

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 901

**Rechtsetzende Gewalt im
kooperierenden Verfassungsstaat**

**Normprägende und normersetzende Absprachen
zwischen Staat und Wirtschaft**

Von

Lothar Michael



Duncker & Humblot · Berlin

LOTHAR MICHAEL

**Rechtsetzende Gewalt im
kooperierenden Verfassungsstaat**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 901

Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat

Normprägende und normersetzende Absprachen
zwischen Staat und Wirtschaft

Von

Lothar Michael



Duncker & Humblot · Berlin

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

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 3-428-10937-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die Bundesregierungen der letzten Legislaturperioden treffen in zunehmendem Maße mit der Wirtschaft informale Absprachen, die Rechtsnormen ersetzen oder prägen. Durch diese *Staatspraxis* wird das rechtsstaatlich und demokratisch zustandegekommene Gesetz in Frage gestellt und mit ihm der Angelpunkt des überkommenen Verfassungsrechts. Kategorien des Rechts, die auf einseitige und formale Rechtsetzung des Staates zugeschnitten sind, versagen. „Wir leben“ in den Worten *Konrad Hesses* (Baden-Baden im Mai 1999) „insoweit von dem Gedankengut einer Welt, die nicht mehr die unsere ist und ... in den tiefen Wandlungen des ausgehenden 20. Jahrhunderts ihren Untergang gefunden hat.“ Kann ein Staat, der auf solche Weise informal kooperiert, ein Verfassungsstaat sein? Wie kann rechtsetzende Gewalt begrifflich neu erfasst und rechtlich neu verfasst werden?

Der *Titel* dieser Arbeit ist als These zu verstehen: dass es den kooperierenden Verfassungsstaat gibt, in dem Recht und insbesondere das Verfassungsrecht Geltung auch gegenüber informaler Ausübung rechtsetzender Gewalt beanspruchen. Der Verf. ist zu der Überzeugung gekommen, dass der Anspruch des Rechts- und Verfassungsstaates eingelöst werden kann, dass die Legitimationsfrage und die Frage der Grundrechtsgeltung lösbar und dass die kompetenzielle und die kartellrechtliche Einbindung normativer Absprachen möglich ist. Er wurde dazu nicht zuletzt ermutigt durch die Aufforderung *Hesses* an die Generation seiner wissenschaftlichen Enkel, „neue Wege der Verfassungsinterpretation zu finden und einzuschlagen“.

Im „*programmatischen*“ *Verständnis* des modernen Verfassungsstaates wurde der Verf. von seinem Lehrer Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Peter Häberle* geprägt, dem diese Arbeit aus Dank gewidmet ist. Der Lehrer *Häberle* hat stets wissenschaftliche Begeisterung, Methode und Freiheit vermittelt. Für diese drei Stichworte seien hier Schlüsselsituationen skizziert: 1. Begeisterung: Der erste Satz, den der Verf. aus dem Munde seines späteren akademischen Lehrers hörte, waren die einleitenden Worte in dessen Erstsemestervorlesung: „Ich gratuliere Ihnen: Sie haben das schönste Studium der Welt gewählt!“ 2. Methode: Im „Häberle-Seminar“, das der Verf. von 1988–2002 regelmäßig besuchte, lernte er die Perspektiven einer kulturwissenschaftlichen Erschließung rechtswissenschaftlicher Probleme kennen, wurde wöchentlich ermahnt, mit den traditionellen Methoden der Auslegung des positiven Rechts („Schwarzbrod“) zu beginnen und an deren Grenzen die Rechtsvergleichung als „fünfte Auslegungsmethode“ und „Klassi-

kertexte“ fruchtbar zu machen. 3. Freiheit: Im persönlichen Gespräch ermutigte der Lehrer den Verf. stets, eigene Wege zu beschreiten, „lehrerferne“ Themen zu behandeln und mutige Thesen zu wagen. Dies umreißt den pädagogischen Pluralismus *Peter Häberles*.

Die *Motivation* zu der Arbeit beruht nicht auf einem ausgeprägten Vorverständnis: nicht auf der Euphorie für das Kooperative und ebenso wenig auf einer grundsätzlichen Ablehnung des Informalen. Lösungsperspektiven der aufgeworfenen Fragen des Verfassungs-, Europa-, Kartell- und Verwaltungsrechts haben sich erst während der Arbeit abgezeichnet. Erst im Ineinandergreifen der verschiedenen rechtlichen Annäherungen war es möglich, die immensen Lücken im positiven Recht und in der Dogmatik zu schließen. Die typisierende tatsächliche Bestandsaufnahme und die Aufarbeitung der umfangreichen Spezialliteratur sowie die Entwicklung und Abstimmung eigener Ansätze in mehreren „Durchgängen“ durch die verschiedenen Teile der Arbeit wurde möglich dank eines Habilitationsstipendiums der *Deutschen Forschungsgemeinschaft*, der ich auch für die Übernahme der Druckkosten danke.

