

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

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.

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) Höchststrichterliche 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 Adjudikation	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