



**Selbstverpflichtungen
Rechtliche
Rahmenbedingungen der
Verfassung**

Der Herausgeber übernimmt keine Gewähr
für die Richtigkeit, die Genauigkeit und
Vollständigkeit der Angaben sowie für
die Beachtung privater Rechte Dritter.
Die in der Studie geäußerten Ansichten
und Meinungen müssen nicht mit denen des
Herausgebers übereinstimmen.

Herausgeber: Umweltbundesamt
Postfach 33 00 22
14191 Berlin
Tel.: 030/8903-0
Telex: 183 756
Telefax: 030/8903 2285
Internet: <http://www.umweltbundesamt.de>

Redaktion: Fachgebiet I 2.1
Dr. Evelyn Hagenah

Berlin, August 2002

Selbstverpflichtungen

Rechtliche Rahmenbedingungen der Verfassung

Inhalt

A.	Einführung	
	Dr. Evelyn Hagenah, Umweltbundesamt	1
B.	Einleitungsvortrag	
	Selbstverpflichtungen - Rechtliche Rahmenbedingungen der Verfassung	
	Priv. Doz. Dr. Angela Faber, Landkreistag Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf	5
C.	Kommentare	
I.	Prof. Dr. Jürgen Knebel, Europäische Wirtschaftshochschule Berlin/ Dr. Gerhard Michael, Rechtsanwalt Berlin	51
II.	Dr. Frank-Andreas Schendel, Bayer AG Leverkusen	54
III.	Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute, Universität Hamburg	57

A. Einführung

Dr. Evelyn Hagenah, Umweltbundesamt

Selbstverpflichtungen sind seit einigen Jahren ein integraler Bestandteil der deutschen Umweltpolitik. Nach jüngerer Zählung gibt es in Deutschland inzwischen über 130 solcher Verpflichtungen. Hierbei handelt es sich entsprechend einer weit verbreiteten Definition um rechtlich unverbindliche Zusagen in der Regel von Unternehmen oder Unternehmensverbänden gegenüber dem Staat, die die Erreichung bestimmter umweltpolitischer Ziele durch konkrete umweltbezogene Maßnahmen zum Gegenstand haben.¹

In dem Augenblick, in dem Selbstverpflichtungen von staatlicher Seite als Instrument zur Erreichung bestimmter umweltpolitischer Ziele eingesetzt werden, stellt sich die Frage, welche rechtlichen Vorgaben die staatlichen Stellen bei ihrem Tätigwerden zu beachten haben. Zu aller erst ist dabei an die Regelungen der Verfassung – dem deutschen Grundgesetz – zu denken. Denn hier werden Regeln für das staatliche Handeln gegenüber dem Bürger sowie Zuständigkeitsverteilungen zwischen dem Bund und den Ländern sowie den einzelnen staatlichen Organen festgelegt.

Im Grundgesetz von 1949 finden sich keine ausdrücklichen Vorschriften für Selbstverpflichtungen. Dies erstaunt nicht, da es sich bei Selbstverpflichtungen, wie auch bei anderen kooperativen Handlungsformen zwischen Staat und Gesellschaft, um ein relativ neues Instrument handelt. Beim Fehlen ausdrücklicher Regelungen sind die jeweils erforderlichen Vorgaben für das staatliche Handeln aus den vorhandenen Vorschriften unter Berücksichtigung des Sinnes und Zweckes abzuleiten. Grundgedanke ist dabei, dass die staatlichen Stellen sich nicht durch die Wahl der Handlungsform den verfassungsrechtlichen Bindungen entziehen dürfen.

Zu der Frage, ob und inwieweit verfassungsrechtliche Vorschriften für Selbstverpflichtungen zur Anwendung kommen, hat das Umweltbundesamt am 27. Juli 2001 zu dem Fachgespräch „**Selbstverpflichtungen – Rechtliche Rahmenbedingungen der Verfassung**“ eingeladen. Im Mittelpunkt standen dabei die staatlich induzierten Selbstverpflichtungen, bei denen der Staat an der Initiative der Selbstverpflichtung und der Ausgestaltung ihres Inhaltes aktiv mitwirkt.

Der vorliegende Band dokumentiert die Ergebnisse des Fachgesprächs. Er enthält zum einen das Einleitungsreferat von **Priv.Doz. Dr. Angela Faber** zum Thema des Fachgespräches sowie zum anderen Kommentare, die sich mit ihren Thesen auseinander setzen. Ein Kommentierung erfolgt durch **Prof. Dr. Jürgen Knebel**, Europäische Wirtschaftshochschule Berlin, und **Dr. Gerhard Michael**, Rechtsanwalt aus Berlin, beide Mitauteuren der Studie des Umweltbundesamtes BERICHTE 5/99 „Selbstverpflichtungen und normenersetzende Verträge als Instrumente des Umweltschutzes“. Weitere Kommentatoren sind **Dr. Frank-Andreas Schendel** von der Bayer AG Leverkusen und **Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute** von der Universität Hamburg.

In dem Beitrag von Angela Faber werden die verfassungsrechtlichen Vorschriften auf ihren Regelungsgehalt für staatlich initiierte Selbstverpflichtungen im Einzelnen untersucht und bestehende Anforderungen an die Zuständigkeit und Beteiligung staatlicher Stellen, die Beteiligung der Betroffenen und Dritt betroffenen, die Ermächtigung

¹ So auch BERICHTE des Umweltbundesamtes 5/99, Selbstverpflichtungen und normenersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 24.

gungsgrundlagen für staatliches Handeln sowie an die inhaltlichen Ausgestaltungen der Selbstverpflichtungen und den Grundrechtsschutz dargelegt. Die Kommentare setzen sich mit den Thesen von Angela Faber auseinander und entwickeln ergänzende eigene Überlegungen. Auf diese Art und Weise wird der rechtswissenschaftliche Meinungsstand nachgezeichnet. Bestehender Konsens aber auch gewisse Meinungsunterschiede und offene Fragen werden deutlich.

Die verfassungsrechtlichen Experten sind sich in wichtigen Grundfragen einig. Meinungsunterschiede und Vertiefungsbedarf bestehen aber in den Einzelfragen. Selbstverpflichtungen stellen nach Ansicht aller Experten ein verfassungsrechtlich mögliches Instrument dar. Solange sie ohne staatliche Beteiligung erfolgen, geschieht dies in Ausübung der gesellschaftlichen Freiheit, die unter dem besonderen Schutz der Verfassung steht. Wenn es sich um staatlich initiierte Selbstverpflichtungen handelt, können verfassungsrechtliche Vorgaben an staatliches Handeln relevant werden. Dabei wurden die Kriterien für das Vorliegen staatlich initierter Selbstverpflichtungen im Fachgespräch nur am Rande behandelt. Im Mittelpunkt stand die Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für solche Selbstverpflichtungen. Wie die Autoren an verschiedenen Stellen klarstellen, bedarf es für die genaue Bestimmung der verfassungsrechtlichen Erfordernisse einer Prüfung des Einzelfalls. Ohne Kenntnisse der konkreten Umstände können lediglich verfassungsrechtliche Aspekte benannt werden, die bei der Entscheidung im Einzelfall besonderer Aufmerksamkeit bedürfen. Die Beiträge ergeben ein Meinungsbild zu den relevanten Aspekten.

Von Bedeutung kann danach auch die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Bund und den Ländern, aber auch zwischen den Verfassungsorganen sein. Bei letzterer geht es vor allem um die Abgrenzung zwischen der Exekutive und der Legislative.

Inwieweit eine Ermächtigungsgrundlage für das staatliche Handeln erforderlich ist, ist nach Auffassung der Experten nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden und wirft eine Vielzahl komplexer Rechtsfragen auf. Nach Ansicht der Autoren ist eine Ermächtigungsgrundlage am ehesten angezeigt, wenn Grundrechte der Drittbe troffenen tangiert sind. In Betracht kommen insbesondere der grundrechtliche Schutz des Eigentums (Art. 14 Grundgesetz) und der Berufswahl und –ausübungsfreiheit (Art. 12 Grundgesetz). Dabei ist Hans-Heinrich Trute bei der Annahme eines Grundrechtseingriffs zurückhaltender als die anderen Autoren.

Aufmerksamkeit bedarf des Weiteren die Beteiligung der Betroffenen und Dritt betroffenen. Während Angela Faber weitgehend auf die bestehenden Regelungen der Beteiligung bei Rechtsetzungen zurückgreifen will, fordert Hans-Heinrich Trute mehr institutionelle Flexibilität bei der Wahl der Beteiligungsformen. Jürgen Knebel und Gerhard Michael sehen hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Beteiligungsformen weiteren Diskussionsbedarf.

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Selbstverpflichtungen bilden z.B. die Pflicht zur sachlich-inhaltlichen Legitimation staatlichen Handelns am Gemeinwohl, das Bestimmtheitsgebot und das Gebot zur Rechtsetzungsgleichheit zu beachtende verfassungsrechtliche Merkposten. Letzteres wird etwa bei dem Umgang mit „Trittbrettfahrern“ relevant, die sich nicht an der Selbstverpflichtung beteiligen, aber von der fehlenden staatlichen Regelung profitieren.

Nach Ansicht der Autoren sind die Veröffentlichung der Selbstverpflichtung und das Monitoring, d.h. die regelmäßige Erfolgskontrolle, sachlich geboten und tragen verfassungsrechtlichen Anliegen, wie dem Demokratieprinzip und den Schutzwichten, Rechnung. Die Autoren zögern jedoch, solche speziellen Maßnahmen zwingend

aus der Verfassung abzuleiten. Damit vermeiden sie, dass ein unflexibles Normengerüst über die Selbstverpflichtungen gestülpt wird.

Insgesamt zeigen die Ausführungen, dass das Instrument der Selbstverpflichtungen nicht unhandhabbar werden muss, wenn sich Rechtswissenschaftler dessen annehmen. Die diskutierten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen lassen Raum für den informellen und flexiblen Charakter von Selbstverpflichtungen, die Wesensmerkmale des Instruments ausmachen. Verfassungsrechtliche Grundanliegen, wie die Herstellung von möglichst viel Transparenz beim Aushandlungsprozess und beim Monitoring, Achtung der Zuständigkeitsordnung der staatlichen Organe, die Beteiligung der Betroffenen und interessierten Kreise sowie der Grundrechtsschutz, lassen sich realisieren, ohne die Leistungsfähigkeit des Instruments in Frage zu stellen.

B. Einleitungsvortrag

Selbstverpflichtungen - Rechtliche Rahmenbedingungen der Verfassung

Priv.Doz. Dr. Angela Faber, Landkreistag Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf

Die Tatsache, dass sich für Selbstverpflichtungen verfassungsrechtlich noch viele offene Fragen stellen, belegt die Einschätzung des Sachverständigenrates für Umweltfragen im Umweltgutachten 1998, wonach die verfassungsrechtliche Zulässigkeit und die verfassungsrechtlichen Grenzen von Selbstverpflichtungen als Instrumente der Umweltpolitik alles andere als abgesichert seien.²

Bei der Erörterung der verfassungsrechtlichen Vorgaben der staatlichen Induzierung von Selbstverpflichtungen der Wirtschaft soll Ausgangspunkt die Feststellung sein, dass sich der Staat bei der Verfolgung bestimmter Zwecke ebenso wenig wie durch die »Flucht in das Privatrecht«³ durch den Austausch von Handlungsformen oder der eingesetzten Mittel von verfassungsrechtlichen Bindungen frei zeichnen kann.⁴ An verfassungsrechtlichen Bindungen für staatlich induzierte Selbstverpflichtungen sollen im weiteren Verlauf des Vortrages folgende Punkte in den Blick genommen werden: das Staatsziel Umweltschutz (1.), das Rechtsstaatsprinzip (2.), das Demokratieprinzip (3.), weitergehende aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip fließende Anforderungen (4.), die Grundrechte unter dem Aspekt der aus ihnen resultierenden Schutzpflichten und die Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Funktion (5.), das Übermaßverbot (6.) und das Subsidiaritätsprinzip (7.).

1. Staatsziel Umweltschutz

Die Staatszielbestimmung Umweltschutz in Art. 20a GG weist dem Staat den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen auch in Verantwortung für die künftigen Generationen zu.⁵ Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁶ handelt es sich beim Staatsziel Umweltschutz um lediglich **objektives** Verfassungsrecht, dessen Adressat in erster Linie die Legislative sei und dessen Schutzbereich keinen absoluten Vorrang gegenüber anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern genieße, sondern im Kollisionsfall aufgrund einer einzelfallbezogenen Abwägung mit diesen zum Ausgleich zu bringen sei.

Aus dem Schutzauftrag des Art. 20a GG könnte geschlossen werden, dass der Staat verpflichtet ist, alle Aufgaben des öffentlichen Umweltschutzes in **eigener Erfüll-**

² Ebenda, Tz. 321.

³ Vgl. hierzu statt vieler: Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, passim.

⁴ Hierzu z.B. Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbeeinträchtigung und Gesetzesvorbehalt, 1991, S. 211; Grüter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 85 sowie allgemein: Pestalozza, Formenmissbrauch des Staates, 1973, passim.

⁵ Zur Staatsaufgabe Umweltschutz vgl. bereits Hoppe, VVDStRL 38 (1980), S. 211 ff.

⁶ BVerwG, Urt. v. 13.4.1995 - 4 B 70/95 -, UPR 1995, 309 (310).

Lungsverantwortung wahrzunehmen und dass es ihm verwehrt wäre, sich durch die Inanspruchnahme gesellschaftlicher Selbstregulierungskräfte, z.B. in Gestalt von Selbstverpflichtungen, zu entlasten. Bereits vor der Aufnahme des Art. 20a in das Grundgesetz wurde allerdings schon hinsichtlich der auch insoweit schon unterstellten Staatsaufgabe Umweltschutz konstatiert, dass aus dem Charakter einer Staatsaufgabe noch nichts darüber ausgesagt sei, in welcher Form der Staat diese Aufgabe zu erfüllen habe, ob diese Aufgabe vom Staat selbst zu erfüllen sei oder aber, ob der Staat mit ihrer Erfüllung auch Private beauftragen dürfe.⁷

Zusammen mit der Literatur ist davon auszugehen, dass die an den Staat in allen seinen Erscheinungsformen gerichtete Staatszielbestimmung zwar das »Ob« des staatlichen Tätigwerdens zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen im Sinne eines Handlungs- und Konkretisierungsauftrages determiniert bzw. einengt, jedoch das »Wie« dieses Tätigwerdens nicht reglementiert. Vielmehr besitzt der durch Art. 20a GG in erster Linie angesprochene Gesetzgeber eine politische Gestaltungsfreiheit, wie er im Einzelnen den Schutzauftrag des Art. 20a GG umsetzt.⁸ Dieser bestehende staatliche Gestaltungsspielraum hinsichtlich der **Modalitäten** der Wahrnehmung seines aus Art. 20a GG folgenden Schutzauftrages bedeutet, dass der Staat nicht gehalten ist, alle Aufgaben des öffentlichen Umweltschutzes in eigener Verantwortung zu erfüllen.⁹ Stattdessen kann er auch auf gesellschaftliche Selbststeuerung und Selbstregulierung setzen. Art. 20a GG verbietet nicht den verstärkten Einsatz von Formen der verwaltungsrechtlich zugelassenen Selbstregulierung.¹⁰ Jedoch darf der Staat die Steuerung und Lenkung nicht völlig aus der Hand geben.¹¹ Insoweit kann die Parallele zu den unter anderem aus den Grundrechten resultierenden staatlichen Schutzpflichten gezogen werden. Im Zusammenhang mit den staatlichen Schutzpflichten kann in Anlehnung an Schmidt-Preuß¹² festgestellt werden, dass aus der Schutzpflicht des Staates eine **Gewährleistungsverantwortung** in um so stärkerem Maße folgt, je mehr er sich zugunsten selbstregulativer Beiträge zurücknimmt und je größer die involvierten Risiken sind.¹³

⁷ Hoppe, VVDStRL 38 (1980), S. 231; ihm folgend: Grüter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, S. 69.

⁸ Vgl. z.B. Schink, DÖV 1997, 221 (223); Bernsdorff, NuR 1997, 328 (333); Henneke, NuR 1997, 325 (332); Murswieck, NVwZ 1996, 222 (223); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl., 2000, Art. 20a, Rn. 12; Steinberg, NJW 1996, 1985 (1991); Helberg, Normabweichende Selbstverpflichtungen als Instrument des Umweltrechts, 1999, S. 122.

⁹ Rehbinder, in: Arbeitskreis Umweltschutz (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 2. Aufl., 1997, Rn. 119, wonach der Staat nur in einem Kernbereich im Sinne eines »ökologischen Minimums« unmittelbar tätig werden muss, im übrigen aber einen weiten Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Art und Weise der Aufgabenerfüllung verfügt. Ähnlich: Güter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, S. 84. Erfahrungsgemäß dürfte der Begriff des Kernbereichs erhebliche Definitionsprobleme aufwerfen.

¹⁰ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20a, Rn. 58; vgl. auch Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1998, Tz. 304, wonach auch Art. 20a GG nichts daran ändere, dass die instrumentelle Ausgestaltung des Umweltschutzes sich nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten richte.

¹¹ Breier, ZfU 1997, 131 (140); Bernsdorff, NuR 1997, 328 (333); ihm folgend: Helberg, Normabweichende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 122.

¹² VVDStRL 56 (1997), S. 172 ff. und Leitsatz Nr. 6 a auf S. 229.

¹³ Nach Rehbinder, in: Arbeitskreis für Umweltrecht (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, Rn. 119, obliegt dem Staat im Anwendungsbereich des Kooperationsprinzips eine residuale Verantwortung und ein hieraus

Dies bedeutet, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber nicht gehindert ist, in sein legislatives Tätigkeitsprogramm verstärkt Selbstverpflichtungen der Wirtschaft einzubauen, wie er es bei der Produktverantwortung im Rahmen des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes getan hat. Für die auch von Art. 20a GG in die Pflicht genommene Administrative in Form von Regierung und Verwaltung besteht – soweit erforderlich bei vorhandener Verordnungsermächtigung, die keine Pflicht zum Verordnungserlass beinhaltet darf –¹⁴ ein **Gestaltungsspielraum**, ob sie insoweit eine Rechtsverordnung erlässt oder aber unter Berücksichtigung anderer einschlägiger rechtsstaatlicher Erfordernisse eine Selbstverpflichtung induziert.

Andererseits kann aus Art. 20a GG aber auch keinerlei Argument für einen verstärkten Einsatz gesellschaftlicher Selbstregulierungskräfte gewonnen werden.¹⁵ Zu Recht hat Kloepfer darauf hingewiesen, dass sich Art. 20a GG insoweit dem umweltrechtlichen Kooperationsprinzip verschließt, wonach der Umweltschutz eine Staat **und** Gesellschaft zugewiesene Aufgabe ist, als der Umweltschutz durch Private von Art. 20a GG nicht unmittelbar thematisiert wird.¹⁶ Art. 20a GG verhält sich mithin hinsichtlich der staatlichen Induzierung von Selbstverpflichtungen **neutral** und ist für diese offen, soweit der Staat im übrigen seiner Gewährleistungsverantwortung für die in Rede stehenden Umweltschutzaufgaben nachkommt.

2. Rechtsstaatsprinzip - Praktikabilität versus Rechtsstaat?

Fraglich ist, ob die praktizierte staatliche Induzierung von Selbstverpflichtungen der Wirtschaft mit dem Rechtsstaatsprinzip, das als allgemeiner Rechtsgrundsatz gilt und teilweise in Art. 20 Abs. 3 GG verankert ist,¹⁷ vereinbar ist. Häufig wird die Erstreckung rechtsstaatlicher Erfordernisse auf informales oder schlichtes Verwaltungshandeln unter Hinweis darauf abgelehnt, dass gerade der Sinn informaler Verwaltungsweisen in dem Abstreifen formaler Anforderungen liege.¹⁸ Stelle man die gleichen Anforderungen wie bei der imperativen Rechtssetzung, gingen der Beschleunigungseffekt und die Reduktion von Verfahrenskomplexität als zentrale Motive für den Einsatz von Umweltvereinbarungen wieder verloren.¹⁹ Dieser Auffassung, die auf reinen Praktikabilitätsgesichtspunkten beruht und im Bereich des informalen Verwaltungshandelns zu einem »Ausverkauf des Rechtsstaats« führen würde, ist

fließendes Wächteramt. Vgl. hierzu auch Grüter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, S. 79.

¹⁴ Zu den partiell gegebenen Pflichten der Verwaltung, eine Rechtsverordnung zu erlassen, aus der Rspr. z.B.: BVerwG, Urt. v. 17.1.1985 - 3 C 6.83 - BVerwGE 71,1 (6), aus der Literatur z.B.: von Dannwitz, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, S. 180 f.

¹⁵ Bernsdorff, NuR 1997, 328 (334).

¹⁶ Kloepfer, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, § 3 Rn. 31.

¹⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl., 2000, Art. 20 Rn. 29.

¹⁸ Becker, DÖV 1985, 1003 (1011); Grewlich, DÖV 1998, 54 (59).

¹⁹ Grewlich, DÖV 1998, 54 (59). Nach Dempfle (Normvertretende Absprachen, 1994, S. 117) stehen Rechtsstaatlichkeit und informales Staatshandeln vordergründig betrachtet in einem unlösabaren Konfliktverhältnis.

entgegenzusetzen, dass die rechtsstaatlichen Anforderungen für jegliche Tätigkeit des Staates und damit auch der Exekutive gelten.²⁰

Als wesentliche Teilelemente des Rechtsstaatsprinzips sind die Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), der Vorrang von Verfassung und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie der Gesetzesvorbehalt (dessen Geltung sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ergibt)²¹ in den Blick zu nehmen.

2.1 Gewaltenteilung/Zuständigkeitsordnung/Verfahren

Die staatliche Induzierung von Selbstverpflichtungen muss dem Grundsatz der Gewaltenteilung und den Anforderungen der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung²² entsprechen. Dem steht die Qualifizierung der staatlichen Induzierungsbeiträge als schlichtes Verwaltungshandeln²³ nicht entgegen. Unabhängig von der gewählten Handlungsform muss jedes staatliche Handeln rechtsstaatlichen Erfordernissen und damit auch der Zuständigkeitsordnung entsprechen.²⁴ Soweit der staatliche Induzierungsbeitrag wie bei den sog. normvertretenden oder normvermeidenden Selbstverpflichtungen in der Ankündigung normativen Untätigbleibens besteht, muss generell die Einhaltung derselben Zuständigkeiten gefordert werden, die für den contrarius actus, die Ankündigung des Normerlasses, gelten. Für die Ankündigung des Normerlasses kann nur die Stelle zuständig sein, die auch für den Normerlass zuständig ist. Eine andere Stelle würde – wenn sie nicht im Namen oder im Auftrag der zuständigen Stelle handelte – etwas ihr rechtlich Unmögliches in Aussicht stellen, was rechtswidrig wäre. Daher ist für die Ankündigung, eine Norm nicht zu erlassen, dieselbe Stelle allein zuständig, die auch die **Zuständigkeit für den Normerlass** besitzt.²⁵ Das soll im Weiteren hinsichtlich der Funktionenzuständigkeit (2.1.1), der Verbandskompetenz (2.1.2) und der Organkompetenz (2.1.3) konkretisiert werden.

²⁰ Vgl. Grüter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, S. 85.

²¹ BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 - 2 BvL 8/77 -, BVerfGE 49, 89 (126).

²² Dazu, dass das Rechtsstaatsgebot auch die Einhaltung der staatlichen Zuständigkeitsordnung verlangt, vgl. Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 147 sowie Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 139 ff.

²³ Vgl. hierzu: Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 27; Oebbecke, DVBl. 1986, 793 [795].

²⁴ Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 148; speziell für die staatliche Mitwirkung an gesetzes-abwendenden Vereinbarungen: Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (795); Brohm, DÖV 1992, 1025 (1029).

²⁵ So für den normersetzenden Vertrag nunmehr auch: BMU (Hrsg.), UGB-KOME, Entwurfsbegründung, S. 506.

2.1.1 Funktionenzuständigkeit

In der Praxis, wie sie sich aus der Mehrheit der Selbstverpflichtungen ergibt, wird die staatliche Initiierung/Induzierung von Selbstverpflichtungen in den meisten Fällen von der Administrative (Regierung oder Ressort) vorgenommen.²⁶ Hierbei wird als Verhandlungspotential häufig der Nichterlass einer normativen Regelung in Aussicht gestellt. Ob hierdurch in den Funktionsbereich der Legislative eingebrochen wird,²⁷ hängt von der Rechtsnatur der in Aussicht gestellten und angedrohten normativen Regelung ab.

Handelt es sich hierbei, wie in den meisten Fällen, um eine Rechtsverordnung,²⁸ die ohne Beteiligung der Legislative (Bundestag,²⁹ Bundesrat) ergehen könnte, und liegt die nach Art. 80 Abs. 1 GG erforderliche gesetzliche Ermächtigung vor, kann die Administrative zuständigkeitsshalber auch den Nichterlass der Rechtsverordnung in Aussicht stellen.

Würde allerdings der Nichterlass eines Gesetzes im formellen Sinne in Aussicht gestellt, könnte dies zuständigkeitsshalber nur vom Bundes-/Landtag erfolgen.³⁰ Diese »Androhungskompetenz« ist unter Verweis darauf als Annexkompetenz zur Gesetzgebungskompetenz angesiedelt worden, dass die Untätigkeit nur derjenige glaubwürdig und wirkungsvoll androhen könne, der auch die entsprechende Gesetzgebungskompetenz inne habe.³¹ Ob es sich hierbei wirklich um eine Annexkompetenz handelt oder aber die Androhungskompetenz als Vorstufe nicht bereits von der Gesetzgebungskompetenz mitumfasst ist, sei dahingestellt.

Zusätzliche Restriktionen der Beteiligung der Administrative an normvertretenden Absprachen könnten aus den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts resultieren. »Wesentliche Entscheidungen« dürfen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur vom Gesetzgeber getroffen werden.³² Insoweit wird auf die an späterer Stelle folgenden Ausführungen zum Gesetzesvorbehalt³³ verwiesen.

²⁶ Vgl. hierzu Brohm, BÖV 1992, 1025 (1026).

²⁷ So: Becker, DÖV 1985, 1003 (1010); Oldiges, WiR 1973, 1 (21).

²⁸ Vgl. Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 49.

²⁹ Eine Beteiligung des Bundestages ist z.B. bei Verordnungen nach den §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 Nr. 1 und 4, 23, 24 und 57 KrW-/AbfG gemäß § 59 KrW-/AbfG vorgesehen.

³⁰ Becker, DÖV 1985, 1003 (1010); Kloepfer/Elsner, DVBl. 1996, 964 (969); Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988, S. 179; Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (795) für den normersetzenden Vertrag; a.A. wohl Müggenborg, NVwZ 1990, 909 (917), wonach ein entsprechender öffentlich-rechtlicher Vertrag, nicht aber eine informelle Absprache verfassungswidrig wäre, da Zusagen der Exekutive, ein bestimmtes Gesetz nicht zu erlassen, die Legislative nicht binden könnten. Dies dürfte aber an der Frage der Zuständigkeit nichts ändern. A.A. auch Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 101.

³¹ Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (795). Ihm folgend: Schulte, Schlüchtes Verwaltungshandeln, S 148; Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 90 ff. Ferner eine Annexkompetenz befürwortend: Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 72.

³² Z.B. BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 -, BVerfGE 49, 89 (126).

³³ Vgl. sogleich unter 2..3

2.1.2 Verbandskompetenz

Die Verbandskompetenz für die staatlichen Induzierungsbeiträge zu Selbstverpflichtungen ist im Falle der Inaussichtstellung normativen Untätigwerdens ebenfalls dort anzusiedeln, wo die jeweilige Normsetzungskompetenz liegt.

Im Fall der **verordnungsabwendenden** Selbstverpflichtung ergibt sich die zuständige Stelle z.B. in Form der Bundes- oder einer Landesregierung aus dem zum Verordnungserlass ermächtigenden Gesetz,³⁴ oder aber im Wege der Subdelegation aus einer die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung übertragenden Rechtsverordnung (vgl. Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG).

Für **gesetzesabwendende** Selbstverpflichtungen sind die Kompetenzverteilungsvorschriften der Art. 70 - 75 GG anzuwenden.³⁵ Nicht gefolgt werden kann hingegen der »großzügigen« Sichtweise von Oldiges,³⁶ der eine Verletzung föderativer Kompetenzschranken erst dann annehmen möchte, wenn die normsubstituierende Funktion der Selbstverpflichtungen dazu ausgenutzt werde, »eine fremde Gesetzgebungs-kompetenz zu usurpieren«.

