



**Effizienzaspekte alternativer  
Streitbeilegung**

Roland Kirstein

**FEMM Working Paper No. 21, September 2008**

***F E M M***

*Faculty of Economics and Management Magdeburg*

**Working Paper Series**

# Effizienzaspekte alternativer Streitbeilegung

von Roland Kirstein

Professur für BWL, insb. Economics of Business and Law,  
Fakultät für Wirtschaftswissenschaft,  
Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg.

## A. Einleitung

Alternative Streitbeilegung steht bei Juristen wie Ökonomen hoch im Kurs. Während Juristen überfüllte Gerichte und langwierige Verfahren beklagen, nehmen Ökonomen in ihren Modellen häufig an, dass der Zivilprozess die teuerstmögliche, der Vergleich dagegen die günstigste Form der Konfliktbewältigung ist: „*Why go to court when you can settle cheaply, quickly and fairly elsewhere?*“<sup>1</sup> Dabei werden die Kosten von Vergleichsverhandlungen gerne auf Null normalisiert. Allerdings wird oft übersehen, dass alternative Streitbeilegungsverfahren gar kein reines „private ordering“ darstellen, das völlig ohne „legal centralism“ auskäme:<sup>2</sup> Viele der „alternativen“ Verfahren finden lediglich „im Schatten der Gerichte“ statt; letztere müssen eingeschaltet werden, sobald eine Partei sich dem alternativen Verfahren entzieht. Doch selbst wenn das alternative Verfahren der obsiegenden Partei einen vollstreckbaren Titel vermittelt, wird sie zu dessen Durchsetzung ggf. auf staatliche Zwangsmaßnahmen zurückgreifen müssen.<sup>3</sup> Alternative Verfahren können also nur einige Stufen der staatlichen Wertschöpfungskette im Zivilrecht ersetzen und stellen demnach nicht wirklich eine Alternative zum staatlichen Verfahren dar.

Doch selbst wenn man konzediert, dass alternative Verfahren wie „mini trial“, Vergleich oder Mediation echte Alternativen zur Durchführung eines teuren Zivilprozesses darstellen, bleibt die Annahme, diese Verfahren seien „effizient“, kritisch zu hinterfragen. Einen Hinweis auf Effizienzprobleme gab bereits Rubin (1977), der argumentierte, dass Richterrecht

---

<sup>1</sup> So z.B. der Untertitel eines Beitrags im Economist vom 3. Feb. 2007, S. 58.

<sup>2</sup> Zu den Begriffen vgl. Williamson (1990).

<sup>3</sup> Weigel (2002, 493) hält es für offensichtlich, dass Mediation zwar Pareto-überlegene Allokationen herbeiführen könne, aber nicht für deren Einhaltung zu sorgen vermag.

eine Evolution zu effizienten Regeln durchlaufe.<sup>4</sup> Hierzu sei es aber erforderlich, dass Konflikte vor Gerichten ausgetragen werden; Vergleiche ermöglichen keine Evolution von Richterrecht. Ein Zivilprozess löst nicht nur den aktuellen Konflikt zwischen den individuellen Prozessparteien, sondern kann auch positive Externalitäten generieren, indem er zum Präzedenzfall wird und dadurch in späteren potentiellen Konflikten (auch zwischen völlig anderen Akteuren) verhaltenssteuernd wirkt. Rubins Argument ist allerdings für Rechtssysteme, in denen individuelles und interaktives Verhalten vor allem über parlamentarische Gesetze und Verwaltungsakte gesteuert wird, von geringerer Relevanz. In Deutschland spielt Richterrecht zwar im Bereich des Arbeitsrechts eine wichtige Rolle; die anderen Bereiche des Zivilrechts werden jedoch eher von gesetztem Recht beherrscht.<sup>5</sup>

Dieser Beitrag widmet sich einem anderen Effizienzaspekt alternativer Streitbeilegung: ihrem Einfluss auf das vorkonfliktäre Verhalten. Ausgedrückt in der Terminologie von Calabresi (1970) geht es also um den Zusammenhang von primären und tertiären Kosten. Nach Calabresi lassen sich drei Arten von Kosten unterscheiden, deren Höhe durch Institutionen beeinflusst werden:

- Primäre Kosten bestehen im Wohlfahrtsverlust durch ineffizientes Verhalten der Beteiligten vor einem potentiellen Konflikt (ineffiziente Vorsorge, unterlassene Beziehungsspezifische Investitionen, ineffizienter Vertragsbruch)
- Sekundäre Kosten können durch die Allokation von Risiken entstehen. Sie werden vermieden, wenn alle Risiken einer Interaktion von der Partei getragen werden, die den geringsten Grad an Risikoaversion aufweist.<sup>6</sup>
- Tertiäre Kosten bestehen aus den zur Anbahnung, Spezifikation und Durchsetzung von Verträgen und Gesetzen nötigen Ressourcen.

Eine Rechtsinstitution ist effizient, wenn unter ihrer Geltung die Summe dieser drei Kostenarten geringer ist als unter jeder anderen anwendbaren Rechtsinstitution. Eine Situation, in der diese Summe Null beträgt, ist zwar in ökonomischen Modellen vorstellbar, aber kaum in der Realität.

---

<sup>4</sup> Kritisch hierzu: Cooter/Kornhauser/Lane (1979), Cooter/Kornhauser (1980). Siehe auch Leder (1998) und v. Wangenheim (1995) mit weiteren Nachweisen.

<sup>5</sup> Der Einfluss von Zivilprozessen oder alternativ entschiedenen Verfahren auf die parlamentarische Gesetzgebung ist jedoch noch weitgehend unerforscht.

<sup>6</sup> Der Grad der Risikoaversion beträgt Null, wenn eine Partei risikoneutral, also indifferent zwischen einer Lotterie und ihrem Erwartungswert ist. Zieht eine Partie dagegen z.B. einen Einsatz von 100 einer Lotterie vor, die mit Wahrscheinlichkeit 0.1 eine Auszahlung von 1000 verspricht, mit 0.9 dagegen Null, dann ist sie risikoavers.

Die ökonomische Analyse materieller Rechtsregeln widmet sich vor allem der Minimierung primärer Kosten. Dabei werden allenfalls noch sekundäre Kosten berücksichtigt, tertiäre jedoch oft völlig ausgeklammert. Bspw. lautet ein Standardresultat der ökonomischen Analyse des Schadensersatzrechts, dass Verschuldenshaftung mit effizientem Vorsorgemaßstab effizient ist, wenn beide Parteien Vorsorgeaufwand treiben können, während Gefährdungshaftung hier ineffizient wäre.<sup>7</sup> Effizienz bedeutet hier allerdings lediglich die Minimierung primärer Kosten, wohingegen sekundäre wie auch tertiäre Kosten vernachlässigt werden. Selbst wenn beide Parteien zu Vorsorgeniveaus angeregt werden, die primäre Kosten völlig vermeidet, kann die Risikoallokation aber sekundäre Kosten erzeugen. Ist nämlich der Geschädigte risikoavers, der Schädiger dagegen risikoneutral, wäre Gefährdungshaftung die zur Vermeidung sekundärer Kosten vorzugswürdige Regel. Zudem wird eine verschuldensabhängige Haftung normalerweise einen höheren Beweisaufwand erfordern, wohingegen tertiäre Kosten unter Gefährdungshaftung vernachlässigbar sein dürften.

Die ökonomische Analyse des Prozessrechts startet häufig mit der Annahme, dass die tertiären Kosten höher sind, wenn Konflikte durch Gerichte gelöst werden, und niedriger, wenn alternative Verfahren zur Anwendung kommen. Dann ist es konsequent, z.B. diejenige Regel zur Allokation von Verfahrenskosten als „effizient“ anzusehen, welche die Parteien eher zu einem Vergleich motiviert. Die Rückwirkung auf primäre Kosten wird dabei allerdings häufig ausgeklammert.<sup>8</sup> Ein simples Extrembeispiel macht aber deutlich, dass es auch in diesem Bereich sehr wohl Konflikte zwischen der Senkung tertiärer und primärer Kosten geben kann: Die vermutlich billigste Art, einen Konflikt beizulegen, ist der Münzwurf. Die tertiären Kosten sind nahezu Null, da keine Beweiskosten mehr aufgewandt werden müssen. Höchstens fallen noch Kosten für die Durchsetzung des so gefundenen Urteils an. Die Konsequenz dieser Konfliktlösungsinstitution wäre jedoch, dass ein Vertragspartner oder ein Verkehrsteilnehmer durch sein Verhalten (Erfüllung, Vorsorge) die Wahrscheinlichkeit, mit der bestimmte Konsequenzen eintreten, nicht mehr beeinflussen kann. Mit anderen Worten: Rechtstreu und rechtswidriges Verhalten führen zu denselben erwarteten Auszahlungsänderungen. Die Institution „Münzwurf“ erzeugt also keine selektiven Anreize für rechtstreu Verhalten; wenn dieses aber effizient ist, würden mithin primäre Kosten entstehen.

Dieser Beitrag will mögliche Konflikte zwischen tertiären und primären Kosten näher beleuchten.<sup>9</sup> Hierzu wird in Abschnitt B. als Ausgangspunkt das simple Grundmodell einer vertraglichen Beziehung eingeführt, das

---

<sup>7</sup> Vgl. z.B. Schäfer/Ott (2005).

<sup>8</sup> Eine Ausnahme ist die grundlegende Übersicht von Cooter/Rubinfeld (1989).

<sup>9</sup> Sekundäre Kosten bleiben zur Vereinfachung ausgeklammert; die Analysen ließen sich aber darum erweitern.

„Vertrauensspiel“. Dieses Spiel wird um zivilgerichtliche Klagemöglichkeiten ergänzt. In diesem „Klagespiel“ wird das Gerichtssystem durch zwei Gruppen von Parametern modelliert: die richterliche Fähigkeit, zwischen legitimen und opportunistischen Klagen zu unterscheiden, sowie die Verfahrenskosten. Das Modell erlaubt eine Analyse der Wirkung dieser Parameter – sowie Ihrer Änderungen durch Prozessrechtsreformen – auf die Bereitschaft der Parteien, den zwischen ihnen geschlossenen Vertrag einzuhalten.

Abschnitt C. erweitert die Analyse des Klagespiels in zwei Schritten. Zum einen wird die Möglichkeit eines Vergleichs zwischen den Parteien eingeführt. Typischerweise enden Vergleichsverhandlungen mit einer Kompromisslösung, was die Anreize der Parteien beeinflussen dürfte. So können den Einsparungen an tertiären Kosten durchaus primäre Kosten gegenüberstehen. Im Abschnitt D. werden die Ergebnisse der beiden Modelle verglichen.

