

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 869**

**Normvermeidende  
Absprachen zwischen  
Staat und Wirtschaft**

**Von**

**Tobias Köpp**



**Duncker & Humblot · Berlin**

TOBIAS KÖPP

**Normvermeidende Absprachen  
zwischen Staat und Wirtschaft**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 869

# Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft

Von

Tobias Köpp



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Köpp, Tobias:**

Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft /

Tobias Köpp. – Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 869)

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2001

ISBN 3-428-10633-4

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Selignow Verlagsservice, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-10633-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2000/2001 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Nicolaysen danke ich für seine zahlreichen Anregungen und Hinweise im Rahmen der Betreuung der Arbeit. Frau Prof. Dr. Felix gilt mein Dank für die zügige Erstattung des Zweitgutachtens.

Meine Eltern haben mir mein Studium und die Anfertigung dieser Dissertation ermöglicht: Mit ihrer großzügigen finanziellen Unterstützung haben sie den erforderlichen Freiraum für eine akademische Betätigung geschaffen. Ihr stetiges Interesse an meiner Arbeit war ein großer Ansporn. Hierfür danke ich sehr herzlich.

Meiner Frau Constanze danke ich für ihre Aufmunterung und liebevolle Rücksichtnahme.

Ich widme die Arbeit meinem verstorbenen Schwiegervater Herrn VorsRiOLG Dr. Ulrich Leptien.

Hamburg, im Juli 2001

*Tobias Köpp*



# Inhaltsverzeichnis

Einführung in die Problematik .....	17
-------------------------------------	----

## *Erster Teil*

<b>Der Untersuchungsgegenstand: Die normvermeidende Absprache</b> .....	<b>21</b>
<b>A. Rechtstatsächlicher Befund</b> .....	<b>21</b>
I. Absprachen im Bereich des Klimaschutzes .....	22
1. Absprachen zur Reduktion von Fluorchlorkohlenwasserstoffen (FCKW) mit der Aerosolindustrie in Deutschland .....	23
2. CO <sub>2</sub> -Abkommen in Deutschland .....	24
II. Absprachen zum Ersatz von Asbest in Zementprodukten .....	28
III. Absprachen zur Altautorücknahme .....	30
IV. Absprachen zur Erhaltung des Mehrwegbehältersystems und zur Verbesserung der Wiederverwertung von Getränkeverpackungsabfällen .....	34
V. Absprache zum Altpapierrecycling .....	36
VI. Absprachen mit der Wasch- und Reinigungsmittelindustrie .....	37
1. Absprachen zum Verzicht auf Alkylphenolethoxylate (APEO) in Wasch- und Reinigungsmitteln in Deutschland .....	37
2. Absprachen zur Information über Inhaltsstoffe von Wasch- und Reinigungsmitteln in Deutschland .....	38
VII. Absprachen mit den Herstellern und Betreibern von Spielautomaten mit Geldgewinnen .....	39
1. Absprache über die Bauart von Geldspielautomaten .....	40
2. Absprache über die Aufstellung von Geldspielautomaten .....	42
VIII. Absprachen mit der Energiewirtschaft .....	43
1. Absprachen mit der Mineralölindustrie in den 50er und 60er Jahren .....	43
2. Absprachen zur friedlichen Nutzung der Atomenergie .....	45
a) Absprache über die Atomabfallentsorgung .....	45
b) Energiekonsensgespräche .....	45
IX. Absprache zur Expansion von Warenhäusern in kleinen Städten .....	50
X. Absprachen zur Zigarettenwerbung .....	50
XI. Ähnliche Abspracheformen außerhalb Deutschlands .....	51
1. Absprachen auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaft .....	51
a) Absprachen zur Reduktion von FCKW .....	52
b) Absprachen zur Kennzeichnung von Detergentien und Reinigungsmitteln .....	52
2. Absprachen in anderen europäischen und außereuropäischen Ländern .....	53
a) Frankreich .....	53
b) Belgien .....	56



