German Working Papers in Law and Economics

Volume 2001 *Paper* 3

Reform des Kostenersatzrechts bei Aktionärsklagen mit Drittwirkung

Michael Adams
University of Hamburg

Copyright ©2001 by the authors.
http://www.bepress.com/gwp
All rights reserved.

Reform des Kostenersatzrechts bei Aktionärsklagen mit Drittwirkung

Abstract

Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen dienen dem Schutz von Minderheitsgesellschaftern vor Entscheidungen der Unternehmensverwaltung und der Aktionärsmehrheit.

Solche Klagen besitzen Drittwirkung (externe Effekte), da ihre Ergebnisse nicht nur unter den prozessierenden Parteien wirken, sondern für alle Aktionäre gelten (§284 I S. 1 AktG, §147 III AktG). Nachdem die Möglichkeit erpresserischer Anfechtungsklagen von Minderheits-aktionären gegen Unternehmen aufgrund der Baum'schen Gesetzesvorschläge sinnlos geworden sein werden, verbleibt das Problem sicherzustellen, daßdie wünschenswerten, zur Kontrolle von Aktionärsmehrheit und Verwaltung notwendigen Anfechtungs- und Verfolgungsklagen auch tatsächlich in gewünschtem Umfang erhoben werden.

Es wird gezeigt, daßdie Kostenersatzregeln hierfür von entscheidender Bedeutung sind. Die Analyse zeigt, daßder Vorschlag, bei einer Nichtigkeits- und Anfechtungsklage die Kläger auch bei verlorenen, aber nicht mutwillig angestrengten Prozessen von den Prozezu entlasten und für das Verfolgungsrecht ein Zulassungsverfahren mit verbindlicher Kostenentscheidung vorzusehen, sinnvoll, aber nicht hinreichend ist. Zusätzlich sollte die Möglichkeit eingeführt werden, daßder Kläger auf seinen Antrag hin für den Fall seines Obsiegens einen verdoppelten Gewinn zugesprochen erhält, im Falle seiner Niederlage jedoch eine Kostenvervielfältigung zu tragen hat.

Erst durch die so verstärkten Anreize zur Klageerhebung können die Klagerechte der Aktionäre ihre wichtige Rolle bei der Kontrolle der Unternehmensverwaltung und Aktionärsmehrheit wahrnehmen.

Reform des Kostenersatzrechts bei Aktionärsklagen mit Drittwirkung

von
Universitätsprofessor Dr. Michael Adams, Hamburg

„Die Kostenregelung ist der maßgebliche Schlüssel für den angemessenen Einsatz dieses unverzichtbaren Managementkontrollinstruments“

T. Baums, Gutachten für den 63. Deutschen Juristentag zur Aktionärsklage

I. Einleitung: Reform der Aktionärsklagen mit Drittwirkung

Gewinnrechte, Klagerechte und Stimmrechte von Aktionären bilden den wesentlichen Teil der Eigentumsrechte an Unternehmen. Ohne Gewinn-, Klage- und Stimmrechte für die Eigentümer könnten Kapitalunternehmen keine wirksame und kostengünstige Organisation zur Schaffung von Gütern in einer arbeitsteiligen Welt sein[1]. Die Stellung eines Aktionärs ist jedoch wirtschaftlich durch die Mehrheitsmacht anderer Aktionäre und von einem nach eigenen Interessengesichtspunkten handelnden Management gefährdet[2]. Der Hauptversammlung sind daher die grundlegenden Entscheidungen der Managementkontrolle und der Grundlagen der Unternehmensausrichtung vorbehalten[3]. Aus Gründen einer praktikablen Willensbildung werden Entscheidungen der Hauptversammlung aufgrund von Mehrheiten gefällt. Dies bedeutet jedoch auch, daß die Mehrheit Entscheidungen treffen kann, die auf eine besondere und unzulässige Benachteiligung der Minderheit hinauslaufen. Um derartige Beschlüsse zu Fall bringen zu können, steht jedem einzelnen Aktionär eine Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage zu. Im Bereich der Kontrolle der Unternehmensverwaltung soll ein Verfolgungsrecht der Minderheit die

---

[1] Vgl. hierzu *T. Baums*, Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?, Gutachten E für den 63. Deutschen Juristentag, Beck, 2000, A.III.; *M. Adams*, "Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung", Nomos 1991; *M. Adams*, Höchststimmrechte, Mehrfachstimmrechte und sonstige wundersame Hindernisse auf dem Markt für Unternehmenskontrolle", AG 1990, S. 63 ff. m. w. N.

[2] *T. Baums*, Gutachten, aaO. A.III.

[3] *M. Adams*, Höchststimmrechte, Mehrfachstimmrechte und sonstige wundersame Hindernisse auf dem Markt für Unternehmenskontrolle", AG 1990, S. 63 ff. mit weit. Nachweisen. Im deutschen Recht sind diese Rechte allerdings eingeschränkt für den Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes und der Montanmitbestimmung. Diese führt zu rechtlichen Umwegkonstruktionen, Verlagerungen von Unternehmen und Unternehmensfunktionen in das mitbestimmungsfreie Ausland, zu erhöhten Finanzierungskosten und einer Schwächung der Managementkontrolle, während Vorteile des Systems nicht erkennbar sind, sieht man von der Verhinderung der Ausplünderung der Unternehmen durch exzessive Managemententlohnungen nach US-Muster ab.

Produced by bepress.com, 2013

Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrates auch dann ermöglichen, wenn diese sich gegenseitig decken und auch die möglicherweise an den pflichtwidrigen Vorgängen beteiligte Mehrheit der Aktionäre diese nicht eintreibt[4]. Der Umstand, daß sich eine rechtswidrig verhaltende Verwaltung der Möglichkeit einer Schadensersatzklage von Aktionären ausgesetzt sieht, entfaltet den Anreiz, ein derartiges Verhalten zu unterlassen[5]. Ohne eine derartige Klagemöglichkeit müßte mit einer erheblichen Verschlechterung der Qualität von Unternehmensverwaltungen[6] und letztlich mit anderen Aufsichtssystemen[7] oder anderen Unternehmensformen gerechnet werden.

Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht ist es bemerkenswert, daß beide Aktionärsklagearten mit Drittwirkungen verbunden sind. Dies besagt, daß ein Erfolg der Klage nicht nur die Rechtsverhältnisse zwischen den beteiligten prozessierenden Parteien berührt, sondern auch für und gegen alle anderen Aktionäre wirkt[8]. So wirkt die erfolgreiche Anfechtung eines rechtswidrigen Hauptversammlungsbeschlusses für und gegen alle Aktionäre, § 248 I S. 1 AktG. Das gleiche gilt für das Verfolgungsrecht der Minderheit gemäß § 147 III AktG. Da dort der Schadensersatz der Gesellschaft und nicht lediglich derjenige der klagenden Aktionäre geltend gemacht wird, dient die Klage den Interessen aller und damit auch der nicht klagenden Aktionäre. Die genannten Aktionärsklagesysteme haben damit mit den klassischen Problemen „externer Effekte“ und des „Trittbrettfahrerproblems“[9] zu kämpfen. Grundsätzlich sorgt der Umstand, daß ein Gericht über den Erfolg der Klage zu entscheiden hat, dafür, daß sich die sich von einer erfolgreichen Aktionärsklage ergebenden Drittwirkungen auf „positive externe Effekte“ beschränken[10].

---

[4] *T. Baums*, Gutachten, aaO. S. 6 und Teil F.

[5] Zur Präventionswirkung von Haftungsregeln vgl. *M. Adams,* Ökonomische Analyse der Verschuldens- und Gefährdungshaftung, R. v. Decker's/C.F. Müller 1985; *A. Shleifer/R. Vishny*, A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance, 1997, 737 ff. Ein empirischer Beweis für den Bereich des Strafechts findet sich bei *H. Curti,* Abschreckung durch Strafe, Gabler, 1999, S. 131 ff.

[6] Zum Problem des Mißbrauchs der Klagen und damit der Lähmung der Unternehmensverwaltungen und der hierzu von Literatur und Rechtsprechung gewählten rechtlichen Schutzfiguren vgl. *T. Baums*, Gutachten, aaO. F.III.3 und F.IV.4.

[7] *T. Baums*, Gutachten, aaO. A.III.4. sowie Teil B II .1.d des Gutachtens.

[8] *T. Baums*, Gutachten, aaO. A.III.3. nennt derartige Klagen „Klagen mit Gemeinschaftsbezug“. Hier soll der in den Wirtschaftswissenschaften übliche Begriff der Drittwirkung oder „externer Effekt“ benutzt werden.

[9] Vgl. hierzu *R. S. Pindyck/D. L., Rubinfeld*, Microeconomics, MacMillan, New York, NY. 1992 S. 661 ff.; *B. Cooter/T. Ulen*, Law and Economics, 2. Aufl. 1997, S. 100 ff.; *M. Olson,* The Logic of Collective Action, Harvard University Press, Cambridge, MA., 1965.

[10] Sicherlich werden auch Fälle von der Rechtsprechung fehlerhaft entschieden. Dabei sind zusprechende Urteile möglich, wo eine Klageabweisung richtig gewesen wäre und eine Klageabweisung, wo ein stattgebendes Urteil das richtige gewesen wäre. Es macht jedoch keinen Sinn, grundsätzlich anzunehmen, daß die Gerichte Fehlurteile fällen. Für die Analyse der

Baums[11] hat jedoch nachgewiesen, daß einzelne Aktionärsgruppen erpresserische Klagen zu Lasten der anderen Aktionäre erheben können und sich hierbei namentlich benannte Personengruppen zu Lasten der verklagten Unternehmen mit Millionenbeträgen zu bereichern vermochten. Zur Beseitigung des Mißstandes räuberischer Aktionärsklagen hat *Baums* einen überzeugenden rechtspolitischen Vorschlag vorgelegt. So soll nach *Baums*[12] durch eine Konzentration der Klage beim Prozeßgericht und einer Überwindung der Registersperre zusammen mit der Verpflichtung der Veröffentlichung von Vergleichen sichergestellt werden, daß weiterhin Klagen und Vergleiche von Aktionären uneingeschränkt möglich sind, Erpressungen und Ausbeutung der Unternehmen jedoch ausgeschlossen werden.

Der folgende Aufsatz geht davon aus, daß die Vorschläge des Gutachtens von *Baums* zur Überwindung der als Erpressungsgrundlage dienenden Registersperre und die Veröffentlichung von Prozeß- und insbesondere Vergleichsergebnissen bereits in geltendes Recht umgesetzt sind. Räuberische Aktionärsklagen sind hiernach sinnlos geworden und werden nicht mehr erhoben. Damit verbleibt lediglich das Problem sicherzustellen, daß die wünschenswerten, zur Kontrolle von Aktionärsmehrheit und Verwaltung notwendigen Klagen auch tatsächlich erhoben werden. Angesichts des bekannten Marktversagens aufgrund des „Collective-Action/Trittbrettfahrerproblems“ besteht jedoch die Gefahr, daß nicht genügend Klagen erhoben werden, da jeder Aktionär auf die Kontrollanstrengungen der anderen Aktionäre hofft und daher eigene unterläßt, mit dem Ergebnis, daß kein Aktionär Klage erheben wird[13].

In seinem Gutachten versucht *Baums*[14] die Gefahr einer zu geringen Klagetätigkeit durch Vorschläge zur Änderung der Kostenregelungen zu lösen. So empfiehlt *Baums*[15], daß bei Abweisung der Anfechtungs- und

---

Wirkungen wird daher davon ausgegangen, daß die anderen Aktionäre gegen negative externe Effekte der Klagen aufgrund der Prüfung der Gerichte geschützt sind.

[11] *T. Baums*, Gutachten, Teil V.1.

[12] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.VII und Teil F. IV.

[13] *M. Adams*, Höchststimmrechte, Mehrfachstimmrechte und sonstige wundersame Hindernisse auf dem Markt für Unternehmenskontrolle", AG 1990, S. 63 ff. m. w. N.

Es besteht guter Grund für die Annahme, daß die Zahl der Klagen in Deutschland zumindest bis in die Mitte der 80er Jahre viel zu gering war. So haben sich die Zustände in den deutschen börsennotierten Unternehmen erst Anfang der 90er Jahre aufgrund der zunehmenden Bedeutung ausländischer institutioneller Anleger, der Kapitalmarktförderungsgesetze und der in der Presse starken Widerhall findenden Anstrengungen von Professor *Wenger* deutlich zum Besseren gewendet. Für die Häufigkeit der Anfechtungsklagen vgl. die Statistik bei *T. Baums*, Gutachten, Teil C.II.4. Zieht man die Zahl der räuberischen Aktionärsklagen ab, ist auch die Klagetätigkeit ab Mitte der 80er Jahre keinesfalls beeindruckend und bewegt sich im Bereich des Bruchteils eines Promilles pro Beschlußgegenstand.

[14] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.VII und Teil F. IV.5.

[15] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.VII.

Nichtigkeitsklage abweichend von § 91 ZPO dem Prozeßgericht die Möglichkeit eingeräumt werden solle, die Kosten nach seinem Ermessen ganz oder teilweise der beklagten Gesellschaft aufzuerlegen. Bei der Ermessensausübung solle das Gericht insbesondere berücksichtigen, ob die Klage im Zeitpunkt der Erhebung Aussicht auf Erfolg hatte, ob sie mutwillig oder rechtsmißbräuchlich erhoben wurde und ob die Klage abzuweisen war, weil der Kläger während der kurzen Anfechtungsfrist den Anfechtungsgrund nicht erkennen und vortragen konnte. Für den Bereich der Verfolgungsklagen sieht *Baums*[16] - *Ulmer* folgend - die Einführung eines Zulassungsverfahrens vor, in dem die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Klage durch das Prozeßgericht summarisch geprüft werden sollten. *Baums* empfiehlt dann, den zugelassenen Klägern im Unterliegensfall einen materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft einzuräumen, da ihnen das Klagezulassungsverfahren hinreichende Aussicht auf Erfolg signalisiert habe.

Die Vorschläge von *Baums* und *Ulmer* können das Problem der Gefahr zu geringer Klagetätigkeit nicht lösen, da ihr Vorschlag möglichen Klägern im besten Falle und durchaus nicht risikofrei Kosten erspart. Wie in dieser Arbeit gezeigt werden wird, bewirkt die Entbürdung von Kostenrisiken, daß das Führen von Prozessen wirtschaftlicher wird. Der entscheidende Nachteil der Entlastung von Prozeßkostenrisiken besteht jedoch darin, daß hierdurch in besonderem Umfang gerade Prozesse mit geringen Erfolgsaussichten wirtschaftlich vorteilhafter gemacht werden. Dieser Wirkung will *Baums* zwar für den Bereich der Anfechtungsklage durch die erwähnten Abwägungsregelungen und das Zulassungsverfahren entgegensteuern. Da dann jedoch nur noch Prozesse von den Kosten entlastet werden, die ohnehin gute Aussichten hatten, läuft der Vorschlag wirtschaftlich leer, da für diese Prozesse das Kostenrisiko nur noch eine geringe wirtschaftliche Bedeutung aufweist[17]. Damit ergibt sich, daß *Baums* mit seinen rechtspolitischen Empfehlungen zwar das Problem der räuberischen Aktionärsklagen überzeugend erledigt hat, sein Vorschlag sich jedoch als untauglich erweist, das ebenso wichtige Anreizproblem zu lösen, Aktionäre zu

---

[16] *T. Baums*, Gutachten, Teil F.IV.4. mit Verweis auf *Ulmer*, ZHR 163 (1999), 290, 341: „Die Funktion des Zulassungsverfahrens ist dabei die, der Minderheit die Verfolgung ex ante aussichtsreicher Schadenersatzprozesse im Interesse der Gesellschaft ohne das Risiko der Belastung mit den Prozeßkosten zu ermöglichen, dagegen aussichtslose oder zu mißbräuchlichen Zwecken betriebene Klagen der Minderheit tunlichst von vornherein auszuschalten. Außerdem soll das Zulassungsverfahren der Gesellschaft die Möglichkeit geben, im Sinne der Grundsätze der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung des Bundesgerichtshofes einzuwenden, daß Gründe des Gesellschaftswohls dem Schadenersatzprozeßentgegenstehen."

[17] Vgl. hierzu weiter unten die Untersuchung der Regelung „Forderung des Klägers bei Kostenfreistellung des Klägers". Aus der dortigen Graphik wird deutlich, daß im Falle der Kostenfreistellung des Klägers bei hohen Siegeswahrscheinlichkeiten der Erwartungswert nur noch geringfügig erhöht ansteigt. Die Abwägungsklausel von *Baums* soll bewirken, daß der Nachteil der Kostenfreistellung in Form der sehr starken Förderung von Klagen mit geringen Erfolgsaussichten aufgehoben wird. Leider wird dadurch die ganze Regelung für risikoneutrale Kläger weitgehend wirkungslos.

finden, die es angesichts des Trittbrettfahrerproblems und rationaler Apathie[18] der Mühe lohnend finden, die richtigen[19] Prozesse zu führen. Während *Baums* somit daß Problem der "zu vielen Prozesse" gelöst hat, bleibt das Problem der „zu wenigen Prozesse" in seinem Gutachten offen.

Zur Abwendung der Gefahr zu geringer Klagetätigkeit wurde von *Wenger*[20] und *Adams*[21] die Forderung erhoben, daß die Kläger für ihre Risikoübernahme und Leistungen für die untätig gebliebenen Aktionäre im Obsiegensfalle eine Entschädigung erhalten sollten. Dieser Ansicht ist *Baums* in seinem Gutachten nicht gefolgt, da er eine Häufung unbegründeter Klagen befürchtete[22].

Dieser Aufsatz soll nun die Wirkung der erörterten Kostenregelungen untersuchen und einen Vorschlag unterbreiten, der sicherstellt, daß unbegründete Klagen wirtschaftlich unterdrückt und begründete Klagen mit Drittwirkung trotz ihrer Behinderung durch das Trittbrettfahrer-Problem prozeßwillige Aktionäre finden werden. Hierzu ist es erforderlich, die Gründe für die Existenz von Zivilprozessen darzulegen.

II. Das Paradoxon des Prozesses

Zivilprozesse sind aufgrund ihrer Kosten für Anwälte, Gutachter und Gerichte für die beteiligten Parteien insgesamt ein schädigendes Ereignis. Es muß daher erklärt werden, aus welchem Grunde rationale Menschen überhaupt unter Kosten Zivilprozesse gegeneinander anstrengen, statt die dabei an Anwälte, Sachverständige, Gutachter und Gerichte fließenden Gelder im Wege einer Einigung untereinander zu verteilen. Es erscheint wenig vernünftig, die Erklärung menschlicher Verhaltensweisen mit der Annahme zu versuchen, daß es ein allgemeiner Wesenszug des Menschen sei, er sei blind und irrational. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die einzelnen Bürger nur dann einen Prozeß

---

[18] *M. Adams*, Höchststimmrechte, Mehrfachstimmrechte und sonstige wundersame Hindernisse auf dem Markt für Unternehmenskontrolle", AG 1990, S. 63 ff. m. w. N.

[19] Richtige Prozesse sind diejenigen, in denen die Kläger mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten zu obsiegen und unrichtige Prozesse sind diejenigen, von denen die Kläger mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten, daß sie verloren gehen. Bei rationalen Erwartungen verwandeln sich die ex ante Erwartungswerte in ex post Durchschnitte.

[20] *E. Wenger,* AG Sonderheft 1997, S. 59.

[21] *M. Adams,* AG Sonderheft 1997, S. 10.

[22] *T. Baums*, Gutachten, Teil F.IV.d: „Nicht zu befürworten ist dagegen der Vorschlag, für Minderheitsaktionäre einen positiven Anreiz, ihr Verfolgungsrecht geltend zu machen, dadurch zu schaffen, daß ihnen im Fall des Obsiegens ein Teil der Schadensersatzsumme als Prämie ausgezahlt wird. Solche Belohnungen für erfolgreiche Klagen führen zur Herausbildung eines entsprechenden Gewerbes, das erfolglose Klagen mit den Gewinnen aus erfolgreichen Klagen quersubventionieren kann. Die damit verbundene Häufung auch unbegründeter Klagen ist sozial nicht wünschenswert."

anstrengen, wenn sie glauben, ihre Lage durch den in Aussicht genommenen Prozeß verbessern zu können.

Der Entschluß einer Partei, einen Prozeß zu führen oder den Streit außergerichtlich beizulegen, beruht somit auf dem Vergleich zweier Situationen, dem Prozeß und dem Nichtprozeß. Je nachdem, welche der beiden Handlungen ihr den größeren Vorteil verspricht, wird sie einen Prozeß führen oder eine außergerichtliche Lösung vorziehen.

