

# *German Working Papers in Law and Economics*

---

*Volume 2008*

*Paper 19*

---

## Ex Ante-Verfahrensvereinbarungen aus kontradiktorischer Perspektive

Daphne Kapeliuk\*

Alon Klement†

### **Abstract**

\*Radzyner Law School, Interdisciplinary Center, Herzliya

†Radzyner Law School, Interdisciplinary Center, Herzliya

Copyright ©2008 by the authors.

<http://www.bepress.com/gwp>

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior written permission of the publisher, [bepress.com](http://www.bepress.com).

# EX ANTE-VERFAHRENSVEREINBARUNGEN AUS KONTRADIKTORISCHER PERSPEKTIVE

Daphna Kapeliuk und Alon Klement\*

## Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung .....	2
2.	Ineffizienzen im Prozess.....	4
a.	Die Diskrepanz zwischen ex ante und ex post .....	4
b.	Die externen Effekte eines Gerichtsverfahrens .....	5
c.	Pareto-ineffiziente Verfahrensentscheidungen.....	6
3.	Standard-Prozessregeln: Ex post- und ex ante-Methode.....	7
a.	Ex post-Verfahrensvereinbarungen .....	8
b.	Ex ante-Verfahrensvereinbarungen .....	9
i.	Auswirkungen auf das Grundverhalten, das Prozessverhalten und das beweiserhebliche Verhalten.....	12
ii.	Ausdehnung der vertraglichen Möglichkeiten .....	14
iii.	Signalisieren und Einsortieren.....	15
4.	Das Instrumentarium von ex ante-Verfahrensverträgen.....	18
a.	Ein optimales Niveau an Genauigkeit .....	18
b.	Die optimale Allokation privater Kosten.....	21
i.	Kostenverteilung anhand des Zeitpunktes.....	22
ii.	Kostentragungsregeln .....	23
5.	Die Grenzen der ex ante-Verfahrensvereinbarung .....	25
a.	Kosten- und Zeitexternalitäten .....	25
b.	Immaterielle externe Effekte .....	27
c.	Zugang zum Gericht [Recht auf den gesetzlichen Richter] und Sammelklagen.....	29
6.	Zusammenfassung .....	30

---

\* Radzyner Law School, Interdisciplinary Center, Herzliya.

## 1. Einleitung

Eine Zivilprozessordnung strukturiert den Gerichtsprozess von der Klageerhebung bis zum Urteil und darüber hinaus im Falle einer Berufung oder Revision. Die Regeln sollen die gerechte, zügige und effiziente Durchführung des Verfahrens gewährleisten.<sup>1</sup> Mit dieser Zielsetzung im Sinne wird den Gerichten das Ermessen eingeräumt, das Verfahren den Umständen des Einzelfalls anzupassen.<sup>2</sup> Der verfahrensrechtliche Rahmen für Gerichtsverfahren ist daher flexibel gestaltet und kann von den Gerichten in ihrem Streben nach einer gerechten Entscheidung angepasst werden.

Nicht nur Gerichte können die Verfahrensvorschriften modifizieren. Als flexible Regelwerke können die Vorschriften auch von den Prozessparteien durch eine für beide Seiten konsensfähige Verfahrensvereinbarung angepasst werden. Da die Parteien im Besitz aller Informationen über ihre Streitigkeit sind, werden solche Vereinbarungen von den Gerichten regelmäßig als gerecht und effizient angesehen. Daher werden Gerichte die von den Parteien vereinbarten Abänderungen des Verfahrensablaufs umsetzen, solange diese die grundlegenden Prinzipien des Gerichtsverfahrens nicht berühren.

Verfahrensvorschriften werden nach der Klageerhebung angewandt und durchgesetzt. Die Parteien verhandeln daher häufig erst nach Entstehen eines Konflikts über eine Abwandlung dieser Vorschriften. Es ist jedoch auch möglich, sie im Vorfeld einer Streitigkeit anzupassen, denn Vertragsparteien können nicht nur den materiellrechtlichen Teil ihrer Vereinbarung aushandeln, sondern auch das Verfahren vereinbaren, mit welchem der Vertrag gegebenenfalls durchgesetzt wird. Dazu zählt beispielsweise die Übereinkunft, etwaige zukünftige Konflikte im Wege einer privaten alternativen Streitbeilegung, häufig durch ein Schiedsgericht, zu entscheiden. Dieser Aufsatz behandelt einen anderen Lösungsweg: die Vereinbarung zur Nutzung der Justiz bei gleichzeitiger Abänderung der Verfahrensregeln vor dem Entstehen einer Streitigkeit. Solche Übereinkünfte werden im Folgenden als *ex ante-Verfahrensvereinbarungen* bezeichnet.

Dieser Aufsatz setzt sich mit *ex ante-Verfahrensvereinbarungen*, ihrem Nutzen und ihren Grenzen auseinander. Die Modifikation der Verfahrensregeln vor der Entstehung eines Konflikts kann viele Vorteile für die Parteien mit sich bringen. Anders als bei einer Anpassung der Regeln nach Klageerhebung (hier als *ex post-Verfahrensvereinbarung* bezeichnet) können *ex ante-Verfahrensvereinbarungen* das Verhalten der Parteien vor einer Streitigkeit beeinflussen. Sie können die Parteien in der Einhaltung der vertraglichen Bestimmungen bestärken, zu effizienten Nachverhandlungen beitragen und die Wahl der Parteien zwi-

---

<sup>1</sup> Siehe Fed. R. Civ. P. 1: „Diese Gesetze regeln das Verfahren in allen Zivilprozessen vor den United States Distrikt Courts, mit Ausnahme der in Rule 81 vorgesehenen Fälle. Sie sind so auszulegen und anzuwenden, dass eine gerechte, zügige und kostengünstige Entscheidungsfindung für jeden Antrag und jedes Verfahren gewährleistet wird“. Siehe z.B. *Williams v. Keyes*, 125 F.2d 208, 209 (5th Cir. 1942) (wo festgestellt wurde, dass Ziel der Regeln ist, „das Verfahren und die Entscheidung über alle Streitigkeiten in der Sache zu erleichtern.“); *Des Isles v. Evans*, 225 F.2d 235, 236 (5th Cir. 1955) („Das Hauptziel der Regeln ist es, eine schnelle und kostengünstige Gerichtsbarkeit in einheitlicher und wohlorganisierter Form zu gewährleisten.“); *Walsh v. Connecticut Mut. Life Ins. Co.*, 26 F. Supp. 566, 573 (DC NY 1939) („Diese Zivilprozessregeln . . . dienen dazu, die Rechtsfindung zu verbessern, und nicht dazu, sie zu behindern; sie sollen es dem Gericht ermöglichen, über einen Fall in der Sache zu entscheiden, anstatt ihn aufgrund einer formalen Spitzfindigkeit ohne jeden Bezug zu den Rechten der Prozessparteien entscheiden zu müssen.“).

<sup>2</sup> *Judith Resnik*, „Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts“, 1 J. Empirical Legal Stud. 783, 805 (2004).

schen einem Gerichtsprozess und alternativen Methoden der Streitbeilegung beeinflussen. Sie können überdies effektiver als ex post-Vereinbarungen auf das Prozessverhalten der Parteien Einfluss nehmen – sowohl auf die finanziellen Investitionen in das Verfahren als auch auf die Bereitschaft, sich zu vergleichen. Ex ante-Verfahrensvereinbarungen ermöglichen es den Parteien auch, vor- und nachprozessuales Verhalten im Rahmen der Vertragsverhandlungen einzuordnen und der anderen Seite zu signalisieren. Somit bieten ex ante-Prozessvereinbarungen den Parteien die Möglichkeit, ihren gemeinsamen Vertragsgewinn zu erhöhen.

Das Gerichtsverfahren generiert durch seine Nutzung öffentlicher Ressourcen und öffentlicher Foren sowohl negative als auch positive externe Effekte. Auf der negativen Seite entstehen direkte und indirekte externe Effekte: Zu den direkten negativen externen Effekten zählen die Kosten, mit der jede Partei die andere und die Justiz belastet. Die indirekten negativen externen Effekte umfassen Verzögerungen und Überbelastung der Gerichte. Auf der positiven Seite produziert ein Gerichtsverfahren Recht, sowohl materiell als auch verfahrensrechtlich, welches die Allgemeinheit nutzen kann. Selbst wo einer Gerichtsentscheidung der Präzedenzcharakter fehlt, so bezeugt sie doch, dass die Gerichte sich dem Recht verpflichtet sehen, wie auch einem gerechten und billigen Verfahren. Da die Parteien alle diese Effekte bei ihren Entscheidungen in einem Prozess nicht berücksichtigen, weichen die Gesamtauswirkungen eines Prozesses von der jeweiligen Wahrnehmung der Parteien ab. Die Prozessentscheidungen der Parteien können sich daher aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive als ineffizient erweisen.

Als Konsequenz der externen Effekte können ex ante-Verfahrensvereinbarungen das allgemeine Wohl negativ beeinflussen. Da von den Parteien nicht erwartet werden kann, dass sie alle Kosten und allen Nutzen ihrer Vereinbarung internalisieren, müssen die Verfahrensvereinbarungen von den Gerichten, die mit ihrer Umsetzung befasst sind, einer Kontrolle unterzogen werden. Deswegen muss die tatsächliche Umsetzung von den gesamtgesellschaftlichen Folgen der jeweiligen ex ante-Verfahrensvereinbarung abhängig gemacht werden.

Trotz seiner praktischen Relevanz ist das Konzept der ex ante-Verfahrensvereinbarung in der Prozessrechtswissenschaft bisher nicht im Detail untersucht worden. Dieser Aufsatz bietet eine dogmatische Struktur für die Analyse solcher Vereinbarungen. Diese sind zwar bereits Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion, jedoch ist dies der erste Aufsatz, der Nutzwertanalyse und ökonomische Theorie umfassend nutzt, um die Vorteile und die Grenzen von ex ante-Verfahrensvereinbarungen zu erforschen.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Die ex ante-Modifikation von Verfahrensvorschriften ist in der Literatur bisher ohne große Beachtung geblieben. Unter den neueren Aufsätzen hervorzuheben ist *Henry S. Noyes*, „If You (Re)Build It They Will Come: Contracts to Remake the Rules of Litigation In Arbitration’s Image“, 30 *Harv. J. L. and Pub. Policy* 579 (2007), in dem das Potential und die Grenzen der gegenwärtigen Nutzung von ex ante-Verfahrensvereinbarungen aufgezeigt werden. Eine weniger positive Analyse der ex ante-Verfahrensvereinbarung findet sich bei *David H. Taylor/Sara M. Cliffe*, „Civil Procedure by Contract: A Convoluted Confluence Of Private Contract And Public Procedure In Need Of Congressional Control“, 35 *U. Rich. L. Rev.* 1085 (2002); *Elizabeth Thornburg*, „Designer Trials“, 2006 *J. Disp. Res.* 181 (2006). Bisher haben sich nur wenige Autoren der ökonomischen Analyse des Rechts mit der Möglichkeit einer Modifikation einer speziellen Verfahrensregel vor einem Konflikt auseinandergesetzt. Siehe z.B. *Alan Schwartz*, „Contracting about Bankruptcy“, 13 *J. L. Econ. & Org.* 127 (1997) (Modifizierung eines Insolvenzverfahrens); *John J. Donohue III*, „Opting for the British Rule, or If Posner and Shavell Can’t Remember the Coase Theorem, Who Will?“, 104 *Harv. L. Rev.* 1093 (1991) (Abänderung der Kostentragungsregeln).

Der Aufsatz geht dabei wie folgt vor: In Kapitel 2 werden die verschiedenen Quellen von Ineffizienzen im Gerichtsverfahren beschrieben. Kapitel 3 stellt die zwei möglichen Formen der Modifikation der Verfahrensregeln dar – ex post und ex ante. Es befaßt sich auch mit den verschiedenen Vorteilen der ex ante-Verfahrensvereinbarung im Vergleich sowohl zur ex post-Verfahrensvereinbarung als auch zu einer materiellen Regelung ex ante. Kapitel 4 wendet sich den verschiedenen Instrumenten zu, die die Vertragsparteien zur Gestaltung ihres Gerichtsverfahrens nutzen können, sowie ihrem grundsätzlichen Verhalten bei der Nutzung von Verfahrensvereinbarungen. In Kapitel 5 werden die verschiedenen Kritikpunkte an ex ante-Verfahrensvereinbarungen dargestellt, wie auch die sich daraus ergebenden Einschränkungen, denen solche Vereinbarungen unterworfen werden sollten. Kapitel 6 fasst die Ergebnisse zusammen.

## 2. Ineffizienzen im Prozess

Wenn eine Streitigkeit entsteht und Klage erhoben wird, entscheiden sich sowohl Kläger und Beklagter, ob sie sich gütlich einigen wollen oder ihren Konflikt im Wege des streitigen Verfahrens lösen wollen. Des weiteren entscheiden sie, welche Ressourcen sie im Falle der Fortführung des Prozesses investieren wollen. Darüber hinaus treffen die Parteien im Laufe des Gerichtsverfahrens verschiedene Prozessentscheidungen über die Form des Parteivorbringens, eine Streitgenossenschaft, die Beantragung vorläufigen Rechtsschutzes, den Umfang einer *discovery* und die Rechtsmittel gegen vorläufige und endgültige Entscheidungen.

Prozessentscheidungen können sich hauptsächlich aus drei Gründen als ineffizient herausstellen. Zuerst können die aus ex ante-Sicht optimalen Prozessentscheidungen der Parteien von ihrem ex post-Prozessverhalten abweichen und dadurch eine Diskrepanz erzeugen zwischen dem, was im Vorhinein als optimal erscheint, und dem, was im Nachhinein als rational erscheint. Zweitens besteht ein Unterschied zwischen individuell und gesamtgesellschaftlich optimalen Prozessentscheidungen. Drittens können die Prozessentscheidungen der Parteien einander neutralisieren. In diesem Kapitel sollen die Quellen solcher Prozessineffizienzen untersucht werden.

### a. Die Diskrepanz zwischen ex ante und ex post

Die Unterschiede zwischen ex ante und ex post optimalen Prozessentscheidungen sind in der Literatur zur ökonomischen Analyse des Rechts bereits ausführlich untersucht worden.<sup>4</sup> Nach der Entstehung eines Konflikts handeln die Parteien mit dem Ziel, ihren Gewinn nach der Streitigkeit zu maximieren. Dieser Gewinn umfasst keinerlei Kosten und Nutzen aus dem Zeitraum vor dem Konflikt, insbesondere auch nicht die abschreckende Wirkung eines Prozesses. So würden Kläger beispielsweise angesichts einer strengen Haftung des Beklagten stets Klage erheben, selbst wenn der Beklagte nichts tun kann, um den Schaden oder die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts zu verringern. Ebenso kann eine Haftung lediglich für grobe Fahrlässigkeit einen potentiellen Kläger von der Klageerhebung abhalten, selbst wenn dies den Anreiz für den potentiellen Beklagten schwächt, sorgfältig zu handeln und seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen. Die Entscheidungen der

---

<sup>4</sup> Siehe *Steven Shavell*, „The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System“, 26 J. Legal Stud. 575 (1997).