Die Beantwortung der Frage, ob der Bund oder die Länder kompetentiell gesetzliches Untätigbleiben in Aussicht stellen dürfen, richtet sich danach, ob die virtuelle Norm der ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebung zuzuordnen wäre. Wirft die ausschließliche Gesetzgebungs-kompetenz insoweit keine Probleme auf, bedarf die konkurrierende Gesetzgebungs-kompetenz noch vertiefter Betrachtung. Nach einer Literaturmeinung soll der Mitwirkung des Bundes an gesetzes-abwendenden Vereinbarungen über Gegenstände der **konkurrierenden Gesetzge-bung** eine Sperrwirkung zu Lasten der Landesgesetzgebung nicht zukommen.³⁷ Bund und Länder könnten nebeneinander tätig werden, da beide nebeneinander den Nichterlass einer Regelung in Aussicht stellen könnten.³⁸ Interessante Implikationen dürfte eine derartig unterstellte Doppelkompetenz aber im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung für den Fall aufwerfen, dass der Bund normatives Untätigwerden in Aussicht stellt, ein Land aber gleichwohl normativ tätig werden möchte. Für die Verneinung der Sperrwirkung scheint zunächst Art. 72 Abs. 1 GG n.F. zu sprechen, wonach die Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Befugnis zur Gesetzgebung haben, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungs-zu-ständigkeit nicht durch **Gesetz** Gebrauch gemacht hat. Allerdings dürfte der Verfa-s-sungsgeber hierbei in erster Linie an die bloße Nichtregelung einer Materie, nicht aber an die »verhandelte« Untätigkeit, wie sie bei den staatlich induzierten Selbst-verpflichtungen zu finden ist, gedacht haben.

³⁴ Vgl. Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 73.

³⁵ Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, S. 178.

³⁶ Oldiges, WiR 1973, 1 (20).

³⁷ Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (796); Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 149.

³⁸ Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (796). A.A. Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 73, welche die Doppelzuständigkeit unter Hinweis auf die vorrangige Kompetenz der Länder zum Abschluss von Selbstverpflichtungen ablehnen.

Die Gründe, die im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung dafür sprechen, eine Materie dem Bund zuzuweisen (Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, vgl. Art. 72 Abs. 2 GG), sprechen in gleichem Maße dafür, dem Bund die alleinige Entscheidung über temporäres, bewusst in einem Quasi-Verhandlungsprozess eingesetztes Untätigwerden zuzuweisen. Eine **Sperrwirkung** zu Lasten der Länder und damit **keine Doppelzuständigkeit** ist also auch in diesem Fall anzunehmen.³⁹ Abgesehen von einer derartigen Sperrwirkung würden die Länder auch gegen den Grundsatz des bundes-freundlichen Verhaltens⁴⁰ verstößen, erließen sie, trotz publizierter Ankündigung des Bundes, eine bestimmte Materie vorerst nicht durch Gesetz zu regeln, eine diesbezügliche Regelung. Speziell für den Bereich der Produktverantwortung im Rahmen des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes vertritt *Hoffmann*, dass es gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens verstieße, wenn die Bundesländer eigene Regelungen in einem Bereich schafften, in dem der Bund durch Absprachen mit der Industrie und Zielfestlegungen nach § 25 Abs. 1 KrW-/AbfG seine abfallpolitische Strategie verfolgt.⁴¹

2.1.3 Organkompetenz

Die Organkompetenz für die staatliche Mitwirkung an normvertretenden oder -abwendenden Selbstverpflichtungen ist in der Literatur für diejenigen staatlichen Stellen bejaht worden, die ihre Mitwirkung im Normsetzungsverfahren von **eigenen politischen Entscheidungen** abhängig machen dürfen.⁴² Dies sind in erster Linie diejenigen, die im Normsetzungsverfahren entsprechende Initiativrechte innehaben, also der Bundestag, der Bundesrat, die Bundesregierung, der Landtag und die Landesregierungen. Diesen Stellen kann eine negative Zuständigkeit aber nur hinsichtlich der Teile des Normsetzungsverfahrens zukommen, die in ihren Entscheidungsspielraum fallen, also z.B. hinsichtlich der Initiativrechte.⁴³ Ein Fachminister kann zuständigkeitshalber und insofern verfassungsgemäß nur ankündigen, dass aus seinem Ressort kein Gesetzentwurf der Volksvertretung vorgelegt werde.

³⁹ A.A. Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 91; Fleck/Schmitt, VerwArch 1998, 220 (233), wonach der Bund gezwungen sein soll, einzig zum Ausschluss entsprechender Landesgesetzgebung ein Bundesgesetz zu erlassen, welches sich inhaltlich auf eine Nichtregelung beschränkt oder die Verbindlichkeit inhaltlicher Regelungen für die Absprache-Beteiligten unter den Vorbehalt der Nichteinhaltung der Absprache stellt.

⁴⁰ Vgl. zu diesem Grundsatz: BVerfG, Urt. v. 8.2.1977 - 1 BvF 1/76, 1 BvL 7, 8/75, 1 BvR 239/75, 92, 103 - 114, 115, 140 - 143, 187/76 -, BVerfGE 43, 291 (348); BVerfG, Urt. v. 24.7.1962 - 2 BvF 4, 5/61, 1, 2/62 -, BVerfGE 14, 197 (215); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl., Art. 20 Rn. 20 ff.; Bauer, Die Bundesstreue, 15. Aufl., 1999.; Jobs, DÖV 1998, 1039 (1043); Degenhart, Staatsrecht I, 1992, Rn. 176 ff.

⁴¹ Hoffmann, in: Brandt/Ruchay/Weidemann (Hrsg.), KrW-/AbfG, Bd. 2, 1998, B 100, § 22 Rn. 22 unter Verweis auf Jarass, Organisation und Überwachung der Sonderabfallentsorgung durch die Länder, 1996, S. 37.

⁴² Oebbecke, DVBl.1986, 793 (796); jetzt auch: Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 97.

⁴³ Ähnlich: Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 101, für das Initiativrecht der Bundesregierung, der sodann und im Widerspruch zu dieser Feststellung gleichwohl die Bundesregierung zur Abgabe einer gesetzesvertretenden Absprache für zuständig hält, welche allerdings den zuständigen Gesetzgeber nicht binden soll.

Die Ankündigung, kein formelles Gesetz zu erlassen, kann hingegen nur vom zuständigen Gesetzgeber, also vom Bundes- oder Landtag, die Ankündigung, keine Rechtsverordnung zu erlassen, nur von der Bundes- oder Landesregierung, von einem Bundesminister oder einem zulässigerweise eingesetzten Subdelegatar erfolgen.⁴⁴ Dies ist nicht nur eine Frage der Verhandlungsposition, sondern der rechtlich fixierten Verantwortung.⁴⁵ Demgegenüber wird eingewandt, der Regierung die Kompetenz zur Mitwirkung an **gesetzesabwendenden** Absprachen abzusprechen, hieße, die in rechtlicher und faktischer Hinsicht maßgebliche Rolle der Regierung außer acht zu lassen.⁴⁶ Rechtliche und faktische Macht, die nicht verkannt werden soll, vermag aber im Interesse des Rechtsstaats nicht, Zuständigkeiten zu überspielen. Zuständigkeitsshalber muss die Regierung bei gesetzesvertretenden Selbstverpflichtungen ihre Mitwirkung darauf beschränken, ihr Einbringungsrecht gem. Art. 76 Abs. 1 GG nicht auszuüben.

2.1.4 Beteiligung innerstaatlicher und außerstaatlicher Stellen

Prinzipiell sind an der Entscheidung, normatives Untätigwerden in Aussicht zu stellen, all diejenigen inner- und außerstaatlichen Stellen zu beteiligen, die auch an der positiven Normsetzung zu beteiligen wären. Ausnahmsweise können Sinn und Zweck der Beteiligung diese im Fall der negativen Normsetzung nicht erfordern, was aber besonders begründungsbedürftig ist. Die gegen die prinzipiell notwendige Beteiligung anderer Stellen häufig zitierten – und im Falle der Beteiligung angeblich nicht mehr gegebenen – Vorteile der Einfachheit und Schnelligkeit der staatlichen Induzierung von Selbstverpflichtungen gegenüber dem langwierigeren Normsetzungsverfahren⁴⁷ müssen in der Abwägung mit den rechtsstaatlichen Gründen für die Beteiligung Dritter in der Regel zurückstehen.⁴⁸

Im Einzelnen:

Bei verordnungsabwendenden oder -ersetzenden Selbstverpflichtungen geht es um die **Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat** in den Fällen, in denen auch der Erlass der Verordnung nach Art. 80 Abs. 2 GG zustimmungsbedürftig wäre.

⁴⁴ Vgl. auch Brohm, DÖV 1992, 1025 (1029); Fluck/Schmitt, VerwArch 1998, 220 (232).

⁴⁵ Brohm, DÖV 1992, 1025 (1029).

⁴⁶ Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 98, der allerdings im weiteren Verlauf seiner Ausführungen wieder auf das Initiativrecht der Regierung abstellt und damit sich mit den hiesigen Ausführungen wieder in Übereinstimmung befindet.

⁴⁷ Vgl. z.B. Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, S. 192; Grewlich, DÖV 1998, 54 (59); Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 142 ff.

⁴⁸ Siehe aber die a.A. von Bohne, VerwArch 75 (1984), 343 (364): »Denn weitergehende Formalisierungen würden das Abspracheinstrument seiner Flexibilität berauben und in der Sache wohl nur dazu führen, dass die Verhandlungen in einen 'offiziellen', für alle Beteiligten zugänglichen Teil und in einen 'informellen', dem federführenden Minister vorbehaltenen Teil 'gespalten' würden.« und von Becker, DÖV 1985, 1003 (1011).

Diese Zustimmungsbedürftigkeit wird insbesondere darin begründet sein, dass die Rechtsverordnung aufgrund eines Bundesgesetzes ergeht, welches von den Ländern im Auftrag des Bundes oder als eigene Angelegenheit ausgeführt wird (Art. 80 Abs. 2 letzte Alt. GG). Es ist argumentiert worden, dieses Zustimmungserfordernis entfalle jedoch bei verordnungssubstituierenden Selbstverpflichtungen, da diese die gem. Art. 83 GG den Bundesländern obliegende Vollziehung der Gesetze nicht berührten.⁴⁹ Von den Vertretern dieser Auffassung wird aber zum Teil eingeräumt, die zustimmungsfreie Ankündigung der Bundesregierung oder eines Bundesministers, keine Rechtsverordnung zu erlassen, dürfe nicht dazu missbraucht werden, die Exekutivzuständigkeiten der Bundesländer auszuhöhlen. Insoweit setze die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten der Mitwirkung des Bundes an normvertretenden Absprachen ohne Beteiligung des Bundesrates Grenzen.⁵⁰ Letzterem ist beizupflichten. Zweifel sind aber an der Begründung der Zustimmungsfreiheit der bundesstaatlichen Mitwirkung an Selbstverpflichtungen mit der fehlenden Administration durch die Länder im Bereich der Selbstverpflichtungen anzumelden. Wie an späterer Stelle im Zusammenhang mit den staatlichen Schutzpflichten im einzelnen noch dargelegt werden wird, bedürfen Selbstverpflichtungen dringend der staatlichen Überprüfung hinsichtlich ihrer Einhaltung. Sofern jedenfalls diese Überprüfung durch die Bundesländer erfolgen sollte, auch wenn diese Überprüfung weniger aufwändig als der Vollzug von Rechtsentscheidungen sein sollte,⁵¹ ist die Notwendigkeit der Zustimmung durch den Bundesrat zu bejahen.⁵²

Ein weiterer bedeutsamer Fall der am Erlass von Rechtsverordnungen vorgesehener Beteiligung innerstaatlicher Stellen ist die z.B. nach § 59 KrW-/AbfG vorgesehene **Beteiligung des Bundestages** bei Rechtsverordnungen zur Regelung der abfallrechtlichen Produktverantwortung nach den §§ 23 und 24 KrW-/AbfG.⁵³ Begründet wird dieses Beteiligungsrecht mit der Bedeutsamkeit der in den Verordnungen zu regelnden Tatbestände.⁵⁴ Dieser Beteiligungsgrund entfällt aber nicht, wenn der Staat anstelle oder neben den Verordnungen im Bereich der Produktverantwortung Selbstverpflichtungen durch Inaussichtstellen reduzierter Verordnungstätigkeit indu-

⁴⁹ Bohne, VerwArch 75 (1984), 343 (364); Kloepfer/Elsner, DVBl. 1996, 964 (969); Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 146; BMU (Hrsg.), UGB-KOME, Entwurfsbegründung, S. 506. Vgl. auch Engel, Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung, 1998, S. 32, wonach Selbstverpflichtungen keines behördlichen Vollzugs bedürfen.

⁵⁰ Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (796); ihm folgend: Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 149.

⁵¹ Vgl. hierzu: Hartkopf/Bohne, Umweltpolitik 1, 1983, S. 229.

⁵² Ähnlich: Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 146, wonach analog Art. 80 Abs. 2 GG die Zustimmung des Bundesrats eingeholt werden muss, wenn die Länder zum Monitoring oder zur Evaluierung der Zielerreichung herangezogen werden. A.A.: Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 107, wonach die Information des Bundesrates durch die Bundesregierung über ihr Vorhaben, eine verordnungsabwendende Selbstverpflichtung zu induzieren, hinreichend und notwendig sein soll. Nach Oebbecke ist der Bund verpflichtet, mit Rücksicht auf die Verwaltungszuständigkeit der Länder notwendige Kontrollen soweit möglich den Ländern zu überlassen (DVBl. 1986, 793, 796).

⁵³ An der Verfassungsmäßigkeit dieser Beteiligung wird deshalb Zweifel angemeldet, weil sie der in Art. 80 GG vorausgesetzten Arbeitsteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung widersprechen könnte, vgl. Fritsch, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, 1996, Rn. 439 f.; Hoffmann, DVBl. 1996, 347 (350 f.).

⁵⁴ Frenz, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 2. Aufl., 1998, § 59 Rn. 1.

ziert. Auch in diesem Fall muss der Bundestag beteiligt werden.⁵⁵ Der hiermit einhergehende Flexibilitätsverlust der Selbstverpflichtungen muss in Kauf genommen werden. Verbleibender Vorteil des Instrumentes der Selbstverpflichtung gegenüber der vollregelnden Verordnung dürfte der geringere oder gar ausbleibende Eingriff in die Freiheitsgrundrechte der Betroffenen sein.

Ein bedeutsamer Fall der Beteiligung **außerstaatlicher Stellen** vor Erlass einer Rechtsverordnung im Umweltrecht dürfte die Mitwirkung von anerkannten Naturschutzverbänden nach § 29 BNatSchG⁵⁶ sein. Nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist diesen bei der Vorbereitung von Verordnungen und anderen im Range unter dem Gesetz stehenden Rechtsvorschriften der für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden Gelegenheit zur Äußerung sowie zur Einsicht in die einschlägigen Sachverständigengutachten zu geben. Sinn dieser Mitwirkungszuständigkeit ist zum einen die Mitwirkung bei der Problemdefinition, zum anderen, Problemlösungsalternativen zu entwickeln und dadurch das Problembewältigungspotential des Entscheidungsträgers anzuheben.⁵⁷ Problemdefinition und Problemlösungsalternativen sind aber auch bei der Induzierung von Selbstverpflichtungen durch Inaussichtstellung des Nichterlasses entsprechender Verordnungen von großer Bedeutung. Daher wären auch im Vorfeld von dem Naturschutz dienenden Selbstverpflichtungen die anerkannten Naturschutzverbände zu beteiligen.

Einen weiteren Fall der Beteiligung auch außerstaatlicher Stellen vor Erlass einer Rechtsverordnung stellt die **Anhörung der »beteiligten Kreise«**, z.B. nach den §§ 14 Abs. 1 AbfG, 23, 24 KrW-/AbfG, 17 ChemG,⁵⁸ 5 Abs. 2, 35 BlmSchG, dar. Wer im einzelnen zu den beteiligten Kreisen rechnet, wird in den jeweiligen Fachgesetzen bestimmt. So ordnet z.B. § 60 KrW-/AbfG Vertreter der Wissenschaft, der Betroffenen, der beteiligten Wirtschaft, der für die Abfallwirtschaft zuständigen obersten Landesbehörden und der Gemeinden und Gemeindeverbänden den »beteiligten Kreisen« zu. Die Anhörung der »beteiligten Kreise« soll dazu dienen, einerseits die Informationsbasis der Behörde zu vergrößern, andererseits für eine größere Akzeptanz der Verordnungen bei der Bevölkerung zu sorgen.⁵⁹ Da diese Funktionen auch bei normabwendenden bzw. normersetzenden Selbstverpflichtungen zum Tragen kommen, sind auch hier die »beteiligten Kreise« am Aushandlungsprozess zu beteiligen.⁶⁰ Bezogen auf die Selbstverpflichtung der deutschen Wirtschaft zum Klimaschutz bedeutet dies, dass – soweit durch sie eine Wärmenutzungsverordnung nach

⁵⁵ A.A.: Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 108 und Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 145, die eine Information des Bundestages für ausreichend halten.

⁵⁶ Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) v. 20.12.1976 (BGBl I S. 3574, 1977 S. 650) i.d.F.d.Bek. v. 21.9.1998 (BGBl I S. 2994).

⁵⁷ Schink, Naturschutz- und Landschaftspflegerecht Nordrhein-Westfalen, 1989, Rn. 144.

⁵⁸ Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen (Chemikaliengesetz-ChemG) v. 16.9.1980 (BGBl I S. 1718) i.d.F.d.Bek. v. 25.7.1994 (BGBl I S. 1703), zuletzt geändert durch Gesetz v. 14.5.1998 (BGBl I S. 950, 969).

⁵⁹ Brohm, DÖV 1992, 1025 (1030); vgl. auch Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 142.

⁶⁰ A.A. wegen der insoweit vorliegenden »Reformalisierung« sog. informeller Absprachen Brohm, DÖV 1992, 1025 (1030); Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, S. 192; Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 142 ff.

§ 5 Abs. 2 BImSchG obsolet werden sollte – die in § 51 BImSchG definierten »beteiligten Kreise« hätten beteiligt werden müssen.⁶¹

Nicht alle Fälle der notwendigen Beteiligung staatlicher und außerstaatlicher Stellen bei der Induzierung von Selbstverpflichtungen können hier erörtert werden. Die bisher untersuchten Regelungen machen aber deutlich, dass von Fall zu Fall zu prüfen ist, ob ausnahmsweise Sinn und Zweck dieser Beteiligung im Fall der Selbstverpflichtungen ein Absehen von der für den Normerlass vorgeschriebenen Beteiligung rechtfertigen.

Am Ende der Ausführungen zu den rechtsstaatlich bedingten Zuständigkeits- und Beteiligungsanforderungen soll nicht verhehlt werden, dass die in dieser Untersuchung vertretenen Anforderungen den staatlich induzierten Selbstverpflichtungen etwas von ihrer bisherigen »Praktikabilität« nehmen. Der den Selbstverpflichtungen von einigen zugeschriebene Vorteil des schnelleren und leichteren Zustandekommens, der auch mit dem gegenüber normativen Regelungen angeblich nicht gegebenen Erfordernis der Beteiligung Dritter begründet wird,⁶² relativiert sich. Zu bedenken ist aber, dass die Zuständigkeits- und Verfahrensvoraussetzungen, die für formale Handlungsformen des Staates nicht zuletzt aus dem Rechtsstaatsprinzip entwickelt wurden, bei der Herausbildung informaler Handlungsstrategien nicht einfach umgangen werden können, sondern vielfach ihren Sinn und Zweck auch in diesen Fällen behalten. Eine allein an die Handlungsform anknüpfende Betrachtungsweise würde letztlich einer rein positivistischen Handhabung unserer Rechts und Verfassungsordnung Vorschub leisten und eine Positivierung der informalen Handlungsweisen nach sich ziehen – ein Ergebnis, das auch von den Gegnern der »Formalisierung des Informalen« nicht gewollt ist.

2.2 Vorrang von Verfassung und Gesetz

Bei der Induzierung von Selbstverpflichtungen muss der Staat dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit in seinen beiden Konkretisierungen des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes⁶³ genügen.

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit findet sich in Art. 20 Abs. 3 GG, wonach auch die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden ist. Dies besagt, dass das Handeln der Verwaltung mit allen Rechtsnormen im Einklang stehen muss.⁶⁴ Dies gilt – insoweit nicht anders als für die öffentlich-rechtlichen Verträge i.S.d. §§ 54 ff. VwVfG⁶⁵ – auch für staatlich induzierte Selbstverpflichtungen.⁶⁶ Diese dürfen inhalt-

⁶¹ Vgl. hierzu Koch/Behrend, in: Koch/Caspar (Hrsg.), Klimaschutz im Recht, 1997, S. 179.

⁶² Vgl.z.B. Oldiges, WiR 1973, 1 (5); Grewlich, DÖV 1998, 54 (55).

⁶³ Vgl. Bleckmann, VerwArch 63 (1972), 404 (404).

⁶⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl., 2000, Art. 20 Rn. 41; BVerfG, Beschl. v. 31.5.1988 - 1 BvR 520/83 -, BVerfGE 78, 214 (227).

⁶⁵ Vgl. hierzu: Scherzberg, JuS 1992, 205 (210).

⁶⁶ Zur Bedeutung des Gesetzesvorrangs allgemein für das schlichte Verwaltungshandeln vgl. Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 133 ff.

lich gegen keinerlei Rechtsnorm verstößen,⁶⁷ z.B. gesetzlich vorgesehene Planfeststellungs- oder Genehmigungserfordernisse nicht unterlaufen, verordnungsmäßig festgelegte Grenzwerte, oder eine vom Gesetzgeber bereits getroffene Abwägung zwischen Ökologie und Ökonomie nicht überspielen.⁶⁸ Insoweit kann die sog. »soft procedure« nicht vom ius cogens dispensieren.⁶⁹

Erst recht darf selbstverständlich die Selbstverpflichtungen induzierende Administrative mit ihrem Induzierungsbeitrag nicht gegen Rechtsnormen verstößen. Sie darf insbesondere nicht den Verzicht auf eine Norm in Aussicht stellen oder mit deren Erlass drohen, die wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht nicht erlassen werden dürfte.⁷⁰

2.3 Gesetzesvorbehalt

Der Staat kann, wenn er sich normativer Regelungen enthält und statt dessen Selbstverpflichtungen induziert, unter Umständen gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstößen.

Eine pauschale Unterstellung des kompletten Umweltrechts unter den Gesetzesvorbehalt wegen des Gewichts der vom Umweltrecht zu regelnden Materie⁷¹ ist zu Recht abgelehnt worden.⁷² Vielmehr muss dieses für den jeweiligen Einzelfall entschieden werden, wobei die rechtsstaatliche und demokratische Komponente des Gesetzesvorbehalts⁷³ unter Berücksichtigung der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁴ im Auge zu behalten ist.

In den Fällen, in denen die staatliche Induzierung von Selbstverpflichtungen einen (mittelbaren) Grundrechtseingriff darstellt, würde hierfür sowohl aufgrund der **rechtsstaatlichen Komponente** des Gesetzesvorbehalts als auch nach der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Gesetz erforderlich sein.

Ob allerdings bei den staatlich induzierten Selbstverpflichtungen im staatlichen Induzierungsbeitrag ein Grundrechtseingriff liegt, ist in der Vergangenheit heftig diskutiert

⁶⁷ Dempfle, Normvertretende Absprachen, S. 120; Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 182 f.

⁶⁸ Zu letzterem vgl. Schulte, Schlisches Verwaltungshandeln, S. 135.

⁶⁹ Kunig, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Alßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 1990, S. 58.

⁷⁰ Dempfle, Normvertretende Absprachen, S. 111; Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (798), wonach dies aber bei einer »bei verständiger Würdigung der Rechtslage bestehenden Unsicherheit« in Anlehnung an § 55 VwVfG möglich sein soll.

⁷¹ So aber Grüter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, S. 96; wohl auch: Brohm, DÖV 1992, 1025 (1033).

⁷² Dempfle, Normvertretende Absprachen, S. 121 ff.

⁷³ Zu diesen Komponenten vgl. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR III, 1988, § 62, S. 315 ff.; Pietzcker, JuS 1979, 710 ff.; Schulte, Schlisches Verwaltungshandeln, S. 137 ff.

⁷⁴ Vgl. hierzu beispielsweise: BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 - 2 BvL 8/77 -, BVerfGE 49, 89 (126); BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87 -, BVerfGE 83, 130 (142).

worden. Die Eingriffsqualität des staatlichen Induzierungsbeitrages und damit auch das Eingreifen des Gesetzesvorbehaltes aus rechtsstaatlichen Gründen wurde mitunter für gesetzesabwehrende Vereinbarungen deshalb abgelehnt, weil der einzelne seine Bindung ja jederzeit ohne rechtliche Folgen abstreifen könne.⁷⁵ Dass der Einzelne seine Bindungen jederzeit ohne rechtliche Folgen abstreifen kann, bedeutet aber nicht, dass er dies auch ohne faktische Folgen tun könnte. Es ist aber gerade eine Errungenschaft des modernen, fortentwickelten Eingriffsverständnis, das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs nicht mehr an den »klassischen« Eingriffskriterien⁷⁶ wie u.a. dem der rechtlichen Wirkung festzumachen, sondern auf die freiheitsschmälernde Wirkung im Grundrechtsbereich abzustellen. Daher kann die Geltung des Gesetzesvorbehaltes nicht mit dem Argument einer **rechtlichen** Folgenlosigkeit eines Bruchs der Selbstverpflichtung abgelehnt werden.

Das dogmatische Problem, ob der staatliche Induzierungsbeitrag als ein (mittelbarer/faktischer) Grundrechtseingriff gewertet werden muss und welche Rolle hierbei die Mitwirkung der sich verpflichtenden Wirtschaft spielt (Stichwort: »Grundrechtsverzicht«), wird im Rahmen dieser Abhandlung jedoch an späterer Stelle⁷⁷ behandelt. Festgehalten werden kann jedenfalls zum Thema des Gesetzesvorbehalts bereits an dieser Stelle, dass – sofern der staatliche Induzierungsbeitrag in Grundrechte der sich Verpflichtenden eingreift – eine gesetzliche Grundlage aufgrund der rechtsstaatlichen Komponente des Gesetzesvorbehalts und der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderlich ist. Diese gesetzliche Grundlage kann auch dann erforderlich sein, wenn die Induzierung in Grundrechte Dritter eingreift, allerdings mit sämtlichen Maßgaben, die für die Geltung des Gesetzesvorbehalts bei Drittbeeinträchtigungen entwickelt worden sind.⁷⁸

Induziert der Staat eine **verordnungsvertretende** Selbstverpflichtung, indem er darauf hinweist, anderenfalls eine Rechtsverordnung zu erlassen – wie bereits ausgeführt, kann insofern nur die Administrative Zuständigkeitshalber induzieren –, muss eine entsprechende Verordnungsermächtigung vorliegen, die den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG bzw. den entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen entspricht. So durfte die Bundesregierung die Altauto-Selbstverpflichtung unter Androhung einer schärfer gefassten Autorechtsverordnung induzieren, weil die für eine Autorechtsverordnung erforderliche Verordnungsermächtigung in Gestalt der §§ 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3, 7 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 4 a und Abs. 3 KrW-/AbfG etc. vorlag. Die induzierten verordnungsvertretenden Selbstverpflichtungen müssen sich dabei innerhalb des Rahmens der Verordnungsermächtigungen halten. Bei Überschreiten der durch die Verordnungsermächtigungen gesteckten Grenzen läge ein Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt vor. Im Rahmen der Produktverantwortung ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass man in den Zielfestlegungsermächtigungen der

⁷⁵ Vgl. Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (799); auch in diese Richtung gehend Di Fabio, JZ 1997, 969 (971) und Bohne, in: Gessner/Winter, Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, 1982, S. 272: Da die Wirtschaft sich jederzeit aus der Selbstverpflichtung lösen könne, sei das Problem des Grundrechtsverzichts nicht so drängend.

⁷⁶ Zu den »klassischen« Eingriffskriterien sowie dem fortentwickelten Eingriffsverständnis vgl. im einzelnen sogleich unter 5.2.1.2.

⁷⁷ Nämlich 5.2.1.2 und 5.2.1.3.

⁷⁸ Vgl. hierzu die überzeugenden Darlegungen bei Roth, Verwaltungshandeln mit Drittgefährdung und Gesetzesvorbehalt.

