

Die unsichtbare „Cupola“: Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung*

I. Die Krise der juristischen Kausalität

Nicht Brunelleschis architektonisches Meisterwerk, die Kuppel des Florenzer Doms, erscheint vor meinen Augen, wenn ich von der „Cupola“ spreche. Vielmehr sehe ich eine häßliche, dunkle Architektur, die brutale Cupola des organisierten Verbrechens, die geheime hierarchische Spitze der Mafia, welche das soziale Leben Italiens überschattet. Gibt es die Cupola oder gibt es sie nicht? Diese Frage hat die italienische Justiz in einem bitteren Streit entzweit. Während die erstinstanzlichen Gerichte zahlreiche Mafiosi allein deswegen zu langen Gefängnisstrafen verurteilt haben, weil sie der Cupola, die über „tutti i grandi delitti“ entscheidet, als Mitglieder angehörten, hat das Gericht der höheren Instanz über Jahre hinweg die schiere Existenz dieser Cupola verneint und die „Paten“ des organisierten Verbrechens wieder auf freien Fuß gesetzt. Ist die Cupola ein Phantom, ein Phantasieprodukt paranoider Richter? Oder ist sie eine harte soziale Realität, die Juristen zur Kenntnis zu nehmen haben, wenn sie organisiertes Verbrechen und Makrokriminalität überhaupt verstehen wollen?

Natürlich ist sie für das Recht weder das eine noch das andere, weder blasse Fiktion noch harte Realität. Die Cupola ist eine Konstruktion der Rechtsarchitektur, die ihre Existenz dem einen Zwecke verdankt, Individuen schon dann strafrechtlich zur Verantwortung ziehen zu können, wenn nur ihre Mitgliedschaft in dieser Quasi-Organisation juristisch bewiesen werden kann. Wer Mitglied der Cupola ist, wird zum Mittäter des mafiosen Delikts, ohne daß eine konkrete Tatbeteiligung

* Für wertvolle Mitarbeit und Kritik danke ich Martin Hohlweck, EUI Florenz.

nachgewiesen werden muß. In der Tat, die Cupola ist eine gewagte Konstruktion. Wie aber könnte man sonst der „Makro-Kriminalität“ beikommen? Die Rechtskonstruktion der Cupola hilft in der Krise der Kausalzurechnung. Sie befreit von den fast unüberwindlichen Schwierigkeiten des individuellen Kausalnachweises und ersetzt kausale durch kollektive Zurechnung. Unter dem Dach der Cupola verwandelt sich Individualhaftung in Kollektivhaftung¹.

Heute zeichnen sich die Konturen einer ähnlichen Cupola auch im Umwelthaftungsrecht ab. Das Bemühen der dortigen Rechtskonstrukteure, die Architektur der Umwelthaftung auf einer stabilen Struktur kausaler Verstrebnungen zwischen individuellen Handlungen und ökologischen Schäden zu errichten, wurde durch die Komplexität und Intransparenz der kausalen Wirkungszusammenhänge in den drei ökologischen Medien – Luft, Wasser, Boden – zutiefst frustriert. Zusehends schwindet das Vertrauen der Umweltjuristen in die Belastbarkeit der Kausalarchitektur. Sie probieren stattdessen allerhand Hilfskonstruktionen, die zwar in der Theorie noch auf der Kausalstruktur beruhen, in der Praxis sich aber nicht mehr auf individuelle Kausalzurechnung verlassen. Anzeichen dafür sind etwa die immer stärkere Betonung eines spezifisch juristischen Kausalitätsbegriffs, der prima-facie-Beweis, „enhanced res ipsa loquitur“, die Beweislastumkehr für Kausalität, der probabilistische Kausalitätsnachweis, die Ausdehnung gesamtschuldnerischer Haftung bei Multikausalität, „market share liability“ und Superfund-Haftung. All dies sind neue Formen von „Risikohaftung“², welche die Kausalverbindungen zwischen Handlung und Schaden schwächen oder ganz kappen. Die neue Ri-

1 Im italienischen Recht gibt es neben der Cupola-Konstruktion noch eine andere Form der Kollektivhaftung: „associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso“ (art. 416 codice penale). Hier ist die Mitgliedschaft in einer solchen Vereinigung strafbar, während bei der Cupola-Haftung ein Delikt vorausgesetzt ist, bei dem dann der konkrete Tatbeitrag des Mittäters durch die Mitgliedschaft in der Cupola ersetzt wird.

2 Robinson (1985). Die Einzelheiten der verschiedenen Rechtskonstruktionen werden unten im Text noch näher besprochen.

sikohaftung reißt die zugrundeliegende Struktur der Kausalverbindungen ab und errichtet stattdessen eine übergreifende „Cupola“ der Kollektivhaftung³.

Doch anscheinend scheuen diese grundlegenden Umbauarbeiten das grelle Licht der Öffentlichkeit. Während die Rechtsarchitekten emsig dabei sind, die neue Cupola der Risikohaftung zu konstruieren, tun sie zugleich alles, dieselbe Cupola unsichtbar zu machen. Sie verstecken sie hinter der begrifflichen Fassade der „probabilistischen Kausalität“, der „Risikohaftung“, des „lost value“, die alle den individuellen Charakter des Risikobeitrages betonen und die kollektive Zurechnung des Schadens verschweigen⁴. George Priest, einer der führenden Konstrukteure der neuen Risikohaftung, leugnet hartnäckig, daß diese Neubauten der Haftung ein „Schwinden individueller Verantwortlichkeit bedeuten oder gar einen Erwartungswandel in Richtung unpersönlicher oder kollektiver Verantwortung“. Ganz im Gegenteil,

„far from incorporating a diminished view of individual responsibility, the shift of the law's purpose toward risk control represents a vastly expanded commitment to standards of individual responsibility“⁵.

Gegenüber solch bemühten Versuchen, die ökologische Cupola hinter Begriffsfassaden von Individualverantwortlichkeit zu verbergen, möchte ich einige Argumente dafür vortragen, daß es Sinn macht, die Cupola dem vollen Licht der Sonne auszusetzen. Für die Weiterentwicklung grundlegender Prinzipien des Umwelthaftungsrechts dürfte es wichtig sein, genauer zu verstehen, unter welchen Umständen, in welcher Begrifflichkeit und mit welchen Folgen Gerichte und Parlamente die klassische Individualhaftung durch eine neue Kollektivhaftung ersetzen⁶. Insbesondere: Welche Folgen hat diese neue Rechtskonstruktion für die Rechtsdogmatik einerseits und für das reale Handeln der Akteure andererseits? Es ist durchaus nicht von

3 Bush (1986), 1480 ff; Abraham (1987), 859 ff.

4 King (1981); Robinson (1985); Rosenberg (1984), 866 ff; Celli (1990), 652 ff.

5 Priest (1990), 214.

6 Bush (1986), 1473.

vornherein ausgemacht, daß das Umwelthaftungsrecht in der Lage ist, solche Prozesse der Risikokollektivierung ausreichend zu kontrollieren, so daß die sicheren Verluste an individueller Verantwortung tatsächlich von möglichen Gewinnen kollektiver Verantwortung aufgewogen werden. Im wesentlichen hängt dies davon ab, wie selbstorganisierende Prozesse in der sozialen Realität auf die neue Kollektivhaftung reagieren, und davon, wie das Recht seinerseits solche Selbstorganisationsprozesse wahrnimmt und sie rechtlich verfaßt⁷.

Ich möchte folgende vier Thesen verteidigen:

- 1) Wenn die Gerichte zunehmend die Kausalverbindungen zwischen Handlungen und Umweltschäden kappen, dann ziehen sie nur die praktischen Konsequenzen daraus, daß es einer Ökologie von komplex interagierenden Ursachen nicht gerecht wird, Umweltschäden einzelnen Entscheidungen individueller Akteure zuzurechnen. Undurchschaubare ökologische Interdependenzen drängen das Recht dazu, von einer Akteursorientierung auf eine systemische Orientierung überzusetzen. Anstatt den schuldigen Einzelakteur zu suchen, konstruiert das Haftungsrecht neuartige Risiko-Pools, ja geradezu neue formale Organisationen des Risikomanagements, die jedenfalls gegenüber manchen ökologischen Risiken angemessener erscheinen als die traditionelle Kausalzurechnung auf Einzelakteure.
- 2) Nimmt man den Kollektivcharakter der neuen Haftungsformen ernst, dann stellen sich andersartige Fragen für die Dogmatik des Haftungsrechts, die in der Individualperspektive der Akkusationskausalität nicht sichtbar werden. Die von ihr selbst geschaffenen Risiko-Pools stellen die Rechtsdogmatik vor die Herausforderung, nun auch Kriterien für deren innere Ordnung und deren Außenbeziehungen zu entwickeln. Wo sind die Grenzen eines haftungsrechtlichen Öko-Pools zu ziehen? Wer ist Mitglied? Welche mitgliedschaftlichen Pflichten und welche

7 Zum Thema Ökologie und Selbstorganisation und den Chancen, mit Mitteln des Rechts ökologische Selbstregulierung zu steigern, vgl. die Beiträge in dem Sammelband Teubner (1994).

Rechte werden auferlegt? Unter welchen Bedingungen wird eine externe Verantwortlichkeit des Pools konstituiert? Wie wird sie nachträglich unter den Mitgliedern aufgeteilt? Kurz, wie kann man ökologische Solidarverantwortung rechtsdogmatisch formulieren?

3) Treten solche kollektiven Rechtskonstruktionen in die soziale Wirklichkeit wieder ein, so setzen sich selbstorganisierende Prozesse kollektiven Handelns in Bewegung. Die Auswirkungen der haftungsrechtlichen Öko-Pools in der Sozialwirklichkeit sind durchaus zwiespältig. Auf der einen Seite sind negative Nebeneffekte kollektiven Handelns zu erwarten – moral hazard, free riding, Verlust von Individualanreizen. Auf der anderen Seite ist es nicht ausgeschlossen, daß sich neue kollektive Formen des Umgangs mit ökologischen Risiken herausbilden, die solche Nebeneffekte aufwiegen und sogar Anreize für ökologische Innovationen schaffen.

4) Stärke und Richtung selbstorganisierender Prozesse werden darüber entscheiden, ob das Umwelthaftungsrecht in der Lage ist, solche von ihm selbst angestoßenen Entwicklungen jedenfalls ansatzweise mit institutionellen Mitteln zu steuern. Negative Wirkungen kollektiven Handelns lassen sich zum Teil dadurch kompensieren, daß man innerhalb des Pools die Kollektiveffekte re-individualisiert. Wichtiger jedoch dürfte sein, positive Tendenzen zum kollektiven Umgang mit ökologischen Risiken rechtlich zu verstärken. Das Recht kann die Bildung von ökologischen Kollektivakteuren so formalisieren, daß sie Umweltrisiken neu verteilen, Umweltverhalten ihrer Mitglieder steuern oder gar neue Umwelttechnologien entwickeln. Dafür dürfte es notwendig werden, die Grenze zwischen „privater“ Haftung und „öffentlicher Regulierung“ in Formen hybrider Regulierung aufzuheben.

II. Das kollektive Element in der neuen Umwelthaftung

Juristen pflegen systematisch zu unterschätzen, welche dramatischen Änderungen eintreten, wenn unter dem Druck öko-

logischer Schäden die juristischen Kausalketten brechen. Sie nehmen dies lieber als ein bloß rechtstechnisches Problem des Beweisrechts wahr. Man müsse nur die rigiden rechtlichen Anforderungen an den Kausalbeweis ein wenig abschwächen⁸. Entweder ersetzt man den juristischen Vollbeweis durch einen statistischen Wahrscheinlichkeitsbeweis oder man behilft sich mit juristischen Kunstgriffen, mit dem Beweis des ersten Anscheins, mit der Umkehr der Beweislast, mit widerleglichen oder gar unwiderleglichen Vermutungen. Allenfalls räumen sie ein, daß damit der juristische Kausalitätsbegriff, der sich ja schon längst aus seiner Abhängigkeit von einer rein naturwissenschaftlichen Sichtweise gelöst hat, eine erneute Wandlung durchmacht, eine Wandlung in Richtung statistischer Verursachung und einer bloßen Risikokausalität⁹. Auf jeden Fall aber blieben die Wandlungen auf den Kausalitätsbegriff beschränkt und ließen das Prinzip der Individualhaftung unangetastet¹⁰.

Es scheint als könnten die Juristen den Anblick der Cupola nicht ertragen. Sie wollen nicht sehen, daß sobald das Recht das Kausalerfordernis zwischen Handlung und Schaden auch nur lockert, es mit Notwendigkeit kollektive Formen der Haftung schafft. Schon eine geringe Senkung der Anforderungen an den Kausalbeweis führt dazu, daß individuelle Akteure für Handlungen verantwortlich gemacht werden, die sie nicht begangen haben. Ihre persönliche Verantwortung ist nicht mehr ausschließlich an ihre eigenen Handlungen gebunden, die den Schaden tatsächlich verursacht haben, sondern ist dann teilweise nur noch von einer Cupola gedeckt, die sie und andere Akteure unter ihrem Dach vereint. Sie sind dann Teil einer Risikogemeinschaft, einer, *sit venia verbo*, Öko-Mafia, für deren Handlungen sie einer Mithaftung nicht enttrinnen können.

Dies trifft schon dann zu, wenn der volle Kausalbeweis zum bloßen Wahrscheinlichkeitsbeweis abgeschwächt wird. Genau in dem Ausmaß, in dem sich der Vollbeweis vom Wahrschein-

8 Etwa Nicklisch (1991), 346 ff.

9 Robinson (1985); Celli (1990).

10 Priest (1990).

lichkeitsbeweis unterscheidet, werden sie mit einem zusätzlichen Haftungsrisiko belastet. Im Ausmaß dieser Differenz müssen sie für Handlungen anderer einstehen, über die sie keine Kontrolle haben. Dieses Zusatzrisiko kollektiver Haftung nimmt zu, je mehr wir uns dem Bereich der Beweislastumkehr oder der Vermutungen nähern. Wenn der Beklagte faktisch oder rechtlich nicht den Beweis erbringen kann, daß seine Handlungen nicht kausal für den Schaden waren, dann bedeutet dies nichts anderes, als daß er für die Handlungen anderer einstehen muß.

Wir haben in diesen Fällen eine asymmetrische Kollektivverantwortung vor uns, eine Art horizontaler vikarische Haftung für fremdes Handeln. Asymmetrisch ist die Haftung insofern, als nur ein Mitglied des Haftungskollektivs, der Beklagte, feststeht, während andere Mitglieder im Nebel der ungeklärten Kausalverhältnisse unsichtbar bleiben. Horizontal ist diese Haftung im Unterschied zur vertikalen Haftung in hierarchischen Organisationen, in denen die Organisationsspitze für das Handeln einfacher Organisationsmitglieder verantwortlich gemacht wird.

