Bernhard Klose

Justiz als Wirtschaftsfaktor

Rechtsfindung im Spannungsfeld von
Effizienz und Planbarkeit

Nomos

Nomos

Bernhard Klose

Justiz als Wirtschaftsfaktor

Rechtsfindung im Spannungsfeld von Effizienz und Planbarkeit

Nomos Verlagsgesellschaft

Bernhard Klose wurde 1966 in Bonn geboren. Nach einer Ausbildung zum Bankkaufmann studierte er in Bonn und Münster Rechtswissenschaft, Geschichte und Politik. 1992 bestand er die Erste und 1996 die Zweite juristische Staatsprüfung. 1995 schloss er seine Promotion zum Dr. phil an der Universität Münster und 2012 seine Promotion zum Dr. jur. an der Universität Jena ab. Seit 1996 ist er in unterschiedlichen Funktionen im höheren Justizdienst des Freistaates Sachsen beschäftigt, seit 2017 als Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht. 2019 habilitierte er sich an der TU Bergakademie Freiberg.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über *http://dnb.d-nb.de* abrufbar.

Zugl.: Freiberg, TU, Habil., 2019

© 2020 Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Das Buch wurde auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier gedruckt und fadengeheftet.

ISBN 978-3-8487-6304-7 (Print)
ISBN 978-3-7489-0410-6 (ePDF)

Vorwort

Diese Habilitationsschrift beruht auf einer Verbindung von Theorie und Praxis der Rechtswissenschaft. Letztere beschäftigt mich inzwischen seit mehreren Jahrzehnten in verschiedenen Bereichen. Hier war es mir möglich viele, auch unterschiedliche Erfahrungen zu sammeln, die den Inhalt der Arbeit prägen. Aber auch die vielen Gespräche mit Kollegen, Referendaren und Studenten haben zum Fortgang der Arbeit beigetragen. Die Bedeutung der Justiz für die Wirtschaft ist ein Thema, das mich immer beschäftigt hat. Die Gewährung effektiven Rechtsschutzes ist ein ständiges Ziel der Justiz, dessen Verwirklichung jedoch leider nicht immer gelingt. Der Versuch ihn zu verwirklichen verlangt generelle, aber auch einzelfallbezogene Entscheidungen. Er ist immer mit der Notwendigkeit verbunden, Prioritäten zu setzen. Die Frage danach, wie das im (Zivil-)Prozessrecht umgesetzt werden kann und ob es für die Entscheidungen brauchbare Richtschnüre gibt, verknüpft Theorie und Praxis. Auch die These, die Justiz könne insgesamt durch andere Streitlösungsmodelle ersetzt werden, kann einen Richter nicht unberührt lassen.

Für den Inhalt der Arbeit trage ich die alleinige Verantwortung. Dennoch bin ich einer Reihe von Personen und Institutionen zu Dank verpflichtet. Der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der TU Bergakademie Freiberg bin ich sehr dankbar, dass sie mein Forschungsvorhaben zugelassen und unterstützt hat. Es ist keine Selbstverständlichkeit, dass eine Fakultät einen Außenstehenden, der ihr nur durch eine Reihe von Lehraufträgen verbunden ist, zur Habilitation zulässt. Erst recht gilt das dann, wenn auch das Fachgebiet nicht im Zentrum des Forschens und Lehrens der Fakultät steht. Besonders dankbar bin ich Univ.- Prof. Dr. Gerhard Ring, der mich von Beginn an unterstützt und den Fortgang der Arbeit gefördert hat. Ihm ist es zu verdanken, dass ich die praktische Tätigkeit der Justiz mit dem Ziel einer Habilitation hinterfragen konnte. Er war es, der mir die in dem Weg liegenden Steine im Habilitationsverfahren aus dem Weg geräumt und immer mit Rat und Tat zur Seite gestanden hat. Den Zweitkorrektoren Prof. Dr. Johannes Stephan und Univ.- Prof. i.R. Dr. Ludwig Gramlich bin ich für die Übernahme der weiteren Gutachten und deren sorgfältige und zügige Erstellung sehr dankbar.

Der größte Dank gilt meiner Familie. Fernab von Theorie und Praxis des Rechts hat sie dafür gesorgt, dass mir der Blick für die wirklich wichtigen Dinge nicht verloren ging. Das hat mir die Sicherheit verschafft, die ich benötigt habe, um diese Arbeit zu verfassen.

Chemnitz, **XXXX** 2020

Inhaltsverzeichnis

I. Justiz und Wirtschaft 15

II. Allgemeine Grundlagen 19

1. Die Außensicht auf die Justiz 20

2. Literaturlage und Forschungsstand 23

3. Untersuchungsgang 26

III. Wirtschaft und Justiz 29

1. Definition der Wirtschaft 29

2. Ausgrenzung der „Schattenwirtschaft“ 29

3. Anforderungen der Wirtschaft an das Recht 30

4. Das wirtschaftliche Handeln 32

5. Erklärungsmodelle des wirtschaftlichen Handelns 32
   a) Der „homo oeconomicus“ 33
   b) Das ökonomische Prinzip 36
   c) Die „Neue Institutionenökonomik“ 38

6. Recht als Faktor der Planungssicherheit 40
   a) Die wirtschaftliche Planung und das Recht 40
   b) Das Recht 42
      (1) Definition des Rechts 43
         (a) Perspektiven des Rechts 43
         (b) Wirkung des Rechts 44
      (2) Dynamik des Rechts 45
      (3) Funktionen des Rechts 46
      (4) Die ökonomische Bedeutung des Rechts 47
         (a) Die Ökonomische Analyse des Rechts 48

(b) Effizienz und Transaktionskosten 50
c) Planungssicherheit 52
(1) Rechtsdurchsetzung und Planungssicherheit 53
(2) Planungssicherheit in der Verwaltung 54
(a) Planbarkeit des Verwaltungshandelns 55
(b) Konsequenzen einer (zu) großen Kontrolldichte 55
(3) Planungssicherheit im Arbeitsrecht 57
(a) Interessen der Arbeitgeber 57
(b) Die Regelungsdichte 58
(4) Planungssicherheit durch das Strafrecht 59
(a) Strafrecht als "Ultima ratio" 60
(b) Wirtschaftliche Bedeutung des Strafrechts 61
(c) Verwirklichung des Strafrechts 62
(d) Steuerung des unternehmerischen Handelns 63
(5) Planungssicherheit bei zivilrechtlichen Auseinandersetzungen .. 64

7. Vorhersehbarkeit der Wirtschaftsförderung 65
a) Gleichbehandlung 66
b) Wirtschaftsförderung 67

IV. Aufgabe der Gesetzgebung 69

1. Die Rechtssetzung 69

2. Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit 71
a) Rechtsklarheit durch die Gesetze 72
b) Bedeutung der Regelungsdichte 73
c) Anpassungsbedarf 74
d) Nichtbefolgung der Gesetze 75

3. Definition und Durchsetzung des erlaubten Wirtschaftshandelns 77
a) Definition durch das Strafrecht 78
b) Definition durch das öffentliche Recht 78
c) Definition durch das Zivilrecht 79

4. Regulierung der Wirtschaftsabläufe 80
a) Chancen der Deregulierung 81
b) Wahrung wechselseitiger Interessen 81

c) Wirtschaftsförderung 82
(1) Subventionen 82
(2) Korruptionsbekämpfung 83

V. Aufgaben der Rechtsprechung 89

1. Verwirklichung des Rechts 89
a) Streitentscheidung 91
b) Bedeutung für die Wirtschaft 92

2. Die Richter 95
a) Die richterliche Unabhängigkeit 96
(1) Die sachliche Unabhängigkeit 96
(2) Zweck der richterlichen Unabhängigkeit 97
(3) Dienstaufsicht 98
(4) Eingeschränkte Einflussmöglichkeiten 99
b) Rechtsbeugung und zivilrechtliche Haftung 99

3. Gerichtliches Lösen von Konflikten 100
a) Das Ziel einer Entscheidung 101
b) Entscheidung und Konfliktlösung 102

4. Gewährung effektiven Rechtsschutzes 102
a) Notwendigkeit der Selbstbeschränkung 103
b) Der angemessene Zeitablauf 103
c) Die unangemessen lange Verfahrensdauer 105

5. Abgrenzung zur Legislative 106
a) Die Rechtsbindung der Richter 106
b) Richterliche Rechtsfortbildung 108
(1) Notwendigkeit der Rechtsfortbildung 109
(2) Das Schwergewicht der Rechtsfortbildung 109
(3) Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung 109
(4) Ausfüllen planwidriger Regelungslücken 111
c) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung 112
(1) Gefahr der Grenzüberschreitung 113
(2) Missachtung des Wortlauts 113
(3) Verfassungsrechtliche Fragwürdigkeit 115
d) Richtlinienkonforme Auslegung 116

