rechts- und Verwaltungswissenschaften läßt sich zum einen damit erklären, daß informale Absprachen ein Symptom dafür sind, daß die Verwaltungspraxis mit den herkömmlichen Handlungsformen nicht mehr auskommt oder auszukommen glaubt und von daher ein gewisser „Modernisierungsdruck" besteht. Zum anderen lassen sich die vom informalen Verwaltungshandeln aufgeworfenen Fragen offenbar nicht befriedigend beantworten – an informalen Absprachen scheiden sich die Geister: Die einen halten sie für einen sinnvollen und effektiven Weg, die Probleme des Verwaltungsalltags oder außergewöhnlicher Situationen angemessen zu lösen, die anderen warnen vor Mißbrauch und Kungelei. Letzteres kommt in Wendungen zum Ausdruck wie der, daß sich informale Absprachen „im Hinterzimmer des Rechts, im juristischen Dämmerlicht"[10] oder „im Schatten des kodifizierten Rechts"[11] bzw. in der „Grauzone des Rechts"[12] abspielen und daß sie „rechtlich nicht unverdächtig"[13] seien. Dementsprechend wird auch der Begriff der informalen Absprache oft mit einer positiven oder negativen Wertung belegt.[14]

---

[8] *Forsthoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1951, S. 64 f.; 10. Aufl. 1973, S. 74; *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht Zweiter Band, 2. Aufl. 1954, S. 200 f. u. Erster Band, 2. Aufl. 1953, S. 53; *Groeben*, DVBl 1966, 289 (290); *Redeker*, DVBl 1971, 369 (374); *Kaiser*, NJW 1971, 585 ff.; *Oldiges*, WiR 1973, 1 ff.; weitere Nachweise bei *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, S. 78 (Fn. 8). Kooperatives Verwaltungshandeln hat es aber offenbar schon im 19. Jahrhundert gegeben (*Ellwein* in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 43 ff.).

[9] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, dessen Untersuchung sich auf die empirische Untersuchung von *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978 stützt, an der *Bohne* mitgearbeitet hat. S. aber auch schon *Nickel*, Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft – Die öffentlich-rechtlichen Aspekte der Selbstbeschränkungsabkommen der deutschen Industrie, Diss. Hamburg 1979.

[10] *Isensee*, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 191.

[11] *H. Dreier*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 647 (649) m.w.N.; vgl. auch *Schuppert* in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 217 (238): „in the shadow of the law". Diese Redewendung kann allerdings auch im entgegengesetzten Sinne verstanden werden: Wenn feststeht, welches Verhalten das Recht von den Verhandlungspartnern verlangt (und welches nicht), findet die Verhandlung „im hellen Licht rechtlicher Sicherheit" statt (vgl. *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 11: „bargaining in the clear light of legal certainty"). Dann wirft „das Recht ... gleichsam seine Schatten auf die Verhandlung" und beeinflußt das Verhandlungsergebnis. Die Redewendung betont dann weniger die Loslösung vom positiven Recht als vielmehr die Orientierung an ihm (vgl. *Hager*, a.a.O. S. 44 u. 69).

[12] *H. Dreier*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 647 (657) m.w.N.

[13] *Gusy*, ZfU 1990, 353 (355).

Positiv wird hervorgehoben, daß durch Absprachen Ungewißheiten abgebaut werden, die durch unbestimmte Rechtsvorschriften in komplexen Entscheidungssituationen entstehen.[15] Die fehlende rechtliche Bindung verleihe der Absprache eine große Flexibilität, so daß beide Seiten auf Veränderungen schnell reagieren könnten.[16] Die Einbeziehung des Privaten erhöhe die Akzeptanz[17] und die Praktikabilität[18] der gefundenen Lösung. Außerdem könne auf diese Weise das Wissen und Know-how des Privaten, insbesondere von Unternehmen für den von der Verwaltung verfolgten öffentlichen Zweck nutzbar gemacht werden.[19] Das Risiko gerichtlicher Auseinandersetzungen werde verringert.[20] Die Verwaltung werde in die Lage versetzt, die Interessen Dritter und der Öffentlichkeit frühzeitig ins Spiel zu bringen, so daß diese schon bei der Antragstellung berücksichtigt und wirksam geschützt werden könnten.[21] Bei umweltrechtlichen Sanierungsabsprachen könne „per saldo" eine Verringerung der Emissionen erreicht werden, wenn die Behandlung zweier Anlagen miteinander verbunden werde.[22] Insgesamt

---

[14] Als sehr viel selbstverständlicher wird informelles Verwaltungshandeln offenbar in Japan betrachtet. Vgl. dazu *Fujita*, NVwZ 1994, 133 ff.; *ders.*, Die Verwaltung 15 (1982), 226 ff.; *Shiono* in: Coing u.a. (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts, 1990, S. 45 ff.; *Ohashi*, VerwArch 82 (1991), 220 (234 ff.). S. auch *Pape*, Gyoseishido und das Anti-Monopol-Gesetz in Japan, 1980.

[15] *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (441); *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (250 f.); *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 84 f.; *Dauber* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen, 1991,S: 67 (80); *Henneke*, NuR 1991, 267 (272).

[16] *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (253); *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1026); *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1010); *Lecheler*, BayVBl 1992, 545 (547); *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 267 (203); *Dauber* in: *Becker-Schwarze* u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen, 1991,S: 67 (81); *Henneke*, NuR 1991, 267 (272); *Grohe*, WiVerw 1999, 177 (181).

[17] *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1026); *Bulling*, DÖV 1989, 277 (278); *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (794); *Kunig/Rublack*, Jura 1990, 1 (11); *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1202); zur Akzeptanz S. *Würtenberger*, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, 1996; *dens.*, NJW 1991, 257; *Czybulka*, Die Verwaltung 26 (1993), 27.

[18] *Lecheler*, BayVBl 1992, 545 (547); *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (252 f.); *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 66.

[19] *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1026); S. auch *Rohde*, DÖV 1979, 485 (488).

[20] *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1194); *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (252); *Bulling* in: Hill (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990, S. 147 (153); *Dauber* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen, 1991, S. 67 (80).

[21] *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (252); *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (442); *Henneke*, NuR 1991, 267 (272).

[22] *Bulling* in: Hill (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990, S. 147 (148); *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 176 ff.; vgl. auch *Jarass*, DVBl 1986, 314 (320).

könne durch Absprachen ein zügiges und effizientes Verwaltungshandeln unterstützt werden.[23] Das Treffen von Absprachen könne daher durchaus objektiv veranlaßt und sachgerecht sein.[24]

Auf der anderen Seite wird vor der Gefahr gewarnt, daß durch die Kooperation der Verwaltung mit dem Privaten der Gesetzeszweck verfehlt wird und so ein Vollzugsdefizit entstehe,[25] und daß die Verwaltung versuchen könnte, sich ihrer Gesetzesbindung zu entziehen und die für andere, formale Handlungsformen existierenden Vorschriften zu umgehen.[26] Es wird befürchtet, daß das Recht zum „Tauschobjekt" verkomme.[27] Positionen Dritter seien gefährdet, wenn sie in der Absprache außen vor blieben, anstatt frühzeitig mit einbezogen zu werden.[28] Absprachen seien meist wenig transparent und deshalb durch die Gerichte nur schwer zu kontrollieren.[29] Beteiligten sich Private, nur scheinbar freiwillig, auf staatlichen Druck hin an einer Absprache, seien auch ihre Rechte gefährdet.[30] Das führe insgesamt zu einer Rechtsschutzverkürzung für beteiligte und drittbetroffene Private.[31] Kehrseite der Flexibilität von Absprachen sei ihre geringere Verläßlichkeit,[32] so daß die Rechtssicherheit nicht gefördert, sondern gefährdet werde. Anstatt an Zügigkeit und Effizienz zu gewinnen, könne die Verwaltungstätigkeit auch behindert und verzögert werden, wenn die Verwaltung zu lange erfolglos versuche, zu einer einvernehmlichen Lösung zu kommen.[33]

---

[23] *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1202); S. auch *Lecheler*, BayVBl 1992, 545 (547); *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (252 f.); *Dauber* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen, 1991,S: 67 (80 f.).

[24] *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1202); *Bulling*, DÖV 1989, 277 (278).

[25] *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (443); *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (254); dazu auch *Lübbe-Wolff*, NuR 1989, 295 ff. = in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 209 ff.

[26] *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1202); *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1027).

[27] *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (254).

[28] *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (443); *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (254 f.); *Kloepfer*, JZ 1991, 737 (743); *Dauber* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen, 1991,S: 67 (83); *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 67; *Voßkuhle*, VerwArch 92 (2001), 185 (205).

[29] *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (255); *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (212 f.); *Henneke*, NuR 1991, 267 (273).

[30] *Kloepfer*, JZ 1991, 737 (743); *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1010); *Oldiges*, WiR 1973, 1 (7 ff.).

[31] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 233 f.; *Dauber* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen, 1991,S: 67 (83 f.).

[32] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 230 f.

[33] *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (256); *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (794); *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland,

Das eigentlich Unbefriedigende ist, daß beide Seiten recht haben: Zum einen würde die Verwaltung in manchen Bereichen nahezu zum Erliegen kommen und würden Verwaltungsverfahren oft (noch) länger dauern, wenn sich die Verwaltungspraxis nicht informaler Absprachen bedienen würde. Jedenfalls kann in der Praxis auf Absprachen offenbar nicht verzichtet werden. Auf der anderen Seite sind die Mißbrauchsgefahren informaler Absprachen nicht zu leugnen, die aus ihrer oft mangelnden Kontrollierbarkeit sowie daraus resultieren, daß ihre Wirkung nicht auf rechtlicher Bindungswirkung, sondern auf faktischen Wirkungszusammenhängen beruhen, die jedoch im Ergebnis ebenso schwer wiegen können, wie die rechtliche Bindungswirkung beispielsweise eines Verwaltungsaktes oder eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Aus diesem Grund stehen Absprachen in einem kaum auflösbaren Spannungsverhältnis zwischen praktischer Notwendigkeit einerseits und rechtlicher Bedenklichkeit und Mißbrauchsgefahr andererseits. Dieses Spannungsverhältnis ist mit Niklas Luhmanns Begriff von der „brauchbaren Illegalität"[34] treffend umschrieben.

Daß die Wirkung von Absprachen auf faktischen Wirkungszusammenhängen beruht, wirft weiter die Frage auf, welche Folgen die Rechtswidrigkeit einer Absprache hat. Wenn Absprachen ohnehin keine rechtliche Wirksamkeit besitzen, können sie jedenfalls nicht nichtig sein oder von einem Gericht aufgehoben werden.[35] Deshalb ist zu untersuchen, wie die Rechtswidrigkeit von Absprachen ungeachtet deren „Nichtgeltung" zur Geltung gebracht werden kann. Dafür ist die Rechtsverhältnislehre der Ausgangspunkt.

Die vorliegende Untersuchung ist ein Versuch, das Dilemma aufzuzeigen, Maßstäbe für die Rechtmäßigkeit von Absprachen zu finden und die rechtlichen Folgen darzustellen, die rechtmäßige bzw. rechtswidrige Absprachen und deren Befolgung bzw. Nichtbefolgung haben. Zu diesem Zweck sind zuerst die rechtlich relevanten Eigenschaften von Absprachen herauszuar-

---

1990, S. 67; *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (216); *Dauber* in: Becker-Schwarze u. a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen, 1991,S: 67 (216).

[34] *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organistation, 2. Aufl. 1972, S. 304 ff. S. auch *Wagener*, VVDStRL 37 (1979), 215 (243): „pragmatische Illegalität" (allerdings mit dem ausdrücklichen Hinweis, daß diesem Begriff die systemtheoretisch positive Wertung der „brauchbaren Illegalität" fehlt). Krit. *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 57: „Pragmatische Illegalität" bleibe letztlich „illegale Pragmatik". *Püttner*, KritV 1991, 63 (70) spricht von zwei Gesichtern „des Informalen im Rechtsstaat", einem negativen, das in der Diskussion in Deutschland zur Zeit überwiegend hervorgehoben werde und einem positiven, das „jederzeit aufleuchten" könne.

[35] *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 251; *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1200).

beiten (Teil 1). Von diesen hängt es unter anderem ab, unter welchen Voraussetzungen informale Absprachen rechtmäßig sein können. Die Untersuchung der Rechtmäßigkeit informaler Absprachen geht von dem Entscheidungsspielraum aus, den die Verwaltung im Verhältnis zur Legislative und zur Judikative hat und der das Treffen der jeweiligen konkreten Absprache im Einzelfall decken muß. Dieser Spielraum der Verwaltung wird in verfahrensrechtlicher und materiellrechtlicher Hinsicht durch den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes begrenzt. Daraus ergeben sich die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Absprachen (Teil 2). Sodann wird untersucht, welche Folgen rechtswidrige Absprachen haben, wie diese sich von denen rechtmäßiger Absprachen unterscheiden und wie an der Absprache beteiligte und dritte Private Rechtsschutz erlangen können, um diese Folgen praktisch umzusetzen (Teil 3).

Teil 1

Empirie und Begriff rechtsunverbindlicher Absprachen

A. Existenz von Absprachen

Aus verschiedenen Gründen[1] handelt die Verwaltung heute nicht mehr nur in den typischen einseitig-hoheitlichen Handlungsformen des Verwaltungsakts und der Verordnung bzw. Satzung, sondern bedient sich auch mehr oder weniger neuer Handlungsinstrumente. Dabei sind zwei Entwicklungen zu verzeichnen: Zum einen ein Trend zur Kooperation, zum anderen eine Entwicklung hin zum sog. „informalen" oder „informellen"[2] Handeln. Im Schnittpunkt beider Entwicklungslinien stehen die informalen Absprachen als Instrumente informaler Kooperation zwischen der Verwaltung und Privaten.

I. Kooperation und informales Handeln

1. Kooperation

Kooperation im Sinne einer gemeinsamen Verantwortung und demgemäß auch gemeinsamen Entscheidung des Staates und gesellschaftlicher Kräfte[3] wird für das Umweltrecht durch das Kooperationsprinzip gefordert, das zunächst als umweltpolitisches Prinzip von der Bundesregierung formuliert[4] und 1990 in Art. 16 des Staatsvertrages zur Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion sowie in Art. 34 des Einigungsvertrages festgeschrieben wurde.

---

[1] Zu ihnen später unten C. (S. 68 ff.).

[2] Zu diesen Begriffen unten A. I. 2. a) (S. 32 ff.).

[3] Vgl. *Müggenborg*, NVwZ 1990, 909 (909); weiter *Murswiek*, ZUR 2001, 7 (8): „jedes Zusammenwirken zwischen Staat und Gesellschaft".

[4] Zum Kooperationsprinzip vgl. *Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988; *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990; *Stabel*, Kooperations- versus Geheimhaltungsprinzip, Bayreuth 1997, S. 2 ff.; *Müggenborg*, NVwZ 1990, 909; *Schrader*, DÖV 1990, 326 sowie BVerfGE 98, 83 (98 ff.); BVerfGE 98, 106 (120 ff.) und dazu etwa *Di Fabio* in: P. M. Huber (Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1999, S. 37 ff.

Kooperation zwischen Staat und Privaten ist aber nicht auf das Umweltrecht beschränkt und wird in den verschiedensten Situationen und auf vielerlei Weise praktiziert. Neben dem Vertrag und den rechtsunverbindlichen Absprachen, die den Gegenstand dieser Untersuchung bilden, haben sich vielfältige weitere Kooperationsformen entwickelt, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.[5]

2. Informales Handeln

Die Begriffe „informal" und „informell" werden üblicherweise synonym verwendet.[6]

a) Der Begriff des „Informalen"

aa) Zur Kritik am Begriff des „Informalen"

An dem Begriff des „Informalen" wird aus mehreren Richtungen Kritik geübt. Zum einen wird kritisiert, daß er semantisch abwertend sei und Heimlichkeiten und rechtlich oder ethisch nicht einwandfreie Praktiken assoziiere.[7] Auf der anderen Seite wird bemängelt, der Begriff beschönige, daß die damit umschriebenen Praktiken sich außerhalb der Legalität vollzögen.[8] Überhaupt sei „die Wortkreation ein Mißgriff", weil „informal" nicht, wie es sprachlogisch sein müßte, die „(kontradiktorische) Verneinung" von „formal" (= inhaltsleer, formbezogen) sein solle.[9]

Solchen Wertungen ist jedoch zu widersprechen. Der Begriff des „Informalen" dient zunächst und vor allem dazu, eine Problemkategorie zu schaffen, mit der die Gemeinsamkeiten bestimmter in der Verwaltungspraxis vorkommender Verhaltensweisen erfaßt und beschrieben werden können. Damit ist noch kein Urteil über die Rechtswidrigkeit oder über den morali-

---

[5] Vgl. dazu *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990; *Müggenborg*, NVwZ 1990, 909; *Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988; *Kloepfer*, Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, § 4 Rn. 45 ff.; *Voßkuhle*, ZUR 2001, 23 (27).

[6] Der Begriff „informal" hat zwar den Vorzug, daß er die Bildung des Substantivs „Informalität" erlaubt (vgl. *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (343 m. Fn. 1), allerdings hat dies nicht zur Folge, daß er dem Begriff „informell" generell vorzuziehen ist (a. A. *Siems*, Der Begriff des schlichten Verwaltungshandelns, 1999, S. 223 f.). *Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, 1984, S. 16, hält den Begriff des Informalen für den weiteren.

[7] *Bulling*, DÖV 1989, 277 (278); weitere Nachweise bei *Henneke*, NuR 1991, 267 (268).

[8] *Sendler*, DÖV 1989, 482 (486).

[9] *Isensee*, DVBl 1986, 955 (955).

schen Wert solcher Verhaltensweisen gesprochen. Die Erfassung in einer einheitlichen Problemkategorie ist nur der erste Schritt auf dem Weg zur Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit. Der Begriff des „Informalen" ist daher als solcher weder abwertend noch beschönigend, sondern rechtlich und moralisch neutral.

Die aus entgegengesetzten Richtungen kommenden Kritiken am Begriff des Informalen heben sich so gesehen gewissermaßen gegenseitig auf. Sie beweisen außerdem, daß die Einstellung zu dem Begriff vom Vorverständnis des Urteilenden abhängig ist: Ob man den Begriff „informal" als abwertend oder als beschönigend empfindet, hängt davon ab, ob man ein positives oder negatives Vor-Urteil gegen die damit bezeichneten Verhaltensweisen hat. Die damit verbundene Pauschalierung steht der gebotenen differenzierten Betrachtung entgegen.

bb) Definitionen in Literatur und Rechtsprechung

Die Definiton des Begriffes „informal" wird teilweise gewonnen, indem die Begriffe „formal" und „informal" einander als Komplementärbegriffe gegenübergestellt werden, die alternative Handlungsmodalitäten bezeichnen, zwischen denen der Staat in einer konkreten Entscheidungssituation zumindest faktisch wählen könne.[10] Als „formal" werden dann „alle rechtlich geregelten tatsächlichen Verfahrenshandlungen und alle Entscheidungen bezeichnet, die auf die Bewirkung von Rechtsfolgen gerichtet sind (sog. Rechtshandlungen)."[11] Die Bedeutung des Begriffs „informal" wird dann aus der faktischen Wahlmöglichkeit in der konkreten Entscheidungssituation und der Umkehrung der Merkmale des „Formalen" gewonnen. „Informal" seien demzufolge „alle rechtlich nicht geregelten Tathandlungen, die der Staat anstelle von rechtlich geregelten Verfahrenshandlungen oder Rechtsfolgeentscheidungen wählt, die jedoch zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges auch in den von der Rechtsordnung bereitgestellten öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Handlungsformen hätten erfolgen können".[12]

Ein Definitionsmerkmal des informalen Verwaltungshandelns ist danach ein Alternativverhältnis zu rechtlichen Handlungsformen.[13] Da der Staat

---

[10] *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (343).

[11] *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (344).

[12] *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (344).

[13] *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (344); *ders.*, Artikel „Informales Verwaltungshandeln" in: Kimminich/v. Lersner/Storm (Hrsg.), Handwörterbuch des Umweltrechts, 2. Aufl. 1994; ebenso *Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988, S. 65; *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 59 f.; kritisch dazu *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 17 f.; *Stabel*, Kooperations- versus Geheimhaltungsprinzip, 1997 S. 15.

mit dem Einsatz solcher rechtsunverbindlichen Mittel auf die Möglichkeit der Durchsetzung seines Willens mit rechtsstaatlichen Zwangsmitteln verzichtet, sei zudem erforderlich, daß er „etwas anzubieten" habe, um Private zu dem staatlich gewünschten Verhalten zu veranlassen; er müsse im weitesten Sinne etwas einzutauschen haben. Daher sei auch das Tauschprinzip dem informalen Handeln immanent,[14] so daß nur kooperative Verhaltensweisen als informal bezeichnet werden könnten.

Von anderen werden unter „informal" alle Verhaltensweisen verstanden, die „in der formellen Ordnung des Entscheidungsprozesses nicht vorgesehen" sind.[15] Daraus lassen sich als Merkmale nur ableiten, daß „informales" Verhalten rechtlich nicht geregelt und, weil rechtliche Verbindlichkeit eine rechtliche Regelung voraussetzt, rechtlich nicht verbindlich ist.[16] Daß das informale Handeln in einem Alternativverhältnis zu den rechtlich geregelten Handlungsformen steht, läßt sich bei dieser Herleitung des Begriffes ebensowenig als Definitionsmerkmal des „Informalen" ansehen, wie das Tauschprinzip. Dementsprechend können nach dieser Definition auch einseitige Verhaltensweisen des Staates als „informal" bezeichnet werden, wie z.B. Warnungen und Empfehlungen.[17] Auch kann nach dieser Definition ein Verhalten als „informal" bezeichnet werden, das nicht anstelle von rechtlich geregelten Handlungsformen sondern in einer Situation gewählt wird, in der eine „formale" Handlung nicht in Betracht kommt.[18]

---

[14] *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (344); *ders.*, Artikel „Informales Verwaltungshandeln" in: Kimminich/v. Lersner/Storm (Hrsg.), Handwörterbuch des Umweltrechts, 2. Aufl. 1994; ferner die in Fn. 13 Genannten sowie *H. Dreier*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 647 (649 ff.); *Müggenborg*, NVwZ 1990, 909 (914); *Heintzen* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 167 (172).

[15] *Ossenbühl*, Jahrbuch UTR 1987, 27 (29) im Anschluß an *Quaritsch* in: Fs. f. Ule z. 70. Geb., 1977, S. 135 (139); *Schulte*, DVBl 1988, 512 (512); Vgl. *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 60: „Verwaltungshandeln..., das das rechtlich geregelte Handlungsarsenal erweitert bzw. ergänzt". Vgl. auch *Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, 1984, S. 15: In Verfassungs- oder Gesetzestexten weder niedergelegt noch in bezug genommen.

[16] Vgl. BVerwGE 90, 112 (125), wo „informal" im Hinblick auf Grundrechtseingriffe schlicht mit „tatsächlich" gleichgesetzt wird. „...tatsächliche (‚informale') Grundrechtseingriffe".

[17] So *Ossenbühl*, Jahrbuch UTR 1987, 27 (29); *Schulte*, DVBl 1988, 512 (512); *Henneke*, NuR 1991, 267 (270); *Kloepfer*, Jura 1993, 583 (587); *Brohm*, DVBl 1994, 133 (134).

[18] Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, ob das informale Verhalten in dieser Situation rechtmäßig ist.

cc) Eigene Definition

Dieser Untersuchung soll eine eigene Begriffsdefinition informaler Absprachen zugrundegelegt werden:

(1) Begriffliche Herleitung

(a) Der begriffliche Gegensatz „formal" – „informal"

Informal oder *informell* ist ein Komplementärbegriff zu *formal* oder *formell*. Aus diesem Gegensatz lassen sich Ansatzpunkte für eine Definition herleiten.

Unter *formal* wird verstanden „auf die Form bezüglich; förmlich; unlebendig; äußerlich"[19], „nur der Form nach",[20] „inhaltsleer"[21] bzw. „der Form nach; hinsichtlich der Form"[22]. *Formell* bedeutet „förmlich, die Formen (peinlich) genau beobachtend; äußerlich; zum Schein vorgenommen"[23] bzw. „aufgrund festgelegter Ordnung, aber nur äußerlich, ohne eigentlichen Wert, um dem Anschein zu genügen".[24] *Informell* bedeutet als Gegenbegriff daher „nicht förmlich; auf Formen verzichtend"[25] bzw. „nicht formell; ohne Formalitäten"[26]. Die Begriffe *formal/formell* drücken somit Formbezogenheit, Äußerlichkeit und Inhaltsleere aus.[27] *Informal/informell* ist insoweit der Verzicht auf bzw. die Außerachtlassung von Formalitäten.

(b) Der begriffliche Gegensatz „formal" – „material"

Zu *formal* gibt es aber noch einen weiteren Gegenbegriff, nämlich *material*.[28] *Material* oder *materiell* bedeutet „stofflich, inhaltlich, sachlich".[29]

---

[19] Duden, 1. Band: Rechtschreibung, 18. Auflage 1981.

[20] Duden, Rechtschreibung, 21. Aufl. 1996; ähnlich Duden, Deutsches Universalwörterbuch A–Z, 2. Aufl. 1989: „die äußere Form ... von etw. betreffend, ... nur der Form nach [vorhanden], ohne eigentliche Entsprechung in der Wirklichkeit".

[21] *Isensee*, DVBl 1986, 955 (955).

[22] Bertelsmann Lexikon Verlag, Die neue deutsche Rechtschreibung, 1996.

[23] Duden, 1. Band: Rechtschreibung, 18. Auflage 1981; etwas knapper Duden, Rechtschreibung, 21. Aufl. 1996.

[24] Duden, Deutsches Universalwörterbuch A–Z, 2. Aufl. 1989.

[25] Duden, Rechtschreibung, 21. Aufl. 1996.

[26] Bertelsmann Lexikon Verlag, Die neue deutsche Rechtschreibung, 1996.

[27] Vgl. auch *Isensee*, DVBl 1986, 955 (955).

[28] *Isensee*, DVBl 1986, 955 (955), S. auch *Bohne* in: Blankenburg/Lenk (Hrsg.), Organisation und Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 7 (1980), S. 20 (24). Vgl. ferner *Schulze-Fielitz* in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 11 (17); *Günther* in: ebd.,

Auch damit ist ein Gegensatz zu *formal/formell* bezeichnet, denn auch „lebendig; innerlich; nicht nur zum Schein; mit Inhalt" ist ein Gegensatz zu „unlebendig; äußerlich; nur zum Schein; inhaltsleer".

(c) Das Begriffsdreieck „formal" – „material" – „informal"

Die Bedeutung des Begriffes *informal* ist daher aus seiner Stellung im Begriffsdreieck *formal – material – informal* (= *formell – materiell – informell*) abzuleiten. *Formal* bedeutet dabei „mit Form, aber ohne Inhalt", also „inhaltsleere Form". *Informal* besagt als Gegenbegriff insoweit, daß Inhalt vorhanden ist.

Material meint, daß der Sache nach Inhalt vorhanden ist, ohne daß über das gleichzeitige Vorhandensein oder die Einhaltung einer Form eine Aussage getroffen würde, also „mit Inhalt". Insofern bedeutet *informal*, daß eine Form nicht vorhanden ist bzw. nicht beachtet wurde.

Als Komplementärbegriff zu beiden, formal und material, bedeutet *informal* somit, daß inhaltlich (material) etwas vorhanden ist (also „mit Inhalt"), ohne daß dafür eine Form eingehalten wurde („ohne Form"): also gewissermaßen „formloser Inhalt".[30]

(2) Informales Verwaltungshandeln

Verwaltungshandeln ist danach *informal*, wenn es einen Inhalt hat, ohne eine Form einzuhalten. Es stellt sich nun die Frage, wann Verwaltungshandeln in diesem Sinne „Inhalt" hat (a) und wann es „formlos" ist (b).

(a) Verwaltungshandeln mit „Inhalt"

Hinsichtlich des „Inhalts" von Verwaltungshandeln ist zunächst zwischen reinen Tathandlungen und Entscheidungen zu unterscheiden: Reine Tathandlungen erschöpfen sich in dem durch sie herbeigeführten tatsächlichen Erfolg; sie sind im selben Moment erledigt und nicht unmittelbar dar-

---

S. 51 (51); *Grimm* in: ebd., S. 291 (296 f.); *Erfmeyer*, DÖV 1996, 629 (629 f.); BGH, NJW 1996, 3019 (3020 sub 2. u. 3.).

[29] Duden, Rechtschreibung, 21. Aufl. 1996.

[30] Vgl. auch den Diskussionsbeitrag von *Haverkate*, VVDStRL 45 (1987), 261 (262): Wenn eine hoheitliche Verfügung nur ein formaler Endpunkt von Verhandlungen zwischen dem Bürger und der Verwaltung ist, dann ist „das Hoheitliche nur noch Form; inhaltlich sind Absprachen zwischen den Beteiligten". Mit dieser Herleitung des Begriffes aus seiner Stellung in dem Begriffsdreieck *formal – informal – material* wird auch der sprachlogischen Kritik *Isensees* Rechnung getragen (vgl. o. S. 32 Fn. 9).

auf gerichtet, das Verhalten von Personen in der Zukunft zu beeinflussen. Entscheidungen dagegen sind unmittelbar darauf gerichtet, das Verhalten insbesondere von Privaten, aber auch von Behörden in der Zukunft zu beeinflussen (zu „programmieren").

In Form der *Rechtsfolgeentscheidung* wird dies dadurch bewirkt, daß eine Rechtsfolge (Gebot oder Verbot) gesetzt wird, die mit rechtlichen Mitteln durchgesetzt werden kann. Verwaltungshandeln kann aber auch auf eine Verhaltensprogrammierung gerichtet sein, *ohne* eine entsprechende *Rechtsfolge* zu setzen: Eine Warnung oder Empfehlung beeinflußt das Kaufverhalten der Verbraucher, ohne daß diese dazu rechtlich verpflichtet wären; an eine Absprache halten sich die Beteiligten, ebenfalls ohne daß sie dazu rechtlich verpflichtet wären.[31] Wie eine Rechtsfolgeentscheidung ist solches Verwaltungshandeln auf eine Verhaltensbeeinflussung gerichtet, nur daß diese nicht durch das Setzen einer Rechtsfolge bewirkt wird, sondern durch tatsächliche (faktische) Wirkungsmechanismen.[32] Informales Handeln programmiert also faktisch das Verhalten von Menschen.

Wenn man nun den Begriff des „Inhalts" für solche Rechtsfolgen- oder tatsächlichen Entscheidungen reserviert, die darauf gerichtet sind, das Verhalten von Menschen rechtlich oder faktisch zu programmieren, und in Abgrenzung dazu bei reinen Tathandlungen lediglich von deren (tatsächlichem) *Erfolg* spricht, ist der *Inhalt* von Verwaltungshandeln immer eine *Entscheidung*, unabhängig davon, ob die Verhaltensprogrammierung als Rechts- oder als tatsächliche Folge angestrebt wird. Betrifft diese Entscheidung nicht die Sache selbst, sondern eine Handlung auf dem Weg zu einer solchen, ist es keine *Sachentscheidung*, sondern *Verfahrenshandlung*.

„Inhalt" haben somit Sachentscheidungen und Verfahrenshandlungen der Verwaltung.

(b) Verwaltungshandeln „ohne Form"

„Formlos" und damit „informal" ist ein Sachentscheidung oder eine Verfahrenshandlung dann, wenn sie keine Form beachtet. Fraglich ist nun, welche „Formen" für Sachentscheidungen in Betracht kommen. Dabei sind zwei Ebenen logisch auseinanderzuhalten:[33] Die eine ist die empirische

---

[31] Vgl. dazu näher unten D. I. a) (S. 80 ff.).

[32] S. *Bohne* in: Gessner/Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 8 (1982), S. 266 (272), der darauf hinweist, daß „den Absprachepartnern regelmäßig vielfältige Möglichkeiten zur Verfügung stehen, der Gegenseite bei einem Bruch der Absprache politisch-soziale Nachteile zuzufügen". S. auch *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (200 f.).

Ebene, auf der bestimmte *tatsächliche (empirische) Erscheinungsformen* des Verwaltungshandelns zu beobachten sind. Davon ist auf der rechtlichen Ebene der Begriff der *Rechtsformen des Verwaltungshandelns* (rechtliche Handlungsformen) zu unterscheiden, womit die von der Rechtsordnung bereitgestellten Formen bezeichnet werden. Der Begriff „informal" bezieht sich als begrifflicher Gegensatz ausschließlich auf die so verstandenen *Rechtsformen* des Verwaltungshandelns.[34]

> Von einer Rechtsform des Verwaltungshandelns kann also nur gesprochen werden, wenn eine empirische Erscheinungsform des Verwaltungshandelns durch das Recht „erfunden" und der Praxis zur Verfügung gestellt wird oder wenn sie vom Recht „vorgefunden" und rezipiert wird. Dafür ist nicht erforderlich, daß die Handlung als Rechtshandlung ausgestaltet wird, daß also durch die Handlung unmittelbar Rechtsfolgen gesetzt werden. Auch konkrete Typen von Tathandlungen können durch Rechtsnormen rezipiert werden, etwa wenn die sonst informalen Warnungen und Empfehlungen für bestimmte Fälle von der Rechtsordnung ausdrücklich vorgesehen werden.[35]

Informal ist eine Sachentscheidung oder eine Verfahrenshandlung somit dann, wenn sie sich nicht der von der Rechtsordnung bereitgestellten Formen bedient, m. a. W. wenn sie „nicht rechtsförmig" ist.

(c) Informalität und Faktizität

Wenn *informal* also nur rechtlich *nicht geregeltes* Verhalten ist, dann ist es notwendigerweise immer tatsächliches Verwaltungshandeln, mit dem *keine Rechtsfolgen gesetzt* werden können und das nicht mit Zwang durchgesetzt werden kann, denn nur die Rechtsordnung kann Handlungsinstrumente zu Verfügung stellen, die Rechtsfolgen haben.[36] Mit einer informalen Sachentscheidung kann die Verwaltung daher keine Rechtsfolgen setzen, sondern nur auf faktische Wirkungen abzielen.[37]

---

[33] So auch *Pauly* in: Becker-Schwarze u. a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 25 (32 ff.); *Pauly*, DVBl 1991, 521 (521). Nach *Siems*, Der Begriff des schlichten Verwaltungshandelns, 1999, S. 225 ff. ist „Handlungsform" der übergeordnete Begriff.

[34] Wäre er als Gegensatz zur tatsächlichen Erscheinungsform auf der empirischen Ebene gemeint, würde er ja bedeuten „empirisch nicht zu beobachten".

[35] Vgl. z. B. die entsprechenden Ermächtigung in Art. 3 BayLÜG (Bayerisches Lebensmittelüberwachungsgesetz v. 11.11.1997, GVBl. S. 738.

[36] Vgl. *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (220); vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 215 ff.

[37] Zu der psychischen Unausweichlichkeit appellgemäßen Verhaltens des Verbrauchers bei öffentlichen Warnungen vor (vermeintlich) gesundheitsschädlichen Lebensmitteln vgl. *Berg*, ZLR 1990, 656 (567 f.) = in: Streinz (Hrsg.), Deutsches und europäisches Lebensmittelrecht, 1991, 145 (147 f.).

(3) Zwischenergebnis: Definition

„Informales Verwaltungshandeln" ist daher zu definieren als rechtlich nicht geregelte Verfahrenshandlungen sowie Sachentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, die außerhalb der rechtlich geregelten Handlungsformen vorgenommen werden.

Daß ein Alternativverhältnis des informalen zum rechtsförmigen Verwaltungshandeln besteht folgt aus dieser Definition insofern, als Sachentscheidungen und Verfahrenshandlungen natürlich nicht nur informal, sondern auch durch rechtsförmige Handlungsformen getroffen werden können. Diese Alternativität besteht jedoch nur auf einer abstrakten Ebene. Wenn eine konkrete Absprache *zur Vorbereitung* einer rechtsförmigen Entscheidung (z.B. eines Verwaltungsakts) getroffen wird,[38] bestehen die Absprache und der Verwaltungsakt nicht alternativ, sondern kumulativ.

Ein Tauschverhältnis ist dem informalen Verwaltungshandeln dagegen nicht immanent. Es können daher auch einseitige Verhaltensweisen des Staates als „informal" bezeichnet werden, wie z.B. die bereits erwähnten Warnungen und Empfehlungen. Insoweit entspricht die hier vertretene Ansicht der weiter gefaßten Literaturansicht.[39] Dieser ist entgegengehalten worden, daß bei einer so weiten Fassung Verhaltensweisen erfaßt werden, die so verschieden seien, daß ihre Zusammenfassung in ein und derselben Problemkategorie nicht sinnvoll sei.[40] Wenn man einseitiges Handeln der Verwaltung von vornherein aus dem Begriff des Informalen ausklammert, läuft man jedoch Gefahr, sich den Blick auf die durchaus vorhandenen Gemeinsamkeiten kooperativer und einseitiger Ausprägungen rechtlich nicht geregelten Verwaltungshandelns zu verstellen. Der Weite der Definition läßt sich überdies dadurch abhelfen, daß der Bereich des informalen Handelns weiter differenziert wird in einseitiges und zweiseitiges bzw. konsensuales informales Handeln.[41] Durch die hier vertretene weite Definition in Verbindung mit einer weiteren Einteilung des informalen Verwaltungshandelns lassen sich somit die Gemeinsamkeiten *und* die Unterschiede seiner verschiedenen Ausprägungen erfassen.

---

[38] Zur Einteilung von Absprachen in Typen unten B. (S. 50 ff.).

[39] S. o. bb) (S. 33).

[40] Vgl. etwa *H. Dreier*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 647 (650); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 15 Rn. 16; *Gentzcke*, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, 1990, S. 2.

[41] So beispielsweise auch *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 19 ff.; *M. Schröder*, NVwZ 1998, 1011 (1012).

b) Warnungen und Empfehlungen als einseitiges informales Handeln

Warnungen und Empfehlungen werden von der Verwaltung auf unterschiedlichen Ebenen ausgesprochen.[42] Sie haben den Zweck, Private (Verbraucher) zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, beispielsweise indem diese sich an die Warnung oder Empfehlung halten und etwa bestimmte Nudelprodukte eines bestimmten Herstellers nicht kaufen,[43] bestimmten Sekten nicht beitreten,[44] keine Waschverstärkertücher oder Toilettensteine benutzen[45] oder bevorzugt Produkte kaufen, die das Umweltzeichen „Blauer Engel" tragen[46] usw. Solche Warnungen und Empfehlungen erzeugen zwar keinen Rechtszwang zu ihrer Befolgung, so daß ihre Wirksamkeit von der Befolgungsbereitschaft der angesprochenen Verbraucher abhängt. Diese wird aber dadurch erhöht, daß die Warnungen und Empfehlungen unter Inanspruchnahme staatlicher Autorität ausgesprochen werden.[47] In vielen Fällen kommt die Furcht der Verbraucher vor einer Schädigung der eigenen Gesundheit hinzu, der sie sich nicht entziehen können.[48] So erzeugt die hoheitliche Einwirkung eine faktische Wirkung, die im Ergebnis den Wirkungen rechtlicher Ge- oder Verbote gleichkommen kann.[49]

Soweit Warnungen und Empfehlungen in gesetzlichen Ermächtigungen ausdrücklich zugelassen sind,[50] können sie nicht mehr als informal bezeichnet werden, sondern sind „formalisiert" worden. An ihrer Rechtsunverbindlichkeit und faktischen Wirkungsweise ändert sich dadurch allerdings nichts.

---

[42] Dazu etwa *Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986; *ders.*, Jahrbuch UTR 1987, 27; *Schulte*, DVBl 1988, 512; *Kloepfer* in: König/Dose (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns, 1993, S. 329 (332 f.); *Leidinger*, DÖV 1993, 925 ff.; *Brohm*, DVBl 1994, 133 (134 ff.); *Gusy*, NJW 2000, 977.

[43] Vgl. OLG Stuttgart, NJW 1990, 2690 – Birkel; dazu u.a. *Haussühl*, VBlBW 1998, 90 ff.

[44] BVerwGE 82, 76 ff.; BVerfGE, NJW 1989, 3269 ff. (Kammerentscheidung) und dazu *Meyn*, JuS 1990, 630 ff.

[45] Vgl. *Ossenbühl*, Jahrbuch UTR 1987, 27 (31); *ders.*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986, S. 1.

[46] Vgl. *Ossenbühl*, Jahrbuch UTR 1987, 27 (32); *ders.*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986, S. 5 ff.

[47] *Ossenbühl*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986, S. 29.

[48] *Berg*, ZLR 1990, 656 (567 f.) = in: Streinz (Hrsg.), Deutsches und europäisches Lebensmittelrecht, 1991, 145 (147 f.).

[49] *Berg*, ZLR 1990, 656 (567) = in: Streinz (Hrsg.), Deutsches und europäisches Lebensmittelrecht, 1991, 145 (147).

[50] S. o. Fn. 35.

c) *Die informale Duldung*

Die Duldung ist im Ausländerrecht eine gesetzlich vorgesehene rechtliche Handlungsform der Verwaltung (§§ 55 f. AuslG) und in diesem Fall Verwaltungsakt.[51] Abgesehen von diesem Sonderfall spricht man von einer (informalen) Duldung, wenn die zuständigen Behörden trotz Kenntnis der Sachlage von gesetzlich gegebenen Möglichkeiten zum Einschreiten gegen rechtswidriges Verhalten oder einen rechtswidrigen Zustand keinen Gebrauch machen.[52] Dies geht über ein schlichtes Unterlassen hinaus; insofern ist oftmals auch von einer „aktiven Duldung" die Rede, die vom schlichten Unterlassen („passive Duldung") abgegrenzt wird:[53] Die aktive Duldung setzt neben der Kenntnis von dem rechtswidrigen Verhalten oder Zustand eine bewußte Entscheidung für das Nichteinschreiten voraus.[54] Die Duldung wirft in verwaltungsrechtlicher Hinsicht das Problem auf, ob sie einem späteren Einschreiten der Behörde gegen das bisher geduldete rechtswidrige Verhalten entgegensteht.[55] In strafrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob eine Duldung zur Rechtfertigung des Privaten führen kann.[56]

Das mögliche Einschreiten kann im Erlaß eines Verwaltungsaktes, im Vollzug eines bereits erlassenen Verwaltungsaktes oder nur in der Aufnahme der Amtsermittlung bestehen; die Duldung selbst kann in allen Formen behördlichen Verhaltens liegen, also beispielsweise in einem Realakt, in einem Verwaltungsakt (etwa in der Baugenehmigung für eine Anlage, die nur betrieben werden kann, wenn die bereits zuvor betriebene rechtswidrige Gewässerbenutzung fortgeführt wird[57]), in einem öffentlich-rechtli-

---

[51] *Renner*, Ausländerrecht, 7. Aufl. 1999, § 56, Rn. 10.

[52] Zur Definition der Duldung vgl. etwa *Rogall*, NJW 1995, 922 (923); *Gentzcke*, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, 1990, S. 21 ff. (24); *Randelzhofer/Wilke*, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, 1981, S. 9; Zur Möglichkeit, eine gesetzlich nicht geregelte Duldung durch Verwaltungsakt auszusprechen vgl. *Hermes/Wieland*, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988, S. 29 ff.

[53] Vgl. etwa *Rogall*, NJW 1995, 922 (923); *Gentzcke*, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, 1990, S. 65; *Randelzhofer*, Artikel „Duldung" in: Kimminich/v. Lersner/Storm (Hrsg.), Handwörterbuch des Umweltrechts, 2. Aufl. 1994, sub III.

[54] *Rogall*, NJW 1995, 922 (923); *Gentzcke*, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, 1990, S. 22 f.; *Körner*, Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000, S. 194.

[55] Vgl. dazu unten Teil 3: A. (S. 290 ff.).

[56] Vgl. *Rogall*, NJW 1995, 922 (923 f.); *Gentzcke*, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, 1990, S. 125 ff.; *Breuer*, NJW 1988, 2072 (2082); *Randelzhofer/Wilke*, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, 1981, S. 71.

[57] Vgl. BVerwGE, DVBl 1979, 67 (70); dazu *Randelzhofer/Wilke*, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, 1981, S. 63 f.; *Papier*, NVwZ 1986, 256 (259).

chen Vertrag sowie in einem bloßen Unterlassen.[58] Für die vorliegende Untersuchung ist von Bedeutung, daß aktive Duldungen auch Inhalt informaler Absprachen sein können.[59]

II. Der Begriff der Absprache – zwischen Kooperation und Informalität

Die Existenz informaler Absprachen ist vielfach und für die verschiedensten Rechtsgebiete belegt.[60] Lediglich die Häufigkeit, mit der Absprachen getroffen werden, wird unterschiedlich beurteilt; die Bandbreite reicht hier von „zuweilen"[61] über „durchaus üblich",[62] „häufig"[63] und „typisch"[64] bis hin zu „regelmäßig"[65].

Eine Absprache liegt vor, wenn „etwas abgesprochen" wird. Dafür sind schon begrifflich mindestens zwei Beteiligte erforderlich, die „etwas" miteinander absprechen. Absprachen sind deshalb als Kooperation zwischen den Beteiligten einzustufen. Gegenstand einer Absprache (das abgespro-

---

[58] *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl.2000, Kap. 2 Rn. 27.

[59] Zu den Duldungsabsprachen S. u. B. VI. 4. (S. 65).

[60] Vgl. etwa *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 144 ff., 318 ff., 341 ff. 400 ff. 424 ff. zum Immissionsschutzrecht, sowie S. 647 ff., 654 ff., 758 ff. zum Gewässerschutzrecht; *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 49 ff. und passim; *Schmittel*, Speyerer Forschungsberichte 92, 2. Aufl. 1991, S. 35 konkret für den „Fall Negertalsperre"; *ders.* in: Speyerer Forschungsberichte 70, Bd. 1, 1988, S. 159 (165) für das Gemeinschaftskernkraftwerk Neckar, Block II – Neckarwestheim; *A. Benz*, IUR 1990, 45 (45) für das Daimler-Werk Rastatt; *Gloede* in: Speyerer Forschungsberichte 70, Bd. 1, 1988, S. 81 (195); *Bechmann* in: Speyerer Forschungsberichte 70, Bd. 2, 1988, S. 41 (49); *Bulling*, DÖV 1989, 277 (278); *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (191 ff.); *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (439 ff.); *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1005 ff.); *Engelsberger*, Der Vollzug europarechtlicher Vorschriften auf dem Gebiet des Umweltschutzes, 1998, S. 226 ff.; *Sellner*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 2. Aufl. 1988, Rn. 122 f.; *Ronellenfitsch*, Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren, 1983, S. 309 f.; *Brohm*, DVBl 1994, 133 (133); *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (244 f.); *ders.*, Die Verwaltung 25 (1992), 301 (305); *Tomerius*, Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht, 1995, S. 26; *Winter*, Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, 1975, S. 15 f.; für den Bereich des Staatsorganisationsrechts *Busse*, VerwArch 87 (1996), 445 (447, 462 f.); *Eidenmüller*, DÖV 1986, 408 (413 f.); *Neumann*, VSSR 1993, 119 ff., der allerdings für den Bereich des Sozialrechts auch Verträge zu den informellen Handlungsweisen zählt. Informelle Mittel der Staatsaufsicht über Universitäten behandelt *Roellecke*, DÖV 1985, 854 ff.

[61] *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000 Kap. 2 Rn. 17.

[62] *Sellner*, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 2. Aufl. 1988, Rn. 123.

[63] *Brohm*, DVBl 1994, 133 (133).

[64] *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (440 f.).

[65] *Ipsen*, VVDStRL 48 (1990), 177 (194); *Sendler* in: Fs. f. Schlichter, 1995, S. 55 (83); vgl. auch *Tegethoff*, BayVBl 2001, 644 (645).

chene „etwas") kann alles mögliche sein. Für die vorliegende Untersuchung sind Absprachen nur relevant, wenn ihr Gegenstand auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts liegt.

Der Sprachgebrauch kennt auch „vertragliche Absprachen". In dem hier verwendeten rechtstechnischen Sinne ist der Begriff der Absprache jedoch enger. Er bezeichnet hier ein eigenständiges kooperatives Handlungsinstrument, das vom Vertrag zu unterscheiden ist und das in den meisten Fällen dem informalen Verwaltungshandeln zuzuordnen ist.

1. Absprachen als rechtsunverbindliche Kooperation

a) Konsens

Etwas abzusprechen bedeutet, einen Konsens zu erzielen, sich zu einigen. Absprachen werden deshalb auch als konsensuales Verwaltungshandeln bezeichnet.[66] Die Einigung wird dabei erzielt über das künftige Verhalten der Beteiligten[67] im weitesten Sinne, sei es auch möglicherweise nur darüber, daß die Beteiligten für ihr künftiges Verhalten gemeinsam bestimmte (abgesprochene) Prämissen zugrundelegen. Dabei erklärt sich jeder Beteiligte nur deshalb zu einem bestimmten Zugeständnis bereit, weil der oder die anderen ebenfalls Zugeständnisse machen. Die abgesprochenen Zugeständnisse der Beteiligten stehen damit in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis (do ut des). Absprachen ist somit das Tauschprinzip eigen.[68] Insoweit besteht eine Gemeinsamkeit zwischen Absprachen und verwaltungsrechtlichen Verträgen.

b) Rechtsunverbindlichkeit

Mit dem Verwaltungsvertrag stellt die Rechtsordnung dem Verwaltungshandeln eine Handlungsform zur Verfügung, mit der die Verwaltung im Zusammenwirken mit dem privaten Vertragspartner Rechtsfolgen herbeiführen kann. Verträge sind rechtlich verbindlich, und die vertraglich übernommenen Verpflichtungen können mit rechtlichen Mitteln durchgesetzt werden. Ein Vertrag kommt zustande, indem die Vertragsparteien ihren übereinstim-

---

[66] Vgl. etwa *Brohm*, NVwZ 1991, 1025 (1029); *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 69.

[67] *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 23.

[68] Vgl. die Nachweise oben Fn. 14 (S. 34), die das Tauschprinzip als Begriffsmerkmal für informales Verwaltungshandeln schlechthin ansehen und für die damit die Begriffe „informale Verwaltungshandeln" und „Absprachen" deckungsgleich sind.

menden Willen erklären, einen Vertrag miteinander und mit einem bestimmten Inhalt abschließen zu wollen (Willenserklärungen).[69] Diese Willenserklärungen sind auf den Abschluß eines Vertrages mit den beschriebenen Rechtsfolgen gerichtet und setzen daher Rechtsbindungswillen (Rechtsfolgewillen) voraus.[70] Die Beteiligten werden sie nur abgeben, wenn sie die Wirkungen eines Vertrages in der gegebenen Situation wollen, weil sie diese für das angemessene Mittel halten, um die von ihnen beabsichtigten Folgen herbeizuführen.[71] Mit anderen Worten: Die Beteiligten schließen einen Verwaltungsvertrag dann ab, wenn sie ihn für die der Situation adäquate Handlungsform halten.[72]

Wenn sie keinen Vertrag abschließen, sondern stattdessen eine Absprache treffen, dann hat das seinen Grund darin, daß die Rechtsfolgen des Verwaltungsvertrages nicht gewollt sind: Den Beteiligten fehlt beim Treffen einer Absprache daher der Wille, die jeweils übernommenen Verpflichtungen rechtsverbindlich und rechtlich durchsetzbar auszugestalten, d.h. ihnen fehlt der Rechtsbindungs- bzw. Rechtsfolgewille.[73] Zudem wird bei Absprachen relativ selten die Schriftform nach § 57 VwVfG eingehalten.[74] Weil das Schriftformerfordernis für Verwaltungsverträge in der Regel allen Beteiligten bekannt ist, kann dies als Indiz für den fehlenden Rechtsbindungswillen angesehen werden.[75]

Auch mit Verträgen, die aus irgend einem Grund rechtsunwirksam sind, sind Absprachen nicht zu vergleichen. Denn rechtsunwirksame Verträge werden in der Regel nicht mehr durchgeführt, weil die Parteien das Interesse an der Durchführung eines Vertrages verlieren, wenn sie erkennen, daß

---

[69] Vgl. *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, Rn. 1 f. vor § 145 für das Zivilrecht. Im Verwaltungsrecht gilt dasselbe, vgl. *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 441 ff.; *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 54 Rn. 28.

[70] Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 24 Rn. 1 u. 26 ff.

[71] Vgl. *Berg* in: Bunte/Stober (Hrsg.), Lexikon des Rechts der Wirtschaft, Stichwort „Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Verträge", Ziff. A. II. für das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt.

[72] Vgl. *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 197 ff.

[73] *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (443 ff., 449); *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1195); *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (253); *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (360); *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1010); *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 45, 69 u. 79; *Hill*, DÖV 1987, 885 (890); *Ketteler*, JuS 1994, 909 (913).

[74] *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (444); vgl. auch *Kippes*, Bargaining, 1995, S. 232.

[75] Weitere Abgrenzungskriterien für die Frage, ob ein Vertrag oder eine Absprache vorliegt bei *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 79.

er nichtig ist. Im Gegensatz dazu werden Absprachen von vornherein in dem Bewußtsein und mit dem Willen getroffen, daß sie nicht rechtsverbindlich sind. Daß sie dennoch getroffen werden zeigt, daß die Beteiligten trotz der rechtlichen Unverbindlichkeit (wenn nicht sogar gerade deshalb) ein Interesse an ihrer Durchführung haben. Absprachen sind somit gegenüber Verträgen ein eigenständiges Handlungsinstrument und nicht nur „rechtsunverbindliche Verträge".[76]

Schließlich scheidet auch eine Vergleichbarkeit von Absprachen mit Zusagen bzw. Zusicherungen aus, denn diese setzen einen Rechtsbindungswillen voraus[77] und sind rechtsverbindlich.[78]

Wer eine Absprache nicht einhält, verstößt daher nicht gegen eine Rechtspflicht, sondern nur gegen eine von ihm selbst mitgesetzte (faktische) Erwartungshaltung.[79] Die Einhaltung von Absprachen kann nicht mit rechtlichen Mitteln wie Klage oder Zwang durchgesetzt werden.

c) Definition

Eine Absprache ist demnach die rechtsunverbindliche Verabredung eines Leistungsaustausches.[80]

2. Absprachen und Informalität

a) Beispiele für (Teil-) Formalisierungen

Die Informalität ist nicht Definitionsmerkmal der Absprache. Im Gegenteil sind Absprachen in Gesetzen und Verordnungen bereits punktuell normiert. Zu nennen sind hier etwa die Beratungsregelung des § 2 Abs. 2 der

---

[76] So aber offenbar *Körner*, Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000, S. 155 f. u. 234 f. – zur Auseinandersetzung mit dieser Ansicht vgl. u. D. I. 2. b) (S. 80).

[77] *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 17.

[78] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 129. Zu Rechtscharakter und Wirkungen von Zusagen und Zusicherungen vgl. nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht,13. Aufl. 2000, § 9 Rn. 59 ff.

[79] *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1197); S. auch *H. Dreier*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 647 (648).

[80] Ähnlich *Würfel*, Informelle Absprachen in der Abfallwirtschaft, Diss. Freiburg 1994, S. 8: „konsensbedingte Verhaltensabstimmungen zwischen dem Staat und Privaten, insbesondere der Wirtschaft, die auf einem gewissen Tauschverhältnis beruhen und keine unmittelbar rechtlich verbindlichen Wirkungen entfalten". Für Absprachen im Strafverfahren vgl. *Niemöller*, StV 1990, 34 (35): „Einigung auf ein beiderseits zu befolgendes Verhaltensprogramm".

9. BImSchV[81] oder in § 71c und § 71e VwVfG, das Scoping-Verfahren des § 5 UVPG[82] oder die Zielfestlegungen des § 25 Abs. 1 KrW-/AbfG.[83] Auch die Regelung des § 12 BauGB ist in diesem Zusammenhang zu nennen, nach der ein vorhabenbezogener Bebauungsplan „auf der Grundlage eines mit der Gemeinde abgestimmten" (mit anderen Worten: abgesprochenen) Planes des Vorhabenträgers erlassen wird. Solche Planungsabsprachen waren und sind aber auch im Rahmen des Erlasses „anlagenbezogener" Bebauungspläne üblich und vom Bundesverwaltungsgericht anerkannte Praxis.[84] § 9 Abs. 1 S. 2 ROG sieht ausdrücklich „eine gemeinsame Regionalplanung oder eine gemeinsame informelle Planung"[85] zwischen Ländern vor, wenn Verflechtungen ihrer Räume dies erforderlich machen.

Auch in Verwaltungsvorschriften ist gelegentlich Beratung durch die Genehmigungsbehörde in einem Vorgespräch vorgesehen, zu dem bei größeren Verfahren die „wichtigen zu beteiligenden Behörden und bei Bedarf der Gutachter und die Standortgemeinde hinzuzuziehen (sind) (Antragskonferenz)".[86]

Da „informal" per definitionem nur ein rechtlich nicht geregeltes Verhalten ist, wird durch die gesetzliche Regelung das vorher informale Verhalten „formalisiert", zumindest teilformalisiert, so daß insoweit nicht mehr von „informalem" Verwaltungshandeln gesprochen werden kann.

---

[81] *Würfel*, Informelle Absprachen in der Abfallwirtschaft, Diss. Freiburg 1994, S. 139 ff.; vgl. auch *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kap. 1 Rn. 97. Allgemein zur „Beratung durch Behörden" *Oebbecke*, DVBl 1994, 147 ff.

[82] *Würfel*, Informelle Absprachen in der Abfallwirtschaft, Diss. Freiburg 1994, S. 135 ff.; *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S., 42; *Erbguth/Schink*, UVPG, 2. Aufl. 1996, § 5 Rn. 4 u. 24 m.w.N.; vgl. auch *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kap. 1 Rn. 97.

[83] Vgl. *H. Dreier*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 647 (655).

[84] Vgl. BVerwGE 45, 309 (317); dazu *Schulze-Fielitz*, Jura 1992, 201; BVerwGE 75, 214 (231; 245 f.); BVerwGE 79, 200 (206); vgl. dazu auch *Hoppe/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 1995, § 5 Rn. 191; *Hoppe/Beckmann*, DVBl 1987, 1249 ff.

[85] Nach der hier verwendeten Terminologie verliert die gemeinsame Planung infolge ihrer gesetzlichen Regelung ihre Informalität, so daß das Gesetz präziser von einer „gemeinsamen *rechsunverbindlichen* Planung" sprechen sollte.

[86] So die „Leitsätze für die Beschleunigung von Genehmigungsverfahren für Anlagen", Bekanntmachung der Bay. Staatsregierung v. 9.10.1990, Nr. B III 3-1552-83, BayAllMBl 1990, S. 747; vgl. auch *Bullinger*, JZ 1993, 492 (497 f.). S. jetzt auch Art. 78d S. 2 BayVwVfG („Besprechung"). Diese Vorschrift ist durch das Bayerische Gesetz zur Umsetzung der UVP-Richtlinie v. 27.12.1999, GVBl. S. 532 in das BayVwVfG aufgenommen worden; dazu *Hösch*, NVwZ 2001, 519 ff.; *Gassner*, BayVBl 2000, 289 ff.

aa) § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV

Bezüglich der alten Fassung des § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV ist eingewendet worden, daß diese Vorschrift keine materiellen Vorverhandlungen und mithin keine Absprachen regelte, so daß Vorverhandlungen vor der Antragstellung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren trotz § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV nach wie vor informal seien.[87] Das folge aus dem Wortlaut der Vorschrift, die eine Beratung nur „im Hinblick auf die Antragstellung" und nicht „im Hinblick auf die Genehmigung (bzw. Genehmigungsfähigkeit)" vorsehe. Nachdem die Vorschrift inzwischen nicht mehr nur die Beratung im Hinblick auf die Antragstellung vorsieht, sondern auch eine Erörterung sonstiger für die Durchführung des Verfahrens erheblicher Fragen, läßt sich diese Ansicht jedenfalls zur geltenden Fassung des § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV nicht mehr aufrecht erhalten:[88] § 2 Abs. 2 S. 3 der 9. BImSchV benennt in seiner geltenden Fassung in Form einer beispielhaften Aufzählung Fragen, deren Klärung die Erörterung insbesondere dienen soll. Bei den aufgezählten Fragen ist es kaum denkbar, daß eine Erörterung ohne eine Absprache endet, die sich zumindest auf das Verfahren bezieht. Bei einer Erörterung der Frage beispielsweise, welche Antragsunterlagen bei der Antragstellung vorgelegt werden müssen (§ 2 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 der 9. BImSchV) werden sich die Behörde und der Vorhabenträger typischerweise darauf einigen, daß die Genehmigung einerseits von der Vorlage bestimmter Unterlagen abhängt, daß aber andererseits die Genehmigung nicht am Fehlen weiterer Unterlage scheitern werde. Ähnliches gilt für S. 3 Nr. 2 der Vorschrift, nach der die Frage geklärt werden soll, welche voraussichtlichen Auswirkungen ein Vorhaben auf die Allgemeinheit und die Nachbarschaft haben wird und welche Folgerungen sich daraus für das Verfahren ergeben. Bei realistischer Betrachtungsweise wird eine solche Erörterung nicht ohne eine Absprache über diese Folgerungen für das Verfahren enden. Für die übrigen Nummern der Vorschrift gilt Entsprechendes.

Daß der Verordnungsgeber dies gesehen und durchaus gewollt hat, ist daran erkennbar, daß nach § 2 Abs. 2 S. 3 der 9. BImSchV die Fragen nicht nur erörtert werden sollen, etwa mit dem Ziel, Problembewußtsein zu schaffen, sondern daß die Erörterung der *Klärung* dieser Fragen dienen soll.

---

[87] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 61 ff. zur damaligen Fassung der Vorschrift.

[88] So auch *Würfel*, Informelle Absprachen in der Abfallwirtschaft, Diss. Freiburg 1994, S. 140; *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 96 f. – *Ule/Laubinger*, 52. DJT, Gutachten B, S. B 29, hielten die Annahme, daß im Zuge der Beratung bzw. als deren Abschluß keine Absprachen getroffen werden, schon für die alte Fassung des § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV für wirklichkeitsfremd.

Eine Frage zu klären aber läßt sich nicht scharf davon abgrenzen, eine Einigung zu erzielen und sich damit abzusprechen.[89]

bb) § 71c und § 71e VwVfG

Eine vergleichbare Regelung trifft seit 1996 das VwVfG, indem es in § 71c (Beratung und Auskunft) und § 71e (Antragskonferenz) Kontaktaufnahmen und Erörterungen zwischen Antragsteller und Behörde im Genehmigungsverfahren vorsieht.[90] Soweit diese Vorschriften auf Planfeststellungsverfahren für öffentlich-rechtliche Vorhabenträger anzuwenden sind, fallen sie allerdings aus dem Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit heraus.

cc) § 5 UVPG

Für das Scoping-Verfahren des § 5 UVPG gilt das gleiche. Diese Vorschrift geht ebenfalls über die alte Fassung des § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV hinaus, weil sie eine Erörterung und nicht nur eine Beratung im Hinblick auf die Antragstellung vorsieht (vgl. auch den Wortlaut des § 2a Abs. 1 S. 1 der 9. BImSchV). Die vorgesehene Erörterung von Fragen, die für die Durchführung des UVP-Verfahrens erheblich sind, läuft bei realistischer Betrachtung darauf hinaus, daß diese Fragen zum Gegenstand einer Absprache gemacht werden. Auch diese Vorschrift stellt daher die Teilformalisierung von Absprachen dar.[91] Allerdings betrifft dies mit der Umweltverträglichkeitsprüfung ein unselbständiges Verfahren, während § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV unmittelbar für das Genehmigungsverfahren gilt.

---

[89] Daß der Umfang der Beratung durch das Gebot fairer Verfahrensgestaltung beschränkt wird, nach dem Verfahrensrechte Dritter nicht verkürzt werden dürfen (*Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kap. 8 Rn. 184) hat Folgen nicht für die Frage, ob § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV Absprachen generell zuläßt, sondern für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieser Absprachen (vgl. dazu unten Teil 2: C. III. 4. (S. 213 ff.).

[90] Vgl. *Clausen* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 71c Rn. 1; *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 71c Rn. 2; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 71 Rn. 5; *Oberrath/Hahn*, VBlBW 1997, 241 (243): „Auch schon nach alter Rechtslage vielfach gängige und bewährte Verwaltungspraxis"; *Schmitz*, NJW 1998, 2866 (2866): „Elemente des informellen Verfahrens verrechtlicht"; *Körner*, Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000, S. 65 ff.

[91] *Landel*, Die Umweltverträglichkeitsprüfung in parallelen Zulassungsverfahren, 1995, S. 69, der im Anschluß an *Böhret/Hofmann*, DÖV 1991, 901 (909) darauf hinweist, daß dadurch die informalen Gespräche nicht vollständig ersetzt werden.

dd) § 12 BauGB

Zum Teil anders verhält es sich bei § 12 BauGB. Diese Vorschrift formalisiert ebenfalls gewisse zuvor bereits informal praktizierte Verhaltensweisen: Der herkömmliche Bebauungsplan ist ein Instrument der Angebotsplanung.[92] In untypischen, aber nicht seltenen Fällen betreffen Bebauungspläne aber konkrete Vorhaben („projektbezogene Bebauungspläne"; „konkrete Projektplanung").[93] In diesen Fällen muß die Gemeinde auf die wirtschaftliche Realisierbarkeit für den Vorhabenträger achten, wenn der Bebauungsplan nicht funktionslos und damit nichtig werden soll. Die zu diesem Zweck schon lange praktizierte informale Kooperation[94] wurde für das Gebiet der neuen Bundesländer nach deren Beitritt in § 7 BauGBMaßnG (Satzung über den Vorhaben- und Erschließungsplan) aufgegriffen und formalisiert. Diese Regelung wurde später auf das ganze Bundesgebiet erstreckt und 1998 als „vorhabenbezogener Bebauungsplan" als § 12 in das BauGB übernommen.

§ 12 BauGB geht allerdings über die gesetzliche „Einhegung" informaler Verhaltensweisen hinaus und schreibt für die vorher informal durch Absprachen getroffenen Vereinbarungen die Vertragsform vor, nämlich in Form des Durchführungsvertrages. Insoweit kann man hier noch deutlicher als bei den anderen eben behandelten Vorschriften von einer Formalisierung sprechen.

b) Rechtliche Konsequenzen der (Teil-) Formalisierung informalen Verwaltungshandelns

Mit § 2 Abs. 2 S. 3 der 9. BImSchV hat der Verordnungsgeber rechtsunverbindliche Absprachen anerkannt und „eingehegt", indem er durch Regelbeispiele („insbesondere") einige Gegenstände der Erörterung ausdrücklich nennt, ohne damit jedoch andere Gegenstände auszuschließen. Soweit der Gesetzgeber Ermächtigungen für Warnungen und Empfehlungen geschaffen hat, geht die Formalisierung weiter, indem bestimmte Zuständigkeiten geschaffen werden und die Warnungen bzw. Empfehlungen von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden, z. B. davon, daß Gesundheitsschäden drohen und Gefahr im Verzug besteht (Art. 1 IV und Art. 3 BayLÜG)[95].

---

[92] *Hoppe/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 1995, § 5 Rn. 1.

[93] Nachw. bei *Hoppe/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 1995, § 5 Rn. 191 in Fn. 632.

[94] Vgl. dazu *Hoppe/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 1995, § 5 Rn. 191 f.; *Hoppe/Beckmann*, DVBl 1987 1249 (1252 f.); BVerwGE 45, 309 (Flachglas); dazu *Schulze-Fielitz*, Jura 1992, 201; BVerwGE 75, 214 (231; 245 f.); BVerwGE 79, 200 (206).

Durch die Formalisierung werden die formellen und materiellen Voraussetzungen für solches Verhalten also mit unterschiedlicher Regelungsdichte festgelegt. Auf diese Weise läßt sich die Rechtswidrigkeit solchen Verhaltens leichter beurteilen. An der Wirkungsweise des Verhaltens ändert sich durch die Formalisierung jedoch nichts: Ob beispielsweise die Verbraucher sich nach einer solchen Warnung richten oder nicht, ist nicht davon abhängig, ob für diese Warnung eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage existiert – die Verbraucher werden dies meist nicht einmal wissen.

Auch Wirkungsweise und Eigenschaften von Absprachen werden durch ihre gesetzliche Regelung nicht beeinflußt. Das ergibt sich daraus, daß solche Vorverhandlungen auch bereits vor ihrer Teilformalisierung im Vorfeld von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren getroffen wurden[96] und daß sie auch in anderen Bereichen als dem Immissionsschutzrecht getroffen werden.[97] Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Absprachen im Rahmen der §§ 2 Abs. 2 der 9. BImSchV und 5 UVPG nach ihrer (Teil-) Formalisierung andere Wirkungen hervorbringen sollten als vorher oder als in den Bereichen, in denen sie nach wie vor informal praktiziert werden – zumal die tatsächliche Situation, aus der heraus die Absprache getroffen wird, dieselbe ist. Die existierenden gesetzlichen Vorschriften regeln lediglich ansatzweise die Voraussetzungen und Gegenstände von Absprachen, nicht aber deren Wirkungsweise. Die formalisierten Absprachen bleiben deshalb rechtsunverbindlich und sind daher für die vorliegende Untersuchung relevant. Anders gesagt ist die Informalität weder definitorisches Merkmal noch eine Eigenschaft von Absprachen.

B. Absprachetypen

Absprachen werden in ganz verschiedenen Situationen und mit sehr unterschiedlichen Zwecken getroffen. Es gibt demgemäß eine Vielzahl unterschiedlicher Arten von Absprachen. Diese lassen sich nach verschiedenen Kriterien typisieren. Die verschiedenen Absprachetypen schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern eine konkrete Absprache kann durchaus verschiedenen Absprachetypen zuzuordnen sein.

---

[95] S. o. Fn. 35 (S. 38).

[96] Vgl. dazu die empirische Untersuchung von *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 318 ff.

[97] Vgl. *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 647 ff.; *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 90 für den Gewässerschutz sowie *Bulling*, DÖV 1989, 277 (279 f.).

I. Horizontale und vertikale Absprachen

Absprachen können zwischen zwei oder mehreren Privaten, zwischen Privaten auf der einen und der Verwaltung auf der anderen Seite oder ausschließlich zwischen Behörden getroffen werden. Ferner ist es möglich, daß sich die Verwaltung in privatrechtlicher Organisationsform an Absprachen beteiligt. Nach den beteiligten Absprachepartnern können daher horizontale und vertikale Absprachen unterschieden werden.[98]

1. Horizontale Absprachen

Horizontale Absprachen sind solche, die im Gleichordnungsverhältnis getroffen werden. Dafür kommen Absprachen zwischen verschiedenen Behörden sowie Absprachen zwischen Privaten in Frage. Absprachen im Gleichordnungsverhältnis zwischen Verwaltung und Privaten sind auch theoretisch ebenso wenig denkbar wie Verwaltungsverträge zwischen Verwaltung und Privaten im Gleichordnungsverhältnis.[99]

Horizontale Absprachen zwischen Privaten können grundsätzlich nur auf dem Gebiet des Privatrechts getroffen werden und sind für die vorliegende Untersuchung daher im wesentlichen ohne Interesse. Eine Ausnahme bilden Selbstbeschränkungsabkommen, an denen der Staat ebenfalls beteiligt ist.[100] Auch die horizontalen Absprachen zwischen verschiedenen Behörden bleiben hier außer Betracht, weil sie in der Regel keine *nach außen* wirkende Tätigkeit darstellen.

2. Vertikale Absprachen

Vertikale Absprachen werden im Subordinationsverhältnis zwischen der Verwaltung und Privaten getroffen. Sie bilden den Kern des Gegenstandes der vorliegenden Untersuchung. Bei ihnen tritt der Staat den beteiligten Privaten unmittelbar im Subordinationsverhältnis gegenüber. Bei ihnen handelt die Verwaltung trotz konsensualen und auf den ersten Blick freiwilligen Charakters der Absprachen *als Staat* und übt damit hoheitliche Gewalt aus. Die Verwaltung ist daher beim Treffen von Absprachen den üblichen rechtsstaatlichen Bindungen unterworfen.[101]

---

[98] S. z.B. *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 245 f.

[99] So für verwaltungsrechtliche Verträge im Gleichordnungsverhältnis *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 389.

[100] S. u. B. VI. 5. (S. 66).

[101] Vgl. u. D. 2. (S. 93 ff.) und Teil 2: A. I. (S. 102).

II. Regulative und projektbezogene (bzw. normersetzende, normvorbereitende und normvollziehende) Absprachen

Absprachen können danach unterschieden werden, ob sie sich auf einen generell-abstrakten oder auf einen individuell-konkreten Gegenstand beziehen. Insoweit kursieren die Begriffe der normersetzenden, der normvorbereitenden und der normvollziehenden Absprache bzw. der regulativen und der projektbezogenen Absprache.

1. Normersetzende, normvorbereitende und normvollziehende Absprachen

Absprachen werden oft getroffen, um den Erlaß einer Rechtsnorm abzuwenden. Bekannt geworden ist insoweit etwa die Absprache über die Unterlassung der Fernsehwerbung für Zigaretten, auf die sich die Zigarettenhersteller untereinander einigten, nachdem die Bundesregierung (der Bundesgesundheitsminister) zuvor zu erkennen gegeben hatte, daß anderenfalls ein gesetzliches Verbot der Fernsehwerbung für Zigaretten in das Lebensmittelgesetz aufgenommen werde.[102] An den Verhandlungen selbst war der Staat jedoch nicht beteiligt. Solche Absprachen können als normersetzend (normvertretend, normabwendend)[103] bezeichnet werden. Mittlerweile ist ein Werbungsverbot für Tabakprodukte in § 22 LMBG festgelegt, das allerdings nicht das Sponsoring betrifft[104] und deshalb Raum für weitergehende Selbstbeschränkungsabkommen läßt.

Normvorbereitende Absprachen finden statt im Vorfeld des Normerlasses. Ein Beispiel hierfür bietet der sog. „Atomkonsens“ , den die Bundesregierung im Sommer 2000 mit den Kernkraftwerksbetreibern erzielt hat[105] und der am 11.6.2001 unterzeichnet wurde. Dieser „Konsens“ beinhaltet zahlreiche Leistungen von beiden Seiten. Unter anderem haben sich die Beteilig-

---

[102] Zu der schon längeren Geschichte der Beschränkung der Fernsehwerbung im Fernsehen vgl. etwa *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 122 ff.; *Baudenbacher*, JZ 1988, 689 (689); *v. Zezschwitz*, JA 1978, 497 (499); *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (793 f.).

[103] Zu der Frage, welcher dieser Begriffe vorzugswürdig ist vgl. *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 121 f.; *Würfel*, Informelle Absprachen in der Abfallwirtschaft, Diss. Freiburg 1994, S. 71.

[104] *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, Band II, LMBG § 22 Rn. 12a.

[105] Abgedruckt als Beilage IV zur NVwZ 2000. Zur Absprachequalität des „Atomkonsenses“ *Langenfeld*, DÖV 2000, 929 (936 ff.); *Schorkopf*, NVwZ 2000, 1111 (1112 f.); zu verfassungsrechtlichen Implikationen S. beispielsweise *Hösch*, ThürVBl 2000, 217 ff.

ten auf den Inhalt einer Novelle des Atomgesetzes geeinigt.[106] Auch im Vorfeld von Bebauungsplänen sind normvorbereitende Absprachen weit verbreitet.[107]

Daneben gibt es auch Absprachen, die im Normvollzug getroffen werden (normvollziehende Absprachen).[108] Bei ihnen handelt es sich meist um Absprachen, die einen konkreten Einzelfall betreffen. Sie werden sogleich als „projektbezogene Absprachen" noch näher dargestellt.[109]

Bohne beschreibt eine Art von Absprachen mit sowohl normersetzenden als auch normvollziehenden Elementen im Immissonsschutzrecht (Belastungsgebietsabsprachen), an denen in einer recht komplizierten Konstellation das zuständige Landesministerium, die IHK und die einzelnen Anlagenbetreiber beteiligt sind.[110] Sowohl normersetzenden als auch normvollziehenden Charakter haben neben diesem speziellen Fall aber im Grunde alle verordnungsersetzenden Absprachen, weil sie zum einen eine Rechtsverordnung ersetzen sollen, zum anderen aber im Vollzug des zum Erlaß der Verordnung ermächtigenden Gesetzes getroffen werden.

In der Literatur werden schließlich Absprachen beschrieben, die Verwaltungsvorschriften vorbereiten oder sogar ersetzen.[111]

2. Regulative und projektbezogene Absprachen

Der Gegenstand von normersetzenden und normvorbereitenden Absprachen ist in ähnlicher Weise generell-abstrakt wie die abgewendete Norm (Verordnung oder Gesetz). Sie bewegen sich auf der Ebene der Normsetzung (regulative Absprachen). Absprachen können aber auch individuell-konkrete Gegenstände, also konkrete Projekte betreffen, beispielsweise die Genehmigung oder die Sanierung einer Anlage, die Gewährung einer Subvention oder ähnliches. Solche Absprachen beziehen sich auf ein konkretes Projekt und lassen sich deshalb als projektbezogene Absprachen bezeichnen.[112] Solche Absprachen sind meist auf der Ebene des Normvollzugs an-

---

[106] Ziff. V und Anlage 5 des „Atomkonsenses" (o. Fn. 105).

[107] Vgl. BVerwGE 45, 309 (316 ff.).

[108] Statt aller *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (345).

[109] Sogleich 2. (S. 53).

[110] *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (368 f.).

[111] S. *Bader*, Verwaltungsverfahren und materielles Recht in der Praxis, 1990, S. 33, 38, der solche Absprachen der Sache nach beschreibt, ohne sie jedoch ausdrücklich als verwaltungsvorschriften-vorbereitende bzw. -ersetzende Absprachen zu bezeichnen.

[112] S. z.B. *Kloepfer* in: König/Dose (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns, 1993, S. 329 (333 f.); vgl. auch *Fluck/T. Schmitt*, VerwArch 89 (1998), 220 (225).

gesiedelt und haben deshalb in der Regel normvollziehenden Charakter. Auch auf der Ebene der Normsetzung kommen projektbezogene Absprachen aber durchaus vor, namentlich als konkrete Projektplanung im Bereich des Bauplanungsrechts.[113]

3. Erkenntniswert der Unterscheidung

Die Unterscheidung von Absprachen, die auf der Ebene der Normsetzung und solchen, die auf der Ebene des Normvollzugs anzusiedeln sind, ist von Bedeutung für die Frage, welchem Rechtsregime sie unterliegen: Bei normvorbereitenden und normersetzenden Absprachen müssen prima facie die Rechtsvorschriften auf irgend eine Weise eine Rolle spielen, die für den entsprechenden Normerlaß gelten. Das ist für regulative Absprachen auf der Ebene der Gesetzgebung (gesetzesvertretende und -vorbereitende Absprachen) das Verfassungsrecht, für solche auf der Verordnungsebene außerdem das ermächtigende Gesetz. Normvollziehende Absprachen werden der zu vollziehenden Norm und dem dieser übergeordneten Recht unterliegen.

III. Austausch- und Vergleichsabsprachen

Nach der Art des gegenseitigen Entgegenkommens lassen sich, analog zum Verwaltungsvertrag, Austausch- und Vergleichsabsprachen unterscheiden.

1. Austauschabsprachen

Bei Austauschabsprachen verabreden die Beteiligten einen Leistungsaustausch. Die Leistungen werden dabei nur um der jeweiligen Gegenleistung willen erbracht, so daß sie zueinander im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen.[114] Leistung und Gegenleistung sind dabei im weitesten Sinne zu verstehen und können alle von den Beteiligten angestrebten gegenseitigen Verhaltensweisen umfassen.[115]

Bei der bereits erwähnten Zigarettenwerbungsabsprache[116] beispielsweise ist die Leistung der Zigarettenhersteller die Unterlassung der Fernsehwerbung; Gegenleistung der Bundesregierung ist das Unterlassen einer Gesetzesänderungsinitiative.

---

[113] S. o. B. II. 2.

[114] Vgl. o. A. II. 1. (S. 43).

[115] So auch *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (344).

[116] Vgl. o. II. 1. (S. 52).

Während bei der Zigarettenwerbungsabsprache für jeden Hersteller klar definiert ist, wie er sich zu verhalten hat, um die Absprache zu erfüllen, können Austauschabsprachen auch abstrakte Zielvorgaben enthalten, indem etwa „die Wirtschaft" verspricht, innerhalb einer bestimmten Frist ein bestimmtes Ziel zu erreichen (z.B. den Ausstoß eines bestimmten Schadstoffes auf ein bestimmtes Maß zu reduzieren) und die Bundesregierung als Gegenleistung davon absieht, eine Rechtsverordnung zu erlassen, die dieses Ziel (also den Gesamtausstoß dieses Schadstoffes) rechtlich verbindlich vorschreibt.[117] In diesem Fall ist nur abgesprochen, welches Ziel die Branche insgesamt erreichen soll; welchen Beitrag die einzelnen Unternehmen hierzu leisten, ist dann nicht Bestandteil der Absprache.

Solche Zielfestlegungen sind für den Bereich des Abfallrechts seit 1986 zunächst als § 14 Abs. 2 S. 1 AbfG, jetzt in § 25 Abs. 1 S. 1 KrW/AbfG gesetzlich vorgesehen.[118] Der Gesetzgeber hat mit dieser Regelung an die bereits vorher geübte Praxis der verordnungsersetzenden Absprachen angeknüpft,[119] allerdings können die Ziele jetzt nach Anhörung der beteiligten Kreise von der Bundesregierung einseitig festgelegt werden.

Daraus, daß Absprachen per Definition das Tauschprinzip eigen ist,[120] folgt, daß alle Absprachen Austauschcharakter haben und damit Austauschabsprachen sind.

2. Vergleichsabsprachen

Das schließt jedoch nicht aus, daß einer Absprache nach dem Willen der Absprachepartner zusätzlich zu ihrem stets gegebenen Austauschcharakter auch Vergleichscharakter zukommen soll.[121] Vergleichsabsprachen dienen der Beilegung eines Streites über die Sach- oder Rechtslage.[122] Zu Vergleichsabsprachen kommt es etwa, wenn Unklarheiten darüber bestehen, was der „Stand der Technik" (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) ist und sich die Behörde und der Betreiber auf eine Auslegungsalternative des Begriffes einigen, die nicht die weitestgehende ist, die aber gewährleistet, daß der Betreiber unverzüglich Verbesserungsmaßnahmen ergreift.[123]

---

[117] Beispiele bei *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 422 ff. (Reduzierung des Einsatzes von FCKW, Verringerung von Abfallmengen).

[118] S. dazu *Hoppe/Beckmann/Kauch*, Umweltrecht, 2. Aufl. 2000, § 30 Rn. 155 f.; *Kunig/Paetow/Versteyl*, Krw-/AbfG, 1998, § 25 Rn. 6.

[119] *H. Dreier*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 647 (655).

[120] S. o. A. II. 1. (S. 43).

[121] Dazu, daß Verträge Austausch- und Vergleichscharakter zugleich haben können s. etwa *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 492 f.

[122] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 75.

[123] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 173.

3. Erkenntniswert der Unterscheidung

Die Unterscheidung zwischen Austausch- und Vergleichsabsprachen ist von Bedeutung, weil sich für diese beiden Typen entsprechend dem Unterschied zwischen Austausch- und Vergleichs*vertrag* zum Teil unterschiedliche Problemlagen ergeben: Während es bei reinen Austauschabsprachen allein um einen Leistungsaustausch geht, steht bei Absprachen, die auch Vergleichscharakter haben, zusätzlich eine Unsicherheit über die Sach- oder Rechtslage inmitten. Es stellt sich die Frage, ob aus diesen unterschiedlichen Ausgangssituationen unterschiedliche rechtliche Folgerungen zu ziehen sind, insbesondere ob eine analoge Anwendung des § 55 bzw. des § 56 VwVfG in Betracht kommt.[124]

IV. Regelungsersetzende und regelungsvorbereitende Absprachen

Je nachdem, ob eine Rechtsfolgeentscheidung durch eine Absprache vorbereitet oder ersetzt werden soll, lassen sich regelungsvorbereitende und regelungsersetzende Absprachen unterscheiden.[125]

1. Regelungsersetzende Absprachen

Durch Absprachen können rechtliche Regelungen ersetzt (erübrigt, abgewendet) werden. Das ist etwa der Fall bei den bereits vorgestellten normersetzenden Absprachen, bei denen es eine Rechtsnorm ist, die durch die Absprache ersetzt wird. Ersetzt werden kann aber auch eine Einzelfallregelung etwa durch Verwaltungsakt oder Verwaltungsvertrag. Von erheblicher Bedeutung sind dabei die verwaltungsaktersetzenden Absprachen. Bei ihnen ist die Unterlassung eines Verwaltungsakts die Gegenleistung der Behörde dafür, daß der Private sich „freiwillig" (evtl. mit gewissen Abstrichen) so verhält, wie es die Behörde ihm durch den Verwaltungsakt rechtlich verbindlich vorschreiben könnte.

Solche regelungsersetzenden Absprachen betreffen typischerweise Maßnahmen, die ihren Adressaten belasten würden. Auf immissionsschutzrechtlichem Gebiet treffen Behörden etwa, anstatt eine nachträgliche Anordnung nach § 17 Abs. 1 BImSchG zu erlassen, Absprachen über Art und Umfang

---

[124] Zum Vergleich unten Teil 2: B. II. 4. c) (S. 144) und Teil 2: C. III. 3. c) (S. 212) sowie zu § 56 VwVfG Teil 2: C. IV. 4. (S. 273 ff.).

[125] *Burmeister*, VVDStRL 52 (1993), 190 (234); *P. Kirchhof* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 59 Rn. 161; vgl. auch *Robbers*, DÖV 1987, 272 (274 f.).

der Sanierung einer Anlage mit dem Betreiber (sog. Sanierungsabsprachen).[126] Hier werden dem Betreiber Fristen gewährt oder eine stufenweise Sanierung verabredet. Ferner werden im Rahmen solcher Absprachen oft mehrere Anlagen miteinander verknüpft, indem etwa eine Neuanlage erst genehmigt wird, wenn der Antragsteller die Sanierung einer Altanlage zusagt oder es werden dem Betreiber bei einer Neugenehmigung Fristen für die Erfüllung von Auflagen gewährt, wenn er dafür eine Altanlage verbessert. Zwei Altanlagen werden miteinander verknüpft, wenn die Behörde von nachträglichen Anordnungen oder sogar von einer Stillegungsverfügung bezüglich der einen Anlage absieht, weil der Betreiber bereit ist, die andere Anlage zu verbessern. Schließlich werden auch Absprachen getroffen, in denen sich der Betreiber einer Anlage zu Verbesserungsmaßnahmen bereit erklärt und die Verwaltung dafür Zugeständnisse auf immissionsschutzfremden Gebieten macht, etwa beim Arbeitsschutz, der Abwasserreinigung oder der Abfallbeseitigung. Auch auf dem Gebiet des Baurechts etwa gibt es informale Absprachen als Reaktion auf baurechtswidrige Verhältnisse.[127]

In Betracht kommt auch die Ersetzung nur eines Teils einer Regelung durch eine Absprache. So kommt beispielsweise die Ersetzung von Nebenbestimmungen zu Genehmigungen durch Absprachen in Betracht.

2. Regelungsvorbereitende Absprachen

Absprachen werden auch zur Vorbereitung einer rechtlichen Regelung getroffen. Abgesehen von den bereits behandelten normvorbereitenden Absprachen betreffen solche regelungsvorbereitenden Absprachen typischerweise Maßnahmen, die ihren Adressaten begünstigen, insbesondere Genehmigungen.

Schon vor Erlaß des § 71e VwVfG waren beispielsweise sog. (Vor-) Antragskonferenzen verbreitet, in denen sich im Vorfeld der Antragstellung Vertreter der zuständigen Behörde(n) mit dem Antragsteller treffen und verschiedene das Genehmigungsverfahren betreffende Fragen erörtern; beispielsweise welchen formellen und inhaltlichen Anforderungen der Antrag entsprechen muß, welche Unterlagen erforderlich sind, was für Gutachten und technische Nachweise erbracht werden müssen und wie die einzelnen Verfahrensschritte koordiniert werden können, um das Verfahren in möglichst kurzer Zeit abschließen zu können.[128] Bei realistischer Betrachtung

---

[126] *Ketteler*, JuS 1994, 909 (913 *Jarass*, BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 17 Rn. 6 f.; *Koch* in: Koch/Scheuing (Hrsg.), GK-BImSchG, § 17 Rn. 4. Zu konkreten Beispielen vgl. *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 164 ff.; *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 265 ff.

[127] *Hoppe/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 1995, § 15 Rn. 74.

ist davon auszugehen, daß solche Erörterungen zumindest häufig mit einer Einigung über die erörterten Punkte, also mit einer Absprache enden.[129]

Solche Absprachen können sich auf reine Verfahrensfragen beschränken (verfahrensbezogene Absprachen). Sie beschränken sich jedoch selten auf das reine Verfahren, sondern betreffen meist auch inhaltliche Fragen bis hin zur inhaltlichen Festlegung.[130] Werden in einer Antragskonferenz beispielsweise die Anforderungen erörtert, denen der Antrag entsprechen muß, so kann sich diese Erörterung auf rein formelle Anforderungen beschränken. Sie kann sich aber auch auf den Inhalt des Antrags erstrecken oder sogar noch weiter gehen und bereits rechtliche Anforderungen an die Anlage selbst betreffen (sog. Vorverhandlungen).[131] Die Übergänge sind dabei fließend. Eine Absprache kann sich beispielsweise auf die Erforderlichkeit bestimmter Unterlagen beziehen. Wenn die betroffenen Unterlagen für den Nachweis erforderlich sind, daß bestimmte rechtliche Anforderungen erfüllt werden, dann beinhaltet der Verzicht der Behörde auf die Vorlage dieser Unterlagen unter Umständen den Verzicht auf die Einhaltung der damit nachzuweisenden Anforderungen. Die vordergründig rein verfahrensbezogene Absprache betrifft dann in Wahrheit auch bereits die rechtlichen Anforderungen an die Anlage.[132]

Je nach der vorbereiteten Regelung kann man auf konkreteren Ebenen weiter verwaltungsaktersetzende (genehmigungsersetzende, verbotsersetzende usw.), verwaltungsvertragsersetzende und normersetzende (gesetzesersetzende, verordnungsersetzende, satzungsersetzende) Absprachen unterscheiden.

3. Absprachen ohne Bezug zu rechtlichen Regelungen

Denkbar sind ferner Absprachen, die „formale" Rechtsfolgeentscheidungen weder vorbereiten noch ersetzen. Solche Absprachen liegen vor, wenn das abgesprochene Verhalten auf seiten der Verwaltung nicht eine Rechtsfolgeentscheidung (die erlassen oder unterlassen werden soll), sondern ei-

---

[128] Vgl. dazu etwa die „Leitsätze für die Beschleunigung von Genehmigungsverfahren für Anlagen", Bekanntmachung der Bay. Staatsregierung v. 9.10.1990, Nr. B III 3-1552-83, BayAllMBl 1990, S. 747 sowie *Bullinger*, JZ 1993, 492 (497 f.).

[129] Vgl. o. A. II. aa) (S. 47 ff.).

[130] *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 321; *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 52 f.

[131] Vgl. *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 318 ff.; *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 50 ff.; *Schmittel*, Speyerer Forschungsberichte 92, 2. Aufl. 1991, S. 31 ff., 35 ff., 77.

[132] Ob dies rechtmäßig ist und welche Folgen dies für die Genehmigung und deren eventuelle Rücknahme hat, ist eine andere Frage.

nen Realakt betrifft. So könnte z.B. der Eigentümer eines Wald- oder Wiesengrundstückes mit den zuständigen Stellen bei der Bundeswehr absprechen, daß bei einem geplanten Manöver sein Grundstück nicht mit Panzern und anderem schweren Gerät befahren wird.

4. Erkenntniswert der Unterscheidung

Regelungsvorbereitende und -ersetzende Absprachen haben die Gefahr gemeinsam, daß die rechtlichen Regelungen umgangen werden, die für die vorbereitete oder ersetzte Rechtsfolgenentscheidung gelten[133] („Flucht in die Informalität"). Der Unterschied zwischen ihnen ist, daß regelungsvorbereitenden Absprachen noch eine (formelle) Rechtsfolgenentscheidung nachfolgt, während regelungsersetzende Absprachen an die Stelle der Rechtsfolgenentscheidung treten. Für die Rechtmäßigkeit regelungsersetzender Absprachen wird daher von Bedeutung sein, ob die förmliche Rechtsfolgenentscheidung unterbleiben durfte. Bei regelungsvorbereitenden Absprachen stellt sich stattdessen die Frage, in welchem Verhältnis förmliche Entscheidung und Absprache zueinander stehen: Die regelungsvorbereitende Absprache bleibt ihrem vorbereitenden Charakter gemäß nicht ohne Einfluß auf die förmliche Entscheidung. Die Frage ist hier, ob dieser Einfluß zulässig ist und welche Rückwirkungen er auf die Rechtmäßigkeit der Absprache hat.

V. Begünstigende, belastende und drittbelastende Absprachen

Absprachen können in Anlehnung an die gängige Unterscheidung beim Verwaltungsakt ferner danach typisiert werden, ob und für wen sie begünstigend oder belastend wirken.

1. Begünstigende, belastende und Absprachen mit Doppelwirkung

Als begünstigend kann man eine Absprache bezeichnen, die für den oder die beteiligten Privaten zu einem (faktischen) Vorteil führt. Die Begünstigung kann zum einen darin liegen, daß dem Privaten aufgrund der Absprache etwas gewährt wird, z.B. eine Genehmigung. Sieht die Verwaltung vom Erlaß einer Ordnungsverfügung ab, so bedeutet auch dies eine Begünstigung des Privaten, gegen den sich die Ordnungsverfügung gerichtet hätte. Die Tatsache, daß auch der Private eine Leistung verspricht, nämlich „freiwillig" bestimmte Sanierungsmaßnahmen zu ergreifen, und daß ihn dies be-

---

[133] *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1202); *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1027).

lastet, ändert an der begünstigenden Wirkung des Unterbleiben einer Ordnungsverfügung nichts.

Dieses Beispiel zeigt, daß Absprachen stets auch eine Belastung des Privaten enthalten, weil auch er eine Leistung verpricht. Werden dem Betreiber einer Anlage beispielsweise Fristen für die Sanierung gewährt, so liegt in der Zusage des Privaten, die Anlage zu sanieren, eine Belastung und in der gewährten Frist eine Begünstigung. Wird eine Absprache getroffen, nach der eine neue Anlage erst gegen Sanierung einer Altanlage genehmigt wird, so liegt in der Sanierungszusage des Privaten eine Belastung und in der Genehmigungszusage der Behörde eine Begünstigung. Auch von einem Vergleich kann nur bei beiderseitigem Entgegenkommen gesprochen werden (vgl. § 55 VwVfG und § 779 BGB). Schon weil Absprachen definitionsgemäß auf einen Leistungsaustausch abzielen, sind sie für den beteiligten Privaten immer sowohl begünstigend als auch belastend, haben also Doppelwirkung.

2. Drittbelastende Absprachen (Absprachen mit Drittwirkung)

Drittbelastende Absprachen haben die Besonderheit, daß sie belastende Wirkung nicht nur für den oder die an der Absprache beteiligten Privaten haben, sondern auch für Dritte, die an der Absprache nicht beteiligt sind und häufig von ihr überhaupt nichts wissen. Wird beispielsweise eine genehmigungsvorbereitende Absprache getroffen, in der die Genehmigungsbehörde dem Antragsteller die Erteilung einer Genehmigung zusagt, die den Nachbarn in seinen Rechten betreffen wird, so enthält die Absprache eine Belastung für den Nachbarn. Gleiches gilt bei Sanierungsabsprachen, bei denen durch die Gewährung einer Übergangsfrist der Anlagenbetreiber begünstigt, die Nachbarn jedoch belastet werden.[134]

3. Erkenntniswert der Unterscheidung

Werden von einer Absprache Private belastet, so stellt sich die Frage, ob darin ein Eingriff liegt und ob dieser gerechtfertigt ist. Ist der Betroffene selbst an der Absprache beteiligt, kommt es zur Beantwortung dieser Frage unter anderem darauf an, ob dessen Zustimmung im Rahmen der Absprache geeignet ist, den Eingriff zu rechtfertigen bzw. die Eingriffsqualität der Belastung entfallen zu lassen.[135] Werden unbeteiligte Dritte belastet, stellt sich das Problem, ob dadurch deren Beteiligungsrechte unterlaufen wer-

---

[134] Vgl. OVG Berlin, NVwZ 1985, 756 ff. („Fall Sonnenschein").

[135] Dazu u. Teil 2: C. IV. 1. a) (S. 237 ff.).

den.[136] Bei Begünstigungen fragt es sich, ob sich die gewährte Begünstigung objektiv im Rahmen der Rechtsordnung hält.[137]

VI. Sonstige

In der Literatur werden noch weitere besondere Absprachentypen genannt, beispielsweise Vorverhandlungen, Vorabzuleitung von Entscheidungsentwürfen, Selbstbeschränkungsabkommen, Sanierungsabsprachen, Subventionsabsprachen, die Unterscheidung von Arrangements, Agreements usw. Diese Umschreibungen können nützlich sein, um die besondere Situation, bestimmte Eigenarten oder das Rechtsgebiet, auf dem die Absprachen stattfinden, näher zu umschreiben. Ferner wird durch sie die Vielfalt deutlich, in der Absprachen vorkommen. Darüber hinaus kommt ihnen aber kein eigenständiger Erkenntniswert zu, weil sie sich insoweit unter die oben genannten Absprachetypen rubrizieren lassen.

1. Vorverhandlungen

Von Vorverhandlungen war bereits die Rede.[138] Sie finden im Vorfeld von Genehmigungen oftmals statt[139] und bereiten die Genehmigung vor. Ziel dieser Vorverhandlungen ist es, bereits vor der Antragstellung abzuklären, unter welchen Voraussetzungen das Vorhaben genehmigungsfähig ist. Dabei erschöpfen sich Vorverhandlungen meist nicht darin, den künftigen Antragsteller darüber zu informieren, sondern es kommt in der Mehrzahl der Fälle zu einer *Einigung* darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen das Vorhaben genehmigt werden kann.[140]

Förderbescheiden gehen ebenfalls „regelmäßig intensive Vorverhandlungen zwischen Antragsteller und Behörde“ voraus,[141] in denen die Bedingungen der Subvention ausgehandelt werden (Subventionsabsprachen).

Auch im Vorfeld von Ordnungsverfügungen insbesondere im Umweltschutz finden Kontakte „zur Klärung der sachlichen, technischen und wirt-

---

[136] Dazu u. Teil 2: C. III. 4. (S. 213 ff.).

[137] Vgl. dazu u. Teil 2: C. IV. 2. (S. 259 ff.).

[138] Vgl. o. A. II. 2. aa) (S. 47) u. B. IV. 2. (S. 57).

[139] *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 318 ff.; *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 50 ff.; *ders.*, VerwArch 75 (1984), 343 (347 ff.).

[140] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 51 u. 53 auf der Grundlage der empirischen Untersuchungen von *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978.

[141] So die bayerische Staatsregierung, LTDrs. 13/5120, S. 30; vgl. auch *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (242 f.).

schaftlichen Situation"[142] zwischen der zuständigen Behörde und dem potentiellen Adressaten des Verwaltungsakts statt.[143] Diese können durchaus als Vorverhandlungen bezeichnet werden.[144] Zugleich kann es sich bei dieser Art von Vorverhandlungen um Sanierungsabsprachen handeln, die unten näher dargestellt werden.[145]

Vorverhandlungen sind als vertikale, projektbezogene regelungsvorbereitende Absprachen einzuordnen. Vorverhandlungen im Vorfeld von Genehmigungen oder Sanierungsverfügungen sind für den Antragsteller begünstigend und für von der späteren Genehmigung betroffene Dritte belastend.

2. Vorabzuleitung von Entscheidungsentwürfen

Genehmigungsbescheide enthalten meist auch belastende Regelungen in Form von Auflagen und Bedingungen. Es besteht daher die Möglichkeit, daß der Genehmigungsadressat auch gegen den ihn an sich begünstigenden Genehmigungsbescheid Rechtsmittel erhebt, um diese Belastungen abzuwehren. Um solches zu verhindern, ist es verbreitete Praxis, dem Antragsteller vor dem Erlaß eines Genehmigungsbescheides einen vollständigen (allerdings noch nicht unterschriebenen) Entwurf zuzuleiten mit der Bitte, sich innerhalb einer bestimmten Frist dazu zu äußern, im Falle seines Einverständnisses auf Rechtsmittel zu verzichten und anderenfalls Gegenvorschläge zu machen. Werden vom Antragsteller Gegenvorschläge gemacht, werden diese so weit wie möglich in dem Bescheid berücksichtigt. Erst dann wird der Genehmigungsbescheid dem Antragsteller formell bekanntgegeben.[146]

Dieses Verfahren entspricht äußerlich einer Anhörung nach § 28 VwVfG. Im Unterschied zur Anhörung ist aber von einer Absprache zu reden, wenn es in diesem Rahmen zu einem Konsens kommt, der einerseits den Inhalt der Genehmigung (Leistung der Behörde) und andererseits den erwähnten Verzicht auf die Einlegung von Rechtmitteln (Gegenleistung des Antragstellers) betrifft.

Auch eine solche Vorabzuleitung von Entscheidungsentwürfen ist als vertikale, projektbezogene genehmigungsvorbereitende Absprache mit begünstigender und drittbelastender Wirkung einzuordnen.

---

142 *Bulling*, DÖV 1989, 277 (280).

143 *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 71 f.

144 So *Bulling*, DÖV 1989, 277 (280).

145 S. u. 3. (S. 63).

146 Vgl. zum Ganzen *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 59 f.

3. Sanierungsabsprachen

Sanierungsabsprachen sind Absprachen, die im Zusammenhang mit der Sanierung umweltbelastender Anlagen getroffen werden.[147] Sie kommen in vielfältigen Ausprägungen vor, die verschiedene Probleme aufwerfen können. Die Sanierungsabsprachen zugrundeliegende Situation ist die, daß eine umweltbelastende Anlage nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht oder zumindest Zweifel daran bestehen, so daß der Betreiber der Anlage damit rechnen muß, per Ordnungsverfügung zur Sanierung oder sogar Stillegung der Anlage verpflichtet zu werden.[148] Der Grundstruktur nach erklärt sich bei Sanierungsabsprachen der Betreiber der Anlage „zur Durchführung bestimmter Maßnahmen" bereit, während „die Behörde (zumindest vorerst) auf den Einsatz hoheitlichen Zwanges verzichtet und ggf. andere Vorteile in Aussicht stellt".[149] Der Betreiber kann so eine schärfere Maßnahme abwenden; die Behörde erreicht, daß der Betreiber die Maßnahme sofort verwirklicht anstatt erst nach einem jahrelangen Rechtsstreit. Sanierungsabsprachen sind daher generell als projektbezogene Duldungsabsprachen[150] einzuordenen, weil die Behörde einen rechtswidrigen Zustand vorübergehend duldet, nämlich bis zum Ablauf einer abgesprochenen Frist.[151]

Sanierungsabsprachen kommen, wie bereits erwähnt, in vielfältigen Ausprägungen vor. Sie können sich ausschließlich auf die zu sanierende Anlage beziehen, es werden aber durchaus auch Sanierungsabsprachen getroffen, in die auch andere Anlagen des Betreibers und sogar andere, immissionsschutzfremde Sachgebiete einbezogen werden. Nach einer 1978 veröffentlichten Untersuchung, die unter der Projektleitung von Renate *Mayntz* im Auftrag des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen durchgeführt wurde, lassen sich unter anderem folgende Ausprägungen von Sanierungsabsprachen beobachten:[152]

Nur die sanierungsbedüftige Anlage betreffende Absprachen können beispielsweise so aussehen, daß der Betreiber die „freiwillige" Sanierung der Anlage verspricht und die Behörde im Gegenzug die mögliche Ordnungsverfügung eine gewisse (abgesprochene) Zeitspanne zurückstellt.[153] Es han-

---

[147] Typisierung von Sanierungsabsprachen bei *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 169 ff.

[148] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 71.

[149] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 71.

[150] Näher zu den Duldungsabsprachen sogleich u. 4.

[151] Ist die Rechtslage zwischen den Beteiligten unklar, hat die Absprache zusätzlich Vergleichscharakter.

[152] *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 39 ff. sowie S. 424 ff. mit Aussagen auch zur Häufigkeit solcher Absprachen; vgl. auch *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 264 ff.

delt sich dann um eine vertikale, projektbezogene, verwaltungsaktersetzende Austauschabsprache mit unter Umständen die Nachbarn belastender Wirkung.

Es kommt außerdem vor, daß bei Unsicherheiten über die Auslegung des Begriffes „Stand der Technik" eine Auslegungsalternative gewählt wird, die nicht die weitestgehende ist, mit der aber auch der Anlagenbetreiber einverstanden ist, so daß mit der Sanierung sogleich begonnen werden kann und nicht erst nach langwierigen gerichtlichen Auseinandersetzungen.[154] Solche Absprachen haben den Charakter eines Rechtsvergleichs.

Nachträgliche Anordnungen i.S.d. § 17 BImSchG können wesentliche Änderungen sein, für die ein Genehmigungsverfahren nach § 16 BImSchG durchzuführen ist, wenn die Anordnung nicht abschließend bestimmt ist (§ 17 IV BImSchG). Um die Notwendigkeit eines solchen Genehmigungsverfahrens entfallen zu lassen, werden gelegentlich Absprachen getroffen, in denen die erforderlichen, durch Ordnungsverfügung festzusetzenden Sanierungsmaßnahmen abschließend bestimmt werden.[155] Diese Absprachen sind einerseits verfahrensbezogen, weil in ihnen auch die Entscheidung getroffen wird, daß der genaue Inhalt der Sanierungsmaßnahmen schon in der nachträglichen Anordnung festgelegt wird, so daß ein anschließendes Genehmigungsverfahren entfällt. Andererseits betreffen sie aber auch den Inhalt der nachträglichen Anordnung, weil auch der Inhalt der Sanierungsmaßnahme abgesprochen wird.

Mehrere Anlagen desselben Betreibers können auf verschiedene Weisen in eine Sanierungsabsprache einbezogen werden. So ist es nach der erwähnten Untersuchung beispielsweise durchaus üblich, daß eine geplante neue Anlage des Betreibers erst genehmigt wird, wenn es zu einer Einigung über die Sanierung einer alten, sanierungsbedürftigen Anlage gekommen ist oder daß von Anforderungen an eine (zu genehmigende oder bereits bestehende) Anlage abgesehen wird, weil der Betreiber bereit ist, die Emissionen einer anderen Anlage über das gesetzlich geforderte Maß hinaus zu senken („überobligatorischer Vollzug"),[156] wobei der Entlastungseffekt für die Luft bei solchen Verknüpfungen per saldo stärker sein kann, als wenn bei beiden Anlagen (lediglich) das an sich gesetzlich geforderte Maß an Emissionsvermeidung eingehalten würde.[157]

---

[153] Vgl. *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 427.

[154] Vgl. *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 428.

[155] Vgl. *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 430.

[156] *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 347 ff.; kritisch dazu näher u. Teil 2: C. IV. 4. b) dd) (S. 276).

[157] *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 432 ff.

Relativ selten werden Absprachen getroffen, in denen die Sanierung einer umweltbelastenden Anlage mit anderen Sachgebieten verknüpft wird.[158] So werden beispielsweise von der Behörde Maßnahmen auf dem Gebiet der Abwasserreinigung oder des Arbeitsschutzes zurückgestellt, wenn dafür der Betreiber Verbesserungen bei den Emissionen der Anlage durchführt.

4. Duldungsabsprachen

Die von der Behörde versprochene Leistung im Rahmen einer Absprache kann eine (aktive) Duldung[159] sein, z.B. wenn die Duldung informell von der Durchführung bestimmter Maßnahmen des Privaten (etwa Sanierungsmaßnahmen) abhängig gemacht wird.[160] In solchen Duldungsabsprachen verpflichtet sich die Behörde, ein (zumindes formell, meist aber auch materiell) illegales Verhalten eines Privaten zu dulden, d.h. nicht mit Mitteln des Ordnungsrechts dagegen einzuschreiten. Die Gegenleistung des Privaten kann in der Durchführung bestimmter Maßnahmen (beispielsweise Sanierungsmaßnahmen), aber auch schlicht darin liegen, daß er auf die Einlegung von Rechtsbehelfen oder auf die Durchführung bestimmter, über die Absprache hinausgehende Aktionen (z.B. Baumaßnahmen) verzichtet.

Im Hinblick auf Duldungsabsprachen kann weiter dahin differenziert werden, ob die rechtswidrigen Zustände von der Behörde dauerhaft oder nur vorübergehend geduldet werden sollen. Wird abgesprochen, daß die Behörde ein formell und/oder materiell illegales Verhalten des Privaten *dauerhaft* dulden werde, entspricht die Absprache inhaltlich einer Genehmigung: die Behörde behandelt den Privaten so, als sei er im Besitz einer Genehmigung, obwohl er dies gerade nicht ist. Darin liegt faktisch eine behördliche Zulassung des Verhaltens. Es handelt sich daher der Sache nach um genehmigungsersetzende Absprachen.

Duldungsabsprachen können auch nur vorübergehende Duldungen enthalten, beispielsweise im Rahmen einer Sanierungsabsprache: Ein Anlagenbetreiber verspricht, einen Sanierungsplan umzusetzen, die Behörde duldet im Gegenzug für die Dauer des Sanierungsplans die Überschreitung von Emissionsgrenzwerten. Mit einer solchen Absprache wird nicht eine Genehmigung, sondern eine Sanierungsverfügung ersetzt.

---

[158] Dazu *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 439 ff.

[159] *Gentzcke*, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, 1990, S. 83 f., unterscheidet jedoch nicht zwischen der Absprache einerseits und der Duldung als Leistung der Behörde im Rahmen dieser Absprache. Zur Duldung als Erscheinungsform informalen Verwaltungshandelns vgl. oben A. I. 2. c) (S. 41).

[160] Vgl. etwa *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 48 ff. und OVG Berlin, NVwZ 1985, 756 (Fall Sonnenschein).

Der Frage, ob eine Duldung zur strafrechtlichen Rechtfertigung eines Privaten im Rahmen des Umweltstrafrechts führen kann, kann hier nicht nachgegangen werden. Sie ist Gegenstand eigener eingehender Untersuchungen.[161]

5. Selbstbeschränkungsabkommen

Als Selbstbeschränkungsabkommen oder auch Branchenabkommen oder Selbstverpflichtungen werden Absprachen bezeichnet, an denen Wirtschaftsverbände oder einzelne Wirtschaftsunternehmen beteiligt sind, die untereinander bestimmte Selbstbeschränkungen absprechen, beispielsweise die Benutzung bestimmter Rohstoffe zu unterlassen oder auf bestimmte Werbeträger zu verzichten. Außerdem sind an solchen Absprachen auch staatliche Stellen beteiligt, die versprechen, das Verhalten, das „freiwillig" unterlassen wird, nicht durch Maßnahmen mit rechtlich bindender Wirkung zu verbieten. Die Absprache über die Unterlassung der Fernsehwerbung für Zigaretten wurde bereits erwähnt.[162] Ein weiteres Beispiel ist die Asbestabsprache, mit der sich der Wirtschaftsverband Asbestzement mit der Bundesregierung darauf einigte, den Asbestanteil in Zementprodukten innerhalb einer bestimmten Frist stufenweise zu reduzieren. Die Bundesregierung verzichtete im Gegenzug auf den Erlaß einer entsprechenden Verordnung.[163]

Der Staat war an diesen beiden Selbstbeschränkungsabkommen in unterschiedlicher Weise beteiligt: Bei der Asbestabsprache ist er Absprachepartner und hat selbst eine Zusage abgegeben. Es handelt sich daher um eine vertikale Absprache. An dem Zigarettenwerbungsabkommen dagegen ist er nicht selbst beteiligt, sondern er hat es nur „inspiriert", indem er deutlich machte, daß ein Verbot der Zigarettenwerbung im Fernsehen normiert würde, wenn die Zigarettenindustrie nicht „freiwillig" darauf verzichtete. Das Abkommen selbst wurde zwischen den beteiligten Zigarettenherstellern

---

[161] Beispielsweise *Gentzcke*, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, 1990; *Heider*, Die Bedeutung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht, 1995; *Kloepfer*, Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, § 7 Rn. 13.

[162] S. o. II. 1. (S. 52).

[163] Vgl. dazu *Scherer*, DÖV 1991, 1 (2); *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1025); *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (367). Weitere Beispiele etwa bei *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999; Ausführlich zu den Selbstverpflichtungen *Nickel*, Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, Diss. Hamburg 1979, S. 7 ff. *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000; *Helberg*, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, 1999; *Faber*, Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht, 2001; *Köpp*, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001, S. 21 ff. (auch mit Beispielen aus dem Ausland); *Frenz*, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, 2001 (mit ausführlicher Betrachtung auch der kartellrechtlichen und der steuerrechtlichen Fragen, die hier außer Betracht bleiben).

getroffen, und zwar als Vertrag, an dem der Staat nicht beteiligt war. Dieser Vertrag enthält sogar einen schiedsgerichtlichen Sanktionsmechanismus.[164] Insofern ist dieses Abkommen keineswegs rechtlich unverbindlich, wie es definitionsgemäße Eigenart von Absprachen ist.

Neben der horizontalen Dimension, die in dem (u.U. vertraglichen) Abkommen zwischen den Herstellern besteht, gibt es aber auch eine vertikale Dimension,[165] die bestimmt wird durch den Einfluß, den der Staat auf das Zustandekommen auch solcher horizontalen Abkommen nimmt.

Es ist insofern von staatlich inspirierten horizontalen Selbstbeschränkungsabkommen die Rede.[166] So war auslösender Faktor für das Zigarettenwerbungsabkommen die bereits erwähnte Drohung der Bundesregierung, ein Fernsehwerbeverbot für Zigaretten zu normieren.[167] Der Einfluß des Staates auf solche Absprachen innerhalb der Wirtschaft ist nicht weniger nachhaltig, als wenn der Staat sich selbst an den Verhandlungen beteiligt wie etwa bei der Asbestabsprache. Dieser Einfluß ist aber durch rechtliche Unverbindlichkeit gekennzeichnet: Der Staat kann von seinem rechtsunverbindlichen Versprechen, das von der Selbstbeschränkung betroffene Verhalten nicht durch Gesetz oder Rechtsverordnung verbindlich zu untersagen, jederzeit wieder abrücken und eine solche Rechtsnorm erlassen.[168] Dem entsprechend ist die Industrie auch dem Staat gegenüber nicht an das Abkommen gebunden, so daß es jederzeit durch ein Aufhebungsabkommen beseitigt werden kann. Im Verhältnis Wirtschaft – Staat kann daher durchaus von einer (möglicherweise unselbständigen) informalen Absprache gesprochen werden, die neben das horizontrale Abkommen tritt, und die damit in die Aufgabenstellung der vorliegenden Untersuchung fällt. Dies manifestiert sich darin, daß das Bundesgesundheitsministerium das Zigarettenwerbungsabkommen als eine mit der Industrie getroffene Vereinbarung bekanntgegeben hat.[169]

Selbstbeschränkungsabkommen haben Einfluß auf den wirtschaftlichen Wettbewerb. Sie haben deshalb nicht nur eine öffentlich-rechtliche Seite, die im Verhältnis der Wirtschaft zum Staat liegt, sondern auch eine wettbewerbsrechtliche.[170]

---

164 Vgl. *Kaiser*, NJW 1971, 585 (587).

165 Vgl. *Oldiges*, WiR 1973, 1 (10); *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1026).

166 Vgl. etwa *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 64.

167 Vgl. *M. Schröder*, NVwZ 1998, 1011 (1012 f.): Solche „Drohungen" sind genau genommen nicht Bestandteil der Absprache und daher „einseitige ‚normvermeidende Handlungen'".

168 *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (794).

169 *Kaiser*, NJW 1971, 585 (587 in Fn. 30).

6. Arrangements und (Gentlemen's) Agreements

Im Schrifttum wird auch der Begriff des Arrangements verwendet.[171] Er ist gleichbedeutend mit dem Begriff der Absprache;[172] jedenfalls bezeichnet er keine besondere Ausprägung von Absprachen. Auch soweit mit der begrifflichen Unterscheidung zwischen Absprachen und Arrangements eine unterschiedliche Bindungswirkung ausgedrückt werden soll, führt dies nicht weiter: Der Unterschied zwischen rechtlicher Verbindlichkeit und Unverbindlichkeit wird schon durch die Einordnung (bzw. Nicht-Einordnung) als Vertrag beschrieben. Geht von einem Konsens keinerlei rechtliche oder faktische Bindungswirkung aus, ist er rechtlich unerheblich und bedarf keines Namens. Unterschiedliche Grade von faktischer Bindungswirkung dagegen lassen sich ohne weiteres unter dem Dach des Begriffes „Absprache" unterscheiden; dadurch wird auch der Eindruck verschiedener, voneinander klar abgrenzbarer (gewissermaßen „diskreter") Stufen von Bindungswirkung vermieden, die es in Wahrheit nicht gibt.[173]

Arrangements von Absprachen abzugrenzen hat daher keinen eigenen Erkenntniswert. Gleiches gilt für den Begriff des Agreements oder Gentlemen's Agreements. Er wird teilweise definiert als „Arrangement in schriftlicher Form"[174], also als schriftliche Absprache. Zum Teil wird er auch synonym für „Selbstbeschränkungsabkommen" oder „Branchenabkommen" verwendet.[175]

C. Ursachen für das Aufkommen von Absprachen

In der Verwaltungspraxis kommen oft mehrere Möglichkeiten des Handelns in Betracht. Vorgegeben ist dabei ein bestimmtes Ziel, das zu erreichen die Akteure beabsichtigen. Das Ziel kann aber auf verschiedene Weise

---

[170] S. dazu *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 224 ff.; *Baudenbacher*, JZ 1988, 689 ff.

[171] Z.B. bei *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439; *Bulling*, DÖV 1989, 277 (280); *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (186); *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl. 1973, S. 74.

[172] Vgl. die Definitionen bei *Bulling*, DÖV 1989, 277 (280): „mündliche Absprache"; *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (439 f.): wechselseitige informelle Abstimmung; vgl. auch *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl. 1973, S. 74: Wahrnehmung von Möglichkeiten im Verhandlungswege, indem man sich nach den Regeln des do ut des arrangiert; vgl. ferner *Isensee*, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 191.

[173] Vgl. dazu näher u. D. I. 2. (S. 80 ff.) u. D. II. 1. d) (S. 90 ff.).

[174] *Bulling*, DÖV 1989, 277 (280).

[175] So *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1006); *H. Dreier*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 647 (653).

erreicht werden. Hierfür stehen die Handlungsformen als „konfektionierte Regelungskomplexe“[176] mit jeweils spezifischen (Rechts-) Folgen und Wirkungen zur Verfügung, aus denen die Akteure die „passende“ (adäquate) auswählen. Welche Handlungsform gewählt wird, hängt von den Bedürfnissen der Akteure in der jeweiligen konkreten Situation ab, und zwar insbesondere von den Bedürfnissen der Behörde, weil diese die (Rechts-) Macht hat, über die anzuwendende Handlungsform notfalls auch einseitig zu entscheiden.

Kommen grundsätzlich mehrere Handlungsformen als geeignet in Betracht, wird diejenige angewendet, mit der das Ziel nach Ansicht der Akteure „am besten“ zu erreichen ist. Wenn beispielsweise in einer bestimmten Situation sowohl ein Verwaltungsakt als auch ein Verwaltungsvertrag in Betracht kommen, aber eine Einigung nicht zu erzielen ist, so wird die Behörde den Verwaltungsakt als die effektivere Handlungsform auswählen und eine einseitige Regelung erlassen, die sie gegebenenfalls vollstrecken kann, bevor sie versucht, durch immer neue Zugeständnisse den Privaten zum Vertragsschluß zu bewegen.

Bildlich (nach *Maurer*[177]) gesprochen kann beispielsweise der Wein zum Essen in Flaschen oder Karaffen serviert werden. In derselben Flasche bzw. in derselben Karaffe kann aber auch Wasser, Bier, Saft oder Limonade gereicht werden, ebenso wie diese Getränke aus anderen Behältern wie Fässern, Schläuchen, Kanistern oder Dosen ausgeschenkt werden können. Je nach dem Getränk und der konkreten Situation – soll das Getränk transportiert oder zu einem „formellen“ oder „informellen“ (!) Anlaß ausgeschenkt werden – kommen verschiedene Gefäße in Betracht. So wird es als unpassend angesehen, Bier aus Karaffen zu reichen, während Weinkenner Wert darauf legen, bestimmte Rotweine in Karaffen und gerade nicht aus Flaschen (geschweige denn aus Kanistern) zu servieren. Wein in Dosen ist – soweit ersichtlich – nirgends im Angebot. Inhalt und Form müssen eben zueinander und zu der jeweiligen Situation passen.

Sind die Eigenschaften aller in Betracht kommenden herkömmlichen Handlungsformen so, daß nach Einschätzung der Akteure (beteiligte Behörden und Private) keine davon ihren Bedürfnissen gerecht wird, entsteht ein Bedürfnis nach neuen Handlungsformen. Diese können sich dann in der Praxis ausbilden und die bisher existierende „Kollektion“ vorgeformter Handlungsformen ergänzen.[178] So lange diese neuen Handlungsformen von der Rechtsordnung nicht geregelt sind, handelt es sich bei ihnen (noch) nicht um rechtliche Handlungsformen, sondern nur um tatsächliche (empirische) Erscheinungsformen des Verwaltungshandelns.[179]

---

[176] *Ossenbühl*, JuS 1979, 681 (687).

[177] *Maurer*, Staatsrecht, 1999, § 17 Rn. 11.

[178] Vgl. *Ossenbühl*, JuS 1979, 681 (682 f.).

[179] In dem oben A. 2. a) cc) (S. 37 f.) verwendeten Sinne.

Da solche neuen Handlungsformen aus einem bestimmten praktischen Bedürfnis heraus entstehen, das die Akteure in der konkreten Handlungs- und Entscheidungssituation haben,[180] werden ihre Eigenschaften so sein, daß sie dieses Bedürfnis befriedigen können. Die Eigenschaften von Absprachen hängen daher von den Umständen ab, die zur Ausprägung der Absprache als typisches Handlungsinstrument geführt haben.

Diese Umstände lassen sich auf den Begriff der Überforderung bringen. Überfordert sind dabei weniger die Behörden als vielmehr die herkömmlichen Handlungsinstrumente und Entscheidungsverfahren. Die Überforderung wird zum einen verursacht durch eine Zunahme der Komplexität der tatsächlichen Verhältnisse, also gewissermaßen der Sachverhalte, die die Verwaltung zu regeln hat.[181] Dies wird bedingt durch den technischen Fortschritt,[182] der auch neue Technologien mit neuem, weitreichendem Gefahren-, ja Katastrophenpotential hervorgebracht hat (Kernenergie, auch die Gentechnologie), aber auch durch die dichte gesellschaftliche Verflechtung, die eventuelle Schäden sich schneller und weiter ausbreiten läßt.

Auch die Komplexität des Rechts nimmt zu. Als Reaktion auf die zunehmende Komplexität der tatsächlichen Verhältnisse ist das bis zu einem gewissen Grad unvermeidbar.[183] Dies drückt sich in paradox anmutender doppelter Weise aus: Zum einen nimmt der Grad der Regulierung, d.h. die Zahl der zu beachtenden Vorschriften in Gesetzen und Verordnungen, aber auch in Verwaltungsvorschriften, zu.[184] Wenn diese Entwicklung beklagt und umschrieben wird ist die Rede von Regelungswut,[185] Überreglementierung,[186] Normenflut,[187] deren „komplette Einhaltung das Verwaltungshan-

---

[180] Vgl. *Arnold*, VerwArch 80 (1989), 125 (125).

[181] S. beispielsweise *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 25; vgl. auch *J. Ipsen*, VVDStRL 48 (1990), 177 (193): Die Großtechnik sei nach dem Urteil von Fachleuten nur noch für den Hersteller verstehbar.

[182] Zum „Wettlauf zwischen Technik und Recht" S. etwa *Berg*, JZ 1985, 401 sowie die Vorträge zum 2. Beratungsgegenstand der Staatsrechtslehrertagung 1989 in Hannover von *J.Ipsen*, VVDStRL 48 (1990), 177 ff.; *Murswiek*, VVDStRL 48 (1990), 207 ff.; *Schlink*, VVDStRL 48 (1990), 235 ff. und die dazu erschienenen Begleitaufsätze von *Streinz*, BayVBl 1989, 550 ff.; *Degenhart*, NJW 1989, 2435 ff.; *Ronellenfitsch*, DVBl 1989, 851 ff. und *Pitschas*, DÖV 1989, 785 ff., sämtlich mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

[183] Vgl. *Berg*, JZ 1985, 401 (406); *Lukes* in: Scholz (Hrsg.), Wandlungen in Technik und Wirtschaft als Herausforderung des Rechts, 1985, S. 40 (43); *Ritter*, AöR 104 (1979), 398 (391).

[184] S. dazu ausführlich *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 62 ff., der in seiner Untersuchung allerdings zu dem Ergebnis kommt, daß hierin für die Verwaltung kein Problem liege (a.a.O. S. 213 ff., insbesondere S. 218 f.), ja daß die Verwaltungsbeamten sogar froh seien über ein „gut ausgebautes Normensystem" (a.a.O. S. 219).

deln lähmen würde"[188]. Das Recht ist so kompliziert geworden, daß es – vor allem in einigen Bereichen im Umweltrecht – eine besondere Leistung ist, den Überblick über das jeweils geltende Recht „zu erhalten oder – besser – wieder zu verschaffen".[189] Außerdem würden Rechtsmaterien mit materiefremden Regelungen überfrachtet[190] und seien die Regelungen nicht selten inkonsistent.[191]

Ist die Verwaltung durch Regelungen überfordert, die ihre Vollzugskapazität übersteigen, so ist sie dazu gezwungen, die Regelungen zum Teil außer acht zu lassen, wenn sie eine Lähmung ihres Handelns und einen Stillstand der Verwaltungstätigkeit verhindern will.[192] *Sendler* spricht davon, daß das Recht in vielen Bereichen „faktisch nicht mehr (gilt) ..., weil es angesichts seiner ... Verworrenheit und Undurchsichtigkeit nicht mehr angendet werden *kann* oder es jedenfalls bequemer ist, es beiseite zu schieben und von seiner Anwendung abzusehen".[193] Ein Übermaß an Normierung führt so nicht zu einer verstärkten Bindung, sondern zu neuer Eigenständigkeit der Verwaltung.[194]

Obwohl es also immer mehr und immer detailliertere Gesetze gibt, zu denen eine noch größere Zahl von Rechtsverordnungen kommt,[195] obwohl also immer mehr Normen von der Verwaltung zu beachten sind, läßt sich die konkrete Entscheidung im Einzelfall diesen Normen oftmals nicht si-

---

[185] *F. Kirchhof*, NJW 1981, 2382 (2385); S. auch *Ronellenfitsch*, Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht, 1995, S. 45: „Furor teutonicus legislativus".

[186] *A. Simon*, BayVBl 1994, 332 (333).

[187] *Brohm*, NVwZ 1988, 794 (794); *Isensee*, ZRP 1985, 139 (139); *A. Simon*, BayVBl 1994, 332 (333); f. *Kirchhof* in: Scholz (Hrsg.), Wandlungen in Technik und Wirtschaft als Herausforderung des Rechts, 1985, S. 257; *Scholz/Meyer-Teschendorf*, ZRP 1996, 404 (404).

[188] *Auf dem Hövel*, ZParl 1996, 82 (86); vgl. auch *Biedenkopf*, Speyerer Vorträge, Heft 10, 1994, S. 31. S. auch *Ellwein* in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 43 (55 f.).

[189] *Franßen*, DVBl 1995, 337 (339).

[190] *A. Simon*, BayVBl 1994, 332 (331), *Brohm*, NVwZ 1988, 794 (796); *ders.* in: Heinz (Hrsg.), Rechtstatschenforschung heute, 1986, S. 103 (108) etwa für das Baurecht; vgl. auch *Steinberg*, NVwZ 1985, 209 (211 f.).

[191] *Rossen-Stadtfeld*, NVwZ 2001, 361 (364).

[192] *Auf dem Hövel*, ZParl 1996, 82 (86); *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, 1992, S. 255 f.; vgl. auch *Biedenkopf*, Speyerer Vorträge, Heft 10, 1994, S. 31; *Ellwein*, VerwArch 87 (196), 1 (13).

[193] *Sendler*, NJW 1989, 1761 (1766) – Hervorhebung im Original.

[194] *Isensee*, ZRP 1985, 139 (141); *Schmidt-Aßmann* in: Fs. f. Stern, 1997, S. 745 (747 f.): „selektive Gesetzmäßigkeit"; vgl. auch *Voßkuhle*, Die Verwaltung 29 (1996), 511 (519).