Symmetrisch wird die vikarische Haftung in den Fällen der Multikausalität, in denen eine ganze Gruppe von potentiellen Schädigern haftet, ohne daß der exakte Kausalbeweis geführt werden konnte, ebenso wie in den neuen haftungsrechtlichen Erfindungen, der market share liability, der Superfund-Haftung, und ganz allgemein in Fällen der bloßen Risikohaftung. In der Sache macht die schiere Mitgliedschaft in einer Gruppe von Risikoträgern für fremdes Individualhandeln verantwortlich. Natürlich kann man dies dennoch „Risikohaftung“, also Verantwortung für den einzelnen Risikobeitrag nennen und damit das individuelle Element betonen. Im Strafrecht macht es auch vom Standpunkt einer Individualhaftung Sinn, in manchen Fällen schon die Setzung einer Gefahr und nicht erst den Eintritt eines Erfolges mit Sanktionen zu belegen. Aber zivilrechtlich geht es primär darum, einen tatsächlich eingetretenen Schaden zu kompensieren. Hier ist die Frage, nicht wer für ein – im übrigen häufig erlaubtes – Risiko mit Sanktionen zu

belegen ist, sondern wer für die eingetretene Schadensfolge aufzukommen hat. Mag auch das Risiko individuell zurechenbar sein, das eigentlich relevante Element, der eingetretene Schaden, ist nur kollektiv zurechenbar. Wer Mitglied ist, zahlt. Nicht die Handlung, sondern die Mitgliedschaft macht für den Schaden haftbar.

Was Priest & Co. mit dem Euphemismus eines „vastly expanded commitment to standards of individual responsibility“ belegen, ist also in Wahrheit nur der verzweifelte Versuch von eingeschworenen Individualisten, post factum mit den perversen Effekten ihrer eigenen Manipulation am Kausalitätsbegriff fertigzuwerden. Ihre Sünde wider den Geist des methodologischen Individualismus besteht darin, den statistischen Kausalbeweis als Haftungsgrundlage zugelassen zu haben¹¹. Der Fluch dieser bösen Tat ist es, daß sie ein Haftungskollektiv gebiert, das im Prinzip keine Grenzen kennt. Deshalb sollte man nicht länger vergeblich versuchen, diesen Effekt herunterzuspielen, sondern sich der radikalen Konsequenz stellen, daß unter der Herrschaft der Risikobeitragshaftung jede Handlung in der Gesellschaft – und jede Unterlassung! – zum Risiko beiträgt¹². Dann erst wird mit aller Deutlichkeit sichtbar, daß man innerhalb des Groß-Risiko-Pools der Gesamtgesellschaft künstlich neue Grenzen ziehen muß, die mit einer gewissen Willkür kleinere Risiko-Pools schaffen, und daß man mit ähnlicher Willkür innerhalb dieser Pools Verantwortlichkeit re-individualisieren muß. Genau dies tun die Rechtsarchitekten der Cupola: Zuerst kollektivieren sie die Haftung und dann versuchen sie, die Konsequenzen ihres eigenen Handelns dadurch wieder rückgängig zu machen, daß sie die Kollektivhaftung auf die Mitglieder verteilen. Zunächst definieren sie Haftungsregeln für das Kollektiv und dann definieren sie interne Organisationsregeln für die interne Reallokation der Haftung, indem sie die Individualanteile an der Kollektivhaftung bestimmen.

11 Bush (1986), 1493.

12 So selbst Priest (1990: 215), der dann aber hinter seine eigene Position zurückfällt.

Wie also soll man solch dramatische Veränderungen im Umwelthaftungsrecht verstehen? Offensichtlich lassen sie sich nicht auf Wandlungen nur des Kausalitätsbegriffes reduzieren. Sie führen vielmehr auf die grundsätzlichere Frage,

„ob die Zurechnung auf individuelles Entscheiden (sei es rational, sei es intuitiv, gewohnheitsmäßig usw.) überhaupt noch haltbar ist. Oder ob man nicht unabhängig davon einen strikt soziologischen Ansatz ausprobieren sollte, der das Phänomen Risiko nur am Sinn von Kommunikationen erfaßt“¹³.

Ein solcher Ansatz würde statt individueller Akteure als risikoerzeugende Einheiten Handlungssysteme identifizieren, Kommunikationsnetzwerke und nicht Einzelmenschen. Er würde sich auf selbstorganisierende Prozesse der Risikokommunikation konzentrieren und nicht auf individuelle Motive und Präferenzen, individuelle Risikowahrnehmungen, individuelle Entscheidungen und individuelle Verantwortlichkeit. Ein solcher soziologischer Ansatz würde damit rechnen, daß in der heutigen Gesellschaft Risiko- und Verantwortungszurechnung auf Kommunikationen auch dann stattfindet, wenn sich gar keine individuelle Entscheidung, geschweige denn ein Kausalnexus zwischen ihr und dem Ökoschaden identifizieren läßt.

Die Undurchschaubarkeit von ökologischen Kausalverknüpfungen ist der Grund dafür, daß die grundlegenden Annahmen des Haftungsrechts in eine tiefe Krise geraten sind. Während die Ursachen und Symptome dieser Krise schon ausreichend analysiert sind, ist es heute noch ziemlich unklar, in welche Richtung sich die Umwelthaftung entwickeln wird.

Als Ursachen der Krise werden im wesentlichen drei Komplexe genannt, welche die individuelle Kausalzurechnung in Schwierigkeiten bringen¹⁴. Erstens der sogenannte Schmetterlingseffekt, wonach kleine technologische Änderungen nur allmählich akkumulieren, dann aber plötzlich katastrophale Änderungen auslösen können. Zweitens Probleme der Interferenz technologischer Neuerungen. Drittens hochunwahr-

¹³ Luhmann (1991), 13.

¹⁴ Bechmann (1990), 128 ff; Bechmann (1991), 222 ff; Wagner (1990), 27 ff.

scheinliche Koinzidenzen, wenn zwei oder mehrere Kausalketten in nicht vorhersehbare Weise zusammenlaufen.

Symptome der Krise des Haftungsrechts sind auf Spannungen zwischen der neuartigen Risikostruktur in der Ökologie und den Grundbegriffen des Haftungsrechts zurückzuführen¹⁵:

- 1) Wie soll man noch einen individuellen „Schädiger“, die einzelne „Handlung“, den abgrenzbaren „Schaden“ feststellen, wenn Langzeitschäden zu beurteilen sind, in denen mehrere Kausalketten zusammenlaufen?
- 2) Wie soll man eine kausale Verbindung zwischen Handlung und Schaden isolieren, wenn multiple oder zirkuläre Kausalität vorliegt?
- 3) Wie lassen sich potentiell gefährliche Handlungen sinnvoll eingrenzen, wenn alles soziale Handeln risikobehaftet ist?
- 4) Wie kann man Schadensopfer identifizieren, wenn sie nur eine amorphe Masse darstellen (Umweltschäden, zukünftige Generationen)?

Wenn dies heute weitgehend konsentrierte Ursachen und Symptome der Krise sind, in welche Richtung wird das Umwelthaftungsrecht von ihnen gedrängt? Hat es schon die absoluten Grenzen seiner Wandlungsfähigkeit erreicht, die von den Komponenten Akteur-Kausalität-Schaden definiert sind? Oder ist das Umweltrecht in der Lage, systemische und kollektive Elemente in die Individualhaftung zu inkorporieren?

Hierzu erscheint es erforderlich, das kollektive Element, das in das Umwelthaftungsrecht eindringt, näher zu bestimmen. Offensichtlich haben wir es hier nicht nur mit Kollektivierung des Haftungsrecht in dem uns vertrauten Sinne zu tun, daß die Haftung von einer Zurechnung auf höchstpersönliche Eigenschaften einer „Person“ umgestellt wird auf eine Zurechnung auf eine standardisierte „Rolle“. Vielmehr ist die Zurechnung auf individuelle Positionen als solche zunehmenden Zweifeln ausgesetzt. Doch ist es auch zu einfach, hier wie Bush (1986)

15 Rabin (1987), 27 ff; Brüggemeier (1991), 297 ff; Brüggemeier (1994); Luhmann (1991), 99 f; Schmidt (1991), 378 ff.

und Abraham (1987) nur von einer allgemeinen Tendenz zu kollektiver Haftung zu sprechen¹⁶.

Ebensowenig einschlägig sind die Standardfälle kollektiver Haftung – Haftung für fremdes Handeln (§§ 31, 278, 831 BGB) – in denen Manager in den höheren Rängen einer Organisation oder die Organisation selbst für die Handlungen von Organisationsmitgliedern verantwortlich gemacht werden. In diesen Fällen zielt die „policy“ des Haftungsrechts nicht nur darauf, den Opfern bessere Ausgleichsmöglichkeiten zu verschaffen, sondern besonders darauf, die Risikowahrnehmung ganzer Organisationen statt der individueller Akteure zu verändern¹⁷. Aber in unseren Fällen kollektiver Umwelthaftung gibt es keine schon existierende Organisation, keine bestehende Hierarchie, kein schon definierter Kollektivakteur, der als Zurechnungsendpunkt dienen könnte.

Auch nicht vergleichbar sind Situationen des „piercing the corporate veil“, des Haftungsdurchgriffs im Konzernrecht oder im Vertragsrecht, in denen die traditionellen Grenzen der Haftungsbeschränkung von Korporationen oder des Relativitätsprinzips des Vertrages überschritten werden¹⁸. Denn auch in diesen Fällen bezieht sich das Recht auf schon existierende Kollektivakteure oder auf relativ stabile vertragliche Arrangements und macht die Gesamtorganisation verantwortlich für das Handeln ihrer Mitglieder. Zwar redefiniert das Recht die kollektiven Einheiten nach seinen Haftungspolicies, oft genug gegen die Absichten seiner Gründer. Aber solche Ausdehnungen individueller Haftung können doch die Grenzen eines schon vorweg existierenden kollektiven Arrangements nicht überschreiten.

Anders ist die Lage, wenn das neue Recht der Risikohaftung einfach ganze Produktmärkte finanziell haften läßt oder wenn es die sogenannten „bubbles“ der Luftverschmutzer oder ganze umweltverseuchte Regionen verantwortlich macht. Hier verläßt es endgültig die Akteursperspektive, weil es nicht einmal

16 Köndgen (1991), 105.

17 Brüggemeier (1994); Hofstetter (1994).

18 vgl. Hofstetter (1994); Adams/Brownsword (1990).

mehr nach Kollektivakteuren sucht, und konzentriert sich auf Risikokommunikation als solche. Riskante Kommunikationen entstehen innerhalb sozialer Konfigurationen, die sich nicht als formale Organisationen identifizieren lassen. Und das Recht rechnet die Verantwortung der Risikokommunikation direkt zu – einem Produktmarkt, einer kontaminierten Region, einer „Luftblase“. Es macht also Handlungssysteme selbst verantwortlich, ohne sich um deren Eigenschaft als organisierte Willensbildungseinheiten zu kümmern. Der entscheidende Unterschied der neuen Risikohaftung zu bekannten Formen der Organisationshaftung besteht demnach darin, daß *das Haftungsrecht sich nicht mehr auf bestehende korporative Arrangements bezieht, sondern selbst neuartige Risikonetzwerke definiert*. Es versucht nicht bloß, die Risikowahrnehmung existierender Kollektivakteure zu beeinflussen, die als Resultat von Organisationsentscheidungen schon in der sozialen Welt sind. Vielmehr sucht es, unkoordinierte Risikokommunikation in einem diffusen sozialen Feld dadurch zu beeinflussen, daß es diesem Feld ein kritisches Risikomaß zuschreibt. Und sobald individuelle oder kollektive Akteure in einen solchen kommunikativen Raum geraten, werden sie Zwangsglieder eines solchen Risikopools – also nicht kraft privatautonomer Entscheidung, sondern kraft autoritativer Anordnung des staatlichen Rechts. Sie sind dann in der Kollektivhaftung ohne Rücksicht auf ihren Willen und ohne Rücksicht auf den Kausalzusammenhang zwischen den von ihnen individuell verantwortbaren Handlungen und dem eingetretenen Umweltschaden.

In manchen Fällen geht das Umwelthaftungsrecht noch einen Schritt weiter. Modernes Umweltrecht scheint von Bismarcks Zwangsgenossenschaften der Sozialversicherung inspiriert, wenn es – wie es in der deutschen Diskussion zu den Umweltgenossenschaften vorgeschlagen wird¹⁹ und wie es in der amerikanischen Superfund-Haftung tatsächlich geschieht²⁰ – neue Risikoorganisationen gründet. Hier werden nicht nur ein-

19 Kinkel (1989), 297; Reh binder (1989), 161; Wagner (1990), 52 ff.

20 Stewart (1991).

fache Haftungspools eingerichtet, sondern es werden Zwangsorganisationen mit kollektiver Handlungsfähigkeit ausgestattet. Die Verantwortung der Pools besteht nicht nur für den finanziellen Ausgleich ökologischer Schäden, sondern für den kollektiven Umgang mit den Umweltrisiken selbst. Es werden neue kollektive Einheiten des Risikomanagements geschaffen, in denen kollektive Haftung mit aktiver Regulierung kollektiver Innovation zusammenfällt²¹.

Angesichts solch weitreichender Veränderungen versteht man nun besser, wieso manche Haftungsrechtler emphatisch vor jeglicher Manipulation des Kausalzusammenhangs warnen²². Was so harmlos begann als eine Forderung der Billigkeit – im Falle komplexer Kausalzusammenhänge die Opfer nicht ohne Schadensausgleich zu lassen – stellt sich nun als eine grundsätzliche Umwandlung von Individualhaftung in kollektive Risikopoolung heraus. Die Manipulationen am Kausalzusammenhang erscheinen ihnen als ein „overshooting“:

„Das Dilemma jeglicher Fortentwicklung im Bereich der Kausalität besteht allerdings darin, daß ein Überdrehen der Kausalitätsschraube zu einer Übermaßhaftung führt, die mit falschen Präventionsanreizen verbunden ist und die Ressourcenallokation verfälscht, da derjenige mit Kosten belastet wird, der den Schaden nicht verursacht hat und ihn deshalb auch nicht vermeiden kann“²³.

Mit diesem zunächst plausiblen Argument übersehen sie jedoch zwei wesentliche Gesichtspunkte. Erstens wäre es nicht nur unbillig, sondern zugleich ineffizient, wenn in den Fällen undurchschaubarer Kausalzusammenhänge die Opfer ohne Ausgleich blieben. Denn dann bestünden nicht nur schwache, sondern gar keine Präventionsanreize und die Ressourcenallokation wäre noch mehr verfälscht²⁴. Denn in diesen Fällen steht man gar nicht vor der Wahl kollektive versus individuelle Haftung, sondern, da der fehlende Kausalnexus individuelle Haftung über-

21 Rose-Ackerman (1990), 746.

22 Epstein (1985), 1377; Medicus (1986), 781, 785; Abraham (1987), 898.

23 Rehbinder (1989), 157; vgl. auch Assmann (1988), 111.

24 So auch Rehbinder (1989), 157.

haupt konterkariert, kollektive Haftung oder gar keine Haftung.