6. Unsicherheiten der Rechtsauslegung 116
a) Rechtsauslegung durch die Richter 117
b) Vorhersehbarkeit von Gerichtsentscheidungen 118
(1) Schönheitsreparaturen in AGB 118
(2) Mitverschulden des Fahrradfahrers ohne Fahrradhelm 119
c) Entscheidung in Grenzfällen 120

6. Gewährleistung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit 120
a) Auslegung 121
b) Ermessen 122
(1) Notwendigkeit von Generalklauseln 122
(2) Prozessuale Ermessensvorschrift 123
(3) Höchstrichterliche Vorgaben bei der Strafzumessung 124

VI. Zielkonflikte 127

1. „Richtiges“ contra „schnelles“ Recht 127
a) Definition des „richtigen Vorgehens“ 128
(1) Erwartungen des Unternehmers 129
(2) Die subjektive Entscheidung 130
b) Das Erfordernis der Geschwindigkeit 131
(1) Rechtliche Konsequenzen einer zögerlichen Verfahrensbearbeitung 132
(2) Die Rechtsprechung des EGMR 133
(3) Verfahrensdauer und Transaktionskosten 134
(4) Versagung des Rechtsschutzes 135
c) Das Streben nach der Richtigkeit 135
(1) Definition der richtigen Entscheidung 136
(2) Richtigkeit und Verfahrensdauer 137
(3) Beschleunigung durch Verfahrenserleichterungen 137
(4) „Übergenaue“ Entscheidungen 138
d) Lösung des Zielkonflikts 139
(1) Risiken der Überbeschleunigung 141
(2) Suche nach dem Mittelweg 142
(3) Erkenntnisse aus der ökonomischen Analyse des Rechts 143
(4) Lösungsvorschläge 143
(5) Möglichkeiten der Gerichte 144
(6) Spezifika des Zivilprozesses 145
(a) Spezialisierung der Richter 146

(b) Interdisziplinäre Besetzung der Spruchkörper 147
(c) Einschränkung der Rechtsmittel 148
d) Die Lösungsbemühungen des Gesetzgebers 149
(1) Kostenneutrale Lösungswege 150
(2) Lösungsversuche in der Vergangenheit 151

2. Anwendung überlieferter Grundsätze contra Fortentwicklung des Rechts 153
a) Wandelbarkeit des Rechts 153
b) Fortentwicklung des Rechts und Transaktionskosten 155
c) Korrekturen der Rechtsprechung 155
(1) Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts 156
(2) Die Ehegattenbürgschaft 157
(3) Fiktiver Schadensersatz im Bauprozess 158
(4) Die Schwarzarbeit 158
(5) Die Rechtsfolgenlösung beim Mord 160
(6) Erschlichene Titel 161
(7) Korrekturen bei der Insolvenzanfechtung 161
(8) Konsequenzen 162

3. „Optimale“ Rechtsgewährleistung kontra sparsame Verwendung von Haushaltsmitteln 162
a) Kostenlast für Gerichtsverfahren 163
b) Korrekturen bei der Gerichtsbesetzung 164
(1) Der Weg zum originären Einzelrichter 165
(2) Ein Schritt zurück mit dem Bauvertragsgesetz 165
(3) Qualitätsorientierte Kriterien 166
(4) Spezialisierung 167
(5) Einschränkung der Rechtsmittel und des Verfahrensschutzes ... 168

4. Steuerung durch Rechtsprechung kontra Überregulierung 169
a) Überregulierung durch den Gesetzgeber 169
b) Die Regelungsdichte im Verwaltungsrecht 170
c) Ungefragte Fehlersuche 171

VII. Die Folgen der Globalisierung für die Justiz 173

1. Bedeutung anderer Rechtsordnungen 174

2. Verfahren 177

a) Die Rechts- und Verfahrenssprache 179
b) Kammern für internationale Handelssachen 183
c) Das Recht der Europäischen Union 184

VIII. „Konkurrenz“ zu anderen Streitlösungsmodellen 191

1. Förderung durch die EU 192

2. Tatsächliche Veränderungen 194

3. Einvernehmliche Streitbeilegung 195
a) Das Schlichtungsverfahren 196
(1) Das ADR-Verfahren 198
(2) Verbraucherschlichtungsstellen 200
(3) Die Streitschlichtungsstellen nach § 15a EGZPO 201
(4) Vor- und Nachteile des Schlichtungsverfahrens 203
(5) Konsequenzen für die Rechtssicherheit 205
b) Die Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO 206
c) Die Mediation 208
(1) Ziel des Mediationsverfahrens 210
(2) Gesetzliche Regelungen 210
(3) Autonomie der Medianten 211
(4) Bedeutung des geltenden Rechts 212
(5) Grund der Verbreitung des Mediationsverfahrens 212

4. Die drittunterstützte außergerichtliche Streitentscheidung 215
a) Die Adjudikation 216
(1) Ablauf der Adjudikation 216
(2) Vor- und Nachteile der Adjudiaktion 217
b) Das Schiedsverfahren 218
(1) Vor- und Nachteile des Schiedsverfahrens 221
(a) Auswahl des Schiedsrichters 222
(b) Vereinfachtes Verfahren 223
(c) Risiken der Verfahrenserleichterungen 224
(d) Verfahrensnachteile 225
(e) Fehlende Publizität 226
(f) Vorteile bei internationalen Auseinandersetzungen 226
(g) Negative Auswirkungen für die Rechtssicherheit 228
(2) Konkurrenz zwischen der staatlichen Gerichts- und der Schiedsgerichtsbarkeit 228

(a) Niederschlag der Schiedsverfahren in der Statistik 229
(b) Umgehung der staatlichen Gerichtsbarkeit 231
(c) Gefahren für die Rechtspflege 232

5. Wettbewerb der Streitlösungsmodelle 238
a) Grundsatzentscheidungen 240
b) Konfliktbezogene Betrachtung der Spezifika 242
c) Entscheidungskriterien 243
d) Fortbestehende Notwendigkeit der staatlichen Justiz 244
e) Rechtsfortbildung 245
f) Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung 246
g) Konkurrenz 247

6. Paralleljustiz 251

IX. Kosten als Steuerungsinstrument 255

1. Für die Wirtschaft bedeutsame Kosten 256
a) Interne Kosten 257
b) Externe Kosten 258

2. Die „Verteilung“ der Kosten des staatlichen Gerichtsverfahrens 258
a) Das bestehende Kostenmodell 259
b) Alternative Kostenmodelle 261
(1) Das streitwertabhängige Kostenmodell 261
(2) Chancen und Risiken alternativer Modelle 262

3. Die Kosten der Justiz als Steuerungsinstrument 264
a) Die Steuerung der Nachfrage 265
b) Motivation für eine streitige Auseinandersetzung 265
c) Anreize des geltenden Kostenmodells 266

4. Ein Kostenvergleich der gerichtlichen und außergerichtlichen Streitlösungsmodelle 267
a) Aussagefähigkeit einer Kostenerhebung 267
b) Kostenschätzung 269
c) Zusammenfassung 269

5. Die Bedeutung des „Neuen Steuerungsmodells“ 270

X. Schluss 273

1. Einordnung der Justiz in das Wirtschaftsleben 274
   a) Wirtschaftliche Entwicklung und Recht 274
   b) Bedeutung der Gerechtigkeit 275
   c) Schaffen der Planungssicherheit 275
   d) Notwendigkeit von Durchsetzungsmechanismen 276
   e) Qualitätsanforderungen an die Justiz 277
   f) Wechselwirkung mit der Wirtschaft 279

2. Probleme der Aufgabenerfüllung der Justiz und Lösungsversuche 280
   a) Staatliche Verantwortung für das Durchsetzen des Rechts 281
   b) Wirtschaftliche Bedeutung der Verlässlichkeit 281
   c) Handlungsvorgaben für die Justiz 282
   d) Selbstbeschränkung der Rechtsprechung 283
   e) Belange der Wirtschaft 283
   f) Qualität und Quantität 284
   g) Anforderungen an eine optimale Justiz 285
      (1) Systembedingte Einschränkungen 286
      (2) Der Personaleinsatz 287
      (3) Keine Steuerung über die Kosten 288

3. Konkurrenz mit anderen Streitlösungsmodellen 288

4. Ausblick in die Zukunft 292
   a) Internationalisierung der Rechtspflege 292
   b) Attraktivität der Justiz 293
   c) Differenzierte Betrachtung der Qualitätsstandards 294
   d) Ansätze bei Massenverfahren 294
   e) Neue Informationstechnologien 297

5. Schlussbemerkungen 299

Literaturverzeichnis 301

I. Justiz und Wirtschaft

Justiz und Wirtschaft hängen vordergründig nicht unmittelbar voneinander ab.[1] Gleichwohl stehen sie in einem engen Beziehungsgeflecht zueinander,[2] Ökonomie und Recht werden als *„untrennbar"* angesehen,[3] Zivilgerichte als ein *„wesentlicher Akteur der Wirtschaft"* bezeichnet.[4] Verlässliches und planbares Wirtschaftshandeln ist, auch wenn die Bindungskraft der Rechtsnormen oft angezweifelt wird,[5] ohne durchsetzbares und durchgesetztes Recht nicht denkbar.[6] Die Durchsetzung des Rechts[7] ist der Justiz und damit im Wesentlichen den Richtern[8] anvertraut, die damit den Rechtsstaat[9] verkörpern.[10] Die *„Justiz"* ist ihrerseits keine abschließend definierbare Institution, sondern setzt sich aus der Erfüllung einer Reihe von Kernaufgaben zusammen, zu denen insbesondere die hier relevante Rechtsprechung und Rechtsdurchsetzung, aber – wie etwa das Grundbuch und das Handelsregister - auch Elemente der Verwaltung gehören.[11]

---

1 *Röhl,* Justiz als Wirtschaftsunternehmen, DRiZ 2000, 222; *Ders.,* Recht und Wirtschaft als Thema der Rechtssoziologie, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2005, 9.