c) Dänemark .....	56
d) Niederlande .....	57
e) Österreich .....	57
f) Schweiz .....	58
g) Schweden .....	58
h) Finnland .....	59
i) Großbritannien .....	59
j) Irland .....	59
k) Italien .....	60
l) Spanien .....	60
m) Portugal .....	61
n) Japan .....	61
o) USA .....	62
<b>B. Die normvermeidende Absprache – Begriff und Typologie .....</b>	<b>63</b>
I. Begriff und Abgrenzung von anderen Formen staatlich induzierter Selbstregulierung der Wirtschaft .....	63
II. Typologie normvermeidender Absprachen .....	67
1. Vertikale und horizontale Absprachen .....	67
a) Rein vertikale Absprachen .....	68
b) Vertikale normvermeidende Absprachen, die zu ihrer Umsetzung weitere horizontale Interessenabstimmungen Privater erforderlich machen .....	69
aa) Normvermeidende Absprachen mit mehreren Unternehmen ohne Verbandsbeteiligung .....	69
bb) Normvermeidende Absprachen unter Verbandsbeteiligung .....	70
(1) Einzelne Unternehmen als Vereinbarungspartner trotz Verbandsbeteiligung .....	70
(2) Verbände als Vereinbarungspartner .....	71
c) Zwischenergebnis .....	72
2. Offen zweiseitige Vereinbarungen/Staatlich inspirierte Selbstverpflichtungen .....	72
a) Offen zweiseitige Vereinbarungen .....	73
b) Staatlich inspirierte Selbstverpflichtungen .....	73
3. Druckmittel des Staates .....	75
4. Rechtsnatur der angedrohten Norm .....	76
5. Zwischenergebnis .....	77

### *Zweiter Teil*

## **Effizienz normvermeidender Absprachen als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung** 79

<b>A. Tauglichkeit normvermeidender Absprachen zur Verwirklichung von Gemeinwohlzielen .....</b>	<b>82</b>
I. Durchsetzbarkeit staatlicher Ordnungsvorstellungen im Rahmen der Verhandlungen zwischen Staat und Wirtschaft .....	82
II. Faktische Voraussetzungen für die Einhaltung der Zusagen .....	90
1. Partielle Interessenidentität von Staat und Wirtschaft .....	91

2. Hoher Organisationsgrad und homogene Branchenstruktur .....	93
3. Funktionierende Überwachungsinstrumente .....	96
4. Zwischenergebnis .....	101
<b>B. Sonstige Vor- und Nachteile der normvermeidenden Absprachen im Vergleich zu einem Normsetzungsverfahren .....</b>	<b>102</b>
I. Geringerer Zeitbedarf? .....	102
II. Erhöhte Flexibilität und Zielgenauigkeit? .....	106
1. Schnelle Anpassung an veränderte Rahmenbedingungen und zügige Korrektur von Prognosefehlern? .....	107
2. Verbesserte Zielgenauigkeit des Lenkungseffekts? .....	108
III. Nutzung privaten Sachverständs .....	110
IV. Entlastung des Staates? .....	112
V. Zwischenergebnis .....	113
<b>C. Praktische Verwendung der bisherigen Untersuchungsergebnisse .....</b>	<b>113</b>

