

# Teil I: Wirtschaftsprivatrecht

## A Recht und Ökonomie: Über die grundlegenden Institutionen und die Funktionsweise einer Marktwirtschaft

*Hans-Jörg Schmidt-Trenz*

### Kapitel 1 Die Interdependenz von Rechtsordnung und Handelsordnung

#### § 1 Einführung

1  
Moderne Gesellschaften weisen eine **Varietät der Handelsordnung** auf, wie sie niemals von einem einzelnen Individuum erdacht oder geplant werden könnte. Diese Vielfalt ist Ergebnis der Organisation unserer Volkswirtschaften durch Märkte und damit durch Preissignale, die Produzenten und Konsumenten zu einem Tun (Steigerung der Produktion bzw. des Konsums) oder Unterlassen (Drosselung der Produktion bzw. des Konsums) anregen. In der Marktwirtschaft treten also an die Stelle des zentralen Planers einer Zentralverwaltungswirtschaft die individuellen millionenfachen Planungen der einzelnen Wirtschaftssubjekte. Diese treffen Entscheidungen innerhalb gewisser Spielregeln, welche in der Summe durch ihren Einfluss auf das Verhalten der Wirtschaftssubjekte eine spontane Ordnung entstehen lassen, die durch einen ungeheuren Umfang und eine Bandbreite an Produkten gekennzeichnet ist. Wie leistungsfähig eine Marktwirtschaft bei der Schaffung komplexer Handelsordnungen ist, hängt dabei entscheidend von der Konfiguration der ihr zugrundeliegenden Regeln ab. Alternativ könnte man auch von den zugrundeliegenden Institutionen sprechen oder auch vom Rechtssystem, welches den Rahmen für die Wirtschaft setzt.

#### § 2 Die ideale Rechtsordnung

2  
Ohne funktionierendes Recht ist eine funktionierende Marktwirtschaft undenkbar. Denn der Austausch von Gütern ist de facto ein **Austausch von Rechten** und zwar **von Verfügungsrechten über Güter**. Damit ein solcher Austausch optimal funktioniert, müssen diese Rechte

- vollkommen spezifiziert sein
  - und klar personell zugeordnet werden können,
- ferner muss die Nutzung dieser Rechte
- perfekt kontrollierbar sein,
  - wobei Dritte von der Nutzung definitiv ausgeschlossen werden können müssen, und die Rechte müssen
  - vollkommen transferierbar sein.

Ist dies alles gegeben, dann liegt eine ideale Rechtsordnung vor und die marktwirtschaftliche Ordnung ist im Ergebnis vollkommen, sofern auf den Märkten Wettbewerb herrscht.

## Kapitel 2 Ein Gedankenexperiment: Von der Anarchie zum rechtsbegründenden Sozialvertrag

### § 1 Die Handelsordnung in einer Anarchie

- 3 Die Bedeutung des Rechts für eine funktionierende Marktwirtschaft kann man sich umgekehrt auch dadurch klarmachen, dass man sich eine Welt ohne ein funktionierendes Rechtssystem vorstellt. Eine Welt ohne Recht befindet sich volkswirtschaftlich gesehen im Zustand der Anarchie.

Eine anarchische Welt war beispielsweise der Ausgangspunkt von *Thomas Hobbes* in seinem Werk „*Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*“, welches im Jahr 1651 erschien. Die zentrale Spielregel einer anarchischen Gesellschaft lautet „Jeder gegen Jeden“, es gilt das Recht des Stärkeren. Eine solche Welt erscheint auf den ersten Blick chaotisch, unterliegt aber trotzdem gewissen Gesetzmäßigkeiten. Spieltheoretisch gesehen wird sich früher oder später ein Gleichgewicht innerhalb der Anarchie einstellen.

Zwischen welchen Polen wird dies geschehen? In einer Welt ohne Rechtssystem hat der Einzelne im Grundsatz drei Möglichkeiten, um seinen Lebensunterhalt und den seiner Familie zu bestreiten:

Er kann entweder die dazu nötigen Güter produzieren, er kann diese Güter von anderen rauben oder er kann bereits von ihm produzierte oder geraubte Güter gegen andere Räuber verteidigen.

Die beiden Alternativen, Produkte zu rauben, also andere anzugreifen, oder sich aber gegen Angreifer zu verteidigen, sind militärische Optionen. Diese Optionen sind letzten Endes unproduktiv, da sie nicht zur Vermehrung der in einer Volkswirtschaft vorhandenen Produkte beitragen. Es geht dabei lediglich um eine gewaltsame Umverteilung beziehungsweise deren Vermeidung.