Die Arbeit wurde von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth im Wintersemester 2001/2002 als Habilitationsschrift angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten für die Druckfassung vereinzelt bis ins Frühjahr 2002 eingearbeitet werden. Herzlicher Dank gebührt auch dem Zweitgutachter Prof. Dr. *Wilfried Berg* für seine Unterstützung vor, während und seit der Habilitation, Prof. Dr. *Rudolf Streinz* für weiterführende Hinweise im Europarecht und Prof. Dr. *Helmuth Schulze-Fielitz* für Anregungen in der Anfangsphase der Arbeit. Für zahlreiche Gespräche danke ich auch zwei Freunden und Kollegen, den Privatdozenten Dr. *Markus Kotzur* in Bayreuth und Dr. *Markus Möstl* in München. *Ingrid Bergner* danke ich für ihr persönliches Verständnis und für die stete Ermahnung, die Praxis und vor allem die tatsächlichen Bedingungen politischen Handelns nicht aus den Augen zu verlieren. Meinen *Eltern* danke ich für all ihre Unterstützung, zuletzt beim Korrekturlesen. Für wertvolle Hilfe in der Veröffentlichungsphase dieser Arbeit während meines Vertretungssemesters danke ich den Mitarbeitern des Lehrstuhls für öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, Bayreuth, Frau *Gerlinde Kambach*, Wiss. Assistentin *Karin Beck*, Wiss. Mitarbeiter *Wolfgang Ramming* und den studentischen Hilfskräften *Maximilian Haag*, *Michael Lamsa* und *Michael Rudolf*. Schließlich sage ich Dank allen meinen Freunden, die mit mir beim gemeinsamen Musizieren in Welten jenseits meiner Arbeit abgetaucht sind und mir dadurch Kraft gegeben haben.

Herrn Prof. Dr. h.c. *Norbert Simon* danke ich für die Verlagsbetreuung seit meiner Dissertation. Dem Leser in Wissenschaft und Praxis danke ich für sein Interesse.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Geltungsanspruch des Rechts im kooperierenden Verfassungsstaat . .	17
--	----

1. Teil

Begriffsklärung – Bestandsaufnahme – Vorverständnis	20
§ 1 Begriffliche Fragen	21
I. Selbstverpflichtung und informale Absprache	21
1. Selbstverpflichtung als gemeinwohlbezogene Zusage	22
2. Rechtliche Unverbindlichkeit der „Verpflichtung“	23
3. Selbstbindung der Wirtschaft (Unternehmen oder Verbände) . . .	27
4. Explizite Erklärung gegenüber der Öffentlichkeit oder dem Staat	29
5. Selbstverpflichtungen als Teile informaler Absprachen zwischen Wirtschaft und Staat	32
6. Autonome Selbstverpflichtungen	34
II. Vertikale und horizontale Elemente informaler Absprachen	35
III. Unterscheidung zwischen normativen und normvollziehenden Absprachen	37
IV. Normersetzende Absprachen	40
1. Normabwendende Absprachen	41
2. Normverdrängende Absprachen	42
3. Normflankierende und -flankierte Absprachen	43
V. Normprägende Absprachen	44
1. Normantizipierende Absprachen	44
2. Absprachen zur Normsetzung	45
VI. „Harte“ und „weiche“ Instrumente der Steuerung	45
§ 2 Tatsächliche Bestandsaufnahme: Beispiele aus verschiedenen Sachbe- reichen	47
I. Umweltschutz	48
1. Phasing-Out-Verpflichtungen	48
2. Reduktionsverpflichtungen	51
3. Verpflichtungen zur Entwicklung und Vermarktung bestimmter umweltfreundlicher Produkte	57
4. Rücknahme-, Recycling-, Verwertungs- und Entsorgungsver- pflichtungen	58
5. Altlastensanierung	65
6. Energieversorgung einschließlich Atomausstieg	65