1. Der Entschluß der Parteien zum Prozeß

Glaubt eine Person einen Anspruch gegen eine andere Person zu besitzen, wird sie dann zu einem Prozeß schreiten, wenn sie glaubt, sie könne von ihrem Anspruchsgegner durch einen Prozeß eine höhere Auszahlung als in den außergerichtlichen Verhandlungen erlangen[23]. In entsprechender Weise wird es der Anspruchsgegner dann zum Prozeß kommen lassen, wenn er glaubt, seine erwartete Auszahlung durch das Führen eines Prozesses im Vergleich zu einer außergerichtlichen Einigung verringern zu können. Beide Parteien schätzen somit die wahrscheinliche Höhe ihrer Ein- und Auszahlungen für den Fall des Prozesses ab und vergleichen diese mit dem Wert der außergerichtlich erreichbaren Zahlung und wählen dann diejenige Alternative, die ihnen die höchste erwartete Einzahlung bzw. die geringste Auszahlung verspricht.

Diese vom Anspruchsteller und Anspruchsgegner abgeschätzten Erwartungswerte[24] stellen dann jeweils für beide Parteien die Grenzwerte ihrer außergerichtlichen Verhandlungsbereitschaft dar. Ist also in den außergerichtlichen Verhandlungen nur ein geringerer als der jeweilige von den einzelnen Parteien individuell abgeschätzte Erwartungswert des Prozesses erreichbar, wird jede von ihnen den Prozeßweg beschreiten, da dieser sich günstiger als das Verhandlungsergebnis darstellt.

Einer bis in das römische Recht zurückreichenden europäischen Tradition[25] entsprechend sehen die §§ 91 ff. ZPO vor, daß jede Partei die durch ihre Prozeßhandlungen verursachten Kosten zunächst selbst zu tragen hat. Die im Rechtsstreite unterlegene Partei hat ihrem Gegner jedoch alle zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu ersetzen. Bei einem teilweisen Obsiegen sind die Kosten verhältnismäßig zum Ausmaß des Obsiegens zuzusprechen, § 92 ZPO[26].

---

[23] Vgl. *M. Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, Athenäum 1981.

[24] Erwartungswerte kann man anschaulich bei einer häufigeren Wiederholung des gleichen Ereignisses als seinen durchschnittlichen Ertrag auffassen.

[25] Vgl. *A. Bruns*, Das Verbot der quota litis und die erfolgshonorierte Prozeßfinanzierung, JZ 2000, 232 ff. mit weiteren Nachweisen.

[26] Zur Regelung in den USA vgl. *M. Adams,* The Conflict of Jurisdictions - An Economic Analysis of Pretrial Discovery, Fact Gathering and Cost Allocation Rules in the United States and Germany -, European Review of Private Law, Volume 3 No.1 1995, S. 53 ff. mit weiteren Nachweisen sowie *M. Adams*, Kostenersatzrecht: Prozeßordnungsvergleich in ökonomischer Sicht", in: 100 Jahre Zivilprozeßordnung: Ökonomische Analyse des Zivilprozesses/ Hrsg. Bundesministerium für Justiz; *P. Lewisch / W. H. Rechberger*, Wien 1998, S. 225 ff. In den USA ist eine Kostenüberwälzung auf den unterlegenen Kläger oder Beklagten in den meisten Bundesstaaten nicht möglich. In der Praxis bleibt auch der vollständig obsiegende Kläger oder Beklagte auf den ihm entstandenen Kosten endgültig sitzen. Diese Regelungen haben auf die Rechtsdurchsetzung und das materielle Recht einen tiefgreifenden, wirtschaftlich falschen und ungerechten Einfluß

Ist der Anspruchsgegner aufgrund seiner Abschätzung des Erwartungswertes des Prozesses bereit, mehr in der außergerichtlichen Verhandlung anzubieten als der Kläger als Mindestforderung außergerichtlich verlangt, ist eine Fülle von Verhandlungsergebnissen möglich. Wenn zum Beispiel der Schuldner bereit ist, für eine außergerichtliche Einigung bis zu 8000 DM anzubieten und der Gläubiger bei einer außergerichtlichen Verhandlungslösung bereits mit 6000 DM zufrieden wäre, besteht zwischen beiden Parteien ein Verhandlungsbereich von 2000 DM. Die Parteien werden sich dann im Endergebnis auf eine Zahlung zwischen 6000 DM und 8000 DM einigen.

Dieser Grundgedanke soll an einem Zahlenbeispiel anschaulich dargestellt werden[27].

a) Die Mindestforderung eines möglichen Klägers

Der ökonomische Wert, den ein möglicher Kläger einem Prozeß über die von ihm verlangte Summe beimißt, ist der Wert der mit einem Prozeß verbundenen wahrscheinlichen Zahlungen, sein „Erwartungswert“, zukünftig mit E_k bezeichnet.

Der Erwartungswert des Prozesses aus der Sicht des Anspruchstellers („K“) errechnet sich als:

$$E_k = p_k * G - (1 - p_k) * K$$

Hierbei bedeutet „$\mathbf{p_k}$“ die von ihm angenommene Wahrscheinlichkeit, den Prozeß zu gewinnen, und „**G**“ die von ihm dann erstrittene Geldsumme und „**K**“ die von beiden Parteien insgesamt aufgewendeten Kosten. Der Erwartungswert seiner Zahlung ist dann die mit der Siegwahrscheinlichkeit $\mathbf{p_k}$ multiplizierte verlangte Geldsumme **G** abzüglich der mit der Niederlagewahrscheinlichkeit, (1

---

27 Hierzu werden im Text folgende Symbole benutzt, die jeweils in ihrem Zusammenhang nochmals erläutert werden :

$\mathbf{E_k}$ = Erwartungswert des Prozesses aus der Sicht des Klägers;

G = im Falle des Prozeßsieges erzielte Auszahlung an den Kläger, (etwa 10000 DM);

K = Kosten für die Anwälte *beider* Parteien inklusive der Gerichtskosten *beider* Parteien; (etwa 3600 bei einem 10000 DM Prozeß);

$\mathbf{p_k}$ = subjektive Wahrscheinlichkeit aus der Sicht des Klägers, den Prozeß zu gewinnen;

$\mathbf{(1 - p_k)}$ = subjektive Wahrscheinlichkeit aus der Sicht des Klägers, den Prozeß zu verlieren;

$\mathbf{p_b}$ = subjektive Wahrscheinlichkeit aus der Sicht des Beklagten, den Prozeß zu gewinnen;

$\mathbf{(1 - p_b)}$ = subjektive Wahrscheinlichkeit aus der Sicht des möglichen Beklagten, den Prozeß zu verlieren;

$\mathbf{E_b}$ = Erwartungswert des Prozesses aus der Sicht des Beklagten;

$\mathbf{N_k}$ = Nichtersetzte Kosten des Klägers;

$\mathbf{N_b}$ = Nichtersetzte Kosten des Beklagten;

- p_k), multiplizierten gesamten Prozeßkosten **K**.

Der Erwartungswert eines Prozesses, bei dem um 10000 DM gestritten wird, und bei dem die Kosten für Gericht und Anwälte insgesamt beispielsweise 3600 DM betragen, ergibt sich für den Anspruchsteller dann als:

$E_k = p_k * 10000 - (1 - P_k) * 3600$ oder umgeformt:
$E_k = p_k * 13600 – 3600.$

Wie aus der Gleichung deutlich zu erkennen ist, hängt der Erwartungswert des Prozesses für den Anspruchsteller entscheidend davon ab, wie hoch der Anspruchsteller die Wahrscheinlichkeit ansetzt, mit der er den Prozeß zu gewinnen glaubt. Glaubt er beispielsweise felsenfest an einen Prozeßsieg und hält er eine Niederlage für völlig ausgeschlossen, nimmt seine subjektive Siegeswahrscheinlichkeit $\mathbf{p_k}$ den Wert 1 an. Dann ist der Erwartungswert des Prozesses für ihn genau:

$E_k = 1 * 13600 - 3600 = 10000$ DM.

Zweifelt er jedoch und gibt er sich lediglich eine Siegeschance von 50%, dann nimmt er für p_k den Wert von 0,5 an, so daß sein Erwartungswert für seine 10000 DM Forderung bei 3600 DM Prozeßkosten nun nur noch:

$E_k = 0{,}5 * 13600 - 3600 = 6800 - 3600 = 3200$ DM

beträgt.

Ist er lediglich sehr optimistisch, so mag er seine subjektive Siegeswahrscheinlichkeit auf 90% und damit seine Niederlagewahrscheinlichkeit auf 10% ansetzen. Der wirtschaftliche Wert seines 10000 DM-Anspruchs bei Prozeßkosten von 3600 DM beläuft sich dann auf

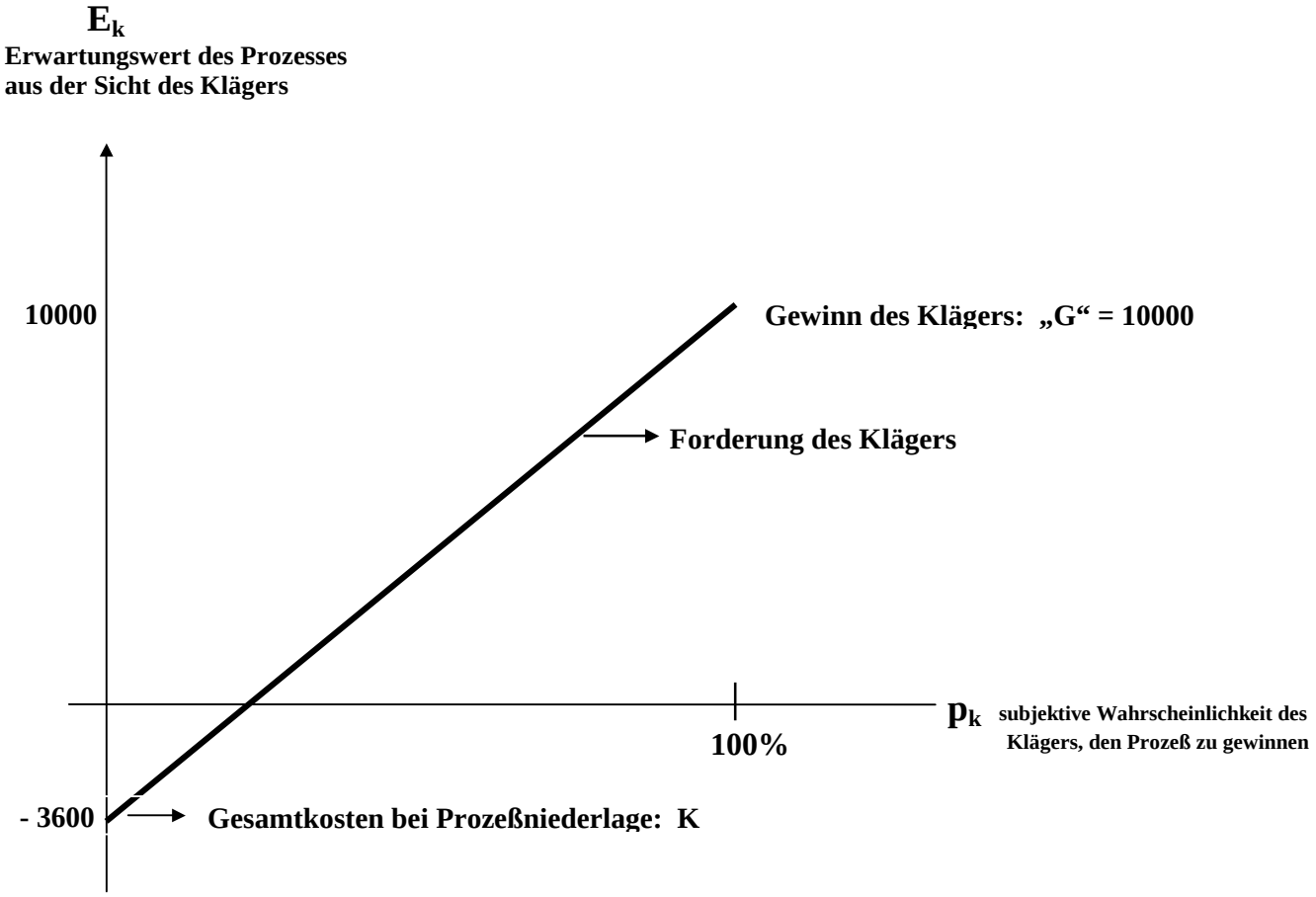
$E_k = 0{,}9 * 10000 - 0{,}1 * 3600$, d.h. auf $9000 - 360 = 8640$ DM.

Diese *Höhe des Erwartungswertes* ist deshalb von entscheidender Bedeutung für die Erklärung von Prozessen, da sie die Höhe der *Minimalforderung* darstellt, die der Anspruchsteller in den Verhandlungen für eine außergerichtliche Lösung verlangen wird. Sollte der Anspruchsgegner nicht bereit sein, dem Anspruchsteller mindestens diesen Erwartungswert von 8640 DM zu zahlen, erscheint dem Anspruchsteller der Prozeß lohnender, da er ja im Falle des Prozesses trotz der von ihm einkalkulierten Prozeßkosten und trotz des Prozeßrisikos eine höhere Auszahlung erwartet. Der Anspruchsteller wird also jedes außergerichtliche Zahlungsangebot seines Anspruchsgegners ablehnen, das unter dem Erwartungswert des Prozesses liegt.

Die folgende Graphik zeigt nun, wie sich der Erwartungswert eines Prozesses für den Kläger ändert, wenn sich seine subjektive Siegeswahrscheinlichkeit

ändert:

Die Entscheidung zum Prozeß: Die Klägerseite



Wie deutlich zu sehen ist, steigt der Erwartungswert $\mathbf{E_k}$ und damit der Mindestbetrag für eine außergerichtliche Einigung, der vom Anspruchsteller noch zugestimmt wird, linear mit zunehmender subjektiver Siegeswahrscheinlichkeit immer mehr an und erreicht erst mit $P_k = 1$, der 100prozentigen Siegeswahrscheinlichkeit, den vollen Wert des Anspruchs, im Beispiel also die 10000 DM.

b) Das Angebot des Anspruchsgegners und möglichen Beklagten

Auch der Anspruchsgegner muß sich über den Wert klar werden, den die von einem Prozeß ausgelösten Zahlungen für ihn darstellen würden. Auch er muß sich einen Betrag überlegen, den er dem Anspruchsteller außergerichtlich maximal zu zahlen bereit ist und der ihm bei einem Überschreiten das Führen eines Prozesses trotz aller Risiken lohnender als eine außergerichtliche Lösung

erscheinen läßt. Auch er wird daher wie der Anspruchsteller den Erwartungswert seiner möglichen Zahlungen abschätzen.

Da der Anspruchsgegner und Beklagte aufgrund der Kostenüberwälzung im Falles seines Obsiegens im Prozeß nichts, „**0**“, im Falle der Prozeßniederlage jedoch die Streitsumme **G** und die gesamten Prozeßkosten beider Seiten **K**, insgesamt also **G + K** zu bezahlen hat, errechnet sich sein Erwartungswert als:

$E_b = p_b * 0 - (1 - p_b) * (G + K)$

Mit $\mathbf{p_b}$ wird hier die vom Anspruchsgegner angenommene Wahrscheinlichkeit bezeichnet, den Prozeß zu gewinnen. Seine Niederlagewahrscheinlichkeit ist damit logischerweise $\mathbf{1 - p_b}$.

Im Beispiel des Prozesses um 10000 DM bei insgesamt 3600 DM Prozeßkosten ist somit der Erwartungswert des Beklagten:

$E_b = p_b * 0 - (1 - p_b) * 13600$
$E_b = p_b * 13600 - 13600$

Nur für den Fall, daß er völlig sicher ist, den Prozeß zu gewinnen, wird der Anspruchsbelastete $p_b = 1$ annehmen und damit dem Anspruchsteller nichts anbieten und die Zahlung völlig verweigern, da sein Erwartungswert dann:

$E_b = 1 * 13600 - 13600 = 0$

beträgt.

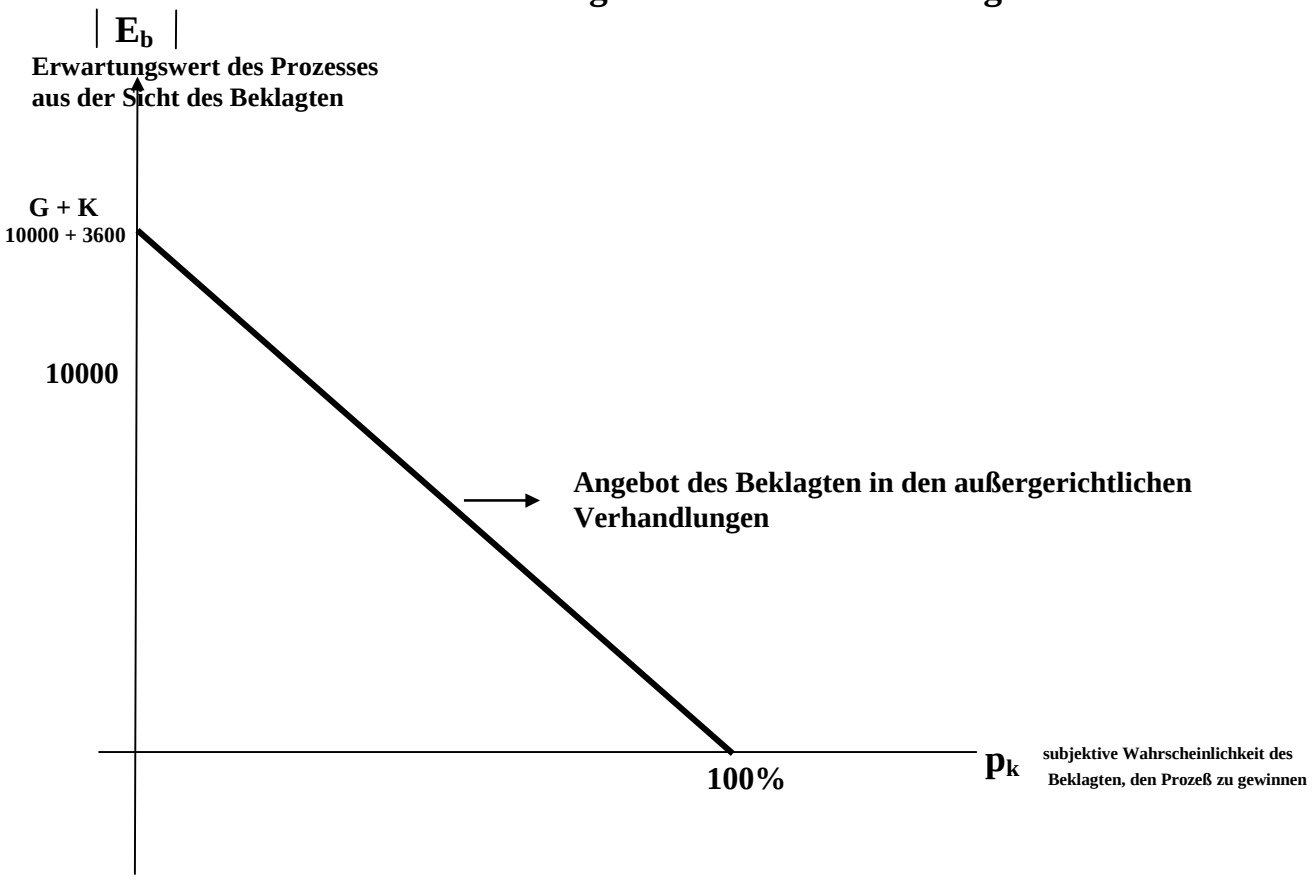
Glaubt der Schuldner aber beispielsweise, daß er den Prozeß nur mit 80 %iger Wahrscheinlichkeit für sich entscheiden kann, ergibt sich der Erwartungswert des Prozesses für ihn als:

$E_b = 0{,}8 * 13600 - 13600 = - 2720$

Da er somit im Falle eines Prozesses einen Verlust von 2720 DM erwartet, wird er sich in den außergerichtlichen Verhandlungen zu keinem Auszahlungsangebot von mehr als 2720 DM an den Gläubiger bereit finden, da ihm von diesem Betrag ab ein Zivilprozeß als die lohnendere Alternative erscheint. Auch hier stellt somit der *Erwartungswert* des Prozesses das *Höchstangebot* dar, das der Anspruchsgegner für eine außergerichtliche Lösung anbieten wird. Die folgende Graphik zeigt, wie sich der Erwartungswert des Anspruchsgegners mit seiner subjektiven Wahrscheinlichkeit, den Prozeß zu gewinnen, verändert[28]:

[28] Der negative Erwartungswert wurde in der Graphik aus Darstellungsgründen absolut genommen und als Höchstangebot des Anspruchsgegners bezeichnet.

Die Entscheidung zum Prozeß: Die Beklagtenseite



2. Die Ursache von Prozessen: höhere Forderung als Angebot

Sind sich beide Parteien nach der Bildung ihrer Erwartungswerte über ihre Mindestforderung und ihr Höchstangebot bei den außergerichtlichen Verhandlungen klar geworden, läßt sich sofort ableiten, unter welchen Bedingungen ein Zivilprozeß zustande kommt: Immer wenn die *Mindestforderung* des Anspruchstellers höher ist als das *Höchstangebot* des Anspruchsgegners kommt es zu einem Prozeß.

