ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of
ZBW
Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Engel, Christoph

Working Paper

Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung: Instrumente und deren Ausgestaltung

Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 1998/7

Provided in Cooperation with:
Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Engel, Christoph (1998) : Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung: Instrumente und deren Ausgestaltung, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 1998/7, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/274132

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie

Preprints
aus der Max-Planck-Projektgruppe
Recht der Gemeinschaftsgüter
Bonn
1998/7

Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung
Instrumente und deren Ausgestaltung

von
Prof. Dr. Christoph Engel

Preprints aus der
Max-Planck-Projektgruppe
Recht der Gemeinschaftsgüter

Bonn 1998/7

Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung Instrumente und deren Ausgestaltung*

Prof. Dr. Christoph Engel

November 1998

*Meiner Mitarbeiterin Esther Freistedt danke ich für ihre Hilfe bei der Zusammenstellung des Materials.

Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Poppelsdorfer Alle 45, 53115 Bonn

I. EINLEITUNG 3

II. ABGRENZUNG ZU SCHEINBAR ÄHNLICHEN INSTRUMENTEN 5

1. NORMSETZUNGSVERTRAG 5
2. EINSEITIGE SELBSTVERPFLICHTUNG 7

III. POLITISCHER VERTRAG 9

1. GELTUNGSGRUND 9
2. VERTRAGSPARTNER 10
3. VERTRAGSGEGENSTAND 12
4. GRÜNDE FÜR DAS ZUSTANDEKOMMEN 13
   a) Hauptleistung der staatlichen Akteure 13
   b) Hauptleistung der verbandlichen Akteure 15
   c) Nebenleistungen 17
5. SCHUTZ VOR OPPORTUNISTISCHEM VERHALTEN DES VERTRAGSPARTNERS 18
   a) Das Problem 18
   b) Opportunistisches Verhalten der staatlichen Akteure 20
   c) Opportunismus der Verbandsakteure 25
   d) Absichernder institutioneller Rahmen 26
6. VOLLZUG IM VERBAND 28
7. OFFENE FLANKEN 30
   a) Souveräne Befugnisse außenstehender Akteure 30
   b) Wirtschaftlicher Wettbewerb außerhalb des Verbands 32
   c) Wettbewerber und Regulatoren aus dem Ausland 33

IV. ZIELFESTLEGUNG UND RECHTSVERORDNUNGEN 34

1. ZIELFESTLEGUNG 34
2. RATIFIZIERENDE RECHTSVERORDNUNG 37
3. RECHTSVERORDNUNG ALS ERFÜLLUNG EINES POLITISCHEN VERTRAGES 38

V. VERFASSUNGSRECHTLICHE GRENZEN 39

1. STAAT UND VERBAND 39

a) Demokratie 39

b) Rechtsstaat 41

c) Grundrechte 42

d) Gesetzesvorbehalt 45

e) Rechtsformvorbehalt 45

2. VERBANDSGEWALT 46

3. AUßENSTEHENDE DRITTE 47

4. KOMPETENZORDNUNG 48

VI. RECHTFERTIGUNG 49

1. EINLEITUNG 49

2. BRANCHENABREDEN 51

a) Niedrigkosten-Entscheidung beim Konsumenten 51

b) Größenvorteile 53

c) Institutionelle Gründe für vertikale Integration 54

3. SELBSTBESCHRÄNKUNGSABREDEN 55

a) Dem Ordnungsrecht unzugängliche Operationalisierung des Regulierungsziels 56

b) Präferenzänderung 57

c) Information und Innovation 61

d) Bewältigung von Komplexität 62

e) Finale Steuerung und Ergebnissteuerung 63

f) Hierarchie und Verhandlung 64

g) Geringerer Normwiderstand 65

h) Besserer Vollzug 66

i) Niedrigere Regulierungskosten 66

j) Schließen offener Flanken 67

VIII. INSTITUTIONENVERGLEICH 67

1. GRUNDLAGEN 67

2. INDIVIDUELLE UND INNOVATIVE INSTRUMENTE 68

I. Einleitung

Der Wolf hat Kreide gefressen. Mit sanfter Stimme wirbt er um die Kooperation der Produzenten. Er appelliert an ihre Verantwortung. Regulierung kann er sich bestenfalls konsensual vorstellen. Aber er trägt dabei keinen Schafspelz. Im Gegenteil droht er ganz unverhohlen mit so schweren Eingriffen, daß die Unternehmen bei ihrem Verband Schutz suchen. Diese Drohung ist der Staat zwar bereit, sich abhandeln zu lassen. Als Preis fordert er aber Wohlverhalten, das er mit harter Hand gar nicht erzwingen könnte.

Es ist also viel Rhetorik im Spiel. Was gern als „freiwillige Selbstbeschränkung" bezeichnet wird[1], geschieht alles andere als freiwillig[2]. Es geht dabei auch nicht um Deregulierung, wie die alte Bundesregierung glauben machen wollte[3]. Denn die Zahl der Regeln, denen sich die Produzenten zu unterwerfen haben, wird eher größer. Auch die Intensität der staatlichen Einwirkungen auf die freie Entscheidung der Unternehmer nimmt zu. Es geht also nur um den Wechsel von einem zu einem anderen Regulierungsinstrument. Schließlich sind Selbstbeschränkungsabreden auch nicht marktwirtschaftlicher als Befehl und Zwang. Auch das wollte die alte Bundesregierung die Unternehmen glauben machen[4].

---

1 Symptomatisch die Begründung zum Kommissionsentwurf eines Umweltgesetzbuchs. Berlin 1998, 501: „zwingende Subordination durch freiwillige Koordination zu ersetzen", sei das Wesen dieses Steuerungsinstruments.

2 *Walter Leisner* hat dafür starke Worte gefunden. *Walter Leisner:* Verfassungsgrenzen privater Selbstregulierung, in: *Michael Kloepfer* (Hrsg.): Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich. Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz. Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung (Schriften zum Umweltrecht 85) Berlin 1998, 151-161. Er spricht von einer „Freiheitsillusion" (156). „Der Sklave, der gehorcht, bevor er sich peitschen läßt, ist darin nicht frei" (156). „Selbstverstümmelung der Freiheit ist nicht besser als die Folterbank" (157). Es entsteht eine „Illusion der Bürgerautonomie" (159).

3 Sie hat Selbstverpflichtungen in ihrer Koalitionsvereinbarung ausdrücklich als Instrument der Deregulierung gekennzeichnet, Rat von Sachverständigen für Umweltfragen: Umweltgutachten 1998. Stuttgart 1998, R 273. S. bereits *Hans-Werner Rengeling:* Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 15) Köln 1988, 162: „Zurückdrängen der staatlichen Normenflut".

4 SRU 1998 (FN 3) R 273; das scheint auch der Sachverständigenrat selbst zu glauben, siehe ebd. R 290: „Selbstverpflichtungen verschieben die Aufgabenverteilungen im Verhältnis zwischen Staat und Markt".

Denn das Entscheidende für eine Marktwirtschaft ist die dezentrale Koordination von Wirtschaftsplänen. Selbstbeschränkungsabkommen führen dagegen genauso zu zentral vereinheitlichten und durchgesetzten Regeln wie das klassische öffentliche Recht. Regelbildung und Regelanwendung liegen nun nur in der Hand eines privaten Verbands.

Umgekehrt ist auch ein Vorwurf unzutreffend, der oft gegen Selbstbeschränkungsabreden gemacht wird. Es handelt sich dabei nicht bloß um symbolische Politik[5]. Richtig ist allerdings, daß nicht alle Selbstbeschränkungsabreden das Ziel erreicht haben, das der Staat dabei im Sinn hatte[6]. Gelegentliche Mißerfolge sind aber der Preis, den der Staat für die Nutzung dieses ungleich wirkungsvolleren Steuerungsinstruments bezahlen muß. Es gehört nämlich zu den Instrumenten, bei denen der Staat den Steuerungsanspruch auf die bloße Wahrscheinlichkeit zurücknehmen muß, das Steuerungsziel zu erreichen[7].

Ich möchte im folgenden zunächst erklären, warum Selbstbeschränkungsabreden überhaupt zustande kommen und wie sie funktionieren. Das geht am leichtesten, wenn wir uns zunächst zwei scheinbar ganz ähnliche Instrumente vor Augen führen: den echten Normsetzungsvertrag und die einseitige Selbstverpflichtung (II). Vom ersten unterscheidet sich die Selbstbeschränkungsabrede durch ihren politischen, gerade nicht rechtlichen Charakter. Vom zweiten unterscheidet sie sich durch ihren Charakter als Vertrag. Selbstbeschränkungsabreden sind also politische Verträge (III). Die Produktverantwortung ist eine Art Laboratorium für dieses Regulierungsinstrument. Sie hat es mit der Zielfestlegung, der ratifizierenden und der erfüllenden Rechtsverordnung weiter ausgestaltet (IV). In der Einleitung ist schon angeklungen, daß ich das Instrument keineswegs für harmlos halte. Der Großteil dieser rechtspolitischen Besorgnisse stellt zugleich rechtsdogmatische Grenzen für den Gebrauch des Instruments dar (V). Weil diese Bedenken so schwer wiegen, läßt sich der Einsatz des Instruments nicht gleichsam abstrakt rechtfertigen (VI). Es gibt aber Regulierungsziele, die überhaupt nur auf diese Weise erreicht werden können. Viel spricht dafür, daß gerade die Produktverantwortung hierher gehört. Jedenfalls senkt das

---

5 Nachweise zu dieser These bei SRU 1998 (FN 3) R 281.

6 Mißerfolge schildern *Michael Kloepfer:* Umweltrecht. München[2] 1998 § 5, R 217; *Kunig/Versteyl-Versteyl* § 64 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrWAbfG), R 4; SRU 1998 (FN 3) R 279.

7 S. dazu näher *meinen* Diskussionsbeitrag bei der Dresdener Staatsrechtslehrertagung 1996, VVDStRL 56 (1997) 301 – 302.

Instrument aber die Regulierungskosten erheblich ab (VII). Ob das zur Rechtfertigung genügt, hängt zunächst einmal von einem Institutionenvergleich ab. Können die gleichen Regulierungsziele auch mit alternativen, weniger einschneidenden Instrumenten erreicht werden, fällt das verfassungsrechtliche Verdikt leichter, als wenn dem Staat gleich das Ziel aus der Hand geschlagen werden müßte (VIII).

II. Abgrenzung zu scheinbar ähnlichen Instrumenten

Selbstbeschränkungsabreden sind also politische Verträge. Was dieser Begriff meint, wird deutlich, wenn wir seine beiden Elemente durch die Gegenbegriffe ersetzen. Aus dem politischen wird dann ein rechtlicher Vertrag (1), aus dem politischen Vertrag die einseitige politische Handlung (2).

1. Normsetzungsvertrag

Der Kommissionsentwurf eines Umweltgesetzbuchs enthält in § 35 zwar auch eine Regel über Selbstverpflichtungen. Sein eigentliches rechtspolitisches Ziel ist aber die Institution des „normersetzenden Vertrags“. Die §§ 36 und 37 UGB-KomE wollen die bisherige Praxis der Selbstbeschränkungsabreden also juri-

difizieren[8]. Für diese Lösung gibt es Vorbilder in den Niederlanden und in Japan[9].

Der Entwurf versteht den normersetzenden Vertrag als eine Sonderform des öffentlich-rechtlichen Vertrages[10]. Das hat gleich doppelte Bedeutung. Der Vertrag hat seinen Geltungsgrund in der Rechtsordnung. Sein Ergebnis sind Rechtsregeln. Damit wird eine Lösung in das nationale Recht übernommen, die für das Völkerrecht seit jeher prägend ist. Die Staaten können zwar auch völkerrechtliche Austauschverträge schließen. Ein Beispiel sind Grenzbereinigungsverträge[11]. Der Normalfall sind dagegen Normsetzungsverträge[12]. Beim normsetzenden Vertrag sind die Staaten Rechtsschöpfer und Rechtsunterworfene zugleich. Genauso wäre es bei den normsetzenden Verträgen, die die Sachverständigenkommission ins Umweltgesetzbuch einfügen möchte.

---

8 Der geistige Vater dieses Gedankens ist *Michael Kloepfer* , so ausdrücklich *Horst Sendler:* Selbstregulierung im Konzept des Umweltgesetzbuchs, in: *Michael Kloepfer(Hrsg.):* Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich. Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz. Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung (Schriften zum Umweltrecht 85) Berlin 1998, 135 – 150 (135). Von *Michael Kloepfer* stammt auch dieser Teil der Begründung des Gesetzentwurfs, 510 – 513 und ausführlicher *Michael Kloepfer/Thomas Elsner:* Selbstregulierung im Umwelt- und Technikrecht, in: DVBl. 1996, 964 – 975 (besonders 969 f. und 972 f.).

9 Berichtet bei *Dieter Cansier:* Erscheinungsformen und ökonomische Aspekte von Selbstverpflichtungen, in: *Michael Kloepfer (Hrsg.):* Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich. Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz. Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung (Schriften zum Umweltrecht 85) Berlin 1998, 105 – 118 (110 – 112); s. zur niederländischen Entwicklung auch *Kenneth Hanf/Ida Koppen:* Alternative Decision–Making Techniques for Conflict Resolution. Environmental Mediation in den Netherlands (Wissenschaftszentrum Berlin FS II 94-321 [Schriften zum Mediationsverfahren im Umweltschutz 5]).

10 UGB-KomE Begründung (FN 1) 510.

11 Dazu näher *Christoph Engel:* Verfassungs-, Gesetzes- und Referendumsvorbehalt für Änderungen des Bundesgebiets und andere gebietsbezogene Akte, in: Archiv des Öffentlichen Rechts 114 (1989) 46 – 112.

12 Zwei französische Begriffe bringen den Unterschied auf den Punkt: traité-contract und traité-loi.

Die Konstruktion wirft zunächst eine Reihe von Rechtsproblemen auf[13]. Läßt es die Kompetenzordnung des Grundgesetzes zu, daß ein Wirtschaftsverband zum Gesetzgebungsorgan wird? Wie können die ausgehandelten Regeln auf außenstehende Dritte erstreckt werden[14]? Wenn Rechtsunterworfene und Rechtsschöpfer identisch sind, ändert sich nach den völkerrechtlichen Erfahrungen außerdem der Charakter der Rechtsregeln. Ihr Inhalt steht in der Anwendungspraxis beständig zur Disposition[15]. Das schafft bereits im Verhältnis von Völkerrecht und deutschem Recht erhebliche verfassungsrechtliche Probleme[16]. Im Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht hat die deutsche Rechtsordnung aber nicht die Wahl. Sie muß die Völkerrechtsordnung so nehmen, wie sie ist, will sie nicht vertragsunfähig werden. Wie sie das Verhältnis zu ihren eigenen Rechtsunterworfenen gestaltet, steht dagegen in ihrer Macht.

Vor allem fragt sich aber, ob diese Reformalisierung des Informellen eine sinnvolle Strategie ist[17]. Die anschließenden Überlegungen zum politischen Vertrag sind auch eine skeptische Antwort auf diese Frage.

2. Einseitige Selbstverpflichtung

Selbstverpflichtungen von Wirtschaftsverbänden haben in Deutschland eine lange Geschichte[18]. Gelegentlich hat sich ein Verband dabei auch ohne die Drohung mit einseitigen staatlichen Interventionen zu Abgabe einer Selbstverpflichtungserklärung entschlossen[19]. Von dieser Möglichkeit geht offensichtlich auch der Kommission-

---

13 S. aus der Literatur vor allem *Udo Di Fabio*: Vertrag statt Gesetz? Gesetzesvertretende und gesetzesausfüllende Verwaltungsverträge im Natur- und Landschaftsschutz, in: DVBl. 1990, 338 - 346**;** *Joachim Scherer:* Rechtsprobleme normersetzender „Absprachen“ zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltrechts, in: DÖV 1991, 1 - 7**;** *Winfried Brohm:* Rechtsgrundsätze normvertretender Absprachen, in: DÖV 1992, 1025 - 1035**;** *Ulrich Dempfle:* Normvertretende Absprachen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsverhältnis. Pfaffenweiler 1994.

14 Der Entwurf der Sachverständigenkommission orientiert sich in § 37 am Tarifvertragsrecht. Er möchte die Möglichkeit schaffen, den Vertragsinhalt durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich zu erklären, s. dazu auch die Begründung (FN 1) 501 f.

15 Eindringlich *Wolfram Karl:* Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht. Zum Einfluß der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 84) Berlin 1983.

16 Dazu eingehend *Christoph Engel:* Völkerrecht als Tatbestandsmerkmal deutscher Normen (Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht 19) Berlin 1987, 101 – 130.

17 Skeptisch SRU 1998 (FN 3) R 318 f.

18 Ausführliche Darstellung bei *Rengeling* (FN 3) 15 – 57 und bei *Dempfle* (FN 13) 2 – 11; gedrängter auch SRU 1998 (FN 3) R 266 – 268.

19 *Rengeling* (FN 3) 41 – 43 schildert ein Beispiel aus der Lackindustrie.

sentwurf eines Umweltgesetzbuchs aus[20]. Der Unterschied ist dem Kartellrechtler wohl vertraut. Neben dem Kartell gibt es auch das abgestimmte Verhalten[21]. Zwei Akteure können ihr Verhalten also auch dadurch aufeinander abstimmen, das einer vorausgeht und der nächste sich daran anpaßt. Die Oligopoltheorie[22] und die spieltheoretisch inspirierte Analyse politischen Verhaltens machen aber deutlich, daß dies ein ausgesprochen voraussetzungsvolles Instrument ist[23]. Wenn die Beteiligten vorab einen (politischen) Vertrag schließen können, erweitert das die Anwendungsmöglichkeiten des Instruments beträchtlich[24].

---

20 § 35 IV 2 UGB-KomE verweist auf § 34 II UGB-KomE nämlich nur, „soweit Selbstverpflichtungen durch Vereinbarungen mit der Bundesregierung zustande gekommen sind"; es gibt offensichtlich also auch einseitige Selbstverpflichtungen.

21 Seit der jüngsten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen braucht man diese Aussage auch nicht mehr mühsam in zwei Paragrapfen zu suchen. Vielmehr heißt es in § 1 GWB nunmehr: „*Vereinbarungen* zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen [...] und *aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen,* die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten" (Hervorhebungen nicht im Gesetzestext).

22 Tiefschürfend *Jean Tirole:* The Theory of Industrial Organization, Cambridge, MA 1988, 234 – 276.

23 *Fritz W. Scharpf:* Games Real Actors Play. Actor-Center Institutionalism in Policy Research (Theoretical Lenses on Public Policy) Boulder 1997, 107 – 112: Scharpf nennt dieses Vorgehen Multual Adjustment.

24 Näher *Scharpf* (FN 23) 116 – 150 und sogleich III.

III. Politischer Vertrag

Auf dieser doppelten Folie können wir nun verstehen, wie ein politischer Vertrag funktioniert (1). Weil der Vertrag in der Sphäre des Politischen verankert ist, müssen wir uns allerdings von Vereinfachungen lösen, die bei einem juristischen Vertrag berechtigt wären. Das gilt bereits für die Vertragspartner. Denn in der Politik gibt es keine juristischen Personen (2). Auch den Gegenstand des Vertrags müssen wir politisch, nicht rechtlich, definieren (3). Wie jeder Vertrag kommt auch dieser zustande, weil beide Seiten den Austausch für vorteilhaft halten (4). Politische Verträge kann man aber nicht vor Gericht einklagen. Die Vertragspartner müssen deshalb selbst dafür sorgen, daß der Vertrag nicht bloß auf dem Papier steht, sondern schließlich auch erfüllt wird (5). Schließlich kontrahieren die staatlichen Akteure nicht mit einzelnen Unternehmen, sondern mit deren Verbänden. Dann nützt ihnen der Vertrag nur etwas, wenn ihn der Verband auch nach innen durchsetzen kann (6).

1. Geltungsgrund

Selbstbeschränkungsabkommen bestehen in der Regel aus zwei Elementen. Der oder die Unternehmensverbände geben gegenüber dem zuständigen Bundesminister ein Selbstverpflichtungserklärung ab. Der Bundesminister nimmt diese Selbstverpflichtungserklärung öffentlich, meist auch schriftlich an[25]. Diesem Austausch von Erklärungen sind Verhandlungen vorangegangen. Der Inhalt der Selbstverpflichtungserklärung ist also im Einzelnen zwischen dem Minister und dem Verband ausgehandelt worden.

---

[25] SRU 1998 (FN 3) R 132; zahlreiche Beispiele bei *Rengeling* (FN 3) 15 – 57.

Man hat das eine „normvertretende Absprache“ genannt[26], eine „regulative Umweltabsprache“[27]. Dabei entsteht gerade kein Rechtsgeschäft[28]. Vielmehr könnte man zur Unterscheidung von einem bloß politischen Geschäft sprechen. Es geht also bloß um faktische, nicht um rechtliche Bindung[29]. Der Unterschied läßt sich am besten mit einem systemtheoretischen Konzept erklären. Die Systemtheorie beruht bekanntlich auf der Vorstellung, daß die Gesellschaft sich in verschiedene Subsysteme teilt. Jedes dieser Subsysteme hat seinen eigenen Code. Wer – etwa in einer Kirche – moralisch argumentiert, unterscheidet zwischen gut und böse. Für den Wissenschaftler geht es um wahr oder unwahr. Für die Rechtsordnung um rechtmäßig oder rechtswidrig. Für die Wirtschaft um gewinnbringend oder verlustbringend[30]. Selbstbeschränkungsabreden gehorchen in dieser Perspektive nicht dem Code der Rechtsordnung, sondern dem Code der Politik. Hier wird Macht über andere politische Akteure gewonnen. Es wird in politischen Kosten bezahlt.

2. Vertragspartner

Für das Recht ist ein Vertrag zwischen dem Staat und einem Unternehmensverband kein Problem. Denn beides sind juristische Personen. Ist der Vertrag einmal abgeschlossen, kommt es deshalb nicht mehr darauf an, welche Vertreter oder Organe dabei für die juristischen Personen gehandelt haben. Ebenso unwichtig ist es, ob diese Menschen ihre Ämter auch dann noch innehaben, wenn der Vertrag erfüllt werden soll. Das Recht konstituiert kollektive Akteure zunächst aber nur für seine eigenen Zwecke. Nun sind die gesellschaftliche Subsysteme Recht und Politik nicht hermetisch gegeneinander abgeschirmt. Auch könnte sich das Subsystem Politik funktionelle Äquivalente für die juristische Person schaffen[31]. Beides können die vertragsschließenden Parteien bei einem politischen Vertrag aber nicht als selbstver-

---

26 *Rengeling* (FN 3) 66.