[195] Zahlen bei *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, 1992, S. 252 f.

cher entnehmen: Die Normen werden mehr, aber auch „offener", d.h. sie determinieren die Einzelfallentscheidung der Verwaltung weniger.[196] Das gilt nicht nur, wenn sie der Verwaltung Letztentscheidungsspielräume in Form von Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen einräumen, sondern auch wenn gerichtlich voll überprüfbare sog. unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, zu deren Bedeutung und Sinn man oft verschiedene Ansichten gleichermaßen vertreten kann. Diese „Offenheit" der Normen führt zu einer zunehmenden Rechtsunsicherheit auf Seiten der Privaten, aber auch der Verwaltung. Es reicht dann zur Rechtfertigung einer Entscheidung nicht mehr aus, daß sich die Verwaltung auf das Gesetz beruft, sondern sie muß auf die Besonderheiten des Einzelfalles und auf die betroffenen Privaten angemessen eingehen, damit diese sich und ihre Interessen in der Entscheidung wiederfinden. Mangelt es an ausreichender Akzeptanz, führt dies dazu, daß vermehrt Rechtsbehelfe eingelegt werden, was zum einen die Verwaltung durch Widerspruchsverfahren zusätzlich belastet und zum anderen den Gesetzesvollzug aufgrund des Suspensiveffekts von Rechtsbehelfen verzögert. Selbst wenn man die Möglichkeiten des Sofortvollzugs in Rechnung stellt, verschlechtert mangelnde Akzeptanz die Implementation von Gesetzen;[197] müßte jede Verwaltungsentscheidung zwangsweise vollstreckt werden, wäre der Staat überfordert.[198]

Die aus diesen Entwicklungen resultierende Belastung der Verwaltung wird zusätzlich erhöht durch ein Anwachsen der Aufgaben, derer der Staat sich annimmt[199] und die in concreto von der Verwaltung erfüllt werden müssen. Dabei nimmt nicht nur die Quantität der Aufgaben zu, sondern neu hinzutretende Aufgaben haben auch oft eine neue Qualität.[200] Beispielhaft dafür sei die Vorverlagerung der Staatstätigkeit von der Gefahrenabwehr

---

[196] Vgl. etwa *Ritter*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1 (1990), 50 (62 f.) = in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 69 (82 ff.); *Grimm* in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. S. 291 (299); *Rossen*, Vollzug und Verhandlung, 1999, S. 25.

[197] Deshalb ist der Ansicht nicht zu folgen, daß der Rechtsstaat es „nicht nötig haben (sollte), um den Gesetzesgehorsam zu buhlen" (so *Ronellenfitsch*, DVBl 1989, 851 (865); ähnlich *Röken*, DÖV 1989, 54: „Gesetzesgehorsam statt Gesetzesakzeptanz"). Akzeptanz kann den Gesetzesgehorsam nicht ersetzen, wohl aber ergänzen und die Effizienz des Gesetzesvollzugs verbessern.

[198] Vgl. etwa *N. Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 1996, Rn. 105; *Braun*, JuS 1994, 727 (728 f.).

[199] Vgl. etwa *Scholz/Meyer-Teschendorf*, ZRP 1996, 404 (404). Die Zunahme der Staatsaufgaben läßt sich auch an der Zunahme der Staats*aus*gaben ablesen, die in mittelbarer Indikator dafür sind (*Schulze-Fielitz* in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 11 (18); eingehend mit Statistiken *Gaentzsch*, Speyerer Forschungsberichte 113, 2. Aufl. 1994, S. 160 ff. mit Nachweisen zu kritischen Stimmen auf S. 169).

auf die Gefahrenvermeidung (Risikovorsorge) genannt, die eine Reaktion des Staates auf das Gefahrenpotential neuer Technologien, aber auch Ausdruck gestiegenen Umweltbewußtseins ist.

Angesichts der stets angespannten Finanzlage in Bund, Ländern und Gemeinden kann die so zunehmende Belastung der Verwaltung nicht durch eine Verbesserung ihrer Ausstattung aufgefangen werden. Der Konkurrenzdruck in der Privatwirtschaft, der durch die sog. Globalisierung verschärft wird, macht den Faktor Zeit für Private zu einer wichtigen Ressource:[201] Sie sind darauf angewiesen, begünstigende Entscheidungen möglichst rasch zu erlangen und den Vollzug belastender Entscheidungen möglichst lange zu verzögern. Das verursacht zusätzlichen Druck auch auf die Verwaltung.

D. Eigenschaften von Absprachen

Der Verwaltung und den Privaten muß daher an Handlungsinstrumenten gelegen sein, die es ihnen ermöglichen, die hohe Komplexität der tatsächlichen Verhältnisse und des Rechts zu verarbeiten, die Verwaltung zu entlasten und Verfahren zu beschleunigen, die Akzeptanz bei den beteiligten Privaten zu erhöhen und die gegebene Rechtsunsicherheit zu verringern. Das erfordert einerseits eine gewisse Verläßlichkeit, damit alle Akteure eine Dispositionsgrundlage haben, andererseits aber auch eine gewisse Flexibilität, um unterschiedlichen Situationen gerecht werden und auf Veränderungen und neue Erkenntnisse reagieren zu können. Hierfür sind die herkömmlichen Handlungsformen nur bedingt geeignet:

Der Verwaltungsakt ist als prinzipiell bipolar angelegte Handlungsform in hochkomplexen Situationen überfordert; die besonderen Ausprägungen vom Verwaltungsakt mit Drittwirkung bis hin zum Planfeststellungsbeschluß vermögen dieses Manko nicht zu beheben – wie die Abspracheпraxis gerade im Planungsrecht zeigt.[202] Der Verwaltungsvertrag wäre demgegenüber

---

[200] Das gilt selbst für die „klassische", von der Polizei wahrgenommenen Staatsaufgabe der inneren Sicherheit, vgl. *Mößle* in: Gallwas/Mößle, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 18 ff.

[201] Zum Faktor Zeit vgl. *Eversberg*, Der Zeitfaktor im bundesimmissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, Diss. Tübingen 1999, S. 105 ff. sowie *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Band 1, 11. Aufl. 1999, § 37 Rn. 1 f.; *Brohm*, DVBl 1986, 321 (323, 324); *Kuhla/Hüttenbrink*, DVBl 1996, 717 (718); *Schlichter*, DVBl 1995, 173 (175); *Bullinger*, Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben, 1991, S. 21; *ders.*, JZ 1993, 492 (493 f.); *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rn. 262. S. ferner die Rechtsprechung des BGH zur Amtspflicht zu unverzüglicher Sachentscheidung, dazu *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 76 f.

[202] Vgl. z.B. *Schmittel*, Speyerer Forschungsberiche 92, 2. Aufl. 1991, S. 35; *ders.* in: Speyerer Forschungsberichte 70, Bd. 1, 1988, S. 159 (165); *Gloede* in:

grundsätzlich besser geeignet, mehrpolige Rechtsverhältnisse zu regeln. Auch er wird aber in der Regel nur zweiseitig ausgehandelt.[203] Das hat seinen Grund darin, daß er einen Konsens *aller* Vertragspartner erfordert. Aufgrund der rechtlichen Bindungswirkung, die Verwaltungsakten und Verträgen gemeinsam ist, sind beide in der zeitlichen Dimension relativ unflexibel, weil ihre Aufhebung oder Änderung grundsätzlich in demselben Verfahren erfolgen muß, in dem sie auch zustande gekommen sind, d.h. durch einen weiteren Verwaltungsakt bzw. einen weiteren Vertrag, der wiederum den Konsens aller Beteiligter erfordert. Noch unflexibler sind Rechtsverordnungen und Gesetze.[204]

Ein konsensuales rechtsunverbindliches Handlungsinstrument (mit anderen Worten: die rechtsunverbindliche Absprache) würde dagegen die Bedürfnisse der Praxis weitgehend erfüllen: Daß die Beteiligten eine abgesprochene Entscheidung akzeptieren, ergibt sich schon aus deren konsensualen und kompromißhaften Charakter, dessentwegen idealiter alle Beteiligten einen Vorteil von ihr haben.[205] Daß ein solcher Konsens grundsätzlich bipolar ist, wendet sich dann zu einem Vorteil, wenn er rechtsunverbindlich ist. Aufgrund seines Kompromißcharakters wäre ein solches Handlungsinstrument einerseits geeignet, im zweiseitigen Verhältnis eine Dispositionsgrundlage zu schaffen und so die Entscheidung sachlich, zeitlich oder personell zu segmentieren, d.h. in mehrere Teilentscheidungen zu zerlegen. Wegen seiner Rechtsunverbindlichkeit wäre es andererseits aber auch flexibel genug, die Entscheidung auf Aspekte zu beschränken, die dieses zweiseitige Verhältnis betreffen, d.h. die Entscheidung für andere Aspekte offenzuhalten.

Plant beispielsweise ein Privater eine technische Großanlage, für die eine Planfeststellung erforderlich ist, so kann das komplizierte Interessengeflecht etwas entwirrt werden, indem sich Vorhabenträger und Verwaltung in einem ersten Schritt unter (zumindest teilweiser) Ausblendung der Interessen Drittbetroffener und potentieller Jedermann-Einwender zunächst einmal mehr oder weniger weitgehend über die Zulässigkeit und den Standort des Vorhabens grundsätzlich einigen oder zumindest bestimmte Planungsalternativen ausscheiden. In einem zweiten Schritt können dann die Einwendungen be-

---

Speyerer Forschungsberichte 70, Bd. 1, 1988, S. 81 (195); *Bechmann* in: Speyerer Forschungsberichte 70, Bd. 2, 1988, S. 41 (49).

[203] *Berg* in: Bunte/Stober (Hrsg.), Lexikon des Rechts der Wirtschaft, Stichwort „Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Verträge", Ziff. A. II.

[204] Ausnahmen wie das Gesetz über das Verbot des Verfütterns, des innergemeinschaftlichen Verbringens und der Ausfuhr bestimmter Futtermittel v. 1.12.2000, BGBl. I S. 1635, das innerhalb einer knappen Woche verabschiedet wurde, bestätigen diese Regel nur.

[205] Vgl. *Rossen-Stadtfeld*, NVwZ 2001, 361 (365).

handelt werden. So wird das an sich dreipolige Verhältnis zwischen Vorhabenträger, Verwaltung und Nachbarn in zwei zweipolige Verhältnisse zerlegt[206] und die Komplexität der Entscheidungssituation schichtweise abgearbeitet.

Welche konkreten Eigenschaften, insbesondere welche Bindungswirkung Absprachen demzufolge haben, soll nun vor dem Hintergrund der Rechtsverhältnislehre erörtert werden.

I. Absprachen und Rechtsverhältnisse

Zu diesem Zweck wird zunächst allgemein auf die Lehre vom Verwaltungsrechtsverhältnis eingegangen, um danach bestimmen zu können, welchen Einfluß Absprachen auf Verwaltungsrechtsverhältnisse haben können. Von diesem Ansatz aus können dann in Teil 3 auch die Folgen untersucht werden, die rechtmäßige und rechtswidrige Absprachen haben.

1. Die Rechtsverhältnislehre als Ausgangspunkt

Die herkömmliche Handlungsformenlehre[207] wird zunehmend als unbefriedigend empfunden, weil sich mit ihr die neuen Herausforderungen an das Verwaltungsrecht nicht bewältigen lassen.[208] Stattdessen wird als neuer Ansatz die Lehre vom Verwaltungsrechtsverhältnis vorgeschlagen, die sogar als „neuer archimedischer Bezugspunkt" des Verwaltungsrechts bezeichnet wird,[209] weil sie die entsprechenden Mängel der Handlungsformen vermeidet. Handlungsformenlehre und Verwaltungsrechtsverhältnis schließen sich dabei als Erklärungsrahmen für das Verwaltungshandeln nicht gegenseitig aus, sondern ergänzen einander als „komplementäre Erkenntnisansätze".[210]

---

[206] Dazu *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (212, 214 f.); vgl. auch die Darstellung von *Tegethoff*, BayVBl 2001, 644 (645 f.).

[207] Zu ihr etwa *Ossenbühl*, JuS 1979, 681 ff.; *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1989, 533 ff.; *K. König*, VR 1990, 401 ff.; *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974.

[208] Vgl. dazu *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 192 m.w.N.; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 339 ff.

[209] So *Häberle*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis – Eine Problemskizze in: *ders.*, Die Verfassung des Pluralismus, 1980, S. 248 (259); zurückhaltender *ders.*, VVDStRL 45 (1987), 251 (253) – eröffnender Diskussionsbeitrag; kritisch *Pietzcker*, Die Verwaltung 30 (1997), 281 ff. m.w.N.; S. auch *Gröschner*, Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, S. 145.

[210] *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1989, 533 (540); *H. Bauer*, Die Verwaltung 25 (1992), 301 (325 f.).

a) Der Begriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses

Nach der üblichen Definition ist ein Rechtsverhältnis die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer Rechtsnorm ergebende rechtliche Beziehung zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten.[211] Kürzer läßt sich formulieren, daß ein Rechtsverhältnis „die rechtsnormgestaltete Beziehung zwischen zwei oder mehreren Subjekten" ist.[212]

Nach der verwaltungsprozeßrechtlichen Definition fallen unter den Begriff des Rechtsverhältnisses auch einzelne Rechte und Pflichten.[213] Das ist für das Verwaltungsprozeßrecht zutreffend und notwendig, damit keine Rechtsschutzlücken entstehen. Für den Bereich der Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts kommt dem Verwaltungsrechtsverhältnis aber eine andere Funktion zu, nämlich die rechtlichen Beziehungen zwischen zwei oder mehreren Subjekten zu beschreiben. Unter dem Begriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses sollen hier daher nicht auch einzelne Rechte und Pflichten verstanden werden, sondern nur die umfassenden rechtlichen Beziehungen zwischen zwei oder mehreren Subjekten[214] (bezogen auf einen bestimmten Gegenstand – z.B. eine Baugenehmigung).

*Rechts*verhältnisse unterscheiden sich von reinen Sozialbeziehungen: Die sich aus einem Rechtsverhältnis ergebenden Verhaltensanforderungen sind nicht lediglich moralische oder soziale Erwartungen an die beteiligten Rechtssubjekte, die durch soziale Folgen (soziale Isolation) sanktioniert sind, sondern Rechtspflichten, die sich mit rechtlichen Mitteln, d.h. mit staatlichen Zwangsmitteln durchsetzen lassen. Eine Pflicht kann aber nur dann eine *Rechts*pflicht sein, wenn sie sich auf eine Rechtsnorm zurückführen läßt, wenn es also durch die Rechts(normen)ordnung vorgesehen oder zumindest zugelassen ist, daß eine Pflicht als Rechtspflicht und nicht nur als soziale oder moralische Pflicht ausgestaltet ist.[215] Ein wesentliches Merkmal des Rechtsverhältnisses ist daher seine Rechtsnormgestaltung,[216]

---

[211] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 8 Rn. 16; *Kopp/Schenke*, VwGO, 12. Aufl. 2000,§ 43 Rn. 11; ähnlich *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 11 Rn. 4. Die von der verwaltungsprozeßrechtlichen Definition an sich ebenfalls erfaßten rechtlichen Beziehungen zwischen einer Person und einer Sache interessieren im Rahmen dieser Untersuchung nicht und werden aus der Definition deshalb „ausgeblendet".

[212] *Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982, S. 31; *Löwer*, NVwZ 1986, 793 (794); *Vosniakou*, Beiträge zur Rechtsverhältnistheorie, 1992, S. 44.

[213] *Kopp/Schenke*, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 43 Rn. 13.

[214] So auch *Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 272 f.; *Öhlinger*, VVDStRL 45 (1987), 182 (189). S. auch *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 206 (insoweit nahezu identisch mit *ders.* in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 257 (258)).

[215] Vgl. *Kelsen*, AöR 31 (1913), 190 (194 f.).

[216] *Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982, S. 33 f.; *Vosniakou*, Beiträge zur Rechtsverhältnistheorie, 1992, S. 46.

d.h. daß eine – tatsächlich (sozial/moralisch) ohnehin bestehende und somit von der Rechtsordnung als Sozialbeziehung vorgefundene[217] – Beziehung zwischen zwei Subjekten in diesem Sinne von Rechtsnormen (und eben nicht nur von bloßen sozialen oder moralischen Verhaltenserwartungen) determiniert wird.[218] Exemplarisch für den Vertrag gilt: Nur staatliche Rechtsnormen können aus einem sachlichen Übereinkommen ein Rechtsverhältnis machen, dessen Rechte und Pflichten mit staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt werden können.[219]

Damit soll nicht gesagt sein, daß es Privatautonomie nur im Rahmen und nach Maßgabe der Rechtsordnung gäbe. Privatautonomie als die Freiheit, sachliche Übereinkommen *tatsächlich* zu schließen, braucht keine Rechtsnormen – die *rechtliche* Durchsetzbarkeit der eingegangenen Verpflichtungen mit staatlichen Zwangsmitteln dagegen schon. Daß der tatsächliche Konsens als empirische Erscheinung und der Vertrag als rechtliches Institut voneinander zu unterscheiden sind, erweist sich auch daran, daß der Vertrag nicht die einzige Rechtsform ist, durch die ein tatsächlicher Konsens zwischen Verwaltung und Bürger mit rechtlicher Verbindlichkeit versehen werden kann; in bestimmten Fällen geschieht dies beispielsweise stattdessen durch (zustimmungsbedürftigen) Verwaltungsakt (z.B. die Beamtenernennung).[220]

Verwaltungsrechtsverhältnisse sind die Rechtsverhältnisse der Verwaltung,[221] nicht solche, die durch das Verwaltungsrecht determiniert sind. „Verwaltung" ist in diesem Zusammenhang nicht im institutionellen, sondern im funktionellen Sinne zu verstehen. Ein Verwaltungsrechtsverhältnis liegt daher vor, wenn an ihm die Verwaltung *als solche*, also in ihrer Funktion als Verwaltung beteiligt ist (*Verwaltungs*rechtsverhältnis).

Wollte man den Begriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses für diejenigen Fälle reservieren, in denen ein Rechtsverhältnis durch Normen des Verwaltungsrechts determiniert wird (*Verwaltungsrechts*verhältnis), so wären damit verfassungsrechtsgestaltete Rechtsverhältnisse außen vor. Das geht jedoch nicht an, stehen

---

[217] *Kelsen*, AöR 31 (1913), 53 (90 f.).

[218] Vgl. *Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982, S. 33 f. und 56 ff.

[219] Vgl. *Pauly* in: Becker-Schwarze u.a., Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 25 (27). Vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 215 ff.

[220] Zu diesem Verhältnis zwischen dem tatsächlichen Konsens einerseits und dessen rechtlicher Erfassung andererseits vgl. *Schmidt-Salzer*, VerwArch 62 (1971), 135 (137 f.), der betont, daß „der Vertrag" kein apriorischer Begriff ist, sondern lediglich das „Sicheinigen" als grundlegende menschliche Kommunikationsform. Dieses ist ein regelungsbedürftiger Sachverhalt, während der Vertrag eine von mehreren in Betracht kommenden Rechtsformen ist, um diesen Sachverhalt zu regeln. Zur Problematik des „Verwaltungsakts auf Zustimmung" vgl. *F. Kirchhof*, DVBl 1985, 651 ff.

[221] *Häberle*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis – Eine Problemskizze in: *ders.*, Die Verfassung des Pluralismus, 1980, S. 248 (251).

doch die Verfassung und insbesondere die Grundrechte an der Spitze der Normenhierarchie und sind deshalb von der Verwaltung bei allem ihrem Handeln zu beachten. Ferner ist die Verwaltung auch dann ihren öffentlich-rechtlichen Bindungen unterworfen, wenn sie ihre öffentlichen Aufgaben in privaten Organisations- oder Handlungsformen wahrnimmt und dabei Privatrecht anwendet.[222]

b) Die Gestaltung von Verwaltungsrechtsverhältnissen

Eine Gestaltung liegt in der Begründung, der Änderung und in der Beendigung eines Rechtsverhältnisses.[223]

aa) Heteronome und autonome Gestaltung von Verwaltungsrechtsverhältnissen

Daß Rechtsverhältnisse immer rechtsnormgestaltet sind, bedeutet, daß ihr Entstehen, ihre Beendigung und ihr Inhalt zumindest auch durch Rechtsnormen bestimmt sind. *Achterberg*[224] spricht insoweit davon, daß Rechtsverhältnisse in Entstehung, Ausgestaltung und Beendigung immer durch Rechtsnormen determiniert sind, dies allerdings in unterschiedlichem Ausmaß. Ein Rechtsverhältnis ist durch Rechtsnormen *voll* determiniert, wenn sein *Entstehen* und sein *Inhalt* vom Willen der Beteiligten unabhängig ist, wie beispielsweise das Entstehen deliktischer Ansprüche (z.B. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG). *Teildetermination* bedeutet demgegenüber, daß die Beteiligten die Entstehung oder zumindest den Inhalt des Rechtsverhältnisses nach ihrem Willen mitbestimmen können.[225] Für eine autonome Gestaltung durch die beteiligten Subjekte („autonome Determination") ist danach nur Platz, soweit das Rechtsverhältnis nicht schon durch Rechtsnormen bestimmt ist („heteronome Determination"), wo das Recht also den Beteiligten einen entsprechenden Gestaltungsspielraum beläßt.[226] Überschreiten die Beteiligten diesen Spielraum, begehen sie einen Normverstoß und handeln deshalb rechtswidrig.

---

[222] *Pestalozza*, „Formenmißbrauch" des Staates, 1973, S. 170 ff. *Windthorst*, JuS 1996, 605 (606) spricht daher auch von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis.

[223] Vgl. *Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982, S. 56.

[224] *Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982.

[225] *Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982, S. 43.

[226] Vgl. *Achterberg*, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982, S. 65; zu den Begriffen der autonomen und der heteronomen Determination ebenda S. 44.

bb) Autonome Gestaltung durch Rechtsakt

Da ein Rechtsverhältnis definitionsgemäß Rechte und Rechtspflichten beinhaltet, bedeutet seine Gestaltung immer die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts oder einer Rechtspflicht. Die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses ist mithin ein Rechtserfolg, also eine Rechtsfolge. Dazu sind nur solche Akte geeignet, mit denen die Beteiligten Rechtsfolgen setzen können (Rechtsakte), also Verwaltungsakte, Verwaltungsverträge und sonstige verwaltungsrechtliche Willenserklärungen der Verwaltung oder eines Bürgers.[227]

cc) Autonome Gestaltung durch Realakt?

Ferner wird oftmals vertreten, daß Verwaltungsrechtsverhältnisse auch durch Tathandlungen der Verwaltung oder des Bürgers begründet werden können,[228] also beispielsweise auch durch Absprachen. Dies ist jedoch abzulehnen, jedenfalls wenn damit gemeint sein sollte, daß ein Realakt unmittelbar konstitutiv für ein Rechtsverhältnis und seinen Inhalt sein kann. Denn wenn die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses ein Rechtserfolg ist, Realakte aber definitionsgemäß nicht auf einen solchen gerichtet sind, können Realakte für die Entstehung, den Inhalt oder die Beendigung eines Rechtsverhältnisses nicht unmittelbar konstitutiv sein.[229] Durch Realakte können Rechtsverhältnisse daher nicht („autonom") gestaltet werden.

Möglich ist es allerdings, daß durch einen Realakt der Tatbestand einer Rechtsnorm erfüllt und dadurch deren Rechtsfolge ausgelöst wird, die in der Gestaltung eines Rechtsverhältnisses besteht. Konstitutiv für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses ist dann jedoch die Rechtsnorm, nicht der Realakt. Dieser ist nur Tatbestandsmerkmal der Norm und deshalb nur mittelbar geeignet, ein Rechtsverhältnis („heteronom") zu gestalten.[230] Wel-

---

[227] *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 11 Rn. 8; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 8 Rn. 18; *Vosniakou*, Beiträge zur Rechtsverhältnistheorie, 1992, S. 45 f.; *Hill*, NJW 1986, 2602 (2608); vgl. auch *Ehlers*, DVBl 1986, 912 (912).

[228] So etwa *Vosniakou*, Beiträge zur Rechtsverhältnistheorie, 1992, S. 45 f.; *Hill*, NJW 1986, 2602 (2608); *Windthorst*, JuS 1996, 605 (607); S. auch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 8 Rn. 18; *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 11 Rn. 8.

[229] *Hertwig*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitgliedschaft Versicherter in einer gesetzlichen Krankenkasse, 1989, S. 37; ähnlich *Ehlers*, DVBl 1986, 912 (912).

[230] So zurecht *Hertwig*, Das Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitgliedschaft Versicherter in einer gesetzlichen Krankenkasse, 1989, S. 37; *Ehlers*, DVBl 1986, 912 (912).

chen Inhalt solche Verwaltungsrechtsverhältnisse haben, hängt unmittelbar nicht vom Willen der Beteiligten, sondern nur von der Rechtsfolge der Norm ab.

2. Bindungswirkung von Absprachen

a) Rechtliche Unverbindlichkeit

Es wurde bereits dargelegt, daß Absprachen rechtsunverbindlich sind.[231] Mit ihnen wollen die Beteiligten keine Rechtsfolgen setzen, also nicht ein Rechtsverhältnis, sondern nur eine faktische (soziale) Beziehung gestalten. Das entspricht, wenn die Schriftform nicht eingehalten wurde, auch dem Willen des Gesetzgebers, der auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit § 57 VwVfG nur solche Einigungen zwischen Verwaltung und Privaten mit rechtlicher Bindungswirkung zulassen wollte, die die Schriftform einhalten.[232] Absprachen können daher grundsätzlich nicht mittels rechtlicher Sanktionen durchgesetzt werden.

b) Faktische Bindungswirkung

Allerdings kann jeder an einer Absprache Beteiligte die Einhaltung der Absprache von den anderen nur dann erwarten, wenn er sich selbst an sie hält. Ferner sind beide Seiten daran interessiert, das Vertrauensverhältnis, auf dessen Grundlage Absprachen nur möglich sind, nicht zu zerstören, um auch in Zukunft als verläßlicher Absprachepartner dazustehen.[233] Zudem macht jede Nichteinhaltung einer Absprache den für ihre Erzielung betriebenen zeitlichen und finanziellen Verhandlungsaufwand zunichte.[234] Die Nichteinhaltung von Absprachen kann somit nicht-rechtliche Sanktionen nach sich ziehen.[235] Sie entfalten so eine nicht-rechtliche, d.h. faktische Bindungswirkung.[236]

---

[231] S. o. A. II. 1. b) (S. 43).

[232] Vgl. amtl. Begr., BTDr. 7/910, S. 81; zu den Funktionen der Schriftform (Abschluß- und Inhaltsklarheit, Warn- und Beweissicherungsfunktion) vgl. *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 57 Rn. 4.

[233] *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (349); *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (442).

[234] Vgl. *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 344 ff.

[235] *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (200 f.).

[236] *Mayntz u.a.*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 341 ff.; *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (349, 361); *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1010); *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (253); *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 207 f.; jetzt auch BVerfG, NVwZ 2002, 585 (589) – abw. Meinung der Richter Di Fabio und Mellinghoff.

Eine neuerdings vertretene Ansicht scheint hinsichtlich der Bindungswirkung zwischen Vorverhandlungen und Vorabzuleitung von Bescheidentwürfen einerseits sowie „Absprachen" andererseits zu unterscheiden: Vorverhandlungen würden eine faktische Bindungswirkung über Mechanismen des gegenseitigen Vertrauens nach sich ziehen;[237] Absprachen entfalten dagegen zwar keine rechtliche Bindungswirkung, haben aber nach dieser Auffassung mit dem Vertrag gemeinsam, daß nach dem Willen der Parteien „der gefundene Konsens nicht folgenlos bleiben soll". Der Vertrag sei nach der Vorstellung der Parteien aus Rechtsgründen, die Absprache ohne Rechtsgründe einzuhalten; insofern seien Absprachen „(Rechts-) Folgeentscheidungen".[238] Dagegen ist einzuwenden, daß nicht ganz klar wird, wo der Unterschied zwischen diesen Mechanismen liegen soll: Gerade dadurch, daß beide Seiten eine Leistung versprechen, machen sie deutlich, daß das Nichteinhalten der Absprache (nicht-rechtliche, faktische) Folgen haben soll. Daß die „Absprache ohne Rechtsgründe" einzuhalten sei, kann nichts anderes heißen als daß es für die Nichteinhaltung keine rechtlichen, sondern (nur) nicht-rechtliche Sanktionen gibt. Insofern besteht letztlich kein Unterschied zwischen dieser Ansicht und der hier vertretenen nicht-rechtlichen, faktischen Bindungswirkung.

c) Einwände

Die These, daß Absprachen eine solche rein faktische Bindungswirkung haben, wird aus zwei Richtungen angegriffen: Einerseits soll Absprachen eine rechtliche Verbindlichkeit zukommen, während andere ihnen selbst eine faktische Bindungswirkung absprechen.

aa) Rechtliche Verbindlichkeit?

(1) Die Ansicht Gornys

Daß Absprachen eine rechtliche Bindungswirkung zukommen soll,[239] wird damit begründet, daß der beteiligte Private aufgrund der Absprache häufig bedeutende Dispositionen treffe. Er sei daher auch für die Behörde erkennbar daran interessiert, das rechtliche Risiko seines Handelns zu minimieren. Rechtliche Unverbindlichkeit wolle jedenfalls der Private mit Sicherheit nicht. Hinzu komme, daß nach der Definition *E. Bohnes* Absprachen in einem Alternativverhältnis zu formellem Verwaltungshandeln stehen.[240] Sie seien daher lediglich ein anderes Mittel zur Verfolgung eines gleichen Zwecks, nämlich der „Konkretisierung des abstrakten Gesetzes im Einzelfall". Im Ergebnis blieben Absprachen „nicht hinter dem Verwal-

---

[237] *Körner*, Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000, S. 135 ff.

[238] *Körner*, Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000, S. 155 f., 234.

[239] *Gorny*, ZLR 1993, 283 (290 ff.).

[240] Vgl. o. A. I. 2. a) aa) (S. 34, Fn. 14).

tungsakt oder dem öffentlich-rechtlichen Vertrag zurück". Daher sei für die Frage nach den rechtlichen Wirkungen von Absprachen auf die Wirkungen des Verwaltungsakts oder des öffentlich-rechtlichen Vertrages zurückzugreifen. Diese beiden Handlungsformen aber seien rechtlich verbindlich. Die Identität des Zwecks erfordere es, die gleichen Wirkungen auch Absprachen beizulegen. Daher sei die beteiligte Behörde an das Ergebnis einer Absprache gebunden; außerdem komme Absprachen auch eine Legalisierungwirkung zu, die von Drittbehörden beachtet werden müßten. Daß Absprachen wegen der in aller Regel fehlenden Einhaltung der Schriftform gem. § 57 VwVfG keine rechtswirksamen öffentlich-rechtlichen Verträge seien, könne kein Grund sein, sie wegen dieses Formmangels als unverbindlich zu behandeln. Informelles Verwaltungshandeln diene der erleichterten Verfahrensabwicklung, habe aber nicht Unverbindlichkeit zum Ziel.

(2) Einwände

Dieser Ansicht ist Folgendes entgegenzuhalten: Zunächst ist es eine Frage der Auslegung der Vereinbarung im Einzelfall, ob die Erklärungen der Behörde und des Privaten mit oder ohne Rechtsbindungswillen getroffen werden. Dabei ist auf der einen Seite durchaus zu berücksichtigen, daß der Private unter Umständen bedeutende Dispositionen aufgrund der Absprache trifft. Auf der anderen Seite kann auch der Private daran interessiert sein, ohne rechtliche Bindung jederzeit von der Absprache abweichen zu können. Außerdem kann es für ihn durchaus auch Gründe geben, sich mit einer rechtsunverbindlichen Absprache zufrieden zu geben, auch wenn ihm ein rechtsverbindlicher Vertrag möglicherweise lieber wäre. Wenn die Behörde ihm zu erkennen gibt, daß sie keinen Vertrag schließen wolle (aus welchen Gründen auch immer), so wird man seine Erklärungen jedenfalls kaum als auf einen Vertragsschluß gerichtete Willenserklärungen auslegen können. Eine Absprache bringt dem Privaten dann aufgrund ihrer faktischen Bindungswirkung trotzdem mehr als gar keine Vereinbarung.

Desweiteren kann aus einer möglicherweise bestehenden Zweckidentität nicht auf eine Wirkungsidentität geschlossen werden.[241] Abgesehen davon, daß nach der hier vertretenen Ansicht ein Alternativverhältnis kein Definitionsmerkmal informalen Verwaltungshandelns ist,[242] ist schon fraglich, ob die Akteure mit Absprachen tatsächlich denselben Zweck verfolgen wie mit einem in derselben Situation denkbaren Verwaltungsakt oder Verwaltungsvertrag. Denn es fragt sich, warum sie sich dann nicht für einen Vertrag

[241] So auch *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 97 ff.

[242] S. o. A. I. 2. a) cc) (S. 39).

oder einen Verwaltungsakt entscheiden, was ja ebenfalls möglich wäre. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Akteure die Handlungsform wählen, die der jeweiligen Situation adäquat ist.[243] Wenn sie sich anstelle eines Verwaltungsakts oder -vertrages für eine Absprache entscheiden, dann spricht das dafür, daß der Verwaltungsakt bzw. -vertrag von ihnen (gerade wegen ihrer rechtlichen Verbindlichkeit) als Mittel angesehen werden, die der Situation nicht angemessen sind. Bei der Frage, ob eine Zweckidentität zwischen Verwaltungsakt und -vertrag auf der einen und Absprachen auf der anderen Seite vorliegt, ist daher nicht nur auf die „Konkretisierung des abstrakten Gesetzes im Einzelfall" (gewissermaßen als „abstraktes Fernziel") abzustellen. Vielmehr hat die Anwendung eines bestimmten Handlungsinstruments auch den Zweck, gerade seine spezifischen Folgen herbeizuführen. Wird anstelle eines Verwaltungsvertrages eine Absprache getroffen, ist daher der verfolgte Zweck ein anderer, nämlich (als „konkretes Nahziel") gerade die Vermeidung der rechtlichen Bindung. Insofern hat informelles Verwaltungshandeln durchaus rechtliche Unverbindlichkeit zum Ziel, als die erstrebte Erleichterung der Verfahrensabwicklung über den Hebel der rechtlichen Unverbindlichkeit des gewählten Handlungsinstruments angestrebt wird.

Selbst wenn man aber von einer Zweckidentität ausginge bzw. einen Rechtsbindungswillen annähme, so läßt sich daraus wegen § 57 VwVfG keine Wirkungsidentität von Verwaltungsverträgen und Absprachen herleiten. Denn Absprachen können auch mangels Einhaltung der Schriftform nicht zu rechtswirksamen Verwaltungsverträgen umgedeutet werden.[244] Folge eines Verstoßes hiergegen ist die Nichtigkeit, also die Ungültigkeit des Vertrages. Allenfalls in besonderen Fällen kann nach einer bestrittenen Ansicht trotz eines Verstoßes gegen § 57 VwVfG aus Treu und Glauben die Erfüllung des nichtigen Vertrages verlangt werden.[245] Aus der Zweckidentität die Wirkungsidentität herzuleiten und Absprachen dennoch als rechtsverbindlich anzusehen wäre daher nicht nur eine Mißachtung des Willens der Akteure, sondern liefe auch auf eine Umgehung des § 57 VwVfG hinaus.

Die Behauptung schließlich, daß Absprachen eine Legalisierungswirkung hätten, die von Drittbehörden beachtet werden müsse, ist nicht zur Begründung einer rechtlichen Bindungswirkung von Absprachen geeignet, denn das Argument ist zirkulär: Eine solche Legalisierungswirkung würde eine rechtliche Verbindlichkeit von Absprachen nicht nur für die Beteiligten,

---

[243] S. o. C. (S. 68).

[244] So auch *Gorny*, ZLR 1993, 283 (292 f.).

[245] Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 57 Rn. 1; *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 57 Rn. 26 einerseits, *Henneke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 57 Rn. 11 andererseits.

sondern auch für die Drittbehörden voraussetzen. Eine Legalisierungswirkung wäre also eine *Folge* und nicht der Grund einer rechtlichen Verbindlichkeit von Absprachen.[246]

Die Ansicht, daß Absprachen rechtlich verbindlich seien, ist daher abzulehnen. Sie sind auch keine „fehlgeschlagenen" Verwaltungsverträge, worauf bereits hingewiesen wurde.[247] Das hinter dieser Ansicht stehende Anliegen, Mißbräuche zu verhindern, ist zwar berechtigt; ihm muß indes auf andere Weise Rechnung getragen werden.

bb) Fehlen selbst einer faktischen Bindungswirkung

Von der anderen Angriffsrichtung her wird die faktische Bindungswirkung von Absprachen oft insbesondere von Seiten der Verwaltung geleugnet.[248] Dieser Auffassung ist ebenfalls nicht zu folgen. Ihr liegt zum Teil ersichtlich die Befürchtung zugrunde, die Bejahung einer faktischen Bindungswirkung würde mehr oder weniger unvermeidlich das Verdikt der Rechtswidrigkeit zur Folge haben. Das kommt beispielsweise zum Ausdruck, wenn es in einer empirischen Untersuchung heißt, daß Absprachen dem „Vorwurf" ausgesetzt seien, zwar keine rechtliche, wohl aber eine faktische Bindungswirkung zu entfalten.[249] Daß Behördenvertreter unter dieser Prämisse eine faktische Bindung verneinen, ist verständlich. Es ist jedoch zu betonen, daß mit der auch hier vertretenen Ansicht von der faktischen Bindungswirkung von Absprachen ein *Vorwurf nicht* verbunden ist; es handelt sich vielmehr um eine völlig wertfreie Beobachtung.[250]

Desweiteren dürfte der Verneinung einer faktischen Bindung unausgesprochen die Annahme zugrunde liegen, faktische Bindung sei unüberwindlich. Aus der Erkenntnis, daß die Beteiligten jedenfalls dann von einer Absprache abweichen werden, wenn sich an den ursprünglichen Entscheidungsgrundlagen etwas ändert[251] – jedenfalls wenn der „Abweichungs-

---

[246] Zu den erstaunlichen Konsequenzen dieser Ansicht vgl. das Beispiel bei *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 97 f.

[247] S. o. A. I. 1. (S. 44).

[248] Vgl. *v. Wedemeyer*, Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts, Diss. Augsburg 1991, S. 67 ff.; *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 100 f.

[249] *V. Wedemeyer*, Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts, Diss. Augsburg 1991, S. 67.

[250] S. schon o. A. 2. a) aa) (S. 32).

[251] Mit einer solchen Aussage zitiert *v. Wedemeyer*, Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts, Diss. Augsburg 1991, S. 68 einen Behördenvertreter. Eine ähnliche Angabe machte ein Vertreter der Privatwirtschaft gegenüber dem Verf. Vgl.

druck" auf einen der Beteiligten größer wird als der „Einhaltungsdruck" –, folgt auf der Grundlage dieser Prämisse, daß faktische Bindung nicht unüberwindlich ist und deshalb nicht existiert.

Jedoch ist die Prämisse unzutreffend, daß faktischer Bindung Unüberwindlichkeit eigen sei. Faktische Bindung liegt auch dann vor, wenn die Beteiligten sie überwinden können, entweder indem sie die nicht-rechtlichen Sanktionen in Kauf nehmen oder indem sie den anderen Beteiligten im Einzelfall von der Notwendigkeit des Abweichens überzeugen und so die nicht-rechtlichen Sanktionen vermeiden (ohne daß darin eine Aufhebung der Absprache liegen muß).[252]

Für die Bewertung, ob Absprachen faktische Bindungswirkung haben, ist daher ausschlaggebend, daß auch nach der oben genannten empirischen Untersuchung weder Behörden noch Privaten an einer Abweichung von Absprachen gelegen ist, daß jede Abweichung seitens der Behörde auf den Widerstand des Privaten stoßen muß (und umgekehrt) und solche Abweichungen sehr selten vorkommen[253] sowie daß Drittbetroffene gegenüber dem an der Absprache beteiligten Privaten eine schwache Position haben.[254]

Von daher gibt es unterschiedliche Intensitäten faktischer Bindungen, ebenso wie auch rechtliche Pflichten mit unterschiedlich schwerwiegenden Sanktionen belegt sind – von der bloßen Vollziehbarkeit über Bußgelder unterschiedlicher Höhe bis hin zu Strafandrohungen.

d) Verhältnis zu rechtlicher Bindung

Absprachen sind somit rechtlich unverbindlich, haben aber eine faktische Bindungswirkung. Diese Eigenschaft macht sie geeignet, einerseits Rechtsunsicherheiten abzubauen, andererseits aber ohne Rechtsverstoß flexibel von ihnen abweichen zu können. Damit sind Absprachen einerseits flexibel genug, andererseits aber auch verläßlich genug, den oben beschriebenen Bedürfnissen der Beteiligten gerecht zu werden.

---

auch *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, S. 182: „stillschweigend akzeptierte Krisenbedingung".

252 *Mayntz u. a.*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 343 f.

253 *V. Wedemeyer*, Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts, Diss. Augsburg 1991, S. 67 ff.; S. auch *Mayntz u. a.*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 342 ff.

254 *V. Wedemeyer*, Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts, Diss. Augsburg 1991, S. 72.; S. auch *Mayntz u. a.*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 342 ff. Dies unterschätzt wohl BVerfG, NVwZ 2002, 585 (587).

Bei solcher Steuerung menschlichen Verhaltens durch Influenzierung anstatt durch Rechtsbefehl wird gelegentlich von „soft law"[255] oder „weichen Mitteln"[256] gesprochen. Das könnte den Schluß nahelegen, daß die Bindungswirkung dieser „weicheren" Instrumente eine schwächere ist als die rechtliche Bindungswirkung von Verwaltungsakten und -verträgen. Dieser Schluß wäre jedoch unzutreffend, denn faktische Bindung unterscheidet sich von der rechtlichen nicht durch ihre Intensität, sondern durch ihre Qualität. Der Unterschied liegt darin, daß die Bindung nicht auf einem rechtlichen, sondern auf einem faktischen „Mechanismus" beruht:[257] Die drohenden Folgen sind keine rechtlichen, sondern tatsächliche. Sie können den Betroffenen je nach Situation weniger hart, aber auch härter treffen als rechtliche.[258]

Kann etwa ein Unternehmer eine Anlage nicht rechtzeitig in Betrieb nehmen, weil er mit dem Baubeginn bis zur Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung wartet, so droht ihm als faktische Folge ein Nachteil am Markt. Dieser kann ihn härter treffen (nämlich größere Kosten verursachen) als etwa die rechtliche Folge eines Bußgeldes, das ihm gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG auferlegt wird, weil er die (genehmigungsfähige) Anlage vor Erteilung der Genehmigung errichtet hat.

Ein Beispiel dafür, daß ein informelles Handlungsinstrument den Privaten schwerer treffen kann als eine rechtliche Regelung ist die Produktwarnung als einseitiges informelles Handeln. Das Ziel, den Verkauf etwa eines bestimmten schadstoffhaltigen Lebensmittels zu unterbinden, läßt sich auch mit einem Verwaltungsakt erreichen, der ein Verkaufsverbot enthält (dieser wäre nicht nur ein anderes Handlungsinstrument, sondern er hätte auch einen anderen Inhalt als die Warnung). Von einem solchen Verwaltungsakt müßte die Öffentlichkeit – anders als bei der Warnung – nichts erfahren, so daß dem Hersteller Umsatzeinbußen bei anderen als den schadstoffhaltigen Produkten sowie der mit einer Warnung verbundene Imageverlust erspart bliebe.

---

[255] Vgl. etwa *v. Lersner*, NJW 1982, 2812; *Ritter*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1 (1990), 50 (63) = in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 69 (83).

[256] *V. Lersner*, Verwaltungsrechtliche Instrumente des Umweltschutzes, 1983, S. 10; *Henke*, JZ 1992, 541 (546); *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1007 f.).

[257] S. schon o. A. I. 2. a) cc) (S. 37) mit Fn. 32.

[258] Vgl. *Ellwein* in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 19 (29); S. auch *Bohne* in: Voigt (Hrsg.), Gegentendenzen zur Verrechtlichung, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 9 (1983), S. 202 (204). Für behördliche Warnungen *Stober* in: Blümel/Pitschas (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im Wandel der Staatsfunktionen, 1997, S. 131 (159); *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht Zweiter Band, 2. Aufl. 1954, S. 200 f.: „läßt sich ... oft mehr erreichen"; *Haussühl*, VBlBW 1998, 90 (90). Vgl. auch *Zippelius*, Einführung in das Recht, 3. Aufl. 2000, S. 9.

Daraus folgt, daß faktische Wirkungen und Bindungen mindestens ebenso nachhaltig sein können wie rechtliche Bindungen.[259] Da die faktischen Folgen des Bruches einer Absprache unabhängig davon eintreten, ob diese rechtmäßig oder rechtswidrig ist, ist die Bindungswirkung von Absprachen ferner unabhängig von ihrer Rechtmäßigkeit.

Faktische Bindungswirkung ist gegenüber rechtlicher Bindungswirkung daher kein minus, sondern ein aliud.[260]

3. Mittelbare rechtliche Auswirkungen

Daß die Beteiligten mit einer Absprache kein Rechtsverhältnis begründen wollen, bedeutet nicht, daß Absprachen auch keine mittelbaren rechtlichen Auswirkungen haben können:[261] Aus dem Fehlen eines Rechtsbindungswillens folgt lediglich, daß mit Absprachen keine Rechtsfolgen („autonom") *gesetzt* werden. Wenn ebenso wie durch andere Realakte durch Absprachen aber der Tatbestand einer Norm verwirklicht und dadurch deren Rechtsfolge („heteronom") ausgelöst wird, so ist dies unabhängig vom Willen der Beteiligten: Der Wille des Schädigers, keinen Schadensersatz zu leisten, entbindet ihn auch nicht von seiner Schadensersatzpflicht.

Entsprechend ihrem Zweck, Entscheidungen zu segmentieren, ist zunächst daran zu denken, daß Absprachen Einfluß auf die nachfolgende rechtsförmige Entscheidung (bzw. deren Unterlassen) haben können. In Betracht kommen außerdem Rückerstattungs- und Schadensersatzansprüche. Solche mittelbaren rechtlichen Auswirkungen von Absprachen sind Gegenstand des 3. Teils dieser Untersuchung.

---

[259] *Maurer* in: Heinz (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung heute, 1986, S. 125 (131); *Spannowsky*, GewArch 1998, 362 (366); *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (222 f.); BVerwGE 45, 309 (318). Den Wirkungsmechanismus bei behördlichen Warnungen beschreibt *Berg*, ZLR 1990, 565 (567 f.) = in: Streinz (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Lebensmittelrecht, 1991, S. 145 (147 f.).

[260] *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1197); *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 128 f.; *Helberg*, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 212 f.; *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 203.

[261] So aber *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 221 Fn. 312; ähnlich *Körner*, Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000, S. 136 f., wenn er sich dagegen wendet, daß aus Absprachen Schadensersatzansprüche erwachsen können.

II. Absprachen als staatliche Entscheidungen

Oben wurde „informales Verwaltungshandeln" definiert als Verfahrenshandlungen oder Sachentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, die außerhalb der rechtlich geregelten Handlungsformen vorgenommen werden.[262] Mit informalen Absprachen werden somit entweder Verfahrenshandlungen vorgenommen oder Sachentscheidungen getroffen. Die folgende Betrachtung wird diese zunächst rein begrifflich begründete Erkenntnis untermauern.

1. Der Entscheidungscharakter von Absprachen

a) Rein verfahrensbezogene Absprachen

Soweit Absprachen sich nur auf das Verwaltungsverfahren beziehen, also Verfahrenshandlungen betreffen, beinhalten sie keine Entscheidung in der Sache. Beispielsweise könnte in einem Verwaltungsverfahren, das auf den Erlaß einer Ordnungsverfügung gerichtet ist, abgesprochen werden, daß ein bestimmtes Beweismittel nicht verwendet wird, obwohl dies möglich wäre. In einer solchen Absprache wird konsensual die Entscheidung über eine Verfahrenshandlung getroffen, nämlich auf das Beweismittel zu verzichten. Aufgrund der faktischen Bindungswirkung dieser Absprache wird bei der Sachverhaltsermittlung dann tatsächlich auf dieses Beweismittel verzichtet. Eine solche Absprache betrifft den Inhalt der Ordnungsverfügung nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar über das Verfahren, das den Zweck hat, die Entscheidung über die Ordnungsverfügung (mit einem inhaltlich „richtigen" Ergebnis) hervorzubringen. Insoweit hat jede Verfahrensbeeinflussung (potentiell) Einfluß auch auf den Inhalt der das Verfahren abschließenden Sachentscheidung und ist insoweit regelungsvorbereitend. Die faktische Bindungswirkung der Absprache betrifft aber nur die jeweilige Verfahrenshandlung, nicht den Inhalt der Sachentscheidung selbst.

Daß auch Verfahrenshandlungen Gegenstand von Entscheidungen sein können, beweist § 44a VwGO. Diese Vorschrift regelt, unter welchen Voraussetzungen die Gerichte über Verfahrenshandlungen, die nach einer bestrittenen Ansicht sogar Verwaltungsakte sein können,[263] entscheiden können. Demgemäß kann etwa in einer Absprache entschieden werden, daß ein Anlagenbetreiber, gegen den eine Ordnungsverfügung erlassen werden soll, Akteneinsicht nur in bestimmte Auszüge der Behördenakten erhält und nicht umfassend.

---

[262] Oben S. A. I. 2. a) cc) (3) (S. 39).

[263] Vgl. *Pietzner/Ronellenfitsch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl. 2000, § 18 Rn. 27 f.; *Stelkens/Kallerhoff* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 97 Rn. 12 f.

b) Sachbezogene regelungsvorbereitende Absprachen

Andere Absprachen betreffen nicht nur das Verfahren, sondern den Inhalt der Entscheidung selbst. Empirische Untersuchungen haben ergeben, daß oft die „wichtigsten Weichenstellungen" eher informell denn während des formellen Verfahrens erfolgen.[264] Der Inhalt der späteren Sachentscheidung wird durch die Absprache zumindest teilweise faktisch bereits festgelegt. Dies entspricht der Funktion von Absprachen, komplexe Entscheidungen zu segmentieren. Die Behörde könnte der Verfügung nur dann einen anderen Inhalt geben, wenn sie von der Absprache abweicht. Das tut sie jedoch wegen deren faktischer Bindungswirkung nicht. Der Inhalt der Ordnungsverfügung wird somit durch die Absprache zumindest mitbestimmt.[265]

Regelungsvorbereitende Absprachen determinieren so den Inhalt der rechtsförmigen Entscheidung.[266] Die „eigentliche Entscheidung"[267] wird nicht erst beim Erlaß der Regelung, sondern bereits in der Absprache getroffen[268] und damit „zeitlich und inhaltlich vorverlagert".[269] Nach einer Formulierung von *J. Ipsen* läßt sich zugespitzt sagen, daß das informale Verfahren mit der inhaltlichen, materiellen Entscheidung endet und das formale Verfahren mit dem Verwaltungsakt: das förmliche Verwaltungsverfahren zielt auf die Umsetzung einer bereits getroffenen informalen („unförmlichen") Entscheidung ab.[270] Die Absprache wird durch die förmliche Entscheidung in gewisser Weise nur noch „ratifiziert".[271]

---

[264] *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 208 f; *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 54 ff.

[265] Ähnlich für die Bauleitplanung BVerwGE 45, 309 (316 ff.).

[266] So auch *J. Ipsen*, VVDStRL 48 (1990), 177 (195).

[267] Vgl. *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 257 ff., Rn. 264 ff.

[268] *Brohm*, NVwZ 1991, 1025 (1029): „Über das inhaltliche Ergebnis ist in den Absprachen bereits vorab entschieden worden." Vgl. auch *Brohm*, DVBl 1994, 133 (137); *Ule/Laubinger*, Gutachten B zum 52. DJT, 1978, S. 28.

[269] *Hoffmann-Riem* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, 1990, S. 13 (15).

[270] *J. Ipsen*, VVDStRL 48 (1990), 177 (195).

[271] Vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 115 (1990), 400 (427); *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, Einl. Rn. 86; *Mayntz u.a.*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 342: „notarielle Beurkundung"; *Pauly* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 25 (43): „verwaltungsnotarielle Beurkundung"; ähnlich *Kippes*, Bargaining, 1995, S. 95; *Wahl*, DVBl 1993, 517 (521); *J. Ipsen*, VVDStRL 48 (1990), 177 (194); für das Verhältnis zwischen Bebauungsplan und dessen Vorentscheidung durch Planungsvertag vgl. *Leisner*, NVwZ 1993, 935 (938). Zur erforderlichen Einschränkung dieser Sichtweise s. u. Teil 3: A. I. 1. (S. 290).

c) Regelungsersetzende Absprachen

Regelungsersetzende Absprachen sind demgegenüber nicht auf den Inhalt einer nachfolgenden formalen Entscheidung bezogen, sondern sollen diese formale Entscheidung gerade ersetzen. Solche Absprachen müssen nicht denselben Inhalt haben, wie sie der ersetzte formale Akt gehabt hätte. Sie sind aber auf den selben Gegenstand bezogen und sie beinhalten eine inhaltliche, materielle Entscheidung über diesen. Erklärt sich etwa ein Anlagenbetreiber in einer Absprache zu bestimmten Sanierungsmaßnahmen bereit, um so eine nachträgliche Anordnung gem. § 17 Abs. 1 BImSchG zu vermeiden, so wird mit dieser Absprache inhaltlich über diese Maßnahmen entschieden. Regelungsersetzende Absprachen beinhalten in diesem Sinne ebenso eine Sachentscheidung wie die regelungsvorbereitenden Absprachen, nur daß sie anders als jene nicht mehr durch einen nachfolgenden formalen Akt umgesetzt werden.

d) Reichweite der Entscheidung

Die Entscheidung, die mit der Absprache getroffen wird, kann sachlich unterschiedlich weit reichen und unterschiedlich intensiv sein.

aa) Sachliche Reichweite

Nicht nur bei Planungsentscheidungen, sondern immer in komplexen Entscheidungssituationen stehen zu Beginn eines Entscheidungsprozesses meist weitaus mehr als zwei Entscheidungsalternativen zur Auswahl. Will beispielsweise ein Industrieunternehmen auf dem Betriebsgelände ein Kraftwerk errichten, um die für seine Produktion erforderliche Energie selbst zu erzeugen, so kommen dafür u. U. verschiedene Standorte auf dem Betriebsgelände in Betracht. Ferner stehen unterschiedliche Energieträger zur Auswahl (z. B. Steinkohle, Braunkohle, Erdgas, Erdöl), die jeweils auf verschiedene Arten verfeuert werden oder unterschiedliche Qualitäten aufweisen können (z. B. Verwendung schadstoffarmer Qualitäten der Brennstoffe). Schließlich gibt es unterschiedliche Möglichkeiten, den Wirkungsgrad der Anlage zu erhöhen (Kraft-Wärme-Kopplung) und die Emissionen des Kraftwerks und die Immissionen in der Nachbarschaft zu verringern (verschiedene Arten von Katalysatoren und Filteranlagen, Höhe des Schornsteins). Aus der Vielzahl solcher Aspekte und der jeweils zur Auswahl stehenden Möglichkeiten ergibt sich insgesamt eine große Zahl in Betracht kommender Entscheidungsalternativen.

Absprachen, mit denen hier die Genehmigungsentscheidungen abgeschichtet werden, können nun unterschiedliche Reichweiten haben, indem

sie verschiedene (und verschieden viele) der Entscheidungsaspekte betreffen: Sie können sich nur auf den konkreten Standort auf dem Betriebsgelände beziehen, sie können stattdessen oder zusätzlich den Energieträger oder das Feuerungsverfahren betreffen usw. Die Absprache enthält dann eine Entscheidung nur für diese Teilaspekte, während die Genehmigungsentscheidung hinsichtlich der anderen Aspekte offen bleibt. Eine Absprache kann so einzelne Aspekte einer Entscheidung vorwegnehmen oder einzelne Entscheidungsalternativen ausschließen.

Absprachen können aber auch den konkreten Inhalt eines später zu erlassenden Verwaltungsakts bis ins Detail vorwegnehmen[272] oder als regelungsersetzende Absprache ganz konkrete Handlungserwartungen beinhalten. So wird beispielsweise in Sanierungsabsprachen ein Sanierungsplan mit so konkreten Sanierungsmaßnahmen und so konkreten Fristen abgesprochen, daß er ebensogut Inhalt einer Sanierungsverfügung sein könnte.

bb) Bindungsintensität

Mit der Absprache wird die Genehmigungsentscheidung für das Kraftwerk im Rahmen ihrer sachlichen Reichweite vorentschieden. Sie ist dann *insoweit* für spätere neue Erkenntnisse grundsätzlich nicht mehr offen. So hat beispielsweise schon die Standortentscheidung Auswirkungen auf die Immissionen in der Nachbarschaft. Wird diese mit einer Absprache dahingehend vorweggenommen, daß eine für die Nachbarschaft ungünstige, aber noch vertretbare Alternative gewählt wird, und ergeben sich dann neue Erkenntnisse, so werden die Beteiligten versuchen, diese in anderen Aspekten der Entscheidung abzuarbeiten, beispielsweise mit einer schadstoffärmeren Brennstoffqualität oder durch bessere Filteranlagen.

Die faktische Bindung an Absprachen wird von den Beteiligten aber selten als absolut und unverrückbar empfunden, sondern sie sind bereit, von der Absprache abzurücken, wenn dies durch eine Veränderung der Umstände oder neue Erkenntnisse veranlaßt ist und diese sich nicht bei anderen Aspekten der Entscheidung abarbeiten lassen.[273] Können, um im Beispiel zu bleiben, die Rechte oder Interessen der Nachbarn nur gewahrt werden, indem der Standort anders als abgesprochen gewählt wird, so werden die Beteiligten unter diesen Umständen in der Regel bereit sein, die mit der Absprache bereits getroffene Standortentscheidung aufzugeben und neu zu treffen.

---

[272] Vgl. *Mayntz u.a.*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 320 ff.; *v. Wedemeyer*, Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts, Diss. Augsburg 1991, S. 61 ff.

[273] S. schon o. I. 2. c) bb) (S. 84).

Allerdings ist das Gewicht, das diese Umstände oder Erkenntnisse haben müssen, unterschiedlich. Hierin liegt ein Maß für die Bindungsintentsität der Absprache. Diese hängt von den Umständen (z.B. von dem zur Erzielung der Absprache betriebenen Aufwand oder der Bedeutung der Sache für beide Seiten) und von den Aspekten ab, die in der Absprache vorentschieden wurden. So wird hinsichtlich der Filteranlagen eine größere Bereitschaft zum Umdenken bestehen als hinsichtlich des Standortes oder des Energieträgers. Insoweit dürfte die Bindungsintensität auch von der sachlichen Reichweite der Absprache abhängen: Je geringer die Reichweite, desto verfestigter wird die Entscheidung insoweit sein, weil die Beteiligten (zurecht oder zu unrecht) die Möglichkeit sehen, neue Erkenntnisse unter anderen, noch nicht entschiedenen Aspekten abzuarbeiten. (Nur) im Extremfall halten sich die Beteiligten trotz gewichtiger neuer Erkenntnisse an die Absprache.

e) Zwischenergebnis und Folgerungen

Die inhaltliche Analyse bestätigt somit den begrifflichen Befund, daß Absprachen entweder eine Verfahrenshandlung oder eine Sachentscheidung enthalten. Es wird also die materielle Entscheidung aus dem formellen Verwaltungsakt in die informelle Absprache verlagert,[274] so weit die Absprache sachlich reicht. Es läßt sich sagen, daß Absprachen (im Rahmen ihrer Reichweite) Verfahrenshandlungen oder Sachentscheidungen *sind*.[275] Hierdurch unterscheiden sich Absprachen von sonstigen Realakten, die als reine Tathandlungen keine Entscheidung beinhalten.[276]

Daß Absprachen somit eine Sachentscheidung enthalten oder als rein verfahrensbezogene Absprachen jedenfalls mittelbar Einfluß auf eine Sachent-

---

[274] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 54 ff.

[275] *Bohne* in: Blankenburg/Lenk (Hrsg.), Organisation und Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 7 (1980), S. 20 (27).

[276] Vgl. *Burmeister*, VVDStRL 52 (1993), 190 (235): Informelles Verwaltungshandeln als „Ersatzhandlung für die Vornahme einer rechtsformgebundenen Regelung"; *Di Fabio* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 47 (61 ff.), der Warnungen und Empfehlungen als „finale Realakte" von sonstigen Realakten unterscheidet. *Nickel*, Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, Diss. Hamburg 1979, S. 65 ff., lehnt eine Einordnung von Absprachen als schlichtes Verwaltungshandeln ab, weil sie weder Wissenserklärungen noch reine Tathandlungen seien, während *Siems*, Der Begriff des schlichten Verwaltungshandelns, 1999, S. 232 ff., insbes. S. 233 f. zutreffend meint, Absprachen stellten neben diesen beiden eine neue Art schlichten Verwaltungshandelns dar. Da die Kategorie des schlichten Verwaltungshandelns aber zurecht als „rechtlich profillose Auffangkategorie" bezeichnet wird (*Ossenbühl*, JuS 1979, 681 (685); vgl. auch *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 11: Leertitel), bleibt die Einordnung von Absprachen als schlichtes Verwaltungshandeln dogmatisch weitgehend folgenlos.

scheidung haben, ist eine entscheidende Eigenschaft. Hieraus ergeben sich rechtliche Anforderungen, die im 2. Teil näher behandelt werden.

2. Der Charakter von Absprachen als staatliches Handeln

a) Absprachen betreffen Verwaltungsentscheidungen

Oben wurde zwischen horizontalen und vertikalen Absprachen unterschieden und dargelegt, daß vertikale Absprachen im Subordinationsverhältnis getroffen werden.[277] Es wurde bereits angedeutet, daß die Verwaltung beim Treffen vertikaler Absprachen staatliche Gewalt ausübt. Dies wird durch den soeben gewonnenen Befund untermauert, daß Absprachen Entscheidungsqualität haben. Schon weil diese Entscheidung *Verwaltungs*handlungen (meist Verwaltungsakte oder Rechtsnormen) betrifft (vorbereitet oder ersetzt), ist sie der Verwaltung zuzurechnen. Die Absprache ist daher ebenso wie der vorbereitete oder ersetzte Rechtsakt eine hoheitliche Entscheidung, also Ausübung hoheitlicher Gewalt. Insofern besteht eine Parallele zu den subordinationsrechtlichen Verwaltungsverträgen, deren Abschluß seitens der Verwaltung ebenfalls als Ausübung hoheitlicher Gewalt anzusehen sind.[278] Absprachen sind – wie jedes andere hoheitliche Handeln auch – rechtsstaatlichen Bindungen unterworfen.

b) Absprachen und Demokratieprinzip

Auch das Demokratieprinzip erfordert, daß Absprachen als Entscheidung dem Staat zugerechnet werden.

aa) Demokratieprinzip und Legitimation

Demokratie bedeutet, daß die vom Staat ausgeübte Herrschaft sich auf das Volk, d.h. auf eine Mehrheitsentscheidung[279] des Volkes zurückführen lassen muß. Organisatorisch-personell folgt daraus, daß staatliche Entscheidungen nur von Entscheidungsträgern getroffen werden dürfen, die mittels einer ununterbrochenen, auf das Volk (bzw. auf das demokratisch unmittel-

---

[277] S. o. B. I. 2. (S. 51).

[278] Vgl. etwa *Henneke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, Rn. 20 u. 24 vor § 54; *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 27 Rn. 9 ff.: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 14 Rn. 25: Die Verwaltung ist auch beim Abschluß von Verträgen an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit gebunden.

[279] *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 52 ff.

bar legitimierte Parlament) rückführbaren „Legitimationskette" demokratisch legitimiert sind.[280] Das Volk als Träger der Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) ist dabei von dem Einzelnen und von einzelnen (Interessen-) Gruppen zu unterscheiden: Demokratie bedeutet Herrschaft durch das Volk, nicht Mitentscheidung durch einzelne Betroffene.[281] Anhörungs- und Mitwirkungsrechte Betroffener sind daher nicht dem Demokratieprinzip, sondern dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gesetzesvorbehalt zuzuordnen. Die Mitentscheidung Betroffener ist im Hinblick auf das Demokratieprinzip nicht wünschenswert, sondern im Gegenteil problematisch, weil die Betroffenen demokratisch nicht legitimiert sind.[282] Um die erforderliche Rückbindung an das Parlament in ausreichendem Maß zu gewährleisten, muß deshalb die Letztverantwortung für die Entscheidung bei einem demokratisch legitimierten Entscheidungsträger liegen,[283] d.h. bei der an der Absprache beteiligten Behörde.

Geht man bei Absprachen aufgrund ihres konsensualen Zustandekommens davon aus, daß der beteiligte Private mitentscheidenden Einfluß auf die in der Absprache liegende Verwaltungsentscheidung hat, so kommt man um das Ergebnis nicht herum, daß die exekutive Letztverantwortung bei Absprachen nicht gegeben ist. Das Ergebnis einer Verletzung des Demokratieprinzips läßt sich dann nur vermeiden, wenn man das Legitimationsdefizit als ausgeglichen ansieht.

Ein solcher Ausgleich wird auf verschiedene Weise zu begründen versucht. So geht ein Ansatz von einem gestuften Konsens und daran anknüpfend einer gestuften Legitimation aus und meint, daß die Verwaltung ihre Legitimation nicht nur vom Parlament herleitet (Grundkonsens/Grundlegitimation), sondern auch eine auf einem „institutionellen Konsens" beruhende „institutionelle Legitimation" sowie eine auf einem Individualkonsens beruhende Individual-Legitimation aufweist.[284] Erst aus dem Zusammenwirken aller (drei) Stufen ergebe sich ein „Gesamtlegitimationszusammenhang", so daß die Verwaltung neben ihrer vom Parlament abgeleiteten „Grundlegitimation" auch noch eine „(Teil-)Eigenlegitimation" aufbringen kann und muß.[285] Hiervon ausgehend könnte man zu der Folgerung kommen, daß in gesetzlich nur schwach vorprogrammierten Bereichen die schwache Grundlegitimation durch einen mittels Verhandlungen erzielten Individualkonsens (= Individual-Legitimation) ergänzt und ausgeglichen werden könnte.[286] Dadurch wird je-

---

[280] *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 16; *Herzog* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. II/52 f.; *Engelbert*, Konfliktmittlung und Demokratieprinzip, Diss. Berlin (FU) 1995, S. 64 f.

[281] *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 27; *Engelbert*, Konfliktmittlung und Demokratieprinzip, Diss. Berlin (FU) 1995, S. 65.

[282] Vgl. *Engelbert*, Konfliktmittlung und Demokratieprinzip, Diss. Berlin (FU) 1995, S. 119 f.

[283] *Engelbert*, Konfliktmittlung und Demokratieprinzip, Diss. Berlin (FU) 1995, S. 63 ff.

[284] *Czybulka*, Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, 1989, S. 67 ff.

[285] *Czybulka*, Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, 1989, S. 74 ff.

doch entgegen dem oben Gesagten das Demokratieprinzip nicht auf das Volk, sondern auf den einzelnen Betroffenen bezogen[287] und so die Legitimationskette gewissermaßen „kurzgeschlossen".[288] Dieser Ansatz ist daher abzulehnen.

Ein weiterer Ansatz geht von der Erkenntnis aus, daß durch abnehmende gesetzliche Steuerung des Verwaltungshandelns die über die Gesetzesbindung vermittelte[289] sachlich-inhaltliche Legitimation des Verwaltungshandelns abnehme; dieses Defizit an sachlich-inhaltlicher Legitimation könne durch Konsens im Einzelfall ersetzt werden.[290] Diese Ansicht übersieht jedoch, daß hier nicht nur die sachlich-inhaltliche Legitimation durch die schwache gesetzliche Programmierung abgeschwächt ist, sondern auch die organisatorisch-personelle Legitimation durch die durch die Mitentscheidung Privater in Frage gestellt wird.[291] Gerade bei

---

[286] Vgl. *Engelbert*, Konfliktmittlung und Demokratieprinzip, Diss. Berlin (FU) 1995, S. 152 f.

[287] Soweit der Individualkonsens als Legitimationsquelle anerkannt wird, ist damit auch meist nicht die demokratische Legitimation i.S.d. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG gemeint, sondern eine soziologische, akzeptanzvermittelnde Legitimation: vgl. etwa *Ritter*, AöR 104 (1979), 389 (411): „besondere Quelle sozio-ökonomischer ‚Legitimation'", die neben die Wahlentscheidung aller Bürger als „allgemeine Quelle verfassungsrechtlicher Legitimation" tritt – man beachte die von *Ritter* gesetzten Anführungszeichen: sozio-ökonomische „Legitimation". Vgl. ferner *A. Benz*, Kooperative Verwaltung, 1994, S. 61, der den Individualkonsens als Legitimationsquelle dann heranzieht, wenn „die ‚ausdifferenzierten' Verfahren der Konsensbildung und Legitimationssicherung der repräsentativen Demokratie nicht mehr ausreichen...": Diese Mechanismen reichen zur demokratischen Legitimation i.S.d. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG immer aus, so daß Legitimation nur als ein „tatsächlicher Motivationsmechanismus" in einem soziologischen Sinne (*Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 13. Aufl. 1999, § 16 Abs. 1 2) gemeint sein kann. Diese soziologische Legitimation vermag den erforderlichen juristischen Legitimationszusammenhang nicht herzustellen (vgl. dezidiert *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 169: „Die Frage nach der Akzeptanz des Verwaltungshandelns wird mit gutem Grund in den Sozial- und Verwaltungswissenschaften diskutiert; sie ist aber keine rechtsdogmatische Frage und wird auch durch die noch so lange Diskussion nicht zu einer solchen.").

Ferner drohen zwei von diesem Ansatz ausgehende bedenkliche Auswüchse: Erstens könnte argumentiert werden, daß an einer Entscheidung überhaupt keine staatliche Instanz mehr beteiligt zu sein braucht, wenn nur der Konsens tragfähig genug ist. Und zweitens ist es nicht mehr weit zu dem Schluß, ein ausreichend tragfähiger Konsens rechtfertige auch ein Abweichen vom Gesetz, wenn dieses in der Bevölkerung und bei den Behörden „keine Akzeptanz" finde.

[288] *Schmitt Glaser*, VVDStRL 31 (1973), 179 (215); *Ossenbühl*, Gutachten B zum 50. DJT, 1974, S. 122 u. 124; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 105; *Dollinger*, Bürgerbeteiligung in Genehmigungsverfahren von Großprojekten, 1986, S. 88; *Tomerius*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 8 (1997), S. 289 (293 f.); a.A. *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 213.

[289] *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 21; *Herzog* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. II/48.

[290] *Engelbert*, Konfliktmittlung und Demokratieprinzip, Diss. Berlin (FU) 1995, S. 154 f. und 162 ff.

[291] Vgl. *Engelbert*, Konfliktmittlung und Demokratieprinzip, Diss. Berlin (FU) 1995, S. 165, die diesen Einwand freilich ablehnt.

schwacher gesetzlicher Programmierung ist daher eine Mitentscheidung Privater bedenklich.

Auch der Gedanke, daß das erforderliche „Legitimationsniveau" sich erst aus dem Zusammenwirken des sachlich-inhaltlichen und des organisatorisch-personellen Strangs ergeben muß und daß beide Stränge sich in gewissem Umfang substituieren können,[292] führt hier nicht weiter: Durch die Mitentscheidung Privater ist die organisatorisch-personelle Legitimation beeinträchtigt. Diese könnte also nur durch eine erhöhte sachlich-inhaltliche Legitimation substituiert werden. Sachlich-inhaltliche Legitimation bedeutet aber Gesetzesbindung,[293] und die wird durch die Mitentscheidung Privater nicht verbessert.

bb) Demokratische Legitimation konsensualen Verwaltungshandelns

Von der Prämisse aus, daß durch konsensuale Entscheidungsfindung die Letztverantwortung des Staates nicht gegeben sei, läßt sich das Ergebnis eines Verstoßes gegen das Demokratieprinzip somit nicht vermeiden.[294] Allerdings ist die Prämisse nicht zutreffend. Absprachen kommen zwar unbestreitbar konsensual zustande. Damit bekommt ebenso unzweifelhaft der beteiligte Private Einfluß auf die Entscheidung. Einfluß nimmt ein Betroffener aber nicht nur im Konsens, sondern auch bei einseitig-hoheitlichen Verwaltungsakten: Die grundrechtlich gebotene Anhörung Betroffener verlangt nicht nur, daß der Betroffene sich äußern kann, sondern darüber hinaus, daß sein eventuelles Vorbringen in die Entscheidung einfließen kann.[295] Damit soll zunächst nur gezeigt werden, daß nicht jeder private Einfluß auf Verwaltungsentscheidungen gegen das Demokratieprinzip verstößt. Keinesfalls soll damit der gewichtige Unterschied zwischen der (einseitigen) Anhörung und dem (zweiseitigen) Konsens verwischt werden. In der Zweiseitigkeit des Konsenses liegt aber zugleich auch die Gewährleistung der staatlichen Letztverantwortung: Auch die Behörde muß zustimmen, damit ein Konsens zustandekommt. Die Behörde hat es daher – zumindest recht-

---

[292] *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 23.

[293] *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. 1995, § 22 Rn. 21.

[294] *Hoffmann-Riem*, Konfliktmittler in Verwaltungsverhandlungen, 1989, S. 57: Für eine Ersetzung hoheitlicher Entscheidungsverantwortung durch korporatistische Interessenabklärung ist verfassungsrechtlich kein Raum. Dezidiert auch *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 168 f. sowie *Helberg*, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 165 f., der konsequenterweise den Erlaß gesetzlicher Organisations- und Verfahrensregelungen fordert, die dieses von ihm angenommene Legitimationsdefizit kompensieren könnten (a.a.O. S. 181 f.).

[295] S. dazu u. Teil 2: C. III. 4. c) (S. 217) und Teil 2: C. III. 4. e) aa) (1) (S. 220).

lich gesehen – in der Hand, den Konsens scheitern zu lassen. Das rechtfertigt es, auch konsensual zustande gekommene Entscheidungen als staatliche Entscheidungen anzusehen und die Exekutive für verantwortlich zu halten.[296] Der Inhalt des Konsenses ist ihr dann zuzurechnen mit der Folge, daß sie sich die Verantwortung für ihre Rechtmäßigkeit nicht mit dem beteiligten Privaten teilen kann. Bei dieser Sichtweise ist das Demokratieprinzip kein (zusätzliches) Rechtmäßigkeitskriterium, sondern Zurechnungsprinzip: Aus ihm folgt nicht ein Verbot des Konsenses (das, nebenbei bemerkt, auch die Unzulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge zur Folge haben müßte). Es bewirkt vielmehr, daß die konsensual gefundene Entscheidung als staatliche Entscheidung der Exekutive zugerechnet wird und deshalb in vollem Umfang denselben Rechtmäßigkeitskriterien unterliegt, wie wenn sie einseitig-hoheitlich getroffen worden wäre.

cc) Demokratische Legitimation bei faktisch einseitiger Entscheidung des Privaten?

Der Extremfall, daß der an einer Absprache beteiligte Private der Verwaltung aufgrund einer übermächtigen Verhandlungsposition den Inhalt der Absprache praktisch einseitig diktieren kann – die Verwaltung es also zwar rechtlich, nicht aber faktisch in der Hand hat, den Konsens scheitern zu lassen –, ist gewissermaßen der Komplementärfall dazu, daß der Private eine Absprache aufgrund eines strukturellen Ungleichgewichts unfreiwillig eingeht.[297] Es scheint deshalb auf den ersten Blick die Frage nahezuliegen, ob das Demokratieprinzip verletzt ist, wenn die Exekutive sich auf eine Absprache „unfreiwillig" einläßt. Der erste Anschein trügt jedoch: Die Frage läßt sich so nicht stellen. Denn der Begriff der „Freiwilligkeit" beruht auf dem grundrechtlich geschützten „freien Willen" des Bürgers.[298] Der Staat hat aber keinen grundrechtlich geschützten freien Willen, er ist nicht grundrechtsberechtigt,[299] nicht „privatautonom",[300] sondern bei allem seinem

---

[296] Vgl. *Gusy*, ZUR 2001, 1 (5); *Kunig/Rublack*, Jura 1990, 1 (9); *Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, S. 222 ff.: Entscheidungsverantwortung; *Faber*, Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht, 2001, S. 250 ff.: Der Staat muß sich die Entscheidung inhaltlich zu eigen machen; vgl. ferner *Hoffmann-Riem*, Konfliktmittler in Verwaltungsverhandlungen, 1989, S. 57: Die staatliche Entscheidungsmacht und damit Letztverantwortung sind auch aus Zweckmäßigkeitsgründen und als Drohpotential wichtig.

[297] Vgl. zur Unfreiwilligkeit seitens des Privaten Teil 2: C. IV. 1. a) cc) (4) (S. 246 ff.). *Rossen-Stadtfeld*, NVwZ 2001, 361 (365) meint, daß das Verhandlungsübergewicht meistens bei den Privaten liege. Anders dürfte dies allerdings bei kleinen Unternehmen sein, die nicht über einen Juristen verfügen (s. *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 219).

[298] *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001, passim.

Handeln der Verfassung und dem Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG), insbesondere den Grundrechten (Art. 1 Abs. 3 GG), sowie dem Allgemeinwohl verpflichtet.[301] „Egoistische" Interessen darf er daher nicht verfolgen, sondern nur „altruistische".[302]

Auf die „Freiwilligkeit" der staatlichen Entscheidung kann es daher nicht ankommen. Alle Entscheidungen, an denen der Staat allein oder im Konsens mit Privaten beteiligt ist, werden ihm deshalb als *seine* Entscheidungen zugerechnet. Auch wenn ihm eine Entscheidung von einem Privaten aufgrund dessen überlegener Verhandlungsmacht aufoktroyiert wird, trägt aufgrund des Demokratieprinzips der Staat die Verantwortung dafür mit der Folge, daß die einschlägigen Rechtmäßigkeitskriterien, an die der Staat gebunden ist, auch für solche Entscheidungen gelten. Entspricht die Entscheidung diesen Kriterien, so ist sie rechtmäßig, auch wenn sie gewissermaßen dem Staat vom Privaten „in die Feder diktiert" wurde.

Wäre dies anders, so müßte man die vom Privaten diktierte Entscheidung entweder als dessen Akt ihm zurechnen (mit der Folge, daß sie wegen absoluter Unzuständigkeit nichtig wäre) oder als Nichtakt ansehen. Für Absprachen würde daraus zunächst nichts folgen, denn rechtliche Wirksamkeit entfalten sie ohnehin nicht[303] und ihre faktische Wirksamkeit hängt von der Rechtslage nicht ab.[304] Für Verwaltungsverträge dagegen würde die Nichtigkeit in krassem Gegensatz zu dem von ihnen hervorgerufenen Rechtsschein stehen, der auch noch dadurch verstärkt wird, daß auch Verträge wie Verwaltungsakte trotz Rechtswidrigkeit wirksam sein können. Angesichts dessen, daß das private Diktat eines solchen Vertrages kaum abgrenzbar und faßbar ist, wäre eine solche Rechtslage mit der Rechtssicherheit, die der Verwaltungsvertrag verleihen soll, völlig unvereinbar.

Absprachen sind daher trotz der Mitentscheidung der beteiligten Privaten als Handlung dem Staat zuzurechnen mit der Folge, daß sämtliche für staatliche Entscheidungen geltenden Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen auch für Absprachen gelten.

---

[299] S. nur *P. M. Huber* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 1, 1999, Art. 19 Rn. 263 ff.

[300] *Krause*, VVDStRL 45 (1987), 212 (222) m.w.N.; *Jochum* in: Fs. Kriele, 1997, 1193 (1198 f.); *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 130 f.; *Grziwotz*, JuS 1998, 807 (808); distanziert *Gurlit*, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, S. 245 f.

[301] *Berg*, GewArch 1990, 225 (228); *ders.*, WiVerw 2000, 141 (147 f.); *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, 2000, S. 39 f.; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 376 ff; RhPfVerfGH, NVwZ 2000, 801 (801).

[302] *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, 2000, S. 40; *ders.*, GewArch 2000, 1 ff.

[303] S. o. D. I. a) (S. 80 ff.).

[304] Vgl. o. D. I. d) (S. 85).

III. „Abstraktion" der Absprache von den Erfüllungshandlungen

Vom Inhalt der Absprache sind die Leistungen zu unterscheiden, die zu ihrer Erfüllung erbracht werden. Diese können durchaus Rechtsfolgeentscheidungen sein. Bei regelungsvorbereitenden Absprachen verspricht die Behörde beispielsweise, eine rechtsförmige Regelung zu erlassen. Auch eine Zusage bzw. eine Zusicherung nach § 38 VwVfG zu erteilen kann die in der Absprache versprochene Leistung der Behörde sein. Der Private kann in einer Absprache einen Rechtsverzicht oder einen Rechtsmittelverzicht versprechen.

E. Tatsächliche Voraussetzungen für Absprachen im Einzelfall

Neben den Ursachen, die abstrakt dafür ursächlich sind, daß die Absprache als Handlungsinstrument überhaupt aufgekommen ist, sind für diese Untersuchung auch die tatsächlichen Voraussetzungen von Belang, unter denen es *im konkreten Fall* zu einer Absprache kommt.

I. Erforderlichkeit von (Ver-)Handlungsspielräumen

Absprachen ist, wie oben gezeigt, das Tauschprinzip eigen: Jede Seite sagt ohne Rechtsbindungswillen eine Leistung zu, um die Gegenleistung zu erhalten.[305] Absprachen setzen daher in tatsächlicher Hinsicht voraus, daß beide Seiten etwas anzubieten haben (Verhandlungsmasse), daß sie also über Tausch- oder Drohpotential bzw. über einen Verhandlungsspielraum verfügen.[306] Dabei reicht es für das tatsächliche Zustandekommen einer Absprache aus, daß die Beteiligten zu dem angebotenen Verhalten *tatsächlich* in der Lage sind; es muß also *tatsächliche* Verhandlungsmasse (ein *Handlungs*spielraum) auf beiden Seiten gegeben sein. Ob die Beteiligten *rechtlich* auch über dieses Tausch- und Drohpotential verfügen *dürfen*, ist für das tatsächliche Zustandekommen einer Absprache dagegen unerheblich[307] und wird erst bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit der Absprache relevant.

---

[305] S. o. A. II. 1. (S. 43).

[306] Vgl. *Kippes*, Bargaining, 1995, S. 45; S. auch *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 231: „weitgehend ... von den jeweils bestehenden Machtverhältnissen bestimmt".

[307] *Kippes*, Bargaining, 1995, S. 157, 158, 218 ff. *Kippes* stellt dort einen Fall dar, in dem von privater Seite (Kleingärtner) als Verhandlungsmasse eingebracht

II. „Droh-" und Tauschpotential

Tausch- und Drohmasse kann auf beiden Seiten in vielfältiger Weise gegeben sein. Öffentliche Aufmerksamkeit beispielsweise kann, je nach Einzelfall, für beide Seiten vorteilhaft sein.[308] Ferner ist die Verwaltung etwa für die Erfüllung ihrer Überwachungsaufgaben im Umweltrecht auf oftmals sehr spezielles Fachwissen angewiesen, das sich aber typischerweise bei Privaten befindet, von denen neue umweltgefährdende Technologien entwickelt und angewendet werden.[309] Dieser Informationsvorsprung stellt für den Privaten Tauschpotential dar.[310] Auch kann ein Privater, gegen den ein belastender Verwaltungsakt ergeht, diesen mit Rechtsbehelfen anfechten, die im Regelfall aufschiebende Wirkung haben. Der Private kann auf diese Weise die praktische Umsetzung angeordneter Umweltverbesserungen unter Umständen lange hinauszögern. Daraus, daß er auf Rechtsbehelfe verzichten oder von ihrer Einlegung absehen und sich dies von der Behörde mit einer Gegenleistung vergüten lassen kann, ergibt sich für ihn ebenfalls Tauschmasse.[311] Oft ist die Verwaltung sogar erst dann zu einer Absprache bereit, wenn der Private einen Rechtsbehelf eingelegt hat.[312] Tauschmasse kann sich für den Privaten ferner aus dem Interesse ergeben, das eine Behörde an Industrieansiedlungen und Arbeitsplätzen in ihrem Gebiet hat.[313] Auch mit politischem Druck kann die private Seite beispielsweise drohen, insbesondere wenn auf Seiten der Verwaltung Wahlbeamte beteiligt sind.[314]

Für die Verwaltung ergibt sich Tausch- und Drohpotential aus der Möglichkeit, einseitige Maßnahmen zu erlassen.[315] So soll es im Hinblick auf die Ermächtigung zum Erlaß nachträglicher Anordungen gem. § 17 Abs. 1 BImSchG die Regel sein, daß eine Absprache statt einer nachträglichen An-

---

wurde, auf die illegale Zerstörung von Beprobungs- und Grundwassersanierungsanlagen zu verzichten!

[308] Vgl. *Kippes*, Bargaining, 1995, S. 227 f.; *Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, S. 194.

[309] *Hagenah* in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, Suhrkamp-Lizenzausgabe, S. 487 (504).

[310] Vgl. *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 87; *Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, S. 191.

[311] Vgl. *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1194): Rechtsverfolgungsmacht vermittelt Blockadepotential; vgl. auch *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 51.

[312] *Bader*, Verwaltungsverfahren und materielles Recht in der Praxis, 1990, S. 41.

[313] Vgl. *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 90 ff.; *Tomerius*, Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht, 1995, S. 65.

[314] Vgl. *Kippes*, Bargaining, 1995, S. 200 f., 205, 221.

[315] Vgl. *Tomerius*, Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht, 1995, S. 52: „Die volle Härte des Gesetzes" fungiert als Drohpotential; *Kippes*, Bargaining, 1995, S. 232.

ordnung getroffen wird.[316] Tauschmasse hat die Verwaltung *faktisch* auch in bezug auf die Dauer von Verwaltungsverfahren, wenn und soweit sie es in der Hand hat, etwa eine Genehmigung schneller zu erteilen oder eine Ordnungsverfügung erst später zu erlassen.[317] Dabei läßt sich beobachten, daß die Verhandlungsposition der Verwaltung bei Genehmigungen stärker ist als bei Sanierungsmaßnahmen, weil der Private typischerweise an einer schnellen Genehmigung stark interessiert ist,[318] während er gegenüber Sanierungsmaßnahmen selbst ein Blockade- und Verzögerungspotential hat. Verhandlungsmasse für die Verwaltung ergibt sich außerdem daraus, daß sie Art und Umfang der Sachverhaltsermittlung im Verwaltungsverfahren nach pflichtgemäßem Ermessen selbst bestimmt. Ferner kann sie dem Privaten weitgehende Klarheit über die Erfolgsaussichten eines Genehmigungs- oder auch eines Subventionsantrages verschaffen und zur Ausräumung rechtlicher Hindernisse beitragen.[319]

F. Zusammenfassung des 1. Teils

Absprachen sind rechtsunverbindlich, entfalten aber eine faktische Bindungswirkung. Sie dienen oft dazu, komplexe Entscheidungen schichtweise abzuarbeiten. Zu diesem Zweck nehmen sie dann die Entscheidung teilweise oder ganz vorweg (regelungsvorbereitende Absprachen). Auch regelungsersetzende Absprachen beinhalten eine Verwaltungsentscheidung. Das Zustandekommen von Absprachen und ihre faktische Wirksamkeit beruht auf faktischen Wirkungsmechanismen; beide sind deshalb von der Rechtmäßigkeit der Absprache unabhängig.

---

[316] *Jarass*, BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 17 Rn. 6 f.; *Koch* in: Koch/Scheuing (Hrsg.), GK-BImSchG, § 17 Rn. 4.

[317] Zum Faktor Zeit vgl. o. C. (S. 73) mit Fn. 201.

[318] *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 58.

[319] *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 42.

Teil 2

Die Rechtmäßigkeit von Absprachen

Die Untersuchung der Rechtmäßigkeit von Absprachen beginnt mit der Frage, ob Absprachen trotz ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit überhaupt ein tauglicher Gegenstand der Rechtmäßigkeitsprüfung sind oder ob nicht vielmehr die Rechtmäßigkeit der mit der Absprache vorbereiteten oder ersetzten förmlichen Rechtsfolgeregelung zu untersuchen ist (A. I.). Sodann werden Differenzierungen eingeführt, die der folgenden Rechtmäßigkeitsuntersuchung zugrunde gelegt werden: Zu differenzieren ist zum einen zwischen der inhaltlichen und der instrumentalen Dimension von Absprachen und zum anderen zwischen dem Entscheidungsvorgang und der Entscheidung als Ergebnis dieses Vorgangs (A. II.). Daran anschließend werden die Spielräume aufgezeigt, die erforderlich sind, damit die Verwaltung Absprachen treffen darf (B.). Davon ausgehend werden dann die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Absprachen im einzelnen untersucht (C.). Dabei wird sich zeigen, daß die Rechtmäßigkeit von Absprachen nicht pauschal oder auch nur nach Typen, sondern nur im Einzelfall beurteilt werden kann.

A. Vorbemerkungen

I. Die Absprache als Gegenstand der Rechtmäßigkeitsprüfung

Zunächst ist zu untersuchen, ob die Frage nach der Rechtmäßigkeit von Absprachen überhaupt richtig gestellt ist. Bedenken dagegen ergeben sich daraus, daß die Rechtswidrigkeit einer Absprache nicht zur Folge haben kann, daß diese unwirksam wird. Denn da Absprachen ohnehin keine rechtliche, sondern nur faktische Wirksamkeit besitzen, hat ihre Rechtswidrigkeit auch nicht ihre (rechtliche) Unwirksamkeit zur Folge. Ihre *faktische* Wirksamkeit wird durch ihre Rechtswidrigkeit ebenfalls nicht berührt, sondern allenfalls dadurch, daß ihre tatsächlichen Voraussetzungen entfallen und die Beteiligten das Interesse an der Absprache verlieren.

Die Rechtswidrigkeit einer Absprache wird daher Konsequenzen vor allem bei der Kontrolle formalen Verwaltungshandelns haben.[1] Dementsprechend könnte man daran denken, daß erst das Verhalten der Beteiligten, das sie aufgrund der Absprache an den Tag legen, einer Rechtmäßigkeitsbeurteilung zugänglich sei. Aus Sicht der Verwaltung ist dies bei regelungsvorbereitenden Absprachen die Rechtmäßigkeit der vorbereiteten rechtsförmigen Regelung; bei regelungsersetzenden Absprachen ist es der Umstand, daß eine rechtsförmige Entscheidung nicht ergeht. Wenn die spätere rechtsförmige Regelung (bzw. deren Unterlassen) ohnehin rechtswidrig ist, so könnte man argumentieren, dann komme es auf die Rechtmäßigkeit der Absprache nicht an. Und wenn die rechtsförmige Regelung (bzw. deren Unterlassen) rechtmäßig ist, dann ist ja alles in Ordnung und auf die Rechtswidrigkeit der Absprache komme es wiederum nicht an.

Entgegen diesem ersten Anschein ist es jedoch nicht gleichgültig, worauf man abstellt. Der Unterschied liegt in dem für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit maßgeblichen Zeitpunkt. Stellt man auf die vorbereitete oder ersetzte rechtsförmige Regelung ab, so muß bei *regelungsvorbereitenden* Absprachen mit seinem Rechtswidrigkeitsurteil abgewartet werden, bis diese Regelung erfolgt. Bei *regelungsersetzenden* Absprachen wäre der maßgebliche Zeitpunkt dann immer der, zu dem das Unterlassen einer rechtsförmigen Regelung vom jeweiligen Rechtsanwender beurteilt wird, bei der Versagung eines Verwaltungsakts also beispielsweise der Zeitpunkt des Versagungsbescheids, für das Verwaltungsgericht der Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung.[2]

Für die Rechtmäßigkeit der Absprache ist demgegenüber derjenige Zeitpunkt maßgeblich, zu dem die Absprache getroffen wird. Dies folgt daraus, daß die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung nur zum Beurteilungs- oder zu einem früheren Zeitpunkt beurteilt werden kann, nicht aber für einen späteren Zeitpunkt: ob eine heute getroffene Entscheidung in einem Jahr noch rechtmäßig sein wird, kann heute noch niemand bestimmt sagen. Von daher verbietet es sich, auf die formale Entscheidung abzustellen, wenn die eigentliche Sachentscheidung zeitlich bereits vor dieser gefallen ist.

Stellte man ausschließlich auf die vorbereitete oder ersetzte förmliche Entscheidung und den entsprechenden Zeitpunkt ab, würde im Endeffekt die Rechtsrelevanz von Absprachen verneint. Dies widerspräche dem im 1. Teil entfalteten empirischen Befund, daß Absprachen aufgrund ihrer faktischen Bindungswirkung und ihres Entscheidungscharakters sehr wohl recht-

---

[1] Vgl. *H. Dreier*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 647 (649); *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 130.

[2] Weniger eindeutig ist der maßgebliche Zeitpunkt im Fall des schlichten Unterlassens zu bestimmen, wenn es also keine versagende Entscheidung gibt.

lich relevant sind.[3] Sie sind deshalb gem. Art. 20 Abs. 3 GG wie jedes andere staatliche Handeln an Recht und Gesetz gebunden und müssen einer Rechtmäßigkeitsprüfung zugänglich sein.

Auf die Rechtmäßigkeit einer Absprache wird es lediglich dann nicht ankommen, wenn das Verhalten der Beteiligten nach der Absprache von dieser völlig unbeeinflußt bleibt – dann wurde allerdings ihre faktische Bindungswirkung überwunden und die Lage stellt sich so dar, als wenn keine Absprache getroffen worden wäre. Absprachen haben aber – von diesem Ausnahmefall abgesehen – aufgrund ihrer faktischen Bindungswirkung praktisch immer irgendwelchen Einfluß auf das Verhalten der Beteiligten. Prima facie wird man davon ausgehen müssen, daß dieser Einfluß bei rechtmäßigen Absprachen jedenfalls grundsätzlich zulässig ist, bei rechtswidrigen Absprachen dagegen unzulässig. Davon soll hier im 2. Teil zunächst ausgegangen werden; die Untersuchung im 3. Teil wird diese Hypothese bestätigen.

Absprachen sind daher einer Rechtmäßigkeitsprüfung zugänglich.

II. Der Ansatzpunkt der Rechtmäßigkeitsprüfung

Fraglich ist weiterhin, woran die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Absprachen anknüpfen soll. In der Literatur wird insoweit zum Teil die Frage gestellt, ob Absprachen als Handlungsinstrument *überhaupt* zulässig seien.[4] Andere meinen dagegen, daß die Möglichkeit, Absprachen zu treffen, vom Ermessen gedeckt ist, wenn ein solches existiert.[5] Im Folgenden wird zu zeigen sein, daß die Lösung in einer Kombination beider Ansätze liegt, daß also sowohl der Inhalt einer Absprache den Ermessensrahmen einhalten als auch die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument rechtmäßig sein muß. Diese Fragen sind grundsätzlich jeweils für den konkreten Einzelfall zu beantworten;[6] der Versuch, die Zulässigkeit von Absprachen pauschal zu beurteilen, würde der Vielschichtigkeit der Rechtsordnung und auch der Verschiedenheit der Lebenssachverhalte, in denen Absprachen getroffen werden, nicht gerecht. Möglich ist es allenfalls (aber immerhin),

---

[3] So auch *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 138.

[4] Vgl. etwa *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 221 u. 672, der Absprachen die „rechtliche Anerkennung weitgehend ... versagen" will; *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 175, der Sanierungsabsprachen gegenüber -verträgen generell für problematisch hält und meint, daß sich die Verwaltung „in Zukunft eher an Sanierungsverträgen als an Sanierungsabsprachen orientieren muß". Mit positiver Grundaussage dagegen *Bulling*, DÖV 1989, 277 (288 f.).

[5] Vgl. *Jarass*, DVBl 1985, 193 (197 f.).

[6] So auch *Körner*, Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000, S. 160.

Fallkonstellationen zu bilden und so die getroffenen Aussagen auf die im 1. Teil aufgezeigten Absprachetypen[7] hin zu generalisieren.

1. Die Begriffe der Verwaltungsentscheidung und der Handlung

Zunächst sind die Begriffe der Verwaltungsentscheidung und der (Verwaltungs-) Handlung zu klären. „Entscheidung" wird definiert als die Auswahl aus mindestens zwei Alternativen.[8] Versteht man nun unter einer Handlung jedes bewußte und gewollte Verhalten,[9] liegt jedem Handeln und damit auch jedem Verwaltungshandeln die Entscheidung zugrunde, die Handlung vorzunehmen.[10] Diese Entscheidung ist aber zunächst ein rein innerlicher, psychischer Vorgang, der keinerlei Folgen oder rechtliche oder faktische Bindungswirkung hat. Solche Entscheidungen sollen unter dem Begriff der Verwaltungsentscheidung für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung *nicht* verstanden werden. Sie sollen hier zur Unterscheidung als Entschlüsse bezeichnet werden. Sie sind nicht rechtsrelevant, jedenfalls nicht nach außen. Zu einer Entscheidung wird ein solcher Entschluß erst, wenn er „gesondert hervortretend" und „förmlich" getroffen, also „entäußert" wird.[11] Eine Entscheidung ist daher ein Entschluß, der sich in irgend einer Form (!) nach außen hin manifestiert.

Eine Entscheidung kann auch den Inhalt haben, nicht einzuschreiten[12] (z. B. keine Ordnungsverfügung zu erlassen), keine Genehmigung zu erteilen, keine Subvention zu vergeben usw. Solche Entscheidungen haben die Form eines Verwaltungsakts, wenn ein beantragter Verwaltungsakt abgelehnt wird (z. B. Genehmigungsversagung).

---

[7] Vgl. o. Teil 1: B. (S. 50 ff.).

[8] *Thieme*, Verwaltungslehre, 4. Aufl. 1984, Rn. 402; *ders.*, Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, 1981, S. 7; *B. Becker* in: König/Siedentopf (Hrsg.), Öffentliche Verwaltung in Deutschland, 1997, S. 435 (436); *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 40 m. w. N. Damit rechtlich gebundene Entscheidungen nicht aus dem Entscheidungsbegriff herausfallen ist davon auszugehen, daß die Alternativen nur faktisch, nicht notwendig auch rechtlich zur Auswahl stehen müssen.

[9] *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 50; ähnlich weit: *Pauly* in: Becker-Schwarze u. a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 25 (29).

[10] *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 50.

[11] *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 50; *Brühl*, Entscheiden im Verwaltungsverfahren, 1990, S. 1 u. 73. Auch im Zivilrecht gilt, daß eine Willenserklärung erst mit ihrer Äußerung wirksam wird; der reine *Wille* reicht nicht aus, er muß eben auch *erklärt* werden (*Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, Rn. 1 vor § 116).

[12] *Hoffmann-Riem*, DVBl 1994, 1381 (1382).

Die Gleichsetzung von „Entscheidung" und „Rechtsfolgeentscheidung" allerdings, die darin liegt, wenn die Rede ist von einer „Entscheidung mit bestimmter Rechtsfolge, die der Entscheidung nicht einfach tatbestandlich anhaftet, sondern eintritt, weil sie gewollt ist",[13] kann nach der „Entdekkung" des informalen Verwaltungshandelns so nicht aufrechterhalten bleiben, denn wie oben gezeigt enthält auch informales Verwaltungshandeln eine (faktische) Entscheidung. Auch in einer Warnung vor Lebensmitteln manifestiert sich der Entschluß, den Verzehr dieser Lebensmittel zu verhindern. Für Absprachen gilt, daß sich etwa in einer regelungsvorbereitenden Absprache der Entschluß manifestiert, die abgesprochene Regelung mit dem abgesprochenen Inhalt zu erlassen. Auch Absprachen sind daher geeignete „Träger" einer Sachentscheidung.[14] Wenn es also heißt, daß eine Entscheidung ein *förmlich* gefaßter Entschluß ist, so ist dem erweiternd hinzuzufügen, daß damit nicht auf die Rechtsformen des Verwaltungshandelns verwiesen wird, sondern auf die empirischen Erscheinungsformen des Verwaltungshandelns,[15] so daß auch die Manifestation des Entschlusses mittels informaler Handlungsinstrumente in Betracht kommt.[16]

Unter einer Entscheidung soll im Folgenden daher ein Auswahlentschluß verstanden werden, der sich in einem als „Träger" der Entscheidung geeigneten Handlungsinstrument manifestiert. Daß Absprachen ein solches geeignetes Instrument sind, ergibt sich aus deren Entscheidungsqualität.

2. Die verschiedenen „Ebenen" einer Verwaltungsentscheidung

Eine Verwaltungsentscheidung kann gedanklich in verschiedene „Ebenen" zerlegt werden: Es kann zum einen zwischen dem Entscheidungsvorgang und dem Entscheidungsergebnis sowie zum anderen zwischen der inhaltlichen und der instrumentalen Dimension einer Verwaltungsentscheidung unterschieden werden.

a) Entscheidungsvorgang und Entscheidungsergebnis

In der Verwaltungslehre wird zwischen dem „Entscheiden" als Vorgang und dem „Entscheid" als Produkt dieses Vorgangs unterschieden.[17] Die von

---

[13] *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 50.

[14] S. o. Teil 1: D. II. (S. 88 ff.).

[15] S. o. Teil 1: A. I. 2. a) cc) (2) (b) (S. 37 f.).

[16] Vgl. auch *Bettermann*, VVDStRL 17 (1959), S. 118 (122), der den Begriff der Entscheidung auf „die nichtrechtsgeschäftlichen Amtshandlungen" und den „schlicht hoheitlichen Bereich" erstreckt.

[17] Vgl. *Becker*, Öffentliche Verwaltung, 1989, S. 422; *ders.* in: König/Siedentopf (Hrsg.), Öffentliche Verwaltung in Deutschland, 1997, S. 435 (436); *W. Schmidt*,

§ 214 Abs. 3 S. 2 BauGB für die Planung formulierte Unterscheidung zwischen Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis[18] entspricht dem. Entscheidungsvorgang und Entscheidungsergebnis hängen dergestalt voneinander ab, daß der Entscheidungsvorgang auf ein Entscheidungsergebnis gerichtet ist und mit diesem endet.

Dabei hängt der Inhalt des Entscheidungsergebnisses oft auch von der Ausgestaltung des Entscheidungsvorgangs ab.[19] Eine Abweichung des Vorgangs kann daher eine Änderung des Ergebnisses zur Folge haben. Es kann sogar davon gesprochen werden, daß Entscheidungsvorgang und Entscheidungsergebnis in einer Weise untrennbar miteinander verknüpft sind, daß ein anderer Entscheidungsvorgang immer zu einem anderen Entscheidungsergebnis führt – ohne daß dieses deshalb auch inhaltlich anders aussehen müßte. Das Entscheidungsergebnis kann daher nicht mit einem Ziel verglichen werden, das auf verschiedenen Wegen (Entscheidungsvorgängen) erreicht werden kann. Es ist vielmehr mit einer Wanderung zu vergleichen: Selbst wenn sie zum selben Ziel führt, ist die Wanderung eine andere, wenn ein anderer Weg genommen wird.

Die Abwägung in der Bauleitplaung ist nur ein Beispiel dafür: § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB bestimmt, daß Mängel im Abwägungsvorgang nur dann erheblich sind, wenn sie offensichtlich und – worauf es hier ankommt – auf das Abwägungsergebnis von Einfluß gewesen sind. Wann ein solcher Einfluß anzunehmen ist, ist problematisch, weil der Verlauf des Abwägungsvorgangs ohne den Fehler rein hypothetisch ist. Wie der Vorgang ohne den Fehler verlaufen wäre, kann nicht rekonstruiert werden, denn der Fehler ist passiert und der Vorgang beendet. Wird der Vorgang erneut aufgenommen, so ist es ein anderer, neuer Vorgang, bei dem die Kenntnis des alten, fehlerhaften Vorgangs nicht einfach ausgeblendet werden kann. Man geht daher für § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB einen Mittelweg zwischen dem konkreten

---

Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, Rn. 43; *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 105; ferner *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 46; *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (218 f.); *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl. 1995/98, § 2 Rn. 3; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, Rn. 6/98; *Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (23 f.). *Burgi*, Die Verwaltung 33 (2000), 183 (183 m. Fn. 1): „‚Entscheidung' und ‚Entscheidungsvorbereitung'". Siehe auch schon *Jhering*, Der Zweck im Recht I, 4. Aufl. 1904, S. 270 f.: Damit Recht *gesetzt* werden könne, müsse die *vorangegangene geistige Bewegung* zum Abschluß gelangt sein (Hervorhebungen nicht im Original).

[18] S. auch z.B. BVerwGE 45, 305 ff.

[19] *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 8: In komplexen Verfahren besteht Recht nicht nur, sondern es *entsteht*; *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 161, 191, 600: Verfahren hat nicht nur dienende Funktion, sondern es besitzt als Steuerungsinstrument auch einen Eigenwert; *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 49 ff.

Kausalitätsnachweis (der kaum je gelingen würde) und der abstrakten Möglichkeit (die praktisch immer besteht) und stellt darauf ab, ob die konkrete Möglichkeit besteht, daß bei einem anderen Abwägungsvorgang ein anderes Abwägungsergebnis herausgekommen wäre.[20]

Das Entscheidungsergebnis wird somit vom Entscheidungsvorgang in einer Weise mitgeprägt, die bewirkt, daß ein anderer Vorgang auch zu einem anderen Ergebnis führt, selbst wenn es sich inhaltlich nicht unterscheidet.

b) Inhaltliche und instrumentale Dimension

Der Entscheidungsprozeß wird in der Verwaltungslehre in verschiedene Phasen unterteilt.[21] In einigen dieser Phasen ist eine (Vor- oder Zwischen-) Entscheidung zu treffen, beispielsweise Entscheidungen über die zu erreichenden Ziele oder über Prioritäten.[22] Der Entscheidungsprozeß gipfelt in der Entscheidung über die Auswahl der „besten" (der „richtigen") Handlungsalternative. Darin liegt die Entscheidung (der Entschluß) über den Inhalt des vorzunehmenden Verwaltungshandelns. Wenn man wie hier unter einer Entscheidung nicht schon den bloßen Entschluß versteht, sondern nur den manifestierten Entschluß, dann ist mit der Auswahl der Handlungsalternative der Entscheidungsvorgang aber noch nicht beendet.[23] Erst mit der Manifestation des Entschlusses ist die Entscheidung getroffen und der Entscheidungsvorgang abgeschlossen. Kommen für die Manifestation verschiedene Handlungsinstrumente in Betracht, so hat die Verwaltung hier einen weiteren Entschluß zu treffen, nämlich die Auswahlentscheidung über das Handlungsinstrument, mit dem der zuvor gefaßte inhaltliche Entschluß manifestiert, in das er „eingekleidet" werden soll.[24] Bis eine rechtsrelevante

---

[20] BVerwGE 64, 33 (38 ff.); *Käß,* Inhalt und Grenzen des Grundsatzes der Planerhaltung, 2000, S. 192 ff.

[21] *Thieme*, Verwaltungslehre, 4. Aufl. 1984, Rn. 426; *B. Becker* in: König/Siedentopf (Hrsg.), Öffentliche Verwaltung in Deutschland, 1997, S. 435 (436); ausführlich *ders.*, Öffentliche Verwaltung, 1989, S. 423 ff.

[22] *B. Becker* in: König/Siedentopf (Hrsg.), Öffentliche Verwaltung in Deutschland, 1997, S. 435 (436); *ders.*, Öffentliche Verwaltung, 1989, S. 423 ff.

[23] Vgl. *Becker*, Öffentliche Verwaltung, 1989, S. 430: Der Handlungsvorgang ist mit der Auswahl der besten Alternative noch nicht abgeschlossen, sondern erst mit der Realisierung der Handlung.

[24] *Becker*, Öffentliche Verwaltung, 1989, S. 430 spricht von der „Verrechtlichung" der ausgewählten Alternative „als Verwaltungsakt, als Satzung, als Verordnung, als öffentlich-rechtlicher Vertrag o. a. m.". Dem ist hinzuzufügen, daß auch Absprachen als Handlungsinstrument in Betracht kommen, da sie aufgrund ihrer faktischen Bindungswirkung in der Lage sind, eine Entscheidung zu enthalten (s. o. Teil 1: D. II. 1. (S. 88 ff.)). Da Absprachen aber kein rechtsförmiges, sondern ein faktisch wirkendes Handlungsinstrument sind, ist nicht von der „Verrechtlichung",

Entscheidung getroffen ist, hat die Verwaltung also mindestens zwei Teilentscheidungen (Entschlüsse) getroffen, nämlich erstens die Entscheidung über die Auswahl der „richtigen" Handlungsalternative (inhaltlicher Entschluß) und zweitens die Auswahl des Handlungsinstruments, in das diese eingekleidet werden soll („instrumentaler" Entschluß). Eine Verwaltungsentscheidung hat daher eine inhaltliche und eine instrumentale Dimension, oder einfacher ausgedrückt: Sie hat Inhalt und Form. Diese Unterscheidung zwischen Inhalt und Form ist denn auch durchgehend üblich.[25]

Für die instrumentale Dimension staatlicher Entscheidungen kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht. Zu den hergebrachten Handlungsformen Gesetz, Rechtsverordnung oder Satzung sowie Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag kommt – wie eben gezeigt wurde – die Absprache hinzu, die somit den Katalog der für die „instrumentale" Entscheidung zur Verfügung stehenden Alternativen grundsätzlich erweitert.[26]

So kann die Bewilligung einer Subvention durch Verwaltungsakt oder durch Verwaltungsvertrag erfolgen, ohne daß sich dadurch am Inhalt der Vergabeentscheidung etwas ändern muß,[27] und ohne daß sich dadurch die Rechtmäßigkeitsmaßstäbe für den Inhalt der Subventionsentscheidung, insbesondere für die Vergabebedingungen ändern würden.[28] Gerade im Hinblick auf Verwaltungsverträge ist denn auch allgemein anerkannt, daß hinsichtlich der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsverträgen streng zwischen der Wahl des Vertrages als Handlungsform einerseits und dem Vertragsinhalt andererseits zu unterscheiden ist.[29]

Die grundsätzliche Austauschbarkeit von Gesetz und Verordnung erweist sich an der Staatspraxis, daß bestehende Verordnungen durch Gesetz geändert werden, die entsprechenden Vorschriften (die Gesetzesrang haben) dann aber wiederum unter der Überschrift „Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang" der Änderung durch Rechtsverordnung anheimgestellt werden (sog. „Entsteinerungsklausel").[30]

---

sondern von der „Manifestation" oder „Einkleidung" des Entschlusses in ein Handlungsinstrument zu sprechen.

[25] Die Unterscheidung zwischen Inhalt und Form liegt schon den Ausführungen von *Jhering*, Der Zweck im Recht I, 4. Aufl. 1904, S. 210 f. zugrunde. Sehr illustrativ *Maurer*, Staatsrecht, 1999, § 17 Rn. 11 (zu dessen Bild o. S. 69). Vgl. ferner BVerfG, NVwZ 2002, 585 (589) – abw. Meinung der Richter Di Fabio u. Mellinghoff o. Teil 1: A. I. 2. a) cc) (1) (S. 35 ff.).

[26] Dazu, daß in diesem Sinne ein Alternativverhältnis zwischen der Absprache und rechtsförmigem Verwaltungshandeln besteht S. o. Teil 1: A. I. 2. a) cc) (3) (S. 39 ff.).

[27] Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 17 Rn. 20 ff.; *Ossenbühl*, JuS 1979, 681 (686).

[28] *Berg*, GewArch 1999, 1 (3 f.).

[29] *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 54 Rn. 101; *v. Mutius*, Jura 1979, 223; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 14 Rn. 3b u. 26 ff.; *Maurer*, DVBl 1989, 798 (804) = in: Hill (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990, S. 15 (31).

Die inhaltliche Dimension der Verwaltungsentscheidung läßt sich weiter unterteilen in den Entschluß, überhaupt tätig zu werden (Entschließung) und in die Wahl zwischen mehreren in Betracht kommenden inhaltlichen Handlungsalternativen (Auswahlentscheidung). In instrumentaler Hinsicht hat die Verwaltung bei einer Entscheidung die Wahl, ob eine Entscheidung in privatrechtlicher oder in öffentlich-rechtlicher Rechtsform ergehen soll, ob sie formal oder informal ergehen soll („Handlungsebene") und ob sie einseitig oder konsensual ergehen soll („Handlungsinstrumentarium").[31]

Verwaltungsentscheidungen und damit auch Absprachen müssen in jeder Dimension, also sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich des gewählten Handlungsinstruments rechtmäßig sein.[32] Die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer Absprache zerfällt somit in zwei Teilfragen, deren erste die Rechtmäßigkeit der Sachentscheidung und deren zweite die Rechtmäßigkeit der Wahl der Absprache als Handlungsinstrument betrifft.

3. Der Inhalt der Absprache (inhaltliche Dimension der Entscheidung)

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Absprachen ist wie dargelegt an die Absprache selbst anzuknüpfen und nicht erst an die nachfolgende rechtsförmige Regelung (bzw. deren Unterlassen). Die damit getroffene Unterscheidung von Absprache und der nachfolgenden rechtsförmigen Regelung (bzw. deren Unterlassen) bedeutet jedoch nicht, daß die Absprache und die vorbereitete oder ersetzte rechtsförmige Regelung völlig beziehungslos nebeneinander stehen. Das ergibt sich schon daraus, daß letztere durch die Absprache vorbereitet oder ersetzt wird. Die informelle Absprache, die in ihr getroffene materielle Entscheidung und die vorbereitete oder ersetzte formelle Regelung stehen in derselben Beziehung zueinander wie die oben dargestellten Begriffe „informell" – „materiell" – „formell".[33] Das Abstellen auf die informelle Entscheidung kann daher nicht die völlige Loslösung von der späteren rechtsförmigen Regelung bzw. deren Unterlassen bedeuten. Schließlich wird mit ersterer die Sachentscheidung informell getroffen, der mit letzterer eine Rechtsform gegeben wird. Das Bindeglied

---

[30] Vgl. dazu und zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Praxis *Uhle*, DÖV 2001, 241 ff. m. zahlr. weiteren Nachweisen.

[31] *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 84 ff. u. 122 ff.

[32] Ähnlich *Würfel*, Informelle Absprachen in der Abfallwirtschaft, Diss. Freiburg 1994, S. 9 ff., der in formeller Hinsicht allerdings nicht auf das Handlungsinstrument, sondern auf das Verfahren abstellt: „...in einem Entschluß der Exekutive zum Abschluß informeller Absprachen liegt in aller Regel eine Entscheidung bzgl. des Verfahrens bzw. des Vorgehens und zusätzlich noch bzgl. des Inhalts derselben."

[33] S. o. Teil 1: A. I. 2. a) cc) (1) (c) (S. 36 ff.).

zwischen der rechtsförmigen (formellen) Regelung und der (informellen) Absprache liegt somit in der (materiellen) Sachentscheidung, die „normalerweise" in der formellen Regelung getroffen, nun aber in die Absprache verlagert wird. Diese materielle Entscheidung ist Gegenstand der Rechtmäßigkeitsprüfung, wenn sie rechtsförmig ergeht; sie muß es also auch sein, wenn sie informell ergeht.

Es kann daher festgehalten werden, daß für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Absprachen die Rechtmäßigkeit der mit ihnen getroffenen materiellen Entscheidung zu untersuchen ist.

a) Regelungsvorbereitende Absprachen

Regelungsvorbereitende Absprachen beinhalten die materielle Entscheidung, daß die beteiligte Behörde die abgesprochene rechtsförmige Regelung mit dem abgesprochenen Inhalt erlassen wird sowie daß der beteiligte Private die abgesprochene Gegenleistung erbringen (beispielsweise keine Rechtsbehelfe ergreifen) wird. Sie nehmen damit den Inhalt der vorbereiteten rechtsförmigen Regelung vorweg.[34] So enthalten beispielsweise genehmigungsvorbereitende Absprachen im Rahmen ihrer sachlichen Reichweite die Entscheidung über den Inhalt der Genehmigung. Diese Entscheidung wird sonst mit der Genehmigung getroffen (mit anderen Worten: dieser Entschluß wird sonst mit der Genehmigung manifestiert). Die genehmigungsvorbereitende (regelungsvorbereitende) Absprache hat somit denselben Inhalt wie sonst die Genehmigung (oder sonstige rechtsförmige Regelung). Der Inhalt der späteren Genehmigung geht lediglich unter Umständen weiter als derjenige der Absprache, weil die Genehmigung über weitere Aspekte entscheidet.[35]

b) Regelungsersetzende Absprachen

Auch regelungsersetzende Absprachen enthalten eine Sachentscheidung. Sanierungsabsprachen beispielsweise werden in Situationen getroffen, in denen die Behörde einem Anlagenbetreiber mit einem Verwaltungsakt die Sanierung einer Anlage durch bestimmte Sanierungsmaßnahmen befehlen könnte. Anstatt eine solche Sanierungsverfügung zu erlassen, wird nun aber abgesprochen, daß der Anlagenbetreiber bestimmte Sanierungsmaßnahmen „freiwillig" (d.h. hier ohne durch Verwaltungsakt oder Verwaltungsvertrag dazu verpflichtet zu werden) ergreift und die Behörde auf den Erlaß einer rechtsförmigen Sanierungsverfügung verzichtet. Eine solche Absprache ent-

---

[34] S. o. Teil 1: D. II. 1. b) (S. 88 ff.).

[35] Zu der unterschiedlichen sachlichen Reichweite von Absprachen S. o. Teil 1: D. II. 1. d) aa) (S. 90 ff.).

hält die Entscheidung darüber, welche Sanierungsmaßnahmen der Anlagenbetreiber ergreifen wird sowie die Entscheidung, daß die Behörde eine rechtsförmige Sanierungsverfügung nicht erlassen wird. Wichtig ist, daß die vom Anlagenbetreiber vorzunehmenden Sanierungsmaßnahmen diesem auch durch eine rechtsförmige Sanierungsverfügung hätten aufgegeben werden können. Dabei spielt es an dieser Stelle zunächst keine Rolle, ob eine solche Verfügung rechtmäßig gewesen wäre oder nicht; entscheidend ist, daß die Sanierungsmaßnahmen geeignet wären, durch Verwaltungsakt rechtlich befohlen werden zu können. Die Sanierungsabsprache hat daher insoweit denselben Inhalt, wie ihn auch eine rechtsförmige Sanierungsverfügung hätte haben können.

c) Verallgemeinerung und Ansatzpunkt für die Rechtmäßigkeitsprüfung

Absprachen enthalten somit materielle Entscheidungen, die auch Inhalt eines Verwaltungsakts (Genehmigung oder Ordnungsverfügung) oder einer sonstigen rechtsförmigen Regelung sein könnten. Aus der Trennung von inhaltlicher und instrumentaler Dimension einer Verwaltungsentscheidung folgt, daß es für die Rechtmäßigkeit des *Inhalts* einer Verwaltungsentscheidung nicht darauf ankommt, mittels welchen Instruments diese getroffen wird. Hinsichtlich ihres Inhalts müssen Absprachen daher denselben Rechtmäßigkeitskriterien genügen, wie wenn die Entscheidung in einer rechtsförmigen Regelung manifestiert würde. Der Inhalt regelungsvorbereitender Absprachen ist daher rechtmäßig, wenn die vorbereitete Regelung inhaltlich rechtmäßig ist;[36] der Inhalt regelungsersetzender Absprachen ist rechtmäßig, wenn die ersetzte Regelung inhaltlich rechtmäßig ist.

Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß damit – entgegen den oben gemachten Ausführungen – letztlich doch auf die Rechtmäßigkeit der rechtsförmigen Regelung bzw. deren Unterlassen abgestellt werde. Denn wenn wie hier zwischen Inhalt und „Form" der Entscheidung unterschieden wird, dann ist es systemimmanent, daß bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Entscheidungsinhalts dieselben Maßstäbe gelten, egal ob die Entscheidung durch Verwaltungsakt oder durch Absprache getroffen wird.

Daraus folgt auch nicht, daß die Unterscheidung zwischen Inhalt und „Form" überflüssig sei, weil ohnehin immer die gleichen inhaltlichen Anforderungen gelten. Denn zum einen ist auch die instrumentale Dimension der Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, und zum anderen unterscheidet sich (wie oben dargelegt) auch die inhaltliche Rechtmäßigkeitsprüfung insofern, als der maßgebliche Zeitpunkt ein anderer ist: Entweder derjenige der Absprache oder derjenige der rechtsförmigen Regelung. Zwischen diesen beiden Zeitpunkten kann

[36] Vgl. auch *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 115.

durchaus ein Unterschied bestehen, wenn sich nach der Absprache neue Tatsachen ergeben, die bei der Beurteilung der inhaltlichen Rechtmäßigkeit Bedeutung haben.[37] Gerade wenn eine genehmigungsvorbereitende Absprache vor der Beteiligung der Nachbarn getroffen wurde, wird dies häufig der Fall sein.

4. Die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument (instrumentale Dimension der Entscheidung)

Wie oben dargelegt, haben unterschiedliche Handlungsinstrumente unterschiedliche Wirkungsweisen.[38] Die Wahl des Instruments, in das eine Entscheidung „eingekleidet" wird, erfolgt daher von der Wirkungsweise der in Betracht kommenden Instrumente her: Die Beteiligten wählen das Instrument, mit dem die gewünschte Wirkung am besten erzielt werden kann (Situationsadäquanz). Absprachen zeichnen sich insoweit insbesondere durch ihre Rechtsunverbindlichkeit und faktische Bindungswirkung aus.

Gerade wegen der unterschiedlichen Wirkungsweisen ist die Wahl des Handlungsinstruments aber auch eine der Rechtmäßigkeitsprüfung unterliegende Entscheidung der Verwaltung. Neben dem Inhalt muß daher auch die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument rechtmäßig sein. Damit wird die Frage gestellt, ob es rechtmäßig ist, die Sachentscheidung in die Absprache hinein zu verlagern.

5. Der Zusammenhang von Inhalt und Instrument

Mit einem bestimmten Instrument (z.B. Verwaltungsakt) können verschiedene Inhalte transportiert werden (Baueinstellung, Genehmigung, Sicherstellung, Platzverweisung u.v.a.m.); ein bestimmter Inhalt (z.B. Subventionsbewilligung) kann durch verschiedene Instrumente transportiert werden (Verwaltungsakt, Verwaltungsvertrag).

Das bedeutet jedoch nicht, daß Inhalt und „Form" völlig beziehungslos nebeneinander stehen und unabhängig voneinander beurteilt werden können. So stehen für generell-abstrakte Regelungen nur Gesetz, Rechtsverordnung und Satzung als Handlungsinstrumente zur Auswahl, während diese für individuell-konkrete Regelungen gerade ausgeschlossen sind (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG).[39]

Weiter ist auch im konkreten Fall die Auswahl unter den abstrakt in Frage kommenden Handlungsinstrumenten nicht unabhängig vom Inhalt der

---

[37] S. u. Teil 3: A. III. (S. 307 ff.) u. Teil 3: A. IV. (S. 317 ff.).

[38] Vgl. o. Teil 1: C. (S. 68) und Teil 1: D. (S. 73).

[39] S. dazu *P. M. Huber* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 1, 1999, Art. 19 Rn. 3 ff.

jeweiligen Entscheidung, sondern wird im Gegenteil maßgeblich vom Inhalt mitbestimmt: Wenn die Verwaltung eine bestimmte Entscheidung treffen und verwirklichen will, so wählt sie das Instrument aus, das ihr im konkreten Fall dafür am besten geeignet erscheint. Im 1. Teil wurde schon dargelegt, daß die Verwaltung (ggf. im Zusammenwirken mit den betroffenen Privaten) neue Instrumente „erfindet", wenn die vorhandenen nicht geeignet sind, ein anstehendes Problem zu lösen.[40] Jedem Instrument sind dabei bestimmte Vorteile, aber damit untrennbar verbunden auch bestimmte Nachteile zu eigen.

Mit der Entscheidung für ein bestimmtes Instrument ist außerdem auch die Entscheidung für ein bestimmtes Verfahren gefallen. Denn das Instrument und das Verfahren hängen insoweit zusammen, als das Verfahren mit der Entscheidung abgeschlossen wird und diese mit einschließt. Für den Verwaltungsakt, der in einem Verwaltungsverfahren i. S. d. VwVfG hervorgebracht wird, regelt dies § 9, 2. Hs. VwVfG. Ganz entsprechend wird eine informale Entscheidung in einem informalen Verfahren getroffen. Aus den Verfahrensvorschriften, die für eine bestimmte inhaltliche Entscheidung gelten, folgen daher Konsequenzen für die Instrumentenwahl.

Inhaltliche und instrumentale Dimension einer Verwaltungentscheidung können daher Rückwirkungen aufeinander haben, die für die Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit von Bedeutung sind. Das schlägt sich auch sprachlich darin nieder, daß hier von der inhaltlichen und der instrumentalen Dimension einer Verwaltungsentscheidung gesprochen wird: Es handelt sich eben um *zwei* Dimensionen *einer* Entscheidung.

III. Zwischenergebnis

Absprachen sind somit rechtmäßig, wenn sie sowohl in ihrer inhaltlichen als auch in ihrer instrumentalen Dimension rechtmäßig sind. Rein rechtlich betrachtetet setzt das nicht unbedingt einen Spielraum voraus, sondern könnte auch gegeben sein, wenn ein Gesetz der Verwaltung in einem bestimmten Fall vorschreiben würde, eine Absprache mit einem bestimmten Inhalt zu treffen. Dabei handelte es sich sogar um eine Absprache im Sinne der hier verwendeten Definition, wenn sie *faktisch* als Konsens das Ergebnis von Verhandlungen wäre – es wäre allerdings reiner Zufall, wenn die Beteiligten aufgrund von Verhandlungen einen Konsens finden würden, der exakt der einzigen gesetzlich zugelassenen Möglichkeit entspräche. Diese Möglichkeit soll daher als irreal außer Betracht bleiben.

Real setzen Absprachen faktisch und rechtlich einen Spielraum voraus, der beiden Seiten ein Entgegenkommen in der Sache ermöglicht (also einen

[40] S. o. Teil 1: C. (S. 68).

inhaltlichen Spielraum) und der es erlaubt, einem Konsens die „Form" der Absprache zu geben (instrumentaler Spielraum).

B. Die rechtlichen Entscheidungsspielräume der Verwaltung

Für die Untersuchung der Rechtmäßigkeit von Absprachen wird von der oben dargelegten Tatsache ausgegangen, daß Absprachen tatsächlich nur zustandekommen, wenn beide Seiten über einen tatsächlichen Verhaltensspielraum verfügen.[41] Absprachen sind dann rechtswidrig, wenn der in Anspruch genommene Verhaltensspielraum zwar faktisch besteht, rechtlich aber nicht, wenn also das versprochene Verhalten rechtswidrig ist.[42]

Dieses Verhalten ist auf Seiten des Privaten die abgesprochene Handlung bzw. das Unterlassen. Auf seiten der Behörde kommt hinzu, daß die Behörde vom Privaten dessen Verhalten abverlangt.

Positiv gewendet ist eine Absprache rechtmäßig, wenn dem faktischen Verhandlungsspielraum, den die Verwaltung bei der Absprache in Anspruch nimmt, ein rechtlicher (Entscheidungs-) Spielraum entspricht, der ihr das Treffen dieser Absprache erlaubt.[43]

Da Entscheidung definiert wird als Auswahl zwischen mehreren Alternativen,[44] besteht der Entscheidungsspielraum der Verwaltung in einer konkreten Entscheidungssituation aus der Summe der rechtlich zur Auswahl stehenden Alternativen. Dabei geht es schwerpunktmäßig um die Spielräume der Verwaltung, nicht des Privaten, denn da Absprachen Entscheidungen der Verwaltung sind, ist hinsichtlich der Rechtmäßigkeit von Absprachen entscheidend, daß die Verwaltung den ihr durch das öffentliche Recht eingeräumten Spielraum nicht überschreitet. Die rechtlichen Spielräume der Privaten sind dagegen durch die Grundrechte bestimmt, die sie nicht begrenzen, sondern ganz im Gegenteil gewährleisten und dadurch eine Grenze des Spielraumes der Verwaltung darstellen.

Da Absprachen wie oben dargelegt eine inhaltliche und eine instrumentale Entscheidung enthalten, müssen sie auch in beiderlei Hinsicht von einem Entscheidungsspielraum gedeckt sein. D.h., die Verwaltung muß über Spielräume verfügen, die ihr nicht nur in materieller Hinsicht eine Abspra-

---

[41] Teil 1: D. III. (S. 99 ff.).

[42] Vgl. o. A. II. 3. c) (S. 112).

[43] *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 37; *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 173; *J.-P. Schneider*, VerwArch 87 (1996), 38 (51); *Kippes*, Bargaining, 1995, S. 45.

[44] S. o. A. II. 1. (S. 105).

che des konkreten Inhalts, sondern auch in „instrumentaler" Hinsicht gerade die Auswahl der Absprache als Handlungsinstrument erlauben.

Rechtliche Entscheidungsspielräume der Verwaltung können nur in dem Rahmen existieren, der dem Verwaltungshandeln durch die Gesetzesbindung der Verwaltung gezogen wird. Wo nicht in inhaltlicher und instrumentaler Hinsicht ein Spielraum besteht, verbietet die Gesetzesbindung der Verwaltung das Treffen der Absprache.