Zweitens treffen sie zwar genau den kritischen Punkt, wenn sie argumentieren, daß individuelle Akteure für Schäden verantwortlich gemacht werden, die sie nicht verursacht haben. Doch übersehen sie die Cupola als verantwortlichen Kollektivakteur. Sie unterschätzen systematisch das Potential kollektiver Handlungs- und Verantwortungszurechnung. Dies hängt eng damit zusammen, daß sie unter den Prämissen des methodologischen Individualismus selbst klargeschnittene Kollektivakteure nicht mehr wahrnehmen, sondern in einen bloßen Nexus von Individualverträgen auflösen. Deshalb halten sie an individueller Zurechnung auch in Situationen fest, von denen sie wissen, daß es nicht nur inadäquat, sondern von vornherein ausgeschlossen ist, kausale Verbindungen herzustellen. Sobald man aber einräumt, daß in solchen Situationen Risiko, Handlung, Kausalität und Verantwortung Risiko-Pools zugerechnet werden können, die das Recht selbst durch „Fiat“ geschaffen hat, dann sieht man auch, daß das Recht dann in der Tat die Handlungseinheiten mit Kosten belastet, die den Schaden tatsächlich verursacht haben und die auch dazu beitragen können, den Schaden zu vermeiden. Freilich muß man dann Anreize und Ressourcenallokation umdenken, weil man jetzt weder mit Individuen noch mit schon existierenden Kollektiven zu tun hat, sondern mit neugeschaffenen Risikokollektiven.

III. Die Umrisse der Cupola

Wenn die Architekten des neuen Haftungsrechts die Kausalverstrebenungen der individuellen Verantwortung durch die Cupola kollektiver Haftung ersetzen, dann stellen sich ihnen eine ganze Reihe neuartiger Konstruktionsprobleme. Wie weit kann man die Kuppel ausdehnen, ohne daß das ganze Bauwerk zusammenbricht? Welche Personenkreise sollen unter dem Dach der Cupola als Mitglieder erfaßt werden? Welche Pflichten legt die Mitgliedschaft in der Cupola den Mitgliedern auf? Wie soll

die Gesamthaftung der Cupola unter den Mitgliedern aufgeteilt werden?

Vorrangige Frage für die Rechtsdogmatik ist, wie der Risikopool zu identifizieren ist. Wenn die Kausalverbindungen abgebrochen sind, dann wird es außerordentlich schwierig, vernünftige Grenzen der Haftung für risikoerzeugende Aktivitäten zu finden. Wie schon gesagt, potentiell trägt jede soziale Kommunikation zum ökologischen Risiko bei. „Almost every human action will increase the probability of loss in all contexts. It follows, thus, that under modern conception of risk, no action is ever truly innocent“²⁵. Und die eigentliche Frage heißt jetzt, wie weit man die Durchsetzung von Haftungsstandards treiben will, die nur auf Schadenswahrscheinlichkeiten gestützt sind²⁶.

Gesucht: Kollektivakteur – so könnte man die Aktivitäten der Gerichte umschreiben, die, nachdem der Verlust der Individualakteure einmal feststand, eine neue Lösung für multiple Kausalität suchten. Im Unterschied zu den Versuchen, das Problem zu einer rein technischen Beweisfrage zu machen, waren die eher anspruchsvollen dogmatischen Anstrengungen darauf gerichtet, praktikable Kriterien für ein handlungsfähiges Kollektiv, eine zweckgerichtete Organisation oder wenigstens eine lose Form planvoller Zusammenarbeit zu entwickeln, mit deren Hilfe man kollektive Haftung begründen könnte.

In den USA war „concerted action“ der einschlägige deliktsrechtliche Begriff, wonach gemeinschaftliche Haftung auferlegt wurde,

„all those who in pursuance of a common plan or design to commit a tortious act, actively take part in it, or further it by cooperation and request, or who lend aid or encouragement to the wrongdoer, or ratify and adopt the wrongdoer's acts done for their benefit“²⁷.

Diese Doktrin identifiziert ein Kollektiv über bestimmte Eigenschaften der beteiligten individuellen Akteure (Kooperationsabsicht) und über bestimmte Eigenschaften ihrer Handlung

25 Priest (1990), 215.

26 Robinson (1985), 796.

27 Prosser/Kecton (1984), 323.

gen (Verwobenheit). Sie lehnt sich so eng wie möglich an das ursprüngliche Handlungsmodell an: „the act of one is the act of all, and liability for all that is done is visited on each“²⁸. Ökologische Risiken jedoch beugen sich nicht der Logik der Kooperation und gehorchen nicht der Doktrin der „concerted action“. Ausdrückliche Vereinbarungen, die Umwelt zu schädigen, sind nicht gerade häufig, klammheimlicher Konsens ist schwer zu beweisen. Die ganze Konstruktion scheint auf die typische Konstellation multipler Kausalität nicht zu passen.

Dann versuchten die Gerichte es mit der sogenannten „enterprise liability“, indem sie die Anforderungen an bewußtes, geplantes und zweckgerichtetes Zusammenarbeiten noch weiter zurückschraubten²⁹. Im Fall *Hall vs. DuPont* gab sich das Gericht schon damit zufrieden, ein bloßes „joint enterprise“ zwischen ansonsten unabhängigen Akteuren zu identifizieren, sofern nur eine gemeinsame Risikokontrolle in Form gemeinsamer Sicherheitsstandards und der Funktionsdelegation an einen Industrieverband bestand³⁰. Eine förmliche „joint venture“ braucht nicht nachgewiesen zu werden, es genügen schon Beweise über gemeinsame Forschung, gemeinsame Produktprüfungen und gemeinsame Lobbyaktivitäten³¹. Als Minimalerfordernis für diese Form der Kollektivhaftung gilt ein unzureichender industrieweiter Sicherheitsstandard für die Güterherstellung³². Doch auch diese Haftungsform ist der typischen Risikostruktur wenig angemessen und sollte sich selbst als kontra-produktiv herausstellen. Sie kann nicht Formen des bloßen Parallelverhaltens der Hersteller erfassen³³. Ja, sie privilegiert das umweltschädigende Parallelverhalten gegenüber Versuchen, das Schadensrisiko durch kollektive Anstrengungen zu begrenzen. Diese werden mit „enterprise liability“ belegt,

28 Prosser & Keeton (1984), 346.

29 Sheiner (1978), 995-1006; Podgers (1980), 827.

30 *Hall v. DuPont*, 345 F. Supp. 353 (E.D.N.Y. 1972), at 375-6.

31 *Connor v. Grand Western Savings & Loan Association* (1968) 69 Cal. 2d 850.

32 Sheiner (1978), 995.

33 Bush (1986), 1483; Spitz (1990), 626.

während das rein individuelle Parallelverhalten ohne jeden Versuch der kollektiven Risikokontrolle haftungsfrei bleibt. „Enterprise liability“ hat also die nichtbeabsichtigte Nebenfolge, negative Anreize für industrieweite Zusammenarbeit in der Risikokontrolle zu setzen.

Dann erscheint es nur folgerichtig, die vergebliche Suche nach dem Kollektivakteur aufzugeben und den Markt selbst als die Haftungseinheit zu wählen, und dies obwohl der Markt gerade keine kooperativen, sondern nur kompetitive Strukturen aufweist. Genau dies geschah mit Hilfe der berühmten „market share liability“³⁴. Damit werden endgültig alle Versuche, jedenfalls Spuren einer übergreifenden Organisation, sei es eines Unternehmens, einer Unternehmensgruppe, sei es eines Kooperationsnetzes, letztlich aufgegeben und durch die Suche nach den „relevanten Markt“ ersetzt.

Sobald ein Akteur in einen Markt eintritt, wird er für die Umweltrisiken, die im Markt entstehen, verantwortlich gemacht. Diese kühne Idee steht im klaren Widerspruch zu traditionellen Grundsätzen der Kollektivhaftung³⁵. Kollektivhaftung setzt Zusammenarbeit, gemeinsame Aktivitäten, gemeinsame Kontrolle voraus³⁶. Der Konkurrenzmarkt aber ist das genaue Gegenteil eines gemeinsamen Unternehmens als plausible Basis einer Kollektivhaftung. Wie kann ich für die Handlung meiner Konkurrenten haftbar gemacht werden, wenn ich mit ihnen nicht zusammenarbeite, im Gegenteil alles tue, um sie zu bekämpfen, und wenn ich zudem keinerlei Kontrollmöglichkeiten über ihre Handlungen besitze. Das widerspricht diametral auch dem Laienverständnis, wonach „companies are liable only for the harm their own product does, not for their rivals' damage“³⁷. Und auch die anteilmässige Begrenzung der „market share liability“ auf meinen Marktanteil verändert die Sachlage nicht. Denn auch mit der Anteilshaftung werde ich

34 Dazu Abraham (1987), 861 ff.

35 Bush (1986), 1477.

36 French (1982), (1984).

37 The Economist, Feb. 29, 1992, 16.

für schädigende Handlungen anderer verantwortlich gemacht. Die Anteilsbegrenzung nimmt nur die ohnehin später fällige individuelle Schadensaufteilung vorweg, ohne die prinzipielle „Ungerechtigkeit“ einer Markthaftung zu beseitigen.

Die deutsche Rechtsentwicklung kennt durchaus ähnliche Tendenzen mit ähnlich dilemmatischen Ergebnissen³⁸. Das BGB kennt die gesamtschuldnerische Haftung von Mittätern, wenn jeder einzelne Beteiligte den ganzen Schaden hätte verursachen können und die schadensverursachende Handlung gemeinschaftlich begangen wurde (§ 830 I 2 BGB). Ursprünglich verlangte die Rechtsprechung eine echte Kooperation zwischen den Beteiligten, zumindest aber ein gemeinsames Bewußtsein in dem Sinne, daß jedem Beteiligten die gefährlichen Handlungen der anderen Beteiligten bewußt gewesen sein mußten. Aber die Anforderungen an diese Verbindungen wurden immer mehr gelockert, so daß heute eine gewisse „räumliche oder zeitliche Einheit“ genügt. Der BGH geht sogar so weit, die Beweislast umzukehren, wenn die Verbindung zweier Kausalketten die Feststellung individueller Verursachung unmöglich macht³⁹ – ein Ergebnis, daß von akademischen Kommentatoren als prinzipienlose Billigkeitsrechtsprechung kritisiert wird⁴⁰. Während der Vorarbeiten für das neue Umwelthaftungsgesetz⁴¹ wurde ernsthaft erörtert, in bestimmten ökologischen Schlüsselbereichen das Erfordernis der „alternativen Kausalität“ aufzugeben und den Verschmutzer bereits dann gesamtschuldnerisch haften zu lassen, wenn er zu dem ökologischen Risiko beigetragen hatte. Die endgültige Fassung des Umwelthaftungsgesetzes ist allerdings wesentlich enger: § 6 UmweltHG begründet eine Vermutung für die Kausalität eines Anlagenbetreibers unter bestimmten Umständen, und § 7 UmweltHG erweitert diese Vermutung für den Fall mehrerer Betreiber.

38 Medicus (1986); Assmann (1988); Brüggemeier (1991); Köndgen (1991).

39 BGHZ 66, 70 – „Steinbruch“ – 1976.

40 Köndgen (1991), 101 f.

41 Gesetz über die Umwelthaftung vom 10. 12. 1990, BGBl. I, S. 2634.

Die deutschen dogmatischen Entwicklungen führen zu etwas anderen Resultaten als ihre amerikanischen Gegenstücke. Etwas haben sie allerdings gemeinsam: Ich behaupte, daß auch das deutsche Haftungsrecht ein Handlungs- und Haftungskollektiv in Fällen nicht-kooperativen Verhaltens neu konstituiert. Die Gerichte fahnden nicht mehr nach einem vorhergehenden bewußten Zusammenwirken als Voraussetzung kollektiver Haftung. Sie haben die Verbindung zwischen rechtlicher Kollektivhaftung und dem Tatbestand gemeinschaftlichen Verhaltens, der Existenz einer festgefügt Gruppe oder gar eines ausgewachsenen korporativen Akteurs in der sozialen Realität gekappt. Sie suchen nicht mehr nach Kollektiven in der sozialen Welt, sondern erschaffen das Kollektiv schlicht durch Richterspruch.

Diese Innovation löst ein Problem und schafft gleichzeitig ein neues. Wenn das Kollektiv nicht in der sozialen Realität vorgegeben ist, worauf sich das Recht bei der Zurechnung kollektiver Verantwortlichkeit beziehen könnte, welchem Grundsatz folgt dann die künstlich-autoritative Schaffung eines Risikopools durch das Recht? Die amerikanische Erfahrung würde für den Markt als die risikoerzeugende Einheit sprechen. Aber welcher ist der „relevante Markt“: der lokale, der regionale, der nationale, der globale Markt? Ist die Haftung nach Marktanteilen angemessen, wenn der Schaden geographisch weit entfernt von einem industriellen Verschmutzer in diesem Markt auftritt? Und warum Markt- und nicht Branchenhaftung? In dem berühmt-berüchtigten DES-Fall war die Wahl des nationalen Marktes der USA eine überzeugende Lösung, um die gefährlichen medizinischen Produkte abzugrenzen, aber ist der Markt überhaupt ein verallgemeinerungsfähiges Kriterium für Fälle ökologischer Haftung?

Die deutsche Lösung arbeitet mit den Kriterien einer abstrakten „räumlichen oder zeitlichen Einheit riskanter Betätigungen“ oder eines ähnlich abstrakten „unaufklärbaren Zusammenwirkens von Ursachenzusammenhängen“. Beide Kriterien leiden unter der üblichen Schwäche deutscher Abstraktionen: theore-

tisch vielleicht einleuchtend, aber zu unbestimmt und zu allgemein, um praktisch brauchbar zu sein.

Ich schlage vor, den *Risikopool* nicht mehr durch soziale Kriterien (kooperative oder korporative Strukturen) zu bestimmen zu versuchen. Er sollte vielmehr *als ökologischer Problembe- reich definiert werden, dessen Grenzen durch die Eignung für kollektives Risikomanagement zu bestimmen sind*. Letztlich entscheidend sind weder ökologische Kausalzusammenhänge noch vorgegebene kooperative Strukturen – so wichtig beides auch sein mag –, sondern zentrales Kriterium sollte die Fähigkeit des Pools zum Risikomanagement sein. Zugegeben, das ist „opportunistische“ Zurechnung⁴², in diesem Fall nicht kausaler, sondern kollektiver Art. Für den Zweck der kollektiven Haftung identifiziert das Recht konkrete ökologische „Risikogebiete“ (einen See, einen Fluß, eine Landschaft, einen Luftraum, eine Produktionskette, einen ökologischen Kreislauf) mit dem Hintergedanken, ein soziales Gebilde zu schaffen, das diese Risiken beherrschen kann oder das wenigstens zur Schadensabwicklung herangezogen werden kann.