2 Zu der Verbindung von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften: *Janson*, Ökonomische Theorie im Recht, Berlin, 2004, S. 19.

3 *Weigel*, Rechtsökonomik, München, 2003, S. 1. Für die *„klassische Ökonomie"* wurde die Rechtsordnung im Hinblick auf ihre Steuerung der Marktprozesse als selbstverständlich vorausgesetzt: *Albert,* Marktsoziologie und Entscheidungslogik – Zur Kritik der reinen Ökonomie, Tübingen, 1998, S. 41; vgl. *Kuhnle*, Effektiver Rechtsschutz im grenzüberschreitenden Handel durch private Schiedsgerichte, Baden-Baden, 2015, S. 17.

4 *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, Tübingen, 2014, S. 133.

5 *Savelsberg*, Normerosion? Rechtsnormen und Sozialnormen zwischen Moderne und Postmoderne, in: Normenerosion, Frommel/Gessner (Hrsg.), Baden-Baden, 1996, S. 39.

6 Das Recht gilt nur, wenn es sich wirksam durchzusetzen vermag: *Radbruch*, Rechtsphilosophie, Leipzig, 1932, Nachdruck Heidelberg, 1999, S. 83.

7 Im Gegensatz dazu stehen die sozialen Normen, die zwar von vielen als für sie verbindlich geteilt, jedoch nicht gerichtlich durchgesetzt werden können. Zu den *„sozialen Normen"*: *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts, Frankfurt am Main, 2002, S. 27 – 34.

8 Zum Berufsbild des „Richters": *von Münch*, Richter, Politiker, Wissenschaftler: Gemeinsamkeiten und Unterschiede, DRiZ 2014, 340.

9 Der Rechtsstaat wiederum gewährleistet nach den Ausführungen des vor allem im Verwaltungsrecht tätig gewesenen Rechtsanwalts *Redeker*: *„Rechtssicherheit, Vertrauensschutz, Bestimmtheit der Norm, Rechtsmittelklarheit, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und damit verbunden das Übermaßverbot (…). Dazu gehört beispielsweise auf der einen Seite der Justizgewährungsanspruch, also das Recht des einzelnen auf Zugang zum Gericht und der Grundsatz umfassender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des Streitgegenstandes mit einer abschließenden verbindlichen Entscheidung durch den Richter, dazu gehört auf der anderen Seite aber kein Anspruch auf einen Instanzenzug. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (*BVerfG, Beschl. vom 11.2.1987, 1 BvR 475/85, NJW 1987, 2067, 2067) *keine mehrstufige Gerichtsbarkeit; eine richterliche Entscheidung genügt. (…) Der Rechtsstaat soll der Verwirklichung der Gerechtigkeit dienen; der Staat in allen seinen Emanationen soll sich – mindestens auch – am Recht und seiner Durchsetzung ausrichten, es soll ein Mindestmaß an „Rechtskultur" vorhanden sein. Recht hat dabei immer eine doppelte Funktion; es gewährleistet und begrenzt. Es gewährt Ansprüche und damit Macht; es begrenzt diese aber zugleich"*: *Redeker*, Ist der Rechtsstaat wirklich in Gefahr?, NJW 1996, 1871.

10 *Wiedemann*, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, 2407.

11 *Zado*, Privatisierung der Justiz, Berlin, 2013, S. 25.

Benötigt aber *„die Wirtschaft"* auch den Rechtsstaat und wenn ja, wofür konkret und wie muss dieser ausgestaltet sein? Diese Fragen können nicht allein dadurch beantwortet werden, dass die Gerechtigkeit[12] als der von der Justiz garantierte Wert herausgestellt wird. Die Verwirklichung der Gerechtigkeit dient keinem Selbstzweck.[13] Vielmehr ist sie schon seit dem biblischen Zeitalter[14] Grundlage jeglichen menschlichen Zusammenlebens und damit auch der Wirtschaft. Wirtschaftlich bedeutsam ist die Gerechtigkeit jedoch nur dann, wenn sie einen erkenn- und berechenbaren Faktor für das wirtschaftliche Handeln begründet. Jedenfalls vordergründig scheint das auch der Fall zu sein. Wie aber nutzt die Justiz der Wirtschaft, wo ist sie entbehrlich, welche Kosten werden durch sie verursacht, wo behindert sie die Wirtschaft und in welchen Bereichen könnte sie ihre Aufgabe besser erfüllen? Diese Fragen sollen im Folgenden behandelt werden.

Ökonomie und Recht können als *„Symbiose verschiedener Argumentationshaushalte und Analyseziele"* verstanden werden, wobei die Ökonomie den Alltag in *„überschaubare Strukturen"* ordnet, die juristische Betrachtungsweise dagegen mehr auf das Herausarbeiten der *„dogmatischen Verschiedenheiten"* gerichtet ist.[15] Trotz der augenscheinlich engen Beziehung ist das Zusammenspiel von Rechtsstaat und Marktwirtschaft bisher nur wenig erforscht.[16] Zumindest ein kleiner Teil dieses wissenschaftlichen Desiderats soll mit dieser Arbeit, die ein Querschnittsthema behandelt und keinem der klassischen juristischen oder wirtschaftswissenschaftlichen Fachgebiete unmittelbar zuzuordnen ist, beseitigt werden. Hierfür sind eine Reihe der rechtswissenschaftlichen Disziplinen[17] in die Überlegungen einzubeziehen. Ohne die Betrachtung des materiellen Rechts lassen sich die Auswirkungen seiner Umsetzung auf das Wirtschaftsleben nicht beurteilen. Gleichwohl steht das materielle Recht nicht im Mittelpunkt der Fragestellung, sondern wird lediglich insoweit angesprochen, als es für die Suche nach

12 Die Gerechtigkeit ist ihrerseits ein nicht abschließend definierbarer Begriff und steht zudem, selbst aus ökonomischer Sicht, oft als ein Widerpart zu der ebenfalls angestrebten Effizienz: *Weise*, Effizienz versus Gerechtigkeit: Tragweite und Folgen der Annahme eines Trade-offs, in: Jahrbuch Normative und institutionelle Grundfragen der Ökonomik, Band 1, Gerechtigkeit als Voraussetzung für effizientes Wirtschaften, Held/Kubon-Gilke/Sturn (Hrsg.), Marburg, 2002, S. 51.

13 Das gilt damit auch für das Recht selbst: *Gelter/Greching,* Juristischer Diskurs und Rechtsökonomie, JRP 2007, 32.

14 Die Bedeutung der Gerichtsbarkeit für die Staatsgewalt hat bereits eine biblische Dimension. So begann Abschalom seinen Aufstand gegen den König David damit, dass er die Rechtssuchenden nicht zu König David ließ, sondern selbst tätig wurde und sich so *„in die Herzen der Israeliten stahl"*: 2. Buch Samuel, 15, 2 - 6, Die Bibel, Einheitsübersetzung der Heiligen Schrift, Gesamtausgabe, Stuttgart, 2016.

15 *Knoth*, Die Einzelunternehmung in Ökonomie und Recht, Sternenfels, 2003, S. 21.

16 *Schönfelder*, Vom Spätsozialismus zur Privatrechtsordnung, Berlin, 2012, S. 12.