§§ 14 Abs. 2 S. 1 AbfG bzw. 25 Abs. 1 KrW-/AbfG auch für Absprachen ausreichende gesetzliche »Abspracheermächtigungen« erblickt.⁷⁹

Denkbar ist es aber auch, dass die vorliegende gesetzliche Verordnungsermächtigung die Administrative nicht nur zum Rechtsverordnungserlass **ermächtigt**, sondern diese darüber hinaus zum Rechtsverordnungserlass **verpflichtet**.⁸⁰ Dies wird beispielsweise für die Konkretisierung der Wärmenutzungspflicht der Betreiber genehmigungsbedürftiger Anlagen nach § 5 Abs. 1 S. 4, Abs. 2 BlmSchG diskutiert und dementsprechend in Frage gestellt, ob die Bundesregierung durch ihre Akzeptanz der Selbstverpflichtung der deutschen Wirtschaft zum Klimaschutz ihren gesetzlichen Auftrag erfüllt habe.⁸¹ Eine derartige Verpflichtung der Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen dürfte in der Praxis eher die Ausnahme sein. Sie kann sich aus der Verordnungsermächtigung selbst ergeben. Auch kann sich die Entschließungsfreiheit des Verordnungsgebers wegen der anderweitig nicht gegebenen Praktikabilität der zugrundeliegenden gesetzlichen Regelung auf Null reduziert haben oder diese Reduzierung aus Art. 3, grundrechtlichen Schutzpflichten, Art. 20 a GG oder aus völker- oder europarechtlichen Verträgen resultieren.⁸² In diesen Fällen einer Verpflichtung zum Erlass einer Rechtsverordnung wäre die statt dessen vorgenommene Induzierung einer Selbstverpflichtung durch die Exekutive unzulässig.

Neben oder unabhängig von der rechtsstaatlichen Komponente des Gesetzesvorbehalts könnte seine **demokratische Komponente** ein Handeln des Gesetzgebers verlangen. So wird für normvertretende Absprachen vertreten, dass es nicht in der Dispositionsbefugnis bestimmter Wirtschaftskreise stehen könnte, darüber zu bestimmen, welche wirtschafts- und umweltpolitischen Maßnahmen einzelne Verwaltungsinstanzen ergreifen könnten. Insoweit könnten »wesentliche staatspolitische Weichenstellungen« vorliegen, über die das Parlament – jedenfalls in grundsätzlicher Hinsicht – selbst befinden müsse.⁸³

Auch hier kann keine pauschale Bewertung vorgenommen werden, es ist vielmehr eine Einzelfallprüfung vorzunehmen.⁸⁴ Beispielsweise bedurfte die Art und Weise eines kollektiven Ausstiegs aus der Atomenergie durch die betroffenen Kraftwerkbetreiber wegen seiner Bedeutung für die Allgemeinheit sicherlich der Regelung in

⁷⁹ Brohm, DÖV 1992, 1025 (1033); Fluck/Schmitt, VerwArch 89 (1998), 220 (238); vgl. hierzu auch Grüter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, S. 95.

⁸⁰ Zur Pflicht, eine Rechtsverordnung zu erlassen, vgl. aus der Rechtsprechung: BVerfG, Beschl. v. 6.12.1961 - 2 BvR 399/61 -, BVerfGE 13, 243 (254); BVerfG, Beschl. v. 23.7.1963 - 1 BvR 265/62 -, BVerfGE 16, 332 (338); BVerwG, Urt. v. 4.5.1973 - VII C 27.72 -, BVerwGE 42, 169 (174); BVerwG, Urt. v. 17.1.1985 - 3 C 6.83 -, BVerwGE 71, 1 (6); aus der Literatur: von Danwitz, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, 1989, S. 180 f.; Unruh/Strohmeyer, NuR 1998, 225 ff.; Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR III, § 64 Rn. 43.

⁸¹ Koch/Behrend, in: Koch/Casper (Hrsg.), Klimaschutz im Recht, Baden-Baden 1997; Fluck/Schmitt, VerwArch 89 (1998), 220 (238); vgl. auch Brohm, DÖV 1992, 1025 (1033).

⁸² Vgl. von Danwitz, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, S. 180 f.; Unruh/Strohmeyer, NuR 1998, 225 ff.

⁸³ Brohm, DÖV 1992, 1025 (1033); Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 138. Vgl. allgemein auch zur Problematik des Gesetzesvorbehalts in Fällen des Grundrechtsverzichts: Robbers, JuS 1985, 925 (929).

⁸⁴ So auch: Fluck/Schmitt, VerwArch 89 (1998), 220 (237).

Form eines Parlamentsgesetzes.⁸⁵ Im Fall der Altautoselbstverpflichtung dürfte man hingegen die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts bei Berücksichtigung der vorhandenen gesetzlichen Regelung der Produktverantwortung in den §§ 22 ff. KrW-/AbfG samt Verordnungsermächtigungen und Vorliegens der ergänzenden Altautoverordnung für gewahrt halten.

De lege ferenda ist darauf hinzuweisen, dass sich die Frage des Gesetzesvorbehalts bei Selbstverpflichtungen im Umweltrecht nicht durch eine generelle Regelung nach dem Muster des § 35 UGB-KOME erübrigen könnte, der das Institut der Selbstverpflichtungen erstmals einer gesetzlichen Regelung zu unterwerfen versucht. Insoweit ist die Parallele zur gesetzlichen Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages in den Verwaltungsverfahrensgesetzen zu ziehen. Ist auch die Vertragsform insoweit gesetzlich vorgesehen, kann doch noch – hier wird eine Position entgegen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bezogen – der jeweilige Vertragsinhalt den darüber hinausgehenden Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes unterfallen.⁸⁶

3. Demokratieprinzip - Opferung des Gemeinwohls auf dem Altar der Partikularinteressen?

Ein Unbehagen hinsichtlich der Vereinbarkeit der staatlichen Induzierung gesellschaftlicher Selbstregulierung mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes ist allenthalben zu verzeichnen.⁸⁷ Sehr plastisch hat *Kunig* in diesem Zusammenhang formuliert, »dass der demokratische Rechtsstaat nicht abdanken darf, um den Betroffenen« das Feld zu überlassen.«⁸⁸ *Hoffmann-Riem* stellte hinsichtlich der Klimaschutzselbstverpflichtung fest: »Als Konkretisierung des Gemeinwohlziels nur durch Träger partikularer Interessen fehlt einer solchen Selbstverpflichtung die legitimierende Kraft eines übergreifenden Interessen-Clearing.«⁸⁹

Normativer Ausgangspunkt für eine Überprüfung am Demokratieprinzip ist Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht (Grundsatz der Volks souveränität). Hierbei wird unter Volk das **Staatsvolk** verstanden, nicht aber eine

⁸⁵ So auch: Böhm, NuR 1999, 661 (663). Zur aktuellen Problematik des Ausstiegs aus der Kernenergie mittels Änderung des Atomgesetzes und Vereinbarungen zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgern allgemein vgl. Koch/Roßnagel, NVwZ 2000, 1 ff. und Stür/Loges, NVwZ 2000, 9 ff.

⁸⁶ Vgl. hierzu Ehlers, VerwArch 74 (1983), 112 (126); Scherzberg, JuS 1992, 205 (211 f.); andererseits: BVerwG, Urt. v. 6.7.1973 - BVerwG IV C 22.72 -, BVerwGE 42, 331 (335): »Das sicherlich bestehende, nämlich aus Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit den Grundrechten ableitbare Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Eingriffe in ›Freiheit und Eigentum‹ erfasst verwaltungsrechtliche Verträge nicht, weil es bei ihnen, auch soweit Grundrechtspositionen berührt werden, angesichts der einverständlichen Mitwirkung der am Vertrag Beteiligten zumindest nicht in dem Sinne zu Eingriffen kommt, in dem dies bei jenem Erfordernis gesetzlicher Grundlage vorausgesetzt wird..«

⁸⁷ Vgl. z.B. Di Fabio, VVDStRL 56 (1997), S. 263 ff.; Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997), S. 175; Trute, DVBl. 1996, 950 (955); Kunig, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, S. 63 ff.

⁸⁸ Kunig, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, S. 66 u. 62: »Fehlende Legitimation wird niemals durch Kommunikation ersetzt«.

⁸⁹ Hoffmann-Riem, Die Verwaltung 1995, 425 (445).

unter anderen Gesichtspunkten, z.B. der Betroffenheit, zusammengefasste kleinere Gesamtheit von Staatsbürgern.⁹⁰ Von dieser geht keine demokratische Legitimation aus. Die gleichwohl stattfindende Einbeziehung von gesellschaftlichem Sachverständ in staatliche Entscheidungen und die hier gewährte Partizipation findet ihre Rechtfertigung in der grundrechtlichen Betroffenheit der Einzelnen, was aber nicht in eine demokratische Legitimation umschlägt.⁹¹ Im Gegenteil – die zusätzliche Legitimation einer vom Staatsvolk getragenen Entscheidung durch eine insoweit als »Nichtvolk« zu qualifizierende Gruppe kann sich hinsichtlich der demokratischen Legitimation sogar als »Störfaktor« auswirken und vermag die demokratische Legitimation zu beeinträchtigen oder gar zu beseitigen.⁹² Legitimationsarten wie Partizipation und Akzeptanz mögen soziologisch und verwaltungswissenschaftlich ihren Sinn haben, verfassungsrechtlichen Legitimationsanforderungen entsprechen sie nicht.⁹³

Legitimationsbedürftiges Objekt nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ist die Ausübung von Staatsgewalt. Hierunter fällt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Literatur alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter,⁹⁴ somit das gesamte Spektrum der administrativen Handlungsformen, auch das schlichte Verwaltungshandeln.⁹⁵ Nicht mehr zur Staatsgewalt zählt hingegen die Tätigkeit privater Gremien, wie z.B. privater Normungsverbände, deren Entscheidungen von staatlichen Stellen später freiwillig rezipiert werden.⁹⁶ Dies bedeutet für den Bereich der staatlichen Induzierung von Selbstverpflichtungen, dass legitimationsbedürftig im Sinne des Demokratieprinzips **allein der staatliche Induzierungsakt** sowie die staatliche Entscheidung, die virtuelle normative Regelung durch die Selbstverpflichtung substituieren zu lassen, sind. Einer demokratischen Legitimation bedürftig ist nicht der Kooperationsbereich als solcher, sondern nur der **administrative Beitrag** hierzu.⁹⁷

Demgegenüber vertritt *Helberg* die Auffassung, dass bei normabwendenden Selbstverpflichtungen die Handlungsbeiträge des Staates und die der Wirtschaftsverbände

⁹⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89 -, BVerfGE 83, 60 (74 f.); Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 213 ff.; Geis, Die öffentliche Förderung sozialer Selbsthilfe, 1997, S. 107; für den Bereich der funktionalen Selbstverwaltung vgl. Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 369 ff. (370): »Nur das Volk im Bund, den Ländern sowie den Kreisen und Gemeinden wird als Träger und originärer Mittler demokratischer Legitimation anerkannt und zugelassen. Die Mitglieder der Träger funktionaler Selbstverwaltung, mag man sie als Verbandsvolk titulieren oder sonst wie, fungieren demgegenüber nicht als eigenständiges, originäres Subjekt demokratischer Legitimation.«

⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990 - 1 BvR 402/87 -, BVerfGE 83, 130 (150); Geis, Die öffentliche Förderung sozialer Selbsthilfe, S. 107/108.

⁹² Vgl. die Entscheidung des BVerfG zum Ausländerwahlrecht, Urt. v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89 -, BVerfGE 83, 60 ff. sowie Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), 329 (349): »Partizipationsformen, die sich bei Verwaltungsentscheidungen vielfältig finden, mögen die Akzeptanz der Entscheidung erhöhen und im Sinne der demokratischen Idee erwünscht sein, sie vermitteln jedoch keine demokratische Legitimation, sondern können umgekehrt die von Art. 20 Abs. 2 GG vorgezeichneten Legitimationszüge sogar beeinträchtigen.«

⁹³ Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 125 f.

⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995 - 2 BvF 1/92 -, BVerfGE 93, 37 (68); BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89 -, BVerfGE 83, 60 (73); Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStr I, 1987, § 22 Rn. 12 f.

⁹⁵ Vgl. hierzu insbes. Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 161 ff.

⁹⁶ Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), 329 (342).

⁹⁷ Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), 329 (342).

miteinander untrennbar verschränkt seien und sich als einheitlicher legitimationsbedürftiger Akt der Ausübung staatlicher Gewalt darstellten. Bei dieser Form der Kooperation werde das Endprodukt in Form des Verhandlungsergebnisses von Privaten mitgestaltet, wodurch sie letztlich an der Ausübung exekutiver, wenn nicht gar legislativer Herrschaft teil hätten. Der Staat statte sie insoweit mit faktischer Macht aus. Eine Letztentscheidungsbefugnis des Staates anzunehmen, wäre eine Fiktion, weil er de facto das ihm zugeschriebene Maß an Ereignisbeherrschung im Fall langfristig angelegter Selbstverpflichtungen oftmals nicht mehr besitze.⁹⁸

Diese einheitliche Behandlung des privaten und staatlichen Kooperationsbeitrages und die mit ihr einhergehende Aufwertung des privaten Beitrags zur Staatsgewalt i.S.v. Art. 20 Abs. 2 GG ist abzulehnen.⁹⁹ Staatliche und private Systembeiträge lassen sich trennen und müssen sich im Sinne einer funktionalen Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im Interesse der Freiheitssicherung trennen lassen. Sicherlich mag die Ermittlung derjenigen sich in der Selbstverpflichtung niederschlagenden Auswirkungen, die noch dem staatlichen Induzierungsbeitrag zugerechnet werden müssen, Schwierigkeiten bereiten. Die Bewältigung dieser Schwierigkeiten kann aber nicht darin liegen, den staatlichen und den gesellschaftlichen Kooperationsbeitrag im Wege einer Verwischung von staatlichen und gesellschaftlichen Grenzen als einheitliches Konglomerat der Staatsgewalt zuzuordnen. Dass dieser Schluss nicht zulässig ist, zeigen zwei hierzu angestellte Überlegungen: Erstens wäre es bei Verwischung der zwischen Staat und Gesellschaft liegenden Grenze im Falle von induzierten Selbstverpflichtungen ebenso möglich, die induzierte Selbstverpflichtung einheitlich dem gesellschaftlichen Bereich zuzuschlagen. Dass diese entdifferenzierende Betrachtungsweise die eine Seite der Medaille in Form des staatlichen Einflusses unzulässig ausblendet, ist offensichtlich. Zweitens stelle man sich vor, dass die Wirtschaft – anstelle einer Selbstverpflichtung – einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit der staatlichen Seite abgeschlossen hätte. Niemand käme auf die Idee, die seitens der Wirtschaft abgegebene Willenserklärung als Staatsgewalt zu qualifizieren.

Der von *Helberg* zu Recht gesehenen Gefahr einer mangelnden faktischen Ereignisbeherrschung durch den Staat muss dadurch begegnet werden, dass an den staatlichen Induzierungsbeitrag als Staatsgewalt gewisse Anforderungen gestellt werden, die das erforderliche demokratische Legitimationsniveau absichern. Im Ergebnis gelangt *Helberg* (aufgrund seiner kritisierten Prämissen konsequenterweise) dazu, dass staatlich induzierte Selbstverpflichtungen den Anforderungen des Demokratieprinzips des Grundgesetzes wegen bestehender Defizite in den Bereichen organisatorisch-personeller und sachlich-inhaltlicher demokratischer Legitimation nicht gerecht werden. Daher schlägt er eine weitergehende Formalisierung und gesetzliche Programmierung von Selbstverpflichtungen vor. Eine derartige weitergehende Formalisierung und gesetzliche Programmierung von Selbstverpflichtungen muss allerdings nicht notwendig mit dem Demokratieprinzip begründet werden, sondern ergibt sich auch aus rechtsstaatlichen Erwägungen. Bei der weiteren Überprüfung staatlich induzierter Selbstverpflichtungen anhand der Maßstäbe des Demokratieprinzips werden diese Maßstäbe nach hier vertretener Auffassung allein **an den staatlichen Induzierungsbeitrag** gestellt.

⁹⁸ Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 159 ff.

⁹⁹ Vgl. auch: Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 122.

Unterstellt, die zweifelsohne mittelbar demokratisch legitimierten Amtswalter der Administrative verstößen bei der Induzierung von Selbstverpflichtungen nicht gegen das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und auch nicht gegen ihnen erteilte Weisungen, läge die erforderliche demokratische Legitimation für den staatlichen Induzierungsakt sowohl in personeller als auch in sachlich-inhaltlicher Hinsicht regelmäßig vor.¹⁰⁰ Das erforderliche Legitimationsniveau¹⁰¹ wäre erreicht. Jedoch könnte sich eine derartige Betrachtungsweise leicht den Vorwurf des blanken Formalismus und der Realitätsblindheit einhandeln. Man stelle sich vor, dass der Staat in Extremfällen lediglich als »Briefkasten« für verbandliche Selbstverpflichtungen fungierte,¹⁰² diese quasi nur noch wie ein Notar ausfertigte.¹⁰³ *Trute* hat unter anderen (z.B. *Helberg*) auf diese nicht von der Hand zu weisende Gefahr unerkannter mangelnder de facto-Ereignisbeherrschung des Staates hingewiesen, darauf, dass staatliche Verantwortung und die sie begleitenden normativen Anforderungen drohen »zur leeren Hülse« zu werden, in welche die Ergebnisse gesellschaftlicher Selbstregulierung – letztendlich Partikularinteressen – einflössen.¹⁰⁴ In diesen Fällen dürfte die neben der personellen demokratischen Legitimation auch erforderliche sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation gefährdet sein. Im Inhalt des ausgehandelten Kompromisses fände sich der Wille des Volkes letztendlich nicht, sondern der Verbandswillen, er wäre nicht mehr vom Parlament sachlich legitimiert.¹⁰⁵

Um diesem Demokratiedefizit zuvorzukommen, ist es Aufgabe des Staates, sich die Selbstverpflichtung inhaltlich zu eigen zu machen,¹⁰⁶ sie **nachzuvollziehen**. Hier kann auf die parallel gelagerte Problematik der »nachvollziehenden Abwägung« im Rahmen von Vorverhandlungen zwischen Bauplanungsbehörde und späteren Vorhabenträgern oder im Bereich des Vorhaben- und Erschließungsplans (§ 7 BauGB) verwiesen werden.¹⁰⁷ Auch hier droht immer die Gefahr, dass die Abwägung zur bloßen »Ratifikationsentscheidung« wird.¹⁰⁸

¹⁰⁰ Zu diesen unterschiedlichen Formen demokratischer Legitimation vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995 - 2 BvF 1/92-, BVerfGE 93, 37 (66 f.); BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89 -, BVerfGE 83, 60 (72); Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR I, § 22 Rn. 14 ff.; Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), 329 (357 ff.); Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 265 ff.

¹⁰¹ Hierzu: BVerfG, Beschl. v. 24.5.1995 - 2 BvF 1/92 -, BVerfGE 93, 37 (67) und BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 - 2 BvF 3/89 -, BVerfGE 83, 60 (72).

¹⁰² Vgl. Führ, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, S. 211 (211).

¹⁰³ Vgl. hierzu: Nocke, in: Bryde/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Rechtsproduktion und Rechtsbewusstsein, S. 110.

¹⁰⁴ Trute, DVBl. 1996, 350 (355).

¹⁰⁵ Vgl. dazu Engel, Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung, S. 41, der in Anlehnung an Leisner, in: Kloepfer (Hrsg.), Selbstbeherrschung im technischen und ökologischen Bereich, S. 151 ff., auf die Gefahr des »privaten Agentenstaats« verweist. Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings, dass auch im normalen Gesetzgebungsverfahren Partikularinteressen im Wege lobbyistischer Bemühungen die Überhand gewinnen können und auch hier somit ein Demokratiedefizit eintreten kann.

¹⁰⁶ Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 174.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu: Hoppe, in: Hoppe/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 1995, § 5 Rn. 19; Hoppe/Beckmann, DVBl. 1987, 1249 (1252 f.); Schneider, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, S. 38 (56 ff.); Di Fabio, VVDStRL 56 (1997), 235 (268) m.w.N.; Stür, DVBl. 1992, 266 (272); Faber, in: FS Hoppe, 2000, S. 438.

¹⁰⁸ Zu den Anforderungen, welche an Vorabbindungen der Abwägung gestellt werden, vgl. die Flachglasentscheidung des BVerwG, Urt. v. 5.7.1974 - IV C 50.72 -, BVerwGE 45, 309 ff. sowie BVerwG, Urt. v.

Im Gegensatz zu staatlich induzierten Selbstverpflichtungen aber fließen Vorverhandlungen zwischen Investor und Planungsträger bzw. der private Vorhaben- und Erschließungsplan letztlich in eine städtebauliche Satzung, eine Rechtsnorm, ein, die im Vorfeld staatlich angeregte Selbstregulierung wie ein Gefäß aufnimmt. Daher ist die abschließende Rechtsform als Akt der Staatsgewalt auf ihre sachlich-inhaltliche Legitimation genau zu überprüfen bzw. an die Inkorporierung des gesellschaftlichen Sachverständes, zum Teil natürlich Partikularinteressen, besondere Anforderungen, wie sie in Gestalt der »nachvollziehenden Abwägung« entwickelt wurden, zu stellen.

Hingegen bleiben bei der staatlichen Induzierung von Selbstverpflichtungen die Dimensionen des staatlichen Induzierungsaktes und der rein gesellschaftlichen Selbstverpflichtung getrennt, selbst wenn sie äußerlich als Einheit verschwimmen. Der Staat muss allerdings darauf achten, dass die Selbstverpflichtung, soweit sie inhaltlich seinem Induzierungsbeitrag zurechenbar ist, von seinem Gestaltungswillen umfasst ist. Soweit die Selbstverpflichtung ihm inhaltlich nicht mehr zurechenbar ist, muss er prüfen, ob sie mit seiner in dem bestehenden Bereich aus seiner Schutzpflicht fließenden Gewährleistungsverantwortung¹⁰⁹ vereinbar ist. Verfehlt die Selbstverpflichtung das Gemeinwohl und verwirklicht statt dessen diesem entgegenstehende Partikularinteressen, muss er sein Gesetzgebungs- und Verordnungsermessen entsprechend handhaben und den Lebensbereich imperativ regeln.

Zusätzlich kann dem bei der Instrumentalisierung gesellschaftlicher Selbstregulierung immer drohenden Demokratiedefizit durch eine Veröffentlichung der authentischen Selbstverpflichtungstexte (z.B. im Bundesanzeiger) begegnet werden. Diese Publikationspflichten sollten den Publikationspflichten von Rechtsnormen nicht nachstehen, um auch auf diesem Wege staatlich induzierte Selbstverpflichtungen transparent und nachvollziehbar zu machen¹¹⁰ und demokratischer Kontrolle zu öffnen.¹¹¹

1.11.1974 - I C 38.71 -, BVerwGE 47, 144 ff. und hierzu: Hoppe, in: Hoppe/Grotfels, Öffentliches Baurecht, § 7 Rn. 129 ff.

¹⁰⁹ Zu den aus den Grundrechten resultierenden staatlichen Schutzpflichten und den hiermit verbundenen Beobachtungs- und Gewährleistungspflichten vgl. sogleich unter 5.1.

¹¹⁰ Zum Transparenzgebot als Forderung des Demokratieprinzips, aber auch des Rechtsstaatsgebots vgl. statt vieler: Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 140 f.

¹¹¹ Nach Bohne (VerwArch 75, 1984, 343, 365) soll sich aus Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG sogar die Rechtspflicht ergeben, normvertretende Absprachen in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Ferner fordern eine Veröffentlichung: Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 115 ff.; Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 237 f., der für verordnungsabwehrende Selbstverpflichtungen die für die Verordnungsgebung geltenden einfachrechtlichen Bestimmungen entsprechend heranziehen will und zudem vorschlägt, dass die Regierung, ähnlich wie bei den Gesetzes- und Verordnungsbegründungen, schriftlich darlegte und an geeigneter Stelle publizierte, aus welchen Gründen sie eine Selbstverpflichtungserklärung der Wirtschaft im konkreten Problemfeld als geeignetes Mittel des Umweltschutzes ansieht (S. 276).

4. Weitere aus dem Rechtsstaatsgebot fließende Anforderungen an den staatlichen Induzierungsakt – Unzulässige Formalisierung des Informalen?

In der Literatur werden aus weiteren Elementen des Rechtsstaatsprinzips sowie auch des Demokratieprinzips (in diesen Bereichen kommt es zu Überschneidungen, so dass die Elemente nicht immer trennscharf zugeordnet werden können)¹¹² weitergehende beachtliche Anforderungen an den staatlichen Induzierungsakt oder undifferenziert an das Konglomerat der staatlich induzierten Selbstverpflichtungen gestellt.¹¹³ Nicht abschließend sollen hier die Gebote der Bestimmtheit, der Öffentlichkeit des Staatshandelns mit den Unteraspekten des Transparenzgebotes und der Verkündungspflicht, der Rechtssicherheit und des Gerichtsschutzes gegenüber der öffentlichen Gewalt (Art. 19 Abs. 4 GG) genannt werden.¹¹⁴

Diese aus verfassungsrechtlichen Vorgaben resultierenden Anforderungen sind für die »formalen Handlungsformen« z.B. der Rechtsverordnung, des öffentlich-rechtlichen Vertrages oder des Verwaltungsaktes durch den Verfassungs- und Gesetzgeber in Form der Art. 80, 82 GG, der entsprechenden Regelungen in den Landesverfassungen, des Gesetzes über die Verkündigung von Rechtsverordnungen¹¹⁵ und der Verwaltungsverfahrensgesetze konkretisiert worden. Soweit in der Literatur vorgeschlagen wird, diese für bestimmte andere Handlungsformen vom Gesetzgeber geschaffenen Vorgaben analog auf staatlich induzierte Selbstverpflichtungen anzuwenden,¹¹⁶ kann dem nur insoweit zugestimmt werden, als normsubstituierende Selbstverpflichtungen in ihrer strukturellen Vergleichbarkeit der Normsetzung näher stehen als den Verwaltungsverfahren. Daher kommen für eine analoge Anwendung eher die Normsetzungsvorschriften als diejenigen der Verwaltungsverfahrensgesetze in Betracht. Soweit es aber nicht um die **vereinzelte analoge Heranziehung** einer Vorschrift geht, müssen hingegen große Bedenken geltend gemacht werden. Eine **flächendeckende Analogie** zu den bestehenden Verfahrens- und Formvorschriften dürfte wegen des mangelnden, für eine Analogie aber notwendigen Erfordernisses, der Planwidrigkeit der Gesetzeslücke, nicht in Betracht kommen. Die Schaffung eines umfangreichen Verfahrenskodexes muss insoweit dem zuständigen Gesetzgeber überlassen bleiben, der neben den verfassungsrechtlichen Anforderungen auch seine Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte einfließen lassen muss. Durch das Rechtsstaatsprinzip und die Grundrechte wird nur ein **Kern unbedingt notwendiger Ver-**

¹¹² Nach Schmidt-Aßmann, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR III, § 70 Rn. 14, steht das Verwaltungsverfahren – um das es auch hier geht – an einer Schnittstelle zwischen grundrechtlich-rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassungsstrukturscheidungen.

¹¹³ Vgl. z.B.: Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 129 ff.; Knebel/Wicke/Michael, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S. 94 ff.; Rennings/Brockmann/Koschel/Bergmann/Kühn, Nachhaltigkeit, Ordnungspolitik und freiwillige Selbstverpflichtung, Teil 2, 1997, S. 180 ff.

¹¹⁴ Zu diesen Rechtsstaats- und teilweise auch Demokratieelementen vgl.: Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 132 ff., 140 ff., 154 ff. und 201 ff.

¹¹⁵ Gesetz v. 30.1.1950 (BGBl I S. 23), zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.8.1998 (BGBl I S. 2432, 2445).

¹¹⁶ So: Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 236 ff.

fahrenelemente zwingend vorgeschrieben. Über diese Kernanforderungen hinaus ist hingegen der Gesetzgeber zur freien Gestaltung berechtigt.¹¹⁷ Hierbei obliegt es seiner Opportunität, inwieweit er das sich noch in der Experimentierphase befindende Institut der staatlich induzierten Selbstverpflichtungen durch gesetzliche Regelung den anderen Handlungsformen annähern möchte oder nicht. Einen Eindruck, wie eine derartige Regelung der staatlich induzierten Selbstverpflichtungen de lege ferenda aussehen könnte, vermittelt ein Blick auf § 35 UGB-KOME. Bei der in § 35 UGB-KOME vorgesehenen Regelung der Selbstverpflichtungen fällt auf, dass einiges Gewicht auf das Gebot der Öffentlichkeit des Staatshandelns gelegt wird (z.B. soll die Selbstverpflichtung in geeigneter Weise öffentlich bekannt gemacht werden), Partizipations- und Anhörungsbefugnisse im Gegensatz zum in § 36 UGB-KOME geregelten normersetzenden Vertrag für die Selbstverpflichtungen aber nicht statuiert werden. Diese nicht vorgesehenen Partizipations- und Anhörungsrechte stehen im Gegensatz zu der im Rahmen dieser Untersuchung befürworteten Beteiligung inner- und außerstaatlicher Stellen, um neben den von der sich regulierenden Wirtschaft selbstverständlich und insoweit legitimerweise verfolgten Partikularinteressen auch andere, u.a. Gemeinwohlinteressen, in den Prozess der Entstehung und »Aushandelung« der Selbstverpflichtungen einzubinden. Zum Schutz der Gemeinwohlinteressen wird daher dafür plädiert, de lege ferenda der staatlichen Induzierung von Selbstverpflichtungen der Wirtschaft einen verfahrensrechtlichen Rahmen zu setzen, der in seinen Anforderungen allerdings über diejenigen des § 35 UGB-KOME hinausgehen müsste.¹¹⁸ Ein derartiger, vom Gesetzgeber entwickelter verfahrensrechtlicher Ordnungsrahmen würde mit dazu beitragen, dass die beim staatlichen Handeln niemals aus den Augen zu verlierenden Gemeinwohlerfordernisse bei der temporären staatlichen Nichtregelung eines Umweltbereiches gewahrt blieben und staatlich induzierte Selbstverpflichtungen der Wirtschaft nicht auf dem Rücken Dritter ausgeragen werden könnten.