	7. Verbands- bzw. zielübergreifende Verpflichtungen, sonstiges . . .	67
	8. Inhaltliche Typisierung nach Ziel- und Mittelfestlegungen	67
II.	Produktsicherheit und Verbraucherinformation	68
	1. Warnhinweise und kindergesicherte Verpackungen	69
	2. Kennzeichnungsverpflichtungen	70
	3. Melde- und Informationsverpflichtungen	72
III.	Verpflichtungen zu Handels- und Wettbewerbsbeschränkungen . . .	73
IV.	Lebensmittelrecht	76
V.	Arzneimittelrecht	78
VI.	Medienrecht	78
VII.	Arbeit, Soziales, Frauenförderung	82
VIII.	Sonstige Beispiele aus der Wirtschaft	83
§ 3	Typisierung nach rechtlichen Kriterien	83
I.	Beteiligte auf privater Seite	84
II.	Beteiligte auf hoheitlicher Seite	90
III.	Typen und Grade der staatlichen Beteiligung und Einflussnahme . .	94
	1. Hoheitliche Initiativen zu Selbstverpflichtungen	96
	2. Typen der Drohung mit Rechtsetzung	97
	3. Verzicht auf Rechtsetzung bei normabwendenden Absprachen . .	103
	4. Normprägende Absprachen: Das Beispiel des Atomkonsenses . .	105
	5. Unterstützung von Selbstverpflichtungen	125
IV.	Selbst- und Fremdkontrolle sowie Berichterstattung	125
	1. Private Selbstkontrolle	126
	2. Private Fremdkontrolle	127
	3. Berichterstattung gegenüber Behörden und der Öffentlichkeit . .	128
	4. Selbstverpflichtungen ohne Monitoring	130
	5. Staatliche und staatlich initiierte Kontrolle	131
	6. Kooperative und dynamische Modelle des Monitoring	131
V.	Geographische Ausdehnung	133
VI.	Geltungsdauer	137
VII.	Schriftlichkeit und Bekanntmachung	140
§ 4	Rechtliche Bestandsaufnahme zu spezialgesetzlichen Regelungen	141
I.	Gesetzliche Vorgaben für normverdrängende Absprachen: insbesondere die Verpackungsverordnung	141
II.	Einfachgesetzlich gebotene Eigenverantwortung: § 22 KrW-/AbfG	145
III.	Absprache flankierende Normen: Die Altautoverordnung i. d. F. von 1997	152
IV.	Gesetzliche Formalisierung und Individualisierung von Selbstverpflichtungen: EG-UmwAuditVO und UAG	153
	1. Elemente der Formalisierung	155
	2. Private Selbstkontrolle und Personalisierung der Verantwortung	155
	3. Private Fremdkontrolle: Der Umweltgutachter	158

4. Kombination privatisierter, hoheitlicher und kooperativer Fremdkontrolle	158
5. Anreizmechanismen	165
6. Umweltaudit als Gewähr für die Einhaltung des geltenden Ordnungsrechts?	168
7. Konsequenzen: Substitution von Rechtsetzung und Normvollzug?	168
8. Die Anerkennung von Industrienormen nach Art. 9 (ex 12) EG-UmwAuditVO (2001)	174
V. Rechtliche Gebote der Berücksichtigungen von Selbstverpflichtungen	180
VI. Selbstverpflichtungsablösende Rechtsetzung	181
VII. Normablösende Selbstverpflichtungen	182
§ 5 Bestandsaufnahme zur Kooperationspraxis der EG	183
§ 6 Rechtsvergleichende Bestandsaufnahme	190
I. Niederlande	191
II. Dänemark	194
III. Belgien – insbesondere Flandern	195
IV. Spanien	197
V. Frankreich	197
VI. Österreich	198
VII. Schweiz	198
VIII. Japan	200
IX. Vereinigte Staaten von Amerika	200
§ 7 Vorverständnis: Vor- und Nachteile normativer Absprachen	203
I. Effektivität und Effizienz als Kriterien des Vorverständnisses	204
II. Selbstverpflichtungen wegen Unmöglichkeit imperativer Steuerung?	207
1. Tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit	207
2. Insbesondere: Nutzung oder Verlust von Sachverstand?	207
3. Vollzugsdefizite auf Grund begrenzter staatlicher Ressourcen ..	209
III. Motivation zu gemeinwohldienlichem Verhalten	210
1. Imagegewinn für Hoheitsträger und die Wirtschaft	210
2. Akzeptanz	211
3. Bewusstseinswandel zur Eigenverantwortung	211
4. Faktischer Druck durch Verbände und Wettbewerber	212
5. Branchen- und grenzüberschreitende Vorbildfunktion	213
6. Trittbrettfahrerproblem	214
7. Vertrauensgewinn oder Distanzverlust	214
IV. Kompromisscharakter normativer Absprachen?	215
1. Idealer Ausgleich oder Bevorzugung von Partikularinteressen? ..	215
2. Selbstverpflichtungen als „second-best“-Lösungen?	216