17 Hierbei ist es nicht schädlich, die Rechtswissenschaft, wie tradiert, im Wesentlichen als eine *„beschreibende"* Wissenschaft zu betrachten (kritisch: *Steininger,* Die Jurisprudenz auf Erkenntnissuche? – Ein Plädoyer für eine Neuorientierung der Rechtswissenschaft, NJW 2015, 1073), weil sich der Gegenstand der Untersuchung an dem Beziehungsgeflecht zwischen Wirtschaft und Justiz orientiert und damit ohnehin nur von deren Bestehen ausgehend Schlüsse auf das etwaige Erfordernis von Gesetzesänderungen zulassen kann.

dem verwirklichten Rechtsschutz erforderlich ist. Gleiches gilt für das das Streitverfahren regelnde Prozessrecht, dem jedoch im Hinblick auf seine erheblichen Einflussmöglichkeiten auf die *„Verwirklichung des Rechts"* mehr Raum eingeräumt werden wird.[18] Das Wirtschaftsrecht[19] wiederum ist ein juristisches Fachgebiet, mit einem klaren Kern, aber auch vielen Randbereichen, deren Fragestellungen hier vielfach erheblich sein werden.[20] Die Rechtsphilosophie dagegen sucht nach dem *„übergesetzlichen"* oder dem *"richtigen"* Recht.[21] Es geht ihr also um Gerechtigkeit, die wesentlich vor allem im Bereich des materiellen Rechts verortet ist.[22] Die Wirtschaftsethik befasst sich mit den ethischen Grundlagen wirtschaftlicher Handlungen und Entscheidungen.[23] Die Rechtssoziologie[24] analysiert das Verhältnis von Recht und Gesellschaft,[25] bemüht sich also um das Verständnis von dessen faktischen Geltung,[26] oder - anders ausgedrückt - *„das Verstehen des Rechts"*.[27] Sie ist die *„Wirklichkeitswissenschaft des Rechts"*.[28] Auch diese berührt das Thema.

Vorstehend wurde der Zusammenhang von Justiz und Wirtschaft betrachtet. Auf welchen Grundlagen die folgende Betrachtung basiert, soll im folgenden Kapitel dargestellt werden, bevor der Untersuchungsgang erläutert wird.

---

18 Die Kernaufgabe des Prozessrechts ist es, der Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen: *Schumann*, Die Zwischenfeststellungsklage als Institut zwischen Prozessrecht und materiellem Recht, in: Festschrift für Georgiades zum 70. Geburtstag, Stathopoulos/Beys/Dovis/Karakostas (Hrsg.), München, 2005, S. 556.

19 Gegenstand des Wirtschaftsrechts sind vor allem der rechtliche Rahmen der Marktordnung und das Bemühen darum, etwaige Störungen zu beseitigen: *Hänlein,* Sozialrecht als Wirtschaftsrecht, NZS 2003, 618.

20 Verstanden werden kann es als *„die Gesamtheit der Regelungen, die die gesamtwirtschaftliche Ordnung als solche verwirklichen sollen und sich dabei auf die Organisation und das Verhalten der Unternehmen auf den Märkten sowie auf die entsprechenden staatlichen Funktionen beziehen."*: *Hänlein,* Sozialrecht als Wirtschaftsrecht, NZS 2003, 617.

21 Bedeutung hat sie in diesem Thema vor allem bei der Frage, wie weit sich das Richterrecht von dem gesetzten Recht entfernen darf: Dazu: *Oeser*, Evolution und Selbstkonstruktion des Rechts, Köln, 1990, S. 9.

22 In der Rechtsphilosophie spiegelt sich diese Frage vor allem in dem *„Basiskonflikt"* zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus wider, ob also das Recht aus absoluten und für alle Zeiten geltenden aus der Natur des Menschen abgeleiteten zu Grunde liegenden Rechtsnormen oder ob es aus gesetztem Recht besteht: *Oeser*, Evolution und Selbstkonstruktion des Rechts, Köln, 1990, S. 28 f.

23 *Enderle*, Handlungsorientierte Wirtschaftsethik, Wien, 1993, S. 17.

24 Zu *„Strömungen"* der Rechtssoziologie: *Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt, Wiesbaden, 2011, S. 13 f. Zur Abgrenzung zur Soziologie: *Struck*, Rechtssoziologie, Baden-Baden, 2011, S. 11; *Gebhardt,* Gesellschaftstheorie und Recht, Frankfurt am Main, 1993. Mit der unterschiedlichen Herangehensweise und den dadurch begründeten unterschiedlichen Fragestellungen und Theoriebildungen von Soziologen und Juristen befasst sich: *Opp*, Soziologie im Recht, Hamburg, 1973.

25 Zu den Ansätzen der Rechtssoziologie: *Luhmann,* Rechtssoziologie, 4. Aufl., Bielefeld, 2008, S. 10 – 26; *Gurvitch*, Grundzüge der Soziologie des Rechts, 2. Aufl., Darmstadt, 1974, S. 40; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen, 2014, S. 6.

26 *Nöth*, Rechtssoziologie, Pfaffenweiler, 1993, S. 2; *Kunz*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Bern, 2007, S. 13.

27 *Hesse*, Einführung in die Rechtssoziologie, Wiesbaden, 2004, S. 19; *Frenzel*, Rechtssoziologie – das unbekannte Prüfungsfach: Bedeutung, Methoden, Geschichte, JuS 2018, 518.

28 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München, 2014, S. 1.

II. Allgemeine Grundlagen

Der Rechtsstaat[29] setzt wie selbstverständlich voraus, dass das gesetzte Recht im Konfliktfall durch einen gerichtlichen Rechtsschutz[30] umgesetzt werden kann[31] und auch wird. Die *„Herrschaft des Rechts"* ist eines der Hauptkriterien des Rechtsstaats,[32] die *„Justizgewähr"* ein *„struktureller Pfeiler der Rechtsstaatlichkeit."*[33] Der Staat hat das Rechtsetzungs- und das Rechtsdurchsetzungsmonopol[34] und damit korrespondierend auch die Aufgabe, Strukturen zu schaffen, die die Verwirklichung des Rechts gewährleisten.[35] Der Rechtsschutz ist auf das Ermöglichen einer in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständigen Überprüfung und Entscheidung von rechtlichen Auseinandersetzungen gerichtet.[36]

Für einen *„erfolgreichen Justizstandort"* wird ein *„gut arbeitendes System staatlicher Gerichte als Kern"* vorausgesetzt.[37] Das betrifft auch die Wirtschaft. Diese benötigt die Justiz nämlich, wie jeder andere Rechtsbetroffene auch, um unberechtigte Angriffe des Staates oder privater Dritter abwehren und berechtigte Ansprüche in einer für sie nützlichen und effizienten Art und Weise durchsetzen zu können.[38] So erstaunt es nicht, dass in *„Festreden"* den Gerichten die Bedeutung eines *„wesentlichen Wirtschaftsfaktors"*[39] zugemessen wird. Die dort geäußerte Einschätzung über die Justiz ist regelmäßig positiv. Doch wie sieht der *„Gerichtsstandort Deutschland"* in der *„gelebten Realität"* für die Wirtschaft aus?

Der zentrale Blick wird der Fragestellung entsprechend im Folgenden auf die Justiz und die Anforderungen an den Gesetzgeber gerichtet sein, wobei die Auf-

29 Der Rechtsstaat kann dadurch definiert werden, dass in ihm die Ausübung der Staatsgewalt in jeglicher Form nach den Vorgaben des Rechts erfolgt: Dazu: *Mahlmann*, Konkrete Gerechtigkeit, 3. Aufl., Baden-Baden, 2016, S. 83. Zur Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs: *Trentmann*, Die Grundlagen des Rechtsstaatsbegriffs, JuS 2017, 987.

30 Dieser beinhaltet einen Individualrechtsschutz: *Ronellenfitsch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes? – Mediation vor der Garantie staatlicher Rechtsschutzgewährung -, DÖV 2010, 375.

31 *Lohmann*, Verwaltungsrechtsschutz in der DDR, NVwZ 1989, 433.

32 *Gilles*, Rechtstatsachenforschung, in: Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhundert, Festschrift für Lüke, Prütting/Rüssmann, München, 1997, S. 153.

33 *Schmidt-Jortzig,* Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, 257.

34 *Ritter*, Justiz – verspätete Gewalt in der Wettbewerbsgesellschaft, NJW 2001, 3440.

35 *Hoffmann-Riem*, Justizdienstleistungen im kooperativen Staat, JZ 1999, 421.

36 *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München, 1984, S. 851 f.

37 *Calliess*, Justizstandort Deutschland im globalen Wettbewerb, AnwBl. 2009, 52.

38 Dem Vertragsrecht liegt der Gedanke zugrunde, dass die durch es geschaffenen Ansprüche letztlich auch durchgesetzt werden können: *Wagner,* Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, München, 2017, S. 50.

39 *Knuth*, Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit im Lande Brandenburg, LKV 2003, 222.

gabenverteilung zwischen Legislative und Judikative in der Bundesrepublik[40] relativ einfach abzustecken ist. Aufgabe der Parlamente ist die Gesetzgebung, also die Rechtsetzung, diejenige der Gerichte die Anwendung der Gesetze.[41] Die von der Legislative gesetzten Normen sind von der Justiz umzusetzen. Ob und welche Anforderungen der Wirtschaft jedoch bei der Rechtsetzung und Rechtsanwendung Berücksichtigung finden (müssten), ist zu hinterfragen.