I. Grundsätzliches

1. Die Bindung der Exekutive an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)

Die Bindung an Gesetz und Recht, der Art. 20 Abs. 3 GG die vollziehende Gewalt unterwirft, gilt für alles exekutive Handeln[45] und deshalb auch für Absprachen.[46] Beim Treffen von Absprachen durch die Exekutive müssen also der Vorbehalt und der Vorrang des Gesetzes als Ausprägungen der Gesetzesbindung beachtet werden. Das gilt für beide Dimensionen der Absprache: die inhaltliche und die instrumentale.

a) Der Vorbehalt des Gesetzes

Der Vorbehalt des Gesetzes hat eine subjektivrechtliche Dimension als grundrechtlicher Eingriffsvorbehalt und eine objektivrechtliche Dimension als organisationsrechtlicher (demokratischer) Wesentlichkeitsvorbehalt.

aa) Grundrechtlicher Eingriffsvorbehalt

In seiner subjektivrechtlichen Dimension erfordert der Vorbehalt des Gesetzes eine gesetzliche Ermächtigung für Eingriffe in Grundrechte des Einzelnen.[47] Er wurzelt als allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes im Rechtsstaatsprinzip, soweit er besagt, daß Grundrechtseingriffe generell nicht ohne gesetzliche Grundlage erfolgen dürfen. Daneben enthalten die einzelnen

---

[45] *Maurer*, Staatsrecht, 1999, § 8 Rn. 13.

[46] S. nur *Körner*, Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000, S. 161; *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 115; ebenso *Holzer*, Die Selbstnormierung im Lebensmittelrecht, 2000, S. 185.

[47] Zum Vorbehalt des Gesetzes s. *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 62 Rn. 7 ff.

Grundrechte zum Teil spezielle Gesetzesvorbehalte. Diese besagen einerseits, daß das jeweilige Grundrecht nur vorbehaltlich eines Gesetzes gewährleistet ist, das Eingriffe zuläßt. Andererseits enthalten sie zum Teil spezifische Anforderungen, denen das vorbehaltene Gesetz genügen muß, damit ein Grundrechtseingriff zulässig ist. Für Absprachen heißt das, daß sie, soweit sie Grundrechtseingriffe sind, einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen, die den Anforderungen des jeweiligen speziellen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts genügen muß.

bb) Organisationsrechtlicher Wesentlichkeitsvorbehalt

In seiner objektivrechtlichen Dimension beruht der Gesetzesvorbehalt auf dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip.[48] Er trifft insoweit eine Aussage darüber, welche Verwaltungsmaßnahmen nur durch oder aufgrund eines Gesetzes zulässig sind und enthält damit eine Aussage über die Kompetenzverteilung zwischen Verwaltung und Gesetzgeber.[49]

Wie die Reichweite des organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalts zu bestimmen ist, ist allerdings fraglich. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu die „Wesentlichkeitsformel" entwickelt, nach der der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat.[50] Damit sind aber konkrete Kriterien für die Abgrenzung dessen, was wesentlich ist, allenfalls angedeutet: Wesentlich ist insbesondere, was die Grundrechtsausübung betrifft. Der Gesetzesvorbehalt greift deshalb z.B. ein bei der Organisation des Privatrundfunks, wo eine mögliche Kollision von Meinungsäußerungsfreiheit der Programmgestalter einerseits und der Informationsfreiheit der Zuschauer bzw. Hörer andererseits auszugleichen ist.[51] Auch für Pressesubventionen ist aus diesem Grund eine gesetzliche Grundlage erforderlich, selbst wenn man mit der herrschenden Meinung für Subventionen sonst einen Ansatz von Mitteln im Haushaltsgesetz für ausreichend hält.[52]

---

[48] *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 183 f.; *Scherzberg*, JuS 1992, 205 (211); *Pietzcker*, JuS 1979, 710 (712 ff.).

[49] *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 62 Rn. 35 ff.; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 183 f.; BVerfGE 68, 1 (86).

[50] *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 190 f.; *Scherzberg*, JuS 1992, 205 (211); zur Wesentlichkeitstheorie: BVerfGE 49, 89 (126); ferner BVerfGE 45, 400 (417); 47, 46 (78 f.); 58, 257 (268 f.); 61, 260 (275); 77, 170 (231); 79, 174 (195 f.); kritisch z.B. *Kloepfer*, JZ 1984, 685 (689 ff.).

[51] BVerfGE 57, 295 (320 f.); *Eberle*, DÖV 1984, 485 (485 f.).

[52] Vgl. *R. Schmidt* in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Band I, 2. Aufl. 2000, § 1 Rn. 166 ff., der allerdings selbst anderer

Da der organisationsrechtliche Gesetzesvorbehalt auf dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip beruht, sind aber grundsätzlich auch weitere wesentliche Entscheidungen denkbar, die nicht unbedingt den Bereich der Grundrechtsausübung betreffen müssen.[53] Die Tatsache, daß eine Frage politisch umstritten ist,[54] führt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „für sich genommen" nicht dazu, daß sie als wesentlich verstanden werden müsse.[55] Letztlich ist die Frage, welche Entscheidungen wesentlich sind, aber sowohl in diesem wie auch im Bereich des Grundrechtswesentlichen noch offen. Auf sie soll hier nicht vertieft eingegangen werden, weil sie keine absprachenspezifische Frage ist. Ob eine bestimmte Entscheidung wesentlich ist, kann grundsätzlich nur von Fall zu Fall entschieden werden.

b) Der Vorrang des Gesetzes

Der Vorrang des Gesetzes enthält ein an die vollziehende Gewalt gerichtetes Verbot, gegen das Gesetz zu verstoßen (Abweichungsverbot); es verbietet daher der Verwaltung, sich mit ihrem Handeln in Widerspruch zu einem formellen Parlamentsgesetz zu setzen.[56] Darüber hinaus gebietet der Vorrang des Gesetzes der Verwaltung auch, die gesetzlichen Handlungsaufträge zu erfüllen, also ein Gesetz nicht unvollzogen zu lassen (Anwendungsgebot).[57]

Ansicht ist (a.a.O. Rn. 169); BVerfGE 80, 124 (131); OVG Berlin, DVBl 1975, 905.

[53] *Eberle*, DÖV 1984, 485 (487).

[54] Dieses Kriterium schlägt *Kisker*, NJW 1977, 1313 (1318) vor; kritisch *Eberle*, DÖV 1984, 485 (487). S. auch *Mößle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986, S. 135 ff., der von einer Prärogative des Parlaments in politischen Leitentscheidungen spricht aber auch darauf hinweist, daß auch die Regierung, die immerhin dem Parlament verantwortlich ist, von der Staatsleitung nicht ausgeschlossen werde darf. Vgl. auch konkret für Verordnungsermächtigungen *dens.* Inhalt, Zweck und Ausmaß, 1990, S. 58: Die Rechtsetzungsdelegation soll das Parlament von Einzelheiten entlasten, nicht aber Entscheidungen vor der Opposition „in Sicherheit bringen".

[55] BVerfGE 98, 218 (251).

[56] *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 62 Rn. 1, u. 5 f.; *Erichsen*, Jura 1995, 550 (550); *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 22 ff.

[57] *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 62 Rn. 4; *Gusy*, JuS 1983, 189 (191); *Erichsen*, Jura 1995, 550 (550); *Wehr*, JuS 1997, 231 (231); *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 20 Rn. 41; *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 26 f.; vgl. auch BVerfGE 25, 216 (228); BVerfGE 30, 292 (332).

2. Originäre Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Verwaltungsvorbehalt)?

Unter dem Stichwort des Verwaltungsvorbehalts wird diskutiert, ob der Exekutive bestimmte Aufgaben- oder Funktionsbereiche ausschließlich zustehen. Denkbar wäre ein allgemeiner, umfassender Verwaltungsvorbehalt oder ein Auffangvorbehalt, der nur einzelne Zuständigkeiten erfaßt; ferner ist denkbar, daß ein Verwaltungsvorbehalt bestimmte Sachbereiche umfaßt („Sachbereichsvorbehalt") oder die Art und Weise der Aufgabenerledigung betrifft („Funktionsvorbehalt").[58]

Die Frage des Verwaltungsvorbehalts betrifft dabei ausschließlich das Verhältnis der Exkutive zur Legislative und zur Judikative.[59] Mit seiner Anerkennung wäre keine Aussage darüber getroffen, ob nach dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt im Verhältnis zum Bürger eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich ist.

a) Die Kernbereichsthese

Nach der Kernbereichsthese soll ein solcher Verwaltungsvorbehalt aus dem Gedanken herzuleiten sein, daß die Gewaltenverschränkung nach dem Grundgesetz gewissermaßen im Gleichgewicht bleiben muß, daß also nicht eine Gewalt von einer anderen gleichsam aufgesogen werden darf, weil sonst nur noch zwei Gewalten anstelle von im Grundgesetz vorgesehenen dreien existierten.[60] Jeder der drei Gewalten müsse daher ein „Kernbereich" gewährleistet sein, wobei der Kernbereich der Exekutive der Verwaltungsvorbehalt wäre.[61]

Die Kernbereichslehre unterscheidet dabei zunächst die funktionale und die organisatorische Gewaltenteilung.[62] Funktional sei *Gesetzgebung* die „politische Willensbildung über grundlegende Fragen, die einer rechtsverbindlichen, stabilen Entscheidung bedürfen". *Vollziehende Gewalt* sei die „Regierung und Verwaltung umgreifende Funktion ‚unmittelbaren staatlichen Tätigwerdens'", die den individualisierenden Gesetzesvollzug, die Gesetzesvorbereitung und die politische Programmierung umfasse. Die Definition der *Rechtsprechung* kann hier verkürzt und vereinfacht als die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten wiedergegeben werden. Funktionale

---

[58] *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), 135 (141).

[59] *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), 135 (139).

[60] Vgl. etwa *Schmidt-Aßmann* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. 1995, § 24 Rn. 56 f.

[61] *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), 135 (147).

[62] Hierzu *Schmidt-Aßmann* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. 1995, § 24 Rn. 52 ff.

Gewaltenteilung bedeutet daher, daß bestimmte Arten von Entscheidungen jeweils einer bestimmten Gewalt funktional zugeordnet werden.

Organisatorisch verlangt Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, daß die genannten drei Funktionen von „besonderen Organen" wahrgenommen werden. Das bedeutet, daß „Mischorgane" nicht zulässig sind, wenn sie Entscheidungsbefugnisse haben sollen[63] (organisatorische Gewaltenteilung).

Davon ausgehend wird ein Eingriff in den Kernbereich angenommen, wenn „Gewaltenverschränkungen Zugriff auf Abläufe der Informationsgewinnung und auf elementare Entscheidungszüge in einer Weise zu nehmen versuchen, die den betreffenden Funktionsträger lähmen oder die ihm zugewiesene Verantwortung verfremden müßte".[64] Das ist dann der Fall, wenn ein Organ Entscheidungen eines anderen Organs, das die Funktion einer anderen Gewalt wahrnimmt, nach Art einer Mitentscheidung beeinflussen kann. Ein Eingriff in den Kernbereich ist somit bei Übergriffen in die Funktionen einer anderen Gewalt zu bejahen. Danach kann der Verwaltungsvorbehalt nur ein Funktionsvorbehalt, kein Sachbereichsvorbehalt sein.

b) Herleitung aus einer Einzelprüfung

Ohne auf die Kernbereichslehre zurückzugreifen könnte sich ein Verwaltungsvorbehalt aus den Regelungen des Grundgesetzes ergeben, die das Verhältnis von Legislative und Exekutive regeln. Eine dahingehende Untersuchung von *Maurer*[65] hat ergeben, daß sich ein auf einzelne *Sachbereiche* (Sachkompetenzen) abzielender Verwaltungsvorbehalt nicht begründen läßt.

---

[63] *Herzog* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abschn. V Rn. 41; ihm folgend *Schmidt-Aßmann* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. 1995, § 24 Rn. 53. Widerspruchsbehörden üben zwar zumindest dann funktionell Rechtsprechungsgewalt aus, wenn sie kein Ermessen ausüben können, sondern auf die reine Rechtsaufsicht beschränkt sind – in diesen Fällen sind sie meist auch nicht Behörden desselben Rechtsträgers wie die Ausgangsbehörde, beispielsweise bei Widersprüchen gegen kommunale Verwaltungsakte des eigenen Wirkungskreises. Dies macht sie nicht zu „Mischorganen" im genannten Sinne, weil gegen jeden Widerspruchsbescheid die Gerichte angerufen werden können und die Widerspruchsbehörde als Verwaltungsbehörde deshalb keine *Letzt*entscheidung treffen kann.

Daß die Verwaltung auch Rechtsnormen erlassen kann ist schon deshalb kein Übergriff in die Funktion der gesetzgebenden Gewalt, weil diese definiert wird als „politische Willensbildung über die *grundlegenden* Fragen...". Die Funktion der gesetzgebenden Gewalt knüpft daher eher an die Wesentlichkeitstheorie an als an die Einordnung der Entscheidung als Rechtssatz, legt also den formellen und nicht den materiellen Gesetzesbegriff zugrunde.

[64] *Schmidt-Aßmann* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. 1995, § 24 Rn. 56.

[65] *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), 135 ff.

Das Grundgesetz behält der Exekutive neben einigen verfassungsrechtlich abgesicherten Kompetenzen der Regierung und gewissen verwaltungsinternen Reservaten lediglich die *Funktion* des Gesetzesvollzugs vor.[66] Auch eine Einzelprüfung der Regelungen des Grundgesetzes ergibt somit keinen Sachbereichs-, sondern lediglich einen Funktionsvorbehalt.

c) Die These von den „Restkompetenzen"

Die der Exekutive vorbehaltene (Staats-) Funktion des Gesetzesvollzugs verschafft der Verwaltung ganz erhebliche Kompetenzen, und zwar auch in sachlicher Hinsicht. Allerdings leiten sich diese sachlichen Kompetenzen aus den zu vollziehenden Gesetzen ab. Sie stehen daher zur Disposition des Gesetzgebers. Die vollziehende Gewalt hat deshalb nur die Sachkompetenzen, die der Gesetzgeber ihr noch nicht entzogen hat, einen Kern von bestimmten unentziehbaren Sachkompetenzen kann es nicht geben.[67]

Die Verwaltung ist gekennzeichnet durch „Permanenz, Ubiquität und Präsenz",[68] d.h. auch wo gesetzliche Regelungen nicht existieren, kann es nötig sein, zu verwalten. Hier ist die Verwaltung berufen, das „Normenvakuum" zu füllen und den Gesetzgeber insoweit zu ergänzen. Insoweit ist die Verwaltung auch eine „Komplementärgewalt" im Verhältnis zum Gesetzgeber: Die Verwaltung schließt erforderlichenfalls Lücken, die der Gesetzgeber gelassen hat.[69] Dem entspricht es, daß diese „Komplementärkompetenz" dem Zugriff des Gesetzgebers unterliegt und endet, wenn der Gesetzgeber die jeweilige Lücke schließt.

Auch mit der These von den „Restkompetenzen" läßt sich deshalb kein Sachbereichs-, sondern lediglich ein Funktionsvorbehalt begründen.

d) Die Stendal-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Legalplanung der „Südumfahrung Stendal"[70] der Eisenbahnstrecke Berlin-Oebisfelde die Kernbereichslehre erneut aufgegriffen, nachdem bereits vermutet worden war, daß es diese Lehre stillschweigend aufgegeben habe[71].

---

[66] *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), 135 (164 ff.).

[67] *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 62 Rn. 58.

[68] *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 62 Rn. 61; *ders.* in: Götz/Klein/Starck (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S. 9 (32).

[69] *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 62 Rn. 61.

[70] BVerfGE 95, 1 ff.; dazu unter anderem *Kunig*, Jura 1993, 308 ff.

Das Bundesverfassungsgericht betont in dieser Entscheidung, daß die in Art. 20 Abs. 2. S. 2 GG normierte Teilung der Gewalten verlange, daß keine Gewalt ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über eine andere Gewalt erhalten darf. „Keine Gewalt darf der für die Erfüllung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten beraubt werden". Der Kernbereich der verschiedenen Gewalten sei unveränderbar. Damit sei ausgeschlossen, daß eine der Gewalten die ihr von der Verfassung zugeschriebenen Aufgaben verliere.[72] Aufgabe des Parlamentes als Legislative sei die Normsetzung, für die nur das Parlament die demokratische Legitimation besitze. Zu den Aufgaben der Exekutive – Regierung und Verwaltung – gehöre die Vollziehung von Gesetzen im Einzelfall, wie sich bereits aus der Bezeichnung als „vollziehende Gewalt" in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ergebe.[73]

Das Bundesverfassungsgericht bejaht somit einen Funktionsvorbehalt, denn die „Aufgabe der Normsetzung", die der Legislative zufalle, ist im oben gemeinten Sinne deren Funktion, während die „Aufgabe der Vollziehung von Gesetzen im Einzelfall" die Funktion der Exekutive ist.[74] Daß das Gericht einen Sachhbereichsvorbehalt bejahe, läßt sich der Entscheidung dagegen nicht entnehmen.

e) Zusammenfassung: „Restkompetenzen" der Verwaltung

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die *Funktion* des Gesetzesvollzugs der Verwaltung vorbehalten ist, und daß der Gesetzgeber diese Funktion nicht an sich ziehen kann. Die Kompetenz der Verwaltung, sich bestimmter *Sachbereiche* anzunehmen und innerhalb dieser mit bestimmten Inhalten zu entscheiden, steht indes zur Disposition des Gesetzgebers. Sachlich verbleiben der Verwaltung daher nur solche Kompetenzen, die der Gesetzgeber ihr belassen hat („Restkompetenzen"). Diese Sachkompetenzen unterliegen weiterhin dem Zugriff des Gesetzgebers.[75]

---

[71] *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), 135 (148 f.).

[72] BVerfGE 95, 1 (15).

[73] BVerfGE 95, 1 (15 f.).

[74] Vgl. auch *Kunig*, Jura 1993, 308 (310).

[75] *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 52 f. u. 89 f. Inwieweit bestimmte Aufgaben sinnvoll nur von der Verwaltung wahrgenommen werden können und ein Zugriff des Gesetzgebers daher die Praktikabilität des Gesetzes beeinträchtigen würde, ist demgegenüber keine Frage eines der Verwaltung rechtlich vorbehaltenen Bereichs, obgleich man insoweit durchaus von einem faktischen Verwaltungsvorbehalt sprechen kann (*Maurer*, VVDStRL 43 (1985), 135 (160)). Solche faktischen Verwaltungsvorbehalte ändern jedoch nichts daran, daß der Gesetzgeber der Verwaltung gegenüber zum Zugriff berechtigt ist.

Soweit der Gesetzgeber hier zugegriffen hat, ist die Verwaltung nach dem Vorrang des Gesetzes an die gesetzliche Regelung gebunden. Die Verwaltung ist somit dem Vorrang des Gesetzes „vorbehaltlos" unterworfen.[76] Aber auch soweit der Gesetzgeber noch nicht zugegriffen hat, stehen solche Sachkompetenzen der Verwaltung nicht uneingeschränkt zu. Sie stehen vielmehr unter dem Vorbehalt des Gesetzes. Soweit der Vorbehalt des Gesetzes reicht, ist die Verwaltung auch gehindert, sich ungeregelter Materien anzunehmen. Die „Restkompetenzen" der Verwaltung werden somit durch den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes eingeschränkt.

3. Derivative Handlungsspielräume der Verwaltung zwischen Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes

Wenn der Gesetzgeber einen Sachbereich durch den Erlaß eines förmlichen Gesetzes an sich zieht, so kann er die Entscheidungen, die die Verwaltung aufgrund dieses Gesetzes trifft, durch klare und eindeutige Vorgaben so stark programmieren, daß die Verwaltung das Gesetz nur noch umsetzt. Diese Verwaltungsentscheidungen unterliegen in vollem Umfang der gerichtlichen Kontrolle. Eine so starke Programmierung des Verwaltungshandelns geht aber wegen des Charakters von Gesetzen als abstrakt-generelle Normen oftmals zulasten der Einzelfallgerechtigkeit. Um der Verwaltung die Möglichkeit zu eröffnen, die Umstände des Einzelfalls angemessen berücksichtigen zu können, räumt der Gesetzgeber ihr daher oftmals Entscheidungsspielräume in Form von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen ein. Ob ein Gesetz der Verwaltung einen solchen Spielraum einräumt, ist ihm durch Auslegung zu entnehmen. Diese vom Gesetzgeber eingeräumten Spielräume können als derivative Spielräume bezeichnet werden, weil sie der Verwaltung nicht originär zustehen, sondern aus dem Gesetz abgeleitet sind.

Bei der Bestimmung solcher Spielräume sind aber der Vorrang und der Vorbehalt des Gesetzes zu beachten, durch die sie begrenzt werden.

---

[76] Das schließt es nicht aus, daß es zweckmäßiger ist, bestimmte Fragen der Verwaltung zur Entscheidung zu überlassen. Das kann beispielsweise durch die Einräumung von Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen geschehen. Diese Spielräume stehen der Verwaltung aber nicht von sich aus zu und sind daher nicht originär. Sie werden der Verwaltung vielmehr vom Gesetzgeber eingeräumt, was im Zweifel durch Auslegung der einschlägigen Gesetze zu ermitteln ist, und sind somit derivativ – dazu sogleich unten 3.

4. Zusammenfassung

Zwischen dem Vorbehalt und dem Vorrang des Gesetzes hat die Verwaltung Spielräume somit (nur) dort, wo das Gesetz ihr diese in Form von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen einräumt oder wo sie auch ohne Gesetz handeln darf, weil sie mit ihrer Entscheidung weder in Grundrechte eingreift noch „wesentliche" Fragen entscheidet.

II. Die Spielräume im einzelnen: Inhaltliche Spielräume und „Freiheit der Formenwahl"

Absprachen sind also rechtmäßig, wenn sie von einem Spielraum der Verwaltung gedeckt sind. Dabei geht es nicht um die abstrakte Frage, wann „die" Absprache „als solche" rechtmäßig ist, denn „die" Absprache „als solche" gibt es nicht. Es geht vielmehr darum, Maßstäbe zu finden, an denen die Rechtmäßigkeit einer *konkreten* Absprache gemessen werden kann. Eine konkrete Absprache ist rechtmäßig, wenn die Verwaltung in einer konkreten Entscheidungssituation Spielräume hat, die das Treffen genau dieser Absprache erlaubt. Dafür benötigt sie einen inhaltlichen Spielraum für den Inhalt der Absprache sowie einen instrumentalen Spielraum für die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument.

1. Ermessensspielräume (Administrativermessen)

Ermessen ist der Spielraum, den die Verwaltung auf der Rechtsfolgenseite einer konditional programmierten Norm hat.[77] Die Einräumung von Ermessen gibt der Verwaltung die Möglichkeit, aus mehreren Entscheidungsalternativen auszuwählen. Die Verwaltung hat bei einer Entscheidung Ermessen, wenn es ihr durch Gesetz eingeräumt wird.[78]

a) Entschließungsermessen

Das Entschließungsermessen räumt der Verwaltung die Entscheidungsalternative ein, ob sie von einer bestimmten Ermächtigung Gebrauch machen will. *Jarass* sieht Absprachen als „Zwischending" zwischen „echter Untätigkeit" der Behörde und Verwaltungsverträgen und folgert daraus, daß sie zulässig seien, soweit die Behörde nicht zu einem „formellen Eingreifen" ver-

---

[77] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht,13. Aufl. 2000, § 7 Rn. 7.

[78] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht,13. Aufl. 2000, § 7 Rn. 9; zu den Besonderheiten von Soll-Vorschriften bzw. des intendierten Ermessens vgl. *Hoppe* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 625 ff.

pflichtet ist,[79] wenn sie also ein Entschließungsermessen habe. Das ist auf den ersten Blick einleuchtend: Wenn die Behörde eine Rechtsfolgeentscheidung in Form eines Verwaltungsakts (oder ersatzweise eines Verwaltungsvertrages, § 54 S. 2 VwVfG) treffen oder untätig bleiben kann, dann steht ihr auch die Absprache als Zwischending zur Verfügung. Allerdings beruht dieses *argumentum a maiore ad minus* auf der Prämisse, daß Absprachen gegenüber Verwaltungsakten bzw. Verwaltungsverträgen ein *minus* darstellen. Oben wurde aber dargestellt, daß Absprachen gegenüber Rechtsfolgeentscheidungen kein *minus*, sondern ein *aliud* darstellen.[80] Ferner berücksichtigt dieser Ansatz nicht die oben getroffene Unterscheidung zwischen der Wahl der Absprache als Handlungsinstrument (als formalem Aspekt) und dem Inhalt der Absprache (als materiellem Aspekt). In inhaltlicher Hinsicht ist die Belastung durch eine Absprache die gleiche wie die durch einen Verwaltungsakt oder Verwaltungsvertrag. Die Absprache ist daher nicht nur keine „echte Untätigkeit", wie *Jarass* meint, sondern gar keine Untätigkeit.

Räumt eine Eingriffsermächtigung der Verwaltung ein Entschließungsermessen ein, so macht die Verwaltung deshalb durch das Treffen einer Absprache mit belastendem Inhalt von dieser Ermächtigung Gebrauch. Hält man wegen der „freiwilligen Unterwerfung" des absprachebeteiligten Privaten eine Ermächtigung für unnötig, so macht die Verwaltung mit der Absprache von der Ermächtigung keinen Gebrauch, sie benötigt sie dann aber auch nicht. In keinem Fall folgt aus dem Entschließungsermessen die Entscheidungsalternative der Verwaltung, sich des Handlungsinstruments der Absprache zu bedienen. Das Entschließungsermessen betrifft nur die inhaltliche Seite des Verwaltungshandelns, nicht auch das Handlungsinstrument. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß die Verwaltung für den Fall, daß sie sich zum Eingriff entschließt, gesetzlich auf eine bestimmte Handlungsform (etwa einen Verwaltungsakt) festgelegt ist. Durch eine solche Festlegung der Handlungsform wird das Entschließungsermessen nicht eingeengt, da dieses die inhaltliche Seite des Eingriffs betrifft, jene dagegen die formale („instrumentale").

Bei einer Sanierungsabsprache verspricht die Behörde dem Privaten, daß die Behörde vom Erlaß einer Sanierungsverfügung absehen wird, wenn der Private seine Anlage im Rahmen eines abgesprochenen Sanierungsplans „freiwillig" saniert. Damit legt sie nicht etwa fest, wie sie ihr Entschließungsermessen künftig ausüben wird, sondern sie *übt ihr Entschließungsermessen bereits aus*, indem sie

---

[79] *Jarass*, DVBl 1985, 193 (197 f.). Ähnlich *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (355): Sanierungsabsprachen stellen (als regelungsersetzende Absprachen) „rechtlich ein Untätigbleiben" dar; *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 174 mit Fn. 36: „eine Form des Nichtgebrauchmachens der gesetzlichen Handlungsermächtigung".

[80] Oben Teil 1: D. I. 2. d) (S. 85).

dem Betreiber faktisch verbindlich die abgesprochenen Belastungen auferlegt. Die dafür erforderliche gesetzliche Ermächtigung liegt in der Norm, die zum Erlaß eines Verwaltungsakts mit dem gleichen Inhalt ermächtigen würde. Indem die Behörde die Sanierungsabsprache trifft, macht sie von dieser Ermächtigung Gebrauch. Dabei mag sie inhaltlich hinter dem zurückbleiben, was die Ermächtigung ihr erlauben würde, beispielsweise indem sie dem Betreiber eine Sanierungsfrist einräumt, obgleich die Ermächtigung auch eine sofortige Stillegung der Anlage erlauben würde. Insoweit be*inhalt*et die Absprache ein *minus* zu dem, was die Ermächtigung der Verwaltung erlauben würde. Dies ist jedoch keine Frage des Entschließungs-, sondern des Auswahlermessens: Wenn die Ermächtigung der Behörde die Auswahl zwischen der Einräumung von Sanierungsfristen und der sofortigen Stillegung einräumt, so sind dies zwei Möglichkeiten, von der Ermächtigung Gebrauch zu machen. In beiden Fällen aber macht die Verwaltung von der Ermächtigung Gebrauch.

b) Auswahlermessen

Auswahlermessen hat die Verwaltung, wenn sie die Wahl zwischen verschiedenen Eingriffsmöglichkeiten hat, also die Ermächtigung ihr die Auswahl zwischen verschiedenen Eingriffsalternativen eröffnet. Diese Entscheidungsalternative kann sich begrifflich ebenso auf die Auswahl zwischen verschiedenen Entscheidungsinhalten wie auf die Auswahl zwischen verschiedenen Handlungsinstrumenten beziehen. Eine Ermächtigungsnorm kann auch zugleich ein inhaltliches *und* ein instrumentales Auswahlermessen eröffnen. Ob sich das Auswahlermessen auf die inhaltliche oder auf die instrumentale Seite oder beides bezieht, ist der Ermächtigungsnorm durch Auslegung zu entnehmen.

Ein Beispiel für eine Norm, die ein rein instrumentales Auswahlermessen eröffnet, ist § 54 S. 2 VwVfG. Dieser stellt die Auswahl zwischen Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag (vorbehaltlich etwaiger entgegenstehender Rechtsvorschriften) in das instrumentale Auswahlermessen der Verwaltung,[81] enthält sich dabei aber jeder Aussage über den zulässigen Inhalt des Verwaltungsakts oder Vertrages.

Erlaubt eine Ermächtigungsnorm den Erlaß eines Verwaltungsakts, stellt der Behörde aber den Inhalt dieses Verwaltungsakts in gewissem Maße anheim, z.B. § 17 Abs. 1 BImSchG, räumt sie ihr zunächst einmal ein inhaltliches Auswahlermessen ein. Hält man die Unterscheidung zwischen inhaltlicher und instrumentaler Dimension der Entscheidung konsequent durch, so liegt darin keine Aussage über das Handlungsinstrument. In instrumentaler Hinsicht enthält eine solche Ermächtigung aber auch die Befugnis, sich des Verwaltungsakts als Handlungsform zu bedienen. Will eine solche Er-

[81] Vgl. *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 26 Rn. 1 u. 3.

mächtigung darüber hinaus andere Handlungsinstrumente als den Verwaltungsakt ausschließen, was ihr durch Auslegung zu entnehmen ist, so enthält sie neben der Einräumung inhaltlichen Auswahlermessens auch die instrumentale Ermächtigung, sich des Verwaltungsakts als Handlungsinstrument zu bedienen; zugleich enthält sie in solchen Fällen ein Instrumentenwahlverbot für andere Instrumente. Insoweit räumt sie ein instrumentales Auswahlermessen nicht ein. Darüber hinaus begrenzt eine solche Norm ein u.U. anderweitig gegebenes instrumentales Auswahlermessen[82] als „Handlungsformverbot" (besser: Handlungsinstrumentenverbot).[83]

Auswahlermessen kann sich somit sowohl auf die inhaltliche wie auf die instrumentale Seite der Verwaltungsentscheidung beziehen.[84]

c) Vollstreckungsermessen

Wenn die Verwaltung bereits eine vollstreckbare Ordnungsverfügung (beispielsweise eine Sanierungsverfügung) erlassen hat, steht es grundsätzlich in ihrem Ermessen, *ob* und *wie* sie diese vollstreckt (vgl. § 6 Abs. 1 VwVG: „kann"): Sie hat Entschließungs- und Auswahlermessen beim Ergreifen von Sekundärmaßnahmen.

In *instrumentaler* Hinsicht läßt sich aus der Vollstreckungsermächtigung und dem in ihr enthaltenen Vollstreckungsermessen nichts herleiten. Entscheidet sich die Behörde für die Vollstreckung, so steht ihr auf der Sekundärebene das von den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen vorgesehene Instrumentarium zur Verfügung. Entscheidet sie sich im Rahmen einer Absprache gegen die Vollstreckung (d.h. gegen das Betreten der Sekundärebene), so ist das Vollstreckungsrecht nicht anwendbar, so daß aus ihm keine Rechtsfolgen oder Spielräume hergeleitet werden können, die über den eben dargestellten inhaltlichen Spielraum hinausgehen.

Auch das Vollstreckungsermessen betrifft daher lediglich die inhaltliche Seite und nicht die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument.

---

[82] Zu den „Restkompetenzen" der Verwaltung als „Freiheit der Formenwahl" vgl. u. 5. b) bb) (S. 150).

[83] Dies betrifft den Vorrang des Gesetzes als eine Schranke von Verwaltungsspielräumen, vgl. dazu näher u. Teil 2: C. II. 1. b) (S. 159 ff.).

[84] *P. M. Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, S. 123, spricht von der Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren *Rechtsfolgen*. Damit wird die Möglichkeit, Eingriffe ohne Rechtsfolgensetzung vorzunehmen, vernachlässigt. Genauer sollte von der Auswahl zwischen mehreren *Eingriffsmöglichkeiten* gesprochen werden. Ob dieser Eingriff mit einer Rechtsfolgen- oder einem faktisch wirkenden Handlungsinstrument vorgenommen werden soll, ist nicht Gegenstand des Entschließungsermessens.

d) Verfahrensermessen

Nach § 10 VwVfG ist das Verwaltungsverfahren an bestimmte Formen nicht gebunden sowie einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen. Gem. § 24 Abs. 1 S. 2 VwVfG bestimmt die Behörde bei der amtswegigen Sachverhaltsermittlung Art und Umfang der Ermittlungen selbst. Nach § 26 Abs. 1 S. 1 VwVfG entscheidet sie nach pflichtgemäßem Ermessen, welcher Beweismittel sie sich dabei bedient. Diese und weitere Vorschriften zeigen, daß der Verwaltung ein Verfahrensermessen zukommt.[85] Das Verfahrensermessen ist ebenso wie materielles Ermessen durch § 40 VwVfG begrenzt.[86] Soweit das Verfahrensermessen der Behörde reicht, besteht kein Anspruch auf eine bestimmte Verfahrensgestaltung,[87] d.h. auf die Vornahme bestimmter Verfahrensschritte, Sachverhaltsermittlungen oder Anwendung bestimmter Beweismittel.

Ob das Verfahrensermessen der Verwaltung einen Spielraum für Absprachen gibt, ist differenziert zu beantworten. Zu differenzieren ist einerseits auch hier wieder nach dem inhaltlichen und dem instrumentalen Aspekt sowie andererseits danach, ob die Absprache als rein verfahrensbezogene Absprache ausschließlich den auf die materielle Entscheidung bezogenen Entscheidungsvorgang oder als sachbezogene Absprache auch das materielle Entscheidungsergebnis betrifft, auf das dieser Vorgang gerichtet ist.

aa) Rein verfahrensbezogene Absprachen

Rein verfahrensbezogene Absprachen haben lediglich die Vornahme bestimmter Verfahrensschritte zum Inhalt. Mit ihnen wird keine Sachentscheidung getroffen, sondern nur entschieden, ob bzw. wie ein bestimmter Verfahrensschritt vorgenommen wird. Soweit dieser im Verfahrensermessen der Verwaltung steht, kann die Behörde entscheiden, ob bzw. wie sie diesen Schritt vornimmt. *Verfahrensbezogene* Absprachen können somit *inhaltlich* vom Verfahrensermessen gedeckt sein. Daß das Verfahren gem. § 10 VwVfG an bestimmte Formen nicht gebunden ist, heißt auch, daß einzelne Verfahrensschritte nicht an bestimmte Formen gebunden sind, auch nicht an bestimmte Handlungsformen. Rein verfahrensbezogene Absprachen sind daher auch *instrumental* vom Verfahrensermessen gedeckt.

---

[85] Vgl. *Hill*, NVwZ 1985, 449 (450 ff). Vgl. auch *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 123: Ermittlungsermessen. S. auch *Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, S. 274: „Würdigungsspielraum" bei der Beweiswürdigung.

[86] *Stelkens/Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 10 Rn. 17; *Hill*, NVwZ 1985, 449 (450).

[87] *Stelkens/Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 10 Rn. 18; *Hill*, NVwZ 1985, 449 (451, 453).

bb) Sachbezogene Absprachen

Für den Inhalt *sachbezogener* Absprachen, d.h. Absprachen, die eine Sachentscheidung enthalten, kommt das Verfahrensermessen als Entscheidungsspielraum dagegen nicht in Betracht. Es räumt der Verwaltung einen Spielraum ausschließlich im Hinblick auf die Verfahrensgestaltung ein. Dem widerspricht es nicht, daß damit natürlich Einfluß auf die Sachentscheidung genommen wird, denn dies ist schließlich der Zweck des Verfahrens selbst.[88]

In *instrumentaler* Hinsicht wird für sachbezogene Absprachen die Ansicht vertreten, daß die §§ 10, 40 VwVfG der Verwaltung den Spielraum geben, eine Sachentscheidung, die nach dem jeweils einschlägigen Fachrecht inhaltlich zulässig ist, mittels einer Absprache zu treffen.[89] Diese Ansicht ist abzulehnen:

> Konsequent durchgehalten würde diese Ansicht bedeuten, daß in förmlicher ausgestalteten Verfahren (z.B. gem. §§ 63 ff. VwVfG, in Planfeststellungsverfahren und im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren) die Spielräume für Absprachen enger sind als im „einfachen" Verwaltungsverfahren gem. § 10 VwVfG. Gerade diese Entscheidungen sind jedoch durch besondere Komplexität der Entscheidungssituation ausgezeichnet, so daß gerade bei ihnen ein besonderer Bedarf besteht, sich abzusprechen.

§ 40 VwVfG räumt der Verwaltung nicht selbst Ermessen ein, sondern begrenzt lediglich das der Verwaltung anderweitig eingeräumte Ermessen.[90] § 10 VwVfG räumt der Verwaltung zwar Ermessen ein, indem er die Nichtförmlichkeit, Einfachheit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsverfahrens anordnet. Ebenso wie das VwVfG grundsätzlich nur das Verwaltungsverfahren als *Vorgang* betrifft,[91] betrifft aber auch dieses Ermessen nur das Verwaltungsverfahren als Vorgang. Über die Förmlichkeit oder Nichtförmlichkeit der Entscheidung als *Produkt* dieses Vorgangs sagt § 10 VwVfG nichts aus.[92] Das zeigt deutlich § 9 VwVfG, der den Anwendungsbereich

---

[88] Vgl. etwa BVerwGE 49, 359 (364 f.): Selbst bei einem Vergleichsvertrag, der explizit über das Verfahrensergebnis lautet, darf das gegenseitige Nachgeben i.S.d. § 55 VwVfG nur Art oder Umfang der Sachverhaltsermittlungen betreffen, also ausschließlich das Verfahren.

[89] So *Tomerius*, Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht, 1995, S. 89 ff.; *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 210; vgl. auch *Wagner/Engelhardt*, NVwZ 2001, 370 (371).

[90] *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 40 Rn. 16; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht,13. Aufl. 2000, § 7 Rn. 17.

[91] Vgl. etwa *Stelkens/Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 9 Rn. 90.

[92] A. A. *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 32 Rn. 5. Vgl. aber in der hier vertretenen Richtung *Hill*, NVwZ 1985, 449

des VwVfG und damit auch des § 10 VwVfG regelt. Danach kann Produkt des Verwaltungsverfahrens i.S.d. VwVfG nur entweder ein Verwaltungsakt oder ein Verwaltungsvertrag sein. Das Treffen einer Absprache, die den Verwaltungsakt ersetzt, kann demnach nicht von § 10 VwVfG gedeckt sein.

Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß im Falle regelungsvorbereitender Absprachen das Verfahren i.S.d. VwVfG mit der Absprache noch gar nicht beendet ist, sondern erst mit dem danach erfolgenden Erlaß des abgesprochenen Verwaltungsakts, so daß die „Zwischenschaltung" einer Absprache durchaus das Verwaltungsverfahren betreffe. Es trifft zwar zu, daß in diesem Fall das Verwaltungsverfahren i.S.d. §§ 9 und 10 VwVfG mit dem Entscheidungsvorgang nicht deckungsgleich ist (während der Entscheidungsvorgang mit der regelungsvorbereitenden Absprache abschließt, ist das Verwaltungsverfahren erst mit dem Verwaltungsakt beendet[93]). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß das Treffen einer regelungsvorbereitenden Absprache das Verwaltungsverfahren betreffe und deshalb von § 10 VwVfG gedeckt sei. Im Gegenteil: Ausgehend von der „dienenden" Funktion des Verwaltungsverfahrens kann ein Verwaltungsverfahren, das nicht Selbstzweck sein soll, nur die Funktion haben, durch die Steuerung des Entscheidungsvorgangs die „Richtigkeit" des Entscheidungsergebnisses zu gewährleisten.[94] Dem VwVfG liegt daher die Vorstellung zugrunde, daß Verwaltungsverfahren und Entscheidungsvorgang identisch sind.[95] Das wird ganz besonders deutlich beim Planfeststellungsverfahren: Dieses kann nur durch einen Planfeststellungsbeschluß abgeschlossen werden, nicht durch eine Absprache. Absprachen, die zu einer Entscheidungsverlagerung und damit zu einer Trennung von Entscheidungsvorgang und Verwaltungsverfahren führen, widersprechen eher dem VwVfG, als daß sie von ihm gedeckt sind.[96]

§ 10 VwVfG „ermächtigt" somit nur zu einem nichtförmlichen *Verfahren*, nicht auch zu einer nichtförmlichen *Entscheidung*. Für Absprachen, die

---

(449 f.): Mit der Wahl der Verfahrensart sei in der Regel zugleich die Wahl eines bestimmten Handlungstyps und der entsprechenden Rechtsform verbunden, so daß diese Wahl zugleich auf eine materielle Entscheidung gerichtet sei.

[93] Die Weiterführung des Verwaltungsverfahrens nach der regelungsvorbereitenden Absprache dient dann nicht mehr der Findung der Sachentscheidung, sondern deren „Verrechtlichung" durch das Instrument des Verwaltungsakts.

[94] Zur „dienenden" Funktion des Verfahrens *Häberle* in: Fs. Boorberg-Verlag, 1977, S. 47 (49); *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 8 f.; *ders.*, JuS 1999, 313 (314); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 19 Rn. 8; *ders.*, Staatsrecht, 1999, § 9 Rn. 27; *Berg* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 529 (538); *Pauly* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 25 (43 m. Fn. 42); *Schmitz/Olbertz*, NVwZ 1999, 120 (129); *Pietzcker* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 695 (696); noch weitergehend *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 161, 191, 600: Verfahren hat nicht nur dienende Funktion, sondern es besitzt als Steuerungsinstrument auch einen Eigenwert; *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 49 ff.

[95] *Stelkens/Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 9 Rn. 90: Verwaltungsverfahren als Entscheidungsprozeß.

[96] S. dazu näher unten C. II. 1. b) bb) (2) (b) (S. 164).

auch inhaltlich eine Sachentscheidung beinhalten, läßt sich daher aus § 10 VwVfG nichts herleiten.[97] Das gilt nicht nur für die inhaltliche Dimension der Entscheidung, sondern auch für die instrumentale, denn auch diese ist eine Dimension des Ergebnisses, nicht des Vorgangs.[98] Die Entscheidungsspielräume für das Entscheidungsprodukt sowohl in inhaltlicher als auch in instrumentaler Hinsicht müssen sich daher aus dem jeweils anzuwendenden materiellen Recht ergeben. Dem entspricht es, daß §§ 10, 40 VwVfG, obwohl sie beide eine Zweckbindung beinhalten, selbst keine Aussage darüber enthalten, welches der im konkreten Fall zu verfolgende Zweck ist.[99] Die Eingriffsermächtigung sowie die Ermessenseröffnung und deren Zweck sind daher im jeweils einschlägigen materiellen Fachrecht zu suchen.[100]

2. Planungsermessen (planerischer Gestaltungsspielraum)

Die Normen des Planungsrechts sind im wesentlichen nicht konditional, sondern final programmiert, d.h. sie geben eine Vielzahl von Planungszielen und teilweise auch Prioritäten vor, deren Verwirklichung dann der Planung der Verwaltung überlassen wird.[101] Dabei sind die gesetzlich vorgegebenen Planungsziele zum Teil in einer Weise gegenläufig, daß eines nur auf Kosten eines anderen erreicht werden kann. Daraus folgt ein planerischer Gestaltungsspielraum (Abwägungsspielraum) der Verwaltung bei der Anwendung des Planungsrechts, der von den Gerichten nur auf Abwägungsfehler überprüft werden kann.

Absprachen sind in diesem Bereich durchaus üblich und auch in der Rechtsprechung belegt. Allen voran ist hier das Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu nennen. Daß es in dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt zu einer Absprache zwischen der planenden Gemeinde und einem interessierten Privaten gekommen ist, ergibt sich zwar nicht aus dem veröffentlichten Tatbestand. Das Gericht geht aber in den Urteilsgründen der Frage nach, ob eine Vorausbindung durch „dem Planverfahren vorgeschaltete Besprechungen, Abstimmungen, Zusagen, Verträge

---

[97] *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (220): § 10 VwVfG bezieht sich nur auf den Verfahrensablauf. Im Ergebnis ebenso *Helberg*, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 211.

[98] Abzulehnen daher *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 127: § 10 VwVfG erlaube Absprachen als informales Handlungsinstrument.

[99] Aus diesem Grund sind die §§ 10, 40 VwVfG auch zu unbestimmt, um eine Eingriffsermächtigung enthalten zu können. So auch *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 99.

[100] *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 93 f.

[101] S. dazu *Hoppe/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 1995, § 5 Rn. 6; *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 1998, Rn. 705 ff.

u. a. m."[102] im Bauleitplanverfahren zulässig ist. Es betont, daß seine Ausführungen für tatsächliche Bindungen ebenso gelten wie für rechtliche. Eine tatsächliche Vorausbindung durch „Besprechungen" oder „Abstimmungen", die nicht Verträge sind, ist aber nach dem im ersten Teil dieser Untersuchung[103] Gesagten nichts anderes als eine Absprache. In seinem Urteil zum „Verkehrsflughafen München II" finden sich vergleichbare Ausführungen zur Planfeststellung.[104] Generell wird man sagen können, daß bei der Planung konkreter Projekte stets ein Bedarf für informelle Abstimmungen zwischen der Behörde und dem Projektträger bestehen wird: Bei der Bauleitplanung, damit die Gemeinde nicht an dem Projekt und den Bedürfnissen des Projektträgers „vorbeiplant", und bei der Planfeststellung, damit der Projektträger nicht nacheinander mehrere Planentwürfe zur Planfeststellung einreicht, die von der Planfeststellungsbehörde unter schädlichem Zeitverlust und hohen Kosten abgelehnt werden.

Ihr Abwägungsspielraum gibt der planenden Behörde einen Spielraum, die gesetzlich final vorgegebenen Planungsziele und Belange zum Ausgleich zu bringen. Dieser Ausgleich ist eine materielle Frage, die den *Inhalt* der Planungsentscheidung betrifft. Für die Wahl des Handlungs*instruments*, mit dem die Planungsentscheidung rechtlich in Form gegossen wird, gibt er nichts her.[105]

3. „Rechtsetzungsermessen"

Der Spielraum, der für normvorbereitende und -ersetzende Absprachen in Betracht kommt, ist das „Rechtsetzungsermessen", das den zuständigen Organen beim Normerlaß zukommt.

---

[102] BVerwGE 45, 309 (317). Ähnlich BVerwGE 79, 200 (206): Dem Aufstellungsbeschluß gingen häufig „informelle Planungsprozesse" voraus, und bei „realistischer Einschätzung der Gegebenheiten ist hinzunehmen, daß dem eigentlichen Planverfahren häufig Besprechungen, Abstimmungen, Zusagen, Verträge u. a. m. vorgeschaltet sind".

[103] S. o. Teil 1: A. II. 1. b) (S. 43).

[104] BVerwGE 75, 214 ff., wo die Rede ist von „informalen Verfahrensweisen" und faktischen Bindungen (a. a. O. S. 231) und „informellen Einflüssen", mit denen man „bei lebensnaher Einschätzung der Arbeitsweise der Planfeststellungsbehörde ... zu rechnen hat" (a. a. O. S. 245 f.).

[105] Für deren Form ist auch gesetzlich meist ausdrücklich ein bestimmtes Handlungsinstrument vorgegeben, für den Bebauungsplan beispielsweise die Satzung (§ 10 Abs. 1 BauGB) oder für viele andere Fälle der Planfeststellungsbeschluß, der ein Verwaltungsakt ist.

a) Verordnungsermächtigungen

Verordnungsgebung ist Rechtsetzung, nicht reine Rechtsanwendung. Dem Verordnungsgeber steht daher beim Erlaß von Rechtsverordnungen im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung (Art. 80 Abs. 1 GG) ein „Raum eigener Gestaltungsfreiheit" zu, den er durch eigene politische Dezision ausfüllt.[106] Dieses Verordnungsermessen unterscheidet sich vom oben erörterten Administrativermessen dadurch, daß es sich nicht auf individuell-konkrete, sondern auf generell-abstrakte Entscheidungen bezieht.[107] Wenn sich eine Pflicht zum Verordnungserlaß nicht aus dem ermächtigenden Gesetz oder aus anderen Erwägungen ergibt, schließt das Verordnungsermessen grundsätzlich auch die Entscheidung ein, ob eine Verordnung erlassen werden soll oder nicht (Entschließung).[108] Im übrigen steht es im Verordnungsermessen, welchen Inhalt eine Verordnung haben soll. Darin ähnelt das Verordnungsermessen dem Administrativermessen insoweit, als es dem Verordnungsgeber einen *inhaltlichen* Spielraum gibt.

Einen *instrumentalen* Spielraum gibt das Verordnungsermessen dagegen nicht. Schon der Begriff „Verordnungsermessen" beinhaltet im Grunde, daß es der Behörde nur im Zusammenhang mit dem Erlaß einer Rechtsverordnung zusteht. Auch aus der gesetzlichen Verordnungsermächtigung, in der es regelmäßig heißt: „... wird ermächtigt, *durch Rechtsverordnung* ...", ergibt sich, daß ein instrumentaler Spielraum zumindest der Verordnungsermächtigung nicht entnommen werden kann. Im Gegenteil kann (muß aber nicht) hierin eine Festlegung auf die Handlungsform der Rechtsverordnung liegen.

b) Satzungserlaß

Satzungen werden z.B. von Selbstverwaltungskörperschaften im Rahmen der ihnen gesetzlich verliehenen Autonomie erlassen.[109] Soweit es sich um Organisationssatzungen handelt, betreffen sie lediglich den Innenbereich der Körperschaft und haben keine unmittelbare Außenwirkung gegenüber Privaten. Sie fallen nicht in den Themenbereich dieser Untersuchung. Soweit sie Rechte und Pflichten für Private begründen, bedürfen sie ebenso

---

[106] *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 64 Rn. 33.

[107] *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 64 Rn. 34.

[108] *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 64 Rn. 43.

[109] Vgl. *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 66 Rn. 1.

wie Rechtsverordnungen einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigung.[110] Insoweit kann auf die gerade gemachten Ausführungen zum Verordnungsermessen verwiesen werden.

Planungssatzungen wie der Bebauungsplan (§ 10 Abs. 1 BauGB) beruhen auf dem ebenfalls bereits behandelten Planungsermessen.[111]

4. Unbestimmte Rechtsbegriffe

Unbestimmte Rechtsbegriffe finden sich bei konditional programmierten Normen auf der Tatbestandsseite[112] und sind ein allgemeines Problem der Rechtsetzung. Ihre Verwendung beruht darauf, daß ein generell-abstraktes Gesetz bei der Umschreibung von Tatbestandsvoraussetzungen notwendigerweise nur abstrakte Begriffe verwenden kann.[113] Die Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall vollzieht sich dann (nachdem der Sachverhalt ermittelt ist) in zwei Schritten: Zuerst ist der unbestimmte Rechtsbegriff auszulegen, um seine Bedeutung zu ermitteln; sodann ist der konkret zu entscheidende Sachverhalt unter die Norm in ihrer durch die Auslegung ermittelten Bedeutung zu subsumieren.[114] Dabei stellt sich die Frage, ob der Verwaltung bei einem dieser beiden Rechtsanwendungsschritte ein Entscheidungsspielraum zukommt, den die Gerichte nicht oder nur eingeschränkt überprüfen können.

Die Auslegung und Subsumtion unbestimmter Rechtsbegriffe ist Aufgabe des Rechtsanwenders. Im Verwaltungsrecht wird das Recht zunächst von der Verwaltung angewendet, die dabei gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden ist; deren Beachtung wird gem. Art. 19 Abs. 4 GG von den Gerichten kontrolliert. Inwieweit die Verwaltung eigenständig ist, unterliegt daher der Bestimmung des Gesetzgebers: Er kann, indem er über das „Gesetz" entscheidet, an das die Verwaltung gem. Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist, über die Intensität der Bindung (die Regelungsdichte) und über die Intensität der gerichtlichen Kontrolle (die Kontrolldichte) entscheiden. Diese Befugnisse des Gesetzgebers könnten allenfalls dadurch begrenzt sein, daß das Grundgesetz der Verwaltung einen eigenen Bereich vorbehält, in den die Legislative nicht einbrechen darf. Zu diesem „Ver-

---

[110] *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 66 Rn. 26 ff.

[111] S. o. 2. (S. 131).

[112] *Ossenbühl* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 24 f. Für einen einheitlichen Ermessensbegriff (Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen) z.B. *Bullinger* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 565 (568 ff.) m.w.N.

[113] *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000, § 2 Rn. 87 ff.

[114] Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht,13. Aufl. 2000, § 7 Rn. 3.

waltungsvorbehalt" ist das Notwendige oben bereits gesagt worden: Der Gesetzgeber hat ein „Zugriffsrecht", d.h. ihm steht die Entscheidung zu, welche Sachbereiche er mit welcher Regelungsdichte regeln will.[115]

Die Letztentscheidung obliegt daher auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen grundsätzlich den Gerichten.[116] Ausnahmen, in denen die Befugnis zur Letztentscheidung bei der Verwaltung liegt und die gerichtliche Kontrolldichte damit auch bei Fragen der Tatbestandsseite reduziert ist, müssen dem Gesetz entnommen werden können („normative Ermächtigungslehre"), das seinerseits mit den Grundrechten und Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar sein muß.[117]

a) Beurteilungsspielräume

In Ausnahmefällen kann die Rechtsprechung bei unbestimmten Rechtsbegriffen an ihre Funktionsgrenzen stoßen.[118] Wenn die Verwaltung besser als die Gerichte in der Lage ist, eine Frage zu beurteilen, kann dies eine gesetzliche Regelung rechtfertigen, die im Hinblick auf die Sachgerechtigkeit der (Letzt-) Entscheidung diese der Verwaltung insoweit überantwortet.[119] Der Umstand allein, daß die Beurteilung einer Frage durch die Gerichte besondere Schwierigkeiten aufweist, genügt dafür allerdings nicht. Erforderlich ist immer eine *dem Gesetz* zu entnehmende Beurteilungsermächtigung.[120]

---

[115] S. o. I. 2. e) (S. 122).

[116] *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rn. 183; *Schulze-Fielitz* in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 1996, Art. 19 IV Rn. 87. Auf die Diskussion um die Vertretbarkeitslehre soll hier nicht weiter eingegangen werden. Dem Gedanken jedenfalls, daß es das Prinzip der „einen richtigen Entscheidung" bei der Rechtsanwendung zumindest in Grenzfällen nicht gebe, wenn und weil mehrere Ansichten gleichermaßen vertretbar seien, ist eine Absage zu erteilen. Ob ein konkreter Lebenssachverhalt unter eine Norm zu subsumieren ist, kann nämlich trotz etwaiger Unsicherheiten in der Auslegung nur mit „ja" oder „nein" beantwortet werden: Entweder er ist unter die Norm zu subsumieren oder er ist es nicht. Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht. Entscheidend ist damit die Frage, ob diese Entscheidung mit Letztverbindlichkeit von den Gerichten oder von der Verwaltung getroffen wird (vgl. dazu *Mühlenbruch*, Außenwirksame Normkonkretisierung durch „Technische Anleitungen", 1991, S. 44 ff.).

[117] Vgl. *Berg* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 529 (531); *Schulze-Fielitz* in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 1996, Art. 19 IV Rn. 88 m. Fn. 309 u. Rn. 93; *Ossenbühl* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 28.

[118] BVerfGE 84, 34 (50); *Ossenbühl* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 29 f.; *P. M. Huber* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 1, 1999, Art. 19 Rn. 515.

[119] Vgl. *Ossenbühl* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 28; *Rennert* in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 114 Rn. 54.

Daß der Verwaltung bei der Auslegung als erstem Rechtsanwendungsschritt ein solcher Vorsprung zukommen könnte, ist jedoch nicht ersichtlich.[121] Im Gegenteil ist es vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgebotes erforderlich, die Bedeutung unbestimmter Rechtsbegriffe in allen Fällen einheitlich zu bestimmen. Die Rechtsprechung mit ihrem Instanzenzug bietet die Möglichkeiten dazu, dies zu gewährleisten. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist daher von den Gerichten voll überprüfbar.[122]

Daß die Verwaltung infolge ihrer größeren Sachnähe einen konkreten Sachverhalt besser beurteilen kann, als die Gerichte, ist dagegen denkbar.[123] Es kann für diese Fälle sinnvoll und damit auch im Hinblick auf die Grundrechte und die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gerechtfertigt sein, das Letztentscheidungsrecht durch Gesetz von den Gerichten auf die Verwaltung zu verlagern, so daß die Gerichte die Subsumtion, die die Verwaltung vorgenommen hat, nur eingeschränkt überprüfen.[124]

Da eine solche gesetzliche Beurteilungsermächtigung – anders als die Einräumung von Ermessen – kaum jemals ausdrücklich erfolgt,[125] ist sie dem Gesetz durch Auslegung zu entnehmen. Insoweit gibt es insbesondere drei Argumentationsmuster, nämlich erstens die Einrichtung besonderer Gremien und Verfahren, zweitens die Funktionsgrenzen der Gerichtsbarkeit sowie drittens die Funktion der Verwaltung als eigenverantwortlich gestaltende Gewalt.[126] Insoweit sind heute bestimmte Fallgruppen anerkannt, in

---

[120] Vgl. *Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, S. 145 ff.; *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rn. 185; BVerfGE 61, 82 (111).

[121] *Ossenbühl* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 28.

[122] *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 44 f.; *Ebinger*, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik, 1993, S. 26 f.; *Schulze-Fielitz* in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 1996, Art. 19 IV Rn. 88 m. Fn. 309 u. Rn. 96; *Rennert* in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 114 Rn. 56; anders aber *Sendler* in: Fs. f. Ule z. 80. Geb., 1987, S. 337 (341, 342 ff.; 346 f.).

[123] *Ebinger*, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik, 1993, S. 28 ff.

[124] Vgl. *Ossenbühl* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 28; *Schulze-Fielitz* in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 1996, Art. 19 IV Rn. 88 m. Fn. 309 u. Rn. 93; *Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, S. 145 ff.; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 43; vgl. auch *Rennert* in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 114 Rn. 56.

[125] *Berg* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 529 (531); *Ossenbühl* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 33; *Ebinger*, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik, 1993, S. 31.

[126] *Rennert* in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 114 Rn. 52 sowie Rn. 59 ff. (Verwaltung als eigenverantwortlich gestaltende Gewalt) und Rn. 67 ff. (Funktionsgrenzen der Rechtsprechung) und Rn. 73 ff. (besondere Organe); S. auch *Berg*,

denen Beurteilungsspielräume der Verwaltung angenommen und verfassungsrechtlich für zulässig gehalten werden. Obwohl die Fallgruppen nicht abschließend sein können,[127] sollen sie im Folgenden behandelt werden, um darzustellen, in welchen dieser Fallgruppen Absprachen möglich sind.

aa) Fallgruppen von Beurteilungsspielräumen

(1) Prüfungsentscheidungen

Bei der Kontrolle von Prüfungsentscheidungen stößt die Rechtsprechung an ihre Funktionsgrenzen. Das hat seinen Grund darin, daß vor den Gerichten die Prüfungssituation nicht vollständig reproduzierbar ist und daß es für die Bewertung einer Prüfungsleistung nicht nur auf die fachliche Richtigkeit bzw. Vertretbarkeit der einzelnen Antworten ankommt, sondern auch auf die Relation der einzelnen Prüfungsleistung zu der Leistung anderer Prüflinge und zu den üblichen Anforderungen.[128] Deshalb ist seit langem ein gerichtlich nicht überprüfbarer Bewertungsspielraum der Exekutive bei Prüfungsentscheidungen anerkannt, der durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar eingeschränkt, aber nicht gänzlich verworfen wurde. Der Bewertungsspielraum umfaßt prüfungsspezifische Wertungen, während die fachliche Richtigkeit bzw. Vertretbarkeit der Antworten des Prüflings von den Gerichten notfalls mit sachverständiger Hilfe zu überprüfen ist.[129]

Fraglich ist, inwieweit dieser prüfungsrechtliche Beurteilungsspielraum dem Ermessensspielraum vergleichbar ist. Anders als Ermessensentscheidungen darf die Beurteilung einer Prüfung selbstverständlich nicht von politischen Erwägungen abhängen, sondern darf sich nur an der Prüfungsleistung orientieren. Bei der Festlegung der Maßstäbe allerdings, d.h. bei der Frage, worauf bei der Prüfungsentscheidung welcher Wert zu legen ist, gibt es nicht nur „die eine richtige Entscheidung", sondern verschiedene Möglichkeiten (beispielsweise bei juristischen Prüfungen: Konkretes Einzelfallwissen, Methodik, Systematik usw., aber auch der aus dem Wettbewerbscharakter[130] von Prüfungen folgende Vergleich mit den anderen Prüflingen desselben Prüfungstermins). Welche Bewertung eine einzelne

---

ZLR 1993, 455 (464 ff.), der auch die Grenzen solcher Beurteilungsspielräume hervorhebt. Z.T. kritisch *Sieckmann*, DVBl 1997, 101 (102).

[127] Da die Einräumung von Letztentscheidungsspielräumen der Verwaltung durch Gesetz erfolgt, steht es dem Gesetzgeber – vorbehaltlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen – frei, in welchen Fällen er der Verwaltung einen Letztentscheidungsspielraum einräumt (*Berg* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 529 (532)).

[128] *Niehues*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 1994, Rn. 327; *Rennert* in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 114 Rn. 68.

[129] Vgl. zusammenfassend *Niehues*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 1994, Rn. 399 ff.; ferner *Ossenbühl* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 35.

Arbeit verdient, ist eindeutig zu beantworten; welche Kriterien mit welchem Gewicht in die Entscheidung einfließen, ist es nicht.[131]

Die Maßstäbe für die Bewertung von Prüfungsarbeiten stehen danach bei der *einzelnen* Prüfungsentscheidung nicht mehr zur Disposition. Insofern sind Prüfungsentscheidungen absprachefeindlich.

(2) Beamtenrechtliche Beurteilungen

Beamtenrechtliche Beurteilungen beruhen auch auf einem meist langjährigen Kontakt zwischen dem zu beurteilenden Beamten und seinem (vor-) beurteilenden Vorgesetzten, der sich der Rekonstruktion vor den Gerichten durch seinen Detailreichtum entzieht. Ähnlich wie Prüfungsentscheidungen sind beamtenrechtliche Beurteilungen damit gerichtlich nur beschränkt nachprüfbar.[132] Aus denselben Gründen wie Prüfungsentscheidungen sind auch sie absprachefeindlich.

(3) Wertentscheidungen besonders besetzter Gremien

In vielen Fällen muß die Verwaltung künstlerische, pädagogische oder ähnliche *Werturteile* treffen. Wenn solche Werturteile durch Gesetz *unabhängigen und weisungsfreien Gremien* übertragen sind, die sich durch einen besonderen (künstlerischen, pädagogischen oder ähnlichen) Sachverstand auszeichnen, sind diese besser als die Gerichte in der Lage, „sachgerecht" zu entscheiden. In solchen Fällen wird daher oftmals ebenfalls ein Beurteilungsspielraum des entsprechenden Gremiums angenommen.[133]

Ein solcher Bewertungsspielraum wird beispielsweise bejaht für die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften.[134] In diesem Bereich wäre folgende Absprache denkbar: Wenn die Bundesprüfstelle beispielsweise eine Schrift wegen mehrerer Stellen indizieren möchte, so hat sie gem. § 12 GjSM den Verleger und den Verfasser anzuhören. Diese könnten daraufhin anbieten, die „schlimmsten" der beanstandeten Stellen zu „entschär-

---

[130] Vgl. dazu beispielsweise § 4 Abs. 1 S. 2 der Bayerischen Justizausbildungsprüfungsordnung (JAPO).

[131] Vgl. BayVGH, BayVBl 2001, 51 (51 f.).

[132] *Rennert* in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 114 Rn. 69; *Ossenbühl* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 36; BVerwG, NVwZ 1999, 75 (76).

[133] Vgl. *Rennert* in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 114 Rn. 73 f. mit Nachweisen zu Beispielen, in denen ein Beurteilungsspielraum von der Rechtsprechung bejaht bzw. verneint wurde; *Ossenbühl* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 37.

[134] BVerfGE 83, 130 (148); BVerfGE 91, 211 (215 f.).

fen", auf anderen aber beharren. Die Bundesprüfstelle hat dann einen Spielraum, eine Absprache zu treffen, in der Verfasser und Verleger versprechen, bestimmte Stellen zu schneiden und die Bundesprüfstelle als Gegenleistung verspricht, von der Indizierung wegen anderer, zunächst beanstandeter, aber nicht veränderter Stellen abzusehen. Der Vorteil einer solchen Lösung liegt für den Verfasser und den Verleger offenkundig darin, daß die Schrift nicht indiziert wird und daher frei verbreitet werden kann. Die Bundesprüfstelle gewinnt durch ein solches Arrangement insofern, als die geschnittenen Szenen überhaupt nicht verbreitet werden (also auch nicht unter den Beschränkungen der §§ 3–5 GjSM) und daß der Gesamteindruck ebenfalls entschärft wird. Damit wird der Gefahr begegnet, daß Volljährige sich die fraglichen Stellen (Filmszenen, Abbildungen etc.) beschaffen und Kindern oder Jugendlichen zugänglich machen. Eine solche Absprache wäre daher sowohl für den Verfasser und den Verleger als auch für den Jugendschutz vorteilhaft.

So, wie die geschilderten Maßnahmen den Inhalt der beanstandeten Schriften oder Medien betreffen, betrifft der Beurteilungsspielraum den Inhalt der Entscheidung der Prüfstelle, nicht die Instrumentenwahl.

(4) Prognosen

Schon bei der klassischen Gefahrenabwehr ist der Staat auf Prognosen angewiesen, wird doch die polizei- und sicherheitsrechtliche Gefahr definiert als hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts.[135] Auch mit der Ausweitung seiner planerischen und gestaltenden Tätigkeit ist der Staat in zunehmenden Maß auf Prognosen angewiesen.[136] Das kann nicht ohne weiteres dazu führen, Prognoseentscheidungen der Verwaltung nur begrenzt gerichtlich zu überprüfen und der Verwaltung generell einen Prognosespielraum einzuräumen. Gerade im Bereich der Gefahrenabwehr ist die volle gerichtliche Kontrolle über die Gefahrenprognose nicht zweifelhaft.[137] Wenn die Prognose aber auch einen politischen Gehalt hat oder in eine umfangreiche Ermessens- bzw. Abwägungsentscheidung eingebettet ist, kann ein Prognosespielraum der Verwaltung zu bejahen sein.[138]

Absprachen sind in diesem Bereich denkbar, wenn der beteiligte Private der Behörde verspricht, bestimmte Umstände, die für die Prognose bestimmend sind, zu beeinflussen. So erfordert etwa das planerische Gebot der

---

[135] Vgl. statt aller *Gallwas/Mößle*, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 87 f.

[136] Vgl. *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rn. 198.

[137] *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rn. 198.

[138] *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rn. 199; *Rennert* in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 114 Rn. 64; BVerwGE 56, 110 (120 ff.).

Konfliktbewältigung eine Prognose der Auswirkungen der Planung.[139] In einer Absprache könnte der Vorhabenträger sich bereit erklären, bestimmte Vorkehrungen zum Lärmschutz zu treffen, die die Lärmprognose nach unten beeinflussen. Die Behörde könnte dann ihrerseits versprechen, als Gegenleistung die Lärmprognose so zu stellen, daß sie einer positiven Planungsentscheidung nicht entgegensteht. Dies betrifft den Inhalt der Prognose, nicht die Instrumentenwahl.

(5) Risikoentscheidungen

Neue Techniken bergen bisher unbekannte Schadensmöglichkeiten. Nicht nur, daß mit neuen Techniken auch neue potentielle Schadensursachen gesetzt werden, es werden auch bisher unbekannte Wirkungszusammenhänge eröffnet. Die potentiellen Schadensfolgen sind zum Teil immens und die naturwissenschaftlichen Erkenntnisse vage und ungesichert, der potentielle Nutzen aber ebenfalls groß. Nutzen und Gefahren neuer Technologien lassen sich zudem häufig am besten erforschen, indem man sie einsetzt. Dies läßt sich beispielhaft am Arzneimittelrecht verdeutlichen:[140] Neue Medikamente können helfen, Krankheiten zu heilen und Leben zu retten, sie können aber auch infolge von Nebenwirkungen Krankheiten erst verursachen und Leben kosten. Ob und welche Nebenwirkungen konkret auftreten, stellt sich oft erst dann heraus, wenn Arzneimittel am Menschen eingesetzt werden, und auch bei „an sich" erprobten und lange bekannten Medikamenten treten gelegentlich neue Nebenwirkungen auf, lassen sich aber (man denke an das berühmte Aspirin) auch neue Einsatzgebiete nachweisen.

Diese komplexe Lage macht es erforderlich, die Risiken des Einsatzes neuer Technologien abzuwägen mit ihrem Nutzen einerseits, aber auch mit Nutzen und Risiken alternativer Technologien und mit den Nachteilen (z. B. den „rechtsstaatlichen Kosten")[141] eines staatlichen Verbots bzw. der Nichtzulassung der neuen Technologie.[142] Um eine solche Abwägung vornehmen

---

[139] *Krautzberger* in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 7. Aufl. 1999, § 1 Rn. 117; *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 1998, Rn. 810; *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kap. 3 Rn. 164 f.

[140] Dazu *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 166 ff.

[141] Bei dieser Abwägung darf nicht außer acht gelassen werden, daß nicht nur diejenigen Grundrechte haben, die sich auf eine staatliche Schutzpflicht berufen und damit die Unzulässigkeit neuer Technologien folgern, sondern auch diejenigen, die eine neue Technologie erforschen oder einsetzen wollen. Vgl. beispielsweise die Kontroverse um die Zulassung der Gentechnik (VGH Kassel, NVwZ 1990, 276; *Kloepfer* in: Fs. f. Lerche, 1993, S. 755 ff. mwN in Fn. 1.) oder um Mobilfunkanlagen (VG Gelsenkirchen, ZUR 1993, 119; diese Entscheidung wurde vom OVG Münster, NVwZ 1993, 1115 in der Beschwerde kassiert; *Blümel/Pfeil*, VerwArch 85 (1994), 451 ff.; *Hoppenberg/Meiners/Martens*, NVwZ 1997, 12 ff.).

zu können, muß zunächst der Stand von Wissenschaft und Technik bewertet werden, um beurteilen zu können, welche der in den Naturwissenschaften vertretenen, oft widersprüchlichen Ansichten der Verwaltungsentscheidung zugrundezulegen sind. Ferner erfordert der Vergleich von Nutzen und Risiko eine Prognose[143] und eine Bewertung beider, die nicht zuletzt auch politische Elemente enthält. Solche Bewertungen sind rational nur in begrenztem Maße nachvollziehbar (und damit auch vorhersehbar). Um diesen Mangel durch „Verfahrensrationalität" auszugleichen, hat der Gesetzgeber „darauf eingestellte Verwaltungsverfahren für Risikoentscheidungen eingerichtet, die insbesondere die Beteiligung des wissenschaftlichen und technischen Sachverstandes betreffen".[144] Dem läßt sich die gesetzliche Einräumung eines Beurteilungsspielraums entnehmen.[145]

Risikoentscheidungen eröffenen einen breiten Raum für Kooperation,[146] weil sie in vielerlei Hinsicht unter Ungewißheitsbedingungen getroffen werden. So ist schon die Zuziehung externen Sachverstands kooperationsträchtig, soweit dieser von interessierter privater Seite eingebracht wird.[147] Aber nicht nur diese „Ermittlung", sondern auch die Bewertung von Nutzen und Risiken eröffnet Raum für Absprachen, indem etwa das von einer konkreten Anlage ausgehende Risiko von der Behörde als umso geringer angesehen werden kann, je mehr Zusagen der Betreiber in puncto Sicherheit macht.[148] Risikoentscheidungen sind von daher regelrecht dazu prädestiniert, von Absprachen begleitet zu werden.

Von der Beurteilung der Verwaltung hängt bei Risikoentscheidungen ab, ob eine Anlage oder eine neue Technologie zugelassen bzw. untersagt wird. Keinen Einfluß hat sie dagegen auf das Handlungsinstrument, mittels des-

---

142 *Di Fabio*, Jura 1996, 566 (573).

143 Zum Prognosespielraum S. o. (4) (S. 139).

144 *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 286.

145 *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 286; *Ossenbühl* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 42. Diese generelle Aussage schließt es nicht aus, daß einzelne Gesetze einen Beurteilungsspielraum nicht einräumen (was ihnen beispielsweise entnommen werden kann, weil sie den hinreichenden Einfluß von Sachverstand nicht gewährleisten), obwohl die sonstigen Merkmale, die Risikoentscheidungen auszeichnen, gegeben sind.

146 Vgl. *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 323 ff. (wo allerdings auch Umstände genannt werden, die gegen Kooperation sprechen) und 457; *Berg*, ZLR 1998, 375 (379 in Fn. 22).

147 Vgl. etwa *Müggenborg*, NVwZ 1990, 909 (913): Ausprägung des Kooperationsprinzips; *Schuppert* in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 217 (218 f.); *Deckert*, ZRP 1995, 63 (68); S. auch *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), S. 161 (186): Arrangements bei der Sachverhaltsaufklärung.

148 Zu dem Einfluß, den solche Zusagen auf die Prognoseentscheidung haben kann s. o. (4) (S. 139).

sen die Risikoentscheidung umgesetzt wird. Der Spielraum, den die Verwaltung bei Risikoentscheidungen hat, ist damit ein *inhaltlicher*, kein instrumentaler.

bb) Beurteilungsspielräume als inhaltliche, nicht instrumentale Spielräume

Beurteilungsspielräume betreffen definitonsgemäß die Tatbestandsseite einer Norm und sind wie gezeigt durchweg inhaltliche Spielräume. Auf sie können Absprachen daher (nur) in inhaltlicher Hinsicht gestützt werden. Für die Auswahl der *Absprache als Handlungsinstrument* ergibt sich dagegen aus Beurteilungsspielräumen nichts.

b) „Konkretisierungs-" bzw. „Standardisierungsspielräume"

§ 48 BImSchG ermächtigt die Bundesregierung zum Erlaß „normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften" (TA Luft, TA Lärm).[149] Eine durch den Gleichheitssatz vermittelte Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften setzt einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Letztentscheidungsspielraum der Verwaltung voraus, den diese mittels der Verwaltungsvorschrift generell-abstrakt ausfüllt.[150]

Im Immissionsschutzrecht, also gerade im Anwendungsberich des § 48 BImSchG, ließe sich ein Beurteilungsspielraum bei der einzelnen Genehmigungsentscheidung jedoch nicht mit dem gebundenen Genehmigungsanspruch vereinbaren, den der Anlagenbetreiber nach dem BImSchG bei Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen hat;[151] der gebundene Genehmigungsanspruch wäre entgegen dem Gesetz auf einen Anspruch auf beurteilungsfehlerfreie Entscheidung reduziert.

Eine Voraussetzung für die Erteilung einer imissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist aber gem. §§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG die Erfüllung der Vorsorgepflicht. Die Vorsorgepflicht dient auch dem Zweck, Freiräume für künftige Anlagen zu schaffen und intakten Lebensraum zu erhalten.[152] Von daher ist die Vorsorge auf ein „Konzept" angelegt und enthält auch ein planerisches Element.[153] Damit erhält die Exekutive

---

[149] Zu deren Bindungswirkung näher *Kautz*, GewArch 2000, 230 ff.

[150] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 24 Rn. 27; *Papier* in: Fs. f. Lukes, 1989, 159 (160); *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 522; *Gerhardt*, NJW 1989, 2233 (2235 ff.); *Guttenberg*, JuS 1993, 1006 (1008).

[151] *Jarass*, BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 6 Rn. 26.

[152] *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kap. 8 Rn. 141.

einen planerischen Spielraum. Ein planerisches Konzept kann aber nicht von verschiedenen Behörden anläßlich einzelner Genehmigungsentscheidungen, sondern nur „von oben" gemacht werden. Der planerische Spielraum ist daher auch „nach oben" adressiert: Er kann schon seiner Struktur nach nur durch generell-abstrakte Regelungen ausgefüllt werden und nicht durch individuell-konkrete Genehmigungsentscheidung(en) im Einzelfall.[154]

Die Einräumung von Entscheidungsspielräumen ist jedoch verfassungsrechtlich nicht unbeschränkt zulässig, sondern bedarf gewisser Eingrenzungen und Kautelen, um der Verwaltung keine Blankettermächtigung zu geben.[155] Diese Vorkehrungen müssen bereits durch die einschlägige normative Ermächtigung getroffen werden, d.h. sie müssen sich dem Gesetz entnehmen lassen, das den Standardisierungsspielraum einräumt. Solche Kautelen enthält § 48 BImSchG, der die Bundesregierung (und nicht die einzelne Genehmigungsbehörde) zum Erlaß von (generell-abstrakten) Verwaltungsvorschriften (und nicht zur „Beurteilung im Einzelfall") ermächtigt. Ferner schreibt § 48 BImSchG die „Anhörung der beteiligten Kreise" (§ 51 BImSchG) vor und sichert so den Einfluß von Sachverstand und der betroffenen Interessen.

Daraus wird (in verfassungskonformer Weise) geschlossen, daß die Bundesregierung beim Erlaß der Verwaltungsvorschriften gem. § 48 BImSchG einen Spielraum hat.[156] Dieser richtet sich aber nicht an die Genehmigungsbehörde bei der einzelnen Genehmigungsentscheidung, sondern an die Bundesregierung bei der Typisierung und Standardisierung.[157] Die Genehmi-

---

[153] *Jarass*, BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 5 Rn. 47, 64.

[154] Vgl. *Jarass*, BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 5 Rn. 47, 64; *Hill*, NVwZ 1989, 401 (406), der die Einräumung eines Standardisierungsspielraums allerdings nicht aus konkreten „normativen Ermächtigungen" ableitet, sondern aus allgemeinen Erwägungen zu Bedeutung und Funktion der Bundesregierung; *Beckmann*, DVBl 1987, 611 (617); *Uerpmann*, BayVBl 2000, 705 (708); *Kautz*, GewArch 2000, 230 (234).

[155] Vgl. *Schulze-Fielitz* in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I 1996, Art. 19 IV Rn. 94 ff.; konkret im Zusammenhang mit normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften *Gerhardt*, NJW 1989, 2233 (2238 f.): Es müssen „angemessene Vorkehrungen für ein ‚richtige' Normkonkretisierung getroffen" sein.

[156] *Jarass*, NJW 1987, 1225 (1229); *ders.*, JuS 1999, 105 (108); *Breuer*, NVwZ 1988, 104 (111) (anders noch *ders.*, DVBl 1978, 28 (34)); *Papier* in: Fs. f. Lukes, 1989, S. 159 (162); a.A. aber *Hendler*, Jahrbuch UTR 1997, 55 (78 ff.); *Koch* in: Koch/Scheuing, GK-BImSchG, § 48 Rn. 79.

[157] So ausdrücklich *Jarass*, BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 5 Rn. 18 a.E. und *ders.*, JuS 1999, 105 (109 in Fn. 54); ebenso *Di Fabio*, DVBl 1992, 1338 (1344); *Mühlenbruch*, Außenwirksame Normkonkretisierung durch „Technische Anleitungen", 1992, S. 139. Krit. *Hendler*, Jahrbuch UTR 1997, 55 (69 m. Fn. 41, vgl. auch 73 ff.); anders offenbar auch *Koch* in: Koch/Scheuing (Hrsg.), GK-BImSchG, § 48 Rn. 69 sowie *Rogmann*, Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, 1998, S. 200.

gungsbehörde hat bei ihrer Entscheidung im Einzelfall daher keinen Spielraum, sondern ihre Genehmigungsentscheidung unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle.

> Das gilt nicht nur für den Bereich des Vorsorge-, sondern auch für den des Schutzgrundsatzes, denn auch hier besitzt die Normkonkretisierung einen signifikant politischen Charakter, der es rechtfertigt, der Bundesregierung einen Konkretisierungsspielraum einzuräumen.[158]

Da solche Konkretisierungs- bzw. Standardisierungsspielräume nicht der den Einzelfall entscheidenden, sondern einer übergeordneten Behörde eingeräumt sind, eröffnen sie keinen Raum für Absprachen im Zusammenhang mit der Einzelfallentscheidung. Diese bleibt eine gebundene Entscheidung. Wird also etwa eine Genehmigung nach dem BImSchG beantragt, so gibt es grundsätzlich keinen Spielraum für die Genehmigungsbehörde, hinsichtlich der von der zu genehmigenden Anlage einzuhaltenden Immissionswerte (§ 48 Nr. 1 BImSchG) Absprachen zu treffen.[159] Lediglich beim Erlaß der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift besteht Raum für Absprachen, der im Rahmen der vorgeschriebenen Anhörung beteiligter Kreise nach § 51 BImSchG (zu dem auch Vertreter der „beteiligten Wirtschaft", also private Kreise zählen) auch genutzt werden dürfte.

Ein Absprachespielraum im Einzelfall besteht auch dann nicht, wenn ein Konkretisierungsspielraum (noch) nicht mit einer Verwaltungsvorschrift ausgefüllt ist. Denn auch wenn die übergeordnete Behörde ihr Letztentscheidungsrecht (noch) nicht wahrgenommen hat oder die zuständige Behörde wegen der Atypik des Falles oder der Weiterentwicklung von Wissenschaft und Technik im Einzelfall nicht an die Verwaltungsvorschrift gebunden ist,[160] tritt an deren Stelle kein Beurteilungsspielraum im Einzelfall, sondern die Bindung an das Gesetz. Soweit dieses unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, unterliegen diese der vollen gerichtlichen Kontrolle, so daß das Letztentscheidungsrecht den Gerichten obliegt. Konkretisierungsspielräume geben der Verwaltung somit unter keinen Umständen Raum für Absprachen im Einzelfall.

c) Vergleichsspielräume?

Wenn die Auslegung von Gesetzen (anders als die Subsumtion) wie dargelegt mit Letztentscheidungskompetenz den Gerichten obliegt,[161] kann die Verwaltung schlechthin niemals abschließend und endgültig über die Ausle-

---

[158] Vgl. *Kautz*, GewArch 2000, 230 (234).

[159] Vorbehaltlich der Zulässigkeit von Kompensationslösungen, s. dazu unten C. IV. 2. b) cc) (2) (S. 267 ff.).

[160] Vgl. *Jarass*, JuS 1999, 105 (110 f.) m.w.N.

[161] S. o. 4. a) aa) (S. 135 mit Fn. 122).

gung einer Norm entscheiden. Wenn es in einer Frage mehrere mögliche Auslegungen gibt, die alle gleichermaßen „vertretbar" sind, so ist es für die Verwaltung nicht möglich, vorherzusehen, wie im Streitfall die Gerichte entscheiden werden. Selbst wenn es eine gesicherte Rechtsprechung gibt, ist nicht auszuschließen, daß die Gerichte von ihr wieder abweichen werden. Das Gleiche gilt, wenn das Gesetz der Verwaltung nicht ausnahmsweise einen Beurteilungsspielraum einräumt, auch für die Sachverhaltssubsumtion.[162]

Die Rechtserkenntnis der Verwaltung stößt hier an ihre „natürliche Grenze", die sich aus der Letztentscheidungsbefugnis der Gerichte zwangsläufig ergibt. Aufgabe der Verwaltung ist es aber, unter dieser „Ungewißheitsbedingung" eine der mehreren vertretbaren Auslegungsmöglichkeiten auszuwählen. Dabei hat sie zwar rechtlich keinen gerichtsfreien Spielraum, faktisch aber eine echte Auswahlmöglichkeit unter mehreren Alternativen.[163]

Wenn sie diese Auswahl trifft, kann es für die Verwaltung vorteilhaft sein, den Privaten daran zu beteiligen. Denn die gerichtliche Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung ist nur möglich, wenn einer der Beteiligten Klage erhebt. Nemo iudex sine actore. Wenn eine Verwaltungsentscheidung einen so gerechten Interessenausgleich beinhaltet, daß sie von allen Beteiligten akzeptiert wird und eine Klage nicht erhoben wird, so können die Gerichte ihre Kontrollbefugnis nicht ausüben. Die Frage, ob die Auslegung und Subsumtion durch die Verwaltung vor dem Gericht Bestand hat, stellt sich dann nicht. Daher bieten sich für die Auswahl der „richtigen" Auslegungsalternative konsensuale Lösungen (also Vergleiche) an.

Daß sich die Verwaltung zwischen verschiedenen Auslegungsalternativen bewegt, bedeutet aber nicht, daß ihre Entscheidung rechtmäßig ist, gleichgültig für welche der Alternativen sie ausfällt. Es gibt nach herkömmlicher Dogmatik vielmehr nur eine einzige „richtige" Auslegung, die zu finden mit Letztentscheidungsbefugnis den Gerichten obliegt,[164] und zwar im

---

[162] Vgl. o. 4. a) (S. 135 ff.).

[163] Vgl. *Berg* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 529 (536): „Eigenständige Konkretisierungsleistungen". Diese Auswahlmöglichkeit aus mehreren vertretbaren Auslegungsalternativen spiegelt sich wider in der Rechtsprechung des BGH zum Verschulden bei der Amtshaftung wegen unrichtiger Rechtsanwendung der Exekutive (s. dazu *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 180 m.w.N.).

[164] Vgl. dazu *Mühlenbruch*, Außenwirksame Normkonkretisierung durch „Technische Anleitungen", 1991, S. 48 ff. Vgl. auch *Bader*, Verwaltungsverfahren und materielles Recht in der Praxis, 1990, S. 21: Das Gericht fällt nicht die „einzig-richtige", wohl aber die „einzig-verbindliche" Entscheidung; *Ebinger*, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik, 1993, S. 31: Es gibt nur eine richtige Entscheidung, entweder die der letztentscheidenden Rechtsprechung oder die der letztentscheidenden Verwaltung, die gerade dadurch „alleine zutreffend" wird, daß sie „vom kompetenzrechtlich zuständigen Organ" getroffen wurde.

Nachhinein. Die Verwaltung hat hier daher keinen rechtlichen Spielraum, sondern nur faktisch die Auswahl zwischen mehreren Alternativen. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Absprachen spielt diese faktische Auswahlmöglichkeit daher grundsätzlich keine Rolle.

Allerdings gibt es Fälle, in denen die Unsicherheit hinsichtlich der Auslegung so groß ist, daß der Verwaltungsaufwand zur Bestimmung der „richtigen" Auslegung außer Verhältnis steht zur Bedeutung der Sache. Schon vor Erlaß des VwVfG wurden in solchen Fällen Vergleiche für zulässig gehalten,[165] was nunmehr durch § 55 VwVfG ausdrücklich gesetzlich geregelt ist. Es handelt sich dabei um den sog. „Rechtsvergleich" im Gegensatz zum „Tatsachenvergleich" bei Unsicherheiten in der Sachverhaltsaufklärung. In dem Maß, in dem Vergleichsverträge „gerichtsfest" sind, bekommt damit die Verwaltung einen gerichtsfreien rechtlichen Spielraum. Nach *Wolff/Bachof* wird die „dem Vergleich innewohnende potentielle Gesetzesinkongruenz" durch das Vorliegen der Vergleichssituation gerechtfertigt.[166] Das Bundesverwaltungsgericht spricht sogar davon, daß der „Vertrag in gewissem Umfang von der Respektierung der Gesetze sozusagen dispensiert wird".[167]

Wenn eine Vergleichssituation für einen Rechtsvergleich vorliegt, kommt der Verwaltung damit ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Spielraum zu, der in Voraussetzungen und Umfang von § 55 VwVfG bestimmt wird. Allerdings gilt dieser nur für Vergleichs*verträge*. Auf Absprachen kann diese Vorschrift nicht analog angewendet werden. Denn daß der Vertrag trotz seiner „potentiellen Gesetzesinkongruenz" (rechts-) wirksam ist, verdankt er seiner an die Vertragsform geknüpften Rechtsverbindlichkeit. Da Absprachen diese gerade nicht aufweisen, kann der von § 55 VwVfG eröffnete „Vergleichsspielraum" nicht mit einer Absprache ausgefüllt werden. Absprachen, die einen Rechtsvergleich enthalten, sind daher unzulässig.

So kann beispielsweise nicht die Anwendung einer Vorschrift durch deren „großzügige Auslegung" ermöglicht werden,[168] es sei denn es liegen die Voraussetzun-

---

[165] *Salzwedel*, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, 1958, S. 120 ff, 194 ff.; *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 44 II d 2 (S. 348); *Bosse*, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, 1974, S. 68 ff.; vgl. auch BVerwGE 14, 103 (105).

[166] *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 44 II d 2 (S. 348).

[167] BVerwGE 49, 359 (364): *B. Becker* in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 271 (293 f.) hält den Rechtsvergleich wegen dieser von ihm so genannten „Funktionserweiterung der Verwaltung" schlechthin für unzulässig. Vgl. auch *Dolderer* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 609 (613).

[168] So aber offenbar *Rehbinder* in: Endres/Rehbinder/Schwarze, Umweltzertifikate und Kompensationslösungen aus ökonomischer und juristischer Sicht, 1994, S. 28 (46).

gen für einen (Rechts-)Vergleich nach § 55 VwVfG vor und der Vergleich wird in die Form eines Vertrages gegossen. Dasselbe gilt für den Tatsachenvergleich, wie unten näher dargestellt werden wird.[169]

5. Restkompetenzen der Verwaltung

a) „Entscheidungsnotstand"

In der Folge des Reaktorunfalls von Tschernobyl in der Ukraine am 26.4.1986 kam es auch in Deutschland zu radioaktivem Fallout, dessen Ausmaß und Auswirkungen zumindest anfangs unklar waren. Es wurde eine Reaktion staatlicher Stellen erforderlich. Der Staat war aber auf eine solche Krisensituation nicht vorbereitet. Weder gab es hinreichend konkrete und klare Vorstellungen über die Wirkungen des Fallouts noch existierten Szenarios oder Krisenreaktionspläne, an die man sich hätte halten können. Auch ausreichende rechtliche Anhaltspunkte gab es nicht. Nicht einmal eine ausreichende Zahl von Geräten zur Radioaktivitätsmessung war vorhanden.[170] In dieser Situation kam es zu teilweise hektischen, mitunter widersprüchlichen Maßnahmen verschiedener Stellen, die nicht immer rein sachbezogene Reaktionen auf die Radioaktivität waren, sondern sich zum Teil mehr an den tatsächlichen oder vermuteten Reaktionen der Öffentlichkeit orientierten.[171] Untergeordnete Behörden entzogen sich den Anweisungen der übergeordneten unter Ausreden oder sogar offen.[172] Ein Landrat sammelte in der Öffentlichkeit Punkte mit der Aussage, „im Grunde rechtswidrig" zu handeln.[173] Man könnte in gewisser Überspitzung davon sprechen, daß die staatlichen Reaktionen auf „Tschernobyl" praktisch in einem rechtsfreien Raum stattfanden.[174] Derart „ungelenkt" reagierte die Verwal-

---

[169] S. u. C. III. 3. c) (S. 212).

[170] *Czada* in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 153 (155).

[171] Vgl. *Czada* in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 153 (166).

[172] Vgl. *Czada* in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 153 (160, 162 f., 166).

[173] *Czada* in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 153 (163).

[174] Vgl. *Czada* in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 153 (176): „Eine Zuordnung von Verwaltungsreaktionen nach den Kategorien von Legalität und Illegalität läßt sich freilich *in der Praxis* kaum vornehmen", weil es „keine eindeutigen gesetzlichen Grundlagen gab" (Hervorhebung nicht im Orignial). Daß die Verwaltung *faktisch* in einem rechtsfreien Raum agierte, soll selbstverständlich nicht bedeuten, daß ihre Maßnahmen nicht einer Rechtmäßigkeitsprüfung unterlägen. Es bedeutet aber, daß die Verwaltung mangels gesetzlicher Handlungsmaßstäbe die schwierigen Abwägungen zwischen den faktischen Notwen-

tung auch mit informellen Verhaltensweisen: Es wurden informelle „Krisenstäbe" eingerichtet,[175] informelle Warnungen veröffentlicht[176] und informelle Absprachen getroffen.[177] Die Rechtmäßigkeit der verschiedenen Maßnahmen wurde aus verschiedenen Gründen im Nachhinein nicht mehr erörtert, zumindest nicht mehr öffentlich.[178]

Das mag an „Katastrophenschilderung" ausreichen, um das Problem zu verdeutlichen: Was geschieht, wenn der Staat in eine Krisensituation gerät, in der zur wirksamen Krisenbewältigung wichtige Entscheidungen schnell getroffen werden müssen, die Kürze der Zeit aber nicht ausreicht, um die Zuständigkeiten und die Rechtslage vor dem Handeln zu klären und fehlende gesetzliche Eingriffsermächtigungen zu schaffen? Welche Stellen dürfen/müssen welche Maßnahmen treffen?

In solchen Krisensituationen kann es trotz der vielbeklagten Normenflut[179] auch heute noch dazu kommen, daß gesetzliche Handlungsmaßstäbe der Verwaltung nicht zur Verfügung stehen. Dann kommen der Verwaltung nach dem oben Gesagten[180] „Restkompetenzen" zu, die ihr vom Gesetzgeber noch nicht entzogen wurden. Insofern kann man durchaus davon sprechen, daß das „Gesetz des Handelns" an die Stelle des „Handelns nach Gesetz" tritt.[181] Dies läßt sich mit dem Argument rechtfertigen, daß der sonst eintretende Zustand „noch verfassungswidriger" wäre.[182] Insbesondere wenn eine staatliche Schutzpflicht im Spiel ist, wie es auch bei „Tschernobyl" der Fall war, kommt das „Gesetz des Handelns" als „Grundlage" für das Verwaltungshandeln in Betracht. Zwar richten sich die grundrechtlichen

---

digkeiten (die sich rechtlich mit der staatlichen Schutzpflicht vor Strahlenschäden erfassen lassen) einerseits und den Abwehrrechten Betroffener andererseits selbst vornehmen mußte.

[175] Vgl. *Czada* in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 153 (177).

[176] *Czada* in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 153 (157): Warnung vor dem Verzehr von Jod-Tabletten.

[177] Z.B. eine Absprache zwischen dem Landrat und einer Molkerei darüber, wie mit Milch verfahren werden soll, deren Radioaktivität einen bestimmten Grenzwert überschreitet (*Czada* in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 153 (161)).

[178] Vgl. *Czada* in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 153 (165).

[179] S. dazu oben Teil 1: C. (S. 68 ff.).

[180] Oben I. 2. e) (S. 122 ff.).

[181] *Czada* in: Benz/Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 153 (175).

[182] Ein Argument, das vom BVerfG immer wieder herangezogen wird, wenn es ein verfassungswidriges Gesetz nicht für nichtig erklärt, weil der „gesetzlose" Zustand der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stehe als das verfassungswidrige Gesetz: BVerfGE 8, 1 (19); BVerfGE 33, 303 (347 f.).

Schutzpflichten in erster Linie an den Gesetzgeber.[183] Wenn dieser aber kein zur Erfüllung dieser Pflicht geeignetes Gesetz erlassen hat und eine Verletzung des zu schützenden Grundrechts akut droht, so kann (je nach Bedeutung des Grundrechts und nach der Schwere der Bedrohung) unter Umständen auch die Verwaltung zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht berufen sein: Um Tote und schwere, irreversible Schäden für die Gesundheit (etwa durch Veränderungen von Erbanlagen) zu verhindern, muß etwas getan werden, und dazu ist in einer akuten Krisensituation nur die Verwaltung fähig. Sie allein verfügt über die erforderlichen Informationen „vor Ort" und über die geeigneten Handlungsinstrumente. Hieraus folgt eine „Notkompetenz der Verwaltung", die ein gegebenes „Normenvakuum" ausfüllen darf und muß.[184] Erfordert das „Gesetz des Handelns" Grundrechtseingriffe und sind die sicherheitsrechtlichen Generalklauseln nicht ausreichend, ist die erforderliche Eingriffsermächtigung in den grundrechtlichen Schutzpflichten zu suchen, auf die sich die Verwaltung dann ausnahmsweise unmittelbar berufen kann.[185] Dies muß aber die absolute Ausnahme bleiben und darf nur angenommen werden, wenn anderenfalls schwere Schäden für bedeutende Grundrechte drohen, die nicht reversibel sind und auch nicht mittels Schadensersatz- und Entschädigungszahlungen ausreichend ausgeglichen werden können; praktisch werden hier nur das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Betracht kommen.[186]

Gerade die oben geschilderten Verhältnisse im Gefolge des Reaktorunglücks in Tschernobyl haben gezeigt, daß die Verwaltung die durch solche Krisensituationen eröffneten Spielräume durchaus auch durch Absprachen nutzt.[187]

---

[183] *Kloepfer* in: Fs. f. Lerche, 1993, S. 755 (764); S. aber auch BVerfGE 46, 160 (164 f.): „alle staatlichen Organe".

[184] *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 62 Rn. 61.

[185] Vgl. dazu m.w.N: *Ibler* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 145 (157 f.), der dies selbst jedoch ablehnt.

[186] Das BVerfG hat in seinem numerus clausus-Urteil (BVerfGE 33, 303 (347)) die Nichtigerklärung des Gesetzes damit abgelehnt, daß „dadurch ... ein Zustand geschaffen [würde] (Notkompetenz der Universität ohne gesetzliche Grundlage), der der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der jetztige." Soweit sich dem entnehmen läßt, daß das BVerfG eine Notkompetenz der Verwaltung zwar für möglich, aber für verfassungswidrig hält, erscheint dies in sich widerspüchlich. Es darf daraus aber widerspruchsfrei gefolgert werden, daß Notkompetenzen nur unter sehr engen Voraussetzungen gerechtfertigt werden können.

[187] S. o. bei und in Fn. 177.

b) Inhaltliche und instrumentale Restkompetenzen

Es hat sich gezeigt, daß die bisher erörterten Spielräume der Verwaltung lediglich den Inhalt staatlicher Entscheidungen betreffen. Als letzte „Quelle" von Spielräumen zur Wahl der Absprache als Handlungsinstrument kommen die Restkompetenzen in Betracht.

aa) Inhaltliche Restkompetenzen

Restkompetenzen stehen der Verwaltung nach dem oben[188] Dargelegten zu, soweit nicht der Gesetzgeber von seinem „Zugriffsrecht" Gebrauch gemacht und einen Sachbereich gesetzlich geregelt hat und soweit nicht der Vorbehalt des Gesetzes in seiner subjektiv-grundrechtlichen oder in seiner objektiv-rechtlichen organisatorischen Ausprägung eine Entscheidung des Gesetzgebers erfordert. Hat der Gesetzgeber einen Sachbereich gesetzlich geregelt, so hat er die sich in diesem Sachbereich stellenden Fragen entschieden und einer Restkompetenz steht der Vorrang dieses Gesetzes entgegen. Greift der Gesetzesvorbehalt ein, so ist es der Gesetzgber, der die sich im Vorbehaltsbereich stellenden Fragen entscheiden muß. Soweit die Restkompetenz zwischen Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes reicht, darf die Verwaltung die Entscheidungen treffen. Ist eine Sachfrage gesetzlich nicht geregelt und greift der Gesetzesvorbehalt nicht ein, so steht der Verwaltung hinsichtlich dieser Sachfrage als inhaltliche Restkompetenz ein inhaltlicher Spielraum zu.

Als Restkompetenzen können der Verwaltung daher zunächst weitere inhaltliche Spielräume zur Verfügung stehen. Welche Spielräume dies im einzelnen sind, kann hier nicht erschöpfend dargestellt werden. Ob eine bestimmte inhaltliche Verwaltungsentscheidung von einer Restkompetenz gedeckt ist, ist daher anhand der genannten Kriterien in jedem Einzelfall zu prüfen. Zu erwähnen ist allenfalls noch, daß nach einer Restkompetenz natürlich nur gesucht werden muß, wenn es für die fragliche Verwaltungsentscheidung keine gesetzliche Grundlage gibt, die diese Entscheidung erlaubt oder sogar vorschreibt.

bb) Freiheit der Formenwahl als instrumentale Restkompetenz

Bisher wurde von „Sachbereichen" oder „Sachkompetenzen" gesprochen. Dieser Sprachgebrauch konnte den Eindruck erwecken, daß es bei der Frage nach den Restkompetenzen nur um Sachfragen, also um *Inhalte* von Verwaltungsentscheidungen gehe. Dieser Eindruck wäre aber unzutreffend.

---

[188] S. o. B. I. 2. e) (S. 122 ff.).

Das Problem, ob die Verwaltung oder der Gesetzgeber die Entscheidung über eine Frage trifft, stellt sich nicht nur bei inhaltlichen, materiellen Fragen, sondern genauso bei Verfahrensfragen und bei Fragen der Instrumentenwahl. Wenn beispielsweise der Gesetzgeber für bestimmte Fälle durch ein Verfahrensgesetz entschieden hat, daß eine mündliche Verhandlung (§ 67 VwVfG) oder ein Erörterungstermin (§ 73 Abs. 6 VwVfG) durchzuführen ist, dann ist die Verwaltung an den Vorrang dieses Verfahrensgesetzes gebunden und darf nicht von der mündlichen Verhandlung oder dem Erörterungstermin absehen.[189] Desgleichen darf die Verwaltung wegen des Vorbehalts des Gesetzes ohne gesetzliche Ermächtigung keine Verfahrenshandlungen vornehmen, die in Grundrechte Privater eingreifen (vgl. auch § 26 Abs. 2 S. 3 VwVfG).[190]

Das gleiche gilt für die Instrumentenwahl: Wenn gesetzlich die Verwendung eines bestimmten Handlungsinstruments zwingend vorgeschrieben ist, kann die Verwaltung kein anderes Instrument verwenden, ohne den Vorrang des Gesetzes zu verletzen. Und löst die Verwendung eines bestimmten Handlungsinstruments den Gesetzesvorbehalt aus, so darf sie dieses Instrument nicht benutzen, wenn sie dazu nicht gesetzlich ermächtigt ist. In den übrigen Fällen aber, in denen weder der Vorrang noch der Vorbehalt des Gesetzes eingreifen, besteht eine Restkompetenz der Verwaltung zur Wahl ihrer Handlungsinstrumente.

Ein Spielraum zur Wahl der Absprache als Handlungsinstrument („instrumentaler Absprachenspielraum") kann sich daher grundsätzlich aus den Restkompetenzen der Verwaltung ergeben.

III. Zusammenfassung: Die Entscheidungsspielräume der Exekutive und ihre Begrenzung durch den Vorbehalt und den Vorrang des Gesetzes

Die inhaltlichen Entscheidungsspielräume, die den Inhalt einer Absprache decken können, sind dieselben, die auch eine inhaltsgleiche rechtsförmige Entscheidung inhaltlich decken würden. Ein Spielraum für die Instrumentenwahl (Instrumentenwahlermessen) kann der Exekutive durch Gesetz eingeräumt sein und stellt im übrigen eine Restkompetenz der Exekutive dar. Das Bestehen eines inhaltlichen Spielraums bedeutet noch nicht eine Freiheit auch der Instrumentenwahl, andererseits kann aber ein Spielraum für die Instrumentenwahl auch dann bestehen, wenn inhaltlich kein Spielraum besteht.

---

[189] Es sei denn, das Verfahrensgesetz enthält eine Ausnahmeklausel, die in dem konkreten Fall auch erfüllt ist.

[190] S. dazu näher u. C. III. 3. a) aa) (S. 205).

C. Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Absprachen

Nachdem nun die inhaltlichen und instrumentalen Entscheidungsspielräume der Exekutive aufgezeigt worden sind, können aus ihren Begrenzungen durch den Vorbehalt und den Vorrang des Gesetzes konkrete Rechtmäßigkeitskriterien für Absprachen entwickelt werden. Die instrumentale und die inhaltliche Dimension der Absprache sind getrennt voneinander zu untersuchen, wobei im Ansatz die jeweils andere Dimension außer Betracht zu bleiben hat. Da es sich allerdings wie dargelegt um zwei Dimensionen einer Entscheidung handelt,[191] sind Rückwirkungen der beiden Dimensionen auf einander auch bei der Rechtmäßigkeitsprüfung nicht ausgeschlossen.

I. Keine „Flucht in die Faktizität"

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, daß zwischen der inhaltlichen und der instrumentalen Dimension von Verwaltungsentscheidungen unterschieden werden muß und daß Entscheidungen in beiden Dimensionen rechtmäßig sein müssen. Die Maßstäbe dafür ergeben sich aus dem Vorbehalt und dem Vorrang des Gesetzes und deren Reichweite. Sie sind für die Rechtmäßigkeit des *Entscheidungsinhalts* immer die gleichen, unabhängig davon, mittels welchen Instruments die Entscheidung getroffen wird. Auch die *Instrumentenwahl* ist am Vorbehalt und am Vorrang des Gesetzes zu messen. Ebensowenig wie durch eine „Flucht ins Privatrecht" kann sich der Staat daher seinen rechtlichen Bindungen durch eine „Flucht in die Informalität" entziehen.[192] Da Absprachen faktisch wirken, bedeutet dies ein Verbot der „Flucht in die Faktizität" bzw. in „das Unverbindliche".[193]

---

[191] S. o. A. II. 5. (S. 113 ff.).

[192] Vgl. auch *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 154 mwN.: „Weitergehende Handlungsspielräume (zu lesen ist: inhaltliche Entscheidungsspielräume – *St.K.*) als beim förmlichen Handeln durch Verwaltungsakt kann sich die Verwaltung durch informales Handeln nicht erschließen"; ebenso *Breuer* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, 1990, S. 231 (246). Vgl. auch *Grziwotz*, JuS 1998, 807 (809): „Es ist der öffentlichen Verwaltung zwar gestattet, sich nach eigenem Belieben aller Rechtsformen zu bedienen, die ihr nützlich erscheinen, sie soll sich dabei aber nicht ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen entledigen können." Die Aussage, die Wahl der Rechtsform (besser: des Handlungsinstruments) stehe *im Belieben* der Verwaltung ist dabei natürlich zu relativieren: Sie steht nicht im Belieben, sondern im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Vgl. auch *Grziwotz* a.a.O. S. 808: Durch die Benutzung konsensualer Formen erfährt die rechtsgebundene Handlungskompetenz der Verwaltung eine *rechtsinstrumentale* Ausgestaltung. Siehe allgemein *Pestalozza*, „Formenmißbrauch" des Staates, 1973, S. 170 ff.; *Püttner* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 713 (714 f.).

II. Rechtmäßigkeit der Instrumentenwahl

Zunächst sollen die Voraussetzungen näher dargestellt werden, unter denen die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument zulässig ist, mit anderen Worten ob ein bestimmter Inhalt in einer Absprache „verpackt" werden darf.

1. Grundsätzliches

Auch die Instrumentenwahl hat den Vorbehalt und den Vorrang des Gesetzes zu beachten.[194]

a) Instrumentenwahl und Vorbehalt des Gesetzes

aa) Meinungsspektrum in der Literatur

Ob es aufgrund des Gesetzesvorbehalts für Absprachen einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, ist umstritten. Teilweise wird das mit dem Argument bejaht, Absprachen seien Grundrechtseingriffe[195] oder „wesentliche" Entscheidungen im Sinne der Wesentlichkeitstheorie.[196] Andere verneinen die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Ermächtigung generell oder doch für den Regelfall unter Hinweis auf die „freiwillige" Beteiligung des Privaten an der Absprache (volenti non fit iniuria)[197] oder auf deren rechtliche Unverbindlichkeit[198]. Soweit eine gesetzliche Grundlage für die Wahl der Absprache als Instrument für erforderlich gehalten wird, wird eine solche Handlungsformermächtigung z.T. in § 10 VwVfG gesehen.[199] Nach anderer An-

---

[193] *Kloepfer* in: Coing u.a. (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts, 1990, S. 83 (97 f.): Keine „Flucht in das Unverbindliche".

[194] A.A. offenbar *Tegethoff*, BayVBl 2001, 644 (647), der meint, als schlichtes Verwaltungshandeln könnten Absprachen „nur wegen ihres Inhalts, nicht aber wegen ihrer Informalität in Konflikt mit der Rechtsordnung geraten". Wie unten b) (S. 159 ff.) noch näher darzulegen ist, folgt jedoch aus Art. 20 Abs. 3 GG, daß informelle Entscheidungen gerade wegen ihrer Informalität rechtswidrig sind, wenn gesetzlich ein formales Handlungsinstrument zwingend vorgeschrieben ist.

[195] *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1034); *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1010); *Oldiges*, WiR 1973, 1 (22 ff.).

[196] *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 95 f. für das Umweltrecht.

[197] Vgl. *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1010 f.); *Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988, S. 88; *Dempfle*, Normvertretende Absprachen, 1994, S. 97 ff.

[198] *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1197); *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (799).

[199] *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 126 f., der eine Handlungsformermächtigung für Absprachen aber

sicht betrifft der Gesetzesvorbehalt nur den Inhalt und nicht die Form des Verwaltungshandelns,[200] so daß für Absprachen ebenso wie für Verwaltungsverträge keine Ermächtigung erforderlich ist; das soll sogar für Verwaltungsakte gelten.[201]

bb) Eigene Lösung

Der Gesetzesvorbehalt macht für eine Verwaltungsentscheidung dann eine gesetzliche Grundlage erforderlich, wenn sie einen Grundrechtseingriff darstellt. Um die dieser Arbeit zugrundeliegende Trennung von inhaltlicher und instrumentaler Dimension konsequent beizubehalten, ist der Eingriff, der vom Inhalt einer Absprache möglicherweise ausgeht, an dieser Stelle „auszublenden". Er wird später untersucht.[202] Die Entscheidung, deren Eingriffsqualität hier zu untersuchen ist, ist also die Entscheidung, einem insoweit als vorgegeben vorauszusetzenden Inhalt die „Form" der Absprache zu geben.

Für die Wahl eines bestimmten Instruments staatlichen Handelns ist eine gesetzliche „Handlungsformermächtigung" erforderlich, wenn von der *Form* (genauer: dem *Instrument*) des Verwaltungshandelns ein Eingriff ausgeht. Einer eigenen, zur inhaltlichen Ermächtigung hinzukommenden Befugnis zur Wahl eines bestimmten Handlungsinstruments bedarf es also dann, aber auch nur dann, wenn von dem Handlungsinstrument als solchem, unabhängig von seinem Inhalt, ein eigenständiger (gegenüber der inhaltlichen Belastung „zusätzlicher") Eingriff ausgeht.[203]

---

nur im Ausnahmefall annimmt. Mit der hier vertretenen Auffassung, daß die §§ 10, 40 VwVfG als Spielraum für das Treffen von Absprachen weder in inhaltlicher noch in instrumentaler Hinsicht in Betracht kommen (oben II. 1. d) bb) [S. 129 ff.]), ist diese Ansicht nicht zu vereinbaren.

[200] *Maurer*, DVBl 1989, 798 (804) = in: Hill (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990, S. 15 (32); *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2000, Rn. 101; *Correll*, DÖV 1998, 363 (366).

[201] *Maurer*, DVBl 1989, 798 (804) = in: Hill (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990, S. 15 (32). Hinsichtlich des Verwaltungsakts ist dies aber abzulehnen (vgl. dazu sogleich im Text).

[202] S. u. IV. 1. (S. 237 ff.).

[203] Vgl. BVerwGE 72, 265 (267 f.) und dazu *H. Bauer*, NVwZ 1987, 112 f.; *Pauly*, DVBl 1991, 521 (522): „spezifisch formgesteuerte Eingriffswirkung"; *Höfling/Krings*, JuS 2000, 625 (630), die eine solche „Mehrbelastung" für Verwaltungsverträge verneinen; *Hill*, DVBl 1989, 321 (323 f.); *Osterloh*, JuS 1983, 280 (284).

(1) Instrumentaler Eingriff durch Verwaltungsakt

Eine eigenständige Belastung und damit ein instrumentaler Grundrechtseingriff geht aufgrund seiner Titelfunktion, seiner Tatbestandswirkung und seiner Fähigkeit zur Bestandskraft beispielsweise vom Verwaltungsakt als Handlungsinstrument aus. Die Verwaltung kann sich durch den Erlaß eines Verwaltungsakts ihren Vollstreckungstitel einseitig selbst schaffen. Da der Verwaltungsakt der Bestandskraft fähig ist, wird damit die Anfechtungslast dem Bürger auferlegt.[204] Auch an gestaltende und feststellende Verwaltungsakte ist der Bürger – trotz fehlender Titelfunktion – gebunden, so daß auch bei ihnen die Anfechtungslast auf den Bürger abgewälzt wird.[205] Dies bedeutet eine Belastung des Adressaten, die auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen muß.[206] Aus diesem Grund darf die Verwaltung inhaltliche Belastungen, zu denen sie gesetzlich ermächtigt ist, dem Privaten nur dann durch Verwaltungsakt auferlegen, wenn sie dazu eine „VA-Befugnis" hat, also zur Schaffung eines der Bestandskraft fähigen Titels durch Verwendung der Handlungsform des Verwaltungsakts eigens ermächtigt ist. Fehlt ihr eine solche „VA-Befugnis", so kann sie sich einen Vollstreckungstitel nur durch Klage verschaffen.

Das Bestehen der VA-Befugnis ist meistens nicht problematisch, weil in der Norm, die die *inhaltliche* Ermächtigung (also die Ermächtigung für den eigentlichen Regelungsinhalt) darstellt, auch die „VA-Befugnis" enthalten ist.[207] Beispielsweise ist Normen, die die Verwaltung zum Erlaß einseitiger Anordnungen ermächtigen, auch die VA-Befugnis immanent, weil diese einseitigen Anordnungen der Legaldefinition des Verwaltungsakts in § 35 VwVfG entsprechen. Problematisch ist die VA-Befugnis aber immer dann, wenn die Verwaltung einen Leistungsanspruch gegen den Bürger hat, weil einer Anspruchsgrundlage für einen Leistungsanspruch (als inhaltlicher Ermächtigung) die VA-Befugnis eben nicht immanent ist.[208] In diesen Fällen

---

[204] *Druschel*, Die Verwaltungsaktbefugnis, 1999, S. 54 ff.

[205] *Druschel*, Die Verwaltungsaktbefugnis, 1999, S. 184 f.

[206] *Druschel*, Die Verwaltungsaktbefugnis, 1999, S. 54 ff. (61); *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 44 Rn. 54 ff.; *Schnellenbach*, JA 1996, 981 (985); *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 15 Rn. 4; *Hill*, DVBl 1989, 321 (324); *Scherzberg*, JuS 1992, 205 (208) m.w.N. A.A. im Grundsatz, aber nicht im Ergebnis *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 10 Rn. 5 ff. m.w.N. auch zur Rechtsprechung des BVerwG. *Maurer* hält die Handlungsform des Verwaltungsakts grundsätzlich für zulässig, weil die Ermächtigung zur hoheitlichen Tätigkeit die Befugnis zum Handeln durch Verwaltungsakt impliziere.

[207] *Druschel*, Die Verwaltungsaktbefugnis, 1999, S. 153 ff.; *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 44 Rn. 59.

[208] Auch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 10 Rn. 6 hält die Wahl des Verwaltungsakts ohne gesetzliche Ermächtigung dann für unzulässig,

muß die VA-Befugnis gesondert geregelt sein, wie etwa in § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG (die entsprechende *inhaltliche* Anspruchsgrundlage enthält § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG).[209]

(2) Instrumentaler Eingriff durch Absprache?

Zu untersuchen ist nun, ob auch von Absprachen als Handlungsinstrument eine solche eigene, von der inhaltlichen Belastung verschiedene Belastung ausgeht und es für sie deshalb einer „Absprachen-Befugnis" bedarf.

Eine *rechtliche Belastung* im Sinne des klassischen Eingriffsbegriffs geht von dem Instrument der Absprache jedenfalls nicht aus, denn ihre Bindungswirkung ist rein faktisch und nicht-rechtlich. Absprachen könnten aber als Handlungsinstrument einen *faktischen Grundrechtseingriff* darstellen.

Ein solcher kann jedoch nicht schon wegen der faktischen Bindungswirkung von Absprachen bejaht werden, denn diese vermittelt der Absprache ihren Entscheidungscharakter[210] und transportiert somit den Absprachen*inhalt*. Sie ist deshalb der inhaltlichen Seite zuzuschlagen, nicht der instrumentalen. Weitere rechtliche oder faktische Wirkungen, die ihre instrumentale Eingriffsqualität begründen könnten, haben Absprachen nicht. Insbesondere verschafft sich die Verwaltung mit der Verwendung der Absprache als Handlungsinstrument keinen dem Verwaltungsakt entsprechenden Vorteil.

Eine gerade auf die Absprache als Instrument zurückzuführende Belastung Privater kann auch nicht in der Rechtsschutzerschwerung gesehen werden, zu der Absprachen führen können: Absprachen sind meist wenig transparent und deshalb durch die Gerichte nur schwer zu kontrollieren.[211] Auch wenn sich Private, nur scheinbar freiwillig, auf staatlichen Druck hin an einer Absprache beteiligen, werden ihre Rechtsschutzchancen gerade durch die scheinbare Freiwilligkeit ihrer Beteiligung verschlechtert.[212]

---

wenn die Verwaltung sich durch den Abschluß eines Verwaltungsvertrages auf die Ebene der Gleichordnung begeben habe. Im Ergebnis besteht daher kein Unterschied zu der hier vertretenen Ansicht.

[209] Die VA-Befugnis kann nach der Rechtsprechung auch daraus folgen, daß das Rechtsverhältnis, in dem die Verwaltung den Leistungsanspruch hat, durch ein Verhältnis der Über-/Unterordnung vorgeprägt ist, (vgl. dazu *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 44 Rn. 61 ff. sowie ausführlich *Druschel*, Die Verwaltungsaktbefugnis, 1999, S. 90 ff. mit fundierter Kritik S. 124 ff.).

[210] Teil 1: D. II. (S. 88 ff.).

[211] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 232 ff.; *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (255); *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (212 f.); *Henneke*, NuR 1991, 267 (273). Im Hinblick auf Mediatonsverfahren äußerst kritisch *Bossong*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 145 (152 ff.).

Denn der an einer Absprache beteiligte Private wird Interesse an einer Klage in der Regel dann haben, wenn er die Absprache unfreiwillig eingegangen ist. Dann aber wird die Zwangslage, die ihn dazu veranlaßt hat, sich auf die Absprache einzulassen, ihn auch davon abhalten, vor Gericht zu ziehen. Gegen eine Absprache kann man sich somit – anders als gegen einen Verwaltungsakt – faktisch in der Regel nicht wehren. Das führt insgesamt zu einer Rechtsschutzverkürzung für beteiligte und drittbetroffene Private.[213]

Ohne auf die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Absprachen schon an dieser Stelle im einzelnen einzugehen, läßt sich sagen, daß eine solche Rechtsschutzerschwerung nicht geeignet ist, den Gesetzesvorbehalt für die Instrumentenwahl auszulösen. Denn erfolgreicher Rechtsschutz setzt einen Rechtseingriff ebenso voraus wie der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt. Ohne Rechtseingriff ist Rechtsschutz ebensowenig geboten wie eine gesetzliche Handlungsermächtigung. Eine Rechtsschutzerschwerung kann daher nur in Verbindung mit einem Rechtseingriff rechtswidrig sein, also dann, wenn der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt ohnehin schon eingreift. Die Rechtsschutzerschwerung ist daher kein eigener, zusätzlicher Eingriff, der von der inhaltlichen Belastung getrennt werden könnte, sondern sie „vertieft" einen ohnehin schon vorliegenden inhaltlichen Eingriff. Es handelt sich daher im Einzelfall um einen Teil der inhaltlichen Belastung. Die Rechtsschutzerschwerung betrifft daher nicht den Gesetzesvorbehalt für das Handeln in „Form" der Absprache, sondern die Verhältnismäßigkeit der Instrumentenwahl im Einzelfall.

Von Absprachen geht daher kein spezifisch instrumentaler Eingriff aus.

Wenn eine Absprache im Einzelfall inhaltlich nicht zu beanstanden und nur aufgrund der Rechtsschutzerschwerung unverhältnismäßig ist, so führt dies freilich dazu, daß die Absprache in ihrer *instrumentalen* Dimension rechtswidrig ist, da dieselbe inhaltliche Entscheidung beispielsweise in Form eines Verwaltungsakts (d.h. ohne Rechtsschutzerschwerung) durchaus hätte getroffen werden können. Hier kommt zum Tragen, daß Inhalt und Instrumentenwahl zwei Dimensionen *einer* Entscheidung sind und deshalb Rückwirkungen aufeinander haben können.[214]

---

[212] *Kloepfer*, JZ 1991, 737 (743).

[213] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 233 f.; *Dauber* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen, 1991, S. 67 (83 f.); *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1010).

[214] Oben A. II. 5. (S. 113).

(3) Organisationsrechtlicher Gesetzesvorbehalt: Instrumentenwahl als „wesentliche" Entscheidung

Es wird die Ansicht vertreten, daß wegen der existentiellen Wichtigkeit des Fortbestands und der Wiederherstellung einer intakten Umwelt nicht nur der Inhalt des Verwaltungshandelns, sondern auch die Instrumentenwahl dem organisationsrechtlichen Parlamentsvorbehalt unterliege.[215] Dies würde Absprachen zumindest im Bereich des Umweltrechts generell und ohne Rücksicht auf ihren Inhalt ausschließen, solange sie nicht gesetzlich ausdrücklich zugelassen sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist im Hinblick auf den organisationsrechtlichen Gesetzsesvorbehalt auch zu berücksichtigen, daß „staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen".[216] Geht man davon aus, daß die Frage der Instrumentenwahl bei einer Einzelfallentscheidung nur von dem Ziel geleitet werden kann, die inhaltliche Entscheidung am besten in die Wirklichkeit umzusetzen,[217] so folgt daraus erstens, daß die Instrumentenwahl allenfalls bei Entscheidungen wesentlich sein kann, die inhaltlich wesentliche Fragen betreffen. Mittels welcher Instrumente inhaltlich unwesentliche Entscheidungen verwirklicht werden, ist hingegen niemals eine wesentliche Frage. Zweitens ist für die Instrumentenwahl diejenige Stelle am besten geeignet, die die konkrete inhaltliche Entscheidung trifft, denn nur diese kann in der konkreten Situation die Geeignetheit der zur Verfügung stehenden Instrumente beurteilen. Der Gesetzgeber ist dafür denkbar ungeeignet, da er Situationen nicht konkret beurteilen kann, wenn sie anliegen, sondern nur im voraus und in generell-abstrakter Sicht. Wenn die Exekutive also eine inhaltliche Entscheidung trifft, so kann sie selbst auch am besten beurteilen, ob die Absprache das geeignete Instrument für ihre Umsetzung ist.

Die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument ist daher keine wesentliche Entscheidung im Sinne der Wesentlichkeitstheorie. Wesentlich ist allenfalls die konkrete inhaltliche Entscheidung. Hat der Gesetzgeber die wesentlichen inhaltlichen Fragen geregelt, so enthält sein Handlungsauftrag an die Exekutive auch die Maßgabe, die konkreten Einzelfallentscheidungen nicht nur zu treffen, sondern in die Wirklichkeit umzusetzen. Wählt die Exekutive demgemäß für ihre Entscheidung ein zur Zweckerreichung geeignetes Instrument, ist „alles gut" und es bedarf keiner gesetzlichen Regelung

---

[215] *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 95 f.

[216] BVerfGE 68, 1 (86); BVerfGE 98, 218 (252).

[217] S. o. Teil 1: C. (S. 68) und Teil 1: D. (S. 73).

des Handlungsinstruments. Ist das Instrument dagegen ungeeignet, so ist die Maßnahme ohnehin rechtswidrig, und auch eine gesetzliche Regelung des Handlungsinstruments könnte daran nichts ändern.

Der organisationsrechtliche Gesetzesvorbehalt fordert für die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument daher keine gesetzliche Ermächtigung.

Damit ist nicht etwa gesagt, daß es für die Rechtmäßigkeit einer Absprache keine Rolle spiele, ob sie für die Umsetzung der inhaltlichen Entscheidung in die Wirklichkeit geeignet ist. Das ist jedoch eine Frage des Vorrangs des Gesetzes in seiner instrumentalen Dimension sowie – falls vom Inhalt der Absprache ein Eingriff ausgehen sollte – der (Un-) Geeignetheit und damit der (Un-) Verhältnismäßigkeit dieses Eingriffs (in seiner instrumentalen Dimension).

cc) Zwischenergebnis

In *instrumentaler* Hinsicht haben Absprachen weder Eingriffscharakter noch können sie „wesentlich" sein. Eine Ermächtigung zur Verwendung gerade des Instruments der Absprache ist deshalb nicht erforderlich.

Es besteht also kein numerus clausus der Handlungsformen.[218] Die Verwaltung ist nicht auf einen begrenzten Kanon gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich zur Verfügung gestellter Handlungsformen beschränkt. Die Ausprägung neuer, bisher unbekannter Handlungsinstrumente wie Absprachen ist daher grundsätzlich zulässig, wenn von der Wahl eines solchen keine gegenüber dem inhaltlichen Eingriff selbständige Belastung ausgeht. Insofern besteht grundsätzlich eine Freiheit der Instrumentenwahl, die auch die Wahl von gesetzlich noch nicht ausgeprägten, auch informellen, Handlungsinstrumenten grundsätzlich einschließt.

b) Instrumentenwahl und Vorrang des Gesetzes

Die Instrumentenwahl hat den Vorrang des Gesetzes zu beachten. Einfach-gesetzliche Vorschriften, die der Absprache als Handlungsinstrument schlechthin und für alle denkbaren Fälle entgegenstehen, sind nicht ersichtlich.[219] Angesichts der Vielfalt der Sachverhalte, in denen Absprachen getroffen werden, ist ein pauschaler Ausschluß der Absprache als Handlungsinstrument für alle denkbaren Fälle auch nicht zu erwarten.

---

[218] *Peine* in: Fs. f. Thieme, 1993, S. 563 (563); *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2000, Rn. 101; *Ossenbühl*, JuS 1979, 681 (682); *Stober* in: Blümel/Pitschas (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im Wandel der Staatsfunktionen, 1997, S. 131 (145); *M. Schröder* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, 1988, § 67 Rn. 26; *Stern*, Staatsrecht II, 1980, § 41 I 3 e) (S. 743); *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 156.

[219] *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 209 f.

Es wäre im übrigen auch unzweckmäßig, wenn der Gesetzgeber die Wahl des jeweils anzuwendenden Handlungsinstruments zu sehr reglementieren würde. Denn die Verwaltung besitzt aufgrund ihrer Sachnähe und der Möglichkeit und Aufgabe, im Einzelfall zu entscheiden, eine größere Fähigkeit zu situationsadäquatem Handeln als der Gesetzgeber. Sie ist daher nicht nur in inhaltlicher Hinsicht oftmals besser als dieser in der Lage, die jeweils „richtige" Entscheidung zu treffen,[220] sondern auch dazu, das dafür jeweils geeignetste Handlungsinstrument auszuwählen.

Wenn der Vorrang des Gesetzes Absprachen als Instrument nicht schlechthin ausschließt, steht er der Wahl des Handlungsinstruments Absprache im Einzelfall entgegen, wenn die jeweils konkret einschlägigen Vorschriften Absprachen verbieten. Das wird, wenn überhaupt einmal, selten so ausdrücklich der Fall sein, zumal der Gesetzgeber gerade erst damit begonnen hat, das informale Verwaltungshandeln zu adaptieren.[221]

Der Vorrang des Gesetzes steht der Entscheidung für die Absprache als Handlungsinstrument aber auch entgegen, wenn dem Gesetz die Festlegung auf ein anderes Handlungsinstrument als die Absprache zu entnehmen ist.[222] Eine solche Festlegung kann ausdrücklich oder implizit geschehen. Allerdings muß nicht jede Norm, die eine bestimmte Handlungsform vorsieht, ein Verbot anderer Handungsinstrumente darstellen. Schließlich kann es sein, daß einer Norm das Verbot nur bestimmter Absprachentypen zu entnehmen ist, sie dagegen andere durchaus zuläßt.

Im Folgenden wird untersucht, unter welchen Umständen und inwieweit der Vorrang des Gesetzes der Wahl der Absprache als Handlungsinstrument entgegensteht.

aa) Das Problem: Zulässigkeit der Entscheidungsverlagerung durch Absprachen

Die Frage ist nun, ob es zulässig ist, Entscheidungsinhalte in das Instrument der Absprache zu „verpacken". Das ist im Hinblick auf den Vorrang des Gesetzes dann unproblematisch, wenn das Gesetz ohnehin keinerlei Regelung einer Handlungsform für eine bestimmte Entscheidung vorsieht. Das wird selten vorkommen, nämlich nur dann, wenn die Entscheidung nicht

---

[220] *Degenhart*, NJW 1989, 2435 (2441); vgl. auch *Streinz*, BayVBl 1989, 550 (552); BVerfGE 49, 89 (139 f.); BVerwGE 72, 300 (317).

[221] Vgl. o. Teil 1: A. II. 2. a) (S. 45 ff.).

[222] So für die Zulässigkeit des Verwaltungsvertrages als Handlungsform *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 26 Rn. 4; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 14 Rn. 26. Zu Vorschriften, denen die Festlegung etwa auf einen Verwaltungsakt zu entnehmen ist, näher unten IV. 2. b) cc) (2) (a) (S. 267) und (b) (S. 268).

gesetzlich geregelt ist, also in dem Bereich, in dem sich die Verwaltung inhaltlich im Bereich ihrer „Restkompetenzen" bewegt.