3. Selbstverpflichtungen zu „business as usual“?	217
4. Ausschluss der Gefahrenabwehr?	217
V. Beschleunigung oder Verzögerung?	218
1. Auswahl des Kreises der Absprachebeteiligten	219
2. Substitution formeller Verfahren	220
3. Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten oder Schaffung neuer Rechtsunsicherheiten?	222
4. Normantizipierende Absprachen	223
VI. Flexibilität oder Abhängigkeit?	224
1. Unbestimmtheit und Offenheit	224
2. Änderbarkeit	225
VII. Deregulierung oder Reregulierung?	227

2. Teil

Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Bindungen der kooperierenden rechtsetzenden Gewalt 229

§ 8 Normative Absprachen als Ausübung rechtsetzender Gewalt	229
I. Der Begriff der rechtsetzenden Gewalt	229
II. Informale Kooperation der rechtsetzenden Gewalt	232
§ 9 Gemeinwohl im kooperierenden Verfassungsstaat	234
I. Konkretisierung des Gemeinwohls durch normative Absprachen	235
1. Gemeinwohl als Aufgabe	235
2. Gemeinwohl als Legitimationsfrage	237
3. Wirtschaftliches Engagement für private, partikulare und öffent- liche Interessen	240
II. Staat und Gesellschaft – ein Kooperationsverhältnis?	247
1. Die Nichtidentität und Unterscheidbarkeit von Staat und Gesell- schaft	247
2. Trennung von Staat und Gesellschaft?	248
3. Gebot der Neutralität und Unabhängigkeit des Staates	251
III. Soziale Marktwirtschaft als Ordnungsprinzip?	254
IV. Gemeinwohl zwischen Pflicht und Freiheit	257
1. Grundpflicht zu gemeinwohldienlichem Verhalten?	257
2. Selbstverpflichtungen als Ausübung bürgerlicher Freiheit?	258
V. Subsidiaritätsprinzip und Selbststeuerung	266
1. Herkunft und Geschichte des Subsidiaritätsprinzips	266
2. Positivierungen im Rechtsvergleich	268
3. Ältere verfassungsrechtliche Herleitung aus der bürgerlichen Freiheit	270
4. Außerrechtliche Dimensionen	271
5. Subsidiarität als Distanz-Gebot?	274
6. Subsidiarität als Kompetenz und Aufgabe?	275

VI.	Kooperationsprinzip als Legitimation normativer Absprachen?	279
1.	Kooperationsgebote im Verwaltungsvollzug?	280
2.	Kooperationsprinzip bei der Rechtsetzung?	286
3.	Der kooperierende Verfassungsstaat als Pendant zum kooperativen Verfassungsstaat?	289
VII.	Verantwortungsprinzip als Kompetenz und Aufgabe	294
1.	Die demokratische Verantwortung des Staates	295
2.	Verantwortung des Volkes	299
3.	Verantwortung des Bürgers – Betrachtung in vergleichender Verfassungslehre	301
4.	Das Prinzip kooperativer Verantwortung	313
5.	Legitimation der staatlichen Auferlegung von Verantwortung . .	316
6.	Legitimation der Teilhabe an der Begründung kooperativer Verantwortung	317
7.	Das Gemeinwohl als Gegenstand kooperativer Verantwortung . .	318
§ 10	Grundrechtsbindung des kooperierenden Verfassungsstaates	320
I.	Schutz absprachebeteiligter Unternehmen	322
1.	Schutzbereichsfragen	323
2.	Grenzen überkommener Grundrechtsdogmatik	324
a)	Freiwilliger Grundrechtsverzicht?	324
b)	Eingriff durch Kooperation?	337
c)	Grundrechtliche Schutzpflichten des kooperierenden Verfassungsstaates?	346
d)	Notwendigkeit eines dogmatischen Neuansatzes	353
3.	Auferlegung von Eigenverantwortung als grundrechtsrelevante Wirkung	355
4.	Zurechnung kooperativer Ausübung rechtsetzender Gewalt	356
a)	Normflankierte und normverdrängende Absprachen	357
b)	Inhaltliche Einflussnahme	358
c)	Hoheitliche Initiative	359
d)	Unterstützung autonomer Selbstverpflichtungen	361
5.	Konsequenzen des status negativus cooperationis	364
a)	Formelle Verfassungsmäßigkeit: Der Gesetzesvorbehalt	364
b)	Materielle Verfassungsmäßigkeit: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	366
II.	Verbände und ihre Mitglieder	372
1.	Schutzbereichsfragen insbesondere der Vereinigungsfreiheit	372
2.	Zurechenbarkeit der Beeinträchtigungen der Vereinigungsfreiheit	376
3.	Konsequenzen bei der Rechtfertigung	377
III.	Außenseiterstellung wettbewerblicher Konkurrenten	378
1.	Schutzbereichsfragen	379
2.	Weitere Grenzen überkommener Grundrechtsdogmatik	380
a)	Mittelbarer Eingriff durch Kooperation?	381