Unter Risikomanagement verstehe ich hier erstens die Abwicklung bereits entstandener Schäden. Das Recht gestaltet das Kollektiv so, daß in Fällen mehrfacher Kausalität die Schäden ausgeglichen werden können, indem es einen ausreichenden finanziellen Pool schafft, der die Verluste abdeckt und das Risiko verteilt („deep pocket“, „risk spreading“). Zweitens – und das ist womöglich wichtiger – bedeutet Risikomanagement die kollektive Steuerung zukünftigen Verhaltens⁴³. Das Recht zieht die Konturen des Risikopools derart, daß eine realistische Basis für eine aktive und gemeinsame Prävention von Risiken in Gebieten geschaffen wird, wo ökologische Probleme konzentriert sind. Unter beiden Gesichtspunkten isoliert das Recht den sozialen Bereich kollektiver Verantwortlichkeit unter Heranziehung ökologischer, geographischer und gesellschaftlicher Kriterien, so daß sich eine funktionsfähige gemeinsame Techno-

42 Luhmann (1991), 47, und nicht Williamson (1985), 129.

43 Bush (1986), 1553 ff.

logie zur Bewältigung ökologischer Risiken entwickeln kann. In Konfliktfällen könnten sogar ökologische Zusammenhänge übergangen werden, wenn sich dennoch vernünftige Grenzen für ein solches soziales Gebilde finden lassen.

Zugegebenermaßen bietet diese Formel keine vergleichbar scharfe begriffliche Abgrenzung des Kollektivs wie sie die herkömmliche Suche nach vorgegebenen hierarchischen oder kooperativen Gebilden in der Sozialwirklichkeit anbieten konnte. Es handelt sich eher um einen „policy-mix“, der über eine vernünftige Zusammenfassung der Risiken entscheidet. Die Situation gleicht dem „strategic policy-mix“, den Versicherungen benutzen, wenn sie die Versicherten in verschiedene Risikokategorien einteilen⁴⁴. Die Formel ist deutlich umfassender als die von der amerikanischen Doktrin bevorzugte Konzentration auf einen Markt und die jeweiligen Risikobeiträge, andererseits aber enger als die deutsche Abstraktion einer räumlich-zeitlichen Einheit, die auf Kriterien zur Bestimmung dieser Einheit verzichtet. Die Formel erlaubt es, die ganze Bandbreite möglicher ökologischer Risikopole zu identifizieren, die kollektive Haftung auslösen. Mit ihr lassen sich nicht nur bestimmte Produktmärkte, sondern auch ökologische Ketten, kontaminierte Areale, vergiftete Seen und Flüsse, „pollution bubbles“ und andere ökologische Problemgebiete erfassen. Ausschlaggebendes Kriterium sollte aber meiner Ansicht nach die Möglichkeit eines ökologischen Risikomanagements sein.

Im Lichte dieser Formel wäre „market share liability“ nur eine unter mehreren Möglichkeiten, ein ökologisches Problemgebiet nach seiner Eignung für Risikomanagement auszusuchen. Im Fall gefährlicher Produkte, die auf einem bestimmten Markt vertrieben werden, liegt es in der Tat nahe, das ökologische Risikogebiet anhand dieses Marktes zu bestimmen:

“... the industry rather than the individual manufacturer should be the focal point for liability because it can best allocate risks, distribute costs, and take preventive measures“⁴⁵.

44 „Risk classification“, Abraham (1988), 949; Eubank (1991), 194.

45 Sheiner (1978), 1002-4.

Das Folgeproblem, wie der „appropriate market“⁴⁶ zu bestimmen ist – im Hinblick auf seine geographische Ausdehnung und auf die Identität des Produkts –, sollte nicht nur anhand seiner ökonomischen Eigenschaften (Substituierbarkeit des Produkts, Marketingstrategien, Intensität der Transaktionen) gelöst werden, sondern ganz offen mit Hilfe der Kriterien eines ökologischen Risikomanagements. Häufig ist es durchaus unklar, ob der „appropriate market“ der lokale, der nationale oder der globale Markt ist. Die Entscheidung sollte dann nicht ohne Rücksicht auf folgende Überlegungen getroffen werden: Ist die Bestimmung des Marktes weit genug, um die Schäden finanziell ausgleichen zu können? Wird die Bestimmung des Marktes zu einer akzeptablen Risikoverteilung führen? Ist sie andererseits eng genug, um den beteiligten Akteuren die Möglichkeit zur Kooperation und zur Entwicklung einer dezentralisierten Risikokontrolle zu eröffnen? Gibt es realistische Möglichkeit kollektiven Risikomanagements?

Im Fall *Hall v. Dupont* spielten diese Überlegungen eine erkennbare Rolle. Das Gericht betonte, seine Regel sei nur anwendbar auf

“... industries composed of a small number of units. What would be fair and feasible with regard to an industry of five to ten producers might be manifestly unreasonable if applied to a decentralized industry composed of thousands of small producers“⁴⁷.

Die Haftung nach Marktanteilen löst eine partielle horizontale Integration der betroffenen Unternehmen aus. Das Haftungsrecht schafft sozusagen „joint ventures“ für kollektives Risikomanagement in einem bestimmten Markt. Das ist sinnvoll, wenn – wie im DES-Fall – ein einheitlicher Markt für die gefährlichen Produkte existiert. Unter anderen Umständen bestehen allerdings andersartige ökologische Risiken. In einer ökologischen Kette können die typischen Gefahren nur erkannt werden, wenn man die verschiedenen Produktions- und Absatz-

46 Spitz (1990), 619 ff.

47 345 f. Supp. 353 (E.D.N.Y. 1972) at p. 378.

stufen betrachtet: Bezug von Rohstoffen, Produktion, Vertrieb, Verbrauch und Abfallentsorgung. In diesen Fällen ist anstatt einer horizontalen eher eine partielle vertikale Integration angezeigt. Das Haftungsrecht sollte eine vertikale Haftungskette schaffen, die die Herausbildung neuer Formen vertikalen Risikomanagements entlang der verschiedenen Phasen des Produktionsprozesses stimulieren könnte. In Japan und Deutschland wurden bereits Erfahrungen mit ökologischen Vereinbarungen zwischen den Firmen einer Produktionskette gesammelt⁴⁸. Das Haftungsrecht sollte nicht zögern, durch die Drohung mit seinen drastischen finanziellen Sanktionen solche Vereinbarungen zu erleichtern.

Dem amerikanischen „Superfund“ liegt wiederum ein anderes Prinzip zugrunde⁴⁹. Hier werden nicht sozio-ökonomische Konfigurationen haftbar gemacht – weder formale Organisationen wie bei der „enterprise liability“, noch Märkte wie bei der Haftung nach Marktanteilen, noch vertikale Produktionsketten. Statt dessen definiert das Recht soziale Einheiten nach geographischen Kriterien. Kontaminierte Landschaften sind die neuen ökologischen Problembereiche, zu denen bestimmte Akteure in einer engen Beziehung stehen. Das Recht schafft ein Zwangskollektiv dieser reichlich heterogenen Akteure – Landeigentümer, Produzenten gefährlicher Stoffe, Transportunternehmer und Manager des kontaminierten Grundstücks –, die es gesamtschuldnerisch für die Schäden und für die Kosten der Wiederherstellung haftbar macht. Die „Einheit“ des Risikomanagements ist ein bestimmtes soziales Arrangement, das um einen geographischen Risikobereich herum zentriert ist. Das Recht des „Superfund“ räumt der zuständigen Umweltbehörde einen weiten Ermessensspielraum ein, um den ausgedehnten Risikopool der kontaminierten Stätte selber zu definieren, aber auch, um innerhalb dieses Pools eine Kerngruppe von Akteuren auszuwählen, die über die notwendigen Ressourcen und über

48 Weidner, Rehbinder & Sprenger (1990).

49 Stewart (1991).

die notwendige Expertise für ein effektives Risikomanagement verfügen⁵⁰.

„Bubbles“ sind vergleichbare kollektive Risikoeinheiten, die durch geographische Grenzen definiert werden. Gruppen von industriellen Luftverschmutzern werden in einer (un)sichtbaren „Cupola“ zusammengefaßt, für die globale Grenzwerte der Belastung festgelegt werden. Innerhalb dieser „bubbles“ können dann individuelle Verschmutzungsrechte gehandelt werden⁵¹. Werden aber die Grenzwerte überschritten, treten Probleme kollektiver Haftung auf⁵². Haftung nach Verschmutzungsanteilen – „pollution share liability“ – könnte eine Antwort sein. Interessanter noch sind die Fälle, in denen der Handel mit Verschmutzungsrechten zu perversen Effekten führt, wenn sich zum Beispiel „hot spots“ bilden, unerwünschte lokale Verschmutzungskonzentrationen innerhalb der globalen Grenzen der „bubble“. Die dann entstehenden neuen kollektiven Haftungsprobleme können auf den Staat als den Initiator der „bubble“ verlagert werden⁵³; mit dem gleichen Recht kann man sie aber auch auf das Verschmutzerkollektiv, auf die „Bubble“ selber verlagern⁵⁴.

In Deutschland läuft eine lebhafte Debatte, ob und wie man regional dezentralisierte *Umweltgenossenschaften* schaffen könnte, die kollektive Haftung mit kollektivem Risikomanagement verbinden würden⁵⁵. Sie könnten auf dem altbekannten Institut der Wasserverbände aufbauen, die Schäden durch Wassernutzung und Bergbau kollektiv regeln. Sie müßten nur ihren Satzungszweck entsprechend den neuen ökologischen Bedürfnissen neu bestimmen.

„Der Zusammenschluß aller Schadstoffeinleiter eines Flußlaufes bzw. aller Luftverschmutzer eines Raumes in je einer Genossenschaft bietet einzigartige

50 Stewart (1991), 112.

51 Dales (1968); Rauber & Feldman (1987).

52 Keeler (1991).

53 Roberts (1982), 1026 ff; Peeters (1991), 162.

54 Boucquey (1994).

55 Bohne (1987); Kinkel (1989), 295 f; Reh binder (1989), 161; Wagner (1990).

Möglichkeiten sachnaher, regionalen Besonderheiten Rechnung tragender Umweltvorsorge. Da der Eintritt von Umweltschäden in aller Regel eine Frage der Dosis, also der Schadstoffkonzentration und des Expositionszeitraums ist und der Großteil der Emissionen in Emittentennähe niedergeht, wären regionale Zuständigkeiten im Bereich der Umweltvorsorge empfehlenswert⁵⁶.

Aus dem Zitat wird deutlich, daß regionale und dezentralisierte Risikopools gerade wegen ihrer Eignung für kollektives Risikomanagement bevorzugt werden.

Wenn die Konturen der ökologischen „Cupola“ entsprechend dem betroffenen ökologischen Problembereich ausgeformt sind, bleibt die weitere Frage zu klären, welche Aktivitäten von ihr überdeckt werden sollen. Wer ist Mitglied des Risikopools? Wieder scheint mir die Eignung für kollektives Risikomanagement entscheidend zu sein. Es ist kein Zufall, daß die deutsche Rechtsprechung, als sie über die Verantwortlichkeit des Staates für das „Waldsterben“ entschied, im Laufe ihrer Begründung eine kollektive Haftung der Autofahrer nicht in Erwägung zog, obwohl Autofahren der wichtigste Ursachenkomplex in diesem ökologischen Problembereich ist⁵⁷. Der Grund für den Ausschluß der wichtigsten „Ursache“ ist eine schlichte Zweckmäßigkeitserwägung. Geringfügige Beiträge von Millionen von Autofahrern, die gemeinsam zu einem schwerwiegenden Risiko beitragen, schafft eine besondere Risikosituation, die es höchst unzumutbar macht, eine kollektive Haftung anzunehmen. Diese Situation ist nicht typisch für die neue kollektive Haftung, die eine nicht zu große Gruppe von Risikoverursachern zu einem aktiven gemeinsamen Risikomanagement veranlassen könnte, sei es auf der Basis der „deep pocket“, sei es auf der Grundlage einer gemeinsamen institutionellen Risikokontrolle. Aktives gemeinsames Risikomanagement bezieht sich auf relative kleine „homogen zusammengesetzte, überschaubare, interaktive Kollektive“⁵⁸. Das führt zu einer Definition der haftungsrechtlichen Risikopools,

56 Wagner (1990), 112.

57 BGHZ 102, 350, 362 f.

58 Wagner (1990), 109; Kinkel (1989), 296.

die den Durchschnittsbürger mit kumulierenden Kleinrisiken ausschließt und sich statt dessen auf „corporate, professional, and governmental defendants“ konzentriert und so Risiken effektiver vorbeugt und sie besser verteilt⁵⁹.

Ein ähnliches Prinzip findet sich in der market share liability. Häufig ist die Tendenz zu verspüren, die Haftung nur auf „substantielle“ Risikoverursacher zu erstrecken⁶⁰. Das gleiche gilt für die Haftung mehrerer Verschmutzer gemäß § 22 Wasserhaushaltsgesetz. Der amerikanische „Superfund“ kennt eine „de minimis“-Klausel, die es der zuständigen Behörde erlaubt, sich mit Verursachern, die nur geringfügige Beiträge geleistet haben, finanziell zu vergleichen, und sich auf die großen und mächtigen Mitspieler zu konzentrieren⁶¹. In all diesen Fällen ist die juristische Haftung an eine bestimmte soziale Handlungsfähigkeit geknüpft.

Schließlich stellt sich das Problem, welche Pflichten den individuellen Mitgliedern der „Cupola“ auferlegt werden. Für einzelne Unternehmen im Pool zeichnen sich heute schon die Umrisse einer „ökologischen Loyalitätspflicht“ ab, ganz parallel zu der wohlbekannteren gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Zum Beispiel regelt § 5 BImSchG eine „ökologische Organisationspflicht“⁶². Ähnliche Entwicklungen finden auch oberhalb des Niveaus der Einzelunternehmen statt. Wieder können die „hot spots“ in „bubbles“ als Beispiel dienen⁶³. In einem Markt für Verschmutzungsrechte steht es den Teilnehmern frei, so viele Rechte zu kaufen und zu verkaufen wie sie wünschen. Aber der institutionelle Kontext legt ihnen Treuepflichten, „fiduciary duties“ auf, die sich aus dem ökologischen Zweck der „bubble“ ableiten lassen. Die „bubble“ ist letzten Endes keine bloße ökonomische Institution, sondern eine ökologische Institution mit dem Ziel, die Umwelt durch einen Markt für Verschmutzungs-

59 Priest (1990), 219.

60 Sindell v. Abbott Laboratories, 607 P.2d 924 (Cal. 1980).

61 Stewart (1991), 112.

62 Feldhaus (1991), 931.

63 Roberts (1982); Boucquoy (1994).

rechte zu schützen. Dieser Gesetzeszweck rechtfertigt es, daß die Rechtsprechung Verhaltenspflichten für die Mitglieder der „bubble“ entwickelt, die über die gewöhnlichen deliktischen Verhaltenspflichten im Markt („lauterer Wettbewerb“) oder die gewöhnlichen Treuepflichten innerhalb ökonomischer Organisationen („gesellschaftsrechtliche Treuepflichten“) hinausgehen. Diese Verhaltenspflichten verbieten es im Falle eines „hot spot“ dem einzelnen Mitglied, so viele Verschmutzungsrechte zu kaufen und zu nutzen, daß eine unerträgliche lokale Belastung entsteht, selbst wenn die globalen Grenzwerte der „bubble“ dabei nicht überschritten werden sollten. Ich vermute, daß die weitere Entwicklung der Risikopools noch zu zahlreichen weiteren Anwendungsfällen ökologischer Treuepflichten für Mitglieder des Pools führen wird.