27 *Kloepfer* Umweltrecht[2] (FN 6) § 5, R 210.

28 *Leisner* in *Kloepfer* (FN 2) 155. Deshalb eignet sich auch die Rechtsverhältnislehre des Allgemeinen Verwaltungsrechts nicht als analytischer Rahmen, anders *Hans-Heinrich Trute:* Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: DVBl. 1996, 950 – 964 (951).

29 *Rengeling* (FN 3) 169.

30 Eine Anwendung systemtheoretischer Kategorien auf unseren Gegenstand findet sich bei *Wolfgang van den Daele:* Regulierung, Selbstregulierung, Evolution – Grenzen der Steuerung sozialer Prozesse, in: *Michael Kloepfer (Hrsg.):* Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich. Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz. Erster Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung (Schriften zum Umweltrecht 85) Berlin 1998, 35 – 48.

31 S. noch näher unten 5 d zu politischen Verträgen in einem institutionalisierten Rahmen.

ständlich voraussetzen. Sie schließen ihren Vertrag vielmehr im Ausgangspunkt in einem institutionenfreien Urzustand. Auch wenn sie sich die Mühe machen, umhegende Institutionen zu schaffen oder rechtliche Institutionen in die Sphäre des Politischen zu inkorporieren, bleibt das doch stets viel weniger dicht und festgefügt als in der Rechtsordnung.

Um den Unterschied klarer herauszuarbeiten, wollen wir uns im folgenden auf das konzeptionelle Extrem konzentrieren, in dem gar keine umhegenden politischen Institutionen bestehen. Auf den ersten Blick wirkt das wie ein bloßes theoretisches Konstrukt. Denn natürlich wird in Deutschland die Umweltpolitik nicht gerade erst erfunden. Trotzdem ist Institutionenarmut in der Praxis der Selbstbeschränkungsabreden häufig. Das liegt an einem weiteren Unterschied zwischen Recht und Politik. Wenn zwei Parteien einen rechtlichen Vertrag schließen, stellen sie ihn auf den Boden „des Rechts“. Die umhegenden rechtlichen Institutionen müssen also nicht ad hoc geschaffen werden und sie stehen auch nicht bloß für die Beziehung zwischen zwei bestimmten Rechtssubjekten zur Verfügung. Vielmehr findet jeder rechtliche Austausch im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung statt. All das fehlt oder ist jedenfalls sehr viel schwächer, wenn eine Abrede bloß einen politischen Geltungsgrund hat. Hier müssen die Parteien die umhegenden Institutionen grundsätzlich erst selbst schaffen. Zumindest müssen sie aber ausdrücklich anerkennen, daß sie überhaupt umhegende Institutionen akzeptieren und welche das sein sollen.

Derart vorbereitet können wir nun daran gehen, die Partner des politischen Vertrags zu bestimmen. Auf der Seite des Staats ist das nicht etwa die Bundesrepublik Deutschland oder der Bund, sondern zunächst einmal der mit dem jeweiligen Gegenstand befaßte Teil der Ministerialbürokratie. Welche Personen das sind, hängt nach den Usancen der deutschen Ministerialverwaltung davon ab, wie hoch das Selbstbeschränkungsabkommen politisch aufgehängt wird. Der vertragschließende Verband gibt sich typischerweise aber nicht mit dem Einverständnis der ministerialen Arbeitsebene zufrieden. Vielmehr wird das von der Arbeitsebene verhandelte Ergebnis schließlich zumindest vom Bundesumweltminister, manchmal auch von der ganzen Bundesregierung, gutgeheißen[32]. Dann sind es schon zwei Vertragspartner: Arbeitsebene und Leitungsebene. Gelegentlich hängt der Verband die Abrede auch

[32] Zum Hintergrund illustrativ *Scharpf* (FN 23) 198 – 200.

niedriger und verhandelt mit dem Umweltbundesamt[33]. Um das Verhandlungsergebnis gegen den Widerspruch anderer staatlicher Stellen abzusichern, werden auch sie manchmal in die Abrede einbezogen. Ein plastisches Beispiel ist die Selbstbeschränkung zur Ausgestaltung der Produktverantwortung der Autoindustrie. Ihr Entstehen wurde vom Bundeskartellamt „kritisch begleitet"[34]. Selbstbeschränkungsabkommen mit einzelnen Unternehmen kommen in der Praxis nicht vor. Wir werden Stück für Stück verstehen, warum das so ist[35]. Damit spiegelt sich auf der Unternehmensseite das Problem, das wir gerade schon für den Staat herausgearbeitet haben. Auch der Verband ist bestenfalls ein kollektiver Akteur[36]. Auch für den Verband handeln seine Funktionäre. Größere Verbände unterscheiden in ähnlicher Weise wie die Ministerialbürokratie zwischen einer Arbeits- und einer Leitungsebene. Wer von ihnen wirklich der Partner des politischen Vertrages ist, läßt sich nur im Einzelfall feststellen.

3. Vertragsgegenstand

Nicht nur der rechtliche, sondern auch der politische Vertrag ist ein Normsetzungsvertrag[37]. Vertragsgegenstand ist zunächst und vor allem also die Bildung von Regeln für das Verhalten von Unternehmen. Nur daß das Ziel diesmal nicht Rechtsregeln sind, sondern Verhaltensanforderungen politischer Art.

Typisch für die Selbstbeschränkungsabreden ist weiter, daß der Vertragsgegenstand nicht auf die Regelbildung beschränkt ist, sondern auch die Regelanwendung umfaßt. Der vertragschließende Verband sichert also zu, die ausgehandelten Regeln auch durchzusetzen. Der für die Rechtsordnung typische Unterschied zwischen Legislative und Exekutive ist aufgehoben.

Manchmal einigen sich staatliche und verbandliche Akteure auch nicht gleich auf den konkreten Inhalt der Regeln, sondern schaffen nur Organisation und Verfahren für

---

33 SRU 1998 (FN 3) R 272.

34 *Ludger Giesberts/Juliane Hilf:* Kreislaufwirtschaft Altauto. Altautoverordnung und Freiwillige Selbstverpflichtung. Rechtsfragen und praktische Umsetzung (Abfallwirtschaft in Forschung und Praxis 105) Berlin 1998, 51.

35 S.u. VIII 2.

36 Näher zu dieser Möglichkeit *Scharpf* (FN 23) 54 – 60.

37 S.o. II 1.

die künftige Bildung solcher Regeln. Auch wenn der ursprüngliche politische Vertrag materielle Regeln enthält, wird er doch typischerweise um ein organisatorisches und Verfahrenselement angereichert. Dadurch wird der Vertrag nämlich flexibel. Ohne, daß es eines neuen Vertragsschlusses bedürfte, können die ausgehandelten Regeln dann fortentwickelt werden. Dazu gibt es vielfältige Gründe: das Regelungsproblem oder seine politische Wahrnehmung haben sich geändert; es sind neue Möglichkeiten zu seiner Bewältigung gefunden worden; die Fähigkeit der Regelungsadressaten zur Erfüllung des Regelungsprogramms hat sich geändert, etwa weil der Wettbewerbsdruck aus dem Ausland zugenommen hat.

4. Gründe für das Zustandekommen

Warum lassen sich nun aber beide Seiten auf den politischen Vertrag ein? In der allgemeinsten Form ist die Antwort leicht zu geben: Weil beiden Seiten der Austausch von Leistung und Gegenleistung vorteilhafter erscheint als ein Zustand ohne diesen Vertrag. Worin bestehen diese Leistungen nun aber? Und warum halten beide Seiten deren Austausch für ein gutes Geschäft? Zum Verständnis hilft die ökonomische Verhandlungstheorie. Sie ist ein Zweig der Spieltheories. Ihre wichtigste Einsicht lautet: ob ein Vertrag zustande kommt und welchen Inhalt er hat, hängt davon ab, in welchem Ausmaß die Parteien ihre Interessen auch ohne den Vertrag verwirklichen könnten. Die Verhandlungsstärke bestimmt sich also nach den exit options[38].

Wie bei einem zivilrechtlichen Vertrag können wir dabei Haupt- und Nebenleistungen unterscheiden. Wir werden zunächst die Hauptleistungen der staatlichen (a) und der verbandlichen Akteure betrachten (b). Sie sind konstitutiv für Selbstbeschränkungsabreden. Welchen konkreten Inhalt die Abrede hat, hängt dagegen häufig auch davon ab, in welchem Ausmaß die eine oder die andere Seite zusätzlich Nebenleistungen erbringen kann (c).

a) Hauptleistung der staatlichen Akteure

[38] Näher in einer für Juristen gut lesbaren Form *Douglas G. Baird/Robert H. Gertner/Randal C. Picker:* Game Theory and the Law. Cambridge, MA 1994, 219 – 243.

Die exit option des Staats sind seine souveränen Befugnisse. Kommt der Vertrag nicht zustande oder hält er den Inhalt für unbefriedigend, kann er immer noch zu Befehl und Zwang greifen. Selbstbeschränkungsabreden kommen also „im Schatten des Rechts“ zustande. Der Staat zeigt bei den Verhandlungen, bildlich gesprochen, auf die „Rute im Fenster“[39].

Wiederum dürfen wir dabei aber keiner juristischen Illusion erliegen. Für den politischen Vertrag ist die verfassungsrechtliche Kompetenz zum Erlaß von Regeln eines bestimmten Inhalts nur ein Datum. Entscheidend ist, ob die für den Staat handelnden Akteure auch glaubhaft machen können, daß ihnen dieses Mittel ggf. wirklich zu Gebote steht. Regiert etwa eine Koalition und würde der Koalitionspartner der angedrohten Regelung nie zustimmen, wird die Drohung damit vermutlich ziemlich wirkungslos sein. Auch aus vielen anderen Gründen können gut gemeinte Gesetzgebungs- oder Verordnungsvorschläge schließlich scheitern. In der politischen Praxis gibt es für einen Reformvorschlag oft nur ein enges „window of opportunity“[40]. Der Sachverständigenrat des Umweltministeriums formuliert deshalb zurecht: „Die Glaubwürdigkeit der Drohung mit staatlicher Regulierung dürfte [...] in erster Linie vom umweltpolitischen Klima und den dadurch begründeten Chancen auf eventuelle Durchsetzung der Zielvorstellungen im politischen Prozeß abhängen“[41]. Hieraus erklärt sich, daß Selbstbeschränkungsabreden meistens in solchen Bereichen zustande gekommen sind, in denen der Gesetzgeber der Bundesregierung oder dem Bundesumweltministerium eine einschlägige Verordnungsermächtigung gegeben hatte. Das vereinfacht die politischen Schritte bis zur Verabschiedung einschlägiger Regeln nämlich drastisch. Noch stärker wird das Drohpotential, wenn bereits ein verabschiedungsreifer Verordnungsentwurf vorliegt. So ist das Bundesumweltministerium 1993 bei den Papierabfällen vorgegangen[42].

---

39 Die beiden plastischen Formulierungen stammen von *Renate Mayntz* und *Fritz W. Scharpf:* Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: *dies. (Hrsg.):* Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung (Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung Köln 23) Frankfurt 1995, 9 – 38 (28 f.).
Scharpf (FN 23) 22 und 198 f. formuliert die gleiche Einsicht dann auch formals. Verhandlungen im Schatten des Rechts verschieben den non-agreement-point. Den Akteuren erscheinen andere Lösungen erreichbar. Der Verhandlungskorridor verschiebt sich.

40 Anschaulich *Adrienne Héritier:* Policy-Analyse. Elemente der Kritik und Perspektiven der Neuorientierung, in: *dies. (Hrsg.):* Policy-Analyse. Kritik und Neuorientierung (=Politische Vierteljahresschrift Sonderheft 24/1993) 9 – 38.

41 SRU 1998 (FN 3) R 280.

42 Das Beispiel berichtet *Klaus W. Grewlich:* Umweltschutz durch „Umweltvereinbarungen“ nach nationalem Recht und Europarecht, in: DÖV 1998, 54 – 62 (55 f.).

Die Warnung vor juristischen Illusionen gilt auch in umgekehrter Richtung. Der private Verhandlungspartner kann auch dadurch zu einem Zugeständnis gezwungen werden, daß sich die staatlichen Akteure rechtswidrig verhalten. Er hat im Rechtsstaat dann zwar die Möglichkeit, die Gerichte zu seinem Schutz zu bemühen. Jedes Gerichtsverfahren hat aber Kosten, verschlingt Zeit, und sein Ergebnis ist meist überdies unsicher. Auch mag es den privaten Akteuren aus anderen Gründen wenig ratsam erscheinen, den Rechtsweg zu beschreiten.

Die staatlichen Akteure können ihre Verhandlungsmacht auch durch die Verbindung von Schikane und Duldung vermehren. Man braucht nicht allzu bösartig zu sein, um in der Entstehung des Dualen Systems genau diesen Mechanismus zu entdecken. Bekanntlich ist der Einzelhandel nach § 6 I VerpackV verpflichtet, vom Endverbraucher gebrauchte Verkaufsverpackungen in oder in unmittelbarer Nähe der Verkaufsstelle kostenlos zurückzunehmen. Berge stinkenden Mülls in Lebensmittelgeschäften sind also die angedrohte Schikane. Von dieser Schikane kann sich der Einzelhandel nach § 6 III VerpackV nur dann befreien, wenn er zusammen mit den Herstellern so etwas wie das Duale System installiert. Derselbe Mechanismus ist aus den Armeen aller Länder bekannt. Erst erläßt die Armeeführung so viele Regeln, daß kein Soldat alle erfüllen kann. Dann drückt sie bei Regelverletzungen fast immer ein Auge zu. Wenn ein Soldat mißliebig wird, läßt sich dann aber in Stunden ein erdrückendes Sündenregister zusammenstellen.

b) Hauptleistung der verbandlichen Akteure

Die Hauptleistung der verbandlichen Akteure liegt nicht so offen zu Tage. Denn eigentlich hat der Staat doch seine souveräne Rechtsetzungsgewalt. Warum paktiert Ministerialbürokratie und Regierung trotzdem lieber mit den Regelungsadressaten? Worin besteht also ihr Drohpotential?

Die Verbandsfunktionäre werden sicher argumentieren, die angedrohten Regeln seien so hart, daß die Verbandsunternehmen Leute entlassen müßten. Vielleicht drohen sie auch mit der Standortverlagerung ins Ausland[43]. Für die Verbandsfunktionäre ist das aber gleich aus zwei Gründen eine problematische Drohung. Der erste Grund ist

---

[43] Darauf weist *Cansier* hin, in *Kloepfer* (FN 9) 106.

informationsökonomischer Natur. Ob die vom Staat gewünschten Handlungen für die Unternehmen wirklich unerschwinglich sind, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. Wie ist ihre gegenwärtige Kostenstruktur? Welche Umstellungskosten entstehen ihnen? Können sie diese Kosten am Markt abwälzen? Das werden die Unternehmen oft selbst erst langsam herausfinden können. Jedenfalls gibt es regelmäßig keinen Weg, den staatlichen Akteuren darüber glaubwürdige Informationen zukommen zu lassen.

Auch das zweite Problem läßt sich in ökonomischen Kategorien am leichtesten formulieren. An sich ist es für die Verhandlungsposition des Verbands nämlich gleichgültig, ob die angedrohten staatlichen Regeln für die Verbandsmitglieder wirklich unerschwinglich sind. Es würde genügen, wenn er glaubhaft mit erheblichen Entlassungen oder Standortverlagerungen drohen könnte. Die Verwirklichung der Drohung ist aber nur für den gesamten Verband rational, nicht dagegen für das einzelne Unternehmen, das es wirklich tut. Ökonomisch gesprochen ist die Verwirklichung der Drohung für die Verbandsmitglieder also ein öffentliches Gut[44]. Wie bei allen öffentlichen Gütern, so ist es auch hier für jedes einzelnen Verbandsmitglied rational, sich als Trittbrettfahrer zu verhalten. Es steht sich nämlich am besten, wenn ein anderes Unternehmen die Kosten bei der Realisierung der Drohung auf sich nimmt. Anders gewendet: Nur ein straff organisierter Verband mit großer Verbandsdisziplin kann diese Drohung glaubwürdig erheben.

Hätte der Verband nicht mehr zu bieten als den Verzicht auf die kollektive Verweigerung, müßten die staatlichen Akteure alles daran setzen, Selbstbeschränkungsabreden zu vermeiden. Sie stärken dadurch nämlich gerade den Verband.
Sie müßten darauf aus sein, nach dem Grundsatz „divide et impera“ isoliert gegen die einzelnen Unternehmen vorzugehen. Tatsächlich geht die Initiative zu Selbstbeschränkungsabreden aber gar nicht so selten von der Ministerialbürokratie aus. Selbstbeschränkungsabreden verschaffen ihnen nämlich auch dort noch Regulierungsmöglichkeiten, wo die direkte staatliche Intervention scheitern müßte. Wir werden die Gründe noch näher betrachten, wenn wir nach der verfassungsrechtlichen

---

44 Eine leicht lesbare Darstellung der Theorie öffentlicher Güter findet sich bei *Michael Fritsch/Thomas Wein/Hans-Jürgen Ewers*: Marktversagen und Wirtschaftspolitik. Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns. München[2] 1996, 74-141 und 281-284; umfassend *Richard Cornes/Todd Sandler:* The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods. Cambridge[2] 1996.

Rechtfertigung dieses Steuerungsinstrumtens fragen. Drei Stichworte sind es vor allem: Information, Innovation und Vollzug[45].

c) Nebenleistungen

Selbstbeschränkungsabreden sind aus der Sicht des Staats ein Regulierungsinstrument. Letztlich will der Staat also auf das Verhalten von Unternehmen einwirken. Um eine Verhaltensänderung zu erreichen, braucht er sich selbstverständlich nicht darauf zu beschränken, lästige einseitige Regeln anzudrohen. Er kann vielmehr auch Vergünstigungen unter die Bedingung stellen, daß die Unternehmen Wohlverhalten beweisen. Ein gutes Beispiel ist der Bayerische Umweltpakt. Der Freistaat Bayern stellt darin auch Mittel für einen Altlastensanierungsfonds zur Verfügung. Der Fonds greift ein, wenn durch die Sanierungspflicht die Existenz eines Unternehmens gefährdet wäre[46]. Auch sagt der Freistaat zu, lästige Melde- und Dokumentationspflichten zu beseitigen[47]. Den Unternehmen, die dem Pakt beitreten, wird das Recht verliehen, in der nicht produktbezogenen Werbung das Zeichen Umweltpakt Bayern zu führen[48].

Wie auch sonst im Leben kommen Selbstbeschränkungsabreden leichter zustande, wenn sie zu Lasten Dritter gehen. Für die Unternehmen interessieren vor allem Wettbewerbsvorteile. Deshalb ist es kein Zufall, daß Selbstbeschränkungsabreden regelmäßig zugleich Kartelle sind[49]. Dann können die Unternehmen die zusätzlichen Kosten nämlich sehr viel eher auf die Abnehmer abwälzen. Vielleicht gelingt es ihnen bei dieser Gelegenheit sogar noch, zusätzliche Gewinne zu machen. Die Chancen dafür stehen günstig. Denn die Abnehmer können die zusätzlichen Kosten regelmäßig genauso wenig einschätzen wie der Staat. Mit dem Argument des besseren Umweltschutzes läßt sich der Preis deshalb gut anheben. Tun das alle Unternehmen einer Branche im wesentlichen gleichmäßig, sind die Abnehmer dem ausgeliefert.

Schließlich kommen Verträge auch sonst manchmal dadurch zustande, daß nicht der Vertragspartner, sondern dessen Vertreter eine Seitenzahlung erhält. Nun sind in

---

45 Näher unten VI 3.
46 Umweltpakt Bayern: Miteinander die Umwelt schützen, Abschnitt D I 1.
47 D III 1.
48 Schlußteil II, 2.
49 Dazu noch näher unten 7 b und VI 2.

Deutschland gottlob weder die Ministerialbeamten noch die Funktionäre von Unternehmensverbänden korrupt. Beide Akteure sind aber durchaus empfänglich für eine Stärkung ihrer Position gegenüber Dritten. Der Übergang vom staatlichen Recht zur politischen Regulierungsabsprache stellt sich aus dieser Perspektive dann als ein Kampf um das Forum dar.

Der Ministerialbürokratie gelingt es in diesem Forum oft sehr viel leichter, ihre - durchaus idealistischen – Ziele durchzusetzen als in einem Gesetzgebungsverfahren. Denn sie können dadurch den Großteil der Kompetenzordnung für die Bildung und Anwendung von Rechtsregeln überspielen. Das wird uns als eines der wichtigsten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Selbstbeschränkungsabreden noch näher beschäftigen[50]. In ähnlicher Weise stärkt der Übergang zu Selbstbeschränkungsabreden die Verbandsfunktionäre gegenüber den Mitgliedsunternehmen. Wir werden uns noch klar machen, warum Selbstbeschränkungsabreden niemals mit Einzelunternehmen abgeschlossen werden. Wenn der Staat immer stärker zu diesem Instrument übergeht, treibt er den Verbänden also die Unternehmen in die Arme. Denn die Mitwirkung an der Willensbildung im Verband wird dann zur einzigen Möglichkeit, ihre Interessen geltend zu machen. Auch daraus erwächst ein verfassungsrechtlicher Einwand gegen dieses Regulierungsinstrument[51].

5. Schutz vor opportunistischem Verhalten des Vertragspartners

a) Das Problem

Wir müssen uns noch vor einer weiteren juristischen Illusion hüten. Daß ein Akteur einen politischen Vertrag schließt, heißt noch nicht, daß er ihn auch erfüllt. Letztlich ist das natürlich auch bei einem juristischen Vertrag nicht anders. Wir werden nicht ohne weiteres auf die Vertragstreue einer Person vertrauen, die wir vorher nie gesehen haben. Juristische Verträge sind zumindest aber in ein festgefügtes institutionelles Umfeld eingebettet. Unabhängig vom Willen des anderen Vertragspartners gilt der Satz „pacta sunt servanda“. Will sich der andere Partner daran nicht halten, kön-

---

50 S. unten V 4.

51 Näher unten V 2.

nen wir ihn vor den staatlichen Gerichten verklagen. Die Partner eines politischen Vertrages müssen dagegen selbst für die Vertragstreue sorgen. Sind sie rational, werden sie sich das vorher überlegen. Bleibt das Risiko der Vertragsuntreue der anderen Seite zu groß, werden sie den Vertrag gar nicht abschließen[52].