b) Drittwirkung der Grundrechte und grundrechtskonforme Auslegung?	383
c) Schutzpflichten?	384
3. Notwendigkeit eines weiteren dogmatischen Neuansatzes	385
4. Mit- und Ingerenzverantwortung beim status negativus cooperationis	388
5. Konsequenzen grundrechtlicher Mitverantwortung: Qualifizierte Schutzpflicht	394
a) Insbesondere: Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung des Art. 9 Abs. 1 GG	395
b) Insbesondere: Vermeidspflicht für Wettbewerbsverzerrungen	396
c) Insbesondere: Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlungen (Art. 3 Abs. 1 GG)	400
IV. Geschäftspartner: Zulieferer und gewerbliche Abnehmer	412
1. Schutzbereichsfragen	412
2. Zurechnung mittelbarer Kooperationsauswirkungen: status negativus cooperationis	413
V. Verbraucher	414
VI. Zusammenfassung der Konsequenzen der Grundrechtsbindung ...	415
§ 11 Kompetenzielle Ordnung der rechtsetzenden Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat	416
I. Geltungsanspruch der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung ..	416
II. Verbandskompetenzen im kooperierenden Bundesstaat	418
III. Organkompetenzen der kooperierenden rechtsetzenden Gewalt ...	425
1. Die verschiedenen Funktionen der Organe der rechtsetzenden Gewalt	425
a) Die Organe der verordnungsgebenden Gewalt	425
b) Die Organe der gesetzgebenden Gewalt	430
2. Der Beschlusscharakter normativer Absprachen	431
3. Funktionelle Eignung und Kompetenz der Bundesregierung zur Kooperation	434
IV. Konsequenzen für die verschiedenen Absprachetypen	438
1. Verordnungsersetzende Absprachen	438
a) Verordnungsermächtigung als Kooperationskompetenz	438
b) Kompetenzabgrenzung zwischen dem Bundeskabinett und einzelnen Ressorts	440
c) Ausfertigungsbefugnis des Bundeskanzlers	442
d) Zustimmung des Bundesrates	442
e) Kooperationskompetenz des Bundesrates und der Landesregierungen?	446
f) Beteiligung des Bundestages	447
2. Normverdrängende Absprachen	449
3. Parlamentsgesetze ersetzende Absprachen	449
a) Das Gesetzesinitiativrecht als Ermächtigung?	449

b) Gesetzliche Kooperationsermächtigungen – de lege ferenda et de constitutione lata	450
c) Kooperationskompetenz des Bundestages und informale Kooperationsermächtigungen?	452
4. Normprägende Absprachen	453
§ 12 Der kooperierende Rechtsstaat	457
I. Der formale und der informale Rechtsstaat	460
II. Der Vorrang des Gesetzes vor informalen Absprachen	464
III. Trennung der Gewalten im kooperierenden Verfassungsstaat	465
IV. Vertrauensschutz der informal kooperierenden Wirtschaft	467
V. Allgemeinheit und Bestimmtheit des Gesetzes	476
VI. Analogien zu Verfahrensnormen der Rechtsetzung?	478
1. Publizität in Verfahren der Rechtsetzung	478
2. Amtliche Publikationspflicht normativer Absprachen?	480
3. Anhörungsrechte im Verfahren der Rechtsetzung?	483
§ 13 Normative Absprachen und demokratische Legitimation	488
I. Normative Absprachen als Gegenstand demokratischer Legitima- tion?	488
II. Demokratische Legitimation der kooperierenden rechtsetzenden Gewalt	489
1. Verletzung demokratischer Verantwortung durch Verzicht auf formelle Rechtsetzung?	489
2. Grenzen der Übertragung von Rechtsetzungsaufgaben als Gebote personeller Legitimation	490
3. Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie als Gebote der sachlichen Legitimation	491
III. Teilhabe Privater an Entscheidungen der rechtsetzenden Gewalt ...	495
§ 14 Gemeinschaftsrechtliche Fragen	497
I. Selbstverpflichtungen auf Gemeinschaftsebene?	498
1. Verbandskompetenz auf Grund begrenzter Einzelermächtigung ..	498
2. Instrumentelle Kompetenz: numerus clausus der gemeinschafts- rechtlichen Handlungsformen?	499
3. Organkompetenzen und Verfahren	503
4. Gemeinschaftsgrundrechte als materiellrechtliche Grenzen	505
II. Primärrechtliche Grenzen nationaler Selbstverpflichtungen	506
1. Die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 ff. EGV	506
2. Grenzen von Umweltbeihilfen nach Art. 87 EGV	508
III. Sekundärrecht und nationale Selbstverpflichtungen	509
1. Umsetzung von Richtlinien durch Selbstverpflichtungen	509
2. Schutzverstärkungsklauseln	516
3. Mitteilungs- und Notifizierungspflichten	517