Mit den Beispielszahlen Streitgegenstand G = 10000, Gesamtkosten beider Parteien K = 3600, angenommene Wahrscheinlichkeit des Klägers, den Prozeß zu gewinnen, p_k = 0,9 und der angenommenen Wahrscheinlichkeit des Beklagten, den Prozeß zu gewinnen, p_b = 0,8, ergibt sich folgende Lage: Da für den Kläger der Erwartungswert E_k = 8640 und für den Beklagten der Erwartungswert E_b= - 2720 beträgt, ergibt sich als Differenz zwischen der Mindestforderung des Klägers und dem Höchstangebot des Beklagten der Betrag von 8640 - 2720 = 5920. Es kommt somit bei diesen subjektiven Wahrscheinlichkeiten der Beteiligten zum Prozeß um 10000 DM.

Soweit somit die Forderung des Klägers größer ist als das Angebot des Beklagten, ergibt sich ein Gerichtsverfahren, während alle anderen Fälle einen Verhandlungsbereich erzeugen, der zu einer Lösung ohne Gang vor Gericht führt.

3. Unvereinbare Erwartungen als Ursache des Auseinanderfallens von Forderung und Angebot der Parteien

Liegen die Streitsumme **G** und die Prozeßkosten **K** fest, zeigt es sich, daß die subjektiven Wahrscheinlichkeiten der Parteien, jeweils zu gewinnen, insgesamt einen Wert über 100% erreichen müssen, damit es überhaupt zu einem Prozeß kommen kann. Nun stellt sich die Frage, wie es zu einem solch unsinnig hohen Wert der Erfolgswahrscheinlichkeiten kommen kann.

Führen zwei Parteien einen Zivilprozeß gegeneinander, muß es bei einer Partei zu einem Sieg und damit zugleich zu einer Niederlage der anderen Partei kommen[29]. Hätte also ein und dieselbe Person die Sieg- und Verlustchancen der Parteien zu beurteilen, könnte sie bei gesundem Verstande der Siegeschance des Klägers nur den gleichen Wert zumessen wie der Verlustchance des Beklagten, da es sich um dasselbe Ereignis handelt. Würden also Kläger und Beklagter nicht selbständig ihre Sieg- und Verlustwahrscheinlichkeiten festsetzen, müßten $\mathbf{p_k}$ (d.h., die subjektive Wahrscheinlichkeit des Anspruchstellers, den Prozeß zu gewinnen) und $(\mathbf{1 - p_b})$ (d.h., die subjektive Wahrscheinlichkeit des Anspruchsgegners, den Prozeß zu verlieren) miteinander identisch sein, da sie sich auf dasselbe Ereignis beziehen. Bei einer solchen Festlegung der Wahrscheinlichkeiten durch die Parteien, könnte es jedoch niemals zu einem Prozeß kommen. So würde in unserem Beispielsfall des Streites um 10000 DM und Gesamtkosten von 3600 DM der Kläger bei 60% Siegeswahrscheinlichkeit für sich einen Erwartungswert des Prozesses und damit eine Forderung von 4560 DM errechnen. Der mögliche Beklagte würde im Falle der widerspruchsfreien, mit der Beurteilung des Anspruchsstellers übereinstimmenden Prozeßergebniswahrscheinlichkeit seinen Sieg mit 40% ansetzen und zu einem Angebot an den möglichen Kläger von 8160 DM gelangen. Da dann das Angebot deutlich höher ist als die Forderung, kann es nicht zu einem Prozeß kommen. Da dies für alle möglichen Kombinationen, bei denen die Beurteilung des Prozeßergebnisses von beiden Seiten widerspruchsfrei eingeschätzt wird, gilt, ist das Auftreten eines Prozesses bei

[29] In der Prozeßwirklichkeit beherrscht der Prozeßvergleich die Bühne. Die hier vorgelegte Erklärung erfaßt jedoch auch diese Möglichkeit. Hierzu sind statt der beiden Ereignisse „Sieg“ oder „Niederlage“ noch die möglichen Zwischenstufen möglicher Vergleiche einzufügen und diese mit den jeweiligen Wahrscheinlichkeiten zu gewichten. Da ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn hierdurch nicht zu erzielen ist, die Darstellung jedoch erheblich unübersichtlicher wird, soll hier die Analyse mit dem einfachen Fall fortgesetzt werden.

Dasgleiche gilt für den Fall, daß die Parteien nicht risikoneutral, sondern risikoscheu sind, vgl. hierzu die Ausführungen weiter unten sowie *M. Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 90 ff.

Produced by bepress.com, 2013

widerspruchsfreien subjektiven Wahrscheinlichkeiten der Parteien nicht möglich.

Die Sieg- und Verlustchancen eines Prozesses sind jedoch nicht lediglich von einer Person zu beurteilen, sondern von zwei Parteien. Während bei einer Person eine widersprüchliche Wahrscheinlichkeitsbewertung bei gesundem Verstande nicht zu erwarten ist, ist eine unterschiedliche Festsetzung der Wahrscheinlichkeiten für ein- und dasselbe Ereignis bei verschiedenen Personen durchaus der Regelfall[30]. Diese Unterschiede in den Zukunftserwartungen stellen die Grundlage für die Existenz von Zivilprozessen, aber auch den Grund für einen Teil des Börsenhandeles und für Spielen und Wetten[31] dar.

III. Die Bedeutung der Prozeßkosten für den ökonomischen Wert von Rechten und die Steuerungskraft des materiellen Rechts

Seit altersher sind die Prozeßkosten der Grund für Klagen am Zivilprozeßsystem. So wurde immer wieder darauf hingewiesen, daß ein Staat, der seinen Bürgern bei der gerichtlichen Verfolgung ihrer Rechte zu hohe Kostenlasten aufbürde, damit diesen das Recht selbst entziehe. Für den Wirtschaftswissenschaftler sind es die mit jedem Zivilprozeß verbundenen Kosten, die die Möglichkeit von Prozessen erklärungsbedürftig machen. Wie dargelegt, ist eine Auflösung dieses Paradoxon mit Hilfe der Erklärung der widersprüchlichen Erwartungen der Parteien möglich. Nun soll gezeigt werden, daß das Prozeßrisiko und die Höhe der Prozeßkosten einen untrennbaren Bestandteil eines jeden Rechts bilden und dessen wirtschaftlichen Wert bestimmen. Durch Festlegung der Höhe der Prozeßkosten können somit die tatsächliche Rechtsdurchsetzung im Klageweg und damit der wirkliche Wert des materiellen Rechts beliebig verändert werden.

Wie erläutert, schätzen die Parteien den Prozeßausgang ab und machen den dabei ermittelten Erwartungswert zur Grundlage ihrer Forderungen und Angebote und damit ihrer Entscheidungen über einen Gang vor Gericht. Verändert man in den Gleichungen die Kosten des Prozesses für den Kläger, ergibt sich, daß eine Erhöhung der Prozeßkosten - bis auf den Fall des als völlig

---

[30] Grund hierfür sind unterschiedliches Wissen und Wahrnehmungsverzerrungen der Parteien sowie die Einflußnahme der Anwälte.

[31] Bei Wetten, wie Roulette oder Lotto, besteht die soziale Problematik darin, daß die Spielerseite aufgrund der schwierigen mathematischen Struktur den Erwartungswert des Spieles nicht ausrechnen kann und damit die Nutzen und Kosten ihrer Entscheidung nicht richtig abzuwägen vermag, vgl. hierzu *T. Tolkemitt*, Die deutsche Glücksspielindustrie. Eine wirtschaftswissenschaftliche Analyse mit rechtspolitischen Empfehlungen. Diss. Hamburg 2000; *M. Adams*, Fair Play! Zur Notwendigkeit eines Gewinnillusionenbeseitigungsgesetzes, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1997, S. 314 f.

sicher angesetzten Prozeßsieges - immer zu einer Ermäßigung der Mindestforderung durch den Anspruchsteller führt. Durch die Höhe der Prozeßkosten kann damit die Rechtsordnung den rechtlich gesicherten wirtschaftlichen Wert eines Rechts für den Berechtigten festlegen. So ist ein materiell-rechtlich gewährter Anspruch von 10000 DM für seinen Inhaber selbst bei einer Durchsetzungswahrscheinlichkeit bei Gericht in Höhe von 90% wirtschaftlich nichts mehr wert, wenn er für diesen Prozeß Kosten in Höhe von 90000 DM[32] im Falle seiner Prozeßniederlage zu zahlen hat.

Für den Anspruchsgegner gilt das Entsprechende. Er wird durch eine Erhöhung der mit dem Prozeß verbundenen Kosten zu immer höheren außergerichtlichen Angeboten gezwungen. Ein materiell-rechtlich gewährtes Nichtleistungsrecht wird durch immer höhere Prozeßkosten ebenfalls ausgehöhlt.

Die Rechtsordnung kann somit allein durch die Festsetzung der Prozeßkosten jedes materielle Recht bis zur Bedeutungslosigkeit aushöhlen. Ist der Gerichtsweg mit hohen Kosten - welcher Art auch immer[33] - gepflastert, eröffnet sich für die Beteiligten wirtschaftlich nur noch der Weg der außergerichtlichen Lösung, deren Ergebnisse jedoch nicht mehr vom Recht, sondern von der jeweiligen Verhandlungsmacht der Parteien bestimmt sind[34].

IV. Die Wirkung einzelner Kosten- und Gewinnregelungen

1. Klagen mit Drittwirkung

a. Asymmetrisch erhöhte Bedeutung des Prozeßgegenstandes für den Beklagten – Erpressungsfall I -

Nach §§ 241 ff AktG kann ein Beschluß der Hauptversammlung wegen einer Verletzung des Gesetzes oder der Satzung, des Erstrebens von Sondervorteilen, der Verletzung von Inhalts- und Treuepflichten[35] angefochten werden. Hierbei setzt die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses keinen Mindestanteilsbesitz voraus. Zur Anfechtung und möglichen Blockade der Umwandlung und Neuorganisation eines Weltkonzerns genügt gegebenenfalls eine einzige Aktie im Wert von einem Euro. Jeder Aktionär kann damit im

---

[32] Der Betrag errechnet sich wie folgt: $0{,}9 \cdot 10000 - 0{,}1 \cdot K = 0$. Löst man nach K auf ergibt sich: $9000 - 0{,}1 * K$ $K = 9000 / 0{,}1 = 90000$.

[33] Hierzu gehören z.B. auch die bei Anfechtungsklagen von Hauptversammlungsbeschlüssen besonders bedeutsamen Zeitverzögerungen. Diese können durch eine entsprechende Erhöhung oder Absenkung der Nominalbeträge in Form der jeweiligen Barwerte berücksichtigt werden, vgl. hierzu *M. Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 109 f. sowie den folgenden Abschnitt.

[34] Vgl. hierzu allgemein *M. Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 109 f. und *T. Baums*, C. III.4.d. zu räuberischen Aktionärsklagen.

[35] Vgl. hierzu ausführlich und rechtsvergleichend mit einer empirischen Analyse *T. Baums*, Gutachten, Teil C.II.

Wege der Anfechtungsklage als Kontrolleur der gesamten Organisation tätig werden. Die Anfechtungsklage ist damit eine Klage mit außergewöhnlich bedeutsamer Drittwirkung.

Die Drittwirkung besagt, daß die Wirkung der Klage ein vielfaches des im Streit befangenen wirtschaftlichen Wertes des Aktionärs umfaßt. So kann die Anfechtungsklage eines Ein-Euroaktionärs beispielsweise zur Verzögerung einer Umwandlung führen, mit der Folge von steuerlich bedingten Verlusten von 1 Milliarde Euro. Dieser Sachverhalt weicht von der zuvor dargestellten Analyse des Zivilprozesses entscheidend ab: In der bisherigen Darstellung wurde davon ausgegangen, daß der Betrag **G**, um den der Prozeß geführt wurde, für beide Parteien die gleiche Größe hat, z.B 10000 DM. Dies ist jedoch nicht immer eine sinnvolle Annahme. So spielt etwa im Fall eines Prozesses mit Drittwirkung, wie bei einer Beschlußanfechtungsklage, die im Prozeß auf Seiten des klagenden Aktionärs auf dem Spiele stehende Summe für das Unternehmen nur eine völlig nebensächliche Rolle.

Wenn der Prozeß jedoch für *beide* Parteien die gleiche Bedeutung als Musterprozeß besitzt, führt dies nur zu einem höheren Streitwert **G** für beide Seiten, mit der Folge, daß die monetären Kosten für beide Seiten nun eine geringere Rolle bei ihrer Entscheidung zum Prozeß spielen. Es handelt sich in einem solchen Fall dann lediglich subjektiv um eine verdeckte Kostensenkung pro streitiger Mark.

Da hier der Fall einer Aktionärsklage mit Drittwirkung, etwa eine Anfechtungsklage gegen eine Kapitalmaßnahme, untersucht werden soll, ist die Bedeutung der Streitsumme **G** für das beklagte Unternehmen ein mehrfaches der Bedeutung für den Kläger. D.h., der Anspruchsgegner bewertet die Zahlung, die von ihm verlangt wird, n-mal höher als der Kläger:

$$G_b = n * G_k$$

Da der Beklagte in den außergerichtlichen Verhandlungen den Erwartungswert für den Fall eines Prozesses anbieten wird, ergibt sich sein Angebot als:

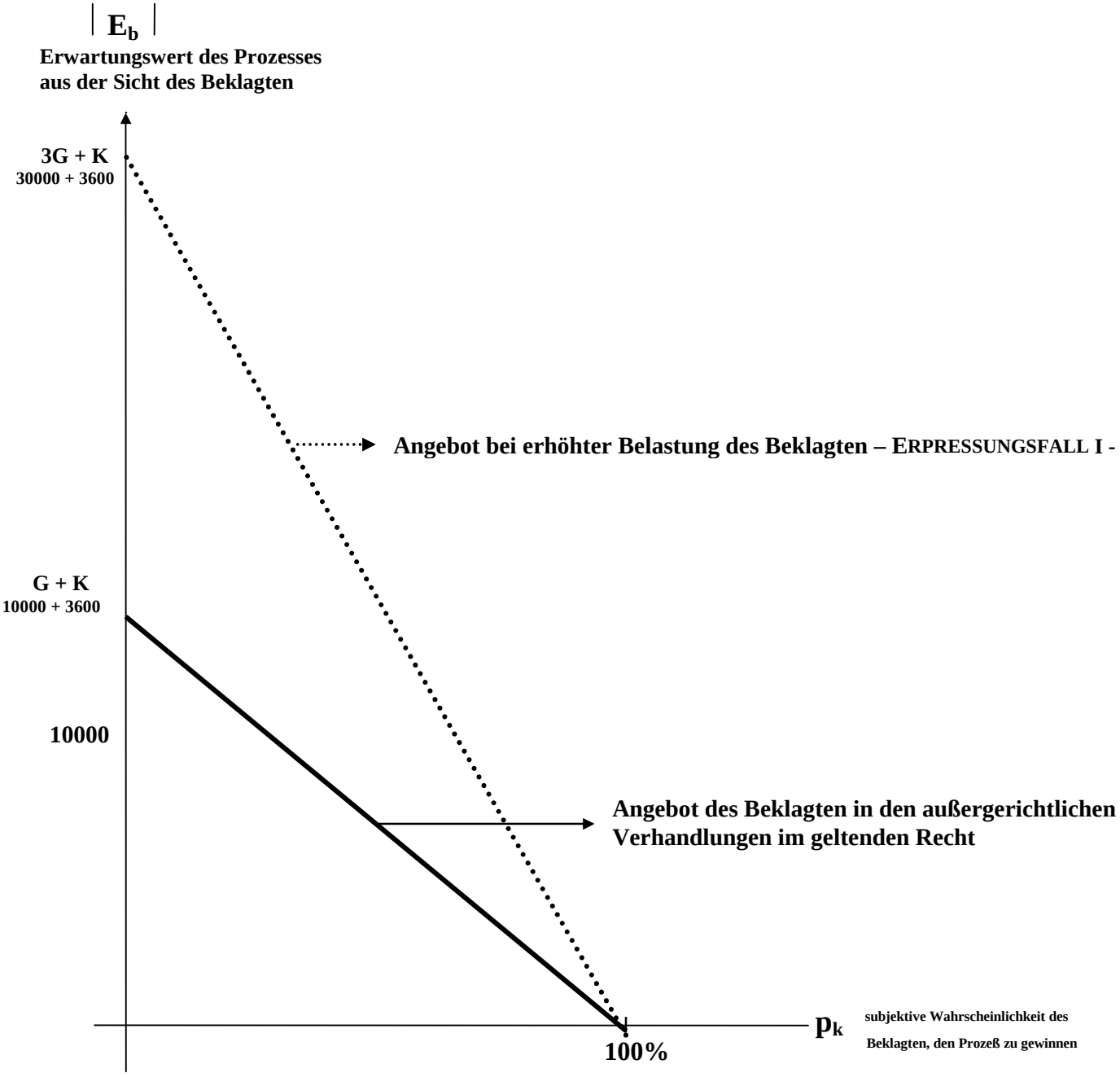
$$E_b = p_b * 0 - (1 - p_b) * (n * G + K)$$
$$E_b = (n * G + K) * p_b - n * G - K$$

Ein Prozeß, der für den Anspruchsgegner über die verhandelte Streitsumme hinaus große Bedeutung hat, führt dazu, daß der Anspruchsgegner die im verhandelten Prozeß auf dem Spiel stehende Streitsumme **G** als nebensächlich ansieht, da es ihr um ein vielfaches von **G** geht. Je wichtiger der Streitgegenstand für das beklagte Unternehmen ist, um so stärker wird dieses daher sein Angebot erhöhen. Im Falle der asymmetrisch erhöhten Bedeutung des Falles für den Beklagten, erhöht dieser dramatisch sein Angebot auch an einen Kläger, für den der Prozeß nur geringe Erwartungswerte aufweist. Da der

Erwartungswert des Prozesses für den Kläger nur die Untergrenze der Forderung des Klägers darstellt, kann er in Verhandlungen mit dem möglichen Beklagten ein Vielfaches seiner gerichtlichen Erwartungswerte als Prozeßabwendungszahlung erhalten, da er in der Lage ist, zu geringen Kosten dem beklagten Unternehmen einen hohen Schaden zuzufügen. Im Falle von Anfechtungsklagen ist die erpreßbare Lage des beklagten Unternehmens möglichen Klägern bekannt. Die zur Klage berechtigenden Aktien werden teilweise bewußt im Hinblick auf die Ausbeutung dieser Situation erworben. Das beklagte Unternehmen wird dennoch rationalerweise erhebliche Beträge anbieten, auch wenn es weiß, daß der Kläger im Falle eines Prozesses nur einen viel geringeren Wert erzielen kann, da seine wirtschaftliche Überlegung darauf abzielt, nicht den Gewinn des räuberischen Klägers zu verhindern, sondern die Entstehung eines noch größeren eigenen Schadens im Prozeßfalle durch die Zahlung der verlangten Erpressungssumme abzuwenden. So ist es möglich, daß der Kläger auch durch die Erhebung aussichtsloser Anfechtungsklagen ein Vielfaches seiner geringen Erwartungswerte vom Beklagten herauszuholen vermag, da diese Zahlung für das beklagte Unternehmen aufgrund der bisher noch vorhandenen Registerfalle immer noch die billigere Lösung darstellt.

Die folgende Graphik macht die asymmetrische Belastung der beklagten Unternehmen – ausgedrückt in $n * G$ – und damit die ökonomische Grundlage der von manchen Anfechtungsklägern praktizierten Erpressungen deutlich[36].

[36] Vgl. *T. Baums*, C.III.4.d. Aufschlußreich ist dabei der von *Baums* beschriebene Weg über die in den Vergleichsgebühren willkürlich hoch angesetzten Aufwandspauschalen.



b. Die Festsetzung der Kostenhöhe bei Anfechtungs - und Nichtigkeitsklagen

Die Höhe der Kosten eines Prozesses richtet sich nach ihrem Streitwert. Das Aktiengesetz sieht in § 247 I vor, daß das Prozeßgericht den Streitwert unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles, insbesondere der Bedeutung der Sache für die Parteien, nach billigem Ermessen festsetzt. Der Streitwert darf jedoch ein Zehntel des Grundkapitals oder eine Million Mark nur insoweit überschreiten, als die Bedeutung der Sache für den Kläger höher zu bewerten ist.