5. Grundrechte - Schutzpflichten und Abwehrfunktion

Grundrechte können der staatlichen Induzierung von Selbstverpflichtungen sowohl in Form von staatlichen Schutzpflichten als auch in Form ihrer Abwehrfunktion Grenzen setzen.

¹¹⁷ Vgl.: Schmidt-Aßmann, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg), HdbStR III, § 70 Rn. 20 und Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 240 ff. Diesen folgend: Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 118.

¹¹⁸ Dies verlangt auch Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 292.

5.1 Staatliche Schutzpflichten

Die staatliche Induzierung von Selbstverpflichtungen verbietet sich dann, wenn aus Grundrechten resultierende Schutzpflichten den Staat zur Regelung verpflichten.¹¹⁹

Auf der Grundlage der herrschenden Judikatur des Bundesverfassungsgerichts kann eine Verletzung staatlicher Schutzpflicht durch die Induzierung von Selbstverpflichtungen nur in Extremfällen angenommen werden, wenn nämlich die Selbstverpflichtungen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen oder erheblich dahinter zurückbleiben.¹²⁰ Diesbezügliche Verfassungsbeschwerden wegen gesetzgeberischen Unterlassens werden nur bei in hohem Maße evidenten Pflichtverletzungen Aussicht auf Erfolg haben.¹²¹

Zu überlegen ist aber, ob sich der Staat, wenn er sich der Durchnormierung eines gewissen Lebensbereiches enthält und statt dessen ihn der gesellschaftlichen Selbstregulierung überlässt, seiner Schutzpflicht entledigt hat, oder ob ihn nicht hinsichtlich der gesellschaftlichen Selbstregulierung gewisse »**Begleitpflichten**« treffen.

Nach *Schmidt-Preuß*¹²² folgt aus der grundrechtlichen Schutzpflicht eine **Gewährleistungsvorantwortung** des Staates in um so stärkerem Maße, je mehr er sich zugunsten selbstregulativer Beiträge zurücknehme und je größer die involvierten Risiken seien. Der sich hieraus ergebenden **Beobachtungspflicht**¹²³ müsse er durch Wahrnehmung einer **Begleitkontrolle** nachkommen. Bei Überlassung von Prüftätigkeiten an Private habe der Staat eine dem Gefahrenpotential adäquate Kontrolle der Kontrolle sicherzustellen. Für den Fall, dass die privaten Kräfte Gemeinwohlergebnisse verfehlten, müsse er sich eine Zugriffsoption vorbehalten, wobei deren instrumenteller Zuschnitt von dem jeweiligen Steuerungssystem und seinen Funktionsbe-

¹¹⁹ Vgl. hierzu aus der Rechtsprechung des BVerfG, Urt. v. 25.2.1975 - 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 -, BVerfGE 39, 1 ff. (Schwangerschaftsabbruch); BVerfG, Urt. v. 16.10.1977 - 1 BvQ 5/77 -, BVerfGE 46, 160 ff. (Schleyer); BVerfG, Beschl. v. 1.8.1978 - 2 BvR 1013, 1019, 1034/77 -, BVerfGE 49, 24 ff. (Kontaktsperre); BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 - 2 BvL 7/77 -, BVerfGE 49, 89 ff. (Kalkar); BVerfG, Beschl. v. 20.12.1979 - 1 BvR 385/77 -, BVerfGE 53, 30 ff. (Mülheim-Kärlich); BVerfG, Beschl. v. 14.1.1981 - 1 BvR 612/72 -, BVerfGE 56, 54 ff. (Fluglärm) sowie aus der Literatur statt vieler z.B.: Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. V, 1992, § 111; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1992; Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992; Mursiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985; von Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996; speziell für den Bereich des Umweltschutzes vgl. Hoppe, in: Erichsen/Kollhosser/Welp (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, 1996, S. 76 f. und Steinberg, NJW 1996, 1985 ff.

¹²⁰ Dass staatliche Schutzpflichten nur geringe praktische Bedeutung für die staatliche Induzierung gesellschaftlicher Selbstregulierung haben dürften, konstatierte bereits Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (797). A.A.: Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 125, wonach in Fragen der Gefahrenabwehr (im Gegensatz zum Vorsorgebereich) freiwillige Umweltschutzmaßnahmen prinzipiell nicht geeignet sein sollen, weil der Staat in diesem Bereich die Effektivität und die Verbindlichkeit seiner Maßnahmen sicherstellen müsse.

¹²¹ Zur diesbezüglichen Evidenzkontrolle des Bundesverfassungsgerichts vgl. Möstl, DÖV 1998, 1029 (1037).

¹²² VVDStRL 56 (1997), S. 172 ff. und Leitsatz 6 a) auf S. 229.

¹²³ Vgl. hierzu auch: Führ, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, S. 217; Grüter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip, S. 84.

dingungen abhänge.¹²⁴ Auslöser staatlichen Zugriffs sei gesellschaftlich-selbstregulative Schlechterfüllung.

Der Ableitung dieser **Gewährleistungsverantwortung** aus der grundrechtlichen Schutzpflicht ist im Zusammenhang mit gesellschaftlicher Selbstregulierung zuzustimmen. Virulent ist sie bisher insbesondere im Rahmen der fortschreitenden funktionellen Privatisierung im Bereich der Anlagenüberwachung geworden.¹²⁵ Sie kann sich auf Ansätze in der Literatur stützen, die sich mit der Reform und neuen Steuerungsmodellen der öffentlichen Verwaltung beschäftigend auf die Ausdifferenzierung verschiedener Typen staatlicher Aufgabenverantwortung verweisen.¹²⁶ Danach sind mindestens zwei Typen staatlicher Verantwortung zu unterscheiden: die **unmittelbare staatliche Erfüllungsverantwortung** und die **mittelbare staatliche Gewährleistungsverantwortung**.¹²⁷ Im Rahmen des Grundgesetzes sind im Zuge der Privatisierung von Bahn, Post und Telekommunikation in Form der Art. 87e Abs. 4¹²⁸ und Art. 87f Abs. 1 GG¹²⁹ Gewährleistungspflichten des Bundes für das Gemeinwohl in Form von flächendeckend angemessenen und ausreichenden Dienstleistungen ausdrücklich statuiert worden.¹³⁰

Wie kommt der Staat nun im Bereich der von ihm induzierten Selbstverpflichtungen, wo er aus der unmittelbaren Erfüllungsverantwortung in die mittelbare Gewährleistungsverantwortung wechselt, dieser Gewährleistungsverantwortung und den aus dieser resultierenden Beobachtungs- und Kontrollpflicht nach?

Hier ist für den Bereich der Selbstverpflichtung der deutschen Wirtschaft im Bereich des Klimaschutzes auf das in der erweiterten Selbstverpflichtung von März 1996 angesprochene umfassende Konzept für die Erstellung von regelmäßigen Fortschrittsberichten zur transparenten und nachvollziehbaren Verifikation der Selbstverpflichtung und auf die vertragliche Betrauung des Rheinisch-Westfälischen Instituts für Wirtschaftsforschung e.V. (RWI) als unabhängiger, externer Dritter mit der Durchführung des Monitoringsystems zu verweisen. Nach dessen erstem Monitoringbe-

¹²⁴ Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997), S. 174; vgl. auch: Koch/Laskowski, ZUR 1997, 182 (186).

¹²⁵ Hierzu und zu den auf diesem Gebiet aus der Gewährleistungsverantwortung resultierenden staatlichen Pflichten vgl. Koch/Laskowski, ZUR 1997, 182 (186); Schmalholz, in: Marburger/Reinhardt/Schröder (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 1998, S. 338.

¹²⁶ Vgl. hierzu z.B.: Schmidt-Aßmann, Zur Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts. Reformbedarf und Reformansätze, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, 1993, S. 44; Schuppert, in: König/Benz (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997, S. 550 f.; Hoffmann-Riem, DÖV 1997, 433 (441 f.); ders., Die Verwaltung 1995, 425 (448), der als weitere Verantwortungsdimension noch die sog. »Auffangverantwortung« nennt; ders., in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisation als Steuerungsressource, 1997, S. 376.

¹²⁷ Schuppert, in: König/Benz (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 551; Ritter, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisation als Steuerungsressource, S. 232. Vgl. auch die verschiedenen Abstufungen der Beratungsverantwortung, Überwachungsverantwortung, Organisationsverantwortung und Einstandsverantwortung in den Fällen gesellschaftlicher »Schlechterfüllung« bei Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 44.

¹²⁸ Art. 87e eingef. durch Gesetz v. 20.12.1993 (BGBl I S. 2089).

¹²⁹ Art. 87f eingef. durch Gesetz v. 30.8.1994 (BGBl I S. 2245).

¹³⁰ Vgl. hierzu: Hermes, Die staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 174 ff.

richt¹³¹ für die Jahre 1995 und 1996 liegt eine relativ hohe Zielerreichung vor (20,6 % CO₂-Emissionen weniger, die größten Einsparungen in der chemischen und der Stahlindustrie), die sich bei näherer Betrachtung aber nicht mehr uneingeschränkt dem Konto der Selbstverpflichtung gutschreiben lässt. Diese Relativierung resultiert vielmehr daraus, dass der größte Teil der CO₂-Einsparungen zwischen 1990 und 1995 erzielt wurde und damit vor Abgabe der Selbstverpflichtung. Die für von 1995 bis 1996 zu verzeichnende Einsparung an CO₂ kann auch mit Produktionsrückgängen (z.B. in der Stahlindustrie) in Zusammenhang stehen.¹³² Nach dem zweiten Monitoringbericht¹³³ des RWI für die Jahre 1996 und 1997 sind die CO₂-Emissionen (nach einer Bereinigung der CO₂-Bilanz um produktionsbedingte Mehr- oder Minderemissionen) der an der Selbstverpflichtung beteiligten Industrieverbände um weitere 3,4 Millionen Tonnen, der öffentlichen Energieversorgung sogar um 6 Millionen Tonnen gesunken. Unter anderem wird kritisch angemerkt, dass der Vergleich von erklärt Ziel und erreichten Effizienzverbesserungen zeige, dass bestimmte Branchen das Ziel entweder fast erreicht oder deutlich überschritten hätten, was für die Überzeugungskraft der Selbstverpflichtungen nicht unproblematisch sei, wenn die Zielerreichungsgrade nicht zum Anlass genommen würden, die Erklärungen anzupassen und die Ziele anspruchsvoller zu definieren.¹³⁴

Pessimistischer ist die Bewertung der ersten Selbstverpflichtungserklärung im CO₂-Bereich durch den Sachverständigenrat für Umweltfragen ausgefallen. Die Analyse des spezifischen Endenergieverbrauchs und der spezifischen CO₂-Emissionen im verarbeitenden Gewerbe seit 1973 und deren Fortschreibung bis 2005 zeigten, dass technologische, organisatorische und strukturelle Entwicklungen bereits im Trend eine stärkere spezifische Verbrauchsminderung erwarten lassen, als von der Industrie angeboten wurde.¹³⁵

Die Etablierung des Monitoringsystems entspricht der Absicht der Bundesregierung im Bereich der Klimaschutzselbstverpflichtung, in einem ständigen Rückkopplungsprozess die Wirkungen der verschiedenen Maßnahmen zu überprüfen und ggf. vor dem Hintergrund veränderter wirtschaftlicher, technischer und gesellschaftlicher Rahmenbedingungen neue Entscheidungen zu treffen.¹³⁶ Die Zugriffsoption, die sich

¹³¹ Vgl. Hillebrand/Buttermann/Oberheitmann, CO₂-Monitoring der deutschen Industrie – ökologische und ökonomische Verifikation, Band 1: Ergebnisse und Bewertung, 1997.

¹³² Vgl. im einzelnen Hillebrand/Buttermann/Oberheitmann, CO₂-Monitoring der deutschen Industrie – ökologische und ökonomische Verifikation, Band 1: Ergebnisse und Bewertung, S. 147 ff. Der Bericht weist auch auf die beträchtlichen statistischen Probleme hin, mit denen er sich konfrontiert sah, sowie auf die Tatsache, dass für den Bericht notwendige offizielle Informationen über die Entwicklung des Energieverbrauchs in Ostdeutschland erst von 1992 an verfügbar sind.

¹³³ Buttermann/Hillebrand/Lehr, CO₂-Emissionen und wirtschaftliche Entwicklung, Monitoring-Bericht 1998.

¹³⁴ Vgl. im einzelnen Buttermann/Hillebrand/Lehr, CO₂-Emissionen und wirtschaftliche Entwicklung, Monitoring-Bericht 1998, S. 156 f. Der Bericht weist im übrigen auf die unbefriedigenden Abweichungen zwischen amtlicher Statistik und Verbandserhebungen hin sowie darauf, dass die Selbstverpflichtung die modifizierten Ansätze der dritten Vertragsstaatenkonferenz in Kyoto (zusätzliche Einbeziehung sechs weiterer klimawirksamer Gase, geänderter Zeithorizont, flexibilisierter Instrumentenhorizont) bisher nicht berücksichtigt.

¹³⁵ Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1996, Tz. 165; vgl. hierzu auch: Kristof/Ramesohl/Schmutzler, »Aktualisierte Erklärung der deutschen Wirtschaft zur Klimavorsorge«: Große Worte, keine Taten?, Wuppertal Papers Nr. 71, 1997, S. 6 ff.

¹³⁶ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Abgeordneten Monika Ganseforth, Michael Müller (Düsseldorf), Elke Ferner, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD – Drucks. 13/3988 –, BT-Drucks. 13/6704 v. 14.1.1997, S. 14.

der Staat für den Fall der Schlechterfüllung der Selbstverpflichtung vorbehalten muss, dürfte in dem angedrohten Erlass z.B. der Wärmeschutzverordnung bzw. in der Förderung einer EU-weiten CO₂-Steuer liegen.

Nicht ganz so entwickelt wie im Bereich der Klimaschutzselbstverpflichtung sind die staatlichen Beobachtungs- und Kontrollpflichten im Bereich der Altauto-Selbstverpflichtung.

Nach Ziffer 3.5 der Alatauto-Selbstverpflichtung wird beim Verband der Automobilindustrie e.V. (VDA) eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zur Erfüllung dieser Selbstverpflichtung und zum Nachweis des Erreichten eingerichtet. Dieser ARGE soll ein Beirat zugeordnet werden, dem auch Verbraucherschutzorganisationen und Vertreter von Behörden angehören sollen. Ferner sagen die beteiligten Branchen in Ziffer 3.6 einen zweijährigen Bericht an das Bundesumwelt- und Bundeswirtschaftsministerium über die Umsetzung der Selbstverpflichtung zu. Es ist sehr fraglich, ob durch die Einrichtung der ARGE, die mit Ausnahme des Beirates keine staatlichen Vertreter aufweisen muss, und die Berichtspflichten der staatlichen Gewährleistungsverantwortung, insbesondere der staatlichen Kontrollpflicht, Genüge getan ist. Dies wird man verneinen müssen. Über die in der Selbstverpflichtung festgelegten Mechanismen hinaus muss der Staat die Einhaltung der Selbstverpflichtung durch von ihm damit betraute Organe kontrollieren, um seiner Gewährleistungsverantwortung zu genügen.

Der Konkretisierung der Gewährleistungsverantwortung des Staates dürfte auch der beispielhafte Kriterienkatalog dienen, den der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen in seinem Umweltgutachten 1996¹³⁷ vorschlägt, um die Funktionsfähigkeit von Selbstverpflichtungen zu prüfen. Diese beispielhaften Prüfkriterien lauten:

- Sind Zielvorgaben einschließlich Zwischenzielen in zeitlicher und quantitativer Hinsicht klar und überprüfbar definiert?
- Ist ein anspruchsvolles und nachvollziehbares Monitoring vorgesehen?
- Kann ein effizienter Kontrollmechanismus eingerichtet werden?
- Sind Sanktionen bei Nichteinhaltung einsetzbar?
- Ist die Veröffentlichung von Inhalt und Ergebnis vorgesehen?

5.2 Die Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Funktion

Zu den schwierigsten Fragen der rechtlichen Bewertung von staatlich induzierten Selbstverpflichtungen gehört diejenige, ob durch die staatliche Induzierung in Grundrechte eingegriffen respektive Grundrechte verletzt werden.¹³⁸ Auch hinsichtlich der parallel gelagerten Problematik der Verpackungsverordnung samt der durch sie induzierten sekundären Obliegenheit der Beteiligung an einem flächendeckenden System im Sinne von § 6 Abs. 3 VerpackungsVO lautet nach *Di Fabio* »die Gretchenfra-

¹³⁷ Siehe dort unter Tz. 168.

¹³⁸ Zum diesbezüglichen Verlust rechtsschutzbezogener Eingriffsklarheit vgl. Kloepfer, Umweltrecht, § 5 Rn. 220.

ge«, worin bei gezielt mittelbarem staatlichen Handeln der Grundrechtseingriff liege.¹³⁹

Dass auch mittelbares staatliches Handeln¹⁴⁰ Grundrechtswirkungen zeitigen kann und am Maßstab der Grundrechte zu messen ist, dürfte mit Überwindung des »klassischen« Eingriffsbegribs als gesichert gelten.¹⁴¹

Vorweg ist zu betonen, dass eine eventuelle Qualifizierung von Selbstverpflichtungen induzierenden staatlichen Maßnahmen als Grundrechtseingriffe nicht automatisch zur Unzulässigkeit der staatlichen Induzierung, sondern (lediglich) zur weiteren Notwendigkeit führt, die Induzierungsmaßnahmen anhand verfassungsrechtlicher Maßstäbe, insbesondere anhand der spezifischen Grundrechtsmaßstäbe, zu rechtfertigen.¹⁴²

In ihren Grundrechten durch staatlich induzierte Selbstverpflichtungen betroffene Grundrechtsträger können zum einen **die sich selbst Verpflichtenden**, zum anderen **Dritte** – etwa die Zulieferindustrie – sein, die im Zuge einer Selbstverpflichtung Nachteile erleiden. Im folgenden soll die Betroffenheit dieser Grundrechtsträger gesondert untersucht werden.

5.2.1 Grundrechte der Selbstverpflichteten

Durch die staatliche Induzierung von Selbstverpflichtungen der Wirtschaft soll auch die Eigenverantwortung der Wirtschaft gestärkt werden. Diese Stärkung der Eigenverantwortung scheint prima facie gegen die Annahme eines mit der staatlichen Induzierung einhergehenden Grundrechtseingriffs zu sprechen. Gleichwohl gelangen die beiden Berichterstatter *Di Fabio* und *Schmidt-Preuß* der Staatsrechtslehrertagung zum Thema »Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung«¹⁴³ zur Grundrechtsrelevanz staatlich induzierter gesellschaftlicher Selbstregulierung. So führte *Di Fabio* aus: »Die Grundrechte schützen auch vor hoheitlich auferlegter ›Eigenverantwortung‹. Die Verlagerung von Erfüllungslasten vom Staat auf die Gesellschaft ist rechtfertigungsbedürftiger Freiheitseingriff und nicht deklaratorische Betätigung von – in die Verfassung hineininterpretierten – Verantwortungszurechnungen.«¹⁴⁴ Nach *Schmidt-Preuß* sollen die grundrechtlichen Abwehrpositionen dann uneingeschränkt zu Gebote stehen, wenn es im Zuge Privatinitiative induzierender Steuerungsmodelle zu »punktuellen

¹³⁹ *Di Fabio*, NVwZ 1995, 1 (5).

¹⁴⁰ Allgemein hierzu vgl. Kirchhof, Verwalten durch »mittelbares« Einwirken, 1977, passim.

¹⁴¹ Zur Abkehr vom »klassischen« Eingriffsbegriß vgl. z.B. Bethge, VVDStRL 57 (1998), S. 37 ff.; Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, 1991; Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbeeinträchtigung; Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970; Discher, JuS 1993, 463 ff.

¹⁴² Vgl. Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, S. 118: »Wie schon oben festgestellt wurde, vergrößert ein weiterer Eingriffsbegriß nicht per se die Menge verfassungsrechtlich unzulässiger staatlicher Maßnahmen, sondern er führt lediglich mit Notwendigkeit dazu, dass ein größerer Teil dieser Maßnahmen überhaupt an der Verfassung gemessen werden muss.«

¹⁴³ Vgl. VVDStRL 56 (1997).

¹⁴⁴ Ebenda, S. 258.

Belastungseffekten« komme.¹⁴⁵ Trute hingegen bezweifelt, ob die – wenn auch als belastend empfundene – Zunahme von Eigenverantwortung einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen darstellt.¹⁴⁶

Die Grundrechtsrelevanz staatlich induzierter Selbstverpflichtungen muss für jede einzelne Selbstverpflichtung gesondert ermittelt werden. Zu unterschiedlich sind die jeweiligen Fallgestaltungen.¹⁴⁷ Daher können auch nur wenige **übergreifende** Aussagen zur grundrechtlichen Bewertung der Selbstverpflichtungen wie überhaupt zur staatlich initiierten Selbstregulierung gemacht werden. Aus Illustrationsgründen kann die Selbstverpflichtung zur Altautoverwertung mit Erkenntnisgewinn für die Klärung der allgemeinen Problematik exemplarisch herangezogen werden. Hierbei ist die spezielle Situation dieser Selbstverpflichtung zu berücksichtigen, die darin besteht, dass die Selbstverpflichtung eine Grundlage im Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz sowie eine rahmenrechtliche Ergänzung in der AltautoV findet.

5.2.1.1 Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG

Durch die staatliche Einflussnahme beim Zustandekommen von umweltschützenden Selbstverpflichtungen könnte die in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit sowie das in Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentum der sich verpflichtenden Wirtschaftskreise betroffen sein.¹⁴⁸

Zwar kann durch die staatliche Induzierung nicht die Berufsfreiheit und das Eigentum der die Selbstverpflichtung abgebenden **Branchenverbände** betroffen sein. Diese sind zwar über Art. 19 Abs. 3 GG Träger der Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG. Sie verfügen insoweit über die Grundrechtsberechtigung.¹⁴⁹ Jedoch beziehen sich die von ihnen eingegangenen Selbstverpflichtungen nicht auf ihre eigene berufliche Tätigkeit, die in der Verbandstätigkeit (Interessenvertretung, Geschäftsführung etc.) besteht, bzw. auf das Verbandseigentum, sondern auf die Berufstätigkeiten und das Eigentum ihrer Mitglieder. Auch können sie nicht treuhänderisch die Grundrechte ihrer Mitglieder ausüben.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Schmidt-Preuß, ebenda, S. 160.

¹⁴⁶ Trute, in: Hendl/Marburger/Reinhardt/Schröder (Hrsg.), Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz, 1999, S. 23.

¹⁴⁷ So auch Oldiges, WiR 1973, 1 (27): »Verbindliche Aussagen darüber, wo konkret die grundrechtliche Grenze für Selbstbeschränkungsabkommen liegt, wird man generell daher kaum treffen können. Das vermag lediglich eine alle Umstände berücksichtigende und gegeneinander abwägende Beurteilung des Einzelfalles zu leisten.«

¹⁴⁸ Zum Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit allgemein vgl. Stober, Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit, 1989.

¹⁴⁹ Zur Grundrechtsberechtigung von Personenmehrheiten vgl. statt vieler: Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 15. Aufl., 1999, Rn. 142 ff., insbes. Rn. 151 und unter Rn. 105 dazu, dass die Begriffe »Grundrechtsberechtigung«, »Grundrechtsfähigkeit« und »Grundrechtsträgerschaft« gleichbedeutend verwandt werden.

¹⁵⁰ Vgl. hierzu auch: Engel, Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung, S. 44; Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 201 f.

In ihrer Berufsfreiheit und ihrem Eigentum betroffen sind aber die **einzelnen Mitglieder** der Wirtschaftsverbände, die von letzteren mit verbandsinternen Mitteln zur Einhaltung der Selbstverpflichtungen angehalten werden, also mittelbar in ihren Grundrechten betroffen sein könnten. Zu den Problemen, die diese Mittelbarkeit des grundrechtsbeeinträchtigenden Verhaltens aufwirft, wird aus systematischen Gründen nicht hier, sondern an späterer Stelle – bei der Aktivierung des grundrechtlichen Schutzes (Eingriffsproblematik) – eingegangen.¹⁵¹

Unter dem Gesichtspunkt des Art. 12 GG werden die einzelnen Mitglieder der Wirtschaftsverbände, also die Unternehmen, durch die eingegangenen Selbstverpflichtungen vor allem in der Freiheit der **Berufsausübung**, nur selten in der Freiheit der **Berufswahl**, betroffen sein.

Die bei den tatsächlichen Anknüpfungspunkten für einen Grundrechtseingriff dargestellten Reduktions-, Verzichts-, Substitutions-, Rücknahme-, Vermeidungs-, Verwertungs-, Entsorgungs-, Mitteilungs-, Überwachungs-, Selbstprüfungs-, Kennzeichnungs- und Verbesserungspflichten sowie andere Pflichten verändern die Bedingungen der **Berufsausübung**.¹⁵² Sie tangieren die von der Berufsausübungsfreiheit geschützten Einzelfreihheiten¹⁵³ der unternehmerischen Organisationsfreiheit, der beruflichen Dispositionsfreiheit,¹⁵⁴ welche die Investitionsfreiheit, die Wahl der Produktionspalette, die Verpackung der Produkte, die Vertriebsfreiheit und die freie Vertrags- und Preisgestaltung umfasst, und die Wettbewerbsfreiheit.¹⁵⁵ Rücknahme- und Verwertungspflichten – wie sie z.B. in der Alauto-Selbstverpflichtung vorgesehen sind – sind in der Vergangenheit in der Literatur vor allem im Hinblick auf die Verpackungsverordnung, die in ihren §§ 4 - 6 derartige Pflichten und zusätzlich die Obliegenheit einer Systembeteiligung (§ 6 Abs. 3 VerpackungsVO) vorsieht, am Maßstab des Art. 12 und 14 GG überprüft und für verfassungsmäßig befunden worden.¹⁵⁶ Das Bundesverwaltungsgericht hat festgestellt, dass die Pflicht zur Rücknahme von Verpackungsabfällen und sogenannten Problemabfällen die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie unternehmerische Betätigung nicht unerheblich beschneidet.¹⁵⁷

Sollten die durch die induzierten Selbstverpflichtungen eingegangenen Verpflichtungen im Einzelfall einen derartigen Investitionsbedarf auslösen, dass die berufliche Tätigkeit nicht aufrechterhalten werden kann, dürfte sogar die Freiheit der **Berufswahl** betroffen sein. Dies hätte Auswirkungen auf die an späterer Stelle zu untersu-

¹⁵¹ Siehe unter 5.2.1.2.

¹⁵² So für die in der VerpackungsVO verordneten Rücknahme- und Verwertungspflichten Di Fabio, NVwZ 1995, 1 (5).

¹⁵³ Hierzu Tettinger, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 12, Rn. 57 sowie dieser speziell für die Produktverantwortung in DVBl. 1995, 213 (215).

¹⁵⁴ Zur beruflichen Dispositionsfreiheit vgl. BVerfG, Urt. v. 17.2.1998 - 1 BvF 1/91 -, NJW 1998, 1627 (1628).

¹⁵⁵ Zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit durch Art. 12 GG vgl.: BVerwG, Urt. v. 18.4.1985 - 3 C 34.84 -, BVerwGE 71, 183 (189).

¹⁵⁶ Vgl. Scholz/Aulehner, Betriebsberater 1993, 2250 (2259 ff.); Di Fabio, NVwZ 1995, 1 (5); Finckh, Regulierte Selbstregulierung im dualen System, 1998, S. 210 ff. u. 264 ff.; Thomsen, Produktverantwortung, 1998, S. 120 ff.; Frenz, Die Verwirklichung des Verursacherprinzips im Abfallrecht, 1996, S. 64 ff.

¹⁵⁷ BVerwG, Beschl. v. 7.9.1992 - 7 NB 2.92 -, DVBl. 1993, 153 (154).

chenden Rechtfertigungsmaßstäbe (Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Dreistufentheorie).¹⁵⁸

Vor der Prüfung, ob die sich Verpflichtenden durch die staatlichen Induzierungsmaßnahmen auch in ihrem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG betroffen sein können, stellt sich die Frage, ob Art. 14 GG überhaupt noch neben Art. 12 Abs. 1 GG Prüfungsmaßstab sein kann, ob also Art. 12 und Art. 14 GG kumulativ oder nur alternativ auf einen Sachverhalt anzuwenden sind.