Ökonomisch viel besser wäre es, alle verfügbaren Ressourcen in die Produktion zu investieren. Diese Schlussfolgerung liegt ausgesprochen nahe. Deswegen geht *Hobbes* wie übrigens auch andere Protagonisten der Theorie des Sozialvertrags wie *John Locke* und *Jean-Jacques Rousseau* davon aus, dass die Menschen im Sinne einer kollektiven Rationalität einen Gesellschaftsvertrag schließen, der dieses Optimum hervorbringt.

### § 2 Die Inhalte des Sozialvertrags, mit dem Recht geschaffen wird: Eigentums- und Vertragsrecht

- 4 Dieser Gesellschaftsvertrag muss grundsätzlich zwei einfache, fundamentale Regeln enthalten:

Zunächst wird die Institution des **Eigentums** eingeführt, also das Recht, die Produkte, die man selber hergestellt hat, zu besitzen und zu verzehren bzw. zu nutzen, das heißt umgekehrt, Dritte von diesen Möglichkeiten auszuschließen.

Zweiter Grundpfeiler dieses gesellschaftlichen Konsenses ist die Ausformung eines **Vertragsrechtes**, das den friedlichen Austausch von Produkten ermöglicht. Hierzu müssen die vorgenannten Verfügungsrechte transferiert werden können.

Dann können die Menschen ein höheres Wohlfahrtsniveau durch Spezialisierung und Arbeitsteilung erreichen. Wenn sich nun alle Menschen an diese beiden einfachen Grundregeln halten, ist ein ökonomisches Optimum für eine Gesellschaft praktisch garantiert.

### § 3 Der protektive Staat

Im Grunde wäre dies eine ideale und außerordentlich begrüßenswerte Welt voller ehrbarer Kaufleute. So sind die Menschen aber leider nicht, jedenfalls nicht alle. Um unsere nun nicht mehr anarchische Gesellschaft funktionsfähig zu erhalten, brauchen wir also irgendeine Instanz, die dem Gesellschaftsvertrag, also dem Rechtssystem aus Eigentums- und Vertragsrecht, zur Durchsetzung verhilft. Diese Instanz ist der Staat und zwar in der Ausprägung des **protektiven Staates**. 5

Recht muss, wenn man von einem Menschenbild mit Opportunismus ausgeht, mit Sanktionen versehen sein. Vereinbaren die Menschen einen protektiven Staat, geben sie ihre Waffen an diesen Staat ab, der fortan das **Gewaltmonopol** ausübt. Einrichtungen dieses protektiven Staates sind im Innenverhältnis (gegenüber Rechtsordnungsgenossen) Gerichte, Polizei und Gefängnisse. Im Außenverhältnis gegenüber Rechtsordnungsfremden gibt es das Militär, um rechtswidrige Übergriffe anderer Staaten auf die eigene Bevölkerung und das eigene Territorium zu verhindern.

### § 4 Gefahren aus der Existenz des protektiven Staates

Der protektive Staat verhält sich idealtypisch, wenn er alles tut (aber auch nicht mehr), um dem Recht zu seiner Durchsetzung zu verhelfen. Wir alle kennen aber die Gefahr, dass staatliche, also bürokratische, Apparate ein Eigenleben entfalten. Wenn der Staat das Monopol auf alle Waffen und Machtmittel hat, kann nicht ausgeschlossen werden, dass er diese Mittel gegen sein Volk, sozusagen gegen seine Aktionäre, einsetzt. Eine solche Situation führt in weniger entwickelten Gesellschaftssystemen häufig zu einer **Diktatur** oder zu einem Polizeistaat. 6

In modernen, höher entwickelten Staaten sind diese negativen Erscheinungen subtiler. Hier geht es um die Selbstbedienung bürokratischer Apparate und Funktionäre, also um die opportunistische Ausnutzung staatlicher Machtmittel zum eigenen Gewinn. Letztlich stellt sich für alle ökonomischen Theorien des Rechtsstaats die zentrale Frage „Who guards the guardians?“ Positiv gewendet geht es um die Suche nach einem Gleichgewicht von **Checks and Balances** zwischen Staat und Bürger.

Diese Systeme sind nie perfekt. In den Vereinigten Staaten wird auch heute noch von einigen viel zitierten Ökonomen die Ansicht vertreten, dass ein weitgehend anarchischer Zustand ähnlich wie im Wilden Westen besser sei als das amerikanische Justizsystem. Die Bürger sollen danach wieder ihre eigenen Waffen tragen und sich selber um ihre Rechtsdurchsetzung kümmern. In totalitären Staaten sieht man als entgegengesetztes Extrem eine Justiz, die zum Handlanger egoistischer Interessen degeneriert ist, welche sich den Staat zur Beute genommen haben.