Bis zum Jahre 1937 wurde von den Gerichten als Streitwert nicht die Bedeutung des Falles für die Gesellschaft, sondern allein das Interesse der klagenden Partei zugrundegelegt[37]. Die Drittwirkungen der Klage wurden bei der Streitwertfestsetzung ausgeblendet. Nach der Neuregelung des § 199 VI AktG 1937 wurde der Streitwert nunmehr wesentlich an dem Interesse der Gesellschaft an der Aufrechterhaltung des angefochtenen Beschlusses ausgerichtet. Die hierdurch deutlich erhöhten Streitwerte schreckten nunmehr die Klagen von Kleinaktionären ab[38]. Seit 1965 gilt die dargestelle Regelung. Für das Interesse der beklagten Gesellschaft sind etwa bei Streitigkeiten über den Jahresabschluß oder die Entlastung oder strukturändernden Beschlüssen die Bilanzsumme oder das Kosteninteresse der Gesellschaft an der Wirksamkeit des Beschlusses von Bedeutung. Die Festsetzung des Streitwertes nach billigem Ermessen führt nach der Ermittlung des Interesses dann zur Bildung eines Zwischenwertes[39]. Nach *Baums* [40] bewegen sich die Streitwerte überwiegend weit unter 500 000 DM.

Übertragen auf die Analyse des Zivilprozesses bedeutet die Streitwertfestsetzung nach § 247 I AktG, daß der Kläger im Falle seines Sieges nur seine Streitsumme G erhält, die Kosten des Prozesses für ihn jedoch um ein vielfaches der bisher angenommen Summe steigen. Dies bedeutet, daß Anfechtungsklagen für kleinere Aktienpakete gänzlich unwirtschaftlich sind. Obwohl *Baums*[41] überzeugend argumentiert, daß eine Einschränkung des Rechts zur Beschlußanfechtung und zur Nichtigkeitsklage nicht in Betracht kommen kann, bewirkt die Kostenregelung des § 247 I AktG auf dem Wege ihrer weitgehenden wirtschaftlichen Vernichtung das nicht angestrebte Ergebnis[42].

Die folgende Graphik verdeutlicht diesen Sachverhalt am Beispiel einer lediglich versiebenfachten Kostenerhöhung:

---

[37] RG JW 1930, 2704.

[38] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.III.4.d.

[39] Vgl. ausführlich *T. Baums*, Gutachten, Teil C.III.4.d. m.w.N.

[40] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.III.4.d.aa.

[41] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.IV.

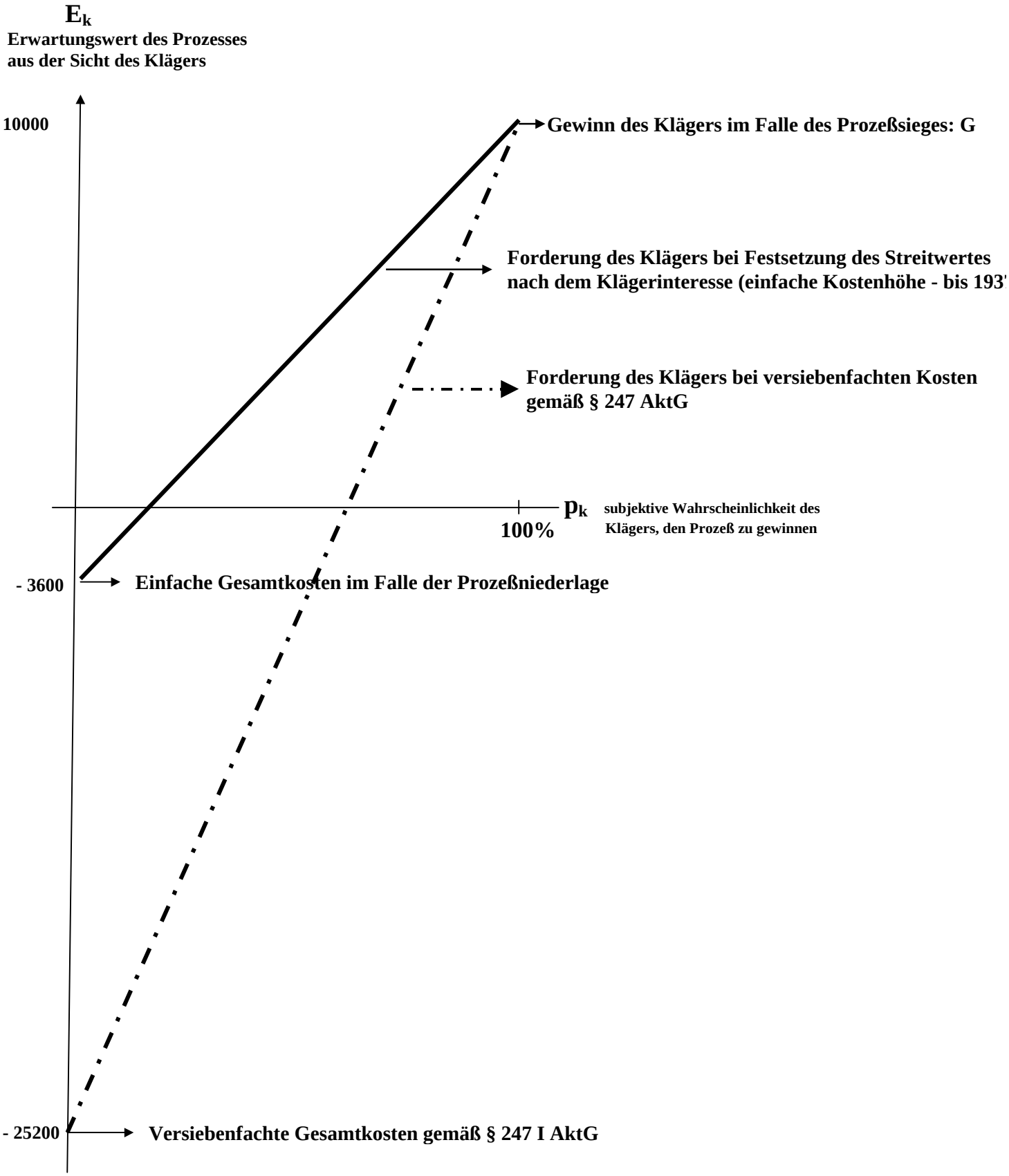
[42] Die Rentabilitätsschwelle für einen Prozeß, dh. eine höhere erwartete Zahlung als null, wird bei einer Kostenversiebenfachung gemäß § 247 I AktG erst mit einer Siegeswahrscheinlichkeit von 71,59% - gegenüber 26,47 % bei der Ausrichtung der Kosten am Klägerinteresse – erreicht:

$E_k = p_k * 10000 - (1 - p_k) * 7 * 3600 = 0$

$E_k = p_k * 35200 – 25200 = 0$

$p_k = 25200/35200 = 71,59\%$.

Forderung des Klägers bei Kostenvervielfachung



c. Die Wirkung der Streitwertspaltung nach § 247 II, III AktG

Nach § 247 II, III AktG kann auf Antrag bei Anfechtungsklagen zugunsten der schwächeren Partei der Regelstreitwert nach § 247 I AktG ermäßigt werden. Nach *Baums*[43] machen die Gerichte von der Streitwertspaltung nur sehr zurückhaltenden Gebrauch und steuern die Höhe des Streitwertes im Falle schwächerer Parteien über das ihnen in § 247 I AktG eingeräumte Ermessen, so daß kein Bedürfnis nach einer weiteren Ermäßigung bestehe.

An der vorangegangenen Graphik läßt sich auch die Wirkung der Streitwertspaltung ablesen. Ihr Ergebnis ist es, in einigen Fällen Klägern Kostenlasten zu vermindern. Im Ergebnis ist jedoch davon auszugehen, daß diese Ermäßigung für eine beachtliche Verhaltensänderung des Klägers nicht ausreicht. Schon eine Erhöhung der Beispielskosten um das siebenfache, entfernt alle Klagen aus dem Zivilprozeßsystem, die nicht eine mindestens 72% Siegeschance aufweisen. Da die Erhöhung der Kosten aufgrund der Berücksichtigung des Interesses der Gesellschaft häufig eine deutlich stärkere Vervielfachung bewirken, kann die leichte Rückgängigmachung der Streitwerterhöhung im Wege der Streitwertspaltung keine beachtliche Verbesserung bringen. Auf sie kann daher getrost verzichtet werden[44].

d. Notwendige Klageanreize nach der Beseitigung räuberischer Anfechtungsklagen

Die obige Graphik der asymmetrisch erhöhten Bedeutung **G** für den Beklagten beschreibt die Situation, in der sich Unternehmen bei Kapitalmaßnahmen und Umwandlungen im geltenden Recht aufgrund der Registersperre befinden. Das Gutachten von *Baums*[45] hat überzeugend den Weg zur Beseitigung dieses Mißstandes durch eine Konzentration der Klage beim Prozeßgericht und einer Überwindung der Registersperre zusammen mit der Verpflichtung der Veröffentlichung von Vergleichen gewiesen[46]. Wirtschaftlich hat *Baums* damit die zur Erpressung einladende Asymmetrie in der Bedeutung des Klagegegenstandes oder Kosten[47] für den Beklagten beseitigt. Nachdem *Baums* in einer ersten Runde mit seinen Vorschlägen räuberischen Aktionärsklagen ein

---

[43] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.III.4.d.bb.

[44] Auch *T. Baums*, Gutachten, Teil C.III.4.e. empfiehlt den Verzicht auf diese Rechtsfigur. Ihm kann hierbei gefolgt werden. Sie ist für die Anreizstruktur der Anfechtungsklagen unbedeutend.

[45] *T. Baums*, Gutachten, Teil V.1.

[46] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.VII und Teil F. IV.

[47] Die unterschiedlich hohe Bedeutung für das beklagte Unte rnehmen und den räuberischen Kläger ergibt sich häufig aus den hohen Kosten, die mit einer Zeitverzögerung der Umsetzung des Hauptversammlungsbeschlusses verbunden sind. Eine andere gleichwertige Darstellung des Sachverhaltes ergibt sich, wenn man statt unterschiedlicher Auszahlungen, unterschiedlich hohe nicht ersetzte Kosten in die Gleichungen einsetzt.

Ende bereitet hat, unterbreitet er Verbesserungsvorschläge für die Kostenregelung dieser Klagen, um eine Lösung für das Problem zu finden, daß angesichts des „Collectiv-action/Trittbrettfahrer-Problems“ zu wenig Anfechtungs- und Verfolgungsklagen erhoben werden. Die von *Baums*[48] vorgesehenen Kostenregelungen sollen nun analysiert werden.

2. Die Forderung des Klägers bei Kostenfreistellung des Klägers

In seinem Gutachten empfiehlt *Baums*[49], daß dem Prozeßgericht die Möglichkeit eingeräumt wird, bei Abweisung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage abweichend von § 91 ZPO die Kosten nach seinem Ermessen ganz oder teilweise der beklagten Gesellschaft aufzuerlegen. Bei der Ermessensausübung solle das Gericht insbesondere berücksichtigen, ob die Klage im Zeitpunkt der Erhebung Aussicht auf Erfolg hatte, ob sie mutwillig oder rechtsmißbräuchlich erhoben wurde, ob die Klage abzuweisen war, weil der Kläger während der kurzen Anfechtungsfrist den Anfechtungsgrund nicht erkennen und vortragen konnte.

Zur Vereinfachung der Darstellung soll zunächst im folgenden der praktisch wichtige Spezialfall untersucht werden, in dem jeweils nur eine Partei ein Kostenrisiko zu tragen hat, während die andere Partei kostenfrei prozessieren kann[50].

Wenn der Kläger kostenfrei prozessieren kann, der Beklagte aber sein Kostenrisiko weiter tragen muß, bleibt die Angebotskurve des Beklagten unverändert. Die Forderung des privilegierten Klägers steigt jedoch für jede von ihm angenommene Siegeswahrscheinlichkeit an[51]. Der Erwartungswert des Klägers bei Kostenfreiheit ergibt sich – wegen **K** = **0** – wie folgt:

$E_k = p_k * G - (1- p_k) * 0$
$E_k = p_k * G$

Für den Fall einer Siegesannahme von 50% ergibt sich demnach eine Forderung des Anspruchssteller von 0,5 * 10000 = 5000, während die Forderung bei einem Kostenrisiko lediglich 0,5 * 10000 – 0,5 * 3600 = 3200 DM betragen hätte.

Die folgende Graphik verdeutlicht diesen wichtigen wirtschaftlichen Vorteil für den Kläger:

---

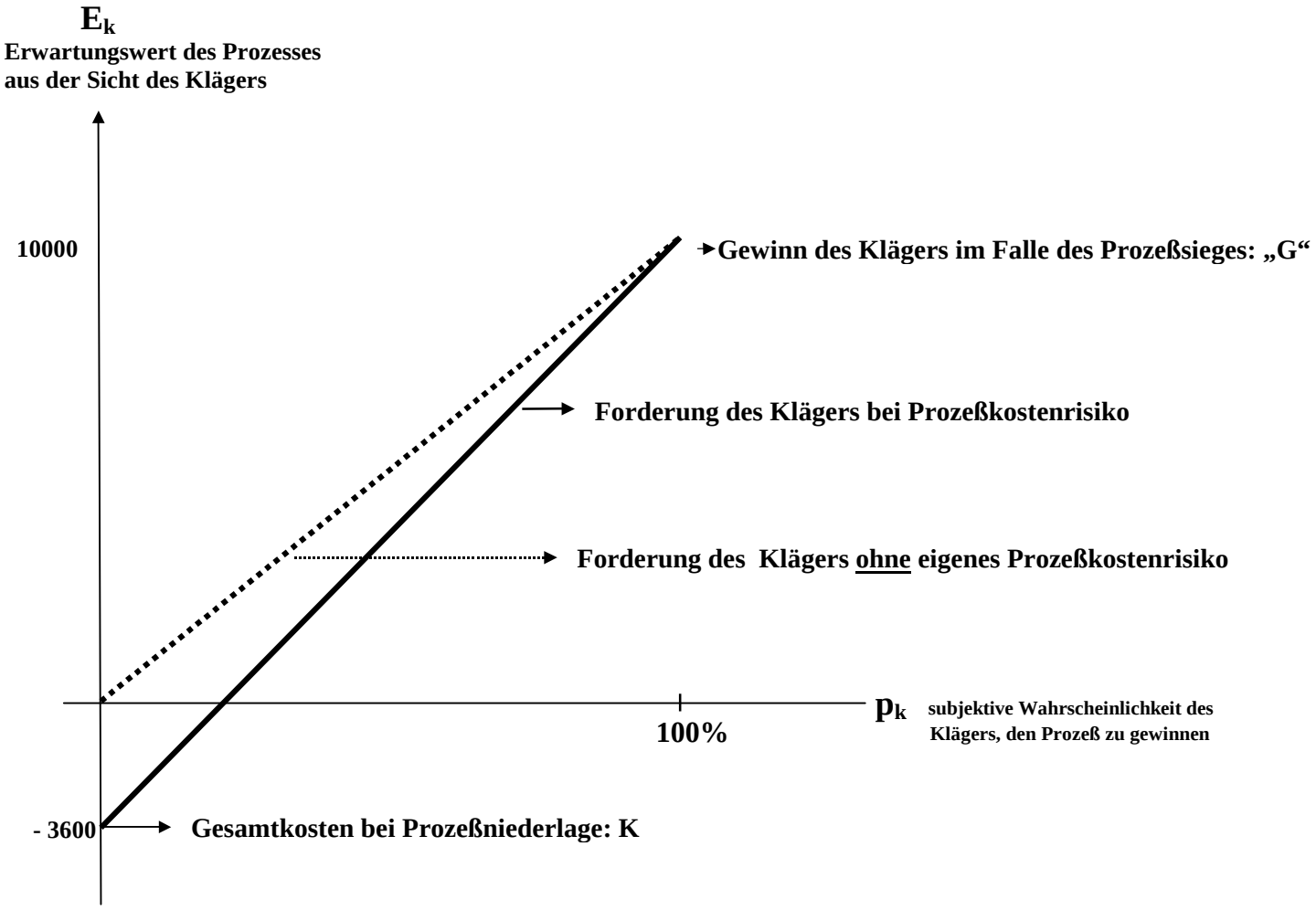
[48] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.VII und Teil F. IV.5.

[49] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.VII.

[50] Eine solche Lage ergibt sich typischerweise dann, wenn lediglich eine Seite rechtsschutzversichert ist.

[51] Außer für $p_k = 1$, siehe Graphik.

Forderungen des Klägers bei dessen Kostenfreiheit



Gewährt die Rechtsordnung somit einer Partei ein Kostenfreistellungsprivileg wird dies von seinem Inhaber mit erheblich erhöhten Forderungen an die Gegenseite beantwortet[52]. Wirtschaftlich werden damit die materiellen Rechte der Gegenpartei ausgehöhlt[53]. Da mit jedem Prozeß notwendigerweise in der Wirklichkeit Kosten verbunden sind, ist eine solche Freistellung eine einseitige Subvention an den Kläger, die mit erhöhter Nachfrage verbunden ist. Aufgrund seiner Kostenverschleierung und Anstachelung zur Erhebung auch aussichtsloser Prozesse ist ein solches Verfahren nicht zu empfehlen.

---

[52] Auch in anderen Zusammenhängen wird dieses theoretisch abgeleitete Verhalten von Parteien, die ohne Kostenrisiko prozessieren können, durch Beobachtungen der Realität bestätigt. So wird in der Praxis sowohl von Straf- und Zivilrichtern als auch von Anwälten und den Versicherten selbst berichtet, daß Rechtsschutzversicherte aufgrund ihrer kostenfreien Prozessiermöglichkeiten zu mehr Prozessen, zu mehr Rechtsmitteleinlegungen - selbst aussichtsloser Art - als auch zu verminderter Vergleichsbereitschaft neigen.

[53] Rechtsschutzversicherungen weisen damit erhebliche drittschädigende Wirkungen auf. Sie hätten niemals vom BAV genehmigt werden dürfen, da ihr Kern keine Versicherung, sondern eine Angriffswaffe gegen Dritte darstellt, die diese zwingt sich gleichfalls eine Rechtsschutzversicherung zuzulegen, vgl. *M. Adams,* Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 109 f.

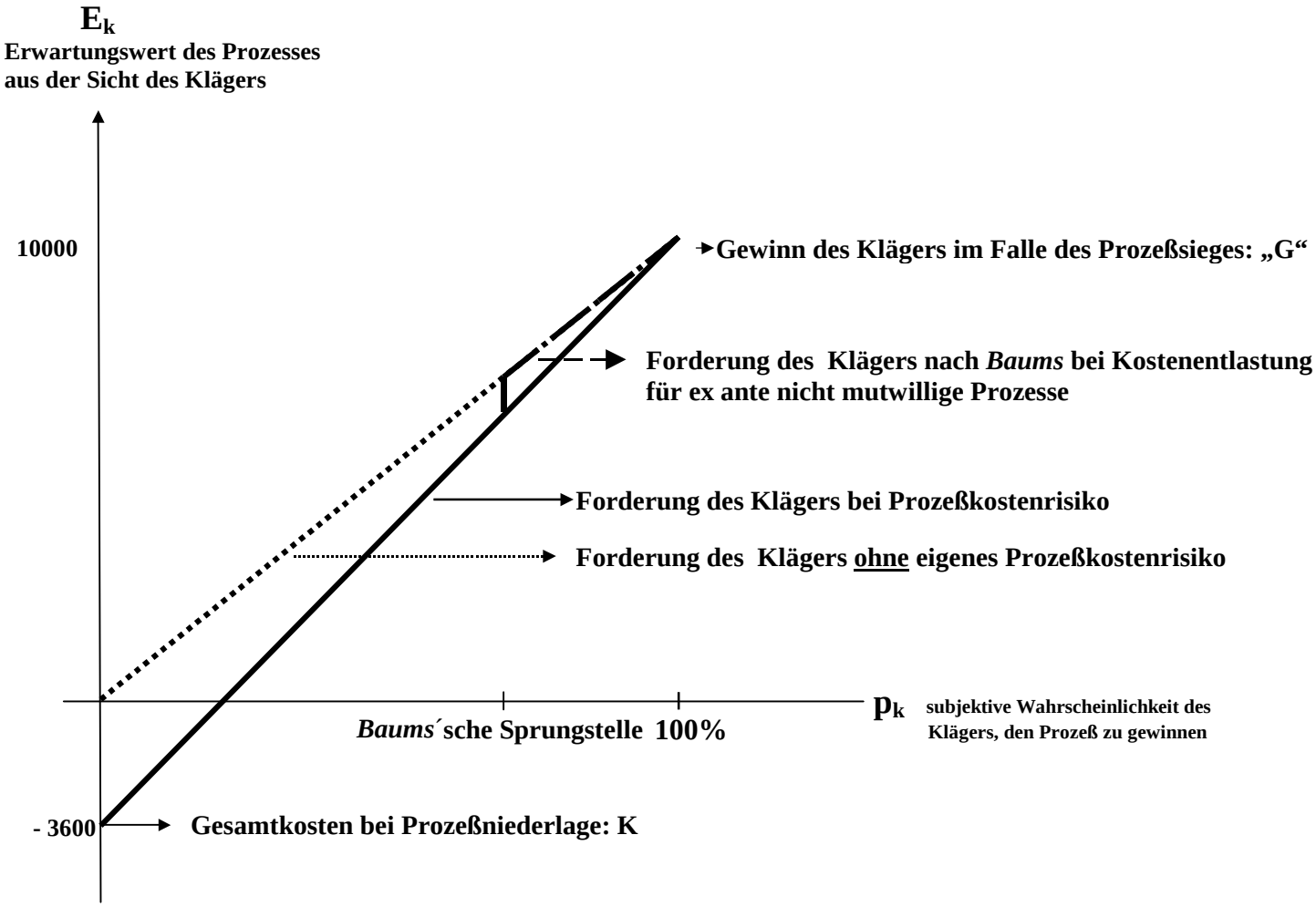
Der Gutachtenvorschlag von *Baums* der eingeschränkten Kostenbefreiung für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen führt dazu, daß Klagen mit geringen Erfolgsaussichten, die von einer Kostenfreistellung erheblich gewonnen hätten, aufgrund der nach Gerichtsermessen vorzunehmenden Beschränkung wiederum doch nicht kostenbefreit werden und die Kostenbefreiung damit nur noch Prozesse mit hohen Erfolgsaussichten zu Gute kommt. Da bei hohen Erfolgsaussichten jedoch das Kostenrisiko nur noch eine geringe Rolle spielt[54], handelt es sich bei dem Vorschlag von *Baums* um eine wirtschaftlich weitgehend leerlaufende Regelung, die zwar kein Problem der mutwilligen Klageerhebung bei Kostenentlastung mit sich bringt, aber auch keine wesentliche Anreizverbesserung für das Problem zu weniger Prozesse bietet[55]. Für das Collective-action- oder Trittbrettfahrerproblem stellt damit der Vorschlag von *Baums* lediglich eine Verbesserung in homeopathischer Dosierung dar.