Geht man von einer alternativen Prüfung dieser Grundrechte aus,¹⁵⁹ müsste für jede Selbstverpflichtung ermittelt werden, ob diese mehr die Erwerbsposition des Art. 12 Abs. 1 GG oder aber die Position des Erworbenen des Art. 14 GG betrifft,¹⁶⁰ wo sich also die staatlich induzierte Selbstverpflichtung schwerpunktmäßig auswirkt,¹⁶¹ welches Grundrecht die stärkere sachliche Beziehung zu dem prüfenden Sachverhalt aufweist.¹⁶² Da diese Schwerpunktprüfung aber von Selbstverpflichtung zu Selbstverpflichtung unterschiedlich ausfallen kann und anderenorts¹⁶³ die kumulative Prüfung von Art. 12 und Art. 14 GG verlangt wird, soll auch Art. 14 GG im folgenden erörtert werden.

Eigentumspositionen der sich Verpflichtenden dürften bei staatlich induzierten Selbstverpflichtungen selten betroffen sein.¹⁶⁴ Ein derartiger Fall dürfte ausnahmsweise dann vorliegen, wenn bereits getätigte Investitionen, z.B. in Form von betrieblichen Anlagen, aufgrund des an der Selbstverpflichtung auszurichtenden Verhaltens ihren Wert verlieren.¹⁶⁵

Ferner könnte bei den sich verpflichtenden Unternehmern der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG unter dem Gesichtspunkt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs betroffen sein.¹⁶⁶ Inwieweit der eingerichtete und ausgeübte Gewerbe-

¹⁵⁸ Vgl. hierzu sogleich unter 5.2.1.4.

¹⁵⁹ So z.B.: BVerfG, Urt. v. 10.3.1992 - 1 BvR 454, 470, 602, 616, 905, 939 - 955, 957 - 963, 1128, 1315 - 1318, 1453/91 -, BVerfGE 85, 360 (383); Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, S. 216.

¹⁶⁰ Zur Faustformel, Art. 14 schütze das Erworbene, Art. 12 den Erwerb, vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.5.1993 - 1 BvR 345/83 -, BVerfGE 88, 366 (377); BGH, Urt. v. 28.6.1984 - III ZR 35/83 -, BGHZ 92, 34 (46); BVerfG, Beschl. v. 16.3.1971 - 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 -, BVerfGE 30, 292 (335); Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 912.

¹⁶¹ BVerfG, Urt. v. 10.3.1992 - 1 BvR 454, 470, 602, 616, 905, 939 - 955, 957 - 963, 1128, 1315 - 1318, 1453/91 -, BVerfGE 85, 360 (383).

¹⁶² Vgl. für staatliche Produktinformationen insoweit Roth, Verwaltungshandeln mit Drittgefährdung und Gesetzesvorbehalt, S. 200. So soll nach Di Fabio, NVwZ 1995, 1 (6) und Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, S. 216, die Steuerungswirkung der VerpackungsVO nicht an Art. 14 GG gemessen werden, da diese nicht an die Eigentümerstellung, sondern an die funktionale Stellung der Hersteller und Vertreiber im Wirtschaftskreislauf anknüpft.

¹⁶³ BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 - 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 -, BVerfGE 50, 290 (361 f.); Gubelt, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz 1, 4. Aufl. 1992, Art. 12 Rn. 98; Ossenbühl, AÖR 115 (1990), 1, (25 f.); Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., 2. Band, 1999, Art. 14 Rn. 220.

¹⁶⁴ Ähnlich für den Grundrechtsschutz im Zusammenhang mit der VerpackungsVO, Di Fabio, NVwZ 1995, 1 (6). Nach Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 198, soll bei Selbstbeschränkungsabkommen eine Anwendung von Art. 14 Abs. 1 GG nicht in Betracht kommen, da sie in aller Regel nicht das Betriebsvermögen schmälerten.

¹⁶⁵ Für den Bereich der Produktverantwortung vgl. Thomsen, Produktverantwortung, S. 116.

¹⁶⁶ Zum Eigentumsschutz für Unternehmen vgl. insbes. Engel, AÖR 1993, 169 ff.

betrieb im Einzelnen den Schutz des Art. 14 GG genießt, ist bekanntlich umstritten.¹⁶⁷ Insbesondere durch Selbstverpflichtungen betroffen sein werden in aller Regel die Stellung eines Unternehmens auf dem Markt, Geschäftsverbindungen, Kundenstamm und Umsatz- bzw. Gewinnchancen. Gerade diese Faktoren dürften aber als bloße Chancen, Verdienstmöglichkeiten und tatsächliche Gegebenheiten jedenfalls nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützt sein.¹⁶⁸ Speziell für die Umsatz- bzw. Gewinnchancen hat auch der Bundesgerichtshof befunden, dass diese Chancen von der Rechtsordnung nicht dem geschützten Bestand des einzelnen Unternehmens zugeordnet werden.¹⁶⁹ Ändern sich durch die eingegangenen Selbstverpflichtungen die Rahmenbedingungen der Gewerbetätigkeit, schützt hiervor Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ebenso wenig wie vor Veränderungen der einfachgesetzlichen Rahmenbedingungen.¹⁷⁰ Mancher Streit darüber, was im Einzelnen noch in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG fällt, wird im Ergebnis dadurch entschärft, dass selbst bei einer weiten Auslegung des Schutzbereiches die Regelungen des Art. 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG das Eigentum aufgrund seiner sozialen Bezüge gerade im Bereich unternehmerischer Betätigung für weitreichende Einschränkungen zugänglich machen.¹⁷¹

Hinsichtlich der Rücknahmepflichten im Rahmen der VerpackungsVO diskutiert *Di Fabio*, ob diese Rücknahmepflicht nicht als staatlicherseits aufgedrängte Bereicherung »einen der Enteignung gleich zu erachtenden actus contrarius darstelle«.¹⁷² Diese Frage dürfte allerdings mit *Finckh*¹⁷³ zu verneinen sein, der darauf hinweist, dass der »Negativwert« eines Gegenstandes lediglich das Vermögen des Pflichtigen belastet, das als solches vom verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff nicht erfasst ist.¹⁷⁴ Zu erwägen ist auch, ob nicht für die negative Freiheit, kein Eigentum zu erwerben, grundrechtlich allenfalls Art. 2 Abs. 1 GG einschlägig sein kann.¹⁷⁵

Eine existenzvernichtende Wirkung von Selbstverpflichtungen für die Selbstverpflichteten, welche zur Problematik des enteignenden Eingriffs führte, dürfte als realitätsfern einzustufen sein, da in diesen Fällen keinerlei Tauschgewinn auf Seiten der Wirtschaft zu verzeichnen sein dürfte und daher eine entsprechende Selbstver-

¹⁶⁷ Hierzu vgl. Wieland, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 14 Rn. 42 ff. sowie *Di Fabio*, NVwZ 1995, 1 (6, Fn. 45 mit umfangreichen Nachw.).

¹⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 16.3.1971 - 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 -, BVerfGE 30, 292 (335); BVerfG, Beschl. v. 21.6.1977 - 2 BvR 70, 361/75 -, BVerfGE 45, 272 (296); BVerfG, Beschl. v. 22.5.1979 - 1 BvL 9/75, BVerfGE 51, 193 (222); BVerfG, Beschl. v. 31.10.1984 - 1 BvR 35, 356, 794/82 -, BVerfGE 68, 193 (223); BVerfG, Beschl. v. 7.10.1987 - 1 BvR 1086, 1468, 1623/82 -, BVerfGE 77, 84 (118); vgl. ferner dazu *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, S. 217; Wieland, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Art. 14 Rn. 43.

¹⁶⁹ BGH, Urt. v. 7.6.1990 - III ZR 74/88 -, JZ 1991, 36 (37).

¹⁷⁰ Zu letzterem *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, S. 217.

¹⁷¹ Vgl. dazu Engel, AöR 1993, 169 (231).

¹⁷² *Di Fabio*, NVwZ 1995, 1 (6), der diese Überlegung für »legitim« hält, aber letztendlich die Frage offen lässt.

¹⁷³ *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, S. 217.

¹⁷⁴ Zum fehlenden Schutz des Gesamtvermögens durch Art. 14 vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987 - 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83 und 142/84 -, BVerfGE 75, 108 (154); Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 907; Wieland, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Art. 14 Rn. 45 f. unter Hinweis auf den in dieser Frage bestehenden Meinungsstreit.

¹⁷⁵ So: Thomsen, Produktverantwortung, S. 121.

pflichtung nicht eingegangen werden bzw. ein singulär betroffenes Unternehmen sich verbindlichen Disziplinierungsmaßnahmen durch Verbandsaustritt entziehen würde.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass durch staatlich induzierte Selbstverpflichtungen bei den sich verpflichtenden Unternehmen die Schutzbereiche der Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG betroffen sein können.

5.2.1.2 Aktivierung des Grundrechtsschutzes (Eingriff)

Legte man zur Aktivierung des Grundrechtsschutzes den sog. klassischen Eingriffs-begriff mit seinen Kriterien der Imperativität, der Unmittelbarkeit, der rechtlichen Wirkung und der Finalität zugrunde,¹⁷⁶ müsste man den Selbstverpflichtungen induzierenden staatlichen Maßnahmen den Eingriffscharakter absprechen. Von den genannten Kriterien, deren Vorliegen kumulativ gefordert wurde, dürfte in den Fallkonstellationen der staatlich induzierten Selbstverpflichtungen im Hinblick auf die durch die Selbstverpflichtungen gebundene Wirtschaft unzweifelhaft nur dasjenige der Finalität gegeben sein.¹⁷⁷

Die staatlichen Mitwirkungsbeiträge bei Selbstverpflichtungen zielen auf ein Verhalten der Wirtschaft via Selbstverpflichtung ab, das im Zeitpunkt der Induzierung so **ohne vorhergehendes** normatives Tätigwerden vom Staat mangels entsprechender Rechtspflicht imperativ nicht durchgesetzt werden könnte. So geht es, am Beispiel der Altauto-Selbstverpflichtung demonstriert, dem Staat um die bereits umweltfreundliche Konstruktion der PKW, welche im Einzelnen keine gesetzlich festgelegten Verhaltenspflichten sind. Diese, der Selbstverpflichtung innewohnende Finalität ist aber die gleiche wie die entsprechender normativer Regelungen. Lediglich die Modalität der Umsetzung dieser Zielrichtung via Selbstverpflichtung unterscheidet sich von derjenigen der normativen Regelungen.¹⁷⁸ Lediglich die Modalität der Umsetzung dieser Zielrichtung via Selbstverpflichtung unterscheidet sich von derjenigen der normativen Regelungen. Durch die Induzierung (freiwilliger) Selbstverpflichtungen umgeht der Staat mithin die, den normativen Regelungen eigenen, Merkmale der rechtlichen Wirkung und Imperativität – auch Kriterien des klassischen Eingriffs-begriffs.

Der klassische Eingriffs-begriff, der im Fall der staatlichen Induzierung von Selbstverpflichtungen dazu führen würde, bereits den staatlichen Induzierungsmaßnahmen bezüglich der Grundrechte der sich selbst Verpflichtenden die Eingriffsqualität abzusprechen, wird von Rechtsprechung und Literatur aber als zu eng abgelehnt. An Stelle dieses klassischen Eingriffs-begriffs scheint sich nunmehr (in der Literatur) mehr und mehr ein neuer, nicht aktionsbezogener, sondern **wirkungsorientierter**

¹⁷⁶ Zum klassischen Grundrechtseingriff vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 238 ff.; Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, S. 21; Bleckmann/Eckhoff, DVBl. 1988, 373 f.; Discher, JuS 1993, 463 (464).

¹⁷⁷ Das Kriterium der Unmittelbarkeit dürfte entgegen dem ersten Anschein deshalb nicht gegeben sein, da der Staat unmittelbar nur auf die, die einzelnen Unternehmen in ihren Interessen vertretenden, Verbände einwirkt.

¹⁷⁸ Zum modalen Charakter von Selbstverpflichtungen vgl. Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997), S. 160 (162/168)

Eingriffsbegrieff durchzusetzen. So definieren z.B. *Pieroth/Schlink* den Eingriff als jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, gleichgültig ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich, mit oder ohne Befehl und Zwang erfolgt. Allerdings müsste die Wirkung von einem zurechenbaren Verhalten der öffentlichen Gewalt ausgehen.¹⁷⁹

Im Fall der staatlich induzierten Selbstverpflichtungen werden gewisse, von der Berufsausübungsfreiheit geschützte Verhaltensweisen durch die Induzierungsmaßnahmen als dem Staat zurechenbare Maßnahmen für die Grundrechtsträger unmöglich gemacht. Unabhängig von der möglichen Subsumtion unter den »neuen« Eingriffsbegrieff dürfte aber auch nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur unter nur partieller Heranziehung des »alten« Eingriffsbegrieffs ein Eingriff und damit die Auslösung des Grundrechtsschutzes des Art. 12 Abs. 1 GG zu bejahen sein. Nach dieser Auffassung ist nämlich die **Finalität** als eines der Kriterien des klassischen Eingriffsbegrieffs **hinreichende** oder **tragende Bedingung** für die Bejahung der Eingriffsqualität einer staatlichen Maßnahme.¹⁸⁰ So führt *Eckhoff* aus: »Die Absicht, ein grundrechtliches Schutzgut zu beeinträchtigen, führt (...) noch immer zu dem Ergebnis, dass ein Grundrechtseingriff vorliegt, solange die erforderliche Mindestintensität eines Eingriffs gegeben ist.« *Di Fabio* begründet diese gesteigerte Beachtung und **selbständige Rolle des Finalitätskriteriums** damit, dass es als »Zurechnungsmodus« vergleichsweise signifikant und autark ist.¹⁸¹ *Schulte*, der sich dagegen wendet, »gerade die Finalität staatlichen Handelns zum entscheidenden relevanten Eingriffskriterium zu erklären«,¹⁸² ist seinerseits entgegenzuhalten, dass die zitierte Rechtsprechung und Literatur die Finalität ja gerade nicht zum **notwendigen**, sondern nur zum **hinreichenden** Kriterium für einen Grundrechtseingriff erklären. So betrachtet, steht diese Auffassung, welche die Finalität als hinreichendes Eingriffmerkmal qualifiziert, auch nicht der richtigen Aussage von *Eckhoff*¹⁸³ entgegen, dass das Grundgesetz die Grundrechte in Abhängigkeit von dem zu schützenden Rechtsgut, nicht aber in Abhängigkeit von irgendeinem Charakteristikum der beeinträchtigenden staatlichen Maßnahme formuliere.¹⁸⁴ Genügt aber die Finalität, um eine staatliche Maßnahme als Eingriff zu qualifizieren, dürfte der Eingriffscharakter von Selbstverpflichtungen induzierenden staatlichen Maßnahmen gegenüber den verbandsangehörigen Unternehmen wegen des finalen Charakters der staatlichen Maßnahmen zu bejahen sein. Die Tatsache, dass die beeinträchtigenden Wirkungen die Unternehmen nicht unmittelbar durch die staatliche Induzierung, sondern erst vermittelt über die Mitwirkung der Branchenverbände treffen, vermag dem staatlichen Induzierungsakt nicht seine Eingriffsqualität abzusprechen.¹⁸⁵ Der wirkungsori-

¹⁷⁹ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 240.

¹⁸⁰ Aus der Rechtsprechung vgl. nur: BVerwG, Urt. v. 23.5.1989 - 7 C 2/87 -, NJW 1989, 2272 (2273); BVerwG, Urt. v. 27.3.1992 - 7 C 21/90 -, NJW 1992, 2496 (2498); aus der Literatur vgl.: Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbelastung und Gesetzesvorbehalt, S. 188 ff.; Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, S. 231; Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 430; ders., JZ 1993, 689 (696); Discher, JuS 1993, 463 (467).

¹⁸¹ Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 430.

¹⁸² Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 94/95.

¹⁸³ Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, S. 195.

¹⁸⁴ So aber: Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 94.

¹⁸⁵ Vgl. Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 192.

entierte bzw. faktische Grundrechtseingriff verzichtet ja gerade auf das Merkmal der Unmittelbarkeit als eingesetztes Qualifizierend. Insoweit sei auf die einschlägige Rechtsprechung, z.B. die »Transparenzlistenentscheidung«¹⁸⁶ und die »Birkelentscheidung«¹⁸⁷ verwiesen.

Speziell zu Art. 12 Abs. 1 GG vertritt das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich mittelbarer Grundrechtsbeeinträchtigungen in ständiger Rechtsprechung, dass Art. 12 Abs. 1 GG seine Schutzwirkung nur gegenüber solchen Normen und Akten entfalte, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder die zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben.¹⁸⁸ Eine berufsregelnde Tendenz sollen, so das Bundesverfassungsgericht, Normen dann haben, wenn sie nach Entstehungsgeschichte und Inhalt im Schwerpunkt Tätigkeiten betreffen, die typischerweise beruflich ausgeübt werden.¹⁸⁹ Staatliche Selbstverpflichtungen induzierende Maßnahmen der vorbezeichneten Art dürften mindestens diese berufsregelnde Tendenz aufweisen, da sie schwerpunktmäßig umweltrelevantes Verhalten der Wirtschaft z.B. in Form der Emission umweltgefährdender Stoffe, des Vertriebs von Produkten etc. betreffen, das typischerweise im Rahmen gewerblicher Tätigkeiten ausgeübt wird. Bei diesen Selbstverpflichtungen geht es nicht in erster Linie um Verbraucherverhalten im Sinne von Individualverhalten, sondern um den umweltrelevanten Betrieb von Unternehmen. Dass sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur berufsregelnden Tendenz staatlicher Maßnahmen als möglichen Auslöser des Grundrechtsschutzes nicht auf die Handlungsform staatlicher Normen beschränkt, stellt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich klar, indem es von der Schutzwirkung des Art. 12 Abs. 1 GG gegenüber »solchen Normen **oder Akten**«¹⁹⁰ spricht¹⁹¹ und damit auf solche Maßnahmen informalen Verwaltungshandels wie diejenigen der staatlichen Induzierung von Selbstverpflichtungen ausdehnt.

Art. 14 GG weist die Besonderheiten eines normgeprägten Grundrechts auf. Das bedeutet, dass Änderungen des eigentumsrelevanten Rechts zugleich Inhalt und Schranke bestimmen, je nachdem, ob sie sich auf das nach altem Recht und nach neuem Recht begründete Eigentum beziehen.¹⁹² Art. 14 GG wird im Sinne eines Eingriffsdenkens bei staatlich induzierten Selbstverpflichtungen dann aktiviert, wenn sich daraus Einwirkungen auf das zu diesem Zeitpunkt bereits begründete Eigentum ergeben.¹⁹³ Zur Eingriffsfrage kann auf die Ausführungen zum faktischen/mittelbaren Grundrechtseingriff bei Art. 12 GG hingewiesen werden. Insbesondere dürfte die bei staatlich induzierten Selbstverpflichtungen gegebene Finalität als hinreichendes Merkmal des Grundrechtseingriffs genügen, um für die staatlichen Induzierungsmaßnahmen eine verfassungsrechtlichen Maßstäben entsprechende Rechtfertigung erforderlich zu machen.

¹⁸⁶ BVerwG, Urt. v. 18.4.1985 - 3 C 34/84 -, NJW 1985, 2774 ff.

¹⁸⁷ OLG Stuttgart, Urt. v. 21.3.1990 - 1 U 132/98 -, NJW 1990, 2690 ff.

¹⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 17.2.1998 - 1 BvF 1/91 -, NJW 1998, 1627 (1628); BVerfG, Urt. v. 8.4.1997 - 1 BvR 48/94 -, NJW 1997, 1975 (1975 f.).

¹⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 17.2.1998 - 1 BvF 1/91 -, NJW 1998, 1627 (1628).

¹⁹⁰ Hervorhebung durch die Verfasserin.

¹⁹¹ Ebenda, S. 1628.

¹⁹² Hierzu Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 899.

¹⁹³ Art. 14 Abs. 1 GG ist auch für inhaltsbestimmende Normen von Bedeutung, dürfte dann aber einen größeren Spielraum gewähren.

5.2.1.3 Grundrechtsverzicht

Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen für das Vorliegen eines konkreten Grundrechtseingriffs könnte bei den staatlich induzierten Selbstverpflichtungen ein Eingriff in die Grundrechte von Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG deswegen ausscheiden und daher auch die rechtsstaatliche Komponente des Gesetzesvorbehalts nicht eingreifen, weil die sich selbst Verpflichtenden mitgewirkt und in die Beeinträchtigung ihrer grundrechtlichen Position eingewilligt haben.¹⁹⁴ Diese Mitwirkung wird unter dem Stichwort des Grundrechtsverzichts¹⁹⁵ nicht im Sinne eines Totalverzichts auf ein Grundrecht als Ganzes, sondern im Sinne einer individuellen Verfügung über Grundrechtspositionen¹⁹⁶, oder unter dem Stichwort des Grundsatzes »volenti non fit iniura«¹⁹⁷ diskutiert. In Anlehnung an Schwabe soll vorab begrifflich festgestellt werden, dass es beim Grundrechtsverzicht im hier zugrunde gelegten Sinne um die Rechtsfolgen einer Zustimmung zur Beeinträchtigung von grundrechtlichen Schutzgütern geht.¹⁹⁸ Die rechtliche Bindung des Grundrechtsträgers an den Grundrechtsverzicht soll hingegen nicht konstitutives Merkmal des Grundrechtsverzichtsbegriffs im hier verwandten Sinne sein.¹⁹⁹

Teilweise wird die Möglichkeit, auf ein Grundrecht zu verzichten, wegen des auch objektiv-rechtlichen Gehalts der Grundrechte, ihrer »staatskonstituierenden Bedeutung«, abgelehnt.²⁰⁰ Diese Auffassung deckt sich im Ergebnis mit derjenigen von Herbert Krüger bereits 1955 vertretenen Meinung: »Grundrechte lassen sich weder abkaufen noch verkaufen«.²⁰¹ Zu Recht ist festgestellt worden, dass dies praktisch zum Verbot jeglichen kooperativen Handelns zwischen Staat und Gesellschaft führen würde.²⁰² Zwar stehen die Grundrechte als konstituierende Normen der freiheitlichen Demokratie des Grundgesetzes nicht zur unbeschränkten Disposition des

¹⁹⁴ Anders als hier vertritt Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, S. 185, die Auffassung, dass der Grundrechtsverzicht im Rahmen einer Grundrechtsprüfung nicht bei der Frage des Grundrechtseingriffs, sondern bei der Frage der Eingriffsrechtfertigung zu prüfen sei.

¹⁹⁵ Hierzu: Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 92 ff.; Robbers, JuS 1985, 925 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 131 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Komm., Vorbem. vor Art. 1 Rn. 34; Sachs, Grundgesetz, Vor Art. 1, Rn. 52 ff. Zur parallelen Diskussion beim öffentlich-rechtlichen Vertrag vgl. z.B. Gusy, DVBl. 1983, 1222 (1228).

¹⁹⁶ Vgl. hierzu statt vieler: Pietzcker, Der Staat 17 (1978), 527 (531).

¹⁹⁷ Hierzu: Sachs, »Volenti non fit iniura« – Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht –, VerwArch 76 (1985), 398 ff.

¹⁹⁸ Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 97 sowie zu dem in diesem Bereich herrschenden Begriffschaos, vgl. S. 92.

¹⁹⁹ Hierauf abstellend z.B. Sturm, in: FS Geiger, 1974, S. 186 und Ameling, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 19.

²⁰⁰ Erichsen, in: Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, 1982, S. 161 f.; Sturm, in: FS Geiger, S. 195 ff.

²⁰¹ DVBl. 1955, 450 (453).

²⁰² Vgl. Oldiges, WiR 1973, 1 (24), der auf Zacher (VVStRL 25, 1967, S. 344) verweist, wonach Kooperation immer Grundrechtsverbrauch bedeute.

Grundrechtsträgers.²⁰³ Doch erscheint die pauschale Ablehnung der Möglichkeit eines Grundrechtsverzichts wegen ihrer Undifferenziertheit als unrichtig.²⁰⁴ Sie übergeht in diesem Punkt die Abwehrfunktion der Grundrechte, welche die Aufgabe hat, individuelle Autonomie zu sichern. Diese individuelle Autonomie umfasst aber auch die individuelle Einwilligung in die staatliche Beeinträchtigung von Grundrechtspositionen.²⁰⁵ Der Verzicht auf Grundrechtspositionen ist prinzipiell auch Grundrechtsgebrauch.²⁰⁶ Dass der Wille des Grundrechtsträgers eine wesentliche Rolle spielt, belegen einzelne Grundrechte, die Willenselemente in ihren Wortlaut aufnehmen (z.B. Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG: »Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur aufgrund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten (...)« oder Art. 6 Abs. 3 GG: »Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten ...)«) oder aber stillschweigend als negative Tatbestandsmerkmale voraussetzen. So soll z.B. eine Schutzhalt mit Einwilligung des Betroffenen ohne Vorliegen der strengen Voraussetzungen des Art. 104 Abs. 1 GG zulässig sein. Vielmehr ist die Rechtserheblichkeit einer Einwilligung des Betroffenen und damit die Möglichkeit eines Grundrechtsverzichts im Sinne der Möglichkeit, über eine Grundrechtsposition zu disponieren, **für jedes Grundrecht gesondert** zu prüfen.²⁰⁷ Das hat in der Vergangenheit auch die Rechtsprechung getan.²⁰⁸

Die im Falle von staatlich induzierten Selbstverpflichtungen auf Seiten der sich selbst Verpflichtenden betroffenen Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG dürften weit mehr auch auf die Verfügung durch die Grundrechtsträger angelegt sein²⁰⁹ als beispielsweise die Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 GG. So werden die Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG auch als »vertragsnahe Grundrechte« bezeichnet.²¹⁰ Ihre Besonderheit liegt darin, dass bei ihnen Grundrechtsverwirklichung und Verfügung über grundrechtsgeschützte Positionen in besonders weitem Umfang zusammenfallen, ihre Grundrechtsverwirklichung häufig in der Selbstbeschränkung liegt.²¹¹ Im Zusammenhang mit der parallel gelagerten Problematik des verwaltungsrechtlichen Vertrages wurde festgestellt, dass sich die durch Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG gewährten Entfaltungschancen unter den Bedingungen einer weithin auf Arbeitsteilung beruhenden Wirtschaftsordnung vielfach nur durch das Eingehen vertraglicher Bindungen und damit durch die Reduktion grund-

²⁰³ Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 41, unter Verweis auf Erichsen, in: FS Wolff, 1973, S. 219 (239).

²⁰⁴ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 220 f.; Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (799); Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 101.

²⁰⁵ Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 21 f.

²⁰⁶ Göldner, JZ 1976, 352 (355); ihm folgend: Robbers, JuS 1985, 925 (927).

²⁰⁷ Pietzcker, Der Staat 17 (1978), 527 (542); Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 25; Robbers, JuS 1985, 925 (927).

²⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 27.6.1968 - II C 70.67 -, BVerwGE 30, 65 (69 f.) zu Art. 12 Abs. 1 GG; BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 484/83 -, BVerfGE 65, 1 (42 ff.) zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

²⁰⁹ Menger, in: FS Ernst, S. 315; Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (799); Pietzcker, Der Staat 17 (1978), 527 (544); Dempfle, Normvertretende Absprachen, S. 110.

²¹⁰ Vgl. Menger, in: FS Ernst, S. 315; Pietzcker, Der Staat 17 (1978), 527 (544 f.); Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 101.

²¹¹ Pietzcker, Der Staat 17 (1978), 527 (544 f., 541).

rechtlich geschützter Verhaltensalternativen nutzen lassen.²¹² Mit diesem Hinweis kann an die Charakterisierung zu gesellschaftlicher Selbstregulierung als Teil grundrechtlicher Freiheitsausübung angeknüpft werden. Für die Ausübung grundrechtlicher Freiheit bieten sich zumeist zahlreiche Alternativen an. Die Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheit mag auch in der Festlegung auf eine Alternative liegen. Kooperation ist nach Trute nicht allein und stets aufgenötigte Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheit, sondern eben auch auf die Herstellung von mehr Eigenverantwortlichkeit, zusätzlicher Handlungsoptionen und Teilhabe an der Ausübung von Staatsgewalt gerichtet.²¹³

Bejaht man aus den soeben dargelegten Gründen die Möglichkeit eines Grundrechtsverzichts bei Art. 12 und Art. 14 GG der sich selbst Verpflichtenden, so bleibt aber noch die Frage zu beantworten, ob dieser Verzicht bzw. die Einwilligung in die Grundrechtsbeeinträchtigung **freiwillig** geschieht oder aber ob aufgrund der oben dargestellten Modalitäten der Entstehung von Selbstverpflichtungen nicht vielmehr dem »**involenti iniuria fit**«.

