

**Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften**

---

**Band 18**

# **Zur behördlichen Duldung im Strafrecht**

**Grenzen informellen Verwaltungshandelns**

**Von**

**Michael Malitz**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**MICHAEL MALITZ**

**Zur behördlichen Duldung im Strafrecht**

**Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften**

**Herausgegeben von**

**Klaus Bernsmann, Hans Joachim Hirsch**

**Günter Kohlmann, Michael Walter**

**Thomas Weigend**

**Professoren an der Universität zu Köln**

**Band 18**

# **Zur behördlichen Duldung im Strafrecht**

**Grenzen informellen Verwaltungshandelns**

**Von**

**Michael Malitz**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Als Dissertation auf Empfehlung des  
Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Universität zu Köln gedruckt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Malitz, Michael:**

Zur behördlichen Duldung im Strafrecht : Grenzen informellen  
Verwaltungshandelns / von Michael Malitz. – Berlin : Duncker  
und Humblot, 1995

(Kölner kriminalwissenschaftliche Schriften ; Bd. 18)

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1994/95

ISBN 3-428-08419-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten  
© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0936-2711  
ISBN 3-428-08419-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 

## **Vorwort**

Die Abhandlung hat im Wintersemester 1994/95 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation vorgelegen. Das Rigorosum fand am 13. Februar 1995 stand. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 1. März 1995 berücksichtigt.

Besonderen Dank möchte ich zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. H. J. Hirsch, aussprechen, der die Arbeit - insbesondere nach Abschluß des Manuskripts - ungewöhnlich eingehend betreut hat. Für die Zweitkorrektur sei Herrn Prof. Dr. Kohlmann gedankt.

Zu besonderem Dank bin ich auch den wissenschaftlichen Mitarbeitern Kirsten Elisabeth Raßelnberg, Dr. Kristian F. Stoffers und Christof W. Miséré sowie Herrn Assessor Jochen Schmeing für Ihre fachliche Unterstützung verpflichtet. Herrn Rechtsanwalt Dr. Elmar Lenzen danke ich für die mir eingeräumte Zeit, die vorliegende Arbeit einer baldigen Veröffentlichung zuzuführen.

Meinen Eltern, die die vorliegende Abhandlung durch ihre umfassende Unterstützung erst ermöglicht haben, widme ich dieses Buch.

Düsseldorf, im März 1995

Michael Malitz



## **Inhaltsverzeichnis**

A. Problemstellung .....	15
I. Das informelle Verwaltungshandeln .....	16
1. Motive für informelles Verwaltungshandeln .....	18
a) Die Verwaltungsbehörde .....	18
b) Der Bürger .....	20
2. Gefahren informellen Verwaltungshandelns .....	21
II. Die behördliche Duldung und das informelle Verwaltungshandeln .....	22
III. Praktische Bedeutung der Duldung .....	23
IV. Die Bedeutung der behördlichen Duldung im internationalen Vergleich .....	24
1. Vereinigte Staaten von Amerika .....	24
2. Kanada .....	25
3. Österreich/Schweiz .....	25
4. Belgien .....	25
5. Niederlande .....	26
6. Dänemark .....	26
V. Gang der Untersuchung .....	26
B. Entwicklungslinien in Rechtsprechung und Literatur zur behördlichen Duldung .....	28



C. Behördliche Duldung und Verwaltungsrecht .....	32
I. Zum Begriff der behördlichen Duldung .....	32
1. Voraussetzungen der behördlichen Duldung .....	32
2. Duldung und dauerhaftes Nichteinschreiten .....	33
3. Rechtlich gebotene Duldungen .....	34
4. Materielle Rechtswidrigkeit .....	35
5. Die behördliche Duldung als Genehmigung oder Zusicherung .....	36
a) Allgemeine Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes .....	36
b) Insbesondere: Die Zusicherung .....	38
II. Praktische Beispiele einer behördlichen Duldung .....	40
1. Abluftreinigung an Befüllstellen .....	40
2. Abbau von Ammoniumstickstoff in Abwasserreinigungsanlagen .....	41
3. Der Fall Sonnenschein .....	41
4. Ungenehmigte Abwassereinleitungen kommunaler Kläranlagen .....	42
5. Ungenehmigte Erweiterung einer Kfz-Werkstatt zu einem Schrottplatz .....	42
6. Rechtsschutz gegen Sanierungsverfügung .....	43
III. Rechtsgrundlage der behördlichen Duldung .....	43
1. Opportunitätsprinzip - Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	44
a) Ermessensbeschränkungen .....	45
b) Behördliche Duldung und Ermessen .....	46
2. Vertrauensschutzgebot .....	47
a) Voraussetzungen des Vertrauensschutzes .....	47
b) Vertrauensschutz und Verwirkung .....	48
c) Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit .....	50