3. Teil

	Konsequenzen: Rechtliche Einbindung normativer Absprachen	519
§ 15	Das Kartellrecht als horizontale Auffangordnung	519
I.	Grundfragen der Anwendbarkeit des Kartellrechts	522
1.	Vorrang des öffentlichen Rechts vor dem Kartellrecht?	522
2.	Ausschluss des Kartellrechts wegen der Beteiligung des Staates an Absprachen?	526
3.	Anwendung der Art. 81 und/oder 28 EGV auf die Beteiligung des Staates an Absprachen?	530
II.	Grundfragen einer kartellrechtlichen Gemeinwohldogmatik	535
1.	Gemeinwohlklauseln im geschriebenen Kartellrecht	535
2.	Zur Bedeutung allgemeiner Gemeinwohlklauseln für das Kartellrecht	537
3.	Kompetenzielle Abgrenzung zwischen der Bundesregierung und dem BKartA im kooperierenden Verfassungsstaat	542
4.	Dogmatische Verortung des Gemeinwohls im Kartellrecht	546
5.	Grundzüge einer kartellrechtlichen Abwägungsdogmatik	555
III.	Dogmatische Einzelfragen	564
1.	Abgrenzung zwischen europäischem und nationalem Kartellrecht und ihr Verhältnis im Kollisionsfall	564
2.	Problemstellung: Chancen und Gefahren normativer Absprachen für den Wettbewerb	568
3.	Dogmatik und Praxis des europäischen Kartellrechts	574
a)	Das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EGV	574
b)	Gruppenfreistellungen	574
c)	Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV	575
4.	Dogmatischer Neuansatz nach dem GWB (1998)	584
a)	Das Kartellverbot des § 1 GWB	584
b)	Freistellung nach §§ 2 bis 5 GWB	584
c)	Freistellung nach § 7 GWB	588
d)	Ministerkartellerlaubnis nach § 8 Abs. 1 GWB	594
e)	Anerkennung als Wettbewerbsregeln i.S.d. § 24 GWB	599
f)	„Duldungsmodell“ nach § 32 GWB?	603
IV.	Grundfragen des Kartellverfahrensrechts	608
1.	Kartellverfahrensrecht	608
2.	Schutz der grundrechtlich Betroffenen durch das Kartellverfahrensrecht	609
3.	Verfassungsrechtliche Gebotenheit der Durchführung eines Kartellverfahrens	612
§ 16	Verwaltungsrechtliche Einbindung normativer Absprachen	616
I.	Verfassungsrechtliche und methodische Prämissen	616
II.	Analogien zum allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht?	618

III.	Rechtliche Einbindung des Monitorings?	622
IV.	Auskunftsansprüche nach dem UIG	624
§ 17	Rechtsschutz im kooperierenden Verfassungsstaat	627
I.	Rechtliche Durchsetzung von Inhalten informaler Absprachen?	628
II.	Abwehr des Drucks auf Private	630
1.	Rechtsschutz gegen horizontale Wirkungen nach dem GWB ...	632
2.	Verwaltungsrechtsweg gegen vertikale Wirkungen nach der VwGO	635
3.	Verfassungsbeschwerde zum BVerfG	638
III.	Organstreitigkeiten, Bund-Länder-Streitigkeiten, abstrakte Normen- kontrolle, Vertragsverletzungsverfahren	639
IV.	Rechtsschutz gegen abspracheersetzende oder normprägenden Absprachen entsprechende Normen	643
§ 18	Staatshaftungsrechtliche Aspekte	646
I.	Amtshaftung für normative Absprachen	647
II.	Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruch	651
§ 19	Informale Konsequenzen der rechtlichen Einbindung	653
§ 20	Verfassungs- und rechtspolitische Erwägungen	655
I.	Bedürfnisse zur Korrektur der derzeitigen Staatspraxis durch den Gesetzgeber?	655
II.	„Nachführung“ des geltenden Rechts im kooperierenden Verfas- sungsstaat?	658
	Ausblick und Schluss	660
	Zusammenfassung	663
	Literaturverzeichnis	677
	Sachverzeichnis	712

Einleitung: Geltungsanspruch des Rechts im kooperierenden Verfassungsstaat

Der kooperierende Verfassungsstaat ist ein Staat, der mit der Wirtschaft informal kooperiert und dabei dem Verfassungsrecht gerecht wird. Parallel zum Phänomen des „kooperativen Verfassungsstaates“ (*Peter Häberle*)¹, der nach außen gerichtete, völkerrechtliche Kooperationen eingeht, trifft der kooperierende Verfassungsstaat nach innen gerichtete Absprachen mit Privaten in seinem Hoheitsbereich.