Parteien, Klage zu erheben bzw. sich zu verteidigen, sind somit aus Abschreckungsgesichtspunkten nicht notwendig optimal.

Dies gilt auch für sonstige Prozessentscheidungen – die Art der Prozessführung, die Höhe der Investitionen in den Prozess, ob man sich vergleicht und bei welcher Summe, oder welche Verfahrensform man wählt. Diese Entscheidungen werden ausnahmslos aus der Perspektive nach Eintritt des Konfliktfalls getroffen. Nachdem die Streitigkeit entstanden ist, können Prozessentscheidungen den Gewinn der jeweiligen Partei maximieren, haben aber gleichzeitig häufig unerwünschte Auswirkungen auf das Verhalten der Parteien vor dem Konflikt. Da das Verhalten vor dem Konflikt zur Zeit des Konflikts bereits in der Vergangenheit liegt, besteht natürlich auch kein Grund zu erwarten, dass das Verhalten der Parteien nach Eintritt des Konflikts aus der Vor-Konflikt-Perspektive optimal erscheint.

Bei der Entscheidung über das Verhalten vor einem Konflikt gehen Parteien davon aus, dass ihre Verfahrensentscheidungen, falls ihr Verhalten zu einer juristischen Maßnahme führt, aus einer Post-Konflikt-Perspektive optimal sein werden, jedoch nicht notwendigerweise aus der Perspektive vor Eintritt des Konflikts. Das nachträglich optimierende Verhalten der Parteien beschränkt daher ihren Handlungsspielraum vor dem Konflikt. Die Parteien sind somit gezwungen, den optimalen Handlungsweg in Abhängigkeit von dieser ex post-Beschränkung zu wählen. Diese begrenzte Optimierung kann ein Verhalten vor Eintritt eines Konflikt bewirken, das aus der ex ante-Sicht aller Parteien häufig ineffizient ist. Denn es führt zu einer suboptimalen Abschreckungswirkung und provoziert opportunistisches Verhalten.

#### b. Die externen Effekte eines Gerichtsverfahrens

Wie sich gezeigt hat, kann sich der ex ante-Gewinn einer Verfahrensentscheidung von dem ex post erzielten Netto-Nutzen für die Prozessparteien unterscheiden. Selbst aus ex post-Sicht können Prozessentscheidungen nicht optimal sein. Ein Kläger geht zu Gericht, wenn der erwartete Gewinn seine privaten Kosten übersteigt. Dieser erwartete Gewinn umfasst den voraussichtlichen Profit aus einem Urteil oder einem Vergleich, während die Kosten die Zeit und Energie umfassen, die er opfern muss, wie Gerichts- und Anwaltskosten und sonstige im Zusammenhang mit dem Prozess entstehende Kosten.

Der private Anreiz, Klage zu erheben, ist nicht identisch mit dem sozial optimalen Anreiz dafür. Aus sozial optimaler Sicht wird zum Teil Klage erhoben, obwohl ein Gerichtsverfahren aus sozialer Sicht unerwünscht ist, weil die sozialen Kosten den sozialen Nutzen übersteigen. In anderen Fällen wird auf eine Klageerhebung verzichtet, obwohl ein Gerichtsverfahren sozialen Nutzen brächte.<sup>5</sup> Darüber hinaus werden einige Prozesse aus sozialer Perspektive zu früh durch einen Vergleich beendet, während andere trotz ihres geringen Nutzens im streitigen Verfahren ausgetragen werden. Schließlich investieren die Parteien oft zuviel in das Verfahren,<sup>6</sup> oder vergleichen sich zu einem aus sozialer Sicht

<sup>5</sup> See *Steven Shavell*, „The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit In A Costly Legal System“, 11 J. Legal Stud. 333 (1982); *Peter Menell*, „A Note On Private Versus Social Incentives to Sue In A Costly Legal System“, 12 J. Legal Stud. 41 (1983); *Louis Kaplow*, „Private Versus Social Costs In Bringing Suit“, 15 J. Legal Stud. 371 (1986); *Susan Rose-Ackerman/Mark Geistfeld*, „The Divergence Between Social And Private Incentives To Sue: A Comment On Shavell, Menell, And Kaplow“, 16 J. Legal Stud. 483 (1987).

<sup>6</sup> Für eine Darstellung und Analyse der strategischen Investitionen der Prozessparteien in ihr Verfahren siehe *Avery Katz*, „Judicial Decisionmaking and Litigation Expenditure“, 8 Int. Rev. L. & Econ. 127 (1988);

nicht angemessenen Betrag.<sup>7</sup> Gerichtsverfahren können sich daher aus sozialer Perspektive als nicht effizient erweisen.

Gerichtsverfahren erzeugen sowohl positive als auch negative externe Effekte.<sup>8</sup> Auf der negativen Seite bestimmt die Entscheidung einer Partei zugunsten eines Prozesses nach Eintritt des Konfliktfalls den Umfang der Kosten, die dem Prozessgegner und dem Gericht entstehen. Die Parteien erlegen einander und dem Gerichtssystem Kosten auf, wie beispielsweise die Gehälter der Richter und der Angestellten, die Mieten für die Gerichtssäle und die Zeit der Geschworenen. Darüber hinaus kann sich jede Entscheidung einer Partei negativ auf die Dauer anderer Verfahren auswirken, da die Ressourcen der Gerichte knapp sind. Ein Gerichtsverfahren erzeugt daher auch Verzögerungskosten für die Prozessparteien in anderen Verfahren, die auf die Durchführung ihres Prozesses warten müssen.

Auf der positiven Seite produzieren Gerichtsverfahren Präzedenzfälle und eine Rechtsprechung, die der Allgemeinheit zur Verfügung steht. Dies bringt sowohl eine abschreckende Wirkung als auch Leitlinien für zukünftiges Verhalten mit sich, aus denen die Gesellschaft einen Nutzen zieht. Darüber hinaus bezeugt jedes Urteil die Bereitschaft und Verpflichtung der Judikative zu einer effizienten und gerechten Verfahrensdurchführung und bestärkt so das öffentliche Vertrauen in die Integrität der Justiz. Diese positiven externen Effekte werden hier als immaterielle externe Effekte bezeichnet.

In ihrer Entscheidungsfindung wägen die Parteien die erwarteten privaten Gewinne und Kosten aus einem Gerichtsverfahren gegeneinander ab. Jedoch ziehen sie weder die abschreckende Wirkung des Gerichtsverfahrens noch die möglichen Kosten oder den Nutzen ihrer Entscheidung für die Allgemeinheit in Betracht. Vor allem werten die Parteien die immateriellen externen Effekte eines Gerichtsverfahrens nicht als eigenen Vorteil. Daher können sie ihr prozessrechtliches Arsenal so einsetzen, dass die Kosten für beide Seiten und für die Justiz ihre eigenen Gewinne übersteigen. Auf der anderen Seite können sich die Parteien zu früh vergleichen, wo ein Urteil durch seine Präzedenzwirkung und seinen Ausdruckswert größeren sozialen Nutzen erzeugt hätte.<sup>9</sup> Die Entscheidungen der Parteien für ein oder in einem Gerichtsverfahren können sich daher als sozial unerwünscht herausstellen, wenn die sozialen Kosten des Verfahrens die privaten Gewinne der Parteien übersteigen.

### c. Pareto-ineffiziente Verfahrensentscheidungen

Parteien entscheiden sich für ein Gerichtsverfahren, wenn der erhoffte Gewinn höher ist als der befürchtete Verlust. Bei der Einschätzung der erwarteten Gewinne aus einer solchen

---

*Kathryn E. Spier*, „Litigation“, in A. Mitchell Polinsky/Steven Shavell, Hrsg., *The Handbook of Law and Economics*.

<sup>7</sup> Siehe *Steven Shavell*, „The Level of Litigation: Private Versus Social Optimality of Suit and of Settlement“, 19 *Int. Rev. L. & Econ.* 99 (1999); *Kathryn Spier*, „A Note On The Divergence Between the Private and the Social Motive to Settle Under A Negligence Rule“, 26 *J. Legal Stud.* 613 (1997).

<sup>8</sup> Eine grundsätzliche Theorie der externen Effekte findet sich beispielsweise bei *Richard Cornes/Todd Sandler*, „The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods“, 2. Aufl., Cambridge, 1996, 39-65. Sie definieren eine Externalität als ein Ereignis, welches einer Person oder mehreren Personen, die dem nicht vollumfänglich zugestimmt haben, einen spürbaren Vorteil oder Nachteil zufügt.

<sup>9</sup> Zur Ausdrucksfunktion des Rechts siehe *Lawrence Lessig*, „Social Meaning and Social Norms“, 144 *U. Pa. L. Rev.* 2181 (1996); *Cass Sunstein*, „On the Expressive Function of Law“, 144 *U. Pa. L. Rev.* 2021 (1996); *Robert Cooter*, „Expressive Law and Economics“, 27 *J. Legal Stud.* 585 (1998).

Entscheidung muss eine Prozesspartei die Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf das Gericht und auf den Gegner berücksichtigen. Nach Klageerhebung nehmen die Parteien an einer Art Kampfspiel teil, dessen Ergebnis nicht nur von den materiellrechtlichen Gesichtspunkten des Falles abhängt, sondern auch von den jeweiligen Investitionen und prozessrechtlichen Manövern während des Verfahrens. Die Bezeichnung des Gerichtsverfahrens als ein Spiel soll jedoch nicht besagen, dass es sich dabei um ein Nullsummenspiel handele.<sup>10</sup>

Die Investitionen und Strategien der Prozessparteien können einander aufwiegen, so dass sich die Parteien in derselben Situation befinden, in der sie sich bei einer Verpflichtung zur Beschränkung ihres strategischen Verhaltens befänden. Da die Auswirkungen einer Prozessentscheidung jeder der Parteien von einer Entscheidung der Gegenseite abhängig sind, können sie sich in einer strategischen Situation wiederfinden, die dem Gefangenendilemma nicht unähnlich ist.<sup>11</sup> Die Parteien können ihre Kosten senken und ihre Gewinne erhöhen, indem sie ihre Investitionen in ein Gerichtsverfahren begrenzen, die *discovery* nicht mißbrauchen, unnötige Anträge vermeiden, und offen und konstruktiv über einen Vergleich verhandeln. Dennoch ist es für jede Partei günstiger, dies nicht zu tun, gleich welche Strategie der Gegner verfolgt. Dies ist die typische Konstellation eines Gefangenendilemmas. Im Gleichgewicht setzt jeder der beiden auf die gleiche Karte – Verrat. Die Parteien würden jedoch beide besser dastehen, wenn sie kooperierten. Ein Ergebnis, bei dem beide Parteien ihre Gleichgewichtsstrategie verfolgen, ist pareto-dominiert durch Kooperation und daher nicht effizient.

Pareto-ineffiziente Prozessentscheidungen sind von anderen Arten der Ineffizienz zu unterscheiden. Pareto-Ineffizienzen sind nur aus der reinen ex post-Sicht ineffizient. Anders als die Ineffizienz der ex post-ex ante-Abweichung ergeben sich Pareto-Ineffizienzen aus rein strategischen externen Effekten, nicht aus anderen direkten oder indirekten Kostenexternalitäten. Pareto-Ineffizienzen sind Teil und Nachteil des kontradiktorischen Systems des Parteiprozesses und können nur dadurch unter Kontrolle gebracht werden, dass man die Wahlmöglichkeiten der Prozessparteien zwischen einzelnen Verfahrensstrategien wechselseitig beschränkt.

### 3. Standard-Prozessregeln: Ex post- und ex ante-Methode

Nachdem die verschiedenen Quellen der Ineffizienzen in Gerichtsverfahren dargestellt wurden, soll nun ein Schritt in Richtung einer möglichen Lösung des Problems aufgezeigt werden – in Form einer vertraglichen Abänderung der Verfahrensregeln. Zuerst wird die Modifikation von Verfahrensregeln nach Entstehen der Streitigkeit und Klageerhebung diskutiert. Da solche Abänderungen in allen Parteiprozessen häufig vorkommen, soll hier

<sup>10</sup> Ein Nullsummenspiel oder „Strictly Competitive Game“ ist ein Spiel, in dem bei zwei möglichen Resultaten die beiden Spieler jeweils entgegengesetzte Resultate bevorzugen. Siehe hierzu *Martin J. Osborne/Ariel Rubinstein*, *A Course in Game Theory* (1994, MIT) 21. Mit anderen Worten, bei einem Nullsummenspiel mit zwei Mitspielern gewinnt der eine Spieler stets nur das, was der andere verliert. Siehe auch *Drew Fudenberg/Jean Tirole*, *Game Theory* (1993, MIT) 4.