d) Vertrauenstatbestand und fehlende Außenwirkung behördlicher Duldung . . .	51
3. Zusammenfassung . . . . .	52
<b>IV. Verwaltungsrechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit einer behördlichen Duldung</b>	<b>52</b>
1. Verstoß gegen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes und das Gewaltenteilungsprinzip? . . . . .	52
a) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung . . . . .	53
b) Prinzip der Gewaltenteilung . . . . .	53
c) Das Verhältnis der behördlichen Duldung zu diesen Verfassungsgrundsätzen . . . . .	55
aa) Inhalt behördlichen Ermessens . . . . .	56
bb) Grenzen behördlichen Ermessens . . . . .	56
cc) Ermessen und Demokratieprinzip . . . . .	57
2. Verstoß gegen den Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes - Abschließende Regelung der Genehmigungstatbestände? . . . . .	58
a) Einwände . . . . .	58
b) Stellungnahme . . . . .	60
3. Umgehung des verwaltungsrechtlichen Formalisierungsgebotes? . . . . .	62
4. Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens? . . . . .	64
a) Der Grundsatz fairen Verfahrens . . . . .	64
b) Spannungen zwischen dem Grundsatz fairen Verfahrens und behördlichen Duldungen . . . . .	64
c) Drittschutz im Verwaltungsverfahren . . . . .	66
d) Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf informelle Absprachen . . . . .	66
e) Behördliche Duldung und Drittschutz . . . . .	67
f) Möglichkeiten der Konfliktlösung . . . . .	67
g) Zwischenergebnis . . . . .	70
5. Verstoß gegen den Gleichheitssatz? . . . . .	70

6. Zusammenfassung .....	71
V. Legalisierungswirkung der behördlichen Duldung .....	72
1. Zum Begriff der Legalisierungswirkung .....	72
2. Begründungsversuche zur Legalisierungswirkung behördlicher Duldung .....	73
3. Kritik .....	74
D. Exkurs: Strukturprinzipien der Genehmigung .....	78
I. Entwicklung der Verwaltungsakzessorietät .....	78
1. Umfang der Verwaltungsakzessorietät .....	78
2. Verwaltungsaktakzessorietät .....	80
II. Die behördliche Genehmigung .....	81
1. Das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt .....	81
a) Gefahrenabwehr .....	82
b) Das Vorsorgeprinzip .....	82
2. Das repressive Verbot mit Befreiungsvorbehalt .....	83
3. Zur Übernahme dieser Differenzierung in das Strafrecht .....	85
4. Abweichende Ansichten .....	85
a) Zur Ansicht von Winkelbauer .....	85
b) Zur Konzeption von Frisch .....	86
c) Zur Anbindung an das strafrechtlich geschützte Rechtsgut .....	89
d) Zur Genehmigung als objektive Strafflosigkeitsbedingung .....	90
5. Fazit .....	90
E. Die Genehmigungsfähigkeit .....	92

Inhaltsverzeichnis	11
I. Zum Begriff der Genehmigungsfähigkeit	92
II. Darstellung des Meinungsstandes zur strafrechtlichen Berücksichtigung der Genehmigungsfähigkeit	93
1. Genehmigungsfähigkeit im Bereich der Ermessensverwaltung	93
a) Unbeachtlichkeit der Genehmigungsfähigkeit	93
b) Genehmigungsfähigkeit als Rechtfertigungsgrund	95
2. Genehmigungsfähigkeit im Bereich der gebundenen Verwaltung	96
a) Unbeachtlichkeit der Genehmigungsfähigkeit	97
b) Genehmigungsfähigkeit als Rechtfertigungsgrund	97
c) Genehmigungsfähigkeit als Strafaufhebungsgrund	99
III. Stellungnahme	100
1. Zur Genehmigungsfähigkeit als Rechtfertigungsgrund	100
a) Ermessensverwaltung	100
b) Gebundene Verwaltung	101
aa) Parallele zum Baurecht?	102
bb) Offenkundige Genehmigungsfähigkeit	104
cc) Kontrollfunktion des Genehmigungsverfahrens	105
2. Zur nachträglichen Genehmigung als Strafaufhebungsgrund	106
3. Zusammenfassung	107
F. Behördliche Duldung und Strafrecht	108
I. Meinungsstand	108
1. Rechtfertigung bei rechtmäßiger behördlicher Duldung	108
a) Prinzip des überwiegenden Interesses	110
b) Einheit der Rechtsordnung	111