1. Die Außensicht auf die Justiz

Wird die deutsche Justiz von außen beschrieben, erfolgt dies meist positiv. Gerade dem deutschen Zivilprozess wird attestiert, dass er in *„insgesamt guter Verfassung"* sei.[42] In ihrem Vorwort zu der im Jahr 2012 in zweiter Auflage erschienen Broschüre *„Law – Made in Germany"* stellte die damalige Bundesministerin der Justiz Sabine *Leutheusser-Schnarrenberger* heraus, dass deutsches Recht ein *„echter Wettbewerbsvorteil"* für Unternehmen sei.[43] Es sei vorhersehbar, bezahlbar und durchsetzbar.[44] Weiter wird in der Broschüre mit dem Hinweis darauf für die deutsche Gerichtsbarkeit geworben, dass die Wirtschaft in Deutschland ein *„leistungsfähiges Rechtssystem"* vorfinde, in dem sich *„Gerichte und Schieds-*

40 Die Einschränkung auf das deutsche Recht ergibt sich daraus, dass der deutsche Gesetzgeber auf Regelungen in den übrigen Staaten der Weltgemeinschaft, mit denen Wirtschaftsbeziehungen bestehen, regelmäßig keinen Einfluss nehmen kann. Ebenso ist es etwa für das deutsche Recht ohne Belang, ob Gegenstände, etwa eine konventionelle 100 Watt Glühbirne oder Haschisch, in anderen Ländern legal gehandelt werden dürfen. Hat der deutsche Gesetzgeber, aus welchem Grund auch immer, den Handel mit diesen Gegenständen verboten, ist dies von der Wirtschaft zu respektieren und das Verbot von der staatlichen Gewalt auch durchzusetzen – und dies zudem für alle gleich.

41 *Stern*, Der Einfluss der Verfassungsgerichte auf die Gesetzgebung in Bund und Ländern, in: Justiz und Politik im demokratischen Rechtsstaat, Klein/Sendler/Stern (Hrsg.), St. Augustin, 1996, S. 15.

42 *Wagner,* Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, München, 2017, S. 13; *Roth,* Etabliert EU Verbraucherschutz zweiter Klasse?, DRiZ 2015, 25; vgl. auch: *Hoffmann,* Kammern für internationale Handelssachen, Baden-Baden, 2011, S. 72. So auch: *de Maizière*, Justiz als Standortfaktor für Deutschland, in: Justiz und Recht im Wandel der Zeit, Präsidium des Deutschen Richterbundes (Hrsg.), München, 2009, S. 3. aA *Kramer*, Das Neue Steuerungsmodell und die Unabhängigkeit der Richter, ZZP 114 (2001), 267, der mit der Justiz die Begriffe *„Kollaps"* und *„Infarkt"* verwendet und die Justiz auch als *„Investitionshemmnis"* und *„standortgefährdenden Faktor"* bezeichnet: ZZP 114 (2001), 268.

43 Der damalige Kanzleramtsminister *de Maiziere* sah in der deutschen Justiz *ein Pfund, mit dem Deutschland im Wettbewerb um internationale Investoren wuchern"* könne: *de Maizière*, Justiz als Standortfaktor für Deutschland, in: Justiz und Recht im Wandel der Zeit, Präsidium des Deutschen Richterbundes (Hrsg.), München, 2009, S. 7.

44 Law – Made in Germany, Bundesnotarkammer/Bundesrechtsanwaltskam-mer/Deutscher Anwaltsverein/Deutscher Industrie- und Handwerkskammertag/Deutscher Notarverein/Deutscher Richterbund (Hrsg.), 2. Aufl. 2012, S. 3. Dieses positive Bild entspricht auch der Sicht der Legislative: Das deutsche Rechtssystem und die Effizienz der deutschen Gerichte sollen nach Einschätzung des Bundesrates sogar vorbildhaft sein: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für Internationale Handelssachen (KfiHG), BRDrs. 42/10, S. 5. Auch im Rahmen einer bundesweiten Veranstaltungsreihe „Justiz im Dialog" im Juni 2014 in Hamburg wurde die deutsche Justiz im Hinblick auf die Schnelligkeit und Praktikabilität der gerichtlichen Verfahren als grundsätzlich unproblematisch angesehen: *Neumann,* Generalist vs. Spezialist: Anforderungen an eine leistungsfähige Justiz, DRiZ 2014, 247.

gerichte" auf ihre Kernaufgaben konzentrieren könnten. Titulierte Forderungen seien auch vollstreckbar.[45] Die „*rechtliche Infrastruktur*" sei in Deutschland in optimaler Form vorhanden.[46] Bemerkenswert ist hier, dass diese Einschätzung wie selbstverständlich Modelle des staatlichen Rechtsschutzes und solche der nicht hoheitlich organisierten Streitbeilegung gleichberechtigt nebeneinander anführt.[47] Auch das gibt Anlass nachzufragen.

Die positive Sicht in Festreden betrifft auch die öffentliche Verwaltung. Anlässlich des fünfzigsten Jahrestages der Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland bezeichnete der damalige Bundesminister des Innern Manfred *Kanther* die öffentliche Verwaltung als einen herausragenden Standortfaktor für Deutschland.[48] Eine „*rechtstreue, zuverlässige, schnelle und verlässliche Verwaltung*" sei ein solcher, der „*mit nicht vielen anderen ein ausschließlich hausgemachter*" sei.[49] Preise und Wirtschaftsbedingungen in anderen Ländern seien nicht zu beeinflussen. Anders verhalte es sich dagegen mit der Funktionsfähigkeit der Verwaltung. Diese gelte es zu erhalten und weiter zu entwickeln. Die Politik und die Legislative hätten hierfür die grundlegenden Entscheidungen zu treffen.[50]

Weniger positiv ist das Bild der deutschen Justiz, wenn ein Vergleich mit anderen europäischen Staaten angestellt wird. In dem von der EU-Kommission erstmalig 2013 erhobenen „*Justizbarometer*",[51] das vor allem auf die Elemente der Effizienz, Qualität und Unabhängigkeit[52] abstellt, ist die Bundesrepublik Deutschland zumindest in dem wesentlich durch die Verfahrensdauer geprägten

---

45 Die Vollstreckungsquote, also die Quote der Realisierbarkeit von unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen, ist weltweit unterschiedlich und erreichte im Durchschnitt 45 %, in den skandinavischen Ländern dagegen 85%, wobei Deutschland „*nennenswert*" über 45% lag. Diese Quote hat einen unmittelbaren Einfluss darauf, in welchem Umfang und unter welchen Konditionen seriös Kredit gewährt werden kann: *Schönfelder*, Vom Spätsozialismus zur Privatrechtsordnung, Berlin, 2012, S. 261.

46 Law – Made in Germany, Bundesnotarkammer/Bundesrechtsanwaltskammer/Deutscher Anwaltsverein/Deutscher Industrie- und Handwerkskammertag/Deutscher Notarverein/Deutscher Richterbund (Hrsg.), 2. Aufl. 2012, S. 4.

47 Es sind jedoch auch Wünsche zu verzeichnen. So würde es die mittelständische Wirtschaft zur Gewährleistung einer größeren „*Kundenzufriedenheit*" begrüßen, wenn die Justiz mehr „*Wirtschaftskompetenz*" sowie einen tiefer greifenden Bezug zur kaufrechtlichen Realität zeigen würde: *Sandherr*, „Wer aufhört, besser zu werden, hat aufgehört, gut zu sein", DRiZ 2014, 364.

48 *Kanther,* 50 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 1998, 922.

49 *Kanther,* 50 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 1998, 922.

50 Die Exekutive habe diese Vorgaben schnell und kreativ umzusetzen. Aufgabe der Rechtsprechung sei es dann, die Normen zu konkretisieren: *Kanther,* 50 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 1998, 922.

51 EU Justice Scoreboard: European Commission broadens to scope of its analysis of Member States´ justice systems, Brüssel, 27.3.2013, http://europa.eu/justice/newsroom/news/130327_en.htm, abgerufen am 1.9.2019.

52 Zur überwiegend positiven Einschätzung der Unabhängigkeit der Richter aus der Innensicht: *Werner,* Unabhängigkeit der Justiz auf dem Prüfstand, DRiZ 2017, 384.