<sup>11</sup> Siehe *Ronald J. Gilson/Robert H. Mnookin*, „Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation“, 94 *Colum. L. Rev.* 509, 514-522 (1994); *Gillian Hadfield*, „The Price of Law: How the Market for Lawyers Distorts the Justice System“, 98 *Mich. L. Rev.* 953, 980-982 (2000) (Sie vertritt die Ansicht, dass es sich bei einem Prozess um eine „verlorene Kosten-Auktion“ handelt, die zu einem Verhalten führt, welches einem Zermürbungskrieg ähnelt).

nur die entsprechende Motivlage der Parteien dargestellt werden.<sup>12</sup> Danach wenden wir uns der Hauptfrage des Aufsatzes zu, nämlich der Möglichkeit der Parteien, die Verfahrensregeln vor dem Entstehen eines Konfliktes zu modifizieren. Die Analyse wird zeigen, dass Verfahrensvereinbarungen vor Konfliktenstehung den Gewinn der Parteien in einem größeren Umfang steigern können als Abmachungen nach Streitentstehung.

a. Ex post-Verfahrensvereinbarungen

Die Regeln des Zivilverfahrens streben die Herstellung eines Gleichgewichts zwischen den Interessen von Kläger und Beklagtem an, um die Fairness des Gerichtsverfahrens zu gewährleisten. Im Parteiprozess können die Prozessparteien den Umfang ihres Verfahrens weitgehend selbst festlegen, indem sie die relevanten Fragen identifizieren und die notwendigen Beweise sammeln und vorlegen, um ihre Klage bzw. ihre Verteidigung zu untermauern. Der Parteiprozess ist dadurch gekennzeichnet, dass die Parteien selbst die Verantwortung für die *discovery* und das Sammeln und Darstellen der relevanten Fakten tragen, während sich die Rolle des passiven Gerichts auf die Gewährleistung eines fairen Prozesses beschränkt. In diesem Modell greift das Gericht normalerweise nicht in den Prozess ein, solange es nicht von einer der Parteien darum ersucht wird. Zu den Charakteristika des Parteiprozesses gehören des Weiteren großzügige Regeln über den Vortrag vor Gericht und die Möglichkeiten einer Zusammenfassung mehrerer Klagen oder mehrerer Parteien mit gleichgelagerten Klagen, eine weite *discovery* und die Gelegenheit zur ausführlichen Befragung von Zeugen der Gegenseite.<sup>13</sup>

Der Parteiprozess beruht auf der Annahme, dass der Gerechtigkeit am ehesten Genüge getan wird, wenn man den Parteien selbst die volle Kontrolle über das Verfahren zugesteht. Da die Parteien selbst, und nicht das Gericht, am besten ihre Interessen vertreten können, gewährleistet die Übertragung der Kontrolle über den Verfahrensablauf und die Beweiserhebung das gerechteste und genaueste Ergebnis.<sup>14</sup>

Die Regeln des Zivilprozesses geben den Parteien die Möglichkeit, die Verfahrensart zu wählen, die ihren Interessen am meisten entspricht.<sup>15</sup> Da sie selbst wissen, welche Umstände zu ihrem Konflikt geführt haben, können sie auch am besten entscheiden, ob sie das Prozessrecht in der gesetzlichen Form anwenden oder es abändern möchten. Die Parteien können nach dem Konflikt die Auswirkungen jeder Modifikation überblicken und daher einschätzen, welche Verfahrensregeln ihren Interessen bei der Lösung des Konflikts am ehesten entgegenkommen. Sie können die Verfahrensregeln mittels einer ex-post-Verfahrensvereinbarung nach ihren Wünschen ändern. Durch solche Vereinbarungen kann man beispielsweise die Verfahrensart, den Umfang des Prozesses und einer *discovery*, die Beweismethoden und die Zulässigkeit bestimmter Beweise festlegen.

Die Parteien treffen ex-post-Verfahrensvereinbarungen angesichts ihrer geschätzten Prozesskosten, Erfolgchancen, Risiken und der Auswirkungen, die eine solche Vereinbarung auf den Ausgang des Verfahrens haben könnte. Auf diesem Wege können die Prozesspar-

---

<sup>12</sup> \*\*\*\*Examples \*\*\*

<sup>13</sup> Siehe z.B. *Martin H. Redish*, „The Adversary System, Democratic Theory, and the Constitutional Role of Self Interest: The Tobacco Wars, 1953-1971“, 51 DePaul L. Rev. 359 (2001).

<sup>14</sup> *David Luban*, *Lawyers and Justice: An Ethical Study* (Princeton, 1988) S. 149-167.

<sup>15</sup> *Henry S. Noyes*, „If You (Re) Build It, They Will Come: Contracts to Remake the Rules of Litigation in Arbitration’s Image“, 30 Harv. J. L. & Pub. Policy 579, 608-9 (2007).

teilen die Prozesskosten und -risiken reduzieren und den Prozess effizient auf ihre Bedürfnisse zuschneiden.

Die Möglichkeit der Parteien, gemeinsam die Verfahrensregeln zu ändern und eine solche Vereinbarung auch durchzusetzen, wird von den Gerichten meist anerkannt und die Abänderungen umgesetzt. Verfahrensregeländerungen werden nur dann nicht anerkannt, wenn sie nach Vertragsrecht nicht durchsetzbare Vereinbarungen enthalten, wenn sie die Kompetenzen des Gerichts modifizieren, gegen rechtliche Grundprinzipien verstoßen oder im Widerspruch zum *ordre public* stehen.<sup>16</sup>

Die Umsetzung von ex-post-Verfahrensvereinbarungen widerspiegelt die Tatsache, dass sich der Parteiprozess verpflichtet sieht, den Parteien die Kontrolle über ihr Verfahren zu überlassen, und bestätigt die tief verwurzelte Auffassung, dass so der Gerechtigkeit und Effizienz am besten gedient ist. Daher werden – abgesehen von Ausnahmesituationen – Verfahrensregeln als dispositiv angesehen und dürfen von den Parteien nach Entstehung eines Konflikts und Klageerhebung geändert werden.<sup>17</sup>

Im vorigen Kapitel wurden die Quellen von Ineffizienzen im Verfahren dargestellt. Ex-post-Verfahrensvereinbarungen können diesen Ineffizienzen nichts entgegensetzen, weil eine Zustimmung beider Parteien nach der Klageerhebung und somit nach Annahme ihrer jeweiligen Prozessrollen erforderlich ist, und weil das ineffiziente Verhalten vor Entstehen des Konflikts im Nachhinein nicht mehr ausgeglichen werden kann. Um diesen Ineffizienzen vorzubeugen, sollte es den Parteien gestattet sein, die Verfahrensregeln vor dem Konflikt zu modifizieren. Diese Möglichkeit wird im Folgenden vorgestellt.

#### b. Ex ante-Verfahrensvereinbarungen

Durch eine ex ante-Verfahrensvereinbarung können die Parteien vor jedem Konflikt festlegen, wie er zu lösen wäre und wie ein Prozess im Falle des Konflikts ablaufen sollte. Sie können eine Schiedsklausel in ihren Vertrag aufnehmen<sup>18</sup> oder eine Zuständigkeitsvereinbarung treffen.<sup>19</sup> Wenn sie sich für ein Gerichtsverfahren entscheiden,

<sup>16</sup> Siehe z.B. *Re Westinghouse Elec. Corp. – Uranium Contracts Litig.*, 570 F.2d 899, 901-902 (10th Cir. 1978) (wo festgestellt wurde, dass es unbillig wäre, eine ex post-Verfahrensvereinbarung durchzusetzen, welche Aussagen [depositions] ausschließt) (Man beachte, dass Fed. R. Civ. P. 29 dem Gericht das Recht einräumt, einen der Parteivereinbarung widersprechenden Beschluss über das Verfahren und die Voraussetzungen einer Aussage zu fassen).

<sup>17</sup> *Stephen C. Yeazell*, *Civil Procedure* (6. Aufl. 2004) S. 143 (“Eine der Säulen des US-Rechts ist der große Umfang der Abdingbarkeit des Zivilprozessrechts – die Regeln sind „Basisregeln“, die nur dann Anwendung finden, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben.”).

<sup>18</sup> Siehe z.B. *Southland Corp v. Keating*, 465 U.S. 1 10 (1984); *Schrek v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 519 (1974). Für einen kritischen Blick auf Schiedsklauseln, siehe *Jean Sternlight*, „Rethinking the Constitutionality of the Supreme Court’s Preference for Binding Arbitration: A Fresh Assessment of Jury Trial, Separation of Powers, and Due Process Concerns“, 72 *Tul. L. Rev.* 1945, 1962 (1997), wo argumentiert wird, dass Schiedsklauseln das durch das Siebte Amendment gewährte Recht auf einen Geschworenenprozess verletzen.

<sup>19</sup> Siehe z.B. *Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 9-10 (1972) (das Urteil befindet Zuständigkeitsvereinbarungen prima facie für zulässig; sie sollten anerkannt werden, außer wenn die Vollstreckung in den konkreten Umständen nicht sinnvoll ist, Abs. 10). Eine kritische Analyse dieser Entscheidung bietet *David H. Taylor/Sara M. Cliffe*, „Civil Procedure By Contract: A Convuluted Confluence of Private contract and Public Procedure in Need of Congressional Control“, 35 *U. Rich. L. Rev.* 1085, 1096 (2002) (nach der dort vertretenen Ansicht hat das Gericht in die Kompetenz der Legislative eingegriffen, indem es Zuständigkeitsvereinbarungen der Parteien für gültig erklärt hat, die offenbar die

können sie sich über die anzuwendenden Verfahrensregeln einigen, indem sie die Prozess- und Beweisregeln modifizieren. Zum Beispiel können sie sich auf einen Zustellungsbevollmächtigten an einem Gerichtsstand einigen<sup>20</sup> oder eine Rechtswahl treffen, indem sie das auf einen etwaigen Konflikt anwendbare materielle Recht festlegen.<sup>21</sup> Weiterhin können sie die Verjährungsfristen verkürzen<sup>22</sup> oder auf ihr Recht auf ein Geschworenengericht verzichten und dieses durch einen Richterprozess ersetzen.<sup>23</sup> Die Parteien können darüberhinaus auch schon im Voraus das Verfahren für eine *discovery* im Konfliktfalle<sup>24</sup>

---

„ouster doctrine“ verletzen, welche die Derogation von Gerichtsständen für unzulässig und unwirksam erklärt. Parteien könnten nicht durch private Vereinbarungen das System des Gerichtsverfahrens ändern, wie es in Art. III der Konvention vorgesehen ist, und Gerichte könnten ihre Kompetenz nicht selbst festlegen, S. 1097. Die „ouster doctrine“ entstammt *Home Insurance Co. v. Morse*, 87 U.S. (20 Wall.) 445, 451 (1874). Die Autoren sind weiterhin der Ansicht, dass ex ante-Verfahrensvereinbarungen Erfüllung voraussetzen und so „den Parteien die Wahlmöglichkeit entziehen, den Vertrag zu brechen und den sich daraus ergebenden Preis zu zahlen“, S. 1092. Siehe auch *Nicholas S. Shantar*, „Note: Forum Selection Clauses: Damages in Lieu of Dismissal?“, 82 B.U. L. Rev. 1063 (2002) (dort wird die Ansicht vertreten, dass Gerichte zwar grundsätzlich freiwillig eingegangene Zuständigkeitsvereinbarungen durchsetzen sollten, aber es Verbrauchern gestatten sollten, stattdessen Schadensersatz zu zahlen); *Daniel Tan*, „Damages for Breach of Forum Selection Clauses, Principled Remedies, and Control of International Civil Litigation“, 40 Tex. Int'l L.J. 623 (2005) (Schadensersatz als Wiedergutmachung für die Verletzung einer Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit).

<sup>20</sup> *Nat'l Equip. Rental v. Szukhent*, 375 U.S. 311, 315-316 (1964).

<sup>21</sup> Siehe *Restatement (Second) of Conflict of Laws* 186-87 (1988); U.C.C. 1-105(1) (1989 & Supp. 2001). Rechtswahlklauseln unterscheiden sich von prozessualen Vereinbarungen, da sie das im Fall einer Streitigkeit anzuwendende materielle Recht festlegen. Eine empirische Studie von ex ante-Rechtswahl- und Zuständigkeitsvereinbarungen in Unternehmensübernahmeverträgen findet sich bei *Theodore Eisenberg/Geoffrey Miller*, „Ex Ante Choices of Law and Forum: An Empirical Analysis of Corporate Merger Agreements“, 59 Vand. L. Rev. 1975 (2006) (Ergebnis: über Rechtswahl- und Zuständigkeitsvereinbarungen wird bei solchen Verträgen offenbar intensiv verhandelt, und es besteht oft Übereinstimmung zwischen gewähltem Recht und gewähltem Forum). Eine empirische Studie der Durchsetzung von Rechtswahlklauseln durch die Gerichte bietet *Larry E. Ribstein*, „From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law“, 37 Ga. L. Rev. 363, 375 (2003) (der zu dem Ergebnis kommt, dass Gerichte 85% der Rechtswahlklausel anerkennen).

Die Durchsetzung von Zuständigkeitsvereinbarungen ist in der Literatur umstritten: Während einige Autoren deren Nutzung verteidigen, wie z.B. *Michael E. Solimine*, „Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure“, 25 Cornell Int'l L.J. 51 (1992), wird jedenfalls die Vereinbarung in Form von AGB kritisiert, siehe z.B. *Paul D. Carrington/Paul H. Haagen*, „Contract and Jurisdiction“, 1996 Sup. Ct. Rev. 331, 350-61; *Lee Goldman*, „My Way and the Highway: The Law and Economics of Choice of Forum Clauses in Consumer Form Contracts“, 86 NW. U. L. Rev. 700 (1992).

<sup>22</sup> Siehe z.B. *Riddlesbarger v. Hartford Insurance Co.*, 7 Wall. 386, 19 L.Ed. 257; *Soviero Bros. Contr. Corp. v. City of New York*, 286 App. Div. 435, 142 N.Y. S.2d 508.

<sup>23</sup> Rule 38(a) der Federal Rules of Civil Procedure regelt, dass „das Recht der Parteien auf einen Geschworenengericht, wie es im Siebten Amendment zur Verfassung oder in einem Gesetz der Vereinigten Staaten vorgesehen ist, unverletzlich ist.“ Obwohl Rule 38(d) nur einen nachträglichen vertraglichen Verzicht auf dieses Recht ausdrücklich vorsieht („Unterläßt es eine Partei, den von dieser Regel vorgesehenen Antrag zu stellen und zuzustellen, stellt dies einen Verzicht auf das Recht auf einen Geschworenengericht dar.“), haben Gerichte auch ex ante-Verzichtsvereinbarungen durchgesetzt. Siehe z.B. *Herman Miller, Inc. v. Thorn Rock Realty Co.*, 46 F.3d 183 (2d Cir. 1995); *Leasing Serv. Corp. v. Crane*, 804 F.2d 828 (4th Cir. 1986); Zum Verzicht auf den Geschworenengericht siehe *Stephen J. Ware*, „Arbitration Clauses, Jury-Waiver Clauses, and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights“, 67 Law & Contemp. Prob. 167, 169-70 (2004); *Chester S. Chuang*, „Assigning the Burden of Proof in Contractual Jury Waiver Challenges: How Valuable is Your Right to a Jury Trial?“, 10 Empl. Rts. & Employ. Pol'y J. 205 (2006) (Diskussion der Verwendung einer ex ante-Erklärung des Verzichts auf einen Geschworenengericht im arbeitsrechtlichen Kontext; *Chuang* argumentiert, dass aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes und der Fairness die Partei beweislaster sein sollte, die sich auf die Verzichtserklärung beruft).