## Kapitel 3 Optimierung des protektiven Staates

### § 1 Vorteile des protektiven Staates

- 7 Justiz ist kein Selbstzweck. Ihr Sinn ergibt sich vielmehr implizit aus dem Gesellschaftsvertrag, welcher der Kitt unserer Gesellschaft ist, die diesem Vertrag durch ihr friedliches Zusammenleben jeden Tag aufs Neue ihre implizite Zustimmung gibt. Das muss nicht immer so sein, wie die Erfahrungen mit zahlreichen unfriedlichen und neuerdings auch friedlichen Revolutionen zeigen.

Der Bürger als „homo oeconomicus“ hat eine relativ einfache Motivationslage: Justiz und Polizei müssen für ihn wirtschaftlich vorteilhafter sein als es der Naturzustand der Anarchie wäre. Nur wenn die individuelle Steuerlast, die für den kollektiven Rechtsdurchsetzungsapparat aufzuwenden ist, niedriger ist als die Kosten einer gleichwertigen individuellen (also nicht-staatlichen) Absicherung gegen Übergriffe Dritter, ist die staatliche Absicherung besser.

Für das gemeinsame Sicherheitssystem des protektiven Staates spricht, dass sich sehr offensichtliche Skaleneffekte ergeben. Wenn jedermann individuell eine Mauer um sein Haus ziehen müsste, wäre der Aufwand schon von der Anzahl der laufenden Meter an Mauerwerk her deutlich größer, als wenn sich die Menschen zusammenschlossen und eine gemeinsame Mauer um ihr Dorf zögen.

### § 2 Grenzen des protektiven Staates

#### I. Kosten der Justiz

- 8 Gleichwohl hat auch der volkswirtschaftliche Nutzen des kollektiven Sicherungssystems aus Justiz, Polizei und Gefängnissen seine Grenzen. Der Reinzustand des protektiven Staates wäre nämlich, dass kein Bürger mehr irgendeine Sorgfalt auf seine eigene Sicherheit und Rechtsdurchsetzung verwenden würde. All dies würde er vom Staat erwarten. Dann müsste aber vor jedem Haus ein Polizist stehen, da niemand mehr seine Türen abschließen würde.

Man sieht also an dieser sicherlich modellhaften Betrachtung sehr schnell, dass an Stelle einer unbezahlbaren, hundertprozentigen Sicherheitsproduktion durch den Staat eine Balance zwischen staatlichen und privaten Schutzvorkehrungen in irgendeinem Mix zu einem volkswirtschaftlichen Optimum führen muss.

Dies gilt insbesondere für den gerichtlichen Rechtsschutz. Hier geht es um die Frage, ob man einen sehr teuren Rechtsschutz um jeden Preis, also einen Zugang zu staatlichen Richtern zum Nulltarif für jedermann, gewährleisten möchte, oder ob man erwartet, dass jeder Bürger in Mitverantwortung seine eigenen Angelegenheiten so betreibt, dass es nur bei unvorhersehbaren und schweren Störungen zu einer Inanspruchnahme der staatlichen Richter kommt.

Da, wo private Schutzvorkehrungen sinnvoll sind, wird sich sehr schnell auch ein Markt entwickeln. Es wird zu einem Wettbewerb zwischen den Herstellern von Tresoren kommen, aber auch zwischen staatlichen und privaten Richtern, wie die Erfolge der privaten Schiedsgerichtsbarkeit zeigen.

Wir müssen uns also fragen, ob wir mit dem Recht so umgehen können, als ob es nichts kosten würde. Dies ist theoretisch möglich, aber volkswirtschaftlich viel zu teuer und führt aus den geschilderten Gründen zur Implosion des Rechtsstaats. Die Menschen an sich spüren im Übrigen, dass wir keinen hundertprozentigen Rechtsstaat haben und nehmen es in gewissem Umfang auch willentlich in Kauf. Wir sehen Straftaten, Vertragsbrüche und Verstöße im Straßenverkehr sicherlich sehr widerwillig,

gleichwohl aber wissend, dass eine hundertprozentige Vermeidung all dessen vollkommen unbezahlbar wäre. Wir leben also täglich mit einem gesellschaftlich akzeptierten Risiko des Versagens des Rechtsstaates.

Diese Aussage stößt bei Richtern und Politikern sehr häufig auf eine Art konditionierten Abwehrreflex. Legt man nicht mit einer derartig relativierenden Betrachtung des hohen Verfassungsgutes Rechtsgewährung die Axt an unseren Rechtsstaat? Soll es Recht etwa nur für die Reichen geben?

