

Vom aktionenrechtlichen Denken zur Privatisierung der Streitentscheidung

Gedankensplitter zur Rückläufigkeit der Verfahren vor den Zivilgerichten

Prof. Dr. Christoph G. Paulus, Berlin

Der Befund wird seit langem beklagt: Die Zahl der Zivilverfahren ist rückläufig. Über die Gründe wird immer wieder spekuliert. Die Streitschlichtung scheint es nicht zu sein, so Monika Nöhre (AnwBl 2019, 91). Doch was ist dann der Auslöser für rückläufige Eingangs- und Rechtsmittelzahlen? Der Autor wirft einen Blick auf 2.000 Jahre Rechtsgeschichte. Sein These: Der Prozess verliert an Bedeutung, weil das materielle Recht sich seit dem 19. Jahrhundert verselbständigt hat, die Ausbildung das Streiten nicht mehr fördert und daher nun neue Methoden der Konfliktbeilegung selbst dort als effizienter empfunden werden, wo sie früher undenkbar waren – wie im Insolvenzrecht. Ein Beitrag, der Lust zum Lesen macht, weil er das Klein-klein des juristischen Alltags in einen größeren Zusammenhang stellt.

Über den seit einiger Zeit zu beobachtenden Rückgang der Verfahren vor den Zivilgerichten ist schon viel geschrieben und gesprochen worden.¹ Angesichts dessen ist es an sich vermessend, der Fülle an vorgetragenen Überlegungen noch etwas hinzuzufügen zu wollen; deswegen ist dieses „Etwas“ vielleicht eher als „Gedankensplitter“ zu verstehen. Sie aber verdienen nach Ansicht des Verfassers in der vermutlich weitergehenden Debatte bedacht zu werden. Denn sie versuchen, eine historisierende und verbreiternde Dimension der besagten Entwicklung aufzudecken, oder doch zumindest anzudeuten.

I. Vom Prozess- hin zum materiellen Recht

Bekanntlich bringt der Terminus „aktionenrechtliches Denken“ zum Ausdruck, wie Juristen für buchstäblich Jahrtausende Recht verstanden haben: Recht war danach, was vor Gericht realisiert und mit Hilfe von gerichtlicher Hilfe durchgesetzt werden konnte.² Gab es keine *actio*, gab es kein Recht. Recht war demnach ein in Bezug auf Gericht und Richter gedachtes und verstandenes Phänomen. Eine exemplarische Verkörperung dieses Verständnisses findet sich im antiken Rom: Das Edikt des Prätors war an zentraler Stelle, am Amtssitz, aufgestellt. Die streitenden Parteien pflegten ihre Streitschlichtungsgespräche dort in der Nähe zu führen, um zu jeder Zeit zu dem Edikt hinübergehen und nachprüfen zu können beziehungsweise dem Gegner anzuzeigen, welche Formel ihrer Einschätzung nach ihr Anliegen unterstützte.³ Wenn und sofern der Prätor eine *actio* (genauer: eine *formula*) gewährte, nahm das Gerichtsverfahren seinen Lauf; wenn nicht, musste der Streit anderweitig gelöst werden. Unbeschadet vieler Änderungen des prozeduralen Musters und seiner Ausformung im Detail blieb dieser Vorgang als Grundver-

ständnis für die nachfolgenden gut 1800 Jahre unverändert. Recht hatte mit Gerichten und Richtern zu tun.

Ebenso bekannt wie dieser Werdegang ist die Tatsache, dass diese Gleichung in der Mitte des 19. Jahrhunderts erschüttert wurde. Der erschütternde Schlag wird gemeinhin Windscheid zugeschrieben und seinem 1856 veröffentlichtem Buch „Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts“. Mit diesem Buch schaffte der Verfasser, den Fokus vom Verfahren hin auf die Substanz zu verlagern, vom Prozess- hin zum materiellen Recht. Die Willenserklärung und der Anspruch rückten in die Position des Prozesses ein. Das Gericht war nun nicht mehr der für die Existenz eines Rechts alles entscheidende Prüfstein; dieses konnte vielmehr durchaus auch ohne jene Institution oder gar irgendeinen Juristen als bestehend gedacht und behandelt werden. Folge dieser Neueinschätzung war natürlich, dass das Prozessrecht von seiner ehemals dominierenden Rolle in die eines Dieners schlüpfte; es hat nunmehr die tendenziell als subsidiär zuerkannte Rolle, die Vorgaben des materiellen Rechts (gefälligst) im Streitfall umzusetzen.