<sup>24</sup> Rule 29 der Federal Rules of Civil Procedure regelt: „In Abwesenheit einer anderweitigen Anweisung des Gerichts können die Parteien durch schriftliche Erklärung (1) festlegen, dass Aussagen vor jeder beliebigen Person, zu einem beliebigen Zeitpunkt und an beliebigem Ort, aufgrund jedweder Benachrichtigung, und auf

oder die im Prozess anzuwendenden Beweisregeln festlegen.<sup>25</sup> Sie können sich über die Beweise einigen, die im Falle eines Prozesses vorgelegt werden können, die Beweislast umverteilen, die Zeit für die Beibringung von Beweisen begrenzen, Beweise für zulässig erklären, die anderweitig unzulässig wären, oder bestimmte ansonsten zulässige Beweise ausschließen.<sup>26</sup> Darüberhinaus können sie die Ablehnungsmöglichkeit von Zeugen vom Hörensagen ausschließen, die ansonsten unzulässig wären, oder sonstige ihnen zustehende Vorteile aufgeben.

Die Gerichte der USA gestehen den Parteien bei Verfahrensvereinbarungen einen großen Spielraum zu und haben ex ante-Verfahrensvereinbarungen als Ausprägung des Prinzips der Vertragsfreiheit anerkannt. Gerichte setzen solche Vereinbarungen auch um, solange sie nicht gegen den *ordre public* verstoßen.<sup>27</sup> Darüber hinaus hat der U.S. Supreme Court anerkannt, dass Parteien auf ihre verfassungsmäßigen Rechte im Wege einer ex ante-Verfahrensvereinbarung verzichten können, wenn diese „willentlich und im Bewußtsein der Tragweite eingegangen wurde und wohlüberlegt verfaßt ist“.<sup>28</sup>

---

jede beliebigen Art und Weise, und dann wie andere Zeugenaussagen verwertbar sind, und (2) andere Regelungen über das Verfahren und die Beschränkungen für eine discovery modifizieren, mit Ausnahme einer Abänderung der Regeln 33, 34, and 36 über die Beantwortung einer discovery, die nur mit Zustimmung des Gerichts vereinbart werden darf, falls sie den Zeitrahmen für den Abschluss der *discovery*, für Anträge oder für den Prozess selbst beeinflusst.“ Siehe Elliott McGowan Prods. v. Republic Prods., 145 F. Supp. 48, 50 (S.D.N.Y. 1956) (Umsetzung einer ex ante-Verfahrensvereinbarung, die den Verzicht auf discovery beinhaltete, was unter den gegebenen Umständen als vernünftig erschien).

<sup>25</sup> Siehe z.B. *United States v. Mezzanatto*, 513 U.S. 196, 203 (1995) (Diskussion einer ex post-Vereinbarung des Verzichts auf die ausschließlichen Beweisregelungen der Rule 410 der Federal Rules of Evidence zwischen Staatsanwalt und Angeklagtem; das Gericht urteilt, „dass Rule 410 erlassen wurde unter der Annahme, dass gesetzliche Rechte insgesamt, und insbesondere Beweisregelungen, der Möglichkeit des Verzichts durch freiwillige Vereinbarung der Parteien unterliegen.“)

<sup>26</sup> *John Henry Wigmore*, Evidence in Trials at Common Law, §7a (1983 überarbeitet von *Peter Tillers*) S. 559-560.

<sup>27</sup> Zu ex post-Vereinbarungen siehe z.B. *Kempton v. Hurd*, 713 P.2d 1274, 1279-80 (Colo. 1986) (“Die Parteien können auf wertvolle Rechte verzichten, solange das Gericht dafür nicht nach *ordre public* unverletzliche Rechte missachten muss.”)

<sup>28</sup> *Nat'l Equip. Rental v. Szukhent*, 375 U.S. 311, 315-316 (1964). Die Parteien können auf ihr Recht auf Information und Anhörung des Beklagten verzichten. Mit anderen Worten können die Parteien auf ihr verfassungsmäßiges Recht zur Zustellung der Klage, zur Verteidigung dagegen und zur Anhörung verzichten. In *D.H. Overmyer Co. v. Frick Co.*, 405 U.S. 174, 177 (1972) erklärte der U.S. Supreme Court ein Schuldanerkenntnis („cognovit note“) für wirksam, “durch die der Schuldner im Voraus sein Einverständnis erklärt, dass der Inhaber der Erklärung ein Urteil erwirkt ohne Zustellung oder Anhörung des Schuldners, und möglicherweise sogar unter Mitwirkung eines vom Inhaber gewählten Anwalts für den Schuldner“. Eine „cognovit note“ wird auch beschrieben als „die äußere Grenze der Möglichkeiten der Parteien, das Prozessrecht abzubedingen.“ *Stephen C. Yeazell*, Civil Procedure (6. Aufl. 2004) 144-45. Zu cognovits siehe *Paul D. Carrington/Paul H. Haagen*, „Contract and Jurisdiction“, 1996 Sup. Ct. Rev. 331, 351; siehe auch *Stephen J. Ware*, „Arbitration Clauses, Jury-Waiver Clauses, and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights“, 67 Law & Contemp. Prob. 167, 182-88 (2004) (Diskussion von ex ante-Verzichtsvereinbarungen hinsichtlich der Rechte auf ein faires Verfahren); *Jean R. Sternlight*, „Mandatory Arbitration and the Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial“, 16 Ohio St. J. on Disp. Resol. 669, 674 (2001) (Vergleich des richterlichen Umgangs mit Geschworenenverzichtsvereinbarungen und Schiedsklauseln). Zum Standard der Kenntnis der Konsequenzen einer solchen Vereinbarung siehe *Stephen J. Ware*, „Arbitration Clauses, Jury-Waiver Clauses, and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights“, 67 Law & Contemp. Prob. 167, 174-75(2004); *Jean R. Sternlight*, „Mandatory Binding Arbitration and Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial“, 16 Ohio St. J. on Disp. Resol. 669, 680-81 (2001).

Dieses Kapitel setzt sich mit den Vorteilen einer ex ante-Verfahrensvereinbarung auseinander. Wir gehen stets davon aus, dass die Parteien eines gewerblichen Vertrages die Verfahrens- und Beweisregeln, die auf ihre Streitigkeit Anwendung fänden, abändern möchten. Sie verhandeln über die Änderungen in gutem Glauben und gehen die Vereinbarung mit Wissen und Wollen freiwillig ein, in Kenntnis der Auswirkungen, die die Vereinbarung haben kann. Daher werden hier solche ex ante-Verfahrensvereinbarungen außer Betracht gelassen, die vertragsrechtlich unwirksam oder nicht durchsetzbar sind; ebenso werden alle denkbaren Nichtigkeitsgründe wie Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung oder Umstände, die zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung führen, hier außen vor gelassen. Auch AGB sollen hier nicht diskutiert werden, der Fokus liegt auf frei verhandelten Verträgen zwischen Parteien, die keine Verbraucher sind.<sup>29</sup>

So wie ex post-Verfahrensvereinbarungen Kosten reduzieren und Risiken verringern können, kann dies auch durch ex ante-Verfahrensvereinbarungen geschehen. Jeder wechselseitige Vorteil, den die Prozessparteien im Wege einer ex post-Verfahrensvereinbarung erzielen können, kann auch durch eine ex ante-Verfahrensvereinbarung erreicht werden. Jedoch bieten ex ante-Verfahrensvereinbarungen im Gegensatz zu ex post-Vereinbarungen entscheidende Vorteile: sie können das grundsätzliche (vor dem Konflikt liegende) Verhalten der Parteien beeinflussen, die Bandbreite an Vertragsmöglichkeiten vergrößern und es den Parteien ermöglichen, mögliche spätere Prozessgegner auf der Basis des zu erwartenden Prozessverhaltens nach dem Konfliktfall und der privaten Information vor dem Konflikt effizient zu kategorisieren. Diese Vorteile der ex ante-Verfahrensvereinbarung kann die ex post-Verfahrensvereinbarung nicht bieten, da zum Zeitpunkt des Konfliktfalls das Verhalten der Parteien vor dem Konflikt bereits in der Vergangenheit liegt.

i. Auswirkungen auf das Grundverhalten, das Prozessverhalten und das beweishebliche Verhalten

Das Zivilprozessrecht bestimmt das Verhalten der Parteien während des Prozesses, aber auch ihr Verhalten vor Entstehen der Streitigkeit und Klageerhebung.<sup>30</sup> Die Parteien erwarten, dass jeder zukünftige Konflikt vor Gericht nach diesen Verfahrensregeln abläuft, welche den wahrscheinlichen Ausgang des Prozesses beeinflussen, und daher wirken sich die Verfahrensregeln auch auf das vor dem Konflikt liegende Verhalten der Parteien aus. Sie beeinflussen die Anreize für die Parteien, sich an das Recht zu halten und ihre vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Sie können sich auch auf die Anreize für die Parteien auswirken, sich auf einen Konflikt einzulassen, Klage zu erheben oder dies zu unterlassen, in einen Prozess zu investieren und sich zu vergleichen.

Ex ante-Verfahrensvereinbarungen können das Verhalten der Parteien noch mehr beeinflussen als das *Zivilprozessrecht*. Die Regeln des Zivilprozessrechts kennen die Parteien oft nicht; von beiden Seiten akzeptierte und vereinbarte Verfahrensvorschriften hingegen sind ihnen wesentlich vertrauter. Die Annahme, dass das Verhalten der Parteien vor dem Eintritt des Konfliktfalls von dem erwarteten Konfliktlösungsverfahren abhängt, erscheint

<sup>29</sup> Diese Einschränkungen stammen von Alan Schwartz/Robert E. Scott, „Contract Theory and the Limits of Contract Law“, 113 Yale L. Rev. 541 (2003).

<sup>30</sup> Die Analyse der Verfahrensregeln aus ex ante-Sicht wird empfohlen in Bruce L Hay, „Procedural Justice: Ex Ante vs. Ex Post“, 43 UCLA L. Rev. 1803 (1997). Für eine kritische Betrachtung siehe Lawrence B. Solum, „Procedural Justice“, 78 S. Cal. L. Rev. 182; Robert G. Bone, „Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness“, 83 B.U. L. Rev. 485 (2003).

sogar wesentlich überzeugender, wenn die Parteien selbst im Voraus über dieses Verfahren verhandelt und sich darauf geeinigt haben.

Ex ante-Prozessverträge können das Verhalten der Parteien auf drei Ebenen beeinflussen: auf der materiellrechtlichen Ebene, auf Ebene des Verfahrensrechts und der des Beweisrechts. Auf der materiellrechtlichen Ebene (Grundverhalten) können solche Vereinbarungen die Parteien anspornen, ihre vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, und dadurch auch die Wahrscheinlichkeit der Entstehung eines Konflikts beeinflussen. Auf der Ebene des Prozess- und Beweisrechts kann eine Vereinbarung Auswirkungen auf die Entscheidung der Parteien haben, sich auf einen Konflikt einzulassen oder sich zu vergleichen.

Angenommen, ein Käufer und ein Verkäufer schließen einen Vertrag über die Lieferung einer fortgeschrittenen Technologie. Das Produkt ist technologisch sehr komplex, und seine Herstellung erfordert große Expertise. Die Anreize des Verkäufers, den Vertrag zu erfüllen, sind abhängig von den materiellen Regelungen des Vertrags. Diese legen zum Beispiel die Qualität des Produkts, den Preis, und Zeit und Ort der Lieferung fest. Aufgrund der Komplexität des Produktes könnten die Parteien davon ausgehen, dass ein Gericht nicht in der Lage wäre, eine Schlechtleistung des Verkäufers zu erkennen, oder dass die Beurteilung der Leistung des Verkäufers zu teuer sein könnte. Diese Einschränkungen erhöhen die Wahrscheinlichkeit eines Fehlers in der gerichtlichen Entscheidungsfindung und können dadurch die Richtigkeit des Urteils negativ beeinflussen. Dies wird folglich die Anreize für den Verkäufer unterminieren, die geschuldete Leistung zu erbringen.

Die Parteien könnten die Bereitschaft des Verkäufers zur Erfüllung seiner Vertragspflichten steigern, indem sie eine Verfahrensvereinbarung schließen, die die Präzision der Entscheidungsfindung und damit die Chancen für ein richtiges Urteil im Falle eines Konflikts erhöht. Sie könnten sich zum Beispiel darauf einigen, im Fall einer Klageerhebung gemeinsam einen Experten zu benennen, der ein Gutachten über sämtliche technologischen Aspekte des Produkts erstellt. Durch eine solche Vereinbarung geben die Parteien ihr Recht auf, selbst einen Experten einzuschalten, der ein Gutachten zur Unterstützung der eigenen Sichtweise erstellen könnte, was demjenigen des von der anderen Seite eingeschalteten Gutachters erfahrungsgemäß widerspricht. Die Qualität der Leistung würde stattdessen von *einem* Experten beurteilt, der zwischen guter Leistung und Schlechtleistung unterscheiden kann. Geht der Verkäufer davon aus, dass der gemeinsam benannte Experte seine Leistung präzise einschätzen kann, so stellt dies einen größeren Anreiz für ihn dar, seine vertraglich vereinbarte Verpflichtung auch zu erbringen. Darüber hinaus reduziert eine solche Vereinbarung auch die Anreize für den Käufer, mißbräuchliche Klagen zu erheben in der Hoffnung, ungerechtfertigt an ein ihm günstiges Urteil zu kommen, da die Nachprüfbarkeit der Leistungserbringung des Verkäufers verbessert wird. Die Verfahrensvereinbarung sorgt daher sowohl für eine effizientere Vertragsabwicklung wie auch für ein effizienteres Gerichtsverfahren. Somit kann eine ex ante-Verfahrensvereinbarung der Parteien die Richtigkeit des Prozessergebnisses erhöhen, einen abschreckenden Einfluss ausüben und die Anreize für die Einhaltung des materiellen Rechts verstärken.

Die Parteien könnten des Weiteren ihre Wahlmöglichkeiten zwischen Gerichtsverfahren und gütlicher Streitbeilegung verbessern wollen. Je höher die Kosten und Risiken eines Prozesses, desto seltener werden Klagen mit geringen Erfolgsaussichten erhoben. Die Parteien könnten daher eine Verfahrensvereinbarung schließen, die sie von unbegründeten

Klagen abhält und Anreize für einen Vergleich schafft. Wie eine solche Vereinbarung aussehen könnte, wird im folgenden Kapitel 4 diskutiert.

ii. Ausdehnung der vertraglichen Möglichkeiten

Ex ante-Verfahrensvereinbarungen werden unter einem Schleier des Nichtwissens geschlossen. Die Vertragsparteien wissen gewöhnlich nicht, welche der vielen Eventualitäten, die zu einem Konflikt führen könnten, sich verwirklichen wird, und ob sie sich in einem solchen Konflikt auf Kläger- oder auf Beklagenseite wiederfinden würden. Wie sich herausstellt, erlaubt diese Unsicherheit den Parteien, ihre Vorteile zu erhöhen, indem sie schon vor Eintritt des Konfliktfalls eine Verfahrensvereinbarung treffen, anstatt dies erst danach zu tun.