c) Einwilligung .....	112
d) Analogie zu anerkannten Rechtfertigungsgründen .....	113
e) Duldung im Verwaltungsvollstreckungsverfahren .....	113
2. Genehmigungsgleiche Wirkung der rechtmäßigen behördlichen Duldung ...	114
3. Genehmigungsgleiche Wirkung auch der rechtswidrigen behördlichen Duldung	115
4. Rechtfertigung nur bei gebundener Verwaltung .....	117
5. Unbeachtlichkeit der behördlichen Duldung im Bereich objektiven Unrechts .	118
II. Zur behördlichen Duldung als negativ gefaßtes Tatbestandsmerkmal .....	121
1. Begrifflichkeit der Straftatbestände als Vorgabe für die strafrechtlichen Wirkungen einer behördlichen Duldung .....	122
2. Rechtsgüterschutz als Ausgangspunkt der strafrechtlichen Wirkung einer behördlichen Duldung .....	123
a) Schutzzweck der verwaltungsakzessorischen Straftatbestände .....	123
b) Abstrakte Gefährungsdelikte .....	124
c) Erfolgs- und konkrete Gefährungsdelikte .....	126
d) Fazit .....	126
III. Behördliche Duldung und rechtfertigender Notstand .....	126
1. Meinungsstand .....	127
a) § 34 StGB als lex generalis .....	127
b) Grundsätzliche Anwendbarkeit des § 34 StGB .....	128
2. Eigener Ansatz .....	129
a) Grundsätzliche Anwendbarkeit .....	129
b) Notstand und Verwaltungsrecht .....	130
c) Voraussetzungen der Anwendbarkeit .....	131
d) Zusammenfassung .....	133

Inhaltsverzeichnis	13
IV. Zur behördlichen Duldung als Rechtfertigungsgrund	133
1. Vertrauensschutz	133
2. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	135
a) Rechtswidrige Duldungen	137
b) Rechtmäßige Duldungen	139
c) Insbesondere: Amtsträgerstrafbarkeit	141
d) Rechtfertigungsprinzip der behördlichen Duldung	142
aa) Einwilligung	142
bb) Prinzip des überwiegenden Interesses	143
3. Behördliche Duldung und das ultima-ratio-Prinzip	143
4. Behördliche Duldung und Verwaltungsvollstreckung	144
5. Subjektives Rechtfertigungselement - Kenntnis der behördlichen Duldung	145
6. Rechtswidrige behördliche Duldung und Erlaubnistatbestandsirrtum	145
G. Konkretisierung des gefundenen Ergebnisses	147
I. Unerlaubtes Betreiben von Anlagen - § 327 StGB	147
II. Gewässerverunreinigung - § 324 StGB	148
H. Resümee	149
Literaturverzeichnis	151



## A. Problemstellung

Das Verwaltungsrecht hat sich - verstärkt seit Mitte der siebziger Jahre - mit neuen Formen des Verwaltungshandelns auseinanderzusetzen, die das klassische ordnungsrechtliche Instrumentarium der direkten Verhaltenssteuerung durch unmittelbare, generelle und abstrakte gesetzliche Verbote ergänzen oder gar ablösen. Verursacht wird dieser Wandel durch die zunehmende staatliche Kontrolle von Wirtschaft, Technik und Umwelt, die mit einer weitgehenden Unbestimmtheit gesetzlicher Handlungsanweisungen einhergeht. Die Unbestimmtheit gesetzlicher Handlungsanweisungen ist wiederum auf veränderte Umweltbedingungen zurückzuführen. Damit sind Schwankungen in der individuellen Werthaltung, in der Bevölkerungs-, Wirtschafts- und Sozialstruktur, neuartige Gefahren für unsere Lebensverhältnisse und sich rasch verändernde politische Grundprämissen angesprochen.