## B. Vertragstreue und richterliche Entdeckungsfähigkeit

### I. Vertrauensspiel ohne Klage

Wenn zwei Parteien freiwillig einen Vertrag schließen, dann wird ihre Motivation im Allgemeinen darin bestehen, einen beiderseitigen Vorteil zu realisieren. Sie teilen also eine Kooperationsrente, einen „Vertragskuchen“ unter sich auf. Allerdings ist die Existenz eines solchen Einigungskuchens nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für erfolgreiche Kooperation, wie das Spiel 1 („Vertrauensspiel“) klarmacht.

Vor diesem Spiel haben die Spieler C und L sich über eine Leistung des C und die Gegenleistung der L geeinigt; nun steht die Durchführung dieser Übereinkunft an. Angenommen, die Vorleistung des C koste ihn  $X > 0$ , bringe der L aber einen Wert  $Z > X$ ; dann ist die Durchführung des Vertrages effizient. Zwei individuell rationale Vertragsparteien werden sich auf eine Gegenleistung Y einigen, für die  $X < Y < Z$  gilt. Die Gegenleistung teilt also die Kooperationsrente  $Z - X$  nach einem vereinbarten Schlüssel auf, so dass beide Seiten einen nicht-negativen Anteil erhalten.

Wird nun der Vertrag nicht Zug um Zug durchgeführt, sondern sequentiell, dann befinden sich die Parteien in der Spielsituation, die Abbildung 1 illustriert. Zunächst muss C entscheiden, ob er seine Vorleistung erbringt oder nicht. Erhält L die Vorleistung, entscheidet sie, ob sie gegenleistet oder nicht. Bei zweiseitiger Vertragstreue erhalten die Parteien die vereinbarten Auszahlungen ( $Y - X$  für C,  $Z - Y$  für L). Leistet die L nicht gegen, so bleibt C auf seinen Kosten sitzen und seine Auszahlung ist  $-X < 0$ , während die L sich die Vorleistung aneignet und auf eine Auszahlung von Z kommt.

Verzichtet C auf die Vorleistung, so ändert sich die Auszahlung der beiden Parteien im Vergleich zur Ausgangssituation nicht; beide Parteien erhalten Null.

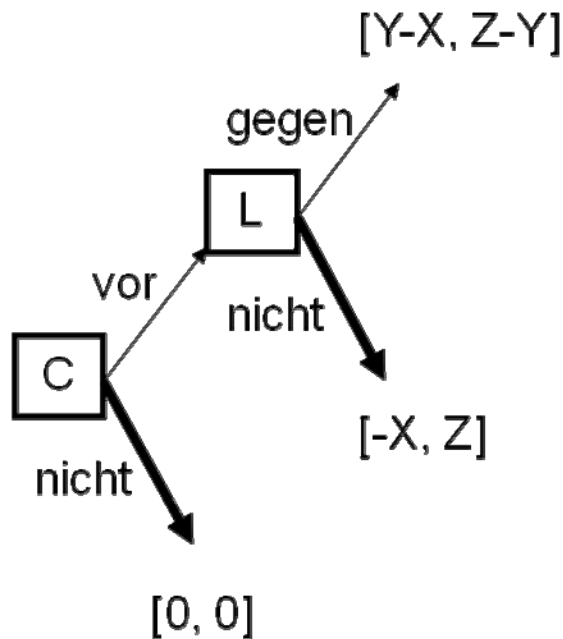


Abbildung 1: Vertrauensspiel

Die ökonomische Spieltheorie erlaubt es, eine Verhaltensprognose für rationale Parteien durch „Rückwärtsinduktion“ herzuleiten, das sogenannte „teilspielperfekte Gleichgewicht“. Zunächst wird ermittelt, welche Aktion die L an ihrem Entscheidungsknoten bevorzugt (unter der Hypothese, dass dieser Knoten im Verlauf der Interaktion überhaupt erreicht wird). Da  $Z > Z - Y$ , zieht L es vor, in Reaktion auf die Vorleistung des C ihre Gegenleistung nicht zu erbringen. Im zweiten Schritt wird ermittelt, welche seiner verfügbaren Aktionen der C vorzieht, wenn er die oben abgeleitete Reaktion der L antizipiert. Ohne Vorleistung kommt er auf Null, mit Vorleistung kann er erwarten, um die Gegenleistung betrogen zu werden, was ihm  $-X$  einbringt. Er zieht also „nicht“ vor.

Das teilspielperfekte Gleichgewicht des Vertrauensspiels ist demnach „nicht, nicht“, was zu den Gleichgewichtsauszahlungen  $(0,0)$  führt. Im Vertrauensspiel mangelt es dem Anziehenden also an Vertrauen in die Erbringung der Gegenleistung; könnte er sich darauf verlassen, würde er ge-

rne seine Vorleistung erbringen<sup>10</sup> Das teilspielperfekte Gleichgewicht ist Pareto-ineffizient, denn der Spielpfad „vor, gegen“, hätte beide Seiten bessergestellt: einerseits ist  $Y-X > 0$ , andererseits  $Z-Y > 0$ .

## II. Vertrauensspiel mit Klage

### 1. Modell

Ein Surrogat für Vertrauen ist die Möglichkeit, den Vertragspartner auf Erbringung der Gegenleistung zu verklagen. Diese Möglichkeit wird in der folgenden Modellvariante ergänzt. Gerichte arbeiten jedoch weder kosten- noch fehlerlos:

- Zum einen haben die Parteien eines Rechtsstreits Verfahrenskosten zu tragen (zur Vereinfachung wird hier nicht zwischen Anwalts- und Gerichtskosten unterschieden).
- Zum anderen können Richter zwei Arten von Fehlern begehen – eine Klage auf Gegenleistung kann abgewiesen werden, obwohl sie berechtigt ist (die Gegenleistung tatsächlich nicht erbracht worden war), oder ihr kann stattgegeben werden, obwohl die L tatsächlich die Gegenleistung bereits erbracht hatte (die Klage also opportunistisch war).<sup>11</sup>

Das Modell besteht nun aus zwei Stufen: Auf das Verhalten der Parteien, das zum Konflikt führen kann (dieselbe Interaktion wie im Vertrauensspiel) folgt nur eine Stufe, in der Konfliktlösung stattfindet. Diese beiden Teile des Modells können als „Ursachen-“ bzw. „Lösungsstufe“ bezeichnet werden. Im Klagemodell besteht die Lösungsstufe nur aus der Möglichkeit des C, die L auf Gegenleistung zu verklagen. Die Verfahrenskosten werden mit P bezeichnet. In diesem Beitrag wird die (in Deutschland vorwiegend maßgebliche) „britische“ oder „europäische“ Kostenregel unterstellt: Der Verlierer des Prozesses trägt die Verfahrenskosten beider Parteien.<sup>12</sup>

Richterliche Fehler werden durch die Parameter  $r$  und  $w$  modelliert. Beide Parameter geben die Wahrscheinlichkeit an, mit der die Parteien erwarten, dass der Klage stattgegeben wird. Sei  $r$  die Wahrscheinlichkeit

---

<sup>10</sup> Hierin unterscheidet sich das Vertrauensspiel vom berühmten „Gefangenendilemma“, in dem beide Parteien den Betrug der Kooperation vorziehen.

<sup>11</sup> Vgl. Tullock (1994).

<sup>12</sup> Hierbei wird zur Vereinfachung auf die Unterscheidung zwischen Anwalts- und Gerichtskosten verzichtet. Die Analyse könnte auch mit dieser Unterscheidung, oder auch unter Geltung der amerikanischen Regel, durchgeführt werden, wonach jede Seite ihre Kosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens trägt. Die amerikanische Regel erzeugt quantitativ andere, aber qualitativ sehr ähnliche Ergebnisse, vgl. Kirstein (1999), Kirstein/Schmidtchen (1997).

einer Stattgabe, wenn die Klage berechtigt ist;  $w$  bezeichne die Wahrscheinlichkeit des Erfolges einer opportunistischen Klage. Die beiden Parameter liefern ein Maß für „richterliche Unterscheidungsfähigkeit“:

- Mit  $r=w$  hätte der Richter keinerlei Fähigkeit, zwischen legitimen und opportunistischen Klagen zu unterscheiden ( $r=w=0.5$  entspräche dem eingangs diskutierten Münzwurf);
- mit  $r=1$  und  $w=0$  wäre der Richter „perfekt“.<sup>13</sup>
- Der realistische Fall ist  $0 < w < r < 1$ , also positive, imperfekte Unterscheidungsfähigkeit.<sup>14</sup>

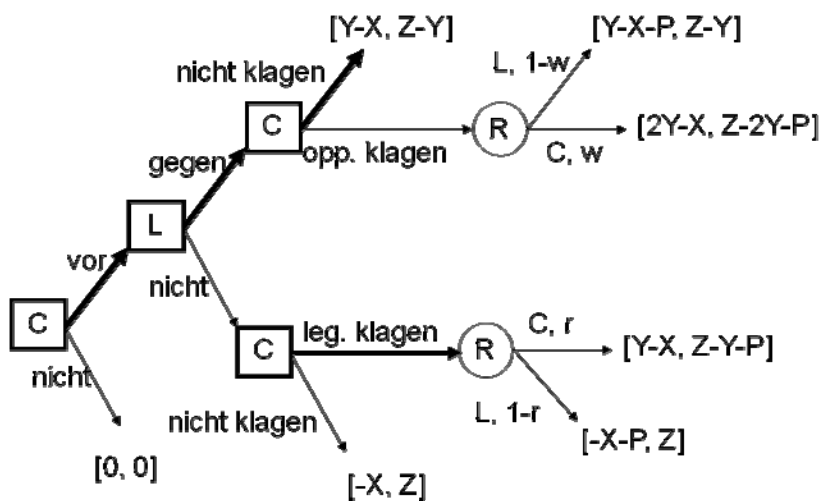


Abbildung 2: Klagespiel

Wird die Möglichkeit einer opportunistischen Klage im Modell nicht berücksichtigt, also per Annahme ausgeschlossen, wäre das Entscheidungsproblem eines Richters trivial: Wenn es nur legitime Klagen gibt, dann müsste jeder Richter jeder Klage stattgeben. Die Parteien könnten also davon ausgehen, dass jede erhobene Klage mit Sicherheit Erfolg hat. Gerade dies würde aber einen Anreiz schaffen, auch opportunistisch zu klagen. Erst die Existenz opportunistischer Klagen stellt den Richter vor das Problem, über Stattgabe oder Abweisung entscheiden zu müssen.

<sup>13</sup> Tullock (1980) nennt den perfekten Richter treffend „godlike“.

<sup>14</sup> Der Fall  $w > r$  (also negative Unterscheidungsfähigkeit) ist irrelevant, weil ein Richter ja einfach durch Münzwurf entscheiden könnte.