Angenommen, eine ex post-Verfahrensvereinbarung würde jeder Partei 10 an Prozesskosten ersparen, und die Haftungshöhe des Beklagten bei eingeschränkter *discovery* würde seine Haftung bei umfassender *discovery* um 20 unterschreiten. Nach Klageeinreichung würde sich der Kläger nicht auf eine Begrenzung der *discovery* einlassen, da er zwar 10 sparen, aber 20 verlieren würde.

Weiterhin sei vorausgesetzt, dass die Parteien sich schon bei Vertragsschluss auf die Beschränkung der *discovery* einigen, und dass wegen der Ungewissheit über zukünftige Ereignisse keine Partei weiß, ob sie in der Rolle des Klägers oder des Beklagten auftreten würde. Diese begrenzte Information der Parteien führt dazu, dass sie die Vor- und Nachteile einer eingeschränkten *discovery* gleichmäßig unter sich aufteilen. Zu diesem frühen Zeitpunkt ist die Wahrscheinlichkeit für die Parteien gleich hoch, von einer eingeschränkten *discovery* zu profitieren oder aber durch sie benachteiligt zu werden. Daher würden sie sich auf eine Einschränkung der *discovery* einlassen, selbst wenn eine solche Vereinbarung ihre Verfahrenskosten voraussichtlich nur um einen geringen Anteil senken würde. Die begrenzte Information der Parteien erweitert somit das Spektrum möglicher Vereinbarungen.

Die Parteien können des Weiteren die Gefahr zukünftigen opportunistischen Verhaltens eindämmen, indem sie das Prozessrecht im Vorfeld ändern. Prozessuale Instrumente wie einstweilige Maßnahmen und Beweisanträge werden oft strategisch eingesetzt. Prozessparteien benutzen sie, um private (und für den Fall unerhebliche) Informationen zu erlangen oder ihrem Gegner unnötige Kosten aufzubürden.<sup>31</sup> Während der ersten Phase des Prozesses kann das Gericht die wahre Motivation des Verhaltens einer Partei nicht erkennen und kann daher nicht unterscheiden zwischen gerechtfertigten Anträgen und denen, die nur dazu dienen, Druck auf den Gegner auszuüben. Daher kann das Gericht solch ein strategisches Verhalten nicht vollständig unterbinden.

Zur Zeit des Vertragsschlusses ist es jedoch denkbar, dass die Parteien eine Verfahrensvereinbarung treffen wollen, um eine strategische und opportunistische Manipulation eines etwaigen Gerichtsverfahrens auszuschließen. Sie könnten so Kosten sparen und Verfahrensmissbrauch verhindern, solange eine solche Abrede die Anreize zur Erfüllung der jeweiligen vertraglichen Verpflichtungen nicht wesentlich beeinflusst.

<sup>31</sup> Für eine Diskussion von *discovery*-Maßnahmen, ihren negativen Effekten und ihrer optimalen Form siehe Robert D. Cooter/Daniel L. Rubinfeld, „An Economic Model of Legal Discovery“, 23 J. Legal Stud. 435 (1994); Bruce L. Hay, „Civil Discovery: Its Effects and Optimal Scope“, 23 J. Legal Stud. 481 (1994).

Wie schon in Kapitel 2 angesprochen, befinden sich die Parteien während des Prozesses in einer dem Gefangenendilemma ähnlichen Situation. Beide Parteien investieren, um die Chancen des eigenen Erfolgs zu erhöhen. Da jedoch die jeweiligen Investitionen der Parteien einander aufwiegen, unterscheidet sich das Endergebnis oft nicht sehr von demjenigen ohne diese Investitionen. Parteien, die sich solcher Mechanismen bewusst sind und die ihre Prozesskosten verringern wollen, können durch eine Einigung im Vorfeld die Zahl der Fälle verringern, in denen ein solches Gefangenendilemma entsteht. Zum Beispiel können sie vereinbaren, lange Einlassungen zur Sache zu verbieten, die Zahl der Zeugen, die benannt werden dürfen, zu beschränken, oder sofortige Beschwerden (*interlocutory appeals*) auszuschließen.

Schließlich herrscht zwischen den Parteien vor einem Konflikt eine Atmosphäre des Vertrauens und der Kooperation.<sup>32</sup> Dies gestattet asymmetrische Verfahrensvereinbarungen, bei denen eine Partei im Austausch gegen eine Transferzahlung oder eine vorteilhafte Änderung der materiellen Vertragsbedingungen auf gewisse prozessuale Rechte verzichtet, was der anderen Partei im Falle eines Prozesses zum Vorteil gereicht. Dazu ein einfaches Beispiel: Ein Start-Up-Unternehmen und ein großer Technologiekonzern gründen ein Joint Venture zwecks gemeinsamer Softwareentwicklung. Die Unternehmen denken an die Möglichkeit zukünftiger Konflikte. Das Start-Up-Unternehmen möchte verhindern, dass sein Eigentum im Wege einer einstweiligen Verfügung gepfändet wird, da dies seine Geschäftstätigkeit beeinträchtigen könnte und es so zu einem unvorteilhaften Vergleich gezwungen werden könnte. Um dies zu vermeiden, können die Unternehmen eine Verfahrensabsprache treffen, bei der das große Unternehmen zusagt, keine einstweiligen Maßnahmen zu beantragen, und dafür eine Gegenleistung erhält.

Es hat sich gezeigt, dass die Bandbreite möglicher Verfahrensabreden vor Entstehung eines Konflikts wesentlich größer ist als danach. Die Unsicherheit über zukünftige Eventualitäten und über die jeweilige Rolle als Kläger oder Beklagter ermöglicht viele Verfahrensvereinbarungen ex ante, die in der ex post-Gewißheit nicht in Betracht kämen. In ihrem ex ante-Unwissen treffen sich beide Parteien auf gleicher Höhe. Gewinne und Verluste gleichen sich aus, und die Parteien können Ersparnisse bei den Prozesskosten erzielen.

Ex ante-Verfahrensvereinbarungen setzen lediglich voraus, dass die *gemeinsamen* Vorteile der Parteien ihre *gemeinsamen* Kosten überwiegen. Im Gegensatz dazu müssen für den Abschluss einer ex post-Verfahrensvereinbarung die *individuellen* Vorteile jeder einzelnen Partei deren *individuelle* Kosten überwiegen, da Transferzahlungen auf dieser Stufe nicht praktisch sind. Schließlich können sich Parteien im Wege einer ex ante-Verfahrensvereinbarung verpflichten, prozessuale Instrumente nicht übermäßig oder mißbräuchlich einzusetzen und somit beiden Seiten Prozesskosten zu ersparen.

### iii. Signalisieren und Einsortieren

---

<sup>32</sup> Siehe Jeffrey S. Rachlinsky, „Gains, Losses, and the Psychology of Litigation“, 70 S Cal L Rev 113 (1996); Russell Korobkin/Chris Guthrie, „Psychology, Economics and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer“, 76 Tex L Rev 77 (1997); Linda Babcock u.a., „Forming Beliefs about Adjudicated Outcomes: Perceptions of Risk and Reservation Values“, 15 Intl Rev L & Econ 289 (1995); Russell Korobkin/Chris Guthrie, „Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach“, 93 Mich L Rev 107, 129-42 (1994); Peter J. van Koppen, „Risk Taking in Civil Law Negotiations“, 14 L & Human Beh 151 (1990).

Eine verhandelnde Partei kann zwei Arten privater, nicht verifizierbarer Informationen besitzen, die das Gegenüber nicht vor Vertragsschluss erlangen kann: Informationen über die zukünftige Vertragserfüllung (*materielle Information*) und Informationen über das zukünftige Prozessverhalten im Falle eines Konflikts (*Prozessinformation*).

Die private materielle Information einer Partei umfasst alles, was den Wert ihrer Leistung betrifft. Die Qualität eines Produktes, die Wahrscheinlichkeit seiner Fehlerhaftigkeit und die inhärenten Risiken sowie die Produktionskosten des Herstellers sind nur einige der privaten materiellen Informationen des Produzenten, die dem nicht informierten Käufer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht zur Verfügung stehen.

Die Prozessinformationen einer Partei bestehen aus der Neigung zur Einschaltung der Justiz im Konfliktfall und der Wahrscheinlichkeit der Nutzung von Prozessinstrumenten, um Kosten für die andere Partei zu verursachen. Die Gerichte sind nur einer der Faktoren, die die Wahrscheinlichkeit einer Konfliktentstehung beeinflussen. Daneben stehen der Markt (über den guten Ruf der jeweiligen Partei),<sup>33</sup> gesellschaftliche Normen,<sup>34</sup> und private, kulturelle oder ethische Maßstäbe.<sup>35</sup> Diese alternativen Mechanismen können den Gerichtsprozess ersetzen und die Bereitwilligkeit einer Partei beschränken, prozessuale Instrumente im Gerichtsverfahren zu mißbrauchen und dadurch der anderen Partei Kosten aufzuzwingen, um sich einen größeren Teil des Gewinns aus dem Vertrag zu sichern.

In diesem Teil wird dargelegt, wie eine nicht informierte Partei ex ante-Verfahrensvereinbarungen verwenden kann, um zwischen informierten Parteien auf Basis von deren privaten materiellen und Prozessinformationen zu unterscheiden, und wie informierte Parteien ihre privaten Informationen uninformierten Parteien im Wege einer ex ante-Verfahrensvereinbarung signalisieren können.

Eine Partei kann zwischen verschiedenen möglichen Vertragspartnern unterscheiden, indem sie Vertragsklauseln anbietet, die auf der privaten materiellen Information der möglichen Vertragspartner basieren. Ein Beispiel dafür bildet die Produktgarantie, die den Käufer gegen einen Produktfehler absichert und dadurch die de facto-Gefahrtragung zwischen Verkäufer und Käufer verschiebt.<sup>36</sup> Je höher die Qualität des Produkts, desto niedriger die Kosten einer Garantie. Daher ermöglicht es der Preis eines Produkts dem Verkäufer, die Produktqualität durch die Garantie zu signalisieren. Alternativ kann ein Käufer zwischen mehreren Verkäufern auswählen, indem er eine Produktgarantie verlangt. Darauf würden sich nur die Hersteller eines qualitativ hochwertigen Produktes einlassen.

In gleicher Weise können Vertragsparteien ex ante-Verfahrensvereinbarungen treffen, um zwischen verschiedenen potentiellen Prozessparteien zu unterscheiden bzw. ihnen etwas zu signalisieren. Anders als materiellrechtliche Vereinbarungen können ex ante-Verfahrensvereinbarungen genutzt werden, um private Prozessinformationen bereits vor Eintritt eines Konflikts offenzulegen. Da diese Informationen allein die Phase nach Entstehen der Streitigkeit betreffen, können materielle Regelungen oft keine Anreize schaffen, sie zu offenba-

---

<sup>33</sup> \*\*\*

<sup>34</sup> \*\*\*

<sup>35</sup> \*\*\*

<sup>36</sup> Siehe z.B. *Sanford J. Grossman*, „The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality“, 24 J. L. and Econ. 461 (1981).

ren. Im Gegensatz dazu können ex ante-Verfahrensvereinbarungen die Kosten des Prozessverhaltens beeinflussen, indem sie es den Parteien ermöglichen, ihre privaten Prozessinformationen im Vorfeld eines Konflikts mitzuteilen.

Als Beispiel möge eine ex ante-Verfahrensvereinbarung zur Änderung der Regeln für vorläufige Maßnahmen dienen. Die Vertragsparteien können im Voraus vereinbaren, welche einstweiligen Maßnahmen sie im Konfliktfall beantragen dürfen, und können die Bedingungen für deren Anwendung festlegen. Die Möglichkeit, eine passende Vereinbarung hinsichtlich der einstweiligen Maßnahmen zu treffen, erlaubt es ihnen auch, dem Vertragspartner sowohl materielle als auch Prozessinformationen mitzuteilen.

Eine Mieterin könnte beispielsweise ihre Verlässlichkeit bezüglich ihrer finanziellen Verpflichtungen signalisieren wollen. Wenn sie keinerlei Möglichkeit hat, ihre Bonität zu belegen oder eine Bürgschaft zu erlangen, wird es ihr schwer fallen, das im Voraus zu nachzuweisen. Sie könnte dies aber beispielsweise tun, indem sie es dem Vermieter erleichtert, im Fall einer verspäteten Mietzahlung einstweilige Maßnahmen zu beantragen. Sie kann auf Regelungen bezüglich einer Sicherheitsleistung verzichten oder in einen Erlass einstweiliger Maßnahmen ohne ihre Anhörung einwilligen. Auch wenn eine solche Vereinbarung nur die Kosten der einstweiligen Maßnahmen vom Vermieter auf die Mieterin verschiebt, so wird nicht allein die Durchsetzung des Mietzahlungsanspruchs günstiger für den Vermieter, sondern die Vereinbarung signalisiert darüber hinaus die finanzielle Zuverlässigkeit der Mieterin, die sich ja zur Übernahme der zusätzlichen Kosten bereit erklärt hat.

Hier ein Zahlenbeispiel: Angenommen, die Wahrscheinlichkeit, dass ein Mieter seiner Verpflichtung zur Zahlung der Miete nicht nachkommt, liegt im Durchschnitt bei 0,2, einstweilige Maßnahmen kosten 200, und diese Kosten fallen gleichmäßig bei Mieter und Vermieter an (100 bei jedem). Daraus folgt, dass im Mietpreis die vom Vermieter erwarteten Kosten der Durchsetzung seines Mietzahlungsanspruchs Niederschlag finden müssen, die 20 betragen ( $=0,2*100$ ).