Bereich der Effizienz[53] noch in der oberen Hälfte der europäischen Staaten angesiedelt.[54] In der - statistisch jedoch kaum fassbaren - Rubrik der Qualität der Justiz, bei der auf Hilfskriterien wie Fortbildung, Evaluation,[55] aber auch die finanzielle und personelle Ausstattung der Gerichte und Verfahren der alternativen Streitbeilegung sowie die Informationstechnologie abgestellt wird,[56] liegt die Bundesrepublik Deutschland dagegen auf den hinteren Plätzen.[57] Auch im Justizbarometer 2017 hat die Bundesrepublik Deutschland im Bereich des Zivilverfahrens erster Instanz keine Verbesserung erreichen können, wenn sich die Justiz danach auch zumindest nicht nennenswert verlangsamt hat.[58] Das soll nicht ohne Konsequenzen bleiben. Auch wenn durchaus gesehen wird, dass das Justizbarometer stark *„zahlenlastig"* ist und wesentliche Teile der Qualität durch diese Zahlen nicht hinreichend deutlich abgebildet werden können,[59] soll doch auf der Basis des Scoreboards damit begonnen werden, die Mitgliedsstaaten der EU dazu zu veranlassen, ihre Justizsysteme zu verbessern.[60]

Welche dieser Einschätzungen am ehesten mit der Realität in der Wirtschaft übereinstimmen, ist zu hinterfragen. Dabei geht es aber nicht primär um die *„Attraktivität der Justiz"*, die kein Selbstzweck ist. Maßgeblich ist vor allem, ob und wie die Justiz den wirtschaftlich Handelnden eine Rechtsverwirklichung und dadurch ein planbares und geordnetes Wirtschaftshandeln ermöglicht.[61] Dies prägt den Gerichtsstandort und kann, sofern – wie im (privaten) Wirtschaftsrecht typisch – eine Wahlmöglichkeit besteht, auch die Entscheidung über die Frage, welches Streitlösungsmodell ausgewählt und welches der örtlich zuständigen Gerich-

53 Europäische Kommission, Das EU-Justizbarometer 2014: Auf dem Weg zu einer leistungsfähigeren Justiz: Pressemitteilung vom 17.03.2014, IP/14/273.

54 Europäische Kommission, Das EU-Justizbarometer 2014: Auf dem Weg zu einer leistungsfähigeren Justiz: Pressemitteilung vom 17.03.2014, IP/14/273; *Werner*, Deutschland im EU-Barometer heiter bis wolkig, DRiZ 2014, 237.

55 Die Evaluation ist regelmäßig auf die Kontrolle der Durchführung und deren Kosten-Nutzen-Bewertung gerichtet: *Diekmann*, Empirische Sozialforschung, 18. Aufl., Hamburg, 2007, S. 38.

56 Europäische Kommission, Das EU-Justizbarometer 2014: Auf dem Weg zu einer leistungsfähigeren Justiz: Pressemitteilung vom 17.03.2014, IP/14/273.

57 *Werner*, Deutschland im EU-Barometer heiter bis wolkig, DRiZ 2014, 237; Europäische Kommission, Das EU-Justizbarometer 2014: Auf dem Weg zu einer leistungsfähigeren Justiz: Pressemitteilung vom 17.03.2014, IP/14/273; vgl. auch *Calliess*, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, Gutachten A zum 70. Deutschen Juristentag, München, 2014, S. A 33.

58 *Werner*, Besser als beim European Song Contest, DRiZ 2017, 199.

59 Zur Unmöglichkeit, die Qualität einer Entscheidung in Kennzahlen abzubilden: *v. Bargen*, Gute Rechtsprechung – Ein Plädoyer für eine engagierte Qualitätsdiskussion in den Gerichten, NJW 2006, 2535.

60 EU Justice Scoreboard: European Commission broadens to scope of its analysis of Member States´ justice systems, Brüssel, 27.3.2013, http://europa.eu/justice/newsroom/news/130327_en.htm, abgerufen am 1.9.2019.

61 Auch in der Ermöglichung von letztlich zu einem Vergleich führenden Teilentscheidungen wird ein Faktor der Attraktivität eines Gerichtsstandortes gesehen: *Landbrecht*, Teil-Sachentscheidungen und Ökonomie der Streitbeilegung, Tübingen, 2012, S. 2.

te angerufen werden soll, maßgeblich beeinflussen.[62] Gleiches gilt für die Standortwahl bei Investitionsentscheidungen.

Diese Wahlmöglichkeit hat Konsequenzen, die die Zivilgerichtsbarkeit wegen der allein bei ihr bestehenden weitgehend freien Möglichkeit, andere Streitlösungsmodelle zu einer außergerichtlichen Streitbeilegung heranzuziehen, mehr betreffen als die übrigen Gerichtsarten. Im Umkehrschluss ist die Bedeutung des (alternativlosen) örtlichen Gerichtsstandortes bei der Fachgerichtsbarkeit für eine Standortentscheidung größer als bei der Zivilgerichtsbarkeit. Können die Wirtschaftsunternehmen das Einschalten der ordentlichen Gerichtsbarkeit damit umgehen, dass sie das anzuwendende (Prozess-) Recht wählen oder selbst setzen, eine Wahl für andere Gerichtsstandorte oder für ein anderes Prozessrecht treffen oder sonstige Dritte mit der Lösung ihrer Probleme beauftragen, steht ihnen diese Ausweichmöglichkeit etwa bei verwaltungsrechtlichen Streitverfahren nicht zur Seite. Die einzige Möglichkeit, der örtlich zuständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit auszuweichen, ist diejenige auszuwandern,[63] also den Standort des wirtschaftlichen Handelns zu verlagern. Gleiches gilt im Straf-, Sozial- und Steuerrecht.

Die Standortwahl für eine Investitionsentscheidung kann also auch durch die Erwartungen an die Justiz bestimmt, das Ansehen der Justiz sowohl durch harte, als auch durch weiche Standortfaktoren geprägt werden. Konkrete Verfahrenskosten, Risiken der Rechtsverfolgung und die dadurch in Anspruch genommene Zeit lassen sich in nachprüfbare (objektivierbare) Zahlen fassen und in das Verhältnis zu anderen Streitlösungsmodellen stellen. Hinzu treten aber durch Stimmungen und Vorbehalte im Hinblick auf die von der Erwartung künftiger Entscheidungen geprägten weichen Faktoren, deren Einfluss auf das wirtschaftliche Handeln nicht klar erfasst werden kann, die aber gleichwohl die Entscheidung für oder gegen einen Standort bestimmen können. An welchen „Stellschrauben" die Justiz zu Lasten oder zu Gunsten der Wirtschaft Einfluss auf die Vorgehensweise der wirtschaftlich Handelnden nehmen kann, soll untersucht werden.

2. Literaturlage und Forschungsstand

Keine wissenschaftliche Untersuchung basiert auf dem Nichts. So gibt es auch hier eine Reihe Autoren, die sich mit die Fragestellung betreffenden Teilgebieten

62 Oft ist auch das anzuwendende Recht selbst ebenso wie der Gerichtsstand disponibel. Die „*Attraktivität des Gerichtsstandorts*" hat in der wirtschaftlichen Realität nämlich einen erheblichen Einfluss auf die Rechtswahl: BRDrs. 42/10, S. 6. Der entsprechende Gesetzentwurf wurde unter dem 16. Juni 2010 dem Deutschen Bundestag vorgelegt: BTDrs. 17/2163.

63 *Rumpf*, Verwaltungsgerichtsbarkeit als Standortfaktor? – Bericht über eine Podiumsdiskussion zum 50. Bestehen des Verwaltungsgerichts Darmstadt, NVwZ 1997, 981.

befasst haben, auch wenn zusammenfassende Literatur zu dem Thema bisher nicht zu verzeichnen ist. Grundlegende Veröffentlichungen, die Kern-, aber auch Randbereiche des Themas behandeln, werden hier vorab angegeben.

Die wechselseitigen Erwartungen der Justiz und der Wirtschaft aneinander können nur betrachtet werden, wenn die Grenzen des zulässigen Handelns der Justiz und des Rechts ausgelotet werden. Eine Grenze wird durch eine politische Justiz überschritten. Das Risiko des Missbrauchs der juristischen Möglichkeiten im Sinne einer *„politischen Justiz"* behandelt umfassend und noch immer aktuell *Kirchheimer.*[64] Das Recht selbst ist Gegenstand *der „Einführung"* von *Mahlmann.*[65] Die schwierige Abgrenzung der Rechtsprechung zur Gerichtsverwaltung analysiert ausführlich *Wittreck*.[66] Einen Überblick über die den wirtschaftlichen Teil der Fragestellung betreffende Wirtschaftsethik verschaffen *Enderle,*[67] *Koslowski*[68] und *Trautnitz.*[69] *Podszun* stellt die Wechselwirkung zwischen der Tätigkeit der Zivilgerichte und der Wirtschaft dar.[70]

Beginnend ab dem zweiten Kapitel werden die wirtschaftliche Bedeutung des Handelns der Justiz und dessen mögliche Auswirkungen auf diese hinterfragt. Um dies zu strukturieren, ist es erforderlich, Handlungsmodelle zu Grunde zu legen, die hier vor allem im Bereich der ökonomischen Analyse des Rechts und der neuen Institutionenökonomik gesucht werden. Hier basiert die Arbeit auf einer Vielzahl von Veröffentlichungen. Die ökonomische Analyse des Rechts erschließt sich über die Dissertation von *Eidenmüller*[71] sowie aus der Zusammenstellung einzelner Aufsätze zu diesem Thema von *Adams*[72] und der Monographie von *Weigel.*[73] Die ökonomische Analyse des Zivilrechts stellen ausführlich *Schäfer* und *Ott*[74] sowie *Mathis*[75] und diejenige des Strafrechts *Curti*[76] dar. *Grechingl Gelter* befassen sich mit der nur sehr zurückhaltenden Annahme der ökonomischen Analyse des Rechts durch die deutsche Rechtswissenschaft,[77] *Riha*[78] mit der Implementierung des Modells der ökonomischen Analyse des Rechts in das Gebiet der Sachmängelgewährleistung, *Kirchgässner*[79] mit dem *homo oeconomi-*