Der Ökonom stellt die Gegenfrage: Muss nicht auch das Recht im Gesamtzusammenhang mit allen Gemeinschaftsgütern gesehen werden?

Blicken wir also auf den Gesamtzusammenhang:

Das föderale Justizbudget der Bundesrepublik Deutschland betrug für 2009 ca. 491 Millionen Euro, für 2010 wurden 489 Millionen Euro eingeplant. Das sind 0,17 Prozent des Gesamtvolumens von 292 Milliarden Euro Gesamtausgaben des Budgets der Bundesrepublik Deutschland für 2009 und 0,15 Prozent des Gesamtvolumens von geplanten 320 Milliarden Euro für 2010. 9

Hamburgs Haushalt weist auf der Basis des Doppelhaushaltes 2009/2010 für 2009 und 2010 jeweils rund 11 Milliarden Euro Gesamtausgaben aus. Davon entfallen auf die Justiz 2009 rund 473 Millionen Euro und 2010 rund 475 Millionen Euro. Dies entspricht jeweils rund 4,3 Prozent.

Hier zeigt sich zunächst, dass die wesentliche Last der Rechtsgewährung in Deutschland bei den Bundesländern liegt, die föderale Ebene finanziert – naturgemäß – vor allem die Bundesgerichte.

Weiterhin ist anzumerken, dass die Justiz auch Einnahmen generiert. Den genannten föderalen Ausgaben von ca. 491 Millionen Euro standen 2009 Einnahmen von ca. 401 Millionen Euro gegenüber. Darin waren allerdings zu einem ganz erheblichen Anteil die Einnahmen aus dem Deutschen Patent- und Markenamt enthalten.

Eine derartig sprudelnde Einnahmequelle fehlt in den Ländern. Der Haushaltsplan der Hamburger Justizbehörde weist für 2009 Einnahmen in Höhe von rund 169 Millionen Euro und für 2010 von 164 Millionen Euro aus. Der Deckungsgrad liegt hiernach bei 35,7 Prozent (2009) und 34,5 Prozent (2010).

Die politökonomisch spannende Frage lautet: Ist nun dieser zahlenmäßig recht geringe Anteil der Justiz (von 0,17/0,15 resp. 4,3 Prozent) am Gesamthaushalt zu hoch, zu niedrig oder angemessen?

Ein Indiz könnte hier etwa die Richterdichte im internationalen Vergleich sein. In Deutschland hatten wir 2008 ca. 20 000 Richter auf Lebenszeit, auf Zeit, kraft Auftrags und auf Probe. Dies entspricht bei 82 Millionen Einwohnern einer Richterdichte von ca. 24 Richtern auf 100 000 Einwohner. Dieses Verhältnis ist etwa 5 Mal so hoch wie es etwa aus den Vereinigten Staaten berichtet wird.

Derartige Vergleiche finden sich in der justizpolitischen Diskussion recht häufig. Selbstverständlich sind sie als griffige Kennzahlen auch von einem gewissen Wert. Allerdings muss man sich doch sehr hüten, voreilige Schlüsse zu ziehen, da es sich beispielsweise bei diesem Index um eine reine Aufwandsgröße handelt, die nur bewertet werden kann, wenn man den damit erzielten Nutzen berücksichtigt.

Dass der in Deutschland eingesetzte Aufwand im internationalen Vergleich einen gewissen Nutzen erbringt, zeigt sich jedenfalls in der Zivilrechtspflege daran, dass deutsche Gerichte bei weltweit anerkannter hoher fachlicher Qualität auch relativ schnell und kostengünstig arbeiten. Dies wird jeder bestätigen, der sich z. B. mit Verfahrensdauern in Italien oder Verfahrenskosten in den angelsächsischen Ländern auseinandersetzen musste.

Welche Ansätze für eine kontinuierliche ökonomische Optimierung der Justiz sind in diesem Sinne denkbar? Grundsätzlich gibt es drei Stellschrauben, an denen reguliert werden kann. Man kann – (1.) die internen Abläufe effizienter machen, man kann –

(2.) die Einnahmeseite gestalten und man kann – (3.) die Arbeitsbelastung reduzieren.

Der letzte Aspekt bietet aus ökonomischer Sicht die größte Effizienzreserve. Konkret geht es um die ergänzende oder vollständige Wahrnehmung von heute noch bei der Justiz angesiedelten Aufgaben durch private Unternehmen oder die funktionale Selbstverwaltung.

