

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 Zwillingschwester 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. Regulationersetzende 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 regelungseretzender Absprachen (auf „formales Unterlassen“)	317
V. Zwischenergebnis	322
B. Absprachen und Ansprüche	323
I. Anspruchsverzicht <i>durch</i> 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 I

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“ – „in-	
formal“	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 Han-	
deln	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, normvorberei- tende und normvollziehende) Absprachen	52
1. Normersetzende, normvorbereitende und normvollziehende Abspra- chen	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. Regelungersetzende und regelungsvorbereitende Absprachen	56
1. Regelungersetzende 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 Verwaltungs- rechtsverhältnissen	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 <i>Gornys</i>	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) Regelersetzende 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 Verwaltungshandlens	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

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: Instrumen- tenwahl 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 Überwind- barkeit	161
(1)	Explizite und implizite gesetzliche Festlegungen auf be- stimmte 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 Entscheidungsverfahrens 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.	Instrumentenwählermessen	192
a)	Ermessensfehler bei der Instrumentenwahl	192

b) Ermessensreduktion auf die Wahl der Absprache als Handlungs- instrument	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 <i>Inhalt</i> von Verwaltungs- entscheidungen	195
c) An die <i>Form</i> des Verwaltungshandelns anknüpfende Verfahrens- vorschriften	195
2. Zuständigkeit	197
a) Normersetzende Absprachen	198
aa) Gesetzesersetzende Absprachen	198
(1) Verbandskompetenz für gesetzersetzende Absprachen .	198
(2) Organkompetenz für gesetzersetzende 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 (Voraus- bindung)	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 Verfah- rensermessens	208
aa) Geeignetheit der Ermittlungsmaßnahmen	208
bb) Sachverhaltsangaben des Privaten und „nachvollziehende Amtsermittlung“	209
(1) Sachverhaltsangaben des Privaten	209
(2) Erforderlichkeit der „nachvollziehenden Amtsermitt- lung“	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)	Popularteilnahme	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 <i>reiner</i> Ratifikationsakt?	291
b) Auswirkungen der Absprache auf den nachfolgenden Verfahrensabschnitt	292
c) Die Frage des maßgeblichen Zeitpunktes	292
2. Bei regelungsetzenden 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: VG Mannheim, NVwZ-RR 1997, 465	315
IV.	Rechtliche Auswirkungen regelungsersetzender 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 <i>durch</i> 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 Ent-	
scheidung.....	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 Entsch-	
eidung.....	332
III. Privater hat (vor-)geleistet.....	333
1. Erfüllungsanspruch aufgrund Ermessensreduktion.....	333
2. Rückerstattung im Wege des öffentlich-rechtlichen Erstattungsan-	
spruchs.....	334
a) <i>Condictio indebiti</i> (vgl. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB).....	334
b) Öffentlich-rechtliche Zweckverfehlungskondiktion (<i>condictio ob</i>	
rem, vgl. § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB).....	335
aa) Übertragbarkeit der Zweckverfehlungskondiktion auf das öf-	
fentliche Recht.....	335
bb) Zweckvereinbarung als Voraussetzung der Zweckverfeh-	
lungskondiktion.....	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 Zwillingschwester 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 rechtsverbindliche (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 Verwendungszweck 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.; *Tschewerwinka*, 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 Immissionschutzrechts, 2000, S. 36 f.

erst Anfang der Achtziger Jahre von der Rechtswissenschaft wirklich entdeckt⁹ 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 Akzeptanz¹⁷ und die Praktikabilität¹⁸ 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).