64 *Kirchheimer*, Politische Justiz, Hamburg, 1993.
65 *Mahlmann*, Konkrete Gerechtigkeit, 3. Aufl., Baden-Baden, 2016.
66 *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, Tübingen, 2006.
67 *Enderle*, Handlungsorientierte Wirtschaftsethik, Wien, 1993.
68 *Koslowski*, Prinzipien der ethischen Ökonomie, Tübingen, 1988.
69 *Trautnitz*, Normative Grundlagen der Wirtschaftsethik, Berlin, 2008.
70 *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, Tübingen, 2014.
71 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen, 1995.
72 *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts, Frankfurt am Main 2002.
73 *Weigel*, Rechtsökonomik, München, 2003.
74 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin, 2012.
75 *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, 3. Aufl., Berlin, 2009.
76 *Curti*, Abschreckung durch Strafe, Wiesbaden, 1999.
77 *Grechingl Gelter*, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, RabelsZ 72 (2008), 513.
78 *Riha*, Ökonomische Analyse der Sachmängelgewährleistungsrechte des BGB, München, 2007.
79 *Kirchgässner*, Homo Oeconomicus, 3. Aufl., Tübingen, 2008.

cus und Geiger[80] ebenso wie *Maihofer*[81] mit der Wirksamkeit des Rechts. Die in der gesamten Untersuchung behandelte Wechselwirkung von Wirtschaft und Recht untersucht im Zuge der Einleitung seiner auf Fallstudien einzelner Länder basierenden Untersuchung *Schönfelder.*[82] Darauf aufbauend behandelt das dritte Kapitel das Verhältnis von Wirtschaft und Justiz.

Die Justiz ist von dem gesetzten Recht abhängig, zu dessen Auslegung sie berufen ist. Im vierten und fünften Kapitel wird hinterfragt, wie das Verhältnis der Rechtsprechung zur Legislative ist. Hier werden Grenzen überschritten, wenn die Gerichte selbst rechtsschöpfend tätig werden. Auch dazu gibt es in Teilbereichen Voruntersuchungen. Den Standortfaktor des öffentlichen Rechts betrachtet unter dem Blickwinkel des Wettbewerbs der Gesetzgeber *Korte.*[83] Mit der richterlichen Rechtsfortbildung befasst sich instruktiv *Maultzsch*,[84] mit der Funktion der Rechtsprechung vor allem bei Verbraucherstreitigkeiten *Kocher.*[85]

Im sechsten Kapitel werden Zielkonflikte untersucht, die die Justiz im Interesse der Wirtschaft lösen sollte. Ein wesentlicher Konflikt ist derjenige zwischen Qualität und Geschwindigkeit. Hierzu konnte neben einer Vielzahl von Aufsätzen auch auf die Dissertation von *Haremza* zurückgegriffen werden, der die Bedeutung überlanger Verfahren im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit instruktiv beleuchtet.[86] Im siebten Kapitel wird dies vor den Hintergrund der Globalisierung gestellt.

Ein wesentlicher Teilaspekt für die hier behandelte Frage ist diejenige nach der Ersetzbarkeit der Justiz durch außergerichtliche Streitlösungsmodelle. Der im achten Kapitel behandelte Wettbewerb wird im Hinblick auf denjenigen zwischen der staatlichen Gerichtsbarkeit und den Schiedsgerichten von *Gerhard Wagner* untersucht.[87]

Auch diese Untersuchung endet nicht allein mit der Darstellung einer Analyse, sondern erörtert auch Lösungsansätze für erkannte Unzulänglichkeiten des staatlichen Gerichtsverfahrens. Die Außensicht auf aktuelle Probleme der Justiz betrachtet auf der Grundlage von Interviews *Joachim Wagner.*[88] Rechtswissenschaftliche Ausführungen zu Reformüberlegungen sind hier nicht neu, sondern ziehen sich seit dem Erlass der CPO (nun ZPO) Ende des 19. Jahrhunderts durch

80 Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl., durchgesehen von Rehbinder, Berlin, 1987.
81 *Maihofer*, Die gesellschaftliche Funktion des Rechts, in: Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie I, Lautmann/Maihofer/Schelsky (Hrsg.), Gütersloh, 1970, S. 13 – 33.
82 Schönfelder, Vom Spätsozialismus zur Privatrechtsordnung, Berlin, 2012, S. 12.
83 *Korte*, Standortfaktor Öffentliches Recht, Tübingen, 2016.
84 *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, Tübingen, 2010.
85 *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, Tübingen, 2007.
86 *Haremza*, Der untätige Verwaltungsrichter - Notwendigkeit eines Untätigkeitsbeschwerdegesetzes, Diss., Uni Regensburg, 2009.
87 *Wagner,* Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, München, 2017.
88 *Wagner,* Ende der Wahrheitssuche, München, 2017.

die rechtswissenschaftliche Literatur. Eine grundlegende Zusammenfassung der aktuellen Probleme des Zivilprozess und denkbarer Lösungsansätze behandelt in seinem Gutachten für den 70. Deutschen Juristentag[89] *Calliess*.[90]

3. Untersuchungsgang

Ziel dieser Untersuchung ist es also, mit der Brille des Juristen die Bedeutung der Rechtsfindung für das wirtschaftliche Handeln zu hinterfragen. In welchem Umfang ist sie ein (zumindest teilweise) vermeidbarer Kostenfaktor? Wodurch verursacht die Rechtsfindung Kosten? Können diese Kosten reduziert werden? Zeit und unmittelbare Kosten des Gerichtsverfahrens begründen Transaktionskosten. Gleiches gilt für das Risiko, möglicherweise eine falsche Entscheidung in Kauf nehmen zu müssen. Richtigere Entscheidungen und ein längerer Zeitlauf scheinen unmittelbar zusammenzuhängen. Wie dieses Spannungsfeld zu lösen sein kann, wird eine der zentralen Fragen sein.

Gegenstand der Untersuchung ist der juristische Blick auf die Anforderungen der Wirtschaft an die Justiz. Hier wird neben der Frage, wozu die Wirtschaft die Justiz überhaupt benötigt, vor allem behandelt, welche Kosten bzw. Institutionen die Justiz hervorruft, sowie ob und wie diese Kosten reguliert werden können. Dazu wird auf das Modell der Ökonomischen Analyse des Rechts und vor allem der Neuen Institutionenökonomik zurückgegriffen. Hier wird dann anschließend die Planungssicherheit als eine wesentliche Anforderung wirtschaftlichen Handelns besprochen. Im Anschluss daran wird untersucht werden, welchen Anteil an einer in dem vorgenannten Sinne möglichst effizienten Justiz die Gesetzgebung und welchen die Rechtsprechung zu übernehmen hat. Auch die von der Justiz umgesetzten gesetzlichen Regelungen können im Sinne der neuen Institutionenökonomie als Institutionen betrachtet werden. In welchem Umfang die Rechtsprechung berechtigt Aufgaben der Gesetzgebung übernimmt, wird hier ebenfalls erörtert werden.

Vor dem Hintergrund der Kostenrelevanz gerichtlicher Entscheidungen wird der Blick dann auf die staatliche Gerichtsbarkeit gerichtet. In welchem Umfang kann, darf und soll sie die Belange der Wirtschaft beachten, wo ist ihr dies aus möglicherweise veränderbaren Gründen nicht möglich? In welchem Umfang kann durch den Ablauf des gerichtlichen Verfahrens Einfluss auf Transaktionskosten genommen werden? Bestehen Risiken für ein effizientes Verfahren, die

89 Mit diesen Gutachten werden die jeweiligen Verhandlungen des Deutschen Juristentages wissenschaftlich vorbereitet. Durch ihre Lektüre können die Teilnehmer des Deutschen Juristentages, mit den aktuellen rechtswissenschaftlichen Grundlagen vertraut, an der Diskussion teilnehmen.

90 *Calliess*, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?, Gutachten A zum 70. Deutschen Juristentag, München, 2014.

umgangen werden können? Welche Grundsätze werden dafür weniger beachtet? Die dabei zu beachtenden Zielkonflikte sind Gegenstand des sechsten Kapitels.

Der deutsche Markt ist auch im Bereich der Justiz nicht mehr isoliert. Ebenso wie die Wirtschaftsbeziehungen werden auch die Rechtsbeziehungen internationaler. Gerade im Bereich des privaten Wirtschaftsrechts können die Streitparteien nicht nur die Art der Streitentscheidung, sondern grundsätzlich auch deren (internationalen) Ort sowie das Recht wählen, das sie bei der Streitlösung angewandt wissen wollen. Damit befasst sich das siebte Kapitel.

