

**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