*Ditter Teil*

**Rechtswirkungen der normvermeidenden Absprachen** 116

<b>A. Rechtliche Relevanz normvermeidender Absprachen .....</b>	<b>116</b>
<b>B. Zuordnung der normvermeidenden Absprachen und der zu ihrem Vollzug abgegebenen Erklärungen und Vereinbarungen zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht? .....</b>	<b>118</b>
I. Übersicht über die bisherigen Zuordnungsversuche .....	118
1. Zuordnung zum Privatrecht durch die kartellrechtliche Literatur .....	118
2. Differenzierung zwischen vertikalen und horizontalen Absprachen .....	120
3. Zuordnung zum öffentlichen Recht .....	121
II. Eigener Lösungsansatz .....	121
1. Zuordnung der vertikalen normvermeidenden Absprache .....	122
a) Drohung mit dem Normerlaß .....	122
b) Gegenstand der Tauschbeziehung .....	123
2. Zuordnung der horizontalen Erklärungen und Vereinbarungen, mit denen die normvermeidenden Absprachen umgesetzt werden .....	125
<b>C. Grad der Rechtsverbindlichkeit normvermeidender Absprachen und Rechtsnatur des staatlichen Mitwirkungsakts .....</b>	<b>130</b>
I. Öffentlich-rechtlicher Vertrag mit einklagbaren Erfüllungsansprüchen? .....	130
1. Meinungsstand .....	130
2. Eigene Analyse .....	131
a) Ausdrückliche gentlemen's agreements .....	133
b) Selbstverpflichtungen der Wirtschaft .....	133
aa) Verbandsempfehlungen .....	134
bb) Selbstverpflichtungen mit horizontal verbindlichen Verträgen zwischen Privaten .....	137
c) Offen zweiseitige Vereinbarungen/Normvermeidende öffentlich-rechtliche Verträge .....	139

3. Zwischenergebnis .....	141
II. Vertrauensschutz ohne vertraglichen Erfüllungsanspruch? .....	142
1. Culpa in contrahendo? .....	143
2. Vertragsähnliches Vertrauensschuldverhältnis? .....	143
3. Rechtsstaatsprinzip und Grundrechte .....	144
a) Vertrauensschutz bei der Rückwirkung von Gesetzen .....	146
b) Enteignender/Enteignungsgleicher Eingriff? .....	151
c) Plangewährleistungsansprüche .....	156
4. Anwendung der Rechtsgedanken der §§ 48, 49 VwVfG? .....	160
5. Amtshaftung gemäß Art. 34 GG, § 839 BGB? .....	160
6. Zwischenergebnis .....	161
III. Rechtsnatur des staatlichen Mitwirkungsakts .....	162
1. Informales Staatshandeln als eigenständige Kategorie? .....	163
a) Begriff informalen Staatshandelns nach Bohne .....	164
b) Stellungnahmen und abweichende Kategorisierungen in der Literatur .....	165
2. Zwecktauglichkeit des Begriffes des informalen Staatshandelns unter rechtswissenschaftlichen Gesichtspunkten .....	166
3. Unterscheidung von einseitig-informalem und kooperativ-informalem Staatshandeln .....	168
IV. Zwischenergebnis .....	170

#### *Vierter Teil*

### **Rechtliche Grenzen der staatlichen Mitwirkung an den normvermeidenden Absprachen**

171

A. Formelle Grenzen .....	172
I. Verbandskompetenz .....	172
1. Bereich ausschließlicher Gesetzgebungskompetenzen .....	175
2. Bereich konkurrierender Gesetzgebungskompetenzen .....	175
II. Organkompetenz .....	177
1. Rechtsverordnungsvermeidende Absprachen .....	177
2. Parlamentsgesetzesvermeidende Absprachen .....	178
III. Verfahren .....	180
1. Beteiligung von Bundesrat und/oder Bundeskabinettt? .....	180
a) Beteiligung des Bundesrats an Absprachen auf Bundesebene? .....	180
b) Beteiligung des Bundeskabinetts? .....	182
aa) Rechtsverordnungsvermeidende Absprachen .....	182
bb) Parlamentsgesetzesvermeidende Absprachen .....	183
2. Beteiligung nichtstaatlicher Instanzen .....	184
3. Auskunfts- und Veröffentlichungspflichten .....	186
4. Zwischenergebnis .....	191
B. Materielle Grenzen .....	191
I. Gesetzgebungspflichten .....	191
1. Ausdrückliche Gesetzgebungsaufträge des Grundgesetzes .....	192
2. Staatliche Schutzpflichten für Grundrechte .....	194
3. Gesetzgebungspflichten aus Art. 20 a GG? .....	198