Wenn solche Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft an die Stelle formeller Gesetze und Verordnungen treten oder den Inhalt späterer Rechtsetzung prägen, werden sie als normative, d.h. normersetzende bzw. normprägende Absprachen bezeichnet. Diese Absprachen enthalten so genannte „freiwillige Selbstverpflichtungen“ der Wirtschaft. Jene sind aber regelmäßig weder freiwillig noch rechtlich verpflichtend, sondern werden auf staatlichen Druck, wenn auch ohne rechtlichen Zwang eingegangen und bestehen aus unverbindlichen Zusagen. Sie sollen eigenverantwortliches Handeln der Wirtschaft im Dienste bestimmter Gemeinwohlzwecke auslösen. Sie entfalten innerhalb der Wirtschaft horizontale Wirkungen, haben aber auch eine vertikale Dimension zwischen Staat und Wirtschaft.

Der Staat beteiligt sich auf unterschiedlichste Weise an normativen Absprachen und droht regelmäßig mit einseitiger Rechtsetzung. Jede Ausübung hoheitlicher Gewalt ist an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) und die Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) gebunden. Auch informales Handeln ist nicht rechtsfreies Handeln.² Obwohl mit normativen Absprachen kein verbindliches Recht gesetzt wird, kann sich der kooperierende Staat nicht von seiner Verfassungsbindung lösen. Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates³ beansprucht ihre normative Kraft⁴ zu entfalten. Der Rechtsstaat kann sich nicht aus der Bindung an die Verfassung lösen, die ihn konstituiert. Verfassungsrecht ist wesentlich indisponibel. Auch einfa-

¹ *P. Häberle*, in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess* (1978), 3. Aufl. 1998, S. 407 ff.

² *E. Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, S. 269.

³ *W. Kägi*, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945.

⁴ *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1995 (Neudr. 1999), Rz. 42.

ches Recht, insbesondere Verordnungsermächtigungen der Bundesregierung und das Kartellrecht beanspruchen Geltung für informale Absprachen.

Die Einlösung des Rechtsgeltungsanspruchs stellt die Dogmatik und insbesondere die Verfassungsinterpretation vor große Schwierigkeiten:⁵ Überkommene Kategorien und ihr telos sind auf einseitiges hoheitliches Handeln ausgerichtet. Beim Wort genommen erfassen sie informale Absprachen nicht, auch ihr Zweck versagt. Das Gesetz verliert durch normative Absprachen seine zentrale, ja begriffsbildende Funktion⁶ für den Rechtsstaat. Normersetzende Absprachen substituieren das Gesetz selbst. Normprägende Absprachen prägen spätere gesetzliche Inhalte in Verfahren jenseits des Verfassungsrechts. Dadurch wird die Funktionsfähigkeit zentraler verfassungsrechtlicher Mechanismen in Frage gestellt: der Vorrang des Gesetzes, die Grundrechtsgeltung, die Kompetenzverteilung, die demokratische Legitimation der Rechtsetzung, die Formalisierung des Rechtsetzungsverfahrens und schließlich der Rechtsschutz.

Wird das Gesetz als „Angelpunkt“⁷ des Rechts in Frage gestellt, droht die Verfassung selbst „aus den Angeln“ zu geraten. Das Verfassungsrecht muss auf normative Absprachen reagieren und umgekehrt müssen jene sich nach diesen Maßstäben ausrichten. Informale Absprachen dürfen einerseits nicht durch die Netze des Verfassungsrechts fallen. Verfassungsfreie Räume der Staatspraxis dürfen durch sie nicht entstehen. Die teilweise Außerkraftsetzung der Verfassung durch die öffentliche Gewalt könnte den sozialen Frieden und den kontrollierten Wandel der Gesellschaft gefährden.⁸ Andererseits darf die Verfassung nicht zu systematischen Erstarrungen überkommener Formen führen. Die Methode der Verfassungsinterpretation⁹ stellt

⁵ *W. Hoffmann-Riem*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 56 (1997), S. 291 sieht die „normative und die normgeprägte Wirklichkeit“ soweit verändert, dass „die bisherige Begrifflichkeit“ in Frage zu stellen sei. *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 28: „Mit einzelnen Anpassungsvorschlägen (der normativen Grundlagen) ist es nicht getan.“ *F. Ossenbühl*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 56 (1997), S. 285 verweist auf den „Standard rechtsstaatlicher Garantien ... Erst wenn diese Kategorien versagen, erst dann ist es, um die neu entstandene Wirklichkeit rechtsstaatlich gewissermaßen zu bändigen, erforderlich, über weitere Innovationen des Verwaltungsrechts nachzudenken.“ Vgl. auch *H. Dreier*, StWuStPr 1993, S. 647 (664).