## 2. Bedingungen für „zweiseitige Vertragstreue“

Ziel der nun folgenden Gleichgewichtsanalyse ist die Herleitung der Bedingungen für „zweiseitige Vertragstreue“: Unter welchen Konstellationen der Parameter  $(r, w, P, D)$ , welche das Gerichtssystem beschreiben, und den Parametern  $(X, Y, Z)$ , die den Vertrag bezeichnen, ist „vor, gegen, nicht klagen“ der teilspielperfekte Gleichgewichtspfad dieses Spiels?<sup>15</sup>

Eine Vorüberlegung macht deutlich, dass zweiseitige Vertragstreue nur dann Gleichgewicht sein kann, wenn die Anreize des Klägers so gestaltet sind, dass er bereit ist, legitim zu klagen, aber von der opportunistischen Klage abgeschreckt wird. Wäre dies nicht der Fall, würde er z.B. nach Erbringung und Nichterbringung der Gegenleistung gleichermaßen Klage einreichen bzw. nicht einreichen, dann hätte die L keinen Anreiz, ihre Gegenleistung zu erbringen. Erst wenn sie erwartet, nur dann verklagt zu werden, wenn sie nicht gegenleistet, sie also durch ihr Handeln das Klagerisiko beeinflussen kann, schafft das Gerichtssystem einen selektiven Anreiz für sie.

C ist bereit, eine Klage zu erheben, wenn die erwartete Auszahlungsänderung durch die Klage positiv ist. Es muss also folgende Ungleichung (mit  $q \in \{r; w\}$ ) erfüllt sein:  $qY - (1-q)P > 0$ . Dies lässt sich zu  $q > P/(Y+P)$  umformen. Einsetzen von  $r$  und  $w$  für  $q$  ergibt, dass C genau dann Anreize hat, nur legitime, nicht aber opportunistische Klagen einzureichen, wenn die folgende Klageselektionsbedingung erfüllt ist:

$$(1) \quad r > P/(Y+P) > w$$

Offenbar impliziert diese Bedingung  $r > w$ : Positive richterliche Unterscheidungsfähigkeit ist eine notwendige (wenngleich keine hinreichende) Bedingung für zweiseitige Vertragstreue im Vertrauensspiel mit Klagemöglichkeit.

L wird ihre Gegenleistung erbringen, wenn die erwartete Auszahlungsänderung hieraus größer ist als die erwartete Auszahlungsänderung durch Nichterfüllung. Ist die Klageselektionsbedingung (1) erfüllt, so kann L bei Nichterfüllung, gefolgt von einer legitimen Klage, folgende Auszahlungsänderung erwarten:  $-r(Y+P)$ . Erbringt sie die Gegenleistung, kann sie unter Geltung der Bedingung (1) erwarten, nicht verklagt zu werden; ihre erwartete Auszahlungsänderung beträgt deswegen einfach  $-Y$ . Erfüllung ist für sie attraktiver als das Nichterbringen der Gegenleistung, wenn also  $-r(Y+P) > -Y$  gilt. Diese Ungleichung lässt sich zur Gegenleistungsbedingung

---

<sup>15</sup> In Abb. 2 mit fett gedruckten Pfeilen markiert. Ausführliche Diskussion des Modells in Kirstein (1999) und Kirstein/Schmidtchen (1997).

$$(2) \quad r > Y/(Y+P)$$

umformen. Am ersten Entscheidungsknoten des Spiels steht C vor der Frage, ob er vorleisten soll oder nicht. Sind die Klageselektions- und die Gegenleistungsbedingung, also die Ungleichungen (1) und (2), gleichzeitig erfüllt, dann würde die Vorleistung die L zur Erbringung ihrer Gegenleistung motivieren, woraufhin der C auf eine opportunistische Klage verzichten würde. Hierdurch käme C auf eine Auszahlung von  $Y-X$ . Leistet er nicht vor, erhält er Null als Auszahlung. Da  $Y > X$  gilt, ist die Vorleistung attraktiver für C. (1) und (2) sind also hinreichende und notwendige Bedingungen für zweiseitige Vertragstreue.

Die Gegenleistungsbedingung (2) ist nicht bindend, wenn (1) erfüllt ist und  $Y < P$  gilt. In diesem Fall wäre (1) also hinreichend und notwendig für zweiseitige Vertragstreue. Sind die Verfahrenskosten dagegen kleiner als der Streitwert (gilt also  $Y > P$ ), dann bindet Bedingung (2). Mit  $Y > P$  kann also der Fall auftreten, dass (1) erfüllt ist, nicht aber (2): Obwohl die Klageselektionsbedingung erfüllt ist, die L also nach Verweigerung der Gegenleistung legitim verklagt werden wird, ist dies für sie attraktiver als die Gegenleistung zu erbringen. Erbringt der C nun seine Vorleistung, kann er folgende Auszahlung erwarten:  $rY + (1-r)P - X$ . Dies ist größer als Null (die Auszahlung ohne Gegenleistung), wenn

$$(3) \quad r > (X+P)/(Y+P)$$

gilt. Der Gleichgewichtspfad des Spiels wäre in dieser Parameterkonstellation „vor, nicht (gegenleisten), legitim klagen“.

Die drei Grafiken in Abbildung 3 zeigen für verschiedene Höhen des Streitwerts  $Y$  die  $(r,w)$ -Kombinationen, welche die Bedingungen für zweiseitige Vertragstreue erfüllen. In allen drei Grafiken ist der Parameter  $r$  an der Senkrechten abgetragen,  $w$  dagegen an der Waagerechten. Die oberste Grafik fasst die Gleichgewichtsanalyse für den Fall eines sehr hohen Streitwerts ( $Y > X+P$ ) zusammen, während die mittlere Grafik den Fall eines mittleren Streitwerts beleuchtet ( $X+P > Y > P$ ). Die untere Grafik ist auf den Fall eines niedrigen Streitwerts ( $Y < P$ ) bezogen. Das Klagespiel hat immer nur ein einziges Gleichgewicht, das je nach Parameterkonstellation in einem von drei verschiedenen Spielverläufen bestehen:

- In den mit der Abkürzung „ZVT“ (für zweiseitige Vertragstreue) markierten Feldern in der jeweiligen linken oberen Ecke (mit den Koordinaten  $r=1$  und  $w=0$ ); hier ist der Gleichgewichtspfad „vor, gegen, nicht (opportunistisch) klagen“.
- Im jeweils rechts oben gelegenen Bereich (an der Ecke mit den Koordinaten  $r=w=1$ ) findet sich die Bezeichnung „LEG“; hier

ist der prognostizierte Gleichgewichtspfad „vor, nicht (gegenleisten), legitime Klage“.

- Im Wesentlichen unten links (bei den Koordinaten  $r=w=0$ ) findet sich der mit „NVOR“ gekennzeichnete Bereich. Hier ist der Gleichgewichtspfad „nicht (vorleisten)“.

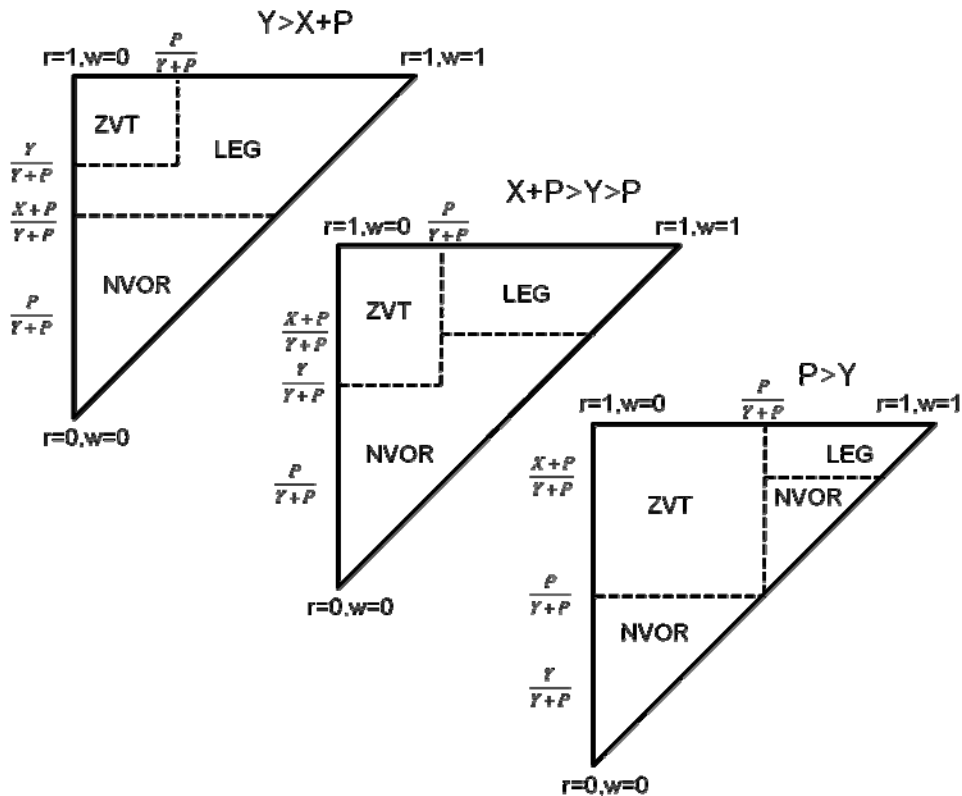


Abbildung 3: Gleichgewichte im Klagespiel

Liegen die richterlichen Parameter ( $r, w$ ) innerhalb des „Kooperationsbereichs“ ZVT, dann sind die primären Kosten Null, weil die Vorleistung erbracht und dadurch die Kooperationsrente erzeugt wird. Die tertiären Kosten sind in diesem Fall auf die Fixkosten des Gerichtsbetriebs beschränkt. Das Gericht muss existieren, damit Verträge geschlossen und durchgeführt werden, aber es braucht nicht tätig zu werden. Das Ergebnis dieses hochstilisierten Modells spiegelt die Rechtswirklichkeit in Deutschland recht gut wider, weil vermutlich 99,99% aller zivilrechtlich relevanten Interaktionen „im Schatten“ der Gerichte durchgeführt werden, ohne je zu Klagen zu führen. Liegen die Parameter ( $r, w$ ) im mit „LEG“ gekennzeichneten Bereich, dann erfüllen sie zwar die Klageselektionsbedingung (1),

jedoch nicht die Gegenleistungsbedingung (2). Der Gleichgewichtspfad „vor, nicht, legitim klagen“ führt gleichfalls zu primären Kosten von Null, da die Vorleistung erbracht und die Kooperationsrente erzeugt wird, aber die tertiären Kosten fallen höher aus als unter zweiseitiger Vertragstreue. Liegen die richterlichen Parameter im Bereich „NVOR“, dann ist selbst eine legitime Klage für C unattraktiv. L hat dann niemals einen Anreiz, ihre Gegenleistung zu erbringen, weswegen C nie die Vorleistung erbringen wird. Die primären Kosten sind positiv, weil keine Kooperationsrente erzeugt wird (dann sind die tertiären Kosten allerdings auf Fixkosten des Gerichtssystems beschränkt).