Nun kann die Ausfallwahrscheinlichkeit bei bestimmten Mietern bei 0,1 liegen. Ein solcher Mieter könnte dem Vermieter anbieten, einen zusätzlichen Teil der Kosten einer einstweiligen Maßnahme zu übernehmen und so die Kosten für den Vermieter auf 50 zu reduzieren, so dass seine eigenen Kosten im Falle einer einstweiligen Maßnahme sich auf 150 belaufen. Da der Vermieter die Wahrscheinlichkeit eines Mietausfalls des jeweiligen Mieters nicht kennt, liegen seine erwarteten Ersparnisse durch eine solche Reduktion bei 10 ( $=0,2*50$ ). Er wird daher nicht bereit sein, die Miete um mehr als 10 zu reduzieren. Angenommen, er bietet einen Preisnachlass von 8 an. Ein durchschnittlicher Mieter würde davon nicht profitieren, weil seine erwarteten Kosten um 10 steigen würden ( $=0,2*50$ ), und damit über den erzielten Nachlass von 8 hinaus. Ein Mieter, bei dem die Wahrscheinlichkeit des Mietausfalls gering ist, würde sich für eine solche Modifikation entscheiden, weil seine Kosten sich nur um 5 erhöhen ( $=0,1*50$ ). Man beachte, dass in diesem Fall sowohl Vermieter als auch Mieter von dem Arrangement profitieren.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Der Eigentümer bekommt eine Mietprämie von 12 bei Kosten von 5. Der Mieter mit einer geringen Ausfallwahrscheinlichkeit trägt zusätzliche Kosten von 5, erhält aber einen Rabatt von 8. Der Einfachheit halber wird hier davon ausgegangen, dass die ursprüngliche Miethöhe die erwarteten Kosten des Vermieters deckt, selbst in diesem Trennungsgleichgewicht. Tatsächlich würden seine erwarteten Kosten steigen, da sich

Vereinbarungen über einstweilige Maßnahmen können auch dazu genutzt werden, Prozessinformationen offenzulegen. Um bei dem Beispiel von Mieter und Vermieter zu bleiben: Ein Vermieter könnte seine Mieter beispielsweise mithilfe einstweiliger Verfügungen schikanieren, um höhere Mieten zu erzwingen. Andere Vermieter dagegen treiben keinen solchen Mißbrauch, zugunsten ihres guten Rufs oder aus anderen Erwägungen. Indem der Vermieter auf einstweilige Maßnahmen verzichtet oder sie für sich selbst kostenintensiver gestaltet, kann er dem Mieter signalisieren, dass ein Missbrauch weniger wahrscheinlich ist, und damit das Mietverhältnis für den Mieter attraktiver gestalten. Eine Trennung zwischen Vermietern, die ihre Macht missbrauchen und solchen, die dies nicht tun, ist somit auf ähnliche Weise möglich wie schon oben für materielle Informationsmitteilungen aufgezeigt.

Es hat sich gezeigt, dass die Möglichkeit, einerseits eine große Auswahl an prozessualen Gestaltungen anzubieten und andererseits aus einer solchen Auswahl wählen zu können, es den Vertragsparteien gestattet, einander anhand ihrer privaten Informationen auszuwählen. Böte sich diese Gelegenheit nicht, könnte die Unkenntnis privater Informationen über materielles und Prozessverhalten der Gegenseite dazu führen, dass potentielle Vertragsparteien auf den Abschluss eines Vertrages und die daraus erhofften Gewinne verzichten.

#### 4. Das Instrumentarium von ex ante-Verfahrensverträgen

Im vorigen Kapitel wurden die verschiedenen Vorteile dargestellt, welche eine ex ante-Verfahrensvereinbarung mit sich bringen kann. Es wurde gezeigt, dass Vertragsparteien die Divergenz zwischen ex ante- und ex post-Situation verringern, die gegenseitig zugefügten Prozessexternalitäten mindern und Pareto-Ineffizienzen reduzieren können, indem sie sich bereits vor einem Konflikt auf eine Änderung der Verfahrensvorschriften einigen. In diesem Kapitel werden zwei Beispiele für mögliche ex ante-Instrumente diskutiert, mit welchen die Parteien diese Ziele erreichen können – das erste bezweckt insbesondere die Optimierung der Genauigkeit der Gerichtsentscheidung, und das zweite analysiert die optimale Allokation privater Prozesskosten.

##### a. Ein optimales Niveau an Genauigkeit

Die Präzision einer gerichtlichen Beurteilung hängt unter anderem davon ab, welche Ressourcen für das Verfahren aufgewendet werden, welche Prozessmechanismen zu einer Preisgabe von Informationen motivieren, von *discovery* und *disclosure*, von den Verfahrens- und Beweisregeln, und von dem Umfang der Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel. Obschon die Verfahrens- und Beweisregeln die Richtigkeit des Urteils bestimmen, könnten die Parteien es vorziehen, dass ihr zukünftiger Streit anhand eines abweichenden Maßstabs an Genauigkeit entschieden wird. Ist dies der Fall, so können die Parteien jeden der oben genannten Parameter verändern, um ihre Ziele zu verwirklichen.

In der Beurteilung des optimalen Präzisionsniveaus des erwarteten Urteils wägen die Parteien die Vorteile gegen die erwarteten Kosten ab. Sie werden sich dann darauf einlassen,

---

Mieter mit einer geringen Ausfallwahrscheinlichkeit schon durch die Änderung der einstweiligen Maßnahmeregelung abheben.

die Präzision zu erhöhen, wenn die ex ante-Vorteile die ex post-Kosten übersteigen.<sup>38</sup> Da diese Kosten nur im Fall eines Gerichtsverfahrens entstehen, sollten sie unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit eines solchen berechnet werden. Die Parteien wollen unter Umständen auch die Präzision reduzieren, wenn die dadurch ersparten ex post-Kosten unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit eines Gerichtsverfahrens den potentiellen ex ante-Verlust durch die verminderte Genauigkeit übersteigen.

Das materielle Recht, z.B. das Vertragsrecht, sieht Sanktionen für Verstöße vor, jedoch verlangt die Anwendung solcher Sanktionen die präzise gerichtliche Feststellung des Haftungsumfangs. Die Genauigkeit der Entscheidung hat ex ante nur dann einen Wert, wenn sie einen abschreckenden Einfluss ausübt und dadurch Anreize für die Einhaltung des materiellen Rechts schafft oder verstärkt.<sup>39</sup> Diese Anreize sind ihrerseits abhängig von dem Unterschied zwischen dem zu erwartenden Urteil bei Gesetzestreue des Beklagten und demjenigen bei Verstoß. Je höher die Wahrscheinlichkeit einer richtigen Entscheidung des Gerichts, desto wahrscheinlicher ist es, dass die Parteien ihre Vertragspflichten erfüllen. Gleichmaßen gilt: Je höher die Wahrscheinlichkeit, dass ein Gericht einen Beklagten in die Haftung nimmt, der keinen Vertragsbruch begangen hat, desto wahrscheinlicher ist es, dass der Beklagte den Vertrag bricht. Gleiches gilt, wenn die Wahrscheinlichkeit steigt, dass das Gericht die Haftung eines gegen den Vertrag verstoßenden Beklagten verneinen wird.

Optimale Anreize zur Vertragserfüllung setzen des Weiteren voraus, dass der Schadensersatz für eine Vertragsverletzung den erwarteten Schaden zum Zeitpunkt der Vertragsverletzung ausgleicht. Dies setzt jedoch nicht notwendig ein Maximum an Präzision bei der Festsetzung des Schadensersatzes voraus. Obwohl der im Vorfeld erwartete Schadensersatz mit dem zum Zeitpunkt des Vertragsbruches erwarteten Wert identisch sein mag, kann das Gericht dennoch eine ungenaue Entscheidung treffen und den Umfang des Schadensersatzes entweder höher oder niedriger als den eigentlichen Wert bemessen.<sup>40</sup> In diesem Fall wäre eine ex ante-Verfahrensvereinbarung, die eine solche neutrale Ungenauigkeit korrigieren soll, wertlos.

Angenommen, dass für einen Käufer der Wert der vertragsgemäßen Leistung eines Verkäufers bei 100 liegt und sich dieser Wert bei Schlechtleistung auf 0 reduziert. In diesem Fall wäre der Käufer bereit, dem Verkäufer bis zu 100 für seine Leistung zu zahlen. Die Parteien würden einen entsprechenden Vertrag schließen, wenn die Kosten des Verkäufers unter 100 liegen.

Wenn nun ein Gericht den Verkäufer wegen Schlechtleistung verurteilt, wird es ihm auferlegen, den Vertrauensschaden in Höhe von 100 zu ersetzen. Liegt die Wahrscheinlichkeit, dass das Gericht den Verkäufer bei Vertragsbruch verurteilt, bei 0,9, so wird der Verkäufer seine Leistung nur dann erbringen, wenn seine Kosten für die Leistungserbringung unter  $0,9 \cdot 100 = 90$  liegen. Dies hat zur Folge, dass die Parteien keinen Vertrag schließen

<sup>38</sup> Das optimale Niveau der Präzision der Entscheidungsfindung aus sozialer Perspektive wird analysiert bei *Louis Kaplow*, „The Value of Accuracy In Adjudication: An Economic Analysis“, 23 J. Legal Stud. 307 (1994).

<sup>39</sup> Siehe *Louis Kaplow/Steven Shavell*, „Accuracy In the Assessment of Liability“, 37 J. L. & Econ. 1 (1994); *Richard Craswell/John Calfee*, „Deterrence and Uncertain Legal Standards“, 2 J. L. Econ. & Org. 279 (1986).

<sup>40</sup> Siehe *Louis Kaplow/Steven Shavell*, „Accuracy In the Assessment of Damages“, 39 J. L. & Econ. 191 (1996).

werden, solange die Kosten des Verkäufers zwischen 90 und 100 liegen, obwohl die Erfüllung eines solchen Vertrags effizient wäre.

Gleiches gilt, wenn eine Wahrscheinlichkeit von 0,1 besteht, dass das Gericht den Verkäufer verurteilt, obwohl dieser seine vertragliche Verpflichtung erfüllt hat. In diesem Fall liegt die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung trotz Leistung bei  $0,1 \cdot 100 = 10$ , während die Wahrscheinlichkeit seiner Haftung bei Vertragsbruch bei 100 liegt. Liegen die Leistungskosten des Verkäufers über 90, so steht er sich besser, wenn er nicht leistet. Hier gilt ebenfalls, dass effizienter Handel bei Vertragserfüllungskosten zwischen 90 und 100 nicht stattfinden würde.

In beiden Fällen zeigt sich der Wert eines richtigen Urteils für die Parteien. Beide wären bereit, Ressourcen in die Erhöhung der Präzision des Gerichts zu investieren, solange ihr Effizienzverlust die notwendigen zusätzlichen Ressourcen übersteigt. Wenn zum Beispiel die Vertragserfüllungskosten des Verkäufers bei 95 liegen, dann entspricht der Effizienzwert eines richtigen Urteils dem Wert des Vertrages, also 5. Kostet der Verfahrensmechanismus, der eine Fehlentscheidung des Gerichts ausschließt, weniger als 5, dann lohnt sich diese Investition für die Parteien.

Andererseits wäre es auch denkbar, dass das Gericht die Frage nach dem Haftungsgrund korrekt entscheidet, aber beim Haftungsumfang innerhalb einer Spanne von 80 bis 120 entscheidet. Da der *erwartete* Haftungsumfang des Verkäufers bei Nichtleistung dem erwarteten Schadensersatz gleichsteht und somit 100 beträgt, bleiben die Anreize für seine Leistung optimal, gleich ob das Gericht eine Fehlentscheidung trifft. Diese Anreize werden nur dann negativ beeinträchtigt, wenn die erwartete Haftung von 100 abweicht.

Die ersten beiden Beispiele zeigen, dass eine Fehlentscheidung im Hinblick auf die grundsätzliche Haftung zugunsten oder zulasten des Beklagten seine Anreize zur Vertragserfüllung untergraben kann und dadurch die Abschreckungswirkung reduziert. Das dritte Beispiel demonstriert, dass eine unparteiische Ungenauigkeit in der Feststellung der Schadenshöhe ohne Effekt auf das *ex ante*-Verhalten bleiben kann. In diesem Fall kann eine *ex ante*-Vereinbarung zur Erhöhung der Chancen auf ein richtiges Urteil aus Sicht der Parteien vor dem Konflikt unnötig sein.

Die Parteien möchten möglicherweise zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach Abwägung von Kosten und Nutzen die Präzision des Urteils erhöhen. In dem oben dargestellten Beispiel könnten sie dies tun, indem sie beispielsweise eine ausgedehnte *discovery* oder die Einschaltung eines von beiden Seiten gewählten Experten im Konfliktfall vereinbaren. Genauso gut können die Parteien auch die Chancen auf eine richtige Entscheidung verringern, indem sie beispielsweise die Möglichkeit der Einlegung von Rechtsmitteln auf den Haftungsgrund beschränken, sie dagegen hinsichtlich der Haftungshöhe ausschließen.

Bisher haben wir gezeigt, wie sich *ex ante*-Verfahrensvereinbarungen, die die Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urteils beeinflussen, auf das Verhalten der Parteien vor einem Konflikt auswirken können. Wie im vorigen Kapitel dargestellt wurde, können solche Vereinbarungen auch dazu dienen, die Bandbreite möglicher materieller und prozessualer *ex ante*-Vereinbarungen für die Parteien zu erweitern. Eine Einigung über den Grad an Präzision eines Urteils vor Auftreten eines Konflikts gelingt leicht. Danach liegen die Interessen jedoch anders. Mindestens einer der Parteien wird daran gelegen sein, die Wahr-

scheinlichkeit eines richtigen Urteils nicht mehr zu beeinflussen, da der aus einer entsprechenden Vereinbarung erwartete Verlust die durch sie ersparten Kosten übersteigt. Eine Vereinbarung, die aus der ex post-Perspektive als Nullsummenspiel erscheint, kann ex ante jedoch als Möglichkeit zur Kostenersparnis erscheinen. Da die Veränderung der Genauigkeit einer gerichtlichen Entscheidung vor Auftreten eines Konflikts symmetrische Auswirkungen haben kann, werden sich die Parteien möglicherweise darauf einigen, da sie zu diesem Zeitpunkt nicht wissen, ob sie zukünftig als Kläger oder Beklagter auftreten werden.

Ein Beispiel für eine Senkung der Prozesskosten im Vorfeld, die sich negativ, aber unparteiisch und gleichmäßig auf die Präzision der Entscheidung auswirkt, ist das einer ex ante-Vereinbarung eines abgekürzten Verfahrens. In einigen Jurisdiktionen werden Fälle mit geringem Streitwert in einem abgekürzten Verfahren bearbeitet.<sup>41</sup> Diese Art der Bearbeitung erspart sowohl den Prozessparteien als auch dem Gericht Zeit und Kosten, für den Preis eines weniger genauen Urteils. Darüber hinaus sind die Urteile in einem abgekürzten Verfahren oft sehr kurz und ohne weitere Begründung abgefasst, so dass die Erfolgchancen eines Rechtsmittels gering sind.