Die Ökonomen haben über solche Probleme in den vergangenen Jahrzehnten viel nachgedacht. Am genauesten kann es die ökonomische Spieltheorie sagen. Nicht nur der Vertragsschluß[53], sondern auch die Vertragserfüllung ist ein nichtkooperatives Spiel[54]. Man darf diese Begriffe allerdings nicht mißdeuten. Gemeint ist nicht, daß jeder Vertragspartner nun automatisch dem anderen Partner schaden will. Er entscheidet nur allein darüber, ob ihm die Vertragserfüllung vorteilhaft erscheint. Das hängt vom Charakter dieses zweiten Spiels ab. Erhalten beide Vertragspartner den Lohn des Vertrages nur dann, wenn sie auch bei seiner Erfüllung kooperieren, löst sich das Problem gleichsam von selbst[55].

Ein Selbstbeschränkungsabkommen zur Produktverantwortung hat nur leider nicht diese Struktur. Vielmehr hat es – jedenfalls zunächst – den Charakter eines langfristig angelegten Austauschvertrags. Der Staat verzichtet auf die angedrohten einseitigen Regeln gegen das bloße Versprechen zur Erfüllung der Selbstbeschränkungsabrede. Hat umgekehrt der Verband seine Schuldigkeit getan und zum Beispiel ein Rückholsystem eingerichtet, könnte der Staat doch noch auf seine souveränen Rechtsetzungsbefugnisse zurückgreifen. Je nachdem, wer gerade vorleistet, steht sich die andere Seite also am besten, wenn sie nunmehr den Vertrag bricht[56].

Die spieltheoretischen Instrumente sind zwar ungeheuer präzise. Ihr Gebrauch setzt aber, um im Bilde zu bleiben, ein gewisses technisches Geschick voraus. Wir wollen uns im folgenden deshalb mit einem etwas einfacher zu benutzenden Instrument behelfen. Es ist für unsere Zusammenhänge präzise genug[57]. Das Konzept stammt aus

---

52 *Scharpf* (FN 23) 117.

53 S. dazu oben IV.

54. *Scharpf* (FN 23) 117 f.

55 Spieltheoretisch technisch gesprochen: im Assurance-Spiel ist Kooperation ein stabiles Gleichgewicht, näher *Scharpf* (FN 23) 117 f.

56 Spieltheoretisch ist die Erfüllung der Abrede also ein Gefangenendilemma, näher *Scharpf* (FN 23) 117 f.

57 Immerhin sei am Rande vermerkt, daß sich das institutionenökonomische Konzept des opportunistischen Verhaltens also spieltheoretisch reformulieren läßt. Gibt eine Partei der anderen zum Schutz ihrer transaktionsspezifischen Investitionen eine Geisel, ändern sich nämlich die

der Institutionenökonomik. Dieser Zweig der Ökonomie interessiert sich für die Rationalität von Institutionen. Einer seiner wichtigsten Forschungsgegenstände sind Verträge. Verletzt jemand eine vertragliche Verpflichtung, auf die er sich selbst eingelassen hat, spricht die Institutionenökonomik mit einem etwas mißverständlichen Begriff von opportunistischem Verhalten[58]. Die andere Seite ist dem auch ohne Intervention der Rechtsordnung nicht schutzlos ausgeliefert. Sie muß nur bereits bei Vertragsschluß das Risiko des opportunistischen Verhaltens erkennen und in den Vertrag Sicherungen aufnehmen. Ist das geschehen, spricht die Institutionenökonomik von einem sich selbst durchsetzenden Vertrag[59].

Wir wollen im Folgenden untersuchen, ob bei Selbstbeschränkungsabreden zur Produktverantwortung ein Risiko besteht, daß sich die staatlichen Akteure (b) oder die verbandlichen Akteure opportunistisch verhalten (c). Wir werden sehen, daß beide Risiken bestehen, aber durch geeignete Vertragsgestaltung beherrscht werden können. Für beide Seiten ist es aber attraktiver, das Opportunismusrisiko nicht im einzelnen Vertrag, sondern durch ein beziehungsspezifisches institutionelles Umfeld abzusichern (d).

b) Opportunistisches Verhalten der staatlichen Akteure

Die staatlichen Akteure versprechen in dem politischen Vertrag, dafür zu sorgen, daß die angedrohten einseitigen Regeln nicht erlassen werden[60]. Seine souveräne Rechtsetzungsgewalt kann und will der Staat bei dieser Gelegenheit aber nicht aufgeben. Wie können sich die privaten Vertragspartner trotzdem davor schützen, daß der Staat von diesen Befugnissen Gebrauch macht, nachdem sie den Vertrag erfüllt haben? Ein ganz ähnliches Problem bewältigt das Völkerrecht sei Jahrzehnten. Mit dem Begriff State Contracts werden Verträge zwischen Staaten und Privatunternehmen aus dem Ausland bezeichnet. Auch hier muß verhindert werden, daß der Staat

---

Pay-offs des nachvertraglichen nicht-kooperativen Spiels. Das Ziel muß gerade sein, aus dem Gefangenendilemma ein Assurance-Spiel zu machen.

58 Den Begriff hat geprägt *Oliver E. Williamson*: Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus. Unternehmen, Märkte, Kooperationen (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 64) Tübingen 1990, 34-37 und passim.

59 Dieser Begriff stammt von *Rudolf Richter*. Zusammenfassend etwa *Rudolf Richter/Eirik Furubotn:* Neue Institutionenökonomik. Eine Einführung und kritische Würdigung (Neue ökonomische Grundrisse 1) Tübingen 1996, 171-173, 255-262 und passim

seine souveränen Befugnisse mißbraucht, etwa den von dem Unternehmen im Land errichteten Betrieb einfach enteignet[61].

Scheinbar paradox kommt der wichtigste Schutz aus der Rechtsordnung. Sie braucht zu diesem Zweck den politischen nämlich nicht in einen rechtlichen Vertrag umzudeuten[62]. Vielmehr genügt es, daß sie den politischen Vertrag als ein Datum berücksichtigt[63]. Das geschieht mit dem Instrument des Vertrauensschutzes[64]. Das juristische Instrument löst dabei präzise das institutionenökonomische Problem. Ein Schutz wird den privaten Akteuren nämlich erst dann gewährt, wenn sie im Vertrauen auf die mit dem Staat vereinbarte Selbstbeschränkung Investitionen[65] vorgenommen haben.

Rechtlicher Vertrauensschutz hat für die privaten Vertragspartner aber gleich eine ganze Reihe von Nachteilen. Er kann nicht vorbeugend geltend gemacht werden. Eine vorbeugende Normunterlassungsklage gibt es nicht. Das Gerichtsverfahren nimmt Zeit in Anspruch. Solange ist die Vertragserfüllung zumindest unsicher, wenn nicht suspendiert. Vor Gericht können die privaten Vertragspartner nur Erfolg haben, wenn sie die zur Entscheidung erforderlichen Tatsachen benennen und beweisen können[66]. Das ist für die Selbstbeschränkungsabreden eine anspruchsvolle Aufgabe. Daß die Verbandsmitglieder im Anschluß an die Abrede Investitionen getätigt haben, wird sich noch relativ einfach belegen lassen. Waren diese Investitionen aber nicht ohnehin geplant? Sind sie also überhaupt im Vertrauen auf die Abrede gemacht worden? Haben sich die Investitionen schon amortisiert, so daß der Wechsel der Regeln

---

60 S.o. 4 a; opportunistisches Verhalten ist natürlich auch bei den staatlichen Nebenleistungen möglich. Dem könnte man sinnvoll aber nur in einer Fallstudie nachgehen, die sich auf eine ganz bestimmte Selbstbeschränkungsabrede konzentriert.

61 Umfassend *Uwe Kischel*: State Contracts. Völker-, schieds- und international privatrechtliche Aspekte des anwendbaren Rechts (Marburger Schriften zum Öffentlichen Recht 6) Stuttgart 1992.

62 - und seine Regeln auch nicht im Wege der Verweisung in die Rechtsordnung zu inkorporieren -

63 Es gibt dabei nicht zufällig eine Parallele zum Kollisionsrecht. Während das internationale Privatrecht tatsächlich auf Regeln fremder Rechtsordnungen verweist, wollen viele fremdes Wirtschaftsrecht bestenfalls als ein Datum berücksichtigen, programatisch etwa *Peter O. Mülbert*: Ausländische Eingriffsnormen als Datum, in: IPRax 6 (1986) 140-142.

64 *Sendler* in *Kloepfer* (FN 8) 141: „Die Handlungsfreiheit des Verordnungsgebers bleibt [...] unberührt, wobei er freilich entstandenes Vertrauen bei dem, der sich die Selbstverpflichtung auferlegt hat, berücksichtigen muß“.

65 *Udo Di Fabio*: Selbstverpflichtungen der Wirtschaft; Grenzgänger zwichen Freiheit und Zwang, in: *Michael Kloepfer* (Hrsg.): Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich. Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz. Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung (Schriften zum Umweltrecht 85) Berlin 1998, 119-132 (123 f.).

gar keinen Schaden stiftet? Bleiben die Investitionen auch dann sinnvoll, wenn die Regel geändert wird? Sind sie jedenfalls zu geringen Kosten auf andere Weise nutzbringend zu verwenden[67], so daß den Unternehmen der Wechsel der Regel zugemutet werden kann?

Die privaten Vertragspartner sind deshalb gut beraten, wenn sie sich nicht ausschließlich auf den gerichtlichen Vertrauensschutz verlassen. Sie müssen mit anderen Worten versuchen, die Abrede vorbeugend so zu gestalten, daß staatliches opportunistisches Verhalten unwahrscheinlich wird. Dazu brauchen sie zunächst einmal eine realistische Einschätzung der Handlungsmöglichkeiten ihrer staatlichen Vertragspartner. Zu diesem Zweck müssen wir uns daran erinnern, daß Partner des politischen Vertrages nicht die juristische Person Bundesrepublik Deutschland ist[68]. Das erleichtert und erschwert das Problem zugleich. Ist Partner der Abrede nur das Umweltbundesamt oder nur die Arbeitsebene des Umweltministeriums, kann der staatliche Vertragspartner die souveränen Rechtsetzungsbefugnisse gar nicht ohne weiteres nutzen. Dann ist nicht seine Vertragstreue das eigentlich regelungsbedürftige Problem, sondern der Schutz der Abrede gegen die souveräne Intervention dieser dritten Akteure[69]. Ist die Selbstbeschränkungsabrede dagegen mit der Leitungsebene des Bundesumweltministeriums oder gar mit der ganzen Bundesregierung abgesichert, liegen die Dinge anders. Das ist zweifelsfrei, wenn das Drohpotential aus einer Verordnungsermächtigung an den Minister oder die Bundesregierung herrührt. Auch wenn der Gesetzgeber gebraucht würde, macht das in der parlamentarischen Demokratie der Bundesrepublik Deutschland aber noch keinen fundamentalen Unterschied. Denn für diese Regierungsform ist ja gerade die Interessenidentität zwischen Regierung und Parlamentsmehrheit charakteristisch.

Ist dem so, lassen sich die Grundkonzepte der institutionenökonomischen Vertragstheorie übertragen. Sie hat nicht nur die konzeptionellen Voraussetzungen für das Opportunismusrisiko, sondern auch die gedanklichen Möglichkeiten zu seiner Absicherung herausgearbeitet. Beide beruhen letztlich auf demselben gedanklichen Konzept. Verletzbar wird ein Vertragspartner nämlich nicht schon dadurch, daß der andere den Vertrag bricht. Das wird an einem einfachen Beispiel deutlich. Jemand hat

---

66 Genau dieselben Probleme hebt *Williamson* (FN 58) 93 und passim auch für die gerichtliche Durchsetzung privatrechtlicher Verträge hervor.

67 Die Ökonomen sprechen dann von geringen versenkten Kosten, näher sogleich.

68 S. o. 2.

seinem Bäcker vertraglich zugesichert, jeden Morgen zwei Brötchen abzunehmen. Nun zieht er um. Seine neue Adresse ist nicht zu ermitteln. Das trifft den Bäcker wenig. Er bäckt von nun an einfach zwei Brötchen weniger. Oder besser noch: er sucht sich einen neuen Kunden. Daß der Bäcker mit dem Vertragsbruch so einfach fertig wird, liegt daran, daß er keine transaktionsspezifischen Investitionen vorgenommen hat. Selbst wenn er im Vertrauen auf den Vertrag seine Backstube vergrößert hat, so ist das bestenfalls eine marktspezifische Investition. Vielleicht gibt es für gebrauchte Backmaschinen sogar einen Markt. Kann ein Partner den Vertrag dagegen nur erfüllen, wenn er transaktionsspezifische Investitionen tätigt, kommt es zu dem, was *Oliver Williamson* die fundamentale Transformation genannt hat. Vor Abschluß des Vertrages war jeder frei in der Wahl seiner Partner. Nachdem die transaktionsspezifischen Investitionen getätigt sind, sind beide Partner dagegen auf Gedeih und Verderb aneinander gebunden. Es kommt zu einem bilateralen Monopol[70].

Die privaten Vertragspartner einer Selbstbeschränkungsabrede sind regelmäßig in dieser Lage. Denn das Konzept der Produktverantwortung zielt ja gerade auf die recyclinggerechte Produktgestaltung. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen die Unternehmen das Produktionsverfahren und die Produkteigenschaften umstellen. Wenn damit ein Rückholsystem verbunden ist, müssen sie auch in dieses investieren. Manchmal ist der staatliche Druck natürlich nur der äußere Anreiz, um das Produkt zu optimieren. Das ist aber jedenfalls nicht der Regelfall. Ohne die staatliche Drohung mit einseitigen Regeln würden sich die Unternehmen so nicht verhalten. Sie erbringen also transaktionsspezifische Investitionen. Um noch einen anderen institutionenökonomischen Begriff einzuführen: Sie versenken Kosten. Damit sind die Kosten gemeint, die bei der Notwendigkeit zu einer alternativen Verwendung des Investitionsguts verloren gehen.

Hat die eine Seite einmal transaktionsspezifische Investitionen erbracht, wird sie erpressbar. Bei langfristigen zivilrechtlichen Verträgen zeigt sich das Erpressungsrisiko vor allem bei der Vertragsanpassung. Wer nicht gleich von Anfang an Sicherungen geschaffen hat, sieht sich dann genötigt, beim Preis Zugeständnisse zu machen oder auf weitere Investitionswünsche der anderen Seite einzugehen. Mutatis mutandis gilt das auch für eine Selbstbeschränkungsabrede zur Produktverantwortung. Wenn der

---

69 S. unten 7a.

70 *Williamson* (FN 58) 60 f., 70-72 und passim.

Staat den Druck nachträglich lockert, laufen die bisher vertragstreuen Unternehmen nämlich in eine Falle. Neue Konkurrenten drängen auf den Markt. Sie können billiger produzieren. Denn sie sind nicht mehr gezwungen, dieselben Investitionen zu tätigen. Um diese Situation zu vermeiden, müssen sich die bisher vertragstreuen Unternehmen weiteren umweltpolitischen Wünschen der staatlichen Akteure beugen.

Innerhalb einer konkreten vertraglichen Beziehung läßt sich Opportunismusgefahr nur durch Opportunismusgefahr bändigen[71]. Es muß also eine Art Gleichgewicht des Schreckens entstehen. Vertragsuntreue muß für jede Partei so gefährlich sein, daß sie im Eigeninteresse darauf verzichtet. Die verbandlichen Akteure müssen beim Vertragsschluß also darauf achten, daß nicht nur ihre Mitgliedsunternehmen, sondern auch die staatlichen Akteure transaktionsspezifische Investitionen tätigen[72].

Beim ersten Hören klingt das beinahe absurd. Soll der Staat nun auch unternehmerisch tätig werden, gar die Stellung eines Mitunternehmers übernehmen, nur damit das Opportunismusrisiko beherrscht wird? Natürlich nicht. Das wäre schon deshalb sinnlos, weil ja gar nicht der Staat als juristische Person, sondern bestimmte politische Akteure die Vertragspartner sind. Daß der Staatshaushalt unternehmerische Verluste zu tragen hätte, würde ihren eigenen Handlungsspielraum kaum beeinträchtigen. Damit haben wir aber auch den Schlüssel gefunden. Die Währung, in denen politische Akteure rechnen, ist politischer Einfluß. Der politische Vertrag muß deshalb so ausgestaltet werden, daß die politischen Vertragspartner politisch Schaden nehmen, wenn sie ihn brechen. Sie müssen mit anderen Worten ihr eigenes politisches Schicksal an den Erfolg des Vertrages knüpfen. In nicht nur sprachlicher Parallele zu langfristigen Verträgen zwischen Unternehmen: sie müssen politische Kosten versenken.

Das ist nicht bloß die Ausgeburt eines theoretischen Gehirns. Vielmehr wird hierdurch die Funktion der Erklärungen deutlich, mit denen der jeweilige Minister die Abrede regelmäßig in aller Öffentlichkeit und förmlich entgegennimmt. Er übernimmt damit nämlich politische Mitverantwortung. Wie schnell er dann wirklich in Verantwortung genommen werden kann, hat sich beim Dualen System gezeigt. Es stand bekanntlich schon kurze Zeit nach seiner Einführung vor dem Konkurs. Der Umwelt-

---

71 S. aber sogleich d) zur Einfügung in ein institutionelles Umfeld.

72 Näher *Williamson* (FN 58) 81-89.

minister hat sich wie der oberste Sanierer des Systems gebärdet - und dabei schließlich auch Erfolg gehabt.

c) Opportunismus der Verbandsakteure

Nicht nur die staatlichen, auch die verbandlichen Akteure können sich opportunistisch verhalten. Nachdem der Staat auf die angedrohten Regeln verzichtet, verschleppen sie die Umsetzung des Vertrages.

Auch das kann die Rechtsordnung als Datum berücksichtigen. Denn nunmehr hat sich ja erwiesen, daß die ausgehandelte Lösung nicht funktioniert. Das erweitert den Handlungsspielraum für einseitiges staatliches Handeln. Das Übermaßverbot zieht der Umweltpolitik dann also sehr viel weiter gesteckte Grenzen[73].

Wichtiger sind aber auch hier politische Sicherungen. Auf den ersten Blick scheint es ganz einfach zu sein. Der Staat realisiert seine ursprüngliche Drohung. In der Wirklichkeit ist das aber nicht so leicht zu bewerkstelligen. Die Ausarbeitung eines Verordnungstexts braucht Zeit. Noch länger dauert die Verabschiedung eines Gesetzes. Der Text muß mit Verbänden, innerhalb der Regierung und mit Parlamentariern abgestimmt werden. Außerdem vollzieht sich die verabschiedete Norm nicht von selbst. Die Vollzugsbehörden müssen damit erst Erfahrungen sammeln. Je ambitionierter das Selbstbeschränkungsabkommen ist, um so eher wird der Staat überdies Vollzugskompetenz abbauen. Sie wird nun ja nicht mehr gebraucht. Wir können auch das mit dem schon eingeführten Begriff als das Versenken politischer Kosten verstehen.

Regelmäßig tun deshalb auch die staatlichen Akteure gut daran, darauf zu achten, daß ihre privaten Vertragspartner Kosten versenken. Vornehmlich sind das natürlich die Investitionen der Verbandsmitglieder in die neue Produktionstechnik. Auch Werbeaufwendungen gehören hierher, mit denen sie den Kunden das veränderte Produkt schmackhaft machen. Auch auf der Verbandsseite gibt es aber die Möglichkeit, politische Kosten zu versenken. Denn die Verbandsmitglieder sind ja gar nicht direkt Partei des politischen Vertrages. Das sind auf privater Seite vielmehr, wie wir wissen,

---

[73] *Di Fabio* in *Kloepfer* (FN 65) 124.

die Verbandsfunktionäre. Scheitert die von ihnen ausgehandelte Selbstbeschränkungsabrede, bringt das auch die Stellung der Funktionäre gegenüber den Verbandsmitgliedern in Gefahr.

d) Absichernder institutioneller Rahmen

Sind die Parteien nur durch den einen Vertrag miteinander verbunden, ist ein Gleichgewicht des Schreckens der einzig mögliche Schutz vor opportunistischem Verhalten. Sobald sich die Parteien dagegen mehrfach begegnen oder damit rechnen, werden auch andere Sicherungen möglich. Sie sind allerdings regelmäßig viel weniger kraftvoll als transaktionsspezifische Investitionen. In der Wirklichkeit werden deshalb oft beide Typen von Sicherungen kombiniert.

Der einfachste Fall solcher Sicherungen gehört eigentlich gar nicht unter diese Überschrift: wiederholte Transaktionen. Denn die Überschrift spricht ja von umhegenden Institutionen. Die Aussicht auf eine Wiederholung wandelt das einmalige dagegen bloß in ein wiederholtes Spiel um[74]. Schon die schlichte Wiederholung ändert aber das Kalkül. Wer sich einmal opportunistisch verhält, verhindert

[74] Näher *Baird/Gertner/Picker* (FN 38) 159-187.

möglicherweise jede weitere Einigung. Zumindest löst die Vertragsverletzung unter rationalen Parteien aber eine Reaktion der anderen Seite aus[75]. Selbstbeschränkungsabkommen sind modisch geworden. Schon deshalb liegt es nahe, daß diese Voraussetzung in unserem Fall erfüllt ist.

Noch besser gelingen die Sicherungen aber dann, wenn die einzelne Selbstbeschränkungsabrede in ein institutionelles Umfeld eingebettet wird[76]. Auch dafür hat die Spieltheorie einen Begriff: das einzelne Spiel ist Teil eines größeren, es ist ein eingebettetes Spiel[77]. Geht es um politische Institutionen, sprechen die politischen Wissenschaften dann von einem Politiknetzwerk[78]. Das Lebenselixier solcher Politiknetzwerke ist soziales Kapital[79]. Die Partner wissen, daß sie auf lange Zeit und in vielfältiger Hinsicht aufeinander angewiesen sind. Für jede Seite lohnt es deshalb, in eine Reputation der Vertrauenswürdigkeit zu investieren.