Das beunruhigendste, gleichzeitig aber auch das vielversprechendste Thema in diesem Zusammenhang heißt: „Solidarität“ im Risikopool.⁶⁴ Wir haben gesehen, daß kollektive Haftung bedeutet, einzelne Akteure für Taten verantwortlich zu machen, die andere begangen haben. Wenn wir das in die Sprache der Rechtslichten übersetzen, dann wird jedem Poolmitglied die Pflicht auferlegt, das Verhalten der anderen Poolmitglieder zu überwachen. Heißt das nicht, Unmögliches zu verlangen? Selbst solche Akteure, die alles Erdenkliche unternehmen, um das von ihnen selbst gesetzte Risiko zu verringern, können dieser Pflicht nicht entinnen. Sie haben die unvermeidbare Konsequenz der Lockerung des Kausalitätserfordernisses zu tragen: Ihre individuelle Risikosphäre ist nicht mehr das einzelne Unternehmen, sondern der ganze Pool. Dies führt natürlich zu Kritik unter Berufung auf Fairneß und Effizienz und verleitet manchen dazu, den ganzen kollektiven Ansatz zur ökologischen Haftung zu verdammen (siehe oben). Insbesondere im Rahmen der „Superfund“-Haftung erscheint es

64 Bush (1986), 1473 ff.

„questionable from an efficiency point of view whether current owners of pieces of land who had no influence on pollution should be jointly and severally liable with the former owners and polluters of the land“⁶⁵.

Gleichzeitig scheint dieser beunruhigende Aspekt das Hauptmotiv der Befürworter der Risikohaftung zu sein, die „Cupola“ unsichtbar zu machen.

Es gibt nur eine wirkliche Lösung, nur eine Möglichkeit, dieser Pflicht nachzukommen – durch effektive Zusammenarbeit! Der wesentliche Grund dafür ist im Charakter des „Gutes“ zu finden: In unseren Konstellationen sind Verbesserungen der ökologischen Sicherheit

“... a ‚local public good‘ to the industry. A concerted industry effort to improve safety is required since, by definition, the problem is inherent in the nature of the product and is not the result of carelessness by individual producers“⁶⁶.

Deshalb schafft das kollektive Haftungsrecht letzten Endes - *de facto* – eine Pflicht, zur gemeinsamen Risikokontrolle zusammenzuarbeiten, eine Pflicht, sich zu kollektivem Handeln zu organisieren, eine Pflicht, Institutionen zu schaffen, die das kollektive Management kollektiver Risiken übernehmen, was im Prinzip Präventionsforschung bedeutet.

Im Kontext der Gefährdungshaftung ist es natürlich nicht besonders sinnvoll, von einer „Rechtspflicht“ zur Kooperation zu sprechen, da Voraussetzung für die Haftung allein der Schaden ist, ob die Pflicht nun erfüllt wurde oder nicht. Aber selbst in diesem Kontext taucht die „Pflicht“ als eine faktische Obliegenheit zur Prävention wieder auf. Wer auf einem Markt tätig wird, wo eine Haftung nach Marktanteilen gilt, und sein Haftungsrisiko reduzieren möchte, kann sich nicht darauf beschränken, die Risiken im eigenen Unternehmen zu reduzieren; vielmehr tut er gut daran, sich nach Instanzen kollektiver Überwachung aller Marktteilnehmer umzuschauen.

Im Zusammenhang der Verschuldenshaftung macht es um so mehr Sinn, den Gedanken einer Kooperationspflicht

65 Hofstetter (1994), 13.

66 Rose-Ackerman (1990), 745.

weiterzuverfolgen⁶⁷. Wenn das konkrete Ausmaß der erforderlichen Sorgfalt in einer Situation gemeinsamer Haftung zu bestimmen ist, genügt es nicht, allein auf die Vorsorge im individuellen Unternehmen abzustellen. Es muß näher bestimmt werden, welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um die Risiken in dem gesamten Risikopool zu reduzieren. Das Recht schafft eine „Organisationspflicht“, nach der das Management jedes einzelnen Unternehmens sicherzustellen hat, daß sich alle Firmen kollektiv um Risikoreduzierung bemühen, indem sie Personal, Material und technische Abläufe entsprechend organisieren. In dem Zusammenhang sollten freilich Überlegungen angestellt werden, ob ein adäquater individueller Beitrag zur kollektiven Risikokontrolle genügen kann, um der kollektiven Haftung zu entkommen (s. unter V.).

IV. Auswirkungen auf die reale Welt

An dieser Stelle sollten wir allerdings vorsichtiger sein. Denn wenn wir über Vorbeugung und Risikokontrolle sprechen, dann verlassen wir die symbolische Welt des Rechts und beschäftigen uns mit den Auswirkungen des Rechts auf die reale Welt. Diese Beziehung ist durchaus nicht so eng und unmittelbar wie es die Annahme Norm-Sanktion-Gehorsam der traditionellen Rechtswissenschaft voraussetzt. Wir sollten uns auch nicht von der „law-and-economics“-Rhetorik verführen lassen, die uns glauben machen will, daß schon kleine Veränderungen im Recht, zum Beispiel eine Änderung des Fahrlässigkeitsmaßstabes, unmittelbar als wirtschaftliche Anreize zur Prävention wirken⁶⁸. Statt dessen sollten wir uns aufmerksam anhören, was empirische Untersuchungen zu den realen Effekten des Rechts und was theoretische Studien zu den komplizierten Beziehungen zwischen Rechtsnormen und wirtschaftlichem Verhalten

67 Siehe auch Brüggemeier (1994), 4.3.

68 Deutlich bei Tietenberg (1989), 308 ff.

zu sagen haben⁶⁹. Sie legen es uns nahe, das über-optimistische Modell „Anreize durch Rechtsnormen“ durch das bescheideneren Modell „social order from legal noise“ zu ersetzen⁷⁰.

Empirische Untersuchungen über die realen Auswirkungen des Haftungsrechts machen deutlich, daß Wirtschaftsunternehmen Änderungen des Haftungsrechts, selbst so dramatische wie den Übergang von Verschuldenshaftung zur Gefährdungshaftung, nur als „outside noise“, als extrem unbestimmte Botschaften wahrnimmt, und nicht als klare Signale, die zur Feinabstimmung korporativen Verhaltens zwingen, wie es die juristische und ökonomische Literatur gerne annimmt.

„All the firms viewed product liability as essentially a random influence, generating no clear signal as to how to adjust design behavior. ... we were struck in the companies that we visited by how few changes in law were transmitted to those involved in design decisions“⁷¹.

Soziologische Theorien über die Wechselbeziehung von Rechtsnormen, Politikentscheidungen und wirtschaftlichem Handeln von Max Weber (1921: 319ff) bis Niklas Luhmann (1988: 324ff) klären uns darüber auf, daß diese Übermittlungsschwierigkeiten nicht einfach auf Informationsverluste zurückzuführen sind, die durch Verbesserung der Kommunikation beseitigt werden könnten. Tatsächlich werden wir hier mit kommunikativen Verzerrungen konfrontiert, die aus der inneren Logik der verschiedenen beteiligten Sinnwelten resultieren: ökologische Politikprozesse, die Praxis des Deliktsrechts, die Dynamik des relevanten Marktes, die interne Politik formaler Organisationen. Kein Zweifel, Recht und Politik senden Signale an die Wirtschaft, die ihre Handlungen an diesen Differenzen auch auszurichten hat.

69 Z.B. Weber (1987); McGuire (1988).

70 Zu dieser Formel allgemein Förster (1984), Kap. 1; bezogen auf das Recht Teubner (1989), Kap. 5.

71 Eads/Reuter (1983), 107 und IX.

„Aber dieser Effekt ist schon nicht mehr Steuerung und auch nicht steuerbar, weil er davon abhängt, was im Kontext anderer Systeme als Differenz konstruiert wird und unter die dort praktizierten Steuerungsprogramme fällt“⁷².

Wirtschaftsunternehmen „verstehen“ Rechtsnormen nicht als gültige normative Gebote, die unbedingten Gehorsam verlangen. Vielmehr nimmt die Welt der Wirtschaft Rechtsnormen extrem selektiv wahr und rekonstruiert sie in einem vollständig anderen Bedeutungszusammenhang. Entsprechend der internen Logik des konkreten Marktes und des konkreten Unternehmens werden rechtliche Signale neu konstituiert. Im Prinzip rekonstruiert jede dieser Sinnwelten die rechtlichen Signale, aber ein und dasselbe rechtliche Signal kann durchaus in einer Vielfalt von ökonomischen Rekonstruktionen wiedererscheinen⁷³. Die Auswahl zwischen verschiedenen Rekonstruktionen hängt jeweils von der konkreten Situation ab. In der Welt ökonomischer Transaktionen werden Haftungsregeln auf verschiedene Weisen rekonstruiert: meist als reine Kostenfaktoren, manchmal als wirtschaftliche Eigentumsrechte, gelegentlich als Verhandlungsmasse – und nur selten als Änderung der Akteurspräferenzen. In der internen Entscheidungswelt von Organisationen wiederum werden sie in anderer Vielfalt verschiedener Bedeutungen rekonstruiert: als organisatorische Beschränkungen, als interne Machtpositionen, als neue Elemente im „goal set“, als rein rechtliche Probleme, die nur die Juristen angehen, als Kostenfaktoren, die die Finanzabteilung betreffen – und nur selten als Anreize für Manager, die Überwachung der Produktion zu ändern oder für Ingenieure, das Produktdesign zu ändern.

Dies erlaubt, die folgenden Ergebnisse empirischer Untersuchungen, die optimistische Annahmen über die Erzeugung von Anreizen auf dem Markt widerlegen in einem anderen Lichte zu sehen:

„In reality, however, the connection between the law and product design is sufficiently weak that even quite major changes in the law would have little

72 Luhmann (1988), 337.

73 Dazu genauer Teubner (1991), 531 ff.

effect on the behavior of firms ... except to the extent that such change led to significant changes in the overall cost of product claims“⁷⁴.

Innerhalb wirtschaftlicher Organisationen geht die rechtliche Botschaft infolge der typischen Arbeitsteilung zwischen verschiedenen Abteilungen regelmäßig verloren, bevor sie einen Anreiz bilden kann, andere Entscheidungen zu treffen⁷⁵. In manchen Organisationen fanden empirische Untersuchungen sogar bewußte Strategien, die „substantial efforts to keep their ... liability problems separate from their ongoing operating decisions“ unternahmen⁷⁶.

Nach einer solchen zweifachen kommunikativen „Verzerrung“ rechtlicher Botschaften durch den Markt und durch die Organisation besagen die Signale rechtlicher Haftung bestenfalls: „Be careful or you will be sued“⁷⁷. Dieses unbestimmte Signal wird sicher nicht regelmäßig in präventive Maßnahmen umgesetzt, sondern in Umgehungsmanöver aller Art entsprechend der jeweils vorherrschenden Strategie der Organisation.

Das Norm-Anreiz-Modell kann diese komplizierten Rekonstruktionsprozesse in verschiedenen Sinnwelten, in ökologischer Politik, im Haftungsrecht, in Markttransaktionen und in der internen Dynamik von Organisationen nicht systematisch erfassen. Es subsumiert sie alle unter die eindimensionale Sprache wirtschaftlicher Kostenüberlegungen, und berücksichtigt Abweichungen in der realen Welt allenfalls durch *ceteris paribus*-Klauseln oder durch Ad-hoc-Anpassungen des Modells an die „Realität“⁷⁸. Daher hat das Norm-Anreiz-Modell nur beschränkten Nutzen für unser Problem, wie sich das Haftungsrecht in der realen Welt auswirkt, wenn es eine neue kollektive ökologische Haftung einführt. Wir ersetzen es besser durch das bescheidenere Modell wiederkehrenden „rechtlichen Drucks“ und „korporativer Reaktionen“, die ihrerseits wie-

74 Eads/Reuter (1983), IX.

75 Stone (1975), 201 ff; Scharpf (1987), 117 f.

76 Eads/Reuter (1983), 94.

77 Eads/Reuter (1983), VIII.

78 Etwa Tietenberg (1989), 315 ff.

der neuen rechtlichen Druck und neue korporative Reaktionen hervorrufen und so weiter in einem unendlichen selbstorganisierenden Prozess. Wir sollten daher skeptisch im Hinblick auf unsere technischen Fähigkeiten sein, raffinierte Kostenanreize zu ersinnen, die das Verhalten individueller oder korporativer Akteure in einer Welt ökonomischer Rationalität verändern sollen. Wir rechnen besser mit einer Vielfalt autonomer selbstorganisierender Prozesse – etwa der Prozesse ökologischer Politik, des Haftungsrechts, des Produktmarkts und formaler Organisationen – die operativ getrennt ablaufen und doch zur gleichen Zeit strukturell miteinander gekoppelt sind. Sie reagieren aufeinander, aber nur in einer extrem selektiven und eher unvorhersahbaren Weise⁷⁹. „Sustainable development“, not efficiency emerges thereby as the ultimate paradigm“⁸⁰.

Ebenso skeptisch sollten wir die prognostischen Fähigkeiten der eleganten soziologischen oder ökonomischen Modelle beurteilen. Konsequenzialismus ist im Haftungsrecht möglich und sinnvoll, aber nicht im Sinn von *ex ante*-Vorhersagen, als ob das Haftungsrecht mit Hilfe ökonomischer oder soziologischer Modelle effektiv die Effekte seiner Veränderungen vorhersagen könnte und auf diese Effekte durch antizipierte Anpassungen reagieren könnte. Konsequenzialismus *ex post* erscheint weitaus realistischer in dem Sinne, daß die Institutionen des Haftungsrechts sensibler gegenüber ihren realen Effekten in der Welt der Wirtschaftsorganisationen werden sollten als sie es zur Zeit sind. Sie sollten ihre Konzepte an ihre tatsächlichen Erfahrungen mit korporativen Reaktionen anpassen und neuen rechtlichen Druck und neue korporative Reaktionen in einem langfristigen „Entdeckungsverfahren“ schaffen, das auf dem Prinzip „order from noise“ aufbaut.