Im Sinne von Calabresi lassen sich drei Typen von Gleichgewichten in eine Reihenfolge bringen: Effizient ist nur das als „zweiseitige Vertragstreue“ bezeichnete Gleichgewicht mit dem Spielverlauf „vor, gegen, nicht klagen“. Der Gleichgewichtstyp „LEG“ liegt auf Rang zwei, weil er nur zustande kommen kann, wenn die Verfahrenskosten  $P$  kleiner sind als die Kooperationsrente  $Z-X$ . Die tertiären Kosten fallen also geringer aus als die primären Kosten, die im Gleichgewichtstyp „NVOR“ zu beklagen sind.

Um die Parteien zu motivieren, das effiziente Gleichgewicht ZVT zu spielen, müssen die Bedingungen (1) und (2) erfüllt sein bzw. die richterlichen Parameter  $(r,w)$  im Kooperationsbereich liegen. Jede Abweichung bedeutet Ineffizienz, weil entweder entgangene Kooperationsrente zu primären Kosten führt, oder die Parteien sich vor Gericht treffen, was die tertiären Kosten erhöht.

### *3. Interpretation der Ergebnisse im Hinblick auf Reformvorschläge*

Das Konzept des Kooperationsbereichs lässt sich zur Beurteilung stilisierter oder abstrakter Vorschläge für die Reform des Zivilprozesses nutzbar machen. Das Ausmaß richterlicher Unterscheidungsfähigkeit hängt nämlich von mehreren Faktoren ab, die durch solche Reformvorschläge beeinflusst werden könnten. Zu diesen Faktoren zählen u.a.

- die durch Aus- und Fortbildung erworbene Kompetenz des Richters,
- der Ressourcenaufwand der Parteien für die Beweiserhebung,
- und die richterliche Anstrengung, die er auf den einzelnen Fall verwendet.

Zudem kann die Zahl der Richter eine Rolle spielen. Nach dem Condorcet-Theorem entscheidet eine Gruppe besser als jedes (durchschnittliche) Mitglied, wenn dessen Wahrscheinlichkeit einer korrekten Entscheidung zwischen 0.5 und 1 liegt. Kirstein/v. Wangenheim (2008) untersuchen, ob

Kammern oder Einzelrichter, die durch die Unterscheidungsfähigkeitsparameter  $(r, w)$  gekennzeichnet sind, bessere Entscheidungen treffen.<sup>16</sup>

Ist der Einzelrichter schlecht ausgebildet, so nützen alle Beweise und richterlichen Anstrengungen nichts; er wird trotzdem mit hoher Wahrscheinlichkeit fehlerhafte Entscheidungen treffen. Bringen die Parteien keine Beweise und Gegenbeweise, die von einem kompetenten Richter unter Anstrengung ausgewertet werden, so bleibt der Richter hilf- und ahnungslos. Verwendet der Richter seine hohe Kompetenz auf Golfspielen oder Segeln anstatt auf die von den Parteien vorgebrachten Beweisangebote, dann wird seine Entscheidung mit den zugrunde liegenden objektiven Tatsachen unkorreliert sein.

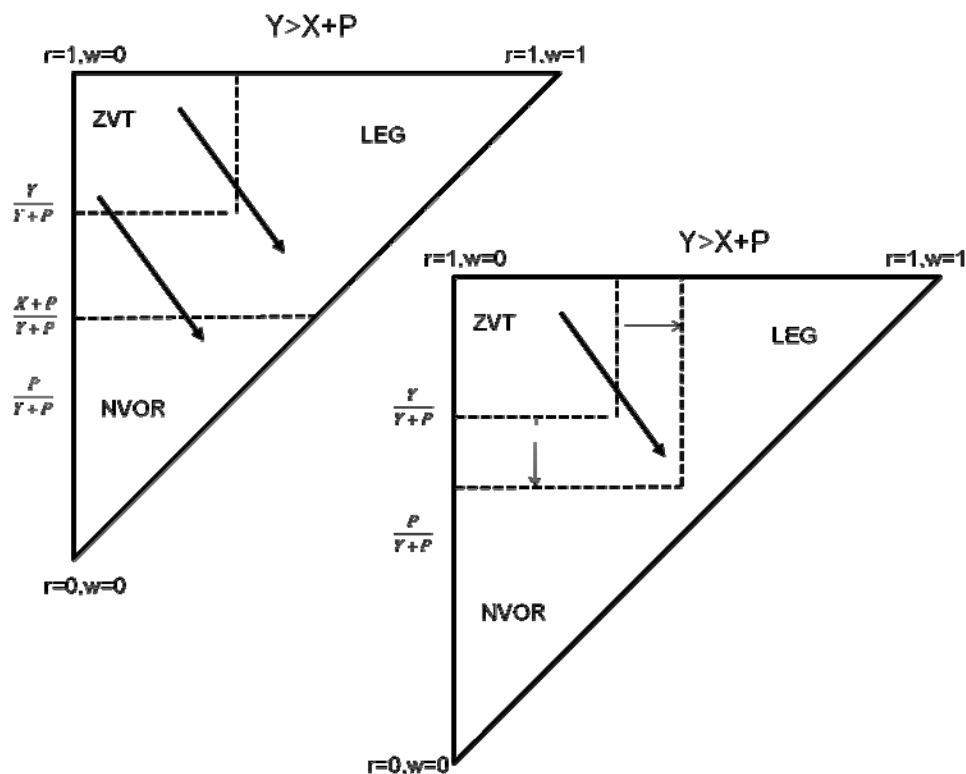


Abbildung 4: Änderungen von  $r$ ,  $w$  und  $P$

Reformvorschläge, die auf eine Abkürzung der richterlichen Ausbildung oder auf eine Beschleunigung der Beweisaufnahme zielen, haben daher die Tendenz, den Abstand der richterlichen Unterscheidungsfähigkeitsparame-

<sup>16</sup>  $0 < w < 0.5 < r < 1$  ist eine hinreichende (nicht notwendige) Bedingung dafür, dass eine Kammer aus mehreren homogenen Richtern jedem Mitglied überlegen ist.

ter  $r$  und  $w$  zu vermindern. In den Grafiken der Abbildung 3 würde es dann (im Vergleich zur Situation vor der Reform) zu einer Bewegung nach unten rechts kommen:  $r$  sinkt oder  $w$  steigt. In Abbildung 4 ist so eine Bewegung durch diagonal nach unten links führende Pfeile gekennzeichnet. Die obere Grafik zeigt zwei Beispiele. Beim linken Beispielpfeil liegen die richterlichen Parameter  $(r, w)$  vor einer Reform innerhalb des Kooperationsbereichs, nach einer Reform aber nicht mehr. Das Gerichtssystem würde dann nicht mehr zu zweiseitiger Vertragstreue motivieren können. Nach der Reform würde C keine Vorleistung mehr erbringen, was einen Verlust an Kooperationsrente bedeutet. Der andere Beispielpfeil führt von ZVT nach „LEG“: Aufgrund einer solchen Reform würde C zwar noch vorleisten, aber die L um deren Gegenleistung verklagen müssen. Die Parteien würden sich also erst wegen der Reform vor Gericht treffen. Im ersten Fall stünden primäre Kosten der möglichen Einsparung tertiärer Kosten gegenüber, im zweiten Fall würden die tertiären Kosten einer Interaktion sogar steigen.

Kleinere Bewegungen sind dagegen unschädlich: Liegen die richterlichen Parameter  $(r, w)$  vor und nach einer Reform innerhalb des Kooperationsbereichs, so gefährdet die Reform nicht die Funktion des Zivilgerichts, selektive Anreize zu zweiseitiger Vertragstreue zu erzeugen. Als Nettoeffekt bleibt die durch die Reform erhoffte Einsparung tertiärer Kosten. Zudem könnten die Anreize zu zweiseitiger Vertragstreue „gerettet“ werden, sollte durch eine Reform die  $(r, w)$ -Kombination des Gerichtssystems nach unten rechts aus dem Kooperationsbereich heraus verschoben werden. Denn die Grenzen des Kooperationsbereichs hängen von den Parametern  $P$  und  $Y$  ab. Zumindest die Parteikosten sind durch die Rechtspolitik veränderbar.<sup>17</sup> Im rechten Teil von Abbildung 4 ist hierfür ein Beispiel. Eine moderate Erhöhung von  $P$  verschiebt die waagerechte Grenze  $Y/(Y+P)$  nach unten. Dagegen wird die senkrechte Grenze, die durch  $P/(Y+P)$  beschrieben ist, nach rechts verschoben (dieser Quotient steigt mit  $P$ ). Eine Reform, die nachteilige Auswirkungen auf die richterlichen Unterscheidungsparameter  $r$  und  $w$  hat, könnte also grundsätzlich durch eine geeignete Anpassung des Kostenparameters  $P$  ausgeglichen werden, so dass die Bedingungen für zweiseitige Vertragstreue (1) und (2) auch nach der Reform eingehalten werden.

---

<sup>17</sup> Auch die Gerichtskostenallokationsregel könnte verändert werden.

## C. Zweiseitige Vertragstreue und Vergleich

### I. Vorbemerkung

Im vorigen Kapitel wurde herausgearbeitet, dass richterliche Unterscheidungsfähigkeit eine zentrale Rolle für die Fähigkeit eines Gerichtssystems spielt, Parteien durch selektive Anreize zu bilateral rechtstreuem Verhalten zu motivieren. Dafür sind richterliche Anstrengung und Beweiserhebung maßgebliche Faktoren. Wird ein Konflikt durch Vergleich erledigt, dann findet im Extremfall überhaupt keine Beweiserhebung statt. Die Folgen für die Parteien sind dann *prima vista* von der Frage abgekoppelt, ob sie tatsächlich rechtstreu gehandelt haben oder nicht. Dieser Befund legt die Befürchtung nahe, dass die Möglichkeit eines Vergleichs die Fähigkeit des Gerichtssystems, selektive Anreize zu produzieren, stören oder gar völlig zerstören könnte. Der angestrebten Reduktion tertiärer Kosten würde dann eine dramatische Erhöhung primärer Kosten in Form entgangener Kooperationsrente gegenüberstehen.

Dieses Kapitel ergänzt die Lösungsstufe des Klagespiels durch die Möglichkeit einer Vergleichsverhandlung. Dabei wird angenommen, dass die Parteien über perfekte und vollständige Information verfügen. Unter diesen Informationsannahmen werden rationale Parteien immer einen Vergleich abschließen, wenn dies kollektiv vorteilhaft ist. Andernfalls wird der Kläger die Klage fallenlassen. In dieser Modellwelt findet also niemals ein Prozess statt. Diese Annahme dient jedoch nicht nur zur Vereinfachung der Analyse, sondern soll vor allem aufzeigen, dass ein Gerichtssystem selbst dann Vergleichsverhandlungen beeinflussen kann, wenn im Modell gar keine Prozesse mehr stattfinden.