Wenn eine gesetzliche Regelung für eine bestimmte Materie existiert, wird das Gesetz dagegen meist auch ein bestimmtes Handlungsinstrumentarium vorsehen, z.B. für Genehmigungen oder Ordnungsverfügungen den Verwaltungsakt. In diesen Fällen wird durch das Treffen einer Absprache die inhaltliche Entscheidung aus dem „an sich" vorgesehenen Handlungsinstrument heraus in die Absprache hinein verlagert. Die Frage nach der Zulässigkeit der Absprache als „Verpackung" für bestimmte Entscheidungsinhalte läßt sich daher umformulieren in die Frage, ob diese Verlagerung zulässig ist.

bb) Gesetzliche Instrumentenfestlegungen und ihre Überwindbarkeit

Im Hinblick auf den Vorrang des Gesetzes ist die Entscheidungsverlagerung zulässig, wenn das gesetzlich vorgesehene Instrumentarium nicht abschließend ist.

(1) Explizite und implizite gesetzliche Festlegungen auf bestimmte Handlungsinstrumente

(a) Explizite Festlegungen

Der Gesetzgeber kann zum einen für eine bestimmte Entscheidung (d.h. für einen bestimmten Entscheidungsinhalt) ein bestimmtes Handlungsinstrument ausdrücklich vorsehen oder sogar verbindlich festlegen. Dies ist etwa bei § 49a Abs. 1 VwVfG der Fall. Wenn ein Leistungsbescheid zurückgenommen oder widerrufen wurde, hat nach § 49a Abs. 1 VwVfG die Behörde bereits erbrachte Leistungen zurückzufordern. Für diesen Entscheidungsinhalt „Rückforderung bereits erbrachter Leistungen" enthält § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG nicht nur die Befugnis, den Verwaltungsakt zu verwenden, sondern legt diesen als Handlungsform verbindlich fest („ist durch Verwaltungsakt festzusetzen"). In anderen Fällen ist es der Verwaltungsvertrag, der beispielsweise durch § 11 oder § 12 BauGB für bestimmte Entscheidungen ausdrücklich zur Verfügung gestellt wird. Auch die Verordnungsermächtigungen gehören hierher, in denen es regelmäßig heißt: „...wird ermächtigt, *durch Rechtsverordnung*...".

Gesetzesersetzende Absprachen sind unzulässig, wenn ausnahmsweise eine Gesetzgebungspflicht besteht. Verpflichtungen, bestimmte Komplexe durch Gesetz zu regeln, finden sich im Verfassungs- und Europarecht.[223]

---

[223] Vgl. dazu ausführlich *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 161 ff.; *Helberg*, Normabwendende

(b) Implizite Festlegungen

Der Gesetzgeber kann ein bestimmtes Handlungsinstrument auch implizit vorsehen. Beispielsweise kann er die Verwaltung zu einseitigen Entscheidungen ermächtigen, die der Definition des Verwaltungsakts in § 35 VwVfG entsprechen. Damit ist die Handlungsform des Verwaltungsakts vorgesehen. Das ist bei allen Ermächtigungen zu einseitigen Eingriffen der Fall. So stellen beispielsweise nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG, Baubeseitigungsverfügungen und polizeiliche Verfügungen Verwaltungsakte dar.

(2) Überwindbarkeit gesetzlicher Instrumentenfestlegungen

Sowohl bei ausdrücklicher als auch bei impliziter gesetzlicher Benennung bestimmter Handlungsinstrumente stellt sich die Frage, ob diese abschließend ist, oder ob die Verwaltung die in dem Gesetz vorgesehenen Entscheidungsinhalte auch in andere, nicht genannte Handlungsinstrumente „verpacken" darf, ob also die inhaltliche Entscheidung aus einem „vorgesehenen" Handlungsinstrument in ein „nicht vorgesehenes" verlagert werden darf.

(a) Strikte Bindung

Eine strikte Pflicht, für die Rückforderung bereits erbrachter Leistungen nach der Aufhebung eines Leistungsbescheides das Handlungsinstrument des Verwaltungsakts zu verwenden, formuliert – wie dargelegt – ausdrücklich § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG („*ist* durch Verwaltungsakt festzusetzen").[224]

Eine strikte Bindung einer bestimmten Entscheidung an ein bestimmtes Instrument kann sich aus dem Gesetz auch erst durch Auslegung ergeben. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn das Gesetz die Verwendung des Verwaltungsakts vorsieht und es ihm dabei erkennbar auf die Stabilisierungsfunktion, die Anfechtbarkeit oder den Bestandsschutz ankommt, den der Verwaltungsakt vermittelt. In einem solchen Fall verstieße die Verwendung eines anderen Instruments gegen den Vorrang des Gesetzes.

Umstritten ist, ob für Genehmigungen nur der Verwaltungsakt oder auch der Verwaltungsvertrag als Handlungsinstrument in Betracht kommt.[225] Hält

---

Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, 1999, S. 117 ff. sowie *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (796); *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1033); *Müggenborg*, NVwZ 1991, 909 (917).

[224] *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 49a Rn. 36; *H. Meyer* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 49a Rn. 20.

man nur den Verwaltungsakt als Handlungsinstrument für zulässig, so liegt in der Aufstellung einer Genehmigungspflicht durch den Gesetzgeber eine strikte Festlegung auf den Verwaltungsakt. Ob dies der Fall ist, braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden, denn jedenfalls mittels einer Absprache kann eine Genehmigung nicht erteilt werden. Das hat seinen Grund in der Eigenschaft von Absprachen, keine Rechtsfolgen zu setzen: Durch eine Genehmigung wird ein gesetzliches präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt aufgehoben, also die Rechtslage verändert. Der Träger eines Vorhabens, das die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt, hat hierauf einen Anspruch und die Behörde ist hierzu verpflichtet. Die Aufhebung eines (präventiven) Verbots ist eine Rechtsfolge (Rechtsgestaltung), die durch Absprachen aufgrund ihrer rein faktischen Wirkung nicht gesetzt werden kann.[226] *Genehmigungsersetzende Absprachen* sind deshalb *rechtswidrig*,[227] genau genommen sogar *rechtlich unmöglich*. Dies gilt auch, wenn die Genehmigungserteilung im Ermessen der Behörde steht, etwa weil eine Genehmigung nur unter der Erteilung von Ausnahmen oder Befreiungen in Betracht kommt. In diesem Fall kann sie eine Genehmigung erteilen, sie muß aber nicht. Wenn sie jedoch eine Genehmigung erteilt, dann muß sie es in Form eines Verwaltungsakts (oder eines Verwaltungsvertrages) tun.

Das zeigt erneut, daß die Zulässigkeit der Absprache als Handlungsinstrument nicht mit inhaltlichem Ermessen gerechtfertigt werden kann, sondern daß dafür ein Spielraum bestehen muß, der spezifisch auf die Instrumentenwahl bezogen ist.

Da die abgesprochene *dauernde* Duldung rechtswidriger Zustände sachlich einer genehmigungsersetzenden Absprache gleichkommt,[228] ist hiermit zugleich ausgesagt, daß auch solche Duldungsabsprachen rechtswidrig sind.

---

[225] Dabei geht es darum, ob eine Genehmigung durch Verfügungsvertrag erteilt werden kann, oder ob lediglich eine Verpflichtung zur Genehmigungserteilung durch Verpflichtungsvertrag zulässig ist. Für die Zulässigkeit der Genehmigungserteilung durch Verfügungsvertrag *Scherzberg*, JuS 1992, 205 (208); offenbar auch *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 24; einschränkend im Hinblick auf die Zulässigkeit der Vertragsform *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 14 Rn. 27; einschränkend im Hinblick auf die Wirksamkeitsfolge des Vertrages *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 206 f. Ein genehmigungserteilender Vertrag lag der Entscheidung BVerwGE 98, 58 zugrunde, in der das Gericht die Genehmigungserteilung durch Vertrag offenbar nicht problematisch fand.

[226] Vgl. *Pauly*, DVBl 1991, 521 (522): „Auch ein noch so raffiniertes informelles Handeln kann keine Regelung schaffen...".

[227] Über die Zulässigkeit genehmigungs*vorbereitender* Absprachen ist damit noch nichts gesagt.

[228] S. o. Teil 1: B. VI. 4. (S. 65).

(b) Überwindbare Bindung?

Diese Argumentation greift allerdings nur für Absprachen, die Genehmigungen ersetzen (sollen). Auf Absprachen, die sonstige Regelungen ersetzen oder die Genehmigungen oder sonstige Regelungen vorbereiten, läßt sie sich nicht übertragen.

(aa) Entscheidungsverlagerung als Abkoppelung des Entscheidungsverfahrens vom Verwaltungsverfahren

Das Genehmigungsverfahren ist ein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 9 VwVfG. Daher sind die im VwVfG vorgesehenen Verfahrensschritte im Genehmigungsverfahren vorzunehmen. Das Verwaltungsverfahren schließt gem. § 9 VwVfG den Erlaß des Verwaltungsakts als Verfahrensabschluß mit ein. § 9 VwVfG liegt wie bereits angesprochen die Vorstellung zugrunde, daß Verwaltungsverfahren und Entscheidungsvorgang bzw. Verfahrensergebnis und Entscheidungsergebnis identisch sind.[229] Das bedeutet auch, daß nach der Vorstellung des Gesetzgebers der Entscheidungsvorgang *erst* mit dem Verwaltungsakt abgeschlossen wird *und nicht früher*, d.h. daß die Sachentscheidung (erst) mit dem Verwaltungsakt getroffen wird. Fällt die Entscheidung vorab in einer Absprache, ist dies eine Abweichung von diesem gesetzgeberischen Leitbild. Dem Verwaltungsakt wird durch die verwaltungsaktsvorbereitende Absprache sein gesetzlich vorgesehener Charakter als Sachentscheidung zumindest teilweise genommen und er bekommt insoweit den Charakter eines bloßen „Ratifikations-" bzw. Umsetzungsaktes,[230] der ihm vom Gesetz nicht zugedacht ist.

Entsprechendes gilt für alle regelungsvorbereitenden Absprachen. Alle Verfahren, die auf den Erlaß einer rechtsförmigen Entscheidung gerichtet sind, „dienen" der Findung der „richtigen" Entscheidung und haben daher die Funktion, die Entscheidung mit einem „richtigen" Inhalt herbeizuführen. Durch die Vorverlagerung der Sachentscheidung in die Absprache werden der Entscheidungsvorgang und das Verfahren bzw. die Entscheidung und das Verfahrensergebnis, die vom Gesetzgeber jeweils als Einheit vorausgesetzt werden, voneinander getrennt. Das Verfahren dauert noch an, obwohl der Entscheidungsvorgang „eigentlich" schon beendet ist; die Entscheidung ist schon gefallen, obwohl das Verfahrensergebnis noch nicht vorliegt: Der Entscheidungsvorgang wird von dem Verfahren abgekoppelt.

Dasselbe gilt auch (erst recht), wenn die Entscheidung in eine regelungs*ersetzende* Absprache verlagert und der vom Gesetzgeber vorgestellte

---

[229] S. o. B. II. 1. d) bb) (S. 130).

[230] S. o. Teil 1: Fn. 271 (S. 89).

Rechtsakt nicht einmal mehr als Ratifikaktionsakt ergeht. Hier läßt sich allerdings nicht sagen, daß das Verfahren nach dem Abschluß des Entscheidungsvorgangs weitergeführt wird. Bezieht man den das Verfahren abschließenden Akt in den Verfahrensbegriff mit ein, wie § 9 VwVfG dies tut, dann hat die Verwaltung aber ein anderes Verfahren durchgeführt, als der Gesetzgeber sich vorgestellt hat, nämlich ein auf eine Absprache gerichtetes anstatt ein auf einen Verwaltungsakt gerichtetes Verfahren. Es wird bei regelungsersetzenden Absprachen somit nicht lediglich ein Teil des Verfahrens sinnentleert (nämlich der der informellen Sachentscheidung nachfolgende Teil von dem Sinn, die „richtige" Sachentscheidung herbeizuführen), sondern es wird sogar ein völlig anderes Verfahren durchgeführt, als der Gesetzgeber für diese Sachentscheidung vorgesehen hat. Auch hier wird somit der Entscheidungsvorgang von dem gesetzlich dafür vorgesehenen Verfahren abgekoppelt.

Die Verlagerung der Entscheidung in eine Absprache hat also zur Folge, daß die vom Gesetz als Regel vorausgesetzte und grundsätzlich gewollte Kongruenz von Entscheidungsvorgang und Verwaltungsverfahren aufgehoben wird.[231]

(bb) Funktionsverlust des Verwaltungsverfahrens als Folge der Abkoppelung

Wegen des oben[232] dargestellten Zusammenhangs von Entscheidungsvorgang und Entscheidungsergebnis und wegen des Einflusses, den der konkrete Ablauf des Entscheidungsvorgangs auf das Entscheidungsergebnis haben kann, ist dieses Abkoppeln des Entscheidungsvorgangs vom Verfahren keineswegs unerheblich. Gerade bei Absprachen haben die beteiligten Privaten einen ungleich höheren Einfluß auf die Entscheidung als sie ihn nach der Vorstellung des Gesetzgebers bei einseitig-hoheitlichen Regelungen haben: Während das auf das Treffen einer Absprache gerichtete Verfahren auf die Konsensfindung gerichtet ist, beschränkt sich der Einfluß der Privaten bei einseitig-hoheitlichen Entscheidungen auf die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen der Anhörung. Daß dieser Unterschied dazu führt, daß sich die Interessen des Privaten in der jeweiligen Entscheidung unterschiedlich stark wiederfinden, liegt auf der Hand.

Infolge der Abkoppelung von Entscheidungsvorgang und Verfahren durch die Verlagerung der Entscheidung in eine Absprache kann nach alledem das Verwaltungsverfahren seine Aufgabe, der Findung von Sachentscheidungen

---

[231] Vgl. *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 103: „... setzt der reale Entscheidungsprozeß aber oft schon sehr viel früher ein".

[232] S. o. A. II. 2. a) (S. 106).

zu dienen, nicht mehr erfüllen,[233] zumindest nicht mehr vollständig. Das Verfahren verliert so seine ihm vom Gesetz zugedachte Funktion: Es stellt die Sachentscheidung nicht mehr *her*, sondern nur noch *dar*.[234] Daß auch die bloße *Darstellung* der Herstellung der Entscheidung eine disziplinierende Wirkung hat, ändert daran nichts. Die Entscheidungsverlagerung entspricht deshalb nicht dem Gesetz und ist deshalb nicht ohne weiteres zulässig.

Daß Verfahren und Entscheidungsvorgang nicht identisch sind, ist durchaus nichts Ungewöhnliches.[235] Nach *Luhmann* dient das Verfahren z.T. weniger der Entscheidungsfindung (d.h. der *Herstellung* der Entscheidung) als vielmehr der *Darstellung* ihrer Herstellung.[236] *Luhmann* hält dies aus soziologisch-empirischer Sicht für bedenkenfrei, weil das Verfahren dennoch eine wichtige Funktion erfülle.[237] Damit ist aber nicht unbedingt die Funktion beschrieben, die das Verfahren nach dem Willen des Gesetzes haben *soll*, sondern die, die es empirisch *hat*. Diese Abweichung des Seins vom Sollen macht das hier benannte Problem aus. In bestimmten Fällen mag sich das Gesetz damit begnügen, daß die Entscheidung im Verfahren nur noch dargestellt wird.[238] Verfahrensanforderungen wie beispielsweise die Sachverhaltsermittlung und die Anhörung machen jedoch nur Sinn, wenn sie der *Herstellung* der „richtigen" Entscheidung dienen. Werden Verfahrensschritte zur *Darstellung* der Entscheidungsfindung umfunktioniert, werden die entsprechenden Verfahrensvorschriften sinnentleert und damit verletzt.

cc) Voraussetzungen für die Überwindung gesetzlicher Instrumentenfestlegungen

Verlagerungen der Sachentscheidung gibt es nicht nur durch Absprachen. Sie kommen im Verwaltungsrecht auch anderweitig vor und sind dort von der Rechtsprechung, teilweise auch vom Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt. Daher muß aus der Entkoppelung von Entscheidungsvorgang und Verfahren durch Entscheidungsverlagerung nicht zwingend die Rechtswidrigkeit von Absprachen folgen.

Es sollen nun Fälle aufgezeigt werden, in denen eine Entscheidungsverlagerung zulässig ist. Es wird sich zeigen, daß für die Verlagerung in allen Vorbildfällen im Prinzip dieselben Voraussetzungen gelten. Diese sollen

---

[233] *Pauly* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 25 (43 m. Fn. 42); *ders.*, DVBl 1991, 521 (524).

[234] *Kloepfer* in: Coing u.a. (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts, 1990, S. 83 (98); *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 99.

[235] Vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, S. 124, 174 f.

[236] *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, S. 124.

[237] *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, S. 124 und 174.

[238] Beispielsweise im parlamentarischen Verfahren der Gesetzgebung (vgl. dazu *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, S. 174 ff.).

sodann auf die Entscheidungsverlagerung durch Absprachen übertragen werden.

(1) Beispiele für zulässige Entscheidungsverlagerungen

(a) Vorausbindungen der Abwägung (Flachglas)

Die geradezu klassische Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Zulässigkeit der Entscheidungsverlagerung durch Vorausbindung ist die Flachglas-Entscheidung.[239] Das Gericht hat in dieser Entscheidung dargelegt, daß die Abwägung in der Bauleitplanung in aller Regel „nicht frei (ist) von Bindungen unterschiedlicher Art und Intensität" und daß es oft sachgerecht und sogar unvermeidbar sein kann, bestimmte Entscheidungen der abschließenden Abwägung vorwegzunehmen. Es legt dar, daß insbesondere bei umfangreichen und komplizierten Planungen nicht alle Entscheidungen bis zur abschließenden Abwägung zurückgestellt werden können. Das führe „– in diesem oder jenem Stadium, innerhalb oder außerhalb des eigentlichen Planverfahrens – zu mehr oder weniger endgültigen Festlegungen, die eine entsprechende Schmälerung des abschließenden Abwägungsvorganges bewirken und auch bewirken sollen. Dem Planverfahren vorgeschaltete Besprechungen, Abstimmungen, Zusagen, Verträge u.a.m. können geradezu unerläßlich sein, um überhaupt sachgerecht planen und eine angemessene effektive Realisierung dieser Planung gewährleisten zu können".[240] Die darin liegende „Verlagerung von Entscheidungen" führe zu einer „Verkürzung des abschließenden Abwägungsvorganges" und berge die Gefahr, daß die gesetzlich vorgesehenen Verfahrens- und Entscheidungsschritte zu einer „funktionslosen Förmlichkeit" werden.[241] Den bei dieser „Vorwegnahme von Entscheidungen" auftretenden Konflikt zwischen dem Bedürfnis „nach – mit Hilfe von Vorentscheidungen – effektiver und realisierbarer Planung" einerseits und der Wahrung der Funktion des Bauleitplanverfahrens, insbesondere des Anhörungsverfahrens andererseits löst das Bundesverwaltungsgericht, indem es die Vorwegnahme der Entscheidung nicht ausschließt, sie aber von drei kumulativen Voraussetzungen abhängig macht:[242]

(1) Die Vorwegnahme der Entscheidung muß *sachlich gerechtfertigt* sein. Das ist der Fall, wenn ohne sie die sachgerechte Planung und effektive Realisierung gefährdet würde.

---

[239] BVerwGE 45, 309 ff.

[240] BVerwGE 45, 309 (316 u. 317).

[241] BVerwGE 45, 309 (318).

[242] BVerwGE 45, 309 (321).

(2) Die *planungsrechtliche Zuständigkeitsordnung* muß *gewahrt* bleiben, d.h. es muß die Mitwirkung des Gemeinderates an den Vorentscheidungen „in einer Weise gesichert sein, die es gestattet, die Vorentscheidung (auch) dem Rat zuzurechnen".

(3) Die vorweggenommene Entscheidung darf *inhaltlich nicht zu beanstanden* sein und muß „insbesondere den Anforderungen genügen, denen sie genügen müßte, wenn sie als Bestandteil des abschließenden Abwägungsvorgangs getroffen würde". D.h. es müssen alle Belange in ihr berücksichtigt werden, die zur Zeit der Vorentscheidung absehbar sind. Es muß hier gewissermaßen die Vorentscheidung hinsichtlich des Abwägungsvorgangs und des Abwägungsergebnisses auf Abwägungsfehler geprüft werden.

Ist die Vorwegnahme der Entscheidung nach diesen Kriterien zulässig, so hat dies nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts zur Folge, daß zwar ein *Abwägungsdefizit* vorliegt, daß dieses aber „als ausgeglichen und deshalb als unerheblich angesehen werden kann".[243] Das Bundesverwaltungsgericht stellt zudem ausdrücklich klar, daß dies ausschließlich den Abwägungs*vorgang* betrifft.[244] Leidet der als Satzung beschlossene Plan unter einem Fehler im Abwägungs*ergebnis*, so ist dieser Fehler also beachtlich, auch wenn die Vorentscheidung noch abwägungsfehlerfrei war.

(b) Vorbescheid und Teilgenehmigung

Die Instrumente des Vorbescheids und der Teilgenehmigung dienen ebenso wie Absprachen[245] der Entflechtung und stufenweisen Abarbeitung komplexer Genehmigungssituationen,[246] indem sie einzelne Genehmigungsvoraussetzungen *vorab* verbindlich feststellen (Vorbescheid) oder einen Teil des Vorhabens *vorab* verbindlich gestatten (Teilgenehmigung).[247] Abgeschlossen wird das Genehmigungsverfahren erst durch die endgültige Genehmigung.

Vorbescheide und Teilgenehmigungen nach dem BImSchG sind zulässig, wenn daran ein *berechtigtes Interesse* besteht (§§ 9 Abs. 1, 8 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG). Andere Gesetze, die Vorbescheide und Teilgenehmigungen zulassen, formulieren diese Bindung an ein berechtigtes Interesse nicht aus-

---

[243] BVerwGE 45, 309 (322).

[244] BVerwGE 45, 309 (320).

[245] S. o. Teil 1: C. (S. 68 ff.).

[246] *Stelkens/Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 35 Rn. 183.

[247] *Stelkens/Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 35 Rn. 183.

drücklich, sondern stellen deren Erlaß in das Ermessen der Genehmigungsbehörde (z.B. Art. 75, 76 BayBO). Auch diese Vorschriften verfolgen das berechtigte Interesse an möglichster Beschleunigung und frühzeitiger Dispositionssicherheit.[248] Schließlich wird die Ansicht vertreten, daß Vorbescheid und Teilgenehmigung als „Weniger" zur endgültigen „Vollgenehmigung" auch ohne besondere gesetzliche Regelung zulässig wären, wenn dafür ein praktisches Bedürfnis (also ein berechtigtes Interesse) besteht.[249] Die Vorverlagerung von Teilen der Entscheidung durch Vorbescheid und Teilgenehmigung ist somit (nur) zulässig, wenn dies durch ein berechtigtes Interesse gerechtfertigt ist.

Eine weitere Voraussetzung sowohl für Teilgenehmigungen als auch für Vorbescheide ist, daß eine vorläufige Gesamtbeurteilung der Anlage ergibt, daß eine endgültige Genehmigung jedenfalls nach dem derzeitigen Erkenntnisstand zumindest nicht ausgeschlossen erscheint[250] (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG: positives vorläufiges Gesamturteil sowie der Sache nach auch § 9 Abs. 1 BImSchG: „... soweit die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können ..."). Damit ist das dritte Flachglas-Kriterium angesprochen, wonach die vorweggenommene Entscheidung im Ergebnis abgewogen sein muß.

(c) Vorzeitiger Baubeginn

Unter Umständen ist es zulässig, mit dem Bau einer genehmigungsbedürftigen Anlage zu beginnen, bevor die Genehmigung erteilt wurde. Im Immissionsschutzrecht stellt § 8a Abs. 1 Nr. 3 BImSchG sicher, daß die in einem solchen vorzeitigen Baubeginn liegende Vorwegnahme der Entscheidung reversibel bleibt. Dennoch setzt ein vorzeitiger Baubeginn gem. § 8a Abs. 1 Nrn. 1 u. 2 BImSchG unter anderem voraus, daß mit einer Entscheidung zugunsten des Antragstellers gerechnet werden kann (also eine nach derzeitigem Sachstand vorzunehmende Beurteilung der Gesamtanlage) und daß ein berechtigtes Interesse an dem vorzeitigen Beginn besteht, das die Vorwegnahme der Entscheidung rechtfertigt. Entsprechende Regelungen treffen etwa § 9a WHG und § 33 KrW-/AbfG. Auch in diesen Vorschriften finden sich somit die Flachglas-Kriterien wieder.

---

[248] Vgl. S. *Bauer* in: A. Simon (Hrsg.), BayBO, Art. 75 Rn. 1; *Meiendresch*, Das gestufte Baugenehmigungsverfahren, 1991, S. 39 ff.

[249] *Stelkens/Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 35 Rn. 183; *Reichelt*, Der Vorbescheid im Verwaltungsverfahren, 1989, S. 59 ff., 318 f.

[250] Für das Baurecht vgl. *Hoppe/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 1995, § 15 Rn. 57 m.w.N.

(d) Vorläufige Verwaltungsakte

Seit einiger Zeit sind im Allgemeinen Verwaltungsrecht vorläufige Verwaltungsakte im Gespräch,[251] durch die ebenfalls eine Sachentscheidung teilweise vorverlagert wird. Bei ihnen handelt es sich um Regelungen, die unter dem Vorbehalt der Nachprüfung einzelner Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen ergehen, wenn und weil der Sachverhalt trotz Erfüllung der Amtsermittlungspflicht derzeit noch nicht abschließend aufgeklärt werden kann: Die Behörde spricht die Regelung schon einmal aus, stellt sie aber ausdrücklich unter den Vorbehalt der späteren Nachprüfung.[252] Stellt sich bei dieser Nachprüfung heraus, daß diejenige Voraussetzung für den Verwaltungsakt fehlt, derentwegen der Vorbehalt gemacht wurde, so kann er ohne die Einschränkungen der §§ 48, 49 VwVfG beseitigt werden,[253] genauer gesagt: es kann eine Folgeregelung erlassen werden, mit der sich der vorläufige Verwaltungsakt erledigt.[254]

Soweit der Sachverhalt allerdings feststeht, entfaltet der vorläufige Verwaltungsakt endgültige Wirkung; insoweit ist eine Aufhebung nur unter den einschränkenden Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG möglich. Auf diese Weise wird durch einen vorläufigen Verwaltungsakt die Sachentscheidung auf zwei Stufen aufgeteilt: Soweit die Vorläufigkeit reicht, wird eine Sachentscheidung erst mit der endgültigen Regelung getroffen; in bezug auf solche Umstände, auf die sich die Vorläufigkeit nicht bezieht, wird die Sachentscheidung dagegen bereits vorab in dem vorläufigen Verwaltungsakt getroffen. Es wird also die Entscheidung zum Teil vorverlagert.[255]

Für zulässig gehalten werden vorläufige Verwaltungsakte unter mehreren Voraussetzungen: Wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes ist die Verwaltung grundsätzlich verpflichtet, die Voraussetzungen für den Erlaß eines Verwaltungsakts vor dessen Erlaß selbst und abschließend zu ermitteln.[256] Da vorläufige Verwaltungsakte gerade erlassen werden, wenn der Sachverhalt noch nicht vollständig aufgeklärt ist, bedeuten sie eine Relativierung bzw. Reduzierung der Amtsermittlung.[257] Zudem verringert Vorläufigkeit

---

[251] Vgl. die Literaturhinweise bei *Henneke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 35 Rn. 114.

[252] Vgl. die Formulierung bei *Kemper*, DVBl 1989, 981 (982).

[253] *Stelkens/Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 35 Rn. 179.

[254] *F. J. Kopp*, DVBl 1989, 238 (239).

[255] Vgl. *Henneke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 35 Rn. 117: Präjudizierung.

[256] Bei Begünstigungen trifft den Antragsteller allerdings eine Mitwirkungsobliegenheit, die jedoch an der Verantwortung der Behörde für die Sachverhaltsermittlung nichts ändert; s. dazu *Berg*, GewArch 1999, 1 (6).

die Rechtssicherheit und den Vertrauensschutz Betroffener, wohingegen der Verwaltungsakt als Handlungsform mit seiner Bestandskraft und Tatbestandsfunktion sonst gerade Rechtssicherheit schaffen will.[258] Die Vorläufigkeit bedarf deshalb der Rechtfertigung durch ein berechtigtes Interesse.[259] Außerdem sind, wenn und soweit die vorläufige Begünstigung Dritte belastet, diese analog § 28 VwVfG anzuhören.[260] Insoweit richtet sich das Verfahren (ebenso wie die Zuständigkeit)[261] nach den für die endgültige Regelung geltenden Vorschriften. Auch der vorläufige Verwaltungsakt weist somit starke Parallelen zu den Flachglas-Kriterien auf.

(e) Abschnittsbildung in der Planfeststellung

Bei der Planung von Verkehrswegen wird die Planung oftmals abschnittsweise vorgenommen und verwirklicht.[262] Es tritt dann das Problem auf, daß der jeweils nächste Abschnitt der Trasse genau dort beginnen muß, wo der vorherige endet (Zwangspunkte). Die Planung des jeweils nächsten Abschnitts ist durch diese Zwangspunkte daher bereits teilweise präjudiziert. Die Entscheidung über die Planung des jeweils nächsten Abschnitts wird so zumindest teilweise auf den vorherigen Abschnitt verlagert.

Das Bundesverwaltungsgericht hält die Abschnittsbildung unter Bezugnahme auf die Flachglas-Entscheidung für zulässig, wenn und weil die Abschnittsbildung „nicht nur sachgerecht, sondern unerläßlich (ist), damit die Planung praktikabel und effektiv gehandhabt werden kann".[263] Sie unter-

---

[257] *Schimmelpfennig*, BayVBl 1989, 69 (73); *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl. 1995/98, § 48 Rn. 19; *H.-G. König*, BayVBl 1989, 33 (33); *Di Fabio*, DÖV 1991, 629 (630 f.).

[258] *Kreßel*, BayVBl 1989, 65 (68); *Schimmelpfennig*, BayVBl 1989, 69 (73); *Lücke*, Vorläufige Staatsakte, 1991, S. 140 ff.

[259] *Henneke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 35 Rn. 114; *H.-G. König*, BayVBl 1989, 33 (38): zur Erfüllung der jeweiligen Verwaltungsaufgabe geboten; *F. J. Kopp*, DVBl 1989, 238 (239): vor allem im Interesse des Zwecks der Leistung; *P. M. Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, S. 178: sachgerechter Grund; *Kreßel*, BayVBl 1989, 65 (69): Bedürfnis an der vorläufigen Entscheidung; *Schimmelpfennig*, BayVBl 1989, 69 (75): „‚vorläufigkeitsbedürftige' Entscheidungssituation", in der rechtlich anerkannte Interessen eine vorläufige Regelung erforderlich machen; *Peine* in: Fs. f. Thieme, 1993, S. 563 (582): „vorläufigkeitsbedürftige Entscheidungssituation"; *Kemper*, DVBl 1989, 981 (985): berechtigtes Interesse; vgl. auch *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 312 f.; *Hummel*, K & R 2000, 291 (293 f.). Sehr viel enger *Lücke*, Vorläufige Staatsakte, 1991, S. 224 ff.

[260] *Kemper*, Der vorläufige Verwaltungsakt, 1990, S. 152: „... gelten die §§ 10 ff. VwVfG ohne Einschränkung".

[261] *Peine* in: Fs. f. Thieme, 1993, S. 563 (579).

[262] *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kap. 3 Rn. 173.

liegt dem Abwägungsgebot und ist unter folgenden Voraussetzungen zulässig: Der Abschnitt muß eine eigenständige Verkehrsfunktion haben, damit kein Planungstorso entsteht, falls die Gesamtplanung im Ergebnis nicht realisierbar ist.[264] Außerdem müssen sowohl die Tatsache, *daß* eine Abschnittsbildung vorgenommen wird als auch die räumliche Ausdehnung und der planerische Inhalt des Abschnitts das Ergebnis einer gerechten und fehlerfreien Abwägung sein.[265] Dabei müssen in die Abwägung auch solche Belange einfließen, die zwar „an sich" erst den nächsten Abschnitt betreffen, aber durch den aktuellen Abschnitt bereits präjudiziert werden, d.h. die durch den Abschnitt gesetzten Zwangspunkte müssen in der Abwägung berücksichtigt werden. Dementsprechend können sich Kläger im Rechtsschutz gegen den aktuellen Abschnitt auf solche präjudizierten Belange berufen.[266]

(f) Flughafengenehmigung und luftverkehrsrechtliche Planfeststellung

Will jemand einen Flughafen betreiben, so benötigt er dafür nach § 6 LuftVG eine (unternehmerbezogene) Genehmigung und gem. § 8 LuftVG einen (vorhabenbezogenen) Planfeststellungsbeschluß. Die Regelung dieses Nebeneinanders von Genehmigung und Planfeststellung wird als mißlungen bezeichnet und das Verhältnis der Genehmigung zur Planfeststellung ist umstritten und unklar.[267] Die Rechtsprechung ging früher davon aus, daß die Genehmigung eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Planfeststellung sei.[268] Nach dem 1993 neu eingefügten § 8 Abs. 6 LuftVG ist die Genehmigung nicht mehr Voraussetzung für die Planfeststellung.[269] Für den vorliegenden Zusammenhang kommt es darauf an, welche Wirkungen von der Genehmigung ausgehen, wenn sie vor der Planfeststellung erteilt wird.

Diese Frage bleibt von dem neuen § 8 Abs. 6 LuftVG unberührt, denn daß die Genehmigung nicht Voraussetzung für ein Planfeststellungsverfahen ist, bedeutet nicht, daß sie nicht vorher erteilt werden dürfte, zumal § 6 Abs. 4 LuftVG vorschreibt, die Genehmigung zu ändern oder zu ergänzen, wenn dies nach dem Ergebnis des Planfeststellungsverfahrens notwendig ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hat aus der umfangreichen Prüfung, die § 6 Abs. 2 LuftVG für die Genehmigungserteilung vorschreibt, geschlos-

---

263 BVerwGE 62, 342 (353).

264 BVerwGE 100, 370 (387); BVerwG, NVwZ 1998, 961 (965).

265 BVerwGE 62, 342 (353 f.); BVerwG, NVwZ 1998, 961 (965).

266 BVerwGE 62, 342 (353 f.); BVerwGE 100, 388 (392 f.).

267 Vgl. *Ronellenfitsch*, VerwArch 80 (1989), 92 (114).

268 BVerwGE 56, 110 (136); BVerwGE 75, 214 (221).

269 Vgl. dazu *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2. Aufl. 1998, Rn. 1715; unklar *Schwenk*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 2. Aufl. 1996, S. 407 f.

sen, daß der Genehmigung jedenfalls faktisch ein erhebliches Gewicht als planerische Vorentscheidung zukommt. Diese tatsächliche Bindung wirke sich der Sache nach wie eine mehr oder weniger starke Vorwegnahme von Entscheidungen aus, „die rechtlich erst der Planfeststellung vorbehalten sind und damit insbesondere unter dem Gebot der planerischen Abwägung stehen".[270]

Hinsichtlich der Zulässigkeit dieser Vorverlagerung kann aus dem ausdrücklichen Hinweis des Gerichts[271] auf die Flachglas-Entscheidung geschlossen werden, daß die dort entwickelten Kriterien für eine Entscheidungsverlagerung auch hier gelten. Hiervon ist allerdings die Ausnahme zu machen, daß eine sachliche Rechtfertigung für die teilweise Vorwegnahme der Entscheidung nicht erforderlich ist, weil das Gesetz in § 6 LuftVG selbst die Erforderlichkeit und den Prüfungsumfang der Genehmigung regelt.

Aus der präjudizierenden Wirkung der Genehmigung auf die Planfeststellung schließt das Bundesverwaltungsgericht, daß nicht erst die Planfeststellung, sondern bereits die Genehmigung nach § 6 LuftVG Drittwirkung gegenüber den von dem Flughafen in ihrer Planungshoheit betroffenen Gemeinden hat. Deshalb sind diese bereits im Genehmigungsverfahren anzuhören.[272] Damit wird das zweite Flachglas-Kriterium (Wahrung der Zuständigkeitsordnung) auf die Einhaltung der für die vorverlagerte Entscheidung geltenden Verfahrensordnung erstreckt.

(g) Plangenehmigung und Planfeststellung mit sich überschneidenden Gegenständen

Das Bundesverwaltungsgericht[273] hatte 1996 über die Rechtmäßigkeit einer Plangenehmigung zu entscheiden, mit der u. a. Maßnahmen zur Elektrifizierung eines Streckenabschnitts einer Eisenbahnstrecke gestattet wurden. Derselbe Streckenabschnitt war auch Gegenstand eines noch nicht beendeten Planfeststellungsverfahrens, dessen Antragsgegenstand u. a. ebenfalls die Elektrifizierung war. Durch die Plangenehmigung wurden somit Teile der Planfeststellungsentscheidung in die Plangenehmigung vorverlagert. Das be-

---

[270] BVerwGE 56, 110 (136 f.). Daß nach der Einfügung des § 8 Abs. 6 LuftVG diese vorentscheidende Wirkung der Genehmigung entfallen sei, wenn sie vor der Planfeststellung erteilt wurde, kann nicht angenommen werden, da § 6 Abs. 2 LuftVG, auf den das BVerwG sich für den Prüfungsumfang bei der Genehmigung bezieht, nicht geändert wurde.

[271] BVerwGE 56, 110 (137).

[272] BVerwGE 56, 110 (137); BVerwG, DÖV 1980, 135 (137); BVerwGE 81, 95 (106).

[273] BVerwG, NVwZ-RR 1997, 208.

traf neben der Elektrifizierung auch die Gleislage, die durch die Elektrifizierung in einer Weise verfestigt wurde, daß im Planfeststellungsverfahren allenfalls noch Korrekturen zu erwarten waren.[274] Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich nun im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gem. §§ 80a Abs. 3, 80 Abs. 5 VwGO mit der Rechtmäßigkeit der Plangenehmigung für die Elektrifizierung zu befassen. Es ist der Auffassung, daß „Sachfragen, die sachgerecht nur einheitlich gelöst werden können, auch verfahrensrechtlich einheitlich geplant und entschieden werden müssen" und daß eine „Salamitaktik" zu einer auch im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG unzulässigen Rechtsbeeinträchtigung der Planungsbetroffenen führen könne.[275] Das Gericht prüft sodann, ob die mit der Vorwegnahme beabsichtigte Zielsetzung „gewichtig genug" ist, um die Entscheidungsverlagerung „planerisch zu rechtfertigen" (der Sache nach also das Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Entscheidungsverlagerung) und ob nicht ein Planungstorso übrig bliebe, wenn es nicht mehr zu einer nachfolgenden Planfeststellung kommen werde. Schließlich prüft das Gericht, ob die Vorverlagerung einen Versuch darstellt, die einschlägigen Lärmschutzbestimmungen zu umgehen.[276] Damit finden sich auch in dieser Entscheidung die Flachglas-Kriterien wieder.

(h) Teilformalisierungen

Im 1. Teil wurde bereits die Frage erörtert, daß beispielsweise § 71c Abs. 2 VwVfG, § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV oder § 5 UVPG die Absprache als Handlungsinstrument zulassen.[277] Diese Vorschriften setzen ein berechtigtes Interesse an der damit einhergehenden Verlagerung nicht ausdrücklich voraus. § 71c Abs. 2 VwVfG dient der „Beschleunigung von Genehmigungsverfahren",[278] wie schon die Abschnittsüberschrift im Gesetz deutlich macht. § 5 UVPG[279] und § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV[280] verfolgen zumindest auch diesen Zweck. Hinter diesen Vorschriften steht somit ein berechtigtes Interesse.

---

274 BVerwG, NVwZ-RR 1997, 208 (208).

275 BVerwG, NVwZ-RR 1997, 208 (208).

276 BVerwG, NVwZ-RR 1997, 208 (209).

277 S. o. Teil 1: A. II. 2. a) (S. 45 ff.).

278 S. nur *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 71a Rn. 1.

279 *Haneklaus* in: Hoppe (Hrsg.), UVPG, 1995, § 5 Rn. 3.

280 *Kutscheid* in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht Band II, 9. BImSchV, § 2 Rn. 6.

(2) Folgerungen für die Entscheidungsverlagerung durch Absprachen

(a) Gemeinsamkeiten der untersuchten Beispiele

In Fällen, in denen die Verlagerung gesetzlich nicht ausdrücklich zugelassen ist, ist sie bei allen eben behandelten Vorbildern davon abhängig, daß die durch sie bewirkte Aufspaltung von Entscheidungsvorgang und Verfahren durch ein berechtigtes Interesse sachlich gerechtfertigt ist.[281] Das gilt sowohl dann, wenn die Entscheidung von einem in einen anderen formalen Akt verlagert wird (z. B. in einen vorläufigen Verwaltungsakt, bei der Planfeststellung in einen vorhergehenden Abschnitt oder von der Planfeststellung in eine Plangenehmigung mit überschneidenden Regelungsgehalten), als auch dann, wenn sie in eine informelle Absprache verlagert wird (wie etwa bei der Flachglas-Entscheidung). Ausschlaggebend ist nach dem untersuchten Material also nicht, in welches Instrument hinein, sondern *aus welchem Instrument heraus* sie verlagert wird.[282] Die Verlagerung wiegt dabei umso schwerer, je förmlicher der Gesetzgeber das vorgesehene Verfahren ausgestaltet hat und muß daher dann auch umso höheren Anforderungen genügen. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber zurecht mit seiner Flachglas-Entscheidung die Entscheidungsverlagerung selbst in einem so förmlichen Verfahren wie der Bauleitplanung (oder besser: aus einem so förmlichen Verfahren *heraus*) im Ergebnis zugelassen. Auch bei förmlich ausgestalteten Verfahren ist die Verlagerung daher zulässig, wenn die Flachglas-Kriterien erfüllt sind.

(b) Zulässigkeit und Voraussetzungen einer Entscheidungsverlagerung

Daß ein berechtigtes Interesse eine Abweichung vom Gesetz rechtfertigen kann, ist im Hinblick auf den Vorrang des Gesetzes jedoch nicht unbedenklich. Die Gesetzesbindung steht nicht zur Disposition, nur weil eine Abweichung vom Gesetz „interessant" erscheint. Es stellt sich die Frage,

---

[281] Selbst wenn der Gesetzgeber die Verlagerung zuläßt, macht er sie aber entweder vom Vorliegen eines berechtigten Interesses abhängig (z. B. §§ 9 Abs. 1 oder 8 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG für den Erlaß eines Vorbescheides oder einer Teilgenehmigung) oder er verfolgt zumindest ein solches.

[282] Wenn oben gesagt wurde, daß gesetzliche Regelungen die Entscheidungsverlagerung in eine Absprache hinein regeln könnten, so ist dies kein Widerspruch: Das Gesetz kann zwei Handlungsinstrumente als gleichwertig nebeneinanderstellen, indem es die wechselseitige Entscheidungsverlagerung zuläßt. Eine solche Regelung enthält § 54 VwVfG, der die Verlagerung aus einem Verwaltungsakt in einen Vertrag hinein zuläßt. Damit ist aber nur die Verlagerung in einen Vertrag hinein zugelassen worden, nicht auch die Verlagerung in ein anderes Instrument, etwa eine Absprache.

warum es überhaupt zulässig sein soll, Entscheidungsvorgang und Verfahren zu entkoppeln, wenn der Gesetzgeber von deren Identität ausgeht. Gegen eine solche strenge Sichtweise spricht aber zweierlei:

Erstens hat der Gesetzgeber in der Regel die Kongruenz von Entscheidungsvorgang und Verfahren in der Regel nicht ausdrücklich als unabdingbar normiert, sondern der Verfahrensgesetzgebung „nur" implizit zugrundegelegt. Weicht man von dieser Vorstellung ab, so verstößt man nicht gegen den Wortlaut des Gesetzes. Allerdings ist auch ein Verstoß gegen seinen Sinn ein Gesetzesverstoß. Das Verfahren ist aber (zweitens) nicht Selbstzweck, sondern hat „dienende" Funktion:[283] Es dient der Findung materiell „richtiger" Entscheidungen. Ist die „Richtigkeit" der materiellen Entscheidung auch auf andere Weise gewährleistet, so verliert die Nichteinhaltung des Verfahrens an Bedeutung. Davon geht auch der Gesetzgeber aus. Das zeigen § 45 VwVfG, der die Heilung von Verfahrensfehlern durch Nachholung zuläßt, und insbesondere §§ 46, 75 Abs. 1a VwVfG und § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB, wonach bestimmte Verfahrensfehler unbeachtlich sind, wenn sie den Inhalt der Entscheidung nicht beeinflußt haben können. Der Zweck des Verfahrens (bzw. der fehlerhaften Verfahrensschritte) ist dann auf andere Weise erreicht. Die Nichteinhaltung des gesetzlich vorgesehenen Verfahrens, sei es durch Verfahrensfehler, sei es durch die Entkoppelung von Entscheidungsvorgang und Verfahren, erscheint von daher als eine „läßliche Sünde".[284]

Die Einhaltung des Verfahrens ist deshalb aber nicht der Beliebigkeit der Behörde preisgegeben. Ein Verfahrensverstoß ist eine Sünde, und der Ablaß ist davon abhängig, daß der Zweck des Verfahrens dennoch erreicht und eine „richtige" Entscheidung getroffen wird. Daraus folgt dreierlei:

- Da von der Vorstellung des Gesetzgebers abgewichen wird, muß dies *erstens* durch ein berechtigtes Interesse sachlich gerechtfertigt sein.[285]
- Da die Entkoppelung (also die [Vor-] Verlagerung) voraussetzt, daß der Zweck des Verfahrens dennoch erreicht wird, und weil Zweck des Verfahrens eine „richtige" Entscheidung ist, darf eine Entscheidung nur vorverlagert werden, wenn sie dennoch „richtig" ist. Die Richtigkeitsmaßstäbe werden in erster Linie durch das materielle Recht vorgegeben, so daß *zweitens* das Entscheidungsergebnis inhaltlich dem materiellen Recht entsprechen muß.

---

[283] Nachweise o. Fn. 94 (S. 130).

[284] Vgl. auch *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 105: „Nicht jedes Abweichen des realen Entscheidungsprozesses vom Modellfall des VwVfG läuft also auf einen Verfahrensfehler hinaus".

[285] Wenn die Gesetzesauslegung ergibt, daß eine Entkoppelung von Entscheidungsvorgang und Verfahren nicht zulässig ist, steht der Vorrang des Gesetzes der Entkoppelung in solchen Fällen entgegen.

- Da das Entscheidungsergebnis vom materiellen Recht immer weniger vorgegeben wird, hängt die „Richtigkeit" zunehmend von der Verfahrensrichtigkeit ab,[286] d.h. daß *drittens* zumindest bestimmte Verfahrensschritte eingehalten werden müssen und durch die Entscheidungsverlagerung nicht umgangen werden dürfen.

Das bedeutet, daß die vom Bundesverwaltungsgericht in seiner Flachglas-Entscheidung entwickelten Kriterien grundsätzlich für alle Entscheidungsverlagerungen gelten.[287] Wenn das Entscheidungsergebnis dem entspricht, ist der Verfahrenszweck auf anderem Wege erreicht, auch wenn es nicht in dem gesetzlich vorgesehenen Verfahren produziert wurde, sondern am Ende eines „informellen Entscheidungsvorgangs" steht.

(c) Die Kriterien für eine Entscheidungsverlagerung im einzelnen

(aa) Berechtigtes Interesse an der Verlagerung

Das berechtigte Interesse, das die Verlagerung auch ohne gesetzliche Zulassung rechtfertigt, muß gerade im Hinblick auf den Zweck der Ermächtigung, d.h. im Hinblick auf den Zweck der (vorzuverlagernden) Entscheidung berechtigt sein. Dies ist anhand der untersuchten Beispiele nachzuvollziehen:

Nach der Flachglas-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts besteht ein berechtigtes Interesse an der Vorwegnahme der Entscheidung, wenn ohne sie die sachgerechte Planung und deren effektive Realisierung gefährdet wäre. Für Vorbescheid und Teilgenehmigung nach dem BImSchG ist ein berechtigtes Interesse gegeben, wenn dies „sinnvoll" ist, weil es technische oder finanzielle Vorteile bringt oder einen Beschleunigungseffekt hat.[288] Vorläufige Verwaltungsakte sind nur zulässig, wenn dies gemessen

---

[286] Dazu, daß die gerichtliche Kontrolle des Verfahrens und des Entscheidungsinhalts bis zu einem gewissen Grad austauschbar sind S. *Pietzcker* in: Fs. f. Maurer, 2001, S. 695 (706 f.).

[287] Vgl. auch *Hoffmann-Riem* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 115 (153); *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 109 f.; *Hill*, DVBl 1993, 973 (978 f.) = in: Blümel/Pitschas (Hrsg.), Reform des Verwaltungsverfahrensrechts, 1994, S. 339 (353); *Brandt* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band II, 1990, S. 239 (251); *Tegethoff*, BayVBl 2001, 644 (647) nicht ausdrücklich verallgemeinernd, aber die Flachglas-Entscheidung in einem allgemeineren Kontext zitierend. Zurückhaltender *Scheuing*, VVDStRL 40 (1982), 153 (180); *H. Dreier*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 647 (666 f.); *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 35.

[288] *Hofmann* in: GK-BImSchG, § 8 Rn. 95; *Jarass*, BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 8 Rn. 12.

an der jeweiligen Verwaltungsaufgabe sachgerecht ist.[289] Die Abschnittsbildung bei der Planfeststellung unterliegt auch hinsichtlich ihres „Ob" dem Abwägungsgebot, so daß als berechtigtes Interesse (nur) Belange in Betracht kommen, die in die Abwägung eingestellt werden dürfen. Auch in der Entscheidung zur Plangenehmigung und Planfeststellung mit sich überschneidenden Gegenständen[290] hat das Bundesverwaltungsgericht untersucht, ob die Vorverlagerung „planerisch" gerechtfertigt sei, so daß es auch hier auf Belange ankam, die in die Abwägung eingestellt werden durften.

Es zeigt sich also, daß das berechtigte Interesse die Verlagerung nur dann sachlich rechtfertigen kann, wenn es in bezug auf die zu treffende Entscheidung berechtigt ist, daß es also in sachlichem Zusammenhang mit dieser stehen und sie irgendwie fördern muß. Ein berechtigtes Interesse in diesem Sinne besteht somit, wenn die Entscheidung in irgend einer Weise schneller, billiger, sachgerechter oder sonst besser, d.h. wenn sie (technisch, zeitlich oder finanziell) effizienter getroffen werden kann. Dies gilt nicht nur, wenn die Entscheidung in eine regelungsvorbereitende Absprache *vor*verlagert wird, sondern auch bei Verlagerungen in regelungs*ersetzende* Absprachen.

(bb) Erforderlichkeit eines „richtigen" Entscheidungsergebnisses

Maßstab für die „Richtigkeit" einer Sachentscheidung sind die für den jeweiligen Entscheidungsinhalt einschlägigen materiellen Vorschriften.[291] Die Entscheidung darf somit trotz ihrer Verlagerung im Ergebnis den einschlägigen materiellen Vorschriften nicht widersprechen (äußere Grenzen) und muß frei von Ermessens-, Abwägungs- oder Beurteilungsfehlern sein (innere Grenzen).[292] Maßgeblicher Zeitpunkt dafür ist der Zeitpunkt der Vor-Entscheidung, also der Absprache.

Dies findet sich auch in den untersuchten Beispielen wieder. Nach der Flachglas-Entscheidung darf die Vorentscheidung *inhaltlich nicht zu beanstanden* sein und muß „insbesondere den Anforderungen genügen, denen sie genügen müßte, wenn sie als Bestandteil des abschließenden Abwägungsvorgangs getroffen würde".[293] Teilgenehmigung und Vorbescheid sind

---

[289] Von den in Fn. 259 Genannten vor allem *Henneke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 35 Rn. 114; *H.-G. König*, BayVBl 1989, 33 (38); f. *J. Kopp*, DVBl 1989, 238 (239); *P. M. Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, S. 178.

[290] BVerwG, NVwZ-RR 1997, 208 ff.

[291] Dazu, was „Richtigkeit" bedeutet, vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 119 (1994), 590 (599 ff.); *Steinberg* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, 1990, 295 (298 ff).

[292] Vgl. *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (220).

[293] BVerwGE 45, 309 (321).

nur zulässig, wenn ein *positives vorläufiges Gesamturteil* vorliegt (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG) bzw. „die Auswirkungen der *geplanten* Anlage ausreichend beurteilt werden können" (§ 9 Abs. 1 BImSchG). Für die Abschnittsbildung in der Planfeststellung ergibt sich dasselbe aus dem Abwägungsgebot, dem die Abschnittsbildung unterliegt, und das zweierlei verlangt: Erstens müssen in die Abwägung auch Belange eingestellt werden, die erst den nächsten Abschnitt betreffen, soweit sie diesen präjudizieren, und zweitens muß jeder Abschnitt eine eigenständige Verkehrsfunktion haben, damit kein Planungstorso entsteht. Das bedeutet nichts anderes, als daß jeder Abschnitt als Abwägungsergebnis „allein stehen können" muß. Auch bei der Entscheidung zu Plangenehmigung und Planfeststellung mit sich überschneidenden Gegenständen[294] prüft das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich, ob kein Planungstorso droht und ob die Vorverlagerung keinen Versuch darstellt, die einschlägigen Lärmschutzbestimmungen zu umgehen.

Daß die Entscheidungsverlagerung in ein anderes Instrument nur zulässig ist, wenn die verlagerte Entscheidung materiell „richtig" ist, betrifft nicht nur die Instrumentenwahl, sondern primär die inhaltliche Dimension der Entscheidung. Es bedeutet nichts anderes, als daß die für die Rechtmäßigkeit des Entscheidungsinhalts geltenden Maßstäbe nicht davon abhängen, mittels welchen Instruments die Entscheidung getroffen wird. Welche materiellen Maßstäbe dies im einzelnen sind, soll als Frage der inhaltlichen Rechtmäßigkeit erst unten behandelt werden.

(cc) Einhaltung der Verfahrensvoraussetzungen

Gerade dann, wenn das Entscheidungsergebnis durch das materielle Recht nicht abschließend vorgegeben ist, sondern der Verwaltung ein Entscheidungsspielraum zukommt – und das Vorhandensein eines solchen Spielraums ist rechtlich wie faktisch Voraussetzung für Absprachen –,[295] dient das Verfahren nicht nur dazu, ein vorgegebenes Ergebnis nur noch zu finden, sondern es bringt das richtige Ergebnis inhaltlich selbst erst mit hervor. Der Inhalt der Entscheidung als Produkt des Verfahrens wird daher nicht nur durch das materielle Recht, sondern *auch* durch das Verfahren selbst gesteuert.[296]

Legt man die Formel vom Verfahren als „Verwirklichungsmodus des materiellen Verwaltungsrechts"[297] zugrunde, so erschöpft sich die dienende Funktion des Ver-

---

[294] BVerwG, NVwZ-RR 1997, 208 ff.

[295] Wegen der faktischen (Ver-) Handlungsspielräume s.o. Teil 1: E. I. (S. 99), wegen der rechtlichen Entscheidungsspielräume vgl. o. B. (S. 115 ff.).

[296] *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 161, 191, 600; *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (219); *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1997, 281 (28 f.).

fahrens nicht darin, austauschbarer Verwirklichungs*modus* des materiellen Rechts zu sein. Die Betonung verschiebt sich vielmehr auf das Verfahren als *Verwirklichungs*modus des materiellen Rechts:[298] Das materielle Recht ist zu seiner Verwirklichung auf das Verfahren angewiesen, und zwar nicht nur auf irgendein Verfahren, sondern auf ein Verfahren in einer ganz bestimmten Ausgestaltung.

Das Verfahren *führt* somit nicht nur zur materiellen Entscheidung, sondern es *steuert* diese auch. Dieser Steuerungszweck ist Bestandteil des Verfahrenszwecks. Der Verfahrenszweck ist daher nur erreicht, wenn auch sein Steuerungszweck erreicht ist. Das setzt wiederum voraus, daß zwar möglicherweise nicht alle, jedenfall aber *bestimmte* Verfahrensschritte durchgeführt werden, nämlich diejenigen, die den Inhalt der Entscheidung mit steuern. Das bestätigen § 46 VwVfG in der seit 19.9.1996 geltenden Fassung, § 75 Abs. 1a VwVfG und § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB, wonach Verfahrensfehler niemals unbeachtlich sind, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, daß ohne den Verfahrensfehler eine inhaltlich andere (ebenfalls rechtmäßige) Entscheidung in der Sache getroffen worden wäre.[299]

Daß eine Vorverlagerung der Entscheidung nur zulässig ist, wenn bestimmte Verfahrensanforderungen eingehalten werden, bestätigen die untersuchten Beispiele. So hat das Bundesverwaltungsgericht in der Flachglas-Entscheidung zurecht verlangt, daß die „planungsrechtliche Zuständigkeitsordnung" dadurch gewahrt ist, daß der Gemeinderat an der Vorentscheidung in einer Weise mitgewirkt hat, die es erlaubt, sie ihm als „seine" Entscheidung zuzurechnen.[300] Im Luftverkehrsrecht hat das Bundesverwaltungsgericht aus der Vorverlagerung der Entscheidung von der Planfeststellung in die Genehmigung zurecht die Konsequenz gezogen, daß die Anhörung der betroffenen Gemeinden schon im Genehmigungsverfahren und nicht erst im Planfeststellungsverfahren zu erfolgen hat.[301] Im Hinblick auf vorläufige Verwaltungsakte wird unisono betont, daß die Verwaltung durch den Erlaß

---

[297] *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (153).

[298] *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 8; vgl. auch *Pitschas* Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 161, 191, 600: Verfahren hat nicht nur dienende Funktion, sondern es besitzt als Steuerungsinstrument auch einen Eigenwert.

[299] Vgl. BVerwG 64, 33 (38 ff.): Dann und nur dann, wenn der Bebauungsplan in seinem Inhalt gerecht abgewogen ist, dürfen Fehler im Abwägungs*vorgang* vom Gesetzgeber für unbeachtlich erklärt werden, weil der Zweck des Abwägungsvorgangs, eine inhaltlich gerechte Abwägung hervorzubringen, trotz des Fehlers erreicht ist. Zu § 46 VwVfG n.F. vgl. *H. Meyer* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 46 Rn. 28. Es wird nicht verkannt, daß in aller Regel nicht feststeht, welche Entscheidung bei Einhaltung des Verfahrens getroffen worden wäre. Das spricht nicht gegen die hier vertretene Auffassung, sondern macht die Relevanz von Verfahrensfehlern deutlich (vgl. auch *Pauly* in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 25 (43 m. Fn. 42)).

[300] BVerwGE 45, 309 (321).

eines vorläufigen Verwaltungsakts nicht ihre Amtsermittlungspflicht umgehen darf.[302]

Die Entkoppelung von Entscheidungsvorgang und Verfahren durch Vorverlagerung der Entscheidung ist daher nur rechtmäßig, wenn diejenigen Verfahrensschritte eingehalten wurden, die eine Steuerungsfunktion für den Entscheidungsinhalt haben.

(d) Geeignetheit der Absprache als Instrument

Wie dargelegt, umfaßt der Vorrang des Gesetzes auch ein Anwendungsgebot.[303] Daraus folgt eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für die Entscheidungsverlagerung. Das Anwendungsgebot bedeutet, daß die Verwaltung erstens Entscheidungen treffen muß, die zweitens inhaltlich auf die Verwirklichung des Gesetzeszwecks abzielen. Damit ist es aber nicht getan, sondern die Entscheidungen müssen drittens auch mittels eines Instruments getroffen werden, das geeignet ist, den Inhalt der Entscheidung in die Wirklichkeit umzusetzen. Absprachen sind daher mit dem Vorrang des Gesetzes nur vereinbar, wenn sie als Instrument zum Gesetzesvollzug geeignet sind. Wenn sie im Gegenteil dazu führen, den Gesetzesvollzug zu umgehen, sind sie als Instrument unzulässig.

(e) Zwischenergebnis

Somit setzt die Entscheidungsverlagerung in eine Absprache hinein primär voraus, daß für diese Entscheidung nicht ein anderes Handlungsinstrument gesetzlich *zwingend* vorgeschrieben ist. Im Übrigen ist eine Verlagerung (nur) rechtmäßig, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist und die Entscheidung formell und materiell rechtmäßig ist. Die materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung betrifft aber ihren Inhalt; ebenso wie Verfahrensschritte, die Einfluß auf den Entscheidungsinhalt haben. Spezifisch auf die instrumentale Dimension (Wahl der Absprache als Handlungsinstrument) bezogen sind damit als Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen nur die sachliche Rechtfertigung durch ein berechtigtes Interesse sowie die Einhaltung der Verfahrensschritte, die an die Instrumentenwahl gekoppelt sind.

In dieser von der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen abhängigen Zulassung der Entscheidungsverlagerung liegt keine Kapitulation des Rechts vor kollusiven Absprachepartnern, sondern seine Einsicht in die Notwendigkeiten: Da offenbar

---

[301] BVerwGE 56, 110 (137); BVerwG, DÖV 1980, 135 (137); BVerwGE 81, 95 (106).

[302] Vgl. nur *Henneke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 35 Rn. 116 m.w.N.

[303] S. o. III. I. 1. b) (S. 118 ff.).

ein unabweisbares Bedürfnis für Absprachen besteht, würde deren ausnahmslose Nichtzulassung nicht verhindern, daß in der Praxis Absprachen getroffen würden. Nur indem man sie als Phänomen wahrnimmt und auch rechtlich grundsätzlich akzeptiert,[304] lassen sich ihnen auch wirksame Grenzen ziehen.

c) Die Rechtsfolge der unzulässigen Instrumentenwahl

Der Flachglas-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die wie dargelegt paradigmatisch ist, lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem es um die Rechtmäßigkeit des von der Vorentscheidung beeinflußten Bebauungsplans ging. Aus der Entscheidung folgt zunächst, daß der Bebauungsplan rechtswidrig ist, verallgemeinert also der der Vorentscheidung nachfolgende formale Akt (bzw. dessen Unterlassen). Darauf wird im 3. Teil näher eingegangen. Ob auch die Vorentscheidung selbst rechtswidrig ist, ergibt sich aus der Flachglas-Entscheidung nicht. Es wurde aber bereits oben erörtert, daß die Absprache selbst ebenfalls Gegenstand der Rechtmäßigkeitsbeurteilung ist.[305] Die Unzulässigkeit der Entscheidungsverlagerung bedeutet die Rechtswidrigkeit der Instrumentenwahl, also die Rechtswidrigkeit der instrumentalen Dimension der mit der Absprache getroffenen Entscheidung. Damit ist die Absprache rechtswidrig, ohne daß es auf die Rechtmäßigkeit ihrer inhaltlichen Dimension noch ankäme.

Daß bei einer unzulässigen Vorverlagerung bereits die Vorentscheidung rechtswidrig ist, bestätigt eine Entscheidung des OVG Berlin aus dem Jahr 1977.[306] Die dortigen Antragsteller wendeten sich im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gem. § 123 VwGO gegen die bevorstehende Genehmigung für die Rodung eines unter Landschaftsschutz stehenden Waldstücks, auf dem der Vorhabenträger ein Kraftwerk im Spandauer Forst errichten wollte. Die Rodungsgenehmigung sollte erteilt werden, bevor die erforderlichen Änderungen des Flächennutzungsplans und des Bebauungsplans sowie das erforderliche Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG durchgeführt worden waren. Das OVG erkannte, daß spätestens mit der Durchführung der Rodung die Entscheidung über den Standort des Kraftwerks gefallen wäre. Es maß deshalb der Rodungsgenehmigung, die „an sich" keine Drittwirkung hat, über die von der Rodung ausgehende Selbstbindung ausnahmsweise Drittwirkung zulasten der in der Nähe dieses Standortes wohnenden Antragsteller zu und bejahte deren Antragsbefugnis.

---

[304] Die Tendenz, Absprachen eher zu ignorieren, liegt der Auffassung zugrunde, man könne Absprachen zurückdrängen, indem man ihnen die rechtliche Anerkennung versagt (so *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 221 (s. auch S. 672); vgl. auch *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 175).

[305] A. I. (S. 102).

[306] OVG Berlin, NJW 1977, 2283 ff.

Hinsichtlich der Begründetheit der Anträge untersuchte das OVG die Erfolgsaussichten der Hauptsacheklagen und konzentrierte sich auf das Normenkontrollverfahren gegen die Änderung des Bebauungsplans. Es stellte fest, daß durch die Rodungsgenehmigung und durch die Durchführung der Rodung der Standort für das Kraftwerk in einer Weise festgelegt ist, daß im anschließenden Bauleitplanverfahren insoweit kein Abwägungsspielraum mehr bestehe. Dabei nimmt das OVG ausdrücklich auf die Flachglas-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und die dort entwickelten Kriterien bezug und meint, daß die Verkürzung des Abwägungsvorgangs mit Sicherheit zu erwarten sei, so daß die Abwägung des Bebauungsplans defizitär sein werde. Das OVG hält dann im konkreten Fall die Vorwegnahme der Entscheidung über den Standort des Kraftwerks für sachlich nicht gerechtfertigt.[307] Der Antrag auf die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO war daher im Ergebnis begründet und die Behörde durfte schon die Rodungsgenehmigung nicht erteilen, weil sie rechtswidrig wäre. Diese Entscheidung des OVG geht über die Flachglas-Entscheidung insofern hinaus, als sie die Rechtswidrigkeit des Abwägungsvorgangs bereits beurteilt, bevor er durchgeführt wurde und daraus die Rechtswidrigkeit bereits der Vorentscheidung folgert.

An dieser Entscheidung sind zwei für die vorliegende Untersuchung bedeutsame Dinge bemerkenswert: Erstens maß das OVG der Rodungsgenehmigung, die „an sich" keine Drittwirkung hat, in diesem Fall ausnahmsweise Drittwirkung bei. Das ist zutreffend, denn die Rodungsgenehmigung nahm auch die Entscheidung über den Standort des Kraftwerks vorweg. Diese Standortentscheidung *hat* Drittwirkung, so daß sie von den Betroffenen angefochten werden kann, gleichgültig, ob sie erst in der endgültigen Planungsentscheidung getroffen oder in die Rodungsgenehmigung (oder irgend ein anderes Instrument) [vor-] verlagert wird. Zweitens zog das OVG aus der Rechtswidrigkeit der (vorverlagerten) Standortentscheidung die Konsequenz, die Rodungsgenehmigung für rechtswidrig zu halten. Es ist also der auch hier vertretenen Ansicht, daß aus der Unzulässigkeit der Entscheidungsverlagerung die Rechtswidrigkeit der Maßnahme folgt, die die Sachentscheidung wirklich enthält.

> Da die Rodungsgenehmigung die Planungsentscheidung de facto vorwegnimmt, es diese Entscheidung also enthält, hätte ihre Rechtmäßigkeit darüber hinaus vorausgesetzt, daß die Planungsentscheidung auch materiell rechtmäßig ist. Die Rodungsgenehmigung hätte daher die „an sich" erst im Bebauungsplanverfahren durchzuführende Bürgerbeteiligung und die „an sich" erst in dem Bebauungsplanbeschluß vorzunehmende Abwägung ebenfalls vorwegnehmen müssen.

---

[307] OVG Berlin, NJW 1977, 2283 (2287).

2. Die Voraussetzungen der Entscheidungsverlagerung im einzelnen

a) Gesetzlicher Ausschluß

Oben wurde schon dargelegt, daß Rechtsvergleiche nicht mittels rechtsunverbindlicher Absprachen geschlossen werden können[308] und daß auch genehmigungsersetzende Absprachen unzulässig bzw. unmöglich sind.[309] Der Grund war jeweils, daß die mit dem Rechtsvergleich bzw. mit der Genehmigung bezweckte Rechtsgestaltung eine rechtliche Regelungswirkung voraussetzt, die Absprachen abgeht. Rechtsgestaltungen können daher durch Absprachen zwar vorbereitet, aber nicht ersetzt werden.

Dasselbe gilt für feststellende Verwaltungsakte. Diese beziehen ihre konstitutive rechtliche Regelungswirkung daraus, daß sie die durch Gesetz generell-abstrakt getroffene Regelung auf einen Einzelfall konkretisieren und individualisieren und so bestimmen, was im Einzelfall rechtens ist.[310] Der feststellende Verwaltungsakt versperrt somit aufgrund seiner Regelungswirkung den Rückgriff auf das Gesetz.[311] Diese Wirkung können Absprachen ebenfalls nicht haben.

Ferner gibt es Fälle, in denen es zwar möglich wäre, eine Regelung durch Absprache zu ersetzen, es dem Gesetz aber erkennbar darauf ankommt, daß eine rechtliche Regelung getroffen wird. Als Beispiel sei hier nur § 17 Abs. 3a S. 5 BImSchG genannt, der ausdrücklich verlangt, daß die Durchführung von Kompensationsmaßnahmen „durch Anordnung", d.h. durch Verwaltungsakt sicherzustellen ist.[312] Diese Anordnung darf nicht durch eine Absprache ersetzt (wohl aber vorbereitet) werden. Gleiches gilt in Fällen, in denen die Verwendung einer bestimmten Handlungsform nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, sich dem Gesetz aber durch Auslegung entnehmen läßt.

Eine gesetzliche Regelung, durch die informale Praktiken für die Zukunft ausgeschlossen werden, könnte § 12 BauGB sein. Diese Vorschrift greift wie in Teil 1 dargelegt nicht nur die zuvor informal praktizierte „konkrete Projektplanung" durch Bebauungsplan auf, sondern geht darüber hinaus, indem sie anstelle der bisher informellen Vereinbarung die Vertragsform vorschreibt. In Fällen, in denen den Akteuren die damit verbundene vertragliche Verpflichtung des Vorhabenträgers unerwünscht ist, wird jedoch weiterhin ein praktisches Bedürfnis für die be-

---

[308] S. o. B. II. 4. c) (S. 144). Für den Tatsachenvergleich gilt dasselbe (s.u. III. 3. c) (S. 212).

[309] S. o. 1. b) bb) (2) (a) (S. 162).

[310] So die berühmte Formel von *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 3. Aufl. 1924, S. 93.

[311] *Druschel*, Die Verwaltungsaktbefugnis, 1999, S. 190 f. m.w.N.

[312] Vgl. näher dazu und zu einem weiteren Fall u. IV. 2. b) cc) (2) (S. 267 ff.).

reits vorher betriebene informale Kooperation bei der „konkreten Projektplanung" bestehen. Daraus, daß § 12 BauGB für die Durchführungsvereinbarung die Vertragsform vorsieht, könnte zu schließen sein, daß der Gesetzgeber die Planung konkreter Projekte mittels Bebauungsplans nur unter der Voraussetzung zulassen will, daß eben diese vertragliche Bindung eingegangen wird. § 12 BauGB hat jedoch den Zweck, die Planung zu vereinfachen und zu beschleunigen.[313] Er dient daher dazu, den Gemeinden ein neues Planungsinstrument *zusätzlich* zur Verfügung zu stellen. Daß die informelle konkrete Projektplanung durch Bebauungsplan als daneben weiter bestehende Beschleunigungsmöglichkeit ausgeschlossen werden sollte, läßt sich § 12 BauGB daher nicht entnehmen. Die informale konkrete Projektplanung ist deshalb neben derjenigen durch vorhabenbezogenen Bebauungsplan grundsätzlich weiterhin in demselben Umfang wie vorher zulässig.

b) Gesetzliche Zulassung

Durch gesetzliche Regelung *zugelassen* sind Absprachen in den Fällen, die oben als Beispiele für eine gesetzliche (Teil-) Formalisierung genannt wurden, also § 2 Abs. 2 der 9. BImSchV, §§ 71c und 71e VwVfG, § 5 UVPG.[314]

c) Berechtigtes Interesse an der Entscheidungsverlagerung

Ein berechtigtes Interesse, das die Entscheidungsverlagerung in eine Absprache auch ohne gesetzliche Zulassung rechtfertigen kann, besteht, wenn die Entscheidung mittels einer Absprache schneller, billiger, sachgerechter oder sonst besser, also technisch, zeitlich oder finanziell effizienter getroffen werden kann.[315]

aa) Effizienz

Effizienter wird eine Entscheidung, wenn ihre „Wirkkraft" verbessert oder der Aufwand vermindert wird.[316]

---

[313] Vgl. zur Vorläufervorschrift des § 7 BauGBMaßnG *Gaentzsch* in: Schlichter/Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl. 1995, Rn. 2 zu § 7 BauGBMaßnG.

[314] S. o. Teil 1: A. II. 2. a) (S. 45 ff.).

[315] S. o. C. II. 1. b) cc) (2) (aa) (S. 177).

[316] Zu den zahlreichen Facetten des Begriffs der Effizienz vgl. *Hoffmann-Riem* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 11 ff.

(1) Sachgerechtigkeit

Der „klassische" Fall der Rechtfertigung der Entscheidungsvorverlagerung liegt dem Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde: Wird ein Bebauungsplan nicht wie im Regelfall als Angebot für Bauwillige erlassen, sondern um konkrete Vorhaben eines bestimmten Investors zu ermöglichen, besteht die Gefahr, daß insbesondere bei industrieller Nutzung an den Bedürfnissen des Investors „vorbeigeplant" wird.[317] In solchen Fällen ist es sinnvoll und sachgerecht, die zukünftigen Grundstücksnutzer (also die Betreiber der dort zu errichtenden Industrieanlagen) schon bei der Planaufstellung zu beteiligen. Die damit verbundene Entscheidungsverlagerung ist dann unerläßlich, um sicherzugehen, daß von dem Angebot des Bebauungsplans auch Gebrauch gemacht wird und die Planung nicht vergeblich ist.[318]

Das läßt sich auf alle Fälle verallgemeinern, in denen durch die Verlagerung sichergestellt wird, daß die Entscheidung nicht sinnlos ist. Sachgerecht ist eine Vorverlagerung aber auch dann, wenn ohne sie zwar nicht die Sinnlosigkeit der Entscheidung droht, wohl aber ihre „Wirkkraft" verstärkt werden kann. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn die Verwaltung im Umweltrecht Sanierungsabsprachen trifft, mit denen stärkere Umweltentlastungen erreicht werden können als durch einseitig-hoheitliche Anordnungen.[319]

(2) Beschleunigung

Plant ein Privater ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben, so hat die zuständige Behörde im Prinzip drei Möglichkeiten, über einen entsprechenden Antrag zu entscheiden: Wenn das Vorhaben so wie beantragt genehmigungsfähig ist, wird sie die Genehmigung erteilen. Gegebenenfalls kann die Genehmigung mit Nebenbestimmungen versehen werden, wenn dadurch die Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen sichergestellt werden kann. Kann die Genehmigungsfähigkeit nicht mehr mit Nebenbestimmungen hergestellt werden, sondern nur durch einen neuen, geänderten Antrag des Privaten, kann sich daraus ein zeitaufwendiges und teures „hin und her" ergeben. Dieses kann vermieden werden, wenn die Behörde und der Private schon bei der Vorbereitung des Antrags miteinander kooperieren und die Behörde so schon vor der förmlichen Antragstellung dem Privaten die Vor-

---

[317] S. schon o. Teil 1: A. II. 2. a) dd) (S. 49).

[318] BVerwGE 45, 309 (317).

[319] Daß dem durch das Koppelungsverbot und das Gesetzmäßigkeitsprinzip Grenzen gesetzt sind, ist keine Frage der Rechtfertigung der Entscheidungsverlagerung (und damit der Instrumentenwahl), sondern der inhaltlichen Rechtmäßigkeit der Absprache s. etwa u. C. IV. 4. b) bb) (S. 276 ff.), sog. „überobligatorischer Vollzug".

aussetzungen aufzeigen kann, die für eine Genehmigung erfüllt sein müssen. Diese Zeitersparnis stellt ein berechtigtes Interesse an der Entscheidungsverlagerung dar.

Unter bestimmten Voraussetzungen besteht sogar ein grundrechtlicher Anspruch des Privaten auf Beschleunigung: Wenn er eine Genehmigung nicht rechtzeitig bekommt, benötigt er sie möglicherweise überhaupt nicht mehr, weil beispielsweise der Markt für das Produkt, das in der zu genehmigenden Anlage produziert werden sollte, mittlerweile gesättigt ist oder weil seine „neue" Anlage mittlerweile technisch überholt ist und sie sich deshalb nicht mehr rentiert.[320] Sein grundrechtlich fundierter Anspruch auf die Genehmigung wird ihm in solchen Fälle rechtlich zwar erfüllt, faktisch aber endgültig und ohne wirksame Möglichkeiten des Primärrechtsschutzes versagt. Damit hat die Problematik der Rechtzeitigkeit als Element der Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG)[321] eine Parallele im Verwaltungsverfahren. Beschleunigung kann somit nicht nur „sachgerecht", sondern rechtsstaatlich und grundrechtlich geradezu geboten sein.[322]

Auch aus der Sicht der Behörde ist eine Beschleunigung oft wünschenswert, wenn es nämlich nicht um Genehmigungen, sondern um nachträgliche Anordnungen an bestehende umweltverschmutzende Anlagen geht. Der Private hat hier oft die Möglichkeit, durch das Einlegen von Rechtsbehelfen die Verwirklichung einer Ordnungsverfügung u. U. jahrelang zu blockieren. Der Verwaltung muß daran gelegen sein, daß der Private auf solche Rechtsmittel verzichtet und die Entscheidung sofort umgesetzt wird. Wenn sie dies durch eine Entscheidungsverlagerung erreichen kann, so ist dies prinzipiell im Sinne des Gesetzes (-zwecks). Im Extremfall kann eine verspätete Anwendung des Gesetzes mit seiner Nichtanwendung gleichbedeutend sein und damit gegen das Anwendungsgebot verstoßen, das Bestandteil des Gesetzesvorrangs ist.[323]

---

[320] Vgl. *Bullinger*, Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben, 1991, S. 21 f.; *Kuhla/Hüttenbrink*, DVBl 1996, 717 (718); *Schlichter*, DVBl 1995, 173 (175); vgl. auch *Ziekow*, DVBl 1998, 1101 ff. Zu einem Beispiel aus dem Strafvollzugsrecht (Entscheidung über Urlaubsanträge) vgl. BVerfGE 69, 161 (170).

[321] Dazu BVerfG, NJW 1999, 2582 f.; *Ziekow*, DÖV 1998, 941 ff. m. w. N. auch aus der Rechtsprechung des BVerfG; *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rn. 202 f.

[322] *Bullinger*, JZ 1993, 492 (493 f.); vgl. auch *Bachof*, VVDStRL 12 (1954), 37 (76); BVerfGE 60, 16 (41 f.); BVerfGE 69, 161 (169 f.); *Denninger* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 1992, § 113 Rn. 33; vgl. ferner *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (469); *Ronellenfitsch*, Beschleunigung und Vereinfachung der Anlagenzulassungsverfahren, 1994, S. 112.

[323] S. o. Fn. 57 (S. 118).

Eine angemessene Beschleunigung ist daher als berechtigtes Interesse an der Entscheidungsverlagerung anzuerkennen.

(3) Wirtschaftlichkeit

Neben den Gesichtspunkten der Sachgerechtigkeit (d.h. den Gesetzeszweck weiter zu fördern) und der Beschleunigung spielt auch die Wirtschaftlichkeit als berechtigtes Interesse eine Rolle. Zwar ist im einzelnen umstritten, ob und inwieweit für die Verwaltung das Wirtschaftlichkeitsgebot gilt.[324] Das Rechtsstaatsprinzip erfordert jedoch eine wirksame und leistungsfähige Verwaltung (Verwaltungseffizienz).[325] Ermittelte die Verwaltung in jedem Fall alle Umstände umfassend, könnten dadurch ihre persönlichen und/oder sachlichen Mittel so stark gebunden werden, daß zur Durchführung ihrer materiellen Aufgaben, also zur Anwendung der Gesetze durch Entscheidungen, „nichts mehr übrig bleibt"[326]; die Verwaltung bliebe dann „im Unerledigten stecken".[327] Ein solcher Zustand wäre verfassungswidrig,[328] weil die Gesetze nicht mehr vollzogen würden.[329] Deshalb ist die Verwaltung zur Wahrung ihrer Handlungs- und Leistungsfähigkeit generell nicht nur zu zügiger, sondern auch zu effektiver Erledigung verpflichtet.[330]

Im Ergebnis kann deshalb nicht zweifelhaft sein, daß der Verwaltungsaufwand nicht ins Unermeßliche gesteigert werden darf, sondern immer im Verhältnis zu der Bedeutung gesehen werden muß, die die Sache für die Allgemeinheit und den Einzelnen hat. Zweifelhaft können dann nur noch die Grenzen des Wirtschaftlichkeitsgedankens sein – eine Frage, die im jeweiligen Einzelfall zu beantworten ist;[331] dabei ist die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns als eigenständiger Wert mit zu berücksichtigen.

---

[324] Dafür *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (181 ff.); *Clausen* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 24 Rn. 10; *Stelkens/Kallerhoff* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 24 Rn. 36; dagegen *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl. 1995/98, § 21 Rn. 2; *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 217 ff.; differenzierend *Häberle*, AöR 98 (1973), 625 (629 ff.).

[325] *Häberle* in: Fs. Boorberg Verlag, S 47 (80); *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (469).

[326] *Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, S. 268.

[327] *Arndt*, Praktikabilität und Effizienz, 1983, S. 30, 79.

[328] *Arndt*, Praktikabilität und Effizienz, 1983, S. 79; vgl. auch *Voßkuhle*, Die Verwaltung 29 (1996), 511 (531).

[329] Vgl. o. B. I. 1. b) (S. 118): Anwendungsgebot.

[330] *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (178).

[331] Zu dem Verhältnis, in dem das rechtliche „Gebot, vor der Inanspruchnahme von Nichtstörern eigene Kräfte gegen die Störer einzusetzen" und die „Verfügbarkeit solcher Kräfte" zueinander stehen, vgl. BVerfG (Kammerentscheidung), NJW 2001, 1411 (1412).

Unter Beachtung der angedeuteten notwendigen Einschränkungen ist die Wirtschaftlichkeit, also das angemessene Verhältnis zwischen dem Verwaltungsaufwand und der Bedeutung der Sache daher als berechtigtes Interesse an der Enscheidungsverlagerung anzuerkennen. Dem kann man in Absprachen insbesondere gerecht werden, indem wiederum der Private die Behörde bei ihrer Amtsermittlung unterstützt anstatt sich dagegen zu wehren.

bb) Flexibilität

Absprachen zeichnen sich gegenüber rechtsförmigen Handlungsformen dadurch aus, daß sie flexibler sind als diese. Hierin wird übereinstimmend ein wichtiger Grund dafür gesehen, daß Absprachen überhaupt getroffen werden.[332] Sie haben den Vorteil, daß von ihnen bei Bedarf auch kurzfristig abgewichen werden kann, ohne dadurch gegen eine rechtliche Regelung zu verstoßen. So ist 1997 das Selbstbeschränkungsabkommen über die Zigarettenwerbung im Fernsehen (wieder einmal) ins Gerede gekommen, als die FIA[333] damit drohte, den Formel 1-Zirkus an Europa vorbeizuleiten, wenn die Schriftzüge der Tabakindustrie als zweitwichtigstem Sponsor auf den Rennwagen nicht gezeigt werden dürften. Das Selbstbeschränkungsabkommen wurde daraufhin für das Rennen am Nürburgring ausgesetzt, so daß die Tabakwerbung (anders als noch beim Rennen am Hockenheimring im selben Jahr) gezeigt werden durfte.[334] Von einer Rechtsverordnung oder einem Gesetz in dieser Weise abzuweichen wäre rechtswidrig gewesen.

Diese Flexibilität, eine Sachentscheidung an geänderte Umstände situationsgerecht anzupassen, kann – unabhängig von der Bewertung des geschilderten Beispiels – ebenfalls die Entscheidungsverlagerung rechtfertigen. Was im konkreten Fall situationsgerecht ist, bestimmen die an der Absprache Beteiligten grundsätzlich wiederum im Konsens, wenn nicht der Handlungsdruck auf einer Seite so stark ist, daß sie die Absprache einseitig bricht. Dies kann sie ohne Rechtsverstoß tun, denn sie verstößt nicht gegen eine rechtlich verbindliche Regelung, sondern „nur" gegen eine Absprache. Sie braucht daher rechtliche Sanktionen nicht zu befürchten, sondern läuft „nur" Gefahr, daß auch die andere Seite sich künftig nicht mehr an die Absprache hält. Wenn der Handlungsdruck so groß ist daß ein Absprachebeteiligter dies in Kauf nimmt, dann wird man auch dies als situationsgerechtes

---

[332] S. o. Teil 1: C. (S. 68 ff.) u. Teil 1: D. vor I. (S. 73).

[333] Fédération Internationale d'Automobile.

[334] Süddeutsche Zeitung vom 26.9.1997, S. 26; Wirtschaftswoche 1997, Nr. 44, S. 106. Das Werbeverbot des § 22 LMBG erfaßt nicht das Sponsoring (vgl. *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht, Band II, LMBG § 22 Rn. 12a), so daß gegen diese Vorschrift nicht verstoßen wurde.

Handeln anerkennen müssen, selbst wenn kein Konsens darüber zustandegekommen ist. Auch die (rechtlich nicht zu leugnende, aber wegen der faktischen Bindungswirkung von Absprachen faktisch eher als gering einzuschätzende) Möglichkeit, daß eine Absprache einseitig gebrochen wird, ist daher als Flexibilität zu situationsgerechtem Handeln anzuerkennen und vermag die Entscheidungsverlagerung zu rechtfertigen.

Dieser Flexibilität wohnt die Gefahr inne, daß die Umsetzung der mit der Absprache getroffenen Entscheidung verhindert wird und in dem konkreten Fall das vielbeschworene Vollzugsdefizit droht. Daraus folgt aber nicht, daß diese Flexibilität generell gegen die Wahl von Absprachen als Handlungsinstrument sprechen würde.[335] Denn diese Flexibilität ist in bestimmten Situtationen erforderlich, um überhaupt zu einer sinnvollen Entscheidung zu kommen.[336] Wenn die einschlägigen Gesetze eine verläßliche rechtliche Regelung verlangen, ist nach der hier vertretenen Auffassung die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument im Einzelfall unzulässig. Daß die hohe Flexibilität von Absprachen sich auch als mangelnde Verläßlichkeit darstellen kann, spricht also nicht generell gegen die Absprache als Handlungsinstrument, sondern nur in den Fällen, in denen gesetzlich eine hohe Verläßlichkeit gefordert ist.

cc) Akzeptanz?

Als ein Vorteil von Absprachen wird regelmäßig genannt, daß sie zu einer erhöhten Akzeptanz bei den Betroffenen führen, weil diese infolge ihrer Beteiligung bei der Entscheidungsfindung ihre Interessen zumindest subjektiv stärker berücksichtigt sehen.[337] Auf der anderen Seite wird die Ansicht vertreten, daß „der Rechtsstaat es nicht nötig haben (sollte), um den Gesetzesgehorsam zu buhlen".[338]

Die Wahrheit dürfte in der Mitte liegen: Der demokratische Rechtsstaat besitzt das Gewaltmonopol, mit dessen Hilfe er die in einem demokrati-

---

335 In diesem Sinne aber etwa *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 221 f.

336 Vgl. BVerwGE 45, 309 (317).

337 *Schulze-Fielitz*, DVBl 1994, 657 (659); *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1026); *Kunig/Rublack*, Jura 1990, 1 (11); *Schrader*, DÖV 1990, 326 (327); S. auch die „Leitlinien Umweltvorsorge" von 1986, zit. bei *Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988, S. 6; zum Begriff der Akzeptanz S. *Czybulka*, Die Verwaltung 26 (1993), 27; *Würtenberger*, NJW 1991, 257; zu Ursachen für Akzeptanzprobleme *Niehues* in: Barz u.a. (Hrsg.), Vollzugsfragen im Umweltschutz, 1994, S. 135 (135 f.).

338 So *Ronellenfitsch*, DVBl 1989, 851 (865); S. auch *dens.*, DÖV 1989, 737 (749) und *dens.* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band II, 1990, S. 185 (186); ähnlich *Röken*, DÖV 1989, 54: „Gesetzesgehorsam statt Gesetzesakzeptanz" sowie S. 59: „Akzeptanz lebt in Utopia – Gehorsam nur in der (manchmal bitteren) Realität".

schen und rechtsstaatlichen Verfahren gefundenen Entscheidungen auch gegen den Willen Einzelner durchsetzen kann.[339] Akzeptanz bei den Betroffenen *als Selbstzweck* ist daher kein Interesse, das dazu berechtigen könnte, von gesetzlichen Vorgaben abzugehen und Entscheidungsverlagerungen zu rechtfertigen.

Damit ist nicht gesagt, daß Akzeptanz nicht politisch wünschenswert, ja sogar erforderlich sei. Die Rechtsordnung ist darauf angewiesen, daß die Bürger ihr zumindest zum großen Teil freiwillig folgen, weil der Staat überfordert wäre, müßte er alle seine Bürger zur Befolgung des Rechts zwingen.[340] Ihre integrative Wirkung soll nicht bezweifelt werden.[341] Dies betrifft aber mehr die *verwaltungspolitische* Ebene, nicht die hier ausschlaggebende rechtliche.

Akzeptanz wird aber in aller Regel auch nicht als Selbstzweck angestrebt, sondern hat „Folgeeffekte". So wird ein Betroffener, der eine ihm nachteilige Entscheidung akzeptiert, keine Rechtsbehelfe dagegen einlegen. Das dient der Beschleunigung der Entscheidungsverwirklichung und damit dem Gesetzeszweck. Dieser Aspekt ist bereits als geeignet bewertet worden, die Verlagerung zu rechtfertigen.[342]

Ein weiterer Aspekt, unter dem Akzeptanz als wünschenswert oder gar erforderlich angesehen wird ist das Demokratieprinzip.[343] Mit der zunehmenden Delegation von Entscheidungsbefugnissen durch den Gesetzgeber auf die Verwaltung erforderliche Ergänzung der demokratischen Legitimation der einzelnen Verwaltungsentscheidung lasse sich durch Mitwirkung der betroffenen Privaten, also durch Kooperation bewerkstelligen.[344] Wie oben schon dargelegt, sind einzelne

---

339 *Maurer*, Staatsrecht, 1999, § 1 Rn. 14.

340 *N. Horn*, Einführung Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 1995, Rn. 105 u. 107; *Braun*, JuS 1994, 727 (728 ff.); *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 13. Aufl. 1999, § 3 II 2, § 9 Abs. 1 S. 2 (soweit dort von Legitimation die Rede ist, ist nicht die demokratische Legitimation nach dem Grundgesetz im juristischen Sinne gemeint, sondern ein „tatsächlicher Motivationsmechanismus" in einem soziologischen Sinne, a.a.O. § 16 I 2); *Würtenberger*, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, 1996, S. 61; *Hill*, JZ 1988, 377 (377); *Voßkuhle*, VerwArch 92 (2001), 185 (202 f.).

341 Vgl. *Würtenberger*, Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, 1996, S. 23 f.: Ausgehend von der Funktion von Verwaltungsverfahren, die rechtlich richtige Entscheidung zu bestimmen, kann das, was „im nicht normativ gesteuerten Raum ‚rechtlich richtig' ist, ... auch durch Akzeptanz und Konsens bestimmt werden". S. ferner a.a.O. S. 56 ff.

342 S. o. aa) (2) (S. 186).

343 Vgl. *Hill*, DVBl 1993, 973 (975 f. u. 976) = in: Blümel/Pitschas (Hrsg.), Reform des Verwaltungsverfahrensrechts, 1994, S. 339 (346 u. 347).

344 *Hill*, DVBl 1993, 973 (977) = in: Blümel/Pitschas (Hrsg.), Reform des Verwaltungsverfahrensrechts, 1994, S. 339 (346 u. 347), 1994, S. 339 (350) m.w.N.; *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 569 f.; vgl. auch *Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 206; *Schmidt-Aßmann*, Jura 1979, 505 (507).

Betroffene jedoch nicht demokratisch legitimiert, so daß deren Mitentscheidung im Hinblick auf das Demokratieprinzip nicht wünschenswert ist.[345]

3. Instrumentenwahlermessen

Ist nach dem Dargelegten die Entscheidungsverlagerung zulässig, steht die Instrumentenwahl im Ermessen der Behörde (Instrumentenwahlermessen).[346] Dieses wird der Verwaltung in der Regel durch das berechtigte Interesse eröffnet, das die Entscheidungsverlagerung in die Absprache hinein rechtfertigt.

a) Ermessensfehler bei der Instrumentenwahl

Auch für den instrumentalen Ermessensspielraum gilt die Ermessensfehlerlehre. Die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument ist daher erstens in dem unrealistischen Fall rechtswidrig, daß die Verwaltung meint, nicht anders als durch Absprache handeln zu dürfen, obwohl ihr auch andere Instrumente zur Verfügung stehen (*Ermessensausfall*). Zweitens dürfen zur Vermeidung von *Ermessensüberschreitungen* keine sachfremden Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Da die Instrumentenwahl kein Selbstzweck ist, sondern dazu dient, eine Entscheidung zu treffen und in die Wirklichkeit umzusetzen, dürfen in die Instrumentenwahl nicht nur instrumentale, sondern auch solche Gesichtspunkte mit einfließen, die der inhaltlichen Dimension der Entscheidung entstammen. Dies wird insbesondere bei regelungsersetzenden Absprachen deutlich: Bei diesen besteht die Leistung des Privaten beispielsweise in der Sanierung einer Anlage und die Gegenleistung der Verwaltung zumindest auch darin, von einer Sanierungsverfügung durch Verwaltungsakt abzusehen, also die Entscheidung über die durchzuführenden Sanierungsmaßnahmen nicht durch Verwaltungsakt, sondern durch Absprache zu treffen. Die Leistung des Privaten betrifft also die inhaltliche Dimension der Entscheidung, diejenige der Verwaltung zumindest auch die instrumentale. Hier wirkt sich aus, daß es sich nicht um zwei Entscheidungen handelt (eine inhaltliche und eine instrumentale), sondern um zwei Dimensionen ein- und derselben Entscheidung.

Sachgerecht sind daher alle Gesichtspunkte, die auch in bezug auf den Inhalt der Entscheidung sachgerecht sind. Hinzu kommen solche Erwägungen, die spezifisch die Instrumentenwahl betreffen, wie etwa die Eignung der Absprache zur Umsetzung der Entscheidung in die Wirklichkeit.

---

[345] S. o. Teil 1: D. II. 2. (S. 93 ff.).

[346] S. o. II. 5. b) bb) (S. 150 ff.).

b) Ermessensreduktion auf die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument

Nach der oben[347] bereits zitierten Passage aus dem Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts können im Planungsrecht „dem Planverfahren vorgeschaltete Besprechungen, Abstimmungen, Zusagen, Verträge u.a.m. ... *geradezu unerläßlich* sein, um überhaupt sachgerecht planen und eine angemessene, effektive Realisierung dieser Planung gewährleisten zu können".[348] Damit wird implizit die Möglichkeit einer Ermessensreduktion anerkannt, denn wenn eine sachgerechte Planung ohne Absprache nicht möglich ist, ist das Instrumentenwahlermessen jedenfalls dahin reduziert, daß es *irgendwelche* Absprachen geben muß.[349] Nicht festgelegt ist damit jedoch, welchen Inhalt diese Absprachen haben müssen (das würde eine Reduzierung auch des inhaltlichen Ermessens voraussetzen). Wenn wie bei der Bauleitplanung die Satzung als Handlungsinstrument vorgeschrieben ist (§ 10 Abs. 1 BauGB), andererseits aber das Instrumentenwahlermessen dahin reduziert ist, daß es eine (regelungsvorbereitende) Absprache geben *muß*, so bleibt es weiterhin der Ermessens- (bzw. Abwägungs-) entscheidung der Gemeinde überlassen, *inwieweit* die Planung durch die Absprache vorweggenommen wird: Beispielsweise kann es unerläßlich sein, den Standort einer Anlage sowie bestimmte Lärmschutzmaßnahmen in der Absprache vorwegzunehmen. *Diese Teile* des Bebauungsplans müssen dann in der Absprache entschieden werden; der inhaltliche Spielraum ist dann insoweit reduziert, daß sich aus dem Standort und den Lärmschutzmaßnahmen in ihrem Zusammenwirken keine Überschreitung von Lärmgrenzwerten ergeben darf. Diese Bindung umfaßt aber nicht die Frage, *wie* Standort und Lärmschutzmaßnahmen gewählt werden, um die Grenzwerte einzuhalten; diese Fragen unterstehen weiterhin dem *inhaltlichen* Abwägungsspielraum.

Dem *instrumentalen* Ermessen der Gemeinde bleibt in diesem Beispiel ferner überlassen, ob sie auch Aspekte der Baugestaltung schon in der Absprache vorwegnimmt (dafür kann sprechen, daß der private Vorhabenträger fertig ausgearbeitete Planzeichnungen vorlegt, die Grundlage der Verhandlungen sind) oder ob sie diese der abschließenden Abwägung im Gemeinde-

---

347 Oben II. 1. b) cc) (1) (a) (S. 167).

348 BVerwGE 45, 309 (317) – Hervorhebung nicht im Original.

349 Vgl. auch *Schulze-Fielitz* in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 225 (242), der allerdings auf eine Reduktion des *Verfahrens*ermessens abstellt. Die bei *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 101, zitierte Verwaltungsvorschrift des Landes Nordrhein-Westfalen verbietet demgegenüber schlechthin jede Vorausbindung. Da sie in den beschriebenen Fällen gegen Außenrecht verstößt, wäre sie dann unanwendbar und die Vorausbindung auch entgegen der Verwaltungsvorschrift zulässig.

rat überläßt (§ 214 Abs. 3 S. 1 BauGB – das kann sachgerecht sein, wenn der Vorhabenträger noch keine Planzeichnung hat).

III. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

1. Grundsätzliches: Absprachen und Verfahrensvorschriften

Bevor die Verfahrensanforderungen näher betrachtet werden, die an Absprachen zu stellen sind, soll einem Einwand begegnet werden, der gegen eine „Formalisierung" informellen Verwaltungshandelns und gegen den Versuch erhoben wird, das informelle Verwaltungshandeln rechtlich „einzufangen".

a) Abdrängen der Praxis in ein „noch informelleres" Vorfeld

Dieser Einwand lautet, daß in der Praxis Absprachen den Zweck haben, einer zu weitgehenden Verrechtlichung und Formalisierung auszuweichen und zusätzliche Verfahrensanforderungen ein Ausweichen in ein wiederum vorgelagertes, quasi „noch informelleres" Vorfeld zur Folge haben müßten.[350] In der Tat kann man sich fragen, welchen Sinn Verfahrensvorschriften machen, die an die Praxis unrealistische Anforderungen stellen. Impossibilum nulla est obligatio. Natürlich soll hier nicht die Forderung erhoben werden, überspannte Anforderungen als nichtig zu betrachten. *Rechtlich* sind sie selbstverständlich wirksam – aber *praktisch* sind sie es nicht.[351]

Bei der Beurteilung der *Rechtmäßigkeit* von Absprachen kann dieses Bedenken jedoch nicht ausschlaggebend sein.[352] Staatliches Handeln, das gegen geltendes Recht verstößt, ist rechtswidrig. Das gilt auch für „noch informellere" Verhaltensweisen, wenn sie die unerläßlichen verfahrensrechtlichen Minimalanforderungen mißachten. Dasselbe gilt, wenn sie für sie geltende gesetzliche Verfahrensanforderungen mißachten, die über diese Minimalanforderungen hinausgehen.

---

[350] Vgl. *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 239; *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 25; *Brohm* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, 1990, 253 (256 f.); *ders.*, DÖV 1992, 1025 (1030); *Lange*, VerwArch 82 (1991), 1 (15 f.); *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1202); *Dose*, Die Verwaltung 27 (1994), 91 (98); *M. Schröder*, NVwZ 1998, 1011 (1015) m.w.N.

[351] S. o. Teil 1: C. (S. 68 ff.).

[352] So auch *Helberg*, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 226: Kapitulation vor der „normativen Kraft des Faktischen".

Das drohende erneute Ausweichen der Praxis kann deshalb nur für die *rechtspolitische* Diskussion Bedeutung haben und die Forderung tragen, sich mit dem gesetzlichen Aufstellen von Verfahrensanforderungen maßvoll zurückzuhalten.[353] Dennoch muß auch bei solchen rechtspolitischen Überlegungen das verfassungsrechtlich Geforderte sowie der Umstand im Auge behalten werden, daß Verfahrensvorschriften für die Sachgerechtigkeit des Verwaltungshandelns sowie für seine Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit gerade dann eine wichtige Rolle spielen, wenn die inhaltlichen Vorgaben schwach sind.

b) Die Bedeutung des Verfahrens für den Inhalt *von Verwaltungsentscheidungen*

Das Verwaltungsverfahren hat – wie bereits erörtert – nach herkömmlicher Auffassung zwar die Funktion, der Durchsetzung und der Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen und damit „nur" Hilfsfunktion.[354] Ebenfalls bereits dargelegt wurde, daß der Ablauf des Verfahrens für dessen Ergebnis dennoch nicht irrelevant ist, sondern Einfluß auf den Inhalt der Entscheidung hat.[355] Verfahrensvorschriften, die diesen Zweck haben, die inhaltliche Richtigkeit von Sachentscheidungen zu gewährleisten, müssen für die jeweilige Sachentscheidung immer eingehalten werden, gleichgültig mittels welchen Instruments diese Entscheidung getroffen wird,[356] also auch bei Absprachen. Das gilt insbesondere für solche Anforderungen, die sich aus dem Gedanken des Grundrechtsschutzes durch Verfahren ergeben.[357]

c) An die Form *des Verwaltungshandelns anknüpfende Verfahrensvorschriften*

Allerdings beziehen sich nicht alle Verfahrensvorschriften auf den Inhalt der Entscheidung; einige knüpfen vielmehr an das Handlungsinstrument an. Das deutet schon § 9 VwVfG an, nach dem das VwVfG unmittelbar nur

---

[353] Vgl. dazu u. Teil 4: A. II. (S. 352).

[354] Nachweise o. Fn. 94 (S. 130).

[355] S. o. A. II. 2. a) (S. 106) sowie o. II. 1. b) cc) (2) (cc) (S. 179).

[356] Das wird durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Anhörung der Gemeinden bei der luftverkehrsrechtlichen Genehmigung belegt (vgl. o. II. 1. b) cc) (1) (f) [S. 172]).

[357] Näher dazu unten 4. a) aa) (S. 215). *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 136 hält in solchen Fällen eine Analogie zu den entsprechenden Verfahrensvorschriften für entbehrlich. Man könnte dies auch anders herum sehen und gerade mit diesem Argument die Vergleichbarkeit der Sachverhalte und damit die analoge Anwendung der Vorschriften bejahen.

für solche Entscheidungsvorgänge gilt, die auf den Erlaß eines Verwaltungsakts oder den Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet sind. Hintergrund dafür sind die unterschiedlichen Wirkungen, die die verschiedenen Handlungsinstrumente unabhängig von ihrem Inhalt haben (rechtlich oder faktisch, generell-abstrakt oder individuell-konkret) sowie die verschiedenen Modi des Zustandekommens (einseitig-hoheitlich oder konsensual). Wenn die Verwaltung ein bestimmtes Handlungsinstrument benutzt, um dessen spezifische Wirkungen herbeizuführen, dann hat sie (gewissermaßen als Kehrseite der Medaille) auch die daran geknüpften Kautelen zu beachten.

Dies bestätigt sich, wenn man beispielsweise die Bekanntmachungsvorschriften betrachtet: Ein Verwaltungsakt ist gem. § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG demjenigen Beteiligten bekanntzugeben, für den er bestimmt oder der von ihm betroffen ist. Diese individuell-konkrete Bekanntgabe korrespondiert mit seiner individuell-konkreten Regelungswirkung. Rechtsnormen müssen – entsprechend ihrer generell-abstrakten Regelungswirkung – öffentlich bekanntgemacht werden.[358] Verwaltungsverträge müssen überhaupt nicht bekanntgemacht werden, weil sie aufgrund ihres konsensualen Zustandekommens denjenigen, die von ihnen berechtigt oder verpflichtet werden, bekannt sind (selbst betroffenen Dritten, § 58 Abs. 1 VwVfG). Verwaltungsvorschriften müssen nicht veröffentlicht werden, sondern werden durch intern bleibende Rundschreiben und Ministerialblätter bekanntgemacht – was ihrer rein internen Regelungswirkung entspricht.

Ähnlich verhält es sich mit der Begründung von Verwaltungsentscheidungen: Gem. § 39 VwVfG sind schriftliche Verwaltungsakte zu begründen. Unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes durch Verfahren müssen u.U. auch mündlich erlassene Verwaltungsakte begründet werden.[359] Verwaltungsverträge brauchen demgegenüber nicht begründet zu werden, weil sie durch Willensübereinstimmung zustandekommen und bei ihnen (idealiter) ein Austausch von Meinungen und Ansichten während der Verhandlungen stattfindet. Der Zweck, der mit der Begründungspflicht verfolgt wird, wird bei Verträgen deshalb schon durch die Art und Weise ihres Zustandekommens erreicht.

Das einzuhaltende Verfahren hängt somit zum Teil auch von dem Handlungsinstrument ab, mit dem eine Verwaltungsentscheidung getroffen wird. Ob solche Verfahrensvorschriften bei Absprachen einzuhalten sind, hängt davon ab, ob das Handlungsinstrument, für das sie unmittelbar gelten, mit der Absprache vergleichbar ist.[360] Dies wird unten für einzelne Verfahrensvorschriften gesondert erörtert.

---

[358] Vgl. schon *Jhering*, Der Zweck im Recht I, 4. Aufl. 1904, S. 270.

[359] *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 39 Rn. 16.

2. Zuständigkeit

Die Zuständigkeitsordnung verfolgt (auch) den Zweck, daß staatliche Entscheidungen „von den Organen getroffen werden, die nach Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen“[361]. Mit der Zuständigkeit einer Behörde für eine bestimmte Entscheidung verbindet sich daher ein hohes Maß an Wahrscheinlichkeit dafür, daß sie für die Entscheidung am besten geeignet ist.[362] Damit ist die Zuständigkeitsordnung nicht bloßer Selbstzweck, sondern zielt auch darauf ab, daß staatliche Entscheidungen möglichst „richtig“ getroffen werden.[363] Sie hat damit eine der „Sachrichtigkeit“ der *inhaltlichen* Entscheidung dienende Funktion und gilt deshalb nicht nur für rechtsförmiges Verwaltungshandeln, sondern für alle staatlichen (Sach-) Entscheidungen und damit auch für Absprachen. Gerade wenn die Verwaltung einen weiten Spielraum hat – wie bei Absprachen meist der Fall –, ist auch die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung von großer Bedeutung.[364]

Da die Zuständigkeitsordnung also der inhaltlichen Richtigkeit der Sachentscheidung dient, ist zur Bestimmung der Zuständigkeit für Absprachen auf den Inhalt der Absprache abzustellen: Für eine Absprache ist diejenige Behörde zuständig, die auch zum Erlaß der vorbereiteten oder ersetzten Regelung zuständig wäre.

Als Problem wird die Zuständigkeit bei Absprachen dadurch entschärft, daß eine Behörde, der die Zuständigkeit fehlt, in der Regel eine sehr schlechte Verhand-

---

[360] Wenn demgegenüber die Ansicht vertreten wird, eine analoge Anwendung handlungsformbezogener Vorschriften des VwVfG komme grundsätzlich nicht in Betracht (so etwa *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 32 Rn. 6 m.w.N.), erscheint dies als zu sehr begrifflich gedacht: Der begriffliche Gegensatz zwischen der Informalität von Absprachen und rechtsförmigem Verwaltungshandeln schließt deren Vergleichbarkeit in einzelnen Aspekten des Verfahrens und damit die analoge Anwendbarkeit von Verfahrensvorschriften nicht aus. Für eine differenzierte Betrachtung auch *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 135 ff.

[361] BVerfGE 68, 1 (86 f.); BVerfGE 98, 218 (252). Dieser Satz ist vom BVerfG zwar im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung formuliert worden, gilt aber genauso auch für die Frage der verwaltungsrechtlichen Zuständigkeit. Vgl. schon *Jhering*, Der Zweck im Recht I, 4. Aufl. 1904, S. 304.

[362] *Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 1971, S. 67.

[363] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 21 Rn. 46; *Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 1971, S. 67 f.; BVerfGE 68, 1 (86). Da in der Bestimmung der Zuständigkeit durch den Gesetzgeber zugleich auch eine Entscheidung darüber liegt, welche *praktischen* Möglichkeiten der Bürgers hat, seine Rechte zu verfolgen, dient die Zuständigkeitsordnung „auch“ seinem Schutz, so daß er Zuständigkeitsfehler gerichtlich geltend machen kann (*Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 1971, S. 67 f.).

[364] Vgl. *Niehues*, Prüfungsrecht, 3. Aufl. 1994, Rn. 26.

lungsposition hat: Da es nicht in ihrer Hand liegt, kann sie insbesondere auch das Unterlassen einer Handlung, zu der sie nicht zuständig ist, nicht als Tauschmasse in die Verhandlungen einbringen. Es wird deshalb oft erst gar nicht zu einer Absprache mit einer unzuständigen Behörde kommen.[365]

Im Folgenden soll nun untersucht werden, welche Zuständigkeitsprobleme sich für einzelne Absprachetypen ergeben.

a) Normersetzende Absprachen

Normersetzende Absprachen können unterteilt werden in solche, die förmliche Bundes- oder Landesgesetze ersetzen sollen und solche, die an die Stelle untergesetzlicher Rechtsnormen, also Rechtsverordnungen oder Satzungen treten sollen. Es ist jeweils die Verbands- und die Organkompetenz zu wahren.

aa) Gesetzesersetzende Absprachen

Gesetzesersetzende Absprachen werden in der Regel von der Bundes- oder einer Landesregierung bzw. von einzelnen Ministerien getroffen.[366] Häufig werden sie aber auch als horizontale Absprachen (Selbstbeschränkungsabkommen) zwischen Privaten getroffen, weil sie von einer Regierung oder einem Ministerium durch Druck oder durch Anreize veranlaßt wurden.[367] In diesen Fällen ist dieser Einfluß auf die Absprache das zu beurteilende staatliche Handeln.[368]

(1) Verbandskompetenz für gesetzesersetzende Absprachen

Bei gesetzesersetzenden Absprachen ist zunächst die föderative Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Ländern zu beachten.[369] Maßgeblich ist dabei nicht die Exekutivzuständigkeit, sondern die Gesetzge-

---

[365] *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 160. Vgl. jedoch *Kippes*, Bargaining, 1995, S. 200: Der Private verhandelt oft nicht mit der zuständigen, sondern mit der Behörde, die er am ehesten unter Druck setzen kann. Diese kann jedoch in einer Absprache glaubwürdig nicht mehr zusagen als den ihr möglichen Einfluß auf die zuständige Behörde zu nehmen.

[366] *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (796); *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1010).

[367] Vgl. die Typologie und die Beispiele bei *v. Zezschwitz*, JA 1978, 497 (498 ff.); weitere Beispiele bei *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1006); *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (794).

[368] Vgl. o. Teil 1: B. VI. 5. (S. 66).

[369] *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (795 f.); *Oldiges*, WiR 1973, 1 (20 f.); *Baudenbacher*, JZ 1988, 689 (697); ebenso bei gesetzesvorbereitenden Absprachen (BVerfG, NVwZ 2002, 585 (587)).

bungszuständigkeit,[370] weil es Gesetze sind, die ersetzt werden sollen. Die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit, die das Grundgesetz in den Art. 70 ff. vornimmt, könnte sonst unterlaufen werden. Daß die Gesetzgebungskompetenzen an den Inhalt des Gesetzes anknüpfen, wird auch sprachlich deutlich, wenn von Gesetzgebungs*materien* die Rede ist.[371]

Am Rande sei bemerkt, daß gesetzesersetzende Absprachen im Bereich der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes – trotz eines offenbar bestehenden Bedürfnisses – praktisch kaum getroffen werden dürften, wenn man auf die Exekutivzuständigkeit abstellen würde. Die Länder hätten zwar dann gem. Art. 83 GG regelmäßig die Zuständigkeit zum Treffen von Absprachen, könnten von dieser aber keinen Gebrauch machen, weil sie mangels Gesetzgebungszuständigkeit gesetzgeberische Untätigkeit nicht glaubhaft in Aussicht stellen könnten.[372]

(2) Organkompetenz für gesetzesersetzende Absprachen

Die Organkompetenz für gesetzesersetzende Absprachen steht dem jeweiligen Gesetzgeber (Bundes- oder Landesgesetzgeber) zu. „Der Gesetzgeber" ist jedoch nicht ein bestimmtes Organ, sondern „er" besteht aus allen Organen, die an der Gesetzgebung beteiligt sind. Von diesen kann keines für sich beanspruchen „der Gesetzgeber" zu sein; selbst das Parlament ist es meist nur im Zusammenwirken mit anderen Organen. Daher können die Organe, die zusammen „den Gesetzgeber" bilden, nur jeweils über ihre eigenen Befugnisse bei der Gesetzgebung bestimmen, nicht aber über die der anderen.[373] Die Bundes- oder eine Landesregierung, die eine gesetzesersetzende Absprache treffen, können daher genaugenommen nicht zusagen, daß kein Gesetz erlassen wird, sondern nur, daß sie keinen Gesetzentwurf einbringen werden, und so sind ihre Erklärungen auch zu verstehen.[374] Werden Gesetzesvorlagen, die aus der Mitte des Bundestages oder vom Bundesrat eingebracht wurden, vom Bundestag als Gesetz beschlossen, liegt darin also

---

[370] *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (795 f.), dort auch näher dazu, daß im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung Bund und Länder nebeneinander gesetzesersetzende Absprachen treffen können; *Oldiges*, WiR 1973, 1 (20); *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 72, *Helberg*, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 90, allerdings mit gewissen Einschränkungen betreffend die Überwachung der Einhaltung der Selbstverpflichtungen.

[371] Vgl. z.B. *Maurer*, Staatsrecht, 1999, § 17 Rn. 23.

[372] *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (795); *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1029 Fn. 30); *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 71 f.

[373] *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (796).

[374] *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 154 ff.

kein Bruch der Absprache.[375] Wenn die Regierung eine gesetzesersetzende Absprache trifft, werden die Befugnisse des Bundestages oder des Bundesrates bei der Gesetzgebung daher nicht tangiert.

Bedenken, daß gesetzesersetzende Absprachen der Regierung oder von Ministerien die Balance zwischen der Exekutive und der Legislative gefährden,[376] sind deshalb aber nicht unbegründet.[377] In der heutigen Verfassungswirklichkeit hat ein von der Opposition aus der Mitte des Bundestages eingebrachter Gesetzesentwurf bei der die Bundesregierung tragenden Bundestagsmehrheit wohl kaum eine Chance, wenn die Bundesregierung in einer Absprache zugesagt hat, daß ein solchen Gesetz nicht erlassen werde. Dazu sind die parteipolitischen Bindungen zwischen der Regierungsfraktion und der Regierung heute zu stark.[378] Dies ist allerdings weniger ein Problem des rechtsunverbindlich-kooperativen Staatshandelns als der Überlagerung staatlicher Gewaltenteilung durch die politischen Parteien.[379]

Die Organkompetenz für gesetzesersetzende Absprachen kann somit allen Organen zustehen, die auch an der Gesetzgebung mitwirken und über den Inhalt von Gesetzen mitentscheiden können.[380] Danach kann an gesetzesersetzenden Absprachen in erster Linie die Bundes- bzw. Landesregierung mitwirken, aber auch das Parlament und auf Bundesebene der Bunderat können rechtlich gesehen gesetzesersetzende Absprachen treffen;[381] das Parlament könnte dabei sogar zusagen, daß ein Gesetz nicht erlassen wird. Praktisch vorstellbar ist dies jedoch kaum. Der Bundespräsident kann dagegen nicht an gesetzesersetzenden Absprachen mitwirken, weil er bei der inhaltlichen Gestaltung von Gesetzen keinen politischen Handlungsspielraum hat.[382]

bb) Sonstige normersetzende Absprachen

Absprachen werden auch getroffen, um untergesetzliche Rechtsnormen, also Rechtsverordnungen oder Satzungen zu ersetzen. Absprachen, die

---

[375] Vgl. *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1010); *Müggenborg*, NVwZ 1990, 909 (917); *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 74.

[376] *Oldiges*, WiR 1973, 1 (21); *J. Becker*, DÖV 1985, 1003 (1010).

[377] So aber *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (796 in Fußn. 58).

[378] Vgl. dazu etwa *Herzog* in: Maunz/Dürig, GG Art. 20 Rn. V. 29; *Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, § 23 I 3 a vor α, S. 1032; *v. Arnim*, DÖV 1985, 593 (597); BVerfGE 49, 70 (85 f.); *P. Kirchhof*, NJW 2001, 1332 ff.

[379] Zur Dominanz der politischen Parteien im politischen System der Bundesrepublick Deutschland vgl. *Streinz* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 2, 2000, Art. 21 Rn. 24 ff.

[380] *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1029); *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (796).

[381] *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (796).

[382] *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (796).

Rechtsverordnungen ersetzen sollen, sind dabei relativ unproblematisch.[383] Für sie ist die Behörde zuständig, die die Rechtsverordnung zu erlassen hätte.

Schwieriger ist die Lage bei satzungsersetzenden Absprachen insbesondere der kommunalen Gebietskörperschaften. Gemeindesatzungen etwa werden vom Gemeinderat beschlossen, die sie ersetzenden Absprachen trifft aber meist der Bürgermeister.[384] Problematisch ist hier deshalb die Organkompetenz. Die Gemeinde wird vom Gemeinderat verwaltet (in Bayern gem. Art. 29 BayGO), soweit nicht der erste Bürgermeister selbständig entscheidet (in Bayern gem. Art. 37 BayGO). Deshalb wird der Gemeinderat in der Regel über eine satzungsersetzende Absprache der Gemeinde mit einem Privaten zu beschließen haben, wenn nicht ein Fall des Art. 37 BayGO vorliegt, wobei insbesondere der Tatbestand der dringenden Anordnungen oder unaufschiebbaren Geschäfte in Betracht kommt. Dabei sind hieran strenge Anforderungen zu stellen, denn wenn dem ersten Bürgermeister der Erlaß von Satzungen allenfalls in seltenen Ausnahmefällen als Dringlichkeitsaufgabe zustehen kann,[385] kann ihm auch die Zusage, daß eine Satzung nicht erlassen werde, nur in ebenso eng begrenzten Ausnahmefällen ohne vorherigen Gemeinderatsbeschluß gestattet sein.

Fraglich ist aber, wie hoch die „Regelungsdichte" des Ratsbeschlusses sein muß. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Flachglas-Urteil entschieden, daß die Mitwirkung des Gemeinderats an den Vorentscheidungen „in einer Weise gesichert werden [muß], die es gestattet, die Vorentscheidungen (auch) dem Rat zuzurechnen".[386] Daraus kann nicht die Forderung resultieren, der Rat müsse selbst über den Inhalt der Absprache entscheiden – dann könnte er auch gleich endgültig über die Sache entscheiden. Auch wäre die Entscheidung nicht mehr das Ergebnis von Verhandlungen, wenn es vom Gemeinderat (einseitig) beschlossen würde. Es ist aber zu verlangen, daß durch Ratsbeschluß dem Bürgermeister zumindest ein Rahmen abgesteckt wird, den er bei den Verhandlungen nicht überschreiten darf. Wenn die Umstände, insbesondere die Dauer der Verhandlungen es zulassen, muß ferner der Bürgermeister den Rat vom Stand der Verhandlungen unterrichten, so daß dieser durch Beschluß neue Vorgaben machen kann. Zumindest sinnvoll wird es oft auch sein, wenn je ein Vertreter aller Ratsfraktionen an den Verhandlungen teilnimmt.

---

383 *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1029).

384 *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1029).

385 *Hölzl/Hien*, Bayerische Gemeindeordnung Art. 37 Anm. IV und Art. 23 Anm. 6a; *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Art. 37 GO, Anm. 13; sogar für völlig ausgeschlossen hält dies *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, 10. Aufl. 2000, Rn. 110 u. 244.

386 BVerwGE 45, 309 (321).

Hat der Gemeinderat einen Beschluß gefaßt, der den hier skizzierten Anforderungen genügt, ist für das Aushandeln der Absprache der erste Bürgermeister zuständig, der die Beschlüsse des Gemeinderates vollzieht (Art. 36 S. 1 Hs. 2 BayGO) und die Gemeinde nach außen vertritt (Art. 38 Abs. 1 BayGO).

Daß der erste Bürgermeister einer Gemeinde satzungsersetzende Absprachen nicht ohne die Mitwirkung des Gemeinderates treffen kann, während gesetzesersetzende Absprachen von der Regierung grundsätzlich ohne Mitwirkung des Parlamentes getroffen werden können, ist entgegen dem ersten Anschein kein Widerspruch. Denn das Verhältnis zwischen Parlament und Regierung ist insgesamt ein ganz anderes als das zwischen Gemeinderat und erstem Bürgermeister:[387] Während das Parlament der Legislative zugehört, ist der Gemeinderat ein Organ der Exekutive. Es ist deshalb möglich, daß der Gemeinderat – unter der Voraussetzung eines berechtigten Interesses und durch einen Ratsbeschluß mit der eben erläuterten Regelungsdichte – dem ersten Bürgermeister gestattet, über seine, des Gemeinderates Kompetenzen zu verfügen. Im Verhältnis zwischen der Regierung und dem Parlament ist dies nicht möglich, denn damit würde das Parlament nicht nur über seine Kompetenz verfügen, sondern auch ein Stück der Staatsfunktion „Legislative" auf die Exekutive übertragen und damit das Gleichgewicht der Gewaltenteilung des Grundgesetzes gefährden. Die Regierung kann daher in Absprachen nur über ihre eigenen Kompetenzen innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens verfügen – und das konsequenterweise ohne Mitwirkung des Bundestages.

b) Normvollziehende Absprachen

aa) Normvollziehende regelungsersetzende Absprachen

Für normvollziehende regelungsersetzende Absprachen ist die Behörde zuständig, die auch für den Erlaß der ersetzten Regelung zuständig wäre. Problematisch kann auch hier wieder die Organkompetenz werden, wenn eine Gemeinde eine regelungsersetzende Absprache trifft. Hier gilt das eben zu den „sonstigen normersetzenden Absprachen" Gesagte entsprechend.

bb) Normvollziehende regelungsvorbereitende Absprachen

(1) Absprachen ohne inhaltliche Vorentscheidung

Rein verfahrensbezogene Absprachen ohne Vorentscheidung über den Inhalt der späteren Regelung kommen zustande, wenn die Behörde und der Antragsteller ihr Verhalten im Verfahren miteinander koordinieren, um so

---

[387] Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen Gemeinderat und Parlament vgl. (mit Blickrichtung auf die Fraktionen) *Fichtner,* Die Fraktion im Bayerischen Gemeinderecht, 1997, S. 53 ff. m.w.N.

das Verfahren zu beschleunigen. Auch wenn die Behörde den Antragsteller über erforderliche Unterlagen oder Formulare sowie über die Voraussetzungen der beantragten Genehmigung informiert, ist damit noch keine inhaltliche Vorentscheidung verbunden. Für solche rein verfahrensbezogenen Absprachen ist die Behörde zuständig, die als Genehmigungsbehörde das Verfahren durchführt.

Beispielsweise in das Planfeststellungsverfahren sind mehrere Behörden involviert. Gem. §§ 73 und 74 VwVfG sind die Planfeststellungsbehörde und die Anhörungsbehörde in der Regel verschieden.[388] Der Planfeststellungsbeschluß wird von der Planfeststellungsbehörde getroffen, während die Anhörungsbehörde das Anhörungsverfahren durchführt und an dessen Ende eine Stellungnahme zu dessen Ergebnis abgibt (§ 73 Abs. 9 VwVfG). Dementsprechend „zerfällt" auch die Zuständigkeit für Absprachen im Rahmen von Planfeststellungsverfahren: Den Inhalt des Planfeststellungsbeschlusses betreffende Absprachen dürfen nur mit der Planfeststellungsbehörde getroffen werden. Die Anhörungsbehörde ist demgegenüber nur für Absprachen zuständig, die das Anhörungsverfahren betreffen. Die Anhörungsbehörde hat zwar durch die Abfassung der Stellungnahme gem. § 73 Abs. 9 VwVfG faktisch durchaus Einfluß auf den Inhalt des Planfeststellungebeschlusses und verfügt damit faktisch durchaus über ein gewisses inhaltliches Verhandlungspotential. Mangels Zuständigkeit darf sie dieses jedoch nicht nutzen. Absprachen, mit denen die Anhörungsbehörde verspricht, über die Stellungnahme Einfluß auf den Inhalt des späteren Planfeststellungsbeschlusses zu nehmen, sind daher rechtswidrig.

Muß in einer Gemeinde der Gemeinderat über die endgültige Rechtsfolgeentscheidung beschließen, kann dennoch der Bürgermeister verfahrensbezogene Absprachen treffen, solange damit keine inhaltlichen Festlegungen verbunden sind. Denn in der Gemeinde ist der Gemeinderat (nur) für die inhaltlichen Entscheidungen zuständig, während die verwaltungsmäßige Vorbereitung der Ratsbeschlüsse dem Bürgermeister obliegt[389], wozu auch das Treffen von verfahrensbezogenen Absprachen ohne inhaltliche Festlegungen gehört.

---

[388] *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 73 Rn. 7.

[389] Vgl. *Schmidt-Aßmann* in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999, 1. Abschn. Rn. 73.

(2) Absprachen mit inhaltlicher Vorentscheidung (Vorausbindung)

Für regelungsvorbereitende Absprachen mit inhaltlicher Vorentscheidung ist die Behörde zuständig, die auch für die vorbereitete Regelung zuständig ist.

Hier kann es bei Absprachen der Gemeinden wiederum zu Problemen der Organkompetenz kommen, wenn der Bürgermeister die Absprache für die Gemeinde trifft, für die Sachentscheidung aber der Gemeinderat zuständig ist. Hier gilt das oben (zu den „sonstigen normersetzenden Absprachen") Gesagte[390] entsprechend: Der Gemeinderat kann dem Bürgermeister zwar nicht das Verhandlungsergebnis diktieren, muß ihm aber inhaltliche Vorgaben machen, die es erlauben, die mit der Absprache getroffene Entscheidung „(auch) dem Rat zuzurechnen". Betrifft die faktische Vorausbindung dagegen nur Fragen, die nicht in die Kompetenz des Gemeinderates fallen, kann der Bürgermeister solche Absprachen auch ohne Gemeinderatsbeschluß treffen.[391]

3. Untersuchungsmaxime

Absprachen betreffen oft die Tatsachengrundlage für Verwaltungsentscheidungen, d.h. die Behörde verläßt sich auf die Angaben, die ihr privater Absprachepartner informell zum Sachverhalt macht, anstatt durch eigene Untersuchungen die Tatsachen selbst zu ermitteln.[392] Teilweise ist die Ermittlung des Sachverhalts überhaupt nur im Zusammenwirken mit den betroffenen Privaten in vollem Umfang möglich.[393] Die Verwaltung kann durch Kooperation auch privaten Sachverstand für öffentliche Zwecke nutzbar machen.[394]

Das gilt nicht nur für Vergleichsabsprachen, sondern ist auch bei Austauschabsprachen denkbar, wenn eine Behörde sich im Rahmen einer Absprache auf Angaben des Privaten (z.B. eines Anlagenbetreibers) verläßt, anstatt eigene Ermittlungen anzustellen. Das kann beispielsweise so aussehen, daß der Private bereit ist, etwa Bodenuntersuchungen auf eigene Kosten durchzuführen, wenn die Verwaltung ihm dafür bei der dabei anzuwenden-

---

390 S. o. a) bb) (S. 200).

391 Vgl. *Ebsen*, JZ 1985, 57 (58 u. 59 in Fußn. 40).

392 Vgl. *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), S. 161 (186 f.); *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 89 f.

393 *Schrader*, DÖV 1990, 326 (328).

394 *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1026); *Sendler*, JuS 1983, 255 (257); s. auch *Rohde*, DÖV 1979, 485 (488); kritisch *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 33.

den Meß- oder Untersuchungsmethode entgegenkommt. Die Verwaltung erspart sich so eigenen Aufwand, allerdings um den Preis, daß die Untersuchung nach einer dem Privaten günstigeren Methode vorgenommen wird.