Von dem auf diese Weise aufgebauten sozialen Kapital kann sie vor allem in zwei Situationen zehren. In der einen kann sie unverschuldet den Vertrag nicht mehr buchstabengetreu erfüllen. In der anderen muß der Partner Aussagen glauben, die für den Fortgang des Vertrages Bedeutung haben. Soziales Kapital erleichtert also den Umgang mit vertragsrelevanter Information, die die andere Seite nicht selbst beobachten kann und die auch nicht beweisbar ist[80]. Auch diese Überle-

---

75 Ein beliebter Forschungsgegenstand der Spieltheorie ist die Untersuchung solcher Anpassungsmechanismen. Ein Beispiel ist das alttestamentarische Auge um Auge, Zahn um Zahn – und eben nicht: Totschlag auf Auge. Die Suche nach solchen Mechanismen ist dann ratsam, wenn auch die verletze Partei vom vollständigen Abbruch der Beziehungen mehr Schaden als Nutzen hat, Hinweise bei *Baird/Gertner/Picker* (FN 38) 171-173.

76 *Scharpf* (FN 23) 135-137.

77 Näher *Baird/Gertner/Picker* (FN 38) 188-218.

78 *Scharpf* (FN 23)

79 Dieses Konzept stammt von *James S. Coleman*: Foundations of Social Theory. Cambridge 1990, Kapitel 12.

80 Auch dafür paßt übrigens der Gedanke der versenkten Kosten. Man könnte sie versenkte soziale Kosten nennen. Denn Vertrauen ist schwer aufzubauen, aber leicht zu zerstören. Wer die Mühe des Aufbaus von Vertrauen auf sich genommen hat, wird mit diesem fragilen Gut deshalb sorgsam umgehen, *Scharpf* (FN 23) 137 f.

gungen passen zu den Selbstbeschränkungsabreden über die Produktverantwortung. Denn auch für die einseitige Regulierung ist die Ministerialbürokratie auf die Hilfe der Verbände angewiesen. Sie selbst weiß regelmäßig nämlich viel schlechter, was technisch machbar, ökonomisch zumutbar und politisch durchsetzbar ist[81]. Umgekehrt verliert ein Verband jeden Einfluß auf den Inhalt staatlicher Regeln, wenn er das Vertrauen der Ministerialbürokratie verspielt hat.

Gelegentlich gehen die Partner von Selbstbeschränkungsabkommen sogar noch weiter und schaffen das, was die Politikwissenschaften ein Regime nennen. Darunter verstehen sie einen planmäßig geschaffenen, formalisierten institutionellen Rahmen für künftige Handlungen[82]. Ein Beispiel aus unserem Untersuchungsfeld ist der Bayerische Umweltpakt[83].

6. Vollzug im Verband

Mit einer Selbstbeschränkungsabrede möchten die staatlichen Akteure das Verhalten von Unternehmen verändern. Partner des politischen Vertrages sind dagegen die Verbandsfunktionäre. Dafür gibt es gute Gründe. In den meisten Branchen gibt es viel zu viele Anbieter, als daß die Ministerialbürokratie mit jedem einzeln verhandeln könnte. Die Regulierungskosten wären damit im Ergebnis doch höher als bei einseitigem staatlichen Handeln. Das gilt allerdings nicht für Branchen wie die Autoindustrie. Dort gibt es eine überschaubar kleine Zahl von Anbietern. Wir werden aber noch sehen, warum nur branchenweit einheitliche Regeln eine Chance haben, von dem Unternehmen akzeptiert zu werden[84]. Daraus erklärt sich, daß auch über die Altautoentsorgung nicht Mercedes Benz und VW verhandelt haben, sondern der Verband der Automobilindustrie[85].

Welche zusätzlichen Probleme entstehen, wenn der Vertragspartner und der materielle Regelungsadressat auseinander fallen, ist aus dem Umweltvölkerrecht wohlbekannt. Auch dort verhandeln ja die Staaten. Erreichen will das Umweltvölkerrecht

---

81 S. noch näher unten VI 3 c.
82 *Scharpf* (FN 23) 141.
83 S.o. FN 46.
84 S. unten 7 b und VI 2.
85 Zusammen mit dem Verband der Importeure von Kraftfahrzeugen und Verbänden der Verwertungsunternehmen.

dagegen die Unternehmen und Bürger in den Staaten. Wir wollen dieser juristischen Parallele kurz nachgehen, weil sie uns das Verständnis erleichtert. Völkerrecht und Landesrecht sind nach deutscher verfassungsrechtlicher Tradition zwei getrennte Rechtsordnungen. Daß sich die Bundesrepublik völkerrechtlich zum Erlaß einer Norm verpflichtet hat, macht die Norm deshalb noch nicht zum Inhalt der deutschen Rechtsordnung. Vielmehr muß das Ergebnis des völkerrechtlichen Vertrages ausdrücklich in die deutsche Rechtsordnung inkorporiert werden. Regelmäßig geschieht das durch das Zustimmungsgesetz zu dem Vertrag. Es spricht eine dynamische Verweisung auf dessen Inhalt aus. Damit ist der völkerrechtliche Vertrag aber noch nicht am Ziel. Vielmehr müssen die vertragskonformen öffentlich-rechtlichen Regeln nunmehr auch von den deutschen Umweltbehörden vollzogen werden[86].

Grundsätzlich ist das im Verhältnis zwischen der Selbstbeschränkungsabrede und dem Innenraum des Verbandes nicht anders. Das wird besonders deutlich, wenn der Verband die Selbstbeschränkungsabrede intern durch Verbandsrecht durchsetzt. Dann muß der Verband diese internen Regeln erst einmal schaffen und dann auch gegenüber den Mitgliedern vollziehen. Regelmäßig bleibt es bei unseren Selbstbeschränkungsabreden aber auch verbandsintern bei bloß politischen Wirkungen. Auch dann muß der Verband seine Mitglieder intern aber dafür gewinnen, daß sie die Regel als politisch bindend anerkennen. Lippenbekenntnisse nützen auch hier nichts. Vielmehr müssen die Verbandsmitglieder den Worten Taten folgen lassen.

Von hierher fällt auch zusätzliches Licht auf die Gründe für das Zustandekommen von Selbstbeschränkungsabreden. Für die staatlichen Akteure steht und fällt der Nutzen der Abrede mit dem Organisationsgrad des Verbandes[87]. Nur wenn die staatlichen Akteure sicher sein können, daß Trittbrettfahren im Verband nicht

---

86 Näher *Christoph Engel*: Internationaler Umweltschutz. Systematik der Probleme und der Lösungen, in: FS *Drobnig* *** 1998 *** [A I 2 b].

87 SRU 1998 (FN 3) R 312.

möglich ist[88], wird das Regulierungsinstrument interessant. Nur wenn der Verband den staatlichen Akteuren glaubwürdig signalisieren kann, daß er zur Durchsetzung im Stande sein wird, hat er Verhandlungsmacht. Der geistige Hintergrund des Steuerungsinstruments ist also der Korporatismus[89].

Manchmal gehen staatliche und verbandliche Akteure sogar noch weiter. Dann machen sie die Konstitution oder jedenfalls die Stärkung des Verbandes selbst zum Vertragsprogramm[90]. Ein gutes Beispiel ist die auf einer Selbstbeschränkungsabrede beruhende Batterieverordnung. Ihr § 4 III läßt prinzipiell zwar auch unternehmenseigene Rücknahmesysteme zu. § 4 II BattV privilegiert branchenübergreifende Rücknahmesysteme aber in zahlreicher Hinsicht. Damit bleibt den Unternehmen praktisch nichts anderes übrig, als sich dem branchenübergreifenden System anzuschließen.

7. Offene Flanken

Selbstbeschränkungsabreden haben gleich drei offene Flanken: die souveränen Befugnisse solcher staatlichen Akteure, die beim Abschluß nicht beteiligt waren (a); Unternehmen, die der Arm des Verbandes nicht erreicht (b); schließlich ausländische Unternehmen und Regulatoren (c).

a) Souveräne Befugnisse außenstehender Akteure

Daß Selbstbeschränkungsabreden für einen Regulator viele Vorzüge haben, werden wir noch sehen[91]. Diese Vorzüge kommen aber nur dann zum Tragen, wenn es gelingt, die offenen Flanken zu schließen. Die wichtigste Flanke sind die souveränen Befugnisse dritter Akteure.

Die erste Gruppe solcher Akteure kennen wir bereits. Würde die Selbstbeschränkungsabrede allein mit der Arbeitsebene des zuständigen Ministeriums abgeschlossen, wäre sie nur schwach gegen den späteren Erlaß entgegenstehender einseitiger

---

88 *Cansier* in *Kloepfer* (FN 2) 107/110.
89 Näher *Trute* (FN 28) DVBl. 1996, 951.
90 *Scharpf* (FN 23) 202.

Regelungen geschützt[92]. Das ist der Grund, warum die Verbände darauf bestehen, daß das Verhandlungsergebnis schließlich zumindest vom Minister, besser noch von der ganzen Bundesregierung förmlich gutgeheißen wird.

Wäre die Bundesrepublik ein Zentralstaat, bräuchten sich die Verhandlungspartner um die Befugnisse anderer Behörden nicht mehr zu kümmern. Bekanntlich obliegt die Vollziehung des Bundesrechts ja regelmäßig aber den Ländern. Die Vertragspartner neutralisieren diesen Störfaktor allerdings weitgehend dadurch, daß die ausgehandelten Regeln gar keines behördlichen Vollzugs bedürfen. Sie werden vielmehr vom Verband selbst durchgesetzt. Immerhin bleiben den Vollzugsbehörden der Länder aber die Generalklauseln des öffentlichen Rechts. Sie könnten diese Klausel im Widerspruch zum Inhalt des politischen Vertrags interpretieren. Aus rechtsstaatlichen Gründen sind solche Generalklauseln regelmäßig aber nur im Gefahr-, nicht im Vorsorgebereich zu finden. Daraus ergibt sich ein zusätzlicher Grund, warum sich Selbstbeschränkungsabreden regelmäßig auf den Vorsorgebereich beschränken.

Selbstbeschränkungsabreden sind immer Branchenabreden. Wir werden uns noch klarmachen, daß sie deshalb auch immer Kartelle sind[93]. Das Kartellrecht ist in der Praxis deshalb das wichtigste destabilisierende Element. Aus der Sicht der ursprünglichen Vertragspartner ist es deshalb rational, den Inhalt der Abrede mit dem Bundeskartellamt abzustimmen. Das ist etwa bei der Selbstverpflichtung zur Altautoverwertung geschehen[94]. Im Idealfall wird das Bundeskartellamt dadurch zu einem weiteren staatlichen Partner des politischen Vertrages.

Die Kartellbehörden haben aber nur bei wenigen Vorschriften des Kartellrechts ein Durchsetzungsmonopol. Das Kartellverbot gehört nicht dazu. Auch die erfolgreiche Abstimmung mit dem Bundeskartellamt schützt die Abrede deshalb nicht vor der Intervention der zivilen Kartellgerichte. Als Kläger kann etwa ein Verbandsunternehmen auftreten, das sich von einer lästigen Absprache befreien will. Denkbar ist auch die Klage eines außenstehenden Konkurrenten.

---

91 S. unten VI 3.
92 S.o. 5 b.
93 S. unten V 2-3 und VI 2.
94 Einzelheiten bei *Giesberts/Hilf* (FN 34) 51 f.

Gegen die Intervention anderer Gerichte, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts, sind die Selbstbeschränkungsabreden dagegen sehr viel besser geschützt. Weil sie bloß einen politischen, keinen rechtlichen Vertrag darstellen, können ihre einzelnen Regeln nämlich nicht gerichtlich überprüft werden. Als Prüfungsgegenstand bleibt praktisch nur die staatliche Drohgebärde. Ist der Verband den Vertrag einmal eingegangen, hat er aber kein Interesse mehr, sich dagegen zu wehren[95].

Schließlich amortisieren sich die von der Selbstbeschränkungsabrede vorgesehenen Investitionen der Unternehmen oft nicht innerhalb der laufenden Legislaturperiode. Dann stellt sich theoretisch in der nächsten Legislaturperiode wieder das Problem der souveränen Intervention. Es hat meist allerdings kein allzu hohes Gewicht. Das ist offensichtlich, wenn die alte Regierung bestätigt worden ist. Auch eine neue Regierung muß wenigstens den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz gewähren[96]. Die Arbeitsebene des Ministeriums wird bei einem Regierungswechsel typischerweise nicht ausgetauscht[97]. Zumindest einer der staatlichen Verhandlungspartner bleibt also erhalten. Schließlich ist auch die neue Regierung auf die Kooperationsbereitschaft des Verbands angewiesen.

b) Wirtschaftlicher Wettbewerb außerhalb des Verbands

Ein Verband, der nur einen kleinen Teil der Branche organisiert, ist für die Ministerialbürokratie kein attraktiver Verhandlungspartner. Je straffer die Branche organisiert ist, um so reizvoller wird das Instrument dagegen. Immerhin hilft sich die Praxis notfalls aber damit, alle parallelen Branchenverbände zum Partner des politischen Vertrags zu machen. So liegt es etwa bei der Selbstverpflichtung zur Altautoverwertung. Sie ist nicht nur mit den gut organisierten Autoherstellern, sondern auch mit den Verwertungsunternehmen abgeschlossen. Für sie haben insgesamt 14 Verbände die Abrede unterzeichnet.

In anderen Branchen ist die Rechtsordnung so weit gegangen, einen Verbandszwang anzuordnen. Ein Arzt muß einer kassenärztlichen Vereinigung, ein Handwerker seiner Kammer angehören. Bei der Produktverantwortung gibt es dieses Instru-

---

95 S. noch näher unten V 1.

96 S.o. 5 b.

ment bisher nicht. Dann ist nie auszuschließen, daß einzelne Unternehmen nicht bereit sind, dem Branchenverband anzugehören. Auch ist möglich, daß sie nach Abschluß der Abrede aus dem Verband austreten. Ein neuer Anbieter kann in den Markt eintreten und dem Verband fernbleiben. Auch gibt es zu praktisch allen Produkten Substitute. Die Hersteller dieser Substitute sind oft nicht im selben Verband organisiert. Aus der Sicht der Partner des politischen Vertrages ist es deshalb rational, wenn der Verband versucht, auch außenstehende Unternehmen unter seine Gewalt zu bekommen. Er kann entweder versuchen, sie unsanft zum Beitritt zu bewegen. Oder er kann einen Verbandsboykott einsetzen, um sie zu Parallelverhalten zu zwingen[98].

c) Wettbewerber und Regulatoren aus dem Ausland

Partner der Selbstbeschränkungsabreden zur Produktverantwortung sind jeweils die deutschen Branchenverbände, nicht ihre europäischen oder gar weltweiten Spitzenverbände. Verhandlungen mit ausländischen Verbänden wären völkerrechtlich schon nicht unproblematisch. Sie wären nämlich ein Versuch, deutsche Regulierung in fremde Staaten zu tragen. Deshalb könnten sie mit dem völkerrechtlichen Interventionsverbot in Konflikt geraten. Vor allem wäre es für ausländische Unternehmen und Verbände aber wenig rational, solch eine Abrede einzugehen. Denn mit Hilfe der Produktverantwortung soll ja auf das Produktionsverfahren und die Produktgestaltung Einfluß genommen werden. Beides sind Ent-

---

97 - obwohl beamtenrechtlich nur die Entlassung, nicht die Versetzung oder Umsetzung ausgeschlossen ist -

98 *Cansier* in *Kloepfer* (FN 9) 110.

scheidungen, die die meisten Unternehmen nicht nach Absatzländern differenzieren können. Es müßte folglich am deutschen Wesen die Welt genesen. Das ist auch in diesem Zusammenhang keine realistische Erwartung.

Die Produktverantwortung wird normalerweise aber teuer sein. Wenn ausländische Produkte keinen vergleichbaren Anforderungen unterliegen, erlangen sie folglich einen Wettbewerbsvorsprung auf dem deutschen Markt. Ist der Importanteil hoch oder kann er gesteigert werden, kann das der Selbstbeschränkungsabrede den ökonomischen Boden unter den Füßen wegziehen.

Selbstbeschränkungsabreden verführen also zum Protektionismus. Daß die Vertragspartner dieser Verführung erliegen, zeigt die Praxis. So ist die Selbstverpflichtung zur Altautoverwertung auch vom Verband der Importeure von Kraftfahrzeugen unterzeichnet. Auch die Importeure übernehmen nach Nr. 4.2 ausdrücklich die Verpflichtung „die Verwertungseigenschaften ihrer Erzeugnisse im Rahmen ihrer Produktverantwortung kontinuierlich zu verbessern“. Die deutsche Regel will also extraterritorial wirken. Ein zweites Schlupfloch versucht § 27 a Straßenverkehrszulassungsordnung zu schließen. Wer ein altes Auto in Drittländer verkaufen will, muß der Straßenverkehrszulassungsbehörde eine „Verbleibserklärung“ vorlegen[99].

IV. Zielfestlegung und Rechtsverordnungen

Wir haben uns bisher mit der gleichsam archetypischen Form des politischen Vertrages beschäftigt. In der Anwendungspraxis der Produktverantwortung reichern die staatlichen Akteure den Instrumentenkasten häufig an. Sie benutzen Zielfestlegungen (1), ratifizierende Rechtsverordnungen (2) oder Rechtsverordnungen als ein Erfüllungsgeschäft des politischen Vertrages (3).

1. Zielfestlegung

[99] Dies scheint allerdings kein sehr wirksamer Schutz zu sein, näher *Giesberts/Hilf* (FN 34) 60.

In § 25 I KrWAbfG heißt es:

> „Die Bundesregierung kann für die freiwillige Rücknahme von Abfällen [...] Zielfestlegungen treffen, die innerhalb einer angemessenen Frist zu errei-chen sind. Sie veröffentlicht die Festlegungen im Bundesanzeiger“[100].

Von dieser Möglichkeit hat die Bundesregierung bisher zweimal Gebrauch gemacht[101].

Liest man die Vorschrift, scheint sie vornehmlich darauf aus, einseitige Selbstverpflichtungen eines Industrieverbands zu provozieren. Politikwissenschaftlich gesprochen ginge es dem Staat also um mutual adjustment[102]. Die Zielfestlegung wäre dann eine „formalisierte Drohgebärde“[103], das „Vorzeigen der Folterinstrumente“[104]. Wir haben uns jedoch bereits klargemacht, warum dieser Mechanismus der Verhaltenskoordination in der Praxis so selten vorkommen. Sieht man näher hin, hat die Zielfestlegung eine andere Funktion. Sie soll die Positition der staatlichen Akteure in den Verhandlungen um einen politischen Vertrag verbessern.

Zum Verständnis hilft uns wiederum die ökonomische Verhandlungstheorie. Wir wissen schon, daß die Verhandlungsstärke jeder Seite vom Ausmaß des Drohpotentials abhängt. Bisher hatten wir das Drohpotential durch die exit options bestimmt. Verhandlungsstärke folgt dann daraus, daß die Verhandlungspartner vom Abbruch der Verhandlungen ungleich schwer getroffen werden. Ein Verhandlungspartner kann

---

100 Die Vorgängervorschrift in § 14 II 3 AbfG 1986 war etwas anders formuliert. Danach war die Bundesregierung zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt, „soweit [dies] zur Vermeidung oder Verringerung von Abfallmengen erforderlich [war], insbesondere soweit dies nicht durch Zielfestlegungen [...] erreichbar [war]“.
§ 34 II UGB-KomE möchte das geltende Recht um folgenden Absatz ergänzen: „Wenn nach Absatz 1 festgelegte Ziele innerhalb der vorgegebenen Frist nicht erreicht werden, prüft die Bundesregierung, welche Maßnahmen durch Rechtsverordnungen im Sinne des § 13 zu treffen sind; die Befugnis, auch vor Ablauf der vorgegebenen Frist Maßnahmen durch Rechtsverordnungen zu treffen, bleibt unberührt“. Der letzte Halbsatz ist juristisch natürlich richtig, zeigt aber, daß die Sachverständigenkommission die Augen vor den Eigenheiten des politischen Vertrages verschließt.

101 Zielfestlegungen der Bundesregierung zur Vermeidung, Verrringerung oder Verwertung von Abfällen aus Verpackungen für Getränke vom 26.04.1998, BAnz. 2237, berichtigt auf Seite 2733; Zielfestlegungen der Bundesregierung zur Vermeidung, Verringerung oder Verwertung von Abfällen von Verkaufverpackungen aus Kunststoff für Nahrungs- und Genußmittel sowie Konsumgüter vom 17.01.1990, BAnz. 513; über vier weitere Entwürfe für Zielfestlegungen berichtet die Begründung zum Kommissionsentwurf des Umweltgesetzbuchs (FN 1) 502.

102 Näher oben II 2.

103 *Kloepfer* Umweltrecht[2] (FN 6) § 5, R 212.

seine Verhandlungsposition jedoch auch dadurch verbessern, daß er gleichsam die Brücken hinter sich abbricht. Dann weiß der Gegner, daß der erste Verhandlungspartner gar keine andere Wahl mehr hat, als bis zum letzten zu kämpfen. Auch hierfür hilft uns wieder die Vorstellung versenkter Kosten. Die Behauptung, er könne nun gar nicht mehr anders, wird dem Verhandlungspartner gerade deshalb abgenommen, weil er sichtbar Kosten versenkt. Das Entscheidende an der Zielfestlegung ist deshalb nicht das Ziel, sondern seine öffentliche Bekanntmachung. Dadurch versenken die staatlichen Akteure nämlich politische Kosten. Bleibt das Ergebnis sichtbar hinter diesem Ziel zurück, müssen sie sich den Mißerfolg politisch zurechnen lassen.

Zielfestlegungen verbessern die Position des Staats manchmal überdies beim Vollzug des politischen Vertrages. Natürlich kann und muß das Vollzugsergebnis zunächst am Text des politischen Vertrages selbst, regelmäßig also am Text der Selbstverpflichtungserklärung gemessen werden. Enthält diese Erklärung aber Auslegungsspielräume, macht es die ursprüngliche Zielfestlegung dem Verband schwerer, diese Spielräume zu Lasten der staatlichen Vertragspartner auszunutzen. Die Zielfestlegung wirkt, um einen modischen betriebswirtschaftlichen Begriff zu verwenden, also wie ein Benchmark für den Vollzug.

---

[104] *Dietrich Murswiek:* Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht, in JZ 1988, 985 - 993 (988). – Mehr Umweltschutz durch weniger Reglementierung? -

2. Ratifizierende Rechtsverordnung

Es gibt eine Vielzahl von Rechtsverordnungen zur Produktverantwortung[105]. Welche Funktion sie erfüllen, ist dem Titel, manchmal auch dem Text nicht ohne weiteres zu entnehmen.