4. Gesetzgebungspflicht aus parlamentsgesetzlicher Ermächtigung zum Erlaß einer Rechtsverordnung .....	199
5. Gesetzgebungspflichten aus europäischen Richtlinien gem. Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag .....	200
6. Zwischenergebnis .....	203
II. Grundrechte und Gesetzesvorbehalt .....	203
1. Grundrechte der an den Absprachen beteiligten Unternehmen .....	204
a) Betroffene Schutzbereiche .....	204
b) Grundrechtseingriffe durch kooperativ-informales Staatshandeln .....	206
aa) Abkehr vom herkömmlichen Eingriffsbegriff .....	207
bb) Grundsätzliche Zulässigkeit eines Grundrechtsausübungsverzichts .....	211
cc) Freiwilligkeit des Verzichts auf die Grundrechtsausübung? .....	215
2. Grundrechte nicht an der normvermeidenden Absprache beteiligter Dritter .....	218
a) Betroffene Schutzbereiche .....	218
b) Eingriffscharakter der mittelbaren Auswirkungen der normvermeidenden Absprachen? .....	220
aa) Kriterien der Rechtsprechung zur Bestimmung des Eingriffscharakters mittelbarer Grundrechtsbeeinträchtigungen .....	222
bb) Kriterien der Literatur zur Bestimmung des Eingriffscharakters mittelbarer Grundrechtsbeeinträchtigungen .....	223
cc) Finalität und Schwere der Beeinträchtigung als Kriterien zur Bestimmung des Eingriffscharakters der mittelbaren Auswirkungen normvermeidender Absprachen auf an ihnen nicht beteiligte Dritte .....	225
3. Grundrechte der an den normvermeidenden Absprachen beteiligten Verbände .....	228
4. Gesetzesvorbehalt .....	229
a) Betroffenheit der rechtsstaatlichen und demokratischen Komponente des Gesetzesvorbehalts .....	229
b) Existenz einer gesetzlichen Ermächtigung für normvermeidende Absprachen der Exekutive? .....	231
aa) Gesetzliche Ermächtigung für rechtsverordnungsvermeidende Absprachen? .....	231
bb) Gesetzliche Ermächtigung für parlamentsgesetzesvermeidende Absprachen? .....	232
5. Sonstige rechtsstaatliche Grenzen des staatlichen Drohpotentials .....	234
a) Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	234
b) Verbot sachwidriger Koppelung .....	237
c) Rechtmäßigkeit der angedrohten Norm .....	238
6. Zwischenergebnis .....	241
III. Europa- und Wettbewerbsrecht .....	242
1. Vereinbarkeit der normvermeidenden Absprachen mit dem Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen des Handels zwischen den EG-Mitgliedsstaaten und von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßigen Beschränkungen gemäß Art. 28, 30 EGV? .....	242
2. Nationales und europäisches Wettbewerbsrecht .....	245
a) Vereinbarkeit der normvermeidenden Absprachen mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)? .....	246

aa) Meinungsstand .....	246
bb) Eigene Stellungnahme .....	249
b) Vereinbarkeit der normvermeidenden Absprachen mit den Wettbewerbsbestimmungen des EG-Vertrages? .....	251
aa) Meinungsstand .....	251
bb) Eigene Stellungnahme .....	253
C. Rechtsschutzmöglichkeiten für Beteiligte und Dritte .....	256
I. Kompetenzen von Bund und Ländern .....	256
II. Kompetenzen von Bundestag und Bundesrat .....	256
III. Rechte an den Absprachen beteiligter Privater und Dritter .....	256
1. Rechte der an den Absprachen beteiligten Unternehmen und Verbände ....	257
2. Rechte der nicht an den Absprachen beteiligten privaten Dritten .....	259