Es stellt sich die Frage, ob solche Absprachen gegen die Untersuchungsmaxime verstoßen. Die Untersuchungsmaxime beruht auf dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, denn dieses schließt es mit ein, daß die Verwaltung auch das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen einer Norm ermitteln muß.[395] Deshalb gilt die Untersuchungsmaxime ebenso wie jenes Prinzip generell für jedes Verwaltungshandeln.[396]

a) Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung

Der Ermittlungstätigkeit sind jedoch durch verschiedene Faktoren Grenzen gesetzt, die es der Verwaltung erlauben oder sogar gebieten, weniger intensiv zu ermitteln.[397] Dabei ist immer von dem Grundsatz der möglichst vollständigen Ermittlung auszugehen (Untersuchungs*grundsatz*); Abweichungen hiervon bedürfen der Rechtfertigung.

aa) Verhältnismäßigkeit bei „Ermittlungseingriffen"

Zur Sachverhaltsermittlung sind häufig Eingriffe in die Rechte Privater notwendig, beispielsweise durch Auskunftspflichten, Duldung von Augenscheinnahmen oder Durchsuchungen bis hin zu körperlichen Untersuchungen.[398] Auch für solche Grundrechtseingriffe gelten der Gesetzesvorbehalt und der rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Deshalb darf die Eingriffsintensität bei der Ermittlung zu dem angestrebten Ergebnis des Verwaltungsverfahrens nicht außer Verhältnis stehen.[399]

---

[395] *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (165); *ders.*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, S. 245 f.; *Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 1971, S. 71; *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (453); *Marwinski* in: Brandt/Sachs (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, 1999, Rn. B 124.; vgl. auch *Schmidt-Aßmann* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. 1995, § 24 Rn. 76.

[396] Vgl. *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (451); *Kunig/Rublack*, Jura 1990, 1 (5).

[397] *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (168 ff., 187 ff.); *ders.*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, S. 263 ff.; zu den Erkenntnismitteln im Verwaltungsprozeß und deren Beschränkung durch die Erfordernisse des Geheimnisschutzes s. *Rosenberger*, Geheimnisschutz und Öffentlichkeit im Verwaltungsverfahren und -prozeß, Diss. Bayreuth 1998, S. 128 ff.

[398] Vgl. *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (167, 172).

[399] *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (172 f., 188 f.); *Stelkens/Kallerhoff* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 24 Rn. 36.

Umgekehrt ist aber auch eine besonders intensive Ermittlung durchzuführen, wenn besonders schwerwiegende Entscheidungen zu treffen sind.[400] Absprachen, in deren Rahmen die Behörde dem Privaten bezüglich des Umfanges und der Sorgfalt der Ermittlungen entgegenkommt, sind daher rechtswidrig, wenn sie eine so schwerwiegende Entscheidung betreffen, daß nach einer Abwägung aller Umstände eine weitere Sachverhaltsaufklärung geboten gewesen wäre.

bb) Zeitdruck

Oben wurde schon gesagt, daß eine angemessene Beschleunigung ein sachlicher Grund ist, der die Entscheidungsverlagerung in eine Absprache hinein rechtfertigen kann, weil der Grundrechtsschutz Beteiligter eine rasche, „rechtzeitige" Entscheidung erfordert.[401] Möglichst vollständige Sachverhaltsermittlung und rasche, rechtzeitige Entscheidung sind somit als zwei Elemente des Rechtsstaatsprinzips gegeneinander abzuwägen.[402] Der Zeitfaktor setzt daher der Sachverhaltsermittlung Grenzen, wenn diese eine so lange Zeit in Anspruch nimmt, daß die Verwaltung ineffektiv wird und die Rechte des Bürgers oder die Gesetzesbefehle wegen Zeitablaufs nicht mehr verwirklicht werden können und in diesem Sinne die Entscheidung zu spät getroffen wird.[403]

Daß vollständige Sachverhaltsermittlung und rasche, rechtzeitige Entscheidung gegeneinander abzuwägen sind, bedeutet aber auch eine Grenze für Absprachen: Der Zeitfaktor kann dann keine Einschränkung der Sachverhaltsermittlungen rechtfertigen, wenn durch die Ermittlungen keine Verzögerungen drohen, die hinsichtlich der Grundrechte oder des Gesetzesbefehls die verzögerte Entscheidung sinnlos machen würden.

cc) Wirtschaftlichkeit

Ob die Wirtschaftlichkeit ein Gesichtspunkt ist, unter dem sich eine Begrenzung der Ermittlungen ergeben kann, ist streitig.[404] Oben wurde aber bereits dargelegt, daß im Ergebnis der Verwaltungsaufwand nicht ins Uner-

---

[400] *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (188); *Clausen* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 24 Rn. 13.

[401] S. o. II. 2. c) aa) (2) (S. 186).

[402] Vgl. *Bullinger*, JZ 1993, 492 (494).

[403] *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (178, 189); *Clausen* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 24 Rn. 13; OVG Koblenz, NuR 1986, 134 (134 f.); *Marwinski* in: Brandt/Sachs (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, 1999, Rn. B 154.

[404] S. o. Fn. 324 (S. 188).

meßliche gesteigert werden darf, sondern immer im Verhältnis zu der Bedeutung gesehen werden muß, die die Sache für die Allgemeinheit und den Einzelnen hat.[405] Der behördlichen Ermittlung sind damit dann Grenzen gesetzt, wenn der Aufwand, der für die Ermittlung getrieben wird, deutlich außer Verhältnis steht zu dem Ertrag der Ermittlung und den möglichen Folgen einer wegen unzureichender Ermittlung rechtswidrigen Verwaltungsentscheidung.[406]

dd) Streitträchtigkeit

In Verwaltungsverfahren werden – anders als in gerichtlichen Verfahren – nicht nur pathologische Fälle entschieden, sondern überwiegend Fälle, in denen Streit nicht zu erwarten ist. Daher muß sich im Verwaltungsverfahren die Sachverhaltsaufklärung im Normalfall auch nicht an den pathologischen Fällen orientieren, sondern kann sich mit informellen Informationen begnügen und auf das äußere Erscheinungsbild des Sachverhalts vertrauen.[407] Nur in Ausnahmefällen, wenn Streit entsteht oder zu erwarten ist, oder wenn Rechte Dritter betroffen oder gefährdet sind, verlangt die Untersuchungsmaxime eine kritische Überprüfung des äußeren Anscheins und der informellen Informationen durch Intensivierung der Ermittlungen.[408] Das gleiche gilt, wenn die Behörde Anhaltspunkte dafür hat, daß sie durch informelle Informationen getäuscht werden soll.

Bei Absprachen ist Streit mit dem absprachebeteiligten Privaten nicht zu erwarten, weil die Absprache diesen gerade vermeiden soll. Wenn nur der beteiligte Private von der Absprache betroffen ist, und die Behörde keinen Grund hat anzunehmen, daß seine Angaben unrichtig sind, darf sie sich mit seinen informellen Informationen zufriedengeben. Etwas anderes gilt aber für drittbelastende Absprachen. Betroffene Dritte werden sich mit hoher Wahrscheinlichkeit gegen die Beeinträchtigung ihrer Interessen wehren. In solchen Fällen muß die Behörde zu intensiveren eigenen Ermittlungen greifen, um die Interessen des Dritten richtig würdigen zu können. Denn welche Umstände in einer Verwaltungsentscheidung zu berücksichtigen sind und deshalb ermittelt werden müssen, steht als Bestandteil des Gesetzmä-

---

[405] S. o. II. 2. c) aa) (3) (S. 188).

[406] *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (182, 189); *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, S. 213 f.; *Eversberg*, Der Zeitfaktor im bundesimmissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, Diss. Tübingen 1999, S. 25 ff.; OVG Koblenz, NuR 1986, 134 (134 f.).

[407] *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (168 f., 188).

[408] *Berg*, Die Verwaltung 9 (1976), 161 (168 ff., 188); *Clausen* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000 § 24 Rn. 13; *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 108.

ßigkeitsprinzips nicht zur Disposition der Beteiligten.[409] Mißachtet die Behörde dies und trifft eine Absprache, in deren Rahmen sie weniger intensiv ermittelt, obwohl wegen der Betroffenheit eines Dritten (etwa eines Nachbarn oder eines Konkurrenten) Streit zu erwarten ist, so hat das die Rechtswidrigkeit der Absprache zur Folge.

b) Aus der Untersuchungsmaxime folgende Grenzen des Verfahrensermessens

Die Abwägung zwischen den genannten Faktoren und dem Gesetzmäßigkeitsprinzip, auf dem die Untersuchungsmaxime beruht, fällt in das Verfahrensermessen der ermittelnden Behörde,[410] so daß sie hier einen gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren Spielraum hat,[411] den sie mit Absprachen ausfüllen kann. Dabei hat sie jedoch die Grenzen des Verfahrensermessens zu beachten. Diese sind dann überschritten, wenn die Verwaltung im Einzelfall[412] eine konkrete Ermittlungsmaßnahme unterläßt, obwohl die einschlägigen ermittlungsbegrenzenden Faktoren dies vor dem Untersuchungs*grundsatz* nicht zu rechtfertigen vermögen. Dabei ist der Zweck des Verfahrensermessens zu beachten (vgl. § 40 VwVfG), möglichst den „richtigen" Sachverhalt mit angemessenem Aufwand in angemessener Zeit zu ermitteln und der Subsumtion zugrundezulegen.[413]

aa) Geeignetheit der Ermittlungsmaßnahmen

Dieser Zweck des Verfahrensermessens wird dann verfehlt, wenn die Verwaltung eine Ermittlungsmethode anwendet, die zur Ermittlung der entscheidungserheblichen Tatsache ungeeignet ist.[414] In dem oben genannten Beispiel, daß der absprachebeteiligte Private eine Schadstoffuntersuchung

---

[409] *Kunig/Rublack*, Jura 1990, 1 (5).

[410] *Hill*, NVwZ 1985, 449 (453 f.); *Stelkens/Kallerhoff* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 24 Rn. 36; a.A. *Clausen* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 24 Rn. 9 m.w.N.

[411] S. o. B. II. 1. d) (S. 128).

[412] Dazu, daß die Beweislastverteilung im Falle der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts eine Frage der Anwendung der einschlägigen materiellen Vorschriften *im Einzelfall* sind, vgl. dezidiert *Berg*, Die Verwaltung 33 (2000), S. 139 (145 ff.). Dasselbe muß für die Beurteilung gelten, welche Beweismittel zu ergreifen sind, um Schwierigkeiten bei der Sachverhaltsaufklärung zu überwinden.

[413] Zu den ermessensleitenden Gesichtspunkten vgl. ausführlicher *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 106 ff.

[414] *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 106.

selbst finanziert und dafür eine ihm günstigere Untersuchungsmethode anwenden darf, muß die angewendete Methode daher naturwissenschaftlich-technisch vertretbar sein. Unvertretbare, d.h. zur Untersuchung ungeeignete Methoden würden die Grenzen des Verfahrensermessens überschreiten, weil sie ungeeignet wären, den Untersuchungszweck zu fördern.

bb) Sachverhaltsangaben des Privaten und „nachvollziehende Amtsermittlung"

(1) Sachverhaltsangaben des Privaten

Auch inwieweit die Behörde informellen Informationen des Privaten vertrauen darf, hängt von den Umständen ab. Im Subventionsrecht beispielsweise sind durch Verwaltungsvorschriften geregelte Mitwirkungsobliegenheiten weit verbreitet: Der Antragsteller muß die für die Subventionsgewährung erforderlichen Angaben selbst machen. Die Behörde prüft diese Angaben dann nur noch auf ihre Nachvollziehbarkeit und gewährt auf dieser Tatsachengrundlage die Subvention.[415] Ähnlich ist die Lage bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, wo die Mitwirkungsobliegenheit dem Antragsteller mit § 6 UVPG sogar gesetzlich aufgegeben ist. Der Vorhabenträger hat danach die entscheidungserheblichen Unterlagen der Behörde vorzulegen. Die Behörde prüft die Unterlagen dann nur noch auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit.[416] Darin erschöpft sich ihrer Ermittlungstätigkeit. Insofern ist bereits von einer „nachvollziehenden Ermittlung"[417] sowie von einer Verschiebung der Gewichte von der Amtsermittlungspflicht und den ihr immanenten Mitwirkungslasten hin zu „nachhaltiger privater Verfahrensverantwortung" die Rede.[418]

Dem entspricht die Situation, in der die Verwaltung vom Privaten im Rahmen einer Absprache informell Sachverhaltsinformationen bekommt. Daß diese informelle Mitwirkung des Privaten an der Sachverhaltsaufklä-

---

415 *Berg*, GewArch 1999, 1 (6).

416 *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 131; *Wahl* in: Kroeschell (Hrsg.), Recht und Verfahren, 1993, S. 155 (174); vgl. auch *Erbguth/Schink*, UVPG, 2. Aufl. 1996, § 6 Rn. 1.

417 *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991. Vgl. auch BVerfGE 98, 83 (99) zur „nachvollziehenden Amtsermittlung" bei der Anlagengenehmigung nach dem BImSchG.

418 *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 131; Wahl in: Kroeschell (Hrsg.), Recht und Verfahren, 1993, S. 155 (174); *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160 (180 f.). Vgl. auch *Hoffmann-Riem*, DVBl 1994, 605 (605 f.): „Staatliche Sachverhaltsermittlung nur als Auffangnetz für den Fall einer defizitären privaten Ermittlung"; ebenso BVerfG, NJW 1998, 2346 (2348).

rung weder auf Gesetz noch auf Verwaltungsvorschrift beruht, macht für die hier behandelte Frage keinen grundsätzlichen Unterschied. Entscheidend ist, ob den Anforderungen, die die Untersuchungsmaxime an die Sachverhaltsermittlung stellt, genügt ist, wenn die Verwaltung Informationen von privater Seite bekommt. Die Frage lautet also, welche Anforderungen an die behördliche Überprüfung der privaten Informationen zu stellen sind.

(2) Erforderlichkeit der „nachvollziehenden Amtsermittlung"

Grundsätzlich gilt, daß die Behörde auch bei einer solchen „nachvollziehenden Ermittlung" nicht von ihrer eigenen Verfahrensverantwortung befreit ist. Es bleibt beim Grundsatz der Amtsermittlung. Die Verwaltung ist verpflichtet, die Angaben des Privaten auf ihre Nachvollziehbarkeit und Stimmigkeit zu überprüfen. Enthalten die Angaben Ungereimtheiten oder erfährt die Verwaltung sonst irgendwelche Tatsachen, die geeignet sind, Zweifel an den Angaben des Privaten zu wecken, ist sie aufgrund der Untersuchungsmaxime grundsätzlich verpflichtet, die „Version" des Privaten durch eigene Ermittlungen zu überprüfen und ggf. den „wirklichen" Sachverhalt selbst zu ermitteln.[419] Erst recht darf die Verwaltung nicht „sehenden Auges" von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgehen.[420] Die staatliche Untersuchungspflicht bleibt also als „Reserve" bestehen.

Wie streng die nachvollziehende Prüfung der Behörde sein muß, hängt als Frage des Verfahrensermessens[421] von den Umständen des Einzelfalls ab. Dabei kommt es auch darauf an, wie naheliegend eine Falschinformation durch den Privaten nach der Interessenlage ist.[422] Beruhen die Informationen auf informellen Absprachen, wird oft Anlaß dafür bestehen, daß die Verwaltung „genau hinschaut", ob die Angaben stimmen. Bei Absprachen beispielsweise, mit denen nachträgliche Anforderungen nach § 17 Abs. 1 S. 2 BImSchG vorbereitet werden, hat der Anlagenbetreiber ein erhebliches

---

[419] *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 117. Vgl. auch *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 135 Punkt 13: „Die Behörde begeht einen Verfahrensfehler durch mangelhafte Sachaufklärung, wenn sie ... sich auf die Sachdarlegung von Beteiligten verläßt, obwohl nach der Lage des Einzelfalles nicht davon ausgegangen werden kann, daß der Sachverhalt allein aus Beteiligtensicht angemessen aufzuklären ist".

[420] *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 121; *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (455).

[421] *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 131.

[422] Zu den Gefahren einer (zu) weit reichenden Mitwirkung des Vorhabenträgers bei der Umweltverträglichkeitsprüfung vgl. *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 130.

Interesse daran, bei der Sachverhaltsermittlung „gut wegzukommen", weil die Behörde bei solchen Schutzauflagen kein Ermessen hat. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Fälle, in denen Absprachen getroffen werden, darf dies jedoch nicht pauschaliert werden. Vielmehr ist jeder Einzelfall auch anhand der Interessenlage zu prüfen. Wenn es Anhaltspunkte gibt, die Anlaß zu einer genaueren Sachverhaltsprüfung durch die Verwaltung ergeben, darf diese davor nicht aus dem Grund die Augen verschließen, daß ein genaueres Hinsehen einem bereits gefundenen und ansonsten sinnvollen Kompromiß die Grundlage entziehen würde. So bestimmen die Grenzen des Verfahrensermessens auch die Grenzen der Haltbarkeit von Kompromissen.

cc) Ausgewogenheit der Amtsermittlung

Das Verfahrensermessen wird auch dann überschritten, wenn die Behörde bei mehreren Handlungsalternativen einseitig nur „in eine Richtung" ermittelt.[423] Auch durch Absprache darf die Behörde daher nicht ohne weiteres bestimmte Ermittlungsmaßnahmen oder gar Handlungsalternativen im Sinne einer Negativauswahl ausschließen, auch wenn damit noch keine positive Festlegung auf eine bestimmte Alternative verbunden ist. Das bedeutet nicht, daß alle Alternativen während des gesamten Verfahrens mit gleicher Intensität verfolgt werden müssen; vielmehr können im Laufe des Verfahrens nach und nach Entscheidungsvarianten ausgeschieden werden, die „nach Lage der Dinge" nicht (mehr) in Betracht kommen. Auf diese Weise darf sich das Verfahren auf eine Alternative hin „verdichten". Bei der (Zwischen-) Entscheidung, eine Alternative auszuscheiden, muß der Sachverhalt noch nicht umfassend, sondern „nur so genau und vollständig" ermittelt sein, daß er die vor-auswählende Entscheidung zuläßt.[424] Das heißt aber auch, daß das Verfahrensermessen überschritten wird, wenn der Sachverhalt noch nicht „so genau und vollständig" ermittelt ist. Im Zuge der Absprache kann die Verwaltung aber durchaus Informationen vom Privaten erlangen, die (nach einer Überprüfung anhand der eben beschriebenen Kriterien) für die Ausscheidung anderer Alternativen durch eben diese Absprache ausreichen. In einem solchen Fall verstoßen Absprachen nicht gegen die Untersuchungsmaxime.

---

[423] *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 135 (Ziff. 8).

[424] Für die Planfeststellung vgl. etwa *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kap. 3 Rn. 172; BVerwG, NVwZ 1998, 513 (514 f.); BVerwG, NVwZ 1997, 165 (167).

c) § 55 VwVfG analog als Grenze für Vergleichsabsprachen?

Von der Übernahme privater Informationen ist der Tatsachenvergleich zu unterscheiden. Der Unterschied liegt darin, daß beim Tatsachenvergleich eine bei verständiger Würdigung bestehende Sachverhaltsungewißheit beseitigt wird, während es in den eben behandelten Fällen bei verständiger Würdigung – d.h. bei fehlerfreier Ausübung des Verfahrensermessens – gar nicht erst zu einer solchen Ungewißheit kommt. Der Vergleich setzt also erst da an, wo das Verfahrensermessen aufhört: Erst, wenn ermessensfehlerfrei von weiteren Ermittlungen abgesehen werden kann, obwohl der Sachverhalt noch nicht vollständig aufgeklärt ist, besteht bei verständiger Würdigung eine Ungewißheit, die tatbestandliche Voraussetzung für einen Vergleich ist.[425]

Der Tatsachenvergleich liegt damit außerhalb des Spielraums, den die Verwaltung bei der Sachverhaltsermittlung in Form ihres Verfahrensermessens hat. Mit ihm verfügt die Verwaltung ebenso über ihre Gesetzesbindung wie mit einem Rechtsvergleich.[426] Denn der Amtsermittlungsgrundsatz beruht insofern auf der Gesetzesbindung der Verwaltung, als diese es der Verwaltung gebietet, Rechtsnormen nur anzuwenden, wenn deren Tatbestand erfüllt ist. Durch die Zulassung von Vergleichen wird die Gesetzesbindung gelockert: Die Verwaltung bekommt die Möglichkeit, durch den Vergleich eine Entscheidung zu treffen, von der nicht genau feststeht, ob sie mit dem Gesetz vereinbar ist. Damit wohnt auch dem Tatsachenvergleich (wie dem Rechtsvergleich) eine „potentielle Gesetzesinkongruenz" inne;[427] auch er wird „in gewissem Umfang von der Respektierung der Gesetze sozusagen dispensiert".[428] Dementsprechend gilt auch für Tatsachenvergleiche, daß sie nur durch Vergleichs*verträge* und nicht durch Absprachen vereinbart werden können.

---

[425] Zu den Voraussetzungen der Ungewißheit über Tatsachen als Voraussetzung für einen Vergleich vgl. *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 55 Rn. 42 u. 44; vgl. auch *Siegmund* in: Brandt/Sachs (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, 1999, Rn. D 194. Anders formuliert *Erfmeyer*, DVBl 1998, 753 (754, 757, 758): Ein Bereich, in dem „die Amtsermittlung des ungewissen Sachverhalts noch nicht völlig ausgeschöpft, der Abschluß eines Vergleichsvertrages aber bereits zulässig ist", sei vorstellbar. Wenn damit der Bereich gemeint sein sollte, in dem es im Verfahrensermessen der Behörde liegt, ob sie weiter ermittelt oder einen Vergleichsvertrag schließt, deckt sich dies mit der hier vertretenen Auffassung.

[426] Zum Rechtsvergleich S. o. B. II. 4. c) (S. 144).

[427] *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 33 d 2 2 (S. 348). Dies übersieht *B. Becker* in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 271 (293), wenn er bei seinem „radikaltheoretische(n) Nachweis" von Vergleichsverträgen den Rechtsvergleich für unzulässig, den Tatsachenvergleich aber für zulässig hält.

[428] Vgl. BVerwGE 49, 359 (364) für den Rechtsvergleich.

§ 55 VwVfG ist daher entgegen der in der Literatur praktisch einhellig vertretenen Ansicht[429] für Vergleichsabsprachen nicht analog anzuwenden. „Echte" Vergleichsabsprachen sind vielmehr sowohl als Rechts- als auch als Tatsachenvergleich unzulässig. Unter „echten" Vergleichsabsprachen werden dabei solche Absprachen verstanden, die in einer Vergleichssituation im eben erläuterten Sinne getroffen werden.

„Unechte" Vergleichsabsprachen sind dagegen zulässig. Darunter sollen solche Absprachen verstanden werden, mit denen die Verwaltung informell Informationen vom Privaten bekommt und ohne Überschreitung des Verfahrensermessens davon ausgehen darf, daß diese Informationen zutreffen. Eine Vergleichssituation liegt hier nicht vor, weil die betreffende Tatsache mit Erfolg ermittelt wurde und gerade nicht mehr ungewiß ist. § 55 VwVfG ist für solche Absprachen kein Maßstab, weil die dort vorausgesetzte „echte" Vergleichssituation hier gerade nicht vorliegt.

d) Zwischenergebnis zur Untersuchungsmaxime

Absprachen sind mit der Untersuchungsmaxime vereinbar, wenn sie sich im Rahmen des Verfahrensermessens halten. Sie entbinden die Verwaltung aber nicht von der Amtsermittlung. Die Behörde muß deshalb Tatsachenangaben, die sie im Zuge einer Absprache vom beteiligten Privaten erhält, auf ihre Nachvollziehbarkeit und Stimmigkeit überprüfen. Wie streng die Anforderungen an diese Prüfung sind, hängt vom Einzelfall und insbesondere davon ab, wie vertrauenswürdig die Informationen nach der Interessenlage sind und ob Anhaltspunkte dafür existieren, die Zweifel an den Informationen wecken können. Ein Vergleich i.S.d. § 55 VwVfG kann nicht mittels einer Absprache, sondern nur in der Form des Verwaltungsvertrages geschlossen werden; „echte" Vergleichsabsprachen sind unzulässig.

4. Beteiligung Dritter

Ein ganz zentraler Kritikpunkt an der geübten Absprachenpraxis ist, daß Drittbetroffene an Absprachen nicht beteiligt werden[430] und ihre Interessen

---

[429] Vgl. etwa *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 138 ff.; *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (453); *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 232; *Körner*, Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000, S. 166; wohl auch *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 451.

[430] S. zusammenfassend *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 103 f. m.w.N.

und Belange deshalb zu kurz zu kommen drohen. Diese Gefahr resultiert geradezu zwangsläufig aus der Funktion von Absprachen, Komplexität zu reduzieren, indem Entscheidungsprozesse abgeschichtet und dann schichtweise abgearbeitet werden, denn gerade die Vielzahl von Betroffenen macht oft den Löwenanteil der Komplexität von Entscheidungssituationen aus. Je mehr Dritte von einer Entscheidung betroffen sind, desto weiter würde diese wichtige Funktion von Absprachen verfehlt werden, wenn diese in die Absprache einbezogen würden. Wenn Absprachen in den Augen der Beteiligten ihren Sinn erfüllen sollen, müssen Drittbetroffene daher (wenn schon nicht ganz ausgeblendet so doch zumindest) in ihrem Gewicht „zurückgestuft" werden. Die Beteiligung Dritter an Absprachen hat insofern gewissermaßen eine „natürliche Grenze".[431] Da Drittbetroffene meist nichts von der Absprache erfahren, haben sie auch faktisch keine Möglichkeit, ihre Interessen im Rahmen der Abspache zu wahren. Gerade bei der Planfeststellung für Großvorhaben ist empirisch belegt, daß die Drittbetroffenen die nach der Absprache stattfindenden Anhörungsverfahren oft als Farce bzw. als Alibiveranstaltungen empfinden, die einem von der Behörde und dem Vorhabenträger abgesprochenen „Drehbuch" folgen und in denen erhobene Einwendungen nur noch „pariert" werden.[432]

Es ist daher zu untersuchen, ob und inwieweit Dritte angehört werden müssen, bevor durch Absprache eine Entscheidung getroffen wird. Dazu soll zunächst ein Blick auf die Herleitung von Anhörungserfordernissen geworfen werden um darauf aufbauend der Frage nachzugehen, inwieweit die Anhörungserfordernisse auch für Absprachen gelten.

a) Herleitung von Anhörungserfordernissen

aa) Gesetzlich vorgeschriebene Anhörung

Anhörungspflichten werden häufig durch *Spezialgesetz* statuiert. Solche Vorschriften können eine Rechtsbetroffenen-, Interessenten- oder Popularbeteiligung vorsehen.

Aufgrund der allgemeinen Vorschrift des *§ 28 Abs. 1 VwVfG* ist ein Beteiligter anzuhören, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine

---

[431] Vgl. *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 129; *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 205 u. 208.

[432] *Petermann*, Speyerer Forschungsberichte 103, 1991, S. 123 ff.; *Schmittel* in: Speyerer Forschungsberichte 70, Bd. 1, 1988, S. 159 (237, 247 ff.); *Bechmann* in: Speyerer Forschungsberichte 70, Bd 2, 1988, S. 40 (49 f.); S. auch *Henneke*, NuR 1991, 267 (273); *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (443); *Holznagel*, Konfliktlösung durch Verhandlungen, 1990, S. 182; *Tomerius*, Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht, 1995, S. 19; für die Bauleitplanung vgl. BVerwGE 45, 309 (318).

Rechte eingreift. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsbetroffenenbeteiligung. Diese Regelung greift ein, wenn keine spezialgesetzlichen Anhörungsvorschriften existieren.

Die Regelung des § 28 VwVfG ist eine Forderung des *Rechtsstaatsprinzips*.[433] Dieses fordert eine Anhörung, wenn eine Maßnahme der Verwaltung subjektive Rechte betrifft, auch wenn diese einfachgesetzlich sind und nicht im „Schwerefeld der Grundrechte" liegen.[434] Der Bürger ist daher immer anzuhören, bevor in seine Rechte eingegriffen wird; die analoge Anwendung des § 28 VwVfG auf alle Rechtseingriffe beim Bürger ist deshalb von der Verfassung zwingend gefordert[435] (Rechtsbetroffenenbeteiligung).

bb) Die Verfahrensbedeutung der Grundrechte

Eine wichtige Rolle spielt hier auch die Verfahrensbedeutung der Grundrechte. Die Grundrechte wären wirkungslos, wenn sie nicht auch tatsächlich durchsetzbar wären.[436] Deshalb ist anerkannt, daß die Grundrechte neben der materiellen Rechtsposition auch ihre verfahrensmäßige Durchsetzbarkeit durch effektiven Rechtsschutz nicht nur im Gerichts-, sondern auch im Verwaltungsverfahren garantieren.[437]

Dabei geht es aber nicht um bestmöglichen, sondern nur um angemessenen, effektiven Grundrechtsschutz durch das Verfahren.[438] Grundrechtsgeboten ist daher nur ein verfahrensrechtlicher Mindeststandard, der zur Durchsetzung der materiellen Grundrechte unbedingt erforderlich ist.[439] Zu diesem grundrechtsgebotenen Mindeststandard zählt jedenfalls, daß vor der Durchführung einer staatlichen Maßnahme, die einen Bürger in seinen Grundrechten betreffen kann, dieser von der geplanten Maßnahme unterrichtet wird und die Möglichkeit bekommt, sich dazu zu äußern, und daß die Behörde sich mit seinen Einwendungen auseinandersetzt.[440]

---

[433] *Borgs* in: Meyer/Borgs, VwVfG, 2. Aufl. 1982, § 28 Rn. 3; vgl. auch *Schenke*, VBlBW 1982, 313 (320).

[434] *Schenke*, VBlBW 1982, 313 (320).

[435] *Schenke*, VBlBW 1982, 313 (321): „verfassungsdirigierte Analogie".

[436] *Lorenz*, AöR 105 (1980), 623 (627).

[437] *Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 176; *Lorenz*, AöR 105 (1980), 623 (627 f.); BVerfGE 53, 30 (65); Sondervotum *H. Simon* und *Heußner*, BVerfGE 53, 69 (71 f.); *Ossenbühl*, DÖV 1981, 1 (5); *Stern*, Staatsrecht III/1, § 69 V 7 d ε, (S. 976).

[438] *Starck*, JuS 1981, 237 (242); *Schenke*, VBlBW 1982, 313 (319); *Dolde*, NVwZ 1982, 65 (70).

[439] *Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 181 f. Es steht dem Gesetzgeber allerdings frei, über diesen Mindeststandard hinauszugehen (*Held*, a.a.O. S. 183; vgl. auch *Schenke*, VBlBW 1982, 313 (320)).

Das bedeutet nicht, daß bereits das Verwaltungsverfahren den grundrechtsgebotenen Minimalstandard aufweisen muß.[441] Die Anforderungen müssen eingehalten werden, bevor die grundrechtsrelevante Maßnahme verwirklicht wird. Grundrechtsschutz durch Verfahren ist somit im Zusammenwirken der verschiedenen Verfahren insgesamt zu gewährleisten, unter Einschluß auch des gerichtlichen Verfahrens.[442] Wenn die Grundrechte im gerichtlichen Verfahren wirksam durchgesetzt werden können, ist deshalb dem grundrechtsgebotenen Minimalstandard genügt.[443] Die Anhörung betroffener Dritter bereits im Verwaltungsverfahren ist demnach nur dann grundrechtsgeboten, wenn ein effektiver Grundrechtsschutz durch nachträgliche gerichtliche Kontrolle (einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes) nicht zu erreichen ist. Dann ermöglicht die rechtzeitige Beteiligung des Bürgers schon im Verwaltungsverfahren eine Vorverlagerung des Rechtsschutzes, weil Einwendungen schon im Verwaltungsverfahren berücksichtigt werden können.[444]

Das gerichtliche Verfahren eignet sich dann nicht für die Durchsetzung der Grundrechte, wenn und soweit die Gerichte eine Verwaltungsentscheidung nicht vollständig überprüfen können.[445] Das ist vor allem dann der Fall, wenn die Verwaltung einen gerichtlich nicht überprüfbaren Ermessens- oder Beurteilungsspielraum hat.[446] Die gerichtliche Kontrolldichte ist insoweit reduziert. Eine Anhörung zu Fragen, die bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen sind, kommt deshalb vor Gericht zu spät, weil sie dort nicht in die Entscheidung einfließen kann. Sie ist daher nur im Verwaltungsverfahren möglich. Unterbleibt bei Ermessensentscheidungen der Verwaltung die Anhörung im Verwaltungsverfahren, wird das grundrechtlich gebotene Mindestmaß an verfahrensmäßiger Grundrechtssicherung folglich unterschritten.[447]

---

[440] *Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 183 f.; BVerfGE 84, 59 (72); vgl. auch *Redeker*, NJW 1980, 1593 (1595).

[441] So aber wohl das Sondervotum *Böhmer*, BVerfGE 49, 228 (235); *Redeker*, NJW 1980, 1593 (1595); vgl. auch *Lorenz*, AöR 105 (1980), 623 (626); kritisch *Schenke*, VBlBW 1982, 313 (319); *Stern*, Staatsrecht III/1, § 69 V 7 d ε, (S. 976); zurückhaltend *Ossenbühl*, DÖV 1981, 1 (5).

[442] *Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 184; vgl. auch BVerfGE 84, 34 (46).

[443] *Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 186 und S. 191; vgl. auch *Battis*, DÖV 1981, 433 (438).

[444] BVerfGE 53, 30 (60); *Ossenbühl*, Fs. f. Eichenberger, 1982, 183 (190); *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43 (53).

[445] *Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 190.

[446] *Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 190 und S. 42 ff.

[447] *Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 190.

Dies kann als Grundrechtsbetroffenenbeteiligung bezeichnet werden und ist ein Unterfall der Rechtsbetroffenenbeteiligung.

b) Zweck der Anhörung

Die Anhörung hat verschiedene Funktionen. Einerseits verfolgt sie den objektiven Zweck, die Kenntnis der Behörde über den der Entscheidung über einen Verwaltungsakt zugrundeliegenden Sachverhalt zu vervollständigen und so die „Richtigkeit" der Entscheidung sichern zu helfen.[448] Insofern ergeben sich Berührungspunkte mit der Amtsermittlungspflicht. Bei Ermessensentscheidungen kann eine unterbliebene Anhörung daher ein Ermittlungsdefizit und damit einen Ermessensfehler zur Folge haben.[449] Die Anhörung verfolgt desweiteren den subjektiven Schutzzweck, demjenigen, in dessen Rechte ein Verwaltungsakt eingreift, die frühzeitige Wahrnehmung seiner Rechte zu ermöglichen. Durch die Anhörung sollen dem Betroffenen ein Einfluß auf das Verfahren und auf den Inhalt des Verwaltungsakts gegeben, Überraschungsentscheidungen vermieden und ein faires Verfahren gewährleistet werden.[450]

c) Begriff und Zeitpunkt der Anhörung

Anhörung bedeutet, daß der Betroffene *Gelegenheit* bekommt, sich zu äußern (vgl. § 28 VwVfG). Der Betroffene hat also ein Recht, sich zu äußern. Dieses Recht kann er nur wahrnehmen, wenn er weiß, daß dazu Anlaß besteht und wozu genau er sich äußern kann. Die Behörde muß dem Betroffenen also mitteilen, daß eine Entscheidung getroffen werden soll, die in seine Rechte eingreift (Anhörungsmitteilung). Diese Mitteilung muß dem Betroffenen verdeutlichen, auf welchen Gegenstand sich die beabsichtigte Entscheidung bezieht, welchen Inhalt sie haben kann und auf welchen Sachverhalt sie sich bezieht, also auf welche konkreten Tatsachen die Entscheidung gestützt werden soll.[451]

Damit der Betroffene weiß, wozu er sich äußern soll, muß die Anhörungsmitteilung hinreichend konkret sein. Dafür muß der Entscheidungsprozeß der Verwaltung zum Zeitpunkt der Anhörung schon ein gewisses Stadium des Fortschritts und die Entscheidung schon eine gewisse Verfesti-

---

[448] *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 183; vgl. auch *Weyreuther* in: Fs. f. Sendler, 1991, S. 185 (186).

[449] Vgl. *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 192.

[450] *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 28 Rn. 6; *Weyreuther* in: Fs. f. Sendler, 1991, S. 185 (189).

[451] *Clausen* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 28 Rn. 9 ff.

gung erreicht haben.[452] Andererseits ist die Anhörung gem. § 28 VwVfG durchzuführen, „*bevor* ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift". Sie hat daher so rechtzeitig zu erfolgen, daß die Stellungnahme des Betroffenen (wenn er eine solche abgibt) noch in die Entscheidung einfließen kann. Sonst könnte die Anhörung ihre Funktion nicht erfüllen, dem Betroffenen die Einflußnahme auch auf den Inhalt der Entscheidung zu ermöglichen.[453] Die Behörde ist deshalb auch verpflichtet, das Vorbringen des Angehörten, wenn er sich denn äußert, in ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.[454] Die Anhörung Betroffener muß daher erfolgen, solange die Entscheidung noch „offen", d.h. noch nicht gefallen ist.

Die Verwaltung ist daher verpflichtet, die Verhandlungsergebnisse aus Vorverhandlungen so lange „offenzuhalten" – und zwar rechtlich und faktisch – bis die berechtigten Verfahrensansprüche Dritter erfüllt sind.[455]

d) Anzuhörender Personenkreis

Bei der Beteiligung Privater an staatlichen Entscheidungen wird unterschieden zwischen der Bürgerbeteiligung bei Einzelfallentscheidungen der Verwaltung einerseits und der Beteiligung von Verbänden und der Anhörung beteiligter Kreise beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften andererseits. Dritte im hier zugrundegelegten Sinne gibt es nur bei Einzelfallentscheidungen der Verwaltung. Die Beteiligung von Verbänden und der „beteiligten Kreise" beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften ist daher nicht hier zu erörtern, sondern weiter unten im Zusammenhang mit den Mitwirkungszuständigkeiten anderer Behörden und Stellen.[456] Die Beteiligung von Bürgern bei einer konkreten Einzelfallentscheidung kann unterteilt werden in die Anhörung solcher Bürger, die durch eine anstehende Verwaltungsentscheidung in ihren Rechten betroffen werden, die Beteiligung von Bürgern, deren Belange berührt werden (Interessentenbeteiligung) und die „Jedermann-Beteiligung" (Popularbeteiligung).[457]

---

[452] Für die frühzeitige Bürgerbeteiligung im Bauleitplanverfahren gem. § 3 Abs. 1 BauGB ist sogar erforderlich, daß insoweit ein Entscheidungsentwurf vorliegt (vgl. *Gaentzsch*, Schlichter/Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl. 1995, § 3 Rn. 9); s. auch *Weyreuther* in: Fs. f. Sendler, 1991, S. 185 (190).

[453] *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 185.

[454] *Clausen* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 28 Rn. 4; *Weyreuther* in: Fs. f. Sendler, 1991, S. 185 (190 f.).

[455] *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 109; *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 109 f.

[456] Dazu u. 5. (S. 229 ff.).

Anzuhören sind vor allem *Rechtsbetroffene*, also diejenigen, in deren Rechte eine Einzelfallentscheidung der Verwaltung eingreift. Neben der allgemeinen Vorschrift des § 28 VwVfG gibt es etliche spezialgesetzliche Ausprägungen.[458] Andere Beteiligungsvorschriften stellen nicht auf die Betroffenheit in Rechten, sondern in Belangen (Interessen) ab. Gemeint sind hiermit wirtschaftliche, soziale und ideelle Interessen.[459] Von diesen Vorschriften sind auch rechtliche Interessen erfaßt,[460] so daß bei der *Interessentenbeteiligung* auch die Rechtsbetroffenen erfaßt werden. Ein Beispiel für eine solche Interessentenbeteiligung ist § 73 Abs. 4 VwVfG, wonach diejenigen Einwände gegen den Plan erheben können, deren „Belange durch das Vorhaben berührt" werden. Ein weiterer Fall der Interessentenbeteiligung ist § 9 UVPG über die Verweisung auf § 73 Abs. 3 bis 7 VwVfG.[461] Das gleiche trifft auf § 10 Abs. 2 LuftVG[462] zu, der ebenfalls auf § 73 VwVfG verweist.

Die dritte Form der Bürgerbeteiligung ist die „Jedermann"- oder *Popularbeteiligung* (auch Öffentlichkeitsbeteiligung). Bei ihr kann jedermann Einwendungen erheben, ohne daß dafür seine Rechte oder Interessen berührt zu sein brauchen.[463] Gesetzlich vorgesehen ist eine solche Popularbeteiligung z.B. in § 10 Abs. 3 S. 2 BImSchG, §§ 7 Abs. 4 S. 3 AtG i.V. m 7 Abs. 1 AtVfV. Hierher gehört auch § 3 BauGB, der Einwendungen der Gemeindebürger zuläßt, ohne daß deren Rechte oder Interessen berührt sein müßten, die Einwendungsbefugnis aber auf die Gemeindebürger beschränkt.[464] Man könnte insoweit von einer „Gemeindebürgerbeteiligung" sprechen.

---

457 *Schmitt Glaeser* in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 35 (50, 54); *Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 267 ff.; *Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988, S. 115.

458 Beispiele bei *Clausen* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 28 Rn. 27.

459 *Schmitt Glaeser* in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 35 (54).

460 *Schmitt Glaeser* in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 35 (53 f.).

461 *Erbguth/Schink*, UVPG, 2. Aufl. 1996, § 9 Rn. 5.

462 Luftverkehrsgesetz i.d.F. v. 27.3.1999, BGBl. I S. 550.

463 *Schmitt Glaeser* in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35 (54).

464 Vgl. dazu *Grüter*, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 20: Eine „auf die Gemeinde beschränkte ‚Jedermannsbeteiligung'".

e) Anhörung Dritter bei Absprachen

aa) Allgemeines

Mit ihrem Zweck, den Anzuhörenden Einfluß auf den Inhalt der Entscheidung zu geben, knüpft die Anhörung als Verfahrensanforderung an den *Inhalt* der Verwaltungsentscheidung an. Wenn für eine Entscheidung gesetzliche oder grundrechtliche Anhörungserfordernisse gelten, sind sie deshalb auch für Absprachen zu beachten,[465] weil und soweit mit diesen eine Entscheidung getroffen wird.

(1) „Offenheit" der Entscheidung zum Zeitpunkt der Anhörung

Die Beteiligung muß wie oben dargelegt zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem die Entscheidung noch nicht endgültig gefallen, sondern rechtlich und faktisch noch „offen" ist. Bei regelungsvorbereitenden Absprachen genügt es daher nicht, Dritte vor dem Erlaß der vorbereiteten Regelung zu hören, wenn und soweit die Entscheidung zum Zeitpunkt der Anhörung inhaltlich schon gefallen ist.

Wird die Anhörung (bei regelungsvorbereitenden Absprachen) zwar durchgeführt, aber zu einem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung schon gefallen ist, so wird die Ansicht vertreten, ein Verfahrensfehler liege nicht vor, weil das Verfahrensrecht als formelles Recht auch nur seine formelle Einhaltung verlange.[466] Selbst wenn man dem folgen wollte, würde das nicht bedeuten, daß eine Durchführung der Anhörung erst nach der Absprache in formeller Hinsicht ausreichend sei. Das würde nur im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der der Absprache nachfolgenden Regelung gelten. Deren Rechtmäßigkeit wird hier aber nicht untersucht, sondern diejenige der Absprache. Vor dieser wurde aber überhaupt keine Anhörung durchgeführt, obwohl sie – wie dargelegt – erforderlich ist. Im Hinblick auf die Abspra-

---

[465] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 151; *Hoffmann-Riem*, AöR 115 (1990), 400 (427); zurückhaltender *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (456); anders *Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988, S. 154 f.: „eher ... eine Problematik de lege ferenda". A.A. für verordnungsersetzende Absprachen auch *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 217 ff. mit dem Argument, die Absprache sei gegenüber der Verordnung ein aliud. Da dies aber nur auf das Instrument zutrifft, während inhaltlich über denselben Gegenstand entschieden wird, bezieht sich der Zweck der für den Verordnungserlaß geltenden Anhörungsvorschriften ebenso auf deren Inhalt wie dies bei projektbezogenen Absprachen der Fall ist. Um ihre Umgehung zu verhindern, müssen Anhörungsvorschriften, die für die Verordnung gelten, daher auch bei verordnungsersetzenden Absprachen beachtet werden.

[466] *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 108.

che ist die Anhörungspflicht somit auch formell nicht erfüllt. Welche Folge dies für die nachfolgende rechtsförmige Entscheidung hat, ist Gegenstand des 3. Teils dieser Untersuchung.[467]

(2) Zeitpunkt der Anhörung und Reichweite der Vorentscheidung

Absprachen verlieren ihren Sinn, wenn ein zu großer Personenkreis beteiligt werden muß. Da offenbar die Sachzwänge in der Praxis groß sind, scheint die Forderung nach einer Beteiligung Dritter noch im Vorfeld der Absprache an der Praxis vorbeizugehen und droht, ungehört zu bleiben.[468] Sieht man genauer hin, stellt sich jedoch heraus, daß die Forderung nach einer Drittbeteiligung *vor* der Absprache bei der angebrachten Differenzierung durchaus Raum für Absprachen läßt, ohne daß deshalb die Dritten faktisch rechtlos dastehen. Hierfür ist zum einen die Unterscheidung zwischen der Rechtsbetroffenen-, der Interessenten- und der Popularbeteiligung von Bedeutung. Zum anderen ist zu bedenken, daß die mit einer Absprache getroffene Sachentscheidung nicht notwendig vollständig und unter allen denkbaren Gesichtspunkten abschließend sein muß, sondern daß gerade regelungsvorbereitende Absprachen oft nur Teilaspekte einer Entscheidung vorwegnehmen, während andere Teilaspekte noch offen und der späteren rechtlichen Regelung vorbehalten bleiben.[469]

Berücksichtigt man dies, so erscheint es möglich und sinnvoll und auch mit den Bedürfnissen der Praxis vereinbar, betroffene Dritte zu einem Zeitpunkt zu beteiligen, zu dem die Vorverhandlungen bereits so weit gediehen sind, daß einerseits den praktischen Bedürfnissen von Antragsteller und Behörde genügt ist, andererseits aber die Beteiligung noch Sinn macht, weil eventuelles Vorbringen (noch) in die Sachentscheidung einfließen und unter den noch nicht entschiedenen Aspekten abgearbeitet werden kann.[470] Der Behörde kommt insoweit ein Verfahrensermessen zu, das auf Ermessensfehler gerichtlich überprüfbar ist.[471]

---

[467] Unten Teil 3: A. (S. 290 ff.).

[468] Vgl. etwa *v. Wedemeyer*, Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts, Diss. Augsburg 1991, S. 219 f. m.w.N. zum Diskussionsstand.

[469] Vgl. o. Teil 1: D. II. 1. d) aa) (S. 90).

[470] Dies ist auch dem Einwand von *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 110 entgegenzuhalten. Ein ähnliches Problem stellt sich bei der Bürgerbeteiligung nach § 3 BauGB: ist die Entscheidung noch zu offen, macht die Anhörung keinen Sinn, weil die Bürger nicht wissen, *wozu* sie sich äußern können. Ist sie dagegen schon zu konkret, ist sie nicht mehr offen und das Vorbringen kann nicht mehr wirklich einbezogen werden (vgl. dazu *Gaentzsch* in: Schlichter/Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl. 1995, § 3 Rn. 9.).

bb) Rechtsbetroffenenbeteiligung

Da das Erfordernis einer Rechtsbetroffenenbeteiligung aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, sind vor jeder Absprache jedenfalls alle Dritten zu hören, in deren Rechte die mit der Absprache getroffene Entscheidung eingreift.[472] Zweck der Rechtsbetroffenenbeteiligung ist neben der Komplettierung der Sachverhaltsermittlung, daß die Betroffenen ihre Rechte gegenüber dem Vorhaben schon im Verwaltungsverfahren wirksam geltend machen können. Darauf beschränkt er sich aber auch. Mit Gesichtspunkten des Allgemeinwohls oder grundsätzlichen, über das konkrete Projekt hinausgehenden Einwänden beispielsweise gegen Verkehrs-, Müll- oder Energiekonzepte gehört zu werden, kann man nicht beanspruchen.[473] Geht es beispielsweise um die Genehmigung eines Kohlekraftwerks, so kann ein Nachbar materiellrechtlich nur geeignete Schutzauflagen verlangen, mit denen die auf ihn einwirkenden Schadstoffimmissionen begrenzt werden. Solange solche Schutzauflagen seine Rechte ausreichend schützen, hat der Nachbar keinen Anspruch darauf, daß der Standort des Kraftwerks verlegt wird oder daß gar anstelle fossiler Brennstoffe regenerative Energiequellen genutzt werden. Weiter als das materielle Recht, dessen Verwirklichung die Anhörung dient, geht auch das Anhörungsrecht als Verfahrensrecht nicht.

Wird nun in diesem Beispiel eine Absprache zwischen dem Kraftwerksbetreiber und der Genehmigungsbehörde getroffen, in der der Standort festgelegt wird, ist die Entscheidung insoweit nicht mehr „offen". Das ist nach dem eben Gesagten im Hinblick auf die Rechtsbetroffenenbeteiligung unschädlich, so lange die Entscheidung über Schutzauflagen noch nicht gefallen ist. Dann nämlich kann die Stellungnahme der Nachbarn in die Entscheidung über solche Schutzauflagen, die deren Rechte ausreichend schützen, noch einfließen. Die Forderung nach der Beteiligung Rechtsbetroffener läßt also genügend Raum für Absprachen, solange die Entscheidung für zusätzliche Schutzauflagen noch offen ist.

Kein gangbarer Weg ist es demgegenüber, darauf zu vertrauen, daß die Verwaltung die ihr erkennbaren Belange rechtsbetroffener Dritter in die Absprache quasi stellvertretend für diese einbringen werde. Selbst wenn man davon ausgehen könnte, daß die Verwaltung das immer tue und ihre Ermittlung insoweit intensiviere, so wäre damit allenfalls der objektive Zweck der Anhörung, nämlich die

---

[471] Vgl. *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 111 f.; *Beyerlin*, NJW 1987, 2713 (2719 f.).

[472] Ebenso *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 150 ff.; *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (224); vgl. auch *Burgi*, Die Verwaltung 33 (2000), 183 (204 f.).

[473] Vgl. *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 123 ff.

Sachverhaltsermittlung zu komplettieren, erreicht. Der subjektive Zweck, Rechtsschutz durch Verfahren zu gewährleisten, würde jedoch verfehlt.

Verallgemeinernd läßt sich sagen, daß sich das Anhörungsrecht Rechtsbetroffener thematisch auf solche Aspekte beschränkt, die ihren subjektiven Rechtsschutz betreffen. Aspekte der Entscheidung, die subjektive Rechte Dritter nicht endgültig betreffen, können daher schon vor deren Anhörung durch Absprachen entschieden werden, ohne das Anhörungsrecht zu verletzen. Erforderlich ist (nur), daß die Entscheidung infolge der Absprache nicht gegen geeignete Schutzauflagen o.ä. verschlossen ist. Nur wenn ein Rechtsbetroffener erst zu einem Zeitpunkt angehört wird, zu dem die Entscheidung infolge einer Absprache so verfestigt ist, daß der Betroffene durch seine Stellungnahme auch keine Schutzauflagen o.ä. mehr erreichen kann, wird gegen sein Anhörungsrecht verstoßen.

Als Beispiel für eine regelungsvorbereitende Absprache sei folgender Fall näher betrachtet: Jemand möchte eine Baugenehmigung beantragen. Im Vorfeld spricht er sich mit der Behörde ab, um zu klären, wie die Aussichten eines solchen Antrages sind und welche formellen und materiellen Anforderungen er einhalten muß. Da die zuständige Behörde ein Interesse an der Verwirklichung des Bauvorhabens hat, wird in der Absprache vereinbart, daß die Behörde auf der Einhaltung bestimmter Lärmgrenzwerte, die zugunsten der Nachbarschaft existieren, bei der Genehmigungserteilung nicht beharren werde. Erst danach wird ein betroffener Nachbar angehört. In diesem Fall wird schon in der Absprache über die Einhaltung der Lärmgrenzwerte und damit über die Rechte der Nachbarn entschieden. Aufgrund der faktischen Bindungswirkung der Absprache ist davon auszugehen, daß die spätere Äußerung des Nachbarn die Behörde nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen dazu bringen wird, die Einhaltung der Lärmwerte entgegen der Absprache durchzusetzen. Auch bei geringerer Bindungsintensität[474] bedeutet dies eine Verschiebung der Gewichte im Verfahren zulasten der Nachbarn und eine Entwertung der Anhörung.[475] Die Absprache ist daher wegen eines Anhörungsmangels formell rechtswidrig.

Anders wäre es, wenn in der Absprache sozusagen (auch stillschweigend) der Vorbehalt gemacht worden wäre, daß die Überschreitung von Lärmgrenzwerten durch geeignete aktive oder passive Schallschutzmaßnahmen verhindert werden müsse, ohne daß dadurch das Vorhaben insgesamt in Frage gestellt würde. Hier ist die Entscheidung noch hinreichend offen, um den Rechten des Nachbarn Rechnung zu tragen und die Absprache verstößt nicht gegen dessen Anhörungsrecht.

Wurde das Anhörungsrecht eines Rechtsbetroffenen nach diesen Kriterien verletzt, so ist die Absprache rechtswidrig. Die Unbeachtlichkeit dieses Fehlers entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 46, 75 Abs. 1a S. 1 VwVfG und § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB kommt grundsätzlich nicht in Betracht, weil

---

474 Vgl. o. Teil 1: D. II. 1. d) bb) (S. 91).

475 Vgl. *Holznagel*, Konfliktlösung durch Verhandlungen, 1990, S. 181: „Funktionsbeeinträchtigungen des Beteiligungsverfahrens".

diese die Alternativlosigkeit der Entscheidung voraussetzen,[476] während Absprachen gerade in offenen Entscheidungsspielräumen der Verwaltung getroffen werden.

Man könnte daran denken, daß der Anhörungsmangel entsprechend dem Rechtsgedanken des § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG geheilt wird, indem die vor der Absprache versäumte Anhörung im weiteren Fortgang des Verwaltungsverfahrens durchgeführt wird. Eine Heilung tritt durch eine solche Nachholung jedoch nur ein, wenn eventuelle Äußerungen noch in die Entscheidung einfließen können, d.h. wenn diese noch für das Vorbringen der Betroffenen „offen" ist.[477] Gerade diese Offenheit ist aber infolge der Absprache faktisch nicht mehr gegeben. Eine im weiteren Fortgang des Verfahrens nur noch pro forma durchgeführte Anhörung kann den vor der Absprache begangenen Anhörungsfehler daher grundsätzlich nicht heilen.[478]

cc) Interessentenbeteiligung

Wenn das Gesetz eine Interessentenbeteiligung vorsieht, sind neben den Rechtsbetroffenen auch solche Personen zu beteiligen, die durch die Verwaltungsentscheidung nicht in einem subjektiven Recht, sondern nur in einem (wirtschaftlichen, sozialen oder ideellen) Interesse betroffen sind (bloße Interessenten). Ähnlich wie die Rechtsbetroffenenbeteiligung ist die Interessentenbeteiligung thematisch auf die betroffenen Interessen (Belange) beschränkt.[479] Die Entscheidung muß zum Zeitpunkt der Anhörung von bloßen Interessenten daher (nur) noch insoweit offen sein, daß deren Interessen durch Auflagen oder andere Nebenbestimmungen Rechnung getragen werden kann.

Jedenfalls im Planungsrecht hat auch der bloße Interessent (ebenso wie der Rechtsbetroffene) ein subjektives Recht auf die Beteiligung: Das Interesse, das die Beteiligung eines Interessenten erforderlich macht, umfaßt alle dessen Belange, die in die Abwägungsentscheidung einzustellen sind.[480] Auf die gerechte Abwägung ihrer (eigenen) Belange haben die Interessenten einen Anspruch.[481] Die Vorschriften über die Interessentenbeteiligung schützen in Planungsverfahren somit das Recht der Interessenten auf gerechte Abwägung ihrer (eigenen) Belange.

---

[476] *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 625 ff.

[477] Vgl. etwa *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 28 Rn. 82.

[478] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 163.

[479] Vgl. etwa *Dürr* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 73 Rn. 56; *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 73 Rn. 58.

[480] Vgl. *Dürr* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 73 Rn. 54 ff.

[481] *Pietzner/Ronellenfitsch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl. 2000, § 15 Rn. 19; *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kap. 4 Rn. 50; für das Bauplanungsrecht BVerwGE 107, 215 ff.

Auch die Interessentenbeteiligung verfolgt somit nicht nur einen objektiven Ermittlungszweck, sondern auch einen subjektiven Schutzzweck. Deshalb kann auch bei ihr eine Verkürzung der Interessentenbeteiligung nicht durch eine Intensivierung der Ermittlungen aus anderen Quellen kompensiert werden, weil dadurch nur der objektive Ermittlungs-, nicht aber der subjektive Rechtsschutzzweck erreicht würde. Wie bei der Rechtsbetroffenenbeteiligung ist aber ausreichend, daß ihren Interessen zum Zeitpunkt der Anhörung noch durch Schutzauflagen Rechnung getragen werden kann.

dd) Popularbeteiligung

Ist gesetzlich eine Popularbeteiligung vorgeschrieben, so sind nicht nur die Rechtsbetroffenen und die bloßen Interessenten zu hören. Darüber hinaus muß vielmehr jedermann die Möglichkeit gegeben werden, sich zu äußern. Entsprechend der Unbegrenztheit des einwendungsbefugten Personenkreises ist die Einwendungsbefugnis auch thematisch nicht begrenzt, solange sich die Einwendungen irgendwie auf die Anlage beziehen.[482] Soweit die Popularbeteiligung – über die Rechtsbetroffenen und Interessenten hinausgehend – jedermann die Möglichkeit einräumt, sich thematisch unbegrenzt zu äußern, hat das den Zweck, die Sachverhaltsermittlung zu unterstützen.[483] Im Gegensatz zur Beteiligung von Rechtsbetroffenen und Interessenten verfolgt die Popularbeteiligung insoweit (d.h. soweit es um Personen geht, die nicht Rechtsbetroffene oder Interessenten, sondern reine „Populareinwender" sind) keine subjektiven Schutzzwecke, sondern einen rein objektiven (Ermittlungs-) Zweck.[484]

Deshalb kann – im Gegensatz zur Rechtsbetroffenen- und Interessentenbeteiligung – eine Verkürzung der Popularbeteiligung durch eine Intensivierung der Ermittlungen aus anderen Erkenntnisquellen kompensiert werden. Wenn die Behörde also alle Belange, die die Popularbeteiligung zutage gefördert hätte, auch ohne diese ermittelt, ist deren Zweck auf anderem Wege genügt und die Verkürzung der Popularbeteiligung unschädlich. Nach dem Rechtsgedanken der §§ 46, 75 Abs. 1a S. 1 VwVfG[485], § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB ist die „an sich" unzulässige Verkürzung der Popularbeteiligung durch die Absprache unter dessen Voraussetzungen unbeachtlich – zumal weil die Entscheidungsverlagerung durch ein be-

---

[482] *Roßnagel* in: Koch/Scheuing, BImSchG, § 10 Rn. 338 u. 343.

[483] Für die Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 10 BImSchG *Jarass*, BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 10 Rn. 70.

[484] Dementsprechend räumen die Vorschriften, die eine Jedermann-Beteiligung vorschreiben, mangels dahinterstehenden materiellen subjektiven Rechts auch nicht jedermann ein subjektives Verfahrensrecht auf die Anhörung ein, sondern nur den Rechtsbetroffenen (für die Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 10 BImSchG *Roßnagel* in: Koch/Scheuing (Hrsg.), GK-BImSchG, § 10 Rn. 556 ff.).

[485] BayVGH, BayVBl 1981, 401 (404); *Lässig*, DÖV 1983, 876 (881); *Krebs*, DVBl 1984, 109 (111 ff.) – allerdings noch zur alten, bis zum 18.9.1996 geltenden Fassung des § 46.

rechtigtes Interesse gerechtfertigt sein muß.[486] Wenn die Behörde alle Belange, die die Popularbeteiligung zutage gefördert hätte, auf andere Weise ermittelt hat, ist die (nach § 46 VwVfG in der seit 1997 geltenden Fassung erforderliche) konkrete Möglichkeit, daß die Entscheidung bei Beachtung des Verfahrens anders ausgefallen wäre, zu verneinen: Weil die Entscheidung auf denselben Belangen beruht hätte, wäre sie auch mit demselben Inhalt getroffen worden.[487] – Wie intensiv die Ermittlungen sein müssen, um eine solche Kompensation zu bewirken, ist aufgrund der Umstände anhand der oben in bezug auf die Amtsermittlungspflicht dargelegten Maßstäbe im Einzelfall zu beurteilen. – Soweit auch Rechtsbetroffene oder Interessenten existieren, kann deren Beteiligungsrecht wiederum dadurch gesichert werden, daß die Entscheidung auch nach der Absprache im Hinblick auf Schutzauflagen noch offen ist.

f) Bedenken gegen die Wirksamkeit der Anhörung

Es ist in einer stark soziologisch geprägten Untersuchung das Bedenken geäußert worden, daß die Beteiligung Dritter die ihr aus juristischer Sicht zugedachten Zwecke nur sehr bedingt erfüllen könne.[488] Diese Bedenken ergeben sich zum einen daraus, daß die Entscheidung zwar einerseits noch „offen" sein muß, andererseits aber auch eine gewisse Verfestigung der Entscheidung schon stattgefunden haben muß, bevor eine Anhörung überhaupt durchgeführt werden kann. Diese erforderliche Verfestigung stehe späteren, durch die Stellungnahme des Dritten veranlaßten Korrekturen tendenziell entgegen.[489] Außerdem blieben die Dritten auch nach einer Äußerung außenstehende Dritte, so daß sie auch mit ihrer Äußerung keinen maßgeblichen Einfluß auf die Entscheidung entfalten könnten.[490] Dies stehe im Gegensatz zu dem an einer Absprache beteiligten Privaten, der infolge seiner Verhandlungs- und Tauschmacht einen erheblichen Einfluß auf die Entscheidung hat und insofern alles andere als außenstehend ist.

Diese Bedenken können aber nicht dazu führen, die Beteiligung Dritter als ungeeignetes Mittel abzutun und für nicht mehr erforderlich zu halten. Diese Folgerung wird in der genannten Untersuchung auch gar nicht gezogen. Es bleibt vielmehr bei der nicht zuletzt auch grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Forderung, daß in ihren Rechten betroffene Dritte vor der

---

[486] S. o. II. 1. b) cc) (2) (c) (S. 177 ff.) und II. 2. c) (S. 185 ff.).

[487] Aus diesem Grund sind solche Verkürzungen auch im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der späteren Planungs- oder Genehmigungsentscheidung unbeachtlich, wenn sie sich auf das Entscheidungsergebnis nicht ausgewirkt haben (für die Popularbeteiligung nach § 10 BImSchG *Roßnagel* in: Koch/Scheuing (Hrsg.), GK-BImSchG, § 10 Rn. 556 ff.; für § 73 VwVfG vgl. *Dürr* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 73 Rn. 120).

[488] *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 127 ff. und 137 ff.

[489] *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 127 f.

[490] *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 129.

Verwaltungsentscheidung angehört werden müssen. Allerdings sollten die dargelegten Bedenken dazu Anlaß geben, ein (noch) größeres Augenmerk auf den richtigen Zeitpunkt der Anhörung zu legen. Denn wenn trotz der „Äußerlichkeit" der Dritten und der unvermeidbaren Verfestigung der Entscheidung die Anhörung noch ihren grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Zweck erfüllen soll, ist der Zeitpunkt das Entscheidende.

g) Anwendbarkeit von für Zwischenentscheidungen geltenden gesetzlichen Anhörungsvorschriften

In Fällen, in denen regelungsvorbereitende Absprachen den Inhalt der Regelung nicht vollständig, sondern nur hinsichtlich einzelner Entscheidungsaspekte vorwegnehmen,[491] kann die Einordnung der Absprache als regelungsvorbereitend oder regelungsersetzend zweifelhaft sein, wenn das einschlägige Fachgesetz selbst die förmliche Abschichtung in mehrere Verfahrensstufen durch Vorbescheide oder Teilgenehmigungen vorsieht (gestuftes Verfahren). Das soll an dem Beispiel erläutert werden, daß in einer Absprache die Entscheidung (nur) über den Standort eines nach BImSchG genehmigungsbedürftigen Kohlekraftwerks vorweggenommen wird, während die Entscheidung im übrigen offen bleibt. Als genehmigungs*vorbereitende* Absprache wäre nach dem oben Gesagten ein Anhörungsverfahren für sie entbehrlich, wenn den Rechten der Nachbarn im Rahmen der Entscheidung über die noch offenen Aspekte der Genehmigungsentscheidung (z.B. durch Schutzauflagen) Rechnung getragen werden kann und die Behörde im übrigen alle Aspekte, die für die Standortentscheidung ausschlaggebend sind, vorher auf andere Weise ermittelt hat.

Mit ihrer Vorentscheidung über den Standort hat die Absprache jedoch den Entscheidungsgehalt eines Standortvorbescheides und könnte insoweit auch als standortvorbescheid*ersetzende* Absprache angesehen werden. Geht man von dieser Sichtweise aus, wäre ein (thematisch auf die Standortentscheidung beschränktes) Anhörungsverfahren durchzuführen, weil § 10 Abs. 9 i.V.m. Abs. 3 BImSchG ein solches für den Standortvorbescheid vorschreibt.

Für die Frage, ob vor einer solchen „Standortabsprache" ein Anhörungsverfahren durchzuführen ist, ist ihre Bezeichnung als genehmigungsvorbereitend oder vorbescheidersetzend nicht weiterführend. Die Antwort hängt vielmehr von Reichweite, Sinn und Zweck der Anhörungsvorschriften und somit von der konkreten Ausgestaltung des gestuften Verfahrens nach dem BImSchG ab. Aus dem Zusammenspiel der §§ 9, 10 und 11 BImSchG ergibt sich, daß auf jeder Stufe des Verfahrens ein Anhörungsverfahren durch-

[491] S. o. Teil 1: D. II. 1. d) aa) (S. 90).

zuführen ist, in dem Einwendungen erhoben werden können, die die jeweilige Teilentscheidung betreffen. Die relative Endgültigkeit der Zwischenentscheidung ist durch die Bindungswirkung des Vorbescheids und durch die Präklusion derjenigen Einwendungen gewährleistet, die auf der jeweiligen Stufe vorzubringen waren.[492] Die Präklusion wiederum ist nur dann mit dem Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) vereinbar, wenn der Vorbescheid mit förmlichen Rechtsbehelfen angefochten werden kann.[493]

In diesem Zusammenspiel spielt auch eine wichtige Rolle, daß der Vorbescheid ein Verwaltungsakt ist: Diese Handlungsform verleiht ihm zum einen die Bindungswirkung, durch die er zum Ausgangspunkt des weiteren Verfahrens werden kann und gewährleistet zum anderen die Anfechtbarkeit mit den förmlichen Rechtsbehelfen von Widerspruch[494] und Anfechtungsklage. Das Anhörungsverfahren kann bei Vorbescheiden somit nicht losgelöst von dem *Instrument* des Verwaltungsakts gesehen werden, sondern es hängt unter anderem von diesem ab. Da die „Standortabsprache" mit ihrer Rechtsunverbindlichkeit ganz andere Wirkungen hat als ein Vorbescheid, ist sie im Ergebnis daher nicht als vorbescheidersetzend, sondern als genehmigungsvorbereitend anzusehen und ein Anhörungsverfahren ist entsprechend § 10 Abs. 9 BImSchG unter den genannten Voraussetzungen entbehrlich.

h) Zwischenergebnis

Da die Rechtsbetroffenen- und die Interessentenbeteiligung nicht nur einen objektiven Ermittlungs-, sondern auch einen subjektiven Rechtsschutzzweck verfolgen, kann eine Verkürzung der Anhörung nicht durch die Intensivierung der anderweitigen Ermittlungen kompensiert werden. Die Anhörung muß zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem die Entscheidung rechtlich und faktisch noch offen ist. Sie ist allerdings thematisch auf die Rechte bzw. Belange der Betroffenen beschränkt, so daß die Entscheidung nicht mehr völlig offen sein muß, sondern nur insoweit, als die Rechte bzw. Belange der Anzuhörenden betroffen sind. Dafür genügt es, wenn ihnen durch Schutzauflagen noch hinreichend Rechnung getragen werden kann. Absprachen, die die Möglichkeiten solcher Schutzauflagen offen lassen, sind daher auch ohne vorherige Anhörung zulässig – Absprachen, die solche Schutzauflagen ausschließen, dagegen nicht.

---

[492] Vgl. dazu näher die Kommentierung zu § 11 von *Hofmann* in: Koch/Scheuing (Hrsg.), GK-BImSchG.

[493] Zu den verfassungsrechtlichen Implikationen der Präklusion vgl. *Roßnagel* in: Koch/Scheuing (Hrsg.), GK-BImSchG, § 10 Rn. 385 ff. im Allgemeinen und § 11 Rn. 5 ff. für das gestufte Verfahren.

[494] Falls ein solcher nicht nach Landesrecht entbehrlich ist, vgl. z.B. Art. 15 Nr. 2 BayAGVwGO.

Die Popularbeteiligung dagegen dient keinem subjektiven Rechtsschutzzweck, sondern rein objektiv der Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts. Daher ist sie thematisch nicht begrenzt und wird „an sich" schon dann unzulässig verkürzt, wenn die Entscheidung nur noch offen für Schutzauflagen ist. Diese Verkürzung kann aber andererseits ausgeglichen werden, wenn die Behörde den entscheidungserheblichen Sachverhalt durch anderweitige Ermittlungen aufklärt. Dem Ermittlungszweck ist dann genügt, so daß eine Verkürzung der Popularbeteiligung durch Absprachen unter dieser Voraussetzung nicht zur Rechtswidrigkeit der Absprache führt.

5. Mitwirkungszuständigkeiten anderer Behörden und Stellen

a) Mitwirkung anderer Behörden

Sehr häufig ist an einem Verwaltungsverfahren nicht nur eine Behörde beteiligt, sondern müssen mehrere Behörden zusammenwirken. Eine der beteiligten Behörden trifft die Entscheidung; für diese gelten dann die oben[495] dargelegten Zuständigkeitsregeln. Die Mitwirkung anderer Behörden geschieht entweder durch deren Benehmen (Anhörung) oder Einvernehmen (Zustimmung).[496] Diese Mitwirkungszuständigkeiten dürfen durch die Entscheidungsverlagerung nicht unterlaufen werden.[497] Die Behörden sind daher an der (regelungsvorbereitenden oder regelungsersetzenden) Absprache zu beteiligen, und zwar zu einem Zeitpunkt, an dem sie ihr Mitwirkungsrecht noch wirksam ausüben können und die Entscheidung nicht bereits getroffen ist. Insoweit gilt das zur Beteiligung Dritter Gesagte entsprechend.

Auch die Beteiligung anderer Behörden wird in der Absprachenpraxis oft vernachlässigt.[498] Allerdings kann eine Behörde, deren Einvernehmen bei einer rechtsförmigen Entscheidung erforderlich ist, die in einer *regelungsvorbereitenden* Absprache gefundene Sachentscheidung dadurch „platzen" lassen, daß sie ihr Einvernehmen zu deren Umsetzung in die spätere rechtliche Regelung verweigert. Das verleiht ihr eine Verhandlungsmacht, die geradezu dazu zwingen kann, sie bereits an der Absprache zu beteiligen.

Eine Sonderrolle spielen solche Rechtsverordnungen, die gemäß der Verordnungsermächtigung der Zustimmung des Parlaments bedürfen. Mit dem Zustimmungsvorbehalt behält das Parlament bei der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

---

[495] S. o. 2. (S. 197 ff.).

[496] Vgl. *Badura* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 37 Rn. 33.

[497] Vgl. *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1030); *Henneke*, NuR 1991, 267 (275); *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (224 f.).

[498] *Wedemeyer*, Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts, Diss. Augsburg 1991, S. 52 f., 226.

einen Teil dieser Befugnisse zurück.[499] Wird der Delegatar nicht in Form der Rechtsetzung, sondern konsensual tätig, erfordern Sinn und Zweck des Zustimmungsvorbehalts daher nicht, daß das Parlament dem Konsens zustimmt.[500] Die Zustimmung des Parlaments ist in diesen Fällen also auf das Handlungsinstrument, nicht auf den Inhalt bezogen. Dasselbe gilt für die Zustimmung des Bundesrates zu gesetzesersetzenden Absprachen auf Bundesebene.[501]

b) Beteiligung von Verbänden

Die Beteiligung von Verbänden an staatlichen Entscheidungen dient zum einen dazu, den in dem Verband vorhandenen Sachverstand zu erschließen und so die Informationslage der entscheidenden Behörde und damit die Qualität der Entscheidung zu verbessern; zum anderen dient sie dazu, durch die Berücksichtigung der vom Verband vertretenen Interessen auch die Akzeptanz in der Öffentlichkeit zu fördern.[502] Eine Verbandsbeteiligung ist denkbar bei Einzelfallentscheidungen, aber auch beim Erlaß von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften. Bei der Gesetzgebung sind Interessenverbände ebenfalls beteiligt.[503]

Der Zweck der Verbandsbeteiligung kann auch erreicht werden, indem die Behörde (ähnlich wie bei der Interessentenbeteiligung) mit Hilfe eigenen oder gutachterlichen Sachverstandes alle relevanten Sachverhaltsumstände und Belange selbst ermittelt und beurteilt, so daß sie auch schon vor der Verbandsbeteiligung in die durch Absprache getroffene Entscheidung einfließen können.

Anders liegen die Dinge jedoch, wenn der zu beteiligende Verband ausnahmsweise ein subjektives Verfahrensrecht auf die Anhörung hat, wie etwa die anerkannten Naturschutzverbände gem. § 29 BNatSchG.[504] Dieses subjektive Recht der Naturschutzverbände würde entwertet, wenn ihre Beteiligung erst nach einer Absprache erfolgte, mit der die inmitten stehende Entscheidung schon getroffen worden ist. Daher ist ein solches subjektives

---

[499] BVerfGE 8, 274 (321); BayVerfGH, BayVBl 1984, 528 (530); *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 169.

[500] *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 169.

[501] *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 179 f., der jedoch eine Information des Bundesrates verlangt.

[502] *Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch*, BNatSchG, 1996, § 29 Rn. 3 ff.

[503] Vgl. *v. Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, J I. 3.2. (S. 291 f.) unter Hinweis auf § 23 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (Teil II).

[504] BVerwGE 87, 62 (70 f.).

Beteiligungsrecht zu behandeln wie die Anhörungsrechte rechtsbetroffener Dritter. Die anerkannten Naturschutzverbände sind daher, soweit ihr subjektives Beteiligungsrecht reicht, bereits vor der Absprache zu hören, es sei denn, die Absprache enthält noch keine Entscheidung über die von ihnen repräsentierten Naturschutzinteressen.

c) Anhörung beteiligter Kreise

Die „Anhörung beteiligter Kreise" findet sich dort, wo Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften erlassen werden sollen, z.B. für Rechtsverordnungen in § 7 i.V.m. § 51 BImSchG, §§ 12 Abs. 1, 23 i.V.m. § 60 KrW-/AbfG und für Verwaltungsvorschriften in § 48 i.V.m. § 51 BImSchG und §§ 12 Abs. 2, 16 i.V.m. § 60 KrW-/AbfG. Die „beteiligten Kreise" setzen sich zusammen aus Vertretern von Staat, Wissenschaft, Wirtschaft und Betroffenen (vgl. § 51 BImSchG, § 60 KrW-/AbfG), so daß Allgemeininteressen, Sachverstand und Gruppeninteressen in die Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift einfließen. Der Zweck der Anhörung der beteiligten Kreise ist demnach die Einbringung von Sachverstand und die Interessenvertretung.[505] Die Beteiligungsvorschriften knüpfen daher an den Inhalt der Entscheidung an und sind deshalb auch bei Absprachen zu beachten, mit denen solche Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften vorbereitet oder ersetzt werden.

Welche Rechtsfolge eine fehlerhafte oder unterlassene Anhörung hat, ist umstritten. Richtig dürfte es sein, dies von der Schwere des Fehlers abhängig zu machen: Schwere Fehler haben die Unwirksamkeit der Rechtsverordnung bzw. Verwaltungsvorschrift zur Folge, insbesondere soweit die Anhörung auch dem Grundrechtsschutz durch Verfahren dient, also auch Betroffene zu beteiligen sind.[506]

Da Verwaltungsvorschriften ohnehin keine unmittelbare Außenwirkung haben, kann man bei ihnen nicht ohne weiteres von Nichtigkeit sprechen. Sie dürfen aber von der Verwaltung nicht angewendet werden; ihre Anwendung hat einen Ermessensfehler zur Folge[507] (was nicht ausschließt, daß die Behörde aufgrund ihrer Einzelfall-Erwägungen zu demselben Ergebnis kommt).

Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit einer Absprache kommt es auch hier – ähnlich wie im Hinblick auf die Beteiligung Dritter und der Öffentlichkeit – darauf an, wie weit der Entscheidungsgehalt der Absprache geht und ob die Behörde die vorentschiedenen Aspekte selbst ausreichend beurteilen kann.

---

[505] Vgl. *Müggenborg*, NVwZ 1990, 909 (913 f.).

[506] Vgl. *Koch* in: Koch/Scheuing (Hrsg.), GK-BImSchG, § 51 Rn. 36 ff.; *Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, S. 170.

[507] *Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, S. 170 f.

6. Befangenheit (§ 21 VwVfG)

Im Hinblick auf die Befangenheitsvorschrift des § 21 VwVfG stellt sich die Frage, ob gerade die Mitwirkung eines Amtswalters an einer regelungsvorbereitenden Absprache einen Grund darstellt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen seine unparteiische Amtsführung in Hinblick auf die spätere Regelung zu rechtfertigen. Das ist jedenfalls dann nicht anzunehmen, wenn die Absprache rechtmäßig ist: Die Entscheidungsverlagerung in eine Absprache hinein muß ja sachlich gerechtfertigt sein[508] und auch die Rechte Dritter angemessen berücksichtigen.[509] Eine rechtmäßige Absprache ist also gerade das Ergebnis eines angemessenen Interessenausgleichs und insofern positiver Ausdruck einer unparteiischen Amtsführung.

Die Beteiligung an einer rechtswidrigen Absprache kann dagegen durchaus geeignet sein, Mißtrauen in eine unparteiische Amtsführung zu rechtfertigen. Daß die Absprache rechtswidrig ist, genügt allein jedoch nicht, auch nicht wenn ihre Rechtswidrigkeit auf einer einseitigen Interessenberücksichtigung des absprachebeteiligten Privaten und einer Vernachlässigung betroffener Dritter beruht. Es ist zwar anzunehmen, daß der Amtswalter aufgrund der Absprache einem Vorbringen der in der Absprache vernachlässigten Dritten nicht mehr aufgeschlossen gegenübersteht.[510] Dies ist jedoch nicht in der Person des einzelnen Amtswalters begründet, was für die Annahme einer Befangenheit erforderlich ist,[511] sondern eine Folge der faktischen Bindungswirkung der Absprache und betrifft insofern die Behörde als solche und nicht den einzelnen Amtswalter. Es müssen also weitere, in der Person eines konkreten Amtswalters liegende Umstände hinzukommen, um einen Amtswalter im Hinblick auf eine nachfolgende Regelung als befangen erscheinen zu lassen.

---

[508] S. o. II. 1. b) cc) (2) (c) (aa) (S. 177 ff.) und II. 2. c) (S. 185 ff).

[509] S. o. 4. (S. 213 ff.).

[510] *Petermann*, Speyerer Forschungsberichte 103, 1991, S. 123 ff.; *Schmittel* in: Speyerer Forschungsberichte 70, Bd. 1, 1988, S. 159 (237, 247 ff.); *Bechmann* in: Speyerer Forschungsberichte 70, Bd 2, 1988, S. 40 (49 f.). Einseitige Festlegung in der Sache ist an sich als Befangenheitsgrund anerkannt, vgl. etwa *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 21 Rn. 5.

[511] Befangenheitsgründe müssen jedoch in der Person des einzelnen Amtswalters liegen, vgl. etwa *Clausen* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 28 Rn. 6; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, Rn. 10: Nur einzelne Amtsträger können befangen sein, nicht eine Behörde als solche.

7. Formerfordernisse

a) Schriftform

In bestimmten Fällen schreibt das Gesetz für Entscheidungen der Verwaltung die Schriftform vor, so z.B. für bestimmte Verwaltungsakte (etwa § 10 Abs. 7 BImSchG) oder für Verwaltungsverträge (§ 57 VwVfG). Gegen deren analoge Anwendbarkeit auf Absprachen spricht schon der begriffliche Anschein, daß es widerprüchlich anmutete, einer *informalen* Entscheidung die Schrift*form* zu geben. Dieser Anschein bestätigt sich bei näherem Hinsehen:

Schriftformerfordernisse können verschiedene Zwecke haben:[512] Zum einen ist da die Beweisfunktion, d.h. mittels der Schriftform kann bewiesen werden, daß und von wem eine Erklärung abgegeben (d.h. eine Entscheidung getroffen) wurde und welchen Inhalt sie hat. Zum anderen ist die Warnfunktion zu erwähnen, die den Erklärenden vor übereilten Erklärungen schützen soll. Beide Funktionen sind bei Absprachen entbehrlich: Die Beweisfunktion ist nur dann erforderlich, wenn es im Rechtsverkehr etwas zu beweisen gibt. Da Absprachen keinen rechtlichen Sanktionsmechanismus haben, sondern „mit goodwill funktionieren", bedarf es keines Beweises über eine getroffene Absprache. Auch eine Warnung an den Erklärenden ist nur erforderlich, wenn die Erklärung Rechtsfolgen hat. Zwar kann eine Absprache den Privaten durchaus schwerer belasten als eine rechtliche Regelung.[513] Jedoch ist dies keinesfalls der die Betrachtung prägende Regel- sondern eher der Ausnahmefall, der es nicht rechtfertigt, Schriftformerfordernisse auf Absprachen zu übertragen. Im umgekehrten Fall verzichtet man ja auch nicht ausnahmsweise auf die Schriftform für verwaltungsrechtliche Verträge, wenn es der Warnung an den Erklärenden im Einzelfall nicht bedarf.[514] Schriftformerfordernisse knüpfen damit insofern an das Handlungsinstrument an, als dieses die Entscheidung rechtlich verbindlich machen muß. Schriftformerfordernisse, die die vorbereitete oder ersetzte Regelung betreffen, können daher nicht auf Absprachen übertragen werden.[515] Das gilt auch für die Regelung des § 57 VwVfG.

Es wäre im übrigen auch im Ergebnis sinnlos, die Schriftlichkeit von Absprachen zu fordern: Wenn die Beteiligten meinen, daß es untunlich sei, die

---

[512] Vgl. für das Privatrecht etwa *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 27 Rn. 5 ff.; für den Verwaltungsvertrag *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 57 Rn. 4; für die Klage vor dem VG Geiger in: *Eyermann*, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 81 Rn. 3.

[513] S. o. Teil 1: D. I. 2. d) (S. 85).

[514] *Hennecke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 57 Rn. 11.

[515] A.A. *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 151.

Schriftform einzuhalten, so werden sie die Absprache mündlich treffen und sich dennoch an sie halten. Die Absprache entfaltet ihre faktische Bindungswirkung dann auch ohne Beachtung der Schriftform. Ist einer der Beteiligten aus irgend einem Grund der Meinung, die Absprache dann doch nicht einhalten zu wollen, dann ist er dazu rechtlich auch nicht verpflichtet – und er wäre das auch nicht, wenn sie schriftlich fixiert würde. Von daher wäre auch der Sinn eines Schriftformerfordernisses nicht einzusehen.

b) Begründung

§ 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG schreibt vor, daß schriftliche oder schriftlich bestätigte Verwaltungsakte schriftlich zu begründen sind. Die Norm knüpft damit an die Handlungsform des Verwaltungsakts an, denn für inhaltsgleiche *mündliche* Verwaltungsakte oder für Verwaltungsverträge gilt dieser Begründungszwang nicht. Betrachtet man die Funktionen des Begründungszwangs,[516] findet man diesen Befund bestätigt: Erstens soll verhindert werden, daß der betroffene Bürger in die Rolle eines Objekts staatlichen Handelns gedrängt wird. Diese Gefahr droht vom Verwaltungsakt als einseitig-hoheitlicher Handlungsform, typischerweise aber nicht von Verträgen oder Absprachen als konsensualen Handlungsinstrumenten. Zweitens ist der Bürger eher geneigt, eine Entscheidung zu akzeptieren, wenn er die Gründe dafür kennt. Auch diese Funktion erfüllt bei Verträgen und Absprachen der Konsens. Drittens ist der Begründungszwang Korrelat der Anfechtungslast des Bürgers, denn um entscheiden zu können, ob er einen Rechtsbehelf einlegen will, muß der Bürger die Gründe kennen, auf die die Behörde ihre Entscheidung stützt. Damit zusammenhängend wird die Nachprüfung des Verwaltungsakts durch die Widerspruchsbehörde und das Gericht durch die Begründung wesentlich erleichtert. Auch diese Problematik stellt sich so nur bei den einseitig-hoheitlichen Verwaltungsakten; wobei sie bei mündlichen Verwaltungsakten entschärft ist, weil diese sich zum einen häufig sofort erledigen (z.B. im Polizei- und Ordnungsrecht) und zum anderen die Anfechtungsfrist ein Jahr beträgt (§ 58 Abs. 2 VwGO).

Da § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG somit an die Handlungsform des (schriftlichen) Verwaltungsakts anknüpft, ist er auf Absprachen nicht analog anwendbar.

Soweit ein Begründungszwang sich auch aus dem Gedanken des Grundrechtsschutzes (z.B. bezüglich Art. 12 GG) durch Verfahren ergibt,[517] ist

---

[516] Dazu *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 39 Rn. 6.

[517] So für mündliche Prüfungen BVerwG, NJW 1996, 2670 ff. (dazu ausführlich *Hösch*, JuS 1997, 602 ff.); BVerwG, NJW 1996, 2675 f.; *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 39 Rn. 70.

bei Absprachen einem solchen grundrechtlichen Begründungszwang jedoch bereits durch das konsensuale Zustandekommen genügt.

8. Bekanntmachung

Für normersetzende Absprachen wird gefordert, diese seien so wie die ersetzte Norm bekanntzumachen.[518] Dies wird damit begründet, daß eine demokratische Kontrolle der normersetzenden Absprachen durch Legislative und Öffentlichkeit ohne deren Bekanntmachung nicht möglich sei.[519] Die öffentliche Bekanntmachung von Normen dient jedoch weder der Kontrolle durch die Parlamente noch durch die Öffentlichkeit, sondern ist Geltungsbedingung für die Norm.[520] Die Ermöglichung solcher Kontrolle kann daher kein Argument sein für die Publikation normersetzender Absprachen.

Hinsichtlich der Kontrolle durch die Parlamente kommt hinzu, daß diesen eine ganze Anzahl anderer Instrumente zur Kontrolle der Exekutive zur Verfügung stehen, darunter auch Auskunfts- und Informationsrechte.[521] Diese Instrumente reichen auch aus, die Regierung und die Verwaltung im Hinblick auf Maßnahmen zu kontrollieren, die nicht bekanntgegeben werden müssen.

Ein Erfordernis, normersetzende Absprachen wie die ersetzte Norm bekanntzumachen läßt sich daher allenfalls damit rechtfertigen, daß normersetzende Absprachen im Ergebnis dieselben Auswirkungen auf das Verhalten der betroffenen Privaten haben wie die ersetzte Norm sie hätte. Dies stimmt jedoch uneingeschränkt nur für die an der Absprache beteiligten Privaten, hinsichtlich derer aber zu differenzieren ist: Sind an der Absprache

---

[518] *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 115 ff. m.w.N.; vgl. auch *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 170 ff., die lediglich eine angemessene Publikation verlangen, die auch hinter derjenigen von Rechtsnormen zurückbleiben könne. Ähnlich *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 157 f.: „in geeigneter Weise" sowie *Helberg*, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 218 f. Nicht eindeutig *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1031), allerdings im Ergebnis wohl eine Pflicht, normersetzende Absprachen in derselben Weise wie die erstezte Norm bekanntzumachen, ablehnend (sonst wäre der von *Brohm* a.a.O. bejahte Auskunftsanspruch überflüssig). Allgemein für mehr „Transparenz und Publizität" *Trute* in: Hendler u.a. (Hrsg.), Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz, 1999, S. 13 (22).

[519] *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 115 f.; vgl. auch *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1031).

[520] *Seifert/Hömig*, GG, 6. Aufl. 1999, Art. 82 Rn. 4; *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1031); s. auch BVerfGE 63, 343 (353); BVerfGE 72, 200 (241).

[521] S. dazu *Krahl*, Wie weit ist das Parlament tatsächlich in der Lage, die Verwaltung zu kontrollieren?, Diss. Hamburg 1978/79, S. 28 ff.

einzelne Private (natürliche oder juristische Personen) beteiligt, so halten sich diese aufgrund der faktischen Bindungswirkung an die Absprache, wie sie sich sonst an die Norm halten müßten. Da sie an der Absprache selbst beteiligt sind, bedarf es ihnen gegenüber einer Bekanntmachung nicht. Wird die Absprache von einem (Wirtschafts-) Verband getroffen, so steht dahinter das Ziel, daß sich die einzelnen Unternehmen als Verbandsmitglieder an die Absprache halten.[522] Diese sind jedoch nicht selbst an der Absprache beteiligt, so daß das eben angeführte Argument für eine Entbehrlichkeit der Bekanntmachung entfällt. Eine normersetzende Absprache zwischen einem Wirtschaftsverband und dem Staat macht aber nur Sinn, wenn die einzelnen Verbandsmitglieder sich an die Absprache halten. Sie wird daher nur zustandekommen, wenn der Verband dies dem Staat glaubwürdig versichern kann.[523] Das setzt aber neben einem ausreichenden Einfluß auf das Verhalten der Mitglieder zuallererst voraus, daß diese von der Absprache und ihrem genauen Inhalt informiert werden. Auch hier ist daher durch den Mechanismus des Zustandekommens der Absprache sichergestellt, daß alle, die sich an sie halten sollen, auch von ihr wissen.

Nicht anders ist die Lage, wenn Dritte von der Absprache mittelbar betroffen sind: Beispielsweise hatte die Asbestabsprache, mit der die Zementhersteller zur Vermeidung einer entsprechenden Verordnung der Bundesregierung eine Reduzierung des Asbestanteils in Zement versprachen,[524] zur Folge, daß die Asbestlieferanten erhebliche Umsatzeinbußen erlitten. Ohne Zweifel ist das ein Umstand, der für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit solcher Absprachen einer eingehenderen Betrachtung bedarf. Wenn diese Absprache sogar einen Eingriff in ihre Recht darstellt, kann dieser aber durch eine Bekanntmachung ebenso wenig wie durch eine Anhörung gerechtfertigt werden; dazu ist eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich.[525] Allerdings steht außer Zweifel, daß die Asbestlieferanten ein *Interesse* daran haben, so rechtzeitig von der Absprache zu erfahren, daß sie sich auf den Umsatzrückgang zumindest einstellen können. Möglicherweise kann sich daraus ein subjektives Recht auf eine rechtzeitige Information ergeben, dessen Verletzung Schadensersatzansprüche begründen kann. Das Erfordernis einer Bekanntmachung der Absprache ergibt sich daraus jedenfalls nicht.

Das Erfordernis, Rechtsnormen öffentlich bekannt zu machen, ist also instrumental bedingt. Es knüpft an deren generell-abstrakte rechtliche Rege-

---

[522] Zu dieser Problematik vgl. *Fluck/T. Schmitt,* VerwArch 89 (1998), 220 (257 f.); *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 163 ff. (letztere allerdings primär im Hinblick auf verwaltungsrechtliche Verträge).

[523] Vgl. *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 178: „Verpflichtungsfähigkeit“ des Verbandes. Zu den Mechanismen der verbandsinternen Durchsetzung von Selbstverpflichtungen s. *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 112 ff.

[524] Vgl. o. Teil 1: B. VI. 5. (S. 66).

[525] S. dazu u. IV. 1. c) (S. 257).

lungswirkung an, die normersetzende Absprachen nicht haben: Zum einen weisen sie keine rechtliche Regelungswirkung auf, und zum anderen ist ihre faktische Bindungswirkung nicht generell-abstrakt, sondern betrifft auf privater Seite nur die an der Absprache Beteiligten bzw. solche (natürlichen oder juristischen) Personen, die von diesen „vertreten" werden (Verbandsmitglieder). Deren Kenntnis von der Absprache ist systemimmanent sichergestellt.

Auch normvorbereitende Absprachen müssen dementsprechend nicht bekanntgemacht werden, weil auch sie keine generell-abstrakte rechtliche Regelungswirkung haben. Erst recht gilt dies für sonstige (einzelfallbezogene) regelungsvorbereitende und -ersetzende Absprachen. Diese sind den Beteiligten ohnehin bekannt und betroffene Dritte werden gegebenenfalls schon durch die erforderliche Anhörung ausreichend informiert – falls nicht, ist die Absprache ohnehin rechtswidrig.

Es gilt somit generell, daß Absprachen nicht bekanntgemacht werden müssen, also auch in dieser Hinsicht „informell" bleiben (können).

IV. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Auch in ihrer inhaltlichen Dimension müssen Absprachen dem Vorbehalt und dem Vorrang des Gesetzes entsprechen.

1. Abspracheninhalt und der Vorbehalt des Gesetzes

Der Abspracheninhalt ist an beiden Dimensionen des Gesetzesvorbehalts zu messen, am grundrechtlichen Eingriffsvorbehalt und am organisationsrechtlichen Wesentlichkeitsvorbehalt.

a) Abspracheninhalt und der grundrechtliche Eingriffsvorbehalt

Absprachen beinhalten definitionsgemäß einen Leistungsaustausch. Aufgrund der darin liegenden faktischen Verpflichtung des beteiligten Privaten könnte ein faktischer Eingriff in dessen Grundrechte durch den Absprachen*inhalt* anzunehmen sein. Dieser Eingriffswirkung könnte entgegenstehen, daß Absprachen eine Übereinkunft darstellen, an der sich der Private freiwillig beteiligt. Ein Eingriff in die Grundrechte Dritter könnte anzunehmen sein, wenn mit der Absprache eine Regelung vorbereitet oder ersetzt wird, die in seine Rechte eingreifen wird (bzw. würde).

aa) Der Eingriffsbegriff

Nach dem „klassischen" Begriff des Grundrechtseingriffs stellt ein staatliches Handeln dann einen Grundrechtseingriff dar, wenn (1.) die Maßnahme darauf gerichtet ist, das Grundrecht zu beschränken (Finalität), (2.) die Grundrechtsbeeinträchtigung unmittelbare und nicht bloß mittelbare Folge der Maßnahme ist, (3.) die Maßnahme ein Rechtsakt ist, also rechtliche und nicht bloß tatsächliche Wirkung hat und es sich (4.) um eine einseitig-hoheitliche Maßnahme handelt („Befehl und Zwang").[526] Absprachen unterfallen diesem klassischen Eingriffsbegriff nicht: Mangels rechtlicher Verbindlichkeit sind sie keine „Rechtsakte" und wegen ihres konsensualen Zustandekommens sind sie nicht „Befehl und Zwang". Durch eine Absprache wird weder die Rechtslage (mangels rechtlicher Bindungswirkung) noch die Wirklichkeit verändert, sondern allenfalls durch ihre Umsetzung, ihre „Erfüllung": Bei regelungsvorbereitenden Absprachen wird erst durch den Erlaß der abgesprochenen Regelung die Rechtslage verändert; bei Sanierungsabsprachen wird die Wirklichkeit verändert, wenn der Private die abgesprochenen Sanierungsmaßnahmen tatsächlich durchführt.

Angesichts der Ausweitung der staatlichen Aufgaben und der „Erfindung" neuer Handlungsinstrumente wird dieser „klassische" Eingriffsbegriff heute aber einhellig und zurecht als zu eng angesehen. Er hat daher Weiterungen hinsichtlich aller vier Kriterien erfahren.[527] Als Eingriff verstanden wird heute „jedes staatliche Handeln, das dem einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, unmöglich macht" ohne daß es darauf ankäme, ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder faktisch, einseitig-hoheitlich oder zweiseitig-konsensual erfolgt.[528] Allerdings ist durch diese Weiterungen auch die Abgrenzung unsicher geworden, wann ein staatliches Verhalten einen Grundrechtseingriff darstellt: Daß jemand eine grundrechtlich geschützte Freiheit nicht wahrnimmt, muß nicht auf eine Einflußnahme des Staates zurückzuführen sein, sondern es kann auch auf der eigenen Entscheidung des Grundrechtsträgers, auf einer Einflußnahme Dritter oder auf den äußeren Umständen beruhen.

Hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen mittelbare und faktische Grundrechtseingriffe anzunehmen sind, werden verschiedene Ab-

---

[526] Vgl. etwa *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999, Rn. 238. *Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 12 Rn. 34 ff. unterscheidet demgegenüber zwar fünf Merkmale, inhaltlich ergibt sich aber kein Unterschied.

[527] *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999, Rn. 240; *Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 12 Rn. 40; *Ibler* in: Festschrift f. Maurer, 2001, S. 145 (150 ff.).

[528] *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999, Rn. 240.

grenzungskriterien vorgeschlagen, die fast durchweg kontrovers diskutiert werden.[529] Die allgemeine und grundsätzliche Frage nach den Kriterien des mittelbaren und des faktischen Grundrechtseingriffs kann hier jedoch auf sich beruhen, weil die Eingriffsqualität von Absprachen mittels spezieller Überlegungen eindeutig und sicher beantwortet werden kann.

bb) Abspracheninhalt als faktischer Eingriff

Oben wurde dargelegt, daß die Verwaltung sich nicht durch eine „Flucht in die Faktizität" ihren rechtsstaatlichen Bindungen entziehen kann.[530] Wenn eine Verwaltungsentscheidung einen Grundrechtseingriff darstellt, so bleibt sie auch dann ein solcher, wenn sie mittels einer Absprache getroffen wird. Da belastende Entscheidungen in Form einer rechtlichen Regelung (durch Verwaltungsakt oder Rechtsnorm) Grundrechtseingriffe sind, bleiben sie es somit auch dann, wenn sie in eine Absprache verlagert werden; es wird durch diese Verlagerung lediglich aus einem rechtlichen ein faktischer Eingriff.

Regelungsvorbereitende und regelungsersetzende Absprachen enthalten daher einen faktischen Grundrechtseingriff, wenn und soweit die vorbereitete oder ersetze Regelung ein Grundrechtseingriff ist (bzw.wäre). Dies gilt sowohl gegenüber dem absprachebeteiligten Privaten als auch gegenüber Dritten. Ob eine Absprache in diesem Sinne belastend oder drittbelastend ist, hängt damit von ihrem konkreten Inhalt ab und kann deshalb nur im jeweiligen Einzelfall festgestellt werden.

Demgegenüber wird vertreten, daß Absprachen deshalb keine Grundrechtseingriffe seien, weil etwaiger Druck auf den privaten Absprachepartner grundsätzlich nicht dem Staat zugerechnet werden könne, da es dem Privaten unbenommen bleibe, zu klagen.[531] Diese Ansicht ist abzulehnen. Sie vernachlässigt die Wirksamkeit der faktischen Bindungswirkung von Absprachen und den darin liegenden faktischen Grundrechtseingriff. Abzustellen ist auf die inhaltliche Entscheidung. Wenn diese belastend ist, dann ist sie es unabhängig vom gewählten Handlungsinstrument. Der Eingriff, der vom Inhalt einer Absprache ausgeht, liegt somit bereits in der Absprache selbst und nicht erst in einer eventuellen späteren Rechtsfolgeentscheidung (bzw. deren Unterlassen).

---

[529] Vgl. etwa *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Rahmen der Grundrechte, 1970; *Bleckmann/Eckhoff*, DVBl 1988, 373 ff.; *W. Roth*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994; konkret im Hinblick auf Selbstverpflichtungen vgl. auch *Faber*, Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht, 2001, S. 301 ff.

[530] S. o. I. (S. 152).

[531] *Würfel*, Informelle Absprachen in der Abfallwirtschaft, Diss. Freiburg 1994, S. 53 ff., S. 83 sowie S. 64. Ähnlich *Stober* in: Blümel/Pitschas (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im Wandel der Staatsfunktionen, 1997, S. 131 (169).

cc) Absprachen und der Grundsatz „volenti non fit iniuria"

Absprachen sind somit grundsätzlich geeignet, aufgrund ihres Inhalts in Grundrechte der absprachebeteiligten Privaten einzugreifen. Möglicherweise steht der Annahme eines Grundrechtseingriffs aber die Tatsache entgegen, daß der Private durch seine Beteiligung an der Absprache der Belastung zugestimmt hat (volenti non fit iniuria). Es könnte also der Vorbehalt des Gesetzes deshalb nicht eingreifen, weil der Bürger durch seine einverständliche Mitwirkung in rechtlich wirksamer Weise über Grundrechtspositionen verfügt und ein „Grundrechtsverzicht" stattfindet, so daß ein Eingriff in seine Grundrechte ausgeschlossen bzw. gerechtfertigt wird.[532]

Neben der grundsätzlichen Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein „Grundrechtsverzicht" zulässig ist, stellt sich bei Absprachen das zusätzliche Problem, ob sie sich wegen ihrer „nur" faktischen Bindungswirkung[533] überhaupt als Instrument für einen rechtswirksamen Verzicht eignen.

(1) Begriff des Grundrechtsverzichts

Der Grundrechtsverzicht ist vom Grundrechtsausübungsverzicht, der schlichten Nichtausübung von Grundrechten und der Ausübung negativer Freiheiten zu unterscheiden. Der echte Verzicht zeichnet sich dadurch aus, daß er – wie jeder Rechtsverzicht[534] – eine Verfügung über grundrechtliche Freiheiten darstellt.[535] Dabei soll hier unter einem Grundrechtsverzicht nicht nur der sachlich und zeitlich umfassende Totalverzicht auf das Grundrecht als solches verstanden werden, sondern auch jede weniger weitreichende individuelle Verfügung über einzelne Grundrechtspositionen.[536]

---

[532] Im Hinblick auf den Verwaltungsvertrag vgl. *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 65 f.; vgl. auch *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 26 Rn. 10; *Scherzberg*, JuS 1992, 205 (211); *Krebs*, VVDStRL 52 (1993), 248 (265). Die Problematik ist auf Absprachen zu übertragen, weil auch sie konsensual zustande kommen; vgl. etwa *Faber*, Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht, 2001, S. 305 ff.

[533] S. o. Teil 1: A. II. 1. b) (S. 43) u. Teil 1: D. I. 2. b) (S. 80).

[534] *Malorny*, JA 1974, 475 (475).

[535] S. *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), 527 (531).

[536] Ebenso *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), 527 (531).

(a) Die Ausübung negativer Freiheiten

Die meisten Grundrechte gewährleisten auch negative Freiheiten, d.h. daß sie auch die Freiheit schützen, von einer grundrechtlich geschützten Freiheitsalternative keinen Gebrauch zu machen.[537]. Äußert jemand z.B. keine Meinung oder gehört er keiner Religion an, so liegt darin also keine Nichtausübung der Meinungs- bzw. Religionsfreiheit und erst recht wird damit nicht auf eine grundrechtlich geschützte Freiheit verzichtet. Im Gegenteil wird dadurch ein Grundrecht gerade ausgeübt.

Legt sich ein Privater in einer Absprache auf eine bestimmte Berufsausübungsmodalität fest, verzichtet er nicht auf die Berufs(ausübungs)freiheit, sondern er macht von seiner Freiheit Gebrauch, eine Berufsausübungsmodalität auszuüben und andere nicht. – Dasselbe gilt, wenn ein Bauwilliger aufgrund einer Absprache einen nur zweistöckigen Bau beantragt, obwohl nach den baurechtlichen Vorschriften eine dreistöckige Bebauung zulässig ist. Damit verzichtet der Bauwillige nicht unbedingt auf sein Recht, später noch einen dritten Stock aufzustocken, sondern macht von seiner Freiheit Gebrauch, zweistöckig zu bauen.

(b) Die schlichte Nichtausübung von Grundrechten

Kein Grundrechtsverzicht liegt auch darin, wenn ein Grundrechtsträger ein Grundrecht im konkreten Fall schlicht nicht ausübt, beispielsweise indem er eine rechtswidrige staatliche Anordnung befolgt anstatt sie mit Rechtsbehelfen anzugreifen. Diese Maßnahme bleibt rechtswidrig, auch wenn sie möglicherweise bestandskräftig wird.[538] Wenn ein Verzichtswille nicht erkennbar ist, kann in der schlichten Nichtausübung einer grundrechtlichen Freiheit auch kein konkludenter Verzicht gesehen werden.[539] In einer schlichten Nichtwahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten liegt keine Verfügung über diese Freiheit, sondern die momentan nicht wahrgenommene Handlungsalternative bleibt grundrechtlich geschützt und kann grundsätzlich jederzeit wahrgenommen werden.

(c) Der Grundrechtsausübungsverzicht

Teilweise wird der Grundrechtsverzicht vom Grundrechtsausübungsverzicht abgegrenzt. Unter Grundrechtsverzicht wird dabei der Verzicht auf das Grundrecht als solches verstanden, unter Grundrechtsausübungsverzicht der

---

[537] *Merten*, DÖV 1990, 761 (761); vgl. auch etwa *Starck*, v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 1, 1999, Art. 5 Rn. 32 und Art. 4 Rn. 22. Eine Ausnahme hiervon stellt z.B. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG dar.

[538] *Robbers*, JuS 1985, 925 (925).

[539] *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 97.

Verzicht lediglich auf seine Ausübung.[540] Von anderen wird diese Unterscheidung für unergiebig und veraltet gehalten.[541]

Rein begrifflich ist ein Unterschied zwischen einem Verzicht auf das Recht und einem Verzicht lediglich auf dessen Ausübung nicht zu verkennen, denn anders als beim Rechtsverzicht wird duch einen Ausübungsverzicht über das Recht selbst nicht verfügt. Wenn er jederzeit frei widerruflich, d.h. rechtlich nicht verbindlich ist, ist der Ausübungsverzicht daher nichts anderes als die schlichte Nichtausübung eines Grundrechts und damit ohne weiteres zulässig. Ist der Ausübungsverzicht dagegen unwiderruflich, ist zu fragen, was man von einem Recht noch hat, das man aufgrund eines Ausübungsverzichts nicht mehr ausüben darf – er ist von einem echten Verzicht, mit dem über das Grundrecht verfügt wird, jedenfalls nicht zu unterscheiden. Bei den Grundrechten kommt noch hinzu, daß – wie sogleich zu zeigen sein wird – ein Verzicht auf das Recht nur unter Voraussetzungen zulässig ist, die den Unterschied zum (rechtlich verbindlichen) Verzicht bloß auf dessen Ausübung im Ergebnis vollends aufheben. Der Grundrechtsausübungsverzicht ist daher keine eigene Kategorie; soweit er widerruflich ist, ist er der schlichten Nichtausübung von Grundrechten zuzuordnen, soweit er rechtlich verbindlich ist, handelt es sich um einen echten Grundrechtsverzicht.

(d) Der Grundrechtsverzicht

Für den Begriff des Grundrechtsverzichts im eigentlichen Sinne bleiben nur die Fälle, in denen der Grundrechtsträger durch rechtswirksame Erklärung über Grundrechtspositionen in dem Sinne verfügt, daß auf bestimmte grundrechtliche Freiheiten (oder deren Ausübung) für die Zukunft (wenn auch nicht notwendig für alle Zukunft) verzichtet wird. Der Grundrechtsträger verliert beim Verzicht damit (wenn auch möglicherweise lediglich bis auf Widerruf) den grundrechtlichen Schutz für eine Handlungsalternative.

Bei der schlichten Nichtausübung bleibt demgegenüber die Handlungsalternative rechtlich geschützt: der Grundrechtsträger macht von ihr lediglich keinen Gebrauch; ihre Beeinträchtigung durch den Staat (etwa durch ein Verbot) wäre aber nach wie vor ein Grundrechtseingriff. Im Gegensatz zur schlichten Nichtausübung hat daher der Verzicht eine gewisse Wirkung für die Zukunft insofern, als ein staatlicher „Zugriff" auf die Handlungsalternative (ggf. bis auf Widerruf) nicht rechtswidrig wäre.

---

[540] *Malorny*, JA 1974, 475 (476).

[541] *Sturm* in: Fs. Geiger, 1974, S. 173 (185).

(2) Grundrechtsverzicht durch Absprachen?

Fraglich ist, ob und inwieweit ein Verzicht durch eine Absprache geleistet werden kann. Da die schlichte Nichtausübung von Grundrechten sowie die Ausübung negativer Freiheiten wie dargelegt keine Verfügung über Rechtspositionen sind, also keine Rechtsfolgen darstellen, ist kein Grund ersichtlich, warum sie nicht auch durch Absprachen erfolgen können sollten. In ihnen liegt kein Grundrechtsverzicht; ein solcher ist insoweit auch nicht erforderlich.

Der echte Grundrechtsverzicht stellt hingegen eine Verfügung über ein Recht dar, also eine Rechtsfolge. Da Absprachen gerade keine Rechts-, sondern nur faktische Folgen haben, ist ein Grundrechtsverzicht *durch* eine Absprache nicht möglich. Es wurde aber bereits dargelegt, daß Rechtsfolgeentscheidungen als Erfüllungshandlungen außerhalb der Absprache erklärt werden können.[542] Ebenso ist es möglich, daß durch einen Rechtsverzicht, der der Absprache *vorausliegt*, eine Voraussetzung für deren Rechtmäßigkeit geschaffen wird. Das schließt es nicht aus, daß der Verzicht und die Absprache zeitlich zusammenfallen.

Der einer Absprache vorausliegende Verzicht kann nach dem Gesagten Belastungen tragen, solange er nicht widerrufen wird. Bricht der Private die Absprache und nimmt die Grundrechtsposition (wieder) wahr, so liegt darin zugleich konkludent der Widerruf des Grundrechtsverzichts; Verzicht und Beeinträchtigung fallen dann gleichzeitig weg. Solange die Beeinträchtigung in Form der in der Absprache enthaltenen (Selbst-) Beschränkung allerdings besteht, ist sie auch vom Grundrechtsverzicht gedeckt. Daraus folgt, daß ein Widerruf nicht mit Rückwirkung, sondern nur ex nunc möglich ist.

(3) Zulässigkeit und Voraussetzungen eines Grundrechtsverzichts

Im Gegensatz zur jederzeit ohne weiteres zulässigen schlichten Nichtausübung von Grundrechten und zur ihrerseits sogar grundrechtlich geschützten Ausübung negativer Freiheiten stellt ein Grundrechtsverzicht (im zuletzt erörterten eigentlichen Sinn) eine Verfügung über eine Grundrechtsposition dar. Hinsichtlich deren Zulässigkeit und Voraussetzungen ist zunächst zu beachten, daß manche Grundrechte bereits selbst Aussagen über die Zulässigkeit eines Verzichts enthalten. So bestimmt etwa Art. 6 Abs. 2 GG, daß Pflege und Erziehung der Kinder nicht nur das Recht der Eltern, sondern auch ihre Pflicht ist. Ein Grundrechtsverzicht ist hier deshalb unzulässig. Art. 9 Abs. 3 GG bestimmt, daß Abreden zur Beschränkung der Koalitions-

[542] Oben Teil 1: D. III. (S. 99).

freiheit nichtig sind, so daß ein Verzicht auf die Koalitionsfreiheit ebenfalls ausscheidet.[543] Aus Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG folgt im Gegensatz dazu, daß die Entziehung der Staatsangehörigkeit dann mit Willen des Betroffenen zulässig ist, wenn er dadurch nicht staatenlos wird.[544]

Über diese eigens geregelten Fälle hinaus kann sich das Nichtgebrauchmachen von einer grundrechtlich geschützten Handlungsalternative nicht nur in den Fällen der Ausübung negativer Freiheiten als Freiheitsgebrauch darstellen, sondern die Grundrechte schützen oft auch und gerade die Freiheit, sich zu binden. So schützt Art. 14 Abs. 1 GG auch das Recht, über sein Eigentum zu verfügen.[545] Art. 12 GG schützt auch die Freiheit, sich im Rahmen eines Arbeitsvertrages zu unselbständiger Arbeit zu verpflichten, denn dadurch wird gerade ein Beruf gewählt.[546] Schließlich umfaßt die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie auch die Freiheit, vertragliche Bindungen gegenüber dem Staat einzugehen und damit auch den wirksamen Verzicht auf Grundrechtspositionen.[547] Die Verfügung über Grundrechtspositionen durch rechtliche Bindung (und für faktische Bindung kann nichts anderes gelten) gegenüber dem Staat stellt sich bei dieser Sichtweise gerade als Freiheitsgebrauch dar und nicht als Freiheitsverzicht.

Die grundsätzliche Möglichkeit eines Grundrechtsverzichts ist damit den Grundrechten in gewisser Weise immanent – vorbehaltlich einer speziellen Regelung. Damit ist noch nichts über die Voraussetzungen und Grenzen eines wirksamen Grundrechtsverzichts gesagt.

(a) Disponibilität der Grundrechtsposition

Da man nur über eigene (subjektive) Rechtspositionen disponieren kann, nicht aber über objektive oder gar fremde, sind auch Grundrechte insoweit nicht disponibel, als sie Elemente einer objektiven Ordnung sind. Beispielsweise die Meinungs- und Pressefreiheit sind Grundlage der politischen und öffentlichen Meinungsbildung und deshalb für die freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierend.[548] Ihr Charakter als objektive Wertentscheidungen steht daher einem echten Verzicht auf diese Grund-

---

[543] Vgl. dazu *Robbers*, JuS 1985, 925 (928); *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), 527 (543 f.).

[544] *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), 527 (542 f.).

[545] *Hösch*, Freiheit und Eigentum, 2000, S. 17, 53 f.; *Depenheuer* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 1, 1999, Art. 14 Rn. 65 ff.; *Robbers*, JuS 1985, 925 (926).

[546] BVerfGE 81, 242 (253 f.); *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), 527 (544); vgl. auch *Manssen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 1, 1999, Art. 12 Rn. 51.

[547] *Robbers*, JuS 1985, 925 (926).

rechte grundsätzlich entgegen.[549] Soweit jedoch durch einen Verzicht die mitgeschützten Allgemeininteressen nicht berührt werden, erscheinen auch solche Freiheiten als disponibel und ein Grundrechtsverzicht daher als zulässig.

(b) Verzichtserklärung

Da mit dem Grundrechtsverzicht über ein Recht verfügt wird, ist er eine (einseitige) Rechtshandlung des Verzichtenden.[550] Die deshalb nötige (Verzichts-) Erklärung bedarf keiner bestimmten Form; erforderlich ist aber, daß der Inhalt der Erklärung als Grundrechtsverzicht erkennbar wird.[551] Sie kann auch konkludent erfolgen, jedoch muß dann der Wille erkennbar sein, daß tatsächlich über eine Grundrechtsposition verfügt werden soll und nicht bloß ein Fall der schlichten Nichtausübung vorliegt. Daß dies nicht *durch* eine Absprache möglich ist, sondern dieser logisch vorausliegt, wurde schon dargelegt.[552]

(c) Übermaßverbot und Menschenrechtskern

Eine Grenze findet auch der an sich zulässige Grundrechtsverzicht dort, wo er übermäßig ist,[553] denn das Übermaßverbot ist als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips[554] objektivrechtlicher Natur und daher für den einzelnen unverzichtbar. Dabei ist von Bedeutung, ob der Verzicht frei widerruflich oder bindend ist sowie seine zeitliche Dauer und der sachliche Umfang der Grundrechtspositionen, auf die verzichtet wird.[555] Deshalb ist etwa der sachlich und zeitlich umfassende Totalverzicht unzulässig,[556] genauso wie der lebenslange Verzicht auf bloß einzelne Grundrechtspositionen.[557] Wegen Art. 1 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2, 19 Abs. 2 GG ist auch ein Kern der

---

[548] Für die Meinungsfreiheit S. BVerfGE 7, 198 (208); S. weiter *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 1, 1999, Art. 5 Rn. 1 m.w.N. zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

[549] *Robbers*, JuS 1985, 925 (928); vgl. auch *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), 527 (545 f.); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 15. Aufl.1999, Rn. 137.

[550] *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 97.

[551] *Sturm* in: Fs. Geiger, 1974, S. 173 (184); Malorny, JA 1974, 475 (479); *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 97.

[552] Oben (2) (S. 243).

[553] *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), 527 (548).

[554] *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 20 Rn. 80.

[555] *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 15. Aufl.1999, Rn. 139.

[556] *Katz*, Staatsrecht, 14. Aufl. 1999, Rn. 655.

[557] *Pietzcker*, Der Staat 17 (1978), 527 (548 f.).

Grundrechte nicht verzichtbar (Menschenwürde-, Menschenrechtskern bzw. Wesensgehalt).[558]

(d) Widerruflichkeit des Verzichts

Es ist fraglich, ob ein Grundrechtsverzicht frei widerruflich ist bzw. sein muß.[559] Diese Frage braucht im Rahmen dieser Untersuchung nicht entschieden zu werden. Denn weil die Bindung an die Absprache nicht rechtlicher, sondern faktischer Natur ist, vermag sie für den Privaten nicht in rechtlich verbindlicher Weise die Pflicht zu begründen, einen Widerruf zu unterlassen. Soweit die Auffassung vertreten wird, daß zum Begriff des Grundrechtsverzichts eine rechtliche Verbindlichkeit gehöre,[560] ist also damit lediglich gemeint, daß ein Grundrechtsverzicht die *Verzichtsfolge* hat, nicht daß der Verzichtende für die Zukunft unwiderruflich daran gebunden ist.

(4) Freiwilligkeit

Ein Verhalten kann nicht mehr als Grundrechtsverzicht angesehen werden, wenn es sich nicht als als Freiheitsgebrauch, sondern im Gegenteil als Freiheitsbeschränkung darstellt. Das gilt erst recht für die Ausübung negativer Freiheiten und für die schlichte Nichtausübung von Grundrechten, die ebenfalls den Gebrauch von Freiheiten darstellen.

Das ist gerade im Hinblick auf Absprachen ein besonders wichtiges Kriterium, weil der Private oftmals durch „Zuckerbrot und Peitsche" dazu bewegt wird, sich an der Absprache zu beteiligen. Diesbezüglich werden zwei Ausdrücke zurecht immer wieder zitiert, nämlich: „Der Knüppel im Sack ist immer dabei" (*v. Lersner*)[561] und: „Einstmals war das Vorzeigen der Folterinstrumente die erste Stufe der Folter. Heute zeigt der Umweltminister den Entwurf einer Rechtsverordnung hervor; so entsteht die Bereitschaft zu ‚freiwilligen Zusagen'" (*Murswiek*)[562].

Daß kein Freiheitsgebrauch, sondern eine Freiheitsbeschränkung vorliegt, wenn die Verzichtserklärung des Grundrechtsträgers vom Staat durch die

---

[558] *Robbers*, JuS 1985, 925 (929 f.); *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981 S. 46 ff. (54).

[559] So etwa *Malorny*, JA 1974, 475 (479).

[560] *Sturm* in: Fs. f. Geiger 1974, 173 (185 f.); *v. Münch* in: v. Münch/Kunig, GG Band 1, 5. Aufl. 2000, Rn. 62 vor Art. 1.

[561] v. *Lersner*, Verwaltungsrechtliche Instrumente des Umweltschutzes, 1983, S. 23.

[562] *Murswiek*, JZ 1988, 985 (988).

„Peitsche" von Befehl und Zwang, d.h. durch Rechtsbefehl und dessen zwangsweise Durchsetzung erwirkt wurde, bedarf hier keiner näheren Begründung und ist leicht abzugrenzen. Übt der Staat faktischen Zwang aus, ist infolge der Anerkennung des faktischen Grundrechtseingriffs die Unwirksamkeit des Grundrechtsverzichts rechtlich ebenfalls eindeutig, wenngleich im Tatsächlichen schwerer erkennbar. In beiden Fällen erfolgt der Verzicht nicht aus „freiem Willen", sondern der Verzichtende beugt sich rechtlichem oder faktischem Zwang. Nutzt der Staat „lediglich" vorhandene Zwangslagen aus, wird die Zurechnung der Zwangswirkung problematisch, denn hier schwingt er die Peitsche nicht selbst. Und wenn der Staat den Grundrechtsträger gar ohne den Einsatz der Peitsche nur durch das Zuckerbrot einer staatlichen Gegenleistung zum Verzicht bewegt, ist schon die *Zwangs*wirkung fraglich: Liegt hier eine Beugung des (dann nicht mehr freien) Willens des Verzichtenden vor, oder wird seinem frei bleibenden Willen eine zusätzliche Entscheidungsalternative angeboten?

(a) Freiwilligkeit als Voraussetzung der Freiheitsausübung

Der Unterschied zwischen dem Grundrechtsverzicht als Freiheitsausübung einerseits und der Freiheitsbeschränkung andererseits wird mit der „Freiwilligkeit" des Verzichts auf den Begriff gebracht:[563] In ihm steckt schon der „freie Wille", der auf Freiheitsausübung hindeutet, während der Gegenbegriff der „Unfreiwilligkeit" die „Unfreiheit", also den Eingriff in eine (grundrechtlich geschützte) Freiheit andeutet.

Unter welchen Voraussetzungen aber ein Grundrechtsverzicht „freiwillig" ist, ist ungeklärt. Jedenfalls kann nicht entscheidend sein, daß ein Privater niemals *rechtlich* dazu verpflichtet ist, sich auf eine Absprache einzulassen. Infolge der Anerkennung des faktischen Grundrechtseingriffs müssen die Privaten auch *faktisch* frei sein, damit man von echter Freiwilligkeit sprechen kann.

In Anbetracht der Tatsache, daß die Verwaltung einen Privaten oftmals mit der Drohung zu einer Absprache bewegen kann, ansonsten eine inhaltsgleiche einseitige Regelung zu erlassen, wird teilweise behauptet, daß es in bezug auf Absprachen überhaupt keine „echte" Freiwilligkeit geben könne.[564] Diese Extremposition ist indes abzulehnen. Ihr zu folgen hieße in letzter Konsequenz, einen Grundrechtsverzicht schlechthin für unzulässig zu

---

[563] *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999, Rn. 136; *Robbers*, JuS 1985, 925 (926); *Malorny*, JA 1974, 475 (475 f.). Allgemein *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001.

[564] So z.B. *Kaiser*, NJW 1971, 585 (586); *Waechter*, Der Staat 38 (1999), 279 (284).

halten. Dies ließe sich nicht mit der oben vertretenen Position vereinbaren, daß die Verfügung über Grundrechtspositionen sich geradezu als Freiheitsgebrauch darstellen kann.

Damit ist der Ausgangspunkt benannt, von dem die Suche nach Kriterien für die Freiwilligkeit auszugehen hat: Die primäre Funktion der Grundrechte ist es, dem Einzelnen einen Freiheitsbereich zu garantieren, innerhalb dessen er über sein Tun und Lassen selbstbestimmt, d.h. nach eigenem Gutdünken willkürlich (also nach seinem *freien Willen*) entscheiden kann.[565] Die so verstandene Selbstbestimmung („Privatautonomie") ist durch die Grundrechte vor rechtlichen und faktischen Eingriffen geschützt. Wenn sich „in Wirklichkeit" ein fremder Wille (nämlich der des grundrechtsgebundenen Staates) durchsetzt und der eigene Wille des Verzichtenden nur vorgeschoben und als Medium hierfür mißbraucht wird, dann ist der Verzichtende in seinem Willen unfrei und sein Verzicht *unfrei*willig. Eine private Entscheidung erscheint daher dann nicht mehr als (privat)autonom, sondern als vom Staat fremdbestimmt (heteronom), wenn dem Privaten vom Staat rechtlich oder faktisch jede Alternative genommen wird.[566]

Zu denken wäre z.B. an den – allerdings unrealistischen – Fall, daß einem Privaten durch Verwaltungsakt befohlen wird, sich an einer Absprache zu beteiligen. Problematisch ist dagegen, unter welchen Voraussetzungen eine *faktische* Einflußnahme angenommen werden kann, der die Absprachebeteiligung des Privaten nicht mehr als selbst-, sondern als von der Verwaltung fremdbestimmt erscheinen läßt (faktische Alternativlosigkeit). Hier bietet sich ein Vergleich mit dem privaten Vertragsrecht an, in dem sich ebenfalls die Frage stellt, wann ein Vertrag wegen Mängeln im freien Willen eines Vertragschließenden („Willensmängel") anfechtbar oder unwirksam ist. Auch im privaten Vertragsrecht geht es darum, wann eine Willensbetätigung in einem Sinne „freiwillig" erfolgt, daß sie sich als Freiheitsausübung darstellt.

Die Freiheit der Willensbildung wird im bürgerlichen Recht u.a. durch § 123 Abs. 1 BGB geschützt.[567] Dieser nimmt einen „unfreien" Willen an

---

[565] *Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 11 Rn. 13; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999, Rn. 58.

[566] *Sturm* in: Fs. f. Geiger, 1974, S. 173 (183 f.): Von freiwilliger Eigenbindung als Freiheitsgebrauch kann nur die Rede sein, wenn sich die angebliche Selbstbestimmung auch in der sozialen Wirklichkeit als eigene, autonome Entscheidung des Verzichtenden erweist. Der Verzichtende muß also in diesem Sinne reale Handlungsalternativen haben. Vgl. auch *Schilling*, VerwArch 87 (1996), 191 (199): Unfreiwillig ist ein „seiner Natur nach einseitiges Rechtsgeschäft ..., das in der Form eines Vertrages geschlossen wird".

[567] Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 37 Rn. 1.

in den Fällen der widerrechtlichen Drohung und der arglistigen Täuschung. In der Rechtsprechung wird ferner unter bestimmten Umständen die Sittenwidrigkeit eines Vertrages angenommen, wenn ein strukturelles Verhandlungsungleichgewicht zu einem unangemessenen Vertragsinhalt geführt hat.

Dabei sollen die Rechtsfolgen und deren Konsistenz (§ 123 Abs. 1 BGB: Anfechtbarkeit; Sittenwidrigkeit: Unwirksamkeit) sowie ihre Übertragbarkeit auf Absprachen hier außer Betracht bleiben.

(b) „Widerrechtliche Drohung"

Nach § 123 Abs. 1 BGB beruht eine Willenserklärung dann auf einer unfreien Willensbetätigung (und ist daher anfechtbar), wenn der Erklärende widerrechtlich durch Drohung zu ihr bestimmt worden ist.

(aa) Drohung

Drohung ist die Inaussichtstellung eines künfigen Übels, dessen Eintritt nach dem Eindruck des Bedrohten vom Willen des Drohenden abhängig ist.[568] Im Hinblick auf Absprachen ist vor allem die Ankündigung der Verwaltung von Bedeutung, sie werde eine belastende einseitige Regelung durch Verwaltungsakt oder Verordnung treffen. Diese Ankündigung ist nach der Definition eine Drohung: Als Grundrechtseingriff stellt die angekündigte Regelung ein künftiges Übel dar.

Desweiteren verlangt § 123 Abs. 1 BGB, daß der Bedrohte durch die Drohung zu seiner Willenserklärung „bestimmt" wurde, d.h. die Drohung muß für die Willenserklärung (verallgemeinert: für das Ergebnis des Willensbildungsprozesses) ursächlich geworden sein.[569] Anderenfalls wäre die Drohung nur der erfolglos gebliebene Versuch, den Willen des Bedrohten durch den Willen des Drohenden zu ersetzen. Fehlt es also an solcher Kausalität, ist durch den Drohungsversuch die Freiheit des Willensbildungsprozesses des Bedrohten nicht beeinträchtigt.

(bb) Widerrechtlichkeit

Nach dem Tatbestand des § 123 Abs. 1 BGB muß die Drohung zweitens „widerrechtlich" sein. Das ist sie, wenn mit einem rechtswidrigen Verhalten gedroht wird.[570] Geht die Drohung von der Verwaltung aus, so müssen an ihre Rechtswidrigkeit die Maßstäbe angelegt werden, die für das Verwaltungshandeln gelten. Eine Drohung der Verwaltung ist somit dann wider-

---

[568] *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 123 Rn. 15.
[569] *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 123 Rn. 24.
[570] *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 123 Rn. 19.

rechtlich, wenn das angedrohte Verhalten belastend ist und keine gesetzliche Ermächtigung existiert (Vorbehalt des Gesetzes) oder wenn es gegen geltendes einfaches Recht oder gegen Verfassungsrecht (insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip) verstößt (Vorrang des Gesetzes).

Wird mit einem „an sich" rechtmäßigen Handeln gedroht, so ist die Drohung dennoch widerrechtlich, wenn sie aus sachfremden Erwägungen erfolgt.[571] Damit ist das Koppelungsverbot angesprochen, das aber ohnehin zu den für Absprachen geltenden Rechtmäßigkeitskriterien gehört.[572] Danach ist der sachliche Zusammenhang gegeben, wenn die Gegenleistung der Durchsetzung derjenigen Verwaltungszwecke dient, die die Behörde im konkreten Fall ermessensfehlerfrei verfolgen darf.[573] Der erforderliche Sachzusammenhang wird also durch den Ermessenszweck hergestellt. Wenn mit der Absprache gerade die angedrohte Regelung ersetzt werden soll, ist der sachliche Zusammenhang demnach eindeutig gegeben. Droht die Verwaltung dagegen mit einer anderen als der zu ersetzenden Regelung, fehlt der Sachzusammenhang, weil die angedrohte Regelung, wenn sie rechtmäßig sein soll, nur auf einer anderen Ermächtigung beruhen kann,[574] die naturgemäß andere Zwecke verfolgt als diejenige, auf der die ersetzte Regelung beruhen könnte.[575]

Die Drohung mit dem Erlaß einer einseitigen Regelung ist somit dann nicht widerrechtlich, wenn die angedrohte Regelung rechtmäßig ist und die Absprache gerade die „angedrohte" Regelung ersetzen soll. Das „Winken" der Verwaltung mit dem Regelungsentwurf ist dann keine widerrechtliche Drohung, sondern der Entwurf ist „Verhandlungsmasse".[576]

---

[571] *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 123 Rn. 21.