Insbesondere das Umweltrecht kennzeichnet ein Wandel weg von der direkten Verhaltenssteuerung durch Verbote hin zur indirekten Verhaltenssteuerung durch Einflußnahme auf die Willensbildung des Adressaten<sup>1</sup>. Dies geschieht durch die Schaffung wirtschaftlicher Anreize, indem die Behörde erwünschtes Verhalten honoriert oder unerwünschtes Verhalten sanktioniert. Der Betroffene wird dabei in seiner Entscheidungsfreiheit nicht beschränkt. Hier stellt sich die Frage, ob die Erfüllung der direkten Verhaltensvorgaben durch die Verwaltungsgesetze noch mit Zwangsmitteln durchgesetzt oder ihre Nichterfüllung mit Sanktionen geahndet werden kann.

Darüber hinaus ist es den Verwaltungsbehörden oft auch nicht möglich, dem Kontrollauftrag des Gesetzes in vollem Umfang gerecht zu werden. Den bestehenden Effektivitätsproblemen und Vollzugsdefiziten wirkt sie durch die einleitend erwähnten, sog. "informellen" Handlungsformen entgegen<sup>2</sup>. Ein Teilbereich des informellen Verwaltungshandelns soll Gegenstand dieser Arbeit sein: die Duldung eines nicht genehmigten Verhaltens durch die zuständige Verwaltungsbehörde.

---

<sup>1</sup> Kloepfer, Umweltrecht, § 4 Rdn. 31 f.

<sup>2</sup> Bulling, in: Hill, Verträge und Absprachen, S. 147; Hermes/Wieland, Duldung, S. 1 f.; Dauber, Kooperatives Verwaltungshandeln, S. 68.



## I. Das informelle Verwaltungshandeln

Zunächst ist jedoch der Begriff des informellen Verwaltungshandelns zu konkretisieren. Er kennzeichnet im Anschluß an die grundlegenden Arbeiten Bohnes 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 erfolgen können<sup>3</sup>. Sie sind "informell", weil sie in der formellen Ordnung des Entscheidungsprozesses nicht vorgesehen sind<sup>4</sup>.

Das informelle Verwaltungshandeln wird gekennzeichnet durch Kontakte, Absprachen, Vorabstimmungen, konzertierte Aktionen und sonstige Arrangements zwischen öffentlicher Verwaltung und Bürger im Vor- oder Umfeld formalisierter Gesetzgebungs- oder Verwaltungsverfahren<sup>5</sup> und kann im wesentlichen in drei Anwendungsbereiche unterteilt werden<sup>6, 7</sup>:

- zum einen die "normvertretenden Absprachen", die auf der Basis eines freiwilligen Zugeständnisses des Bürgers den Erlaß einer Rechtsnorm ersetzen<sup>8</sup>;

<sup>3</sup> Bohnes, VerwArch 75 (1984), 344; ders., Der informale Rechtsstaat, S. 47; vgl. auch Bauer, VerwArch 78 (1987), 244.

<sup>4</sup> Quaritsch, in: Festschr. für Ule, S. 139.

<sup>5</sup> Erichsen, in: Erichsen/Martens, Allg. VerwR, § 35 Rdn. 1; Bulling, DÖV 1989, 277 ff.

<sup>6</sup> Nach Brohm, DVBl. 1994, 133 f.; Henneke, NuR 1991, 271; kritisch Burmeister, VVDStRL 52 (1993), 234, der informelles Verwaltungshandeln allein in regelungsvorbereitende und regelungsverhindernde Absprachen unterteilen will.

<sup>7</sup> In Japan hat der Begriff des informellen Verwaltungshandelns eine andere Bedeutung als in der Bundesrepublik Deutschland, vgl. dazu Fujita, NVwZ 1994, 133 ff.; Kunig/Rublack, Jura 1990, 2 f. Dort sind Bürger und Behörde angehalten, ein förmliches Verwaltungsverfahren und damit verbundene Konflikte zu vermeiden ("gyōseishidō"). Bereits seit dem Ende des zweiten Weltkriegs ist das informelle Verwaltungshandeln intensiv diskutierter Gegenstand der japanischen Verwaltungsrechtswissenschaft; vgl. Fujita, a.a.O., S. 134. Allerdings findet sich in Japan auch kein dem Rechtsgüterschutz in gleicher Weise dienendes materielles Verwaltungsrecht wie in der Bundesrepublik Deutschland. Zur Bedeutung informellen Verwaltungshandelns in Österreich vgl. Wimmer/Arnold, Dialogisches Verwaltungshandeln, S. 51 ff.