Natürlich kann der Staat theoretisch ganz darauf verzichten, die Regeln auszuhandeln, und sie statt dessen einfach einseitig per Verordnung dekretieren. Wir werden aber noch sehen, warum das für die Produktverantwortung regelmäßig keine realistische Option ist[106].

Statt dessen geht es um das, was man eine „umweltrechtlich flankierte Selbstverpflichtung“ nennen könnte[107]. Die Rechtsverordnung kann dabei zwei unterschiedliche Funktionen erfüllen. Zunächst wirkt die Rechtsverordnung wie beim privatrechtlichen Vertrag die notarielle Beurkundung. Das Verhandlungsergebnis wird in eine Rechtsverordnung aufgenommen. Das vermeidet nicht nur späteren Streit über den Inhalt der Absprache. Vielmehr erschwert das auch nachträgliche Einwirkungen auf den Vertragsinhalt. Das ist bei einem politischen Vertrag nicht unwichtig. Denn wir hatten uns ja klargemacht, daß es sich dabei um einen Normsetzungsvertrag handelt. Ohne die ratifizierende Rechtsverordnung blieben die Vertragspartner deshalb auf Dauer die Herren der Norm[108]. Die ratifizierende Rechtsverordnung verbessert deshalb die Verhandlungsposition der staatlichen Vertragspartner, wenn die privaten Partner Abänderung des Vertrages verlangen. Diesen Vorzug erkauft der Staat allerdings damit, daß der Vertragsinhalt nun weniger flexibel ist. Insbesondere erregt jede Vertragsanpassung viel mehr politische Aufmerksamkeit, als wenn die Parteien den Vertrag einfach durch nachfolgende Praxis fortentwickeln.

---

105 Die wichtigsten sind die Altölverordnung, die Verordnung über die Entsorgung gebrauchter hallogenierter Lösungsmittel, die Verpackungsverordnung, die FCKW-Halon-Verbotsverordnung und die Batterieverordnung.

106 S. unten VI 3**.**

107 *Cansier* in *Kloepfer* (FN 9) 107.

108 S.o. III 3.

3. Rechtsverordnung als Erfüllung eines politischen Vertrages

Beschränken sich die Wirkungen eines Normsetzungsvertrages auf die Vertragspartner, macht es keinen Sinn, zwischen dem Verpflichtungs- und einem Erfüllungsgeschäft zu unterscheiden. Das ist anders, wenn die Norm auch auf Dritte wirken soll. Wir hatten gesehen, warum die Parteien das häufig vorsehen[109].An sich gilt aber auch beim polititschen Vertrag die alte Regel des römischen Rechts: Pacta tertiis nec prosunt nec nocent.

Die wichtigste Drittwirkung ist das Verhältnis zwischen verbandlichen Akteuren und Mitgliedsunternehmen. Sie mag als Verbandsrecht ausgestaltet sein. Regelmäßig beschränkt sich die Verbandsführung dagegen darauf, ihren verbandspolitischen Einfluß geltend zu machen[110]. Jedenfalls wird für beides kein staatliches Außenrecht gebraucht.

Das ist anders, wenn der politische Vertrag auch auf außenstehende Dritte ausstrahlen soll. Ein plastisches Beispiel ist die Altautoverordnung. Sie zwingt die Halter, ihre aus dem Verkehr gezogenen Autos dem Rücknahmesystem der Hersteller zu überlassen[111].

Wichtig sind Rechtsverordnungen auch als ein Instrument, um offene Flanken zu schließen. Das Beispiel der Batterieverordnung haben wir bereits kennengelernt. Sie zwingt außenstehende Hersteller im Ergebnis in das Kartell der vertragsschließenden Hersteller[112]. Eine Verordnung erleichtert den privaten Vertragspartnern auch die Verteidigung der Absprache und der absprachegemäß errichteten Rücknahmesysteme gegenüber kartellrechtlichen Interventionen. Das gilt auch dann, wenn sich das Kartellrecht erfolgreich mit der These durchsetzt, es sei an solche Verordnungen nicht gebunden[113]. Denn darüber kann man jedenfalls streiten. Vor allem wird es für die Kartellbehörden und Kartellgerichte durch die Verordnung politisch aber noch ein Stück schwieriger, dem politischen Vertrag in den Arm zu fallen.

---

109 S.o. III 4 c.
110 S.o. III 6.
111 § 3 I Verordnug über die Entsorgung von Altautos und die Anpassung staßenverkehrsrechtlicher Vorschriften, BGBl. 1997 I S. 1666.
112 Näher oben III 6.
113 Vgl. unten V 3.

V. Verfassungsrechtliche Grenzen

Wir wissen nun, wie Selbstbeschränkungsabreden funktionieren und warum sie zustande kommen. Damit kennen wir zugleich den Sachverhalt für die verfassungsrechtliche Untersuchung. Er wirft gleich in viererlei Hinsicht verfassungsrechtliche Bedenken auf: Im Verhältnis der Vertragspartner zueinander (1), im Verhältnis von Verbandsführung und Verbandsmitgliedern (2), im Verhältnis zu außenstehenden privaten Personen und Unternehmen (3), schließlich für die staatliche Kompetenzordnung (4).

1. Staat und Verband

Staat und Verband kommen durch den politischen Vertrag in ein Verhältnis, das von den Vorstellungen des Grundgesetzes über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft weit abweicht[114]. Das hat Rückwirkungen auf das Demokratieprinzip (a), den Rechtsstaat (b) und die Grundrechte (c). Daraus ergeben sich Folgerungen für den Gesetzesvorbehalt (d) sowie die Forderung nach einem Rechtsformvorbehalt (e).

a) Demokratie

Bei der staatlich regulierten Selbstregulierung macht sich der Staat unsichtbar[115]. Denn die Regeln, mit denen das Verhalten der Unternehmen gesteuert wird, sind ja

---

114 Dieser Umstand hat die juristische Wissenschaft seit vielen Jahren angezogen. Die älteren Untersuchungen sind beinahe lückenlos dokumentiert bei *Matthias Schmidt-Preuss:* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 (1996) 160 – 234 und bei *Udo Di Fabio:* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, ebd. 235 – 282; s. darüber hinaus die dort 283 – 344 abgdruckte Diskussion sowie aus der seither erschienen Literatur insbes.: den von *Michael Kloepfer* herausgegebenen Sammelband Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich. Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz. Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung (Schriften zum Umweltrecht 85); SRU 1998, (FN 3), R 266 – 326; *Andreas Finckh:* Regulierte Selbstregulierung im Dualen System. Die Verpackungsverordnung als Instrument staatlicher Steuerung (Schriften zur Rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung 2) Baden-Baden 1998.

115 So der programmatische Titel der Schrift von *Walter Leisner:* Der unsichtbare Staat. Machtabbau oder Machtverschleierung? Berlin 1994.

gerade kein staatliches Recht, sondern bestenfalls Verbandsrecht, meist ausschließlich politisch verankerte Verhaltenserwartungen.

Der Inhalt dieser Regeln wird zwischen den staatlichen Akteuren und Privaten ausgehandelt. Im Rechtssinne wird dabei zwar nicht im Verhandlungswege über Hoheitsrechte disponiert[116]. Es handelt sich auch nicht um eine Delegation von Regelbildungsaufgaben an den privaten Verband. Das schiede schon deshalb aus, weil Verbandsrecht ja jedenfalls kein staatliches Recht ist. Funktionell verzichtet der Staat aber auf seine ausschließliche Regelbildungshoheit. Der Inhalt der Regeln wird mit den Regelungsadressaten ausgehandelt. Dadurch kommt es zu einer Verantwortungsvermischung zwischen Staat und Gesellschaft[117]. Der Inhalt dieser Regeln ist gerade nicht mehr vom gewählten Parlament sachlich legitimiert.

Außerdem handeln auf der Seite der Gesellschaft nicht mehr Individuen, sondern Verbände. Es kommt also zu einer ständischen Ordnung der Wirtschaft, zu einem „privaten Agentenstaat“[118]. Dadurch tritt ein Zustand ein, gegen den schon *Jean-Jacques Rousseau* aufgetreten war: Die Gefahr ist, daß schließlich gerade nicht die „volonté générale“, sondern die „volonté de tous“ die Oberhand behält[119].

Daraus erwächst „die Gefahr [...], daß [...] sämtliche Anti-Herrschaftsmechanismen des öffentlichen Rechts versagen“[120]. Der Verband muß danach streben, sich Einfluß auf die Besetzung der staatlichen Positionen, vor allem aber auf das Denken und Handeln der staatlichen Amtswalter zu verschaffen. Zumindest ein Nebenzweck der staatlich regulierten Selbstregulierung ist außerdem die Einsparung von Regulierungskosten[121]. Schon aus diesem Grunde liegt es nahe, daß der Staat sein eigenes Vollzugspersonal abbaut, nachdem er den Vollzug der vereinbarten Regeln erfolgreich in die Hand des Verbands gelegt hat. Dann kann er die Dinge aber auch zu-

---

116 Dieser Vorwurf wird berichtet bei SRU 1998 (FN 3) R 305.

117 *Trute* (FN 28) DVBl 1996, 955; *Irene Lamb:* Kooperative Gesetzeskonkretisierung. Verfahren zur Erarbeitung von Umwelt- und Technikstandards (Forum Umweltrecht 13) Baden-Baden 1995, 203 nennt den gleichen Vorgang vorsichtiger Verantwortungsteilung.

118 *Walter Leisner:* Verfassungsgrenzen privater Selbstregulierung, in: *Michael Kloepfer (Hrsg.):* Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich. Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz. Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung (Schriften zum Umweltrecht 85) Berlin 1998, 151 – 162 (152).

119 *Jean Jacques Rousseau:* Contrat Social. Paris 1762 Buch II Kapitel III und passim.

120 *Leisner* in *Kloepfer* (FN 2) 151, s. auch ebd. „Moderne Machttechnik entfaltet sich hier im Namen dieser Selbst-Beherrschung“.

121 S. noch näher unten VI 3 i.

mindest kurzfristig nicht mehr selbst in die Hand nehmen. Der Staat wird abhängig vom Wohlwollen des Verbandes.

b) Rechtsstaat

Formal ist das staatliche Rechtssetzungsmonopol durch den politischen Vertrag nicht tangiert. Verbandsrecht ist kein staatliches Recht, noch viel weniger gilt das für bloß politische verankerte Regeln. Wird das Vertragsergebnis in einer Rechtsverordnung gleichsam ratifiziert[122], handelt es sich gerade wieder um staatliches Recht. Wie schon beim Demokratieprinzip ist aber auch beim Rechtsstaat diese Betrachtung zu formal. Funktionell verzichtet der Staat nämlich gerade auf einseitige rechtsförmliche Regulierung und ersetzt sie durch ausgehandelte politische Regeln[123]. Dadurch wird zugleich das „rechtsstaatliche Gebot der Klarheit bei der Ausübung öffentlicher Gewalt“ beeinträchtigt[124].

Selbstbeschränkungsabkommen schaffen sich vernünftigerweise ihren eigenen Streitschlichtungsmechanismus. Er braucht nicht notwendig ausdrücklich formuliert zu werden. Vielmehr legt es bereits die politische Herkunft des Vertrages nahe, daß man sich bei Anwendungsschwierigkeiten wiederum versucht, politisch zu einigen. Das ist aber nicht bloß ein Gebot pragmatischer Klugheit. Vielmehr läuft ein Rechtsschutz des Verbandes gegen Vertragsverletzungen durch die staatlichen Akteure praktisch leer. Denn der Vertrag ist ja gerade kein rechtlicher. Er kann für die Rechtsordnung deshalb bestenfalls ein Datum darstellen. Daraus kann sich Vertrauensschutz ergeben, niemals aber ein rechtlicher Anspruch auf Vertragserfüllung[125].

Um den Rechtsschutz des Verbandes und seiner Mitglieder vor Abschluß des politischen Vertrages ist es im Ergebnis nicht besser bestellt. Als Gegenstand eines Gerichtsverfahrens bleibt nur die staatliche Drohung. In diesem „staatlichen Mitwirkungsakt“ mag man eine öffentlich-rechtliche Handlung sehen[126]. Man mag auch bereits die Drohung als Grundrechtseingriff behandeln[127]. Trotzdem gibt man den pri-

---

122 S.o. IV 2.
123 Vgl. *Kloepfer/Elsner* (FN 8) DVBl. 1996, 968.
124 *Di Fabio* in *Kloepfer* (FN 65) 126.
125 S.o. III 5 b.
126 *Rengeling* (FN 3) 172.
127 S. auch sogleich 3 zu der Parallelfrage beim Drittschutz.

vaten Akteuren damit Steine statt Brot. Denn vor Gericht kann ja gerade nicht über die Belastungswirkung einzelner Regeln gestritten werden. Vielmehr kann es nur um die abstrakte Frage gehen, ob der Staat überhaupt drohen darf, und wenn ja, ob gerade mit diesem Mittel. Die Neigung der Gerichte, dem Staat bereits das Drohpotential aus der Hand zu schlagen, wird gering sein. Dafür gibt es einen psychologischen und einen justizpolitischen Grund. Psychologisch sind Richter daran gewöhnt, aus der Anschaulichkeit des Einzelfalls zu entscheiden. Erst dann erkennen sie die konkrete Interessenlage. Genau diese Anschaulichkeit wird ihnen hier vorenthalten. Justizpolitisch bleibt den Gerichten bei der staatlich induzierten Selbstregulierung nur eine Alles oder Nichts-Entscheidung. Sie müßten dem demokratisch gewählten Gesetzgeber und der von ihm bestimmten Bundesregierung also ganz offen in den Arm fallen. Sie hätten nicht die beim ausformulierten Gesetz gegebene Möglichkeit der Feinsteuerung über die Kassation einzelner Normen oder eher noch über deren verfassungskonform einschränkende Auslegung.

Daraus folgt ein letztes rechtsstaatliches Bedenken. Im deutschen öffentlichen Recht ist an sich jede Frage des einfachen Rechts zugleich auch eine Verfassungsfrage. Das stellt dem politischen Diskurs im Gesetzgebungsverfahren notwendig einen juristischen Diskurs über die Richtigkeit des Norminhalts zur Seite. Dieser doppelte Diskurs ist ein zentrales Element der deutschen Form der Gewaltenbalance zwischen Legislative und Judikative. Bei der staatlich induzierten Selbstregulierung fällt der juristische Diskurs der einzelnen Regeln dagegen notwendig aus. Es handelt sich dabei nämlich gar nicht mehr um staatliches Recht.

c) Grundrechte

Diese rechtsstaatlichen Bedenken bestehen nicht nur im objektiven Recht, sondern sie berühren auch Grundrechte des Verbands und seiner Mitglieder. Für den Verband selbst geht es dabei vornehmlich um Art. 9 I GG, für die Verbandsmitglieder um dieselbe Vorschrift sowie um die von den ausgehandelten Regeln tangierten Freiheiten. Ist kein spezifisches Wirtschaftsgrundrecht betroffen, so ist es jedenfalls die allgemeine Gewerbefreiheit. Ob sie als Teil der Berufsausübungsfreiheit unter Art. 12

I GG fällt oder nur als Ausprägung des Allgemeinen Freiheitsrechts unter Art. 2 I GG, ist bekanntlich umstritten[128].

Entgegen der gelegentlich im Schrifttum vertretenen These[129] kennt das deutsche Recht keinen Grundrechtsverzicht. Daß der Verband der Abrede zugestimmt hat, immunisiert sie also noch nicht gegen die Prüfung an den Grundrechten. Das gilt noch viel weniger für die Grundrechte der Verbandsmitglieder. Das deutsche Recht kennt keine Vertretung in Rechtsgeschäften über Grundrechtspositionen. Daß der Verband zugestimmt hat, könnte deshalb bestenfalls das Schutzniveau der Grundrechte beeinflussen, also bei der Anwendung des Übermaßverbots die Gewichte zugunsten des Staats verschieben[130]. Da Selbstbeschränkungsabreden zur Produktverantwortung ja aber gerade „im Schatten des Rechts“ zustande kommen[131], hat auch dieser Umstand geringes Gewicht. Er ist schon juristisch-dogmatisch vollständig irrelevant, wenn der Gegenstand der Grundrechtsprüfung nicht die getroffene Abrede, sondern die staatliche Drohung ist, unter der sie erst zustande gekommen ist.

Die deutsche Grundrechtsdogmatik hat erstaunliche Schwierigkeiten mit dem Grundrechtseingriff[132]. Manche meinen deshalb, es sei schwierig, „klar und überzeugend eine Schwelle zu bestimmen, bei deren Überschreitung ein derartiger Druck faktischer Art zum Eingriff wird“[133]. Dabei könnte man sich doch jedenfalls mit der Figur der Grundrechtsgefährdung helfen[134].

Wer all das nicht tun will, muß dem Staat aber jedenfalls nicht-konnexe Drohungen aus der Hand schlagen. Es kann in einem Rechtsstaat nicht sein, daß sich der Staat beliebige Schikanen ausdenkt, nur um seinen Bürgern Gefälligkeiten abzupressen[135]. Um dieses Ergebnis verfassungsdogmatisch zu begründen, eignet sich am besten

---

128 Zusammenfassend etwa *Rolf Stober:* Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit (Öffentliches Recht in der Verwaltungs-, Beratungs- und Wirtschaftspraxis) Köln 1989.

129 So verwunderlicherweise auch die Begründung der Sachverständigenkommission zu ihrem Entwurf des Umweltgesetzbuchs (FN 8) 506.

130 So wohl auch SRU 1998 (FN 3) R 305.

131 S.o. III 4 a.

132 Symptomatisch *Herbert Bethge*: Der Grundrechtseingriff, in: VVDStRL 57 (1997) 7 – 56 und die ebd. 100 – 157 abgedruckte Diskussion; kritisch schon dort 147 f. mein eigener Diskussionsbeitrag.

133 *Leisner* in *Kloepfer* (FN 28) 157.

134 Erstaunlich vorsichtig *Di Fabio* in *Kloepfer* (FN 65) 123 und 126.

135 Vgl. bereits oben III 4 a.

der Gleichheitssatz[136]. Der Staat muß deshalb nicht nur eine verfassungsgemäße Ermächtungsgrundlage für die Realisierung der Drohung haben. Vielmehr darf er nur mit solchen Maßnahmen drohen, die in einem sachlich überzeugenden Zusammenhang zu dem eigentlich angestrebten Regelungsziel stehen.

Zumindest ein Grundrechtseingriff liegt auch dann vor, wenn der Staat mit seiner Drohung darauf abzielt, die Verbandsmitglieder zu einem Verhalten zu bewegen, für das er gar keine Ermächtigungsgrundlage hätte. Ebenso ist es ein Grundrechtseingriff, wenn der Staat in Sphären vordringen will, die er mit Befehl und Zwang überhaupt nicht erreichen könnte. Wir werden noch sehen, daß genau das die eigentliche Funktion von Selbstbeschränkungsabreden ist[137]. Während nicht-konnexe Drohungen aber kategorisch verboten sein müssen, wird man hier nur einen – allerdings schwerwiegenden – Grundrechtseingriff feststellen können. Ob er gerechtfertigt ist, hängt also von den verfolgten Zielen ab[138].

---

136 Vgl. *Grewlich* (FN 42) DÖV 1998, 62. Er will den Gleichheitssatz sogar dann eingreifen lassen, wenn Recht überhaupt als Drohpotential eingesetzt wird.

137 S. unten VI 3.

138 Näher unten VII.

d) Gesetzesvorbehalt

Das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzesvorbehalt mit der Wesentlichkeitstheorie bekanntlich fortentwickelt. Ein Gesetz ist nicht nur bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum erforderlich, sondern bei allen Maßnahmen, die für Demokratie, Rechtsstaat oder Grundrechte wesentlich sind[139]. Selbst wer die staatliche Drohung oder den ausgehandelten politischen Vertrag nicht als Grundrechtseingriff anerkennen möchte, muß wegen der Bedeutung des Vorgangs für Demokratie und Rechtsstaat deshalb zum Gesetzesvorbehalt kommen[140]. Wer möchte, kann das als „organisatorischen Gesetzesvorbehalt“ bezeichnen[141]. Daraus folgt praktisch: gesetzesvertretende politische Verträge sind verfassungswidrig. Denkbar sind allenfalls solche Verträge, die an die Stelle einer eigentlich möglichen Rechtsverordnung treten[142].

e) Rechtsformvorbehalt

Walter Pauly ist in einem zu unrecht wenig beachteten Aufsatz noch weiter gegangen. Er formuliert einen Rechtsformvorbehalt[143]. Ihm ging es damals um das informale Verwaltungshandeln. Der Gedanke paßt aber nicht nur für die Regeldurchsetzung, sondern erst recht für die Regelbildung.

Ein absoluter Rechtsformvorbehalt wäre gleichbedeutend mit dem verfassungsrechtlichen Verbot politischer Verträge zum Zwecke der Regulierung. Wir werden sehen, daß das ein sehr hoher Preis wäre. Dem Staat wäre in manchen Situationen das ein-

---

139 Leitentscheidung BVerfGE 49, 89 – Kalkar.

140 So ausdrücklich auch Grewlich (FN 42) DÖV 1998, 57 f.; falsch dagegen die Begründung zum UGB-KomE (FN 20) 506. Sie will darauf abstellen, ob der normersetzende Vertrag aufgrund so intensiven staatlichen Drucks zustande kommt, daß den privaten Vertragsschließenden keine Handlungsalternativen verbleiben.

141 So *Trute* (FN 28) DVBl. 1996, 957: „Wo die staatliche Letztverantwortung de facto oder de iure so zurückgenommen wird, daß Privaten erheblicher Einfluß auf die Entscheidung eingeräumt wird, ohne daß die Verwaltung durch hinreichend wirksame Instrumente der Steuerung und Kontrolle die Ereignisbeherrschung behält“, sei ein Gesetz erforderlich. Ebenso soll es sein, „wo es um die Etablierung von kondominialen Entscheidungssystemen mit erheblichen – auch faktischen – Belastungswirkungen geht“.

142 Vgl. die Differenzierung bei *Rengeling* Kooperationsprinzip (FN 3) 160 und 186.

143 *Walter Pauly:* Der Regelungsvorbehalt*,* in DVBl.1991, 521 - 524.

zige Instrument zur Erreichung des Regulierungsziel genommen[144]. Der Gedanke des Rechtsformvorbehalts bündelt aber wie eine Linse die demokratischen, rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Einwände gegen dieses Instrument.