Das Modell zeigt, dass die Einführung eines Vergleichs zwar die Auszahlungen der Parteien und damit die Anreize der Parteien für ihr Verhalten in der Ursachenstufe ändert, was zu positiven primären Kosten führen kann. Da (und soweit) die Vergleichsverhandlungen aber im Schatten des Gerichts stattfinden, hat positive richterliche Entdeckungsfähigkeit selbst dann noch einen Einfluss auf Vergleichsergebnisse, wenn die Richter nie tätig werden. Weisen Richter positive Unterscheidungsfähigkeit auf, so kann das Gerichtssystem also auch bei Berücksichtigung von Vergleichen also noch selektive Anreize produzieren; allerdings fallen diese *ceteris paribus* schwächer aus als in einem Gerichtssystem ohne Vergleich.

### II. Klagespiel mit Vergleich

Das Modell ist bis auf eine Änderung identisch mit dem im vorigen Kapitel präsentierten Klagespiel. Erhebt C eine legitime oder opportunistische Klage, dann findet allerdings nun zunächst eine Vergleichsverhandlung

zwischen den Parteien C und L statt. Dieser Teil der „Lösungsstufe“ ist in Abb. 5 durch eine rechteckige Box (mit der Inschrift „C, L“) gekennzeichnet. Diese Art der Modellierung, gewissermaßen ein „gemeinschaftlicher“ Entscheidungsknoten – lässt offen, welche Art von Verhandlungsmodell zugrunde gelegt wird. Hier ließen sich kooperative Verhandlungsmodelle (z.B. Nash, Kalai-Smorodinsky) genauso berücksichtigen wie nicht-kooperative (z.B. Rubinstein, Ståhl).

Einigen sich die Parteien, dann zahlt die L an den C eine Vergleichssumme  $S(q)$ , mit  $q \in \{r; w\}$ . Das Modell ermöglicht es also abzubilden, dass die Vergleichssumme im Falle einer legitimen Klage,  $S(r)$ , einen anderen Wert hat als Falle einer opportunistischen Klage,  $S(w)$ . Es erscheint sinnvoll, für die Verhandlungsstufe drei Annahmen zu treffen:

- Der Kläger kann jederzeit die Klage fallenlassen, muss also niemals ein negatives Verhandlungsergebnis (d.h., eine Zahlung an die Beklagte) akzeptieren.
- Die Beklagte kann jederzeit die Forderung des Klägers beweisbar erfüllen, muss also niemals ein Verhandlungsergebnis akzeptieren, das für sie eine höhere Zahlung als den Streitwert  $Y$  nach sich zieht.
- Verhandlungen können mit geringen Kosten  $K$  (für die  $0 < K < P + D$  gilt) zum Abschluss gebracht werden. Zur Vereinfachung wird angenommen, dass die Kosten  $K$  so gering sind, dass die das Verhalten der Parteien nicht beeinflussen, sondern nur in die Effizienzbetrachtung eingehen. Mit anderen Worten: Verhaltenssteuernde Kosten entstehen den Parteien in der Lösungsstufe nur dann, wenn der Konflikt streitig entschieden wird.

Die ersten beiden Annahmen implizieren, dass ein prognostiziertes Verhandlungsergebnis weder kleiner 0, noch grösser  $Y$  ausfallen wird:  $0 < S(q) < Y$ . Die konkrete Verhandlungssituation wird weitere Einschränkungen des Vorhersagebereichs ermöglichen, etwa durch Berücksichtigung der Drohpunkte der Parteien. Diese sind durch die erwartete Auszahlung eines Prozesses gegeben.<sup>18</sup>

Die letzte Annahme ist aus Sicht der ökonomischen Theorie keinesfalls absurd, weil die meisten Verhandlungsmodelle unter vollständiger und perfekter Information vorhersagen würden, dass die Parteien sich umgehend einigen, also gar keine Verhandlungskosten auftreten (jede kosten-trächtige Verzögerung wäre Pareto-ineffizient, würde also einen Verhandlungsspielraum eröffnen). Im Lichte der experimentellen Literatur zu Ver-

---

<sup>18</sup> Zur Vereinfachung wird hier angenommen, dass weder nach Anerkenntnis durch die Beklagte, noch nach Verzicht des Klägers Verfahrenskosten anfallen. Eine erste ökonomische Analyse der mit den §§ 306 f. ZPO verbundenen Kostenproblematik findet sich in Kirstein (1999, 127 ff.).



handlungen sollte diese Annahme revidiert werden; natürlich wäre es ohne weiteres möglich, auch höhere (verhaltensrelevante) Verhandlungskosten in das Modell einzuführen.

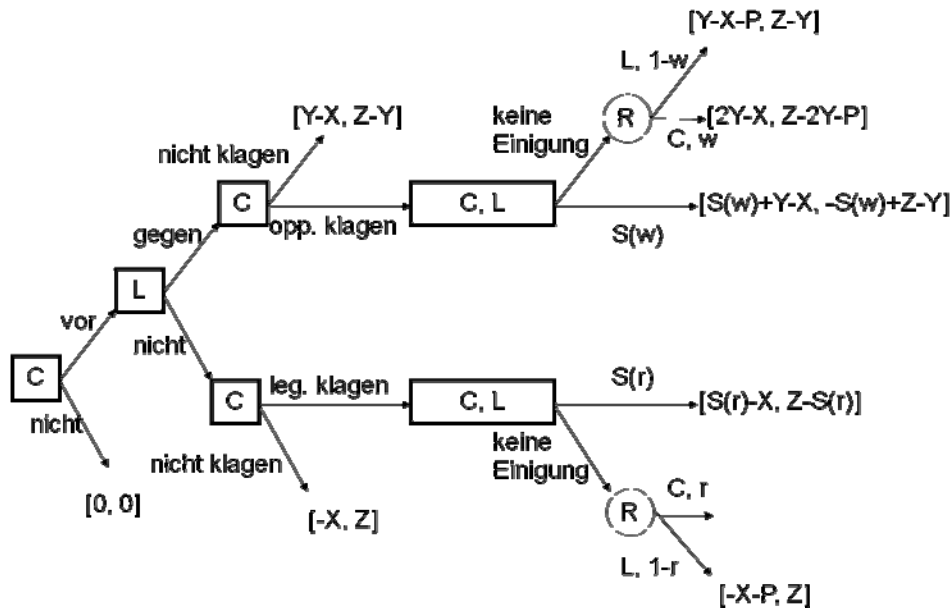


Abbildung 5: Vergleichsspiel

Abb. 5 zeigt das um Vergleiche ergänzte Klagespiel („Vergleichsspiel“). Bezeichne  $E^j(q)$  mit  $j \in \{C; L\}$  die erwartete Auszahlungsänderung durch einen Prozess, dann liefert die Anwendung z.B. der Nash-Verhandlungslösung auf die Vergleichsstufe für diese Spielphase folgende Vorhersagen:

- i) Ist  $E^C(q) < 0$ , hat also die Klage für C einen negativen Erwartungswert, dann wird er nach einem Scheitern der Verhandlungen auf das weitere Betreiben der Klage verzichten, bevor Verfahrenskosten P anfallen, weil er sich so eine Auszahlungsänderung von Null sichern kann.
- ii) Ist  $E^L(q) < -Y$ , wird die L erfüllen (anerkennen).<sup>19</sup>
- iii) Ist  $E^C(q) > 0$  und  $E^L(q) > -Y$ , dann werden die Parteien sich auf eine Vergleichszahlung  $S(q)$  einigen, die durch die Drohpunkte der beiden Parteien und durch ihre Verhandlungsmacht determiniert ist.<sup>20</sup>

<sup>19</sup>  $E^L(q)$  ist immer negativ, wohingegen das Vorzeichen von  $E^C(q)$  von den Parametern Y, P und q abhängt.

<sup>20</sup> Ein etwas skurril anmutender vierter Fall ist denkbar (der Erwartungswert für C könnte negativ, der für L kleiner als  $-Y$  sein. Der Spielausgang hängt dann davon ab, in welcher Reihenfolge die Parteien Anerkenntnis und Verzicht erklären, bzw. wie die Prozessord-

Bei gleicher Verhandlungsmacht der Parteien kann die (symmetrische) Nash-Verhandlungslösung als Maximum des „Nash-Produkts“ hergeleitet werden. Das Nash-Produkt multipliziert die Netto-Zugewinne der beiden Parteien. Ein Netto-Zugewinn ergibt sich aus dem Wert der Verhandlungslösung abzüglich des Werts der Nichteinigung (Drohpunkts). Der Drohpunkt einer Partei ist im Fall iii) gleich dem Damit ergibt sich die symmetrische Nash-Verhandlungslösung als

$$(4) \quad S^*(q) = \operatorname{argmax} [S-E^C(q)][-S-E^L(q)] = 0.5[E^C(q)-E^L(q)]$$

Aus dem Spielbaum in Abb. 5 lässt sich ablesen, dass der Drohpunkt des Klägers in (4) durch  $E^C(q) = qY-(1-q)P$  gegeben ist. Der Drohpunkt der Beklagten in (4) ist  $E^L(q) = -q(Y+P)$ , was nie positiv ist. Für die Differenz gilt demnach:  $E^C(q) - E^L(q) = 2q(Y+P) - P$ ; das durch die Nash-Lösung prognostizierte Vergleichsergebnis beträgt demnach

$$(5) \quad S^*(q) = q(Y+P) - 0.5P.^{21}$$

Wegen der Möglichkeit der Anerkennung durch L bzw. des Verzichts durch P ist  $S^*(q)$  zudem beschränkt:  $0 < S^*(q) < Y$ . Die Nash-Lösung  $S^*(q)$  ist jedoch nur dann der prognostizierte Ausgang, wenn die Parteien erwarten, dass nach einem Scheitern der Verhandlungen die Klage streitig entschieden wird. Die Erwartungswerte einer legitimen und einer opportunistischen Klage können für C aber unterschiedlich sein. Gemäß der Klageselektionsbedingung (1) sind daher in der Gleichgewichtsanalyse die drei Fälle

- i)  $E^C(r) > 0 > E^C(w) \Leftrightarrow r > P/(Y+P) > w$
- ii)  $E^C(r), E^C(w) < 0 \Leftrightarrow w < r < P/(Y+P)$
- iii)  $E^C(r), E^C(w) > 0 \Leftrightarrow r > w > P/(Y+P)$

zu unterscheiden. Im Fall i) ist die Selektionsbedingung (1) erfüllt; C klagt nur dann, wenn es legitim ist, aber nicht, wenn es opportunistisch wäre. Im Fall ii) ist C in beiden Konstellationen vom Betreiben des Prozesses abgeschreckt. Im Fall iii) würde C sowohl eine legitime als auch eine opportunistische Klage betreiben. Wegen der Annahme  $r > w$  ist der theoretisch konstruierbare Fall 4. mit  $E^C(w) > 0 > E^C(r)$  nicht möglich. Abbildung 6 zeigt die vereinfachte Entscheidungssituation der beiden Parteien.