Die Zivilverfahrensregeln bieten den Parteien oft die Möglichkeit, auch noch nach einem Konflikt zu entscheiden, ob ihre Streitigkeit im Wege eines abgekürzten Verfahrens entschieden werden soll, selbst wenn der Streitwert die Grenze übersteigt, unterhalb derer Streitigkeiten automatisch im abgekürzten Verfahren entschieden werden.<sup>42</sup> Wie bereits dargelegt, ist es jedoch gut möglich, dass eine Prozesspartei dies nicht wünscht, weil die erwartete Entscheidung im abgekürzten Verfahren von der erwarteten Entscheidung im normalen Verfahren signifikant abweicht. Demgegenüber können Parteien im Vorfeld eines Konflikts eine entsprechende Vereinbarung treffen und dadurch risikofrei Prozesskosten sparen, da sie zu diesem Zeitpunkt nicht wissen, wer von ihnen von einem geringeren Grad an Genauigkeit profitiert und wer dadurch Verluste erleidet.

Schließlich können auch ex ante-Vereinbarungen über die Präzision der Entscheidungsfindung bei der Auswahl unter verschiedenen möglichen Vertragspartnern helfen. Das oben erläuterte Beispiel eines abgekürzten Verfahrens kann hier in gegenteiliger Weise verwendet werden: Angenommen, eine Partei eines Vertrags mit geringem Wert fürchtet, dass die fehlende Präzision der Entscheidungsfindung im abgekürzten Verfahren opportunistisches Verhalten und mißbräuchliche Klagen der anderen Partei befördern könnte. Alternativ könnte auch jede Seite über Informationen verfügen, deren Wert in einem abgekürzten Verfahren gering ist. In beiden Fällen kann die Bereitschaft der Parteien, sich auf ein teureres, aber gründlicheres Gerichtsverfahren einzulassen, signalisieren, dass sie kooperationswillig sind und sich auch im Falle eines Disputs nicht opportunistisch verhalten. So können die Parteien auf der Basis von Informationen vor einer Streitigkeit und dem erwarteten Prozessverhalten nach einer Streitigkeit zwischen möglichen Prozessgegnern unterscheiden und auswählen.

#### b. Die optimale Allokation privater Kosten

<sup>41</sup> Siehe beispielsweise Teil 28 der englischen Zivilverfahrensordnung, welcher dem Gericht Ermessen hinsichtlich der Durchführung eines *fast track*-Verfahrens einräumt. Siehe jedoch Kap. 16(1) der israelischen Zivilprozessregeln, welches die Behandlung von Fällen mit einem Streitwert von unter IS50.000 im *fast track*-Verfahren zwingend vorschreibt.

<sup>42</sup> \*\*\*References\*\*\*

Es gibt zwei hauptsächliche Kategorien von Verfahrenskosten – private Kosten und öffentliche Kosten. Die privaten Kosten umfassen alle von den Prozessparteien zu tragende (internalisierte) Kosten, wie beispielsweise die Anwaltskosten und die Ressourcen, die die Parteien für die Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens aufwenden. Zu den öffentlichen Kosten gehören die Zeit und die Arbeitskraft der Richter, des Verwaltungspersonals und der Geschworenen, sowie Investitionsgüter wie beispielsweise Gerichtssäle.

Eine optimale Allokation der Prozesskosten würde voraussetzen, dass alle Kosten, private wie öffentliche, von den Prozessparteien internalisiert würden. Die Diskussion in diesem Kapitel soll sich jedoch auf die Allokation privater Kosten beschränken. Das Verhältnis zwischen privaten und öffentlichen Kosten wird weiter unten in Kapitel 5 diskutiert.

Vertragsparteien können sich auf zweierlei Weise über die Allokation von Prozesskosten einigen. Einerseits können sie die Kosten nach Zeitspannen verteilen – ex ante-Kosten, die vor einem Konflikt entstehen, und ex post-Kosten, die nach Auftreten einer Streitigkeit samt Klageerhebung und Gerichtsverfahren entstehen. Andererseits können sie sich im Vorfeld über die Verteilung der ex post-Kosten im Falle eines Konflikts einigen. Die Strukturierung beider Allokationsmethoden gelingt am besten, wenn sich die Parteien im Vorfeld einigen, da dann die oben bereits dargestellten Vorteile einer ex ante-Verfahrensvereinbarung eingreifen. Im Folgenden wird im ersten Teil die Kostenverteilung anhand des jeweiligen Zeitpunktes – vor oder nach Eintritt des Konfliktfalls – besprochen, im zweiten Teil eine Kostenübertragungsvereinbarung im Vorfeld.

#### i. Kostenverteilung anhand des Zeitpunktes

Die Allokation von privaten Kosten je nachdem, ob sie vor oder nach einem Konflikt entstehen, beeinflusst die Anreize für die Parteien, Klage zu erheben oder dies zu unterlassen, sich gütlich zu einigen oder in einen Prozess zu investieren. Je höher die erwarteten Prozesskosten, desto weniger wahrscheinlich ist die Klageerhebung, und desto wahrscheinlicher wird ein Vergleich geschlossen. Und je höher die erwarteten Prozesskosten für eine der Parteien, desto schwächer ist seine Verhandlungsposition nach Klageerhebung, und desto geringer wird demzufolge sein voraussichtlicher Gewinn aus einem Vergleich im Gegensatz zu dem erwarteten Urteil ausfallen. Die Auswirkungen dieser Eventualitäten auf das Grundverhalten der Parteien dürften dem Leser nun bereits bekannt sein.

Eine Partei, die ihre Kosten im Konfliktfall senken will, kann einseitige Maßnahmen ergreifen, um Teile ihrer Prozesskosten in das Vorfeld einer Streitigkeit zu verlagern. Am wichtigsten ist dabei die Möglichkeit, für ihre anwaltliche Vertretung ein Pauschalhonorar zu vereinbaren, indem sie entweder im Vorhinein einen Festpreis bezahlt oder sich gegen zukünftige Prozesskosten versichert.<sup>43</sup> Jede solche Maßnahme würde die erwarteten Prozesskosten im Konfliktfall senken und dadurch die Wahrscheinlichkeit der Klageerhebung erhöhen. Vertragsparteien, die die Wahrscheinlichkeit eines Gerichtsverfahrens senken wollen, könnten solche Arrangements einschränken. Die Chance, dass sie dies in einer vor Gericht durchsetzbaren Weise tun, ist jedoch gering.

Nichtsdestotrotz *könnten* Parteien, die die Wahrscheinlichkeit eines Gerichtsverfahrens im Konfliktfall senken wollen, eine bilaterale ex ante-Verfahrensvereinbarung eingehen, wel-

---

<sup>43</sup> \*\*\*Discussion of litigation costs insurance\*\*\*

che sich auf die Kosten des Gerichtsprozesses auswirkt. Zum Beispiel könnten sie sich einigen auf eine Änderung der Beweislastverteilung,<sup>44</sup> der Zulässigkeit und Gewichtung von Beweismitteln, oder der Regeln zum Umfang einer *discovery*. Eine solche Vereinbarung wird die erwarteten Prozesskosten entweder erhöhen oder senken und so das Prozessverhalten der Parteien im Vorfeld eines Konflikt beeinflussen. Sie beeinflusst die Investitionen der Parteien in die Produktion und Aufbewahrung von Dokumenten und anderen möglichen Beweismitteln, wie auch die Nutzung anwaltlichen Beistands.<sup>45</sup> So wirkt sie sich auch auf die Entscheidungen der Parteien bezüglich der Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten und der Wahrnehmung ihrer Rechte vor Entstehen einer Streitigkeit aus.

Vertragsparteien können die Chancen eines Gerichtsverfahrens auch senken, indem sie sich im Voraus auf die Zahlung einer Prämie für den Verzicht auf ein Gerichtsverfahren einigen oder, alternativ, eine Strafzahlung oder ex post-Garantien zur Sicherung der Verfahrenskosten für den Fall einer Klageerhebung vereinbaren. Wie in Kapitel 3 dargestellt, können ex ante-Verfahrensvereinbarungen nicht nur dazu dienen, Parteien von der Erhebung von Klagen mit geringen Erfolgsaussichten abzuhalten, sondern auch als Hilfe bei der Auswahl unter voraussichtlichen Prozessparteien auf Basis ihrer privaten Informationen und ihrer Neigung, im Konfliktfall die Justiz einzuschalten. Je wahrscheinlicher es ist, dass eine Partei auf Klageerhebung verzichtet, desto weniger kostspielig wären solche Maßnahmen in ihrer ex ante-Beurteilung des Vertragswerts.

## ii. Kostentragungsregeln

In Kapitel 3 haben wir gezeigt, dass Voraussetzung für optimale Abschreckung und das Bestehen optimaler Anreize zur Vertragserfüllung ist, dass die Differenz zwischen dem erwarteten Haftungsumfang (inklusive Prozesskosten) bei Vertragserfüllung und dem erwarteten Haftungsumfang bei Vertragsbruch dem Gewinn aus dem Vertrag entspricht. Zur Ausdehnung der optimalen Abschreckung und gleichzeitigen Senkung der Prozesskosten ist eine optimale Kostenallokation erforderlich. Ein Gerichtsprozess sollte nicht so teuer sein, dass eine Partei bei Vertragsbruch der anderen von einem Verfahren Abstand nimmt, aber gleichzeitig sollte er teuer genug sein, dass die Partei auf eine nahezu aussichtslose Klageerhebung in Ermangelung eines Vertragsbruchs verzichtet.<sup>46</sup> Angesichts möglicher Fehlurteile ist eine Kostenallokation, die beide Zielsetzungen erfüllt, nicht unwichtig.<sup>47</sup>

Die Verteilung privater Prozesskosten auf die Prozessparteien kann von verschiedenen Variablen abhängen: vom Prozessergebnis, von dem Unterschied zwischen diesem Ergebnis und den gestellten Anträgen, von (abgelehnten) Vergleichsangeboten und von dem Ver-

<sup>44</sup> Die Nutzung einer alternativen Streitbeilegungsmethode als Lösung für eine unvollständige Vereinbarung wird hier nicht diskutiert. Dies wird im Detail analysiert bei R [...] Sie besprechen das Problem der optimalen Kostenverteilung im Kontext der *standard/rule*-Literatur. Der Fokus des vorliegenden Aufsatzes liegt, wie oben angesprochen, auf einem anderen Gebiet. Die Ergebnisse der beiden Aufsätze sollten jedoch kombiniert werden, wenn es darum geht, theoretische Ergebnisse in praktische Mechanismen umzusetzen, wie weiter unten noch dargestellt wird.

<sup>45</sup> Für eine ökonomische Analyse anwaltlichen Beistands siehe *Louis Kaplow/Steven Shavell*, „Private Versus Socially Optimal Provision of Ex ante Legal Advice“, 8 J. L. Econ. & Org 306 (1992).

<sup>46</sup> Siehe *Albert Choi/George Triantis*, „Completing Contracts in the Shadow of Costly Verification“, im Erscheinen, J. Legal Stud.

<sup>47</sup> Wenn man einen Fehler des Gerichts ausschließen könnte, würde die englische Kostenverteilungsregelung sowohl optimales Prozess- als auch optimales Vorverhalten herbeiführen. Siehe *Steven Shavell*, „Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs“, 11 J. Legal Stud. 55 (1982).

halten der Parteien während des Verfahrens. In der Literatur sind die Auswirkungen verschiedener Kostentragungsregeln auf Prozess- und Vergleichsverhalten ausführlich analysiert worden.<sup>48</sup> Trotz der ausführlichen Diskussion hat die Literatur bisher keine abschließenden Ergebnisse hervorgebracht. Daher sollen hier nur einige der möglichen Implikationen genannt werden, die Parteien beim Entwerfen ihrer eigenen Kostenumverteilungsregeln berücksichtigen können. Da die Parteien vor dem Prozess ihre privaten Ziele wie auch ihre privaten Informationen kennen, können sie Kostentragungsregeln wählen, die diese Ziele und Informationen am besten reflektieren, und die sich daher nicht generell kategorisieren lassen.

Es gibt zwei grundsätzliche Methoden der Kostenverteilung: Nach der englischen Regelung trägt der Unterlegene die Kosten des Gewinners, nach der amerikanischen Regel hingegen trägt jede Prozesspartei ihre eigenen Kosten, gleich wer obsiegt. Kostenumverteilungsregeln beeinflussen die Anreize der Parteien, Klage zu erheben. Die englische Regel verhindert Klageerhebung bei geringen Erfolgsaussichten effektiver als die amerikanische, da erstere die vom Kläger erwarteten Kosten erhöht. In gleicher Weise ermutigt die englische Regelung zur Erhebung von Klagen mit guten Erfolgsaussichten<sup>49</sup> und motiviert so die Parteien zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen.

Darüber hinaus ist kürzlich gezeigt worden, dass die englische Kostentragungsregel optimales Vertragsverhalten und minimale Prozesskosten erzeugt, wenn ein Vergleich möglich ist, weil sie die Differenz zwischen dem erwarteten Verlust bei Vertragsbruch und den erwarteten Kosten bei Vertragserfüllung maximiert.<sup>50</sup> Dies trifft jedoch vor allem dann zu, wenn die privaten Informationen der Parteien bei jedem späteren Konflikt ihre Haftung betreffen, und nicht die Höhe der Verluste.

Die englische Regel bringt ein höheres Prozessrisiko mit sich und erhöht die Anreize für die Parteien, in den Prozess zu investieren.<sup>51</sup> Diese Auswirkungen sind schwer zu analysieren, da die Prozessrisiken und –investitionen auch von den strategischen Entscheidungen der Parteien abhängen, die jeweils von denen der anderen Seite beeinflusst werden, und von der Struktur ihrer Honorarvereinbarungen mit ihren Anwälten. Wie im Fall der Kostenverteilung anhand von Zeitspannen beschränken auch hier die einseitigen Vereinbarungen einer Partei mit ihrem Anwalt die Bandbreite an möglichen Kostentragungsregeln.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Für einen umfassenden Überblick über die Literatur siehe *Avery Katz*, „Indemnity of Legal Fees“, in: *Encyclopedia of Law and Economics*, Boudewijn Bouckaert/Gerrit De Geest (Hrsg.), Elgar.

<sup>49</sup> Steven Shavell, „Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs“, 11 *J. Legal Stud.* 55, 59 (1982); *David Rosenberg/Steven Shavell*, „A Model in Which Suits Are Brought for Their Nuisance Value, 5 *Int'l Rev. L. & Econ* 3, 5, (1985); James W. Hughes Edward A. Snyder, *Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence*, 38 *J Law & Econ* 225, 249 (1995). Für ein Argument, dass die englische Regelung Klagen mit geringen Erfolgsaussichten in einem Prozessmodell mit asymmetrischer Informationsverteilung nicht verhindert, siehe *A. Mitchell Polinsky/Daniel L. Rubinfeld*, „Does the English Rule Discourage Low-Probability-of Prevailing Plaintiffs?“, 27 *J. Leg Stud* 519 (1998).