2. Verbandsgewalt

Der Übergang zur Regulierung durch politischen Vertrag führt zur „Mediatisierung [der Verbandsmitglieder] im Rahmen organisatorisch gestufter Grundrechtsausübung“[145]. Sie können ihre Interessen nicht mehr unmittelbar wahren. Auch die Gerichte helfen ihnen dabei, wie wir gerade gesehen haben, nicht weiter. Gleichsam als Kompensation bekommen sie aber die Möglichkeit, mittelbar, nämlich über ihren Verband, weit mehr Einfluß auf den Inhalt der Regeln zu nehmen, als ihnen bei einseitiger staatlicher Regulierung zugestanden würde[146].

Trotzdem ist das ein Verfassungsproblem. Denn die staatlichen Akteure lassen sich ja nur deshalb auf die Aushandlung der Regeln ein, weil sie auf die Durchsetzungskraft des Verbands im Inneren bauen[147]. Manchmal wirkt der Staat, wie wir gesehen haben, sogar aktiv an der Stärkung der Verbandsmacht mit[148]. Jedenfalls bedient er sich dieser Macht aber zur Verfolgung seiner eigenen Ziele.

Verfassungsdogmatisch ist dieser Zustand nicht leicht zu erfassen. Denn die Verbandsmacht bleibt gesellschaftliche Macht, auch wenn sich der Staat ihrer bedient. Deshalb kann man den Verband nicht selbst zum Grundrechtsverpflichteten machen. Er ist nicht etwa ein beliehener Unternehmer[149]. Natürlich enthalten das private Gesellschafts- und das öffentliche Verbandsrecht Vorgaben für das Innenverhältnis der Verbände. Ihr Gegenstand ist aber umgekehrt gerade nur gesellschaftliche, nicht staatlich induzierte Macht. Auch diese Regeln erfassen unsere Frage deshalb nicht wirklich. Es bleibt deshalb auch hier nur, an der staatlichen Handlung anzusetzen, die im staatlichen Interesse versucht, die Verbandsspitze gegen die Mitglieder zu

---

144 S. näher unten VI.
145 *Di Fabio* in *Kloepfer* (FN 65) 124.
146 *Lamb* (FN 117) 207.
147 S. o. III 6.
148 S. o. III 4 c.
149 *Leisner* in *Kloepfer* (FN 28) 155 f.

stärken. Das ist ein Eingriff in die innere Organisationsfreiheit der Mitglieder aus Art. 9 I GG. Dieser Eingriff bedarf der Rechtfertigung. Zugleich kann man erneut Demokratie und Rechtsstaat bemühen. Denn aus diesen Überlegungen wird ja deutlich, daß der Staat die Verbandsgewalt nicht nur gewähren läßt, sondern in seinen Dienst stellt, möglicherweise sogar stärkt. Und für den Rechtsstaat wird deutlich, daß der Staat ganz offen Gerichtsschutz durch Partizipation im Verband ersetzt.

3. Außenstehende Dritte

Wir wissen bereits, daß Selbstbeschränkungsabreden Verträge zu Lasten Dritter sind[150]. Daraus entsteht, beinahe möchte man sagen selbstverständlich, auch ein verfassungsrechtliches Problem. Verfassungsdogmatisch ist es allerdings nicht ganz einfach zu lokalisieren. Denn die Nachteile für die Dritten sind politischer oder wirtschaftlicher, nicht rechtlicher Natur.

So sind die Umweltverbände skeptisch gegenüber diesem Regulierungsinstrument[151]. Nicht zu unrecht befürchten sie, daß ihre Chancen kleiner werden, auf das Politikergebnis Einfluß zu nehmen. Der Gedanke läßt sich verallgemeinern. Wird hoheitliche Regulierung durch ausgehandelte Regeln ersetzt, stehen sich gut organisierbare Gruppen notwendig besser. Denn der Staat kann schon aus Kostengründen nicht mit Individuen, sondern nur mit organisierten Interessen verhandeln[152]. Die ausgehandelten Regeln haben deshalb mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Verteilungseffekt zugunsten solcher Interessen, die als Verhandlungspartner attraktiv sind. Oder umgekehrt gewendet: Wer seine Interessen durchsetzen will, muß sich zunächst organisieren und dann im Wettbewerb mit anderen organisierten Interessen um die Aufmerksamkeit des Staats bestehen. Auch noch eine weitere Verzerrung ist wahrscheinlich. Weil der Staat ja mit konkreten Akteuren verhandelt, gehen Regelbildung und Konfliktbewältigung notwendig ineinander über. Das ändert regelmäßig auch den Inhalt der Regeln. Sie werden so formuliert, daß zunächst und vor allem der politische Konflikt zwischen diesen gut organisierten Interessen aus der Welt ist.

---

150 S. o. III 7.

151 SRU 1998 (FN 3) R 273.

152 In der ökonomischen Theorie der Politik ist das eine alte Einsicht. Der Leittext ist *Mancur Olson:* Die Logik des kollektiven Handelns. Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 10) Tübingen 1968 (3. durchgesehene Auflage Tübingen 1992).

Als Eingriff in die Grundrechte solcher Personen, die sich bislang nicht erfolgreich organisiert haben, wird man das schwerlich deuten können. Auch der Eingriff in die Betätigungsfreiheit eines Verbands, den der Staat schließlich nicht als Vertragspartner akzeptiert, ist nicht leicht zu konstruieren. Selbst wenn man den Eingriff noch bejaht, hätte man es schwer, den Schutzgehalt von Art. 9 I GG für diesen Fall zu bestimmen. Letztlich bleibt deshalb wohl nur das Demokratieprinzip, also objektives Verfassungsrecht.

Etwas besser steht es bei den wirtschaftlichen Nachteilen Dritter. Sie entstehen vor allem aus dem Kartellcharakter von Selbstbeschränkungsabreden. Sie führen manchmal sogar dazu, daß Produkteigenschaften branchenweit standardisiert werden. Jedenfalls begrenzen sie aber den Freiraum des einzelnen Unternehmens zur Produktgestaltung. Das hat Rückwirkungen auf die vor- und nachgelagerten Märkte, also auf die Lieferanten und Abnehmer. Diese Personen sind natürlich Grundrechtsträger. Viel mehr als die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG werden sie meist aber nicht vorbringen können. Und der Zusammenhang zwischen der staatlichen Induktion der Selbstbeschränkungsabrede und diesen Wirkungen ist so mittelbar, daß sie vor kaum einem Gericht damit Gehör finden werden. Schon eher ist das denkbar, wenn der Staat, wie bei der Batterieverordnung, versucht, außenstehende Unternehmen in das Kartell hineinzuzwängen[153]. Hinter all diesen Fragen steht aber noch ein Problem, das an dieser Stelle nur benannt werden kann: materiell ist Kartellrecht in einer Marktwirtschaft Wirtschaftsverfassungsrecht. Haben seine Prinzipien im deutschen Verfassungsrecht deshalb aber auch Verfassungsrang?

4. Kompetenzordnung

Schließlich haben politische Verträge zur Produktverantwortung vielfache Rückwirkungen auf die verfassungsrechtlich gesicherte Kompetenzordnung. Die Ministerialbürokratie vermeidet Abstimmungsprozesse mit anderen Ressorts[154] und verstößt dadurch gegen das in Art. 65 Satz 3 GG garantiere Kollegialprinzip in der Bundesregierung. Die Ministerialverwaltung des Bundes entmachtet auf diese Weise die Landesverwaltung. Einer Umsetzung der vom Bund initiierten Regeln durch Verwaltungshandeln bedarf es nämlich nicht mehr. An ihre Stelle tritt die von der Ministeri-

[153] S. o. III 7 b.

alverwaltung überwachte Vollziehung im Verband[155]. Dadurch verletzt der Bund die in Art. 83 GG garantierte Zuständigkeit der Länder. Die Bundesregierung kann das Instrument nutzen, um Zustimmungsrechte des Bundesrats und Aufhebungsrechte des Bundestags auszuhebeln; § 59 KrWAbfG versucht allerdings, dem entgegenzuwirken. Die heute politisch Handelnden können die von ihnen getroffenen Entscheidungen auf diese Weise über das Ende der Legislaturperiode hinaus erhalten[156]. Denn ein politischer Vertrag ist nach einem Regierungswechsel viel schwerer zu ändern als ein Gesetz, das der neuen politischen Mehrheit mißfällt.

Verfassungsdogmatisch entsteht hier ein ganz anderes Problem als bei den Grundrechten. Die Verfassungsnormen, in denen die Kompetenzordnung niedergelegt ist, sind leicht zu benennen. Anders als die Grundrechte enthält die Kompetenzordnung nur an sich keine Möglichkeit zur graduellen Entscheidung. Die Kompetenzen sind schrankenlos festgelegt. Will man trotzdem auch Beeinträchtigungen der Kompetenzordnung zulassen, wenn ein Regulierungsziel von hohem Gewicht anders nicht erreicht werden kann, braucht man die Figur der praktischen Konkordanz. Man muß dann aus der Einheit der Gesamtverfassung argumentieren. Viel Halt vermittelt der Verfassungstext dann nicht.

VI. Rechtfertigung

1. Einleitung

Lassen sich all diese verfassungsrechtlichen Bedenken mit einem Federstrich beiseite wischen? Manche glauben das. Am häufigsten wird zu diesem Zweck Art. 80 I GG bemüht. Wenn der Gesetzgeber die Bundesregierung oder einen Minister zum Erlaß einer Verordnung ermächtigt, verpflichtet er ihn dazu nicht. Ob und wie der Adressat die Ermächtigung ausnutzt, steht vielmehr in seiner Entscheidung. Daraus wird dann abgeleitet, daß der Verordnungsgeber von der Ermächtigung auch teilwei-

---

154 SRU 1998 (FN 3) R 273.

155 *Scharpf* (FN 23) 203.

156 Vgl. *Arthur Benz:* Kooperative Verwaltung. Funktionen, Voraussetzungen und Folgen. Baden-Baden 1994, 350.

se, nämlich als Drohgebärde Gebrauch machen könne[157]. Überzeugend ist aber nur die umgekehrte Aussage: Fehlt es bereits an einer Verordnungsermächtigung, ist der politische Vertrag von vornherein verfassungswidrig[158]. Der Gesetzgeber muß die Regierung also ausdrücklich zu diesem Vorgehen ermächtigen und er muß dabei Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmen. Diese Aussage formuliert aber nur in anderen Worten, was wir bereits beim Gesetzesvorbehalt erkannt hatten[159]. Art. 80 I GG ist nämlich nichts anderes als eine bereichsspezifische Konkretisierung der Wesentlichkeitstheorie in der Verfassung selbst.

Ebensowenig überzeugt ein zweiter Gedanke: „Solange das zur Normsetzung befugte Organ sich hinsichtlich des Normerlasses nicht bindet, sondern durch die Mitwirkung an Selbstregulierung nur Bedingungen schafft, unter denen sein Eingreifen gegenwärtig nicht erforderlich wird“[160], sollen die Dinge verfassungsrechtlich im Lot sein. Ob das Ergebnis des politischen Vertrages schließlich in einer Rechtsnorm ratifiziert wird, ist aber für die Wirkungen des Vertrages auf Demokratie, Rechtsstaat und Grundrechte ganz nebensächlich[161].

Auch die analoge Anwendung der Partizipationsvorschriften für die staatliche Regelbildung[162] löst bestenfalls einen kleinen Teil des Problems. Im übrigen würde das nur zu einem Schattenboxen führen. Solange andere Gruppen nämlich nicht zum Partner des politischen Vertrages werden, entscheidet schließlich doch der Ausgleich zwischen den Vertragspartnern über den Inhalt der Regeln.

Der letzte Vorschlag klingt schön, erfordert aber etwas, was entweder unmöglich oder wirkungslos ist: die „gemeinwohlorientierte Rahmenverantwortung privater Selbstregulierung“[163], die staatliche „Legitimationsverantwortung“ anstelle staatlicher „Letztverantwortung“[164].

---

157 Der Gedanke findet sich zuerst wohl bei *Eberhard Bohne*: Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, in: VwArch 1984, 343 – 373 (362); s. auch *Rengeling* (FN 3) 188 f.; Begründung UGB-KomE (FN 8) 505.

158 SRU 1998 (FN 3) R 305.

159 S. o. V 1 d.

160 SRU 1998 (FN 3) R 305.

161 S. o. IV 2.

162 Nachweise zur literarischen Diskussion darüber bei SRU (FN 3) R 308.

163 *Trute* (FN 28) DVBl. 1996, 953.

164 Ebd. 955 f.; s. auch ebd. 953: Staatliche Regulierung und Überwachung gesellschaftlicher Selbstregulierung“; 954: „Staatlich veranlaßte und beeinflußte Selbstregulierung“.

Im Ergebnis bleibt deshalb auch hier nur das klassische Instrument des Juristen: die Abwägung zwischen den Nachteilen und den Vorzügen einer Regel, womöglich im Vergleich zu alternativ denkbaren Institutionen. Dem wollen wir uns jetzt zuwenden. Wir müssen dabei unterscheiden zwischen den Vorzügen, die sich aus einer Branchenabrede ergeben (2), und den Vorzügen, die sich aus einer Selbstbeschränkungsabrede ergeben (3). Die Gründe für eine Branchenabrede sind notwendig gegenstandsbezogen. Die Gründe, die den Staat veranlassen, durch eine Selbstbeschränkungsabrede auf den Inhalt von Branchenregeln Einfluß zu nehmen, lassen sich stärker vom Gegenstand abstrahieren.

2. Branchenabreden

Alle Selbstbeschränkungsabreden sind Abreden zwischen staatlichen und verbandlichen Akteuren. Sie enthalten deshalb eine für alle Verbandsmitglieder einheitliche oder jedenfalls vereinheitlichte Lösung. Dieses letzte Element wollen wir zunächst isoliert betrachten. Es geht also zunächst um Gründe für den partiellen Ausschluß von Wettbewerb innerhalb einer Branche. Bei der Produktverantwortung lassen sich dafür drei miteinander zusammenhängende Gründe benennen. Nach der Überzeugung der staatlichen Regulatoren läßt sich das ursprüngliche abfallpolitische Ziel nur erreichen, wenn man dem Endverbraucher das umweltpolitisch gewünschte Verhalten so leicht als möglich macht (a). Stellt man sich auf diesen Ausgangspunkt, sind Rücknahmesysteme unausweichlich. Sie haben erhebliche Größenvorteile (b). Schließlich verlangen solche Rücknahmesysteme erhebliche spezifische Investitionen. Alternative Verwendungen für die Investitionsgüter gibt es kaum. Die versunkenen Kosten sind folglich hoch. Deshalb wäre es schwierig, selbständige Anbieter für diese Dienstleistungen zu finden (c).

a) Niedrigkosten-Entscheidung beim Konsumenten

Das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz setzt schon in seinem Namen den Stoffkreislauf vor die Verwertung und Beseitigung von Abfällen. Der Vorrang der stofflichen vor der energetischen Verwendung hat sich im Gesetzgebungsverfahren zwar schließlich nicht durchsetzen lassen. Die für die Umweltpolitik Verantwortlichen sind ihm gleichwohl verbunden. Wir wollen diese Ziele an dieser Stelle nicht weiter hinter-

fragen. Ginge es um die Vorbereitung eines verfassungsgerichtlichen Urteils, wäre das allerdings unumgänglich. Denn das Übermaßverbot steht und fällt mit der Kontrolle des verfolgten Ziels. Aber diese Aufgabe wäre nicht zu bewältigen, ohne den Rahmen dieses Beitrags zu sprengen.

Soll die Deponierung oder Verbrennung der Haushaltsabfälle so weit als möglich vermieden werden, müssen sie in jedem Haushalt getrennt sortiert werden. An sich könnte der Staat das seinen Bürgern natürlich befehlen. Manche Landesgesetzgeber tun das ja auch[165]. Der Staat kann aber nicht neben jeden Mülleimer einen Polizisten stellen. Das Ordnungsrecht hätte also ein Vollzugsdefizit, dessen der Staat nicht Herr werden könnte[166]. Der Staat kann sein Ziel deshalb nur erreichen, indem er an das Umweltbewußtsein seiner Bürger appelliert. Abfallmoral wird zum Steuerungsinstrument. Auch daraus ergibt sich eine ganze Fülleverfassungsrechtlicher Probleme, die wir hier vernachlässigen müssen[167].

So paradox das klingen mag: individuelle Moral ist sozial teuer. Ein etwas zynisch klingender Satz erklärt uns, warum: Jeder ist bestechlich, es kommt nur auf den Preis an. Will sagen: Die in den Menschen durchaus vorhandene, durch Erziehung steigerbare Bereitschaft zum moralischen Handeln kennt ihre Grenzen. Muß das Individuum allzu viel dafür aufgeben, den internalisierten Normen zu genügen, wird die Versuchung immer größer, sie zu brechen. Für den Staat heißt das: sich auf die individuelle Moral zu verlassen, wird um so riskanter, je teurer für das Individuum moralisches Handeln ist. Die strategische Pointe: die Chance zu moralischem Verhalten steigt, wenn es gelingt, dessen Kosten für das Individuum zu senken[168].

Das Abfallrecht hat um diese Zusammenhänge seit jeher gewußt. Denn auch der wilde Müll läßt sich mit Befehl und Zwang nur schwer verhindern. Daß der Bürger

---

165 So z.B. in § 3 I HAKA (Hessen) oder in § 8 I 1 LAbfG. Berlin.

166 Die Entdecker des Vollzugsdefizits waren: *Gerd Winter:* Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, Berlin 1975; *Renate Mayntz:* Vollzugsprobleme der Umweltpolitik Empirische Untersuchung der Implementation von Gesetzen im Bereich der Luftreinhaltung und des Gewässerschutzes. Wiesbaden 1978; aus neuerer Zeit s. vor allem *Gertrude Lübbe-Wolff:* Modernisierung des Umweltordnungsrechts. Vollziehbarkeit – Deregulierung – Effizienz. Bonn 1996.

167 Ihnen geht eine Arbeit von *Jörn Lüdemann* mit dem gleichnamigen Titel nach, die im Augenblick in Bonn entsteht.

168 Der Gedanke geht vor allem auf Überlegungen von *Gebhard Kirchgässner* zurück. Er hat ihn in drei Aufsätzen näher entfaltet: *Gebhard Kirchgässner:* Towards a Theory of Low Cost Decisions, in: European Journal of Political Economy 8 (1992) 305 – 320; *Gebhard Kirchgässner/Werner Pommerehne:* Low Cost Decisions as a Challenge to a Public Choice, in: Public

seinen Mülleimer nur vor die Haustür stellen muß, ist deshalb auch ein Instrument, um normgerechtes Verhalten künstlich preiswert zu machen. Auf demselben Gedanken beruhen die Rücknahmesysteme, die in den Selbstbeschränkungsabreden zur Produktverantwortung regelmäßig vorgesehen werden. Verpackungsabfälle werden bekanntlich ebenfalls vor der Haustür abgeholt. § 8 AltölV bestimmte schon im Jahre 1987, daß die Annahmestelle in engem räumlichen Zusammenhang zum Verkaufsort stehen muß. Nach § 4 I BattV müssen die Hersteller Altbatterien unentgeltlich zurücknehmen. Nach § 13 II 2 BattV müssen Geräte, die schadstoffhaltige Batterien verwenden, so gestaltet sein, daß der Endverbraucher die Batterien nach Ende ihrer Lebensdauer „mühelos“ entnehmen kann.

b) Größenvorteile

Was wir bis jetzt entwickelt haben, sind Operationalisierungen des allgemeinen Wunschs nach Abfallvermeidung oder zumindest stofflicher Verwertung. Akzeptiert man diese Operationalisierungen, sind bei den meisten Produkten branchenübergreifende Lösungen schwer zu vermeiden. Denn Rücknahmesysteme haben erhebliche Größenvorteile. Größenvorteile ergeben sich aus dem Verhältnis von fixen und variablen Kosten. Fährt der Müllwagen einmal durch die Straße, macht es keinen großen Kostenunterschied mehr, wenn er nicht nur an drei, sondern an allen Häusern anhält. Ebenso liegt es, wenn ein Hersteller mit dem Einzelhandel vereinbart, daß die Kunden verbrauchte Batterien im Laden zurückgeben können. Wenn die Einzelhändler die Batterien des einen Herstellers zurücknehmen, macht es nicht mehr viel mehr kosten, auch die Batterien anderer Hersteller anzunehmen. Bei Rücknahmesystemen kommt regelmäßig noch hinzu, daß branchenübergreifende Lösungen Sortierkosten entfallen lassen. So muß der Einzelhändler bei dem branchenweiten System, das der Batterieverordnung vorschwebt, nicht prüfen, von welchem Anbieter die Knopfzelle stammt. Und der Haushalt muß sich nicht überlegen, welche Lebensmittel in die Folie verpackt waren, sondern wirft jede Folie einfach in die gelbe Tonne.

Choice 77 (1993) 107 – 115; *Gebhard Kirchgässner:* Bemerkungen zur Minimalmoral, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 116 (1996) 223 – 251.

c) Institutionelle Gründe für vertikale Integration

Größenvorteile allein können weder das Duale System noch die von den Batterieherstellern und den Autoherstellern geschaffenen Rücknahme- und Verwertungssysteme erklären. Denn die Größenvorteile kann ein selbständiger Anbieter der Rücknahme- und Verwertungsdienstleistung genauso wahrnehmen wie ein Gemeinschaftsunternehmen der Hersteller. Tatsächlich finden sich in all diesen Branchen aber solche Gemeinschaftsunternehmen, und die Selbstbeschränkungsabreden sind typischerweise nicht nur mit den Verbänden der Hersteller, sondern auch mit den Verbänden der Verwertungsindustrie geschlossen. Wettbewerbspolitisch ist das eine unerfreuliche Situation. Unter den Herstellern entsteht ein Kartell. Die Verwertungsmärkte werden vermachtet. Beide Machtpositionen kommen unter eine einheitliche Leitung.