Dass der wirksame »Grundrechtsverzicht« bzw. die wirksame Einwilligung Freiwilligkeit voraussetzen, ist wohl unstreitig.²¹⁴ Streitig sind jedoch die Anforderungen, die an die Freiwilligkeit zu stellen sind. Verneinen die einen²¹⁵ sie im Fall der staatlich induzierten Selbstverpflichtungen bereits wegen des ausgeübten staatlichen Drucks (»Vorzeigen der Folterinstrumente«, »Knüppel im Sack«), hängen die anderen²¹⁶ die Anforderungen sehr viel niedriger, indem nur der Ausschluss von **Verhaltensalternativen** die Freiwilligkeit entfallen lassen soll. Zu Recht hat Trute den Blick darauf gelenkt, dass es sich bei normsubstituierenden Absprachen häufig um machtvolle Akteure mit erheblichen Eigeninteressen an der Regulierungsvermeidung handelt, die ihre Selbstregulierung nicht durchgängig als durch staatlichen Zwang determiniert erscheinen lässt.²¹⁷ Daher ist der Auffassung, die für die Freiwilligkeit des Grundrechtsverzichts bei Art. 12 und 14 GG auf das Vorhandensein von Verhaltens-

²¹² Scherzberg, JuS 1992, 205 (211).

²¹³ Trute, in: Hendl/Marburger/Reinhardt/Schröder (Hrsg.), Rückzug des Ordnungsrechtes im Umweltschutz, S. 23.

²¹⁴ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 136; Stern, Staatsrecht III/2, 1994, S. 912 ff.; Sachs, Grundgesetz, Kommentar, vor Art. 1 Rn. 36; Dreier, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Vorbem. Rn. 83; Sturm, in: FS Geiger, S. 183 f.; Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 79 ff.; Robbers, JuS 1985, 925 (926).

²¹⁵ Brohm, DÖV 1992, 1025 (1033); Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 102. Vorsichtiger: Fluck/Schmitt, VerwArch 89 (1998), 220 (237), wonach Grundrechtsverzicht bei faktischem Druck des Staates nicht immer als freiwillig bezeichnet werden könne; Di Fabio, JZ 1997, 969 (970): »Manch ›freiwillige‹ Selbstverpflichtung verdient diesen Namen nicht, weil dahinter massive staatliche Regelungsandrohungen stehen.« Murswieck, JZ 1988, 985 (988): »Völlig freiwillig pflegen solche Vereinbarungen aber nicht zustande zu kommen.« Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, S. 87: »Freiwilligkeit (...), die (...) eingeschränkt, wenn nicht gar aufgehoben ist.«; Frenz, Die Verwirklichung des Verursacherprinzips im Abfallrecht, S. 100; Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 194: »Wer nur die Wahl zwischen ordnungsrechtlichem Zwang und ›freiwilligem‹ Sich-Fügen besitzt, hat in Wahrheit keine Alternative.«

²¹⁶ Kloepfer/Elsner, DVBl. 1996, 964 (969); Dempfle, Normvertretende Absprachen, S. 107; Sturm, in: FS Geiger, S. 184, insofern aber einschränkend, als dass er auf das Vorliegen »realer« Verhaltensalternativen für die Freiwilligkeit abstellt.

²¹⁷ Trute, DVBl. 1996, 950 (958); beipflichtend der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1998, Tz. 305.

alternativen abstellt, beizupflichten. Wie dargelegt, bedeutet auch die Alternativenwahl Ausübung grundrechtlicher Freiheit. Staatlicher Druck dürfte hier nur bei **fehlendem Handlungsspielraum**, bei Nichtvorliegen von alternativen Handlungsmöglichkeiten,²¹⁸ die Freiwilligkeit ausschließen.²¹⁹ In einer derartigen »fatalen« Fallkonstellation dürfte dann aber auf gesellschaftlicher Seite jegliche Motivation für das Eingehen einer Selbstverpflichtung entfallen. Statt dessen könnte dann der klare Grundrechtseingriff durch imperatives Staatshandeln abgewartet werden, um gegen diesen mit der Palette rechtsstaatlicher Abwehrmöglichkeiten vorzugehen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass bei gegebenem hinreichendem Handlungsspielraum der sich selbst Verpflichtenden die staatliche Induzierung von Selbstverpflichtungen wegen der Mitwirkung des Betroffenen keinen Eingriff in die Grundrechte aus Art. 12 und Art. 14 GG darstellt und damit aus rechtsstaatlichen Gründen der Vorbehalt des Gesetzes nicht eingreift.²²⁰ Der Eingriffscharakter hinsichtlich von Grundrechten Dritter (Zulieferindustrie) wird durch diese Mitwirkung aber nicht berührt. Insoweit kann auch der rechtsstaatliche Vorbehalt des Gesetzes wieder eingreifen und eine gesetzliche Grundlage erfordern.

5.2.1.4 Eingriffsrechtfertigungen

Die Frage nach den Eingriffsrechtfertigungen hat nur in den Fällen Bedeutung, in denen der staatlichen Induzierung von Selbstverpflichtungen trotz Mitwirkung der betroffenen Wirtschaft mangels hinreichenden Entscheidungsspielraums **Eingriffscharakter** zukommt.

Wie bereits ausgeführt, führt die Qualifizierung staatlicher Maßnahmen, die Selbstverpflichtungen induzieren, als Eingriffe in grundrechtliche Schutzbereiche nicht automatisch dazu, sie auch als grundrechtsverletzend einzustufen. Vielmehr unterliegen sie als Grundrechtseingriffe verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsmaßstäben, die je nach betroffenem Grundrecht unterschiedlich ausfallen.

So kann die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG). Der Umfang der gesetzlichen Beschränkung hängt bekanntlich in Anlehnung an die sog. Drei-Stufen-Theorie davon ab, ob sie sich auf die Freiheit der Berufswahl oder der Berufsausübung bezieht.²²¹

²¹⁸ Auch auf die Handlungsalternativen abstellend: Sturm, in: FS Geiger, S. 184: »Freiwillig und damit verfassungsrechtlich relevant kann ein Grundrechtsverzicht nur sein, wenn reale Verhaltensalternativen die Selbstbindung als Emanation bürgerlicher Autonomie erkennen lassen.«

²¹⁹ Zu weit dürfte es aber gehen, wenn Eckhoff für die Einwilligung des Grundrechtsträgers mindestens eine gleich große »bargaining power« bei diesem voraussetzen will (Der Grundrechtseingriff, S. 184). Diese nur faktische, nicht rechtliche »bargaining power« wird sich in der Praxis niemals hinreichend quantifizieren lassen.

²²⁰ In diesen Fällen kann der Gesetzesvorbehalt aber immer noch aus demokratischen Gründen eingreifen.

²²¹ Vgl. aus der Rechtsprechung des BVerfG nur: BVerfG, Urt. v. 17.2.1998 - 1 BvF 1/91 -, NJW 1998, 1627 ff. (1628). Aus der Literatur: Stober, Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit, S. 76 f.

Die durch Selbstverpflichtungen in erster Linie betroffene **Berufsausübungsfreiheit** der sich verpflichtenden Unternehmer wäre nach der Drei-Stufen-Theorie durch Gesetze beschränkbar, soweit **vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls** diese als zweckmäßig erscheinen lassen und diese Berufsausübungsfreiheit nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird.²²² Da es sich bei den Selbstverpflichtungen induzierenden staatlichen Maßnahmen nicht um formelle Gesetze i.S.v. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG handelt, ist nach einer gesetzlichen Grundlage Ausschau zu halten, die die entsprechende Begrenzung der Berufsausübungsfreiheit oder aber zumindest die Grundlage für weitere Beschränkungen enthält. Soweit es um Selbstverpflichtungen im Bereich der Produktverantwortung geht, wie es bei der Altauto-Selbstverpflichtung der Fall ist, kommen die §§ 22 - 26 KrW-/AbfG als gesetzliche Beschränkungen oder aber die auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen als zulässige Schranken i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Die sich aus der Altauto-Selbstverpflichtung ergebenden Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit in Gestalt von Herstellungs-, Verwertungs- und Rücknahmepflichten sind bereits in dem Grundpflichtenkatalog des § 22 KrW-/AbfG und in den Verordnungsermächtigungen der §§ 23, 24 KrW-/AbfG enthalten. Bei der in den §§ 22 - 26 KrW-/AbfG geregelten Produktverantwortung handelt es sich um Gesetze, die aufgrund vernünftiger Gemeinwohlerwägungen in Form des Umweltschutzes als zweckmäßig erscheinen und die die Berufsausübungsfreiheit nicht unverhältnismäßig einschränken. Damit dürfte dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG Genüge getan sein. Bei staatlich induzierten Selbstverpflichtungen außerhalb des Bereichs der Produktverantwortung ist, sofern die staatlichen Induzierungsmaßnahmen in das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG eingreifen, nach einer gesetzlichen Grundlage i.S.v. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zu fragen. Ist diese nicht vorhanden, entbehren die staatlichen Maßnahmen, sofern sie Eingriffscharakter haben, der notwendigen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, so dass diese grundrechtsverletzend sind und am Verdikt der Verfassungswidrigkeit nicht vorbeikommen.

Inhalt und Schranken des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG werden vom Gesetzgeber oder von der durch ihn dazu ermächtigten Verwaltung bestimmt. Sofern mithin durch induzierte Selbstverpflichtungen der Staat in Eigentumspositionen eingreifen sollte, muss ein entsprechendes Gesetz vorliegen, das diesen Eingriff vorsieht oder aber zu ihm ermächtigt. Diese gesetzliche Grundlage wie auch die einzelne Induzierungsmaßnahme müssen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

5.2.2 Grundrechte Dritter

Durch staatlich induzierte Selbstverpflichtungen können neben den Grundrechten der sich Verpflichtenden auch Grundrechte Dritter betroffen sein. Drittetroffene sind diejenigen, die nicht unmittelbar (bzw. über ihren Verband) an der Selbstverpflichtung beteiligt sind, mittelbar aber durch die Selbstverpflichtung einen Nachteil erleiden.²²³ Gerade die Art und Weise des Zustandekommens von Selbstverpflichtun-

²²² BVerfG, Urt. v. 17.2.1998 - 1 BvF 1/91 -, NJW 1998, 1628.

²²³ Oldiges, WiR 1973, 1 (28).

gen birgt die Gefahr asymmetrischer Interessenberücksichtigung,²²⁴ eines Paktierens zu Lasten nicht beteiligter Dritter in sich. Als Nachteil wird Selbstverpflichtungen die Beeinträchtigung von Drittinteressen durch »Kungelei« zwischen Staat und Wirtschaft zugeschrieben.²²⁵ Diese nicht beteiligten, aber belasteten Dritten könnte die Allgemeinheit sein, wenn durch die Selbstverpflichtung eine für die Umwelt an sich erforderliche schärfere ordnungsrechtliche Regelung verhindert wird oder sich gewisse Marktgegebenheiten ändern. Diese nicht weiter individualisierbare Betroffenheit wird aber in der Regel nicht die Qualität eines Grundrechtseingriffs aufweisen können.²²⁶ In Extremfällen könnte allerdings die Verletzung staatlicher Schutzpflichten vorliegen.²²⁷

Individualisierbar betroffen ist aber z.B. der sog. Zulieferer, dessen Geschäftsbetrieb durch den im Rahmen einer Selbstverpflichtung eingegangenen Verzicht auf ein von ihm hergestelltes und geliefertes Produkt (z.B. Asbestrohstoff) eine Einbuße erfährt. In diesen Fällen werden vom Schutzbereich her insbesondere Art. 12 und Art. 14 GG betroffen sein. Die rechtliche Problematik dürfte auch hier – wie bereits bei den an der Selbstverpflichtung beteiligten Unternehmen – in der Eingriffsqualität der staatlichen Induzierung liegen.²²⁸ Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts bzw. des Grundsatzes des »volenti non fit iniuria« kann bei den nicht beteiligten Dritten den Grundrechtseingriff nicht entfallen lassen. Wie bereits festgestellt,²²⁹ sieht die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur bei faktischen Grundrechtseingriffen in der **Finalität** des staatlichen Handelns ein zur Bejahung eines Grundrechtseingriffs hinreichendes Kriterium. Insbesondere für die finale Drittbeeinträchtigung hat Roth²³⁰ überzeugend dargelegt, dass bei diesen die Grundrechte ihre subjektive Wirkkraft entfallen müssen, um staatliche Umgehungsmöglichkeiten zu verhindern. Hierbei bedeute Finalität nicht Absicht im Sinne eines »darauf Ankommens«, sondern es genüge, dass die Drittbeeinträchtigung **notwendige Voraussetzung** oder **notwendige Folge** der Verwirklichung des angestrebten Ziels sei. Allerdings müsse sich anhand der Zweckrichtung der Maßnahme die Beeinträchtigung einzelner, individualisierbarer Grundrechtsträger ermitteln lassen.²³¹ In der Regel dürfte eine derartig definierte Finalität bei Selbstverpflichtungen, die sich auf den Verzicht des Einsatzes gewisser Produkte beziehen (sog. »Phasing-out«), gegeben sein. Die hierdurch betroffenen Zulieferer müssten (z.B. durch langjährige Geschäftsbeziehungen) ex ante individualisierbar sein. Ob jedoch die durch die Selbstverpflichtung bei diesen Zulieferern eintretenden Nachteile die für die Annahme eines Grundrechtseingriffs zusätzlich erforderliche Erheblichkeitsschwelle²³² überschreiten, ist Einzelfallfrage.

²²⁴ Nahamowitz, in: Voigt (Hrsg.), Der kooperative Staat, 1995, S. 130.

²²⁵ Vgl. Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten , 1998,Tz. 305.

²²⁶ Vgl. auch: Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 207.

²²⁷ Vgl. hierzu oben unter 5.1.

²²⁸ Nach Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 204 ff., sollen bei normabwendenden Selbstverpflichtungen Eingriffe in die Grundrechte Dritter im Sinne vor- oder nachgeordneter Wirtschaftsbranchen in der Regel auszuschließen sein.

²²⁹ Vgl. oben unter 5.2.1.2.

²³⁰ Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbelastung und Gesetzesvorbehalt, *passim*.

²³¹ Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbelastung und Gesetzesvorbehalt, S. 214 ff.

²³² Vgl. Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbelastung und Gesetzesvorbehalt, S. 231: »Angesichts der Vielzahl von Nachteilen, denen der Bürger ausgesetzt ist, setzt die Vergleichbarkeit faktischer Beeinträchtigun-

5.2.3 Art. 3 GG – »Trittbrettfahrer« und »Schwarze Schafe«

In der Literatur wird mitunter das schlichte Verwaltungshandeln im Allgemeinen²³³ und die staatliche Mitwirkung an Selbstverpflichtungen (Absprachen) im Besonderen²³⁴ am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes überprüft.

Für die Überprüfung der staatlichen Induzierung von (kollektiven) Selbstverpflichtungen am Gleichheitssatz stellt sich zunächst die Frage nach den miteinander zu vergleichenden Gruppen. Die eine feststehende Vergleichsgruppe wird immer die Menge der sich an die Selbstverpflichtung haltenden, meistens branchenangehörigen Wirtschaftsunternehmen sein. Die zweite Vergleichsgruppe sind die die Selbstverpflichtung nicht einhaltenden Wirtschaftsunternehmen. Je nachdem, ob es sich bei der in Rede stehenden Selbstverpflichtung um eine normvertretenden oder normvollziehenden Charakters handelt – im ersten Fall ist die Rechtssetzungs-, im zweiten Fall die Rechtsanwendungsgleichheit betroffen –,²³⁵ kann diese zweite Gruppe in sog. »Trittbrettfahrer« oder »Schwarze Schafe« geteilt werden. Schließlich kann innerhalb der Gruppe der sich verpflichtenden Unternehmen durch die brancheninterne kosteneffiziente Verteilung der Lasten unter Berücksichtigung betrieblicher Besonderheiten eine Ungleichbehandlung vorliegen.²³⁶

Die Trittbrettfahrer profitieren von der stagnierenden normativen Situation, ohne den hierfür in der Selbstverpflichtung festgelegten Preis umweltfreundlichen Verhaltens zu zahlen. Sie werden also positiv, die Selbstverpflichtungstreuen negativ diskriminiert. Betroffen ist die Ebene der **Rechtssetzungsgleichheit**. Handelt es sich bei diesen Trittbrettfahrern nun um Mitglieder des die Selbstverpflichtung abgebenden Verbandes, ist diese Form der Diskriminierung dem Staat nicht zurechenbar, beruht sie doch letztlich auf mangelnder Verbandsdisziplin. Diese mangelnde Verbandsdisziplin, die sich in dem Trittbrettfahrertum niederschlägt, wird als schlechte institutionelle Beherrschbarkeit der Selbstverpflichtungen durch die Wirtschaft zu den Nachteilen der Selbstverpflichtungen gerechnet.²³⁷

Handelt es sich bei den Trittbrettfahrern um Externe, ist die Abgabe und Einhaltung der Selbstverpflichtung hinreichendes Differenzierungskriterium für die negative Dis-

gen mit der belastenden Wirkung, die eine unmittelbar regelnde Maßnahme gegenüber dem Betroffenen hat, deshalb voraus, dass das zusätzliche Moment der Folge- oder Nebenwirkung eine gewisse Schwere aufweist.« Vgl. auch: Dempfle, Normvertretende Absprachen, S. 115.

²³³ Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 104 ff.; Schünemann, in: Ständige Deputation des DJT, Verhandlungen des 58. DJT, Bd. I, 1990, Gutachten A, S. B 59. Zur Bedeutung des Gleichheitssatzes für Verhandlungen zwischen Staat und Bürgern vgl. auch Kunig, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, S. 43 (61).

²³⁴ Eckhoff, in: Kohlhaas/Praetorius, Selbstverpflichtungen der Industrie zur CO2-Reduktion, 1994, S. 121 ff.; Oldiges, WiR 1973, 1 (26); Grewlich, DÖV 1998, 54 (62); Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 207.

²³⁵ Vgl. hierzu z.B. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 428.

²³⁶ Vgl. Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 207.

²³⁷ Vgl. Fluck/Schmitt, VerwArch 89 (1998), 220 [229].

kriminierung der selbstverpflichtungstreuen Unternehmen. Der Umstand, dass ein Bürger freiwillig eine Beeinträchtigung seiner Freiheitssphäre hinnimmt, ist in der Regel sachlicher Grund, ihn anders als denjenigen zu behandeln, der auf seinem Grundrecht beharrt.²³⁸ Insoweit kann auch auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz verwiesen werden, wonach das Maß dieser Bindung davon abhängen soll, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird.²³⁹ Ähnlich dürfte auch der Fall der ungleichen Lastenverteilung innerhalb der Gruppe der sich verpflichtenden Unternehmen zu bewerten sein, falls diese ungleiche Lastenverteilung überhaupt dem Staat noch zurechenbar ist.

Bei den sog. normvollziehenden Selbstverpflichtungen (z.B. Befreiung der sich verpflichtenden von der Einhaltung gewisser normativer Anforderungen oder das Absehen von Anordnungen zur Umsetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG)²⁴⁰ profitieren in der Regel nur die selbstverpflichtungstreuen Unternehmen von den administrativen Einzelmaßnahmen, werden also die Schwarzen Schafe negativ diskriminiert. In diesem Fall ist die Ebene der **Rechtsanwendungsgleichheit** betroffen. Auch hier liegt das sachliche Differenzierungskriterium in der Abgabe bzw. Einhaltung der Selbstverpflichtung. Eine unzulässige Ungleichbehandlung kann in diesen Fällen nur unter dem Gesichtspunkt fehlender Verfahrensgerechtigkeit gegeben sein, wenn der Zugang zur Selbstverpflichtung nicht für alle betroffenen Unternehmen in gleichem Maße gewährleistet ist.²⁴¹ Dies könnte der Fall sein, wenn der Staat einzelne Verbände der Branche schwädig bei der »Aushandlung« der Selbstverpflichtung nicht berücksichtigt oder aber, wenn eine Selbstverpflichtung keinerlei »Öffnungsklausel« für nicht verbandsmäßig organisierte Unternehmen enthält und diese daher nicht der Selbstverpflichtung beitreten können.

Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG kann darüber hinaus bei Selbstverpflichtungen dann noch vorliegen, wenn der Staat bei der Induzierung der Selbstverpflichtungen gegen das Koppelungsverbot verstößt, d.h. den von ihm in Aussicht gestellten Tauschgewinn der Wirtschaft in sachwidrigen Zusammenhang zum induzierten Verhalten der Unternehmer stellt.²⁴² Dies wäre z.B. der Fall, wenn der Staat zwecks Erreichung gewisser umweltschützender unternehmerischer Verhaltensweisen den Nichterlass einer die Arbeitnehmer begünstigenden, den Staat aber belastenden sozialen Regelung androhte.

²³⁸ Ameling, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 44.

²³⁹ BVerfG, Beschl. v. 7.10.1980 - 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79 -, BVerfGE 55, 72 (89); BVerfG, Beschl. v. 26.1.1993 - 1 BvL 38, 40, 43/92 -, BVerfGE 88, 87 (96); BVerfG, Urt. v. 8.4.1997 - 1 BvR 48/94 -, BVerfGE 95, 267 (316).

²⁴⁰ Vgl. hierzu die Selbstverpflichtungen der Gießereiindustrie, z.B. die Rahmenvereinbarung zwischen der Gießereiindustrie des Landes Sachsen-Anhalt und dem Land Sachsen-Anhalt aus dem Jahr 1994.

²⁴¹ Zu diesem Aspekt des Gleichheitssatzes vgl. z.B. Kunig, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, S. 61.

²⁴² Oldiges, WiR 1973, 1 (26/28). Dazu, dass das Koppelungsverbot eine seiner Wurzeln in Art. 3 Abs. 1 GG hat, vgl. schon Ameling, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 45.

6. Übermaßverbot

Die staatliche Induzierung von Selbstverpflichtungen muss – wie jedes staatliche Handeln – dem in den Grundrechten und im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Übermaßverbot genügen. Dieses besagt, dass bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben unter mehreren möglichen Maßnahmen nur diejenigen zu ergreifen sind, die geeignet sind, den angestrebten Zweck zu erreichen (Geeignetheit) und die möglichst wenig Nachteile – insbesondere auch für die grundrechtlichen Freiheiten – im Gefolge haben (Erforderlichkeit). Danach zulässige Maßnahmen dürfen dann nicht ergriffen werden, wenn die mit ihnen verbundenen Nachteile insgesamt die Vorteile überwiegen, Zweck und Mittel nicht außer Verhältnis zueinander stehen (Verhältnismäßigkeit i.e.S.).²⁴³

Aus dem Übermaßverbot ist von einem Teil der Literatur der Schluss gezogen worden, kooperative bzw. sog. weichere Instrumente, zu denen auch die Selbstverpflichtungen gerechnet werden, seien imperativen staatlichen Maßnahmen wegen ihrer geringeren Eingriffswirkung vorzuziehen.²⁴⁴ Die mittlerweile wohl herrschende Lehre dürfte aber zu Recht einen derartigen Vorrang der »weichereren« Instrumente ablehnen.²⁴⁵ Dies allerdings unter Verweis darauf zu tun, bei Vereinbarungen handele es sich gegenüber dem Gesetz nach Verfahren, Verbindlichkeit und Berücksichtigung von Drittinteressen um kein »minus«, sondern ein »aliud« und dieses schließe ein Rangverhältnis zwischen beiden aus,²⁴⁶ erscheint zumindest von der Begründung her als nicht ausreichend. Wie dargelegt, können staatlich induzierte Selbstverpflichtungen Eingriffe in Freiheitsgrundrechte darstellen. Folglich sind sie wie imperative Maßnahmen am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. In abstracto existiert auch ein Stufenverhältnis zwischen imperativen Maßnahmen des Staates und der größere Freiheit ermöglichen Induzierung von Selbstverpflichtungen gegenüber

²⁴³ Vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 1. Aufl. 1999, § 30 II 2 (Rn. 8); Grabitz, AöR 98 (1973), 568 (571 ff.); Hoffmann-Becking, in: FS Wolff, S. 445 (448) sowie jüngst Remmert, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots, 1995, passim. Aus der Rspr.: BVerfG, Urt. v. 13.2.1974 - 1 BvL 17/61, 1 BvR 494/60, 128/61 -, BVerfGE 17, 232 (242); BVerfG, Beschl. v. 10.6.1963 - 1 BvR 790/58 -, BVerfGE 16, 194 (202); BVerfG, Beschl. v. 20.6.1984 - 1 BvR 1494/78 -, BVerfGE 67, 157 (176 f.); BVerfG, Beschl. v. 31.10.1984 - 1 BvR 35, 356, 794/82 -, BVerfGE 68, 193 (218 f.).

²⁴⁴ Becker, DÖV 1985, 1003 (1007); Kaiser, NJW 1971, 585 (588); Atzpodien, DVBl. 1990, 559 (559); Bulling, DÖV 1989, 277 (289); speziell für freiwillige Vereinbarungen: Ossenbühl, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986, S. 71; ders., in: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 1987, S. 38.

²⁴⁵ Brohm, DÖV 1992, 1025 (1033 f.); Hoffmann, DVBl. 1996, 347 (352); Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 37; Kunig, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, S. 64; Grüter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, S. 83; Kloepfer, JZ 1991, 737 (743); Dempfle, Normvertretende Absprachen, S. 144; Hartkopf/Bohne, Umweltpolitik 1, S. 236, die die Grenzen des Verhältnismäßigkeitsprinzips aber dann als überschritten ansehen wollen, wenn der Staat Absprachen nicht mehr – wie bisher – punktuell, sondern auf breiter Front einsetzen würde. Speziell für den öffentlich-rechtlichen Vertrag: Krebs, VVDStRL 52 (1993), 248 (262); Scherzberg, JuS 1992, 205 (209 f.); Erichsen, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998, § 26 II (Rn. 3); Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 117.

²⁴⁶ Oebbecke, DVBl. 1986, 793 (799); ihm folgend: Dempfle, Normvertretende Absprachen, S. 144; Thomsen, Produktverantwortung, S. 230.

der sich regulierenden Wirtschaft.²⁴⁷ Insoweit ist der Selbstverpflichtungen bisweilen zugeschriebene Vorteil, sie seien milder und freiheitsschonender,²⁴⁸ in abstracto auch zutreffend. Jedoch ist die Aussage einer unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten **generellen** Vorzugswürdigkeit staatlich induzierter Selbstverpflichtungen gegenüber imperativem Vorgehen zu vereinfachend, da sie sowohl die **verschiedenen Wirkungsdimensionen** staatlich induzierter Selbstverpflichtungen als auch die **Probleme der praktischen Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips** in diesen Fällen verkennt.

Zu Ersterem ist darauf zu verweisen, dass induzierte Selbstverpflichtungen nicht nur den Freiheitsbereich der sich verpflichtenden Wirtschaft, sondern auch den nicht beteiligter Dritter, wie z.B. der Zuliefererindustrie oder der Allgemeinheit, schmälern können und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Berücksichtigung der jeweiligen konkreten Wirkungsdimension ganz unterschiedlich ausfallen kann.²⁴⁹ Die angemessene Instrumentenalternative muss also aus der konkreten Situation heraus ermittelt werden.²⁵⁰

Zu Letzterem, der Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips – z.B. bezogen auf die Wirkungsdimension Staat/sich verpflichtende Wirtschaft – muss betont werden, dass gerade die Ermittlung der Eignung und der Erforderlichkeit der Selbstverpflichtungen als der beiden ersten Stufen jeder Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht zu unterschätzende Probleme aufwerfen dürfte. Die **Tauglichkeit** einer Selbstverpflichtung zur Erreichung des jeweiligen umweltpolitischen Ziels ist bereits wegen der Selbstverpflichtungen immanenten fehlenden Verbindlichkeit und der damit einhergehenden mangelnden rechtlichen Erzwingbarkeit zweifelhaft.²⁵¹ Zudem dürfte ein Vergleich mit der virtuellen normativen Regelung theoretisch bleiben, da über deren hypothetische Umsetzung – so die Implementationsforschung – zu wenig bekannt ist und die meistens unterstellte ideale Umsetzung der imperativen Maßnahmen hinter der Wirklichkeit zurückbleibt. Insoweit ist auf die Erkenntnisse der soziologischen Systemtheorie zu verweisen, die auf die relative Geschlossenheit und geringe Beeinflussbarkeit autonomer Systeme hinweist.²⁵² Diese Zweifel bezüglich der Eignung von Selbstverpflichtungen lassen sich zumindest teilweise mindern, wenn es sich um ein bereits erfolgreich installiertes und praktiziertes Selbstregulierungssystem handelt²⁵³ oder aber der Umfang und der Zeitpunkt der Zielerreichung hinreichender Kontrolle unterworfen sind.²⁵⁴ Gänzlich ausräumen lassen dürften sich die Eignungszweifel hierdurch jedoch nicht.