⁶ Dazu: *C. Schmitt*, Verfassungslehre (1928), 7. Aufl. 1989, S. 138 ff.; *E.-W. Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981; *Chr. Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970.

⁷ *D. Grimm*, in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291 (295); *ders.*, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 (620).

⁸ *D. Grimm*, ebenda, S. 613 (633).

⁹ Dazu statt aller *E. Forsthoff*, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961, *H. Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), S. 53 ff.; *E. W. Böckenförde*, NJW 1976,

Weichen: Rein positivistische, deduktive Ansätze lassen nur die Alternative, informales Handeln (weil nicht ausdrücklich geregelt) entweder gänzlich zu verbieten oder aber für völlig ungebunden zu halten. Die Einlösung der These vom kooperierenden Verfassungsstaat setzt ein offenes, induktives Vorgehen voraus. Nur so lassen sich Bewahrung und Wandel des Verfassungsrechts in ein ausgeglichenes Verhältnis bringen. Anderenfalls besteht nach *Horst Dreier* die Gefahr, „in doppelter Weise resignieren zu müssen: das eine Mal vor der Funktionslosigkeit des Normativen und das andere Mal vor der Normlosigkeit des Faktischen.“¹⁰ Der Staat befindet sich in den Worten *Konrad Hesses* in einem tiefgreifenden „Funktionswandel“¹¹. Um zu beweisen, dass auch der kooperierende Staat ein Rechts- und Verfassungsstaat sein kann, kommt es „darauf an, neue Wege der Verfassungstheorie zu finden und einzuschlagen“¹².

Die klassische Analogiebildung versagt, weil normative Absprachen und geregeltes einseitiges Handeln wesensverschieden sind. Auch einseitig informales Handeln der vollziehenden Gewalt ist nicht mit normativer Kooperation vergleichbar.¹³ Mit dem Umgehungsverbot lassen sich aber verfahrensrechtliche Garantien aufrechterhalten. Dabei muss die Balance zwischen den Chancen des Informalen und den Ansprüchen des Formalen gesucht werden.

Die Dogmatik und Theorie des kooperierenden Verfassungsstaates muss induktiv neue Ansätze entwickeln, insbesondere um folgende Fragen zu beantworten: Kann die Teilhabe Privater an Entscheidungen der rechtsetzenden Gewalt legitimiert werden? Sind dem kooperierenden Staat Grundrechtsbeschränkungen zuzurechnen? Kann die kooperierende rechtsetzende Gewalt in das Kompetenz- und Ordnungsgefüge des demokratischen Rechtsstaates eingebunden werden, ohne dass Absprachen dadurch unpraktikabel werden? Kann das Kartellrecht als Auffangordnung Verfahrens- und Rechtsschutzlücken füllen?

S. 2089 ff.; *P. Häberle*, *Verfassung als öffentlicher Prozess* (1978), 3. Aufl. 1998, S. 15 ff. 121 ff., 182 ff. und passim; *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1995 (Neudr. 1999), Rz. 49 ff.

¹⁰ *H. Dreier*, Diskussionsbeitrag, in: *VVDStRL* 52 (1993), S. 337 (338).

¹¹ *K. Hesse*, in: *M. Morlok*, (Hrsg.), *Die Welt des Verfassungsstaates*, 2001, S. 11 (14).

¹² Von *K. Hesse*, ebenda, S. 11 (15) allgemein gefordert mit Blick auf Europäisierung, Internationalisierung und Privatisierung; vgl. auch *G. Lübke-Wolff*, in: *A. Benz/W. Seibel* (Hrsg.), *Zwischen Kooperation und Korruption*, 1992, S. 209 (211), mit Blick auf Kooperationen: „... verfassungstheoretisch ist hier, sei es an Opposition oder an Rationalisierung, noch viel zu leisten.“; *F. Ossenbühl*, Diskussionsbeitrag, in: *VVDStRL* 56 (1997), S. 285 fordert, den „nun tatsächlich vorhandenen Prozeß in der Realität kritisch und auch innovativ“ zu begleiten.

¹³ *Anders W. Frenz*, *Selbstverpflichtungen der Wirtschaft*, 2001, S. 99.