### *Fünfter Teil*

<b>Perspektiven der Kooperation von Staat und Wirtschaft im Bereich der Normsetzung</b>	261
A. Einfachgesetzliche Rahmenbedingungen für normvermeidende Absprachen? .....	261
B. Verstärkter Einsatz von Vermittlern? .....	263
C. Alternative Kooperationsmodelle .....	264
I. Normakzessorische Absprachen .....	265
1. Begriff .....	265
2. Vorzüge und Nachteile im Vergleich zu normvermeidenden Absprachen einerseits und herkömmlichen imperativen Steuerungsmodellen andererseits	266
3. Besondere verfassungsrechtliche Probleme .....	268
4. Zwischenergebnis .....	270
II. Rechtsverbindliche normvermeidende Verträge .....	270
1. Zulässigkeit normvermeidender Verträge als Handlungsform? .....	273
2. Rechtswirkungen normvermeidender Verträge .....	275
a) Erfüllungsansprüche – Inhalt und Durchsetzbarkeit .....	275
b) Allgemeinverbindlicherklärung? .....	278
c) Kündigung und Sekundärpflichten .....	280
3. Zuständigkeit und Verfahren des Vertragsschlusses .....	281
4. Grundrechtsschranken und Gesetzesvorbehalt .....	282
5. Normvermeidende Verträge als Mittel zur Umsetzung europäischer Richtlinien gem. Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag? .....	283
6. Zwischenergebnis .....	284
<b>Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse und Ausblick</b> .....	286
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	292
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	316

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
ABIEG.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Aktiengesellschaft
AGRAPA	Arbeitsgemeinschaft Graphische Papiere
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APEO	Alkylphenoethoxilate
Art.	Artikel
AtG	Atomgesetz
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BAnz.	Bundesanzeiger
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
BDS	Bundesverband der Deutschen Stahlrecyclingwirtschaft e.V.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BMI	Bundesministerium des Inneren
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BR-Drucks.	Bundratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BUA	Beratergremium für umweltrelevante Altstoffe beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerwG
CO <sub>2</sub>	Kohlendioxid

ders./dies.	derselbe/dieselbe
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag e. V.
Diss.	Dissertation
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSV	Deutscher Schrottreycling Verband e. V.
DV	Die Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ebd.	ebenda
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
endg.	endgültig
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
e. V.	eingetragener Verein
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.(f.)	folgende Seite(n)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FCKW	Fluorkohlenwasserstoffe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GeschOBReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GGO II	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, Besonderer Teil
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
HdbUR	Handwörterbuch des Umweltrechts
Hrsg.	Herausgeber
IG	Industriegewerkschaft
IGA	Industriegemeinschaft Aerosole e. V.
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbRSoz	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JbUTR	Jahrbuch für Umwelt- und Technikrecht
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KOM	Dokumente der EG-Kommission

KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
lit.	litera
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Reichsgerichtsentscheidung in Zivilsachen
RIW	Das Recht der internationalen Wirtschaft
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
S.	Seite
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz der EG
sog.	sogenannte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SRU	Sachverständigenrat für Umweltfragen
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TA	Technische Anleitung
UAbs.	Unterabsatz
UBA	Umweltbundesamt
UN	United Nations
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VDA	Verband der Automobilindustrie e. V.
VDEW	Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke e. V.
VDIK	Verband der Importeure von Kraftfahrzeugen e. V.
VerpackVO	Verpackungsverordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiR	Wirtschaftsrecht
WiVerw	Wirtschaftsverwaltung (Beilage zum Gewerbearchiv)
WRMG	Wasch- und Reinigungsmittelgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WVA	Wirtschaftsverband Asbest e. V.