Ich möchte daher die beiden ersten Punkte nur kurz anreißen:

## **II. Justiz als Managementaufgabe**

- 10** Die Verbesserung der **internen Abläufe** der Justiz ist im Wesentlichen eine Managementaufgabe. Viele Richter weisen diese Aufgabe von sich, weil sie die Managementaufgabe im Konflikt mit dem hohen Gut der richterlichen Unabhängigkeit wähen. Häufig erscheint dies als Abwehrreflex, um anstrengenden Veränderungsprozessen etwas aus dem Wege zu gehen. Die Einsicht darin, dass die richterlichen Ressourcen knapp sind und daher effizient eingeteilt werden müssen, ist dagegen vielmehr die Voraussetzung für eine Unabhängigkeit, die nicht zur Willkür entartet.

## **III. Justiz unter Finanzierungsgesichtspunkten**

- 11** Etwas näher betrachten möchte ich allerdings die Frage nach der Gestaltung der **Einnahmen in der Justiz**, etwa durch eine denkbare andere Struktur der Gerichtsfinanzierung. Dies möchte ich beispielhaft am Justizhaushalt der Freien und Hansestadt Hamburg erläutern, welche ein föderales Subjekt der Bundesrepublik Deutschland ist. Der Haushaltsplan 2009/2010 der Hamburger Justizbehörde zeigt, dass von den ca. 169 Millionen Euro geplanten Einnahmen für 2009 und von 164 Millionen Euro für 2010, ca. 136 Millionen, also 80,5 Prozent (2009) und 82,9 Prozent (2010), von den ordentlichen Gerichten erzielt werden.
- Diese Gerichte haben zwei Geschäftsfelder, nämlich die Zivilsachen und die Strafsachen. Die Familiensachen, die Vollstreckungssachen und die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit rechne ich der Übersichtlichkeit halber den Zivilverfahren zu. Die Einnahmen der ordentlichen Gerichte stammen zum größten Teil aus den Gerichts- und Registergebühren, die von den Nutzern der Ziviljustiz gezahlt werden. Da die geplanten Gesamtausgaben in 2009/2010 bei jeweils ca. 242 Millionen Euro liegen, arbeiten die ordentlichen Gerichte insgesamt mit einem Kostendeckungsgrad von 56 Prozent. Etwa 44 Prozent des Budgets werden aus Steuergeldern finanziert.
- Was lässt sich aus diesen Zahlen ableiten?
- Fiskalpolitisch scheint folgender Grundsatz doch sehr naheliegend zu sein: Die Strafverfolgung und -vollstreckung ist eine klassische Gemeinschaftsaufgabe des Staates, die durch Steuermittel zu finanzieren ist. Daher ist es systematisch richtig, etwa den Justizvollzug und die Staatsanwaltschaft ganz überwiegend aus Steuermitteln zu bezahlen. Dass Straftäter zu Bußgeldern und Gewinnabschöpfungen herangezogen werden, ist gerecht, fällt aber vom Volumen her wenig ins Gewicht.
- Der Ansatz der überwiegenden Finanzierung durch die Allgemeinheit kann auch für die Strafsachen vor den ordentlichen Gerichten gelten. Diese Vorgänge sind jedoch gemessen an der Anzahl der Verfahren und am Personaleinsatz untergeordnet.
- 12** Damit haben wir hier ein systematisches Problem: Ein Großteil der Ressourcen der ordentlichen Gerichte werden für den zivilrechtlichen Bereich eingesetzt, vor allem für den Rechtsschutz der Bürger gegeneinander oder für Registervorgänge etwa im Grundbuch oder im Handelsregister. Diese Inanspruchnahme der staatlichen Ressourcen durch den Bürger ist rein individualnützig und sollte durch den Verursacher be-

zahlt werden, also etwa im streitigen Verfahren durch den Verlierer eines Rechtsstreits. Der Deckungsbeitrag der Verursacher erreicht jedoch nur ca. 56 Prozent. Der Rechtsschutz ist also wohl deutlich zu billig!

Damit kommen wir wieder zurück zum Ausgangspunkt: Wieviel Justiz brauchen wir, wieviel können und wollen wir uns leisten? Um erste Bedenken gleich im Ansatz zu zerstreuen: Soziale Ungleichgewichte können etwa über das Instrument der Prozesskostenhilfe ausgeglichen werden. Ungewollte prohibitive Effekte durch die Schwelle des Kostenvorschusses bei der Klageeinreichung können durch Versicherungslösungen abgefedert werden. In der Familiengerichtsbarkeit vor allem beim Amtsgericht mag es in Teilbereichen ernstzunehmende soziale Gesichtspunkte geben, die auch kostenseitig in der Gesamtschau zu berücksichtigen sind.