[572] Zum Koppelungsverbot näher unten 4. (S. 273 ff.).

[573] Für Verwaltungsverträge vgl. *Berg*, GewArch 1999, 1 (4); *Bleckmann*, NVwZ 1990, 601 (606).

[574] Fehlt eine solche Ermächtigung für die angedrohte Regelung, so ist sie wegen des Gesetzesvorbehalts ohnehin rechtswidrig.

[575] Wenn man der Ansicht ist, daß der Sachzusammenhang auch dann gegeben sein kann, wenn eine andere als die ersetzte Regelung angedroht wird, gilt Folgendes: Da es für die angedrohte Regelung eine gesetztliche Ermächtigung geben muß, wenn sie nicht widerrechtlich sein soll, deckt diese den Eingriff, der in der unfreiwilligen Absprache liegt (vgl. zur gesetzlichen Ermächtigung bei fehlender Freiwilligkeit u. c) (S. 257)).

[576] Schließlich kann auch im Zivilrecht die „Drohung" des Käufers, er kaufe einen Gegenstand nicht, wenn der Verkäufer nicht mit dem Preis deutlich heruntergehe, nicht als widerrechtliche Drohung i.S.d. § 123 BGB angesehen werden.

(c) „Arglistige Täuschung"

Die Entscheidung des Verzichtenden über den Grundrechtsverzicht ist ebenso das Ergebnis eines Willensbildungsprozesses, wie eine auf einen Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung. Wie jede andere Entscheidung auch beruht sie auf einer Tatsachengrundlage, die der Entscheidende grundsätzlich selbst ermittelt.[577] Durch Manipulation der Tatsachenermittlung kann daher die Willensbildung beeinflußt werden. Eine so beeinflußte Willensbildung ist nicht frei. Gem. § 123 Abs. 1 BGB ist deshalb zur Anfechtung berechtigt, wer durch arglistige Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist.

(aa) Täuschung und Arglist

Täuschung ist die Vorspiegelung oder Entstellung von (auch inneren) Tatsachen oder deren pflichtwidriges Verschweigen, die für die Willensbildung von Bedeutung sind.[578] Die Täuschung muß nach dem Tatbestand des § 123 BGB arglistig sein, d.h. sie muß mit Täuschungswillen erfolgen.[579] Anderenfalls könnte man nicht davon sprechen, daß der Täuschende die Willensbildung des Getäuschten manipuliert. Um den Täuschungswillen bejahen zu können, muß der Täuschende die Unrichtigkeit seiner Angaben kennen, wobei bedingter Vorsatz genügt.[580] Ferner muß die Täuschung rechtswidrig sein, was sie aber in der Regel ist, wenn nicht ausnahmsweise eine Rechtfertigung existiert.[581] Schließlich muß wie bei der Drohung die Täuschung für das Ergebnis der Willensbildung ursächlich geworden sein[582] (Täuschungserfolg).

(bb) Drohung mit dem Erlaß einer rechtmäßigen, aber in Wahrheit nicht beabsichtigten rechtlichen Regelung

In bezug auf Absprachen kann über eine „innere Tatsache" etwa dadurch getäuscht werden, daß die Verwaltung mit dem Erlaß einer rechtlichen Regelung droht, die zu erlassen sie niemals ernstlich erwogen hat. Das kann vorkommen bei normersetzenden Absprachen, wenn die Exekutive beispielsweise mit einer Rechtsnorm droht, die politisch nicht durchsetzbar

---

577 Diese Verantwortung (Obliegenheit) zur eigenen Ermittlung ist die Kehrseite der Freiheit, die mit der Entscheidung ausgeübt wird.

578 *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 123 Rn. 3 u. 5.

579 *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 123 Rn. 11.

580 *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 123 Rn. 11.

581 *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 123 Rn. 10.

582 *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 123 Rn. 24.

wäre, aber auch in Fällen, in denen die Verwaltung vor dem Erlaß einer an sich möglichen rechtlichen Regelung im Normvollzug zurückschreckt. Beispielsweise wird § 17 BImSchG aufgrund vielfältiger Anwendungsprobleme „seltener eingesetzt, als man das vom Gesetzeswortlaut her erwarten möchte".[583] Anstelle einer nachträglichen Anordnung nach § 17 BImSchG wird deshalb eher nach einvernehmlichen Lösungen durch Verträge und Absprachen gesucht.[584] § 17 BImSchG stellt sich so weniger als genutzte Ermächtigung dar, sondern eher als Verhandlungsmasse im Rahmen von Verträgen und Absprachen. Kann die Behörde hier damit drohen, eine nachträgliche Anordnung gem. § 17 BImSchG zu erlassen, wenn sie in Wirklichkeit von vornherein nicht auf eine solche, sondern auf eine Absprache aus ist, wenn sie also nicht wirklich den Erlaß einer nachträglichen Anordnung im Sinn hat, sondern die Ermächtigung von vornherein nur als Verhandlungsmasse verwenden will?

Eine arglistige Täuschung in solchen Fällen stets zu bejahen würde zum einen dazu führen, die Wirksamkeit des § 17 BImSchG (noch weiter) zu reduzieren. Außerdem käme man in Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten, denn eine solche „offene Drohung" von einem (zulässigen) „vorsichtigen Hinweis" zu unterscheiden, dürfte tatsächlich kaum möglich sein. Auf die jeweilige Formulierung kann es jedenfalls nicht entscheidend ankommen. Schließlich wird, selbst wenn man eine Täuschungshandlung bejahen wollte, der Täuschungserfolg oftmals fraglich sein, wenn und soweit dem Privaten die Schwierigkeiten des Erlasses nachträglicher Anordnungen bewußt sind. Letztlich ist die Beurteilung des Einzelfalls entscheidend; der Tatbestand der Täschung wird wohl nur in seltenen Ausnahmefällen erfüllt sein.

Wenn die Verwaltung allerdings aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen endgültig daran gehindert ist, im Fall des Nichtzustandekommens einer Absprache die angedrohte Regelung wirklich zu erlassen und dennoch mit einer Regelung droht, dann wird beim Privaten in der Tat ein Irrtum hervorgerufen. In diesen Fällen ist eine Täuschung deshalb zu bejahen. Selbst verbrämt als „Hinweis auf die Möglichkeit" wäre ein solches Verhalten als Täuschung zu bewerten, denn die Möglichkeit, auf die hingewiesen wird, existiert nicht.

Arglistig ist eine solche Täuschung dann, wenn die Verwaltung die tatsächlichen oder rechtlichen Gründe kennt, die sie an der einseitigen Regelung hindern, wenn sie also weiß, daß sie eine solche Regelung nicht treffen dürfte oder könnte.[585]

---

[583] *Jarass*, BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 17 Rn. 5.

[584] *Mayntz u.a.*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 39 f.; *Jarass*, BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 17 Rn. 6 f.; *Koch* in: Koch/Scheuing (Hrsg.), GK-BImSchG, § 17 Rn. 4.

Für den Fall, daß die angedrohte Regelung aus Rechtsgründen nicht erlassen werden könnte, spricht die Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) dafür, bei Täuschungen dieser Art (in Abweichung zum Privatrecht) von dem Erfordernis der Arglist abzusehen. Da nach dem oben Gesagten in diesen Fällen aber zugleich eine widerrechtliche Drohung vorliegt, braucht auf diese Frage hier nicht näher eingegangen zu werden.

(cc) Aufklärungspflichten der Verwaltung

Eine Täuschung kann nach § 123 Abs. 1 BGB auch durch pflichtwidriges Unterlassen der Aufklärung erfolgen, wobei eine Aufklärungspflicht nur ausnahmsweise gem. § 242 BGB (Treu und Glauben) bejaht wird.[586] Auch die Verwaltung können dementsprechend Aufklärungspflichten treffen, beispielsweise wenn sie durch eine falsche oder mißverständliche Auskunft die Ursache für einen Irrtum beim privaten Verhandlungspartner gesetzt hat und dies nun erkennt.

Eine Aufklärungspflicht der Verwaltung im öffentlichen Recht ist dabei bereits unter Umständen anzunehmen, unter denen eine Aufklärungspflicht unter Privaten noch nicht angenommen werden dürfte. Dies ergibt sich aus der Überlegung, daß bei einem Vertragsschluß zwischen Privaten beide Vertragsteile Träger der Privatautonomie sind[587] und deshalb ihre eigenen, „egoistischen" Interessen verfolgen dürfen.[588] Sie müssen aufeinander nur in dem Rahmen Rücksicht nehmen, den das geltende Recht ihnen vorgibt; hier seien insbesondere Schutzvorschriften und die Nichtigkeit sittenwidriger Verträge genannt. Der Staat ist dagegen nicht „privatautonom", sondern bei all seinem Handeln den Grundrechten (Art. 1 Abs. 3 GG) und dem Allgemeinwohl verpflichtet.[589] Bei Vereinbarungen zwischen Staat und Bürger hat der Bürger daher ein weiteres Spektrum verfolgbarer Interessen als der Staat, also gewissermaßen einen „Freiheitsüberschuß". Dem entspricht ein

---

585 Es stellt sich die Frage, auf welchen Amtswalter innerhalb der Behörde hinsichtlich dieses Wissens abzustellen ist. Würde man im Verwaltungsrecht „Wissenmüssen" für die Arglist ausreichen lassen, so würde das Problem entschärft, weil man sich dann nicht mehr auf konkrete Personen festlegen müßte. Im Zivilrecht wird allerdings selbst grob fahrlässige Unkenntnis nicht als ausreichend angesehen (*Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 123 Rn. 11). Hiervon sollte aber im Verwaltungsrecht abgewichen werden, weil im Zivilrecht beide Beteiligten ihre Freiheit ausüben, während es im Verwaltungsrecht gerade Aufgabe der Verwaltung ist, die Freiheitsrechte der Bürger zu schützen. Vgl. insoweit auch die sogleich folgenden Überlegungen zu Aufklärungspflichten der Verwaltung.

586 *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 123 Rn. 5 u. § 242 Rn. 37.

587 BVerfGE 89, 214 (232).

588 Vgl. BVerfGE 81, 242 (254).

589 S. o. Teil 1: D. II. 2. b) cc) (S. 97).

höheres Maß von Aufklärungspflichten des Staates gegenüber dem Bürger, dessen Grundrechte zu schützen seine Aufgabe ist.

(d) „Unangemessenes Verhandlungsergebnis infolge eines strukturellen Ungleichgewichts"

Durch Täuschung wird die Willensbildung manipuliert, indem Einfluß auf den Wissensstand des Verzichtenden über gegebene Tatsachen genommen wird. Manipuliert werden können aber auch die Tatsachen selbst. Dadurch wird nicht auf die innere, sondern auf die äußere Seite der Entscheidungsgrundlage Einfluß genommen. Ist jemand in der Lage, die äußeren Umstände so zu manipulieren, daß dem Manipulierten real nur noch eine Entscheidungsalternative bleibt, so gewinnt er dadurch ebenfalls Einfluß auf dessen Willensbildung. Diese Situation liegt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger[590] zugrunde. In diesen „Bürgschaftsfällen" nutzen Banken die geschäftliche Unerfahrenheit und die familiäre Nähe aus, um Familienangehörige ihres Schuldners zu veranlassen, eine Bürgschaft zu übernehmen. Der Versuch, diese Rechtsprechung für die Beurteilung der Freiwilligkeit der privaten Beteiligung an Absprachen fruchtbar zu machen, führt jedoch nicht weiter. Denn wie sogleich zu zeigen ist, ist in allen Fällen, in denen hiernach die Absprache unfreiwillig wäre, die Absprache schon aus anderen Gründen rechtswidrig.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Fremd- statt Selbstbestimmung unter zwei kumulativen Voraussetzungen bejaht, nämlich wenn (1) der Vertragsinhalt den einen Vertragsteil unangemessen benachteiligt und (2) dies eine Folge eines „strukturellen Ungleichgewichts" ist.[591] Hinsichtlich der

---

[590] BVerfGE 89, 214 ff.; BVerfG, NJW 1994, 2749 ff. – Kammerbeschluß; S. auch BVerfGE 81, 242 (254 f.) zu Wettbewerbsverboten für Handelsvertreter und BVerfG, NJW 2001, 957 ff. zu Eheverträgen.

[591] BVerfGE 89, 214 (232); BVerfG, NJW 1994, 2749 (2750) – Kammerentscheidung. Zur Kritik S. z.B. *Isensee* in: Fs. f. Großfeld, 1999, S. 485 ff. Der BGH läßt demgegenüber eine krasse finanzielle Überforderung des familienangehörigen Bürgen auch ohne Hinzutreten besonders belastender Umstände, d.h. ohne „Einwirkungen auf die freie Willensbestimmung des Bürgen" ausreichen, wenn dieser kein erkennbares eigenes, persönliches bzw. wirtschaftliches Interesse an der Kreditaufnahme hat (BGH, NJW 1999, 58 (58 f.) – IX. Senat sowie BGH, NJW 1999, 2584 (2586) – Vorlagebeschluß des XI. Senats an den Großen Senat). Der Rechtsprechung des BVerfG läßt sich eine solche Erweiterung nicht entnehmen; im Gegenteil: Wenn der Grund für die Sittenwidrigkeit die Fremdbestimmung des einen durch den anderen Vertragsteil ist (BVerfG, NJW 1994, 2749 (2750)), also die zurechenbare Freiheitsbeschränkung, dann ist die Einwirkung auf die freie Willensbestimmung des Bürgen ein unerläßliches Merkmal für die Sittenwidrigkeit des Bürgschaftsvertrages. Jedenfalls im Verwaltungsrecht, um das es hier geht, kommt man

Unangemessenheit des Verhandlungsergebnisses hat das Bundesverfassungsgericht einerseits auf die Höhe der Bürgschaft abgestellt, und zwar konkret darauf, ob der Bürge voraussichtlich in der Lage sein werde, sich im Haftungsfall aus eigener Kraft von der Schuldenlast zu befreien; diesbezüglich hat es neben der reinen Summe der gesicherten Hauptforderung auch in seine Überlegungen eingestellt, ob der Bürge auch die Haftung für Nebenforderungen übernommen hat, inwieweit zugunsten des Bürgen wirkende Schutzvorschriften abbedungen wurden und ob der Bürge Vermögen oder eine qualifizierte Berufsausbildung hat. Andererseits hat das Gericht auch darauf abgestellt, ob der Bürge ein eigenes Interesse an der Bürgschaft bzw. an der gesicherten Forderung hat oder nicht.

Das Bundesverfassungsgericht stellt also Leistung und Gegenleistung bzw. das Risiko und das Eigeninteresse des „strukturell Unterlegenen" an dem Vertrag einander gegenüber. Stehen diese zueinander außer Verhältnis, dann wird der „Unterlegene" durch den Vertrag unangemessen benachteiligt. Damit sind das Koppelungsverbot und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angesprochen, die im Rahmen der Bindung der Exekutive an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) für Absprachen ohnehin anzuwenden sind.[592]

Wenn die Absprache analog der Bürgschaftsrechtsprechung unfreiwillig ist, ist sie daher auch schon aus anderen Gründen rechtswidrig. Darauf, unter welchen Voraussetzungen von einem „strukturellen Ungleichgewicht" gesprochen werden kann, kommt es für diese Untersuchung deshalb nicht an. Die Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Sittenwidrigkeit von Familienangehörigenbürgschaften ergibt keine zusätzlichen, selbständigen Rechtmäßigkeitskriterien.

(e) Zwischenergebnis zur Freiwilligkeit

Die Beteiligung eines Privaten an einer Absprache ist damit unfreiwillig, wenn der Private durch widerrechtliche Drohung oder arglistige Täuschung der Verwaltung dazu bestimmt wurde (§ 123 Abs. 1 BGB analog).

Eine Drohung ist dann widerrechtlich, wenn das angedrohte Verhalten rechtswidrig ist. Droht die Verwaltung mit dem Erlaß einer einseitig-hoheit-

---

ohne dieses Merkmal nicht aus, weil es hier um die Abwehr eines staatlichen Eingriffs in Grundrechte Privater geht: Wenn der Eingriff nicht als Einwirkung auf die freie Willensbildung dem Staat zuzurechnen ist, dann handelt es sich nicht um einen abwehrbaren Grundrechtseingriff des Staates; im Gegenteil wäre es ein Eingriff in die Grundrechte des Privaten, einem Geschäft wegen einer „krassen Überforderung" die Wirksamkeit zu versagen, wenn dieser dieses Geschäft „wirklich" gewollt hat.

[592] S. dazu u. 4. (S. 273) u. 5. (S. 279).

lichen Regelung, so ist diese Drohung demnach dann widerrechtlich, wenn die angedrohte Regelung rechtswidrig ist. Dies ist dabei anhand aller Rechtmäßigkeitskriterien zu prüfen, die für die angedrohte Regelung gelten.

Eine arglistige Täuschung liegt vor, wenn die Verwaltung im Privaten einen Irrtum hervorruft oder trotz einer Aufklärungspflicht nicht beseitigt. Einen Irrtum hervorrufen kann sie insbesondere dadurch, daß sie dem Privaten mit dem Erlaß einer einseitig-hoheitlichen Regelung droht, deren Erlaß aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist (im letzteren Fall liegt zugleich eine widerrechtliche Drohung vor). Keine arglistige Täuschung ist es dagegen, wenn die Verwaltung den Erlaß einer rechtlich und tatsächlich möglichen einseitig-hoheitlichen Maßnahme androht, selbst wenn sie dies nur tut, um beim Privaten „die Verhandlungsbereitschaft zu erhöhen", d.h. wenn sie diese Möglichkeit von vornherein nur als Verhandlungsmasse einsetzt.

(5) Wirkung des Grundrechtsverzichts

Als Rechtsfolge eines wirksamen Grundrechtsverzichts kommen zwei Möglichkeiten in Betracht: Er kann quasi als tatbestandsausschließendes Einverständnis bereits den Eingriff ausschließen oder als rechtfertigende Einwilligung einen gegebenen Eingriff rechtfertigen.[593] Wie dargelegt ist die Ausübung negativer Freiheiten selbst grundrechtlich geschützt und damit das Gegenteil eines Eingriffs. Auch die schlichte Nichtausübung ändert nichts am grundrechtlichen Schutz der Grundrechtsposition. In beiden kann deshalb ein Eingriff nicht liegen.

Fraglich ist deshalb lediglich die Wirkung des echten Grundrechtsverzichts. Insoweit liegt es begrifflich nahe, daß dem Verzichtenden das Recht nach dem Verzicht nicht mehr zusteht. Bei dieser Betrachtungsweise würde durch den wirksamen Verzicht ein Stück aus dem grundrechtlichen Schutzbereich „herausgeschnitten", so daß ein „Eingriff" in dieses „Stück" kein Eingriff in den Schutzbereich (mehr) ist.[594] Die dogmatische Betrachtung bestätigt diese Ansicht: Mit dem Grundrechtsverzicht erlaubt der Grundrechtsträger der Verwaltung eine konkrete Handlung. Wenn in dieser Erlaubnis aber wie hier eine Grundrechts*ausübung* gesehen wird, wäre es widersprüchlich, in der Vornahme der erlaubten Handlung durch die Verwaltung und als Spiegelbild dazu in deren Hinnahme durch den Privaten zugleich einen Grundrechts*eingriff* zu sehen.

---

[593] Vgl. etwa *Sturm*, Fs. Geiger, 1974, S. 173 (186 f. sowie 191); *Bleckmann*, JZ 1988, 57 (57 f.).

[594] *Schilling*, VerwArch 87 (1996), 191 (203 f.); *Höfling/Krings*, JuS 2000, 625 (630).

Der Grundrechtsverzicht schließt daher, soweit er reicht, einen Eingriff in das Grundrecht aus.[595]

b) Abspracheninhalt und der organisationsrechtliche Wesentlichkeitsvorbehalt

Wann eine Entscheidung inhaltlich wesentlich ist und der organisationsrechtliche Wesentlichkeitsvorbehalt deshalb eine Entscheidung des Gesetzgebers erfordert, kann (ebenso wie ihre Eingriffsqualität) nur im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden. Insbesondere bei normersetzenden Absprachen kann sich die Frage nach dem organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt stellen, wenn sie etwa wirtschafts- und umweltpolitische sowie weitere politische Fragen betreffen, bei denen der Parlamentsvorbehalt wegen ihrer Bedeutung nach einer Regelung durch den Gesetzgeber verlangt.[596] Das gilt vor allem für gesetzes- und verordnungsersetzende Absprachen der Bundesregierung wie der Landesregierungen.

Einzelfallabsprachen dagegen werden kaum jemals den organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt auslösen. Unter Umständen betreffen sie aber Projekte, die Auswirkungen auf das ganze Gebiet des Bundes bzw. eines Landes oder doch zumindest auf einen größeren Bereich haben oder die zu einer Kampagne gehören, mit der die Verwaltung versucht, einen bestimmten Effekt „flächendeckend" zu erzielen.[597] In solchen Fällen können ausnahmesweise auch Einzelfallabsprachen wesentliche Fragen betreffen und deshalb den organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt auslösen.

In seiner objektiven Dimension ist der Gesetzesvorbehalt für den einzelnen nicht verfügbar[598] und ein Verzicht deshalb ausgeschlossen.

c) Gesetzliche Ermächtigung

Folge eines wirksamen Verzichts ist, daß ein Rechtseingriff nicht vorliegt und der Gesetzesvorbehalt deshalb eine gesetzliche Ermächtigung für die freiwillig übernommene Belastung des Privaten nicht erfordert.[599] Ist der

---

[595] S. auch *Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 15 Rn. 8.

[596] *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1033).

[597] Vgl. *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 191 f. zum selben Problem bei Verwaltungsverträgen sowie BVerfGE 8, 122 (135 ff.) zu Volksbefragungen zur Atomwaffenstationierung in den Gemeinden und BVerwGE 87, 228 (235 f.) zur Erklärung von Gemeinden zu „atomwaffenfreien Zonen".

[598] *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 184.

Verzicht infolge seiner Unfreiwilligkeit unwirksam, so hat das daher nicht ohne weiteres die Rechtswidrigkeit der Absprache zur Folge, sondern lediglich, daß der Gesetzesvorbehalt nun doch eingreift und es für den in der Absprache liegenden Eingriff deshalb einer wirksamen gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Erst wenn eine solche Ermächtigung nicht existiert, ist die Absprache rechtswidrig.

Für *gesetzes*ersetzende und -vorbereitende Absprachen scheidet eine (einfach-) *gesetzliche* Ermächtigung notwendigerweise aus, so daß sie immer rechtswidrig sind, wenn der Private sich nur unfreiwillig auf sie einläßt. Es genügt anstelle einer gesetzlichen Ermächtigung auch nicht etwa ein schlichter Parlamentsbeschluß,[600] denn der Gesetzesvorbehalt erschöpft sich nicht in einem schlichten Parlamentsvorbehalt, sondern er ist ein Vorbehalt des *förmlichen* Gesetzes.

Wichtig ist nun, ob eine unfreiwillige regelungsvorbereitende oder regelungsersetzende Absprache auf diejenige Ermächtigung gestützt werden kann, auf die die vorbereitete oder ersetzte rechtliche Regelung hätte gestützt werden können. Wenn dies möglich ist, wäre ein Großteil der unfreiwilligen Absprachen dennoch rechtmäßig. Der Grund dafür, daß Absprachen freiwillig getroffen werden oder auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen müssen, liegt im Vorbehalt des Gesetzes, der aufgrund des durch den *Inhalt* der Absprache vermittelten Eingriffs ausgelöst wird. Dementsprechend bedarf es auch „lediglich" einer Ermächtigung, die den in der Absprache liegenden Eingriff *inhaltlich* deckt. Genau das aber tun die Rechtsnormen, die die Verwaltung zu der vorbereiteten oder ersetzten rechtlichen Regelung ermächtigen. Die Ermächtigung, die eine bestimmte rechtliche Reglung deckt, deckt daher auch den Inhalt einer sie vorbereitenden oder ersetzenden Absprache.[601]

---

599 S. o. a) cc) (4) (S. 246).

600 So aber *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 70 f., die eine Parallele zu den sog. Zustimmungsverordnungen (vgl. BVerfGE 8, 274 (321); BayVerfGH, BayVBl 1984, 528 (530)) ziehen. So könne die „Trennung zwischen parlamentsbeschlossenem Gesetz und exekutiver Normsetzung oder Normersetzung überwunden werden".

601 Vgl. auch *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (367). *Dragunski*, Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, 1997, S. 174; *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1033). A.A. *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 203, die folgerichtig unfreiwillig eingegangene Absprachen als mit dem Vorbehalt des Gesetzes unvereinbar ansieht (a.a.O. S. 206). A.A. auch *Helberg*, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 212 f. Vgl. bereits o. B. II. 1. a) (S. 124), wo das Treffen einer Absprache als Gebrauchmachen von einer Ermächtigung angesehen wurde.

Das gilt auch, wenn die Verwaltung im Vorfeld der Absprache eine widerrechtliche Drohung ausgesprochen hat. Droht beispielsweise die staatliche Seite mit dem Erlaß einer nachträglichen Anordnung gem. § 17 Abs. 1 BImSchG, die unverhältnismäßig wäre, so ist diese Drohung widerrechtlich und es fehlt an der Freiwilligkeit. Wenn in der daraufhin getroffenen Absprache Sanierungsmaßnahmen vereinbart werden, die nicht unverhältnismäßig sind, so ist die Absprache inhaltlich von § 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG gedeckt und die Absprache ist – trotz der Widerrechtlichkeit der Drohung – rechtmäßig. Ähnliches gilt, wenn im Vorfeld einer regelungsersetzenden Absprache mit einer Regelung gedroht wird, die mangels Sachzusammenhangs mit der ersetzten Regelung widerrechtlich ist. Es kommt im Hinblick auf die gesetzliche Ermächtigung also auf den *Inhalt der Absprache*, nicht der Drohung an. Daß die Verwaltung sich mit der widerrechtlichen Drohung im Prinzip ein rechtswidriges Verhandlungspotential schafft, ist im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Absprache unschädlich. Das erscheint auf den ersten Blick unbillig, ist aber dadurch gerechtfertigt, daß die Behörde die mit der Absprache getroffene inhaltliche Entscheidung auch einseitig hätte treffen können, ohne vorher darüber zu verhandeln.

d) Zusammenfassung

In *inhaltlicher* Hinsicht sind belastende Absprachen Grundrechtseingriffe beim absprachebeteiligten Privaten und gegebenenfalls auch bei Dritten; sie können außerdem „wesentliche" Entscheidungen sein. Belastende Absprachen müssen sich daher inhaltlich auf eine gesetzliche Eingriffsermächtigung stützen lassen. Eine solche Ermächtigung ist aber entbehrlich, wenn der Belastete auf die betroffene Grundrechtsposition wirksam verzichtet hat („volenti non fit iniuria"). Das ist für den an der Absprache beteiligten Privaten der Fall, wenn dieser die jeweilige(n) Belastung(en) „wirklich" freiwillig übernommen hat.

Soweit es an einer freiwilligen Einwilligung fehlt, bleibt es bei der Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung. Dafür kommen alle Rechtsnormen in Betracht, auf die eine rechtliche Regelung des gleichen Inhalts hätte gestützt werden können, gleichgültig welche Handlungsform diese Norm dafür im Auge hat.[602] Dabei gibt der Inhalt der Absprache den Ausschlag, nicht der Inhalt etwa ausgesprochener widerrechtlicher Drohungen.

Erlaubt die Norm ausdrücklich keine Absprache, ist die Absprache nicht in ihrer inhaltlichen, sondern in ihrer instrumentalen Dimension rechtswidrig.

---

[602] Etwas anderes gilt nur, wenn die Ermächtigungsnorm sich zugleich auf eine bestimmte andere Handlungsform festlegt und damit Absprachen als Handlungsinstrument ausschließt. Dies ist dann aber keine Frage des Vorbehalts, sondern des Vorrangs des Gesetzes (s.o. II. 1. b) (S. 159 ff.)).

2. Abspracheninhalt und der Vorrang des Gesetzes

Nach dem oben Gesagten ist die Verlagerung einer Entscheidung in eine Absprache hinein nur zulässig, wenn die verlagerte Entscheidung materiell „richtig" ist, weil die inhaltlichen Maßstäbe für die Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung nicht davon abhängen können, mittels welchen Instruments diese getroffen wird. Die mittels einer Absprache getroffene Verwaltungsentscheidung darf daher nach dem Vorrang des Gesetzes wie alle anderen Verwaltungsentscheidungen auch inhaltlich nicht den Regelungen der jeweils einschlägigen Fachgesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen widersprechen (Art. 20 Abs. 3 GG).

Die Verwaltung darf in Absprachen also kein Verhalten zusagen, das rechtswidrig wäre. Das schließt auch das Versprechen eines pflichtwidrigen Unterlassens ein. Eine Absprache ist daher nicht nur rechtswidrig, wenn die Verwaltung in ihr ein rechtswidriges positives Tun verspricht, sondern auch dann, wenn das Unterlassen einer förmlichen Regelung abgesprochen wird, zu deren Erlaß die Verwaltung verpflichtet ist.

Welche inhaltlichen Vorgaben für Absprachen aus dem Vorrang des Gesetzes im einzelnen konkret folgen, läßt sich an dieser Stelle nicht abschließend darstellen, sondern muß in jedem Einzelfall geprüft werden. Die Vielfalt der möglichen Abspracheninhalte sowie der Gesetze, Verordnungen und Satzungen, die im Einzelfall einschlägig sein können und dann auch zu beachten sind, ist zu groß. Es können lediglich zwei Fragen erörtert werden, die für Absprachen gerade im Umweltrecht typisch sind: Inwieweit muß die Verwaltung bei Absprachen Verwaltungsvorschriften beachten? Und ist es zulässig, daß die Behörde bei einer Absprache in einzelnen Punkten hinter dem gesetzlich Geforderten zurückbleibt, wenn dem die Übererfüllung der gesetzlichen Anforderungen in anderen Punkten gegenübersteht (Kompensation)?

a) Verwaltungsvorschriften als „verhandlungsfähige Normen"?

Das Umweltrecht ist ein Schwerpunkt der Absprachenpraxis. Das Umweltrecht stellt häufig Grenzwerte auf, die von einem Privaten beim Betrieb einer Anlage o.ä. nicht überschritten werden dürfen. Wenn sich solche Grenzwerte in Gesetzen oder Rechtsverordnungen finden, so ist im Prinzip[603] klar, daß wegen des Vorrangs des Gesetzes davon nicht abgewichen werden darf. Fraglich ist aber, ob dies auch für Grenzwerte gilt, die in Verwaltungsvorschriften aufgestellt werden, wobei im Umweltrecht speziell die nomkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften eine Rolle spielen.

---

[603] Vorbehaltlich der Zulässigkeit von Kompensationslösungen; dazu sogleich u. b) (S. 262 ff.).

Inwieweit Verwaltungsvorschriften beim Treffen von Absprachen beachtet werden müssen, hängt von der Reichweite ihrer Bindungswirkung ab. Diesbezüglich bestehen grundsätzliche dogmatische Differenzen, die aber nur zu relativ geringen Unterschieden im Ergebnis führen. Die h.M. geht zutreffend davon aus, daß Verwaltungsvorschriften lediglich eine mittelbare Außenwirkung haben, die durch den Gleichheitssatz vermittelt wird. Daraus folgen mehrere Voraussetzungen und Einschränkungen der Außenwirkung:[604]

Für eine Anwendung des Gleichheitssatzes auf der Ebene des Normvollzugs ist dort kein Raum, wo das Handeln der Verwaltung gesetzlich abschließend geregelt ist.[605] Eine durch den Gleichheitssatz vermittelte Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften setzt somit einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Letztentscheidungsspielraum der Verwaltung voraus. Verwaltungsvorschriften sind deshalb im Hinblick auf Absprachen besonders interessant, weil auch diese nur getroffen werden dürfen, wenn und soweit die Verwaltung einen Spielraum hat; dieser kann durch Verwaltungsvorschriften verengt werden.

Da eine Ungleichbehandlung vor dem Gleichheitssatz gerechtfertigt ist, wenn es um einen atypischen Fall geht, ist die Verwaltung in atypischen Fällen an eine Verwaltungsvorschrift nicht gebunden. Rechtswidrige Verwaltungsvorschriften können keine mittelbare Außenwirkung entfalten. Wenn in ständiger Praxis anders verfahren wird als von einer Verwaltungsvorschrift angeordnet, dann ist die tatsächlich geübte Praxis ausschlaggebend und nicht die Verwaltungsvorschrift, denn deren Außenwirkung wird erst durch die geübte (oder antizipierte) Verwaltungspraxis vermittelt. Schließlich darf von der bisherigen, einer Verwaltungsvorschrift entsprechenden Praxis (und so mittelbar von der Verwaltungsvorschrift selbst) für die Zukunft abgewichen werden, wenn dies nicht nur für einen Einzelfall, sondern generell geschieht. In diesem Rahmen sind Verwaltungsvorschriften auch bei Absprachen zu beachten. Dies gilt grundsätzlich auch für den Sonderfall der sog. normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften, bei denen lediglich ein Abweichen in atypischen Fällen nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig ist, nämlich dann, wenn die Atypik des Falles so schwer ist, daß der Gleichheitssatz eine Ungleichbehandlung *erfordert*[606] (während eine Abweichung sonst zulässig ist, wenn die Atypik dies vor dem Gleichheitssatz rechtfertigt[607]).

---

[604] Vgl. näher dazu *Jarass*, JuS 1999, 105 ff.; *Kautz*, GewArch 2000, 230 (237), jew. m.w.N.

[605] Zum Meinungsstand vgl. *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 11 f. der aber selbst im „Gesetzmäßigkeitsgrundsatz keine kategorische Anwendungsvorrangsperre bzw. Grundrechtsvorranggrenze" sieht (a.a.O. S. 270).

[606] *Kautz*, GewArch 2000, 230 (237).

Die Ansicht, Verwaltungsvorschriften seien „verhandlungsfähige Normen",[608] trifft also nur insoweit zu, als nach den gerade aufgezeigten Maßstäben eine Abweichung zulässig ist.

Ein atypischer Fall kann dabei nicht schon deshalb angenommen werden, weil eine Absprache getroffen wird. Denn wenn und weil die Spielräume, die von den Verwaltungsvorschriften ausgefüllt werden, *inhaltliche* Spielräume sind, kann sich die Atypik eines Sachverhalts nicht allein aus der Instrumentenwahl ergeben.[609] Inhaltsbezogen wäre aber beispielsweise die Erwägung, daß der Zweck der Verwaltungsvorschrift mit der Absprache besser erreicht werden kann als mit einer einseitigen Verwaltungsmaßnahme.[610]

b) Zulässigkeit von Kompensationslösungen

Austauschabsprachen sind ein ideales Handlungsinstrument, um Pakete zu schnüren; dies darf als ein Grund dafür angesehen werden, daß Absprachen als Handlungsinstrument überhaupt aufgekommen sind. Ein Beispiel hierfür sind Sanierungsabsprachen, in denen die zuständige Behörde die (zügige) Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung davon abhängig macht, daß der Antragsteller an anderen Anlagen Sanierungen vornimmt[611] oder in denen die Behörde verspricht, vom Erlaß einer nachträglichen Anordnung abzusehen, weil der Betreiber andere Anlagen saniert.[612] In solchen Fällen kommt es vor, daß hinsichtlich einer der so miteinander verknüpften Anlagen hinter den gesetzlichen Anforderungen zurückgeblieben und dies damit gerechtfertigt wird, daß durch umso höhere Anforderungen hinsichtlich der jeweils anderen Anlage insgesamt ein höherer Umweltstandard erreicht wird als es durch genaue Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen bei beiden Anlagen möglich wäre (Überkompensation).

Ob Kompensationslösungen zulässig sind, hängt zunächst einmal davon ab, ob sie Abweichungen vom Gesetz sind. Soweit dies nicht der Fall ist,

---

607 *Kautz*, GewArch 2000, 230 (232).

608 Vgl. *Dose* in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 91 (101).

609 Das Argument, ein Fall sei atypisch, weil eine Absprache getroffen wird, wäre auch zirkelschlüssig, denn dann dürfte eine Absprache getroffen werden, weil sie getroffen wird.

610 S. näher unten unten 7. (S. 284 ff.).

611 Siehe *Mayntz u.a.*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 432 ff.; *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 178; *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 340 sowie für eine vertragliche Lösung S. 358.

612 Siehe *Mayntz u.a.*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978, S. 435 ff.; *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 176.

spricht jedenfalls der Vorrang des Gesetzes nicht gegen sie. Soweit Kompensationslösungen dagegen von gesetzlichen Vorgaben abweichen, sind sie nur zulässig, wenn das Gesetz selbst diese Abweichung unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zuläßt.

aa) Begriff der Kompensation

Der Begriff der Kompensation wird in verschiedenerlei Sinn verwendet.[613] Nach *Burmeister* verfügt die Verwaltung, indem sie informelle Absprachen trifft, über ihre Bindung an das Gesetz.[614] Der darin liegende Regelverstoß werde aber in dem Maße „kompensiert", wie das von dem jeweiligen Gesetz angestrebte „Ergebnis" tatsächlich erreicht werde.[615] Danach wird ein Gesetzesverstoß kompensiert durch die Erreichung des Gesetzeszwecks.

In einem anderen, engeren Sinne wird der Begriff der Kompensation im Immissionsschutzrecht gebraucht, wo diskutiert wird, inwieweit die Überschreitung von Grenzwerten für Emissionen oder Immissionen durch Reduzierung an anderer Stelle kompensiert werden kann.[616] Da dies meist dann virulent wird, wenn die zu kompensierenden Emissionen oder Immissionen die jeweils einschlägigen Grenzwerte überschreiten, erweist sich der Sprachgebrauch im Immissionsschutzrecht gewissermaßen als Spezialfall zu dem von *Burmeister* verwendeten: Der in der Grenzwertüberschreitung liegende Regelverstoß wird dadurch kompensiert, daß anderweitig die Emissionen oder Immissionen reduziert werden und so der Gesetzeszweck „Luftreinhaltung" insgesamt gefördert wird.

Mit dem in der vorliegenden Untersuchung gewählten Ansatz, zwischen der instrumentellen und der inhaltlichen Dimension des Verwaltungshandelns zu unterscheiden, aus dem wie bereits dargelegt auch folgt, daß das Treffen informeller Absprachen keineswegs zwangsläufig eine Verfügung über die Gesetzesbindung ist, ist der Sprachgebrauch *Burmeisters* nicht zu vereinbaren. Wenn hier von Kompensation gesprochen wird, so ist damit also die im Immissionsschutzrecht übliche Bedeutung gemeint.

---

613 Vgl. umfassend *Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 16 ff.

614 *Burmeister*, VVDStRL 52 (1993), 190 (236).

615 *Burmeister*, VVDStRL 52 (1993), 190 (237).

616 Vgl. *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 203: „Ausgleich zwischen zweckwidrigem und zweckverträglichem Verhalten".

bb) Kompensationslösungen als Abweichung vom Gesetz?

In einigen Fällen läßt bereits das Gesetz Kompensationslösungen ohne weiteres zu. So lag beispielsweise dem Voerde-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts[617] ein Fall zugrunde, in dem der Betreiber eines Kohlekraftwerks die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für zwei weitere Kraftwerksblöcke beantragt hatte. Infolge der dadurch zu erwartenden Zusatzbelastung wären die Immissionsgrenzwerte überschritten worden. Der Betreiber wollte deshalb Maßnahmen auch an den bereits existierenden Kraftwerksblöcken durchführen (Verwendung schwefelärmerer Kohle; Erhöhung der Schornsteine).

In einem solchen Fall sind nicht nur die von den neuen Blöcken zu erwartenden Immissionen in die Immissionsprognose einzustellen („im Wege der ‚Addition'"), sondern auch zu erwartende Verbesserungen der Immissionssituation („im Wege der ‚Subtraktion'").[618] Wenn danach insgesamt die Immissionsgrenzwerte eingehalten werden, darf den neuen Blöcken die Genehmigung nicht wegen Überschreitung der Immissionsgrenzwerte versagt werden. Es wird also die von den neuen Blöcken zu erwartende Zusatzbelastung durch eine Reduzierung der Vorbelastung kompensiert. Da insgesamt die Grenzwerte eingehalten werden, liegt hierin keine Abweichung vom Gesetz. Diese Art von Kompensationslösung ist daher ohne weiteres zulässig.

Anders verhält es sich, wenn die Überschreitung eines Grenzwertes durch die Unterschreitung eines anderen kompensiert werden soll. Dieser Fall läge beispielsweise vor, wenn ein Immissionsgrenzwert in der Umgebung des Kraftwerks durch die neuen Blöcke überschritten würde, der Betreiber aber in einem weit entfernten anderen Kraftwerk eine entsprechende Sanierung durchführte. Dann würde der Grenzwert in der Umgebung überschritten. Wenn und weil das Gesetz dies nicht erlaubt, wären Kompensationslösungen eine Abweichung vom Gesetz. Wegen des Vorrangs des Gesetzes sind sie dann nur zulässig, wenn das Gesetz selbst die Gesetzesbindung der Verwaltung lockert.

cc) Lockerungen der Gesetzesbindung

Eine solche Lockerung der Gesetzesbindung liegt zum einen in jedem der oben dargestellten gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Spielräume. Zum anderen kann das Gesetz auch spezielle Kompensationsregelungen beinhalten. Als Beispiele sollen § 17 Abs. 3a BImSchG und Nr. 2.2.1.1. lit. b TA Luft dargestellt werden.[619]

---

[617] BVerwGE 55, 250 ff.

[618] BVerwGE 55, 259 (265).

(1) Kompensationslösungen im Bereich von Ermessens- und sonstigen Spielräumen

(a) Kompensationslösungen als Ermessensausübung

Im Vorsorgebereich steht der Erlaß einer nachträglichen Anordnung gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG im Ermessen der zuständigen Behörde. Der Zweck der Ermächtigung ist im Vorsorgebereich die Vorsorge vor schädlichen Umwelteinwirkungen, also die Verringerung der Emissionen. Wenn durch eine Kompensationslösung in Verbindung mit einem Absehen von einer nachträglichen Anordnung die Emissionen weiter vermindert werden können als durch den Erlaß einer solchen Anordnung, dann ist eine solche Kompensationslösung inhaltlich von diesem Ermessen gedeckt.

(b) Grenzen des Ermessens

Unzulässig ist es, sachfremde Erwägungen in die Ermessensausübung einfließen zu lassen (§ 40 VwVfG). D.h. es reicht nicht aus, daß der Gesetzeszweck erreicht wird, sondern darüber hinaus ist es unzulässig, weitere Zwecke zu verfolgen, die das Gesetz nicht vorsieht.[620] Mögen diese Zwecke auch unterstützenswert sein, eine nachträgliche Anordnung gem. § 17 BImSchG (immerhin ein Eingriff in die Rechte des Betreibers) kann mit ihnen nicht gerechtfertigt werden, weil sie außerhalb des Zwecks der Ermächtigung liegen. Damit ist das Koppelungsverbot angesprochen, das somit bei allen Absprachen zu beachten ist, die Kompensationslösungen beinhalten: Die bei der Kompensation verrechneten Größen müssen in sachlichem Zusammenhang miteinander stehen.

Beim Erlaß nachträglicher Anordnungen im Bereich der Schutzpflicht gem. § 17 Abs. 1 S. 2 BImSchG kommt hinzu, daß die Behörde nur in atypischen Fällen Ermessen hat („soll"). Wenn durch eine Kompensationslösung die Immissionen genauso weit oder weiter verringert werden können wie durch den Erlaß einer nachträglichen Anordnung, so wird der Fall dadurch zu einem atypischen. Das folgt aus dem Gesetzeszweck des Schutzes der Allgemeinheit und der Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen, der durch die Kompensationslösung besser erreicht werden kann, als durch nachträgliche Anordnung. Gerade hier ist aber Wert darauf zu

---

[619] Weitere Beispiele für Kompensationslösungen im positiven Recht wie etwa die naturschutzrechtliche Ausgleichsregelung, wie sie 1998 auch in das BauGB übernommen wurde oder die §§ 202 ff. UGB-KomE sollen hier außer Betracht bleiben, obwohl auch bei ihnen Absprachen denkbar und wahrscheinlich sind.

[620] Vgl. *Berg*, GewArch 1999, 1 (4 f.); *Henneke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 40 Rn. 50; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 40 Rn. 63.

legen, daß der Gesetzeszweck genau ermittelt wird: Da nicht nur die Allgemeinheit, sondern auch die Nachbarschaft vor Immissionen geschützt werden soll und die Schutzpflicht daher als drittschützend angesehen wird,[621] muß auch dem Drittschutz genüge getan werden. Daraus folgt, daß eine Kompensationslösung nur zulässig ist, wenn durch sie gerade auch die auf die geschützten Dritten einwirkenden Immissionen in mindestens dem gleichen Maße reduziert werden wie durch eine nachträgliche Anordnung. Wenn dagegen durch eine Kompensationslösung zwar die Immissionen in einem größeren Gebiet womöglich ganz erheblich reduziert werden, auf einen einzelnen geschützten Dritten aber mehr Immissionen einwirken als bei einer nachträglichen Anordnung, dann ist der Gesetzeszweck, diesen Dritten zu schützen, nicht erreicht. Mit einer solchen Kompensationslösung würde damit das Ermessen nicht entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt (§ 40 VwVfG), so daß sie eine Ermessensüberschreitung darstellen würde und deshalb unzulässig wäre.[622]

(c) Die Verrechenbarkeit der Kompensationsgrößen

Daneben stellt sich eine auf den ersten Blick eher technisch-praktische Frage, nämlich diejenige nach der Verrechenbarkeit der in eine Kompensationslösung einbezogenen Größen. Emissionen sind nur ohne weiteres miteinander verrechenbar, wenn es sich um Emissionen derselben Anlage und desselben Schadstoffs handelt. Schon wenn es um Emissionen desselben Schadstoffs aus verschiedenen Anlagen geht, ist es mit einer rein mathematischen Verrechnung nicht mehr getan, sondern es ist auch die Wertung erforderlich, wie weit die beiden Anlagen voneinander entfernt sein dürfen. Geht es um verschiedene Schadstoffe, kommt es auf deren Gleichartigkeit bzw. Vergleichbarkeit im Hinblick auf ihre Umweltauswirkungen an. Noch komplizierter ist die Lage bei den Immissionen, bei denen es verschiedene Kenngrößen gibt:[623] In einem rein mathematischen Vorgang ohne weiteres verrechenbar sind Immissionen nur, wenn es um die gleiche Kenngröße für gleichartige Immissionen auf derselben Beurteilungsfläche in demselben Zeitraum geht. Eine Wertung wird erforderlich, wenn verschiedene Kenngrößen oder verschiedene Schadstoffe auf verschiedenen Beurteilungsflächen bzw. in verschiedenen Zeiträumen im Spiel sind.

---

[621] *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kap. 8 Rn. 134; *Hoppe/Beckmann/Kauch*, Umweltrecht, 2. Aufl. 2000, § 21 Rn. 57.

[622] *Enders*, Kompensationsregelungen im Immissionsschutzrecht, 1996, S. 171.

[623] Vgl. etwa TA Luft Nr. 2.6: Kenngrößen für Vorbelastung, Zusatzbelastung und Gesamtbelastung auf einem in viele Beurteilungsflächen eingeteilten Beurteilungsgebiet, ermittelt als langfristiges Mittel oder als kurzfristige Spitzen.

Diese Wertung, unter welchen Voraussetzungen Emissions- oder Immissionswerte vergleichbar sind, macht die auf den ersten Blick rein technisch-praktische Frage nach der „Verrechenbarkeit" zu einer politisch-wertenden. Welche Stelle diese Wertung vornehmen darf, hängt von der jeweiligen gesetzlichen Regelung ab. In Frage kommen die jeweils über den Einzelfall entscheidende Behörde von Fall zu Fall, eine übergeordnete Behörde durch Rechtsverordnung (§ 7 Abs. 3 BImSchG) oder normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift (§ 48 BImSchG) oder die Verwaltungsgerichte.

(2) Ausdrückliche gesetzliche Zulassung von Kompensationslösungen am Beispiel des Immissionsschutzrechts

In einigen Fällen sind Kompensationslösungen im Immissionsschutzrecht ausdrücklich zugelassen, und zwar entweder durch das BImSchG selbst, durch Rechtsverordung oder durch Verwaltungsvorschrift (TA Luft). Auch der Kommissionsentwurf eines Umweltgesetzbuchs beinhaltet entsprechende Regelungen.

(a) Nr. 2.2.1.1. lit. b TA Luft i.V.m. § 48 Nr. 1 BImSchG

Nr. 2.2.1.1. lit. b TA Luft läßt unter bestimmten, hier nicht näher zu erörternden Voraussetzungen[624] Kompensationslösungen zu. Da diese Vorschrift sich noch innerhalb des Standardisierungsspielraums bewegt, ist sie von § 48 Nr. 1 BImSchG gedeckt.[625]

In instrumentaler Hinsicht besagt Nr. 2.2.1.1. lit. b. bb, daß die Kompensationsleistung des Betreibers „durch eine Bedingung sichergestellt" sein muß. Die Kompensationslösung muß daher im Genehmigungsbescheid „verrechtlicht" werden, um die Kompensationsleistung des Privaten in rechtlich durchsetzbarer Weise zu sichern. Regelungsersetzende Absprachen sind insoweit ausgeschlossen. Das schließt es nicht aus, die Kompensation vorher in einer regelungsvorbereitenden Absprache zu vereinbaren. Dies wird in aller Regel sogar unumgänglich sein, weil der Betreiber am besten weiß, welche anderen Anlagen sich zur Einbeziehung in das „Paket" eignen. Auch ob sich eine Kompensationslösung für den Betreiber „rechnet", wird nur er selbst beurteilen können.

---

[624] Dazu *Enders*, Kompensationsregelungen im Immissionsschutzrecht, 1996, S. 177 ff.

[625] S. *Enders*, Kompensationsregelungen im Immissionsschutzrecht, 1996, S. 18; *Rehbinder* in: Endres/Rehbinder/Schwarze, Umweltzertifikate und Kompensationslösungen aus ökonomischer und juristischer Sicht, 1994, S. 28 (38 f.).

(b) § 17 Abs. 3a BImSchG

§ 17 Abs. 3a BImSchG modifiziert die Rechtsfolge der Ermächtigung zu nachträglichen Anordnungen im Vorsorgebereich (§ 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG) dahingehend, daß unter bestimmten weiteren Voraussetzungen von einer solchen Anordnung abgesehen werden „soll", wenn durch Kompensationslösungen eine weitergehende Verminderung der Emissionen erreicht werden kann.

In instrumentaler Hinsicht schreibt § 17 Abs. 3a BImSchG vor, daß die Durchführung der Kompensationsmaßnahmen durch Anordnung sicherzustellen ist,[626] d.h. daß gegenüber dem Betreiber der belasteten Anlage, an der die Kompensationsmaßnahmen durchgeführt werden sollen, eine Anordnung i.S.d. § 17 BImSchG ergeht, die ihn zu den entsprechenden Maßnahmen verpflichtet.[627] Damit sind auch hier wieder regelungsersetzende Absprachen ausgeschlossen. Die Zulässigkeit regelungsvorbereitender Absprachen setzt § 17 Abs. 3a BImSchG insofern voraus, als nach seinem Satz 1 die Kompensationslösung auf einem vom Anlagenbetreiber vorgelegten Plan beruhen muß und realistischerweise davon auszugehen ist, daß dieser Plan zwischen dem Betreiber und der Behörde abgesprochen wird.

c) Zusammenfassung zum inhaltlichen Gesetzesvorrang

Die Bindung der Exekutive an Gesetz und Recht wird weder durch Verwaltungsvorschriften noch bei Kompensationslösungen gelockert: Verwaltungsvorschriften sind nicht verhandlungsfähig, soweit ihre Bindungswirkung reicht; Kompensationslösungen sind nur zulässig, soweit sie durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift zugelassen sind, dabei sind die dort jeweils geregelten Voraussetzungen einzuhalten.

---

[626] *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 206.

[627] Soweit dieser dadurch Maßnahmen durchführt, zu denen er außerhalb einer solchen Kompensationslösung nicht durch nachträgliche Anordnung hätte verpflichtet werden dürfen, ist dessen freiwilliges Einverständnis als Rechtsverzicht erforderlich, weil es die für diese Belastung erforderliche gesetzliche Ermächtigung nicht gibt (*Jarass*, BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 17 Rn. 78; *Hansmann* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Band I, BImSchG, § 17 Rn. 199). Anders aber *Enders*, Kompensationsregelungen im Immissionsschutzrecht, 1996, S. 219 f.: Nur der Betreiber der begünstigten, niemals aber der Betreiber der belasteten Anlage kann Adressat der Anordnung sein. Dagegen spricht aber der Wortlaut des § 17 Abs. 3a S. 5 BImSchG, nach dem „die Durchführung der Maßnahmen" (nämlich: der Kompensationsmaßnahmen) und nicht lediglich die Einhaltung der geltenden Grenzwerte durch Anordnung sicherzustellen ist.

3. Rechte und Belange Dritter

Von der oben behandelten verfahrensrechtlichen Frage, ob Dritte im Vorfeld einer Absprache angehört werden müssen, ist die materiellrechtliche Frage zu unterscheiden, ob ein Eingriff in deren (Grund-) Rechte vorliegt, der einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf.

a) Abwehrrechte bei der Genehmigungserteilung

Da eine Absprache dieselbe inhaltliche Entscheidung enthält wie die vorbereitete Genehmigung, greift eine solche Absprache in die Rechte all derjenigen Dritten ein, die auch von der nachfolgenden Genehmigung in ihren Rechten betroffen werden. Es ist allerdings zu bedenken, daß genehmigungsvorbereitende Absprachen den Inhalt der späteren Genehmigung meist nicht vollständig, sondern nur teilweise vorwegnehmen.[628] In einem solchen Fall ist – entsprechend der geringeren sachlichen Reichweite der mit der Absprache getroffenen Entscheidung – den Rechten und Belangen der Nachbarn genügt, wenn die Einhaltung der Grenzwerte in noch nicht vorentschiedenen Aspekten der Genehmigungsentscheidung, jedenfalls aber durch Auflagen und Bedingungen, sichergestellt werden kann. Es liegt dann (noch) kein Eingriff in die Rechte Dritter vor.

b) Vornahmeansprüche auf Ordnungs- (Sanierungs-) maßnahmen

Trifft beispielsweise ein Anlagenbetreiber mit der zuständigen Behörde eine (regelungsersetzende) Sanierungsabsprache, so könnte diese Absprache in das subjektive Recht eingreifen, das § 17 Abs. 1 S. 2 BImSchG den Nachbarn gewährt. In solchen Fällen ist zu unterscheiden, ob der Dritte lediglich einen Anspruch auf eine bestimmte *inhaltliche* Entscheidung hat oder ob der Anspruch sich auch in instrumentaler Hinsicht darauf richtet, daß die Entscheidung mittels einer bestimmten *Handlungsform*, im Beispiel einer nachträglichen Anordnung in Form eines Verwaltungsakts getroffen wird.

Ein Anspruch, der sich lediglich auf einen bestimmten Entscheidungs*inhalt* (bzw. auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hierüber) richtet, kann mit jedem Handlungsinstrument erfüllt werden, also auch mit einer Absprache. Es sind dann regelungsvorbereitende und regelungsersetzende Absprachen zulässig. Ansprüche, die sich demgegenüber auch darauf richten, daß die Entscheidung mittels einer bestimmten Handlungsform getroffen werden, können mit einer Absprache nicht erfüllt werden. In diesem Fall

---

[628] S. o. Teil 1: D. II. 1. d) aa) (S. 90).

sind nur regelungsvorbereitende, nicht aber regelungsersetzende Absprachen zulässig.

> Der Soll-Vorschrift des § 17 Abs. 1 S. 2 BImSchG ist beispielsweise eine solche instrumentale Festlegung für den Regelfall zu entnehmen (die Vorschrift ist dann zu lesen wie „... *muß* die Behörde *nachträgliche Anordnungen* treffen"). Eröffnet sich jedoch wegen der Atypik des Falles ausnahmsweise ein Ermessensspielraum, so umfaßt dieser auch die Instrumentenwahl (die Vorschrift ist dann zu lesen „... *kann* die Behörde eine nachträgliche Anordnung treffen"). Für Kompensationslösungen wird dieser instrumentale Spielraum allerdings durch die oben erörterten Kompensationsvorschriften (§ 17 Abs. 3a BImSchG oder Nr. 2.2.1.1. lit. b TA Luft) sogleich wieder geschlossen, weil diese Vorschriften etwaige Kompensationslösungen mit rechtlicher Verbindlichkeit versehen wollen, um die Kompensationsleistung des Anlagenbetreibers mit Zwangsmitteln durchsetzen zu können.[629]

Regelungs*vorbereitenden* Absprachen stehen solche Drittansprüche aber nicht entgegen, denn mit der späteren Regelung wird der Anspruch auch in instrumentaler Hinsicht erfüllt. Daß dadurch die Anspruchserfüllung in einen inhaltlichen und einen (nachfolgenden!) instrumentalen Teil aufgespalten wird, entspricht dem Umstand, daß auch der Anspruch selbst eine inhaltliche und eine instrumentale Dimension aufweist; die Aufspaltung ist durch das berechtigte Interesse an der Entscheidungsverlagerung gerechtfertigt.

c) Grundrechtseingriff durch normersetzende Absprachen

Normersetzende Absprachen können ebenfalls Auswirkungen auf Private haben, die an der Absprache nicht beteiligt sind. Die bereits erwähnte Asbestabsprache[630] hatte erhebliche Umsatzeinbußen der Asbestlieferanten zur Folge, die als Eingriff in deren Grundrechte zu werten sind.[631] Da die Lieferanten auf dieses Recht nicht verzichtet hatten, bedurfte es für diesen Eingriff einer gesetzlichen Ermächtigung. Diese lag in Form einer Verordnungsermächtigung auch vor,[632] so daß der Eingriff im Ergebnis rechtmäßig war.

Solche normersetzenden Absprachen müssen aber nicht immer Eingriffe bei Dritten darstellen. Es ist im Einzelfall immer zu prüfen, ob durch die Absprachen (die meist zwischen dem Staat und „der Wirtschaft" getroffen werden) nicht lediglich die marktlichen Rahmendaten verändert werden, auf deren Aufrechterhaltung die Marktteilnehmer keinen Anspruch haben.[633]

---

[629] S. o. 2. b) cc) (2) (S. 267).

[630] Vgl. o. Teil 1: B. VI. 5. (S. 66).

[631] So jedenfalls *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (367), der einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb annimmt.

[632] *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (367).

d) Eingriffsrechtfertigung

aa) Freiwillige Einwilligung

Ebenso wie absprachebeteiligte Private können auch betroffene Dritte auf ihre Rechte verzichten. Damit ist im Ergebnis § 58 Abs. 2 VwVfG analog anwendbar.[634] Durch einen solchen Verzicht werden sie nur dann zu Absprachebeteiligten, wenn sie in den Leistungsaustausch einbezogen werden, d.h. wenn aus dem zweipoligen Austauschverhältnis zwischen der Behörde und dem Privaten ein dreipoliges wird. Sie verlieren jedoch gerade dadurch seine Eigenschaft als „Dritte". Es gelten für sie dann die oben gemachten Ausführungen über Rechtseingriffe bei absprachebeteiligten Privaten. Werden sie nicht in den Leistungsaustausch einbezogen, so können sie unter denselben Voraussetzungen auf ihre Rechte verzichten wie die Absprachebeteiligten. Das bedeutet insbesondere, daß der Verzicht freiwillig erfolgen muß. Ohne Gegenleistung (und d.h.: ohne Einbeziehung in den Leistungsaustausch) werden Dritte jedoch wenig geneigt sein, einer sie belastenden Absprache zuzustimmen.

Erwähnenswert ist die Situation, daß der Vorhabenträger Dritten ihre materiellen Einwendungsrechte „abkauft". Ein solcher Verzicht wird meist vertraglich vereinbart und/oder durch eine Grunddienstbarkeit dinglich abgesichert.[635] Dieser Vertrag ist privatrechtlicher Natur[636] und eben nicht Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Austauschverhältnisses, das durch die Absprache zwischen der Behörde und dem Vorhabenträger zustandekommt. Für die Wirksamkeit dieses Verzichtsvertrags gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen.

bb) Gesetzliche Ermächtigung

Verzichtet ein betroffener Dritter nicht auf seine Rechte, so bedarf es für einen Eingriff einer gesetzlichen Ermächtigung. Dabei können „Ermächtigungen für Eingriffe in Vornahmeansprüche" außer Betracht bleiben, weil sie nichts anderes sind als gesetzliche Grenzen des Anspruches. Sie können entweder dazu führen, daß ein Anspruch nicht gegeben ist – dann besteht

---

633 Vgl. *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, 2000, S. 49 ff. (kein Schutz vor – privater – Konkurrenz).

634 Vgl. auch *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (367 f.).

635 Vgl. z.B. BGH, NJW 1981, 811 zum „Abkaufen" eines bereits eingelegten Widerspruches.

636 Obwohl der Dritte hier auf ein öffentlich-rechtliches Abwehrrecht verzichtet, ist der Vertragsgegenstand privatrechtlicher Natur, weil das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorhabenträger und dem Dritten privatrechtlich ist. Öffentlich-rechtlich sind lediglich die Rechtsverhältnisse, die der Vorhabenträger und der Dritte jeweils mit der Behörde haben.

kein Vornahmeanspruch, in den eingegriffen werden könnte. Oder sie führen dazu, daß sich ein strikter Vornahmeanspruch in einen Anspruch auf ermessens- (abwägungs-) fehlerfreie Entscheidung reduziert. Dann müssen die Rechte des Dritten nicht strikt beachtet werden, sondern können als bloße Belange im Rahmen der Ermessens-, Abwägungs- oder Beurteilungsentscheidung überwunden werden – dieser Fall ist aber nicht hier, wo es um strikt zu beachtende Rechte geht, sondern später unter e) zu behandeln.[637]

(1) Projektabsprachen

Konkrete Projektabsprachen greifen in Abwehrrechte Dritter ein, wenn sie als regelungsvorbereitende Absprachen den Inhalt von Verwaltungsakten mit Drittwirkung (wie etwa Genehmigungen) vorwegnehmen. Der faktische Eingriff bei den Dritten beruht auf dem Inhalt der Absprache. Da diese derselbe ist wie derjenige der späteren Genehmigung, stellt die Norm, die der Behörde die Erteilung einer Genehmigung desselben Inhalts erlaubt (sie in der Regel sogar dazu verpflichtet), zugleich eine inhaltliche Ermächtigung für den Eingriff in die Rechte des Dritten durch die Absprache dar.

(2) Regulative Absprachen

Wenn normersetzende oder normvorbereitende Absprachen wie etwa die Asbestabsprache in Grundrechte Dritter eingreifen (Lieferanten), so gilt im Prinzip nichts anderes als für Projektabsprachen: Da der Eingriff durch die Absprache daraus folgt, daß die Absprache denselben Inhalt hat wie eine entsprechende Rechtsverordnung, stellt die Verordnungsermächtigung, die diesen Inhalt zuläßt, eine ausreichende inhaltliche Ermächtigung für die Absprache dar. Für die Asbestabsprache stand eine solche Verordnungsermächtigung für eine inhaltsgleiche („die ersetzte") Verordnung zur Verfügung.[638]

e) Belange Dritter

Wenn Dritte keinen gebundenen Anspruch, sondern nur einen Anspruch auf ermesensfehlerfreie (bzw. abwägungs- oder beurteilungsfehlerfreie) Entscheidung hat, müssen deren Belange bei der Entscheidung angemessen berücksichtigt werden. Das gilt sowohl bei Eingriffen in Abwehrrechte als

---

[637] S. 272.

[638] *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (367): „§ 35 Abs. 1 BImSchG oder § 17 Abs. 1 Nr. 1 ChemG".

auch bei Entscheidungen über Vornahmeansprüche. Als Beispiele seien genannt: Regelungsvorbereitende Absprachen im Vorfeld von projektbezogenen Bebauungsplänen, wie sie der Flachglas-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde lagen[639] und Sanierungsabsprachen als regelungsersetzende Absprachen, wenn die Behörde beim Erlaß der ersetzten nachträglichen Anordung Ermessen hat (wie z.B. bei § 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG oder in atypischen Fällen auch bei § 17 Abs. 1 S. 2 BImSchG).

Im übrigen haben die Belange Dritter dieselbe Bedeutung wie die anderen Belange auch, mit denen sie abgewogen werden.[640]

4. Koppelungsverbot

a) Geltung für Absprachen

Da Absprachen auf Konsens beruhen, kommen sie nur zustande, wenn beide Seiten sich einen Vorteil davon versprechen. Um in den Genuß der Gegenleistung zu kommen, muß jede Seite eine Leistung erbringen. Dafür ist Tauschmasse erforderlich. Diese kann – je nach der konkreten Situation – auf ganz unterschiedlichen Gebieten und in ganz unterschiedlichem Verhalten liegen. Daraus resultieren Gefahren: Erstens kann ein Leistungsaustausch dazu führen, daß die Behörde sich ihre hoheitlichen Machtbefugnisse um eines wie auch immer gearteten Vorteils willen abkaufen läßt („Ausverkauf von Hoheitsrechten"). Zweitens besteht die Gefahr, daß die staatliche Seite mittels ihres oftmals bestehenden Verhandlungsübergewichts den Bürger zu Leistungsversprechen veranlaßt, die auch unter Berücksichtigung der Gegenleistung nicht gerechtfertigt erscheinen und den Bürger damit übervorteilt und den Konsens mißbraucht. Um diesen Gefahren zu begegnen, ist in § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG für Verwaltungsverträge das Koppelungsverbot geregelt. Es besagt, daß durch einen Austauschvertrag nicht eine Leistung der Behörde mit einer Gegenleistung des Privaten verknüpft werden darf, die nicht ohnehin schon in sachlichem Zusammenhang miteinander stehen (Verbot sachwidriger Koppelung).[641] Das Koppelungsverbot zieht insoweit verwaltungsrechtlichen Austauschverträgen eine inhaltliche Grenze.[642]

---

639 BVerwGE 45, 309 ff.

640 S. dazu unten 6. (S. 283 ff.).

641 *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 56 Rn. 3; *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 26 Rn. 14; *Krebs*, VVDStRL 52 (1993), 248 (266 f.).

642 *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 471; *v. Mutius*, VerwArch 65 (1974), 201 (212).

Über seine einfachgesetzliche Normierung hinaus ist das Koppelungsverbot verfassungsrechtlich im Rechtsstaatsgebot verankert[643] und resultiert dort aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und dem Übermaßverbot sowie aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG).[644] Es soll sicherstellen, daß die Verwaltung auch in Form des Vertrages keine Entscheidungen trifft, die die ihr gesetzlich eingeräumten Ermessensspielräume überschreiten.[645]

Absprachen haben mit Austauschverträgen gemeinsam, daß sie eine Entscheidung beinhalten, konsensual zustandekommen und einen Austausch enthalten. Es besteht daher auch bei ihnen Anlaß, sicherzustellen, daß durch sie nicht die der Verwaltung eingeräumten Ermessens- und sonstigen Entscheidungsspielräume überschritten werden. Deshalb und aufgrund seiner rechtsstaatlichen Fundierung gilt das Koppelungsverbot auch für Austauschabsprachen[646] und zieht diesen eine inhaltliche Grenze.

b) Maßstab für den Sachzusammenhang

Um festlegen zu können, welcher Maßstab für das Bestehen eines Sachzusammenhanges zwischen Leistung und Gegenleistung gilt, kann zwischen zwei Konstellationen unterschieden werden, nämlich danach, ob sich die Gegenleistung des Privaten als Einschränkung einer ihm gewährten Begünstigung darstellt oder eher als abgemilderte Belastung. Daß die Grenzen hier fließend sind ist unschädlich, denn wie sich zeigen wird, sind die normativen Ansätze zwar in beiden Fällen unterschiedlich, die Maßstäbe für den Sachzusammenhang aber im Ergebnis die gleichen.

aa) Gegenleistung als Einschränkung einer Begünstigung

Wird dem Privaten durch Vertrag oder Absprache eine Begünstigung gewährt (Leistung der Behörde), die durch seine Gegenleistung eingeschränkt wird, so entspricht der Vertrag bzw. die Absprache inhaltlich einem begünstigenden Verwaltungsakt mit belastender Nebenbestimmung (Auflage). Die Gegenleistung des Privaten steht mit der Leistung der Behörde dann in sachlichem Zusammenhang i.S.d. § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG, wenn die Ge-

---

643 *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 477 f.

644 *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 56 Rn. 4; *v. Mutius*, VerwArch 65 (1974), 201 (212).

645 Vgl. *Berg*, GewArch 1999, 1 (4); *v. Mutius*, VerwArch 65 (1974), 201 (212).

646 Für normvollziehende Absprachen *H. Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (262); *Bohne*, VerwArch 75 (1984), 343 (359); für normersetzende Absprachen *Brohm*, DÖV 1992, 1025 (1034); *Oebbecke*, DVBl 1986, 793 (799); ferner *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1199).

genleistung der Durchsetzung der Verwaltungszwecke dient, die die Behörde in dem konkreten Fall ermessensfehlerfrei verfolgen darf.[647] Gegenleistungen des Privaten sind also zulässig, wenn sie dem Zweck der einschlägigen Ermessensnorm dienen. Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, folgt dies sogar ausdrücklich aus dem Verweis des § 56 Abs. 2 auf § 36 VwVfG, dessen Abs. 3 zurecht einschränkend dahin ausgelegt wird, daß Nebenbestimmungen dem Zweck des Verwaltungsakts dienen, d.h. vom Zweck des Ermessens erfaßt sein müssen (§ 40 VwVfG).[648]

Für das Koppelungsverbot gelten somit dieselben Maßstäbe wie für leistungseinschränkende Nebenbestimmungen nach § 36 VwVfG; ausschlaggebend ist dafür der Zweck des Ermessens (vgl. § 40 VwVfG).[649] Gegenleistungen sind deshalb ebenso wie im Rahmen von Verträgen auch bei Absprachen vor dem Koppelungsverbot (nur) dann zulässig, wenn sie auch als leistungseinschränkende Nebenbestimmung zu einem begünstigenden Ermessens-Verwaltungsakt zulässig wären,[650] d.h. wenn sie als Belastung dem Privaten ermessensfehlerfrei auch einseitig auferlegt werden dürften.

bb) Gegenleistung als abgemilderte Belastung

Wenn sich die Gegenleistung des Privaten nicht als Einschränkung einer Begünstigung darstellt, sondern als Belastung, die durch die Leistung der Behörde abgemildert wird (beispielsweise eine Übergangsfrist bei nachträglichen Anordnungen), gilt im Ergebnis nichts anderes. Ansatzpunkt ist dann die Ermächtigungsnorm, die es in das Ermessen der Behörde stellt, dem Privaten die in der Gegenleistung liegende Belastung aufzuerlegen. Gem. § 40 VwVfG muß die Belastung, sprich: die Gegenleistung des Privaten dem Zweck des Ermessens entsprechen.

---

[647] *Berg*, GewArch 1999, 1 (4); *Bleckmann*, NVwZ 1990, 601 (606); *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 56 Rn. 17; vgl. auch *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 26 Rn. 14. *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 56 Rn. 53 knüpft an die Formulierung des § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG an, daß die Gegenleistung der Behörde zur Erfüllung „ihrer" öffentlichen Aufgaben dienen muß. Das bedeute, daß die Gegenleistung in die Zuständigkeit der vertragsschließenden Behörde fallen müsse. Daher könne auch die Verfolgung rein fiskalischer Interessen genügen.

[648] *Berg*, GewArch 1999, 1 (4); *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 36 Rn. 50 ff.; *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 14 Rn. 11.

[649] *Berg*, GewArch 1999, 1 (3 f.).

[650] *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 146 f.; für den Vertrag *Schimpf*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982, S. 238, 254 f.

cc) Der Ermessenszweck als Maßstab für den Sachzusammenhang

In beiden Konstellationen ist der Sachzusammenhang (nur) dann gegeben, wenn die Gegenleistung des Privaten diesem ermessensfehlerfrei auch einseitig durch Verwaltungsakt auferlegt werden könnte. Das entspricht der dieser Untersuchung zugrundeliegenden Unterscheidung zwischen instrumentaler und inhaltlicher Dimension von Verwaltungsentscheidungen: Aus dieser folgt die prinzipielle Austauschbarkeit des Handlungsinstruments bei gleichbleibendem Inhalt, was wiederum zur Folge hat, daß durch den Austausch des Handlungsinstruments nicht über die inhaltlichen Rechtmäßigkeitsmaßstäbe disponiert werden kann. Damit stellt der Ermessenszweck – bzw. der Zweck des sonstigen Entscheidungsspielraums – gewissermaßen die Klammer dar, die Leistung und Gegenleistung sachlich zusammenhält.[651]

dd) Insbesondere: Fälle des sog. „überobligatorischen Vollzugs"

Wenn im Zusammenhang mit Genehmigungs-, aber auch Sanierungsentscheidungen Pakete geschnürt werden, die verschiedene Anlagen des Betroffenen einbeziehen und bei denen der Private mehr an Leistungen erbringt, als ihm einseitig gesetzlich aufgegeben werden könnte, ist gelegentlich die Rede von „überobligatorischem Vollzug".[652] Darunter wird „eine Implementation" verstanden, „die über die gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften hinausgeht".[653] Während ein solcher „überobligatorischer Vollzug" aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht positiv gesehen wird,[654] ist er aus juristischer Sicht sehr problematisch.

> Schon der Begriff ist ein Widerspruch in sich. Denn Gesetzesvollzug ist die Verwirklichung der gesetzlichen Regelungen. Soweit die Gesetze Pflichten enthalten, bedeutet dies deren Erfüllung. Dinge zu tun, zu denen man gesetzlich nicht verpflichtet ist (bzw. – falls die Behörde Ermessens- oder Beurteilungsspielräume hat – nicht verpflichtet werden kann), ist deshalb zwar überobligatorisch, aber kein Vollzug, sondern geht über den Vollzug hinaus. Das zeigt sich auch bei der zitierten Definition als „Implementation, die über die gesetzlichen Vorschriften hinausgeht". Wenn man unter Implementation die Durchführung eines Programms versteht,[655] dann ist der sog. überobligatorische Vollzug vom gesetzlichen Pro-

---

[651] Vgl. *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 137: „... die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung kann sachwidrig sein, wenn nämlich die Behörde verschiedene Verwaltungszwecke verbindet, die nichts miteinander zu tun haben" – genauer wäre: von denen einer nichts mit dem gesetzlichen Ermessenszweck zu tun hat.

[652] *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 347 ff.

[653] *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 347.

[654] *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung, 1997, S. 347.

gramm gerade nicht mehr vorgesehen, also in Wahrheit gar keine Implementation.

Für die juristische Bewertung des sog. überobligatorischen Vollzugs ist zu unterscheiden zwischen Genehmigungssituationen und nachträglichen Anordnungen. In Genehmigungssituationen wird die Erteilung einer Genehmigung davon abhängig gemacht, daß der Antragsteller eine andere, schon bestehende Anlage verbessert. Da es das Koppelungsverbot nach dem oben Gesagten verbietet, staatliche Entscheidungen unter dem Deckmantel einer Vereinbarung von Erwägungen leiten zu lassen, die die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschreiten, ist eine solche Verkoppelung zweier Anlagen nur zulässig, wenn die vom Antragsteller abverlangte Sanierungsleistung rechtmäßiger Inhalt einer nachträglichen Anordnung sein könnte. Die Ermächtigungsnorm für die nachträgliche Anordnung trägt dann die Belastung des Antragstellers durch die Sanierungsleistung. Die Sanierungsleistung ist dann aber in Wahrheit nicht „überobligatorisch", denn sie kann dem Antragsteller aufgrund der Ermächtigung zur Pflicht gemacht werden. Ist die Sanierung dagegen wirklich überobligatorisch, weil es an einer Ermächtigung dazu fehlt, ist der Ermessensrahmen überschritten, damit das Koppelungsverbot verletzt und die Verkoppelung der Anlagen rechtswidrig.

Damit ist auch sichergestellt, daß im Ergebnis für konsensuales staatliches Handeln nicht doch andere Maßstäbe gelten als für einseitig-hoheitliches. Daß von einer „überobligatorischen" Lösung im Einzelfall sowohl der beteiligte Private als auch die Allgemeinheit (die insoweit von der Behörde vertreten wird) einen Vorteil haben, ändert daran nichts. Auch eine Bestechung kann in einem konkreten Fall viele Vorteile haben, ohne jemandem einen Nachteil zu bringen. Solche Bestechungen mögen moralisch und strafrechtlich milder beurteilt werden – sie bleiben dennoch unzulässig.

In den Fällen nachträglicher Anordnungen geht es darum, daß Grenzwertüberschreitungen bei einer Anlage von der Behörde geduldet werden, weil dafür an einer anderen Anlage Verbesserungen vorgenommen werden, die insgesamt zu einem geringeren Schadstoffausstoß führen. Hierbei handelt es sich um einen Fall von Kompensation. Das ist zulässig, wenn die Voraussetzungen für Kompensationslösungen gegeben sind[656] – dann aber ist der Vollzug wiederum nicht überobligatorisch, sondern die gesetzlichen Regelungen erlauben die flexible Handhabung der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlaß nachträglicher Anordnungen. Von überobligatorischen Leistungen des Privaten kann in diesen Fällen nur gesprochen werden, wenn die gesetzliche Ermächtigung eine nachträgliche Anordung solchen Inhalts nicht erlauben würde, weil die Voraussetzungen für eine Kompensation

---

[655] Vgl. *Wollmann* in: Nohlen (Hrsg.), Wörterbuch Staat und Politik, 1995, Stichwort „Implementationsforschung/Evaluierungsforschung", sub I.

[656] S. dazu oben 2. b) (S. 262 ff.).

nicht erfüllt sind. Dann aber überschreitet die Sanierungsleistung des Privaten den Ermessensrahmen, so daß gegen das Koppelungsverbot verstoßen wird und eine solche Absprache rechtswidrig ist.[657]

c) Beispiele

Bei regelungsersetzenden Absprachen droht die Behörde dem Privaten an, eine bestimmte Regelung zu erlassen (z. B. den Asbestanteil in Zement stufenweise abzubauen). In der Absprache einigt man sich darauf, daß eine solche Regelung nicht erlassen wird (Leistung der Behörde: Unterlassen), daß der Private sich aber dennoch so verhalten wird, als gäbe es sie (daß er z. B. den Asbestanteil in Zement stufenweise abbaut – Gegenleistung des Privaten). Dabei kann der Private eventuell inhaltliche Abstriche gegenüber der ursprünglich angedrohten Regelung erreichen (kleinere oder zeitlich länger gestreckte Stufen). Wenn und weil aufgrund der entsprechenden Verordnungsermächtigung ein solcher stufenweiser Abbau ohne Überschreitung des Rechtsetzungsermessens auch einseitig hätte angeordnet werden können, ist der Sachzusammenhang gegeben.

Gleiches gilt für Sanierungsabsprachen, mit denen eine nachträgliche Anordung nach § 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG ersetzt wird: Wenn die Sanierungsmaßnahmen, die der Private in der Absprache als seine Gegenleistung verspricht, aufgrund des § 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG von der Behörde ermessensfehlerfrei auch einseitig hätten angeordnet werden können, besteht zwischen den Sanierungsmaßnahmen und dem Unterlassen einer Verfügung durch Verwaltungsakt (Leistung der Behörde) ein sachlicher Zusammenhang. Unzulässig ist es deshalb, immissionsschutzrechtliche Sanierungsmaßnahmen mit Fragen z. B. des Arbeitsschutzes zu koppeln; eine solche Koppelung ist nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn die Sanierung Ziele des Immissionsschutzes und des Arbeitsschutzes zugleich verfolgt[658] und deshalb inhaltsgleich auch einseitig gem. § 17 Abs. 1 BImSchG hätte auferlegt werden dürfen.

Verspricht der Private in einer den Bewilligungsbescheid vorbereitenden Subventionsabsprache, die zugewendeten Mittel zu einem Zweck zu verwenden, den die Behörde dem Bewilligungsbescheid nicht einseitig als Verwendungsbeschränkung durch Nebenbestimmung beifügen dürfte,[659] so fehlt der Sachzusammenhang zwischen der Leistung der Behörde (Subvention) und der Gegenleistung des Privaten (Mittelverwendung).

---

[657] Siehe auch *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 178.

[658] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 191 f.; *ders.*, VerwArch 75 (1984), 343 (359).

[659] Zum Zweck der Mittelbereitstellung im Haushalt als maßgeblichem Kriterium s. *Berg*, GewArch 1999, 1 (3 ff.).

Der Sachzusammenhang fehlt auch, wenn von der Sanierung die zügige Bearbeitung eines Genehmigungsantrags abhängig gemacht wird. Denn die zügige Bearbeitung ist keine Frage eines den Inhalt der Genehmigung betreffenden Spielraums, sondern des Verfahrensermessens. Die Zügigkeit der Bearbeitung kann daher nur von Faktoren abhängig gemacht werden, die das Verfahrensermessen, insbesondere die Sachverhaltsermittlung betreffen. Die Behörde darf also nur dann zeitaufwendige Ermittlungsmaßnahmen mit einer Gegenleistung des Privaten verknüpfen, wenn diese Gegenleistung den fraglichen Verfahrensschritt betrifft, wenn er also z.B. die zu ermittelnden Fakten selbst beibringt. Gegenleistungen, die den Inhalt der Genehmigung betreffen, sind dagegen vom Zweck des *Verfahren*sermessens nicht gedeckt und dürfen daher nicht in Zusammenhang mit der Zügigkeit der Sachbearbeitung gebracht werden. Keinesfalls darf die Behörde die Sachbearbeitung bewußt verschleppen, um den Privaten zu wie auch immer gearteten Gegenleistungen zu veranlassen, denn das Verfahrensermessen dient dazu, den Zeit- und Sachaufwand für die Sachverhaltsermittlung mit der Bedeutung der Sache in Einklang zu bringen und nicht, der Behörde Verhandlungsmasse zu verschaffen.

Wenn der Private im Rahmen einer regelungsvorbereitenden Absprache als Gegenleistung auf Rechtsmittel gegen die spätere Regelung verzichtet, so dient das dazu, die Regelung schneller umzusetzen. Damit wird der mit der Regelung verfolgte Zweck gefördert. Es kann daher die generelle Aussage getroffen werden, daß Rechtsmittelverzichte seitens des Privaten nicht gegen das Koppelungsverbot verstoßen. Das gilt allerdings nur, wenn die Leistung der Behörde „dieselbe Sache", d.h. den Inhalt der vorzubereitenden Regelung betrifft. Wenn sie dagegen eine beschleunigte Sachbearbeitung gegen Rechtsmittelverzicht verspricht, so ist der Rechtsmittelverzicht grundsätzlich kein Faktor, der die Ausübung des Verfahrensermessens lenken darf. Wird durch die Absprache allerdings ein Streit über den Sachverhalt beigelegt[660] (z.B. indem man sich auf einen bestimmten Gutachter oder eine bestimmte Untersuchungsmethode einigt), so entfällt insoweit auch der Anlaß für einen Rechtsstreit, so daß in diesem Rahmen auch ein Rechtsmittelverzicht noch von dem durch das Verfahrensermessen vermittelten Sachzusammenhang erfaßt ist.

5. Verhältnismäßigkeit

Nach dem Rechtsstaatsprinzip muß jede staatlichen Maßnahme, die subjektive Rechte des Bürgers in irgend einer Weise beeinträchtigt, verhältnismäßig, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen sein.[661] Da Absprachen

[660] S. o. III. 3. a) dd) (S. 207).

Entscheidungen der Verwaltung sind,[662] gilt das auch für sie. Daß Absprachen konsensual zustandekommen und auch der Private eine Leistung erhält, ändert nichts an der Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, wie der auch insoweit analog anzuwendende § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG zeigt: Auch Verwaltungsverträge müssen „den gesamten Umständen nach angemessen", d.h. verhältnismäßig[663] sein.

Im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird auch die Frage diskutiert, ob den Absprachen als milderes Mittel gegenüber Verwaltungsakten ein genereller Vorrang[664] oder aufgrund der mit Absprachen verbundenen Gefahren ein genereller Nachrang[665] zukommt.

a) Geeignetheit

Eine Maßnahme ist geeignet, wenn mit ihrem Einsatz der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Dabei muß es sich nicht um das bestmögliche Mittel handeln; es darf nur nicht völlig unbehelflich sein: irgend ein Beitrag zur Zielerreichung genügt.[666] Absprachen können wie jede Verwaltungsmaßnahme zur Zielerreichung ungeeignet sein, wenn sie entweder wegen ihres Inhalts oder wegen des gewählten Instruments keinen Beitrag zur Zielerreichung leisten.

Wegen ihres Inhalts ungeeignet ist eine Absprache, wenn durch die Leistung des Privaten der Zweck, den die Verwaltung mit der Absprache verfolgt, nicht gefördert wird. Wann das der Fall ist, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Es gelten dieselben Kriterien wie für die vorbereitete oder ersetzte Regelung, ohne daß es für Absprachen irgendwelche Spezifika gäbe. Auf die inhaltliche Geeignetheit von Absprachen braucht hier daher nicht näher eingegangen zu werden.

Die Absprache muß aber auch *in instrumentaler Hinsicht* geeignet sein, zur Erreichung des verfolgten Ziels beizutragen. Das ist nicht der Fall, wenn es im konkreten Fall einer rechtlichen Bindungswirkung bedarf – sei es, weil das Gesetz eine solche verlangt, sei es, weil die Beteiligten sie her-

---

661 *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 20 Rn. 83 ff.

662 S. o. Teil 1: D. II. (S. 88).

663 *Hennecke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 56 Rn. 14; anders *Lischke*, Tauschgerechtigkeit und öffentlich-rechtlicher Vertrag, 2000, S. 39 ff., 62 f.

664 Vgl. *Ossenbühl*, Jahrbuch UTR 1987, S. 27 (38); *Kaiser*, NJW 1971, 585 (588); vorsichtig *Erichsen* in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 32 Rn. 5.

665 So *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 175 f.; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 221.

666 *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 20 Rn. 84.

beiführen wollen. Absprachen sind jedoch nicht etwa deshalb grundsätzlich immer ungeeignet, weil ihnen die rechtliche Regelungswirkung abgeht, denn ihre faktische Bindungswirkung kann mindestens ebenso nachhaltig sein wie eine rechtliche Bindungswirkung.[667] Hinzu kommt, daß der Staat auch weniger geeignete Mittel einsetzen kann, solange diese nicht völlig ungeeignet sind. Absprachen können daher auch als Instrument eingesetzt werden, wenn sie wegen ihrer ausschließlich faktischen Wirkung weniger geeignet sind als Verwaltungsverträge oder Verwaltungsakte.[668] Ein generelle Nachrang gegenüber rechtlichen Regelungen kommt Absprachen daher nicht zu.

b) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn ihr Ziel im konkreten Fall nicht mit einem anderen, milderen Mittel ebenso wirksam erreicht werden kann.[669] Was den Inhalt von Absprachen angeht, gibt es hier ebenso wie schon eben bei der Geeignetheit keine Besonderheiten gegenüber anderen Handlungsinstrumenten.

In instrumentaler Hinsicht sind Absprachen erforderlich, wenn nicht die Verwendung eines anderen Handlungsinstruments den oder die Betroffenen weniger stark belasten würde.[670] Insoweit wird die Ansicht vertreten, daß Absprachen grundsätzlich rechtswidrig, weil nicht erforderlich seien.[671] Dem ist nicht zu folgen, denn es wurde bereits oben festgestellt, daß der durch eine Absprache bewirkte faktische Eingriff sich von dem durch einseitig-hoheitliche Rechtsakte bewirkten rechtlichen Eingriff nicht graduell, sondern prinzipiell unterscheidet:[672] Absprachen greifen nicht *geringer* ein als einseitig-hoheitliche Rechtsakte, wie Verwaltungsakt oder Rechtsnorm, sondern *anders*. Deshalb kann auch umgekehrt nicht ein genereller Vorrang

---

667 S. o. Teil 1: D. I. 2. d) (S. 85).

668 *Würfel*, Informelle Absprachen in der Abfallwirtschaft, Diss. Freiburg 1994, S. 50.

669 *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 20 Rn. 85.

670 Wie oben Teil 1: D. I. 2. d) (S. 85) dargelegt können Absprachen den Privaten stärker belasten als eine inhaltsgleiche rechtsförmige Regelung; außerdem bringen sie eine Rechtsschutzerschwerung mit sich (s.o. II. 1. a) bb) (2) (S. 156).

671 *Würfel*, Informelle Absprachen in der Abfallwirtschaft, Diss. Freiburg 1994, S. 44 meint, daß „rechtlich verbindliche und damit einen Handlungszwang auslösende Mittel des Verwaltungshandelns grundsätzlich eine belastendere Wirkung enthalten als die ... informellen Absprachen...", daß Absprachen also gegenüber rechtlichen Regelungen das mildere Mittel seien. Diesem Ansatz ist zu widersprechen, weil er den faktischen Handlungszwang außer acht läßt, den Absprachen infolge ihrer faktischen Bindungswirkung auslösen.

672 S.o. Teil 1: D. I. 2. d) (S. 85).

der Absprache vor Verwaltungsakten oder Verwaltungsverträgen damit begründet werden, daß Absprachen als konsensuales und rechtlich unverbindliches Handlungsinstrument generell das mildere Mittel wären.[673] Die Absprache steht somit gleichberechtigt neben diesen Instrumenten. Ob eines von ihnen im Einzelfall nicht erforderlich ist, bleibt daher der Prüfung eben dieses Einzelfalls vorbehalten.

c) Angemessenheit (Proportionalität)

Verhältnismäßig i.e.S. ist eine staatliche Maßnahme dann, wenn bei einer Abwägung die Schwere des Eingriffs nicht außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck steht.[674] Bei dieser Abwägung lassen sich – anders als bei der Geeignetheits- und der Erforderlichkeitsprüfung – der Inhalt der Absprache und die Instrumentenwahl nicht voneinander trennen, denn wie oben dargelegt[675] handelt es sich bei den durch die Wahl der Absprache als Handlungsinstrument hervorgerufenen Wirkungen nicht um eine eigene, zusätzliche Belastung, die von der inhaltlichen Belastung getrennt werden könnte, sondern im Einzelfall um einen Teil dieser inhaltlichen Belastung. Inhalt und Instrumentenwahl stellen Dimensionen *einer* Entscheidung dar,[676] wobei die Instrumentenwahl den im Inhalt der Entscheidung liegenden Eingriff einerseits vertiefen und so die „an sich" verhältnismäßige Entscheidung unverhältnismäßig machen oder andererseits sie abmildern und eine „an sich" unverhältnismäßige Entscheidung verhältnismäßig machen kann.[677]

Die Verhältnismäßigkeit ist so von Fall zu Fall zu prüfen: Die durch eine Absprache bewirkte faktische Grundrechtsbeeinträchtigung darf zu dem verfolgten Ziel nicht außer Verhältnis stehen. Das gilt auch dann, wenn der Private auf disponible Grundrechtspositionen verzichtet hat, denn das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips[678] ob-

---

[673] *Kunig/Rublack*, Jura 1990, 1 (11); *Kunig* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, 1990, S. 43 (64); *Henneke*, NuR 1991, 267 (271). Einen solchen Vorrang behjaht aber *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 156 für Selbstverpflichtungen; so für das Verhältnis zwischen Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag auch *Krebs*, DÖV 1989, 969 (974) = in: Hill (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990, S. 77 (87); dagegen *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1196); s. auch *A. Benz*, Die Verwaltung 23 (1990), 83 (95).

[674] *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 20 Rn. 86.

[675] S. o. II. 1. a) bb) (2) (S. 156).

[676] S. schon o. A. II. 5. (S. 113 ff.).

[677] S. o. Fn. 675.

[678] *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 20 Rn. 80.

jektivrechtlicher Natur und damit nicht verzichtbar.[679] Es kann deshalb auch nicht durch einen freiwilligen Grundrechtsverzicht für den Einzelfall außer Kraft gesetzt werden, wie auch § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG zeigt, der die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch für Verträge vorschreibt und der auf Absprachen wie gezeigt analog anzuwenden ist.

Bei der Verhältnismäßigkeitsabwägung sind neben der Belastung des absprachebeteiligten Privaten (= seine Leistung) und den verfolgten öffentlichen Zwecken auch die Gegenleistung der Behörde, Belastungen betroffener Dritter und eventuelle erschwerende oder mildernde Auswirkungen der Instrumentenwahl zu berücksichtigen.

d) Zwischenergebnis zur Verhältnismäßigkeit

Es besteht kein allgemeiner Vor- oder Nachrang der Absprache als Handlungsinstrument gegenüber rechtlichen Regelungen. Die Absprache muß aber als Instrument geeignet sein, den mit ihr verfolgten Verwaltungszweck zu erreichen. Im übrigen sind bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im konkreten Einzelfall alle Umstände zu berücksichtigen, die die Belastung des beteiligten Privaten oder Dritter ausmachen oder sich auf die Zweckerreichung auswirken. Insoweit ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber Entscheidungen, die durch andere Handlungsinstrumente getroffen werden.

6. Ermessens-, Abwägungs- bzw. Beurteilungsfehlerfreiheit (als innere Grenzen des Spielraums)

Absprachen werden im Rahmen von Entscheidungspielräumen der Verwaltung getroffen. Neben den äußeren Grenzen dieser Spielräume müssen auch deren innere Grenzen beachtet werden, wie sie in der Ermessens- bzw. Abwägungsfehlerlehre ihren Ausdruck finden. Für Beurteilungsspielräume ist eine solche Lehre bisher nicht eigens ausformuliert, aber auf sie läßt sich die Ermessensfehlerlehre im Prinzip übertragen (womit nicht geleugnet werden soll, daß sich im einzelnen Unterschiede und Schwerpunktverschiebungen ergeben können).[680]

Deshalb kann im Folgenden vereinfachend von Ermessensfehlern gesprochen werden, auch wenn Abwägungs- und Beurteilungsfehler mit eingeschlossen sind.

---

[679] S. o. 1. a) cc) (2) (c) (S. 245).

[680] *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, 617 (624); *Herdegen*, JZ 1991, 747 (750 f.); *Rennert* in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 114 Rn. 77; *Sieckmann*, DVBl 1997, 101 (102); vgl. auch *Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, S. 149.

Absprachen müssen sowohl in inhaltlicher als auch in instrumentaler Hinsicht ermessensfehlerfrei sein. Dafür ist jeweils der Zeitpunkt der Absprache ausschlaggebend.

In bezug auf den Inhalt von Absprachen ergeben sich keinerlei Besonderheiten gegenüber anderen Handlungsinstrumenten. Werden durch Absprachen Ermessensentscheidungen getroffen, so gilt die Ermessensfehlerlehre ebenso wie für den vorbereiteten oder ersetzten Verwaltungsakt; werden Planungsentscheidungen abgesprochen, so ist auf sie die Abwägungsfehlerlehre anzuwenden. Und wird durch eine Absprache eine Beurteilungsermächtigung ausgeübt, so gelten auch dafür dieselben Maßstäbe wie für die vorbereitete oder ersetzte Regelung. Da diese inhaltlichen Maßstäbe nicht absprachespezifisch, sondern vom Handlungsinstrument unabhängig sind, ist hier nicht näher darauf einzugehen.

7. Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Gleichbehandlungsgrundsatz bindet die Verwaltung überall dort, wo ihr Handlungsspielräume zustehen.[681] Beim Treffen von Absprachen hat die Verwaltung inhaltliche Spielräume und ein Instrumentenauswahlermessen, hinsichtlich derer sie jeweils den Gleichheitsgrundsatz beachten muß.

a) Gleichbehandlung und Instrumentenwahl

Eine Ungleichbehandlung kommt dadurch in Betracht, daß eine Behörde beispielsweise im Immissionsschutzrecht mit einem Anlagenbetreiber eine Absprache trifft, während sie einem anderen gegenüber eine nachträgliche Anordnung erläßt. Die mit Absprachen verbundene Entscheidungsverlagerung ist jedoch im Hinblick auf den (instrumentalen) Gesetzesvorrang ohnehin einer Rechtfertigung durch ein berechtigtes Interesse bedürftig.[682] Ein solches berechtigtes Interesse ist gegeben, wenn die Entscheidung mittels einer Absprache irgendwie schneller, billiger, sachgerechter oder sonst besser, also technisch, zeitlich oder finanziell effizienter getroffen werden kann.[683] Da eine Verbesserung der Zweckdienlichkeit geeignet ist, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen,[684] rechtfertigt sie die Instrumentenwahl auch vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz.[685]

---

681 *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 34.

682 S. o. II. 1. b) cc) (2) (c) (aa) (S. 177).

683 S. o. II. 2. c) (S. 185 ff.).

684 Vgl. *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 16.

685 *Gallwas*, Grundrechte, 2. Aufl. 1995, Rn. 249 ff.

Da Absprachen ohne ein solches Interesse ohnehin rechtswidrig sind, hat der Gleichheitsgrundsatz im Hinblick auf die Instrumentenwahl jedoch keine eigenständige Bedeutung.

b) Gleichbehandlung und Abspracheninhalt

In einer Sanierungsabsprache kann eine Ungleichbehandlung nicht nur im Hinblick auf die Instrumentenwahl, sondern auch im Hinblick auf den Inhalt der Entscheidung liegen, wenn beispielsweise dem einen durch die Absprache ein auf mehrere Jahre gestrecktes Sanierungsprogramm zugestanden wird, während der andere die Sanierung innerhalb weniger Monate durchführen muß. Diese Ungleichbehandlung ist jedoch nicht in allen Fällen absprachenspezifisch, denn zu einem mehrjährigen Sanierungsplan kann der Anlagenbetreiber auch durch Verwaltungsakt verpflichtet werden. Nur wenn die Behörde die Sanierungsfristen deshalb einräumt, weil der Anlagenbetreiber beispielsweise verspricht, keine Rechtsbehelfe zu ergreifen, ist der Gegenstand dieser Untersuchung berührt, denn ein Rechtsbehelfsverzicht kann durch Verwaltungsakt niemals aufgegeben werden, sondern ist nur in einer Vereinbarung denkbar.

Damit ist bereits angedeutet, daß die Gegenleistung des Anlagenbetreibers eine Ungleichbehandlung rechtfertigen kann, wenn dabei der inhaltliche Rahmen eingehalten wird, der in dieser Untersuchung bisher aufgezeigt wurde, d.h. wenn die Gegenleistung des Privaten freiwillig erfolgt oder von einer gesetzlichen Ermächtigung gedeckt ist, wenn Rechte Dritter und der Gesetzesvorrang beachtet werden und die Absprache nicht gegen das Koppelungsverbot verstößt etc.

Eine Ungleichbehandlung stellt es auch dar, wenn die Behörde gegenüber verschiedenen Privaten unterschiedlich verhandlungsbereit ist, beispielsweise indem sie dem einen Anlagenbetreiber gegen einen Rechtsmittelverzicht eine mehrjährige Sanierungsfrist läßt, einem anderen aber – bei sonst vergleichbarer Sachlage – eine Sanierung innerhalb weniger Monate abverlangt, obwohl dieser ebenfalls zu einem Rechtsmittelverzicht bereit wäre. Dies kann jedoch beispielsweise deshalb gerechtfertigt sein, weil der eine Private sich schon früher als unzuverlässiger Verhandlungspartner erwiesen hat, oder auch weil betroffene Nachbarn in dem einen Fall Rechtsbehelfe gegen die (aus ihrer Sicht zu großzügigen) Sanierungsfristen zu ergreifen drohen, während sie diese im anderen Fall akzeptieren.

c) Gleichbehandlung und Verfahrensermessen

Hinsichtlich der Gleichbehandlung im Verfahren schränkt der Gleichbehandlungsgrundsatz das Verfahrensermessen der Behörde ein.[686] Dabei geht es zum einen um die Gleichbehandlung zwischen verschiedenen Beteiligten innerhalb desselben Verfahrens (etwa beim Verwaltungsakt mit Drittwirkung), wobei noch weiter differenziert werden kann zwischen Beteiligten mit gleichgelagerten Interessen – mehreren Einwendern – einerseits und Beteiligten mit verschiedenartigen oder sogar gegenläufigen Interessen – Einwender vs. Vorhabenträger – andererseits. Zum anderen geht es um die Gleichbehandlung von Beteiligten mit gleicher Interessenlage über das konkrete Verfahren hinaus in verschiedenen Verfahren.[687] Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt dabei nicht nur für Verwaltungsverfahren im engen Sinne des § 9 VwVfG, sondern wegen des verfassungsrechtlichen Ausgangspunktes für jeden Entscheidungsvorgang und damit auch für Absprachen. Die sich daraus im einzelnen ergebenden Maßstäbe sind nicht absprachenspezifisch, sondern betreffen jeden staatlichen Entscheidungsvorgang.[688] Hier soll es mit dem Hinweis sein Bewenden haben, daß das Gebot des „fair trial" auch in Verfahren gilt, in denen Absprachen getroffen werden.

d) Absprachen und Soll-Vorschriften

Wenn wie z.B. in § 17 Abs. 1 S. 2 oder § 20 Abs. 2 S. 1 BImSchG die Verwendung eines Verwaltungsakts vom Gesetz in einer Soll-Vorschrift vorgeschrieben ist, so ist die Entscheidungsverlagerung in eine Absprache grundsätzlich unzulässig, es sei denn, es handelt sich um einen atypischen Fall. Es ist nun der Frage nachzugehen, ob der Umstand, daß beide Seiten eine Absprache für sinnvoll halten, einen Fall zu einem atypischen machen kann, wodurch sich ein Instrumentenwahlermessen eröffnen und eine Entscheidungsverlagerung ermöglichen würde.

> Der Umstand allein, daß eine Absprache getroffen wird, ist dabei nicht geeignet, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, denn dies ist gerade der zu rechtfertigende Umstand. Ihn zu seiner eigenen Rechtfertigung heranzuziehen, wäre zirkelschlüssig.

Ein atypischer Fall liegt jedenfalls vor, wenn aufgrund des Inhalts einer möglichen Absprache der Zweck des § 17 Abs. 1 S. 2 BImSchG besser er-

---

[686] *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 59.

[687] Zu diesen beiden Ansatzpunkten der Gleichbehandlung *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 60.

[688] Vgl. etwa *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 59 ff. m.w.N.

reicht werden kann als durch eine nachträgliche Anordnung.[689] Beispielsweise ist es denkbar, daß eine Anlage sanierungsbedürftig ist, die der Betreiber ohnehin nach zwei Jahren durch eine neue, modernere Anlage ersetzen will, die die Grenzwerte weit unterschreiten würde. Würde er durch eine nachträgliche Anordnung heute verpflichtet, die Anlage zu sanieren und die Emissionen auf das gesetzlich zulässige Maß zu senken, müßte er die Anlage möglicherweise aus betriebswirtschaftlichen Gründen drei Jahre länger betreiben als ursprünglich geplant. Die modernere Anlage könnte dann erst drei Jahre später in Betrieb gehen, wodurch per saldo mehr emittiert würde, als wenn für eine zweijährige Übergangsfrist die Grenzwertüberschreitungen geduldet würden. Ein solcher Fall ist atypisch mit der Folge, daß sich der Behörde inhaltlich und instrumental ein Ermessensspielraum eröffnet. Diesen muß sie durch eine fehlerfreie Ermessensentscheidung ausfüllen, die sie auch mit dem Instrument einer Absprache treffen darf.[690]

D. Zusammenfassung des 2. Teils

Staatliche Entscheidungen sind das Ergebnis eines Entscheidungsvorgangs. Sie enthalten einen bestimmten Inhalt und werden mittels eines bestimmten Instruments getroffen. Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit von Absprachen ist deshalb zwischen deren inhaltlicher und instrumentaler Dimension zu unterscheiden.

Die Rechtmäßigkeitsmaßstäbe für staatliches Handeln ergeben sich aus den Gesetzen und der Verfassung (Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes). Die sich daraus ergebenden Anforderungen, die an den *Inhalt* staatlicher Entscheidungen anzulegen sind, gelten unabhängig davon, mittels welchen Instruments sie getroffen werden. Hinsichtlich der Wahl der Absprache als *Handlungsinstrument* ist zu bedenken, daß die Gesetze (insbesondere auch das VwVfG) meist ein Handlungsinstrumentarium vorsehen, das aus Verwaltungsakt, Verwaltungsvertrag und Rechtsverordnung besteht und in dem Absprachen nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Die geltenden Verfahrensvorschriften sind dementsprechend zum großen Teil auf diese Handlungs-

---

[689] Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 40 Rn. 44 und *Sachs* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 40 Rn. 27, die jeweils auf den Gesetzeszweck abstellen.

[690] Vgl. etwa OVG Berlin, NVwZ 1985, 756 (758) für eine auf einem abgesprochenen Sanierungskonzept beruhende (aktive) Duldung. In dieser Entscheidung hat das OVG einen atypischen Fall mit dem Argument angenommen, daß die zuständige Behörde eine genehmigungsbedürftige Anlage jahrelang letztlich geduldet, dabei aber auch überwacht hat und daß der Behörde weitere Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse zustehen, so daß das Gericht davon ausgehen konnte, daß die Behörde ihre Überwachungstätigkeit auch künftig fortsetzen werde (a. a. O. S. 757 f.).

instrumente zugeschnitten, m. a. W.: Die gesetzlich geregelten Verwaltungsverfahren sind auf den Erlaß eines Verwaltungsakts, eines Verwaltungsvertrages oder einer Rechtsverordnung gerichtet. Wird eine Entscheidung stattdessen in einer Absprache getroffen, so wird der reale Entscheidungsvorgang von dem gesetzlich geregelten Verwaltungsverfahren abgekoppelt. Die darin liegende Abweichung vom Verfahrensrecht ist mit dem Vorrang des Gesetzes nur (aber immerhin) dann vereinbar, wenn (1.) die Entscheidungsverlagerung durch ein berechtigtes Interesse gerechtfertigt ist, (2.) die Verfahrensvorschriften eingehalten werden, die den Inhalt der Entscheidung steuern und (3.) das Ergebnis des (realen) Entscheidungsvorgangs, also der Inhalt der Absprache, mit dem materiellen Recht vereinbar ist.

Ist die Instrumentenwahl oder der Abspracheninhalt unzulässig oder wurde ein beachtlicher Verfahrensfehler begangen, ist die Absprache rechtswidrig. Welche Auswirkungen das hat, insbesondere auf nachfolgende rechtsförmige Maßnahmen (bzw. darauf, daß solche unterbleiben), wird im folgenden 3. Teil untersucht.

Teil 3

Rechtliche Folgen rechtmäßiger und rechtswidriger Absprachen

Während die Rechtmäßigkeitskriterien für Absprachen ein häufig beackertes Feld sind und auch die faktischen Auswirkungen von Absprachen in der juristischen wie auch in der soziologischen und verwaltungswissenschaftlichen Literatur häufig beschrieben werden,[1] sind die *rechtlichen Auswirkungen* von (rechtmäßigen sowie rechtswidrigen) Absprachen, soweit sie über die Frage der Bindungswirkung im Sinne von Erfüllungsansprüchen hinausgehen, selten Gegenstand vertiefter Behandlung.[2] Dabei sind es erst die rechtlichen Auswirkungen von Absprachen, genauer gesagt: die Verschiedenheit der rechtlichen Auswirkungen rechtmäßiger und rechtswidriger Absprachen, die die Frage nach ihrer Rechtmäßigkeit überhaupt erst bedeutungsvoll machen. Hätten rechtmäßige und rechtswidrige Absprachen gleichermaßen überhaupt keine rechtlichen Auswirkungen, könnte man sich den Aufwand zur Prüfung der Rechtmäßigkeit von Absprachen sparen.

Daß Absprachen als staatliche Entscheidungen der Rechtmäßigkeitsprüfung unterliegen, wurde im 1. und 2. Teil dargestellt. Ihre Rechtswidrigkeit muß daher irgendwelche Konsequenzen haben. Um diese herauszuarbeiten wird im Folgenden untersucht, welcher Art die rechtlichen Auswirkungen rechtmäßiger und rechtswidriger Absprachen sind.

Von Interesse sind dabei zum einen die Auswirkungen, die Absprachen auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des vorbereiteten bzw. ersetzten Verwaltungshandelns haben. Zum anderen stellt sich die Frage, ob es zumindest in bestimmten Konstellationen Ansprüche Beteiligter oder Dritter geben kann. Solche Ansprüche könnten sich auf Unterlassung, Folgenbeseitigung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Absprache oder sogar auf Erfüllung der Absprache richten.

---

[1] Vgl. die Nachweise o. Einleitung (S. 25).

[2] Vgl. aber etwa *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 161 ff.; *v. Wedemeyer*, Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts, Diss. Augsburg 1991, S. 228 ff.; *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1200 f.); *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 452 ff.; *Körner*, Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000, S. 167 ff.; *Köpp*, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001, S. 142 ff., 256 ff.

A. Informale Absprachen und formales Handeln: Rechtliche Auswirkungen auf formales Handeln (Tun oder Unterlassen)

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit von Absprachen ist, daß ein berechtigtes Interesse an der Entscheidungsverlagerung besteht.[3] Daß das Recht die Verlagerung unter dieser Voraussetzung erlaubt, läßt bereits erkennen, daß es auch irgendwelche mittelbaren rechtlichen Folgen solcherart zulässiger Absprachen konzedieren wird. In den Fällen, in denen das Gesetz Absprachen sogar mehr oder weniger ausdrücklich zuläßt,[4] wäre es nicht nur in sich widersprüchlich, sondern würde auch dem Gesetz widersprechen, der ausdrücklich zugelassenen und auch im übrigen rechtmäßigen Entscheidungsverlagerung jede rechtliche Auswirkung abzusprechen.

Es ist daher zu erwarten, daß Absprachen rechtliche Auswirkungen auf formales staatliches Handeln haben können. Diese rechtlichen Auswirkungen korrespondieren letztlich den faktischen Bindungswirkungen von Absprachen. Unter *Handeln* ist dabei sowohl positives Tun, also der Erlaß von rechtlichen Regelungsakten zu verstehen als auch deren Unterlassen. Auf positives Tun haben *regelungsvorbereitende* Absprachen faktische Auswirkungen, weil dessen Inhalt vorentschieden wird. Mit dem Unterlassen hängen demgegenüber die *regelungsersetzenden* Absprachen zusammen, weil sie die inhaltliche Entscheidung anstelle der rechtsförmigen Regelung enthalten.

I. Das Auswirkungsproblem als Problem des maßgeblichen Zeitpunktes

1. Bei regelungsvorbereitenden Absprachen

Mit einer regelungsvorbereitenden Absprache wird die Entscheidung über den Inhalt einer später noch zu erlassenden rechtlichen Regelung getroffen. Zu der darin liegenden Vorverlagerung der Entscheidung entschließen sich die Beteiligten, um die so getroffene Vorentscheidung in das formale Verfahren und in die rechtsförmige Entscheidung übernehmen zu können. Würden sie die Entscheidung hinterfragen und neu treffen, würde die Absprache keinen Entlastungs- und Beschleunigungseffekt haben, sondern im Gegenteil doppelten Aufwand bedeuten.

---

[3] S. o. Teil 2: C. II. 1. b) cc) (2) (c) (aa) (S. 177) und Teil 2: C. II. 2. c) (S. 185 ff.).

[4] S. o. Teil 1: A. II. 2. a) (S. 45 ff.).

Entscheidend ist also, ob die in einer Absprache informal getroffene Entscheidung ohne weiteres (d.h.: ohne die Entscheidung mit einem neuen Entscheidungsvorgang neu zu treffen) durch die nachfolgende Regelung „verrechtlicht" werden darf, oder ob die Sach- und Rechtslage bei der „Verrechtlichung" noch einmal völlig neu und unabhängig von der Absprache geprüft und die Entscheidung neu getroffen werden muß.

Wenn in Absprachen die spätere rechtsförmige Entscheidung nicht vollständig, sondern nur zum Teil vorweggenommen wird, gilt im Prinzip dasselbe: Bei komplexen Genehmigungen dienen Absprachen dazu, die Entscheidung schichtweise abzuarbeiten.[5] Die Entkoppelung des realen Entscheidungsvorgangs vom formalen Verwaltungsverfahren, die Absprachen bedeutet,[6] macht dann nur Sinn, wenn die mit der Absprache faktisch getroffene Entscheidung wieder in das formale Verfahren zurückgeführt werden kann,[7] d.h. wenn im weiteren Verlauf des (formalen) Verfahrens auf die mit der Absprache getroffene Vorentscheidung zurückgegriffen werden kann. Der mittels der Absprache erreichte Verfahrensstand bildet dann gewissermaßen die Basis für den weiteren Fortgang des Genehmigungsverfahrens.

a) Rechtsförmiger Akt als reiner Ratifikationsakt?

Die aus diesem Grund auf den ersten Blick berechtigte Kritik, daß dadurch der rechtsförmige Akt von einem Entscheidungsakt zu einem reinen Ratifikationsakt degradiert werde,[8] trifft aber aus zwei Gründen nur bedingt zu. Soweit erstens in regelungsvorbereitenden Absprachen nicht alle, sondern nur einzelne Aspekte (vor-) entschieden werden, wird die Entscheidung durch den rechtsförmigen Akt im übrigen tatsächlich *getroffen*, nicht nur ratifiziert.

Zweitens ist beispielsweise die einer genehmigungsvorbereitenden Absprache nachfolgende rechtsförmige Genehmigung nicht nur reiner Ratifikationsakt in dem Sinne, daß sie Voraussetzung für die Wirksamkeit einer anderweitig getroffenen rechtlichen Regelung ist,[9] sondern sie ist die (rechtliche) Verwirklichung der mit der Absprache getroffenen Entscheidung. Sie setzt erst die anderweitig (faktisch) getroffene Entscheidung in eine rechtliche Regelung um. Regelungsvorbereitende Absprachen werden durch die nachfolgende rechtliche Regelung nicht bloß ratifiziert, sondern diese ist

---

[5] S. o. Teil 1: D. II. 1. d) aa) (S. 90).

[6] S. o. Teil 2: C. II. 1. b) bb) (2) (b) (aa) (S. 164).

[7] Vgl. *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 130.

[8] S. o. Teil 1: D. II. 1. b) (S. 88); vgl. auch o. Teil 2: C. II. 1. b) bb) (2) (b) (aa) (S. 164).

[9] Zur Ratifikation völkerrechtlicher Verträge vgl. beispielsweise *K. Ipsen*, Völkerrecht, 4. Aufl. 2000, § 10 Rn. 17.

das Medium, mit dem aus einer (informal getroffenen) Entscheidung eine rechtsförmige Regelung wird, die eine Rechtsfolge zeitigt und damit die rechtliche Durchsetzbarkeit herstellt (z. B. als Genehmigung ein präventives Verbot aufhebt).

b) Auswirkungen der Absprache auf den nachfolgenden Verfahrensabschnitt

Wenn mit einer Absprache die Genehmigungsentscheidung teilweise, d.h. in bezug auf einige Aspekte, vorweggenommen wird, wird der nachfolgende Teil des Genehmigungsverfahrens von diesen Aspekten entlastet. So kommt man der Genehmigungsentscheidung einen Schritt näher.

Im Extremfall, daß mit der Absprache der Inhalt der Genehmigung bis ins Detail vorentschieden wird, verliert der anschließende Verfahrensabschnitt wie im 2. Teil dargelegt jeden Einfluß auf den Inhalt der Genehmigung. Von daher ist der Abschnitt des Verwaltungsverfahrens, der zwischen der Absprache und dem Erlaß der förmlichen Genehmigung liegt, insoweit mit der Phase beispielsweise der kommunalen Satzungsgebung vergleichbar, die zwischen dem Satzungsbeschluß des Gemeinderates und deren Bekanntmachung liegt: Sie ist erforderlich, um den zunächst nur gemeindeintern wirkenden Beschluß zu einer Rechtsnorm mit Außenwirkung zu machen; in ihr kann aber der Inhalt der Satzung nicht mehr verändert werden.[10] Ähnliches gilt im Gesetzgebungsverfahren für die Phase zwischen der Ausfertigung und der Verkündung.[11]

c) Die Frage des maßgeblichen Zeitpunktes

In Teil 2 wurde dargestellt, daß die inhaltliche Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung von dem gewählten Handlungsinstrument unabhängig ist[12] und daß die Rechtmäßigkeit einer inhaltlichen Entscheidung von der Sach- und Rechtslage zur Zeit ihrer Beurteilung abhängt: Dieselbe Entscheidung kann bei einer bestimmten Sach- und Rechtslage rechtmäßig, bei einer anderen aber rechtswidrig sein. Wenn sich die Sach- oder Rechtslage zwischen der (rechtmäßigen) Absprache und ihrer Verrechtlichung in erheblicher Weise ändert, ist die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zum Zeitpunkt der Absprache anders zu beurteilen als zum Zeitpunkt der rechtlichen Regelung.

---

[10] Weil der Gemeinderat, der die Organkompetenz für die Entscheidung über den Inhalt hat, in diese Phase des Satzungsverfahren nicht mehr involviert ist. S. dazu näher unten 2. (S. 296 ff.).

[11] Vgl. dazu BVerfGE 34, 9 ff. und unten II. 1. (S. 294 ff.).

[12] S. o. Teil 2: A. II. 2. b) (S. 108).

Die Frage, ob der Inhalt einer Absprache ohne weiteres zum Inhalt einer rechtlichen Regelung gemacht werden darf, stellt sich also als eine Frage des maßgeblichen Zeitpunktes dar. Sie lautet: Ist für die Rechtmäßigkeit der rechtsförmigen Entscheidung deren Zeitpunkt ausschlaggebend, oder ist bei einer zulässigen Vorverlagerung der Entscheidung in Bezug auf die vorverlagerten Aspekte der Zeitpunkt der Absprache maßgeblich?

2. Bei regelungsersetzenden Absprachen

Dies gilt grundsätzlich auch für regelungsersetzende Absprachen. Diese werden jedoch nicht in formales Tun umgesetzt, sondern dadurch verwirklicht, daß die Verwaltung es *unterläßt*, eine rechtsförmige Regelung zu erlassen. Dieses Unterlassen läßt sich anders als formales Tun nicht an einem bestimmten Zeitpunkt festmachen, sondern erstreckt sich über einen mehr oder weniger langen Zeitraum. Daher wird zusätzlich zu untersuchen sein, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit behördlichen Unterlassens maßgeblich ist. Wird abgesprochen, daß eine rechtsförmige Regelung nicht erlassen werden soll und sieht die Behörde aufgrunddessen tatsächlich von einer solchen ab, so liegt auch darin die Übernahme des Abspracheninhalts in die rechtsförmige Entscheidung, nur daß diese in einem Unterlassen liegt. Das Unterlassen einer rechtsförmigen Regelung kann von daher als „rechtsförmiges Unterlassen" bezeichnet werden.

3. Verfahrensfehler als Folge der unzulässigen Übernahme in Ermessens-, Abwägungs- und Beurteilungsentscheidungen

Ob der Inhalt der Absprache in die rechtsförmige Entscheidung unhinterfragt übernommen werden darf, ist deshalb von Bedeutung, weil Absprachen einen Entscheidungsspielraum der Verwaltung voraussetzen und deshalb auch in bezug auf den Inhalt der rechtlichen Regelung ein solcher rechtlicher Spielraum besteht. Ist es zulässig, den Inhalt einer Absprache in die rechtsförmige Entscheidung zu übernehmen, wird das Ergebnis des zuvor abgekoppelten realen Entscheidungsvorgangs wieder an das formale Verwaltungsverfahren angekoppelt.

Wenn die Übernahme dagegen unzulässig ist, macht eine dennoch erfolgende Übernahme den Entscheidungsvorgang, der auf die rechtsförmige Entscheidung gerichtet ist (also das formale Verwaltungsverfahren), fehlerhaft und die rechtsförmige Entscheidung damit rechtswidrig.[13] Diese

[13] Vgl. o. Teil 2: C. II. 1. b) bb) (2) (b) (S. 164 ff.): Durch die Entscheidungsverlagerung wird das formale Verfahren sinnentleert und damit gegen die einschlägigen Vorschriften verstoßen.

Rechtswidrigkeit der rechtsförmigen Entscheidung tritt dann allerdings nur ein, wenn der Abspracheninhalt tatsächlich unhinterfragt übernommen wird. Wird die Absprache ignoriert (d.h. ihre faktische Bindungswirkung überwunden) und die Entscheidung *neu* getroffen, hat der in der „Abkoppelung" liegende Verfahrensfehler keine Auswirkungen auf das (formale) Verfahrensergebnis und ist daher entsprechend dem Rechtsgedanken des § 46 VwVfG unbeachtlich.

II. Präzedenzfälle

Für die Frage des maßgeblichen Zeitpunktes zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit staatlicher Handlungen gibt es Präzedenzfälle. Diese sollen im Folgenden zunächst dargelegt und untersucht werden. Anhand der hier gemachten Unterscheidungen zwischen inhaltlicher und instrumentaler Dimension staatlichen Handelns sowie zwischen Entscheidungsvorgang und -ergebnis sollen die Aussagen dieser Rechtsprechung sodann verallgemeinert und auf die hier gestellte Frage übertragen werden.

1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gesetzgebung und zum Verordnungserlaß

In seiner Hausgut-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht einen Fall zu beurteilen gehabt, in dem der Erlaß eines einfachen Bundesgesetzes eine Verfassungsänderung erforderte, um den erforderlichen Kompetenztitel zu schaffen. Das einfache Gesetz trat zwar erst nach dem verfassungsändernden Gesetz in Kraft; gemäß der damaligen Staatspraxis waren beide aber gleichzeitig ausgefertigt und verkündet worden.

Bei seiner Entscheidung ist das Bundesverfassungsgericht davon ausgegangen, daß die Kompetenzgrundlage für das einfache Gesetz zu dem Zeitpunkt in Kraft getreten sein und gelten muß, zu dem über den Inhalt des Gesetzes abschließend entschieden wird. Der letzte Zeitpunkt, zu dem über den Inhalt eines Gesetzes und seine Verfassungsmäßigkeit reflektiert und entschieden werde, sei die Ausfertigung. Danach laufe nur noch eine bürokratisch-technische Phase des Gesetzgebungsverfahrens ab, in der auf den Inhalt des Gesetzes oder auch nur auf sein Inkrafttreten kein Einfluß mehr genommen werden könne; sie sei für die Frage der ausreichenden Rechtsgrundlage (d.h. für die Rechtmäßigkeit des Gesetzes) ohne praktische Bedeutung. Mit der Ausfertigung stünden der Inhalt und (damit) die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes endgültig fest. Spätestens zu diesem Zeitpunkt müsse die Kompetenzgrundlage daher in Geltung stehen. Sei dies nicht der Fall, „kann" der Bundespräsident das Gesetz nicht ausfertigen.[14] Dieses Ergebnis stützt das Bundesverfassungsgericht auf die wiedergegebenen grund-

sätzlichen Erwägungen; die Formulierung des Art. 82 GG, nach der der Bundespräsident (nur) die *nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustandegekommenen* Gesetze auszufertigen habe, zieht das Gericht lediglich als „positiv-rechtliche Bestätigung" seiner Auffassung heran.

Indem das Bundesverfassungsgericht das Vorhandensein einer Kompetenzgrundlage zur Zeit der Ausfertigung verlangt, stellt es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Gesetzes auf den Zeitpunkt ab, zu dem das letzte Mal auf den Inhalt des Gesetzes Einfluß genommen werden kann, m.a.W. auf den Zeitpunkt, zu dem über den Inhalt des Gesetzes endgültig entschieden wird. Das steht im Zusammenhang damit, daß die Regelungen des Grundgesetzes über die Gesetzgebungskompetenz an die *Inhalte* der Gesetze anknüpfen.[15] (Erst) dann, wenn der Inhalt des Gesetzes feststeht, kann endgültig beurteilt werden, ob es von einer Kompetenzgrundlage gedeckt ist.

Eine Ausnahme von der Anforderung, daß die Verfassungsänderung vor der Ausfertigung des Gesetzes in Kraft getreten sein muß, läßt das Bundesverfassungsgericht allerdings ausdrücklich zu, wenn die Gesetzgebungsverfahren zur Schaffung der Rechtsgrundlage und des Gesetzes selbst aufeinander bezogen sind und bei der Ausfertigung des einfachen Gesetzes schon feststeht, daß bei seiner Verkündung die Rechtsgrundlage in Kraft getreten sein wird. Das Gericht hebt hervor, daß in einem solchen Fall (nur) rein *äußerlich* betrachtet zwei verschiedene Gesetzgebungsverfahren ablaufen. Maßgeblich läßt es aber den *inneren* Zusammenhang beider Verfahren sein.[16] Für diesen Fall hält das Bundesverfassungsgericht es für ausreichend, aber auch für erforderlich, daß die Verfassungsänderung zur Zeit der Verkündung des einfachen Gesetzes (Ausgabedatum des Bundesgesetzblattes) in Kraft ist.[17]

Darin liegt nur scheinbar eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß der Zeitpunkt der inhaltlichen Entscheidung über das Gesetz für die Beurteilung seiner Verfassungsmäßigkeit maßgeblich ist. Geht man nämlich davon aus, daß mehrere Entscheidungen in einem einheitlichen Entscheidungsvorgang getroffen werden können, so können die beiden (äußerlich betrachtet verschiedenen) Gesetzgebungsverfahren als in Wahrheit ein einheitlicher Entscheidungsvorgang betrachtet werden. Es wird dann nicht der maßgeb-

---

[14] BVerfGE 34, 9 (22 f.).

[15] Vgl. schon Teil 2: C. III. 2. a) aa) (1) (S. 198).

[16] BVerfGE 32, 199 (212).

[17] BVerfGE 34, 9 (24 f.). Das BVerfG bejahte den beschriebenen inneren Zusammenhang zwischen den Gesetzen auch in der hier zitierten Hausgut-Entscheidung. Bei ihr waren die Verfassungsänderung und das einfache Gesetz gleichzeitig verkündet worden, so daß im Gegensatz zum Fall BVerfGE 32, 199 ff. die Verfassungsänderung noch nicht in Kraft war, als das einfache Gesetz verkündet wurde.

liche *Zeitpunkt* verschoben – dies bleibt der Zeitpunkt der inhaltlichen Entscheidung, also der Ausfertigung, die hier aber zwei Gesetze betrifft –, sondern der *Maßstab* der rechtlichen Prüfung: Da die Entscheidung auch eine Verfassungsänderung enthält, kann sie nicht an der (geänderten) Verfassungsnorm, also an sich selbst gemessen werden. Der Maßstab für eine solche Doppel-Entscheidung mit Verfassungsänderung erfordert daher nicht, daß die Verfassungsänderung zur Zeit der Ausfertigung schon in Kraft ist. Daß auch in diesem Fall die Verfassungsänderung zumindest zum Zeitpunkt der Verkündung des einfachen Gesetzes in Kraft getreten sein muß, hat seinen Grund darin, daß das einfache Gesetz mit der Verkündung und nicht erst mit seinem Inkrafttreten rechtlich existent wird und deshalb einer (Kompetenz-) Grundlage bedarf.[18]

In einer weiteren Entscheidung ging es 1994 um die Frage, welchen Anforderungen der Verordnungserlaß genügen muß, wenn die Bundesregierung als Kollegialorgan eine Verordnung im Umlaufverfahren beschließt. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu entschieden, daß die Zustimmung einer Mehrheit von Regierungsmitgliedern, die die Verordnung inhaltlich trägt, bei der Ausfertigung festgestellt werden muß.[19] Auch hier ist also die Ausfertigung als letzte Möglichkeit der inhaltlichen Einflußnahme der maßgebliche Zeitpunkt.

Entscheidend für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Gesetzes oder einer Verordnung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts also, soweit sie vom Inhalt der Norm abhängt, der Zeitpunkt der inhaltlichen Entscheidung.

2. § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB

Das Verhältnis von Absprachen zu rechtsförmigen Entscheidungen weist eine Parallele zum Verhältnis von Ratsbeschluß zum Bebauungsplan auf. In beiden Fällen wird der Inhalt der formalen Rechtsfolgeentscheidung (Bebauungsplan bzw. Rechtsfolgeentscheidung) durch einen vorgezogenen Akt (Ratsbeschluß bzw. Absprache) vorentschieden. Daher soll im Folgenden die Regelung des § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB einer genaueren Betrachtung unterzogen werden, um diese Überlegungen sodann auf Absprachen zu übertragen.