Die folgende Graphik zeigt die Prozeßanreize nach dem Vorschlag von *Baums*. Ab der von den Gerichten festgelegten Wahrscheinlichkeit, d.h. der Verneinung einer aussichtslosen oder mutwilligen Klage, im Bild *Baums´*sche Sprungstelle genannt, springt die Forderung des Klägers auf die Forderungskurve bei Kostenfreiheit:

[54] In dem Beispielsprozeßum 10000 DM mit 3600 DM Gesamtkosten, hat die Regelung von Baums für einen Kläger mit 85% Gewinnaussichten nur noch einen wirtschaftlichen Wert von (1 - 0,85) . 3600 = 540 DM.

[55] Für den Bereich der Verfolgungsklagen gilt das Gesagte entsprechend.

Forderungen des Klägers bei dessen Kostenfreiheit nach *Baums/Ulmer*



3. Forderungen und Angebote bei nicht ersetzten Kosten

Nach der grundsätzlichen Regelung der Zivilprozeßordnung hat die unterliegende Partei die gesamten Kosten des Rechtsstreites zu tragen. Dazu gehören auch die dem Gegner erwachsenen Kosten, § 91 ZPO. Ungeachtet dieser Vorschrift erhält die obsiegende Partei typischerweise nicht ihre gesamten Vollkosten vom unterliegenden Gegner erstattet. So wird nach § 91 ZPO z.B. keine Entschädigung für Ärger, Aufregung oder Angst gewährt. Wirtschaftlich bedeutsam für Anfechtungsprozesse ist weiterhin, daß der allgemeine Zeitaufwand des Klägers für die Prozeßvorbereitung wie das Sammeln und Sichten von Tatsachen- und Rechtsmaterial auch dann nicht ersetzt werden, wenn hierzu entgeltlich Dritte beauftragt werden[56]. Nicht erstattungsfähig sind ferner der Aufwand für Rechtsgutachten sowie für Zinsen und Kosten eines Kredits zur Finanzierung des Rechtsstreites[57]. Insbesondere für Anfechtungs-

[56] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.III.4.a. m.w.N.

[57] *Zöller/Hergel*, ZPO, 20. Aufl. 1997, § 91 Rdz. 13.

und Verfolgungsklagen sind diese Kosten üblicherweise jedoch erheblich und müssen daher im folgenden in die Analyse einbezogen werden.

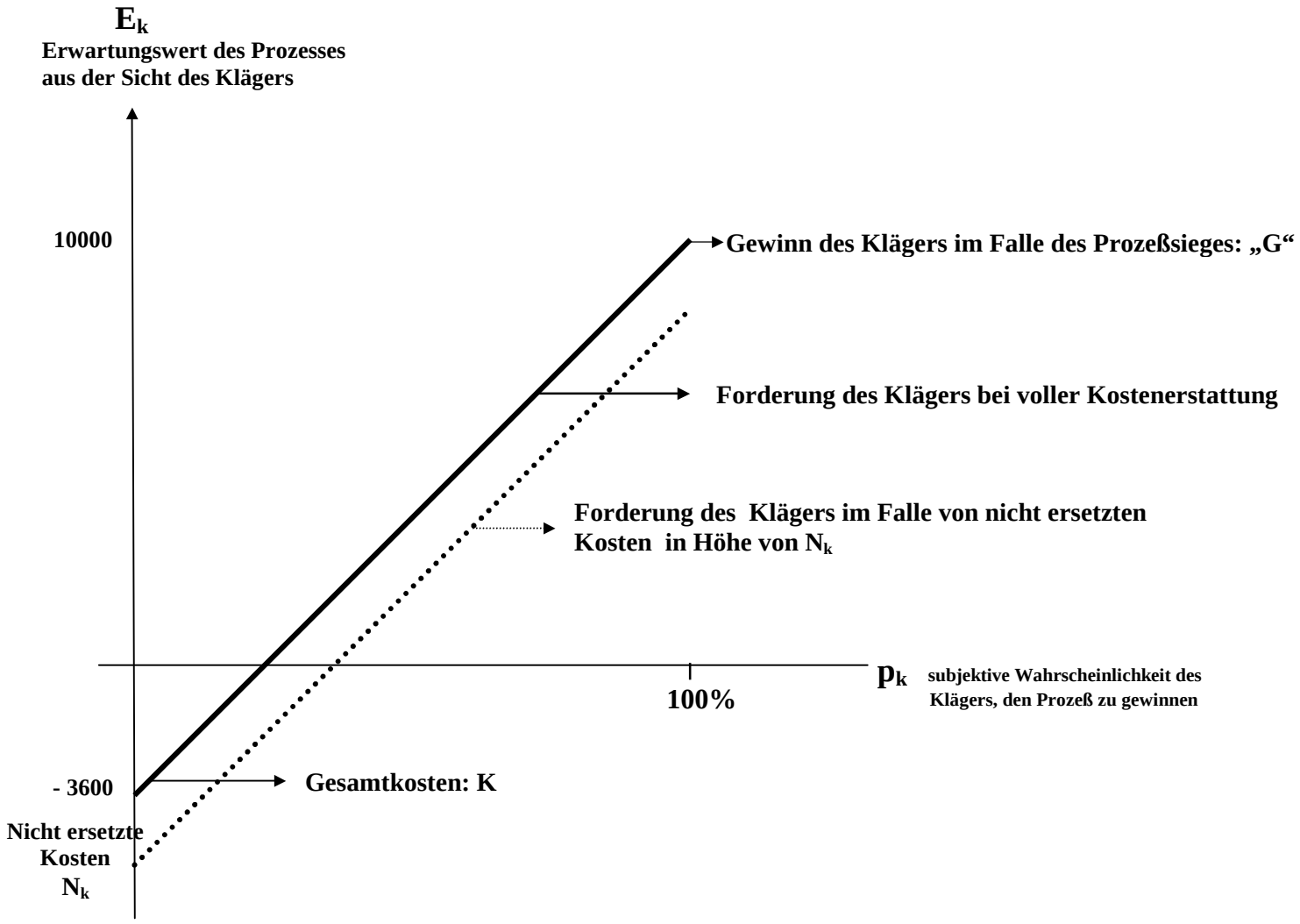
Es soll somit dargestellt werden, wie sich solche vom jeweils unterlegenen Gegner nicht zu ersetzenden Kosten (**N**) auf den Prozeß auswirken.

Die Erwartungswerte der Parteien sehen nun wie folgt aus:

$E_k = p_k * G - (1 - p_k) * K - N_k$
$E_k = (G + K) * p_k - K - N_k$

$\mathbf{N_k}$ stellen die dem Anspruchsteller im Falle seines Sieges nicht ersetzten Kosten dar. Die Mindestforderungskurve des Anspruchstellers bei nicht ersetzten Kosten in Höhe von $\mathbf{N_k}$ verläuft dann mit den Beispielszahlen wie folgt:

Forderungen des Klägers bei nicht ersetzten Kosten



Die Forderungskurve des Anspruchstellers hat sich damit um den Betrag $\mathbf{N_k}$ parallel nach unten verlagert. Für jede subjektive Erfolgswahrscheinlichkeit hat der Anspruchsteller damit seine Mindestforderung um genau $\mathbf{N_k}$ ermäßigt.

Die Höhe der nicht ersetzten Kosten kann sich für die Frage einer Erhebung einer Anfechtungsklage als entscheidend erweisen. Die von *Baums*[58] nachgewiesene geringe Zahl der Anfechtungsklagen vor Mitte der 80er Jahre kann damit auch auf die nicht ersetzten Kosten zurückzuführen sein.

Für den Anspruchsgegner gilt das gleiche entsprechend: Der Anspruchsgegner erhöht für jede Erfolgswahrscheinlichkeit sein Höchstangebot um den Betrag $\mathbf{N_b}$ der ihm nicht ersetzten Kosten[59]. Dies gilt auch für den Fall, daß er völlig sicher zu gewinnen glaubt. Selbst dann ist er bereit, einen Betrag von $\mathbf{N_b}$ anzubieten, um einen Prozeß zu vermeiden, da ihm ja selbst bei völlig sicherem Sieg genau diese nicht ersetzten Kosten erwachsen würden.

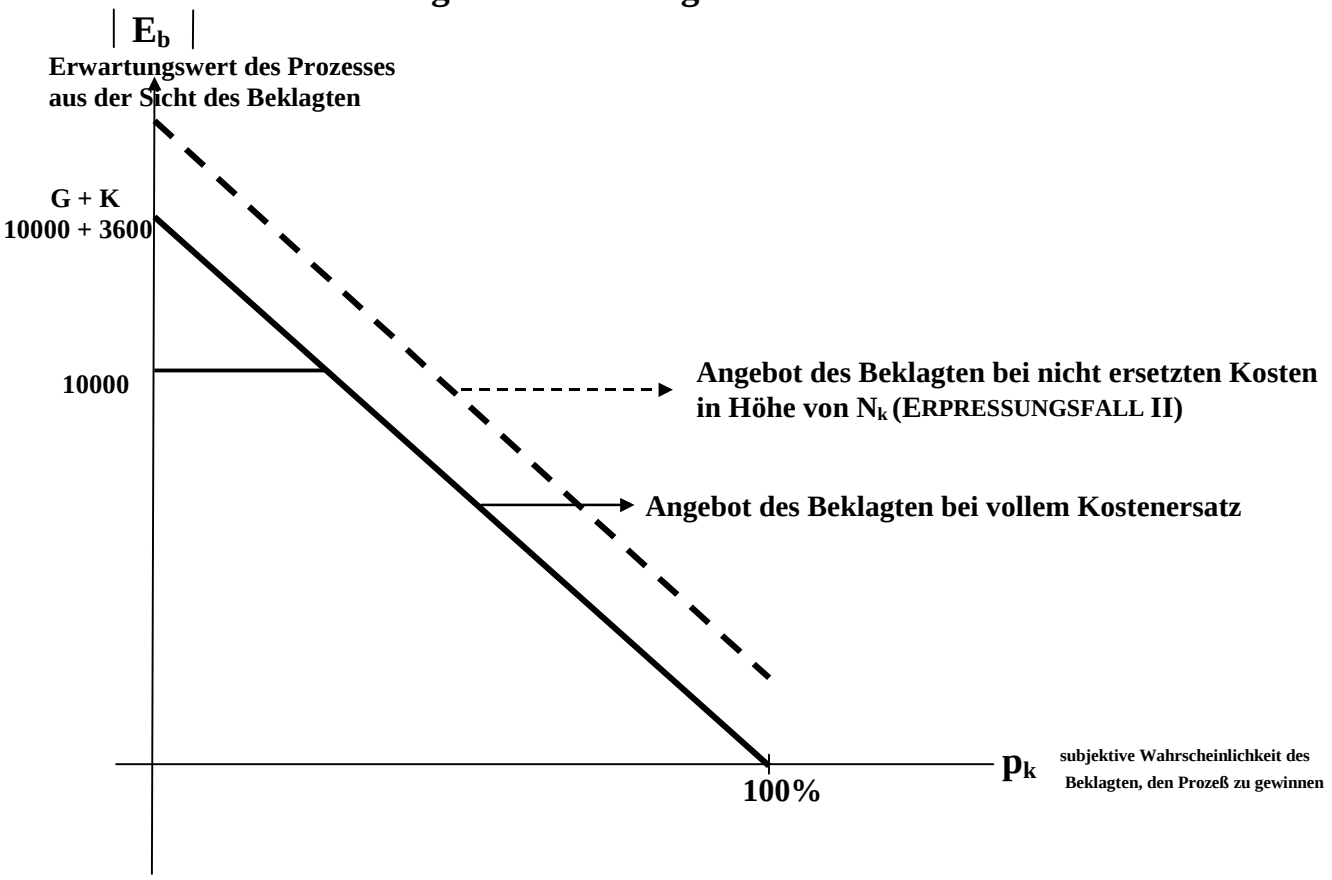
---

[58] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.IV.b.

[59] Wie bereits bei der Behandlung der asymmetrischen Bedeutung des Streitgegenstandes für Kläger und Beklagten erwähnt, läßt sich das Erpressungspotential räuberischer Aktionärsklagen auch dadurch erklären, daß man die Zeitverzögerung aufgrund der Registersperre als nicht ersetzte Kosten auffaßt. Bis zur Höhe des Wertes dieser nicht ersetzten Verzögerungskosten erhöht das beklagte Unternehmen dann sein Angebot an den Kläger. Er wurde daher als „Erpressungsfall II“ bezeichnet. Der Fall der nicht ersetzten Kosten entspricht wirtschaftlich der „American Rule“, d.h. der fehlenden Kostenerstattung für die obsiegende Partei, vgl. hierzu *M. Adams*, Kostenersatzrecht: Prozeßordnungsvergleich in ökonomischer Sicht", in: 100 Jahre Zivilprozeßordnung: Ökonomische Analyse des Zivilprozesses/ Hrsg. Bundesministerium für Justiz; *P. Lewisch / W. H. Rechberger*, Wien 1998, S. 225 ff.

Produced by bepress.com, 2013

Das Angebot des Beklagten bei nicht ersetzten Kosen



Es sich zeigt somit, daß nicht ersetzte Kosten Prozesse unwirtschaftlich werden lassen. Während im Falle der zuvor behandelten Kostenfreiheit des Klägers auch aussichtslose Prozesse angeregt wurden, werden hier aussichtsreiche Prozesse verhindert. Selbst dann, wenn der Kläger glaubt, mit Sicherheit zu gewinnen, wird er mit seiner Forderung deutlich hinter seinem materiell-rechtlichem Anspruch von 10000 DM zurückbleiben, da er im Falle der Klage aufgrund seiner nicht ersetzten Kosten erheblich weniger erhält[60]. Allerdings wird auch der Beklagte sein Angebot in Höhe der nicht ersetzten Kosten aufstocken. Daraus ergibt sich ein vergrößerter Bereich für Verhandlungen, bei denen die Verhandlungsmacht der Parteien über den Ausgang entscheidet. Im Bereich der Aktionärsklagen kann man annehmen, daß die beklagten Unternehmen aufgrund ihrer „größeren Taschen“ in der besseren Verhandlungslage sind, so daß sich Vergleichsbereiche aufgrund der nicht ersetzten Kosten für sie einen Vorteil darstellen. Lediglich dann, wen die nicht ersetzten Kosten etwa aufgrund von Zeitverzögerung bei der Registereintragung für das Unternehmen ganz erheblich höher sind als für den Kläger, kommt es zu einer veränderten Ausgangslage in

[60] Diese Lage entspricht vielen US-amerikanischen Kostenregelungen. Es handelt sich um eine den dortigen Anwaltsinteressen dienende Fehlregulierung., vgl. hierzu *M. Adams*, Kostenersatzrecht: Prozeßordnungsvergleich in ökonomischer Sicht", in: 100 Jahre Zivilprozeßordnung: Ökonomische Analyse des Zivilprozesses/ Hrsg. Bundesministerium für Justiz; *P. Lewisch / W. H. Rechberger*, Wien 1998, S. 225 ff.

den Verhandlung mit der Folge einer Ausbeutung des Unternehmens.

Zum Schutz des materiellen Rechts muß die Rechtsordnung dafür sorgen, daß die Höhe der nicht ersetzten Kosten gering und nicht asymmetrisch[61] verteilt ist. Es ist daher zu erwägen, aufgrund ihrer positiven externen Effekte für andere Aktionäre für die Anfechtungs- und Verfolgungsklagen die Kostenregelung des § 91 ZPO zu ändern und für den Kläger im Obsiegensfalle einen Ersatz der mit der Prozeßvorbereitung entgeltlich beauftragten Dritten, notwendig erscheinender Rechtsgutachten und Finanzierungskosten vorzusehen.

5. Gewinnvervielfachung für den Kläger

Während *Baums*[62] in seinem Gutachten versuchte, im Wege einer – wirtschaftlich unbedeutenden - Kostenentlastung wünschenswerte Aktionärsklagen zu fördern, wird von *Wenger* [63] keine Kostenentlastung, sondern ein über den geltend gemachten Betrag hinausgehendes Entgelt für die von erfolgreichen Klägern erhobenen Klagen gefordert. Hierdurch sollen die Mühen und Risiken entgolten werden, die Kläger bei Prozessen mit Drittwirkung auf sich nehmen, um auch für unbeteiligte Dritte begünstigende Prozeßergebnisse herbeizuführen[64].

Die Wirkung eines solchen System soll anhand des Beispiels einer **Gewinnverdoppelung** für den Kläger im Falles seines Sieges dargelegt werden.

Der Erwartungswert des Prozesses beträgt für den Fall einer Gewinnverdoppelung dann für den Kläger:

$E_k = p_k * 2\,G - (1 - p_k) * 3600$
$E_k = p_k * (2G + K) – 3600$
$E_k = p_k * 23600 – 3600$

Für den möglichen Beklagten ändert sich die Lage wie folgt:
$E_b = p_b * 0 - (1 - p_b) * (2 * G + K)$
$E_b = (2 * G + K) * p_b - n * G – K$
$E_b = (20000 + 3600) * p_b - 20000 – 3600 = (23600) * p_b - 23600$

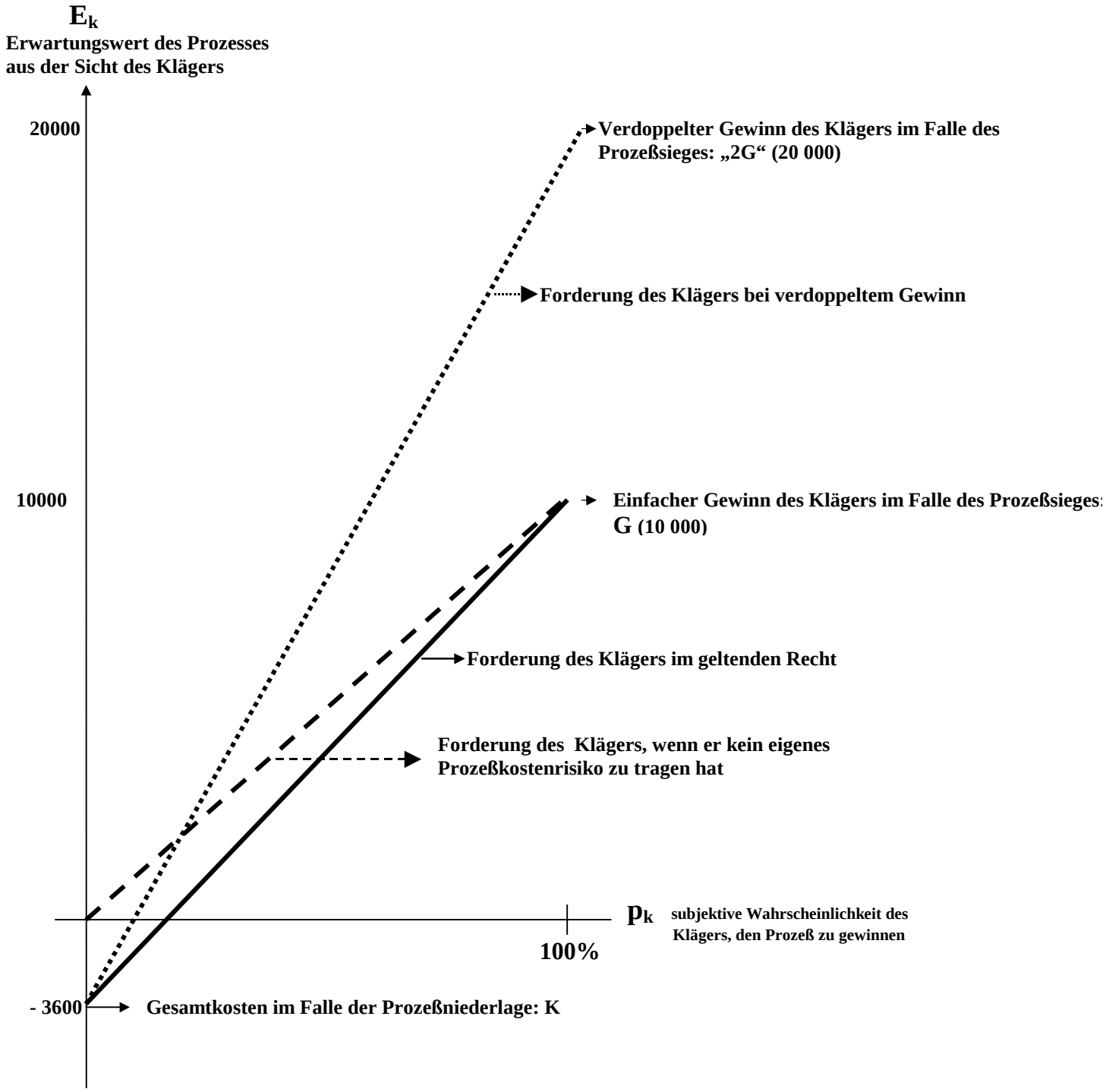
[61] Diese Asymmetrie aufgrund der Registersperre kann durch den Vorschlag von *T. Baums*, Gutachten, Teil C.VII. beseitigt werden.