---

nung simultane Erklärungen behandeln würde. Die ZPO lässt diesen Fall unregelt; vgl. Kirstein (1999, 130-132).

<sup>21</sup> Unter der amerikanischen ( $v=0$ ) Regel ergibt sich  $qY+0.5(b-k)$ , wobei b die Verfahrenskosten des Beklagten, k die des Klägers bezeichnet (mit  $P=b+k$ ).

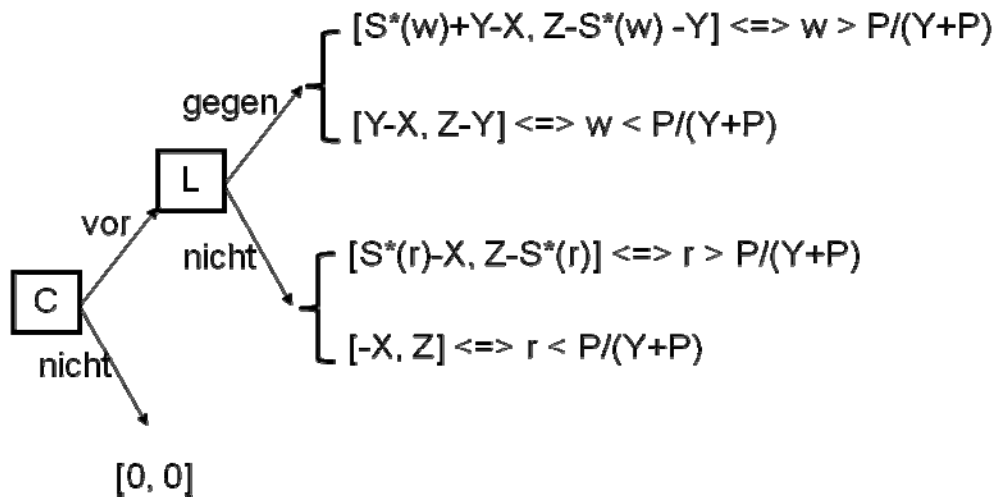


Abbildung 6: Vereinfachtes Vergleichsspiel

Im Fall i) erhält die L eine Auszahlung von  $Z-Y$ , wenn sie ihre Gegenleistung erbringt. Verweigert sie die Gegenleistung, erwartet sie eine Auszahlung von  $Z-S^*(r)$ . Da  $S^*(r) < Y$  gilt, ist es für L attraktiver, die Gegenleistung zunächst zu verweigern, um dann die legitime Klage durch einen Vergleich abzuwehren. Leistet C vor, kann er also  $S^*(r)-X$  erwarten. Die Vorleistung zu erbringen ist also für ihn attraktiver als die Nichtleistung, wenn  $r(Y+P) - 0.5P > X$ . Diese Bedingung lässt sich zu

$$(6) \quad r > (2X+P)/2(Y+P)$$

umformen. Sind die Bedingungen (1) und (6) erfüllt, so ergibt sich also der Gleichgewichtspfad „vor, nicht (gegenleisten), leg. klagen,  $S^*(r)$ “. Dieser Typ von Gleichgewicht wird im Folgenden mit  $S^*(r)$  bezeichnet. Ist dagegen zwar Bedingung (1) erfüllt, so dass wir uns in Fall i) befinden, nicht aber die Bedingung (6), ist der Gleichgewichtspfad „nicht (vorleisten)“, bezeichnet mit NVOR. Diese Konstellation kann allerdings nur auftreten, wenn Bedingung (6) bindet, was  $(2X+P)/2(Y+P) > P/(Y+P)$  impliziert; diese Ungleichung lässt sich zu  $P < 2X$  vereinfachen. Sind die Verfahrenskosten dagegen höher als  $2X$ , so würde die Erfüllung der Bedingung (1) bereits die Nichterfüllung von (6) ausschließen; (6) bindet also nicht. Dann wäre im Fall i) nur das Gleichgewicht  $S^*(r)$  möglich.

Im Fall ii) wird C nie klagen, so dass L nie einen Anreiz hat, einer positiven Vergleichszahlung zuzustimmen. Sie wird also ihre Gegenleistung nie erbringen, weswegen C nie vorleisten wird (Gleichgewicht NVOR).

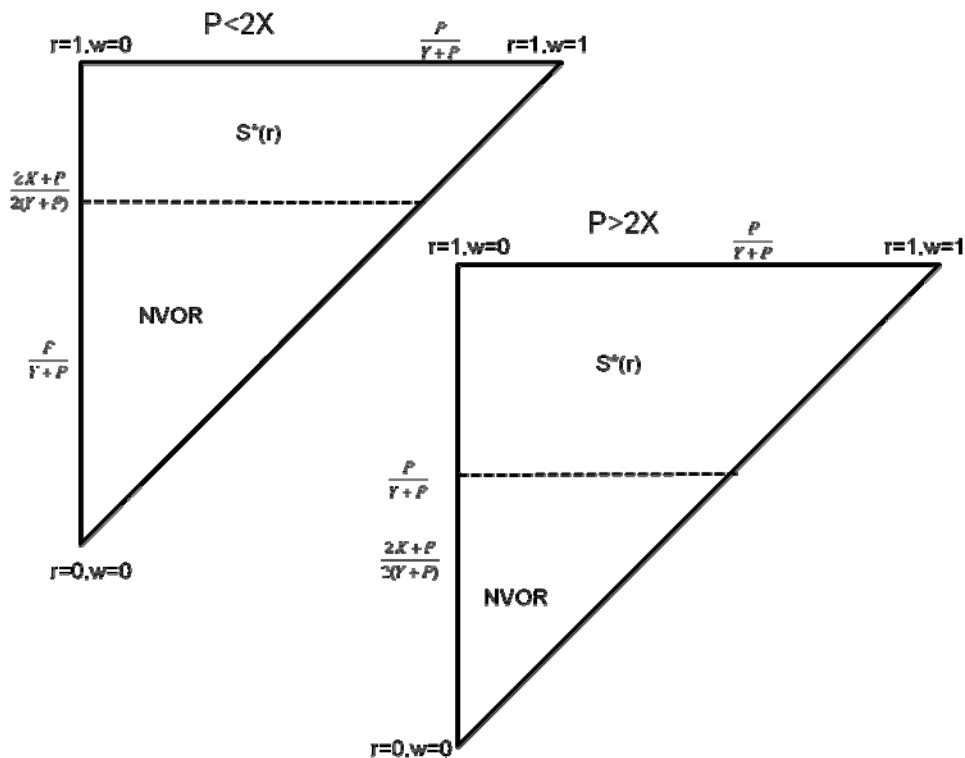


Abbildung 7: Gleichgewichte im Vergleichsspiel

In Fall iii) wird L immer verklagt. Es ist also für sie günstiger, die Gegenleistung nicht zu erbringen, um nach legitimer Klage einem Vergleich  $S^*(r)$  zuzustimmen. Für C lohnt sich dann die Vorleistung, wenn die Bedingung (6) erfüllt ist (die allerdings nur im Falle niedriger Verfahrenskosten, also  $P < 2X$ , gegenüber der Bedingung  $r > P/(Y+P)$  bindend wirkt). Abbildung 7 visualisiert die Gleichgewichtspfade des Vergleichsspiels.

Im Vergleichsspiel kann der Gleichgewichtstyp ZVT nicht vorkommen. Dieses überraschende Ergebnis wird durch zwei Annahmen getrieben: Zum einen finden die Vergleichsverhandlungen unter perfekter und vollständiger Information statt, zum anderen ist der Vergleich kostenlos. Die erste Annahme induziert, dass die Prozessstufe nur zwei Spielausgänge kennt: die Parteien schließen entweder einen Vergleich (wenn die Klage positiven Erwartungswert hat), oder C lässt die Klage fallen (bei negativem Erwartungswert). Eine streitige Entscheidung ist ausgeschlossen. Daher lohnt es sich für die L immer, zunächst die Nichterfüllung zu probieren, weil sie hierdurch niemals mit höheren Ausgaben als  $-Y$  belastet wird. Im Rahmen dieser Modellwelt wäre L nur dann zur Erbringung ihrer Gegenleistung  $Y$  motiviert, wenn sie bei Nichterfüllung höhere Kosten zu erwarten hätte. Dies wäre nur dann der Fall, wenn es positive Verhand-

lungskosten gäbe, oder wenn die mit dem Scheitern von Vergleichsverhandlungen und einer streitigen Entscheidung rechnen müsste. Letzteres setzt asymmetrische Information (jede Partei kennt nur ihren eigenen Drohpunkt, aber nicht den des anderen)<sup>22</sup> oder beiderseitigen Optimismus bei inkonsistenten Erwartungen<sup>23</sup> voraus. Die Möglichkeit geringer positiver Verhandlungskosten  $v \geq 0$  wird im kommenden Abschnitt berücksichtigt.

## D. Diskussion der beiden Modelle

### I. Effizientes Gerichtssystem

Im Klagespiel ohne Vergleich sind – in Abhängigkeit von den Parametern  $r$ ,  $w$ ,  $P$  und  $Y$  (welche das Gerichtssystem beschreiben) die Gleichgewichte ZVT, LEG und NVOR möglich. Im Vergleichsspiel sind nur zwei Typen von Gleichgewichten möglich: NVOR und  $S^*(r)$ . Tabelle 1 stellt die mit diesen Gleichgewichten verbundenen primären und tertiären Kosten zusammen (sekundäre Kosten können vernachlässigt werden, weil angenommen wurde, dass beide Parteien risikoneutral sind).

Tabelle 1: *Primäre und sekundäre Kosten in den Gleichgewichten*

Gerichtssystem ( $r, w, P, Y$ ) induziert Gleichgewichtstyp	In welchem Spiel möglich	Primäre Kosten	Tertiäre Kosten	Summe PK+TK
ZVT	Klagespiel	0	0	0
LEG	Klage- und Vergleichsspiel	$i$	$P$	$P+i$
NVOR	Klage- und Vergleichsspiel	$Z-X$	0	$Z-X$
$S^*(r)$	Vergleichsspiel	$i$	$v$	$v+i$

Beim Gleichgewichtstyp LEG sind in der Grundform des Klagespiels die primären Kosten null, weil die Vorleistung erbracht und damit die Kooperationsrente erzeugt wird. Allerdings erhält  $C$  nicht den vereinbarten Preis  $Y$  für die Aufgabe seines Verfügungsrechts, sondern lediglich eine

<sup>22</sup> Vgl. z.B. Bebchuk (1984) zu einseitiger, Daughety/Reinganum (1994) zu zweiseitiger, asymmetrischer Information.