All dies sind keine grundsätzlichen Argumente gegen eine konsequente Kostendeckung durch den Verursacher in der Zivilgerichtsbarkeit. In jedem Fall gewänne man auf diese Weise einen stärkeren Filter gegen eine leichtfertige Inanspruchnahme unserer Gerichte. Und wenn jemand im Recht ist, muss er die Gerichtskosten nach dem in Deutschland insoweit vollkommen richtigen System nicht tragen, ganz egal, wie hoch diese sind. Die Zeche zahlt nämlich der Prozessverlierer, also derjenige, der im Unrecht ist. Inkonsequent und falsch ist hier übrigens die abweichende Regelung beim deutschen Arbeitsgericht!

Endziel wäre es, die Fallzahlen der Gerichte insgesamt durch den genannten Filtereffekt zu reduzieren, was wohl vor allem die Amtsgerichte entlasten würde.

Alle verbleibenden Fälle des individuellen Rechtsschutzes würden dann kostendeckend abgewickelt. Damit hätten wir eine klassische volkswirtschaftliche Optimierung erreicht.

Neben der Steigerung der internen Effizienz und der verursachungsgerechten Strukturierung der Einnahmen hatte ich die Reduzierung der Aufgabenlast der Justiz als dritte Stoßrichtung einer ökonomischen Optimierung angesprochen.

## IV. Entlastung der Justiz

### 1. Entlastung durch alternative Streiterledigungsmechanismen

Die Aufgabenlast lässt sich zum einen reduzieren durch stärkere Förderung und Inanspruchnahme **alternativer Streiterledigungsmechanismen** wie Mediation, Schlichtung oder Schiedsgerichtsbarkeit. Diese sind in der Regel schnell, kostengünstig und diskret, was die Aufrechterhaltung einer Geschäftsbeziehung gegenüber einer Situation erleichtert, in der vor einem staatlichen Gericht vor den Augen der Öffentlichkeit gestritten wird. Besonders relevant ist die Schiedsgerichtsbarkeit bei internationalen Transaktionen, da hier die staatliche Gerichtsbarkeit an besondere Grenzen stößt, die sich aus der Möglichkeit von Normkollisionen der tangierten Rechtsordnungen und aus dem möglichen Streit um die Frage ergeben, wessen Landes Gerichte zuständig sind und wie ein Anspruch im Ausland durchgesetzt werden kann. Schiedsgerichte, deren Schiedsrichter von den Parteien selbst ausgewählt werden, können in diesem Kontext die erforderliche Neutralität gewährleisten.

Staaten sind gut beraten, wenn sie alternative Streitbeilegungsmechanismen gesetzlich fördern und Schlichtungs- und Schiedsgerichtssprüche ohne Zögern durchsetzen, falls dies notwendig ist. Die Ressourcen der staatlichen Gerichtsbarkeit werden so gespart für diejenigen Fälle, bei denen es auf einen staatlichen Richter ankommt.

### 2. Entlastung durch Delegation auf die Selbstverwaltung

Ein zweiter wichtiger Ansatzpunkt für die Entlastung der Justiz besteht in der stärkeren Nutzung von **Selbstverwaltungseinrichtungen**, für die es in Deutschland aufgrund des Subsidiaritätsprinzips eine lange Tradition gibt. Dieses Prinzip besagt, dass Betrof-

13

14



fene ihre Angelegenheiten selber regeln können sollen, weil davon bessere Ergebnisse zu erwarten sind, als wenn höhere staatliche Ebenen ohne Sachnähe entsprechende Sachverhalte entscheiden sollen. Im Bereich der Wirtschaft tritt Selbstverwaltung in Deutschland in Form der durch Bundesgesetz geschaffenen öffentlich-rechtlichen **Industrie- und Handelskammern** in Erscheinung. Im Bereich der ihnen übertragenen hoheitlichen Aufgaben sind sie z.B. verantwortlich für die Überwachung der Ausbildungsbetriebe, die Prüfungsabnahme im Rahmen der Berufsausbildung sowie das Sachverständigenwesen. Nicht zu ihrem Aufgabengebiet gehört, im Gegensatz etwa zur Regelung in den Niederlanden oder in Italien, die Führung des Handelsregisters. Rechtlich gibt es keinen zwingenden Grund, das Handelsregister durch staatliche Gerichte zu führen. Vielmehr muss ständig überprüft werden, ob es nicht ein volkswirtschaftlich effizienteres System gibt.