[62] *T. Baums*, Gutachten, Teil C.VII.

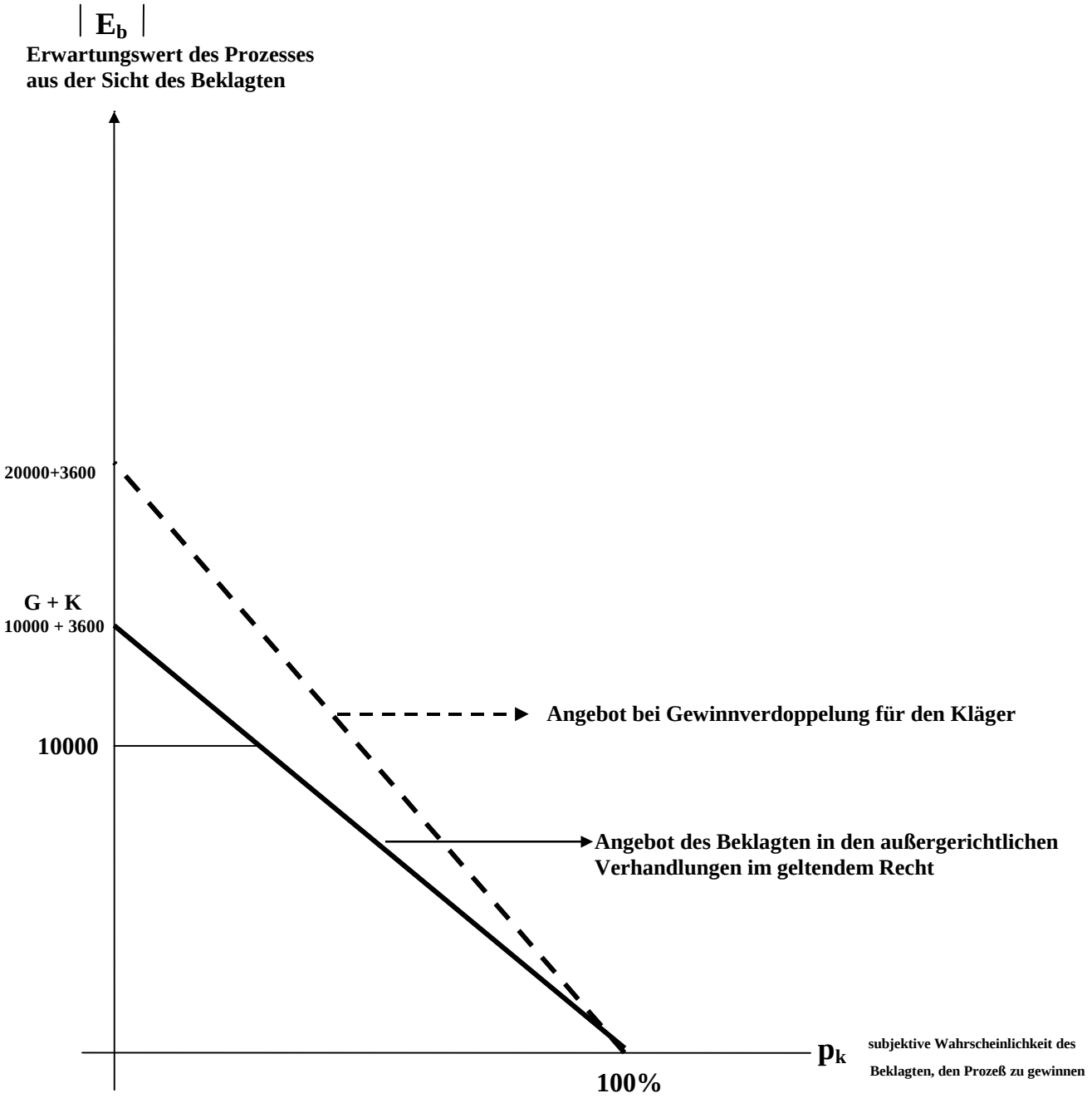
[63] *E. Wenger,* AG Sonderheft 1997, S. 59.

[64] Der Vorschlag des *Verfassers*, AG Sonderheft 1997, S. 10, der ebenfalls ein Entgelt für den erfolgreichen Kläger verlangt hatte, folgt im Anschluß

Reine Gewinnverdoppelung für den Kläger
- Klägerseite -



Reine Gewinnverdoppelung für den Kläger
- Beklagtenseite -



Es zeigt sich somit, daß der mögliche Kläger seine Forderungen gegen den Beklagten rasch und ganz erheblich erhöht, während der mögliche Beklagte sein Angebot ebenfalls aufzustocken genötigt wird. Das Forderungsverhalten des Klägers ist schon bei kleineren Siegesaussichten deutlich aggressiver als selbst im Falle der völligen Kostenfreistellung.

Die Vorstellung von *Wenger* geht nun dahin, daß zur Abwehr und zur Überwindung von Trittbrettfahrerverhalten dem Kläger für seine Leistung ein

erhöhter, z.B. verdoppelter Anspruch zuzusprechen sei. Die von *Wenger* gewünschte Regelung weist den Vorteil auf, daß sie einen Weg aus dem Marktversagen aufgrund des Collective Action/Trittbrettfahrerproblems bei Klagen mit Drittwirkung aufzuweisen scheint. Der Kläger einer Anfechtungs- oder einer Haftungsklage hat aufgrund der Drittwirkung auch zum Vorteil der anderen Aktionäre obsiegt. Wie die Graphik deutlich macht, hat dies jedoch zur Folge, daß eine derartige Regelung unmittelbar eine ganz erheblich gesteigerte Klagehäufigkeit auch für aussichtslose Klagen mit sich bringt, da auch kleinste Siegeswahrscheinlichkeiten aufgrund des hohen Siegespreises eine Klageerhebung wirtschaftlich machen.

Da man den Erwartungswert bei einer häufigeren Wiederholung desgleichen Ereignisses als seinen durchschnittlichen Ertrag auffassen kann, ergibt sich, daß sich ein positiver Ertrag eines 10000 DM Prozesses mit den Beispielskosten von 3600 DM bei geltender Rechtslage erst ab einer Siegeswahrscheinlichkeit (d.h. einer durchschnittlichen Prozeßsiegesrate) von 26,47% einstellt[65]. Bei einer Verdoppelung des Gewinns für den Kläger ist die Rentabilitätsgrenze schon bei einer durchschnittlichen Gewinnhäufigkeit von 15,25%[66] erreicht, während sich bei einer Gewinnverdreifachung die Schwelle auf 10,71% verschiebt[67]. Anders gewendet: selbst die Erhebung völlig aussichtsloser, d.h. unbegründeter Klagen rechnet sich bei der von *Wenger* vorgeschlagenen Erhöhungen des Siegespreises[68].

Der Fehler der von *Wenger* gewünschten Regelung besteht darin, daß sie asymmetrisch ist: der Kläger erhält im Falle der Gewinnverdoppelung einen verdoppelten Betrag, muß jedoch nicht die Rechtsverfolgungskosten der verdoppelten Gewinne tragen. Der Vorschlag einer Gewinnverdoppelung läuft daher im Ergebnis darauf hinaus, lediglich die Gewinnaussichten auf den Kläger überzuleiten, das damit verbundene Kostenrisiko jedoch nicht. Diese Verletzung der Kostenwahrheit führt jedoch zu einer Subvention auch aussichtsloser Prozesse und kann daher nicht empfohlen werden. Sie ist in dieser Form damit von *Baums*[69] zu Recht abgelehnt worden.

---

[65] $E_k = p_k * 10000 - (1 - p_k) * 3600 = 0$
$E_k = p_k * 13600 - 3600 = 0$
$p_k = 3600/13600 = 26{,}47\ \%$.

[66] $E_k = p_k * 20000 - (1 - p_k) * 3600 = 0$
$E_k = p_k * 23600 - 3600 = 0$
$p_k = 3600/23600 = 15{,}25\ \%$.

[67] $E_k = p_k * 30000 - (1 - p_k) * 3600 = 0$
$E_k = p_k * 33600 - 3600 = 0$
$p_k = 3600/33600 = 10{,}71\ \%$.

[68] Wenn *Baums,* Gutachten, Teil C.III.4.e in seiner Ablehnung des Vorschlages von *Wenger* von einer durch eine solche Regelung hervorgerufenen „Quersubventionierung“ und Herausbildung eines Klagegewerbes spricht, wird ihm dieser Sachverhalt vor Augen geschwebt haben.

[69] *T. Baums*, B.II.1.b.

6. Gewinn- und Kostenverdoppelung auf der Klägerseite

Während der Vorschlag von *Wenger*[70] zur Berücksichtigung der positiven Drittwirkung erfolgreicher Klagen im Wege einer Gewinnvervielfachung durch eine nicht gerechtfertigte Asymmetrie in der Gewinn- und Verluststruktur gekennzeichnet ist, soll hier nun die Idee untersucht werden, dem Kläger das Recht zu geben, in seiner Klageschrift eine ihn für den Prozeß bindende Verdoppelung des Gewinnes und auch der Kostenbelastung für ihn zu beantragen.

Nach dem hier untersuchten Verfahren sollen – auf ausdrücklichen Antrag des Klägers bei Einreichung der Klageschrift – vom Gericht der doppelte geschuldete Gewinn bei einer gleichzeitigen Verdoppelung der Kosten zugesprochen werden: Es ergibt sich dann folgende Lage für den Erwartungswert des Klägers:

$E_k = 2 * p_k * G - 2 * (1 - p_k) * K$

Mit den Zahlen des Beispielsfalles:

$E_k = 2 * p_k * 10000 - 2 * (1 - p_k) * 3600)$
$E_k = p_k * 20000 - (1 - p_k) * 7200) = p_k * 20000 – 7200 + p_k * 7200)$
$E_k = p_k * 27200 – 7200$

Fragt man sich, ab welcher Schwelle hier eine Forderung mit Prozeßdrohung erhoben wird, ergibt sich folgendes Bild:

$E_k = p_k * 23600 – 7200 = 0$
$p_k = 7200/27200 = 26{,}47\%$

Es zeigt sich somit, daß eine gleichzeitige Gewinn- und Kostenverdoppelung erst dann höhere Forderungen verursacht, wenn – wie im geltenden Recht - die 26,47% Schwelle überschritten wird. Erst ab dieser Schwelle, wirkt sich die Erhöhung der Siegesprämie forderungs- und damit auch klagehäufigkeitserhöhend aus. Dies besagt, daß eine Verdoppelung von Kosten und Gewinn aussichtslose Prozesse unterhalb dieser Schwelle mehr als im geltenden Recht zurückdrängt, aussichtsreiche Prozesse jedoch erheblich fördert. Die Verdoppelung der Gewinne und Kosten ist damit geeignet, das Trittbrettfahrerproblem bei Klagen mit Drittwirkung zu lösen, ohne aussichtslose Klagen unangemessen zu fördern.

Bei einer Beschlußanfechtung ist der Klageantrag des Aktionärs nicht auf die Zahlung einer Geldsumme, im Rechenbeispiel mit **G** bezeichnet, gerichtet. Um die Aktionärsklage dennoch auch für Kleinaktionäre wirtschaftlich zu machen,

[70] *E. Wenger,* AG Sonderheft 1997, S. 59.

sollte dem obsiegenden Kläger neben der Kassierung des Beschlusses ein bestimmtes Kostenvielfaches als zusätzlicher Gewinn zugesprochen werden. Im Beispiel waren die Gesamtkosten eines 10000 DM Prozesses beider Parteien rund ein Drittel. So sollte als Entgelt für die vom Anfechtungskläger erzeugten positiven externen Effekte diesem ein Dreifaches der erstattungsfähigen Gesamtkosten zugesprochen werden.

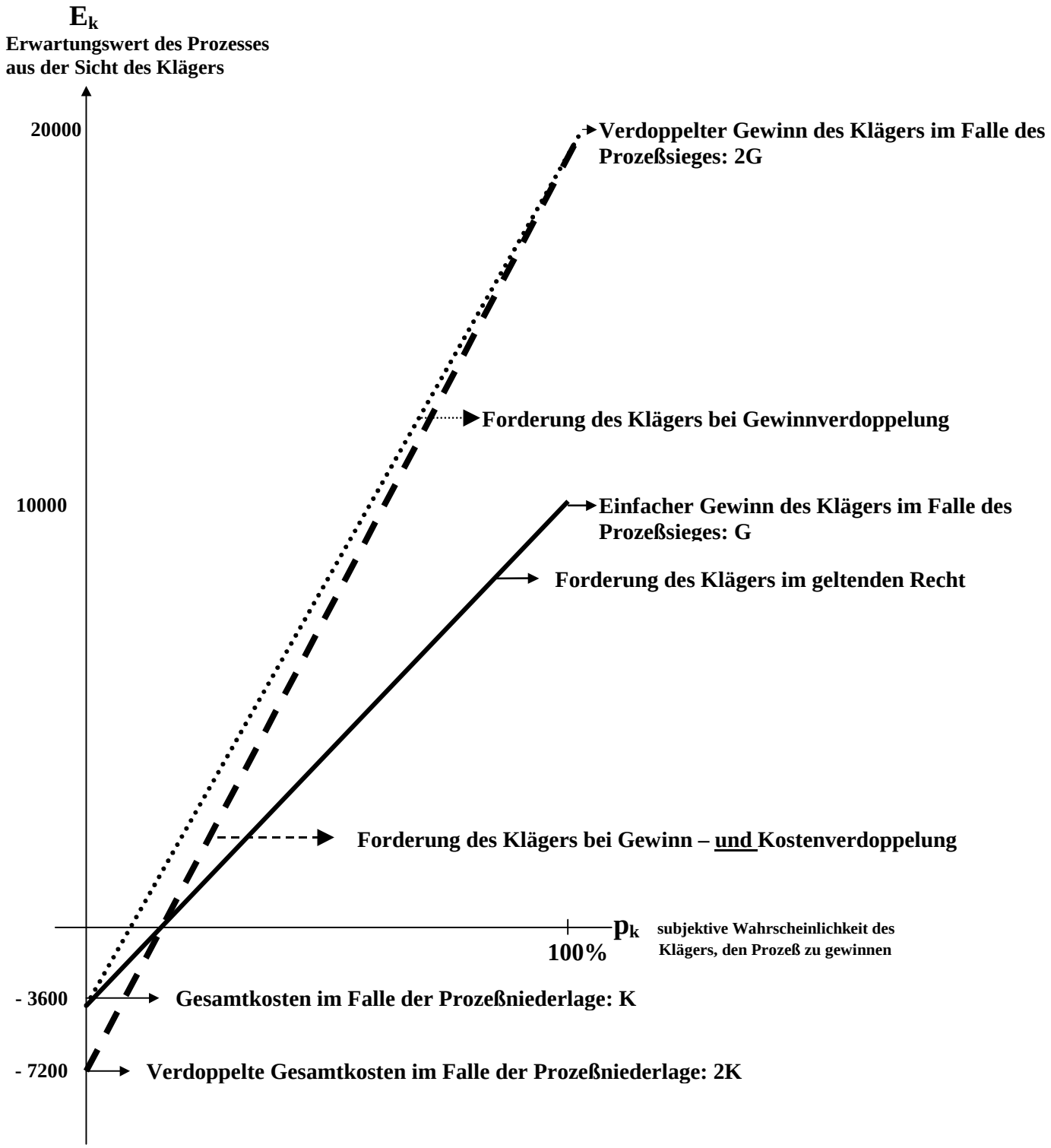
Aus der Sicht des möglichen Beklagten ist zu beachten, daß er im Falle eines doppelten Kostenersatzes durch einen unterlegenen Kläger nunmehr im Falle des Prozeßsieges nicht mehr günstigstenfalls nichts, zu zahlen hat, sondern aufgrund eines verdoppelten Kostensatzes in Höhe der nicht angefallenen einfachen Kosten eine Einzahlung vom unterlegenen Kläger erzielt.

$E_b = p_b * K - (1 - p_b) * (2G + 2K)$
$E_b = p_b * 3600 - (1 - p_b) * (20000 + 7200)$
$E_b = p_b * 3600 - 27200 + p_b * 27200$
$E_b = p_b * 3600 - 27200 + p_b * 27200$
$E_b = p_b * 30800 – 27200.$

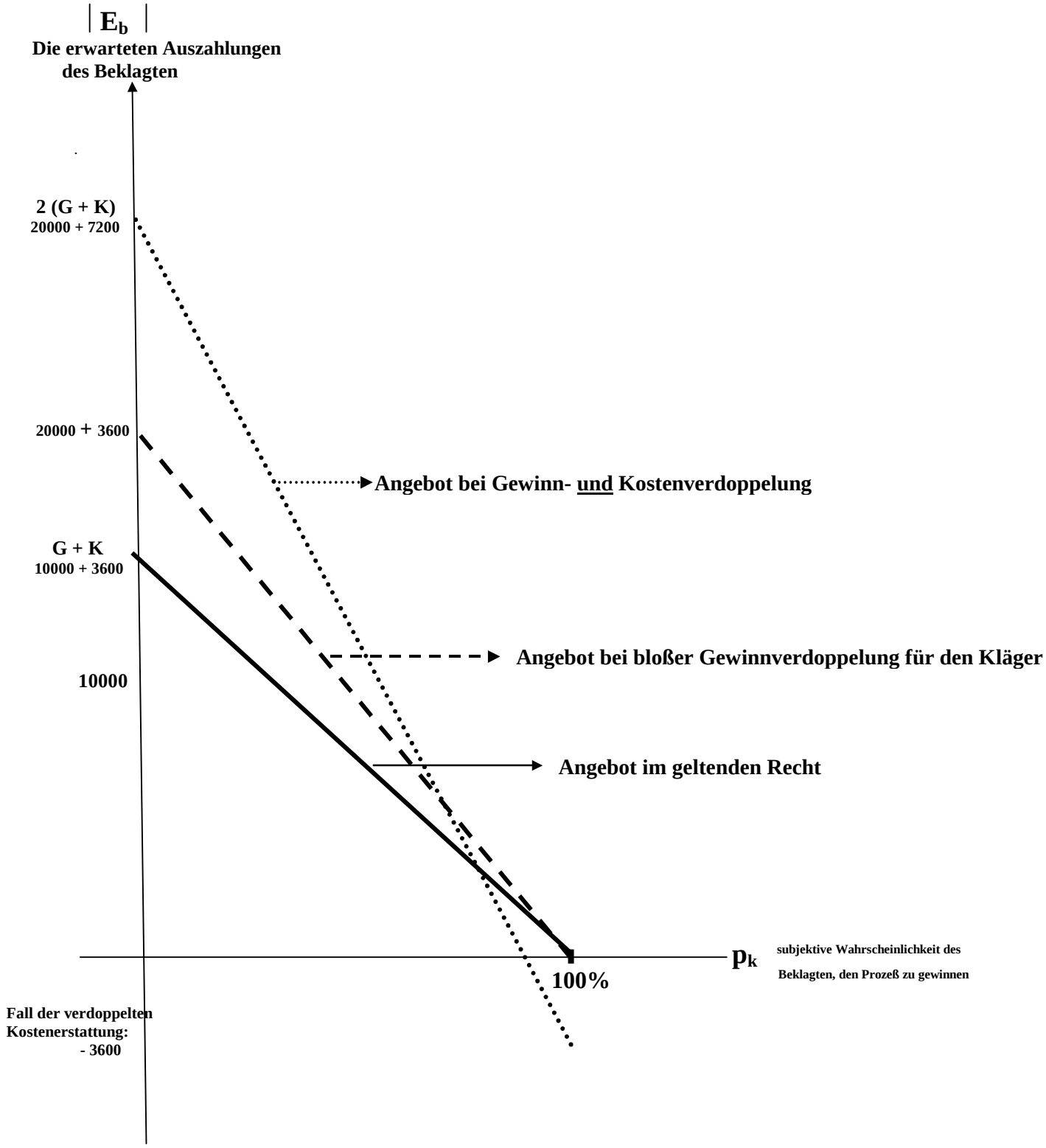
Ist der Beklagte sicher, den Prozeß zu gewinnen, d.h.: $p_b = 1$, beträgt seine erwartete Auszahlung im Falle eines Prozesses: - 3600. Das Minuszeichen besagt, daß er statt einer Auszahlung eine Einzahlung in Höhe von 3600 DM erhält. Ist der Beklagte gewiß, den Prozeß zu verlieren: dh.: $p_b = 0$, belaufen sich seine erwarteten Auszahlungen auf 27200 DM.