II. Die Rolle der Juristen: Zwischen Anwalt, Staatsdiener und Richter

Unbeschadet dessen, dass diese Diener-Metapher nie zutreffend war⁴ – und schon gar nicht heute, wo beispielsweise Massenschäden von je kleinem Umfang auf Grund rationaler Apathie der je Geschädigten ohne prozessuale Durchsetzungsmechanismen unsanktioniert durchgehen⁵ –, trägt wohl auch das deutsche Ausbildungssystem das Seine zur immer stärkeren Betonung des materiellen Rechts bei.⁶ Das wird aus einer vergleichenden Perspektive erkennbar.⁷ Wer je ei-

- 1 Siehe nur etwa Graf-Schlicker, Der Zivilprozess vor dem Aus?, AnwBl 2014, 573; Engel, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – Mehr Zugang zu weniger Recht, NJW 2015, 1633 ff.; Gaier, Schlichtung, Schiedsgericht, staatliche Justiz – Drei Akteure in einem System institutioneller Rechtsverwirklichung, NJW 2016, 1367; Braun, Systembildung im Zivilprozessrecht, ZJP 2018, 277, 313 ff.; Greger, Realität und Reform des Zivilprozessrechts im Spiegel der Justiz-Statistik, ZJP 2018, 317 (speziell Fn. 2); Prütting, Rückgang der Klageeingangszahlen bei den staatlichen Gerichten, DRiZ 2018, 62 ff.; Basedow, Rechtsdurchsetzung und Streitbeilegung, JZ 2018, 1 ff.; Lahav, In Praise of Litigation, 2017; Nöhre, Wie viel Streitschlichtung verträgt der deutsche Zivilprozess?, AnwBl 2019, 91 f.
- 2 U. Wesel, Geschichte des Rechts, 3. Aufl., S. 178 f. Babusiaux, Celsus und Julian zum Edikt *si certum petetur* – Bemerkungen zu Prozess und Aktionendenken in: Baldus/Miglietta/Santucci/Stolfi (Hgg.), Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Atti del Seminario internazionale Montepulciano 14.-17. Juni 2011, Trento 2012, 367 ff.; dies., Prozessuales Denken und Interesseberechnung – Felix Wubbe zum 90. Geburtstag in: In honorem Felicis Wubbe antecessoris nonagenarii, Pichonnaz (Hg.), Freiburg 2013, S. 15 ff.
- 3 S. nur Paulus, Reallexikon für die Antike, Der Neue Pauly, s.v. „Prozessrecht“.
- 4 S. auch Zöllner, Materielles Recht und Prozeßrecht, AcP 190, 1990, S. 471 ff.; Münch, Eberhard Schilken und seine Lehre zum Prozeßzweck, FS Schilken, 2015, S. 387 ff.
- 5 Statt vieler Paulus, Zivilprozessrecht, 6. Aufl., 2017, Rz. 9 ff., siehe aktuell dazu Hartung, Inkasso, Prozessfinanzierung und das RDG, AnwBl Online 2019, 353 (Zusammenfassung im Mai-Heft, AnwBl 2019, 285).
- 6 Andeutungen zum Folgenden bei Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 127, 212 ff.; Kötz, Zehn Thesen zum Elend der deutschen Juristenausbildung, ZEuP 1996, 565 ff. (insbes. sub VI.).
- 7 Es sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die nachfolgende Beschreibung sich an gewissen Stereotypen orientiert, die gewiss vielfach durchbrochen werden, im Großen und Ganzen gleichwohl aber noch Gültigkeit beanspruchen kann.

nen Unterricht an einer US-amerikanischen Universität besucht hat, wird die dort praktizierte sogenannten sokratische Methode schwerlich vergessen: Was Lehrer und Lehrbücher dort fast ausschließlich tun ist, Fragen zu stellen; Antworten bleiben demgegenüber ungewiss beziehungsweise werden erst gar nicht gegeben.

Studenten dort lernen mithin Recht in Gestalt von Fragen und von ihnen selbst zu gebenden Antworten, so dass auf diese Weise implizit das System permanent gleichsam in Frage gestellt wird. So gut wie nichts wird als gesetzt hingenommen, alles ist hinterfragbar und damit einem Werdensprozess unterstellt. Ausgebildet werden in den USA demgemäß Anwälte, ist doch deren primäre Aufgabe das ständige Infragestellen des Bestehenden auf Grund der je neuartigen Perspektive ihrer Mandanten. Um also diesen Beruf adäquat ausüben zu können, ist entscheidend, die richtigen Fragen stellen zu können.