Die Führung des Handelsregisters darf nach der Rechtsprechung des EuGH maximal zu kostendeckenden Gebühren erfolgen. Das Handelsregister darf also kein Profit-Center der Justiz sein, mit dem andere Bereiche quersubventioniert werden. Es gibt somit auch keine fiskalischen Gründe, das Handelsregister bei den Gerichten zu führen, es ist für die Justiz bestenfalls ein Nullsummenspiel.

Somit bleibt als einziger Maßstab der **Subsidiaritätsgrundsatz**. Das Handelsregister betrifft die Unternehmen. Daher sollte es auch durch die Selbstverwaltung der Unternehmenschaft geführt werden. Selbstverständlich dürfen dadurch die Kosten nicht steigen, und die Servicequalität muss in vollem Umfang gewährleistet bleiben und weiter gesteigert werden.

An all diesen Beispielen wird sichtbar: Eine ökonomische Optimierung der Justiz kann also unter vielen Gesichtspunkten angegangen werden. Um es zugespitzt zu formulieren: Die ökonomische Optimierung der Justiz ist die einzige nachhaltige Garantie des Rechtsstaats.

## Kapitel 4 Ergänzende institutionelle Bausteine

### § 1 Stabiles Geld

- 15** Eigentumsrecht, Vertragsrecht und eine funktionierende Justiz sind also die wesentlichen Präliminarien einer funktionierenden Marktwirtschaft, also einer Marktwirtschaft, die komplexe Handelsordnungen hervorbringen kann, die von Wohlstand für breite Bevölkerungskreise geprägt sind. Damit ist aber der elementare institutionelle Rahmenkranz noch nicht vollständig beschrieben.

Hinzukommen muss eine stabile Währung, die arbeitsteiliges Handeln durch das Vertrauen in die langfristig ungeschmälerte Kaufkraft von Papiergeld ermöglicht. Dies ist nur auf der Grundlage spezieller Regeln für die Zentralbank möglich, die unabhängig von der Versuchung Einzelner sein muss, die Notenpresse als Instrument persönlicher oder staatlicher Bereicherung zu betrachten.

### § 2 Unternehmensrecht

- 16** Gleichwohl gibt es ökonomische Bereiche in unserer Gesellschaft, die zulässigerweise nicht über Märkte koordiniert werden. Dies gilt für alle Transaktionen, die dem Markt durch Inkorporation in eine Unternehmung entzogen werden, soweit dadurch kein marktbeherrschendes Unternehmen entsteht. Unternehmen sind Hierarchien, keine



Märkte. Ihr grundlegender Vertragstyp sind der Gesellschaftsvertrag und Arbeitsverträge. Die grundlegenden Rechte, auf die es in diesen Zusammenhängen ankommt, sind jene auf Unternehmensgründung und Ressourcenpoolung, das Recht zur Einstellung und zur Kündigung.

### § 3 Kartellrecht

Hinzukommen muss außerdem ein Kartellrecht und eine Kartellbehörde, die mit den Machtmitteln ausgestattet ist, die Kräfte auszuschalten, die auf eine Aufhebung des Wettbewerbs als der zentralen Triebfeder des Marktes gerichtet sind.

17

### § 4 Internationales Privatrecht, Lex Mercatoria

Der grundlegende Gesellschaftsvertrag, mit dem Recht geschaffen wird, umfasst den Wirtschaftsraum, in dem die Wirtschaftssubjekte wirtschaften. Insofern ist der optimale Rechtsraum zunächst einmal deckungsgleich mit dem optimalen Wirtschaftsraum. Produktion und Handel finden also nur mit Rechtsordnungsgenossen statt. In einer dynamischen, von technischem Fortschritt geprägten Welt ist dies allerdings kein stabiler Zustand. Schon durch eine fortwährende Senkung der Transportkosten vergrößert sich der optimale Wirtschaftsraum. Vollzieht der Rechtsraum diese Entwicklung nicht mit, tritt das Problem der Territorialität des Rechts auf. Dies betrifft den Umstand, dass die Geltung des Rechts und seine Durchsetzung in der Regel territorial beschränkt ist, was nur dann ein Problem darstellt, wenn Wirtschaftssubjekte Handel mit solchen Akteuren treiben wollen, die nicht Vertragspartner des eigenen Gesellschaftsvertrages sind. Ich spreche in diesem Fall auch von Rechtsordnungsfremden. Das dann entstehende Problem ist dreierlei:

18

- 1) Welches Recht bzw. wessen Staates Recht gilt?
  - 2) Wessen Staates Gerichte sind zuständig?
  - 3) Wie kann ich mein Recht in einem Staat durchsetzen, dem ich nicht angehöre?
- Die Schwierigkeiten bei der Beantwortung dieser Fragen, ökonomisch betrachtet *Transaktionskosten*, können prohibitiv wirken, so dass es nicht zu internationalem Handel kommt.