Die Ergebnisse stellen sich für das Beispiel einer Verdoppelung graphisch wie folgt dar:

Gewinn- und Kostenverdoppelung auf der Klägerseite



Gewinn- und Kostenverdoppelung
- die Beklagtenseite -



Es zeigt sich somit, daß der Beklagte sein Angebot bis auf hohe eigene Siegeswahrscheinlichkeiten im Vergleich zum geltenden Recht deutlich erhöht.

7. Gewinnverdoppelung und Kostenvervierfachung auf Klägerantrag

Will man dem Kläger einen stärkeren Anreiz geben, nur besonders aussichtsreiche Klagen zu erheben, ist dies erreichbar, indem man dem Kläger das Recht einräumt, den Antrag zu stellen, daß ihm im Siegesfalle ein verdoppelter Gewinn zugesprochen werde, jedoch mit der Folge, daß die von ihm zu tragenden Kosten im Verlustfalle vervierfacht werden: Eine solche Regelung bringt es mit sich, daß ein Kläger nur für aussichtsreiche Klagen von dieser Option Gebrauch machen wird. Zugleich stellt diese Regelung eine Lösung des „Collective-Action- oder Trittbrettfahrerproblems“ für Klagen mit Drittwirkung dar.

Die Graphik zeigt deutlich, daß im Falle einer solchen Regelung für wenig aussichtsreiche Klagen deutlich geringere Forderungen erhoben werden, ab einer Siegeswahrscheinlichkeit von 41,86% die Forderungshöhe jedoch rasch und stark über die im geltenden Recht erhobenen Forderungen ansteigt.

$E_k = p_k * 2 * 10000 - 4 * (1 - p_k) * 3600 = p_k * 20000 - (1 - p_k) * 14400)$
$E_k = p_k * (20000 + 14400) - 14400$

Die Schwelle ab der ein Prozeß einen Erwartungswert von größer null hat, ergibt sich als:

$p_k = 34400/14400 = 41{,}86\%$

Dies besagt, daß die Zahl der Prozesse mit geringeren Siegeschancen deutlich sinken wird, während die Zahl der Prozesse mit höheren Siegesaussichten stark ansteigt.

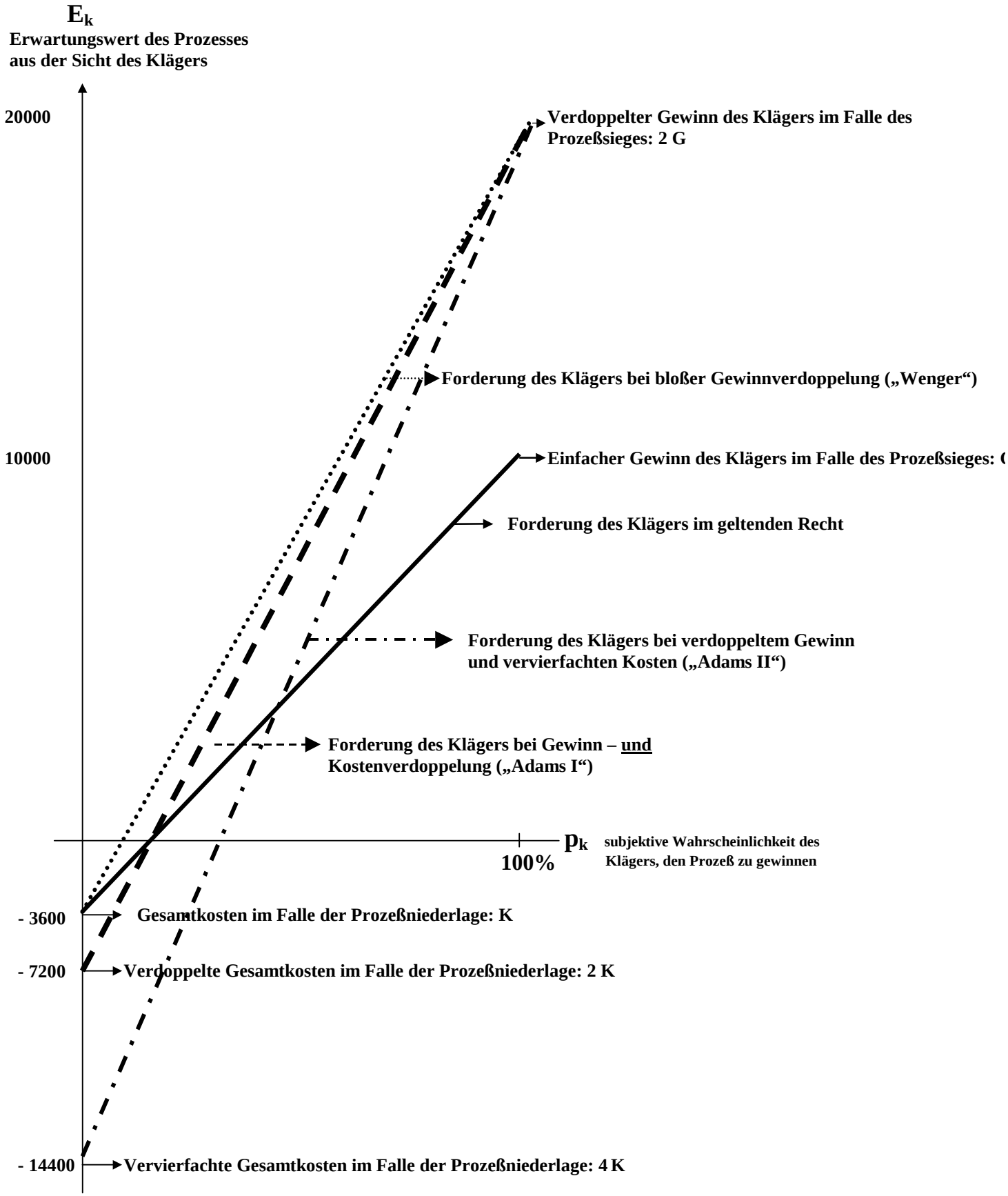
Werden die Kosten bei weiterhin nur verdoppeltem Gewinn vervierfacht, macht der Beklagte im Falles seines Sieges einen Nettogewinn in Höhe der dreifachen ersetzten Kosten:

$E_b = p_b * 3K - (1 - p_b) * (2G + 4K)$
$E_b = p_b * 10800 - (1 - p_b) * (20000 + 14400)$
$E_b = p_b * 10800 - 34400 + p_b * 34400 =$
$E_b = p_b * 45200 – 34400.$

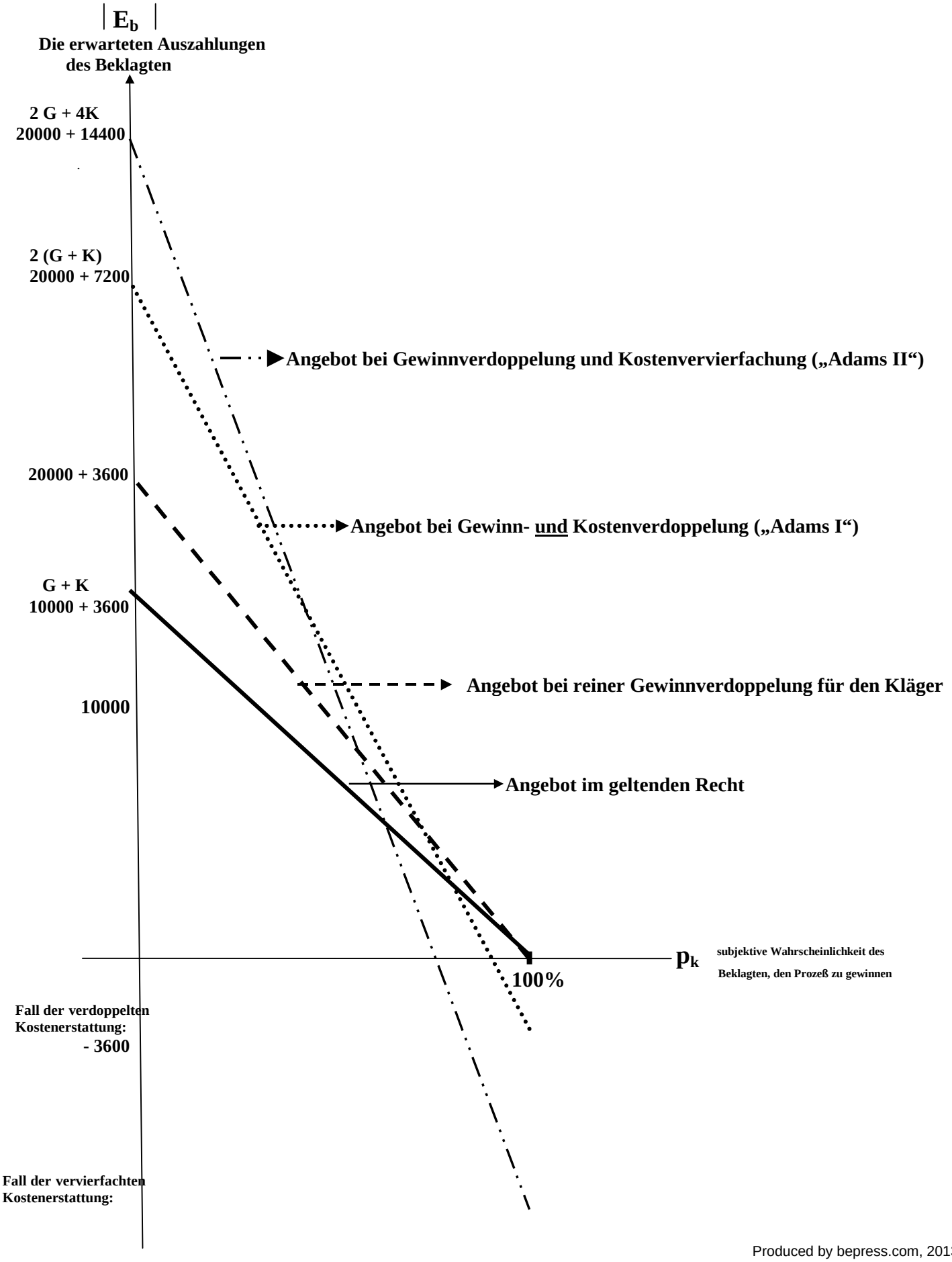
Ist der Beklagte sicher, den Prozeß zu gewinnen, dh.: $p_b = 1$, beträgt seine erwartete Einzahlung aufgrund der Kostenvervierfachung im Falle eines Prozesses 10800 DM. Ist der Beklagte gewiß, den Prozeß zu verlieren: dh.: $p_b = 0$, belaufen sich seine vom zu tätigen erwarteten Auszahlungen auf 34400 DM.

Graphisch stellt sich eine solche Regelung wie folgt dar:

Gewinnverdoppelung und Kostenvervierfachung auf der Klägerseite



Gewinn- und Kostenvervierfachung
- die Beklagtenseite -



Produced by bepress.com, 2013

Die Gewinnverdoppelung bewirkt für Klagen mit überwiegenden Siegesaussichten für den Kläger einen starken Anreiz, vor Gericht zu gehen und die gewünschte Klage mit Drittwirkung zu erheben. Das Problem einer zu geringen Anzahl von Aktionärsklagen aufgrund des Trittbrettfahrens und der rationalen Apathie wird durch die Gewinnverdoppelung oder –vervielfachung gelöst. So ist der Anreiz, mit positiver Wirkung auch für Dritte zu klagen durch die Gewinnverdoppelung deutlich verbessert, durch die Kostenvervierfachung jedoch auf die aussichtsreicheren Klagen beschränkt. Da aussichtsreiche Klagen nichts anderes besagen, als daß der Kläger mit seiner Klage im Rechte ist, können diese nicht als „mißbräuchlich“ angesehen und zum Gegenstand von Eindämmungsversuchen werden.

8. Risikoaversion und Zivilprozeß

Die vorliegende Untersuchung ging bisher davon aus, daß sich die Parteien in ihren Überlegungen nicht davon beeindrucken lassen, daß ein Prozeß oder eine bestimmte Kostenregelung ihr Einkommen bei gleicher durchschnittlicher Höhe einer stärkeren Schwankung unterwirft. Richten die Parteien ihre Entscheidung über einen Gang zum Gericht - wie bisher angenommen - lediglich am Erwartungswert aus und lassen sie die stärkere Streuung ihres Einkommens unbeachtet, verhalten sie sich risikoneutral. Ein Anspruchsteller ist somit dann „risikoneutral“, wenn er ein Vergleichsangebot des Anspruchsgegners von 3200 DM als ebenso gut ansieht wie einen Zivilprozeß um 10000 DM mit 3600 DM Kosten bei einer 50 %igen Siegeschance, dessen Erwartungswert ebenfalls 3200 DM beträgt. Er ist jedoch „risikoscheu“, wenn er das Vergleichsangebot der gleich hohen erwarteten, jedoch stärker streuenden Zahlung im Falles des Zivilprozesses vorzieht.

In der Realität läßt sich nun beobachten, daß es vielen Menschen im allgemeinen keineswegs gleichgültig ist, ob sie ein bestimmtes Einkommen mit der Wahrscheinlichkeit 1 besitzen oder ein zwar doppelt so hohes Einkommen lediglich mit der Wahrscheinlichkeit 1/2. Die meisten Menschen werden trotz gleich hohen Erwartungswertes das sichere Einkommen dem unsicheren Einkommen vorziehen und sich damit risikoscheu verhalten[71].

Da eine außergerichtliche Zahlung eine sichere Zahlung ist, wird der Anspruchsteller somit erst dann zu einem Prozeß mit seinem unsicheren

[71] Risikoscheue Personen bewerten eine zusätzliche Mark bei niedrigem Einkommen höher als dieselbe zusätzliche Mark bei einem bereits hohen Einkommen. Vgl. *K.J. Arrow*, Theory of Risk-Aversion, in: Essays in the Theory of Risk-Bearing, 1970, S. 90 ff.

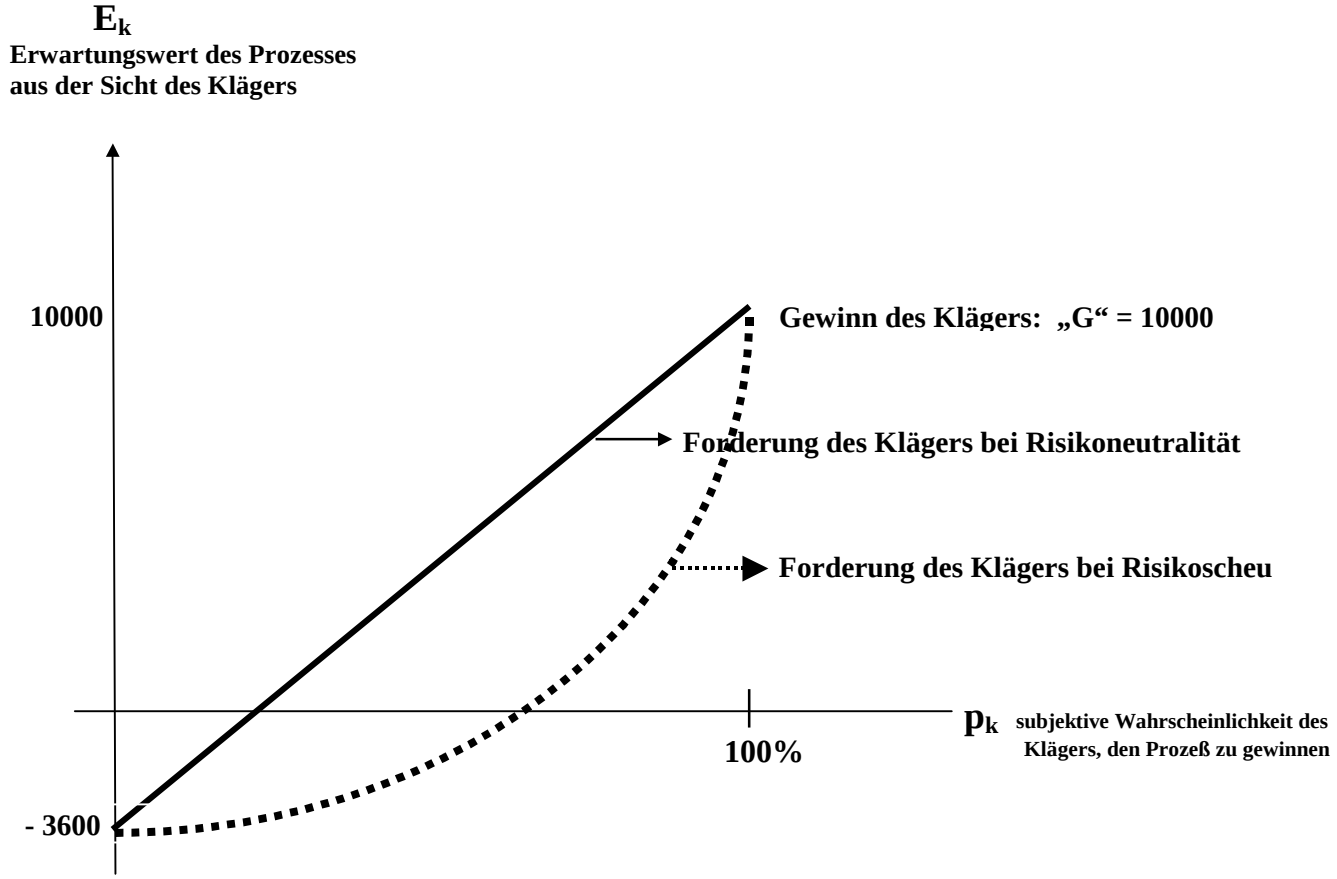
Zahlungsstrom schreiten, wenn der Erwartungswert des Prozesses das außergerichtliche Zahlungsangebot des Anspruchgegners und zusätzlich die von ihm zur Überwindung seiner Risikoscheu angesetzte Risikoprämie zu übertreffen vermag. In entsprechender Weise wird auch der risikoscheue Anspruchsgegner in den vorgerichtlichen Verhandlungen ein seinen Erwartungswert des Prozesses übersteigendes Angebot unterbreiten, da auch er sein Angebot um eine Risikoprämie vergrößert hat, um die mit einem Prozeß verbundene Schwankungsunsicherheit auszugleichen[72]. Risikoscheu auf Seiten der Beteiligten vergrößert damit den Verhandlungsbereich und verhindert Klagen[73]. Diese Wirkung ist jedoch bei Klagen mit positiven externen Effekten nicht erwünscht.