Was läßt sich dann aber über die Reaktionen der Wirtschaftsunternehmen auf die neue ökologische Risikohaftung noch sagen? Rückzug der Versicherungsindustrie vor den ökologischen

79 Blecher (1994).

80 Hofstetter (1994), 14.

Risiken? Erfindung neuer Versicherungstechniken, die an die gesamtschuldnerische Haftung angepaßt sind? Entstehung von Institutionen des kooperativen Risikomanagements? Opportunistisches Verhalten von Unternehmen in Situationen kollektiven Handelns, das zu einem ineffizienten Niveau ökologischer Prävention führt? Nichts als defensives Verhalten in Prozeßführungsstrategien? – Empirisches Material existiert durchaus, insbesondere im Bereich der Produkthaftung⁸¹. Aber insgesamt genügt dieses Material nicht, um schon von stabilen Mustern korporativer Reaktionen sprechen zu können, auf die das Haftungsrecht seinerseits mit neuen Maßnahmen rechtlichen Drucks reagieren könnte, um dann wiederum neue Reaktionen abzuwarten. In einer solchen unübersichtlichen Situation können wir uns nur auf die Diskussion einzelner Szenarios zurückziehen, in denen wir auf der Basis der vorhandenen begrenzten Erfahrung über Handlungsmöglichkeiten in parallel ablaufenden juristischen und ökonomischen Prozessen spekulieren können.

V. Szenario I: Opportunismus – Eigennutz und Tücke

Während die kollektive Haftung unter dem Gesichtspunkt ausgleichender Gerechtigkeit sehr viel Sinn macht, erzeugt sie doch gleichzeitig Probleme kollektiven Handelns, auf die korporative Akteure möglicherweise opportunistisch reagieren. Wenn Opportunismus die korporative Reaktion gegenüber einem System kollektiver Haftung darstellt, gibt es darauf eine adäquate rechtliche Antwort?

Gegenüber dem strikt individuellen Haftungssystem weist eine Kollektivhaftung folgende Vorteile auf. Erstens dient sie der Ausgleichsfunktion des Haftungsrechts, da die Geschädigten auch in einer Situation entschädigt werden können, in der die Individualhaftung schlicht versagen würde. Zweitens kann man, da über den Risikopool die Kosten vollständig internali-

⁸¹ Eads/Reuter (1983); Weber (1987); McGuire (1988).

sirt werden, im Sinne der Steuerungsfunktion des Haftungsrechts eine Reallokation von Ressourcen erwarten. Jedenfalls theoretisch fallen dann alle Kosten auf den Risikopool zurück, was insgesamt die Preise beeinflussen und ökologisch riskante Aktivitäten im gesamten Pool verteuern wird. Drittens kann ein gewisser, wenn auch eher geringer, Abschreckungseffekt erwartet werden. Jedem einzelnen Teilnehmer des Risikopools droht ein bestimmter Anteil an der kollektiven Haftung. Je nachdem besteht dieser Anteil entweder in dem Risiko, auf der ersten Prozeßstufe als Gesamtschuldner in Anspruch genommen zu werden, oder in dem Risiko, in einem Folgeprozeß auf seinen Anteil verklagt zu werden, oder schließlich in dem Risiko, über die Haftung nach Marktanteilen oder in einer anderen Form direkter Haftungszuweisung „pro rata“ in Anspruch genommen zu werden. Diese Situation kann die Risikokalkulation der Akteure beeinflussen und kann zu einem höheren Vorsorgeniveau führen. Im Idealfall würde die drohende Haftung in eine gemeinsame Anstrengung der Verschmutzer umgesetzt, die ökologischen Risiken zu minimieren. Aber genau hier stellen sich die berühmten Probleme kollektiven Handelns.

Wenn die kooperativen Bindungen innerhalb des Pools schwach sind, treten Probleme des „moral hazard“ auf, ähnlich denen einer kollektiven Versicherung, die individuelle Risiken auf eine Risikogemeinschaft verlagert⁸². Wenn sie sich sicher genug fühlen, nicht beobachtet zu werden, werden individuelle Unternehmen ihre spezifischen Risikobeiträge nicht reduzieren, da eine solche Reduktion ihre Haftung nicht im gleichen Maß vermindert. Weil ihre Haftung vom Verhalten Dritter abhängt, die sie nicht kontrollieren können, würden sie eher weniger für die Vermeidung ökologischer Risiken aufwenden. Im Ergebnis wäre das Niveau individueller Vorsorge niedriger als in einer – allerdings rein hypothetischen – Situation strikt individueller Zurechnung.

82 Adams (1985), 225 ff; Abraham (1987), 863; Rehbinder (1989), 151; Wagner (1990), 45 f.

Es ist empirisch erhärtet, daß hier eine reale Gefahr liegt. Keeler (1991) zeigte, daß innerhalb einer „bubble“, einem Markt für Verschmutzungsrechte, wo ein globaler Grenzwert individuelle Begrenzungen der Verschmutzung ersetzt, das Risiko der Überschreitung des Standards höher ist als unter einem System individueller Grenzwerte.

Ähnliche Probleme stellen sich für kollektive Vorsorgemaßnahmen. Obwohl es im Interesse eines jeden Poolmitgliedes wäre, sich an der kollektiven Risikovorsorge zu beteiligen, um das Haftungsrisiko und die begleitenden Kosten der Ersatzleistung für alle zu reduzieren, erscheint es unter bestimmten Umständen unwahrscheinlich, daß sie sich so verhalten. Mit Mancur Olson (1965) würde man argumentieren: Wenn die Anzahl der Poolmitglieder groß ist, keine kooperativen Bindungen vorhanden sind, Wettbewerbsbedingungen vorherrschen und „selektive Anreize“ oder massive negative Sanktionen fehlen, werden die Poolmitglieder keine gemeinsamen Anstrengungen unternehmen, selbst wenn das die Kosten für jedes Poolmitglied senken würde.

Dieses „Olson-Problem“ kollektiver Risikokontrolle, zusammen mit dem „moral hazard“ individueller Vorsorge hat eine ökonomisch motivierte Kritik verschiedener neuer kollektiver Haftungssysteme geführt – market share, „Superfund CERCLA“ und allgemeiner, der gesamtschuldnerischen Haftung bei mehrfacher Kausalität – ausgelöst⁸³. RechtsökonomInnen hegen ein tiefes Mißtrauen gegenüber kollektiven Lösungen, selbst dann, wenn sie effektiv der Ausgleichsfunktion dienen und die Ressourcenallokation effizienter machen. Ihre Kritik zielt auf die in der Tat schwache präventive Wirkung. Dabei dürfte auch den Kritikern bewußt sein, daß ihre Kritik nur dann trägt, wenn sie kollektive Haftung mit einer streng individualistischen Haftung vergleichen, die gegenüber den hier angesprochenen komplexen ökologischen Fällen aber gerade versagt.

83 Epstein (1985), 1377; Huber (1985), 277; Abraham (1987), 883 ff; Marino (1991), 672 ff.

Der Präventionsschwäche der kollektiven Haftung kann man zu einem gewissen Grade abhelfen. An dieser Stelle ist es sinnvoll, über die Re-Individualisierung kollektiver Haftung nachzudenken. Wenn die Wirtschaftsunternehmen auf kollektive ökologische Haftung mit „moral hazard“, „free-riding“ und anderen Formen von Opportunismus, „self-interest seeking with guile“⁸⁴, reagieren, dann kann das Haftungsrechts seinerseits darauf reagieren, daß es dem individuellen Unternehmen seinen jeweiligen Anteil an der Verschmutzung schmerzhaft vor Augen führt, indem es den internen Verteilungsmaßstab neu bestimmt⁸⁵. Diese reindividualisierenden Bemühungen können natürlich wegen des Zusammenbruchs der individuellen Verursachung nicht das kollektive Element und den begleitenden Risikopool eliminieren, aber sie können auf der Kollektivierung aufbauend neue Tendenzen zur Individualisierung einführen. Sie können den kollektiven Verlust entsprechend den individuellen Merkmalen der Poolmitglieder neu verteilen.

Die Situation ist der Schaffung eines korporativen Akteurs vergleichbar: Im ersten Schritt (Bildung des Pools) werden Handlungen, Rechte und Verbindlichkeiten dem kollektiven Akteur als solchem zugerechnet. Im zweiten Schritt (Rückgriff) werden Verluste und Gewinne individuell auf die Mitglieder entsprechend den jeweiligen Beiträgen verteilt. Der Vorteil eines solchen zweistufigen Verfahrens liegt darin, daß es die Vorteile kollektiver Haftung mit den Anreizen eines individualisierenden Rückgriffs verbindet. Die kollektive Haftung stellt sicher, daß die Opfer Ersatz erhalten, auch wenn keine individuelle Verursachung festgestellt werden kann; die individuelle Verteilung des Rückgriffs erzeugt für die Akteure Anreize, das ökologische Risiko zu verringern.

Es stehen verschiedene Haftungstechniken zur Verfügung, deren Kombination über die Balance zwischen Schadensausgleich, Abschreckung und Allokation entscheidet. Folgende Fragen stellen sich: Ist es sinnvoll, im Schadensersatzprozeß ge-

84 Williamson (1985), 47.

85 Marino (1991), 672.

samtschuldnerische Haftung anzuwenden und den Ausgleich der Schädiger untereinander auf Rückgriffsprozesse zu verlagern? Oder ist es sinnvoller, die individuellen Risikoanteile unmittelbar durch die Gerichte zuzuweisen, wie es bei market share liability geschieht? Sollte man Gefährdungshaftung und Verschuldenshaftung für die Auferlegung kollektiver Haftung und den individuellen Rückgriff kombinieren? Was sind die Kriterien für den individuellen Rückgriff: gleiche Anteile pro Kopf, Marktanteile, Risikobeiträge, Verschulden? In der Literatur werden verschiedene Kombinationen dieser Methoden diskutiert⁸⁶. Besonders interessant sind die Vorschläge einer „Haftung nach gewichteten Marktanteilen“, die das Kriterium des Marktanteils mit der individuellen Unfallwahrscheinlichkeit kombinieren⁸⁷. Ebenso interessant ist die Kombination von Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung bei der Haftung nach Marktanteilen: Primär gilt Haftung fahrlässiger Marktteilnehmer, sekundär gilt Gefährdungshaftung entsprechend den Marktanteilen⁸⁸.

Ich würde rechtspolitisch folgende Kombination vorschlagen: Im Verhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Risikopool sollte Gefährdungshaftung gelten, da sie die Ausgleichsfunktion fördert. Im Verhältnis zwischen dem Pool und seinen Mitgliedern sollte der Rückgriff soweit wie möglich individualisiert werden, so daß individuelle Anreize zur Risikoverhinderung gestärkt werden. Verschulden sollte hier der entscheidende Maßstab sein; wenn das nicht möglich ist, dann Zuweisung nach individuellen Risikobeiträgen; wenn das nicht möglich ist, Zuweisung nach Verschmutzungsanteilen oder Marktanteilen; wenn auch das nicht möglich ist, gleiche Anteile für alle Mitglieder.

Die Entscheidung zwischen gesamtschuldnerischer Haftung der Poolmitglieder mit anschließendem Rückgriff einerseits und direkter Haftungszuweisung durch die Gerichte im Haftungs-

86 Kornhauser / Revesz (1989), 837 ff; Marino (1991); Bodewig (1985), 531 ff.

87 Marino (1991), 674.

88 Kornhauser / Revesz (1989), 837 ff.

prozeß andererseits ist schwierig zu treffen, da beide Methoden schwerwiegende Nachteile aufweisen⁸⁹. Gesamtschuldnerische Haftung ist sehr vorteilhaft für die Geschädigten, da sie ihnen die beliebige Auswahl eines Schädigers erlaubt, dem Geschädigten schon vollen Schadensersatz durch nur ein Poolmitglied gewährt, den Haftungsprozeß von der Berechnung der individuellen Anteile im Pool entlastet, und es dem ersten Beklagten überläßt, seinen Rückgriffsanspruch gegenüber den anderen Poolmitgliedern entsprechend ihren Anteilen am Risiko und am Verschulden in einer Serie von Folgeprozessen durchzusetzen. Die Nachteile der gesamtschuldnerischen Haftung liegen in Fairneßproblemen gegenüber dem ersten Beklagten, der mit den vollen Risiken des Haftungsprozesses und der Rückgriffsprozesse belastet wird, und erschreckend hohen Prozeßkosten⁹⁰. Die zweite Methode – Zuweisung der Haftungsanteile durch die Gerichte unmittelbar im Haftungsprozeß – löst zwar das Fairneßproblem und vermeidet die hohen Transaktionskosten der Rückgriffsverfahren. Es belastet aber die Geschädigten mit dem Problem, jedes einzelne Poolmitglied zu identifizieren und zu verklagen, und mit dem zusätzlichen Problem, den jeweils richtigen Anteil von den einzelnen Poolmitgliedern einzuklagen, was sich als eine teure Prozedur herausgestellt hat⁹¹. Im Interesse der ökologisch Geschädigten würde ich die erste Lösung bevorzugen. Wir sollten allerdings im Auge behalten, daß beide Lösungen ein schwerwiegendes Fairneßproblem aufweisen und unverhältnismäßig hohe Transaktionskosten verursachen.

All diesen Anstrengungen, den individuellen Anteil so präzise wie möglich zu bestimmen, liegt freilich ein tieferes Problem zugrunde.

„Fine-tuning damage awards to better reflect marginal harms, however, may be just so much academic hairsplitting because of a deep paradox that lurks beneath those cases where damages are exactly proportional to market share. ...

89 Rosenberg (1987), 220 f.

90 Weber (1989), 1488 f.

91 Rose-Ackerman (1990), 743 ff.

the efficiency of a market-share test is very limited ... it will not generate efficient caretaking unless firms can collude⁹².

Das ist schwer zu schlucken! Einerseits führt die fortschrittlichste Methode der individuellen Schadenszuweisung zu ineffektiver Prävention; andererseits würden kollusive/kooperative Lösungen, die vielleicht effektiver wären, gegen geheiligte Prinzipien des Wettbewerbsrechts verstoßen. Diese paradoxe Situation ist der Grund, warum Rose-Ackerman (1990: 746) letzten Endes auf das Deliktsrecht verzichtet und sich auf staatliche Regulierung verläßt, was auch immer deren Nachteile sein mögen⁹³.

Aber warum nicht „Kollusion“ als dritten Weg zwischen Deliktsrecht und staatlicher Regulation ernstnehmen? Existiert nicht vielleicht eine Chance, daß Selbstorganisation innerhalb des Risikopools das Fairneßproblem lösen könnte und die Transaktionskosten, die notwendigerweise anfallen, wenn die Haftungsanteile von einer außenstehenden Autorität – sei es einem Gericht oder einer Behörde – festgelegt werden, drastisch verringern könnte? Und vor allem, könnte eine solche „Kollusion“ nicht „efficient caretaking behavior“ auslösen⁹⁴?

„In effect, the threat of joint and several liability motivates a collaborative solution among tortfeasors. Just as the defendants will collaborate to minimize their joint expenses as if they were a single person or entity in a concert of action case, so a group of independent firms may apportion liability through contract to avoid inefficient and unfair effects of joint and several liability“⁹⁵.