²⁴⁷ Vgl. auch Geis, Die öffentliche Förderung sozialer Selbsthilfe, S. 105: »Staatliches Handeln durch indirekte Steuerung, durch Anreize zur Selbsthilfe ist – gleiche Wirksamkeit vorausgesetzt – in diesem Sinne ›milde‹es Mittels als direkte Fremdsteuerung, weil dem einzelnen mehr Handlungs- oder Entscheidungsfreiraume verbleiben.« Ähnlich allerdings zur individuell-selbstregulativen Eigenvornahme: Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997), S. 213 sowie im Zusammenhang mit § 14 Abs. 2 AbfG Atzpodien, DB 1987, 727 (728).

²⁴⁸ Vgl. Oldiges, WiR 1973, 1 [6].

²⁴⁹ Hierauf weist auch Brohm, DÖV 1992, 1025 f. (1033 f.) hin.

²⁵⁰ Brohm, aaO.

²⁵¹ Hoffmann, DVBl. 1996, 347 (352).

²⁵² Vgl. statt vieler: Lehmann, Soziale Systeme, 1984; Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989.

²⁵³ So: Hoffmann, DVBl. 1996, 347 (352).

²⁵⁴ Bohne, VerwArch 75 (1984), 343 (366), der in einem unabhängigen »Kontrolleur« ein Indiz für die Einhaltung der Selbstverpflichtung sehen möchte.

Ebenfalls schwierige Probleme wirft die Frage der **Erforderlichkeit** staatlich induzierter Selbstverpflichtungen auf. Dem prima facie gegebenen Gewinn an grundrechtlicher Freiheit sind die Steuerungsunschärfen und die Wirkungsunsicherheit der Selbstverpflichtungen gegenüberzustellen.²⁵⁵ So sind die den imperativen Regelungen eigenen Vorteile der Rechtsklarheit und Rechtsbeständigkeit gegenüber den nicht imperativen Regelungen, über denen das Damoklesschwert staatlicher Intervention schwebt,²⁵⁶ herausgestellt worden.²⁵⁷ Es wäre aber verfehlt, deswegen den indikativen, auf Selbstregulierung setzenden, staatlichen Maßnahmen generell ihren freiheitsschonenderen Charakter abzusprechen. Letztlich ist Wirkungsunsicherheit und mangelnde Rechtsklarheit immer Bestandteil, sozusagen der Preis der Ausübung grundrechtlicher Freiheiten. Andernfalls müssten alle Freiheitsbereiche mit Präventivverboten gekoppelt mit Erlaubnisvorbehalten durchzogen werden. Nur der staatlich regulierte Bereich mit seiner relativ großen Wirkungssicherheit und Rechtsklarheit²⁵⁸ vermag die diesbezüglichen Nachteile auf Selbstregulierung setzender staatlicher Maßnahmen zu vermeiden, dies jedoch auf Kosten der Freiheit. Deswegen müssen die der Selbstregulierung immanenten Nachteile mangelnder Rechtsklarheit und die des Risikos staatlichen Eingreifens um den Preis der gewonnenen (zugegebenermaßen anstrengenden) Freiheitswillen »ertragen« werden. Die hierauf abzielenden Maßnahmen können **aus diesen Gründen** nicht als unverhältnismäßig qualifiziert werden.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass staatlich induzierte Selbstverpflichtungen **nicht per se** als verhältnismäßiger einzustufen sind als imperative Maßnahmen. Vielmehr ist zunächst hinsichtlich ihres Wirkungsbezugs zu differenzieren. Die Eignung von Selbstverpflichtungen ist in den wenigen Bereichen, in denen sich die staatlichen Schutzpflichten zu konkreten staatlichen Regelungspflichten verdichten, nicht gegeben. Außerhalb dieses engen Bereichs staatlicher Regelungspflichten wird mangels Zielerreichung und bisher in diesen Bereichen nicht vorliegender Erfahrungen im Vorfeld der Selbstverpflichtung die hinreichende Eignung nur über eine Prognose zu ermitteln sein. Gute Aussichten auf Einhaltung der Selbstverpflichtungen und damit Erreichung des umweltpolitischen Ziels bieten Selbstverpflichtungen, bei denen gewisse »faktische Wirksamkeitsvoraussetzungen« vorliegen, wie sie in der Literatur immer wieder beschrieben werden.²⁵⁹ Gewisse Eignungsunsicherheiten, die naturgemäß bei der Bewertung von Selbstverpflichtungen ex ante auftreten, sind zugunsten des Prinzips gesellschaftlicher Selbstregulierung und damit letztendlich zugunsten der Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten in Kauf zu nehmen. Unter Erforder-

²⁵⁵ Kloepfer, JZ 1991, 737 (743).

²⁵⁶ Grüter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, S. 83.

²⁵⁷ Brohm, DÖV 1992, 1025 (1033). Vgl. hierzu auch: Helberg, Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltrechts, S. 116.

²⁵⁸ Allerdings nicht in allen Bereichen, wie der Bereich des Steuerrechts es zeigt.

²⁵⁹ Vgl. z.B. Bohne, VerwArch 75 (1984), 343 (366), wonach nach folgende Mindestbedingungen erfüllt sein müssen:

»(1) Zweck der Absprache ist die Einhaltung eines für Staat und Wirtschaft ökologisch und ökonomisch akzeptablen Status quo oder

(2) es wird eine ohnehin laufende technische oder wirtschaftliche Entwicklung unterstützt und

(3) die Zahl der betroffenen Unternehmen ist überschaubar.«

Vgl. auch den Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1996, Tz. 168.

lichkeitsgesichtspunkten sind staatlich induzierte Selbstverpflichtungen gegenüber der sich verpflichtenden Wirtschaft als freiheitsschonender als imperative Maßnahmen einzustufen.

Ein anderes Problem stellt die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Falle der auch bei Selbstverpflichtungen bisweilen vorliegenden **Kumulation** mit ordnungsrechtlichen oder ökonomischen Instrumenten dar.²⁶⁰ Diese bisher noch wenig erforschte, schwierige Fragestellung der Instrumentenkumulation ist aber kein Spezifikum des Einsatzes von Selbstverpflichtungen bzw. gesellschaftlicher Selbstregulierung und soll daher hier nicht weiter vertieft werden.

7. Subsidiaritätsprinzip

Vor der Erörterung der Frage, ob sich aus dem Subsidiaritätsprinzip Vorgaben für die staatliche Induzierung von Selbstverpflichtungen ergeben, soll dieses zunächst von dem soeben behandelten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgegrenzt werden. Während das Verhältnismäßigkeitsprinzip mehr formaler Natur ist – lässt es sich doch auf jede mögliche Zweck-Mittel-Relation beziehen –, weist das Subsidiaritätsprinzip materialen Gehalt auf, da es selbst eine inhaltliche Grundentscheidung umschließt.²⁶¹

Soweit das Subsidiaritätsprinzip einen Funktionsvorrang der Gesellschaft vor staatlicher Aufgabenerfüllung begründet,²⁶² könnte man versucht sein, daraus eine staatliche Verpflichtung abzuleiten, vor einer imperativen Regelung zunächst Selbstverpflichtungen der Wirtschaft zu induzieren.²⁶³ Zum rechtlichen Stellenwert des Subsidiaritätsprinzips ist festzustellen, dass es sich um keinen, auch nicht um einen ungeschriebenen, Verfassungsgrundsatz handelt.²⁶⁴ Außerhalb von Art. 23 Abs. 1 GG (als binnengerichtete Strukturanforderung an die EU) und Art. 28 Abs. 2 GG (für die gemeindliche Selbstverwaltung) und vorhandener einfachrechtlicher Konkretisierungen ist es nicht mehr, aber auch nicht weniger als ein Argumentationsmuster bzw. eine Handlungsmaxime für den Gesetzgeber. *Schmidt-Aßmann* bezeichnet es für die staatliche Optionenwahl zwischen öffentlich-rechtlichem Vorgehen und privaten Lö-

²⁶⁰ Vgl. hierzu Kloepfer, in: König/Dose (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns, 1993, S. 357: »Das eigentliche Problem ist vor allem die Unabgestimmtheit bei der Instrumentenkumulation (...). Rechtlich ist dagegen wenig auszurichten, solange das Übermaßverbot nur auf Einzeleingriffe, nicht aber die Eingriffskumulation, die Eingriffsgesamtheit angewandt wird.« sowie ders., in: Baumeister (Hrsg.), Wege zum ökologischen Rechtsstaat, 1994, S. 42 (43).

²⁶¹ Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 92.

²⁶² Zu dieser Stoßrichtung des Subsidiaritätsprinzips vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, § 138 II a), Rn. 11.

²⁶³ Vgl. Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, S. 176: »Versteht man den Staat als subsidiären Aufgabenträger, so spricht dies gerade für eine Ermöglichung von Selbstverpflichtungen im Bereich des Umweltschutzes.«, sowie Kaiser, NJW 1971, 585 (588), wonach sich aus dem Subsidiaritätsprinzip das Postulat ergibt, dass der Staat mögliches und geeignetes Gruppenhandeln nicht substituiert.

²⁶⁴ So speziell für den Umweltschutz auch: Ossenbühl, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, S. 65 ff.

sungen als beachtliche Determinante.²⁶⁵ Da ihm als Prinzip nur Optimierungscharakter zukommt,²⁶⁶ kann es hinter anderen Prinzipien, erst recht, wenn diese in der Verfassung verankert sind, wie z.B. das Rechtsstaatsprinzip, zurücktreten. Daher kann aus dem Subsidiaritätsprinzip keine unbedingte Vorzugswürdigkeit selbstregulativer Elemente für den Staat gefolgert werden.²⁶⁷ Dieser kann genauso gut imperative Maßnahmen mit den diesen eigenen Wesenszügen der Rechtsklarheit und -sicherheit aufgrund des Rechtsstaatsprinzips einsetzen, sich im Widerstreit von Subsidiaritätsprinzip und Rechtsstaatsprinzip also für Letzteres entscheiden.

²⁶⁵ Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, S. 37.

²⁶⁶ Vgl.: Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 71 ff.

²⁶⁷ Rengeling, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, S. 137. Für den Bereich der Risikovorsorge vgl. insoweit Köck, *AöR* 121 (1996), 1 (20).

C. Kommentare

I. Prof. Dr. Jürgen Knebel, Europäische Wirtschaftshochschule Berlin/

Dr. Gerhard Michael, Rechtsanwalt Berlin

1. Bislang wurde einhellig davon ausgegangen, dass umweltbezogene Selbstverpflichtungen keine Vertragsqualität haben, da ein Rechtsbindungswille fehlt. Diese Frage muss neu gestellt werden. Die am 9. November 2000 beschlossene Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Wirtschaft zur Klimavorsorge enthält nunmehr folgende Textpassage: „Dabei haben sich die Beteiligten darauf verständigt, die bisherigen einseitigen Erklärungen auf eine gemeinsame Basis zu stellen und damit auch die beiderseitige Verbindlichkeit der Zusagen zu unterstreichen.“

Ob damit die Rechtsbindung im Sinne der Vertragsqualität und der Einklagbarkeit der Verpflichtungen gewollt ist, müsste neu diskutiert werden. Einerseits könnte man der Auffassung sein, dass lediglich die einseitige aber wechselbezügliche Zusagequalität auf eine höhere Stufe gestellt werden soll, ohne dass die vertragliche Rechtsbindung gewollt ist. Andererseits wird gerade in dem Text auf die „beiderseitige Verbindlichkeit der Zusagen“ abgestellt, was insbesondere die Ernstlichkeit der Bindung in besonderer Weise unterstreicht. Sollte hier entsprechend dem Wortlaut die Vertragsbindung gewollt sein, hätte dies ganz erhebliche Folgewirkungen für die verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Beurteilung dieser Vereinbarung. Wie in unserer Studie²⁶⁸ zum Ausdruck gebracht, bietet der verordnungsersetzende Umweltvertrag im Ergebnis gegenüber der Rechtsverordnung gegenwärtig keine greifbaren Vorteile, da er die gleichen verfahrensmäßigen Anforderungen zu erfüllen hat, ohne aber in Regelungsreichweite und Intensität sowie in der Durchsetzbarkeit an die Rechtsverordnung heranzureichen. Der Wettbewerb zwischen beiden Instrumenten wird in der Regel zu Gunsten der Verordnung ausfallen. Aus diesem Grund sollte künftig darauf geachtet werden, welche Formulierungen man im Hinblick auf die Verbindlichkeit der Vereinbarung wählt, um keine Unsicherheiten im Hinblick auf das geltende Rechtsregime aufkommen zu lassen.

2. Eine eminent rechtspraktisch wichtige Frage stellt das Problem dar, ob bei verordnungsvertretenden Absprachen die in der Rechtsverordnungsermächtigung vorgesehene Anhörung beteiligter Kreise notwendig ist. Da man bei der Reformalisierung informaler Prozesse bedächtig vorgehen sollte und auch nur dasjenige reformalisieren sollte, was zwingend verfassungsgefordert ist, haben wir in unserer Studie ausführlich begründet, weshalb trotz der sachangemessenen Funktion der Anhörungsrechte dies bei Selbstverpflichtungen unterbleiben kann. Es wurde aber darauf hingewiesen, dass ein hohes Informations- und Erkenntnisniveau zu einer optimalen Normsetzungsmethodik gehört, aber es letztlich im gestalterischen Ermessen der Verwaltung liegt, auf welche Weise sie ihren Informations- und Beratungsbedarf bei Selbstverpflichtungen stillt. Faber²⁶⁹ hat in diesem Zu-

²⁶⁸ Knebel/Wicke/Michael, *Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrument des Umweltschutzes*, Berlin, 1999.

²⁶⁹ Faber, Angela, *Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht - unter besonderer Berücksichtigung der Selbstverpflichtungen*, Köln, 2001.

sammenhang darauf hingewiesen, dass die Anhörung der beteiligten Kreise die Informationsbasis der Behörde vergrößern soll und deshalb auch diese Funktion bei normabwendenden bzw. normersetzenden Selbstverpflichtungen zum Tragen komme.²⁷⁰ Hier besteht noch Diskussionsbedarf, ob auch im informellen Bereich die beteiligten Kreise aus Verfassungsgründen angehört werden müssen.

3. Weitgehend Einigkeit besteht bei der Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat in den Fällen, in denen auch der Erlass der Verordnung nach Art. 80 Abs. 2 GG zustimmungsbedürftig wäre. Zwar haben wir in unserer Studie im Wesentlichen auf den Sinn der Beteiligung (Vollzug bei den Ländern) abgestellt, aber auch Faber geht offensichtlich davon aus,²⁷¹ dass insbesondere die staatliche Überprüfung im Hinblick auf die Einhaltung von Selbstverpflichtungen im gleichen Maße Grund ist, den Bundesrat zu beteiligen. Wo jedwede Länderaufgabe fehlt, dürfte auch die Beteiligung des Bundesrates seine Berechtigung verloren haben.
4. Nach wie vor problematisch bleibt die Verfahrenschancengleichheit und die Dritt-betroffenheit insbesondere vor dem Hintergrund der Rechtsschutzlücke in der gewerblichen Absatzkette. Hier gibt es für Dritte keine Ausweichmöglichkeit, da die Selbstverpflichtung sie faktisch unentrinnbar trifft. Es bleibt eine prozessuale Schutzlücke. Faber thematisiert dies,²⁷² bezweifelt aber, ob die Erheblichkeits-schwelle überschritten worden ist und geht von einer Einzelfallfrage aus. Dies kompensiert aber nicht das Rechtsschutzdefizit.

Hier ist insbesondere daran zu denken, ein Höchstmaß an Transparenz anzustreben und dies verfahrensrechtlich abzusichern, um auf diese Weise ein ähnlich wirksames Interessenclearing zu erreichen wie bei der einzelnen Normvollzugsentscheidung im Verwaltungsverfahren und deren gerichtlicher Kontrolle.²⁷³ Die Verletzung der Grundrechte Dritter muss mindestens verfahrensrechtlich kompen-siert werden. Wie das im Einzelnen zu geschehen habe, sollte diskutiert werden.

5. Fraglich ist ferner, ob Umweltvereinbarungen, verstanden als Oberbegriff für Selbstverpflichtungen und normersetzende Verträge, in einem Umweltgesetzbuch geregelt werden sollen. Dies wird von hier aus befürwortet mit dem maßgeblichen Argument, dass die ohne Regelung verbleibenden verfassungsrechtlichen Unsicherheiten beseitigt werden und die konstruktiven Schwächen dieses Instrument abgemildert und beseitigt werden sollten.

Die ordnende Kraft eines Umweltgesetzbuches wird auch die Umweltvereinbarun-gen umgreifen und die Selbstverpflichtungen und normersetzenden Verträge in Geltung und Wirkung auf eine noch tragfähigere Grundlage stellen. Dies kann und soll aber nur ein flexibler Ordnungsrahmen sein, der von den Akteuren in größtmöglicher Freiheit ausgefüllt werden sollte.

Der Leitmaxime des „schlanken Staates“ wird dadurch genauso Rechnung getra-gen wie dem Wunsch nach Deregulierung und gesellschaftlicher Selbstbeherr-schung.

Die wenigen Normen im UGB für Umweltvereinbarungen können Hunderte neuer Paragrafen, die sonst das Ordnungsrecht für den gleichen Regelungserfolg

²⁷⁰ Faber, a.a.O., S. 265.

²⁷¹ Faber, a.a.O., S. 262.

²⁷² Faber, a.a.O., S. 316 ff.

²⁷³ Knebel/Wicke/Michael, a.a.O. S. 141.

bräuchte, praktisch überflüssig machen. Das ist mit das stärkste Argument für die Einsetzbarkeit von Selbstverpflichtungen und normersetzenden Verträgen.²⁷⁴

6. Diskussionsbedürftig ist schließlich die verfassungsrechtliche Frage, ob und in welchem Maße nach Scheitern einer Selbstverpflichtung das Verhältnismäßigkeitsprinzip schnelles und eingreifendes ordnungsrechtliches Vorgehen gegenüber den Beteiligten und gegenüber Dritten eher erlaubt als ohne vorangegangene Selbstverpflichtung.

²⁷⁴ vgl. Knebel, Rechtrahmen für Umweltvereinbarungen in einem Umweltgesetzbuch, in: Bohne, Eberhard (Hrsg.), Perspektiven für ein Umweltgesetzbuch, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Duncker und Humblot, Berlin 2002, S. 255 ff.

II. Dr. Frank-Andreas Schendel, Bayer AG Leverkusen

1. Selbstverpflichtungen der Industrie sind ein wichtiges, zukunftsweisendes Instrument in der Umweltpolitik auf deutscher und europäischer Ebene.

Sie sind rechtlich unverbindliche Zusagen von Unternehmen oder Unternehmensverbänden gegenüber dem Staat, die die Erreichung bestimmter umweltpolitischer Ziele durch konkrete umweltverbessernde Maßnahmen zum Gegenstand haben. Sie gehören zu den sog. informalen Instrumenten des Umweltrechts.

Die Begriffe „Selbstverpflichtung“ und „Vereinbarung“ werden in der Praxis nicht streng voneinander unterschieden. Auf europäischer Ebene spricht man von Environmental Agreements. Die Bezeichnung "freiwillige Vereinbarung" bedeutet nicht etwa Beliebigkeit.

Selbstverpflichtungen sind Branchenabkommen der Verbände, die in der Regel das Ergebnis intensiver Verhandlungen mit staatlichen Stellen sind, förmlich übergeben und gemeinsam veröffentlicht werden. Diese Vorgehensweise beruht auf der Bereitschaft des Staates, den Erlass entsprechender Vorschriften dauerhaft oder zeitweise zurückzustellen. Die normantizierende bzw. norm-vermeidende Funktion dieses Steuerungsinstruments steht dabei im Vordergrund.

2. Bei der Beurteilung dieses faktischen Handelns des Staates bei seinem Mitwirkungsakt im Sinne des schlichten Verwaltungshandelns ist sein Vorgehen genauso wie ein rechtsformliches Vorgehen rechtsstaatlich und demokratiestaatlich zu bewerten, damit der Staat sich nicht durch die Formenwahl seinen verfassungsrechtlichen Bindungen entziehen kann.
3. Das Rechtsstaatsprinzip ist eine erste und umfassende Schranke des schlichten Verwaltungshandelns des Staates und stellt die Frage nach der Legitimation eines Grundrechtseingriffs staatlicher Mitwirkungsakte bei dem Partner der Selbstverpflichtung und ggf. bei Dritten. Geht man von einer Eingriffsqualität der staatlichen Akte aus, sind teilweiser und zeitweiser Verzicht auf den Grundrechtsschutz insoweit als eine Leistung der betroffenen Wirtschaftspartner anzusehen. Hinsichtlich der Grundrechte der an der Selbstverpflichtung Beteiligten wird die Annahme eines wirksamen Grundrechtsverzichtes, der staatliches Handeln und damit die Mitwirkung am Zustandekommen einer Selbstverpflichtung ermöglicht, vielfach mit dem Hinweis auf das Drohpotential des Staates und dem daraus folgenden Mangel an wirklicher Freiwilligkeit gelegnet. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Eingehung einer Selbstverpflichtung regelmäßig auf einer Abwägung ihrer Vor- und Nachteile im Vergleich zu einer möglichen alternativen staatlichen Regelung seitens der Wirtschaft beruht. Problematischer ist ggf. die stattfindende faktische Beeinträchtigung der Interessen unbeteigter Dritter durch Selbstverpflichtungen, die jedenfalls bei erheblicher Intensität einen faktischen Grundrechtseingriff (Art. 12, 14 GG) darstellen können. Es spricht jedoch vieles dafür, insoweit die bestehenden gesetzlichen Ermächtigungen zu ordnungsrechtlichen Verboten und Beschrän-

kungen (z.B. nach § 17 ChemG) als ausreichende Grundlagen auch für die staatliche Mitwirkung an Selbstverpflichtungen anzusehen.²⁷⁵

4. Geht man den Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes in seiner rechtsstaatlichen Dimension an, wonach Grundrechtseingriffe einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen, dann kann bei einer verordnungsvertretenden Absprache die gesetzliche Grundlage in der Verordnungsermächtigung gesehen werden. Es macht weder vom individualrechtlichen Gehalt des Grundrechts noch von der objektivrechtlichen Werteverteilung der Verfassung her betrachtet Sinn, strikt rechtlich Normiertes und dann mit Zwang Durchgesetztes als legitim anzusehen und andererseits freiwilligen Lösungen grundrechtlich die Anerkennung und Legitimation zu versagen. Geht die Selbstverpflichtung über die Ermächtigung hinaus, ist die vollständige fachgesetzliche Gesamtkonzeption darauf zu überprüfen, ob die Vorgehensweise des Staates legitimiert ist.
5. Der Vorbehalt des Gesetzes in seiner kompetenzrechtlichen Dimension gilt auch für das schlichte Verwaltungshandeln. Da das Grundgesetz lediglich die Verbandskompetenz zwischen Bund und Ländern für die Gesetzgebung und die Verwaltung regelt, bietet es sich an, entweder an die Art. 70 ff. GG oder Art. 83 ff. GG anzuknüpfen. Gute Gründe sprechen dabei für das Abstellen auf die Regelung zur Gesetzgebungskompetenz in Art. 70 GG. Bei den Selbstverpflichtungen, bei denen das Bundesumweltministerium beteiligt war, hatte der Bund die für den Regelungsbereich erforderliche Gesetzgebungskompetenz. Von daher gibt es an der Zuständigkeit des Bundes in diesen Fällen keinen Zweifel. Kommt man allerdings wie beim Gewässerschutz oder dem Naturschutz in den Bereich der Rahmengesetzgebungskompetenz, ist ein Zusammenwirken von Bund und Ländern mit seinen immanenten Problemen erforderlich. Die Länder sind dann von vornherein in den Dialog einzubeziehen.
6. Aufgrund der Zuständigkeitsverteilung zwischen Exekutive und Legislative im Sinne der Gewaltenteilung ist klar, dass echte Normverzichtsverträge unzulässig sind. Die Gestaltungsfreiheit der Regierung geht dahin, dass sie ihre Gesetzgebungsinitiative in den Verhandlungsprozess mit den Partnern der Wirtschaft einbringen kann. Das exekutive Vorgehen entfaltet jedoch keine Sperrwirkung zu Lasten anderer Verfassungsorgane. Probleme können sich allerdings aufgrund des Diskontinuitätsprinzips und bei einem Wechsel der politischen Mehrheitsverhältnisse ergeben.
7. Wenn verfassungsrechtliche Schutzpflichten im Grundrechtsbereich betroffen sind, muss sehr sorgfältig geprüft werden, inwieweit Aktivitäten zur Gefahrenabwehr des Staates erforderlich sind. Je stärker dieser Gesichtspunkt das Handeln dominiert und je weniger der Regelungsgegenstand dem Bereich der Vorsorge zuzuordnen ist, umso weniger empfiehlt sich ein Vorgehen mit Hilfe der Selbstverpflichtung. Grundrechtseingriffe aufgrund der staatlichen Mitwirkung bei den Selbstverpflichtungen werden durch den (zeitweisen) Verzicht auf den Grundrechtsschutz durch die Partner auf der Wirtschaftsseite gerechtfertigt.
8. Das Rechtsstaatsprinzip fordert mit dem Bestimmtheitsgrundsatz, dass die Selbstverpflichtungen mindestens die begriffliche Schärfe erreichen, um während und am Ende der Laufzeit feststellen zu können, ob die Verpflichtung ganz, teilweise oder gar nicht eingehalten wurde. Ggf. können hierzu Dritte hin-

²⁷⁵ vgl. Sachverständigenrat für Umweltfragen, SRU, 1998 Tz 305 f.

zugezogen werden, um mit ihrem Sachverstand die Faktenlage zu überprüfen. Die Möglichkeit einer solchen Feststellung ist der "Prüfstein" für die hinreichen-de Bestimmtheit des Selbstverpflichtungsinhalts.

9. Die Anforderungen an das Monitoring sind wichtige Kriterien für die Akzeptanz des Instruments der Selbstverpflichtung. Dabei geht es um eine klare Erfas-sung der Maßnahmen sowie eine methodengerechte Verarbeitung der relevan-ten Daten. Es müssen Zeitintervalle für die Prüfung des Fortschritts festgelegt werden. Diese Überprüfung kann entweder durch den Staat oder zweckmäßi-gerweise durch neutrale Dritte erfolgen. Oft empfiehlt es sich, begleitende Gremien (Beiräte o.ä.) einzusetzen, die mit ihrem Sachverstand die Kontrolle der Selbstverpflichtung begleiten. Eine Veröffentlichung der Kontrollergebnisse ist eine wichtige und empfehlenswerte Maßnahme.
10. Selbstverpflichtungen begegnen immer wieder einer Kritik unter dem Stichwort des Rechtsschutzverlustes. Inwieweit tatsächlich bei Selbstverpflichtungen eine Rechtsbeeinträchtigung oder sogar ein Rechtsverlust zu erwarten ist, ist offen-sichtlich noch wenig praktisch geworden. Es gilt der alte lateinische Satz: *Volenti non fit iniuria*. Die argumentative Brücke ist letztlich über die verfahrens-abgesicherte Transparenz zu finden, die dem verbleibenden Unbehagen an ei-ner richterlichen Kontrolllosigkeit entgegen gesetzt werden kann.
11. Probleme bereitet in der Diskussion gelegentlich die Frage, ob nicht eine Betei-ligung des Parlaments zu einem wichtigen zukunftsweisenden Vorgehen sinn-voll und vielleicht sogar geboten erscheint. Hierüber muss m. E. weiter nachgedacht werden. Insbesondere wenn es um gesetzesvertretende Absprachen geht oder in Bereichen, in denen das Parlament auch bei Verordnungen eine Mitwirkungsmöglichkeit besitzt (vgl. VerpackungsV), sollte in der weiteren rechtswissenschaftlichen Diskussion dieser Komplex vertieft angegangen wer-den. Die Legitimation von wichtigen Selbstverpflichtungen könnte dadurch erhöht werden. Ähnliches gilt für die Frage einer Beteiligung des Bundesrates.
12. Selbstverpflichtungen haben vielerlei Vorzüge gegenüber anderen umweltpoli-tischen Instrumenten. Die Aufgabe der Juristen bei der rechtlichen Würdigung und Ausgestaltung dieser Vorgehensweise besteht darin, konstruktiv soweit wie mög-lich zu einem positiven Ergebnis zu verhelfen. Bloße „Bedenkenträger“ sind dabei oft nicht hilfreich. Aufzuzeigen, wie etwas – rechtlich zulässig – gestaltet werden kann, ist eine verdienstvolle Aufgabe, die auch dann bei den anderen beteiligten „Fakultäten“ hohe Anerkennung finden kann. Durch die europäische Dimension - auch im Recht - sind Konzepte und ihre Ausgestaltung durch Selbstverpflichtungen nicht einfacher geworden.

III. Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute, Universität Hamburg

Frau Faber hat in ihrem Referat mit großer Klarheit den Stand der Diskussion über die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für Selbstverpflichtungen herausgearbeitet. Gegenüber den frühen Phasen der Beschäftigung mit diesem Thema ist zu Recht herausgehoben worden, dass Selbstverpflichtungen ein legitimes umweltpolitisches Instrument sind, dass sie zuallererst einmal Ausübung grundrechtlicher Freiheit sind und der Staat erst über den Mitwirkungsakt ins Spiel kommt, der – die empirischen Befunde der Studie von Knebel u.a.²⁷⁶ zeigen dies – keineswegs immer und auch nicht notwendig als drohender und damit nur Selbstregulierung er wirkender Staat auftritt. Mit den gerade zum Schluss des Referates noch einmal hervorgehobenen Freiheitsaspekten der Selbstregulierung durch Selbstverpflichtungen hat Frau Faber diese ausschließlich staatszentrierte Perspektive deutlich relativiert. Freilich, wo staatliches Handeln in Rede steht, wird dies auch mit einer für diese Mischungen aus Selbstregulierung und ihrer Erwirkung oder Flankierung ausformulierten Rahmensetzung verfassungsrechtlich eingehetzt werden müssen. Informalität, Flexibilität, Dezentralität sind noch nicht Werte an sich, die die Selbstverpflichtungen schon aus dem rechtlichen, zumal verfassungsrechtlichen Rahmen herausheben. Frau Faber hat zu Recht der Versuchung widerstanden, forciert den rechtlichen Rahmen der staatlichen Normsetzung auf die Selbstverpflichtungen in toto zu erstrecken, ohne dies freilich mit dem Argument zu begründen, die Natur der Selbstverpflichtungen vertrügen als unverbindliche Agreements solche rechtlichen Ein hegungen nicht. Sie hat – wie ich finde überzeugend – aus der Analyse der Voraussetzungen und Wirkungen staatlichen und gesellschaftlichen Handelns heraus die nötigen verfassungsrechtlichen Anforderungen umschrieben. Ich kann mich dem in wesentlichen Teilen anschließen und will daher im Folgenden nicht im Einzelnen all die Punkte aufzählen, in denen ich zustimme, sondern nur einige wenige nuancierende Bemerkungen anfügen.

Die Antwort auf die Frage nach den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen von Selbstverpflichtungen muss die Veränderungen der grundlegenden Rahmenbedingungen durch kooperatives Handeln und Verantwortungsteilungen²⁷⁷ einbeziehen. Frau Faber hat hier zu Recht auf das Stichwort der Gewährleistungsverantwortung des Staates hingewiesen und aus dieser Perspektive heraus die verfassungsrechtlichen Anforderungen zu bestimmen gesucht. Damit wird die Gefahr vermieden, die rechtlichen Dogmen allzu sehr von dem Modell des hoheitlich handelnden Staates her zu formulieren und damit eine Trennungsperspektive zwischen staatlichem Mitwirkungsakt und selbstregulativer Selbstverpflichtung zu legen. Die Herausforderung liegt darin, dass der gewährleistende Rahmen und das selbstregulative Verhalten funktional aufeinander bezogen sind und damit die klassischen Institute der Staatlichkeit für dieses Zusammenspiel zwischen staatlichem und privatem Handeln adaptiert werden müssen. Um diesen Zusammenhang zu kennzeichnen, spreche ich daher von einer Regelungsstruktur. Mit diesem Begriff sollen alle für die Regulierung eines bestimmten Politikfeldes und einer Aufgabe wichtigen Regelungsinstanzen und

²⁷⁶ J. Knebel/L. Wicke/G. Michael/K. Zickert/G. Braesecke, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes. UBA- Berichte 5/99, S. 373 ff.

²⁷⁷ Dazu Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 1999, S. 13 ff.

die Verknüpfung der Regelungsinstrumente bezeichnet werden.²⁷⁸ Dies erlaubt, die Zuordnung der Handlungsbeiträge genauer zu fassen und eine Perspektive zu vermeiden, die durch die Trennung eines Gesamtverhältnisses, wie es Knebel u.a. formuliert haben, zu unangemessenen Ergebnissen kommt, die entweder das selbstregulative Verhalten etatisieren oder aber staatliche Handlungsmacht gleichsam vergesellschaften.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass sich Selbstverpflichtungen kaum in ein einheitliches verfassungsrechtliches Raster pressen lassen. Für die verfassungsrechtlichen Anforderungen grundlegend scheint mir die Intensität des Zusammenspiels von staatlichen und privaten Akteuren zu sein. Es gibt also unterschiedlich enge oder lose Formen der Kopplung von staatlichen und privaten Handlungsbeiträgen. Das zeigen die empirischen Auswertungen in der Studie von Knebel u.a.. An dem einen (dem – wenn man so will - gesellschaftlichen) Pol stehen freiwillige Selbstverpflichtungen, deren Motiv möglicherweise auch die Vermeidung imperativer Regulierung ist, die aber ohne staatlichen Druck zustande kommen. Hier spielt die Good Will Motivation offenbar ebenso eine Rolle wie die Aussicht, Marktvorteile zu erlangen, sich gegenüber dem Nachfrager als ökologisch bewusst zu präsentieren.²⁷⁹ Selbst wenn hier eine „staatliche Inspiration“ hinzukommen sollte, wäre das Moment der Freiwilligkeit doch so stark, dass dieser Fall von der Ausübung gesellschaftlicher Freiheit her gedacht werden sollte. Hier kann und muss ggf. die staatliche Seite im Hinblick auf eine angekündigte oder auch nur praktizierte Untätigkeit prüfen, ob der staatlichen Gewährleistungsverantwortung, wie sie jedenfalls aus Art. 20 a GG folgt, hinreichend Rechnung getragen worden ist, oder aber die Schutzpflichten hinreichend beachtet worden sind. Selbstredend können sich aus der Perspektive privater Selbstverpflichtung auch kartellrechtliche Grenzen ergeben, aber damit hat es auch sein Bewenden, soweit das Zusammenspiel thematisiert werden soll.

Der Gegenpol wird bestimmt durch Konstellationen, die sich als Formen enger Kopplung bezeichnen lassen. Dies zeigt sich vor allem dort, wo Selbstverpflichtungsabkommen erwirkt oder flankiert werden durch ein ordnungsrechtliches Instrumentarium. Damit werden Mischsysteme von Ordnungsrecht, Kooperation und Selbstregulierung erzeugt, die erhebliche Probleme dogmatischer Durchformung aufweisen, weil sie die klaren Zurechnungen der Wirkungen auf staatliche oder private Akteure unterlaufen. Das ist am Beispiel der VerpackungsV ausführlich erörtert worden. Die Primärebene des Ordnungsrechts erwirkt über individuelle Rücknahme-, Verwertungs- und Pfanderhebungspflichten der Hersteller und Vertreiber von Verpackungen, sowie über die Freistellungsmöglichkeiten bei Beitritt zu einem Rücknahmesystem bestimmte institutionelle Arrangements, die ihrerseits wieder Folgen für den Wettbewerb und Verbraucher haben.²⁸⁰ Die Errichtung und der Betrieb eines privaten Entsorgungssystems wird flankiert durch ordnungsrechtliche Elemente, die Anforderungen an die Erfassung, Sortierung und Verwertung festlegen. Ergänzend dazu setzt die VerpackungsV auf der sekundären Ebene auf ökonomische Mechanismen zur effizienten Bewältigung der Probleme. Ökonomische Anreize ergeben sich aus der Finanzierungsfunktion des Grünen Punktes, mit der eine differenzierungsfähige Kostenverantwortung des Lizenznehmers entsteht. Ergänzt wird diese regulierte Selbstregulierung durch das Auffanginstrumentarium des Widerrufs der Freistellung von den Rücknahmepflichten bei Verfehlung der Ziele, die die Primärpflichten wieder

²⁷⁸ Schuppert, Verwaltungswissenschaften, 2000, S. 413; Trute, Verantwortungsteilung (Fn. 2), S. 22 f.

²⁷⁹ Knebel u. a. (Fn. 1), S. 61, 375 f.

²⁸⁰ Hierzu Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, S. 74 m.w.N.

aufleben lässt. Zu Recht spricht der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen (SRU) davon, dass die Selbstverpflichtung ungeachtet ihres hohen Maßes an Freiwilligkeit in diesen Fällen ein integraler Bestandteil des ordnungsrechtlichen Systems sei.²⁸¹ Nichts anderes gilt in den Fällen der AltautoV²⁸² oder der BatterieV. Die Einbindung ist dort teilweise noch intensiver. So führt der Verordnungsgeber in der amtlichen Begründung zur AltautoV aus: „Die Verordnung tritt an die Stelle einer umfassenden rechtlichen Regelung und ergänzt die getroffene kooperative Lösung um einen ordnungsrechtlichen Rahmen, damit die Selbstverpflichtung zum Tragen kommt.“ In diesen Fällen ist es dann jedenfalls unabweisbar, die Anforderungen aus rechtsstaatlichen und demokratischen Schichten des Verfassungsrechts zu applizieren, die Frau Faber hier entwickelt und vorgestellt hat.

Dazwischen liegen dann die Fälle, in denen durch mehr oder weniger intensive Verhandlungen zwischen Staat und Selbstverpflichtenden, durch Überzeugung oder Druck eine solche Selbstverpflichtung zustande kommt. Hier bedarf es jeweils einer genaueren Analyse, ob und welche verfassungsrechtlichen Anforderungen hier angemessen sind.

Insoweit scheint es mir sinnvoll, bei der Behandlung von Selbstverpflichtungen das weite Spektrum zu erhalten, damit nicht vorschnell eine Verengung auf einen bestimmten Referenztypus erfolgt und dann – nach dem Vorbild der Handlungsformenlehre – bestimmte dogmatische Folgerungen für alle Selbstverpflichtungen appliziert werden, die dem Gesamtspektrum wenig angemessen sind. Frau Faber hat sich – legitimerweise – auf die Analyse der staatlich induzierten Selbstverpflichtungen beschränkt. Aber man muss sehen, dass der Begriff der Induzierung mehr verdeckt als entschlüsselt und nicht schon die Bestimmung der staatlichen Position in dem Kooperationsspektrum von Staat und Gesellschaft gleichsam mitliefert. Auch scheint mir der Begriff der verordnungsvertretenden (oder auch gesetzesvertretenden) Selbstverpflichtungen von diesen Missverständnissen nicht frei, weil er von vornherein den Anschein erzeugt, hier werde an sich staatliches Handeln mit einem sehr spezifischen Programm vertreten. Das kann sein, legt aber, verallgemeinert man dies durch die Begriffswahl, auf die Breite des Kooperationsspektrums gesehen, den Akzent zu sehr auf die staatliche Seite. Von daher sind manche der Anforderungen, die Frau Faber entwickelt hat, im Hinblick auf das weitere Spektrum durchaus zu differenzieren, ohne das ich das hier im Einzelnen weiterverfolgen will. Darüber hinaus schiene es mir sinnvoll zu sein, einmal das gesamte Spektrum von Verhandlungslösungen in den Blick zu nehmen, also eine gewisse Blickverengung auf den Umweltbereich aufzugeben. Denn natürlich spielen Verhandlungslösungen in vielen Teilen der Rechtsordnungen eine (zunehmende) Rolle. Dadurch mag man dann zu weiteren verallgemeinerungsfähigen Aussagen gelangen.

Thematisiert man Selbstverpflichtungen als Teil einer Regelungsstruktur, können sich rechtsstaatliche und aus dem Demokratieprinzip abgeleitete Anforderungen ergeben, je nach Intensität der Verkopplung. Als allgemeiner Rahmen bleibt jedenfalls die staatliche Gewährleistungsverantwortung erhalten, die ihren Grund in Art. 20 a GG ebenso wie in den grundrechtlichen Schutzpflichten findet. Im Hinblick darauf hat der Staat, sei es als Gesetzgeber, sei es als Exekutive, stets zu prüfen, ob und durch welche Instrumente verfassungsrechtliche Schutzaufträge erfüllt werden können. Auch mögen sich eigenständige Kontroll-, Evaluations- und Monitoringpflichten er-

²⁸¹ SRU, Umweltgutachten 1998, Tz. 272.

²⁸² Dazu Schrader, Produktverantwortung, Ordnungsrecht und Selbstverpflichtungen am Beispiel der Altautoentsorgung, NVwZ 1997, 943 ff.

geben. Ich stimme Frau Faber ausdrücklich zu, dass der Staat hier einen weiten Rahmen der Nutzung und Anerkennung von Selbstverpflichtungen hat. Ebenso stimme ich im Ausgangspunkt zu, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen zunächst einmal sich auf den staatlichen Teil beziehen, nicht die Selbstverpflichtung als solche erfassen, die Frau Faber zu Recht im Ansatz als Ausübung grundrechtlicher Freiheit gedeutet hat. Der staatliche Teil ist für einige Fälle der engen Kopplung freilich als Mitwirkungsakt vielleicht etwas zu blass umschrieben. Denn es ist ja – sichtbar an den Fällen der VerpackungsV, der AltautoV und ähnlichen Konstellationen – deutlich, dass hier eine die Selbstverpflichtung einbettender Rahmen aus ordnungsrechtlichen Instrumenten geschaffen wird. Die Konzentration auf den Induzierungsakt erweckt leicht den Eindruck, der Staat erzwinge die Selbstregulierung. Offenbar kann der Ordnungsrahmen auch der erwünschten Absicherung der Selbstregulierung dienen, wie an dem Fall der AltautoV deutlich wird. Unabhängig davon unterliegt der Ordnungsrahmen jedenfalls und selbstverständlich den üblichen verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die weitere Frage ist freilich, ob es darüber hinaus oder in den Fällen, in denen ein einbettender Ordnungsrahmen nicht vorliegt, sondern nur ein Induzierungsakt oder eine staatliche Erklärung, einstweilen keine weiteren ordnungsrechtlichen Initiativen zu ergreifen, weitere verfassungsrechtliche Anforderungen formuliert werden müssen. Dies wird mit Nuancen zu Recht bejaht.

Dies gilt etwa für die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung. Auch hier kann ich Frau Faber im Grundsatz zustimmen. Anders als sie vermag ich aber nicht zu erkennen, warum die Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung gesperrt sein sollten, wenn der Bund zu erkennen gibt, im Hinblick auf eine Selbstverpflichtung einstweilen kein Gesetz erlassen zu wollen. Dem steht m. E. eindeutig der Wortlaut des Art. 72 Abs. 1 GG entgegen (soweit der Bund nicht von seiner Gesetzgebungszeitändigkeit *durch Gesetz Gebrauch gemacht hat*). Diese Annahme scheint mir zumal angesichts der Veränderung des Art. 72 Abs. 1 GG sowie den Anforderungen an die Sperrwirkung von Gesetzen nicht recht überzeugend, dürfte aber insgesamt ohnehin von eher geringerer praktischer Bedeutung sein.

Schwieriger sind die Fragen der Beteiligung an der staatlichen Mitwirkung zu lösen. Die Grundsatzfrage nach einer Anwendung der für das Verordnungsverfahren geltenden Normen auch für die Mitwirkung an der Selbstverpflichtung ist im Lichte der obigen Überlegungen ohnehin differenzierungsbedürftig. So leuchtet etwa für die Fallgruppe loser Kopplung nicht ein, vom Staat für sein Untätigwerden oder die Prüfung der Gewährleistungsverantwortung ein spezifisches Verfahren zu verlangen, wenn er der Auffassung ist, gesellschaftliche Selbstregulierung erreiche die Ziele, die er sich mit einem ordnungsrechtlichen Instrumentarium gesetzt hat. Weder die Gewährleistungsverantwortung noch die grundrechtlichen Schutzpflichten verlangen ein solches Verfahren. Ebenso wenig dürfte in der Regel die einfach-rechtliche Lage ein solches verlangen. Dieses ist auf Erlass einer Rechtsverordnung und nur darauf zugeschnitten.

Anders mag dies in den Fällen sein, in denen eine Selbstverpflichtung zu wesentlichen Teilen durch den Staat induziert oder auch integraler Teil eines Regelungskonzepts ist, also ein Fall der engen Kopplung vorliegt. Allerdings scheint mir dies wiederum hinsichtlich der Beteiligten differenzierungsbedürftig zu sein. So scheint es mir leichter möglich zu sein, die Beteiligungskompetenzen von Bundestag und Bundesrat unter dem Gesichtspunkt eines Umgehungsverbotes zu rechtfertigen, wenn und soweit die Selbstverpflichtung integraler Teil des Regulierungskonzepts ist. Ob in diesen wie anderen Fällen die beteiligten Kreise zu hören sind, wie Frau Faber annimmt, scheint mit damit aber noch nicht ausgemacht. Ich bin allerdings der Auffas-

sung, dass sich aus dem Demokratieprinzip in diesen Fällen Vorwirkungen ergeben können, die sich typisierend als Gebote sachgerechter Aufgabenwahrnehmung, gleichmäßiger Interessenberücksichtigung und hinreichender institutioneller Neutralitätssicherung ausweisen lassen.²⁸³ Der Grund liegt darin, dass die gesellschaftliche Normsetzung zum integralen Teil eines Regulierungskonzepts wird. Aber diese abstrakten Gebote werden sich selten in der Weise verdichten lassen, dass daraus verfassungsrechtlich zwingend die Anhörung der Beteiligten Kreise folgen würde. Vielmehr lassen sich diese Anforderungen institutionell auch anders sichern. So kann dem Gebot gleichmäßiger Interessenberücksichtigung eben auch dadurch Rechnung getragen werden, dass die betroffenen Interessen in den Prozess der Aushandlung einbezogen werden. Ebenso kann Sachverständigkeit im Prozess der Aushandlung aber auch nachträglich gesichert werden. Von daher sehe ich diese These als durchaus differenzierungsbedürftig an. Auch wenn wir im Ergebnis einig sind, dass zusätzliche Anforderungen nötig sein können, werden die betroffenen Interessen nach meiner Lösung wohl flexibler, weil auch durch gesellschaftliche Selbstregulierung oder andere Formen einlösbar, gesichert.

Den Thesen zu Gesetzesvorrang und -vorbehalt ist – wiederum unter dem Vorbehalt der nötigen Differenzierung nach der Intensität der Kopplung – durchaus zuzustimmen. Auch hier gilt wiederum, dass die Fälle der engen Kopplung das rechtsstaatliche und demokratische Potential an Grundlagen auslösen müssen. Gleches gilt für die Fälle der losen Kopplung selbstverständlich nicht.

Es leuchtet im Übrigen ein, dass legitimationsbedürftig im Sinne des grundgesetzlichen Demokratieprinzips bei staatlich induzierten Selbstverpflichtungen allein der staatliche Induzierungsakt (oder der einbettende rechtliche Rahmen) ist. Nur dieser ist Ausübung von Staatsgewalt, wie immer weit oder eng man diese fassen möchte. Aber das ist ja nur ein Teil der Problematik, wie denn auch der Hinweis auf die de facto fehlende Ereignisbeherrschung bei Frau Faber zeigt. Denn es kann ja nicht übersehen werden, dass in den Fällen, in denen die Selbstverpflichtung integraler Teil eines Regelungskonzepts ist, diese Einfluss auf das Regelungskonzept nimmt, obwohl sie nicht legitimiert ist. In diesen Fällen lassen sich dann dem Demokratieprinzip im Sinne der Vorwirkungen die oben genannten Anforderungen entnehmen. Der Staat muss dann durch geeignete Vorkehrungen die Gemeinwohlfähigkeit sicherstellen. Das ist im übrigen nicht nur eine Frage sachlich inhaltlicher Legitimation, sondern selbstverständlich auch prozeduraler Legitimation, etwa hinreichender Neutralitätssicherungen, was sich etwa bei Beteiligungsrechten oder aber auch im Hinblick auf Monitoring- und Kontrollarrangements auswirken kann. Die Aussage, der Verordnungsgeber habe sie durch Nachvollzug in seinen Gestaltungswillen aufzunehmen, ist mir institutionell etwas unterbestimmt. Die Tatsache, dass der Verordnungsgeber (einstweilen) keine Verordnung erlässt, mag ebenso wie die ausdrückliche Erklärung, dies nicht tun zu wollen, als eine solche Aufnahme gedeutet werden. Gemeinwohlkompatibilität ergibt sich angesichts der prozeduralen Defizite damit aber noch nicht zwingend.

Im Übrigen ist Frau Faber hinsichtlich zusätzlicher Anforderungen durchaus zuzustimmen. Auch mir scheint es sinnvoll zu sein, dass hier ein Verfahrenskodex geschaffen wird, der weitergehend als § 35 UGB-KomE durchaus auch Verfahrensanforderungen enthält. Erwägenswert schiene mir, ob dieser nicht, bevor man zu einer

²⁸³ Vgl. dazu Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 206 ff.; Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 93 f., 231 ff., 249.

Gesetzgebung schreitet, zunächst ausgehandelt werden könnte als ein code of conduct, der die Akzeptanz von Selbstverpflichtungen erhöht und bestimmte Defizite auf eher experimenteller Basis abbaut.

Nach wie vor skeptisch bin ich gegenüber einer zu weit getriebenen Eingriffsdogmatik. Im Ausgangspunkt – und das hat Frau Faber deutlich hervorgehoben – wird man vielmehr zu berücksichtigen haben, dass sich die Eröffnung der Teilhabe an der Erfüllung staatlicher Aufgaben *funktional* durchaus als Eröffnung von zusätzlichen Handlungsoptionen, als Schaffung von Rahmenbedingungen für Märkte mit Absatzchancen und als weniger belastende Alternative gegenüber imperativen Regelungen darstellen kann.²⁸⁴ Es handelt sich ja nicht umsonst um eine Strategie, die den Beteiligten oftmals viel angenehmer ist und erheblich mehr an Gestaltungsmöglichkeiten verspricht, als eine imperative Regelung. Die Eröffnung zusätzlicher Handlungsoptionen ist zunächst einmal nicht als eine Freiheitseinbuße zu deuten.

Soweit es nun die Selbstverpflichteten betrifft, wird nicht selten unter Rückgriff auf die mittelbar faktischen Wirkungen des staatlichen Mitwirkungsaktes, des Drohpotentials des Staates von seiner Ermächtigung auch Gebrauch zu machen, über das Kriterium der Finalität die eingriffsgleiche Wirkung bejaht. Wenig Probleme bestehen dort, wo das ordnungsrechtliche Instrumentarium etwa den Beitritt zu einem kollektiven System verbindlich regelt oder doch zumindest voraussehbar über die Marktmechanismen erzwingt. Dass in diesen Fällen schon nach der klassischen Eingriffsdogmatik in aller Regel ein Grundrechtseingriff zu bejahen sein wird, liegt auf der Hand. Nach wie vor aber habe ich Zweifel, ob Selbstverpflichtungsabkommen in dem von der Literatur oftmals vertretenen Umfang durch staatliches Machtpotential erzwungen sind, der einen Grundrechtsverzicht als unfreiwillig erscheinen lässt. Machtvolle Akteure mit dem Interesse an Regulierungsvermeidung und Selbstregulierung nach Maßgabe eigener Kriterien lassen sich nicht ohne weiteres als Subjizierter eines staatlichen Drohpotentials verstehen.²⁸⁵ Zu Recht spricht der Sachverständigenrat für Umweltfragen davon, dass die Denkvorstellung bloß formaler Freiwilligkeit dem Modell der Kooperation zwischen Staat und Wirtschaft widerspreche.²⁸⁶ Ohne die Berücksichtigung vielfältiger „Einflussknicke“ scheinen mir sinnvolle Ergebnisse nicht möglich. Wenn etwa Branchenverbände eine Selbstverpflichtung eingehen, ohne normativ die Befolgung der Pflichten gegenüber den Mitgliedsunternehmen auch sicherstellen zu können, bleiben diesen erhebliche Handlungsoptionen, die sie kaum als Zwangsverpflichtete staatlichen Druckes erscheinen lassen und dies ungetacht der Situation des Verbandes. Hinzuzufügen ist, dass sich Mitgliedsunternehmen durchaus ökonomisch rational verhalten, etwa wenn kleinere Unternehmen hohe Vermeidungskosten nicht übernehmen können. Es überzeugt mich nicht, wenn einerseits die free-rider Problematik immer wieder aufgeworfen wird und als eine häufig anzutreffende Schwäche der Selbstverpflichtungen angesehen wird, auf der anderen Seite aber die free-rider als Unterworfenen staatlichen, durch die Branchen-

²⁸⁴ So kann die Eröffnung privater Verpackungsentsorgung durch das Duale System sich schwerlich als Grundrechtseingriff für die Entsorgungsunternehmen unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses von der Gesamtkoordination der Entsorgung durch die DSD-AG darstellen, da die Möglichkeit überhaupt erst durch die VerpackungsVO geschaffen wird. Zu Recht in diesem Sinne Finckh, Selbstregulierung (Fn. 5), S. 231.

²⁸⁵ Dem zustimmend SRU, Umweltgutachten 1998 Tz. 305.

²⁸⁶ SRU, Umweltgutachten 1998 Tz. 305. Letztlich wird man hier erneut eine Analyse einzelner Handlungskonstellationen, vor allem aber auch eine einzelgrundrechtliche, schutzzweckbezogene Analyse vornehmen müssen (dazu M. Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 92 ff), die auch die unterschiedlichen Rollen des Indienstgenommenen, des durch staatliche Anreize oder Zwangsmittel zur Selbstregulierung veranlassten, des privaten Mittlers und des von Externalitäten betroffenen Dritten hinreichend differenziert.

verbände vermittelten Druckes erscheinen, denen keine Handlungsoptionen bleiben. Dann aber wird auch der staatlich vermittelte Zwang gegenüber Zulieferunternehmen fraglich, wenn diese etwa ihre Produktion verändern müssen. In ihrer Perspektive wird sich das Verhalten der Abnehmerunternehmen nicht anders darstellen, als in anderen Fällen auch, in denen Unternehmen ihre Produktion umstellen. Hier scheint mir das Kartellrecht im Übrigen im Falle der Erforderlichkeit ausreichende Sicherungen zu vermitteln. Das Beispiel zeigt auch, dass das Kriterium der Finalität unzureichend ist, weil es zu unbestimmbarer Weite tendiert. Es mag zwar einfach handhabbar sein, suggeriert jedoch eine staatliche Ereignisbeherrschung durch Zwecksetzung, die mir fragwürdig erscheint. Nimmt man hinzu, dass die Marktsituation ebenso wie das Verhalten der Nachfrageseite, etwa das ökologische Bewusstsein, aber auch die Reaktion der Öffentlichkeit wichtige Elemente für den Erfolg von Selbstverpflichtungen sind, wird die Idee der Ereignisbeherrschung durch Zwecksetzung in diesen komplexen Wirkungszusammenhängen doch eher zweifelhaft. Mag die Finalitätsformel eine gewisse Pragmatik und Handhabbarkeit für sich haben, sie verdeckt die eigentlich nötigen Wertungsschwellen und ersetzt Wirkungsanalysen durch Behauptungen. Auch scheint mir zweifelhaft, allgemeine, normativ veranlasste Veränderungen der Wettbewerbs- und Marktsituation, wie sie etwa in vielfältiger Weise mit dem Dualen System verbunden sind, ohne weiteres dem Staat als Eingriff zuzurechnen.²⁸⁷ Manches verliert sich hier, ungeachtet der Finalität, im Rauschen des Marktes, das individuelle Zurechnungen dieser Art nicht erlaubt. Freilich, auch hier besteht wohl weniger im Ergebnis als in der Begründung eine Differenz, da auch Frau Faber die Freiwilligkeit des Grundrechtsverzichts sehr deutlich betont.

Das führt mich schon zu meiner letzten Bemerkung: Es scheint mir – auch unter Einbeziehung der vorhergehenden Kommentare – doch ein erhebliches Maß an Übereinstimmung über den normativen Rahmen zu bestehen. Das hindert zweifellos Nuancen in Details nicht. Damit zeigt sich auch eine weitgehende Akzeptanz der Selbstverpflichtungen, die ihrerseits natürlich der Fortentwicklung auch im Lichte der hier diskutierten Anforderungen bedürfen. Recht kann sie – entgegen der zu einfachen Differenz von Formalität und Informalität – durchaus stabilisieren und weiterentwickeln helfen. Darin scheint mir denn auch die künftige Aufgabe zu liegen: Konstruktive Fortentwicklung, nicht aber die Aktualisierung grundlegender verfassungsrechtlicher Bedenken. Das finde ich nicht zuletzt ein wichtiges Ergebnis des Vortrages von Frau Faber.

²⁸⁷ Dazu ausführlich Finckh, Selbstregulierung (Fn. 5), S. 197 ff., 230.