Wenn die Justiz umgangen wird, kann sie auf die rechtliche Behandlung von Fragen der Wirtschaftsbeziehungen keinen Einfluss mehr nehmen. Wird ein Konflikt mit Hilfe außergerichtlicher Streitlösungsmodelle gelöst, hat das auch eine prozessuale Wirkung für die Streitparteien, die das (ehemals) streitige Rechtsverhältnis nicht mehr von einem staatlichen Gericht klären lassen können. Dem staatlichen Gericht wird damit auch die Chance genommen, durch eine mögliche Grundsatzentscheidung eine über den streitigen Einzelfall hinausgehende Lösung mit Wirkung auch für andere Auseinandersetzungen zu treffen. Das in diesem Spannungsfeld liegende Konkurrenzverhältnis der staatlichen Gerichtsbarkeit zu den vielfältigen außergerichtlichen Streitlösungsmodellen ist Gegenstand des achten Kapitels.

Die Bearbeitung geht von der These der Kostenrelevanz des gerichtlichen Rechtsschutzes aus. Durch eine effiziente Justiz können möglicherweise Transaktionskosten gesenkt werden. Ist es aber auf der anderen Seite auch möglich, durch die unmittelbaren Kosten des gerichtlichen Verfahrens Einfluss auf die Art der Streitbeilegung zu nehmen? Mit dieser Fragestellung soll im neunten Kapitel die Suche nach Einflussmöglichkeiten auf den von der Justiz gewährten Rechtsschutz fortgesetzt werden. Abschließend folgte eine zusammenfassende Bewertung.

Nachdem auf die wesentlichen Erkenntnisquellen und den Untersuchungsgang eingegangen wurde, soll in dem folgenden Kapitel versucht werden, wesentliche Grundbegriffe zu definieren und zu erläutern. Dies betrifft die Definition der Wirtschaft ebenso wie volkswirtschaftliche Erklärungsmodelle. Hier wird der „*homo oeconomicus*“ einen wesentlichen Platz einnehmen. Die Bedeutung des Rechts soll schließlich unter besonderer Berücksichtigung der Planungssicherheit und Vorhersehbarkeit der Entscheidungen betrachtet werden.

III. Wirtschaft und Justiz

Die Anforderungen der Wirtschaft an die Justiz sind ebenso vielfältig wie die Wirtschaft selbst. Daher ist eine Begrenzung der Fragestellung erforderlich, die daran zu orientieren ist, welches Ziel *„die Wirtschaft"* verfolgt. In der Volkswirtschaftslehre wird das wesentliche Ziel des Wirtschaftens so definiert, dass *„gewirtschaftet wird, um Bedürfnisse zu befriedigen"*.[91] Zum *„Rechtsproblem"* wird das durch die Annahme, dass in jeder Gesellschaft die Güter zu jedem Zeitpunkt durchgängig knapp sind.[92] Um die daraus resultierenden notwendigen Geschäftsbeziehungen zu sichern, bedarf es einer durchsetzbaren rechtlichen Regelung und letztlich Institutionen, die das Einhalten dieser Regelungen garantieren.

1. Definition der Wirtschaft

Auch wenn der Begriff *„der Wirtschaft"* nicht eindeutig bestimmbar ist, bedarf es für die anschließenden Ausführungen einer näheren Eingrenzung. Wirtschaft wird im Folgenden auf die natürlichen und juristischen Personen bezogen, die planvoll und nicht aus rein altruistischen Motiven, sondern mit Gewinnerzielungsabsicht Waren herstellen, mit diesen handeln oder Dienstleistungen erbringen. Sie stehen miteinander im unternehmerischen Wettbewerb. Dieser kann durch die Qualität und die Möglichkeiten des gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsschutzes beeinflusst werden. Die Subjekte dieses von der Justiz beeinflussten Wettbewerbs sind auch die Subjekte dieser Untersuchung. Die Wirtschaft wird daher im Folgenden als die Summe des unternehmerischen Handelns angesehen, das durch die Rechtsordnung und ihre Umsetzung geprägt und (mit-) bestimmt wird. Unabhängig von der konkreten individuellen Rechtsform ist der wirtschaftlich Handelnde regelmäßig ein Unternehmer.

2. Ausgrenzung der „Schattenwirtschaft"

Nicht jegliche wirtschaftliche Tätigkeit muss unter dem Blickwinkel der berechtigten Anforderungen der Wirtschaft an die Justiz berücksichtigt werden. Außer Betracht bleiben die *„Wirtschaftszweige"*, deren Akteure ihre Tätigkeit bewusst außerhalb der Rechtsordnung vornehmen. Wer das Recht und die das Recht verwirklichenden Institutionen bewusst verletzt und umgeht, kann nicht erwarten, gleichwohl berechtigte Anforderungen an die Justiz stellen zu dürfen. Daher wer-

91 *Molitor*, Wirtschaftsethik, München, 1989, S. 36.
92 *Molitor*, Wirtschaftsethik, München, 1989, S. 38.

den auch hier nur die Wirtschaftszweige in den Blick genommen, die, zumindest im Wesentlichen, auf ein gesetzmäßiges Vorgehen ausgerichtet sind. Sämtliche Gewalten in der Bundesrepublik Deutschland (und damit auch die Justiz) sind auf diese Wirtschaftszweige fokussiert.

Die anderen *„Wirtschaftszweige"* können von der Justiz nur eins erwarten, nämlich das Bemühen, an ihrer Eindämmung mitzuwirken. Entwicklungen der Schattenwirtschaft,[93] also der *„Emigration aus den etablierten Arbeitsformen"* oder der *„Abwahl geltender Normen für die wirtschaftliche Tätigkeit"*,[94] müssen für die Justiz als nicht schützenswerte, wenn auch nicht unerhebliche[95] Auswüchse angesehen und mit den Möglichkeiten des Rechts bekämpft werden, auch wenn sie für den auf den höchstmöglichen Profit abzielenden *„homo oeconomicus"* bei einem entsprechenden Kosten/Nutzen-Verhältnis attraktiv sein können.[96]

Für dieses Einschreiten gegen die Schattenwirtschaft,[97] aber auch gegen kriminelle Geschäftsmodelle insbesondere der organisierten Kriminalität, wird die Justiz von der *„legalen"* Wirtschaft benötigt. Vernachlässigt sie es, führt das zu einer ungewollten Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Nachteil der rechtstreuen Bevölkerung. Ihre Aufgabe bei der Bekämpfung der Schattenwirtschaft kann die Justiz wesentlich durch Maßnahmen erfüllen, die die Entdeckungswahrscheinlichkeit erhöhen sowie eine erhöhte Straferwartung begründen, in deren Folge das Wirtschaften abseits der rechtlich Zulässigen nicht mehr attraktiv erscheint.[98]

3. Anforderungen der Wirtschaft an das Recht

Wird bei der Beschränkung der betrachteten Wirtschaftszweige auf die legale Vorgehensweise abgestellt, wird damit inzident eine Bedeutung des Rechts für diese unterstellt. Gleichwohl scheint es vordergründig so, als würde in den Wirtschaftswissenschaften den Gesetzen im Rechtssinne und ihrer Auslegung durch

93 Dazu: *Hardes/Mertes*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl., München, 1997, S. 47; *Lachmann,* Wirtschaft und Ethik, Berlin, 2006, S. 174 – 178; *Kirchler*, Wirtschaftspsychologie, 3. Aufl., Göttingen, 2003, S. 378.

94 *Schneider/Ernste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, München, 2000, S. 5.

95 Der Umsatz der *„Schattenwirtschaft"* in der Bundesrepublik Deutschland wurde von der Bundesregierung zu Beginn dieses Jahrtausends auf 17 % des Bruttoinlandsproduktes geschätzt: *Hesse*, Einführung in die Rechtssoziologie, Wiesbaden, 2004, S. 188. Allerdings lässt sich das Ausmaß der Schattenwirtschaft schon deshalb nicht genau erfassen, weil diese im Interesse der daran Beteiligten gerade verheimlicht wird: *Schneider/Ernste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, München, 2000, S. 11.

96 *Kirchler*, Wirtschaftspsychologie, 3. Aufl., Göttingen, 2003, S. 384. Als Rechtfertigung für den wesentlichen Teil der Schattenwirtschaft, der Schwarzarbeit, wird eine hohe Steuer- und Abgabenlast angegeben: *Schneider/Ernste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, München, 2000, S. 71.

97 Diese geht regelmäßig mit den Erscheinungsformen der Steuerhinterziehung einher: *Breitbach,* Steuerhinterziehung und Schattenwirtschaft aus gesamtwirtschaftlicher Sicht, Frankfurt am Main, 2000, S. 2.

98 Vgl. *Schneider/Ernste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, München, 2000, S. 78.