<sup>23</sup> Überblick und Anwendung in Kirstein/Rickman (2004); einen Vermittlungsversuch zwischen beiden Theorieansätzen unternahm Waldfoegel (1999).

erwartete Auszahlung von  $rY - (1-r)P$ , was größer als die Kosten der Vorleistung  $X$  ist, aber kleiner als  $Y$ . Dasselbe gilt für den Gleichgewichtstyp  $S^*(r)$ , weil  $C$  hier nur  $S^*(r) = r(Y+P) - 0.5P$  für die Aufgabe seines Verfügungsrechts erhält. Diese erwartete Auszahlung übersteigt zwar die Kosten  $C$ , ist aber geringer als  $Y$ . Die Einführung der Vergleichsmöglichkeit bedeutet also Umverteilung von  $C$  zu  $L$ . Die volle Gegenleistung  $Y$  erhält  $C$  nur im Gleichgewicht ZVT. Ist das Gerichtssystem  $(r, w, P, Y)$  so eingerichtet, dass die Parteien eines der Gleichgewichte LEG oder  $S^*(r)$  spielen, bedeutet dies eine Entwertung der Verfügungsrechte des  $C$  im Vergleich zu einem Gerichtssystem, das ZVT induziert. In einem erweiterten Spiel könnte diese Entwertung eine negative Auswirkung auf die Bereitschaft des  $C$  haben, überhaupt in die Position des Verkäufers spezifisch zu investieren, obwohl dies in einem effizienten Gerichtssystem das effiziente Investitionsverhalten wäre. Im Kontext eines um die spezifische Investition erweiterten Spiels wären die durch das Gerichtssystem induzierten Gleichgewichtstypen LEG und  $S^*(r)$  also mit positiven primären Kosten verbunden: Dieser Effizienzverlust ist in Tabelle 1 durch den Eintrag  $i$  repräsentiert;  $I$  steht für die volkswirtschaftlichen Kosten einer Unterinvestition.

Eine ähnliche Überlegung lässt sich für den Gleichgewichtstyp  $S^*(r)$  hinsichtlich der tertiären Kosten anstellen. In der Realität ist die Durchführung von Verhandlungen i.a. nicht kostenlos. Es können also positive tertiäre Kosten auftreten, die in Tabelle 1 mit  $v$  bezeichnet werden. Selbst wenn man konzidiert, dass diese geringer sind als bei Durchführung eines streitigen Prozesses (also  $v < P$  annimmt), so fallen die tertiären Kosten doch höher aus als bei den Gleichgewichtstypen ZVT und NVOR.

Tabelle 1 macht daher deutlich, dass nur ein Gerichtssystem als effizient angesehen werden kann, das die Parteien zum Gleichgewicht ZVT motiviert. Soweit Verhandlungskosten vernachlässigt werden können (also  $v=0$  gilt), wäre auch ein Gerichtssystem effizient, das  $S^*(r)$  induziert. Allerdings könnte die Umverteilungswirkung des Vergleichs eine dämpfende Wirkung auf die Investitionsbereitschaft des  $C$  haben, also zu primären Kosten  $i$  führen.

## II. Komparative Analyse von Klage- und Vergleichsspiel

Tabelle 2 stellt die Gleichgewichtsergebnisse der oben durchgeführten positiven Analyse zusammen (vgl. Abb. 3 und 7). Diese Übersicht ermöglicht eine komparative Analyse der Gleichgewichtsergebnisse der beiden Modelle. In Verbindung mit Tabelle 1 ermöglicht es Tabelle 2, die Folgen der Einführung einer Möglichkeit zum Vergleich durch die Bestimmung der Auswirkung auf primäre und tertiäre Kosten normativ zu bewerten.

Im Fall ii) gibt es keinen Unterschied zwischen einer Welt mit Vergleich und einer in der nur geklagt werden kann, also auch keinen Unterschied hinsichtlich der primären und tertiären Kosten.

Tabelle 2: Gleichgewichte in Klage- und Vergleichsspiel

	Klagespiel	Vergleichsspiel
Fall i) $r > P/(Y+P) > w$	a) ZVT wenn $r > Y/(Y+P)$	f) $S^*(r)$ wenn $r > (2X+P)/2(Y+P)$
	b) LEG wenn $Y/(Y+P) > r > (X+P)/(Y+P)$	g) NVOR wenn $r < (2X+P)/2(Y+P)$
	c) NVOR wenn $r < \min\{X+P, Y+P\}$	
Fall ii) $w < r < P/(Y+P)$	NVOR	NVOR
Fall iii) $r > w > P/(Y+P)$	d) LEG wenn $r > (X+P)/(Y+P)$	h) $S^*(r)$ wenn $r > (2X+P)/2(Y+P)$
	e) NVOR wenn $r < (X+P)/(Y+P)$	i) NVOR wenn $r < (2X+P)/2(Y+P)$

Im Fall iii) ist die Wirkung der Einführung einer Vergleichsmöglichkeit ähnlich leicht zu bestimmen. Hier sind jedoch drei Parameterkonstellationen zu unterscheiden:

- (1) Ist  $r > (X+P)/(Y+P)$ , so spielen die Parteien im Klagespiel LEG, im Vergleichsspiel  $S^*(r)$ . Die Einführung des Vergleichs würde also die tertiären Kosten von P auf v senken (ein Unterschied bei den primären Kosten besteht nicht, weil in beiden Modellen die Kooperationsrente erzeugt wird und C für die Aufgabe seines Verfügungsrechts nicht die volle Gegenleistung Y erwartet).
- (2) Ist dagegen  $(X+P)/(Y+P) > r > (2X+P)/(Y+P)$ , so ergibt sich im Klagespiel NVOR, im Vergleichsspiel dagegen wiederum  $S^*(r)$ . Mit der Möglichkeit zum Vergleich wird also die Kooperationsrente erzeugt, mithin sinken die primären Kosten um  $-(Z-X)$ . Bei den tertiären Kosten entstehen Vergleichskosten v.
- (3) Mit  $r < (2X+P)/(Y+P)$  wählt C in beiden Spielen NVOR.

Bleibt also noch der Fall i) zu untersuchen. Tendenziell gilt im Klagespiel: Wenn r recht hoch ist, dann spielen die Parteien ZVT, wenn r niedriger ist, dann LEG, sonst NVOR. Im Vergleichsspiel mit  $P < 2X$  kommt es bei hohem r zu  $S^*(r)$ , sonst zu NVOR; wenn dagegen  $P > 2X$  gilt, spielen die Parteien immer  $S^*(r)$ . Daher sind bei der Einführung eines Vergleichs (also beim Übergang von Klage- zu Vergleichsspiel) folgende vier Änderungen des Gleichgewichtsverhaltens möglich:

- (1) Von ZVT auf  $S^*(r)$  – es entstehen geringe primäre und tertiäre Kosten.

- (2) Von ZVT auf NVOR – hierdurch entstehen primäre Kosten.
- (3) Von LEG auf  $S^*(r)$  – die tertiären Kosten werden vermindert.
- (4) Von NVOR auf  $S^*(r)$  – primäre Kosten werden vermieden, dagegen entstehen tertiäre Kosten  $v$ . Der Nettoeffekt hängt davon ab, ob  $v$  größer oder kleiner ist als die Kooperationsrente  $Z-X$ ; i.a. dürfte  $v < Z-X$  gelten, so dass die Einführung des Vergleichs eine positive Wohlfahrtswirkung hat.

Die komparative Analyse von Klage- und Vergleichsspiel führt zwar in jeder Parameterkonstellation zu einem eindeutigen Ergebnis; aber keine der beiden verglichenen Institutionen ist effizient (erzeugt in jeder Parameterkonstellation die gleiche oder eine höhere Wohlfahrt als die andere). Die Wohlfahrtswirkung der Einführung einer Möglichkeit zum Vergleich hängt nämlich von der exakten Konstellation der Parameter ( $r, w, P$ ) ab, die das Gerichtssystem beschreiben. Tabelle 3 fasst die Fälle zusammen, in denen die Verfügbarkeit des Vergleichs zu einer Änderung der Wohlfahrt führt; in Fall iii) Nr. (3) sowie in Fall ii) entsteht ja keine Verhaltensänderung.

Tabelle 3: *Wohlfahrtsänderung durch Einführung des Vergleichs*

Fall	Parameter	primäre	tertiäre	Wohlfahrt
<b>i) <math>r &gt; P/(Y+P) &gt; w</math></b>				
(1)	$r > Y/(Y+P)$ und $r > (2X+P)/2(Y+P)$	$+i$	$+v$	sinkt
(2)	$(2X+P)/2(Y+P) > r > Y/(Y+P)$	$+(Z-X)$	$0$	sinkt
(3)	$Y/(Y+P) > r > (X+P)/(Y+P)$	$0$	$-P+v$	steigt
(4)	sonst	$-(Z-X)$	$v$	steigt
<b>iii) <math>r &gt; w &gt; P/(Y+P)</math></b>				
(1)	$r > (X+P)/(Y+P)$	$0$	$-P+v$	steigt
(2)	$(X+P)/(Y+P) > r > (2X+P)/2(Y+P)$	$-(Z-X)$	$v$	steigt

Die Einführung einer Möglichkeit zum Vergleich erzeugt offensichtlich immer dann Wohlfahrtsverluste, wenn die Parameter des Gerichtssystems im Klagespiel das Gleichgewicht ZVT implementieren. Im günstigeren dieser Fälle kommt es nach Einführung des Vergleichs zum Gleichgewicht  $S^*(r)$ , was lediglich einen Teil der Kooperationsrente zugunsten der L umverteilt, so dass die Investitionsanreize des S leiden. Die primären Kosten fallen dennoch gering aus, weil die Kooperationsrente weiterhin erzeugt wird. Zu diesen geringen primären Kosten könnten geringe tertiäre Kosten hinzukommen, wenn Verhandlungen nicht völlig kostenfrei sind.

Wohlfahrtsgewinne durch Einführung des Vergleichs sind dagegen in mehreren Parameterkonstellationen möglich. Immer dann, wenn im Klagespiel das Gleichgewicht LEG gespielt werden würde, lassen sich durch Vergleich die tertiären Kosten senken (zudem könnte eine Aufwertung der



Verfügungsrechte des C eintreten, was seine Anreize zu spezifischen Investitionen verbessert). Wird im Klagespiel NVOR gespielt, im Vergleichsspiel dagegen  $S^*(r)$ , dann vermeidet der Vergleich primäre Kosten in Höhe der Kooperationsrente  $Z-X$  (geringe tertiäre Kosten der Verhandlung mögen hinzukommen).