WVAZ	Wirtschaftsverband Asbestzement e.V.
ZAU	Zeitschrift für angewandte Umweltforschung
ZDK	Zentralverband Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe e.V.
ZfU	Zeitschrift für Umwelt
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinnützige Unternehmen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zust.	zustimmend

## Einführung in die Problematik

Die staatliche Wirtschaftslenkung durch neuartige Formen hoheitlich beeinflusster Selbstregulierung gesellschaftlicher Kräfte rückt in zunehmendem Maße in das Blickfeld rechtswissenschaftlichen Interesses.<sup>1</sup> Der Staat sieht sich immer weniger in der Lage, seine Steuerungsziele allein durch den Einsatz imperativer Machtmittel zu erreichen.<sup>2</sup> Die wachsende Komplexität ökonomischer und ökologischer Zusammenhänge in einer modernen Industriegesellschaft, die Vielfalt singulären Expertenwissens und der sich aus dem raschen Wandel der Rahmenbedingungen ergebende Anpassungsdruck haben dazu geführt, daß den Möglichkeiten des Zusammenwirkens von Staat und gesellschaftlichen Kräften größere Aufmerksamkeit gewidmet wird.<sup>3</sup> Freiwillige private Initiative und Aktivität sollen im Rahmen kooperativer Kontakte als Beitrag zur öffentlichen Aufgabenerfüllung induziert werden.<sup>4</sup> Damit verschwimmt der klassische Gegensatz von Staat und Gesellschaft;<sup>5</sup> grundlegende rechtliche Unterscheidungen zwischen öffentlichem und privatem Sektor verlieren an Aussagekraft.

Eine Form der Kooperation zwischen Staat und Wirtschaft bilden hoheitlich inspirierte Verhaltensabreden zur Vermeidung gesetzlicher Regelungen. Sie sind als Instrument der Wirtschaftssteuerung schon seit längerem bekannt und werden im

---

<sup>1</sup> So bildete das Thema „Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung“ den zweiten Beratungsgegenstand der Dresdner Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer im Oktober 1996. Vgl. dazu die einführenden Beiträge von *Schmidt-Preuß* und *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 160 ff. bzw. 235 ff. sowie den Begleitaufsatz von *Trute*, DVBl. 1996, 950 ff. Auch die Staatsrechtslehrertagung im Jahr 1992 hatte sich mit dem Thema „Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten“ befaßt. Vgl. hierzu die Beiträge von *Burmester* und *Krebs*, VVDStRL 52 (1993), S. 190 ff.

<sup>2</sup> Zu dieser Diagnose und den Gründen für die Steuerungsschwächen *Grimm*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: Ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 ff.; *Ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 411 ff.

<sup>3</sup> Grundlegend *Herbert Krüger*, Von der Notwendigkeit einer freien und auf lange Sicht angelegten Zusammenarbeit von Staat und Wirtschaft, in: Schriftenreihe der Freiherr-von-Stein-Gesellschaft, Heft 5, 1966.

<sup>4</sup> *Schmidt-Preuß*, S. 165. Zum staatsrechtlichen Hintergrund des Paktierens *Ritter*, Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), S. 389 ff.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu *Böckenförde*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Ders. (Hrsg.), Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 209 ff.; *Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, § 28, S. 1187 ff.

Schrifttum unter Bezeichnungen wie gentlemen's agreements,<sup>6</sup> Selbstbeschränkungsabkommen,<sup>7</sup> Branchenabkommen,<sup>8</sup> Selbstverpflichtungen,<sup>9</sup> normvertretende,<sup>10</sup> gesetzesabwendende<sup>11</sup> oder regulative<sup>12</sup> Absprachen, moral suasions<sup>13</sup> und Umweltvereinbarungen<sup>14</sup> diskutiert; in jüngerer Zeit gewinnen sie vor allem im Bereich des Umweltrechts an Bedeutung.<sup>15</sup>