Auch dieses unerfreuliche Ergebnis läßt sich aber schwer vermeiden, wenn man die eingangs geschilderte Operationalisierung des abfallpolitischen Ziels akzeptiert. Die Gründe dafür kennen wir bereits. Für Rücknahme- und Verwertungssysteme sind erhebliche Investitionen erforderlich. Wären die Dienstleister wirtschaftlich selbständig von den Herstellern, müßten sie erhebliche transaktionsspezifische Investitionen erbringen. Für viele dieser Investitionsgüter gibt es nämlich wenig oder gar keine alternativen Verwendungen. Würden die Hersteller den langfristigen Vertrag mit den Dienstleistern nicht verlängern, hätten diese deshalb hohe versunkene Kosten. Solch ein langfristiger Vertrag müßte dadurch gesichert werden, daß auch die Hersteller in erheblichem Umfang Kosten versenken. Dafür gibt es aber ökonomisch viel weniger Gründe. Aus der isolierten Sicht der beteiligten Unternehmen ist es deshalb rational, daß sie die vertikale Integration vorziehen. Dann gehört das Rücknahme- und Verwertungssystem den Herstellern. Unternehmerische Entscheidungen, die diesem System schaden, werden viel weniger rational, weil die Hersteller damit zugleich den Wert ihrer eigenen Anteile an dem Entsorgungsunternehmen schmälern[169].

[169] Vgl. bereits oben III 5 und zur institutionenökonomischen Analyse von vertikaler Integration näher *Williamson* (FN 58) 97-149.

3. Selbstbeschränkungsabreden

All diese Überlegungen rechtfertigen für viele Branchen branchenübergreifende Lösungen. Dies gilt aber zunächst nicht für alle Branchen. Das deutlichste Gegenbeispiel sind alte Autos. Es gibt in Deutschland nur eine kleine Zahl von Autoherstellern. Auch wenn man die Hersteller importierter Autos hinzu nimmt, bleibt die Zahl noch überschaubar. Viele Kraftfahrzeug-Hersteller gehören zu den größten deutschen Unternehmen überhaupt. Ein neues Auto kauft man sich nur alle paar Jahre. Daß der letzte Eigentümer versucht sein könnte, das Auto einfach irgendwo stehen zu lassen, war schon bisher ein umweltpolitisches Problem. Durch die lückenlose Registrierung der Fahrgestellnummern und durch das Anbringen dieser Nummern an schwer zugänglichen Stellen des Autos ist das Problem weitgehend bewältigt. Vor allem haben wir bisher aber noch nicht plausibel gemacht, warum sich der Staat nicht einfach darauf beschränkt, im unvermeidlichen Umfang Ausnahmen vom Kartellrecht vorzusehen. Warum bringt er durch den Abschluß politischer Verträge die branchenübergreifende Lösung also erst selbst in Gang? Genauer: Warum wählt er statt Befehl und Zwang gerade den Weg des politischen Vertrages?

Dafür gibt es eine lange Liste möglicher Begründungen. Nicht jede dieser Begründungen paßt aber auch zu jedem Selbstbeschränkungsabkommen für die Produktverantwortung. Manche Regelungsziele, genauer: manche Operationalisierung von Regelungszielen wäre dem Ordnungsrecht versperrt (a). Insbesondere lassen sich mit Hilfe des Ordnungsrechts allein die Präferenzen der im Unternehmen Handelnden nicht beeinflussen (b). Manchmal sind es Informationsbarrieren, die der Staat anders nicht überwinden kann (c). Oft wäre die Komplexität für Ordnungsrecht zu hoch (d). Ordnungsrechtlich könnte der Staat auch nicht zur finalen oder zur Ergebnissteuerung übergehen (e). Er versucht auf diese Weise, die Vorzüge zweier Aktionsmodi zu verknüpfen: Hierarchie und Verhandlung (f). Er sucht, den Normwiderstand zu verringern (g), den Vollzug zu verbessern (h) oder schlicht die Regulierungskosten zu senken (i). Schließlich kann der politische Vertrag dazu dienen, offene Flanken einseitiger Regulierung zu schließen (j).

a) Dem Ordnungsrecht unzugängliche Operationalisierung des Regulierungsziels

Abfallvermeidung oder die stoffliche Verwertung von Abfällen sind Regulierungsziele. Mit einem Rechtsgebot zur Abfallvermeidung oder zur stofflichen Verwertung könnten die Rechtsunterworfenen aber ebenso wenig anfangen wie die Vollzugsbehörden. Zwischen das eigentliche Regulierungsziel und das Regulierungsinstrument schiebt sich deshalb regelmäßig eine Schicht der Operationalisierung, die das Ziel überhaupt erst handhabbar macht. Dieses Vorgehen hat jedoch seinen Preis. Mit jedem neuen Operationalisierungsschritt werden nämlich umweltpolitische Optionen abgeschnitten. Für den Regulator ist deshalb die Einsicht wichtig, daß die verschiedenen Regulierungsinstrumente unterschiedliche Operationalisierungen des Regulierungsziels zulassen oder gar erzwingen. Politischer gewendet: Der Wechsel des Steuerungsinstruments erschließt neue Operationalisierungsmöglichkeiten.

Das gilt gerade auch für das Verhältnis von Ordnungsrecht und politischen Verträgen zur Produktverantwortung. Die Produktverantwortung ist, wie wir uns bereits vor Augen geführt haben, eine Operationalisierung des allgemeineren Ziels der Abfallvermeidung oder der stofflichen Verwertung. Der Staat möchte dieses Ziel erreichen, indem er auf Produktionsverfahren und Produktgestaltung Einfluß nimmt. Das könnte der Staat mit ordnungsrechtlichen Mitteln nur tun, indem er von der Marktwirtschaft zur Planwirtschaft übergeht. Eine staatliche Behörde müßte nunmehr definieren, welche Produkte überhaupt hergestellt werden und welche Produktionsverfahren dazu benutzt werden. Es ginge dabei wohlgemerkt nicht bloß darum, einzelne, sozial besonders schädliche Produkteigenschaften oder Produktionsverfahren zu verbieten. Dazu ist das Ordnungsrecht sehr wohl im Stande. Der Produktverantwortung geht es ja aber nicht bloß um negative, sondern um positive Regulierung. Sie will ein dem abfallpolitischen Ziel besonders angemessenes Produkt und Produktionsverfahren erreichen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zwar stets davor gehütet, der allgemeinen Entscheidung für die Marktwirtschaft Verfassungsrang zuzuerkennen[170]. Es hat zugleich aber auch betont, daß der Gesetzgeber bei dieser Entscheidung nur im Rahmen der Grenzen frei ist, die die Grundrechte ziehen. Staatlich definierte Produktqualität und Produktionsverfahren lassen von der unternehmerischen Gestal-

[170] S. insbesondere BVerfGE 50, 290, Leitsatz 2 – Mitbestimmung.

tungsfreiheit nichts mehr übrig[171]. Mit den Mitteln des Ordnungsrechts könnte der Staat die so verstandene Produktverantwortung deshalb schon von Verfassungs wegen nicht erzwingen. Wichtiger als dieses rechtliche ist aber ein tatsächliches Hindernis. Will der Staat nicht die Forschungs- und Entwicklungsabteilungen der Unternehmen duplizieren, hat er gar nicht die Kenntnisse, die erforderlich wären, solche Entscheidungen selbst zu treffen.

Das gleiche gilt auch für andere Inhalte von Selbstbeschränkungsabreden. So verpflichtet sich die Bauwirtschaft, die Menge der jährlich abgelagerten, verwertbaren Bauabfälle bis zum Jahr 2005 zu halbieren. Dieses Ziel will sie wie folgt operationalisieren: „Qualifizierung aller am Bauen Beteiligten, eine auf Substanzerhalt ausgerichtete Planung und die bewußte Auswahl von Baustoffen, Bauprodukten und Bauverfahren nach ökologischen Maßstäben“[172]. Hierher gehört auch der verstärkte Einsatz von Sekundärrohstoffen. So verpflichtet sich die Arbeitsgemeinschaft Graphische Papiere in einer Selbstverpflichtungserklärung unter anderem, den Vertrieb altpapierhaltiger Papiere zu fördern[173].

b) Präferenzänderung

Das Gesetz spricht von „Produktverantwortung“. Es erhebt also schon seinem Wortlaut nach keine rechtliche, sondern eine moralische Forderung. Auch in den Selbstbeschränkungsabkommen finden sich oft moralische Formulierungen. So heißt es etwa in dem Umweltpakt Bayern:

> „Die Wirtschaft anerkennt ihre Eigenverantwortung für die Entwicklung von Verwertungs- und Entsorgungskonzepten. Sie verpflichtet sich unter anderem zu folgenden Maßnahmen [...]“[174].

---

171 Zu der Frage, welche Freiheitsrechte diese Freiheit schützen, s. bereits oben V 1 c.
172 Pressemitteilung Bundesministerium für Umwelt 11.11.1996.
173 Pressemitteilung des BDI.
174 Umweltpakt Bayern (FN 46) C II vor 1.

Kilian Bizer und Martin Führ haben dafür den Begriff der responsiven Regulierung geprägt[175].

Manchmal genügt zu diesem Zweck der Appell an die schon vorhandenen Präferenzen des Unternehmens. Der von der Selbstbeschränkungsabrede ausgehende Druck auf Produktgestaltung oder Produktionsverfahren enthüllt erst Optimierungsmöglichkeiten, die zu Kostensenkungen führen. Entscheidungen über Produktionsverfahren und Produktgestaltung werden im Unternehmen aber regelmäßig vom Produktmanager getroffen, nicht von der Führungsebene des Unternehmens. Deshalb wirken sich gleichgerichtete Interessen nur dann auf die Produktpolitik des Unternehmens aus, wenn sie den Produktmanagern auch bewußt werden. Das war bisher oft nicht der Fall, weil die Unternehmen Umweltschutzkosten als Gemeinkosten behandelt haben. Hier setzt das von der Bundesregierung erarbeitete Handbuch Umweltkostenrechnung an. Es soll den Unternehmen ermöglichen, die konkreten Umweltschutzkosten dem jeweiligen Produkt anzulasten[176].

Zu einem Gleichklang der Interessen kann es auch dann kommen, wenn das Unternehmen seine Anstrengungen zur Produktverantwortung als Verkaufsargument verwerten kann. Das funktioniert allerdings nur, wenn die Abnehmer eine ausreichend hohe Zahlungsbereitschaft für den Einsatz von Sekundärrohstoffen in der Produktion oder für eine Produktgestaltung haben, die die

---

175 *Kilian Bizer/Martin Führ*: Responsive Regulierung und institutionelle Analyse – zur Balance intrinsischer Motive und exogener Anreize, Typoskript 29.10.1998. Auf Seite 5 heißt es dort: „Der Gedanke der responsiven Regulierung richtet sich an beide Seiten: [...]; aber auch an die Akteure, die gehalten sind, die gesamtgesellschaftlichen Steuerungsziele bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen und auf diese Weise dazu beizutragen, staatliche Intervention ganz oder teilweise entbehrlich zu machen“.

176 *Walter Hirche*: Mehr Umweltschutz durch mehr Eigenverantwortung, in: *Michael Kloepfer* (Hrsg.): Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich. Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz. Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb Daimler- und Karl Benz-Stiftung (Schriften zum Umweltrecht 85) Berlin 1998, 163-174 (170).

Menge nicht verwertbarer Abfälle verhindert. Das setzt ein recht hohes Umweltbewußtsein in der Bevölkerung voraus. Meist wird es bei einem Werbeeffekt[177] und bei einem umweltpolitischen Reputationsgewinn bleiben[178]. Beides gibt dem Unternehmen zwar einen gewissen Ausgleich für seine Anstrengungen, führt aber noch nicht zu gleichgerichteten Interessen.

Ebenso wird es meist um einen weiteren Effekt bestellt sein: Umweltschutzaktivitäten können Mitarbeiter motivieren und eine positive Corporate Identity bestärken[179].

Haben Selbstbeschränkungsabreden die Chance, darüber hinaus auch die Präferenzen des Unternehmens zu verändern? Daß der Staat auf die Änderung der Präferenzen von Endverbrauchern spekulieren kann, haben wir am Beispiel des Getrenntsammelns von Abfällen bereits gesehen[180]. Im Verhältnis zu Unternehmen stellen sich aber gleich zwei zusätzliche Probleme. Die Selbstbeschränkungsabreden zur Produktverantwortung betreffen bis jetzt lauter Produkte, bei deren Herstellung es erhebliche Größenvorteile gibt. Sie werden deshalb nicht von Einzelunternehmern, sondern von Kapitalgesellschaften hergestellt. Sozialwissenschaftlich gesprochen sind das nicht Individuen, sondern Organisationen. Haben solche Organisationen überhaupt eigene Präferenzen, auf die das Regulierungsinstrument einwirken könnte? Sozialwissenschaftlich gesprochen ist das die Frage nach dem kollektiven Akteur[181]. Im Juristischen entspricht dem der Streit um *Otto von Gierkes* These von der realen Verbandspersönlichkeit[182]. Auch wenn man sich dieser Vorstellung anschließt, bleibt ein zweites Hindernis. Organisationen sind Zweckschöpfungen. Sie haben deshalb, ökonomisch gesprochen, eine sehr viel schmälere Nutzenfunktion als ein Individuum. Ist der Gesellschaftszweck die Erzielung von Einnahmen, dann versteht sich das Unternehmen nicht zugleich auch als Partner im philosophischen Diskurs. Man kann die gleiche Beobachtung auch soziologisch formulieren. Individuen nehmen eine Vielzahl von Rollen ein. Sie sind z. B. nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Mitglied ihrer Kirchengemeinde. Unternehmen haben als Zweckschöpfungen

---

177 *Cansier* in *Kloepfer* (FN 9) 105.
178 *Hirche* in *Kloepfer* (FN 176) 166.
179 *Hirche* in *Kloepfer* (FN 176) 169.
180 S.o. 2 a.
181 Dazu *Scharpf* (FN 23) 52-58.
182 Eine knappe Darstellung findet sich bei *Karsten Schmidt*: Gesellschaftsrecht. Köln^2 1991, 159-162.

dagegen typischerweise nur die eine, ökonomische Rolle. Diese Einsicht ist deshalb bedeutsam, weil der Appell an die Umweltmoral beim Individuum gerade deshalb Wirkung tut, weil es nicht nur sein Einkommen maximiert. Der Staat nutzt bei dieser Gelegenheit also andere Rollen des Individuums als Ansatz für seine steuernde Tätigkeit.

Organisationen sind für sich allein aber hilflos. Sie brauchen Menschen, die für sie handeln und die in ihnen entscheiden. Wer sich mit dem kollektiven Akteur und der Unternehmensmoral schwer tut, wird deshalb nach den Wirkungen von Selbstbeschränkungsabkommen auf die Präferenzen der Individuen suchen, die im Unternehmen entscheiden. Aus dieser Perspektive kommt es dann nicht bloß auf die Vorstellungen der Unternehmensspitze an. Im Gegenteil muß der Appell an die Umweltmoral die Forschungs- und Entwicklungsabteilungen und die Produktmanager erreichen, soll er etwas bewirken.

In dieser Perspektive ändert sich dann die Frage. Warum gelingt es diesen Personen, gesellschaftliche moralische Erwartungen gegen das Gewinninteresse des Unternehmens durchzusetzen? Zur Erklärung können wir das Konzept modifizieren, das wir schon auf die Steuerung von Individuen durch Moral angewendet haben. Auch für das Unternehmen muß die Befolgung des moralischen Gebots eine Niedrigkosten-Entscheidung sein[183]. Das ist dann der Fall, wenn es die Kosten moralischen Verhaltens auf die Preise des Produkts abwälzen kann. Auch dann wird moralisches Verhalten zwar nicht kostenlos. Denn das Produkt wird nun für alle Verbraucher relativ zu anderen Produkten teurer. Insgesamt wird die nachgefragte Menge deshalb im Normalfall zurückgehen[184]. Solange sich dieser Effekt in Grenzen hält, werden viele Unternehmen aber bereit sein, ihn hinzunehmen. Dagegen wird ein Unternehmen sehr viel schwerer getroffen, wenn sich seine Konkurrenten nicht an den moralischen Standard halten. Sind die Produkte weitgehend austauschbar[185] und reagiert die Nachfrage auf Preisänderungen stark[186], hätte solch ein Anbieter keine Chance, am Markt zu bestehen. Damit wäre schließlich auch der Umwelt nicht gedient. Es käme

---

183 Vgl. oben 2 a.

184 Letztlich hängt das, wie uns die Ökonomen zeigen, von der Preiselastizität der Nachfrage ab. Ein lebensnotwendiges Medikament wird ein Kranker meist auch dann weiter erwerben, wenn dessen Preis steigt. Er wird dann notgedrungen den Konsum anderer Güter einschränken.

185 - gibt es, ökonomisch gesprochen, also nur sehr kleine Substitutionslücken -

186 - ist also die Preiselastizität der Nachfrage hoch -

zu einer Negativauslese der Anbieter, die sich dem Umweltappell gerade verschlossen haben. Hieraus erklärt sich, warum Selbstbeschränkungsabreden in der Wirklichkeit immer Branchenabreden sind.

Oft genug braucht der Staat nicht einmal so weit zu gehen, daß er die Präferenzen von Individuen ändert. Verhaltensunterschiede beruhen nämlich oft gar nicht auf unterschiedlichen Wertentscheidungen oder Gewichtungen, sondern auf einer unterschiedlichen Sicht der Welt. Aus dieser Perspektive erscheint die Selbstbeschränkungsabrede dann als ein Instrument, um die Problemeinschätzung der staatlichen, verbandlichen und unternehmerischen Akteure aneinander anzugleichen[187]. In der Wirklichkeit gehen die kognitive und die volitive Seite dabei ineinander über. Ergebnis des Verständigungsprozesses kann deshalb auch sein, was allen Beteiligten als undenkbar erscheint.

c) Information und Innovation

Der Sachverständigenrat für Umweltfragen hebt als Vorzug von Selbstbeschränkungsabreden hervor, „das Problemlösungspotential aller Akteure in der Gesellschaft [zu] nutzen, um zu gemeinsamen Lösungen komplexer und langfristiger Umweltprobleme zu gelangen“[188]. Das kann zweierlei bedeuten: den Zugriff auf schon vorhandene und den Anreiz zur Produktion neuer Informationen. Beim ersten sind Selbstbeschränkungsabreden hilfreich, beim zweiten kaum.

Den ersten Umstand nennen die Ökonomen eine Informationsasymmetrie. Den staatlichen Akteuren fehlt regelmäßig die hinreichend genaue Kenntnis der technischen Zusammenhänge und Möglichkeiten. Soll ihr Steuerungsversuch Erfolg haben, müssen sie überdies die Interessen der Steuerungsadressaten einschätzen und

---

187 Der Gedanke ist näher entfaltet bei *Michael Thompson/Steve Rayner*: Risk and Governance. Part I: The Discourse of Climate Change, in: Government and Opposition 33 (1998) 139-166; *dies./Steven Ney*: Risk and Governance. Part II: Policy in a Complex and Pluralistic World, ebd. 330-354; die Anwendung dieses Gedankens auf die Umweltpolitik findet sich bei *Marco Verweij*: Cultures and Institutions in Transboundary Relations. The Environmental Protection of the Rhine and the Great Lakes =Diss. Florenz, noch ungedruckt, Kap. 5.

188 SRU 1998 (FN 3) R 322; ähnlich heißt es in der Begründung zum UGB-KomE (FN 1) 507, „durch die Einbindung privaten Sachverstands für komplexe Sachverhalte problemgerechte Lösungen zu finden“.

nach Lösungen suchen, die mit diesen Interessen möglichst weit harmonieren[189]. All diese Informationen sind für den Staat nicht leicht zugänglich. In der Vergangenheit sah er sich bei der Ausarbeitung von Ordnungsrecht vielmehr häufig einem „Schweigekartell der Oberingenieure“ gegenüber. Im Rahmen einer Selbstbeschränkungsabrede stehen die Chancen sehr viel günstiger, die Unternehmen zur Offenbarung dieser Informationen zu bewegen. Denn sie haben ja die Chance zur Einwirkung auf den Regelinhalt. Weil der Verband als Partner des politischen Vertrages auftritt, können sie außerdem damit rechnen, relativ wirkungsvoll vor Außenseiterwettbewerb geschützt zu sein.

Informationsdiffusion ist ein wichtiges Element für den Erfolg einer Volkswirtschaft. Weit wichtiger ist aber, daß neues Wissen generiert und dort eingesetzt wird, wo es den größten Nutzen stiftet. Wichtiger als bloße Information ist also Innovation. Genauer: Es kommt darauf an, Anreize für Kreativität gerade dort zu setzen, wo sie besonders großen Nutzen stiftet[190]. In dieser Disziplin schneiden Selbstbeschränkungsabreden sehr viel schlechter ab. In der Praxis werden bestenfalls solche Innovationen zum Gegenstand der abgestimmten Regeln gemacht, die schon weitgehend absehbar sind[191]. Das ist auch nicht verwunderlich. Denn die abgestimmten Regeln sollen aus der Sicht der Unternehmen den Wettbewerbsdruck ja gerade mindern. Damit schließen sie den Wettbewerb als das wichtigste Entdeckungsverfahren gerade aus[192].

d) Bewältigung von Komplexität

Das Anliegen der Produktverantwortung ist, wie wir schon vielfach bemerkt haben, der Einfluß auf Produktionsverfahren und Produktgestaltung. Das ist schon für das einzelne Unternehmen ein ziemlich komplexes Unterfangen. Die Komplexität steigt noch, wenn der Regulator auf eine ganze Branche, ja schließlich vielleicht sogar auf das gesamte Produzierende Gewerbe einwirken will. Will er die Volkswirtschaft nicht

---

189 Vgl. zum Parallelproblem bei der technischen Standardisierung *Lamb* (FN 117) 196-201.

190 Dies war das zentrale Anliegen von *Friedrich-August von Hayek*: Der Wettbewerb als Entdekkungsverfahren, in: *ders*.: Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze von Friedrich-August von Hayek. Tübingen 1969, 249-265; aus neuerer Zeit s. vor allem *Wolfgang Kerber*: Wettbewerb als Hypothesentest. Eine evolutorische Konzeption wissensschaffenden Wettbewerbs, in: *Ulrich Fehl/Karl von Delhaes* (Hrsg.): Dimensionen des Wettbewerbs. Stuttgart 1996.

191 SRU 1998 (FN 3) R 289.

192 S. erneut den programmatischen Titel des Aufsatzes von *Friedrich-August von Hayek* (FN 190).

im Stande von heute versteinern, müssen all diese Regelwerke überdies flexibel ausgestaltet sein. Die in ihnen enthaltenen Regeln müssen also beständig verändert werden.