Ist die Rechtspolitik völlig frei in der Gestaltung des Gerichtssystems, wäre es also immer vorzugswürdig, Vergleiche zu verbieten und im Klagespiel die Parameter des Gerichtssystems ( $r, w, P$ ) so einzustellen, dass das Gleichgewicht ZVT implementiert wird. In der Realität wird dagegen Unsicherheit über die „optimalen“ Parameter herrschen, schon weil diese Parameter für eine Vielzahl von Fällen mit unterschiedlichen Streitwerten festgelegt werden müssen. Es drohen also die Gleichgewichte LEG oder gar NVOR. Vergleiche zuzulassen sichert dann die Generierung von Kooperationsrenten, wenn auch geringe tertiäre Kosten anfallen könnten. Problematisch sind vor allem diejenigen Konstellationen, unter denen im Klagespiel ZVT, im Vergleichsspiel aber NVOR gespielt wird – hier erweist sich die Möglichkeit zum Vergleich als teure Lösung.

### III. Einsatz von Mediatoren

Das vorgestellte Verhandlungsmodell mit perfekter und vollständiger Information ist recht rudimentär und wird der Komplexität menschlicher Interaktion in Verhandlungen nicht gerecht. In der ökonomischen Literatur werden auch reichhaltigere Verhandlungsmodelle diskutiert. Ausgangspunkt der entsprechenden Diskussionen in der ökonomischen Analyse des Rechts ist das „trial puzzle“: warum treffen Parteien sich im Gerichtssaal, obwohl doch die Verfahrenskosten immer einen Verhandlungsbereich zwischen ihnen eröffnen. Asymmetrische Information oder beiderseitiger Optimismus bei inkonsistenten Erwartungen könnten eine Erklärung für dieses Phänomen liefern.

Zudem wird die Prognose der „naiven“ ökonomischen Verhandlungstheorie, rationale Parteien würden sich immer in der ersten Runde einigen, oft von der Realität widerlegt. Nicht nur bei Lohnverhandlungen sind oft mehrere Runden, begleitet von kostspieligen Streiks, beobachtbar.<sup>24</sup> Diese praktischen Verhandlungsprobleme dürften die Bilanz der Vergleichsmöglichkeit im Hinblick auf primäre und tertiäre Kosten allgemein verschlechtern. Mediation könnte allerdings einen Beitrag dazu leisten, diese Probleme abzumildern.

„*Litigation used to be the natural way of settling disputes*“, räumt der Economist ein, aber überfüllte Gerichte und immer höhere Verfahrenskosten

---

<sup>24</sup> Zum „delay“ in Vergleichsverhandlungen siehe Spier (1992).

ten machen Streitregelung durch Mediation attraktiver.<sup>25</sup> Der Fokus liegt auch hier auf den tertiären Kosten: Zwar will ein professioneller Mediator durchaus entlohnt werden, so dass seine Einschaltung zunächst also tertiäre Kosten verursacht: Aber im Vergleich zum Zivilprozess können diese durchaus geringer ausfallen, wenn der Konflikt gelöst wird.

Dreierlei Einwände lassen sich hier erheben: Erstens besteht die Gefahr, dass Mediation erfolglos bleibt und die Parteien sich doch noch vor Gericht wiedersehen. Dann steigen die tertiären Kosten der streitigen Beilegung um die Kosten des erfolglosen Mediationsversuchs. Am deutlichsten wird dies, wenn der Richter als Mediator tätig wird: Im „mini-trial“ sucht er, unterstützt von zwei Vertretern der Parteien einen Vergleich; scheitert er, so können die Vorarbeiten ein späteres Gerichtsverfahren erleichtern.<sup>26</sup> Diese Aussicht dürfte allerdings das Verhalten der Parteien während der Mediation beeinflussen.<sup>27</sup>

Zweitens bedeutet Mediation immer eine Kompromisslösung. Im vorigen Abschnitt C) wurde argumentiert, dass Kompromisslösungen die Anreize zu rechtstreuem oder effizientem Verhalten „verwässern“ könnten. Demgegenüber behauptet Weigel (2002, 492), dass Mediation die Konfliktbeilegung sowohl von primären als auch von tertiären Kosten entlasten könne (wobei der Artikel allerdings keinen theoretischen oder empirischen Beleg für diese These liefert).

Drittens ist zu fragen, wie das Entlohnungsschema des Mediators gestaltet ist. Von diesem Entlohnungsschema werden seine Anreize abhängen, den Parteien zu einer beiderseits vorteilhaften Lösung zu verhelfen. Für rationale Parteien wird hiervon aber auch die kollektive Entscheidung abhängen, überhaupt einen Mediator zu beauftragen.

Diese Anreizproblematik ist spieltheoretisch bislang kaum untersucht worden. Eine experimentelle Studie von A. Kirstein (2004) hat diese Frage explorativ untersucht. In ihrer Analyse hat der Mediator mehr Wissen als die Verhandlungsparteien darüber, welches Verhandlungsergebnis effizient ist. Im Experiment ist angenommen, dass ein Aufteilungsschlüssel von 25% für Partei A und 75% für B die maximale Verhandlungsrente erzeugt. Da es Verhandlungskosten aufwirft, mehr als eine Runde zu verhandeln, wäre es also effizient, sich bereits in der ersten Runde auf diesen Aufteilungsschlüssel zu einigen. Ineffizient wäre es dagegen, einen anderen Schlüssel zu vereinbaren oder nicht bereits in der ersten Runde zu einer

---

<sup>25</sup> The Economist 3. Feb. 2007, S. 58.

<sup>26</sup> <http://www.mediationswoerterbuch.de/index.php?title=M>, dort Nr. 14 (Download am 4. Feb. 2008), wo jedoch die Bedeutung des „mini-trials“ für Europa als gering eingestuft wird. Auch für die USA zieht Morgan (1997) das im Grunde erstaunliche Fazit, der „mini-trial“ gehöre zu den „less-used but highly successful ADR techniques“.

<sup>27</sup> Dieser Effekt bedarf (ähnlich wie der Zusammenhang zwischen Prozesskostenhilfeprüfung und Zivilprozess) der gründlichen Erforschung.

Einigung zu kommen; dann ist das zwischen den Parteien verteilte Verhandlungsergebnis kleiner als die maximal mögliche Verhandlungsrente. Die in Experimenten häufig zu beobachtende hälftige Aufteilung ist – selbst bei sofortiger Einigung – per Annahme ineffizient, weil nicht die maximale Rente generiert wird.

A. Kirstein (2004) untersucht drei verschiedene Anreizschemata für Moderatoren:

1. Der Moderator erhält einen Bonus, wenn der Streit durch Verhandlung beigelegt wird;
2. er erhält einen Anteil an den zwischen den Parteien verteilten Verhandlungsergebnis;
3. er bekommt einen Anteil am Ergebnis des Spielers A.

Diese Anreizschemata haben unterschiedliche Wirkungen auf die Bereitschaft des Moderators, seine private Information zu enthüllen und damit auch auf die Anreize der Parteien, überhaupt einen Moderator einzuschalten. Im Ergebnis führen die Verträge 1 und 2 zu höheren Verhandlungsrenten als die „faire“, aber ineffiziente Aufteilung, während die Verhandlungsrente unter Vertrag 3 geringer ausfällt (zudem muss der Moderator noch entlohnt werden). Die zusätzliche Rente fällt unter Vertrag 2 höher aus als unter 1, aber unter beiden Verträgen übersteigt sie den Lohn des Moderators. Damit weist das Experiment nach, dass Bezahlung nach Anteilen oder fixen Boni durchaus anreizkompatible Verträge darstellen können, während parteiische Moderation selbst dann zur Ineffizienz führt, wenn er den Parteien überlegenes Wissen anzubieten hat. Allerdings analysiert das Experiment nicht die Rückwirkung auf primäre Kosten, also auf die Effizienz des vorkonfliktären Verhaltens. Hier herrscht offensichtlich weiterer Forschungsbedarf.

## Literaturverzeichnis

*Bebchuk, L.A.*, Litigation and Settlement under Imperfect Information, *RAND Journal of Economics* 15, 3 (1984) 404-415.

*Calabresi, G.*, The Cost of Accidents, Yale 1970.

*Cooter, R./Kornhauser, L.*, Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges? *The Journal of Legal Studies* 9, 1 (1980) 139-163.

*Cooter, R./Kornhauser, L./Lane, D.*, Liability Rules, Limited Information, and the Role of Precedent, *The Bell Journal of Economics* 10, 1 (1979) 366-373.

*Cooter, R.D./Rubinfeld, D.L.*, Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution, *Journal of Economic Literature* 27, 3 (1989) 1067-1097.

- Daughety, A.F./Reinganum, J.F.*, Settlement Negotiations with Two-Sided Asymmetric Information: Model Duality, Information Distribution, and Efficiency, *Int. Review of Law and Economics* 14 (1994) 283-298.
- Leder, M.*, Die sichtbare und die unsichtbare Hand in der Evolution des Rechts, Berlin 1998.
- Kirstein, A.*, How Mediator Compensation Affects the Conflicting Parties', and the Mediator's Behavior. An Economic and Experimental Analysis, unveröffentlichtes Manuskript Karlsruhe 2004.
- Kirstein, R.*, Imperfekte Gerichte und Vertragstreue. Eine ökonomische Theorie richterlicher Entscheidungen, Wiesbaden 1999.
- Kirstein, R./Rickman, N.*, „Third Party Contingency“ Contracts in Settlement and Litigation, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 160, 4 (2004), 555-575.
- Kirstein, R./Schmidtchen, D.*, Judicial Detection Skill and Contractual Compliance, *International Review of Law and Economics* 17, 4 (1997) 509-520.
- Morgan, S. A.*, The Mini-Trial: A Valuable Alternative Dispute Resolution Tool for the United States Navy. Master's thesis, Monterey/CA 1997.
- Rubin, P.H.*, Why Is the Common Law Efficient? *The Journal of Legal Studies* 6, 1 (1977), 51-63.
- Schäfer, H.B./Ott, C.*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer, 4. Auflage 2005.
- Spier, K.*, The Dynamics of Pre-Trial Litigation, *Review of Economic Studies* 59 (1992) 93-108.
- Tullock, G.*, Trials on Trial. The Pure Theory of Legal Procedure, New York 1980.
- Tullock, G.*, Court Errors; in: *European Journal of Law and Economics* 1 (1994) 9-21.
- Waldfogel, J.*, Reconciling Asymmetric Information and Divergent Expectations Theories of Litigation; in: *The Journal of Law and Economics* 41, 2 (1999) 451-476.
- Wangenheim, G. v.*, Die Evolution von Recht, Tübingen 1995.
- Weigel, W.*, Zivilrechtliche Absicherung von Mediationsübereinkommen, eine Erkundung, in: Schäfer, H.-B./Lwowski, H.-J. (Hrsg.), FS Ott, Wiesbaden 2002, 491-513.
- Williamson, O. E.*, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, Tübingen 1990.