Es gibt gute Gründe, weshalb der Rechtsraum die Größenentwicklung des Wirtschaftsraums nicht in jedem Fall nachvollzieht. Die Schaffung eines größeren Rechtsraums bedeutet nämlich in der Regel, auf eingelebte Rechtsnormen zugunsten eines international harmonisierten Rechts zu verzichten, welches für die Wirtschaftssubjekte angesichts der Rechtsunterschiede nur unter Aufwendung von Kosten zu erlernen ist. Niederschwelligere Abhilfe kann da die Schaffung eines Internationalen Privatrechts leisten, welches ausschließlich Sachverhalte regelt, bei dem Rechtsordnungsfremde aufeinandertreffen. Da jedoch jeder Staat sein eigenes Internationales Privatrecht schafft, kann es auch hier zu Normkollisionen und Durchsetzungssproblemen kommen.

Glücklicherweise hat die „international business community“ in Form der *lex mercatoria* Wege gefunden, diese Probleme auch durch selbstgeschaffenes Recht zu überwinden. So helfen die Industrie- und Handelskammern durch internationale Vertragsklauseln (die *Incoterms*), auf die sie sich im Zusammenschluss der Internationalen Handelskammer geeinigt haben, bei der Vertragsinterpretation. Internationale Schiedsgerichte treten an die Stelle der durch Zuständigkeitsstreitigkeiten notleidenden staatlichen Gerichtsbarkeit. Und internationale Netzwerke, welche die Wiederbegeg-

19

nungswahrscheinlichkeit von Handelspartnern erhöhen, erzeugen kooperative Verhaltensweisen der Akteure, da ein Fehlverhalten eines Akteurs im Einzelfall den Ausschluss aus dem gesamten Handelsnetzwerk zur Folge haben könnte.

## Kapitel 5 Ohne Vertrauen geht es nicht

- 20** Alle vorgenannten Regeln zeichnet aus, dass sie keine konkreten Umstände von Ort und Zeit spezifizieren, sondern **allgemein** sind und den Wirtschaftssubjekten Handlungsspielräume eröffnen, die sie im Rahmen der Vertragsfreiheit privatautonom nutzen. Eigentum, Vertragsfreiheit, Privatautonomie und Kartellverbot sind das Wesen der Institutionen, die eine funktionierende Marktwirtschaft auszeichnen. Diese Konstrukte werden aber erst dadurch zu Institutionen, in dem die Wirtschaftssubjekte Vertrauen in die Durchsetzung dieser Regeln aufweisen und dementsprechend ihre Erwartungen und Handlungen ausrichten. Anders gewendet: Marktwirtschaft fußt auf dem Vertrauen der Wirtschaftssubjekte in die grundlegenden Institutionen, die eine Marktwirtschaft tragen. Dieses Vertrauen zu fassen fällt umso leichter, je ausgeprägter gemeinsam geteilte Moral- und ethische Vorstellungen über ehrbares Verhalten in einer Gesellschaft vorliegen. Und es fällt ebenso um so leichter, je konsequenter der Staat dem Recht ohne Ansehung der Person Durchsetzung verschafft. Aufgabe des Staates ist es, dieses Vertrauen zu fördern und zu rechtfertigen.

### Literatur:

- Hayek, F. A. v.*, Die Verfassung der Freiheit, 1971;  
*Hobbes, T.*, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates, herausgegeben von Prof. Dr. Iring Fetscher, 1966;  
*Hoppmann, E.*, Fusionskontrolle, 1972;  
*Richter, R.*, Geldtheorie. Vorlesung auf der Grundlage der Allgemeinen Gleichgewichtstheorie und der Institutionenökonomik, 1987;  
*Schmidt-Trenz, H.-J.*, Außenhandel und Territorialität des Rechts. Grundlegung einer Neuen Institutionenökonomik des Außenhandels, 1990;  
*Schmidtchen, D.*, Wettbewerbspolitik als Aufgabe. Methodologische und systemtheoretische Grundlagen für eine Neuorientierung, 1978;  
*Stützel, W.*, Preis, Wert und Macht., Analytische Theorie des Verhältnisses der Wirtschaft zum Staat, 1972;  
*Vanberg, V.*, Markt und Organisation. Individualistische Sozialtheorie und das Problem korporativen Handelns, 1982.