Das Phänomen läßt sich einleitend wie folgt skizzieren: Wirtschaftsverbände oder einzelne Unternehmen erklären sich entweder öffentlich oder gegenüber dem zuständigen Fachminister zu einem im Allgemeininteresse liegenden Verhalten bereit. Gleichzeitig wird in derartigen Erklärungen die Erwartung geäußert, daß der Staat im Gegenzug auf eine verbindliche Regelung der betreffenden Materie durch Gesetz oder Rechtsverordnung verzichten wird. Staatliche Stellen sind in unterschiedlicher Weise beteiligt: Häufig gehen den Selbstbeschränkungserklärungen Verhandlungen zwischen der Exekutive und den betroffenen Wirtschaftskreisen

<sup>6</sup> *Tuchfeld*, Gentlemen's agreements als Instrument der schweizerischen Geldpolitik, FS Günther Schmolders, 1968, S. 135 ff.; v. *Zeischwitz*, Wirtschaftliche Lenkungstechniken, JA 1978, S. 497 ff.

<sup>7</sup> *Nickel*, Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft – Die öffentlich-rechtlichen Aspekte der Selbstbeschränkungsabkommen der deutschen Industrie, Diss. Hamburg 1979; *Oldiges*, Staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen in der Privatwirtschaft, WiR 1973, S. 1 ff.; *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht mit Wirtschaftsverfassungsrecht, § 7 Rn. 33 ff.

<sup>8</sup> *Görgens/Troge*, Rechtlich verbindliche Branchenabkommen zwischen Staat und Branchen als umweltpolitisches Instrument in der Bundesrepublik Deutschland, Gutachten im Auftrag des Umweltbundesamtes, 1981.

<sup>9</sup> *Di Fabio*, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft – Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang, JZ 1997, 969 ff.; *Knebel/Wicke/Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, Umweltbundesamt Berichte 5/99; *Beyer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Verwaltungshandeln der Behörden und Selbstverpflichtungen Privater als Instrument des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S. 271 ff., der den Begriff der Selbstverpflichtung für Erklärungen Privater verwendet, an denen der Staat nicht als Vereinbarungspartner beteiligt ist.

<sup>10</sup> *Beyer*, S. 271 ff., für Erklärungen, an denen der Staat als Partner beteiligt ist. Ebenso die Terminologie von *Bohne*, Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, VerwArch 75 (1984), S. 343 ff.; *Ders.*, Privatisierung des Staates – Absprachen zwischen Industrie und Regierung in der Umweltpolitik, JbRSoz 1982, 266 ff.; *Müggensborg*, Formen des Kooperationsprinzips im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 1990, 909 ff. (917); *Hoppe/Beckmann*, Umweltrecht, § 9 Rn. 32, S. 159.

<sup>11</sup> *Stober*, Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht – Zur Deregulierungsdebatte in Deutschland, 1997, S. 60.

<sup>12</sup> *Kloepfer*, Umweltrecht, S. 294.

<sup>13</sup> *Tuchfeld*, Moral suasion in der Wirtschaftspolitik, in: Hoppmann (Hrsg.), Konzertierte Aktion, 1971, S. 21 ff.

<sup>14</sup> *Grewlich*, Umweltschutz durch „Umweltvereinbarungen“ nach nationalem Recht und Europarecht, DÖV 1998, 54 ff.

<sup>15</sup> Dazu *Hartkopf/Bohne*, Umweltpolitik I, S. 222 ff.; *Kloepfer*, Umweltrecht, S. 292 ff.; *Ders.*, Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates, JZ 1991, 737 ff., mit dem Hinweis, daß sich „das Umweltrecht immer mehr zum Regelungslaboratorium der gesamten Rechtsordnung“ entwickle.

voraus. In einigen Fällen beschränkt sich die staatliche Mitwirkung aber auch auf die bloße Anregung von Erklärungen, die dann von den einzelnen Unternehmen bzw. ihren Verbänden untereinander ausgehandelt werden. Die staatliche Gegenleistung für die Zusagen der Wirtschaft besteht in einem vorläufigen Verzicht auf eine Initiative zum Erlaß eines Parlamentsgesetzes oder einer Rechtsverordnung.