92 Rose-Ackerman (1990), 745.

93 Siehe auch Menell (1991).

94 Rose-Ackerman (1990), 745. Freilich stellen sich hier eine Reihe wettbewerbsrechtlicher Probleme, die einer eigenen Untersuchung bedürfen. Läßt sich die durch das Haftungsrecht erzwungene „Kollusion“ effektiv auf „ökologische“ Zusammenarbeit beschränken? Wie kann man die Unternehmen daran hindern, in diesem Zusammenhang auch gleichzeitig Preisabsprachen etc. zu treffen? Sind es die Vorteile der kollektiven Haftung für Umweltschäden wert, für ganze Industriezweige das Wettbewerbsrecht einzuschränken?

95 Rosenberg (1987), 229 ff.

Selbstorganisation der Aufteilung des Rückgriffs ist in der Tat eine attraktive Lösung. Wenn der ökologische Risikopool als korporativer Akteur organisiert ist, lassen sich die Nachteile beider besprochenen Lösungen vermeiden. Der Geschädigte braucht nur einen Schuldner zu verklagen (den Pool oder eines seiner Mitglieder, je nach der juristischen Konstruktion des Pools), kann vollen Ersatz seiner Schäden verlangen und muß sich nicht um die Aufteilung des Schadens unter den Poolmitgliedern kümmern. Die Aufteilung wird durch interne Selbstverwaltung geregelt. Die Regeln für die Aufteilung mit Hilfe praktikabler Kriterien lassen sich im voraus vereinbaren. So können beträchtliche Informationskosten und Kosten der Rechtsverfolgung vermieden werden. Die Kosten einer solchen privaten Risikoallokation „are likely to be less than those entailed by post-accident judicial allocations using either apportioned liability or the increasingly common contribution rule“⁹⁶. Im Idealfall werden die privaten Regeln der Schadensenteilung die Haftung des Pools in einem solchen Ausmaß re-individualisieren, daß individuelle Anreize für die Prävention geschaffen werden. Aber wie sind die Aussichten für eine kollektive Prävention ökologischer Risiken?

VI. Szenario II – Gemeinsame ökologische Risikoprävention

Ist das nur ein Phantasieprodukt sozio-juristischer Träumer, welche die harten Lehren der Rechtsökonomik nicht begreifen wollen? Es gibt zumindest einige empirische Hinweise, die darauf hindeuten, daß manche Reaktionen der realen Wirtschaftsakteure auf den Druck des Haftungsrechts dem vorherrschenden ökonomischen Zynismus über kooperatives Handeln widersprechen. In einigen Fällen sind Institutionen des gemeinsamen Risikomanagements entstanden – vereinbar oder nicht mit Mancur Olson und seinen autoritären Konsequenzen. Sie haben Aufgaben interner Schadensaufteilung übernommen, und

⁹⁶ Rosenberg (1987), 231.

in manchen Fällen mehr als das. In manchen Fällen, so wurde berichtet, haben sie die Aktivitäten der Poolmitglieder durch „private Risikoregulierung“ überwacht. Der vielleicht vielversprechendste Aspekt solcher kollektiven Risikoregulierung ist die Aussicht, daß Joint Ventures für ökologische Innovationen entstehen, die integrierte ökologische Technologien an Stelle der herkömmlichen „end-of-the-pipe“-Technologien zu entwickeln in der Lage sind⁹⁷.

Die Chancen für ein durch Haftungsrecht ausgelöstes kollektives Risikomanagement sind jedoch je nach Kontext höchst unterschiedlich. Die Zahl der Akteure, die Struktur des Markts, die Machtbeziehungen im Markt, die Größe des Risikopools, die Intensität der kooperativen Bindungen, die Existenz korporativer Akteure, die industrielle Kooperation initiieren (Versicherungen, Wirtschaftsverbände), die industrielle kooperative Kultur, die Rolle öffentlicher Institutionen, die private Akteure zur Kooperation überreden oder auch zwingen – das scheinen die entscheidenden Faktoren zu sein, welche die spontane Entwicklung gemeinsamer ökologischer Risikoprävention beeinflussen. Es ist eine offene Frage, ob das Recht in der Lage ist, einige dieser Unterschiede zu berücksichtigen, um kooperative Vereinbarungen zu erleichtern und zu unterstützen.

1986 war ein Jahr der ökologischen Desaster – Tschernobyl und Sandoz. 1987 formulierte der Ciba-Geigy-Konzern die korporative Antwort auf eine Welle öffentlicher Kritik an der Pharmaindustrie, auf den Verfall ihres öffentlichen Ansehens, auf die Drohung staatlicher Eingriffe und den Druck des Haftungsrechts. Ciba-Geigy startete das sogenannte RAD-AR („Risk Assessment of Drugs – Analysis and Response“) gemeinsam mit den wichtigsten Pharmaunternehmen. Joint Ventures zum Risikomanagement wurden in jedem der wichtigsten betroffenen Länder gegründet: in den USA, Kanada, Japan, Großbritannien und Deutschland. Eine Arbeitsgruppe war die „Pharmacoepidemiology Group“, deren Aufgabe darin bestand, Informationen über Schäden zu sammeln

97 Siehe auch Brüggemeier (1994).

und den Zusammenhang zwischen verschriebenen Medikamenten und Schäden. Die andere Arbeitsgruppe war die „Perception/Communication Group“. Ihre Aufgabe war die Identifizierung von Risiken und Aufgaben der public relations⁹⁸.

Wir haben hier die typische Situation eines Oligopols mit nur wenigen mächtigen Akteuren, in der man tatsächlich erwarten kann, daß kollektives Risikomanagement entsteht. Berücksichtigt man die enormen Ressourcen der chemischen Industrie, könnte man sich gemeinsame Anstrengungen vorstellen, die über eine reine Versicherungsfunktion hinausgehen, Aufgaben der Erforschung ökologischer Risiken übernehmen und Techniken der Risikoprävention entwickeln, die die Finanzkraft individueller Unternehmen übersteigen.

In dezentralisierten Märkten mit zahlreichen Akteuren dagegen sind die Chancen eines kollektiven Risikomanagements wesentlich geringer als in einem Oligopol. Kooperation wird nur dann entstehen, wenn bereits vorher kooperative Bindungen existierten⁹⁹. Insbesondere Holdings und lose organisierte Gruppen unabhängiger Unternehmen mit dezentralisierten Entscheidungsprozessen haben eine Chance, auf den Druck des Haftungsrechts durch die Schaffung eines Risikomanagements jenseits der Unternehmensebene, das sich um ökologische Fragen kümmert, zu reagieren. Die Rechtsökonomik sieht Vorteile in einem solchen Konzern-Risikomanagement gegenüber einer Kontrolle von außen durch Gerichte oder Behörden: „... monitoring cost for preventing the pollution would basically be lower on the part of the parent than on the part of the political community“¹⁰⁰. Empirische Untersuchungen legen nahe, daß hier ein fruchtbares Feld für intensive Zusammenarbeit zwischen Unternehmen liegt. Unter dem Druck des Haftungsrechts werden individuelle Unternehmen, die Umweltabteilungen geschaffen haben, dazu neigen, diese Umweltabteilungen von dem einzelnen Unternehmen auf eine höhere

98 Burley (1991), 152 f.

99 Rosenberg (1987), 232.

100 Hofstetter (1994), 13.

Ebene zu verlagern. Im Fall eines Konzerns mit einem hohen Grad interner Arbeitsteilung ist diese Verlagerung besonders wichtig: „...there is a temptation to believe that the product as a whole is safe if each subsystem is safe“. Kooperative Bemühungen zwischen den einzelnen Unternehmen können daher „help surface especially subtle hazards caused by the interaction of subsystems in a technologically complex product“¹⁰¹.

Wieder anders ist die Situation, wenn der Risikopool entlang vertikaler Linien in einer Produktionskette oder in einer ökologischen Kette definiert ist. Hier ist die Gelegenheit für kooperative Risikokontrolle günstiger, da bereits vertragliche Verbindungen bestehen, die für Vereinbarungen genutzt werden können, die Haftungsrisiken definieren und das Verhalten überwachen. Die Akteure „will in effect comprise an economically interdependent enterprise spanning the entire chain of production and marketing“¹⁰². Marketing-Experten sagen eine gesteigerte vertikale Integration als das Ergebnis der neuen Risikohaftung voraus:

„The growth of market share liability could lead to greater cooperation within the channel as well as attempts by the most vulnerable channel members to control channel operations. Thus, the tendency toward vertical marketing systems is likely to be stimulated.

Fewer, larger manufacturer-distributor combinations will be better able to withstand the financial impact of intra-industry joint liability lawsuits. The economies of such large-scale operations may even allow the participating firms to self-insure should intra-industry risks become unratable. Smaller firms unable to withstand the financial impact of such a suit will be either forced out of business or compelled to become members of substantially larger distribution channels.

Current problems experienced by a channel member in seeking indemnification from other members will also lead to increased channel integration. ...

As a result, manufacturers may begin to monitor the actions of their suppliers more closely, perhaps demanding assurances about the quality of the supplied component or assuming some of the testing and inspecting functions“¹⁰³.

101 Eads/Reuter (1983), 95.

102 Rosenberg (1987), 230.

103 Boedecker/Morgan (1986), 74 f.

Es gibt einige Erfahrungen mit Zulieferernetzwerken und Vertriebsorganisationen, die diese Erkenntnisse bestätigen. Sie beziehen sich auf Situationen, in denen eine vertikale Kette infolge der Existenz eines zentralen Unternehmens, das die gesamte Struktur beherrscht, in eine sternförmige Beziehung umgewandelt wurde¹⁰⁴. Erfahrungen mit dem „Superfund“ zeigen, daß in einer solchen Situation das zentrale Unternehmen dazu neigt, die Rolle des entscheidenden korporativen Akteurs zu übernehmen, der die gemeinsame Verteilung der Verluste, die Überwachung des Verhaltens der anderen Unternehmen und die Planung der Risikoprävention übernimmt. Wieder spielt das Haftungsrecht eine entscheidende Rolle. Im „Superfund“ sind die finanziellen Risiken so hoch, ist der Risikopool so definiert, daß große Unternehmen fast automatisch diese Rolle übernehmen¹⁰⁵.

Unter anderen Umständen neigen Wirtschaftsverbände dazu, die Rolle des zentralen Akteurs zu übernehmen. Die in den USA gesammelten Erfahrungen sind nicht gerade überwältigend¹⁰⁶. Es gibt lediglich einige Reformvorschläge, die Selbstverwaltung ökologischer Risiken in ganzen Industriebranchen unter staatlicher Aufsicht befürworten, insbesondere die Schaffung branchenweiter Risikofonds¹⁰⁷. Die europäische Tradition körperschaftlicher Selbstverwaltung kennt allerdings erfolgreiche Beispiele privater Vereinigungen und semi-privater „Quangos“ („quasi non-governmental organisations“), die Aufgabe des Risikomanagements und der Risikoprävention übernehmen. Es gibt durchaus ermutigende Beispiele staatlich unterstützter körperschaftlicher Selbstverwaltung auf dem Gebiet der Arbeitssicherheit mit einem sorgfältig ausgearbeiteten Finanzsystem und einer eindrucksvollen Liste „privater Regulierung“. Die deutschen Berufsgenossenschaften sind ein erfolgreiches Beispiel semi-privater Verwaltungskörperschaften, die

104 Rosenberg (1987), 230.

105 Stewart (1991), 112 f.

106 Rosenberg (1987), 231.

107 Eubank (1991), 216 ff.

der heutigen Diskussion über „Umweltgenossenschaften“ als positives Beispiel dienen¹⁰⁸. Das Problem scheint in der adäquaten Definition des Risikopools zu liegen. Während die Berufsgenossenschaften ihre Risikopools branchenorientiert definieren und zentralisierte Organisationen auf Bundesebene sind, sollen zukünftige Umweltgenossenschaften entsprechend den ökologischen Problemgebieten auf einer dezentralisierten, regionalen Ebene organisiert werden¹⁰⁹.

Private Versicherungsunternehmen scheinen besonders gut für Aufgaben kollektiven Risikomanagements in einem ökologischen Problemgebiet gerüstet zu sein¹¹⁰. Sie haben professionelle Erfahrung mit Risikoverteilung und können risikorelevante Informationen sammeln, um die Kosten angemessen auf individueller Basis umzulegen. Es gibt außerdem empirische Beispiele, besonders aus dem Gesundheitssektor, wo Versicherungen tatsächlich eine aktive Rolle bei der Risiküberwachung und der Entwicklung von Techniken der Risikoprävention übernommen haben.

Die neue ökologische Haftung, insbesondere in ihren kollektiven Formen der Unternehmenshaftung, der Haftung nach Marktanteilen und der gesamtschuldnerischen „Superfund“-Haftung haben jedoch eine schwere Krise der Versicherungsindustrie ausgelöst¹¹¹. In den USA zog sich die Versicherungsindustrie schlicht von der Versicherung ökologischer Risiken zurück, obwohl die ökologische Versicherung das gewinnträchtigste Geschäft der achtziger Jahre zu werden versprach¹¹².

Es ist heute eine offene Frage, ob diese Krise durch eine grundlegende Unvereinbarkeit zwischen kollektiver Haftung, insbesondere gesamtschuldnerischer Haftung, und Grundprinzipien des Versicherungswesens ausgelöst wurde, wie einige

108 Wagner (1990), 106 ff.

109 Wagner (1990), 111 ff.

110 Abraham (1988), 954 f; Eubank (1991), 174.

111 Eubank (1991), 197 ff.

112 Brockett/Golden/Aird (1990).

Autoren annehmen¹¹³. Es ist ebenso wahrscheinlich, daß die Versicherungsindustrie eine Phase des Experimentierens durchläuft, nach der neue Methoden der Risikoberechnung und vielleicht sogar ein neuer Typ der Versicherungsorganisation entstehen werden. Jedenfalls scheinen im Moment alternative Versicherungsmethoden notwendig zu sein, um die spezifischen Strukturen kollektiver Risiken zu bewältigen. Die „risk retention group“ des „Superfund“ ist eine mögliche Antwort, eine weitere wäre eine Pflichtversicherung für die gesamte Branche, eine dritte die Institutionalisierung eines branchenweiten Fonds für ökologische Risiken¹¹⁴, eine Lösung, die als besonders geeignet erscheint für atomistische Märkte mit intensivem Wettbewerb, wo branchenweite Kooperation strukturell unmöglich ist und wo sowohl die Haftung nach Marktanteilen als auch die gesamtschuldnerische Haftung eher inadäquat erscheinen.