Den geradezu diametral entgegengesetzten Ansatz verfolgt die französische Juristenausbildung: Fragen werden nicht gestellt, und sie sollen von den Studenten auch gar nicht gestellt werden. Diese sollen vielmehr das ihnen (im buchstäblichen Sinn des Wortes) Vorgelesene auswendig lernen, um es dann in der Prüfung wortgetreu wiedergeben zu können. Das System als solches bleibt auf diese Weise unhinterfragt, so dass der fertige Jurist idealerweise ein perfekter Staatsdiener ist.

Gegenüber diesen beiden Methoden unterscheidet sich die deutsche Ausbildung noch einmal: Die Studenten lernen hier Antworten, sie werden ihnen von Ausbildern wie Lehrbüchern präsentiert. Das hindert natürlich nicht die intensive Debatte, doch vielfach geht es dabei nicht so sehr um das Ergebnis als vielmehr um die richtige Begründung. Damit hat die Ausbildung hierzulande primär den Richter vor Augen, dessen Aufgabe eben darin besteht, die Lösung zu präsentieren.

Auch wenn das recht anachronistisch ist, weil schon seit langem die massive Mehrheit der fertig Studierten nicht Richter, sondern Anwälte mit unzureichender Vorbereitung zur richtigen Fragestellung werden, ist für den vorliegenden Kontext entscheidend, dass die Konzentration auf die Antworten dem Recht das Prozedurale, das Im-Streit-Werdende nimmt, indem es wiederum das materiell-rechtliche Ergebnis in den Vordergrund rückt.

III. Der Konsens zählt: Die Entfremdung des Rechts vom Recht

Es lässt sich aber gerade heutzutage noch eine weiterer Entwicklungsstrang beobachten, der vermutlich auf Windscheids Anstoß zurückzuführen ist, nichts mit der vorerwähnten Diener-Metapher zu tun hat und zum Rückgang der traditionellen Zivilprozesse führt. Die starke Konzentration auf das materielle Recht führt dazu, dass der Fokus eher auf konsensualen Lösungen liegt als auf solchen „par ordre du Mufti“. Dafür gibt es eine Reihe von Anzeichen. Das aus der Sicht (dem Tunnelblick?) des vorliegenden Verfasser bedeutsamste findet sich im Insolvenzrecht, das für buchstäblich Jahrtausende Inbegriff des *rigor iuris*, also des unverrückbaren, gesetzten Rechts war, das so wie geschrieben anzuwenden war.

Offenbar hat der Erlass des berühmten Chapter 11-Verfahrens des US-amerikanischen Bankruptcy Code vor gut 40 Jahren genügt, um diesen bis dahin ehernen Befund aufzulockern. Das geschah mittels einer gern so genannten ‚invitation to negotiation‘.⁸ Denn dieses Sanierungsinstrument offeriert der Sache nichts anderes als einen ordnenden Rahmen, binnen dessen Schuldner und Gläubiger ihre Verhandlungen führen können und sollen. Überdies hat erst dieser Tage die Europäische Kommission einen Richtlinienentwurf⁹ präsentiert, in dem ein präventiver Restrukturierungsrahmen für sämtliche Mitgliedstaaten vorgeschrieben wird, der (wie auch weitere Vorbilder etwa aus England und Frankreich) genau auf diesem Konzept einer Verhandlungseinladung basiert; allerdings – und das ist wichtig für den vorliegenden Kontext – unter recht weitgehender Ausschaltung der Gerichte.

Ein vergleichbarer Trend hin zur konsensualen Konfliktbereinigung ist aber eben auch – und vielleicht sogar vornehmlich – im Zivilprozessgeschehen zu beobachten. Die Zahlen zum Zugang zur staatlichen Ziviljustiz sind in den letzten Jahren kontinuierlich rückläufig; Gerichte werden zunehmend nicht mehr als die „geborenen“ Streitentscheider gesehen, sondern als Dienstleistungserbringer, die in Konkurrenz zu vergleichbaren Anbietern stehen.¹⁰ Das wird bekanntlich vor allem in Bezug auf § 278 ZPO gesagt, der den Richter nicht nur zum uralten¹¹ Streitbeilegungsmechanismus des Vergleichs, sondern auch zur Mediation ermächtigt.¹² Daran wird auch erkennbar, dass hinter dieser Entwicklung schon auch politische Erwägung steckt.¹³ Aber das ist heutzutage noch nicht alles: Die Nach-Windschied-Ära schreitet noch weiter voran.