Die kartellrechtlichen Probleme, die sich aus dem abgestimmten Verhalten der an den Absprachen beteiligten Wirtschaftssubjekte ergeben, sind bereits verschiedentlich untersucht worden.<sup>16</sup> Dagegen sind die öffentlich-rechtlichen Bindungen, denen die staatliche Mitwirkung an Selbstbeschränkungsabkommen unterliegt, zwar wiederholt in der Literatur erörtert, aber noch nicht abschließend geklärt worden. Ebenso wenig konnte bisher ein Konsens über den Grad rechtlicher Bindungswirkung erzielt werden, den die Absprachen für die Beteiligten entfalten. Schließlich stellt sich vor dem Hintergrund der allgemeinen Deregulierungsdiskussion die Frage, inwieweit Selbstbeschränkungsabkommen ein taugliches Mittel zur Eindämmung der vielfach erörterten und beklagten<sup>17</sup> Gesetzesflut darstellen.

Im folgenden soll zunächst ein Überblick über einige der in jüngerer Zeit geschlossenen Vereinbarungen dieser Art gegeben werden. Die rechtliche Analyse neuartiger staatlicher Handlungsformen setzt einen verlässlichen empirischen Befund voraus, will sie sich nicht in Spekulationen über Charakter und Auswirkungen des Instruments verlieren. Danach kann der Untersuchungsgegenstand der Arbeit näher gekennzeichnet werden, indem der Begriff der normvermeidenden Absprache definiert und von verwandten Erscheinungsformen staatlichen Handelns abgegrenzt wird. Anschließend wird der Versuch unternommen, die unterschiedlichen Formen des Zustandekommens und des Vollzugs der Absprachen zu systematisieren (1. Teil).

Sodann wird die politisch-ökonomische Zweckmäßigkeit der Absprachen untersucht. Die Effizienz der Absprachen ist vor allem vor dem Hintergrund der Delegation von Gemeinwohlverantwortung, die in den Absprachen liegt, von rechtllichem Interesse. Die Aktivierung selbstregulativer Beiträge ist nur solange akzeptabel, wie das staatliche Steuerungsmandat, das in den Handlungsaufträgen an den Gesetz- und Verordnungsgeber liegt, nicht vernachlässigt wird. Es stellt sich daher insbeson-

---

<sup>16</sup> *Baur*, Kooperative Wirtschaftslenkung und Kartellrecht, in: Erdmann (Hrsg.), FS Frhr. v. Gamm, 1990, S. 525 ff.; *Baudenbacher*, Kartellrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte Gesetzesersetzender Vereinbarungen zwischen Staat und Wirtschaft, JZ 1988, 689 ff. (693 ff.); *Kloepfer*, Umweltschutz als Kartellprivileg?, JZ 1980, 781 ff.; *Immenga*, Politische Instrumentalisierung des Kartellrechts?, Tübingen 1976; *Ders.*, Internationale Selbstbeschränkungsabkommen zwischen staatlicher Handelspolitik und privater Wettbewerbsordnung, RabelsZ 49 (1985), 303 ff.; *Lorenz*, Staatlich inspirierte Selbstbeschränkungsabkommen und Kartellrecht, Diss. FU Berlin 1977; *Markert*, Kartelle als Mittel staatlicher Wirtschaftsplanung, in: J. H. Kaiser, Planung IV, 1970, 191 ff.; *Schlarmann*, Die Wirtschaft als Partner des Staates – Formen einer herrschaftslosen und kooperativen Wirtschaftspolitik, Diss. Hamburg 1972.

<sup>17</sup> *Kloepfer*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), 68 ff.; *Isensee*, Mehr Recht durch weniger Gesetze?, ZRP 1985, 142.