Schließlich scheinen die oben erwähnten Probleme kollektiven Handelns und des „moral hazard“ eine „hybride“ Form der Regulierung notwendig zu machen. In einer Mixtur privatrechtlicher Haftung und öffentlich-rechtlicher Regulierung können staatliche Behörden ihre regulatorische Macht mit den Waffen des Haftungsrechts kombinieren, um kollektive Risikokontrolle zu organisieren. Während derartige hybride Regime von staatlicher Kontrolle privater Selbstregulierung auf der Unternehmensebene deutliche Fortschritte machen¹¹⁵, sind ihre Aussichten auf der Ebene der Unternehmenskooperation noch unklar. Der amerikanische „Superfund“ zur Reinigung kontaminierter Grundstücke ist natürlich das zur Zeit aufregendste Experiment. In unserem Zusammenhang ist dabei ein Punkt entscheidend: Die anfallenden Rechtsverfolgungskosten sind enorm, verglichen mit den Beträgen, die effektiv zur Dekontaminierung verwendet werden¹¹⁶. Das unterstreicht die zentrale Bedeutung kollektiver Vereinbarungen – „vertraglicher Alloka-

113 Eubank (1991), 197 ff, 209 ff.

114 Eubank (1991), 216 f.

115 Feldhaus (1991), 928 ff.

116 Comment (1988), 289.

tion“ – die außergerichtlich von den beteiligten Firmen getroffen werden. Wie ein sympathisierender Beobachter bemerkt:

„In effect, contract allocation tailors legal regulation of toxic substance risk-taking to the individual needs of the parties and context. Its flexibility, in contrast to the more formal and rigid rules of judicial allocation, promises benefits in lower costs, swifter enforcement against cheating, and more protection for confidential information ... legal regulation of toxic substance risks may often be achieved effectively by creating incentives for, and by all means allowing, private contract and enforcement as an alternative or supplement to centralized command and control decision making by courts and other government agencies „¹¹⁷.

VII. Palermo oder Florenz?

Solche verstreuten Erfahrungen mit „hybriden Regulierungen“, die staatlich-politische Steuerung mit privaten kollektiven Vereinbarungen kombinieren, eröffnen eine Perspektive ökologischer neo-korporatistischer Vereinbarungen, die auf staatlicher Institutionalisierung und öffentlicher Kontrolle kollektiver Selbstorganisation von Unternehmen beruhen. Die neuen Formen kollektiven Risikomanagements sollen keineswegs individuelle Haftung einerseits oder staatliche Regulierung andererseits vollständig ersetzen. Es geht vielmehr darum, einen begrenzten und spezifischen Bereich ökologischer Risiken zu definieren, in dem das gemeinsame Risikomanagement privater Akteure individuelle Haftung und staatliche Regulierung ergänzen wird. Der Schwerpunkt sind solche Situationen ökologischen Risikos, in denen eine individuelle Zurechnung der Verursachung nicht mehr möglich ist und zugleich eine relativ kleine Gruppe von Verschmutzern identifiziert werden kann. In diesen Fällen sollte eine kollektive Haftung der Gruppe mit Anreizen für eine Institutionalisierung kollektiver Risikokontrolle kombiniert werden. Das kollektive Risikomanagement würde Schäden ersetzen, individuelle Risikobeiträge feststellen, riskante Aktivitäten der Gruppenmitglieder überwachen,

117 Rosenberg (1987), 237.

gemeinsame präventive Maßnahmen ergreifen und technologische Innovationen zur Risikokontrolle in Angriff nehmen. Diese kollektive Haftung kann freilich nicht diffuse ökologische Risiken großen Maßstabes abdecken, die von einer großen Zahl von Akteuren innerhalb großer Zeiträume und/oder ausgedehnter geographischer Räume verursacht werden. In diesen Fällen sind gesellschaftsumfassende ökologische Fonds und ökologische Steuern deutlich vorzugswürdig¹¹⁸. Ebenso wenig sollte die klassische individuelle Haftung in Fällen ersetzt werden, wo die kausalen Verbindungen eindeutig identifizierbar sind.

Es sieht so aus, als könnte die „Cupola“ ihre Umrisse verändern. Sie könnte sich von einer bedrohlichen Hierarchie der Öko-Mafia in eine die Umwelt schützende Institution entwickeln. Sollte sich die „Cupola Palermitana“ zur „Cupola Fiorentina“ wandeln?

Literatur

- Abraham (1987), Kenneth S.: Individual Action and Collective Responsibility: The Dilemma of Mass Tort Reform, in: *Virginia Law Review* 73, 845-907.
- Abraham (1988), Kenneth S.: Environmental Liability and the Limits of Insurance, in: *Columbia Law Review* 88, 942-988.
- Adams (1985), Michael: *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, Heidelberg: Decker & Schenck.
- Adams/Brownsword (1990), John N. und Roger: Privity and the Concept of a Network Contract, in: *Legal Studies* 10, 12-37.
- Assmann (1988), Heinz-Dieter: Multikausale Schäden im deutschen Haftungsrecht, in: A. Fenyves/H.-L. Weyers (Hrsg.): *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten*, Frankfurt: Metzner, 99-151.
- Bechmann (1990), Gotthard: Großtechnische Systeme, Risiko und gesellschaftliche Unsicherheit, in: J. Halfmann/K.P. Japp (Hrsg.): *Risikante Entscheidungen und Katastrophenpotentiale: Elemente einer soziologischen Risikoforschung*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 123-149.
- Bechmann (1991), Gotthard: Risiko als Schlüsselkategorie der Gesellschaftstheorie, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 74, 212-240.

¹¹⁸ Wagner (1990); Hohloch (1992).

- Blecher (1994), Michael: Ecological Responsibility of Enterprise: Environmental Offices in an Ecological-Quality-Organisation, in: G. Teubner (Hrsg.): *Ecological Responsibility*, London: Belhaven.
- Bodewig (1985), Theo: Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 185, 505-558.
- Boedecker/Morgan (1986), Karl A. und Fred. W.: Intra-industry Joint Liability – Implications for Marketing, in: *Journal of Public Policy and Marketing* 5, 72-82.
- Bohne (1987), Eberhard: *Umweltschutzgenossenschaften*, Manuskript.
- Boucquey (1994), Nathalie: The Other Side of the Bubble: Ecological Liability Problems in Markets for Pollution Rights, in: G. Teubner (Hrsg.): *Ecological Responsibility*, London: Belhaven.
- Brockett/Golden/Aird (1990), Patrick L. und Linda und Paul R.: How Public Policy Can Define the Market Place: The Case of Pollution Liability Insurance in the 1980's, in: *Journal of Public Policy and Marketing* 9, 211-226.
- Brüggemeier (1991), Gert: Jenseits des Verursacherprinzips? Zur Diskussion um den Kausalitätsnachweis im Umwelthaftungsrecht, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 74, 297-310.
- Brüggemeier (1994), Gert: Enterprise Liability for 'Environmental Damage' in German and EC-Law, in: G. Teubner (Hrsg.): *Ecological Responsibility*, London: Belhaven.
- Burley (1991), D.M.: Risk Assessment and Responsibility for Injuries Associated with Medicines, in: G.G. Howells (Hrsg.): *Product Liability, Insurance and the Pharmaceutical Industry: An Anglo-American Comparison*, Manchester: Manchester University Press, 146-155.
- Bush (1986), Robert A. Baruch: Between Two Worlds: The Shift from Individual to Group Responsibility in the Law of Causation of Injury, in: *University of California of Los Angeles Law Review* 33, 1473-1563.
- Celli (1990), A.G.: Toward a Risk Contribution Approach To Tortfeasor Identification and Multiple Causation Cases, in: *N.Y.U. Law Review* 65, 635-692.
- Comment (1988): Liability Insurance Coverage for Superfund Claims: A Modest Proposal, in: *Modern Law Review* 53, 289ff.
- Dales (1968), John H.: *Pollution, Property and Prices*, Toronto: Toronto University Press.
- Eads/Reuter (1983), George und Peter: *Designing Safer Products: Corporate Responses to Product Liability Law and Regulation*, Santa Monica/California: Rand.
- Epstein (1985), Richard: Two Fallacies in Joint Tort Law, in: *Georgia Law Review* 73, 1377-1388.
- Eubank (1991), Katherine T.: Paying the Cost of Hazardous Waste Pollution: Why is the Insurance Industry Raising such a Stink, in: *University of Illinois Law Review*, 173-217.
- Feldhaus (1991), Gerhard: Umweltschutzsichernde Betriebsorganisation, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 927-935.

- Förster (1984), Heinz von: *Sicht und Einsicht*, Braunschweig: Vieweg.
- French (1982), Peter A.: Collective Responsibility and the Practice of Medicine, in: *Journal of Medicine and Philosophy* 7, 65 ff.
- French (1984), Peter A.: *Collective and Corporate Responsibility*, New York: Columbia University Press.
- Hofstetter (1994), Karl: The Ecological Liability of Corporate Groups: Comparing US and European Trends, in: G. Teubner (Hrsg.): *Ecological Responsibility*, London: Belhaven.
- Hohloch (1992), Gerhard: Ausgleich von Umweltschäden in Teilgebieten durch Entschädigungsfonds: Rechtsvergleichende Anmerkungen, in: *Umweltrecht* 3, 73-78.
- Huber (1985), Peter: Safety and the Second Best: The Hazards of Public Risk Management in the Courts, in: *Columbia Law Review* 85, 277-337.
- Keeler (1991), Andrew J.: Noncompliant Firms in Transferable Discharge Permit Markets: Some Extensions, in: *Journal of Environmental Economics and Management* 21, 180-189.
- King (1981), Joseph H.: Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, in: *Yale Law Journal* 90, 1353-1397.
- Kinkel (1989), Klaus: Möglichkeiten und Grenzen der Bewältigung von umwelttypischen Distanz- und Summationsschäden, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 8, 293-298.
- Kornhauser/Revesz (1989), Lewis A. und Richard L.: Sharing Damages Among Multiple Tortfeasors, in: *The Yale Law Journal* 98, 831-884.
- Köndgen (1991), Johannes: Multiple Causation and Joint Tortfeasors in Pollution Cases According to German Law, in: J.M. van Dunné (Hrsg.): *Transboundary Pollution and Liability: The Case of the River Rhine*, Rotterdam: Vermande, 99-106.
- Luhmann (1988), Niklas: Grenzen der Steuerung, in: N. Luhmann: *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 324-349.
- Luhmann (1991), Niklas: *Soziologie des Risikos*, Berlin: de Gruyter.
- Marino (1991), Anthony M.: Market Share Liability and Economic Efficiency, in: *Southern Economic Journal* 57, 667-675.
- McGuire (1988), Patrick E.: *The Impact of Product Liability*, New York: Conference Board.
- Medicus (1986), Dieter: Zivilrecht und Umweltschutz, in: *Juristenzeitung* 41, 778-786.
- Menell (1991), Peter S.: The Limitations of Legal Institutions for Addressing Environmental Risks, in: *Journal of Economic Perspectives* 5, 93-113.
- Nicklisch (1991), Fritz: Die Haftung für Risiken des Ungewissen in der jüngsten Gesetzgebung zur Produkt-, Gentechnik- und Umwelthaftung, in: *Festschrift für Hubert Niederländer*, Heidelberg: Winter, 341-352.
- Olson (1965), Mancur: *The Logic of Collective Action*, Cambridge: Harvard University Press.

- Pecters (1991), Marjan G.W.M.: Legal Aspects of Marketable Pollution Permits, in: F. Dietz/E. van der Ploeg/E. van der Straaten (Hrsg.): *Environmental Policy and the Economy*, New York: Elsevier, 151-165.
- Podgers (1980), James: DES Ruling Shakes Products Liability Fields, in: *American Bar Association Journal* 66, 827 ff.
- Priest (1990), George L.: The New Legal Structure of Risk Control, in: *Daedalus* 119, 207-227.
- Prosser/Keeton (1984), William L. und Page H.: *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul Minn.: West Pub. Co.
- Rabin (1987), Robert L.: Environmental Liability and the Tort System, in: *Houston Law Review* 24, 27-52.
- Raufer/Feldmann (1987), Roger K. und Stephen L.: *Acid Rain and Emissions Trading: Implementing a Market Approach to Pollution Control*, Totowa, N.Y.: Rowman & Littlefield.
- Rehbinder (1989), Eckard: Fortentwicklung des Umwelthaftungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Natur und Recht* 11, 149-163.
- Roberts (1982), Manley W.: A Remedy for the Victims of Pollution Permit Markets, in: *The Yale Law Journal* 92, 1022-1040.
- Robinson (1985), Glen O.: Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk, in: *Journal of Legal Studies* 14, 779-798.
- Rose-Ackermann (1990), Susan: Market-Share Allocations in Tort Law: Strength and Weaknesses, *The Journal of Legal Studies* 19, 739-746.
- Rosenberg (1984), David: The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System, in: *Harvard Law Review* 97, 851-929.
- Rosenberg (1987), David: Joint and Several Liability for Toxic Torts, in: *Journal of Hazardous Materials* 15, 219-239.
- Scharpf (1987), Fritz: Grenzen der institutionellen Reform, in: *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft* 1, 111-151.
- Schmidt (1991), Eike: Effizienzbedingungen für privatrechtlichen Sozialschutz, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 74, 378-385.
- Sheiner (1978), Naomi: DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability, in: *Fordham Law Review* 46, 963-1007.
- Spitz (1990), Stephen A.: From Res Ipsa Loquitur to Diethylstilbestrol: The Unidentifiable Tortfeasor in California, in: *Indiana Law Journal* 65, 591-636.
- Stewart (1991), Richard B.: Recent Developments in the Field of Liability for Hazardous Waste Under CERCLA and Natural Resource Damage in the United States, in: J.M. van Durné (Hrsg.): *Transboundary Pollution and Liability: The Case of the River Rhine*, Rotterdam: Vermande, 107-128.
- Stone (1975), Christopher: *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior*, New York: Harper & Row.

- Teubner (1989), Gunther: *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt: Suhrkamp.
- Teubner (1991), Gunther: Steuerung durch plurales Recht. Oder: Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft, in: W. Zapf (Hrsg.): *Die Modernisierung der modernen Gesellschaft*. Verhandlungen des 35. Deutschen Soziologentages in Frankfurt: Campus, 528-551.
- Teubner (1994), Gunther (Hrsg.): *Ecological Responsibility*, London: Belhaven.
- Tietenberg (1989), Tom H.: Indivisible Toxic Torts: The Economics of Joint and Several Liability, in: *Land Economics* 65, 305-319.
- Wagner (1990), Gerhard: *Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Weber (1989), Anne D.: Misery Loves Company – Spreading the Costs of the CERCLA Clean-up, in: *Vanderbilt Law Review* 42, 1469-1509.
- Weber (1921), Max: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr (Siebeck).
- Weber (1987), Nathan: *Product Liability: The Corporate Response*, New York: Conference Board (Report No. 893).
- Weidner/Rehbinder/Sprenger (1990), Helmut und Eckard und Rolf-Ulrich: Die Umweltpolitik in Japan: Ein Modell für die EG?, in: *IFO-Schnelldienst Nr. 16/17*, 33-43.
- Williamson (1985), Oliver: *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York: Free Press.