Das betrifft nicht nur die (gerade von Schiedsrechtlern schon seit langem) propagierte Zunahme der Schiedsgerichtsbarkeit, sondern hat mit der Digitalisierung auch des Streitentscheidungswesens zu tun;¹⁴ und hier sind es nicht nur, aber insbesondere die Plattform-Giganten wie Amazon, Ebay oder ihre chinesischen Pendanten, die einen entsprechenden Service anbieten. Die Zahlen, die allein das Jahr 2016 betreffen und die sich ausschließlich auf das betreffende Angebot von Ebay USA beziehen, sind¹⁵ so beeindruckend wie aussagekräftig: Während also dieser regionale Anbieter allein 60

8 Westbrook /Warren /Porter /Pottow, The Law of Debtors and Creditors, 7. Aufl., 2014, S. 359.

9 Abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15556-2018-INIT/en/pdf>.

10 Cf. Engel, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – Mehr Zugang zu weniger Recht, NJW 2015, 1633 et seq.

11 S. nur Düll, Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht: ein Beitrag zur Lehre des arbiter, actiones arbitrarie, Verfahren in iure und exceptio, 1931.

12 Diese Entwicklung veranlasst Nöhre zu der Frage: Wie viel Streitschlichtung verträgt der deutsche Zivilprozess?, AnwBl 2019, 91 ff. S. darüber hinaus – in einem breiteren Kontext –, EuGH, Urt. v. 14.7.2017, C-75/16 – Menini, EuZW 2017, 736, sowie Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl., 2013, S. 324.

13 Darauf weist etwa Prütting hin, aaO (Fn. 1), S. 65.

14 Hierzu etwa Eidenmüller, Online Dispute Resolution (ODR) und Consumer ADR: Ein Plädoyer für die Online-Verbraucher(schieds)gerichtsbarkeit, Bitburger Gespräche – Jahrbuch 2016, S. 101 ff.

15 Hierzu Braegelmann, Online Streitbeilegung (Online Dispute Resolution – ODR), in: Hartung /Bues /Halbleib (eds.), Legal Tech, 2018, S. 215, 216; ders., Moderne Onlinegerichte: Ein Reformvorschlag aus dem Vereinigten Königreich – Vorbild für die Digitalisierung des deutschen Insolvenzrechts?, ZInsO 2016, 952.

Millionen Klagefälle in diesem Zeitraum bearbeitete, haben sämtliche Gerichte der USA zusammen nur 40 Millionen Fälle abgehandelt, also nur 2/3 ihres privatrechtlichen Äquivalents dieses einen Anbieters.

Das allerdings ist nach Ansicht des Verfassers eine alarmierende Entwicklung. Nicht nur, dass das Zivilprozessrecht für diese Beschwerdeinstanzen keine Rolle spielt; fraglich ist überdies, ob das auch für das materielle Recht gilt. Nach welchem Recht entscheidet Ebay in den USA? Ebay Deutschland? Ist es überhaupt Recht, was hier zur Anwendung kommt, oder ist es reine Billigkeit? Dies sind Fragen, die in der Logik des einmal von Windscheid losgetretenen Entwicklungsstrangs liegen: Die Privatisierung des Rechts kommt zu dem Preis einer zunehmend abnehmenden Bedeutung der staatlichen Gerichtsbarkeit daher. Und der Preis dafür ist, so wird man prognostizieren dürfen, dass auch das materielle Recht in seiner Bedeutung schwindet. Wenn 60 Millionen US-Amerikaner bei Beschwerden nur auf einen hausinternen Knopf zu drücken haben, wie sollte ihnen dabei bewusst sein, dass sie damit auf teilweise recht komplexe Fragen des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts zu rekurrieren versuchen? Essentielle Teile des Rechts werden auf diese Weise eben diesem Recht entfremdet. Ob man das wirklich will oder auch nur wollen sollte, müsste wohl gründlich durchdacht werden.



Prof. Dr. Christoph Paulus, LL.M.
(Berkeley), Berlin

Der Autor war bis April 2019 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht sowie Römisches Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.