Damit ist eine Steuerungsaufgabe von einer Komplexität umrissen, die jeden einseitig handelnden Staat überfordern würde. Dies gilt es recht für einen demokratischen Rechtsstaat. Denn ihm ist ja zum Schutz der Freiheit seiner Bürger ein festes organisatorisches und prozedurales Korsett angelegt. Die bloß noch staatlich induzierte Selbstregulierung erscheint in dieser Perspektive als ein Instrument, um auch noch hochkomplexe Vorgänge der staatlichen Steuerung zugänglich zu machen[193]. Mit diesem Instrument erschließt sich der Staat also eine Regulierungstiefe, die ihm die klassischen Steuerungsinstrumente vorenthalten.

e) Finale Steuerung und Ergebnissteuerung

Damit hängt eine weitere Beobachtung eng zusammen. Solange Staat und Gesellschaft getrennt sind, kann es zwischen Staat und Bürger nur Konditionalsteuerung geben. Das Ordnungsrecht besteht aus Wenn-Dann-Sätzen. Wenn ein Unternehmen etwas bestimmtes tun will, dann braucht es dafür eine Genehmigung. Wenn es etwas anderes tun will, dann ist das verboten. Die klassischen Steuerungsinstrumente vernichten also einzelne Handlungsoptionen[194].

Steuern kann man nicht nur mit Konditional-, sondern auch mit Finalprogrammen. Dann wird dem Steuerungsadressaten nicht eine bestimmte Handlung ge- oder verboten, sondern er wird auf ein bestimmtes Ziel verpflichtet. Zumindest die Rhetorik vieler Selbstbeschränkungsabreden liest sich so. In der Präambel beschwören beide Seiten ihre gemeinsamen umweltpolitischen Überzeugungen. Wie weitgehend der Unterschied zu Konditionalprogrammen ist, wird durch einen Vergleich zum Zivilrecht deutlich. Ein Austauschvertrag, der nicht sofort erfüllt wird, enthält ein Konditionalprogramm. Das zivilrechtliche Institut für das Finalprogramm ist dagegen die Gesellschaft. In § 705 BGB heißt es ja sogar wörtlich, daß sich die Parteien zu einem „gemeinsamen Zweck“ zusammentun. Finalprogramme zwischen Staat und Bürgern

---

193 SRU 1998 (FN 3) R 274; vgl. auch *Trute* (FN 28) DVBl. 1996, 950.

bringen beide also in ein gesellschaftsrechtsähnliches Verhältnis. Die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft wird ganz bewußt aufgehoben.

Läßt man die Rhetorik beiseite und blickt auf den operativen Teil, so gehen die meisten Selbstbeschränkungsabreden im Bereich der Produktverantwortung allerdings auch nicht ganz so weit. Wir können den Unterschied mit einem Begriff verstehen, den wir bereits in anderem Zusammenhang verwendet haben. Das große umweltpolitische Ziel operationalisieren die Partner des politischen Vertrages nämlich regelmäßig dadurch, daß sie quantitative Ziele festlegen. So verpflichten sich die Autohersteller, die Beseitigungsquote bis zum Jahre 2015 auf maximal fünf Gewichtsprozent zu reduzieren[195] und die gesamte deutsche Wirtschaft hat die Verpflichtung übernommen, ihre spezifischen CO_2-Emissionen beziehungsweise ihren spezifischen Energieverbrauch bis zum Jahre 2005, gemessen am Verbrauch des Jahres 1990, um 20 % zu verringern. Die Umweltpolitik nutzt dabei ein Steuerungsinstrument, auf das die Bundeswehr seit jeher stolz ist. Sie erzieht ihre Vorgesetzten dazu, den Untergebenen möglichst nicht einzelne Handlungen, sondern bloß das gewünschte Ergebnis zu befehlen. Auftragstaktik statt Befehlstaktik nennt sie den Unterschied.

f) Hierarchie und Verhandlung

Ein weiterer steuerungstechnischer Vorzug von Selbstbeschränkungsabreden läßt sich in politikwissenschaftlichen Kategorien formulieren. Die politischen Wissenschaften unterscheiden zwischen verschiedenen Aktionsmodi. Idealtypisch gibt es die einseitige Aktion, das ausgehandelte Abkommen, die Mehrheitsentscheidung und die hierarchische Entscheidung[196]. Jeder dieser Aktionsmodi hat spezifische Vorzüge und Nachteile. Selbstbeschränkungsabkommen „im Schatten des Rechts“ kombinieren die Vorzüge der Steuerungsmodi Hierarchie und Verhandlung. Denn „im Schatten des Rechts“ heißt ja nicht anderes als „im Schatten der Hierarchie“. Der Staat setzt seine souveränen Befugnisse nur viel eleganter ein, wenn er sie bloß als Drohpotential für die Kooperation mit den Steuerungsadressaten verwendet[197].

---

194 Die treffende Formulierung stammt von *Gerhard Wegner*: Wirtschaftspolitisch zwischen Selbst- und Fremdsteuerung – ein neuer Ansatz (Contributionis Jenenses 3) Baden-Baden 1996, 153 und passim.

195 Nr. 3.4 der Selbstverpflichtungserklärung (FN 34)

196 Umfassend *Scharpf* (FN 23) 97-194.

197 Näher *Scharpf* (FN 23) 196 f.

g) Geringerer Normwiderstand

Zu den beliebtesten juristischen Illusionen gehört, daß Regeln allein deshalb die Wirklichkeit gestalten, weil sie gelten. Eine funktional realistische Sicht wird zunächst anerkennen, daß es Vollzugsdefizite gibt[198]. Die Steuerungsadressaten können auf mißliebige oder lästige Steuerungsimpulse aber nicht allein dadurch reagieren, daß sie sich ihnen versagen. Vielmehr können sie ihre kreativen Fähigkeiten auch dazu ausnutzen, zwar die Regel zu beachten, dabei aber das Regelungsziel zu pervertieren[199]. Beides zusammen kann man als Formen des Normwiderstands begreifen.

In einem politischen Vertrag ausgehandelte Regeln machen Normwiderstand unwahrscheinlicher. Dafür gibt es gleichsam harte und weiche Gründe. Wenn es den Vertragsparteien in den Verhandlungen gelingt, Interessengegensatz durch gleichgerichtete Interessen zu ersetzen, fehlt bereits jeder Anlaß zum Widerstand. Bleibt die staatliche Drohung mit dem einseitigen Erlaß lästiger Regeln auch nach dem Vertragsschluß glaubwürdig, kann es den Steuerungsadressaten aus diesem Grunde ratsam erscheinen, die ausgehandelten Regeln im Geiste der Absprache anzuwenden. Erst recht wird Normwiderstand sinnlos, wenn sie zur Normerfüllung Kosten versenkt haben[200].

Der Normwiderstand kann aber auch allein dadurch sinken, daß die Steuerungsadressaten die Regeln nun als ihr eigenes Werk begreifen. In den plastischen Worten von *Horst Sendler*:

> „Es ist eine alte Erfahrung schon aus Schulzeiten her, daß man ohne Zwang - oder, wenn schon mit Zwang, dann doch mit hinreichend verhülltem – positiver motiviert ist, als wenn sozusagen die Knute hinter einem steht"[201].

Schließlich spielt auch in diesem Zusammenhang die kognitive Seite eine Rolle. Die aktive Mitwirkung der Regelungsadressaten am Inhalt der Regeln kann nämlich auch ihre Problemsicht verändert haben[202].

---

198 S.o. 2 a.

199 Das ist eine der zentralen Einsichten der Habilitationsschrift von *Wegner* (FN 194) 171-202.

200 S.o. III 5 c.

h) Besserer Vollzug

Wenn der Normwiderstand sinkt, verbessert das notwendig zugleich die Vollzugschancen. Wie wir gesehen haben, beschränken sich die Selbstbeschränkungsabreden darauf aber nicht. Vielmehr erschließen sich die staatlichen Akteure bei dieser Gelegenheit auch die Verbandsgewalt als Vollzugsressource[203].

Beide Gründe für eine Verbesserung der Vollzugschancen lassen sich auch systemtheoretisch formulieren. Die Aushandlung eines politischen Vertrags unter der Drohung einseitiger Regulierung erscheint dann als ein Anwendungsfall von reflexivem Recht[204]. Die Systemtheorie geht nämlich davon aus, daß selbstregulierte Systeme nur indirekt über Kopplung reguliert werden können. Das Anliegen von reflexivem Recht ist deshalb, „durch geeignete Randbedingungen Systeme so zu steuern, daß deren Eigendynamik erhalten bleibt, aber so umgestellt wird, daß unerwünschte externe Effekte minimiert werden“[205].

i) Niedrigere Regulierungskosten

Bisher war von qualitativen Vorzügen der Regulierung durch politischen Vertrag die Rede. Daneben kann dieses Regulierungsinstrument auch einen quantitativen Vorzug haben, indem es Regulierungskosten einspart[206]. Das gilt nicht nur für den Vollzug[207], sondern bereits für die Regelbildung. Hielte der Staat nämlich an der Regulierungstiefe der Selbstbeschränkungsabreden fest, wäre der Aufwand für die Bildung einseitiger Regeln prohibitiv[208].

---

201 *Sendler* in *Kloepfer* (FN 8) 140.
202 Vgl. *Lamb* (FN 117) 202.
203 S.o. III 6.
204 Begriff und Konzept gehen zurück auf *Gunther Teubner*: Recht als autopoietisches System. Frankfurt 1989, insbesondere 81-122; s. auch *Christoph Engel*: Regulierung durch Organisation und Verfahren, in: FS *Mestmäcker*. Baden-Baden 1996, 119-138 (129-131 und 133-138).
205 *van den Daele* in *Kloepfer* (FN 30) 41; vgl. auch *Trute* (FN 28) DVBl. 1996, 950.
206 Vgl. *Lamb* (FN 117), 204, die in diesem Zusammenhang von „Staatsentlastung“ spricht.
207 *Kloepfer* Umweltrecht^2 (FN 6) § 5 R 216.
208 S. bereits oben a.

j) Schließen offener Flanken

Schließlich haben nicht nur Selbstbeschränkungsabreden offene Flanken, sondern auch das Ordnungsrecht. Sie ergeben sich einmal aus der rechtsstaatlich unvermeidlichen präzisen Formulierung der Regeln. Das setzt den beschriebenen Anreiz, daß Individuen versuchen, an der Regel vorbei ihr ursprüngliches Interesse doch zu verwirklichen[209]. Solche Ausweichreaktionen sind bei einer Selbstbeschränkungsabrede viel schwieriger. Denn der Verband haftet dem Staat ja gleichsam für das Ergebnis. Deshalb wird er nicht nur auf Ausweichversuche von Verbandsmitgliedern scharf reagieren. Vielmehr wird er im Gewinninteresse seiner Mitglieder auch danach trachten, außenstehende Unternehmen von abweichendem Verhalten abzuhalten. Er wird entweder versuchen, sie in den Verband hineinzuziehen, oder sie jedenfalls durch Boykottdrohungen zum Parallelverhalten zu zwingen.

Ein zweiter Vorzug ist juristischer Natur. Völker- und Europarecht setzen der extraterritorialen Anwendung deutscher Regeln enge Grenzen. Innerhalb von Europa sind oft sogar Grenzkontrollen ausgeschlossen. Ausländische Produkte können meist also nicht allein deshalb vom deutschen Markt ferngehalten werden, weil sie den deutschen Regeln nicht genügen. Partner der Selbstbeschränkungsabreden ist dagegen regelmäßig auch ein Verband der Importeure. Dadurch erhält der deutsche Regulator eine viel höhere Chance, auch auf die Gestaltung ausländischer Produkte Einfluß zu nehmen.

VIII. Institutionenvergleich

1. Grundlagen

Selbstbeschränkungsabkommen greifen in die Grundrechte des Verbands, der Verbandsmitglieder, außenstehender Anbieter, der Lieferanten und der Abnehmer ein[210]. Das Instrument bedarf deshalb der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung an den Schranken der Freiheitsrechte. Das Übermaßverbot zwingt schon verfassungsdog-

---

209 Vgl. oben g.

matisch zum Institutionenvergleich. Stünde dem Staat ein gleich geeignetes, aber weniger belastendes Instrument zu Gebote, wäre der Eingriff schon nicht erforderlich. Dies kommt allerdings selten vor. Denn gerade die ökonomische und die politikwissenschaftliche Analyse von Steuerungsinstrumenten macht fast immer deutlich, daß Regulierungsinstrumente komparative Vor- und Nachteile haben. Verfassungsdogmatisch fällt die Entscheidung deshalb regelmäßig erst auf der Ebene der Angemessenheit. Sie muß dort aber zu Lasten des gewählten Instruments ausgehen, wenn ein anderes Instrument in nahezu jeder Hinsicht das gleiche leistet, den Grundrechtsträgern aber vielmehr Freiheit läßt.

An diesen Institutionenvergleich darf man allerdings keinen verzerrten Maßstab anlegen[211]. Warum sich das Ordnungsrecht für die Produktverantwortung nicht eignet, haben wir implizit jeweils schon beantwortet, als wir die Leistungen von Selbstbeschränkungsabreden herausgearbeitet haben[212]. Viele der Nachteile des Ordnungsrechts stellen sich auch bei pretialer Steuerung, also bei Abgaben oder Zertifikaten. Auch hier gibt es ein Vollzugsproblem. Vor allem muß der Staat aber einseitig die Höhe der Abgabe oder die Gesamtmenge der Abfälle einer bestimmten Art festlegen. Dazu braucht er Informationen aus der Sphäre der Unternehmen, an die er ohne deren Mitwirkung kaum gelangen kann.

Andererseits zählen auf verfassungsrechtlicher Ebene all die Vorzüge nicht, die ein Selbstbeschränkungsabkommen gerade für die Ministerialbürokratie und die Bundesregierung hat[213]. Im Gegenteil greifen sie aus verfassungsrechtlicher Sicht regelmäßig in die Kompetenzordnung ein und machen dieses Instrument besonders problematisch[214].

2. Individuelle und innovative Instrumente

Wir wollen auch an dieser Stelle den Institutionenvergleich auf die eigentliche Instrumentenebene beschränken. Vorausgesetzt ist also das Ziel der Abfallvermeidung oder der stofflichen Verwertung. Vorausgesetzt ist weiter aber auch

---

210 Näher oben V 1 c, 2 und 3.
211 So zurecht SRU 1998 (FN 3) R 276.
212 S.o. VI 3 insbesondere a, c, g und h.
213 S.o. III 4 a.
214 S.o. V 4.

seine Operationalisierung durch das Konzept der Produktverantwortung[215]. Auch von diesem verengten Ausgangspunkt aus haben Selbstbeschränkungsabreden zwei miteinander zusammenhängende gravierende Nachteile. Partner des politischen Vertrages ist ein Verband. Regelmäßig entstehen deshalb branchenweit einheitliche Regeln. Zumindest findet brancheninterner Wettbewerb nur in einem Umfang statt, der allen Verbandsmitgliedern erträglich erscheint. Daraus folgt als zweites: der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren fällt weitgehend aus. Innovative Lösungen des abfallpolitischen Problems werden unwahrscheinlich.

Politische Verträge zwischen staatlichen Akteuren und einzelnen Herstellern sind kein Ausweg. Sie scheitern in den meisten Branchen bereits an der Höhe der Regulierungskosten. Vor allem bliebe es aber bei dem Schweigekartell der Oberingenieure. Jedes einzelne Unternehmen müßte darauf achten, dem Regulator so wenig Informationen wie möglich über die wirklichen Abfallvermeidungsmöglichkeiten zu offenbaren. Denn es könnte ja nicht sicher sein, daß die staatlichen Akteure mit seinen Wettbewerbern zumindest gleich belastende Regeln aushandeln.

Auch kollektive Verhandlungen der staatlichen Akteure mit einem Teil der privaten Anbieter sind nicht viel aussichtsreicher[216]. Das könnte an sich zwar den Regulierungserfolg verbessern, weil eine Art Institutionenwettbewerb in Gang kommt[217]. Auch bei dieser Lösung müßten die verschiedenen Verbände aber befürchten, vom Staat gegeneinander ausgespielt zu werden. Die staatlichen Akteure können den ersten Verband höchstens dann zur Mitwirkung gewinnen, wenn er sich dadurch auf Dauer Wettbewerbsvorteile vor den außenstehenden Konkurrenten verspricht. Das kommt dann in Betracht, wenn der Staat glaubhaft machen kann, daß er die zunächst freiwillige Lösung schließlich allen Unternehmen vorschreiben wird. Dann stehen sich nämlich die Unternehmen besser, die den Regelinhalt auf ihr eigenes Produktionsverfahren abstimmen konnten. Die zunächst höheren Produktionskosten zahlen sich dann mittelfristig als Wettbewerbsvorsprung aus[218].

---

215 Vgl. oben 2 a.

216 Darauf hofft UGB-KomE (FN 1) 510; vgl. auch *Lamb* (FN 117) 210.

217 S. dazu *Lüder Gerken* (Hrsg.): Competition among Institutions. Houndmills 1995.

218 Die staatlichen Akteure würden dabei Einsichten nutzen, die sich aus einem Parallelproblem zwischen den Mitgliedstaaten und dem europäischen Gesetzgeber ergeben haben. Vor allem Deutschland und England haben hier in den vergangenen Jahrzehnten durch ihre nationale Vorreiterrolle versucht, Einfluß auf das künftige europäische Umweltrecht zu nehmen. Dazu umfassend *Adrienne Héritier/Susanne Mingers/Christoph Knill/Martina Becka*: Die Veränderung von Staatlichkeit in Europa. Ein regulativer Wettbewerb: Deutschland, Großbritannien und Frankreich in der Europäischen Union (Gesellschaftspolitik und Staatstätigkeit 2) Opladen 1994.

Unwahrscheinlich ist auch eine weitere theoretisch überzeugende Lösung. Der Staat könnte mit dem Verband keine Sachregeln aushandeln, sondern Organisations- und Verfahrensregeln für einen verbandsinternen Markt. Die staatlichen Akteure haben das immer wieder versucht, sind dabei aber gescheitert[219]. Das ist nicht verwunderlich. Denn der Staat braucht die Verbandsfunktionäre als Vertragspartner. Diese Lösung widerspricht aber ihren Interessen. Denn sie schwächt den Verband und stärkt die Mitglieder.

Damit bleibt nur eine realistische Alternative: individuelle Rücknahmepflichten. § 22 II 5 KrWAbfG sieht sie ausdrücklich vor. Eine Rücknahmepflicht ist ein influenzierendes, aber kein pretiales Steuerungsinstrument. Was damit gemeint ist, wird im Vergleich zu einer Umweltabgabe deutlich. Beides sind influenzierende, keine imperativen Instrumente. Sie zwingen dem Adressaten das gewünschte Verhalten also nicht auf. Sie versuchen vielmehr, ihn durch einen (negativen) Anreiz zu diesem Verhalten zu bewegen. Letztlich kann der Adressat aber selbst entscheiden, ob er sein Verhalten wirklich ändern oder den Nachteil lieber in Kauf nehmen will. Eine Umweltabgabe löst diese Wirkung durch die Pflicht zur Zahlung eines Geldbetrags aus. Sie ist deshalb ein pretiales Steuerungsinstrument. Bei der Rücknahmepflicht braucht der Staat die Höhe der Belastung dagegen nicht zu quantifizieren.

Hier liegt einer der wichtigsten Vorzüge des Instruments. Der Staat braucht zu seinem Einsatz deshalb nämlich auch viel weniger Informationen. Aus dem gleichen Grunde stört den Staat ein Schweigekartell der Oberingenieure hier nicht. Denn der Hersteller trägt ja in jedem Fall die Kosten der Rücknahme. Weiß er das vorher, muß er beim Verkauf des Produkts abschätzen, welche Kosten bei der Rücknahme wohl auf ihn zukommen werden. Der Wettbewerb zwingt ihn dazu, diese Kosten nicht überhöht anzusetzen. Deshalb gibt es hier den Innovationsanreiz, der bei Selbstbeschränkungsabkommen fehlt. Noch aus einem weiteren Grunde ist die individuelle Rücknahmepflicht überlegen. Weil sie keine branchenübergreifende Abstimmung verlangt, kommt es hier wirklich zu differenzierten Lösungen, je nach den Gegebenheiten von Unternehmen und Produkt.

---

219 SRU 1998 (FN 3) R 288; s. auch *Cansier* in *Kloeper* (FN 9) 108.

Individuelle Rücknahmepflichten muß der Staat allerdings selbst vollziehen. Man kann sich allerdings schon fragen, ob dieses Argument normativ überhaupt erheblich ist. Es setzt nämlich voraus, daß die Verfassung die Privatisierung des Vollzugs überhaupt zuläßt und dann auch noch prämiert. Aus der Sicht von Demokratie, Rechtsstaat und Grundrechten erscheint das alles andere als selbstverständlich[220]. Selbst wenn man das so sieht, darf dieses Argument aber nicht überbewertet werden. Ob ein Unternehmen die verkauften Produkte schließlich zurücknimmt, ist ohne großen Aufwand festzustellen. Etwas mehr Aufwand muß nur getrieben werden, um sicherzustellen, daß das Unternehmen die zurückgenommenen Produkte auch in Übereinstimmung mit dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz behandelt. Verglichen mit den zahlreichen und schwerwiegenden Nachteilen von Selbstbeschränkungsabkommen ist das aber das erheblich kleinere Übel.

Im Ergebnis sind individuelle Rücknahmepflichten also kollektiven Selbstbeschränkungsabkommen vorzuziehen. Vor allem entsteht der Anreiz zu Selbstbeschränkungsabkommen für die staatlichen Akteure aber erst aus der ungeheuer anspruchsvollen Operationalisierung des umweltpolitischen Ziels. Bevor das letzte Wort gesprochen wird, sollte institutionelle Kreativität deshalb doch noch einmal nach Wegen suchen, die sozialen Kosten des zu Abfall gewordenen Produkts direkt dem Abfallerzeuger anzulasten. Das Ergebnis für die Umwelt würde genauso erreicht. Denn Produkte, die dem Käufer hohe Kosten erzeugen, wenn sie zu Abfall werden, würden sich schlecht verkaufen. Auch bei dieser Lösung entstünde also ein Druck auf die Veränderung des Produkts. Der Hersteller würde aber nicht mehr gezwungen, sein Produkt während der gesamten Lebensdauer im Auge zu behalten. Die Produktverantwortung bliebe vielmehr dort, wo Herrschaft und Haftung zusammenfallen: beim jeweiligen Eigentümer.

---

220 S.o. V 1 a-c und 2.