Nach der Vorschrift des § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB ist für die Abwägung die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlußfassung über den Bauleitplan maßgebend. Diese Vorschrift gehört in den sachlichen Zusammenhang des § 1 Abs. 6 BauGB, weil sie die „zeitliche Dimension" des Abwä-

[18] BVerfGE 34, 9 (23).
[19] BVerfGE 91, 148 (170 f.).

gungsgebots verdeutlicht.[20] § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB bildet eine zeitliche Zäsur dergestalt, daß die Pflicht der Gemeinde, „das Abwägungsprogramm an dem jeweils aktuellen Stand der Entwicklung auszurichten", mit der Beschlußfassung über den Bebauungsplan endet.[21] Damit ist „im Grunde eine Selbstverständlichkeit"[22] gesetzlich geregelt worden, daß nämlich bei einer Entscheidung nur das berücksichtigt werden kann, was zum Zeitpunkt der Entscheidung existent und erkennbar ist.

a) Der maßgebliche Zeitpunkt für Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis in Rechtsprechung und Literatur

Schon weniger selbstverständlich ist, ob § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB nur den Abwägungsvorgang oder auch das Abwägungsergebnis betrifft.

aa) Die ältere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat 1978 zum BBauG 1960 entschieden, daß der Zeitpunkt der Beschlußfassung nur für den Abwägungs*vorgang* gelte, während für das Abwägungs*ergebnis* der Zeitpunkt der Bekanntmachung maßgeblich sei.[23] Der Grund hierfür sei, daß „Mängel des Abwägungsergebnisses Mängel unmittelbar des Norminhalts" seien, weshalb ein im Abwägungsergebnis mangelhafter, d.h. inhaltlich nicht annehmbarer Plan so wenig in Kraft treten könne wie ein Bebauungsplan mit unvollziehbarem oder unsinnigem Inhalt. Deshalb müsse das Abwägungsergebnis, also der Planinhalt, auch zum Zeitpunkt der Inkraftsetzung des Plans dem Gebot gerechter Abwägung entsprechen. Das bedeute, daß eine Gemeinde einen Bebauungsplan zwischen der Beschlußfassung und der Inkraftsetzung nicht völlig aus den Augen verlieren dürfe. Je länger und je ereignisreicher der Zeitraum zwischen Beschlußfassung und Inkraftsetzung sei, desto mehr habe eine Gemeinde vorsorglich erneut zu prüfen, ob sein Inhalt noch vertretbar sei oder ob nicht in eine neue, die veränderten Sachdaten berücksichtigende Abwägung eingetreten werden müsse. Das werde allerdings im Regelfall nicht praktisch, weil die Gemeinde nicht verpflichtet sei, nach Abschluß des Abwägungsvorgangs diesen „sozusagen täglich" noch einmal nachzuvollziehen, um sich zu vergewissern, ob noch alles in Ordnung sei.

---

[20] *Battis* in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 7. Aufl. 1999, § 214 Rn. 14; *Lemmel* in: Schlichter/Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl. 1995, § 214 Rn. 37; BVerwG, NVwZ 1997, 893 (894).

[21] BVerwG, NVwZ 1997, 893 (894).

[22] *Lemmel* in: Schlichter/Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl. 1995, § 214 Rn. 37.

[23] BVerwGE 56, 283 (288 f.).

Die Frage, ob der Plan unverändert in Kraft gesetzt werden könne, stelle sich nur, wenn sich dahingehende Zweifel wegen eines langen Zeitraums oder gravierender Ereignissen aufdrängen. Auf diese Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil von 1997 ausdrücklich bezug genommen und erneut hervorgehoben, daß hinsichtlich des Abwägungsergebnisses auch der Zeitpunkt des Inkraftsetzens eine Rolle spiele.[24]

bb) Kritik durch die Literatur

Diese Rechtsprechung wird in der Begründung, nicht aber im Ergebnis kritisiert.[25] Es sei zwar im Ergebnis richtig, für die Überprüfung ausnahmsweise auf den späteren Zeitpunkt der Bekanntmachung und nicht auf denjenigen der Beschlußfassung abzustellen, wenn sich wegen der Länge der Zeit oder des Gewichts der dazwischenliegenden Ereignisse aufdränge zu bezweifeln, ob der Bebauungsplan gleichwohl so in Kraft gesetzt werden dürfe. Die Gemeinde solle nicht ohne erneute Sachentscheidung eine Norm in Kraft setzen, deren Rechtsgehalt zweifelhaft geworden sei. Das betreffe aber nicht nur das Abwägungsergebnis, sondern auch den Abwägungsvorgang, denn das Unrichtigwerden des Abwägungsergebnisses durch grundlegend neue Umstände vor der Inkraftsetzung des Bebauungsplans zwinge zu einem neuen Abwägungsvorgang. In Wahrheit handele es sich bei der Zeitpunktfrage daher nicht um einen Unterschied zwischen Abwägungsvorgang und -ergebnis, wie das Bundesverwaltungsgericht meine, sondern um ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, nach dem in der Regel für Abwägungsvorgang und -ergebnis der Zeitpunkt der Beschlußfassung und ausnahmsweise (unter den beschriebenen Umständen) für beide der Zeitpunkt der Bekanntmachung maßgeblich sei.

cc) Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: „Anlaßprüfung"

In einer anderen Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht 1995 entschieden, wie zu verfahren ist, wenn ein Verfahrensfehler geheilt wird, der nach der Beschlußfassung, also nach dem gem. § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB maßgeblichen Zeitpunkt geschehen ist (Mängel in der Ausfertigung oder der Bekanntmachung).[26] In dieser Entscheidung wird zunächst hervorgehoben, daß für die Heilung solcher Mängel ein erneuter Satzungsbeschluß grundsätzlich nicht erforderlich sei.[27] Der für die Abwägung maß-

---

[24] BVerwG, NVwZ 1997, 893 (895).

[25] *Lemmel* in: Schlichter/Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl. 1995, § 214 Rn. 38.

[26] BVerwG, NVwZ 1996, 374 ff.

gebliche Zeitpunkt bleibe daher grundsätzlich der Zeitpunkt der ursprünglichen Beschlußfassung. Die nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage schiebe nicht kraft materiellen Rechts den früheren Beschlußinhalt zur Seite, weil dies § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB widersprechen würde.[28] Liege jedoch zwischen der ursprünglichen Beschlußfassung und der Heilung ein größerer Zeitraum, so sei die Gemeinde verpflichtet, zu prüfen, ob die inzwischen eingetretenen Änderungen der Sach- oder Rechtslage das frühere „Abwägungsergebnis in einer Weise berühren können, daß in eine erneute Sachentscheidung einzutreten sei" (sog. „Anlaßprüfung").[29] Erst wenn diese Anlaßprüfung ergebe, daß Anlaß zu einer neuen Abwägung besteht, sei eine erneute Abwägung vorzunehmen, in deren Rahmen gem. § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB nicht der Zeitpunkt der früheren, sondern der erneuten Abwägung maßgeblich sei.[30] Je länger der Zeitraum sei, der zwischen der früheren Abwägung und der Heilung von Form- oder Verfahrensfehlern liegt, desto eher werde ein solcher Anlaß zur erneuten Abwägung bestehen.[31]

Diese Entscheidung deckt sich insofern mit der zuvor angeführten, als nur dann in eine erneute Abwägung einzutreten ist, wenn wegen der Länge der Zeit oder des Gewichts der Ereignisse dafür ein Anlaß besteht, weil sich die Umstände in „rechtserheblicher Weise" geändert haben. Sie betreffen auch beide die gleiche Rechtsfrage, nämlich ob der Zeitpunkt der Beschlußfassung oder derjenige der Bekanntmachung für die Abwägung maßgebend ist, m.a.W. ob an der in der Abwägung gefundenen (rechtmäßigen) Entscheidung ohne weiteres festgehalten werden kann oder ob sie zu überprüfen und ggf. durch erneute Abwägung neu zu treffen ist. Dementsprechend beurteilt sich die Notwendigkeit einer erneuten Abwägung in beiden Fallgestaltungen nach denselben Maßstäben.[32]

dd) Maßstäbe für die Erforderlichkeit einer „Anlaßprüfung"

Fraglich ist nun, welches diese Maßstäbe sind, unter welchen Umständen also eine erneute Abwägung erforderlich ist. Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wurde bisher geschlossen, daß eine erneute Abwägung bereits dann erforderlich ist, wenn sich die Sachlage in abwägungsrelevanter Weise geändert hat,[33] wenn also durch die Änderung der Sach-

---

27 BVerwG, NVwZ 1996, 374 (376).

28 BVerwG, NVwZ 1996, 374 (376).

29 BVerwG, NVwZ 1996, 374 (376).

30 BVerwG, NVwZ 1996, 374 (376).

31 BVerwG, NVwZ 1996, 374 (Leitsatz).

32 BVerwG, NVwZ 1997, 893 (895); *Lemmel* in: Schlichter/Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl. 1995, § 215 Rn. 24; vgl. auch BVerwG, NVwZ 1993, 361 (361).

lage neue Belange hinzugekommen oder alte Belange weggefallen sind oder Belange ihr Gewicht geändert haben, und wenn dies in einer Weise geschehen ist, die es *ermöglicht* hätte, zu einem anderen Abwägungsergebnis zu gelangen. Da es gerade das Wesen einer Abwägung ist, daß sie verschiedene Ergebnisse ermöglicht, kann damit nur gemeint sein, daß sich durch die Änderung eine neue Planungsoption als mögliches Ergebnis auftut, die vorher noch nicht offenstand. Betrachtet man den Fall, daß ein neuer Belang entsteht, der bisher nicht eingestellt werden mußte, bestünde danach Anlaß für eine erneute Abwägung, wenn der neue Belang ein solches Gewicht hat, daß durch ihn die Abwägung auch zu einem Ergebnis hätte kommen *können*, das zu der Zeit, zu der es diesen Belang noch nicht gab, abwägungsfehlerhaft gewesen wäre; bewegt sich der neue Belang dagegen in einem Rahmen, der keine neuen Optionen für das Abwägungsergebnis eröffnet, so wäre ein Anlaß für eine erneute Abwägung nicht gegeben.

Diesen Maßstab für die „Anlaßprüfung" hat das Bundesverwaltungsgericht nun in der erwähnten Entscheidung von 1997 verworfen.[34] In dieser Entscheidung ging es um einen Bebauungsplan, der durch erneute Ausfertigung gem. § 215 Abs. 3 BauGB a.F. (entspricht § 215a Abs. 2 BauGB) geheilt wurde. Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, daß nicht immer schon dann, wenn eine erneute Abwägung ein anderes Abwägungsergebnis hervorbringen *kann*, in die erneute Abwägung eingetreten werden muß. Abzustellen sei vielmehr darauf, ob „das im Zeitpunkt der Beschlußfassung unbedenkliche Abwägungsergebnis auch im Zeitpunkt der Inkraftsetzung noch haltbar ist". Eine erneute Abwägung ist danach nur erforderlich, wenn das bisherige Abwägungs*ergebnis* bezogen auf den Zeitpunkt der Inkraftsetzung fehlerhaft und daher rechtswidrig ist, die Gemeinde also zum Zeitpunkt der Inkraftsetzung zu einem anderen Abwägungsergebnis hätte kommen *müssen*. Dazu kommt das Bundesverwaltungsgericht zwanglos durch seine Konstruktion, daß § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB den maßgeblichen Zeitpunkt nur für den Abwägungsvorgang auf die Beschlußfassung lege, für das Abwägungsergebnis dagegen die Bekanntmachung entscheidend sei. Nach der davon abweichenden Ansicht, die nicht zwischen dem maßgeblichen Zeitpunkt für Abwägungsvorgang und -ergebnis trennt, sondern ein Regel-Ausnahme-Verhältnis konstruiert, liegt unter diesen Umständen eine Ausnahme von der Regel des § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB vor.

---

[33] Vgl. etwa *Lemmel* in: Schlichter/Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl. 1995, § 215 Rn. 24: wenn Bebauungsplan als Ergebnis einer gerechten Abwägung zweifelhaft geworden ist; vgl. auch *Schlichter/Stich* (Hrsg.), Berliner Schwerpunkte-Kommentar zum BauGB 1998, § 215a Rn. 14 mwN.

[34] BVerwG, NVwZ 1997, 893 (895); s. auch BVerwG, NVwZ 2001, 203 (204 f.).

b) Der maßgebliche Zeitpunkt ohne § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB

Die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts vermag nicht vollkommen zu überzeugen. Nimmt man sie wörtlich, hat der Zeitpunkt des Ratsbeschlusses für das Abwägungsergebnis keinerlei Bedeutung; das wäre mit Art. 20 Abs. 3 GG kaum zu vereinbaren, nach dem staatliche Entscheidungen auch und gerade im Ergebnis mit Recht und Gesetz vereinbar sein müssen, auch wenn sie in Form eines Ratsbeschlusses getroffen werden. Trägt man diesem Bedenken Rechnung, indem man etwa argumentiert, daß ein fehlerfreier Abwägungsvorgang zum Zeitpunkt des Ratsbeschlusses unter keinen denkbaren Umständen zu einem fehlerhaften Ergebnis führen kann,[35] wird die Aussage des Bundesverwaltungsgerichts in Frage gestellt, nach der für das Abwägungsergebnis der Zeitpunkt der Inkraftsetzung maßgeblich sei. Deshalb soll im Folgenden ein anderer Ansatz versucht werden. Dabei wird zunächst untersucht, welches der maßgebliche Zeitpunkt für Abwägungsvorgang und -ergebnis wäre, wenn es § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB nicht gäbe. Neben der Unterscheidung zwischen Entscheidungsvorgang und -ergebnis ist dafür auch die weitere für diese Untersuchung grundlegende Unterscheidung zwischen der inhaltlichen und der instrumentalen Dimension staatlichen Handelns zugrundezulegen. Daran anschließend wird dargelegt, ob § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB das so gefundene Ergebnis deklaratorisch bestätigt oder konstitutiv verändert.

aa) Planungsentscheidung und Abwägung, Satzung und Ratsbeschluß

Es ist also zunächst zu unterscheiden zwischen dem Entscheidungsvorgang und dem Entscheidungsergebnis sowie zwischen der instrumentalen und der inhaltlichen Dimension der Planungsentscheidung. Der inhaltliche Entscheidungsvorgang ist abgeschlossen, wenn der Inhalt der Entscheidung feststeht; die Manifestation dieser Entscheidung durch einen förmlichen Akt beendet demgegenüber das „förmliche" Verfahren, das ist im Fall des Bebauungsplans das Satzungsverfahren.

Das Satzungsverfahren hat sich dabei an die Verfahrensvorschriften im BauGB und in der Gemeindeordnung zu halten. Diese bestimmen u. a., daß der Bebauungsplan vom Gemeinderat zu beschließen (inhaltliche Entscheidung) und danach als Satzung (instrumentale Entscheidung, die durch § 10 Abs. 1 BauGB rechtlich gebunden ist) auszufertigen und bekanntzumachen ist. In die Entscheidung müssen alle zum Entscheidungszeitpunkt bekannten oder erkennbaren Belange eingestellt werden.[36] Naturgemäß können in jede

---

[35] Siehe *Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996, S. 102; vgl. auch *Ladeur*, UPR 1985, 149 (149 f. und 156).

Entscheidung nur solche Gesichtspunkte eingestellt werden, die zu dem Zeitpunkt erkannt oder erkennbar sind, zu dem sie getroffen wird. An dieser Stelle wird die Unterscheidung zwischen der inhaltlichen und der instrumentalen Dimension von Entscheidungen relevant. Diese beiden Dimensionen der Entscheidung fallen regelmäßig nur logisch auseinander, zeitlich aber zusammen: Entschließt sich eine Behörde, eine Sanierungsverfügung zu erlassen und sich dafür des Handlungsinstruments des Verwaltungsakts zu bedienen, so werden die inhaltliche und die instrumentale Dimension dieser Entscheidung grundsätzlich zeitgleich (nämlich mit dem Erlaß das Verwaltungsakts, d.h. seiner Bekanntgabe) manifest. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Entscheidung in beiden Dimensionen nicht endgültig und die Behörde kann davon abweichen.

Im Bebauungsplanverfahren fallen diese Zeitpunkte jedoch auseinander: Über den Inhalt des Bebauungsplans entscheidet der Gemeinderat durch Ratsbeschluß. Bei der Ausfertigung kann daher der Bebauungsplan nicht mehr in seinem Inhalt verändert, sondern allenfalls noch das Inkrafttreten der Satzung verhindert werden. Der Inhalt des Bebauungsplans (= der Satzung) wird insofern durch den Ratsbeschluß determiniert: Der Ratsbeschluß ist die Form, die die Abwägungsentscheidung enthält. Diese ist das Ergebnis des Abwägungsvorgangs und beendet diesen. Für die Rechtmäßigkeit der Abwägungsentscheidung ist danach der Zeitpunkt des Ratsbeschlusses maßgeblich.

Bebauungspläne werden in Satzungsform erlassen (§ 10 Abs. 1 BauGB). Die Satzung ist das Trägermedium für den Bebauungsplan, jener ist der Inhalt der Satzung. Ein Bebauungsplan erlangt also Wirksamkeit (erst) mit dem Inkrafttreten der Satzung. Das Inkrafttreten der Satzung hängt nach ihrer Bekanntmachung nur noch davon ab, welchen Zeitpunkt des Inkrafttretens die Satzung (im Rahmen des rechtlich zulässigen) bestimmt, also vom Satzungs*inhalt*.[37] Bis zur Bekanntmachung jedoch können Fehler geschehen, die die Satzung unwirksam machen bzw. ihr Inkrafttreten verhindern. Das Satzungsverfahren ist deshalb erst mit der Bekanntmachung wirklich beendet.

Auf den Inhalt der Satzung darf dagegen bei der Ausfertigung zum letzten Mal Einfluß genommen werden, indem nämlich von der Ausfertigung

---

[36] Dies gilt nicht nur für Abwägungs-, sondern für alle Ermessens- und gebundenen Entscheidungen der Verwaltung. Es folgt aus dem Gesetzesvorbehalt, der auch gebietet, alle maßgeblichen Gesichtspunkte von Amts wegen zu ermitteln.

[37] Vgl. für die Gesetzgebung BVerfGE 34, 9 (23). Nicht zutreffend daher VGH Mannheim, NVwZ 1997, 699 (700): Nach allgemeinen Grundsätzen sei „der Erlaß der Satzung nicht die Beschlußfassung durch den Gemeinderat, sondern das Wirksamwerden der Satzung". Erlaß der Satzung ist ihre Bekanntmachung.

abgesehen und die Satzung so nicht in Kraft gesetzt wird.[38] Die Planungsentscheidung ist daher mit der Ausfertigung endgültig getroffen; danach kann ihr Inkrafttreten nicht mehr verhindert werden, ohne dafür ein Aufhebungsverfahren als neues Satzungsverfahren einzuleiten. Daß und mit welchem Inhalt die Satzung in Kraft treten wird, steht also nicht erst mit der Bekanntmachung, sondern schon mit der Ausfertigung fest. Die Ausfertigung ist daher der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der inhaltlichen Rechtmäßigkeit der Satzung.[39]

Ratsbeschluß und Satzung sind nun dadurch miteinander verknüpft, daß beide denselben Inhalt haben, nämlich den Bebauungsplan. Dessen Rechtmäßigkeit wird demgemäß zu zwei Zeitpunkten beurteilt, nämlich zum Zeitpunkt des Ratsbeschlusses und zu jenem der Ausfertigung. Der Bebauungsplan muß also nach der Sach- und Rechtslage sowohl zum Zeitpunkt des Ratsbeschlusses als auch bei der Ausfertigung rechtmäßig (abwägungsfehlerfrei) sein. Eine fehlerhafte Abwägungsentscheidung des Gemeinderates wird durch eine Veränderung der Sach- und Rechtslage also nicht geheilt, während ein Bebauungsplan trotz fehlerfreien Ratsbeschlusses durch eine solche Veränderung bis zur Ausfertigung nachträglich rechtswidrig werden kann. Ein solches „Rechtswidrigwerden" ist gegeben, wenn der Plan sich zur Zeit seiner Ausfertigung als fehlerhaft darstellt, d.h. wenn er dann unhaltbar geworden ist.

bb) Der maßgebliche Zeitpunkt für Abwägungsvorgang, Abwägungsergebnis und Satzungsinhalt

Es gelten demnach folgende maßgebliche Zeitpunkte:

Der *Abwägungsvorgang* wird mit dem Ratsbeschluß beendet. Für ihn ist daher der Zeitpunkt des Ratsbeschlusses maßgeblich. Zu diesem Zeitpunkt müssen auch alle Verfahrensanforderungen erfüllt sein, die für die Abwägung Bedeutung haben.

Das *Abwägungsergebnis* als Inhalt des Ratsbeschlusses ist wie dargelegt identisch mit dem Satzungsinhalt. Beide bestehen im Planinhalt. Der Planinhalt ist daher zweimal zu prüfen: Als Abwägungsergebnis anhand der

---

[38] Vgl. BVerfGE 34, 9 (22 f.) im Hinblick auf Gesetze.

[39] Wenn zwischen der Ausfertigung und der Bekanntmachung noch Verfahrensfehler geschehen, die das Inkrafttreten der Satzung vereiteln, so stellt sich die Frage, ob die Satzung ohne weiteres neu bekannt gemacht werden kann, wenn sich die Sach- oder Rechtslage inzwischen so geändert hat, daß der Bebauungsplan rechtswidrig (abwägungsfehlerhaft) ist. Dies hängt davon ab, ob die Satzung neu ausgefertigt wird bzw. werden muß. Ist dies der Fall, ist der Zeitpunkt der erneuten Ausfertigung maßgeblich, wenn nicht, bleibt es bei der ursprünglichen Ausfertigung und der Maßgeblichkeit ihres Zeitpunktes.

Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Ratsbeschlusses und als Satzungsinhalt erneut zum Zeitpunkt der Ausfertigung. Zum Zeitpunkt der Ausfertigung müssen auch alle Verfahrensanforderungen erfüllt sein, die sich auf den Inhalt der Satzung (aber nicht auf die Abwägung[40]) beziehen. Für Verfahrensanforderungen, die für den Inhalt der Planungsentscheidung keine Bedeutung haben, ist der Zeitpunkt der Bekanntmachung als letzte Verfahrenshandlung maßgeblich.

cc) Auswirkungen von Veränderungen der Sach- oder Rechtslage

Änderungen der Sach- und Rechtslage zwischen dem Ratsbeschluß und der Ausfertigung wirken sich danach folgendermaßen aus:

Ist der Ratsbeschluß nach der zu seinem Zeitpunkt geltenden Sach- und Rechtslage rechtswidrig (abwägungsfehlerhaft), darf er nicht als Satzung ausgefertigt werden, auch dann nicht, wenn durch Änderungen der Sach- und Rechtslage der Beschluß zum Ausfertigungszeitpunkt rechtmäßig gefaßt werden dürfte.

Ist der Ratsbeschluß zu seinem Zeitpunkt rechtmäßig, ändert sich aber die Sach- oder Rechtslage bis zur Ausfertigung in abwägungsrelevanter Weise, so ist zu unterscheiden:

Ist die Änderung von solcher Art und solchem Gewicht, daß der Gemeinderat aufgrund des darin liegenden neuen Belangs zu einem anderen (d.h. zu einem vor der Änderung nicht zur Auswahl stehenden), aber auch erneut zu demselben Abwägungsergebnis (= Planinhalt) kommen *dürfte*, so stellt sich der Planinhalt auch zum Zeitpunkt der Ausfertigung als rechtmäßig (abwägungsfehlerfrei) dar und darf daher ausgefertigt und bekanntgemacht werden, ohne daß erneut in die Abwägung eingetreten werden müßte. Stellt sich der Planinhalt aber aufgrund der Änderung als abwägungsfehlerhaft dar, weil der neue Belang ein solches Gewicht hat, daß der Gemeinderat aufgrunddessen zu einem anderen Abwägungsergebnis würde kommen *müssen*, so ist der Planinhalt bezogen auf den Zeitpunkt der Ausfertigung rechtswidrig. Die Satzung darf dann nicht mit diesem Inhalt ausgefertigt und bekanntgemacht werden. Wenn die Gemeinde trotz der Änderung der Sach- oder Rechtslage einen Bebauungsplan haben will, muß der Gemeinderat erneut in den Abwägungsvorgang eintreten und diesen mit einem anderen Abwägungsergebnis abschließen. Ist der Ratsbeschluß zu seinem Zeitpunkt rechtmäßig, wirkt sich eine Änderung der Sach- und Rechtslage also (nur) dann auf die Beurteilung negativ aus, wenn der Planinhalt angesichts der neuen Lage nicht mehr als Planungsoption in Betracht kommt.

---

[40] Für solche Verfahrensanforderungen ist wie eben dargelegt der Ratsbeschluß maßgeblich.

c) Die Bedeutung und die Reichweite des § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB

Die Regelung des § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB, nach dem für die Abwägung die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Beschlußfassung über den Bebauungsplan maßgeblich ist, könnte vor diesem Hintergrund zunächst zwanglos so verstanden werden, daß mit „Abwägung" das Abwägungsergebnis als Abschluß des Abwägungsvorgangs gemeint ist und nicht der Planinhalt als Inhalt der Satzung. § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB wäre dann rein deklaratorisch und regelte tatsächlich nur „eine Selbstverständlichkeit".[41]

§ 214 Abs. 3 S. 1 BauGB könnte aber auch die Bedeutung haben, diese maßgeblichen Zeitpunkte zu modifizieren. Eine solche Modifikation ist aber aus rechtsstaatlichen Gründen nicht unbegrenzt zulässig. Sie darf wegen des Rechtsstaatsprinzips nicht dazu führen, daß die Gemeinde „sehenden Auges" einen rechtswidrigen Plan in Kraft setzt (s. auch beispielsweise Art. 59 BayGO, nach dem der erste Bürgermeister Ratsbeschlüsse, die er für rechtswidrig hält, nicht vollziehen darf).

Regelungsziel des § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB könnte auch sein, den maßgeblichen Zeitpunkt komplett auf den Ratsbeschluß zu verlegen. Das wäre hinsichtlich des Abwägungsvorgangs rein deklaratorisch. Hinsichtlich des Satzungsinhalts aber wäre es konstitutiv, weil für diesen sonst wie dargelegt der Zeitpunkt der Bekanntmachung maßgebend wäre.

Wenn der maßgebliche Zeitpunkt für die Rechtmäßigkeit des Satzungsinhalts von der Ausfertigung auf den Ratsbeschluß vorverlegt wird, so wird dadurch die Unbeachtlichkeit von Belangen herbeigeführt, die sich zwischen Ratsbeschluß und Bekanntmachung neu ergeben, d.h. es würde die Unbeachtlichkeit bestimmter Abwägungsfehler vorgeschrieben. Da das Abwägungsgebot auf das Rechtsstaatsgebot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurückgeht,[42] können Abwägungsfehler daher nur in engen Grenzen für unbeachtlich erklärt werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat deshalb § 155b Abs. 2 S. 2 BBauG 1979, der dem heutigen § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB entspricht, verfassungskonform eng ausgelegt.[43] Insbesondere Fehler im Abwägungsergebnis dürfen grundsätzlich nicht unbeachtlich sein, soweit dadurch die Unverhältnismäßigkeit der Planungsentscheidung unbeachtlich würde, denn das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat Verfassungsrang.[44]

---

[41] S. o. Fn. 22 (S. 297).

[42] *Gaentzsch* in: Schlichter/Stich (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl. 1995, § 1 Rn. 75.

[43] BVerwGE 64, 33 ff. = NJW 1982, 591 ff.

[44] Vgl. BVerwGE 64, 33 (35).

Wenn § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB eine Vorverlegung des für den Satzungsinhalt maßgeblichen Zeitpunkts auf den Ratsbeschluß beabsichtigen würde, dürfte dies nicht dazu führen, daß ein Plan wirksam ist, der unter einem solchen Abwägungsfehler leidet, daß sich abwägungserhebliche Belange in ihm im Ergebnis nicht wiederfinden. Die Ausblendung von abwägungserheblichen Belangen, die erst zwischen Ratsbeschluß und Bekanntmachung nachträglich hinzugekommen sind, wäre daher nicht zulässig.

§ 214 Abs. 3 S. 1 BauGB kann daher bei verfassungskonformer Auslegung den für die Beurteilung des Ergebnisses des Planungsverfahrens (also des Planinhalts) maßgeblichen Zeitpunkt nicht auf den Ratsbeschluß vorverlegen. Für den Plan als Satzungsinhalt bleibt es deshalb bei der Bekanntmachung als maßgeblichem Zeitpunkt, während für die Abwägung (Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis) ohnehin der Zeitpunkt des Ratsbeschlusses maßgeblich ist. § 214 Abs. 3 S. 1 BauGB hat deshalb im Ergebnis deklaratorischen Charakter.

Der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist daher im Ergebnis im wesentlichen zuzustimmen, allerdings mit folgender Maßgabe: Die Begründung des Bundesverwaltungsgerichts, daß für den Abwägungsvorgang auf den Zeitpunkt des Ratsbeschlusses abzustellen ist und für das Abwägungsergebnis auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung, ist insofern ungenau, als letzteres nicht für das Abwägungsergebnis, sondern für den Plan als Satzungsinhalt gilt. Darin liegt nicht nur eine sprachliche, sondern eine dogmatische Ungenauigkeit, denn weil der Satzungsinhalt und das Abwägungsergebnis identisch sind (beide beinhalten den Plan), muß dieser sowohl zum Zeitpunkt des Ratsbeschlusses als auch zu demjenigen der Ausfertigung abwägungsfehlerfrei sein. Dies wirkt sich aber nur in dem (vom Bundesverwaltungsgericht soweit ersichtlich noch nicht entschiedenen) Fall aus, daß der Ratsbeschluß abwägungsfehlerhaft ist und sich die Sach- und Rechtslage so geändert hat, daß der Planinhalt nunmehr als Planungsoption rechtmäßig wäre.

d) Übertragbarkeit auf Absprachen

Bei regelungsvorbereitenden Absprachen wird die inhaltliche Entscheidung aus der rechtlichen Regelung in die Absprache ebenso vorverlagert wie die Entscheidung über den Satzungsinhalt in den Ratsbeschluß. Daß für die Beurteilung einer Entscheidung die Sach- und Rechtslage desjenigen Zeitpunktes maßgeblich ist, zu dem die Entscheidung getroffen wird, folgt wie dargelegt aus allgemeinen Erwägungen, die für alle Arten von Entscheidungen gelten. Da Absprachen eine inhaltliche Entscheidung enthalten,[45] gilt es also auch für sie.

3. Schlußfolgerungen

Damit läßt sich eine erste Auswirkung festhalten, die Entscheidungsverlagerungen auf ein nachfolgendes förmliches Verwaltungshandeln haben können: Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung ist der Zeitpunkt maßgeblich, in dem sie getroffen wird. Fällt die Entscheidung gewissermaßen in zwei Etappen, weil die inhaltliche Entscheidung gegenüber der formalen vorverlagert wird, so muß das inhaltliche Entscheidungsergebnis zu beiden Zeitpunkten rechtmäßig sein. Außerdem müssen sowohl der reale Entscheidungsvorgang als auch das formale Verfahren ihren jeweiligen Anforderungen genügen.

III. Rechtliche Auswirkungen regelungsvorbereitender Absprachen (auf „formales Tun")

1. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Übernahme der Vorentscheidung

Nach dem Dargelegten kann auch nach der Absprache noch auf den Inhalt der Entscheidung zugegriffen werden. Dies *muß* sogar geschehen, wenn infolge einer Änderung der Sach- oder Rechtslage die mit der Absprache getroffene, rechtmäßige Entscheidung nachträglich rechtswidrig wird. Da Absprachen mangels rechtlicher Bindungswirkungen keinerlei Bestandskraft aufweisen und deshalb nicht gegen Änderungen der Sach- oder Rechtslage resistent sind,[46] schlagen diese voll durch und zwingen dazu, die Entscheidung auf der neuen Grundlage neu zu treffen. Daß die in einer Absprache informal getroffene Entscheidung jederzeit ohne jede weitere Prüfung in die rechtliche Regelung übernommen werden darf oder gar muß, kommt daher nicht in Frage.

Daraus zu folgern, daß die rechtsförmige Entscheidung immer ohne Berücksichtigung der Absprache zu treffen ist, hieße demgegenüber, den regelungsvorbereitenden Absprachen alle rechtlichen Auswirkungen auf das nachfolgende rechtsförmige Handeln abzusprechen. Das wäre jedoch nicht damit zu vereinbaren, daß Absprachen rechtmäßig, u.U. sogar geboten sein können.[47] Damit scheiden beide pauschalen Lösungen aus. Um die Frage zu beantworten, unter welchen Umständen eine Übernahme in die Regelung zulässig ist und wann neu entschieden werden muß, ist daher zu differenzieren.

---

[45] S. o. Teil 1: D. II. 1. (S. 88 ff.).

[46] S. o. Teil 2: B. II. 4. c) (S. 144) u. Teil 2: C. III. 3. c) (S. 212).

[47] S. o. Teil 2: C. II. 3. (S. 192 ff.).

2. Rechtmäßige Absprachen

a) „Abgestufte Ermessensentscheidung"

Die Rechtmäßigkeit von Absprachen setzt einerseits ihre inhaltliche Rechtmäßigkeit sowie die Einhaltung der inhaltsrelevanten Verfahrensvorschriften und andererseits die Zulässigkeit der Entscheidungsverlagerung voraus. Sind diese Voraussetzungen erfüllt und hat sich die Sach- und Rechtslage zwischenzeitlich nicht geändert, spricht nichts dagegen, die Vorentscheidung in die formale Entscheidung zu übernehmen. Denn zum einen gilt: Wenn die Absprache inhaltlich rechtmäßig ist, so ist dieselbe Entscheidung auch als Inhalt einer rechtlichen Regelung rechtmäßig.[48] Und zum anderen sind die Zulässigkeit der Vorverlagerung der Entscheidung und die Zulässigkeit von deren Übernahme in die rechtliche Regelung lediglich zwei Kehrseiten der selben Medaille: Die Vorverlagerung zuzulassen hätte – wie bereits angedeutet – keinen Sinn, wenn die Vorentscheidung dann nicht übernommen werden dürfte. Daher ist es im Rahmen von Ermessens-, Abwägungs- und Beurteilungsentscheidungen grundsätzlich zulässig, die Inhalte rechtmäßiger regelungsvorbereitender Absprachen in die darauffolgende förmliche Regelung zu übernehmen. Insofern stellt die Absprache nicht nur *einen* Ermessensgesichtspunkt dar,[49] sondern sie darf im Hinblick auf die mit der Absprache vorentschiedenen Aspekte sogar der einzige sein. Auf diese Weise kommt es zu einer abgestuften Ermessensentscheidung.[50]

b) Änderungen der Sach- oder Rechtslage

Etwas anderes kann allerdings gelten, wenn sich die Sach- oder Rechtslage zwischen der Absprache und dem Erlaß der rechtlichen Regelung geändert hat. Denn wie oben dargelegt ist die förmliche Regelung nur rechtmäßig, wenn sich die inhaltliche Entscheidung zu beiden Zeitpunkten als rechtmäßig darstellt: sowohl zum Zeitpunkt der Absprache, in dem die Entscheidung getroffen wird als auch zu jenem des Erlasses der rechtsförmigen Regelung, mit der sie verrechtlicht wird. Auch wenn die Absprache selbst rechtmäßig ist, darf sie deshalb nicht in die vorbereitete rechtliche Regelung übernommen werden, wenn sich die in ihr enthaltene inhaltliche Entscheidung aufgrund einer Änderung der Sach- oder Rechtslage nunmehr als rechtswidrig (beispielsweise ermessensfehlerhaft) erweist. Da Absprachen ohnehin nur zulässig sind, wo die Verwaltung einen Spielraum hat,[51] läßt

---

[48] S. o. Teil 2: A. II. 3. c) (S. 112).

[49] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 142.

[50] Vgl. *Grigoleit*, Die Verwaltung 33 (2000), 79 (96) zum „abgestuften Abwägungsverfahren" beim Erlaß von Bebauungsplänen.

sich dies auch so ausdrücken: Wenn sich die Sach- oder Rechtslage so geändert hat, daß die mit der Absprache getroffene inhaltliche Entscheidung nunmehr außerhalb des Entscheidungsspielraums liegt, darf sie nicht in die rechtsförmige Regelung übernommen werden.[52]

Beim Erlaß der rechtsförmigen Regelung braucht die Verwaltung daher grundsätzlich nur noch zu prüfen, ob sich die Sach- oder Rechtslage in einer Weise geändert hat, die es verbietet, an der mit der Absprache getroffenen Entscheidung festzuhalten. Wird diese Frage verneint, darf sich die Ermessensausübung hierin erschöpfen und der Inhalt der Absprache zum Inhalt der rechtsförmigen Regelung gemacht werden. Hat sich dagegen eine erhebliche Veränderung ereignet, muß die Verwaltung ihr Ermessen bzw. die Beurteilungsermächtigung von Grund auf neu ausüben, sonst ist die rechtsförmige Regelung rechtswidrig.

Soweit eine regelungsvorbereitende Absprache nur einen Teil der späteren rechtsförmigen Regelung vorweggenommen hat (z. B. bei einer Genehmigung die Entscheidung über den Standort der Anlage),[53] gilt dies nur für diesen Teil. Im übrigen (z. B. über Lärmschutzmaßnahmen oder Filteranlagen) ist die Entscheidung noch offen und das Ermessen ohnehin noch auszuüben.

3. Rechtswidrige Absprachen

Wenn der Inhalt einer Absprache in eine rechtsförmige Entscheidung übernommen wird, ist diese wie gezeigt nur rechtmäßig, wenn der Entscheidungsinhalt sowohl zur Zeit der Vorentscheidung als auch zum Zeitpunkt der förmlichen Regelung rechtmäßig ist. Die Rechtswidrigkeit der Vorentscheidung kann auch nicht durch eine nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage geheilt werden, infolge derer die Entscheidung nunmehr so getroffen werden dürfte. Die Verwaltung darf daher den Inhalt einer rechtswidrigen Absprache auf keinen Fall in eine rechtsförmige Regelung übernehmen.

Damit ist nicht gesagt, daß die Verwaltung die rechtsförmige Regelung überhaupt nicht mehr erlassen darf. Unzulässig ist lediglich die Übernahme des Abspracheninhalts. Die Verwaltung muß nur (aber immerhin) ihr Ermessen bzw. ihre Beurteilungsermächtigung neu ausüben. Wenn die Sach- und Rechtslage es zu diesem Zeitpunkt zuläßt, darf sie dabei erneut zu demselben Ergebnis kommen wie schon in der Absprache. Das ist möglich, wenn die Absprache wegen eines Verfahrensfehlers (z. B. mangelnde Anhörung Dritter) rechtswidrig ist, aber auch bei bestimmten materiellen Feh-

---

[51] S. o. Teil 2: B. vor I. (S. 115).

[52] Vgl. auch *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (454 f.).

[53] Vgl. schon oben Teil 1: D. II. 1. d) aa) (S. 90).

lern, die die Ermessensausübung bzw. die Abwägung als Vorgang betreffen. In solchen Fällen kann das Ergebnis der Entscheidung durchaus im Rahmen des Entscheidungsspielraums liegen, so daß die Entscheidung dann unter – dieses Mal fehlerfreier – Wiederholung des Vorgangs wieder zu demselben Ergebnis gelangen darf.

Wenn bei der Absprache gegen Verfahrensvorschriften verstoßen wurde, die die Richtigkeit des Entscheidungsinhalts gewährleisten sollen,[54] ist außerdem erforderlich, daß die entsprechenden Verfahrenschritte nachgeholt und die dabei zutage kommenden Tatsachen und Aspekte in die Ermessenserwägungen eingestellt werden. Dadurch verliert der bereits begangene, in der unzulässigen Entscheidungsverlagerung liegende Verfahrensfehler seinen Einfluß auf das Entscheidungsergebnis und wird somit geheilt (vgl. § 45 VwVfG).

Problematisch ist allerdings, wie sich im Streitfall nachweisen läßt, ob eine inhaltlich mit einer rechtswidrigen Absprache identische rechtliche Regelung aufgrund einer erneuten Ermessensausübung oder durch schlichte Übernahme des Absprachenhalts zustandegekommen ist. In ähnlicher Weise stellt sich aber bei jeder Ermessens- oder Beurteilungsentscheidung die Frage, welches die „wahren" Erwägungen sind, die zu einer Regelung geführt haben. Es handelt sich daher nicht um ein absprachenspezifisches Problem, so daß ihm hier nicht weiter nachgegangen werden soll. Allgemein sollte die Überprüfbarkeit von Ermessens- und ähnlichen Entscheidungen durch strenge Anforderungen an die Begründung und auch an die Schlüssigkeit der in der Begründung offengelegten Erwägungen erhöht werden.

4. Rechtsschutz „gegen" regelungsvorbereitende Absprachen

Rechtsschutz setzt voraus, daß der Betroffene Klage erhebt. Diese Erkenntnis ist zwar banal, hat aber im Zusammenhang mit Absprachen die Folge, daß es selten zu Rechtsschutz kommen wird: Der an der Absprache Beteiligte wird deshalb meist keine Klage erheben, weil er an der Durchführung der Absprache interessiert oder bei unfreiwilligen Absprachen faktisch sogar dazu gezwungen ist; ist er es nicht (mehr), braucht er keine Klage zu erheben, sondern kann sich schlicht weigern, seine Leistung zu erbringen. Betroffene Dritte dagegen erfahren von der Absprache meist nichts und können deshalb ebenfalls keine Klage erheben.[55] Klagen werden im Zusammenhang mit Absprachen deshalb die Ausnahme sein.

---

[54] Bei Verstößen gegen Verfahrensvorschriften, die sich auf das Instrument beziehen, stellt sich die Frage nicht, da diese die Absprache nicht rechtswidrig machen (s.o. Teil 2: C. III. 1. c) (S. 195)).

[55] S. o. Teil 2: C. II. 1. a) bb) (2) (S. 156).

a) Klage gegen die Absprache

Da Absprachen Realakte sind, können sie allenfalls mit der allgemeinen Leistungsklage zum Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Klage gemacht werden. Eine solche Klage wäre gerichtet auf Rückgängigmachung der Absprache.

Der an der Absprache beteiligte Private könnte einen Klageantrag darauf richten, die Verwaltung zu verpflichten, einer „Aufhebungs-Absprache" zuzustimmen. Ein solches Klagebegehren wäre zwar statthaft, aber es bedarf einer solchen Klage gar nicht, weil der Private schlicht die Erfüllung der Absprache verweigern darf. Der Klage fehlte dann das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis. Eine gegen die Absprache gerichtete allgemeine Leistungsklage des absprachebeteiligten Privaten kommt daher nicht in Betracht.

Die Klage eines Dritten wäre ebenfalls unzulässig. Denn weil eine konsensual zustandegekommene Entscheidung nur im Konsens wieder aufgehoben werden kann, müßte er seine Klage nicht nur gegen die Verwaltung, sondern auch gegen den an der Absprache beteiligten Privaten richten. Gegen Private kann eine verwaltungsgerichtliche Klage jedoch nicht erhoben werden.

Rechtsschutz „gegen" regelungsvorbereitende Absprachen ist somit nur auf indirektem Wege zu erlangen, indem nicht die Absprache, sondern die vorbereitete Regelung (bzw. deren Unterbleiben) zum Gegenstand einer Klage gemacht wird.[56] Das korrespondiert dem Umstand, daß Absprachen, die nicht umgesetzt werden, im Endeffekt wirkungslos bleiben, so daß Rechtsschutz nicht erforderlich ist.

b) Nachträglicher Rechtsschutz gegen die rechtsförmige Entscheidung

Handelt es sich bei der rechtsförmigen Entscheidung um einen Verwaltungsakt, so kann dieser mit der Argumentation angefochten werden, er sei rechtswidrig, weil er ermessensfehlerhafterweise eine rechtswidrige Absprache ohne erneute Ermessensausübung übernehme.[57]

Für normvorbereitende Absprachen gilt Entsprechendes: Wurde eine Rechtsverordnung vorbereitet, kann diese mit der Normenkontrolle angegriffen werden, wenn es sich um eine landesrechtliche Verordnung handelt

---

[56] *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 251; vgl. auch *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 130.

[57] *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 130.

und das Land von der Möglichkeit des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Gebrauch gemacht hat. Für andere Verordnungen und für Gesetze bleibt betroffenen Privaten nur die Verfassungsbeschwerde.

c) Vorbeugender Rechtsschutz gegen die rechtsförmige Entscheidung

Auch an vorbeugenden Rechtsschutz gegen die vorbereitete Regelung kann gedacht werden. Wird beispielsweise eine Genehmigung zwischen dem Vorhabenträger und der Behörde abgesprochen, so stellt sich die Frage, ob ein betroffener Dritter, der bei den Vorverhandlungen übergangen wurde, mit einer vorbeugenden Unterlassungsklage gegen die Genehmigungserteilung Erfolg haben kann. Die Klage kann sich dabei dagegen richten, daß eine Genehmigung überhaupt oder mit einem bestimmten Inhalt erlassen wird (aa), aber auch dagegen, daß sie erlassen wird, bevor ein bestimmter Verfahrensschritt durchgeführt (z. B. der Kläger angehört oder ein Lärmgutachten erstattet) wurde (bb).

aa) Vorbeugender Rechtsschutz gegen eine bestimmte Entscheidung

Vorbeugende Unterlassungsklagen setzen ein qualifiziertes Rechtsschutzinteresse des Klägers voraus, das nur ausnahmsweise gegeben ist, wenn nachträglicher Rechtsschutz (auch mit Hilfe vorläufigen Rechtsschutzes) nicht (mehr) effektiv i. S. d. Art. 19 IV GG wäre.[58] Das Vorliegen eines solchen Rechtsschutzbedürfnisses wird u. a. dann bejaht, wenn die Verwaltung den Erlaß eines (für den Kläger belastenden) Verwaltungsakts angekündigt hat, sich dessen Erlaß aber verzögert, ohne daß die Behörde grundsätzlich von ihrer Absicht abrückt. In diesen Fällen müsse es dem Bürger möglich sein, die unsichere Rechtslage durch eine vorbeugende Unterlassungsklage zu klären.[59] Dem entspricht es, wenn infolge einer genehmigungsvorbereitenden Absprache und ihrer faktischen Bindungswirkung zu erwarten ist, daß eine Genehmigung eines bestimmten Inhalts erlassen werden und einen Nachbarn belasten wird. Allerdings sind gerade in dieser Fallgruppe strenge Anforderungen an das Rechtsschutzbedürfnis zu stellen.[60] Es ist daher im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob dem Nachbarn das Abwarten zugemutet werden kann. Dabei ist in Rechnung zu stellen, daß vor allem bei der Genehmigung von größeren Vorhaben, an denen Arbeitsplätze hängen bzw.

---

[58] *Würtenberger*, Verwaltungsprozeßrecht, 1998, Rn. 489.

[59] *Schenke*, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl. 2000, Rn. 362; *Schenke*, AöR 95 (1970), 223 (249 ff.); *Würtenberger*, Verwaltungsprozeßrecht, 1998, Rn. 491.

[60] *Würtenberger*, Verwaltungsprozeßrecht, 1998, Rn. 491.

die den „Standort Deutschland" betreffen (also gerade die Entscheidungen, die aufgrund ihrer Komplexität besonders „absprachenträchtig" sind), das Mittel des vorläufigen Rechtsschutzes spätestens seit dem 6. VwGO-Änderungsgesetz vom 7.11.1996[61] viel von seiner Wirkung eingebüßt hat (vgl. nur § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, letzter Hs. VwGO[62]). Geht es dann noch um hochrangige Grundrechte wie das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), kann im Einzelfall durchaus die Bewertung gerechtfertigt sein, daß nachträglicher oder vorläufiger Rechtsschutz nicht effektiv seien.[63]

Auf der anderen Seite darf das Recht des Unternehmers auf die Genehmigungserteilung (zumindest auf ermessensfehlerfreie Entscheidung darüber) nicht gering geachtet werden. Effektiver Rechtsschutz bedeutet bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung immer auch ausgewogenen Rechtsschutz.[64] Eine vorbeugende Unterlassungsklage, die sich dagegen richtet, daß eine Genehmigung überhaupt erteilt wird, kann daher nur ausnahmsweise Erfolg haben, wenn eine Genehmigung schlechthin überhaupt nicht in Betracht kommt. Meistens wird sich die Klage aber nur dagegen richten können, daß eine Genehmigung *mit einem bestimmten Inhalt* (nämlich mit dem abgesprochenen Inhalt) erteilt wird. Auch das setzt aber voraus, daß die abgesprochene Genehmigung nachbarschützende Normen verletzen würde. Ist das der Fall, kann das für eine vorbeugende Unterlassungsklage erforderliche qualifizierte Rechtsschutzinteresse zu bejahen sein: Wenn der Inhalt der Genehmigung in der Absprache recht konkret festgelegt ist, folgt aus der faktischen Bindungswirkung der Absprache, daß eine Genehmigung des abgesprochenen Inhalts hinreichend sicher zu erwarten ist.

Wenn eine regelungsvorbereitende Absprache den Inhalt der späteren rechtsförmigen Regelung nur zum Teil vorentscheidet, ist dies differenziert zu betrachten. Um dies zu illustrieren, soll hier erneut[65] auf das Beispiel zurückgegriffen werden, daß in einer genehmigungsvorbereitenden Absprache eine Entscheidung über den Standort einer Anlage getroffen wird, während die Entscheidung über Lärmschutzmaßnahmen noch offen bleibt. In diesem Fall ist das besondere Rechts-

---

[61] BGBl. I, S. 1626.

[62] Dazu kritisch *Redeker*, NVwZ 1996, 521 (525 f.); *Lotz*, BayVBl 1997, 257 (261 ff.); *Schmieszek*, NVwZ 1996, 1151 (1154 f.); *Kuhla/Hüttenbrink*, DVBl 1996, 717 (720); *Meissner*, VBlBW 1997, 81 (83 f, 86).

[63] Speziell für immissionsschutzrechtliche Genehmigungen zurückhaltender *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, 127 f.: „in der Regel nicht möglich". Im Hinblick auf vorbeugenden Rechtsschutz des absprachebeteiligten Privaten das besondere Rechtsschutzinteresse „grundsätzlich" ablehnend *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 256 f.

[64] *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV Rn. 3 f.

[65] Vgl. o. Teil 1: D. II. 1. d) aa) (S. 90).

schutzinteresse für eine vorbeugende Unterlassungsklage des Nachbarn gegeben, wenn dieser geltend macht, daß schon die bereits getroffene Standortentscheidung rechtswidrig sei und ihn in seinen Rechten verletze. Macht er dagegen nur unzureichenden Lärmschutz geltend, fehlt es an diesem Rechtsschutzinteresse, weil die Absprache darüber noch keine Entscheidung getroffen hat und deshalb die Entscheidung insoweit noch offen ist und mit der rechtsförmigen Genehmigungsentscheidung noch getroffen werden muß.

Geht es dem Kläger dagegen darum, daß er nicht angehört wurde, bevor die Absprache getroffen wurde, wird sich sein Antrag darauf richten müssen, daß die Genehmigung nicht erteilt werde, bevor er angehört wurde. Einer solche Klage ließe sich nicht generell der Einwand entgegenhalten, daß das qualifizierte Rechtsschutzinteresse fehle, weil es dem Kläger nur um Verzögerung und Zeitgewinn gehe. Es geht dem Kläger nämlich um mehr: Er will das Verfahren so lange offen halten, bis er Gelegenheit hatte, seine Interessen in den Entscheidungsprozeß einzubringen und damit das Anhörungsrecht durchzusetzen, das ihm zusteht.

bb) Vorbeugender Rechtsschutz „auf" einen bestimmten Verfahrensschritt

Hat ein Gericht im Rahmen einer vorbeugenden Unterlassungsklage entschieden, daß eine Genehmigung mit dem abgesprochenen Inhalt nur ergehen darf, wenn zuvor die betroffenen Dritten angehört wurden und deren Einwände angemessen berücksichtigt werden, muß die Behörde befürchten, daß die Nachbarn auch die Genehmigung (möglicherweise mit Erfolg) anfechten werden, wenn sie erneut das Gefühl haben, daß ihre Belange nicht angemessen berücksichtigt werden. Die Behörde wird sich daher mit den Einwänden mehr Mühe geben müssen. Dadurch könnte die faktische Bindungswirkung der genehmigungsvorbereitenden Absprache gebrochen oder doch zumindest abgeschwächt werden. Da ein solcher Erfolg für den „Grundrechtsschutz durch Verfahren" mit nachträglichem Rechtsschutz nicht zu erreichen wäre, ist auch die Annahme des qualifizierten Rechtsschutzbedürfnisses gerechtfertigt.

Fraglich ist aber, ob nicht § 44a VwGO der Zulässigkeit einer solchen Klage entgegensteht. Für die Anwendung dieser Vorschrift und damit gegen die Zulässigkeit einer entsprechenden Klage spricht, daß die Anhörung eine Verfahrenshandlung ist, die grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 44a VwGO fällt.[66] Da auch Leistungsklagen unzulässig sind, die sich auf Vornahme der Verfahrenshandlung richten,[67] scheint alles gegen die Zuläs-

[66] Vgl. *Pietzner/Ronellenfitsch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl. 2000, § 18 Rn. 27.

[67] *Kopp/Schenke*, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 44a Rn. 4.

sigkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage gegen die Genehmigung zu sprechen. Auf der anderen Seite enthält die Absprache eine Sachentscheidung, so daß eine Klage „gegen" die Absprache sich nicht bloß gegen eine Verfahrenshandlung, sondern gegen eine Sachentscheidung richtet. Ob eine „Anhörungsklage" im Zusammenhang mit Absprachen zulässig ist, hängt also davon ab, ob sie sich gegen die mit der Absprache getroffene Sachentscheidung oder nur gegen das Unterbleiben der Anhörung richtet. Dies ist nicht pauschal zu beantworten, sondern hängt vom Einzelfall ab: Nimmt beispielsweise eine genehmigungsvorbereitende Absprache den Inhalt der späteren Genehmigung praktisch vollständig vorweg, so richtet sich die vorbeugende Unterlassungsklage der Sache nach gegen die mit der Absprache ohne Anhörung getroffene (und deshalb rechtswidrige) Sachentscheidung. Einer solchen Klage stünde § 44a VwGO nicht entgegen.[68] Enthält die Absprache dagegen nur die Entscheidung über den Standort, während den Rechten der Nachbarn durch Lärmschutzauflagen Rechnung getragen werden kann und die Entscheidung insoweit noch offen ist, ist die Rechtslage differenziert zu beurteilen: Geht es dem Kläger um die Standortentscheidung, gilt das eben Gesagte. Geht es ihm dagegen um den Lärmschutz, der durch Lärmschutzauflagen gewährleistet werden kann, ist die Sachentscheidung noch offen. Insoweit gibt es also noch keine Sachentscheidung, so daß § 44a VwGO der vorbeugenden Unterlassungsklage entgegensteht.

5. Beispiel: VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 465

Ein Sachverhalt mit einer Absprache ohne Drittwirkung liegt einer Entscheidung des VGH Mannheim zugrunde:[69] Der Kläger beabsichtigt, seinen im Geltungsbereich einer Landschaftsschutzverordnung gelegenen, 1929 errichteten und bestandsgeschützten Schuppen durch ein gleich großes Gebäude zu ersetzen. Dies teilt er dem Landratsamt 1988 mit, woraufhin eine Besprechung vor Ort anberaumt wird. Bei dieser Besprechung weist der Vertreter des Landratsamtes darauf hin, daß nur eine Instandsetzung des Gebäudes zulässig sei, nicht aber eine Ersetzung durch ein anderes Gebäude. Er „legte im Einvernehmen mit dem Kl. die aus seiner Sicht zulässigen Änderungen fest". Der Kläger nahm im Anschluß die abgesprochenen Änderungen (Verschalung der Wände von innen und außen, Ersetzung der Fen-

---

[68] *Song*, Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, 2000, S. 128 ff.: § 44a VwGO sei verfassungskonform restriktiv dahingehend zu interpretieren, daß die von ihm beabsichtigte Kontrollkonzentration auf das Verfahrensergebnis nicht in ein ungewolltes Kontrolldefizit umschlage. Vgl. auch *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 265 f.

[69] VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 465.

ster und der Tür, Erneuerung des Fußbodens, Erneuerung einiger schadhafter Dachsparren) vor, erneuerte aber darüber hinaus alle Dachsparren des Gebäudes anstatt nur die schadhaften. Daraufhin ordnete das Landratsamt die Beseitigung des Schuppens an. Zur Begründung führte es aus, daß durch das Auswechseln der Dachkonstruktion tragende Teile des Gebäudes verändert worden seien, wodurch der Bestandsschutz erloschen sei, der dem Gebäude vor seiner Veränderung zugekommen sei.

Der VGH Mannheim hob die Beseitigungsanordnung auf. Er begründet dies damit, daß zwar die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Beseitigungsanordnung geben seien, weil das Gebäude nach der Änderung formell und materiell rechtswidrig sei und schon durch die abgesprochenen Änderungen auch der Bestandsschutz erloschen sei. Allerdings habe das Landratsamt einen Ermessensfehler begangen, weil es (unausgesprochen) davon ausgegangen sei, daß das Gebäude erst durch die Erneuerung der Dachsparren seine Identität und damit seinen Bestandsschutz verloren habe. Dies sei aber unzutreffend: seinen Bestandsschutz habe das Gebäude bereits durch die anderen, von der mündlichen Zustimmung des Landratsamtes gedeckten (m.a.W.: abgesprochenen) Baumaßnahmen verloren. Die Ermessenserwägungen seien deshalb fehlerhaft, weil dem Auswechseln der Dachsparren entgegen den Erwägungen des Landratsamts, das seine Entscheidung hierauf maßgeblich gestützt hatte, gerade keine Bedeutung zukomme.

Der VGH Mannheim stützt sich in seiner Begründung nicht ausdrücklich auf die Absprache. Untersucht man deren Rechtswidrigkeit, so ist zunächst zu konstatieren, daß der Entscheidungsverlagerung nichts entgegensteht. Es handelte sich aber um eine Duldungsabsprache, die auf die dauerhafte Duldung eines rechtswidrigen Zustandes gerichtet war, nämlich daß der Schuppen des Klägers dauerhaft ohne Genehmigung geduldet würde, obwohl er zumindest formell illegal war. Die Absprache war daher im Grunde darauf gerichtet, eine Genehmigung für den Schuppen zu ersetzen und deshalb rechtswidrig.[70]

Ein nicht genehmigtes, sondern nur abgesprochenes (geduldetes) Vorhaben bleibt formell illegal, weil die Absprache keine Rechtsfolge und damit keine Legalisierungswirkung haben kann. Da der Schuppen in dem vom VGH entschiedenen Fall auch materiell illegal war, konnte die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen seine Beseitigung verlangen. Indem nun das Landratsamt die Abrißverfügung damit begründete, daß der Kläger die Dachsparren absprachewidrig erneuert hatte, stützte es sich der Sache nach darauf, daß der Kläger die Absprache gebrochen hatte. Sie übernahm damit im Ergebnis die Absprache ungeprüft in die Ermessenserwägungen für die

[70] Zur Unzulässigkeit genehmigungsersetzender Absprachen vgl. o. Teil 2: C. II. 1. b) bb) (2) (a) (S. 162).

Beseitigungsanordnung. Da die Absprache rechtswidrig war, war es damit auch die Beseitigungsanordnung.

Ob das Landratsamt eine Abrißverfügung erneut und dieses Mal rechtmäßig erlassen könnte, hängt von den näheren Umständen ab. Grundsätzlich bleibt die Befugnis zum Erlaß einer (erneuten) Beseitigungsanordnung von der Absprache unberührt; das Landratsamt muß lediglich dieses Mal sein Ermessen fehlerfrei, d.h. „von Grund auf neu" ausüben und die Verfügung auf tragfähige Erwägungen stützen. Der Kläger wäre nicht schutzwürdig: Erstens wußte er, daß er aufgrund der fehlenden rechtlichen Bindungswirkung der Absprache keinen Anspruch auf Unterlassung einer Abrißverfügung haben würde; zweitens war die Absprache, die er getroffen hat, rechtswidrig und drittens hat er selbst sie gebrochen.

IV. Rechtliche Auswirkungen regelungersetzender Absprachen (auf „formales Unterlassen")

Regelungsersetzende Absprachen werden getroffen, um eine rechtliche Regelung zu erübrigen. Die mit ihnen getroffene Entscheidung hat also unter anderem den Inhalt, daß eine rechtliche Regelung nicht erlassen werden soll. Diese Entscheidung wird dadurch umgesetzt, daß eine rechtliche Regelung unterlassen wird. Dieses Unterlassen ist rechtswidrig, wenn es eine (objektive) Rechtspflicht zum Handeln gibt oder wenn ein Privater einen Anspruch auf solches Handeln hat.

Für die Frage, welche Auswirkungen Absprachen auf solche Rechtspflichten bzw. Vornahmeansprüche haben, kann als Ausgangspunkt die oben skizzierte Rechtsverhältnislehre herangezogen werden, nach der wie dargelegt Absprachen zwar nicht selbst Rechtspflichten und Ansprüche begründen oder beseitigen, wohl aber den Tatbestand einer Norm erfüllen und so dazu führen können, daß deren Rechtsfolge ausgelöst wird. Ob der Tatbestand einer solchen Norm erfüllt ist, ist eine Frage des Einzelfalles und hängt von dem konkreten Inhalt der jeweils einschlägigen Norm ab, insbesondere davon, ob diese einen Anspruch auf einen bestimmten Entscheidungsinhalt und/oder auch auf die Verwendung eines bestimmten Handlungsinstruments enthält.

1. Regelungsersetzende Absprachen und gebundene Entscheidungen

Ist eine Entscheidung durch Rechtsnormen inhaltlich oder instrumental gebunden, d.h. besteht eine Rechtspflicht, die Entscheidung mit bestimmtem Inhalt oder mittels eines bestimmten Instruments zu treffen, so gibt es keinen Spielraum, von dem eine Absprache gedeckt sein könnte; wird eine solche dennoch getroffen, ist sie rechtswidrig – sei es weil sie nicht den

rechtlich geforderten Inhalt hat, sei es weil sie nicht das rechtlich geforderte Instrument ist. In diesem Fall kann die Rechtspflicht nicht mit einer (oder jedenfalls nicht mit *dieser*) Absprache erfüllt werden. Am Bestand der Rechtspflicht sowie eines eventuell korrespondierenden Anspruchs Privater ändert sich durch die rechtswidrige regelungsersetzende Absprache somit nichts.

Der baurechtliche Genehmigungsanspruch ist etwa auf eine rechtsförmige Regelung mit bestimmten Inhalt gerichtet. Wird eine Absprache getroffen, in der die Behörde dem Privaten verspricht, gegen ein genehmigungsfähiges, aber ohne Genehmigung errichtetes Bauvorhaben nicht einzuschreiten, behält dieser seinen Anspruch auf die förmliche Genehmigungserteilung; dieser wird durch die rechtsunverbindliche Absprache nicht erfüllt und kann nach wie vor mit der Verpflichtungs- bzw. mit der allgemeinen Leistungsklage durchgesetzt werden, ohne daß sich durch die Absprache daran etwas ändert.

Hinsichtlich Änderungen der Sach- oder Rechtslage gibt es keine Besonderheiten: (Nur,) wenn durch eine solche Änderung die Anspruchsvoraussetzungen nicht (mehr) erfüllt sind, erlischt der Anspruch; mangels eines Spielraums kann eine Absprache bei gebundenen Entscheidungen darauf keinen Einfluß haben.

2. Regelungsersetzende Absprachen und Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

Rechtmäßig kann eine Absprache nur sein, wenn sie von einem inhaltlichen und instrumentalen Spielraum gedeckt ist. Hat die Verwaltung einen solchen Spielraum, so hat sie die Rechtspflicht, (ermessens- bzw. beurteilungs-) fehlerfrei über den Erlaß einer förmlichen Regelung zu entscheiden. Dieser Pflicht korrespondiert gegebenenfalls ein Anspruch auf ermessens- bzw. beurteilungsfehlerfreie Entscheidung. Dieser kann durch jede fehlerfreie Entscheidung erfüllt werden.

a) Rechtswidrige regelungsersetzende Absprachen

Rechtswidrige Absprachen sind zur Erfüllung eines Anspruchs auf (ermessens-) fehlerfreie Entscheidung nicht geeignet. Das gilt auch, wenn die Absprache zwar inhaltlich rechtmäßig ist, aber eine bestimmte (andere) Rechtsform zwingend vorgeschrieben ist. Der Anspruch besteht also fort und kann mit den entsprechenden Rechtsbehelfen, also der Verpflichtungs- (Bescheidungs-) bzw. allgemeinen Leistungsklage durchgesetzt werden.

b) Rechtmäßige regelungsersetzende Absprachen

Regelungsersetzende Absprachen sind (nur) rechtmäßig, wenn sie sich im Rahmen des inhaltlichen und instrumentalen Spielraums halten, mit anderen Worten: Wenn sie ermessensfehlerfrei sind. Rechtmäßige regelungsersetzende Absprachen sind daher geeignet, einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zu erfüllen, wenn sie inhaltlich und instrumental von einem Spielraum gedeckt sind.

Rechtsfolge der Erfüllung eines Anspruchs ist dessen Erlöschen (§ 362 Abs. 1 BGB). Rechtmäßige regelungsersetzende Absprachen sind somit zumindest im Hinblick auf den Anspruch auf (ermessens-) fehlerfreie Entscheidung im Wortsinne geeignet, eine Regelung zu ersetzen und den Anspruch zu erfüllen.

Das OVG Berlin hat deshalb im „Fall Sonnenschein" im einstweiligen Rechtsschutzverfahren Anträge von Nachbarn einer Batteriefabrik abgelehnt, die diese gem. § 20 Abs. 2 S. 1 BImSchG auf Erlaß einer immissionsschutzrechtlichen nachträglichen Anordnung gegen die Fabrik gerichtet hatten.[71] Das OVG bejahte einen atypischen Fall und damit einen Ermessensspielraum der zuständigen Behörde.[72] Der Anspruch der Nachbarn reduzierte sich dadurch auf einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Diesen Anspruch hatte die Behörde mit einem mit dem Anlagenbetreiber abgesprochenen Sanierungsplan erfüllt, so daß im Ergebnis die Anträge der Nachbarn auf einstweiligen Rechtsschutz unbegründet waren.

c) Änderungen der Sach- oder Rechtslage

Wie sich Änderungen der Sach- oder Rechtslage auswirken, mit anderen Worten welches der maßgebliche Zeitpunkt für die Entscheidung über einen Anspruch ist, ist eine Frage des materiellen Rechts.[73] Es ist also wiederum am Tatbestand der jeweiligen Anspruchsnorm anzusetzen. Entscheidend ist das „Verpflichtetsein" der Behörde:[74] Ist diese zu einem bestimmten Zeitpunkt zu einer bestimmten Handlung verpflichtet (und korrespondiert dem ein subjektives Recht), so ist ein entsprechender Antrag begründet. Daher ist für Verpflichtungsklagen in aller Regel der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung (Schluß der mündlichen Verhandlung) maßgeblich,[75] d.h. der Zeitpunkt, zu dem über den Anspruch entschieden wird. Entscheidet nicht

---

[71] OVG Berlin, NVwZ 1985, 756 ff.

[72] S.o. Teil 2: Fn. 690 (S. 287).

[73] *Schenke*, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl. 2000, Rn. 849; *Kopp/Schenke*, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 113 Rn. 41 m.w.N.

[74] *Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl. 2000, § 24 Rn. 14.

[75] *Schenke*, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl. 2000, Rn. 849; *Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl. 2000, § 24 Rn. 15.

das Gericht, sondern eine Behörde, so ist der Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung maßgeblich. Die Frage der Begründetheit eines Anspruches stellt sich daher jedesmal, wenn er erhoben wird, erneut, und mit jeder Änderung der Sach- oder Rechtslage kann sich die Antwort ändern.

Eine Änderung der Sachlage kann dabei nicht nur durch „externe" Umstände und Geschehnisse eintreten, sondern auch durch eine Absprache selbst. Das sei an folgendem (fiktiven) Fall illustriert: Eine Anlage überschreitet die Immissions-Grenzwerte. Ein Nachbar beansprucht gegenüber der Behörde eine Schutzanordnung gem. § 17 Abs. 1 S. 2 BImSchG. Wenn es sich um einen atypischen Fall handelt, hat die Behörde Ermessen („soll"), dem ein Anspruch des Nachbarn auf ermessensfehlerfreie Entscheidung korrespondiert. Dieses Ermessen übt sie aus, indem sie mit dem Anlagenbetreiber eine anordungsersetzende Absprache über einen mehrstufigen Sanierungsplan trifft.

Diese Absprache ist rechtswidrig, wenn sie inhaltlich den Ermessensspielraum überschreitet, den § 17 Abs. 1 S. 2 BImSchG der Behörde einräumt, beispielsweise wenn die abgesprochenen Sanierungsmaßnahmen nicht in angemessener Zeit zu einer Einhaltung der Immissionsgrenzwerte führen. Mit der in einer solchen Absprache enthaltenen Entscheidung kann der Anspruch des Nachbarn auf fehlerfreie Errmessensausübung nicht erfüllt werden. Er besteht deshalb fort.

Wenn die Absprache von dem Ermessensspielraum gedeckt und deshalb rechtmäßig ist, hat die Behörde ihr Ermessen fehlerfrei ausgeübt und damit den Anspruch des Nachbarn erfüllt. Der Anspruch erlischt daher. Wird der Sanierungsplan umgesetzt, ist damit das letzte Wort gesprochen.

Etwas anderes gilt, wenn die Absprache nicht umgesetzt wird. In diesem Fall erscheint der Anspruch des Nachbarn in neuem Licht: Durch den Umstand, daß eine Absprache stattgefunden hat und nicht umgesetzt wurde, hat sich die Sachlage geändert. Die Frage, ob der Nachbar einen Anspruch auf eine Schutzanordnung hat, stellt sich daher neu: Der Anspruch des Nachbarn auf ermessensfehlerfreie Entscheidung lebt gewissermaßen wieder auf, besser gesagt: es entsteht ein neuer Anspruch.[76] Bei der damit erforderlich werdenden erneuten Bewertung der in Frage kommenden Handlungsoptionen der Behörde dürfte eine erneute Absprache ausscheiden, da eine solche nach der gescheiterten ersten Absprache in aller Regel als ungeeignet er-

[76] Selbst wenn der Nachbar nach der Absprache (zurecht) mit einer Verpflichtungsklage unterlegen wäre, könnte er diesen neuen Anspruch mit einer erneuten Klage verfolgen. Denn welcher Ansicht zum prozessualen Streitgegenstand man auch immer folgt – bei einer Änderung der Sach- oder Rechtslage ändert sich der Streitgegenstand und endet die Rechtskraft des ersten Urteils (vgl. etwa *Kopp/Schenke*, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 121 Rn. 28; *Schmitt Glaeser/Horn*, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl. 2000, Rn. 115).

scheinen wird. Der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung wird sich somit in solchen Fällen in instrumentaler Hinsicht regelmäßig auf einen gebundenen Anspruch verdichten, der auf den Erlaß einer nachträglichen Anordnung durch Verwaltungsakt gerichtet ist, während der inhaltliche Ermessensspielraum erhalten bleibt.

Ändert sich die Sachlage durch den Wegfall einer der Anspruchsvoraussetzungen oder die Rechtslage durch eine Änderung der Anspruchsnorm so, daß ein ursprünglich bestehender Anspruch nunmehr nicht mehr existiert, hat eine vorher stattgefundene Absprache oder deren Umsetzung keinerlei Relevanz: War sie rechtmäßig und wird sie umgesetzt, ist der Anspruch schon deshalb erloschen; war sie rechtswidrig oder wird sie nicht umgesetzt, hat der Nachbar dennoch keinen Anspruch (mehr).

d) Zwischenergebnis

Ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung besteht wegen Erfüllung nicht (mehr), wenn er auch durch eine informale Absprache erfüllt werden kann und eine rechtmäßige Absprache getroffen worden ist. Er entsteht aber neu, wenn die Absprache nicht umgesetzt wird, denn die Absprache und ihre Nichtumsetzung sind eine Änderung der Sachlage, die sich auf die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen auswirken kann.

So gesehen sind regelungsersetzende Absprachen „unterlassungsvorbereitend". Das Unterlassen einer formalen Regelung („formales Unterlassen") ist das mit der Absprache vorentschiedene staatliche Verhalten. Legt man nun dieselben Maßstäbe an, die oben für regelungsvorbereitende Absprachen entwickelt wurden,[77] so ist das „formale Unterlassen" dann (inhaltlich und instrumental) rechtmäßig, wenn die Absprache rechtmäßig ist und es auch später keine Rechtspflicht gibt, den Inhalt der mit der Absprache getroffenen Entscheidung zu ändern oder eine rechtliche Regelung zu erlassen. Diese Sichtweise bietet sich im Verhältnis zwischen der Behörde und dem absprachebeteiligten Privaten an: Wenn die Behörde später (möglicherweise auf Antrag betroffener Dritter) darüber entscheidet, ob sie die Regelung, die mit der Absprache ersetzt werden sollte, nicht doch erläßt, so darf[78] sie die regelungsersetzende Absprache als Ermessenskriterium berücksichtigen und braucht ähnlich wie bei regelungsvorbereitenden Absprachen[79] nur noch zu prüfen, ob sich die Sach- oder Rechtslage in einer Weise geändert hat, die es verbietet, an der mit der Absprache getroffenen Entscheidung festzuhalten. Nur, wenn dies nicht der Fall ist, muß das Ermessen erneut ausgeübt werden,

---

[77] S. o. III. (S. 307 ff.).

[78] Die Behörde *darf* wie beschrieben vorgehen, aber sie *muß* es in der Regel nicht. Nur, wenn eine Ermessensreduktion eintritt (was u.U. auch infolge der Absprache geschehen kann), besteht eine Pflicht der Behörde, den Abspracheninhalt zu übernehmen (vgl. dazu u. V. II. 1. c) bb) (1) (S. 329 ff.)).

[79] Vgl. o. III. 2. (S. 308).

sonst darf sich die Ermessensausübung in dieser Prüfung erschöpfen und der Erlaß einer rechtlichen Regelung unter Bezugnahme auf die Absprache unterlassen werden.

3. Rechtsschutz

Damit gibt es auch „gegen" regelungsersetzende Absprachen indirekten Rechtsschutz. Er richtet sich danach, welcher Art die ersetzte Regelung ist. „Gegen" verwaltungsakt-ersetzende Absprachen ist die Verpflichtungs- (Bescheidungs-) Klage die richtige Klageart, gerichtet auf Erlaß des durch die Absprache ersetzten Verwaltungsakts bzw. auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hierüber.

Die Bescheidungsklage ist auch die geeignete Klageart für den Fall, daß es zwar keinen instrumentalen Anspruch auf den Erlaß eines Verwaltungsakts gibt, aber die mit der regelungsersetzenden Absprache getroffene Entscheidung inhaltlich rechtswidrig ist, wenn also beispielsweise ein Sanierungsplan nach aktueller Sach- und Rechtslage zu lange Umsetzungsfristen vorsieht, mit kürzeren Fristen aber als ermessensfehlerfrei durchgehen würde: Die Bescheidungsklage ist dann begründet und die Behörde ist zu verurteilen, erneut über den Erlaß eines Verwaltungsakts zu entscheiden. Einem solchen Urteil kann die Behörde dann auch gerecht werden, indem sie in Absprache mit dem Anlagenbetreiber den Sanierungsplan entsprechend ändert, eine kürzere Frist vereinbart und den Erlaß einer nachträglichen Anordnung in Form eines Verwaltungsakts ablehnt.

Bei verordnungs- oder satzungsvorbereitenden Absprachen kommt die Normerlaßklage in Betracht.[80] Hinsichtlich gesetzesersetzender Absprachen ist allenfalls die Verfassungsbeschwerde als verfassungsgerichtlicher Rechtsbehelf denkbar, die jedoch realiter keinerlei Erfolgsaussichten haben dürfte. Dies ist im Hinblick auf die Absprache verfassungsrechtlich unbedenklich, denn auch ohne die Absprache hätte ein Rechtsbehelf keine größeren Erfolgsaussichten.

V. Zwischenergebnis

Wenn sich nicht die Sach- und Rechtslage seit der Absprache in entscheidungserheblicher Weise geändert hat, dürfen Absprachen in der nachfolgenden rechtsförmigen Entscheidung (Tun oder Unterlassen) berücksichtigt werden. Sie sind für diese ein Ermessens-, Abwägungs- oder Beurteilungs-

---

[80] Die richtige Klageart für die Normerlaßklage ist umstritten (vgl. etwa *Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl. 2000, § 20). Auf diesen Streit braucht hier nicht eingegangen zu werden.

kriterium. Dementsprechend hat die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob sie die Absprache in die förmliche Entscheidung übernehmen will. Wie Ermessen generell kann sich auch dieses Ermessen aufgrund der Umstände in beide Richtungen zu einer Pflicht verdichten, den Abspracheninhalt zu übernehmen bzw. die Absprache bei der förmlichen Entscheidung außer acht zu lassen.[81]

B. Absprachen und Ansprüche

Obwohl durch Absprachen Erfüllungsansprüche grundsätzlich nicht begründet werden können,[82] kommen im Zusammenhang mit Absprachen verschiedene Sekundäransprüche mit unterschiedlichen Inhalten in Betracht, vor allem Ansprüche auf Rückerstattung oder auf Schadensersatz. In diesem Rahmen ist auch auf die Frage einzugehen, ob unter Vertrauensschutzgesichtspunkten Erfüllungs- oder doch zumindest Sekundäransprüche entstehen können.

Sekundäransprüche können durch Absprachen nur ausgelöst werden, wenn durch die Absprache und/oder die weiteren Umstände der Tatbestand einer Anspruchsgrundlage erfüllt wird. Im Folgenden sollen verschiedene Situationen darauf hin untersucht werden, ob es in ihnen typischerweise solche Ansprüche gibt. Dabei wird danach unterschieden, ob eine oder beide Seiten die Absprache bereits erfüllt haben.

I. Anspruchsverzicht *durch* Absprachen?

Es wurde bereits dargelegt, daß außerhalb einer Absprache (und dieser logisch vorausliegend) ein (Grund-) Rechtsverzicht erklärt werden kann, der die in der Absprache liegende Belastung des Privaten rechtfertigen kann, wenn er freiwillig erfolgt.[83] Die Absprache selbst kann dagegen keinen Verzicht enthalten, weil dieser als Disposition über das Recht eine Rechtsfolge darstellt, Absprachen jedoch keine Rechtsfolgen setzen (können). Hat ein Privater einen Rechtsanspruch auf ein bestimmtes staatliches Verhalten, so bleibt dieser Anspruch von einer Absprache, die ihm weniger gewährt, grundsätzlich unberührt.

So kann beispielsweise in einem Gebiet, in dem nach den baurechtlichen Vorschriften drei Stockwerke zulässig sind, ein Bauwilliger auf der Grundlage seines Genehmigungsanspruchs (z.B. Art. 72 Abs. 1 S. 1 BayBO) die Zulassung eines

[81] Dazu, ob dem ein Anspruch des absprachebeteiligten Privaten oder eines Dritten auf ermessensfehlerfreie Entscheidung enspricht, s.u. B. II. c) bb) (S. 329 ff.).

[82] S. o. Teil 1: A. II. 1. b) (S. 80) u. Teil 1: D. I. 2. a) (S. 80).

[83] S. o. Teil 2: C. IV. 1. a) cc) (4) (S. 246 ff.).

Bauwerks mit drei Stockwerken beanspruchen, auch nachdem er mit der Bauaufsichtsbehörde genehmigungsvorbereitend abgesprochen hat, daß er nur zwei Stockwerke bauen wolle. Lediglich die faktische Bindungswirkung der Absprache hindert ihn daran, seinen fortbestehenden Anspruch auf Genehmigung eines Gebäudes mit drei Stockwerken geltend zu machen.

Möglich ist es aber, daß ein Privater einen Rechtsverzicht leistet, um eine Absprache zu *erfüllen*.[84] Einen solchen Verzicht hat beispielsweise die RWE AG im sog. Atomkonsens der Bundesregierung versprochen, indem sie versprach, eine Schadensersatzklage gegen das Land Rheinland-Pfalz wegen der Rechtswidrigkeit der ersten Teilgenehmigung für das Kernkraftwerk Mülheim-Kärlich zurückzunehmen und anerkannte, daß mit dem Atomkonsens alle Ansprüche im Zusammenhang mit dem Genehmigungsverfahren sowie mit den Stillstandszeiten dieser Anlage abgegolten seien.[85] Ein Verzicht auf dieser Ebene kann auch unwiderruflich sein. Auch er kann zeitlich mit der Absprache zusammenfallen, geht aber über deren Inhalt hinaus und stellt die abgesprochene Leistung des Privaten dar.[86]

II. Noch keine Leistung erbracht

Wenn noch keine Seite die abgesprochene Leistung erbracht hat, stellt sich die Frage nach Erfüllungsansprüchen. Aus Sicht betroffener Dritter sind Unterlassungsansprüche von Interesse, beispielsweise bei regelungsvorbereitenden Absprachen über drittbelastende Genehmigungen.

1. Ansprüche auf das abgesprochene Verhalten

Daß Absprachen rechtlich unverbindlich sind und deshalb keine Seite einen unmittelbaren Rechtsanspruch auf Einhaltung einer Absprache hat, wurde bereits dargelegt.[87] Wenn durch Absprachen allerdings der Tatbestand einer Rechtsnorm erfüllt wird, können sie mittelbar eine Rechtsfolge *auslösen*. Darin liegt aber keine unmittelbare Gestaltung eines Rechtsverhältnisses durch eine Absprache; unmittelbar gestaltet wird dieses Rechtsverhältnis *durch die Rechtsnorm*. So können sich anderweitige Ansprüche auf das abgesprochene Verhalten ergeben.

---

[84] Vgl. o. Teil 1: D. III. (S. 99).

[85] Ziff. II.5 der „Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen vom 14. Juni 2000", abgedruckt in NVwZ 2000, Beilage IV, S. 3.

[86] Dementsprechend kommt auch für einen unwiderruflich ausgesprochenen Rechtsverzicht eine Rückforderung (d.h. eben doch ein Widerruf) unter denselben Voraussetzungen in Frage, unter denen auch sonst die im Rahmen der Absprache erbrachten Leistungen zurückgefordert werden können (s. dazu u. III. 2. (S. 334 ff.)).

[87] S. o. Teil 1: A. II. 1. b) (S. 43).

a) Erfüllungsansprüche aufgrund von Selbstbindung?

Erfüllungsansprüche können sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung der Verwaltung ergeben: Eine Selbstbindung der Verwaltung liegt zum einen vor, wenn sie eine entsprechende Willenserklärung abgibt (Zusage oder Zusicherung).[88] Absprachen sind jedoch gerade keine Willenserklärung, so daß dieser Aspekt für diese Untersuchung außer Betracht bleiben kann. Eine Selbstbindung kann sich zum anderen aus einer ständig geübten Verwaltungspraxis ergeben (Art. 3 Abs. 1 GG).[89] Eine einzelne Absprache ist jedoch nicht geeignet, eine solche Verwaltungspraxis zu begründen, so daß ein Anspruch unter diesem Gesichtspunkt ebenfalls ausscheidet.

b) Erfüllungsansprüche aufgrund von Vertrauensschutz?

Vertrauensschutz kann sich im Zusammenhang mit Absprachen möglicherweise auf zweierlei Weise auswirken: Indem er Erfüllungsansprüche indirekt begründet oder indem er dazu führt, daß Eingriffsbefugnisse der Verwaltung erlöschen.

aa) Vertrauensschutz und Entstehen von Erfüllungsansprüchen

Erfüllt jemand eine von ihm selbst in der Absprache mitgesetzte Erwartungshaltung nicht, könnte unter Umständen ein Anspruch auf Erfüllung dieser Erwartung (d.h. im Ergebnis auf Erfüllung der Absprache) unter Vertrauensschutzgesichtspunkten in Betracht kommen.[90] Vertrauensschutz setzt zum ersten voraus, daß Vertrauen überhaupt besteht; zum zweiten muß dieses Vertrauen schutzwürdig sein.[91] Da beide Seiten sich nur auf eine Absprache einlassen und diese einhalten werden, wenn und weil sie auf die Einhaltung der Absprache durch die jeweils andere Seite vertrauen, ist erstere Voraussetzung gegeben. Das Vertrauen beruht auf der faktischen Bindungswirkung der Absprache.

Problematisch ist aber die Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens. Könnten nämlich alle Beteiligten unter Berufung auf ihr Vertrauen Rechtsansprüche

---

[88] *Hoffmann-Riem*, VVDStRL 40 (1982), 187 (191).

[89] S. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht,13. Aufl. 2000 § 24 Rn. 21 zur mittelbaren Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften; vgl. auch *Wallerath*, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, S. 18 f.

[90] Daß Absprachen die rechtliche Bindungswirkung fehlt, steht dem nicht entgegen, denn Entstehungsgrund eines solchen Anspruchs wäre nicht die Absprache selbst, sondern die Erfüllung des Tatbestandes einer Vertrauensschutznorm.

[91] Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht,13. Aufl. 2000, § 21 Rn. 29.

auf Erfüllung der Absprache geltend machen, liefe das darauf hinaus, daß Absprachen im Regelfall entgegen den oben[92] getroffenen Feststellungen über den Umweg des Vertrauensschutzes doch rechtsverbindlich wären. Damit würde der Absprache eine Eigenschaft zukommen, die sie nach dem Willen der Beteiligten gerade nicht haben soll: Der Grund, warum sich die Beteiligten in einer bestimmten Situation bewußt für eine Absprache als Handlungsinstrument entscheiden, liegt in deren Flexibilität, die gerade auf ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit beruht. Aufgrund der gewollten Rechtsunverbindlichkeit von Absprachen ist bestehendes Vertrauen auf deren Einhaltung in der Regel rechtlich nicht schutzwürdig.[93]

Ausnahmsweise kann unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten etwas anderes gelten und das Vertrauen des Privaten schutzwürdig sein, insbesondere bei rechtswidrigen Absprachen. Allerdings kommt es darauf an, worin der Grund für ihre Rechtswidrigkeit liegt: Ist die Absprache rechtswidrig, weil sie Rechte Dritter verletzt, so würde auch ein Erfüllungsanspruch die Rechte des Dritten verletzen. Da es hierfür keine gesetzliche Ermächtigung gibt (sonst wäre die Absprache nicht rechtswidrig[94]), wäre ein solcher Erfüllungsanspruch ebenfalls rechtswidrig und kann deshalb auch nicht unter Vertrauensschutzgesichtspunkten entstehen.

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn man den Vertrauensschutz-Anspruch des absprachebeteiligten Privaten als gesetzliche Ermächtigung für den Rechtseingriff bei dem Dritten sehen würde. Das kommt jedoch nicht in Betracht, weil ein (ungeschriebener) Vertrauensschutz-Anspruch zu unbestimmt wäre, einen Eingriff zu rechtfertigen.[95] Außerdem würden die Interessen des Dritten einseitig vernachlässigt.

Ist die Absprache dagegen rechtswidrig, weil die Verwaltung den Privaten dazu gebracht hat, sich unfreiwillig an der Absprache zu beteiligen, und sind Rechte Dritter nicht verletzt, kann sich die Lage anders darstellen. Wenn die Verwaltung den Privaten schon zu einer Absprache „zwingt", so sind Umstände denkbar, unter denen der Private, wenn er im Hinblick auf die Absprache durch Schadenseratz nicht ersetzbare Dispositionen getroffen hat, darauf vertrauen darf, daß die Verwaltung ihren Teil der Absprache erfüllt. Allerdings kommt dies nur in Ausnahmefällen in Betracht, weil sonst wie eben schon dargelegt die von den Parteien gewollte rechtliche Unver-

---

[92] S. oben Teil 1: A. II. 1. b) (S. 80) u. Teil 1: D. I. 2. a) (S. 80).

[93] So auch *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 141 f.; *ders.*, VerwArch 75 (1984), 343 (360); *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 452 f.; *Dempfle*, Normvertretende Absprachen, 1994, S. 83; *Köpp*, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001, S. 161.

[94] Vgl. o. Teil 2: C. IV. 3. d) (S. 271 ff.).

[95] Dazu, daß der Bestimmtheitsgrundsatz auch einer Analogie zulasten des Bürgers entgegensteht vgl. BVerfG, NJW 1996, 3146; *Konzak*, NVwZ 1997, 872 (873).

bindlichkeit unterlaufen würde. Zweitens ist zu bedenken, daß aufgrund der Unfreiwilligkeit des Privaten die Absprache rechtswidrig ist, wenn nicht eine gesetzliche Ermächtigung für die in der Absprache liegende Belastung existiert. Ist sie also rechtswidrig, so spricht zusätzlich gegen eine generelle Anerkennung eines Vertrauensschutz-Erfüllungsanspruches, daß durch diesen mit einer Rechtsfolge versehen würde, was gerade wegen seiner Folgen rechtswidrig ist. Diese Folge, nämlich die Eingriffsfolge beim Privaten, würde durch einen solchen Anspruch perpetuiert und gewissermaßen rechtlich sanktioniert. Der Private bekäme die Wahl, den Eingriff entweder abzuwehren oder die verabredete Gegenleistung zu beanspruchen. Dies käme dem „dulde und liquidiere" gleich, das anderweitig zugunsten des Vorrangs des Primärrechtsschutzes zurecht abgelehnt wird.[96] Nur, wenn den Interessen des „gezwungenen" Privaten nicht anders (insbesondere nicht mit den unten noch zu erörternden Sekundäransprüchen) genügt werden kann, kommt ein Erfüllungsanspruch aus Vertrauensschutzgesichtspunkten in Betracht. Ob dies der Fall ist, ist Frage des Einzelfalles.[97] Auch wenn die genannten Voraussetzungen gegeben sind, ist ein Anspruch aber ausgeschlossen, wenn durch ihn Rechte Dritter betroffen würden; deren Rechte dürfen dem Vertrauensschutz des Beteiligten nicht geopfert werden.[98]

Die engen Voraussetzungen für ein Eingreifen des Vertrauensschutzes können selbst dann gegeben sein, wenn der Private seinen Teil der Absprache noch nicht erfüllt hat. Denn eine Vertrauensbetätigung setzt nicht notwendig die Leistungserbringung voraus: Werden in Vorbereitung der Leistung vermögenswirksame Dispositionen getroffen (z.B. zum Zweck der Sanierung Verträge abgeschlossen), so kann dies je nach der konkreten Fallgestaltung bereits ausreichen, um das Vertrauen des Privaten als schutzwürdig zu bewerten.

bb) Vertrauensschutz und Erlöschen von Eingriffsbefugnissen

Daran, daß Eingriffsbefugnisse der Verwaltung infolge Vertrauensschutzes erlöschen,[99] kann man insbesondere bei Duldungsabsprachen denken, mit denen die Verwaltung rechtswidrige Zustände zu dulden verspricht, also von einer (an sich gegebenen) Eingriffsbefugnis keinen Gebrauch zu machen. Würde die Befugnis infolge Vertrauensschutzes erlöschen, dürfte die Behörde von der Befugnis keinen Gebrauch mehr machen. Sie wäre dann zu dem abgesprochenen Verhalten – Unterlassung einer Ordnungsverfügung –

---

[96] *Hösch*, Freiheit und Eigentum, 2000, S. 74 f.; BVerfGE 58, 300 (323 f.).

[97] Vgl. auch *Hucklenbruch*, Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progressiven Umweltschutzes?, 2000, S. 153 ff.

[98] S. o. II. 1. aa) (S. 325).

[99] Vgl. *Decker* in: A. Simon (Hrsg.), BayBO, Art. 82 Rn. 210 ff., 220 ff.: Keine Verwirkung, aber u.U. Ermessensreduktion auf Nichteinschreiten.

rechtlich gezwungen. Dies käme einem Anspruch auf Erfüllung der Absprache gleich.

Es gilt daher das gleiche wie eben schon dargelegt: Der Private vertraut aufgrund der faktischen Bindungswirkung der Absprache darauf, daß die Verwaltung von ihrer Befugnis keinen Gebrauch mehr machen und eine Ordnungsverfügung nicht erlassen werde. Dieses Vertrauen ist jedoch infolge der gewollten Rechtsunverbindlichkeit der Absprache nur in besonderen Ausnahmefällen schutzwürdig. Ein Vertrauensschutz-Erfüllungsanspruch scheidet immer aus, wenn durch ihn Rechte Dritter verletzt würden.

Denkbar wäre noch, daß eine Absprache bei der Verwirkung[100] von Eingriffsbefugnissen das Umstandsmoment darstellt, aus der der Private schließen darf, daß die Verwaltung von ihrer Befugnis keinen Gebrauch mehr machen und eine Ordnungsverfügung nicht erlassen werde. Hinzukommen muß dann aber noch ein Zeitmoment, d.h. daß die Verwaltung (aufgrund der Absprache) für einen längeren Zeitraum ihre Befugnis nicht ausübt, obwohl dazu Veranlassung bestanden hätte. Die Duldung muß somit schon über einen längeren Zeitraum andauern, dessen Dauer von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Eine Verwirkung setzt weiter voraus, daß das betreffende Recht verzichtbar ist. Für die Verwirkung von Eingriffsbefugnissen der Verwaltung bedeutet dies, daß nicht Dritte einen Anspruch auf den Erlaß einer Ordnungsverfügung haben dürfen. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist wiederum Frage des Einzelfalls.

c) Anderweitige Ansprüche auf das abgesprochene Verhalten

Anderweitige Ansprüche auf das abgesprochene Verhalten können bestehen, wenn es eine außerhalb der Absprache angesiedelte Anspruchsgrundlage dafür gibt[101] („unechte" Erfüllungsansprüche). Darin liegt kein Widerspruch zu der Aussage, daß Absprachen mangels Rechtsverbindlichkeit keine Ansprüche begründen können, denn solche Ansprüche werden nicht durch die Absprache begründet, sondern durch eine anderweitige Anspruchsgrundlage, deren Voraussetzungen unabhängig von der Absprache erfüllt sind. Möglicherweise kann zumindest ein Tatbestandsmerkmal einer Anspruchsgrundlage auch gerade dadurch erfüllt werden, daß die Absprache getroffen wurde.

Dabei sind in erster Linie die Ansprüche von Interesse, die Private auf ein Verhalten des Staates haben. Ansprüche des Staates gegen Private dagegen sind in aller Regel durch (belastenden) Verwaltungsakt geltend zu ma-

---

[100] Vgl. zu den Voraussetzungen der Verwirkung beispielsweise *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Band 1, 11. Aufl. 1999, § 37 Rn. 16 f.

[101] *Kunig*, DVBl 1992, 1193 (1197).

chen. Die Frage nach dem (Fort-) Bestehen eines staatlichen Anspruchs läßt sich deshalb dahin umformulieren, ob der Private infolge der Absprache einen solchen Verwaltungsakt abwehren kann.[102]

aa) Gebundene Ansprüche

Mit gebundenen Ansprüchen Privater auf das abgesprochene Verhalten des Staates können Absprachen auf zweierlei Weise zusammentreffen: Die eine Möglichkeit ist, daß ein Verhalten abgesprochen wird, auf das ohnehin ein gebundener Anspruch besteht; dann ist die Absprache gleichsam deklaratorisch; der aus der Norm folgende Anspruch bleibt von der Absprache unberührt.

Wenn also nach den baurechtlichen Vorschriften drei Stockwerke zulässig sind, kann ein Bauwilliger auf der Grundlage seines Genehmigungsanspruchs (z.B. Art. 72 Abs. 1 S. 1 BayBO) selbstverständlich auch dann die Zulassung eines Bauwerks mit drei Stockwerken beanspruchen, wenn eine genehmigungsvorbereitende Absprache getroffen wurde, die ebenfalls einen dreistöckigen Bau vorsieht.

Die andere Möglichkeit ist, daß ein Verhalten abgesprochen wird, auf das gerade kein gebundener Anspruch besteht; dann kann ein Anspruch auch nicht aus der (rechtsunverbindlichen) Absprache folgen.

Sind also nach den baurechtlichen Vorschriften nur zwei Stockwerke zulässig, so kann ein Bauwilliger auch dann nicht die Zulassung eines Bauwerks mit drei Stockwerken beanspruchen, wenn er mit der Bauaufsichtsbehörde genehmigungsvorbereitend abgesprochen hat, daß er drei Stockwerke bauen dürfe. Der Anspruch auf die Genehmigung von zwei Stockwerken bleibt von der Absprache unberührt.

bb) Ansprüche auf ermessens- bzw. beurteilungsfehlerfreie Entscheidung

Komplizierter ist die Lage, wenn sich Ansprüche auf ermessens- bzw. beurteilungsfehlerfreie Entscheidung richten.

(1) Rechtmäßige Absprache

Die Erfüllung eines Anspruches auf ermessens- bzw. beurteilungsfehlerfreie Entscheidung durch eine Absprache setzt erstens voraus, daß die Anspruchsnorm keine instrumentale Festlegung enthält, d.h. in instrumentaler Hinsicht auch durch eine Absprache erfüllt werden kann. Zweitens muß die Absprache auch inhaltlich innerhalb des Spielraums liegen. Wenn die Ab-

---

[102] S. dazu unten d) (S. 331).

sprache rechtmäßig ist, sind diese Bedingungen erfüllt[103] und der Anspruch des Privaten auf ermessensfehlerfreie Entscheidung erlischt.[104]

Es stellt sich dann aber die Frage, was geschieht, wenn die Verwaltung sich nicht wie abgesprochen verhält. Den Privaten darauf zu verweisen, daß sein Anspruch bereits durch die Absprache erloschen sei und die Absprache selbst keinerlei Ansprüche vermittele, hieße, ihn rechtlos zu stellen. Die Absprache ist jedoch ein Faktum, das sich auf die Ermessensausübung auswirkt: Hat beispielsweise der Betreiber einer sanierungsbedürftigen Anlage mit der Verwaltung rechtmäßigerweise die vorübergehende Duldung der Überschreitung von Emissionsgrenzwerten im Rahmen eines Sanierungsplans abgesprochen, so hat er keinen unmittelbaren Anspruch auf Erfüllung der Absprache durch (vorübergehende) Unterlassung der Verfügung. Die Behörde darf daher entgegen der Absprache eine Ordnungsverfügung erlassen, wenn die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen gegeben sind. Allerdings muß sie ihr Ermessen fehlerfrei ausüben. Daß sie dabei den Inhalt der Absprache in die förmliche Entscheidung übernehmen und so der faktischen Bindungswirkung der Absprache folgen *darf*, wenn sich die Sach- oder Rechtslage nicht maßgeblich verändert hat, wurde oben bereits dargelegt.[105] Wenn so die Absprache als Ermessenserwägung eine Rolle spielt, so impliziert das auch, daß unter Umständen das Ermessen *infolge* der Absprache reduziert sein und der Erlaß einer Ordnungsverfügung zumindest zum Zeitpunkt der formalen Entscheidung ermessensfehlerhaft sein kann.[106] D.h., daß die Behörde in einem solchen Fall den Inhalt der Absprache in die förmliche Entscheidung übernehmen *muß*.

Anspruchgrundlage für den Anspruch des Betreibers, der dieser Pflicht korrespondiert, ist nicht die Absprache, sondern die Eingriffsermächtigung, die den Erlaß der Ordnungsverfügung in das Ermessen der Verwaltung stellt und damit dem Betreiber einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung gibt. Ist das Ermessen aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles auf Null reduziert, verdichtet sich dieser Anspruch auf Übernahme des Abspracheninhalts, d.h. auf Unterlassung einer rechtsförmigen Regelung. Entsprechendes gilt, wenn die Erteilung einer Genehmigung im Ermessen der Behörde steht, für den Anspruch des Antragstellers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung.

In diesem Rahmen spielen auch Vertrauensschutzerwägungen eine Rolle. Insoweit ist zunächst auf die Erwägungen zu verweisen, die oben schon ergeben haben, daß Vertrauensschutzaspekte nur ganz ausnahmsweise zu einem Erfüllungsanspruch führen können.[107] Diese Erwägungen sind auch hier ausschlaggebend.

---

[103] S. o. Teil 2: B. I. (S. 115).
[104] Siehe o. S. A. IV. 2. (S. 318).
[105] S. o. A. 2. b) (S. 319).
[106] S. o. A. V. (S. 322).

Der Fall, daß ein Vertrauensschutz-Anspruch auf Erfüllung der Absprache Rechte Dritter verletzen würde, bleibt hier außer Betracht: Absprachen, die eine Leistung beinhalten, die Rechte Dritter verletzt, sind rechtswidrig.[108] Hier geht es aber um rechtmäßige Absprachen.

(2) Rechtswidrige Absprache

Ist die Absprache rechtswidrig – beispielsweise weil in der Absprache das Verhalten der Behörde von einer Gegenleistung des Privaten abhängig gemacht wird, die mit der Leistung der Behörde in keinem sachlichen Zusammenhang steht und deshalb gegen das Koppelungsverbot verstößt, oder weil der Private sich nicht freiwillig an der Absprache beteiligt hat – erlischt der Anspruch des Privaten auf fehlerfreie Entscheidung nicht, und der Private kann ihn mit der allgemeinen Leistungsklage oder der Verpflichtungsklage (jeweils mit Bescheidungsantrag) durchsetzen. Das gilt sowohl für Ansprüche auf fehlerfreie Entscheidung über positives Tun als auch über Unterlassen der Verwaltung.

d) Schadensersatz wegen Nichterfüllung?

Da es keine rechtliche Pflicht zur Erfüllung der Absprache gibt, ist die Nichterfüllung kein Pflichtenverstoß und kann deshalb auch keine Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung nach sich ziehen.[109] Das gilt allerdings nicht, wenn ein Beteiligter aus anderen, außerhalb der Absprache liegenden (Rechts-) Gründen zu dem abgesprochenen Verhalten verpflichtet ist. Hinsichtlich dessen Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung gilt dann grundsätzlich dasselbe wie wenn die Absprache nicht getroffen worden wäre.

2. Ansprüche Dritter auf Vornahme oder Unterlassung

a) Gebundene Ansprüche

Absprachen können mit gebundenen Ansprüchen Dritter zusammentreffen. Das ist etwa der Fall, wenn ein Dritter einen Abwehranspruch (Unterlassungsanspruch) gegen die Verwaltung hat, etwa auf Abwehr einer Geneh-

---

[107] S. o. II. 1. b) (S. 325).

[108] S. schon o. II. 1. b) aa) (S. 325).

[109] *Bohne,* Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 142; *ders.*, VerwArch 75 (1984), 343 (369); *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 268.

migung. Ist in einem solchen Fall das Vorhaben nicht genehmigungsfähig, ist die Absprache rechtswidrig. An dem Abwehranspruch des Nachbarn ändert sich durch die Absprache nichts, er kann ihn mit der Anfechtungsklage gegen die Genehmigung durchsetzen.

Mit einem gebundenen Vornahmeanspruch trifft eine Absprache beispielsweise zusammen, wenn eine Sanierungsabsprache einem Anlagenbetreiber eine „Übergangsfrist" zugesteht, innerhalb derer er für die Einhaltung der gesetzlichen Immissionsgrenzwerte sorgen muß, der Nachbar aber einen (in typischen Fällen gebundenen) Anspruch auf den Erlaß einer Schutzanordnung i.S.d. § 17 Abs. 1 S. 2 BImSchG hat. Diese Absprache verstößt gegen den Vornahmeanspruch des Dritten und ist deshalb mangels eines Ermessensspielraums rechtswidrig. Durchsetzen kann der Nachbar seinen Vornahmeanspruch auf Erlaß einer nachträglichen Anordnung mit der Verpflichtungsklage.

Gebundene Ansprüche Dritter setzen sich somit gegen Absprachen immer durch.

b) Ansprüche auf ermessens- oder beurteilungsfehlerfreie Entscheidung

Die Kollision einer Absprache mit einem Anspruch eines Dritten auf ermessens- oder beurteilungsfehlerfreie Entscheidung ist möglich, wenn die Erteilung einer Genehmigung oder der Erlaß einer Ordnungsverfügung im Ermessen der Verwaltung steht. Der Unterlassungs- bzw. Vornahmeanspruch des Dritten reduziert sich dann jeweils auf einen Anspruch auf fehlerfreie Entscheidung. Komplementär zu diesem hat der absprachebeteiligte Private mit umgekehrter Interessenrichtung ebenfalls einen Anspruch auf fehlerfreie Entscheidung über seinen Genehmigungsantrag bzw. über den Erlaß der Ordnungsverfügung. Da über die beiden komplementären Ansprüche nur einheitlich entschieden werden kann, teilen beide das gleiche Schicksal: Wenn der eine erfüllt ist, ist es auch der andere und wenn der eine infolge einer Änderung der Sach- oder Rechtslage wieder auflebt, dann tut es auch der andere. Es kann hier daher auf die Ausführungen verwiesen werden, die oben zu Ansprüchen des absprachebeteiligten Privaten auf ermessens- bzw. beurteilungsfehlerfreie Entscheidung gemacht wurden.[110]

Da sich der Anspruch des Dritten auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Erlaß einer rechtsförmigen Regelung richtet, kann er seinen Anspruch mit dem im Hinblick auf diese Regelung statthaften Rechtsbehelf durchsetzen. Erteilt die Behörde also beispielsweise eine Genehmigung,

---

[110] Vgl. o. II. 1. c) bb) (S. 329).

kann der Nachbar diese anfechten; erläßt sie dagegen eine nachträgliche Anordnung i.S.d. § 17 Abs. 1 BImSchG nicht, kann der Nachbar Verpflichtungsklage erheben.

III. Privater hat (vor-)geleistet

Im Folgenden wird untersucht, welche Ansprüche dem Privaten zustehen, wenn er vorgeleistet, d.h. seinen Teil der Absprache erfüllt hat. Diese Frage wird für den Privaten insbesondere dann wichtig, wenn er erkennt, daß die Verwaltung ihre Gegenleistung nicht erbringen will und damit die Absprache bricht. In diesem Fall dürfte sich sein primäres Interesse darauf richten, daß die Verwaltung ihren Teil der Absprache ebenfalls einhält. Kann er das nicht erreichen, richtet sich sein Interesse auf die Rückerstattung seiner Leistung oder zumindest auf Schadensersatz in Geld.

1. Erfüllungsanspruch aufgrund Ermessensreduktion

Es wurde bereits dargelegt, daß ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum auch infolge einer Absprache auf Null reduziert sein kann.[111] Das gilt erst recht, wenn der Private seinen Teil der Absprache erfüllt hat, denn damit betätigt er sein in die Verwaltung gesetztes Vertrauen, daß diese auch ihren Teil erfüllen werde. Zugleich verwirklicht sich damit die Belastung des Privaten, deren Rückgängigmachung oftmals technisch unmöglich oder zumindest wirtschaftlich völlig unsinnig sein dürfte (beispielsweise wenn er aufgrund einer Duldungsabsprache Abluftfilter in seine Industrieanlage einbaut oder sonst erhebliche Änderungen in seinem Betrieb vornimmt).

Hat der Private sich nicht freiwillig auf die Absprache eingelassen, wäre es besonders unbillig, wenn die Verwaltung die Leistung des Privaten in Anspruch nähme ohne die Gegenleistung zu erbringen. Die schon in der Absprache liegende Grundrechtsverletzung würde dadurch noch vertieft: Er wird nicht nur zu der Absprache gezwungen, sondern auch noch um die versprochene Gegenleistung betrogen. Allerdings ist selbst in solchen Fällen eine Ermessensreduktion nicht zwingend, denn der Grundrechtseingriff beim Privaten kann grundsätzlich auch und sogar besser durch die Rückgängigmachung der Vorleistung entschärft werden als durch die Erbringung der Gegenleistung. Es gilt also auch hier eine Art Vorrang des Primärrechtsschutzes. Tendenziell wird somit zwar eine Ermessensreduktion nach der (Vor-) Leistung des Privaten eher in Betracht kommen als vorher; die Grenzen und grundsätzlichen Bedenken[112] gelten jedoch weiterhin, so daß die Ermessensreduktion auch hier die Ausnahme zu bleiben hat.

---

[111] S.o. II. 1. c) bb) (1) (S. 329).

2. Rückerstattung im Wege des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs

Wenn die Verwaltung eine unfreiwillig erbrachte Leistung des Privaten in Anspruch nehmen, ihre Gegenleistung (die vom Privaten nicht durchgesetzt werden kann) jedoch verweigern würde, würde – wie eben angedeutet – der schon in dem *Austausch* der gegenseitig versprochenen Leistungen liegende Eingriff noch vertieft. Dem Interesse des Privaten daran, seine eigene Leistung zurückfordern zu können, wird möglicherweise der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch gerecht. Dafür ist es erforderlich, dessen Tatbestand in Anlehnung an die Regelungen der §§ 812 ff. BGB differenziert zu betrachten.[113] Da die Bereicherungskonstellationen im öffentlichen Recht prinzipiell die gleichen sind wie im Zivilrecht, wird hier davon ausgegangen, daß die Rechtsgedanken, die dem zivilrechtlichen Kondiktionsrecht zugrundeliegen, grundsätzlich auch im öffentlichen Recht gelten. Allerdings müssen bei der Übertragung die Abweichungen beachtet werden, die wegen der Unterschiede zwischen privatem und öffentlichem Recht gebotenenen sind.[114]

a) Condictio indebiti (vgl. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB)

In seiner allgemein anerkannten Variante entspricht der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch der zivilrechtlichen Leistungskondiktion und setzt daher voraus, daß die rechtsgrundlose Vermögensverschiebung durch Leistung erfolgte.[115] Dennoch kommt ein dem § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB entsprechender Erstattungsanspruch nicht in Betracht.

Eine Leistung ist nach der zivilrechtlichen Definition die zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.[116] Die darin liegende Fixierung auf das *Vermögen* würde im Hinblick auf Absprachen dazu führen, daß eine Erstattung bei vermögenswirksamen Handlungen möglich wäre, bei Handlungen ohne Auswirkungen auf das Vermögen dagegen von vornherein ausscheiden. Da wegen der Grundrechtsgebundenheit des Staates im öffentlichen Recht nicht das Vermögen Gegenstand der Betrachtung ist, sondern die grundrechtliche Freiheit, ist jedes staatliche und jedes staatlich veranlaßte private

---

[112] Zu diesen S. o. II. 1. b) (S. 325) u. II. 1. c) bb) (1) (S. 329).

[113] Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 414 ff. oder *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 24.

[114] Zu den Unterschieden bei den Rechtsfolgen, insbesondere im Hinblick auf den Entreicherungseinwand siehe etwa *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 422 f., 431 ff.; *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 25.

[115] *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, 12. Teil I 1 (S. 415); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 23 Rn. 1 ff.

[116] *Thomas* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 812 Rn. 3.

Handeln geeignet, Leistung zu sein, soweit es sich dabei um (Grund-) Rechtseingriffe handelt.

Das Merkmal der *Zweckgerichtetheit* ist dagegen auch im öffentlichen Recht für den Leistungsbegriff maßgeblich. Es dient hier wie im Zivilrecht dazu, feststellen zu können, ob eine Leistung „fehlgeschlagen" ist.[117] Leistung im Sinne des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs ist daher jedes zweckgerichtete Handeln des Privaten oder der Behörde.

Die Erfüllung einer Absprache ist danach eine Leistung. Allerdings ist der Zweck dieser Leistung nicht die Erfüllung einer Verpflichtung, denn beide Parteien sind sich darüber im Klaren, daß die Absprache eine solche Verpflichtung nicht begründet – gerade darauf beruht deren rein faktische, nicht rechtliche Bindungswirkung. Eine öffentlich-rechtliche condictio indebiti entsprechend dem Rechtsgedanken des § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB scheidet bei Absprachen daher aus.

b) Öffentlich-rechtliche Zweckverfehlungskondiktion (condictio ob rem, vgl. § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB)

aa) Übertragbarkeit der Zweckverfehlungskondiktion auf das öffentliche Recht

Wenn Leistungszweck somit nicht die Erfüllung einer Verbindlichkeit ist, kommt nur noch die Zweckverfehlungskondiktion entsprechend dem Rechtsgedanken des § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB in Betracht. Die Übertragbarkeit der Zweckverfehlungskondiktion auf das öffentliche Recht ist umstritten.[118] *Ossenbühl* verneint sie: Die Fälle der Zweckverfehlung seien durch § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 iVm. § 49a Abs. 1 VwVfG geregelt, so daß es dieser Übertragung nicht bedürfe.[119] Die genannten Vorschriften gelten jedoch nur, wenn eine durch Verwaltungsakt bewilligte Leistung vom Privaten nicht zweckentsprechend verwendet wird. Im Fall von Absprachen gibt es einen solchen Verwaltungsakt jedoch gerade nicht. § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 iVm. § 49a Abs. 1 VwVfG ist daher nicht einschlägig. Damit besteht jedenfalls im Zusammenhang mit Absprachen im öffentlichen Recht eine Lücke, die durch eine Analogie zur privatrechtlichen Zweckverfehlungskondiktion

---

[117] Und in Dreiecksverhältnissen: welche Leistung fehlgeschlagen ist (vgl. für das Zivilrecht *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, § 67 II 1 d (S. 132 f.)).

[118] Zum Meinungssstand vgl. *Nöll*, Die Rückforderung fehlgeschlagener Subventionen, 1987, S. 181 ff.

[119] *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 429 f.; ebenso *Nöll*, Die Rückforderung fehlgeschlagener Subventionen, 1987, S. 190.

geschlossen werden kann. Eine Zweckverfehlungskondiktion gibt es daher grundsätzlich auch im öffentlichen Recht. Daß sie in bestimmten Fällen – etwa in den von *Ossenbühl* betrachteten Subventionsfällen – von spezialgesetzlichen Regelungen verdrängt wird, steht dem nicht entgegen.

bb) Zweckvereinbarung als Voraussetzung der Zweckverfehlungskondiktion

Voraussetzung der Zweckverfehlungskondiktion ist, daß der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist (vgl. § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB). Daß die Erfüllung einer Absprache eine Leistung ist, wurde bereits gezeigt. Fraglich ist aber die erforderliche Zweckverfehlung, und zwar unter zwei Aspekten: Welches ist der mit der Leistung bezweckte Erfolg? Und: Ist das Nichterreichen dieses Erfolgs eine Zweckverfehlung im Sinne der Zweckverfehlungskondiktion?

Die Beantwortung dieser Fragen hängt von der Qualität der Zweckvereinbarung ab, die der Leistung zugrundeliegt. Diese Zweckvereinbarung ist einerseits von der bloßen Geschäftsgrundlage und andererseits von dem Fall abzugrenzen, daß der Leistungszweck Vertragsinhalt geworden ist.[120]

Ist der Leistungszweck Vertragsinhalt, greifen die Reglungen über die Nichterfüllung (Erfüllungsanspruch, Verzug, Schadensersatz wegen Nichterfüllung). Da Absprachen eine dem Vertrag entsprechende Regelungswirkung fehlt und deshalb weder ein Erfüllungsanspruch noch Verzug noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Betracht kommen, kann der Leistungszweck nicht „Vertragsinhalt" werden.

Daher ist die Zweckverfehlungskondiktion bei Absprachen gegen den Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage abzugrenzen. Geschäftsgrundlage in diesem Sinne sind die beim Abschluß der Vereinbarung zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut.[121]

Für den öffentlich-rechtlichen Vertrag beinhaltet § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG eine positive Regelung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.[122] Geschäftsgrundlage sind danach „Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind". Würde man diese Regelung auf Absprachen analog anwenden,[123]

---

[120] *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, § 68 I 3 a (S. 150 ff.).

[121] So die „subjektive Formel" der Rechtsprechung: *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 242 Rn. 113, dort auch zu dem Streit um abweichende, auch objektive Begriffsbestimmungen.

bekämen die Absprachepartner einen Anspruch auf Änderung des Absprachenin-halts bzw. auf Kündigung der Absprache. Für beides besteht jedoch kein Bedürfnis, solange keine Seite die versprochene Leistung erbracht hat, weil man die Leistung auch verweigern *darf*, wenn die Geschäftsgrundlage nicht weggefallen ist. Dem Bedürfnis, eine erbrachte Vorleistung zurückfordern zu können, wenn Geschäftsgrundlage wegen Leistunsverweigerung der anderen Seite wegfällt, wird man mit einem Kündigungsrecht analog § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG auch nicht gerecht. § 60 VwVfG regelt nämlich die Folgen, die eine Kündigung hat, ganz bewußt nicht.[124] Die Rückforderung der erbrachten Vorleistung setzt daher einen zusätzlichen Erstattungsanspruch voraus. Dieser kann nicht mit der Unwirksamkeit der Absprache begründet werden (entsprechend dem Fall des § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB), denn diese entfaltet ohnehin keine rechtliche Wirksamkeit, so daß der Leistende weiß, daß eine Verbindlichkeit nicht besteht (vgl. § 814 BGB). Die analoge Anwendung des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG auf Absprachen ist daher kein geeignetes Mittel, das Bedürfnis nach einem Rückerstattungsanspruch zu befriedigen.

Die gegenseitige Erwartung der Gegenleistung ist danach nicht bloß Geschäftsgrundlage der Absprache. Das Erhalten der Gegenleistung ist für beide Seiten nicht nur ein Umstand, dessen Eintritt erwartet wird; die gegenseitigen Leistungserwartungen sind nicht nur Verhältnisse, die für das Treffen der Absprache maßgebend gewesen sind. Beide Seiten versprechen ihre Leistungen vielmehr nur um der jeweiligen Gegenleistung willen, so daß die beiderseitigen Leistungen zueinander im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen.[125] Die Gegenleistung zu erhalten ist gewissermaßen nicht nur eine der Absprache passiv zugrundeliegende erkennbare Erwartung, sondern der aktiv verfolgte Zweck.

Dem steht nicht entgegen, daß die Beteiligten beim Treffen der Absprache keinen Rechtsbindungswillen haben. Denn durch die Zweckvereinbarung wird die Absprache nicht, auch nicht indirekt, rechtsverbindlich. Daß Absprachen aber mittelbare Folgen haben können, wenn durch sie der Tatbestand einer Rechtsnorm erfüllt wird (hier des § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB analog), wurde bereits dargelegt.

Damit ist eine Zweckvereinbarung im Sinne der Zweckverfehlungskondiktion gegeben. Erbringt nach Vorleistung durch den Privaten die Verwaltung ihre Gegenleistung nicht, wird der vom Privaten verfolgte Leistungs-

---

[122] Vgl. *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 60 Rn. 12; *Henneke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 60 Rn. 3; differenzierend *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 14 Rn. 54.

[123] Unklar *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 242, der pauschal auf die §§ 54–62 VwVfG verweist.

[124] *Henneke* in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 60 Rn. 18.

[125] S. o. Teil 1: A. II. 1. a) (S. 43) u. Teil 1: B. III. 1. (S. 54).

zweck verfehlt und es liegt ein Fall der Zweckverfehlungskondiktion vor: Der Private kann seine Leistung zurückfordern.[126]

Der Rechtsgedanke des § 814 BGB steht dem nicht entgegen. Das hat seinen Grund nicht darin, daß dieser Rechtsgedanke im öffentlichen Recht keine Geltung beanspruchen würde.[127] Er ist aber hier nicht einschlägig. Denn er gilt entsprechend seinem Wortlaut („Das zum *Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit* Geleistete...") auch im Zivilrecht nur für die condictio indebiti, nicht für die Zweckverfehlungskondiktion.[128]

Ob § 815 BGB einem Rückforderungsanspruch des Privaten entgegensteht, ist differenziert zu beurteilen. Diese Vorschrift schließt die Rückforderung aus, wenn der Eintritt des Erfolges (also die Erlangung der Gegenleistung) von Anfang an unmöglich war und der leistende Private dies gewußt hat. Darunter fällt auch die rechtliche Unmöglichkeit,[129] die bejaht werden kann, wenn die versprochene Leistung der Behörde rechtswidrig ist. Allerdings ist das weitere Merkmal, daß der Leistende dies gewußt hat, im öffentlichen Recht einschränkend auszulegen: Wenn er sich unfreiwillig auf die Absprache eingelassen hat, ist er in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt. In diesem Fall kann sein Wissen hierum der Rückforderung nicht entgegenstehen; die Verwaltung kann sich wegen ihrer Bindung an Gesetz und Recht nicht auf § 815 BGB berufen.[130]

cc) Entstehen des Rückerstattungsanspruches

Da dieser Erstattungsanspruch voraussetzt, daß der Zweck der Vorleistung nicht erreicht wurde, entsteht er nicht, so lange die Verwaltung leistungswillig und -fähig ist. Er eignet sich daher für den Privaten nicht, von der Absprache nach der Vorleistung einseitig Abstand zu nehmen. Anders,

---

[126] Vgl. auch *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 142; *ders.*, VerwArch 75 (1984), 343 (360). *v. Wedemeyer*, Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts, Diss. Augsburg 1991, S. 249.

[127] So aber *Körner*, Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, 2000, S. 179. *Körner* begründet seine Ansicht damit, daß der Rechtsgedanke des § 814 BGB im öffentlichen Recht im Vertrauensschutzgedanken aufgehe. Der Rechtsgedanke des § 814 BGB ist jedoch der speziellere. Der Vertrauensschutzgedanke ist deshalb bei der Auslegung des § 814 BGB zu berücksichtigen, aber er ersetzt ihn nicht.

[128] *Thomas* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 814 Rn. 1 f.

[129] *Thomas* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 815 Rn. 2.

[130] Im Zivilrecht ist dieser Fall der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Leistenden umstritten (vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Band II, 2. Halbband, 13. Aufl. 1994, § 68 Abs. 3 S. 2 – S. 161 f.). Jedenfalls auf die hier interessierenden Fälle ist dieser Streit nicht übertragbar. Denn wie oben schon angesprochen würde die Rechtsverletzung, die in der unfreiwilligen Leistung des Privaten aufgrund einer rechtswidrigen Absprache liegt, noch vertieft, wenn die Rückforderung ausgeschlossen wäre. Die Grundrechtsbindung des Staates gebietet es daher, eine unfreiwillige Leistung des Privaten dem Fall gleichzustellen, daß er die Leistung in Unkenntnis dessen erbringt, daß die Gegenleistung rechtlich unmöglich ist.

wenn das von der Verwaltung versprochene Verhalten rechtswidrig ist; etwa wenn die Erteilung einer rechtswidrigen Genehmigung oder das Unterlassen einer förmlichen Sanierungsverfügung trotz einer Verpflichtung dazu versprochen wurde. In diesem Fall ist die Behörde aus rechtlichen Gründen an der Leistung gehindert und der Private hat nach der Leistungserbringung die Chance, den Erstattungsanspruch dazu zu nutzen, von der Absprache Abstand zu nehmen, selbst dann, wenn die Behörde die (rechtswidrige) Leistung erbringen würde (d.h. die Genehmigung erlassen würde bzw. eine förmliche Sanierungsverfügung bisher unterlassen hat).

dd) Besonderheiten bei gesetzesvorbereitenden Absprachen

Eine Besonderheit stellen *gesetzes*vorbereitende Absprachen dar. An ihnen ist auf staatlicher Seite die Regierung beteiligt, die den Erlaß des Gesetzes jedoch nicht allein in der Hand hat. Ein Beispiel hierfür ist der sog. Atomkonsens.[131] Bestandteil dieser Vereinbarung ist auch eine Absprache über eine Änderung des Atomgesetzes, die auch eine Übereinkunft über die Restlaufzeiten umfaßt.[132] Eine Leistung der Energieversorgungsunternehmen liegt darin, daß die RWE auf Schadensersatzansprüche gegen das Land Rheinland-Pfalz im Zusammenhang mit dem Kernkraftwerk Mülheim-Kärlich verzichtet und verspricht, die anhängige Schadensersatzklage zurückzunehmen.[133] Sollte in einem solchen Fall der Private vorleisten (z.B. die RWE einen unwiderruflichen Rechtsverzicht erklären) und dann die abgesprochene Gesetzesänderung nicht zustandekommen (z.B. das Atomgesetz vom Bundestag mit kürzeren als den vereinbarten Restlaufzeiten beschlossen werden), stellt sich die Frage, ob der Verzicht kondiziert werden kann, auch wenn er an sich unwiderruflich erklärt wurde.

Daß der so „vereinbarte" Erfolg nicht völlig in der Macht der beteiligten Regierung liegt, könnte der Annahme einer Zweckverfehlungskondiktion entgegenstehen. Ob der vereinbarte Leistungszweck den Charakter einer Gegenleistung haben muß, ist im Zivilrecht umstritten, wird aber von der h.M. bejaht.[134] Danach wäre die Zweckverfehlungskondiktion in solchen Fällen ausgeschlossen, weil die Bundesregierung bei gesetzesvorbereitenden Absprachen nur über ihre eigenen Kompetenzen im Gesetzgebungsverfahren bestimmen kann, nicht auch über diejenigen der anderen Gesetzge-

---

[131] S. o. Teil 1: B. II. 1. Fn. 105 (S. 52), dort in auch Nachweise zur Absprachenqualität des „Atomkonsenses".

[132] Ziff. V und Anlage 5 des „Atomkonsenses" (o. Teil 1: S. 52, Fn. 105).

[133] Ziff. II. 5. des „Atomkonsenses" (o. Teil 1: S. 52, Fn. 105).

[134] Vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Band II, 2. Halbband, 13. Aufl. 1994, § 68 I 3 a (S. 151); *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 146 ff., 154 f.

bungsorgane.[135] Nur darin liegt die von ihr versprochene Leistung. Wenn in einem solchen Fall die Bundesregierung alle ihre Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um zu bewirken, daß das Gesetz wie abgesprochen beschlossen wird, hat sie deshalb ihren Teil der Absprache erfüllt.

Bisher wurde die Frage nicht erörtert, wer auf der staatlichen Seite an Absprachen beteiligt ist, die Behörde oder deren Rechtsträger. Partner von Verträgen ist immer der Rechtsträger, weil und soweit nur er Zuordnungssubjekt von (Außen-)[136] Rechten ist. Mit Absprachen werden zwar keine Rechtsfolgen unmittelbar gesetzt, aus den bisher gemachten Ausführungen zur Rechtsgebundenheit der Staatsgewalt auch beim Treffen von Absprachen sowie zur Möglichkeit von Rückerstattungs- und sonstigen Sekundäransprüchen ergibt sich jedoch, daß auch im Zusammenhang mit Absprachen Ansprüche des Privaten entstehen können, deren Zuordnungssubjekt nur ein Rechtsträger sein kann. Das spricht dafür, auch die faktische Bindungswirkung von Absprachen nicht der absprechenden Behörde, sondern deren Rechtsträger zuzuordnen. Stimmt man dem zu, ist das Gegenseitigkeitsverhältnis von Leistungs- und Gegenleistungsversprechen auch bei normersetzenden Absprachen ohne weiteres gegeben, weil sowohl die Regierung als auch das Parlament jeweils demselben Rechtsträger angehören. Auch wenn man der hier vertretenen Auffassung nicht folgt und die Behörde selbst als „faktisch Verpflichtete" ansieht, ergibt sich aber aus folgenden Erwägungen dasselbe:

Der Erfolg, auf den der Private mit seiner (Vor-) Leistung abzielt, ist nicht nur, daß die Regierung alles ihr Mögliche unternimmt, sondern daß das Gesetz wie abgesprochen zustande kommt. Dies ist auch für die Regierung erkennbar. Angesichts der heute geltenden, durch die politischen Parteien vermittelten „realen" Gewaltenverteilung[137] würde man (unabhängig von allen Beweisschwierigkeiten) der Lage nicht gerecht werden, wenn die Bundesregierung die Rückerstattung bereits erhaltener Vorleistungen unter Berufung darauf verweigern dürfte, sie habe alles ihr Mögliche unternommen. Vielmehr verstieße die Bundesregierung damit gegen Treu und Glauben, selbst wenn es im Einzelfall – entgegen jeder Wahrscheinlichkeit – stimmen sollte, daß die Bundesregierung ihren Willen im Bundestag nicht durchsetzen konnte. Für die Frage der Rückerstattung einer Vorleistung des Privaten muß deshalb das Zustandekommen des abgesprochenen Gesetzes (bzw. bei gesetzesersetzenden Absprachen dessen Nichtzustandekommen) als Gegenleistung gelten. Für die Frage der Rechtmäßigkeit der Absprache (Zuständigkeit der Bundesregierung) bleibt es dagegen bei der Erwägung, davon auszugehen, daß die Bundesregierung nur Zusagen bezüglich der Kompetenzen macht, die sie selbst im Gesetzgebungsverfahren hat.[138]

---

[135] S. o. Teil 2: C. III. 2. a) aa) (2) (S. 199). Konkret für den „Atomkonsens" *Langenfeld*, DÖV 2000, 929 (938).

[136] Im Gegensatz zu subjektiven Innenrechten (Kompetenzen).

[137] Vgl. dazu unter Bezugnahme auch auf den „Atomkonsens" *P. Kirchhof*, NJW 2001, 1332 (1333).

(Vor-) Leistungen, die von den Privaten erbracht werden, unterliegen daher auch in solchen Fällen der Zweckverfehlungskondiktion.

c) Anspruchsausschluß

Damit ist festzuhalten, daß der Private, der vorgeleistet hat, seine Leistung zurückfordern kann, wenn die Verwaltung ihrerseits die Gegenleistung nicht erbringt. Für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB kommt es nach dem Gesagten nicht darauf an, ob die Absprache rechtswidrig ist, sondern allein auf die Zweckvereinbarung und die Leistungserbringung. Die öffentlich-rechtliche Zweckverfehlungskondiktion kommt daher bei rechtmäßigen und rechtswidrigen Absprachen gleichermaßen in Betracht.