Die folgende Graphik verdeutlicht die Wirkung der Risikoscheu auf das Verhalten der Beteiligten:

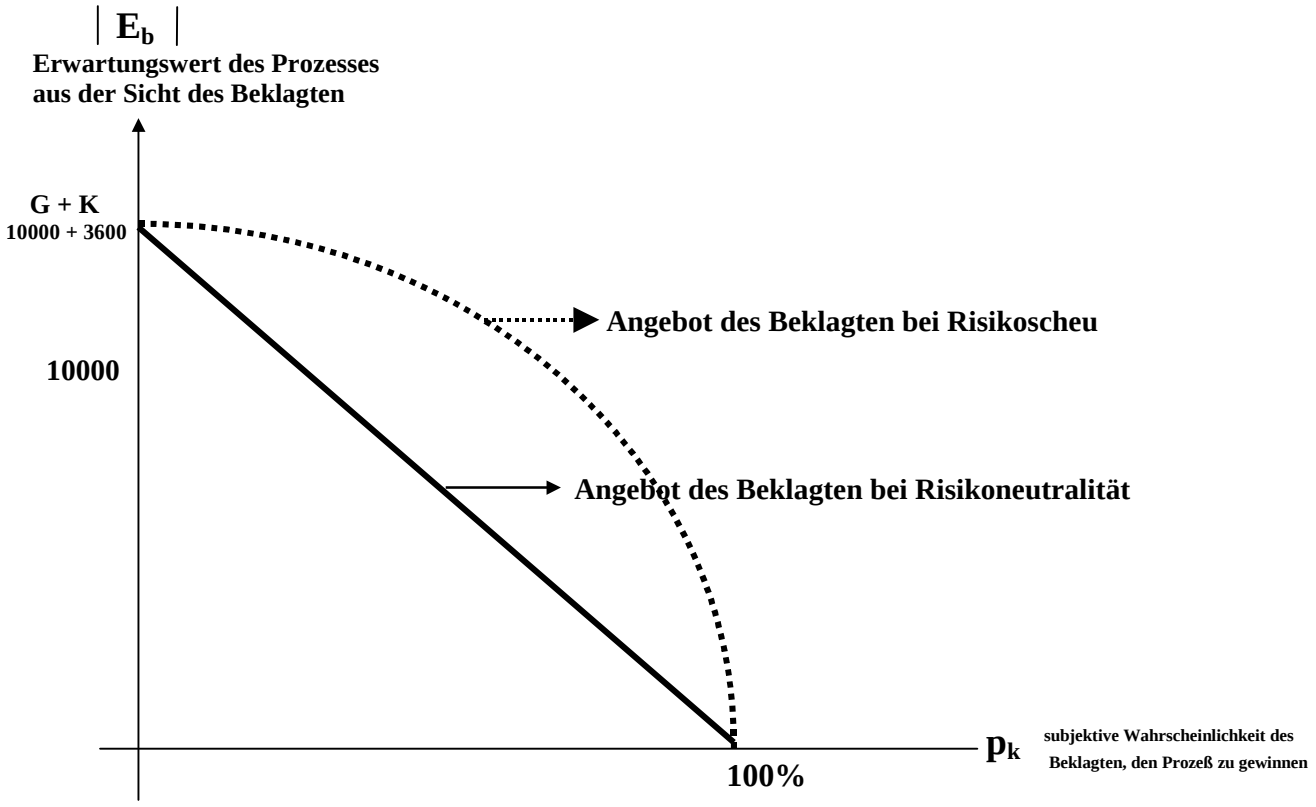
[72] Vgl. hierzu *M. Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, Athenäum 1981, S. 66 ff.

[73] Die Höhe des Risikoausgleichs ist eine psychologische Charakteristik der jeweils handelnden Personen, die sich aus ihrer höchst persönliche subjektiven Bewertung der verschiedenen möglichen Einkommenshöhen ergibt. Hierbei lassen sich jedoch zwei wichtige Verhaltensweisen von Individuen gegenüber dem Risiko unterscheiden. Im Fall " **konstanter absoluter Risikoaversion**" wird eine Person immer den gleichen Risikoausgleich für das Wagnis eines Prozesses ansetzen, unabhängig davon, über welches Einkommen sie ansonsten verfügt. Zeigt eine Person dagegen "**konstante relative Risikoaversion**", verringert sie mit steigendem sonstigen Einkommen die Höhe ihrer Risikoprämie für das Wagnis eines bestimmten Prozesses. In der Realität ist "konstante relative Risikoaversion" ein häufig zu beobachtendes Verhalten. Dies heißt, daß wohlhabende Personen eine geringere Risikoprämie als Arme benötigen.

Die Entscheidung zum Prozeß bei Risikoscheu: Die Klägerseite



Die Entscheidung zum Prozeß bei Risikoscheu: Die Beklagtenseite



Die in diesem Aufsatz zuvor untersuchten Kostenregelungen unterscheiden sich – selbst bei gleich hohem Erwartungswert – erheblich in der Höhe der Zahlungen bei Prozeßniederlage und Prozeßsieg. Eine Vergrößerung des Schwankungsrisikos bei bestimmten Kostenregelungen führt bei möglichen risikoscheuen Klägern jedoch dazu, daß sie aufgrund der erhöhten Schwankungsmöglichkeit auf die Erhebung von Klagen bei diesen Kostenregelungen verzichten. Damit erweisen sich für risikoscheue Personen Prozesse als vorteilhafter, die Kostenrisiken herausnehmen, selbst dann, wenn sie einen geringeren Erwartungswert erzeugen.

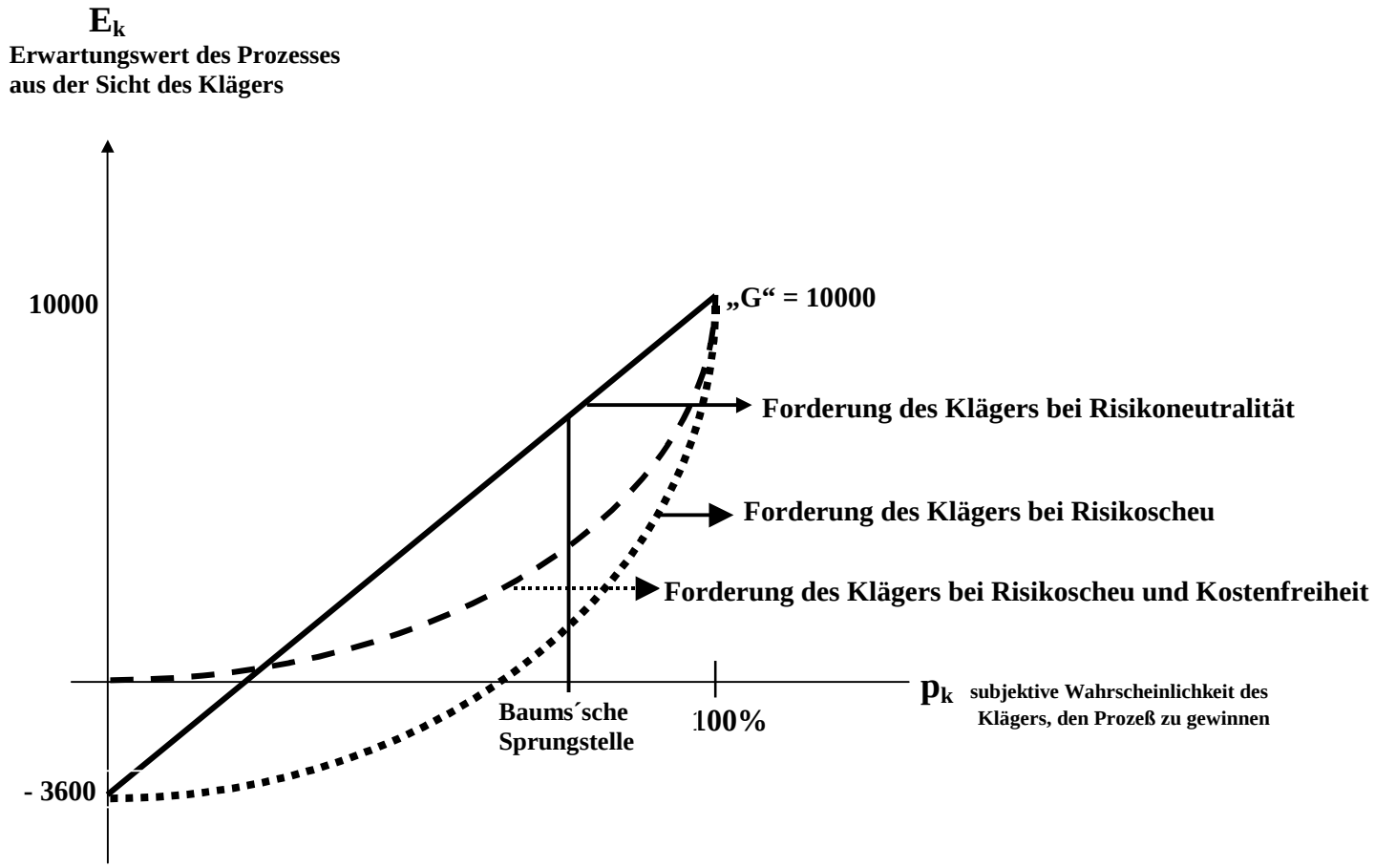
Die folgende Graphik zeigt die Wirkung der Vorschläge von *Baums* und *Baums/Ulmer*[74] für die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage und das Verfolgungsrecht. Ab dem mit *Baums´*scher Sprungstelle bezeichneten Punkt werden die möglichen Kläger nach den Vorschlägen von *Baums* und *Ulmer* von den Kosten entlastet.

Da über die endgültige Kostenentlastung im Falle der **Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage** erst am Ende des Prozesses entschieden werden soll, handelt es sich bis zu diesem Zeitpunkt um einen ex-ante Wert. Dies bedeutet, daß die Kostenentlastung für den Kläger bis zuletzt mit einem Risiko belastet bleibt. Aus diesem Grunde springt die Forderung des Klägers im Falle der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage an der *Baums´*schen Sprungstelle lediglich auf die Kurve der Forderung eines risikoscheuen und kostenbefreiten Klägers. Wie die nachstehende Graphik zeigt, stellt diese Regelung eine deutliche Verbesserung für risikoscheue Aktionäre dar.

Die Forderung des Klägers im Falle des **Verfolgungsrechtes** springt noch weiter nach oben auf die Kurve der Forderung des risikoneutralen und kostenentlasteten Klägers. Der Grund hierfür besteht darin, daß die Kläger nach Beendigung des von *Baums* und *Ulmer* vorgesehenen Zulassungsverfahren sicher wissen, ob sie von den Kosten der Klage entlastet sind oder nicht. Die Kosten sind daher nicht mehr mit einem Risiko belastet, so daß sich die Lage eines solchen Klägers ab der Sprungstelle als diejenige eine Klägers ohne jede Kostenbelastung darstellt. Die Graphik zeigt für diese Gruppe der risikoscheuen Kläger eine ganz erhebliche Verbesserung ihrer Lage und eine beachtliche Teillösung des Trittbrettfahrerproblems.

[74] *T. Baums*, Gutachten, Teil F.IV.4.; *Ulmer*, ZHR 163 (1999), 290, 341

Forderungen des Klägers bei Risikoscheu und Kostenentlastung



Da Risikoscheu – für den Bereich der nicht-existentiellen Prozesse – eine subjektive Verzerrung der Wirklichkeit darstellt und der auf ihrer Grundlage vorgenommene Verzicht auf die erzielbaren Erwartungswerte durch zu geringe Forderungen oder durch eine erhöhte Nachgiebigkeit eine unwirtschaftliche Verhaltensweise darstellt, sind viele möglichen Kläger und Beklagte, wie etwa Unternehmen, Aktionärsvereinigungen, aber auch Berufskläger nicht mit Risikoscheu behaftet. Dies gilt jedoch für viele private Kleinaktionäre möglicherweise nicht. Angesichts einer blühenden Versicherungsbranche im Verbraucherbereich kann angenommen werden, daß sich Kleinaktionäre durch Kostenrisiken aus Risikoscheu über Gebühr von Prozessen abschrecken lassen.

Der in diesem Aufsatz vertretene Vorschlag einer Kostenverdoppelung oder Kostenvervierfachung als Voraussetzung einer Gewinnverdoppelung, bewirkt allerdings keine zusätzliche Prozeßabschreckung für Kleinaktionäre, da das erhöhte Kostenrisiko einen Kläger ja nur auf seinen Antrag hin treffen kann, also von ihm – gegebenenfalls trotz Risikoscheu – als eine günstigere Lösung

eingeschätzt wird. Allerdings werden viele risikoscheue Kläger trotz der erhöhten Gewinnmöglichkeit aufgrund ihrer subjektiven Überbewertung des ebenfalls erhöhten Kostenrisikos diesen Weg nicht gehen wollen. Insofern verpuffen die Vorschläge der Gewinn- und Kostenvervielfachung bei dieser Klägergruppe wirkungslos, nicht jedoch bei der für die Unternehmenskontrolle bedeutenderen Gruppe der rationalen Kläger.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß im Lichte möglicher Risikoscheu von Kleinaktionären die Vorschläge von *Baums* und *Baums/Ulmer*[75], die bei einer Nichtigkeits- und Anfechtungsklage die Kläger auch bei verlorenen, aber nicht mutwillig angestrengten Prozessen von den Prozeßkosten entlasten wollen und für das Verfolgungsrecht ein Zulassungsverfahren mit verbindlicher Kostenentscheidung vorsehen, sich nicht mehr nur als eine „homeopathische" Verbesserung des Trittbrettfahrerproblems erweisen, sondern eine wichtige und sinnvolle Hilfe für eine Steigerung der Aktionärsklagen beinhalten. Die Vorschläge von *Baums* und *Baums/Ulmer* sollten daher zusätzlich neben der hier vorgeschlagenen Antragsmöglichkeit auf Gewinn- und Kostenvervielfachung verwirklicht werden.

V. Schlußbemerkungen

Die Vorschläge im Gutachten von *Baums* ziehen erpresserischen Aktionärsklagen die Zähne, entschärft aber nur für die kleinere Gruppe der risikoscheuen Kleinaktionäre das „Trittbrettfahrerproblem" mit seiner zu geringen Zahl von Aktionärsklagen mit Drittwirkung. Eine sachgerechte Kontrolle des Management und der Mehrheitsmacht anderer Aktionäre im Wege der Aktionärsklage sollte daher mit der Einführung der Möglichkeit gelöst werden, daß der Kläger auf seinen Antrag hin für den Fall seines Obsiegens einen verdoppelten Gewinn zugesprochen erhält, im Falle einer Niederlage jedoch eine Kostenvervierfachung zu tragen hat. Erst durch die so verstärkten Anreize zur Klageerhebeung können die Klagerechte der Aktionäre ihre wichtige Rolle bei der Organisation der Eigentumsrechte an Unternehmen ohne das bisherige Marktversagen spielen und in Zukunft dafür sorgen, daß Aktiengesellschaften eine bessere Organisation zur Schaffung von Gütern in einer arbeitsteiligen Welt sind.

[75] Vgl. *T. Baums*, Gutachten, Teil C.VII.

VI. Anhang: Die Wirkung der Kosten- und Gewinnregelungen im Vergleich

Die Wirkungen auf die Forderungeshöhe und das Angebot des möglichen Beklagten sollen in diesem Anhang übersichtlich anhand eines einheitlichen Zahlenbeispiels nochmals zusammenfassend dargestellt werden. Alle verschiedenen Rechtsregelungen werden anhand eines konkreten Beispiels durchgerechnet und einander gegenübergestellt.

Im folgenden Beispiel geht es daher wieder um einen Anspruch von 10000 DM und Gesamtkosten für beide Parteien in Höhe von 3600 DM. Um eine prozeßträchtige Situation zu untersuchen, sei angenommen, daß beide Seiten jeweils mit 66% an ihren Sieg glauben. Die jeweiligen Forderungen und Angebote ergeben sich dann wie folgt:

1. Geltendes Recht

Die Forderung des möglichen Klägers:

$E_k = p_k * (G + K) – K$
$E_k = p_k * 13600 – 3600 = 0{,}66 * 13600 – 3600 = 8976 – 3600 =$ **5376**

Das Angebot des möglichen Beklagten:

$E_b = p_b * 0 - (1 - p_b) * (G + K)$
$E_b = p_b * 0 - (1 - p_b) * (13600) = - (1 – 0{,}66)\ 13600 =$ **- 4624**[76]

2. Asymmetrisch erhöhte Bedeutung des Prozeßgegenstandes für den Beklagten (Erpressungsfall I)

Die Forderung des möglichen Klägers ändert sich nicht, da für ihn der Erwartungswert gleich bleibt:

$E_k = p_k * (G + K) – K$
$E_k = p_k * 13600 – 3600 = 0{,}66 * 13600 – 3600 = 8976 – 3600 =$ **5376**

Das Angebot des möglichen Beklagten: Es sei angenommen, daß der Wert der Streitsumme für den Beklagten 3 mal so hoch ist: n = 3:

$E_b = p_b * 0 - (1 - p_b) * (n * G + K)$
$E_b = - 0{,}34 * (3 * 10000 + 3600) = - 0{,}34 * 33600 =$ **- 11424**

[76] Das Minuszeichen besagt, daßes sich für den möglichen Beklagten um eine Auszahlung handelt. Sein Angebot ist daher 4624.- DM.

3. Forderung des Klägers bei Kostenfreistellung des Klägers

$E_k = p_k * (G + K) – 0 = 0{,}66 * 13600 =$ **8976**

Das Angebot des möglichen Beklagten bleibt unverändert: - **4624**

4. Forderungen und Angebote bei nicht ersetzten Kosten

Die Forderung des möglichen Klägers: Es sei angenommen,daß die nicht ersetzten Kosten $\mathbf{N_k}$ des Klägers ein Viertel der Gesamtkosten, dh.: 3600/4 = 900 betragen:

$E_k = p_k * G - (1 - p_k) * K - N_k = 0{,}66 * 10000 – 0{,}34 * 3600 – 900 =$ **4476**

Das Angebot des möglichen Beklagten: Es sei angenommen, daß die nicht ersetzten Kosten $\mathbf{N_b}$ des Klägers ebenfalls ein Viertel der Gesamtkosten, dh.: 3600/4 = 900 betragen. Das Angebot des möglichen Beklagten ergibt sich dann als:

$E_b = p_b * 0 - (1 - p_b) * (G + K) - N_b$
$E_b = p_b * 0 - (1 - p_b) * (13600) – 900 = - (1 – 0{,}66) * 13600$
$E_b = - 4624 - 900 =$ **- 5524**

5. Gewinnverdoppelung für den Kläger

Die Forderung des möglichen Klägers:

$E_k = p_k * 2 G - (1 - p_k) * 3600$
$E_k = p_k * (2G + K) – 3600$
$E_k = p_k * 23600 – 3600 = 0{,}66 * 23600 – 3600 =$ **11976**

Das Angebot des möglichen Beklagten:

$E_b = p_b * 0 - (1 - p_b) * (2 * G + K)$
$E_b = (2 * G + K) * p_b - n * G – K$
$E_b = (20000 + 3600) * p_b - 20000 – 3600 = 23600 * p_b – 23600 =$ **- 8024**

6. Gewinn- und Kostenverdoppelung auf Klägerantrag

Die Forderung des möglichen Klägers sei auf der Grundlage einer Gewinn- und Kostenverdoppelung errechnet:

$E_k = 2 * p_k * G - 2 * (1 - p_k) * K$
$E_k = 2 * p_k * 10000 - 2 * (1 - p_k) * 3600) = p_k * (20000 + 7200) - 7200$

$E_k = 0{,}66 * 27200 - 7200 = 0{,}66 * 27200 – 7200 =$ **10752**

Bei der Frage nach dem Angebot des möglichen Beklagten ist zu beachten, daß er im Falle eines doppelten Kostenersatzes durch einen unterlegenen Kläger nunmehr im Falle des Prozeßsieges nicht mehr günstigstenfalls "0", zu zahlen hat, sondern aufgrund eines verdoppelten Kostensatzes in Höhe der nicht angefallenen einfachen Kosten eine Einzahlung erzielt:

$E_b = p_b * K - (1 - p_b) * (2G + 2K)$
$E_b = p_b * 3600 - (1 - p_b) * (20000 + 7200)$
$E_b = 0{,}66 * 3600 - 27200 + 0{,}66 * 27200 = 0{,}66 * (3600 + 27200) - 27200$
$E_b = 0{,}66 * 30800 – 27200 =$ **- 6872**.

7. Gewinnverdoppelung und Kostenvierfachung auf Klägerantrag

Die Forderung des möglichen Klägers:

$E_k = p_k * 2 * 10000 - 4 * (1 - p_k) * 3600 = p_k * 20000 - (1 - p_k) * 14400)$
$E_k = p_k * (20000 + 14400) - 14400 = 0{,}66 * 34400 – 14400 =$ **8304**

Das Angebot des möglichen Beklagten:

$E_b = p_b * 3K - (1 - p_b) * (2G + 4K)$
$E_b = p_b * 10800 - (1 - p_b) * (20000 + 14400)$
$E_b = p_b * 10800 - 34400 + p_b * 34400$
$E_b = p_b * 45200 – 34400 = 0{,}66 * 45200 – 34400 =$ **- 4568**

Übersicht über die Folgen der einzelnen Gewinn- und Kostenregelungen anhand eines Beispiels

	Forderung des Klägers an den Beklagten	**Angebot des Beklagten an den Kläger**
Geltendes Recht	**5376**	**4624**
Kostenfreistellung des Klägers	**8976**	**4624**

Asymmetrisch erhöhte Bedeutung des Prozeßgegenstandes für den Beklagten (Erpressungsfall)	**5376**	**11424**
Gewinnverdoppelung für den Kläger	**11976**	**8024**
Nicht ersetzte Kosten beim Kläger und Beklagten in Höhe von einem Viertel der Gesamtkosten	**4476**	**5524**
Gewinn- und Kostenverdoppelung auf Klägerantrag	**10752**	**6872**
Gewinnverdoppelung und Kostenvervierfachung auf Kläger -antrag	**8304**	**4568**