

Zur behördlichen Duldung im Strafrecht

Grenzen informellen Verwaltungshandelns

Von

Michael Malitz



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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