Auf den Entreicherungseinwand kann sich die Verwaltung anerkanntermaßen nicht berufen. Das beruht auf ihrer Gesetzesgebundenheit, die es ihr gebietet, rechtsgrundlos empfangene Leistungen in jedem Fall rückgängig zu machen.[139]

d) Anspruchsinhalt

Der Erstattungsanspruch ist darauf gerichtet, rechtsgrundlose Leistungen in natura rückgängig zu machen.[140] Ist dies nicht möglich, tritt an die Stelle der Rückgängigmachung in natura der Wertersatz in Geld (Rechtsgedanke des § 818 Abs. 2 BGB).[141]

Die Vorleistung des Privaten kann (beispielsweise im Rahmen einer Sanierungsabsprache) darin bestehen, daß er eine Anlage nachgerüstet hat, während die Gegenleistung der Behörde darin besteht, daß sie vom Erlaß einer Sanierungsverfügung jedenfalls für einen gewissen Zeitraum absieht. In diesem Fall kann die absprachewidrig erlassene Sanierungsverfügung als

---

[138] Daß damit für die Rechtmäßigkeit des staatlichen Handelns („Primärebene") andere Maßstäbe gelten als für die „Sekundärebene", ist aus dem Polizeirecht geläufig und kann der hier vertretenen Ansicht nicht entgegengehalten werden. Im Polizeirecht wird für die Primärmaßnahme das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit aus der objektiven Sicht ex ante beurteilt, während im Hinblick auf die Kosten und Entschädigungsansprüche die Sicht ex post maßgeblich ist, so daß der Anscheinsstörer zwar Adressat einer Primärmaßnahme sein, aber dennoch einen Entschädigungsanspruch haben kann (vgl. BGH, NJW 1992, 2639 (2639 f.); BGH, NJW 1994, 2355 (2355 f.); *Berner/Köhler*, PAG, 16. Aufl. 2000, Art. 70 Rn. 6).

[139] Vgl. nur *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 25 Rn. 10 ff.

[140] Vgl. *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 25 Rn. 2.

[141] *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 25 Rn. 8 f.

Rechtsgrund an die Stelle der Zweckvereinbarung treten und eine Rückforderung ausschließen, sofern die Verfügung wirksam ist.[142] Die Durchführung von Nachrüstungsmaßnahmen kann aber auch im Zuge einer genehmigungsvorbereitenden Absprache erfolgen, mit der die Verwaltung die Genehmigung einer Neuanlage von der Nachrüstung einer Altanlage abhängig gemacht hat. Rückgängigmachung in natura würde in diesem Fall bedeuten, die Nachrüstung rückgängig zu machen (beispielsweise einen neuen Filter wieder durch den alten zu ersetzen) und dem Privaten die durch die Nachrüstung entstandenen Kosten zu ersetzen. Bei wertender Betrachtung der grundrechtlich geschützten Interessen des Privaten und der Interessen der Allgemeinheit wäre das jedoch unsinnig: Den Interessen des Privaten ist genügt, wenn ihm die entstandenen Kosten ersetzt werden. Die Verbesserung der Anlage (und damit einen Vorteil für die Allgemeinheit) rückgängig zu machen, ist zu diesem Zweck dagegen nicht erforderlich. An die Stelle der Rückgängigmachung in natura tritt daher auch in diesem Fall der Wertersatz.

3. Sonstige Sekundäransprüche

Wenn in einem konkreten Fall die Voraussetzungen für einen Rückerstattungsanspruch des Privaten nicht erfüllt sind, aber auch neben einem gegebenen Rückerstattungsanspruch kommen Schadensersatzansprüche in Betracht.

a) Schadensersatzansprüche

Dem Privaten kann im Zusammenhang mit Absprachen auf vielfältige Weise ein Schaden entstehen. Unternimmt er beispielsweise aufgrund einer unfreiwilligen Absprache Nachrüstungsmaßnahmen, obwohl seine Anlage allen gesetzlichen Anforderungen entspricht, so erleidet er einen Schaden in Höhe der dafür aufgewendeten Kosten; dieser Schaden wird allerdings gemindert durch eventuelle Gewinne, die er ohne die Nachrüstung nicht gemacht hätte. Erweisen sich Dispositionen des Privaten, die er aufgrund einer genehmigungsvorbereitenden Absprache getroffen hat, als nutzlos, weil die Genehmigung doch nicht erteilt wird, liegt darin ebenfalls ein Schaden.

Als Anspruchsgrundlagen für Schadensersatzansprüche kommen in Betracht Art. 34 GG iVm.§ 839 BGB (Amtshaftung) sowie die Verletzung eines öffentlich-rechtlichen Schuld- bzw. Näheverhältnisses (öffentlich-rechtliche culpa in contrahendo).

---

[142] Wenn die Verfügung bestandskräftig ist, steht auch ihre Rechtswidrigkeit dem nicht entgegen.

aa) Amtshaftung

Infolge einer Absprache können sowohl der an der Absprache beteiligte Private als auch Dritte einen Schaden erleiden. Beide kommen daher als Inhaber eines Amtshaftungsanspruchs in Betracht. Wenn ein Amtswalter eine rechtswidrige Absprache trifft, verletzt er damit seine Amtspflicht zu rechtmäßigem Handeln.[143] Hinsichtlich des Vorrangs des Primärrechtsschutzes (§ 839 Abs. 3 BGB) ist zu berücksichtigen, daß der Rechtsschutz bezüglich Absprachen faktisch erschwert ist[144] und dem beteiligten und dritten Privaten die Einlegung von Rechtsbehelfen deshalb unzumutbar sein können. Ein Mitverschulden des beteiligten Privaten (§ 254 BGB) kann nicht schon allein deshalb angenommen werden, weil dieser sich (freiwillig) an der Absprache beteiligt hat, denn in der Absprachenbeteiligung liegt noch keine Obliegenheitsverletzung; im Gegenteil liegt die Beteiligung an einer rechtmäßigen Absprache gerade im wohlverstandenen Interesse des Privaten. Ist seine Beteiligung gar unfreiwillig, kann ihm sein Verhalten erst recht nicht als Mitverschulden zum Nachteil gereichen, denn der Vorwurf, schuldhaft die in eigenen Angelegenheiten erforderliche Sorgfalt verletzt zu haben, setzt eine freie Willensbestimmung voraus.

Die Frage einer Amtshaftung wegen eines Bruches der Absprache stellt sich dann, wenn die Behörde absprachewidrig eine rechtsförmige Maßnahme erläßt (regelungsersetzende Absprache) oder unterläßt (regelungsvorbereitende Absprache). Die Amtspflichtverletzung muß dann in diesem rechtsförmigen Tun bzw. Unterlassen gesucht werden. Auf dessen Rechtmäßigkeit kann die Absprache Einfluß haben.[145]

bb) Öffentlich-rechtliche culpa in contrahendo

Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung eines Schuld- bzw. Näheverhältnisses sind im Zivilrecht als Ansprüche aus culpa in contrahendo (c.i.c. – Verschulden bei Vertragsverhandlungen) anerkannt.[146] Ebenso ist heute anerkannt, daß die Grundsätze der c.i.c. auch im öffentlichen Recht gelten.[147] Ansprüche aus c.i.c. sind Rechtsfolgen des Näheverhältnisses,

---

[143] Zu dieser Amtspflicht S. beispielsweise *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 65 ff.

[144] S. o. Teil 2: C. II. 1. a) bb) (2) (S. 156).

[145] S. o. A. III. (S. 307 ff.).

[146] *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 276 Rn. 65 ff.

[147] *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, 8. Teil IV 1 d) (S. 356 ff.); *Detterbeck*/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 20 Rn. 6; *Littbarski*, JuS 1979, 537 ff.; *Jäckle*, NJW 1990, 2520 ff. Ausführlich *Keller*, Vorvertragliche Schuldverhältnisse im Verwaltungsrecht, 1997.

das bei der Anbahnung von Vertragsverhältnissen entsteht und für beide Parteien Nebenpflichten (zur gegenseitigen Rücksichtnahme, Fürsorge und Loyalität) begründet.[148] Haftungsgrund sind das gegenseitige Vertrauen, der gesteigerter sozialer Kontakt und die Anbahnung eines geschäftlichen Kontakts.[149]

Da bei Absprachen gerade kein Vertrag angebahnt wird, sondern ein solcher vielmehr gerade nicht gewollt ist, deutet die Bezeichnung „Verschulden bei Vertragsverhandlungen" darauf hin, daß ein solcher Anspruch bei Absprachen nicht in Betracht komme. Allerdings wird auch beim Verhandeln über Absprachen gegenseitiges Vertrauen in Anspruch genommen – da die Wirkung von Absprachen insgesamt vom gegenseitigen Vertrauen abhängt, im Grunde sogar in noch höherem Maße als bei Vertragsverhandlungen. Ansprüche aus c.i.c. können bei Absprachen daher sehr wohl entstehen; die Bezeichnung „Verschulden bei Vertragsverhandlungen" ist insofern zu eng; ein „Verschulden bei Aufnahme geschäftlichen Kontakts" kommt auch bei Absprachen in Betracht.[150]

Im Zivilrecht haben sich mehrere Fallgruppen der Haftung aus c.i.c. herausgebildet.[151] Für die vorliegende Untersuchung relevant ist von diesen die Fallgruppe des Herbeiführens inhaltlich nachteiliger Vereinbarungen durch treuwidrige Einwirkung auf die Willensbildung durch Täuschung oder Drohung.[152] Da die Verwaltung anders als Private bei aller ihrer Tätigkeit dem Allgemeinwohl und den Grundrechten verpflichtet ist und keine egoistischen Interessen vertreten darf,[153] verstößt sie darüber hinaus in allen Fällen gegen ihre Fürsorgepflicht, in denen sie mit einer Absprache die Rechte des Privaten verletzt, beispielsweise in dem sie ihn dazu bringt, sich unfreiwillig auf die Absprache einzulassen und keine gesetzliche Ermächtigung dafür existiert.[154]

Rechtsfolge der Haftung aus c.i.c. ist ein Anspruch auf Naturalrestitution i.S.d. §§ 249 ff. BGB, nicht bloß auf Geldersatz wie bei der Amtshaftung.[155] Der Private ist also so zu stellen, wie er ohne das zum Schadens-

---

[148] *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 276 Rn. 65 ff.

[149] *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 276 Rn. 66.

[150] A.A. *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörde und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 268 f. unter Hinweis auf das Fehlen eines rechtlichen Bindungswillens. Daß dieses Argument indes nicht trägt, wurde oben schon dargelegt (Teil 1: D. I. 3. (S. 87)). A.A. auch *Faber*, Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht, 2001, S. 240.

[151] *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 276 Rn. 71 ff.

[152] *Heinrichs* in: Palandt, BGB, 60. Aufl. 2001, § 276 Rn. 78 f.

[153] S. o. Teil 1: D. II. 2. b) cc) (S. 97).

[154] S. o. Teil 2: C. IV. 1. (S. 237 ff.).

ersatz verpflichtende Ereignis stünde. Dieses Ereignis ist in der hier untersuchten Fallgruppe der c.i.c. die rechtswidrige Absprache. Ohne diese hätte der Private seine Leistung nicht erbracht. Er kann diese daher zurückfordern. Da die c.i.c. ebenso wie der Amtshaftungsanspruch am Treffen der Absprache ansetzt und nicht an deren Bruch,[156] kommt sie auch dann in Betracht, wenn der Private es sich nach Erbringung seiner Vorleistung anders überlegt und nunmehr von der Durchführung der Absprache absehen möchte. Sind dem Privaten darüber hinaus weitere Vermögensschäden entstanden, kann er auch diese ersetzt verlangen.

b) Folgenbeseitigungsansprüche

Der mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannte allgemeine öffentlichrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch kommt als Anspruchsgrundlage für die Rückforderung der vom Privaten erbrachten Vorleistung nicht in Betracht.

Der Folgenbeseitigungsanspruch dient dazu, (Grund-) Rechtseingriffe, für die keine Duldungspflicht besteht, rückgängig zu machen.[157] Er setzt deshalb tatbestandlich voraus, daß durch staatliches Handeln ein rechtswidriger Zustand unmittelbar verursacht wurde, der noch andauert. Dieser Zustand liegt nicht in der Absprache, sondern in den tatsächlichen Verhältnissen, die durch deren Durchführung geschaffen werden. Die Absprache selbst braucht nicht rückgängig gemacht zu werden, weil sie ohnehin keine rechtliche Bindungswirkung entfaltet.

Mit dem Folgenbeseitigungsanspruch kann nur die Rückgängigmachung von Handlungen des Staates verlangt werden. Dem Privaten, der eine Absprache erfüllt oder auf ihrer Grundlage sonstige Dispositionen getroffen hat, wird es aber um die Rückgängigmachung seiner eigenen Handlungen und Dispositionen gehen. *Deren* Rückgängigmachung kann mit dem Folgenbeseitigungsanspruch nicht verlangt werden. Die insoweit lediglich in Betracht kommende finanzielle Kompensation kann ebenfalls nicht Inhalt des Folgenbeseitigungsanspruchs sein, sondern nur von Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen.

---

[155] *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, 8. Teil II 2 c (S. 339).

[156] Denn die Pflichtverletzung liegt bereits in dem Treffen der rechtswidrigen Absprache, die den Privaten aufgrund ihrer faktischen Bindungswirkung zu Dispositionen veranlaßt. Ob auch der Bruch der Absprache einen Schadensersatzanspruch aus c.i.c. nach sich ziehen kann, ist eine andere Frage. Da aber der Private grundsätzlich kein schutzwürdiges Vertrauen darauf haben kann, daß die Verwaltung die Absprache einhält (V. II. b) aa) (S. 325)), kommt ein solcher Anspruch nur ganz ausnahmsweise in Betracht.

[157] Zum Ganzen *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, 7. Teil Abs. 3 S. 2 a) (S. 301 f.); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 12 Rn. 52.

Auch wenn die Leistung des Privaten in einem dauerhaften Unterlassen liegt, kommt ein Folgenbeseitigungsanspruch nicht in Betracht. Zwar könnte der Anspruch auf die Erklärung der Behörde gerichtet sein, daß sie von dem Privaten die absprachegemäße Unterlassung nicht weiter erwarte. Gerade in dieser Situation liegt es jedoch allein in der Hand des Privaten, ob er sich weiter an die Absprache halten und das Verhalten, das den Gegenstand der Absprache bildet, unterlassen will. Ist die Situation so, daß er sich der faktischen Bindungswirkung der Absprachen nicht entziehen kann, wird er auch faktisch außerstande sein, einen Folgenbeseitigungsanspruch geltend zu machen, mit dem er sich von dieser (faktischen) Bindung befreien könnte.

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist daher als Anspruchsgrundlage für die Rückgängigmachung einer Vorleistung des Privaten oder auch anderer Dispositionen ungeeignet.

IV. Verwaltung hat (vor-)geleistet

Die Verwaltung hat wesentlich weniger Möglichkeiten, Ansprüche geltend zu machen als der Private, weil für sie die Amtshaftung entfällt. Es bleiben lediglich Schadensersatzansprüche aus c.i.c. und der Rückerstattungsanspruch.

1. Schadensersatzanspruch aus c.i.c.

Das öffentlich-rechtliche Schuld- bzw. Näheverhältnis, auf dem Ansprüche aus c.i.c. beruhen, ist ein *gegenseitiges* Schuldverhältnis. Die Verwaltung kann deshalb unter denselben Voraussetzungen wie ein Privater einen Anspruch aus öffentlich-rechtlicher c.i.c. haben.

Von besonderem Interesse ist der Fall, daß ein Privater zum Beispiel eine Sanierungsabsprache von vornherein nur als Hinhalte-Manöver mißbraucht, er sich nicht an sie hält und die Verwaltung schlußendlich doch gezwungen ist, eine förmliche Sanierungsverfügung zu erlassen. Eine Pflichtverletzung liegt hier nicht darin, daß der Private die Absprache nicht einhält, denn eine Pflicht zum Einhalten der Absprache gibt es nicht. Eine Pflichtverletzung liegt vielmehr darin, daß der Private von vornherein die Absprache nur *trifft*, um damit auf Zeit zu spielen. Der Inhalt des Schadensersatzanspruches ergibt sich auch in diesem Fall nach § 249 BGB. Danach ist die Verwaltung so zu stellen, als wenn das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre. Dieses Ereignis ist, daß der Private die Behörde unter Mißbrauch der Absprache hingehalten hat und diese die Sanierungsverfügung nicht gleich erlassen hat. Als Schaden der Behörde kommen dann die Kosten in Betracht, die im Vorfeld der Absprache entstanden

sind, etwa durch Maßnahmen der Sachverhaltsermittlungen, die für die Sanierungsverfügung nicht mehr verwertet werden können. Soweit allerdings solcher Aufwand als Kosten (Gebühren und Auslagen) nach den Kostengesetzen mit dem Verwaltungsakt erhoben werden können, bedarf die Verwaltung eines Schadensersatzanspruches nicht.

2. Öffentlich-rechtliche Zweckverfehlungskondiktion

Ebenso wie der Private hat die Verwaltung grundsätzlich einen Erstattungsanspruch, wenn sie die versprochene Gegenleistung nicht erhält. Dieser Anspruch wird allerdings oftmals nicht relevant werden: Liegt die Leistung der Behörde in einem Unterlassen, beispielsweise darin, eine förmliche Sanierungsverfügung zu unterlassen, so kann sie das Unterlassen jederzeit beenden, indem sie die Verfügung erläßt. Der Umstand, daß der Anlagenbetreiber in der Absprache bestimmte Verbesserungsmaßnahmen versprochen hat, spricht dabei im Rahmen der Ermessenserwägungen nicht gegen den Erlaß einer Sanierungsverfügung, weil dieses Versprechen durch den Bruch der Absprache völlig entwertet wird.[158] Eines Erstattungsanspruchs der Behörde bedarf es in einem solchen Fall nicht.

Besteht die Leistung der Verwaltung, etwa im Rahmen einer genehmigungsvorbereitenden Absprache, im Erlaß eines Verwaltungsakts, so kann dieser nicht durch den Privaten „rückerstattet" werden, denn nur die Verwaltung selbst kann einen Verwaltungsakt außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens aufheben. Hierfür stehen der Verwaltung die §§ 48, 49 VwVfG zur Verfügung, so daß es eines Erstattungsanspruches nicht bedarf.

V. Beide Seiten haben ihre Leistungen erbracht

Wenn beide Seiten ihre Leistungen erbracht haben, stellt sich allenfalls noch die Frage nach Schadensersatzansprüchen. Der Private kann z.B. Ansprüche auf § 839 BGB, Art. 34 GG sowie auf die c.i.c. stützen, und so den Ersatz von Schäden verlangen, die ihm aufgrund einer Pflichtverletzung der Verwaltung beim *Treffen* der Absprache entstehen. Dabei muß er sich allerdings den Wert als Vorteil anrechnen lassen, den die Gegenleistung der Verwaltung für ihn hat. Auch soweit sich der Anspruch aus c.i.c. auf Rückgängigmachung der privaten Leistung richtet, darf die erbrachte Gegenleistung der Verwaltung nicht außer Betracht bleiben: Ohne die Pflichtverletzung der Verwaltung hätte er die Absprache nicht getroffen, d.h. weder die Leistung erbracht noch die Gegenleistung erhalten. Macht

---

[158] Zur Absprache und deren Bruch als Ermessensaspekte s. o. V. II. 1. c) bb) (1) (S. 329).

der Private daher den auf Rückgängigmachung gerichteten Schadensersatzanspruch aus c.i.c. geltend, ist auch die Gegenleistung der Verwaltung rückgängig zu machen.

VI. Ansprüche Dritter

Werden durch eine Absprache die Rechte Dritter verletzt, können auch diese Ansprüche haben, die sich sich auf Unterlassung bzw. Rückgängigmachung von Maßnahmen der Verwaltung (regelungsersetzende Absprachen) bzw. auf deren Unterlassung (regelungsvorbereitende Absprachen) sowie auf Schadensersatz bzw. Entschädigung richten können. Gegenstand einer Klage wird ebenso wie bei Klagen der absprachebeteiligten Privaten die rechtsförmige Maßnahme der Verwaltung bzw. deren Unterlassung sein.

Hat beispielsweise die Behörde mit einem Anlagenbetreiber eine Absprache getroffen, in der sie eine rechtswidrige, weil nachbarschützende Vorschriften verletzende Genehmigung versprochen hat, können Nachbarn diese Genehmigung erfolgreich anfechten. Erfahren sie noch vor der Genehmigungserteilung von der Absprache, kann diese Anlaß für eine vorbeugende Unterlassungsklage geben.[159] Haben Nachbarn einen gebundenen Anspruch beispielsweise auf den Erlaß einer *förmlichen* immissionsschutzrechtlichen Schutzanordnung gem. § 17 Abs. 1 S. 2 BImSchG, bleibt dieser durch die Absprache unberührt; er kann mit der Verpflichtungsklage durchgesetzt werden. Nur wenn der Erlaß der mit der Absprache vorbereiteten oder ersetzten rechtsförmigen Regelung im Ermessen der Behörde steht, wenn also der Nachbar ebenso wie der beteiligte Private nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat, erlischt dieser Anspruch wegen Erfüllung durch die Absprache, wenn diese rechtmäßig ist.[160]

Schadensersatzansprüche aus c.i.c. wegen Rechtswidrigkeit der Absprache können Dritte nicht haben, weil sie keinen „geschäftlichen Kontakt" mit der Behörde oder dem absprachebeteiligten Privaten aufgenommen haben. Amtshaftungsansprüche wegen rechtswidriger Absprachen können Dritte haben, wenn ihnen infolge einer Absprache ein Schaden entsteht. Allerdings wird die Entstehung eines Schadens davon abhängen, ob die Absprache umgesetzt wird: Wird beispielsweise eine rechtswidrige, weil Nachbarrechte verletzende genehmigungsvorbereitende Absprache getroffen, aber später die (Nachbarrechte verletzende) Genehmigung entgegen der Absprache nicht erteilt, wird es in aller Regel nicht zu einem Schaden des Nachbarn kommen. Wenn die rechtswidrige Genehmigung dagegen erteilt

---

[159] Vgl. o. A. III. 4. c) (S. 312).

[160] Vgl. o. V. II. 1. c) bb) (S. 329).

wird, liegt auch darin eine Amtspflichtverletzung, so daß es gleichgültig ist, ob man auf die Absprache oder auf die Genehmigung abstellt.

C. Zusammenfassung des 3. Teils

Rechtmäßige Absprachen dürfen in eine nachfolgende rechtsförmige Entscheidung (Tun oder Unterlassen) übernommen werden, wenn sie rechtmäßig sind und sich nicht inzwischen die Sach- oder Rechtslage in erheblicher Weise geändert hat. Rechtswidrige Absprachen dürfen unter keinen Umständen in die rechsförmige Entscheidung übernommen werden, sondern die Entscheidung muß „von Grund auf" neu getroffen werden, d.h. die Behörde muß ihre Ermessens-, Abwägungs- oder Beurteilungsermächtigung neu ausüben. Dabei darf sie durchaus erneut zu demselben Ergebnis kommen, wie es auch abgesprochen wurde.

Absprachen sind allerdings geeignet, anderweitig bestehende Ansprüche zu erfüllen, die auf ermessensfehlerfreie (bzw. abwägungs- oder beurteilungsfehlerfreie) Entscheidung gerichtet sind. Voraussetzung dafür ist, daß sich der Anspruch nicht auch darauf richtet, daß diese Entscheidung mittels eines bestimmten Handlungsinstruments getroffen wird. Daß inhaltlich gebundene Ansprüche mit einer Absprache erfüllt werden, wird nur selten vorkommen, denn dies setzt neben der „Freigabe" des Handlungsinstruments voraus, daß die Absprache genau den Inhalt hat, auf den sich der Anspruch richtet.

Erfüllt ein Beteiligter seinen Teil der Absprache nicht, kann der andere eine von ihm erbrachte Vorleistung nach den Grundsätzen der Zweckverfehlungskondiktion zurückfordern. Dies ist von der Rechtmäßigkeit der Absprache unabhängig.

Darüber hinaus kommen insbesondere für den Privaten Schadensersatzansprüche in Betracht, die insbesondere auf den Amtshaftungsanspruch und auf die öffentlich-rechtliche c.i.c. gestützt werden können. Ansprüche auf Erfüllung einer Absprache können selbst unter Vertrauensschutzaspekten nur in extremen Ausnahmefällen angenommen werden.

Teil 4

Ausblick und Schluß

A. Ausblick

Absprachen bedeuten eine Art von Abschnittsbildung innerhalb eines Verwaltungsverfahrens; sie schließen einen Abschnitt ab und treffen über die Aspekte, über die in diesem Verfahrensabschnitt abgearbeitet wurden, eine Entscheidung. Sie sind insofern nicht nur Vorverlagerungen der Entscheidung, sondern in gewisser Weise die geradezu zwangsläufige Folge des Umstandes, daß in komplexen Entscheidungsituationen die Sache im Laufe des Entscheidungsprozesses schichtweise abgearbeitet werden muß, um der Komplexität Herr zu werden.

I. Möglichkeiten der Rezeption von Absprachen durch das Verwaltungsrecht

Die informalen Absprachen rücken deshalb auch in das Blickfeld der Diskussion über eine Reform des Verwaltungsrechts.[1] In dieser Richtung muß nach der Lösung des angedeuteten Spannungsverhältnisses auch gesucht werden. Dabei kann daran angesetzt werden, daß Absprachen ihre Funktion der Abschichtung von Entscheidungsvorgängen nur erfüllen können, wenn der Inhalt der Absprache die Grundlage für den weiteren Fortgang des Verfahrens bilden kann. Die Beteiligten haben deshalb kein Interesse daran, Absprachen zu treffen, deren Inhalt sie nicht in die folgende rechtsförmige Regelung übernehmen können. An einer solchen Übernahme können sie sich beispielsweise gehindert sehen, wenn sie gewärtigen müssen, daß Rechtsbehelfe Dritter gegen die rechtsförmige Entscheidung Erfolg haben werden. Dadurch könnten sie sich veranlaßt sehen, die Belange der betroffenen Dritten bereits in der Absprache angemessen zu berücksichtigen.[2]

---

[1] Vgl. etwa *Ladeur*, VerwArch 86 (1995), 511 ff., *Hoffmann-Riem* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 115 (145 ff.); *ders.*, AöR 115 (1990), 400 (428 f.); *ders.*, DVBl 1994, 1381 (1387 f.); *M. Schröder*, NVwZ 1998, 1011 (1011); *Voßkuhle*, VerwArch 92 (2001), 185 ff.

Auch wenn Rechtsbehelfe Dritter im Ergebnis keinen Erfolg haben, haben sie doch einen Zeitverlust zur Folge. Um die Akzeptanz der Entscheidung bei Dritten zu erhöhen und dadurch zu verhindern, daß überhaupt Rechtsbehelfe eingelegt werden, ist es ratsam, die Betroffenen schon in der Phase der Vorentscheidung am Verfahren zu beteiligen. In Mediationsverfahren wird genau dies versucht.[3]

Diese Art von Rechtsmacht Dritter stellt eine „systemimmanente Grenze" für die faktische Wirksamkeit von Absprachen dar. Solche Grenzen könnten de lege ferenda verstärkt genutzt werden, um in das Verwaltungsrecht eine „inhärente Sicherheit" einzubauen. Durch eine solche Änderung der Systembedingungen könnten die Anreize zu informalem Handeln vermindert oder die Chancen erhöht werden, daß informale Aushandlungsprozesse zu gesetzeskonformen Ergebnissen führen.[4] Wenn informale Absprachen mit ihren faktischen Wirkungen rechtlich kaum wirksam diszipliniert werden können, andererseits aber in vielen Fällen unverzichtbar sind, dann kann eine Reform aus dieser Zwickmühle heraushelfen, die einerseits möglichst weitgehend die praktische Notwendigkeit, möglicherweise auch die praktische Wirksamkeit informaler Absprachen entfallen läßt und andererseits für die noch verbleibenden Fälle so weit als möglich praktisch handhabbare rechtliche Maßstäbe und Kontrollmechanismen einführt.

1. Rechtlich geregelte Formen der Entscheidungssegmentierung

Die praktische Notwendigkeit von regelungsvorbereitenden Absprachen entfiele z.B. dann, wenn das Verwaltungsrecht selbst genügend rechtlich geregelte Formen der Segmentierung von Entscheidungen zur Verfügung stellen würde. Mit dem Raumordnungsverfahren, Vorbescheid und Teilgenehmigung oder der Umweltverträglichkeitsprüfung mit dem in sie eingebundenen Scoping-Verfahren gibt es im geltenden Recht bereits Vorbilder dafür. Würde am Ende jedes Verfahrensabschnitts eine förmliche Zwischenentscheidung stehen, könnten Betroffene, Dritte und Gerichte die allmähliche „Verdichtung" der Entscheidung nachvollziehen und kontrollieren, ob beispielsweise die erforderlichen Beteiligungen und Anhörungen durchgeführt wurden. Je nach Rechtsgebiet und Bedarf könnten solche Zwischenentscheidungen mit rechtlicher Bindungswirkung ausgestattet werden, verbunden mit entsprechenden Regelungen über die Präklusion von Einwendungen.

---

[2] *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 240 f.

[3] Vgl. dazu beispielsweise die Beiträge in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band II, 1990; *Holznagel*, Konfliktlösung durch Verhandlungen, 1990.

[4] Vgl. *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 239 ff.

Der Kommissionsentwurf eines Umweltgesetzbuchs (UGB-KomE) enthält Ansätze hierzu beispielsweise in § 7 (Kooperationsprinzip) oder § 89 (Interessenausgleich einschließlich Mediation). Die §§ 93 ff. UGB-KomE betreffen die Teilgenehmigung, den Vorbescheid und den vorzeitigen Beginn. Sie enthalten Regelungen darüber, in wieviele Stufen die Entscheidung aufgeteilt werden darf, welche Verfahrensvoraussetzungen – insbesondere Anhörungen und Beteiligungen – auf welcher Stufe eingehalten werden müssen und welche Bindungswirkung die Vorentscheidung hat.

2. Psychologische Effekte

Zumindest psychologisch effektvoll könnte es sein, rechtsunverbindliche Absprachen für bestimmte Fälle gesetzlich ausdrücklich anzuerkennen. Damit würden die Beteiligten ermutigt, zu getroffenen Absprachen, die sie aus berechtigten Gründen und in rechtmäßiger Weise getroffen haben, offen zu stehen und sie offensiv zu verteidigen. So könnte die Transparenz und damit die Kontrolle von staatlichen Entscheidungsvorgängen verbessert werden. Solche Normen könnten zugleich explizite Voraussetzungen aufstellen, unter denen Absprachen zulässig sind. Regelten sie zudem die Reichweite, die Vorentscheidungen auf den verschiedenen Verfahrensstufen haben dürfen, würde die indirekte Kontrolle von Vorentscheidungen im Rahmen von Rechtsbehelfen gegen die verfahrensabschließende Entscheidung erleichtert.

II. Faktische Grenzen der Rezeption von Absprachen durch das Verwaltungsrecht

Bei der gesetzlichen Regelung der Segmentierung von Entscheidungen ist allerdings zu bedenken, daß die der Praxis damit zur Verfügung gestellten Instrumente geeignet sein müssen, die praktischen Bedürfnisse aller Beteiligten zu befriedigen. Anderenfalls würden diese die neuen Instrumente ungenutzt lassen und die Abschichtung weiterhin informal vornehmen.[5] Ein Beispiel dafür, daß die Formalisierung den Bedarf für informale Kooperation nicht vollständig beseitigt hat, ist wie schon erwähnt § 12 BauGB.[6]

Es bedarf daher der gesetzgeberischen Mäßigung, sich mit einer Änderung der Systembedingungen zu begnügen und darauf zu vertrauen, daß das gewünschte Ergebnis auch ohne direkte gerichtliche Kontrolle erreicht wird.[7] Angesichts des oben beschriebenen Regelungsperfektionismus, der

---

[5] Vgl. schon o. Teil 2: C. III. 1. a) (S. 194).

[6] S. o. Teil 2: C. II. 2. a) (S. 184).

[7] Die Kontrolle, die auch hier besser ist als das bloße Vertrauen, sollte in Form der Implementationskontrolle stattfinden. Eine mittelbare, auf dem Umweg über die

oft nicht zu unrecht als Regelungswut bezeichnet wird,[8] verlangt dies vom Gesetzgeber einen gewissen „Mut zur Zurückhaltung".

B. Schluß

Die Dichotomie von Gesellschaft und Staat ist seit langem eine lebhaft umstrittene Frage. Eine gewisse Konfrontationsstellung zwischen dem Staat und seinen Bürgern folgt jedenfalls für die Eingriffsverwaltung aus den Grundrechten, deren Berechtigter der Bürger (und vorbehaltlich der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts nur dieser) und deren Verpflichteter der Staat (und unbeschadet der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte nur dieser) ist.[9] Der Bürger ist dadurch in der Lage, staatliche Eingriffe in seine Freiheit mit Rechtsbehelfen abzuwehren. Vor diesem Hintergrund ist der – durch vielerlei Umstände bedingte – Trend weg vom einseitig-hoheitlichen Befehl hin zu Kooperation, informalem Handeln und indirekter Verhaltenssteuerung auch mit einem weinenden Auge zu sehen. Denn dieser Trend erschwert es dem Bürger, Eingriffe als solche überhaupt zu erkennen[10] und sie gerichtlich abzuwehren. Daß der Wolf Kreide frißt oder einen Schafspelz trägt, macht ihn also nicht zum Schaf, sondern er bleibt für die Schafe gefährlich.[11] Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, in solchen Konstellationen die von den Grundrechten vorgegebene Frontlinie zwischen Freiheitsausübung und Eingriff deutlich herauszuarbeiten, um den überbordenden Staat in seine vom Grundgesetz gezogenen Grenzen (zurück-) zu verweisen und dem Bürger die Ausübung seiner Freiheitsrechte zu garantieren.

---

vorbereitete oder ersetzte formale Entscheidung erreichbare gerichtliche Kontrolle bliebe davon unberührt.

[8] S. o. Teil 1: C. (S. 68).

[9] Vgl. *Depenheuer* in: P. M. Huber (Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1999, S. 17 (30).

[10] Vgl. den Untertitel der Schrift von *Leisner*, Der unsichtbare Staat, 1994, der die Frage stellt: „Machtabbau oder Machtverschleierung?"; S. dazu auch *Schuppert*, DÖV 1995, 761 (762); vgl. ferner *Di Fabio*, JZ 1997, 969 (972): „Wo kein Eingriff *sichtbar*, fehlt es auch für den klassischen Gesetzesvorbehalt ... an der Voraussetzung seines Geltungsanspruchs" (Hervorhebung nicht im Original), der aber sogleich die Frage aufwirft, ob nicht auch bei „Verhandlungen, die im drückenden Klima massiver Regelungsandrohung geführt werden, eine grundrechtliche Gefährdungslage (entsteht), die unter Umständen dem Eingriff gleich zu erachten ist".

[11] Vgl. *Engel*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 9 (1998), 535 (535): „Der Wolf hat Kreide gefressen. ... Aber er trägt dabei keinen Schafspelz". Für die Bereitschaft, auf einseitige Eingriffe zu verzichten, „fordert er ... Wohlverhalten, das er mit harter Hand gar nicht erzwingen könnte". Denn die Schafe würden ihn rechtzeitig als Wolf erkennen und weglaufen.

Zusammenfassung

Absprachen zwischen Bürger und Verwaltung haben keine rechtliche, wohl aber eine faktische Bindungswirkung und enthalten eine staatliche Entscheidung. Sie sind deshalb als Instrument dazu geeignet, Verwaltungsentscheidungen im Sinne eines stufenweisen Abarbeitens teilweise vorwegzunehmen oder sogar sachlich umfassend zu treffen. Da ihre Wirkungsweise nicht rechtlich, sondern faktisch ist, hängen ihr Zustandekommen und ihre faktische Wirksamkeit nicht von ihrer Rechtmäßigkeit ab. Ihre Rechtswidrigkeit kann daher nicht ihre Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit zur Folge haben.

Absprachen sind rechtmäßig, wenn der durch sie in Anspruch genommene faktische (Ver-) Handlungsspielraum von einem rechtlichen Entscheidungsspielraum gedeckt ist. Im übrigen wird für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Absprachen dieser Untersuchung die Unterscheidung zwischen dem Inhalt und der Form (besser: dem Instrument) staatlicher Entscheidungen sowie die Unterscheidung zwischen dem Entscheidungsvorgang und der Entscheidung als Produkt dieses Vorgangs zugrundegelegt.

Die in Absprachen getroffenen Entscheidungen müssen sich, soweit sie sachlich reichen, im Ergebnis *inhaltlich* an allen Maßstäben messen lassen, die für Verwaltungsentscheidungen dieses Inhalts gelten. Nach dem Vorrang des Gesetzes darf der Inhalt einer Absprache nicht gegen das einschlägige Recht verstoßen. Soweit sie nach dem Vorbehalt des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, insbesondere weil der Private sich nicht wirklich freiwillig an der Absprache beteiligt hat oder weil die Absprache in Rechte Dritter eingreift, lassen sich dafür umgekehrt auch alle Ermächtigungen heranziehen, die Eingriffe dieses Inhalts zulassen. Das Koppelungsverbot bewirkt, daß auch in Absprachen dem Privaten keine Gegenleistungen abverlangt werden dürfen, die über den Zweck des einschlägigen rechtlichen Spielraums hinausgehen. Der Inhalt einer Absprache ist danach dann rechtmäßig, wenn er auch als Inhalt einer rechtsförmigen Entscheidung rechtmäßig wäre. Daher mißlingt jeder staatliche Versuch einer „Flucht in die Faktizität".

Davon zu trennen ist die *instrumentale* Dimension. Daß die Verwaltung eine bestimmte Entscheidung inhaltlich treffen darf, bedeutet noch nicht, daß dies auch in jeder beliebigen Form (genauer: mittels jeden beliebigen Instruments) geschehen darf. Durch die Entscheidungsverlagerung, die Absprachen bedeuten, wird der reale Entscheidungsvorgang von dem gesetz-

lich meist vorgesehenen formalen Verfahren abgekoppelt. Damit wird das formale Verfahren jedenfalls teilweise sinnentleert. Das ist mit dem Vorrang des Gesetzes nur vereinbar, wenn dieses nicht ein bestimmtes Instrumentarium abschließend vorsieht, ein berechtigtes Interesse an der Verlagerung besteht und der Verfahrenszweck, eine inhaltlich „richtige" Entscheidung hervorzubringen, dennoch erreicht wird. Letzteres ist (nur) anzunehmen, wenn die in der Absprache getroffene faktische Entscheidung mit dem einschlägigen materiellen Recht vereinbar ist und diejenigen Verfahrensvoraussetzungen eingehalten wurden, die nach dem Willen des Verfahrensgesetzes den Inhalt der Entscheidung mit steuern sollen. Insbesondere Anhörungserfordernisse sind dabei auf Absprachen zu übertragen, soweit nach der Absprache die Entscheidung sachlich nicht mehr ausreichend offen ist, um ein eventuelles Vorbringen Dritter noch angemessen berücksichtigen zu können.

Entscheidungen, mit denen eine Rechtsfolge gesetzt wird, können nicht mit dem Instrument der Absprache getroffen werden. So setzt beispielsweise die Aufhebung eines präventiven Verbots durch Genehmigung eine rechtliche Regelung voraus, die nur in Form des Verwaltungsakts, allenfalls noch in der Form des Vertrages getroffen werden kann. Auch „echte" Vergleiche im Sinne des § 55 VwVfG setzen eine rechtliche (vertragliche) Regelung voraus und können deshalb nicht mit Absprachen getroffen werden.

Da die Absprache *als Instrument* keine eigenständige, über ihren Inhalt hinausgehende Eingriffswirkung hat, ist im übrigen keine eigene „Handlungsformermächtigung" erforderlich, die ungeachtet ihres Inhalts das Handeln gerade mit dem Instrument der Absprache gestattet.

Ist eine Absprache nach diesen Maßstäben rechtmäßig, vermittelt sie dennoch keinen Erfüllungsanspruch, auch nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes. Rechtmäßige Absprachen sind aber umgekehrt in der Lage, Ansprüche auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (genauer: auf ermessensfehlerfreie Entscheidungsinhalte) zu erfüllen. Außerdem darf ihr Inhalt grundsätzlich in die nachfolgende formale Entscheidung (Erlaß oder Unterbleiben einer rechtsförmigen Regelung) übernommen werden. Wenn sich allerdings die Sach- oder Rechtslage zwischenzeitlich so geändert hat, daß der Inhalt der Absprache nunmehr rechtswidrig ist, muß die Entscheidung neu getroffen werden, d.h. es muß real ein neuer Entscheidungsvorgang aufgenommen werden. Ausnahmsweise kann sich ein anderweitig gesetzlich bestehender Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung infolge einer Absprache dahingehend auf Null reduzieren, daß die Behörde sich absprachegemäß verhalten muß. Anspruchsgrundlage für den Privaten ist dann aber nicht die Absprache, sondern das Gesetz.

Erleidet ein Privater infolge einer Absprache einen Schaden, kann er diesen aus Amtshaftung oder aus öffentlich-rechtlicher culpa in contrahendo

ersetzt verlangen. Hat eine Seite (insbesondere der Private) vorgeleistet, und verweigert die andere Seite ihre Gegenleistung, so besteht ein öffentlich-rechtlicher (Rück-) Erstattungsanspruch nach den Grundsätzen der Zweckverfehlungskondiktion.

Den Möglichkeiten zu sachgerechtem Verhalten, die Absprachen bieten, stehen Mißbrauchsmöglichkeiten und Gefahren gegenüber, die nur durch eine Reform des Verwaltungsrechts gebändigt werden können, die die „Systembedingungen" für Absprachen so ändert, daß sie sich gewissermaßen selbst kontrollieren. Eine solche Reform bedarf jedoch eines gewissen „Mutes zur Zurückhaltung", die Absprachen einer solchen „Selbstkontrolle" zu überlassen.

Literaturverzeichnis

Achterberg, Norbert: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage Heidelberg 1982.

– Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, Berlin 1982.

Achterberg, Norbert/*Püttner*, Günter/*Würtenberger*, Thomas (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht Band I, 2. Aufl. Heidelberg 2000.

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. Frankfurt a.M. 1996.

Amelung, Knut: Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, Berlin 1981.

Arndt, Hans-Wolfgang: Praktikabilität und Effizienz, Köln 1983.

Arnim, Hans Herbert von: Politische Parteien, DÖV 1985, 593 ff.

– Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, München 1984.

Arnold, Peter: Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz beim Regierungspräsidium Stuttgart, VerwArch 80 (1989), 125 ff.

Bachof, Otto: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), 37 ff.

Bader, Adalbert: Verwaltungsverfahren und materielles Recht in der Praxis, Konstanz 1990.

Badura, Peter: Das Verwaltungsverfahren, in: Erichsen (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, §§ 33 ff.

Badura, Peter/*Scholz*, Rupert (Hrsg.): Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche, München 1993.

Barz, Wolfgang/*Brinkmann*, Bernd/*Ewers*, Hans-Jürgen/*Hoppe*, Werner (Hrsg.): Vollzugsfragen im Umweltschutz, Symposium am 14. und 15. Juni 1993 in Münster, Münster 1994.

Battis, Ulrich: Grenzen der Einschränkung gerichtlicher Planungskontrolle, DÖV 1981, 433 ff.

Battis, Ulrich/*Krautzberger*, Michael/*Löhr*, Rolf-Peter: Baugesetzbuch, 7. Aufl. 1999.

Baudenbacher, Carl: Kartellrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte gesetzesersetzender Vereinbarungen zwischen Staat und Wirtschaft, JZ 1988, 689 ff.

Bauer, Hartmut: Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, VerwArch 78 (1987), 241 ff.

– Zum Gesetzesvorbehalt für die Handlungsform des Verwaltungsakts, NVwZ 1987, 112 f.

– Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?, Die Verwaltung 25 (1992), 301 ff.

Bauer, Martin/*Böhle*, Thomas/*Masson*, Christoph/*Samper*, Rudolf: Bayerische Kommunalgesetze, Loseblattsammlung München, Stand November 2000.

Bechmann, G(otthard): Strukturelle Probleme der Öffentlichkeitsbeteiligung bei umweltrelevanten Großvorhaben, in: Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und Kernforschungszentrum Karlsruhe (Hrsg.), Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von umweltrelevanten Großvorhaben, 2 Bände, Speyerer Forschungsberichte 70, Speyer 1988, Band 2, S. 41 ff.; zit.: *Bechmann*, Speyerer Forschungsberichte 70, Bd. 2.

Becker, Bernd: Öffentliche Verwaltung, Percha a. Starnberger See u.a. 1989.

- Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, in: König, Klaus/Siedentopf, Heinrich (Hrsg.), Öffentliche Verwaltung in Deutschland, Baden-Baden 1997, S. 435 ff.

- Radikaltheoretischer Nachweis der Unzulässigkeit des nachgebenden (sog. kooperativen) Verwaltungshandelns (Vergleichsvertrag), in: Dose, Nicolai/Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Kooperatives Recht, Baden-Baden 1995, S. 271 ff.

Becker, Bernd/*Bull*, Hans Peter/*Seewald*, Otfried (Hrsg.): Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1993.

Becker, Jürgen: Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung, DÖV 1985, 1003 ff.

Becker-Schwarze, Kathrin/*Köck*, Wolfgang/*Kupka*, Thomas/*Schwanenflügel*, Matthias von (Hrsg.): Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, Stuttgart u.a. 1991.

Beckmann, Martin: Die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsvorschriften im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DVBl 1987, 611 ff.

Bender, Bernd/*Sparwasser*, Reinhard/*Engel*, Rüdiger: Umweltrecht, 4. Auflage Heidelberg 2000.

Benz, Arthur: Verhandlungen, Verträge und Absprachen in der öffentlichen Verwaltung, Die Verwaltung 23 (1990), 83 ff.

- Verhandlungen ohne Vermittlung. Der Fall „Rastatt", IUR 1990, S. 45 ff.

- Kooperative Verwaltung, Baden-Baden 1994.

Benz, Arthur/*Seibel*, Wolfgang (Hrsg.): Zwischen Kooperation und Korruption, Baden-Baden 1992.

Berg, Wilfried: Stichwort „Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Verträge", in: Bunte, Hermann J./Stober, Rolf (Hrsg.), Lexikon des Rechts der Wirtschaft, Loseblattsammlung, Neuwied, Stand 29.8.1998.

- Zur Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren, Die Verwaltung 9 (1976), 161 ff.

- Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, Berlin 1980.

- Vom Wettlauf zwischen Recht und Technik, JZ 1985, 401 ff.

- Die behördliche Warnung – Eine neue Handlungsform des Verwaltungsrechts?, ZLR 1990, 565 ff. = in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), Deutsches und europäisches Lebensmittelrecht, Bayreuth 1991, S. 145 ff.
- Die wirtschaftliche Betätigung des Staates als Verfassungsproblem, GewArch 1990, 225 ff.
- Die Problematik der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, dargestellt am Beispiel der „Novel-Food"-Verordnung (NFV), ZLR 1993, 455 ff. (ergänzte und aktualisierte Fassung, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), „Novel Food", 2. Aufl. Bayreuth 1995, S. 111 ff.).
- Riskmanagement im Rechtsstaat im Beispiel der Novel Food-Verordnung, ZLR 1998, 375 ff. = in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), Neuartige Lebensmittel – Problemaufriß und Lösungsansätze, Bayreuth 1999, S. 31 ff.
- Subventionsverfahren und Subventionsvergabe zwischen Effizienz und Formalisms, GewArch 1999, 1 ff. = in: Stober, Rolf/Vogel, Hanspeter (Hrsg.), Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand, Köln u.a. 1999, S. 97 ff. (zit. nach GewArch).
- Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, kommunale Selbstverwaltung und Wettbewerb, Wirtschaft und Verwaltung 2000, 141 ff.; zit: *Berg* in: WiVerw 2000.
- Die Verwaltung und ihre Richter – Bindungswirkungen von Verwaltungsentscheidungen im Prozeß –, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, München 2001, S. 529 ff.; zit.: *Berg* in: Fs. f. Maurer.

Berner, Georg/*Köhler*, Gerd Michael: Polizeiaufgabengesetz, 16. Aufl. München 2000.

Bertelsmann Lexikon Verlag: Die neue deutsche Rechtschreibung, 1996.

Bettermann, Karl August: Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959), S. 118 ff.

Beulke, Werner/*Satzger*, Helmut: Der fehlgeschlagene Deal und seine Folgen, JuS 1997, 1072 ff.

Beyer, Wolfgang: Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörden und Selbstverpflichtung von Privaten als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986.

Beyerlin, Ulrich: Schutzpflichten der Verwaltung gegenüber dem Bürger außerhalb des formellen Genehmigungsverfahrens?, NJW 1987, 2713 ff.

Biedenkopf, Kurt: Regierungs- und Verwaltungsprobleme in einem neuen Bundesland, Speyerer Vorträge, Heft 10, Speyer 1994.

Blankenburg, Erhard/*Lenk*, Klaus (Hrsg.): Organisation und Recht. Organisatorische Bedingungen des Gesetzesvollzugs, Jahrbuch für Rechtstheorie 7, Opladen 1980.

Bleckmann, Albert: Verfassungsrechtliche Probleme des Verwaltungsvertrags, NVwZ 1990, 601 ff.

- Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl., Köln u.a. 1997.

– Probleme des Grundrechtsverzichts, JZ 1988, 57 ff.

Bleckmann, Albert/*Eckhoff*, Rolf: Der „mittelbare" Grundrechtseingriff, DVBl 1988, 373 ff.

Blümel, Willi/*Merten*, Detlef/*Quaritsch*, Helmut (Hrsg.): Verwaltung im Rechtsstaat. Festschrift für Carl Hermann Ule zum 80. Geburtstag, Köln u. a. 1987.

Blümel, Willi/*Pfeil*, Martin R.: Gesundheitsbeeinträchtigung durch elektromagnetische Felder?, VerwArch 85 (1994), 451 ff.

Blümel, Willi/*Pitschas* Rainer (Hrsg.): Reform des Verwaltungsverfahrensrechts, Vorträge und Diskussionsbeiträge des Forschungsseminars am Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer vom 3. bis 5. März 1993, Berlin 1994.

Blümel, Willi/*Pitschas*, Rainer (Hrsg.): Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im Wandel der Staatsfunktionen, Vorträge und Diskussionsbeiträge der Verwaltungswissenschaftlichen Arbeitstagung 1994 des Forschungsinstituts für Öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 1997.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Auflage Heidelberg 1995, § 22.

Bohne, Eberhard: Informales Handeln im Gesetzesvollzug, in: Blankenburg, Erhard/ Lenk, Klaus (Hrsg.), Organisation und Recht. Organisatorische Bedingungen des Gesetzesvollzugs, Jahrbuch für Rechtstheorie 7 (1980), S. 20 ff.

– Der informale Rechtsstaat, Berlin 1981.

– Absprachen zwischen Industrie und Regierung in der Umweltpolitik, in: Gessner, Volkmar/Winter, Gerd (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 8 (1982), S. 266 ff.

– Informalität, Gleichheit und Bürokratie, in: Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Gegentendenzen zur Verrechtlichung, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 9 (1983), S. 202 ff.

– Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, VerwArch 75 (1984), 343 ff.

– Artikel „Informales Verwaltungshandeln", in: Kimminich, Otto/Lersner, Heinrich Freiherr von/Storm, Peter Christoph, Handwörterbuch des Umweltrechts, Band I, 2. Auflage Berlin 1994.

Böhret, Carl/*Hofmann*, Michael: Test der UVP-Durchführungsvorschriften im Planspiel, DÖV 1991, 901 ff.

Bosse, Wolfgang: Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, Berlin 1974.

Bossong, Horst: Der Sozialstaat am runden Tisch, Die Verwaltung 34 (2001), S. 145 ff.

Brandt, Edmund: Umsetzung von Ergebnissen informeller Aushandlungen in formelle Entscheidungen, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band II, Baden-Baden 1990, S. 239 ff.

Brandt, Jürgen/*Sachs*, Michael (Hrsg.): Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, Stuttgart u.a. 1999.

Braun, Johann: Recht und Moral im pluralistischen Staat, JuS 1994, 727 ff.

Breuer, Rüdiger: Die rechtliche Bedeutung der Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG im Genehmigungsverfahren, DVBl 1978, 28 ff.

– Gerichtliche Kontrolle der Technik, NVwZ 1988, 104 ff.

– Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?, NJW 1988, 2072 ff.

– Verhandlungslösungen aus der Sicht des deutschen Umweltschutzrechts, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, 1990, S. 231 ff.

Brohm, Winfried: Gesetzesvollzug als Handelsobjekt?, in: Heinz, Wolfgang (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung heute, 1986, S. 103 ff.

– Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1986, 321 ff.

– Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung, NVwZ 1988, 794 ff.

– Alternativen zum einseitigen hoheitlichen Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, Baden-Baden 1990, S. 253 ff.

– Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens – Straffung oder konsensuales Verwaltungshandeln?, NVwZ 1991, 1025 ff.

– Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen, DÖV 1992, 1025 ff.

– Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln, DVBl 1994, 133 ff.

Bull, Hans Peter: Über Formenwahl, Formenwahrheit und Verantwortungsklarheit in der Verwaltungsorganisation, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, München 2001, S. 545 ff.; zit.: *Bull* in: Fs. f. Maurer.

Bulling, Manfred: Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis, DÖV 1989, 277 ff.

– Umweltschutz und Wirtschaftsüberwachung, in: Hill, Hermann (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, Baden-Baden 1990, S. 147 ff.

Bullinger, Martin: Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben, Baden-Baden 1991.

– Beschleunigung von Investitionen durch Parallelprüfung und Verfahrensmanagement, JZ 1993, 492 ff.

– Flexibilität moderner Verwaltung und Gerichtsschutz des Bürgers, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, München 2001, S. 565 ff.; zit.: *Bullinger* in: Fs. f. Maurer.

Bunte, Hermann J./*Stober*, Rolf (Hrsg.): Lexikon des Rechts der Wirtschaft, Loseblattsammlung, Neuwied, Stand 29.8.1998.

Burgi, Martin: Privat vorbereitete Verwaltungsentscheidungen und staatliche Strukturschaffungspflicht, Die Verwaltung 33 (2000), 183 ff.

Burmeister, Joachim: Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), 190 ff.

– (Hrsg.): Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997.

Busse, Volker: Zur Gesetzgebungsarbeit der Bundesregierung, VerwArch 87 (1996), 445 ff.

Coing, Helmut/*Hirano*, Ryuichi/*Kitagawa*, Zentaro/*Murakami*, Junichi/*Nörr*, Knut Wolfgang/*Oppermann*, Thomas/*Shiono*, Hiroshi (Hrsg.): Die Japanisierung des westlichen Rechts. Japanisch-deutsches Symposium in Tübingen vom 26. bis 28. Juli 1988, Tübingen 1990.

Correll, Cathrin: Problembereiche und Möglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Vertrages, DÖV 1998, 363 ff.

Czada, Roland: Steuerung und Selbststeuerung der Verwaltung im Krisenfall. Reaktionen auf den radioaktiven Fallout nach „Tschernobyl", in: Benz, Arthur/Seibel, Wolfgang (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, Baden-Baden 1992, S. 153 ff.

Czybulka, Detlef: Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, Heidelberg 1989.

– Akzeptanz als staatsrechtliche Kategorie, Die Verwaltung 26 (1993), 27 ff.

Dauber, Gerlinde: Möglichkeiten und Grenzen kooperativen Verwaltungshandelns, in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.): Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, Suttgart u.a. 1991, S. 67 ff.

„*Deal*, Detlev aus Mauschelhausen": Der strafprozessuale Vergleich, StV 1982, 545 ff.

Deckert, Martina: Steuerung durch Recht – oder: Mehr Mut zur Normierung im Umwelt- und Technikrecht, ZRP 1995, 63 ff.

Degenhart, Christoph: Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, NJW 1989, 2435 ff.

Dempfle, Ulrich: Normvertretende Absprachen, Pfaffenweiler 1994.

Denninger, Erhard: Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 1992, § 113.

Depenheuer, Otto: Der Gedanke der Kooperation von Staat und Gesellschaft, in: Huber, Peter Michael (Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, Berlin 1999, S. 17 ff.

Detterbeck, Steffen/*Windthorst*, Kay/*Sproll*, Hans- Dieter: Staatshaftungsrecht, München 2000.

Di Fabio, Udo: System der Handlungsformen und Fehlerfolgenlehre, in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, Suttgart u.a. 1991, S. 47 ff.

– Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissem Sachverhalt, DÖV 1991, 629 ff.

– Verwaltungsvorschriften als ausgeübte Beurteilungsermächtigung, DVBl 1992, 1338 ff.

– Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Tübingen 1994.

– Gefahr, Vorsorge, Risiko, Jura 1996, 566 ff.

– Selbstverpflichtungen der Wirtschaft – Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang, JZ 1997, 969 ff.

– Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts, in: Huber, Peter Michael (Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1999, S. 37 ff.

Dolde, Klaus-Peter: Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht?, NVwZ 1982, 65 ff.

Dolderer, Michael: Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, München 2001, S. 609 ff.; zit.: *Dolderer* in: Fs. f. Maurer.

Dollinger, Walter: Bürgerbeteiligung in Genehmigungsverfahren von Großprojekten, Spardorf 1986.

Dose, Nicolai/*Voigt*, Rüdiger (Hrsg.): Kooperatives Recht, Baden-Baden 1995.

Dose, Nicolai: Kooperatives Recht, Die Verwaltung 27 (1994), 91 ff.

– Kooperatives Handeln der Umweltschutzverwaltung, in: Dose, Nicolai/Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Kooperatives Recht, Baden-Baden 1995, S. 91 ff.

– Die verhandelnde Verwaltung, Baden-Baden 1997.

Dragunski, Robert: Kooperation von Verwaltungsbehörden mit Unternehmen im Lebensmittelrecht, Bayreuth 1997.

Dreier, Horst: Informales Verwaltungshandeln, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), 647 ff.

– (Hrsg.): Grundgesetz, Band I, Tübingen 1996.

Druschel, Christoph: Die Verwaltungsaktbefugnis, Berlin 1999.

Duden, 1. Band: Rechtschreibung, 18. Auflage 1981.

Duden, Rechtschreibung, 21. Aufl. 1996.

Duden, Deutsches Universalwörterbuch A – Z, 2. Aufl. 1989.

Eberle, Carl-Eugen: Arrangements im Verwaltungsverfahren, Die Verwaltung 17 (1984), 439 ff.

– Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, DÖV 1984, 485 ff.

Ebinger, Barbara: Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik, Berlin 1993.

Ebsen, Ingwer: Der Bauplanungsgarantievertrag – ein neues Mittel vertraglicher Bindung der Gemeinde bei der Bauleitplanung?, JZ 1985, 57 ff.

Ehlers, Dirk: Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBl 1986, 912 ff.

Eidenmüller, Alfred: Das Gesetz über das Kreditwesen und die Postbank, DÖV 1986, 408 ff.

Ellwein, Thomas: Norm, Normalität und das Anormale – Entwurf einer Problem- und Forschungsskizze, in: Benz, Arthur/Seibel, Wolfgang (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, Baden-Baden 1992, S. 19 ff.

– Kooperatives Verwaltungshandeln im 19. Jahrhundert, in: Dose, Nicolai/Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Kooperatives Recht, Baden-Baden 1995, S. 43 ff.

– Perioden und Probleme der deutschen Verwaltungsgeschichte, VerwArch 87 (1996), 1 ff.

Enders, Christoph: Kompensationsregelungen im Immissionsschutzrecht, Berlin 1996.

Endres, Alfred/*Rehbinder*, Eckard/*Schwarze*, Reimund (Hrsg.): Umweltzertifikate und Kompensationslösungen aus ökonomischer und juristischer Sicht, Bonn 1994.

Engel, Christoph: Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung, Staatswissenschaften und Staatspraxis 9 (1998), 535 ff.

Engelbert, Anke: Konfliktmittlung und Demokratieprinzip, Diss. Berlin (FU) 1995.

Engelsberger, Christian: Der Vollzug europarechtlicher Vorschriften auf dem Gebiet des Umweltschutzes, Berlin 1998.

Erbguth, Wilfried/*Schink*, Alexander: Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (Kommentar), 2. Aufl. München 1996.

Erfmeyer, Klaus: Der nichtmaterielle Verwaltungsakt – rechtswidrige und überflüssige Fiktion, DÖV 1996, 629 ff.

– Die Beseitigung einer Ungewißheit über den Sachverhalt durch Abschluß eines Vergleichsvertrags, DVBl 1998, 753 ff.

Erichsen, Hans-Uwe: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Jura 1995, 550 ff.

– (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage Berlin u.a. 1998.

Eversberg, Sandra Stefanie: Der Zeitfaktor im bundesimmissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, Diss. Tübingen 1999.

Eyermann, Erich (Begr.): Verwaltungsgerichtsordnung, 11. Aufl. München 2000.

Faber, Angela: Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Selbstverpflichtungen Köln 2001.

Fichtner, Harald: Die Fraktion im Bayerischen Gemeinderecht, Bayreuth 1997.

Fluck, Jürgen/*Schmitt*, Thomas: Selbstverpflichtungen und Umweltvereinbarungen – rechtlich gangbarer Königsweg deutscher und europäischer Umweltpolitik?, VerwArch 89 (1998), 220 ff.

Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und Kernforschungszentrum Karlsruhe (Hrsg.): die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von Umweltrelevanten Großvorhaben, 2 Bände, Speyerer Forschungsberichte 70, Speyer 1988.

Forsthoff, Ernst: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. München 1951; 10. Aufl. München 1973.

Franßen, Everhardt: Vollzugsprobleme durch ständiges Drehen des Gesetzgebers an der Regulierungsschraube [Pressegespräch], DVBl 1995, 337 ff.

Franßen, Everhardt/*Redeker*, Konrad/*Schlichter*, Otto/*Wilke*, Dieter (Hrsg.): Bürger – Richter – Staat, Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt, München 1991.

Frenz, Walter: Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, Tübingen 2001.

Fujita, Tokiyasu: Gyoseishido – Rechtsprobleme eines Hauptmittels der gegenwärtigen Verwaltung in Japan, Die Verwaltung 15 (1982), S.226 ff.

– Streitvermeidung und Streiterledigung durch informelles Verwaltungshandeln in Japan (Übersetzt von *Lenz*, Karl-Friedrich), NVwZ 1994, 133 ff.

Gaentzsch, Günter: Aufgaben der Öffentlichen Verwaltung – Bestandsaufnahme und Kritik –, 2., unveränderte Auflage Speyer 1994, Speyerer Forschungsberichte 113, zit.: *Gaentsch*, Speyerer Forschungsberichte 113.

Gallwas, Hans-Ullrich: Faktische Beeinträchtigungen im Rahmen der Grundrechte, Berlin 1970.

– Grundrechte, 2. Aufl. Neuwied 1995.

Gallwas, Hans-Ullrich/*Mößle*, Wilhelm: Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 2. Aufl. Stuttgart u.a. 1996.

Gassner, Erich/*Bendomir-Kahlo*, Gabriele/*Schmidt-Räntsch*, Anette/*Schmidt-Räntsch*, Jürgen: Bundesnaturschutzgesetz, München 1996.

Gassner, Ulrich: Das Bayerische UVP-Richtlinie Umsetzungsgesetz – BayUVPRLUG, BayVBl 2000, 289 ff.

Gentzcke, Dieter: Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht. Eine verwaltungs- und strafrechtsdogmatische Untersuchung am Beispiel der behördlichen Duldung im Wasserrecht, Freiburg i.Br. 1990.

Gerhardt, Michael: Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, NJW 1989, 2233 ff.

Gessner, Volkmar/*Winter*, Gerd (Hrsg.): Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 8, Opladen 1982.

Gloede, F(ritz): Strukturelle Rahmenbedingungen und Vorgeschichte der Öffentlichkeitsbeteiligung zu GKN II, in: Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und Kernforschungs-

zentrum Karlsruhe (Hrsg.), Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von umweltrelevanten Großvorhaben, Bd. 1, Speyerer Forschungsberichte 70, Speyer 1988, S. 81 ff; zit.: *Gloede* in: Speyerer Forschungsberichte 70, Bd. 1.

Gorny, Dietrich: Haftungsfragen bei der Kooperation von Behörden und Unternehmen im Lebensmittelrecht (Produkthaftung, Gefährdungshaftung, Amtshaftung), ZLR 1993, 283 ff.

Götz, Volkmar/*Klein*, Hans Hugo/*Starck*, Christian (Hrsg.): Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, München 1985.

Grigoleit, Klaus Joachim: Normative Steuerung von kooperativer Planung, Die Verwaltung 33 (2000), 79 ff.

Grimm, Dieter: Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: ders., Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 291 ff.

– (Hrsg., unter Mitwirkung von Evelyn Hagenah): Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990.

– (Hrsg., unter Mitarbeit von Evelyn Hagenah): Staatsaufgaben, 1994, Suhrkamp-Lizenzausgabe.

Groeben, Klaus von der: Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Verwaltungsgesetzes unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein, DVBl 1966, 289 ff.

Grohe, Rainer: Selbstverpflichtungen und Vereinbarungen im Umweltschutz, Wirtschaft und Verwaltung 1999, 177 ff.; zit: *Grohe*, WiVerw 1999, 177 ff.

Gröschner, Rolf: Das Überwachungsrechtsverhältnis, Tübingen 1992.

Grüter, Manfred: Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, Düsseldorf 1990.

Grziwotz, Herbert: Einführung in die Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, JuS 1998, 807 ff.

Günther, Klaus: Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 51 ff.

Gurlit, Elke: Verwaltungsvertrag und Gesetz, Tübingen 2000.

Gusy, Christoph: Der Vorrang des Gesetzes, JuS 1983, 189 ff.

– Verwaltung durch Verhandlung und Vermittlung, ZfU 1990, 353 ff.

– Verwaltung durch Information, NJW 2000, 977 ff.

– Kooperation als staatlicher Steuerungsmodus, ZUR 2001, 1 ff.

Gutmann, Thomas: Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, München 2001.

Guttenberg, Ulrich: Unmittelbare Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften? – EuGH, NVwZ 1991, 866 und 868, JuS 1993, 1006 ff.

Häberle, Peter: Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 43 ff. = in: ders., die Verfassung des Pluralismus, Königstein/Ts. 1980, S. 163 ff.; zit. nach VVDStRL.

– Effizienz und Verfassung, AöR 98 (1973), 625 ff.

– Verfassungsprinzipien „im" Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Schmitt Glaeser, Walter (Hrsg.), Verwaltungsverfahren. Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlages, Stuttgart u.a. 1977, S. 47 ff.

– Das Verwaltungsrechtsverhältnis – Eine Problemskizze, in: *ders.*, Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/Ts. 1980, S. 248 ff.

– Die Verfassung des Pluralismus, Konigstein/Ts. 1980.

– Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 45 (1987), 251 ff.

Hagenah, Evelyn: Neue Instrumente für eine neue Staatsaufgabe: Zur Leistungsfähigkeit prozeduralen Rechts im Umweltschutz, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, Suhrkamp-Lizenzausgabe, S. 487 ff.

– Prozeduraler Umweltschutz, Baden-Baden 1996.

Hager, Günter: Konflikt und Konsens – Überlegungen zu Sinn, Erscheinung und Ordnung der alternativen Streitschlichtung, Tübingen 2001.

Haussühl, Tilman: Die Staatliche Warnung im System des Öffentlichen Rechts, VBlBW 1998, 90 ff.

Haverkate, Görg: Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 45 (1987), 261 f.

Heider, Karsten: Die Bedeutung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht, Aachen 1995.

Heintzen, Markus: Die öffentliche Warnung als Handlungsform der Verwaltung?, in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, Suttgart u.a. 1991, S. 167 ff.

Heinz, Wolfgang (Hrsg.): Rechtstatsachenforschung heute, Konstanz 1986.

Helberg, Andreas: Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltschutzes, Sinzheim 1999.

Held, Jürgen: Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, Berlin 1984.

Hendler, Reinhard: Verwaltungsvorschriften zur Konkretisierung technischer Standards im Umweltrecht, in: Marburger, Peter/Reinhardt, Michael/Schröder, Meinhard, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1987, Düsseldorf 1987, S. 55 ff; zit.: Jahrbuch UTR 1997.

Henke, Wilhelm: Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts, JZ 1992, 541 ff.

Henneke, Hans-Günter: Informelles Verwaltungshandeln im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, NuR 1991, 267 ff.

Herdegen, Matthias: Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, JZ 1991, 747 ff.

Hermes, Georg/*Wieland*, Joachim: Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens. Dogmatische Folgen behördlicher Untätigkeit im Umwelt- und Steuerrecht, Heidelberg 1988.

Hertwig, Stefan: Das Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitgliedschaft Versicherter in einer gesetzlichen Krankenkasse, 1989.

Hill, Hermann: Verfahrensermessen der Verwaltung, NVwZ 1985, 449 ff.

– Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1986.

– Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, NJW 1986, 2602 ff.

– Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns, DÖV 1987, 885 ff.

– Akzeptanz des Rechts – Notwendigkeit eines besseren Politikmanagements?, JZ 1988, 377 ff.

– Das hoheitliche Moment im Verwaltungsrecht der Gegenwart, DVBl 1989, 321 ff.

– Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, NVwZ 1989, 401 ff.

– Integratives Verwaltungshandeln – Neue Formen von Kommunikation und Bürgermitwirkung, DVBl 1993, 973 ff. = in: Blümel, Willi/Pitschas, Rainer, Reform des Verwaltungsverfahrensrechts; Berlin 1994, S. 339 ff.

– (Hrsg.): Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen. Bericht über die Verwaltungswissenschaftliche Fachtagung der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften und der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer vom 12. bis 14. April 1989 in Speyer, Baden-Baden 1990.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982), 187 ff.

– Konfliktmittler in Verwaltungsverhandlungen, Heidelberg 1989.

– Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe – Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes –, AöR 115 (1990), 400 ff.

– Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, Baden-Baden 1990, S. 13 ff.

– Verwaltungsrechtsreform – Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes –, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt Aßmann, Eberhard/Schuppert, Gunnar-Folke (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 115 ff.

– Ökologisch orientiertes Verwaltungsverfahrensrecht – Vorklärungen, AöR 119 (1994), 590 ff.

– Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Vorüberlegungen, DVBl 1994, 1381 ff.

- Von der Antragsbindung zum konsentierten Optionenermessen, DVBl 1994, 605 ff.
- Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1998, S. 11 ff.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/*Schmidt-Aßmann*, Eberhard (Hrsg.): Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 2 Bände, Baden-Baden 1990.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/*Schmidt-Aßmann*, Eberhard: Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1998.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/*Schmidt Aßmann*, Eberhard/*Schuppert*, Gunnar-Folke (Hrsg.): Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993.

Höfling, Wolfram/*Krings*, Günter: Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Begriff, Typologie, Fehlerlehre, JuS 2000, 625 ff.

Hölzl, Josef/*Hien*, Eckart: Gemeindeordnung mit Landkreisordnung und Bezirksordnung, Band I: Gemeindeordnung, Loseblattsammlung München, Stand: Juni 2000.

Holzer, Alfred: Die Selbstnormierung im Lebensmittelrecht, Baden-Baden 2000.

Holznagel, Bernd: Konfliktlösung durch Verhandlungen, Baden-Baden 1990.

Hoppe, Werner: Durch Soll-Vorschriften „intendierte" Ziele der Raumordnung und ihre Bezüge zu „intendiertem Ermessen", in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, München 2001, S. 625 ff.; zit.: *Hoppe* in: Fs. f. Maurer.

- (Hrsg.): Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG), Köln u.a. 1995.

Hoppe, Werner/*Beckmann*, Martin: Zur rechtlichen Unbedenklichkeit der alternativlosen Übernahme des Projektentwurfes eines privaten Vorhabenträgers durch die planende Gemeinde, DVBl 1987 1249 ff.

Hoppe, Werner/*Beckmann*, Martin/*Kauch*, Petra: Umweltrecht, 2. Aufl. München 2000.

Hoppe, Werner/*Grotefels*, Susan: Öffentliches Baurecht, München 1995.

Hoppenberg, Michael/*Meiners*, Claus/*Martens*, Claus-Peter: Die Zulässigkeit von Mobilfunkbasisstationen aus bau- und immissionsschutzrechtlicher Sicht, NVwZ 1997, 12 ff.

Horn, Hans-Detlef: Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, Tübingen 1999.

Horn, Norbert: Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Heidelberg 1996.

Hösch, Ulrich: Form und Art der Begründung der Bewertung mündlicher Prüfungsleistungen – BVerwGE, NJW 1996, 2670, JuS 1997, 602 ff.

- Freiheit und Eigentum, Tübingen 2000.
- Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, Tübingen 2000.

- Der öffentliche Zweck als Voraussetzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit, GewArch 2000, 1 ff.
- Der Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Atomenergie – eine Eigentumsfrage?, ThürVBl 2000, 217 ff.
- Das Bayerische Gesetz zur Umsetzung der UVP-Richtlinie, NVwZ 2001, 519 ff.

Hövel, Jörg auf dem: Politisierung der öffentlichen Verwaltung durch die Parteien?, Ursachenforschung und normative Debatte, ZParl 1996, 82 ff.

Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Erster Band, 2. Aufl. Tübingen 1953, Zweiter Band, 2. Aufl. Tübingen 1954.

Huber, Peter Michael: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Heidelberg 1997.

- (Hrsg.): Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, Berlin 1999.

Hübner, Ulrich/*Ebke*, Werner F. (Hrsg.): Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999.

Hucklenbruch, Gabriele: Umweltrelevante Selbstverpflichtungen – ein Instrument progessiven Umweltschutzes?, Berlin 2000.

Hufen, Friedhelm: Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Auflage Baden-Baden 1998.

- Heilung und Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, JuS 1999, 313 ff.
- Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl. München 2000.

Hummel, Konrad: Lizenz und Frequenzzuteilung beim Unternehmenskauf, Kommunikation & Recht 2000, 291 ff.; zit.: *Hummel*, K & R 2000, 291.

Ibler, Martin: Grundrechtseingriff und Gesetzesvorbehalt bei Warnungen durch Bundesorgane in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, München 2001, S. 145 ff.; zit.: *Ibler* in: Fs. f. Maurer.

Ipsen, Jörn: Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Vewaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), 177 ff.

- Allgemeines Verwaltungsrecht, Köln u. a. 2000.

Ipsen, Knut: Völkerrecht, 4. Aufl. München 2000.

Isensee, Josef: Die typisierende Verwaltung, Berlin 1976.

- Mehr Recht durch weniger Gesetze?, ZRP 1985, 139 ff. = in: Rupert Scholz (Hrsg.), Wandlungen in Technik und Wirtschaft als Herausforderung des Rechts, 1985, S. 337 ff.
- Buchbesprechung zu Schulze-Fielitz, Helmuth, Der informale Verfassungsstaat, Berlin 1984, DVBl 1986, 955 ff.
- Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte, in:, S. 485 ff.; zit.: *Isensee* in: Fs. f. Großfeld.

Isensee, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Heidelberg 1987; Band III, Heidelberg 1988; Band V, Heidelberg 1992.

Ismayr, Wolfgang: Der Deutsche Bundestag. Funktionen – Willensbildung – Reformansätze, Opladen 1992.

Jäckle, Wolfgang: Die Haftung der öffentlichen Verwaltung aus culpa in contrahendo im Licht der oberinstanzlichen Rechtsprechung, NJW 1990, 2520 ff.

Jarass, Hans D.: Effektuierung des Umweltschutzes gegenüber bestehenden Anlagen, DVBl 1985, 193 ff.

– Reichweite des Bestandsschutzes industrieller Anlagen gegenüber umweltrechtlichen Maßnahmen, DVBl 1986, 314 ff.

– Der rechtliche Stellenwert technischer und wissenschaftlicher Standards. Probleme und Lösungen am Beispiel der Umweltstandards, NJW 1987, 1225 ff.

– Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG), Kommentar, 4. Auflage München 1999.

– Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, JuS 1999, 105 ff.

Jarass, Hans D./*Pieroth*, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Auflage München 2000.

Jhering, Rudolf v.: Der Zweck im Recht, Erster Band, 4. Aufl. 1904; Neudruck Wiesbaden 1970, hrsg. v. Helfer, Christian.

– Geist des Römischen Rechts, Zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4. Aufl. 1883; Neudruck als 8. Auflage Darmstadt 1954.

Jochum, Georg: Sicherheiten für Rückzahlungsansprüche staatlicher Zuwendungen, in: Ziemske, Burkhardt/Langheidt, Theo/Wilms, Heinrich/Haverkate, Görg (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 1193 ff.; zit.: *Jochum* in: Fs. f. Kriele.

Kaiser, Joseph H.: Industrielle Absprachen im öffentlichen Interesse, NJW 1971, 585 ff.

Katz, Alfred: Staatsrecht, 14. Auflage Heidelberg 1999.

Käß, Robert: Inhalt und Grenzen des Grundsatzes der Planerhaltung, Berlin 2002 (im Erscheinen).

Kautz, Steffen: Verhaltenslenkende Verwaltungsvorschriften und ihre unterschiedliche Bindungswirkung, GewArch 2000, 230 ff.

Keller, Robert: Vorvertragliche Schuldverhältnisse im Verwaltungsrecht, Berlin 1997.

Kelsen, Hans: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, AöR 31 (1913), 53 ff. u. 190 ff.

Kemper, Klaus: Der vorläufige Verwaltungsakt, Baden-Baden 1990.

– Der vorläufige Verwaltungsakt, DVBl 1989, 981 ff.

Ketteler, Gerd: Instrumente des Umweltrechts, 2. Teil, JuS 1994, 909 ff.

Kimminich, Otto/*Lersner*, Heinrich Freiherr von/*Storm*, Peter Christoph (Hrsg.): Handwörterbuch des Umweltrechts, 2 Bände, 2. Auflage Berlin 1994.

Kippes, Stephan: Bargaining – Informales Verwaltungshandeln und Kooperation zwischen Verwaltungen, Bürgern und Unternehmen, Köln u.a. 1995.

Kirchhof, Ferdinand: Die Baurechtsnovelle von 1979 als Rechtswegsperre – Zur Vereinbarkeit der §§ 155a und b mit Art. 19 IV GG, NJW 1981, 2382 ff.

– Der Verwaltungsakt auf Zustimmung, DVBl 1985, 651 ff.

– Normenflut – Dilemma ohne Ausweg?, in: Scholz, Rupert (Hrsg.), Wandlungen in Technik und Wirtschaft als Herausforderung des Rechts, 1985, S. 257 ff.

Kirchhof, Paul: Mittel staatlichen Handelns, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, Heidelberg 1988, § 59.

– Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung? NJW 2001, 1332 ff.

Kisker, Gunter: Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, 1313 ff.

Kloepfer, Michael: Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, 685 ff.

– Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates, JZ 1991, 737 ff.

– Alte und neue Handlungsformen staatlicher Steuerung im Umweltbereich, in: König, Klaus/Dose, Nicolai (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns, Köln u.a. 1993, S. 329 ff.

– Marktwirtschaft und Umweltschutz als Rechtsproblem, Jura 1993, 583 ff.

– Technikverbot durch gesetzgeberisches Unterlassen? – Zur Entscheidung des VGH Kassel vom 6. November 1989, in: Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche, München 1993, S. 755 ff.; zit.: *Kloepfer* in: Fs. f. Lerche.

– „Gyosei Shido" und das informelle Verwaltungshandeln im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland. Unter besonderer Berücksichtigung der rechtlichen Problematik von Umweltabsprachen (Korreferat), in: Coing, Helmut/Hirano, Ryuichi/Kitagawa, Zentaro/Murakami, Junichi/Nörr, Knut Wolfgang/Oppermann, Thomas/Shiono, Hiroshi (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts, Tübingen 1990, S. 83 ff.

– Umweltrecht, 2. Aufl. München 1998.

Knack, Hans Joachim (Begr.): Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), 7. Auflage Köln u.a., 2000.

Knebel, Jürgen/*Wicke*, Lutz/*Michael*, Gerhard: Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, Forschungsbericht 296 18 081, UBA-FB-98-123 im Auftrag des Umweltbundesamtes, Berlin 1999.

Knemeyer, Franz-Ludwig: Bayerisches Kommunalrecht, 10. Auflage Stuttgart u.a. 2000.

Koch, Hans-Joachim/*Scheuing*, Dieter H. (Hrsg.): Gemeinschaftskommentar zum Bundesimmissionsschutzgesetz, Loseblattsammlung Düsseldorf, Stand 8.9.2000; zit.: *Verf.* in: Koch/Scheuing, GK-BImSchG.

König, Hans-Günther: Der vorläufige Verwaltungsakt, BayVBl 1989, 33 ff.

König, Klaus: Rechtliche und tatsächliche Formen des Verwaltungshandelns, VR 1990, 401 ff.

König, Klaus/*Dose*, Nicolai (Hrsg.): Instrumente und Formen staatlichen Handelns, Köln u.a. 1993.

König, Klaus/*Laubinger*, Hans-Werner/*Wagener*, Frido (Hrsg.): Öffentlicher Dienst. Festschrift für Carl Hermann Ule zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1977.

König, Klaus/*Siedentopf*, Heinrich (Hrsg.): Öffentliche Verwaltung in Deutschland, Baden-Baden 1997.

Konzak, Olaf: Analogie im Verwaltungsrecht, NVwZ 1997, 872 ff.

Kopp, Ferdinand J.: Verwaltungsakte unter Vorbehalt und sonstige vorläufige Verwaltungsakte, DVBl 1989, 238 ff.

Kopp, Ferdinand O.: Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, München 1971.

Kopp, Ferdinand O./*Ramsauer*, Ulrich: Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage München 2000.

Kopp, Ferdinand O./*Schenke*, Wolf-Rüdiger: Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Auflage München 2000.

Köpp, Tobias: Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, Berlin 2001.

Körner, Peter: Informelles Verwaltungshandeln im Umweltrecht, Frankfurt a.M. u.a. 2000.

Krahl, Wilfried: Wie weit ist das Parlament tatsächlich in der Lage, die Verwaltung zu kontrollieren?, Diss. Hamburg 1978/79, S. 28 ff.

Krause, Peter: Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Berlin 1974.

– Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, VVDStRL 45 (1987), 212 ff.

Krebs, Walter: Kompensation von Verwaltungsverfahrensfehlern durch gerichtlichen Rechtsschutz?, DVBl 1984, 109 ff.

– Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht, DÖV 1989, 969 = in: Hill, Hermann (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, Baden-Baden 1990, S. 77 ff.

– Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), 248 ff.

Kreßel, Eckhard: Der „vorläufige" Verwaltungsakt, BayVBl 1989, 65 ff.

Kroeschell Karl (Hrsg.): Recht und Verfahren, Symposion der Rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka, Heidelberg 1993.

Kuhla, Wolfgang/*Hüttenbrink*, Jost: Endstation Einzelrichter, DVBl 1996, 717 ff.

Kunig, Philip: Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, Baden-Baden 1990, S. 43 ff.

– Verträge und Absprachen Zwischen Verwaltung und Privaten, DVBl 1992, 1193 ff.

– Einzelfallentscheidung durch Gesetz, Jura 1993, 308 ff.

Kunig, Philip/*Paetow*, Stefan/*Versteyl*, Ludger-Anselm: Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, München 1998.

Kunig, Philip/*Rublack*, Susanne: Aushandeln statt Entscheiden?, Jura 1990, 1 ff.

Küpper, Georg/*Bode*, Karl-Christoph: Absprachen im Strafprozeß – Bilanz einer zehnjährigen Diskussion –, 2 Teile, Jura 1999, 351 ff. und 393 ff.

Ladeur, Karl-Heinz: Recht auf Abwägung als Verfahrensrecht, UPR 1985, 149 ff.

– Die Zukunft des Verwaltungsakts – Kann die Handlungsformenlehre aus dem Aufstieg des „informalen Verwaltungshandelns" lernen? –, VerwArch 86 (1995), 511 ff.

Lamb, Irene: Kooperative Gesetzeskonkretisierung, Baden-Baden 1995.

Landel, Christoph: Die Umweltverträglichkeitsprüfung in parallelen Zulassungsverfahren, Berlin 1995.

Landmann, Robert von/*Rohmer*, Gustav (Hrsg.): Umweltrecht, Band I: Bundes-Immissionsschutzgesetz; Band II: Durchführungsvorschriften zum Bundes-Immissionsschutzgesetz, Loseblattsammlung München, Stand 1. Oktober 2000.

Lange, Klaus: Staatliche Steuerung durch offene Zielvorgabe im Lichte der Verfassung, VerwArch 82 (1991), 1 ff.

Langenfeld, Christine: Die rechtlichen Rahmenbedingungen für einen Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, DÖV 2000, 929 ff.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl. München 1987.

Larenz, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts Band II: Besonderer Teil/2. Halbband, 13. Aufl. München 1994.

Larenz, Karl/*Wolf*, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. München 1997.

Lässig, Curt Lutz: Rechtsschutz gegen Leistungsbewertungen in beamtenrechtlichen Ausbildungsverhältnissen, DÖV 1983, 876 ff.

Lecheler, Helmut: Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, BayVBl 1992, 545 ff.

Leibholz, Gerhard/*Faller*, Hans Joachim/*Mikat*, Paul/*Reis*, Hans (Hrsg.): Menschenwürde und Freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974.

Leidinger, Tobias: Hoheitliche Warnungen, Empfehlungen und Hinweise im Spektrum staatlichen Informationshandelns, DÖV 1993, 925 ff.

Leisner, Walter: Städtebauliche Entwicklungsmaßnahmen und Eigentum Privater. Zum neuen Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz, NVwZ 1993, 935 ff.

– Der unsichtbare Staat, Machtabbau oder Machtverschleierung?, Berlin 1994.

Lerche, Peter/*Schmitt Glaeser*, Walter/*Schmidt-Aßmann*, Eberhard: Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, Heidelberg 1984.

Lersner, Heinrich Freiherr von: Buchbesprechung von: Randelzhofer, Albrecht/ Wilke, Dieter, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, Berlin 1981, NJW 1982, 2812 ff.

– Verwaltungsrechtliche Instrumente des Umweltschutzes, Berlin u.a. 1983.

Leßmann, Herbert/*Großfeld*, Bernhard/*Vollmer*, Lothar: Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, Köln u.a. 1989.

Lischke, Anett: Tauschgerechtigkeit und öffentlich-rechtlicher Vertrag, Berlin 2000.

Littbarski, Sigurd: Die Haftung aus culpa in contrahendo im öffentlichen Recht, JuS 1979, 537 ff.

Lorenz, Dieter: Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, AöR 105 (1980), 623 ff.

Lotz, Klaus Werner: Sechstes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung, BayVBl 1997, 257 ff.

Löwer, Wolfgang: Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, NVwZ 1986, 793 ff.

Lübbe-Wolff, Gertrude: Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht – Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits?, NuR 1989, 295 ff. = in: Benz, Arthur/ Seibel, Wolfgang (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, 1992, S. 209 ff.

Lücke, Jörg: Vorläufige Staatsakte, Tübingen 1991.

Luhmann, Niklas: Funktionen und Folgen formaler Organisation, 2. Aufl. Berlin 1972.

– Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. Frankfurt a.M. 1978.

Lukes, Rudolf: Technik und Recht, in: Rupert Scholz (Hrsg.), Wandlungen in Technik und Wirtschaft als Herausforderung des Rechts, 1985, S. 40 ff.

Malorny, Michael: Der Grundrechtsverzicht, JA 1974, 475 ff.

Mangoldt, Hermann von/*Klein*, Friedrich/*Starck*, Christian (Hrsg.): Grundgesetz, Band 1, München 1999; Band 2 München 2000.

Maunz, Theodor/*Dürig*, Günter/*Herzog*, Roman/*Scholz*, Rupert: Grundgesetz – Kommentar, 4 Bände, Loseblattsammlung München, Stand September 1991; zit.: Maunz/Dürig.

Maurer, Hartmut: Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), 135 ff.

– Rechtstatsachenforschung im Bereich des Verwaltungsrechts, in: Heinz, Wolfgang (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung heute, Konstanz 1986, S. 125 ff.

– Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten, DVBl 1989, 798 = in: Hill, Hermann (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, Baden-Baden 1990, S. 15 ff.

– Staatsrecht, München 1999.

– Allgemeines Verwaltungsrecht,13. Aufl. München 2000.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 3. Aufl. Leipzig 1924, Nachdruck Berlin 1969.

Mayntz, Renate (Projektleitung)/*Derlien*, Hans-Ulrich/*Bohne*, Eberhard/*Hesse*, Beate/*Hucke*, Jochen/*Müller*, Axel: Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, Hrsg. vom Rat der Sachverständigen für Umweltpolitik, Stuttgart 1978; zit.: *Mayntz* u.a., Vollzugsprobleme in der Umweltpolitik.

Meiendresch, Uwe: Das gestufte Baugenehmigungsverfahren, Düsseldorf 1991.

Meissner, Claus: Die Novellierung des Verwaltungsprozeßrechts durch das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung, VBlBW 1997, 81 ff.

Merten, Detlef: Zur negativen Meinungsfreiheit, DÖV 1990, 761 ff.

Meyer, Hans/*Borgs-Maciejewski*, Hermann: Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1982, zit.: *Meyer/Borgs*, VwVfG.

Meyn, Karl-Ulrich: Warnung der Bundesregierung vor Jugendsekten, BVerwG, NJW 1989, 2272, und BVerfG, NJW 1989, 3269, JuS 1990, 630 ff.

Mößle, Wilhelm: Regierungsfunktionen des Parlaments, München 1986.

– Inhalt, Zweck und Ausmaß. Zur Verfassungsgeschichte der Verordnungsermächtigung, Berlin 1990.

Müggenborg, Hans-Jürgen: Formen des Kooperationsprinzips im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 1990, 909 ff.

Mühlenbruch, Ferdinand: Außenwirksame Normkonkretisierung durch „Technische Anleitungen", Baden-Baden 1991.

Müller, Georg/*Rhinow*, René A./*Schmid*, Gerhard/*Wildhaber*, Luzius (Hrsg.): Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982.

Münch, Ingo von/*Kunig*, Philip: Grundgesetz – Kommentar Band 1, 5. Auflage München 2000.

Murswiek, Dietrich: Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht, JZ 1988, 985 ff.

– Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), 207 ff.

– Das sogenannte Kooperationsprinzip – ein Prinzip des Umweltschutzes, ZUR 2001, 7 ff.

Mutius, Albert von: Zulässigkeit und Grenzen verwaltungsrechtlicher Verträge über kommunale Folgelasten, VerwArch 65 (1974), 201 ff.

– Die Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung, Jura 1979, S. ÖR 1 ff.

Neumann, Volker: Der informelle Sozialstaat, VSSR 1993, 119 ff.

Nickel, Dietmar: Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft – Die öffentlich-rechtlichen Aspekte der Selbstbeschränkungsabkommen der deutschen Industrie, Diss. Hamburg 1979.

Niehues, Hermann: Prüfungsrecht, 3. Aufl. München 1994.

- Akzeptanzprobleme bei der Errichtung umwelttechnischer Anlagen, in: Barz, Wolfgang/Brinkmann, Bernd/Ewers, Hans- Jürgen/Hoppe, Werner (Hrsg.) Vollzugsfragen im Umweltschutz, Münster 1994, S. 135 ff.

Niemöller, Martin: Absprachen im Strafprozeß, StV 1990, 34 ff.

Nöll, Ernst-Wilhelm: Die Rückforderung fehlgeschlagener Subventionen, 1987.

Oberrath, Jörg-Dieter/*Hahn*, Oliver: Ende des effektiven Rechtsschutzes? Die Änderungen der VwGO und des VwVfG, VBlBW 1997, 241 ff.

Oebbecke, Janbernd: Die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen, DVBl 1986, 793 ff.

- Beratung durch Behörden, DVBl 1994, 147 ff.

Ohashi, Yoichi: Verwaltungsvorschriften und informelles Verwaltungshandeln: Zum besseren Verständnis der Verwaltungspraxis Japans, VerwArch 82 (1991), S. 220 ff.

Öhlinger, Theo: Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, VVDStRL 45 (1987), 182 ff.

Oldiges, Martin: Staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen der Privatwirtschaft, WiR 1973, 1 ff.

Ossenbühl, Fritz: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg u.a. 1968.

- Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung, Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag, München 1974; zit.: *Ossenbühl*, Gutachten B zum 50. DJT.

- Die Handlungsformen der Verwaltung, JuS 1979, 685 ff.

- Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts, DÖV 1981, 1 ff.

- Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, in: Müller, Georg/Rhinow, René A./Schmid, Gerhard/Wildhaber, Luzius (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel., Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 183 ff.

- Verwaltungsverfahren zwischen Effizienz und Rechtsschutzauftrag, NVwZ 1982, 465 ff.

- Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: Götz, Volkmar/Klein, Hans Hugo/Starck, Christian (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, München 1985, S. 9 ff.

- Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, Köln u.a. 1986.

- Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz, in: Breuer, Rüdiger/Kloepfer, Michael/Marburger, Peter/Schröder, Meinhard, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1987, Düsseldorf 1987, S. 27; zit.: Jahrbuch UTR 1987.

- Rechtsverordnung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, Heidelberg 1988, § 64.
- Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, Heidelberg 1988, § 62.
- Satzung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, Heidelberg 1988, § 66.
- Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. Berlin u.a. 1998, §§ 5 ff.
- Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. München 1998.

Osterloh, Lerke: Erfordernis gesetzlicher Ermächtigung für Verwaltungshandeln in der Form des Verwaltungsakts?, JuS 1983, 280 ff.

Pache, Eckhard: Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Tübingen 2001.

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl. München 2001.

Pape, Wolfgang: Gyoseishido und das Anti-Monopol-Gesetz in Japan, Köln u.a. 1980.

Papier, Hans-Jürgen: Bedeutung der Verwaltungsvorschriften im Recht der Technik, in: Leßmann, Herbert/Großfeld, Bernhard/Vollmer, Lothar, Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, Köln u.a. 1989, S. 159 ff. zit.: *Papier* in: Fs. f. Lukes.

- Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht, NVwZ 1986, 256 ff.

Pauly, Walter: Der Regelungsvorbehalt, DVBl 1991, 521 ff.

- Grundlagen einer Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht, in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, Stuttgart u.a. 1991, S. 25 ff.

Peine, Franz-Joseph: Entwicklungen im Recht des Verwaltungsakts – eine Zwischenbilanz, in: Becker, Bernd/Bull, Hans Peter/Seewald, Otfried (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1993, S. 563 ff.; zit.: *Peine* in: Fs. f. Thieme.

- Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. Heidelberg 2000.

Pestalozza, Christian: „Formenmißbrauch" des Staates, München 1973.

Petermann, Thomas: Von Bordeaux nach Istanbul – Öffentlichkeitsbeteiligung beim Bau eines Teilstücks der Autobahn A 98/A 861, Speyerer Forschungsberichte 103, 1991, zit.: *Petermann*, Speyerer Forschungsberichte 103.

Pieroth, Bodo/*Schlink*, Bernhard: Grundrechte – Staatsrecht II, 15. Aufl.1999.

Pietzcker, Jost: Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 17 (1978), 527 ff.

- Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1979, 710 ff.
- Das Verwaltungsrechtsverhältnis – Archimedischer Punkt oder Münchhausens Zopf?, Die Verwaltung 30 (1997), 281 ff.

- Verfahrensrechte und Folgen von Verfahrensfehlern in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, München 2001, S. 695 ff.; zit.: *Pietzcker* in: Fs. f. Maurer.

Pietzner, Rainer/*Ronellenfitsch*, Michael: Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl. Düsseldorf 2000.

Pitschas, Rainer: Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, DÖV 1989, 785 ff.

- Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, München 1990.

Püttner, Günter: Der informale Rechtsstaat, KritV 1991, 63 ff.

- Öffentliches und privates Recht, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, München 2001, S. 713 ff.; zit.: *Püttner* in: Fs. f. Maurer.

Quaritsch, Helmut: Über formelle und informelle Wege der Entscheidung, in: *König*, Klaus/*Laubinger*, Hans-Werner/*Wagener*, Frido (Hrsg.), Öffentlicher Dienst. Festschrift für Carl Hermann Ule zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1977, S. 135 ff. zit.: *Quaritsch* in: Fs. f. Ule z. 70. Geb.

Randelzhofer, Albrecht: Artikel „Duldung", in: Kimminich, Otto/Lersner, Heinrich Freiherr von/Storm, Peter Christoph (Hrsg.), Handwörterbuch des Umweltrechts, 2 Bände, 2. Auflage Berlin 1994.

Randelzhofer, Albrecht/*Wilke*, Dieter: Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, dargestellt am Beispiel des Wasserrechts, Berlin 1981.

Redeker, Konrad: Sozialstaatliche Gestaltung und rechtsstaatliche Bindung, DVBl 1971, 369 ff.

- Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe, NJW 1980, 1593 ff.

- Neue Experimente mit der VwGO?, NVwZ 1996, 521 ff.

Rehbinder, Eckard: Übertragbare Emissionsrechte aus juristischer Sicht Teil I: Herkömmliche Kompensationen im Bereich der Luftreinhaltung, in: *Endres*, Alfred/*Rehbinder*, Eckard/*Schwarze*, Reimund (Hrsg.), Umweltzertifikate und Kompensationslösungen aus ökonomischer und juristischer Sicht, Bonn 1994, S. 28 ff.

Reichelt, Thomas: Der Vorbescheid im Verwaltungsverfahren, Frankfurt a.M. u.a. 1989.

Rengeling, Hans-Werner: Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, Köln u.a. 1988.

Renner, Günter: Ausländerrecht, Kommentar, 7. Aufl. München 1999.

Reuter, Dieter/*Martinek*, Michael: Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983.

Ritter, Ernst-Hasso: Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), 389 ff.

- Das Recht als Steuerungsinstrument im kooperativen Staat, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1 (1990), S. 50 ff. = in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 69 ff.

Robbers, Gerhard: Der Grundrechtsverzicht, JuS 1985, 925 ff.

- Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV 1987, 272 ff.

Roellecke, Gerd: Rechtsaufsicht und informelle Steuerung am Beispiel der Universitäten, DÖV 1985, 854 ff.

Rogall, Klaus: Die Duldung im Umweltstrafrecht, NJW 1995, 922 ff.

Rogmann, Achim: Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, 1998.

Rohde, Achim: Staatsaufgabe Umweltschutz: Probleme und Praxis, DÖV 1979, 485 ff.

Röken, Heribert: Gesetzesgehorsam statt Gesetzesakzeptanz, DÖV 1989, 54 ff.

Ronellenfitsch, Michael: Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren, Berlin 1983.

- Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht, DVBl 1989, 851 ff.
- Die Planfeststellung, VerwArch 80 (1989), 92 ff.
- Standortwahl bei Abfallentsorgungsanlagen: Planfeststellungsverfahren und Umweltverträglichkeitsprüfung, DÖV 1989, 737 ff.
- Konfliktmittlung aus Anlaß von Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band II, 1990, S. 185 ff.
- Beschleunigung und Vereinfachung der Anlagenzulassungsverfahren, Berlin 1994.
- Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht, Berlin 1995.

Rosenberger, Stefan: Geheimnisschutz und Öffentlichkeit im Verwaltungsverfahren und -prozeß, Diss. Bayreuth 1998.

Rossen(-Stadtfeld), Helge: Vollzug und Verhandlung, Tübingen 1999.

Rossen-Stadtfeld, Helge: Gesetzesvollzug durch Verhandlung, NVwZ 2001, 361 ff.

Roth, Wolfgang: Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, Berlin 1994.

Salzwedel, Jürgen: Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958.

Schenke, Wolf-Rüdiger: Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, AöR 95 (1970), 223 ff.

- Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VBlBW 1982, 313 ff.
- Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl. Heidelberg 2000.

Scherer, Joachim: Rechtsprobleme normersetzender „Absprachen" zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltschutzes, DÖV 1991, 1 ff.

Scherzberg, Arno: Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1992, 205 ff.

Scheuing, Dieter H.: Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982), 153 ff.

Schilling, Theodor: Der „unfreiwillige" Vertrag mit der öffentlichen Hand, VerwArch 87 (1996), 191 ff.

Schimmelpfennig, Hans Christoph: Vorläufige Verwaltungsakte, BayVBl 1989, 69 ff.

Schimpf, Christian: Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982.

Schlette, Volker: Die Verwaltung als Vertragspartner, Tübingen 2000.

Schlichter, Otto: Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren, DVBl 1995, 173 ff.

Schlichter, Otto/*Stich*, Rudolf (Hrsg.): Berliner Kommentar zum BauGB, Köln u.a. 2. Aufl. 1995.

Schlichter, Otto/*Stich*, Rudolf (Hrsg.): Berliner Schwerpunkte-Kommentar zum BauGB 1998, Köln u.a. 1998.

Schlink, Bernhard: Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), 235 ff.

Schmidt, Reiner: Wirtschaftspolitik, Wirtschaftsverwaltungsorganisation, Wirtschaftsförderung, in: Achterberg, Norbert/Püttner, Günter/Würtenberger, Thomas (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Band I, 2. Aufl. 2000, § 1.

Schmidt, Walter: Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, München 1982.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Die Grundgedanken des Verwaltungsverfahrens und das neue Verwaltungsverfahrensrecht, Jura 1979, 505 ff.

- Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl 1989, 533 ff.
- Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 2. Aufl. Heidelberg 1995, § 24.
- Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, DVBl 1997, 281 ff.
- Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive, in: *Burmeister*, Joachim (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 745 ff.; zit,; *Schmidt-Aßmann* in: Fs. f. Stern.
- Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Heidelberg 1998.
- Kommunalrecht, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. Berlin u.a. 1999, 1. Abschnitt.
- (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. Berlin 1999.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/*Groß*, Thomas: Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte nach der Privatgrundschul-Entscheidung des BVerfG, NVwZ 1993, 617 ff.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/*Krebs*, Walter: Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Auflage Köln 1992.

Schmidt-Preuß, Matthias: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160. ff

Schmidt-Salzer, Joachim: Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, zweiseitiger Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag, VerwArch 62 (1971), 136 ff.

Schmieszek, Hans-Peter: Sechstes Gesetz zur Änderung der VwGO und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), NVwZ 1996, 1151 ff.

Schmitt Glaeser, Walter: Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung, in: Lerche, Peter/Schmitt Glaeser, Walter/Schmidt-Aßmann, Eberhard, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, Heidelberg 1984, S. 35 ff.

– Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973), 179 ff.

– (Hrsg.): Verwaltungsverfahren. Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlages, Stuttgart u.a. 1977.

Schmitt Glaeser, Walter/*Horn*, Hans-Detlef: Verwaltungsprozeßrecht, 15. Auflage Stuttgart u.a. 2000.

Schmittel, W(olfram): Die Öffentlichkeitsbeteiligung im Genehmigungsverfahren für GKN II: Akteure, Kommunikations- und Interaktionsstrukturen, Administrative Abwägung, in: Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und Kernforschungszentrum Karlsruhe (Hrsg.), die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von Umweltrelevanten Großvorhaben, 2 Bände, Speyerer Forschungsberichte 70, 1988, Band 1, S. 159 ff., zit.: *Schmittel* in: Speyerer Forschungsberichte 70, Bd. 1.

– Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen eines wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahrens. Der Fall Negertalsperre, 2. Unveränderte Auflage 1991, Speyerer Forschungsberichte 92, zit.: Schmittel, Speyerer Forschungsberichte 92.

Schmitz, Heribert: 20 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Neue Tendenzen auf dem Weg zum schlanken Staat, NJW 1998, 2866 ff.

Schmitz, Heribert/*Olbertz*, Susanne: Das Zweite Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften – Eine Zwischenbilanz?, NVwZ 1999, 126 ff.

Schneider, Jens-Peter: Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, Berlin 1991.

– Kooperative Verwaltungsverfahren, VerwArch 87 (1996), 38 ff.

Schnellenbach, Helmut: Rechtsfolgen von Verwaltungsakten, JA 1996, 981 ff.

Schoch, Friedrich: Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 25 (1992), 21 ff.

Scholz, Rupert (Hrsg.): Wandlungen in Technik und Wirtschaft als Herausforderung des Rechts, Köln 1985.

Scholz, Rupert/*Meyer-Teschendorf*, Klaus G.: Reduzierung der Normenflut durch qualifizierte Bedürfnisprüfung, ZRP 1996, 404 ff.

Schorkopf, Frank: Die „vereinbarte" Novellierung des Atomgesetzes, NVwZ 2000, 1111 ff.

Schrader, Christian: Das Kooperationsprinzip – ein Rechtsprinzip?, DÖV 1990, 326.

Schröder, Meinhard: Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band III, Heidelberg 1988, § 67.

– Konsensuale Instrumente des Umweltschutzes, NVwZ 1998, 1011 ff.

Schulte, Martin: Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege, DVBl 1988, 512 ff.

– Die Rechtsverhältnislehre als Struktur- und Ordnungsrahmen für schlichtes Verwaltungshandeln, in: Dose, Nicolai/Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Kooperatives Recht, Baden-Baden 1995, S. 257 ff.

– Schlichtes Verwaltungshandeln, Tübingen 1995.

Schulze-Fielitz, Helmuth: Der informale Verfassungsstaat, Berlin 1984.

– Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung – Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung der Staatsaufgaben, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 11 ff.

– Das Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts – BVerwGE 45, 309, Jura 1992, 201 ff.

– Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, DVBl 1994, 657 ff.

– Kooperatives Recht im Spannungsverhältnis von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, in: Dose, Nicolai/Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Kooperatives Recht, Baden-Baden 1995, S. 225 ff.

Schuppert, Gunnar Folke: Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 217 ff.

– Rückzug des Staates?, DÖV 1995, 761 ff.

Schwenk, Walter: Handbuch des Luftverkehrsrechts, 2. Aufl. Köln u.a. 1996.

Seer, Roman: Verständigungen in Steuerverfahren, Köln 1996.

Seifert, Karl-Heinz/*Hömig*, Dieter: Grundgesetz, 6. Aufl. 1999.

Sellner, Dieter: Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 2. Aufl. München 1988.

Sendler, Horst: Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff, *Blümel*, Willi/*Merten*, Detlef/*Quaritsch*, Helmut (Hrsg.), Verwaltung im Rechtsstaat. Festschrift für Carl Hermann Ule zum 80. Geburtstag, Köln u.a. 1987, S. 337 ff., zit.: *Sendler* in: Fs. f. Ule z. 80. Geb.

– Grundprobleme des Umweltrechts, JuS 1983, 255 ff.

– 40 Jahre Rechtsstaat des Grundgesetzes: Mehr Schatten als Licht?, DÖV 1989, 482 ff.

– Der Rechtsstaat im Bewußtsein seiner Bürger, NJW 1989, 1761 ff.

– (Un)Erhebliches zur Planerischen Gestaltungsfreiheit, in: Jörg Berkemann/Günter Gaentzsch/Günter Halama/Helga Heeren/Eckart Hien/Hans-Peter Lemmel, Planung und Plankontrolle, Otto Schlichter zum 65. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München 1995, S. 55 ff., zit.: *Sendler* in: Fs. f. Schlichter.

Shiono, Hiroshi: Verwaltungsrecht und Verwaltungsstil, in: Coing, Helmut/Hirano, Ryuichi/Kitagawa, Zentaro/Murakami, Junichi/Nörr, Knut Wolfgang/Oppermann, Thomas/Shiono, Hiroshi (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts, Tübingen ? 1990, S. 45 ff.

Sieckmann, Jan-R.: Beurteilungsspielräume und richterliche Kontrollkompetenzen, DVBl 1997, 101 ff.

Siems, Ulrike. Der Begriff des schlichten Verwaltungshandelns, Göttingen 1999.

Simon, Alfons. Die neue Bayerische Bauordnung aus der Sicht der Praxis, BayVBl 1994, 332 ff.

– (Hrsg.): Bayerische Bauordnung, Stand Januar 2001.

Song, Dongsoo: Kooperatives Verwaltungshandeln durch Absprachen und Verträge beim Vollzug des Immissionsschutzrechts, Berlin 2000.

Spannowsky, Willy: Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, Berlin 1994.

– Rechtsprobleme im Spannungsfeld zwischen städtebaulichen Verträgen und Satzungen, GewArch 1998, 362 ff.

Stabel, Jan: Kooperations- versus Geheimhaltungsprinzip: Zur Informationsdistribution im Umweltrecht, Bayreuth 1997.

Starck, Christian: Die Grundrechte des Grundgesetzes, JuS 1981, 237 ff.

Steinberg, Rudolf: Zulassung von Industrieanlagen im deutschen und europäischen Recht, NVwZ 1985, 209 ff.

– Kritik von Verhandlungslösungen, insbesondere von mittlerunterstützten Entscheidungen, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, Baden-Baden 1990, S. 295 ff.

Stelkens, Paul/*Bonk*, Heinz Joachim/*Sachs*, Michael (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Auflage München 1998.

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Deutschland, Band I, 2. Auflage München 1984, Band II, München 1980, Band III/1, München 1988.

Stober, Rolf: Handlungs- und Verfahrensspielräume der Wirtschaftsverwaltung im deregulierten Rechtsstaat, in: Blümel, Willi/Pitschas, Rainer (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im Wandel der Staatsfunktionen, 1997, S. 131 ff.

Stober, Rolf/*Vogel*, Hanspeter (Hrsg.): Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand, Köln u. a. 1999.

Streinz, Rudolf: Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, BayVBl 1989, 550 ff.

– (Hrsg.): „Novel Food", 2. Aufl. Bayreuth 1995.

– (Hrsg.): Neuartige Lebensmittel – Problemaufriß und Lösungsansätze, Bayreuth 1999.

Stüer, Bernhard: Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, München 1998 mit Nachtrag 1999.

Sturm, Gerd: Probleme eines Verzichts auf Grundrechte, in: Leibholz, Gerhard/Faller, Hans Joachim/Mikat, Paul/Reis, Hans (Hrsg.), Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 173 ff.; zit: *Sturm* in: Fs. f. Geiger.

Tegethoff, Carsten: Projektbezogene Umweltabsprachen in der Verwaltungspraxis – Eine Untersuchung am Beispiel des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens –, BayVBl 2001, 644 ff.

Thieme, Werner: Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, Köln u.a. 1981.

– Verwaltungslehre, 4. Aufl. Köln u.a. 1984.

Tomerius, Stephan: Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht, Baden-Baden 1995.

– Kooperatives Verwaltungshandeln und Demokratieprinzip – Verfassungsrechtliche Strukturvorgaben am Beispiel informeller Absprachen in Genehmigungsverfahren, Staatswissenschaften und Staatspraxis 8 (1997), S. 289 ff.

Trute, Hans-Heinrich: Vom Obrigkeitsstaat zur Kooperation – Zur Entwicklung des umweltrechtlichen Instrumentariums zwischen klassischem Ordnungsrecht und moderner Verwaltung, in: Hendler, Reinhard/Marburger, Peter/Reinhardt, Michael/Schröder, Meinhard (Hrsg.), Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz, 1999, S. 13 ff.; zit.: *Trute* in: Hendler u.a. (Hrsg.), Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz.

Tscherwinka, Ralf: Absprachen im Strafprozeß, Frankfurt a.M. u.a. 1995.

Uerpmann, Robert: Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften im System staatlicher Handlungsformen, BayVBl 2000, 705 ff.

Uhle, Arnd: Verordnungsänderung durch Gesetz und Gesetzesänderung durch Verordnung?, DÖV 2001, 241 ff.

Ule, Carl Hermann/*Laubinger*, Hans-Werner: Empfehlen sich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrecht?, Gutachten B zum 52. Deutschen Juristentag, München 1978; zit.: *Ule/Laubinger*, Gutachten B zum 52. DJT.

Ule, Carl Hermann/*Laubinger*, Hans-Werner: Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Auflage Köln u.a. 1995, aktualisierter Nachdruck 1998.

Voigt, Rüdiger (Hrsg.): Gegentendenzen zur Verrechtlichung, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 9, Opladen 1983.

Vosniakou, Ekaterini: Beiträge zur Rechtsverhältnistheorie, Frankfurt a.M. u.a. 1992.

Voßkuhle, Andreas: Duldung rechtswidrigen Verwaltungshandelns?, Die Verwaltung 29 (1996), 511 ff.

– Das Kompensationsprinzip, Tübingen 1999.

– Das Kooperationsprinzip im Immissonsschutzrecht, ZUR 2001, 23 ff.

– „Schlüsselbegriffe" der Verwaltungsreformen, VerwArch 92 (2001), 185 ff.

Waechter, Kay: Kooperationsprinzip, gesellschaftliche Eigenverantwortung und Grundpflichten. Verrechtlichung von ethischen Pflichten durch indirekte Steuerung, Der Staat 38 (1999), 279 ff.

Wagener, Frido: Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVDStRL 37 (1979), 215 ff.

Wagner, Volkmar/*Engelhardt*, Matthias: Mediation im Umwelt- und Planungsrecht als Alternative zur behördlichen oder gerichtlichen Streitentscheidung, NVwZ 2001, 370 ff.

Wahl, Rainer: Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 151 ff.

– Das Verwaltungsverfahren bei Genehmigungsverfahren. Die nachvollziehende Amtsermittlung im UVP-Gesetz, in: Kroeschell, Karl (Hrsg.), Recht und Verfahren, Heidelberg 1993, S. 155 ff.

– Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau, DVBl 1993, 517 ff.

Wallerath, Maximilian: Die Selbstbindung der Verwaltung, Berlin 1968.

Wedemeyer, Gerd von: Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts, Diss. Augsburg 1991; Verlagsausgabe unter dem Titel „Kooperation statt Vollzug im Umweltrecht", Aachen 1995.

Wehr, Matthias: Grundfälle zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1997, 231 ff.

Weigend, Thomas: Eine Prozeßordnung für abgesprochene Urteile? NStZ 1999, 57 ff.

Weyreuther, Felix: Einflußnahme durch Anhörung, in: Franßen, Everhardt/Redeker, Konrad/Schlichter, Otto/Wilke, Dieter (Hrsg.), Bürger – Richter – Staat, Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt, München 1991, S. 185 ff.

Windthorst, Kai: Staatshaftungsrecht (Fortsetzungsaufsatz, 7. Teil: Das öffentlichrechtliche Schuldverhältnis), JuS 1996, 605 ff.

Winter, Gerd: Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, 1975.

Wolff, Hans J./*Bachof*, Otto: Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. München 1974.

Wolff, Hans J./*Bachof*, Otto/*Stober*, Rolf: Verwaltungsrecht Band 1, 11. Aufl. München 1999.

Wollmann, Hellmut: Stichwort „Implementationsforschung/Evaluierungsforschung", in: Nohlen (Hrsg.), Wörterbuch Staat und Politik, Neuausgabe 1995, Lizenzausgabe für die Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 1998.

Würfel, Wolfgang: Informelle Absprachen in der Abfallwirtschaft, Diss. Freiburg 1994.

Würtenberger, Thomas: Verwaltungsprozeßrecht, München 1998. *Würtenberger*, Thomas, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, NJW 1991, 257 ff.

– Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen, Baden-Baden 1996.

Zezschwitz, Friedrich von: Wirtschaftliche Lenkungstechniken, JA 1978, 497 ff.

Ziekow, Jan: Die Beschleunigungsbeschwerde im Verwaltungsprozeß, DÖV 1998, 941 ff.

– Die Wirkung von Beschleunigungsgeboten im Verfahrensrecht, DVBl 1998, 1101 ff.

Ziemske, Burkhardt/*Langheidt*, Theo/*Wilms*, Heinrich/*Haverkate*, Görg (Hrsg.): Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997.

Zipfel, Walter/*Rathke*, Kurt-Dietrich: Lebensmittelrecht, Band II, Loseblatt München, Stand Oktober 2000.

Zippelius, Reinhold: Allgemeine Staatslehre, 13. Aufl. München 1999.

– Einführung in das Recht, Heidelberg 2000.

Sachverzeichnis

Abkoppelung *Siehe* Entscheidungsverlagerung 164

Abschichtung von Entscheidungen 74, 87, 89, 221, 227, 291–292, 308, 350–351

Absprachen
- Antragskonferenz 57
- Begriff 43
- Bindungswirkung *Siehe* Faktische Bindungswirkung 80
- Drittwirkung *Siehe* Drittwirkung 60
- Eigenschaften 73
- Eingriffswirkung, inhaltliche 239
- Eingriffswirkung, instrumentale 156
- Entscheidungscharakter *88,* 103, *110,* 156
- Geeignetheit als Instrument 181, 280
- Geeignetheit des Inhalts 280
- Gegenstand der Rechtmäßigkeitsprüfung 102
- Gründe, abstrakt 73
- Gründe, konkret 69, *73*
- Nachteile 28
- regelungsvorbereitende *57*
- staatliches Handeln 93
- Subventions- 61
- und Informalität 45
- und Rechtsverhältnislehre 75
- verfahrensbezogene 58, 88
- Voraussetzungen, tatsächliche 99
- Vorteile 27
- Vorverhandlungen 58, 61
- Zwischending zwischen Tätigwerden und Untätigbleiben? 125

Absprachen, Beispiele
- Asbestabsprache 66, 236, 270, 272, 278
- Atomkonsens 52, 324, 339
- Belastungsgebietsabsprachen 53
- Zigarettenwerbungsabkommen 52, 54, 66, 189

Abspracheninhalt
- und Vorbehalt des Gesetzes 237
- und Vorrang des Gesetzes 260
- Verrechtlichung 291

Absprachetypen 50
- Agreement 68
- Arrangements 68
- Austausch- 54
- begünstigende 59
- belastende 60
- Branchenabkommen *Siehe* – Selbstbeschränkungsabkommen 66
- genehmigungsersetzende 58, 65, *163,* 184
- genehmigungsvorbereitende 60, *111,* 227, 269, *291,* 312–315, 329, 342, 347
- Gentlemen's Agreement 68
- gesetzesersetzende 58, 161, *198,* 230, *258,* 322, *340*
- gesetzesvorbereitende 258
- gesetzesvorbereitende *Siehe auch* – normvorbereitende 258
- horizontale 51, 67, 198
- normabwendende *Siehe* – normersetzende 52
- normersetzende *52,* 56, 58, *132,* 198, 200, 235, 251, 257, 270, 272, 340
- normvertretende *Siehe* – normersetzende 52

- normvollziehende 53–54
- normvorbereitende 52, 132, 237, 272, 311
- projektbezogene 53
- regelungsersetzende *56,* 90–91, 103, 111–112, *164,* 178, 192, 202, 227, 229, 239, 258–259, 267–269, 278, 290, 293, *317*
- regelungsvorbereitende 88, 103, 106, 111–112, *130,* 164, 202, 220–221, 223, 227, 229, 238–239, 258, 267–269, 279, 290, *307,* 324, 351
- regulative 53, 272
- sachbezogene 58, 89, 129
- Sanierungs- 57, 60
- satzungsersetzende 58, 133, 201
- Selbstbeschränkungsabkommen 51–52, *66,* 189, 198
- Selbstverpflichtungen *Siehe* – Selbstbeschränkungsabkommen 66
- Subventions- 278
- unterlassungsvorbereitende 321
- verfahrensbeogene 128
- Vergleichs- *Siehe* Vergleichsabsprachen 55
- verordnungsersetzende 53, 55, 58, 133, 257
- vertikale 51, 67, 93
- verwaltungsaktersetzende 56, 58
- verwaltungsaktersetzende *Siehe auch* – genehmigungsersetzende 56
- Vorabzuleitung von Entscheidungsentwürfen *62,* 81

Agreement *Siehe* Absprachetypen 68

Akzeptanz 27, 72–74, 145, *190,* 234, 351

Alternativverhältnis 33, 39, 81–82, 109

Amtsermittlungspflicht 170, 181, *204,* 217, 226
- nachvollziehende Amtsermittlung 209

Amtshaftungsanspruch 343

Anhörung 62

Anhörung Dritter 213
- Interessentenbeteiligung 224
- Popularbeteiligung 225
- praktische Wirksamkeit 226
- Rechtsbetroffenenbeteiligung 222
- Zeitpunkt der – und Reichweite der Vorentscheidung 221
- Zeitpunkt in gestuften Verfahren 227

Anspruchsverzicht 323

Antragskonferenz 57

Arrangements *Siehe* Absprachetypen 68

Asbestabsprache 66, 236, 270, 272, 278

Atomkonsens 52, 324, 339

Auswahlermessen 126

Befangenheit 232

Begründung 234

Bekanntmachung 235

Beschleunigung 186, 206
- als Leistung der Behörde 279
- gegenteiliger Effekt 290

Beteiligung Dritter *Siehe* Anhörung Dritter 213

Beurteilungsspielräume 72

Bindungswirkung von Absprachen *Siehe* Faktische Bindungswirkung 80

brauchbare Illegalität 29

condictio ob rem 335, 347

culpa in contrahendo 343, 346

Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens 130, 164, 166, 176, 179, 195
- Anhörung 217
- und Entscheidungsverlagerung 165
- Zuständigkeitsordnung 197

Dritte
- Abwehransprüche 331, 348
- Anhörung *Siehe* Anhörung Dritter 213

- Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung 332
- Beteiligung an Absprachen *Siehe* Anhörung Dritter 213
- Interessen 27–28, 350
- Rechte und Belange 269
- Rechtsschutzerschwerung 310
- Rechtsschutzverkürzung 156
- Sekundäransprüche 348
- Vornahmeansprüche 269, 332, 348

Drittwirkung 60, 272, 313
- der Vorentscheidung (hier: Flughafengenehmigung) 173
- der Vorentscheidung (hier: Rodungsgenehmigung) 183

Drohmasse 100

Drohung, mit dem Erlaß einer rechtlichen Regelung 249, 251

Duldung
- dauernde 65, 163, 316
- informale 41
- und Vertrauensschutz 327
- vorübergehende 65, 330

Duldungsabsprachen *65,* 327, 333

Effizienz 28, 178, *185*

Eigenschaften von Absprachen 73

Eingriffswirkung
- inhaltliche 239
- instrumentale 156

Entscheidung
- als Abspracheninhalt 110
- Inhaltliche und instrumentale Dimension 108
- und Tathandlung 36
- Vorgang und Ergebnis *Siehe* Entscheidungsvorgang 106

Entscheidungscharakter von Absprachen *88,* 103, *110,* 156

Entscheidungsnotstand 147

Entscheidungsverlagerung 89, 130
- Abkoppelung des Entscheidungsvorgangs vom Verwaltungsverfahren 164, 176, 291
- Anerkannte Fälle 167
- Berechtigtes Interesse 185
- Funktionsverlust des Verwaltungsverfahrens 165
- Rechtsfolge der unzulässigen - 182
- Voraussetzungen allgemein 166
- Voraussetzungen im einzelnen 184

Entscheidungsvorgang
- Beendigung 108
- Einfluß auf den Entscheidungsinhalt 107, 165, 179
- und -ergebnis 106, 165, 177
- und formales Verfahren 89, 130, *164,* 166, 175–177

Entschließungsermessen 124

Erfüllungsanspruch 324, 333
- unechter (aufgrund anderweitiger Anspruchsgrundlage) 328

Ermächtigung, gesetzliche 257

Ermessensspielräume 72

Erstattungsanspruch, öffentlich-rechtlicher 334–335

Faktische Bindungswirkung 80
- aliud gegenüber rechtlicher Bindung 85, 125
- Wirkungsmechanismus 80

Flachglas-Entscheidung 167, 175, 177, 183, 186, 193, 201

Flexibilität 27–28, 73, 85, *189,* 277, 326

Flucht in die Faktizität, keine 152

Folgenbeseitigungsanspruch 345

Form und Inhalt 36, 69, 108
- Zusammenhang 113

Formenwahlfreiheit 150

Formerfordernisse 233

Freiwilligkeit 246

Gentlemen's Agreement *Siehe* Absprachetypen 68

Gesetzesvorbehalt
- grundrechtlicher 237
- organisationsrechtlicher 257

– und Abspracheninhalt 237
– und Instrumentenwahl 153
Gesetzliche Anerkennung von Absprachen 352
Gesetzliche Ermächtigung 257
Gestuftes Verfahren *Siehe* Abschichtung von Entscheidungen 227
Gleichbehandlungsgrundsatz 284
Grundrechtseingriff 239
Grundrechtsverzicht 240
– Absprache als Verzichtserklärung? 243, 245
– Freiwilligkeit 246
– Widerruflichkeit 246
– Wirkung 256

Informal
– Begriff 32
– Eigene Definition 35
– Informalität und Faktizität 38
Inhalt und Form 36, 69, 108
– Zusammenhang 113
Instrumentenfestlegung, gesetzliche 133, *160–161*
– Überwindbarkeit 162
Instrumentenwahl
– Ermessen 129, 192
– Ermessensreduktion 193
– Instrumentenwahlverbot 184
– Rechtmäßigkeit 153
– Rechtsfolge der unzulässigen - 182
– und Vorbehalt des Gesetzes 153
– und Vorrang des Gesetzes 159
Instrumentenwahlverbot 127

Kompensation 184, 226, *262*
Konkretisierungsspielräume 142
Konsens 43, 62, 68, 74
– tatsächlicher 77
– und demokratische Legitimation 93
Koppelungsverbot 273
– und überobligatorischer Vollzug 276

Letztentscheidungsspielräume 72

Maßgeblicher Zeitpunkt *Siehe* Zeitpunkt, maßgeblicher 290
Mediation 351
Mitwirkungszuständigkeit anderer Behörden und Stellen 229

Nachvollziehende Amtsermittlung 209
Normenflut 70
Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften 142

Offenheit von Normen 72

Praktikabilität 27, 171
Prognoseentscheidungen 139

Ratifikation 89, 164, *291*
Recht als Tauschobjekt 28
Rechtmäßigkeit von Absprachen
– Formelle - 194
– Instrumentenwahl 153
– Materielle - 237
Rechts(un)verbindlichkeit von Absprachen 43
Rechtsbindungswille *43*, 83, 87, 337
– als Auslegungsfrage 82
Rechtsmittelverzicht 279
Rechtsschutz
– direkter 311
– indirekter 311, 322
– Verkürzung 28, 310
– vorbeugender 312
Rechtsunsicherheit 72
– Abbau 85
Rechtsvergleich (Unzulässigkeit) 146
Rechtsverhältnislehre 75
Regelungswut 70
Restkompetenzen 121
– inhaltliche 150
– instrumentale 150
Richtigkeit einer Sachentscheidung 130, 176
– als Maßstab 176, 178

– und Anhörung 217
– und Nachholung von Verfahrensschritten 310
– und Verfahrensrichtigkeit 176, 195
– und Zuständigkeitsordnung 197
Risikoentscheidungen 140
Rodungsgenehmigung 182

Sachgerechtigkeit 186
Sachrichtigkeit einer Entscheidung *Siehe* Richtigkeit einer Sachentscheidung 130
Sanierungsabsprachen *63*
Schadensersatz wegen Nichterfüllung, kein 331
Schriftform 233
Segmentierung von Entscheidungen *Siehe* Abschichtung von Entscheidungen 74
Selbstbindung der Verwaltung durch Absprachen 325
Staat und Gesellschaft 353
Staatsaufgaben 72
Standardisierungsspielräume 142

Tathandlung
– reine 92
– und Entscheidung 36
Tatsachenvergleich (Unzulässigkeit) 212
Tatsächliche Voraussetzungen für Absprachen 99
Tauschmasse 100, 198, 273
Tauschprinzip 33, 43, 55, 99
Täuschung 251

Überforderung 71–72
Übernahme des Abspracheninhalts in eine formale Entscheidung *Siehe* Verrechtlichung des Abspracheninhalts 291
Überobligatorischer Vollzug 276
unbestimmte Rechtsbegriffe 72
Untersuchungsmaxime *Siehe* Amtsermittlungspflicht 204

Verfahren *Siehe* Verwaltungsverfahren 179
Verfahrensbedeutung der Grundrechte 215
Verfahrensermessen *128,* 208, 286
Verfahrensrichtigkeit 177
Verfahrensvorschriften
– An die Form der Verwaltungsentscheidung anknüpfende - 195
– Bedeutung für den Inhalt von Verwaltungsentscheidungen 195
– Praktische (Un-) Wirksamkeit überspannter – 194
Vergleichsabsprachen *55,* 64, *144,* 204
– Rechtsvergleich (Unzulässigkeit) 146
– Tatsachenvergleich (Unzulässigkeit) 212
Vergleichsspielräume 144
Verhältnismäßigkeitsprinzip 279
Verläßlichkeit
– der Absprachepartner 80
– von Entscheidungen 28, 73, 85, 190
Verlagerung der Entscheidung *Siehe* Entscheidungsverlagerung 89
Verrechtlichung des Abspracheninhalts 291
– Rechtmäßige regelungsvorbereitende Absprache 308
– Rechtswidrige regelungsvorbereitende Absprache 309
– grundsätzliche Zulässigkeit 307
– Regelungsersetzende Absprache 317
– und Änderungen der Sach- oder Rechtslage 308, 319
Vertrauensschutz
– und Eingriffsbefugnisse 327
– und Erfüllungsansprüche? 325
Verwaltungshandeln
– empirische Erscheinungsformen *38,* 69

– rechtliche Handlungsform 38
Verwaltungsrechtsverhältnis 75
Verwaltungsverfahren 194
– Abkoppelung des Entscheidungsvorgangs *Siehe* Entscheidungsverlagerung 164
– Dienende Funktion *Siehe* Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens 166
– Funktionsverlust 165
– Grundrechtsbedeutung 215
Verwaltungsvorschriften
– normkonkretisierende 142
– verhandlungsfähige Normen? 260
Volenti non fit iniuria 240
Vollzugsdefizit 28, 190
Vollzugskapazität 71
Vorabzuleitung von Entscheidungsentwürfen *Siehe* Absprachetypen 62
Voraussetzungen für Absprachen, tatsächliche 99
Vorbehalt des Gesetzes
– und Abspracheninhalt 237
– und Instrumentenwahl 153
Vorentscheidung *Siehe* Entscheidungsverlagerung 182
Vorrang des Gesetzes
– und Abspracheninhalt 260
– und Instrumentenwahl 159
Vorverhandlungen 58, 61

Wesentlichkeitsvorbehalt 257
Wirtschaftlichkeit *188,* 206

Zeitpunkt, maßgeblicher 290
– bei Bebauungsplänen 296
– beim Gesetzes- und Verordnungserlaß 294
Zigarettenwerbungsabkommen 52, 54, 66, 189
Zuständigkeit 197
– für gesetzesersetzende Absprachen 198
– für normvollziehende Absprachen 202
– für sonstige normersetzende Absprachen 200
Zweckverfehlungskondiktion 335, 347
– bei gesetzesvorbereitenden Absprachen 339