<sup>8</sup> "Freiwillige Selbstbeschränkungsabkommen". Beispiele sind die Zusage der Zigarettenhersteller, ihre Werbung im Fernsehen einzuschränken, die Zusage des Wirtschaftsverbands für Asbestzement, den Asbestgehalt in Zementprodukten zu senken (vgl. Brohm, DVBl. 1994, 133) und die freiwillige Selbstverpflichtung der papierverarbeitenden Industrie zur Rücknahme und Verwertung graphischer Altpapiere (vgl. FAZ v. 19.3.1994 und FAZ v. 15.10.1994). Weitere Beispiele finden sich bei Kloepfer, Umweltrecht, § 4 Rdn. 256.

- weiter das "einseitige informelle Verwaltungshandeln", das etwa in der behördlichen Warnung vor bestimmten Gefahren liegt<sup>9</sup>;
- schließlich die "normvollziehenden Absprachen", ein Teilbereich des sogenannten "konsensualen" informellen Verwaltungshandelns<sup>10</sup>.

Informelle Verhaltensweisen, die auch im Strafrecht Bedeutung erlangen können, finden sich vor allem im Bereich der normvollziehenden Absprachen und betreffen die Gebiete des Immissionsschutzrechts, des Wasserrechts, des Rechts der Abfallwirtschaft, des Atomrecht und des Außenwirtschaftsrechts<sup>11</sup>. Insbesondere hier stellt sich dem Strafrecht die oben aufgeworfene Frage, ob die direkten Verhaltensvorgaben der Verwaltungsgesetze noch mit Zwangsmitteln durchgesetzt und ihre Nichterfüllung mit Sanktionen geahndet werden sollen. Verwaltungsbehörden und Strafverfolgungsbehörden neigen aufgrund ihrer unterschiedlichen Zielsetzung dazu, diese Frage unterschiedlich zu beantworten. Die Folge dieser abweichenden Beurteilung sind erhebliche Spannungen zwischen beiden Behörden im Bereich des verwaltungs(akt)akzessorisch ausgestalteten Strafrechts<sup>12</sup>. Wenden schließlich Verwaltungsbehörde und Strafverfolgungsorgane ihre Handlungsinstrumente unkoordiniert an, so sind Nachteile für die zu schützenden Rechtsgüter die zwangsläufige Folge<sup>13</sup>.

Daneben wirkt auch der Strafverfolgungsanspruch gegenüber staatlichen und kommunalen Amtsträgern nicht gerade förderlich auf die Zusammenarbeit beider Behörden. Zum besseren Verständnis des verwaltungsbehördlichen Handelns sollen nachfolgend die Motive für informelles Verwaltungshandeln näher dargestellt werden.

---

<sup>9</sup> So etwa die Warnung des Bundesgesundheitsamts vor dem Gebrauch bestimmter Medikamente, dem Import und Verkauf kontaminierter Weine, oder die der Bundesregierung vor bestimmten Jugendsekten; vgl. *Brohm*, DVBl. 1994, 135; *Robbers*, DÖV 1987, 278. Siehe auch *Ketteler*, JuS 1994, 912.

<sup>10</sup> *Brohm*, DVBl. 1994, 133; *Ketteler*, JuS 1994, 913; vgl. auch *Burmeister*, VVDStRL 52 (1993), 234 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Bauer*, VerwArch 78 (1987), 244 f. m.w.N. Gerade im Bereich der neuen Bundesländer sind die Verwaltungsbehörden auf informelles Verwaltungshandeln angewiesen, da die Durchführung eines formalisierten Verwaltungsverfahrens oft nicht möglich ist. Darüber hinaus soll in einzelnen Gemeinden der neuen Bundesländer der Begriff des Verwaltungsaktes als wichtigstes Instrument formellen Verwaltungshandelns noch gänzlich ungebräuchlich sein (so *Brand/Maggioni/Stein*, VR 1994, 254).

<sup>12</sup> *Wüterich*, UPR 1988, 248; *Spannowsky*, UPR 1994, 404.

<sup>13</sup> Siehe *Breuer*, JZ 1994, 1077.