<sup>50</sup> Alon Klement/Zvika Neeman, „Against Compromise“, 21 *J. L. Econ. & Org.* 285 (2005); Alon Klement/Zvika Neeman, „Civil Justice Reform: A Mechanism Design Framework“, 164 *J. Inst. & Theor. Econ.* 52 (2007).

<sup>51</sup> Siehe *Plott C.R.*, „Legal Fees: A Comparison of the American and English Rules“, 3 *J. L. Econ. & Org.* 185 (1987).

<sup>52</sup> See *Lucian A. Bebchuck/Andrew Guzman*, „How Would You Like to Pay for That? The Strategic Effects of Fee Arrangements On Settlement Terms“, 1 *Harv. Neg. L. Rev* 53 (1996).

Die Parteien können ihr Verhalten vor und nach einem Konflikt beeinflussen, indem sie sich im Vorfeld auf die Kostenumverteilung einigen. Wenn eine Partei zwischen der englischen und der amerikanischen Kostenverteilungsregel wählen kann, kann sie darüber hinaus der anderen Partei auch ihre privaten Informationen mitteilen, wie auch, ob diese Informationen im Falle eines Gerichtsverfahrens von Bedeutung wären, und ihr zu erwartendes Verhalten im Falle eines Konflikts. Zum Beispiel könnte sie die englische Kostentragungsregelung wählen oder sogar eine einseitige Kostentragungsregel vorschlagen, unter der sie stets die Kosten der anderen Seite zu tragen hätte, gleich, wie der Prozess ausgeht. Dadurch kann sie signalisieren, dass die in den Verhandlungen offengelegte Information verlässlich ist und dass eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie ihren vertraglichen Pflichten nachkommt.

Die Parteien können auch ausgefeiltere Kostentragungsvereinbarungen entwerfen, die das Verhalten vor und nach einem Konflikt besser auf ihre Bedürfnisse ausrichten. Zwei solcher möglichen Regelungen sind die Vergleichsangebots-Regel, welche auf den vorprozessualen Angeboten zur gütlichen Einigung beruht, und die Gewinnquoten-Regel, welche auf dem richterlichen Endurteil basiert. Beide Regelungen können die Häufigkeit und Präzision gütlicher Einigung erhöhen und so die Prozesskosten senken, ohne dass die Anreize zur Vertragserfüllung beeinträchtigt werden.<sup>53</sup>

## 5. Die Grenzen der ex ante-Verfahrensvereinbarung

In diesem Kapitel werden die Grenzen der ex ante-Verfahrensvereinbarung besprochen, wie auch die Frage der Schranken der Abdingbarkeit der Prozessordnungsregeln. Bei dieser Grenzziehung werden drei Kritikpunkte diskutiert. Der erste betrifft die potentiellen Auswirkungen einer ex ante-Verfahrensvereinbarung auf die verschiedenen externen Effekte, die in Kapitel 2 diskutiert wurden. Der zweite Punkt bezieht sich auf die Auswirkungen einer ex ante-Vereinbarung auf ein faires Verfahren. Der dritte Kritikpunkt betrifft den effektiven Rechtsschutz und die Sammelklage.

### a. Kosten- und Zeitexternalitäten

In Kapitel 2 wurde dargestellt, dass Gerichtsverfahren drei Ausprägungen externer Effekte in Form von Kosten und Zeit mit sich bringen. Zunächst bürden die Parteien sich gegenseitig Kosten auf und externalisieren sie dadurch zum Nachteil des anderen, weil jede Entscheidung, die eine Partei trifft, sich auf den Einsatz von Ressourcen durch die andere Partei auswirkt. Zweitens nutzen die Parteien die öffentlichen Ressourcen der Justiz und erzeugen dadurch öffentliche Kostenexternalitäten. Drittens verursacht jeder Prozess Kosten durch die zusätzliche Belastung und damit Verlangsamung des Justizapparates zum Nachteil anderer Rechtssuchender, da die Ressourcen der Justiz knapp sind.

Nachdem der Konflikt entstanden ist und Klage erhoben wurde, befinden sich die Parteien in einer Art Gefangenendilemma, welches ihre Investitionen in den Prozess in die Höhe treibt. Die Parteien können eine solche Ressourcenverschwendung vermeiden, wenn sie dieses Problem bereits vor einer etwaigen Streitigkeit berücksichtigen. Durch eine ex ante-

---

<sup>53</sup> Siehe *Lucian A. Bebchuk/Howard Chang*, „An Analysis of Fee Shifting Based On the Margin of Victory: On Frivolous Suits, Meritorious Suits, And The Role Of Rule 11“, 25 J. Legal Stud. 371 (1996); *Lucian A. Bebchuk/Howard Chang*, „The Effect Of Offer-Of-Settlement Rules On The Terms Of Settlement“, 28 J. Legal Stud. 489 (1999).

Verfahrensvereinbarung können Parteien die Kosten, die sie sich gegenseitig im Fall eines Konflikts und einer anschließenden Klageerhebung aufbürden, effizient verteilen. Da alle infolge einer Streitigkeit entstehenden Kosten den gemeinsamen Nettogewinn aus dem Vertrag reduzieren, liegt eine Reduktion im Interesse beider Parteien, unabhängig davon, bei wem die Kosten später entstehen. Indem die Parteien die kollateralen externen Effekte bereits im Vorfeld internalisieren, können sie die ihnen durch eine eventuelle Streitigkeit entstehenden Kosten effizient begrenzen.

Dies gilt leider nicht für öffentliche externe Effekte. Die Parteien internalisieren die Kosten, die der Justiz durch eine Streitigkeit entstehen, nur unvollständig, da die Gerichtskosten die wirklichen Kosten der Justiz nur teilweise abdecken. Daher können ex ante-Verfahrensvereinbarungen diese externen Effekte entweder senken oder erhöhen, da die Parteien diese Auswirkungen in ihren Verhandlungen meist nicht mit einbeziehen.

Trotzdem erscheint es wahrscheinlicher, dass ex ante-Verfahrensvereinbarungen auch die öffentlichen externen Effekte in Form von Kosten und Zeit reduzieren, weil eine Verbindung zwischen diesen externen Effekten und den den Parteien entstehenden Verfahrenskosten besteht. Wenn die Parteien die finanziellen und zeitlichen Ressourcen für einen Prozess beschränken, reduzieren sie gleichzeitig die darauf verwandten öffentlichen Ressourcen. Dasselbe gilt, wenn die Parteien sich auf eine ex ante-Verfahrensvereinbarung einigen, die die Wahrscheinlichkeit eines Prozesses reduziert und die Chancen auf einen Vergleich erhöht. Da viele Verfahrensvereinbarungen auf solch eine Kostenreduzierung abzielen, schonen sie gleichzeitig die öffentlichen Ressourcen.

Nur wenn ex ante-Verfahrensvereinbarungen die auf den Prozess verwandte Zeit und die Kostenexternalitäten erhöhen, um eine bessere Entscheidung zu gewährleisten oder die Genauigkeit der Urteilsfindung zu verbessern, dann kann das Problem einer Überhöhung der negativen öffentlichen externen Effekte entstehen. In diesem Fall kann eine Verfahrensvereinbarung sozial ineffizient sein. Wir sind daher der Meinung, dass Gerichte solche ineffizienten Verfahrensvereinbarungen nicht durchsetzen sollten, deren externe öffentliche Kosten die privaten Vorteile übersteigen.

Um die Summe der Auswirkungen auf das Allgemeinwohl einer ex ante-Verfahrensvereinbarung zu errechnen, muss das Gericht die ex ante-Wahrscheinlichkeit eines Gerichtsverfahrens und eines Vergleichs mit und ohne die Verfahrensvereinbarung ermitteln. Die sozialen Kosten einer Verfahrensvereinbarung ergeben sich aus dem Vergleich der jeweiligen Differenz zwischen den öffentlichen Kosten unter Berücksichtigung der Prozesswahrscheinlichkeit. Wenn beispielsweise die Wahrscheinlichkeit eines Gerichtsverfahrens bei Existenz einer Verfahrensvereinbarung bei 0,1 läge, in ihrer Abwesenheit dagegen bei 0,2, und die öffentlichen Kosten des Verfahrens im ersten Fall 100 betragen und im zweiten 50, dann würde die Verfahrensvereinbarung keine Mehrkosten für die öffentliche Hand erzeugen ( $0,1 * 100 = 0,2 * 50$ ).

Aus der Vorfeld-Perspektive ist der private Nettonutzen einer ex ante-Verfahrensvereinbarung sicher. Dieser Vorteil wiegt regelmäßig die erwarteten öffentlichen Kosten der Verfahrensvereinbarung unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit eines Gerichtsverfahrens auf. Öffentliche externe Effekte in Form von Kosten und Zeit sollten daher im Regelfall kein großes Hindernis für die Umsetzung von ex ante-Prozessvereinbarungen darstellen.

## b. Immaterielle externe Effekte

In Kapitel 2 hat sich gezeigt, dass Gerichtsverfahren eine weitere Art von externen Effekten mit sich bringen, die hier als immaterielle externe Effekte bezeichnet werden. Ein Gerichtsprozess erzeugt Präzedenzfälle für die Allgemeinheit. Darüber hinaus beweist das Gericht durch die Befolgung der Zivilprozessordnung seine Integrität und die Tatsache, dass es einem fairen und effizienten Verfahren und der Findung eines gerechten und richtigen Urteils verpflichtet ist. Diese beiden immateriellen externen Effekte – Präzedenzfälle und öffentliches Vertrauen in die Integrität der Justiz – sind öffentliche Güter, von deren Nutzung niemand ausgeschlossen werden kann. Solche öffentlichen Güter können durch ex ante-Verfahrensvereinbarungen beeinträchtigt werden.

Die Auswirkungen von ex ante-Verfahrensvereinbarungen auf immaterielle externe Effekte lassen sich am besten anhand eines Vergleichs mit einer nachträglichen Modifikation der Prozessregeln aufzeigen. Nach Klageerhebung verhandeln die Prozessparteien unter dem Eindruck der bestehenden Zivilprozessordnung und dem danach zu erwartenden Ergebnis über eine Änderung der Verfahrensregeln. Zu diesem Zeitpunkt können die Parteien in ihren jeweiligen Rollen als Kläger und Beklagter die Auswirkungen einer Anpassung der Verfahrensregeln auf den Prozess und das Urteil abschätzen, sowohl hinsichtlich der Verfahrenskosten wie auch hinsichtlich des erwarteten Ergebnisses. Eine Partei wird sich daher nur dann auf die Modifikation einer Verfahrens- oder Beweisregel einlassen, wenn ihre Vorteile daraus ihre erwarteten Kosten übersteigen, ihr Nettoergebnis also positiv ist. Dieses Nettoergebnis hängt von zwei Variablen ab: einerseits von dem Unterschied im erwarteten Ergebnis und andererseits von der Kostendifferenz bei Modifikation und ohne Modifikation der Verfahrensregeln. Da sich jede Partei nur dann auf eine Änderung der Regeln einlassen wird, wenn ihr daraus ein Vorteil erwächst, kann der Unterschied im voraussichtlichen Ergebnis nicht sehr groß sein.<sup>54</sup>

Dies ist jedoch nicht gewährleistet, wenn die Verfahrensvereinbarung im Vorfeld geschlossen wird. Zu diesem Zeitpunkt wissen die Parteien nicht, wer von einer ex ante-Modifikation der Verfahrensregeln profitiert und wer dadurch benachteiligt wird. Diese gemeinsame Unkenntnis ermöglicht es den Parteien auch, sich auf eine Modifikation zu einigen, selbst wenn diese weitreichende Auswirkungen auf das erwartete Ergebnis haben könnte.

Um ein einfaches Beispiel zu nehmen: Angenommen, nach einer Klageerhebung beträgt der erwartete Haftungsumfang des Beklagten 100, und die Prozesskosten jeder Partei belaufen sich auf 20. Die erwartete Haftung angesichts einer ex post-Verfahrensvereinbarung wird zwischen 80 und 120 betragen, da die maximale konsensfähige Differenz in erwarteter Haftung 20 beträgt. Nehmen wir jedoch an, die Parteien schließen schon im Vorfeld eine Verfahrensvereinbarung ab: Da die Parteien zu diesem Zeitpunkt noch nicht wissen, wer im Streitfall als Kläger und wer als Beklagter auftritt, wird ihr Interesse allein in der

<sup>54</sup> Obwohl eine Partei sich theoretisch auf eine signifikante Veränderung des erwarteten Urteils gegen eine Transferzahlung einlassen könnte, ist eine solche Coase-Transaktion nach Klageerhebung praktisch ausgeschlossen. Dies ist verschiedenen heuristischen und psychologischen Effekten geschuldet, welche in der verhaltensökonomischen Literatur breit diskutiert worden sind. Siehe dazu auch den Verweis in Fn. 32 für eine konkretere Analyse dieser kognitiven Befangenheit und von irrationalen Herangehensweisen bei Prozessen und Vergleichen.

Reduzierung der möglichen Prozesskosten liegen. Daher können sich die Parteien auch auf eine Verfahrensvereinbarung einlassen, die das erwartete Prozessergebnis um mehr als 20 verändert.

Wie in Kapitel 3 ausgeführt, können sich die Parteien im Vorhinein auf eine Reduktion der Präzision der gerichtlichen Entscheidungsfindung einigen, wenn dies ihre Kosten über die möglichen Vorteile einer genaueren Entscheidung hinaus reduziert. Selbst wenn die Parteien wissen, wer von ihnen im Streitfall als Kläger und wer als Beklagter auftreten würde, so ist es dennoch denkbar, dass sie die Verfahrensregeln auf eine Art und Weise modifizieren wollen, die eine Reduktion der Genauigkeit des Urteils mit sich bringt. Eine solche Änderung käme dann in Betracht, wenn diese Reduktion der Genauigkeit keinerlei vorprozessuale Nachteile mit sich bringt und die Prozesskosten zumindest einer Partei reduziert.

Ein einfaches Beispiel dafür: Angenommen, die Parteien denken über eine Verfahrensvereinbarung nach, welche die Prozessinvestitionen einer Partei senkt und gleichzeitig die Bandbreite des erwarteten Prozessergebnisses ausweitet. Beide Parteien könnten eine solche Vereinbarung abschließen wollen, selbst wenn es nur einem von ihnen, beispielsweise dem Kläger, Prozesskosten spart. Während der potenzielle Kläger von diesen Ersparnissen profitiert, erlangt der potentielle Beklagte einen Vorteil aus der reduzierten Genauigkeit des Urteils. Selbst wenn die Verfahrensvereinbarung sich wahrscheinlich negativ für den potentiellen Kläger auswirkt, kann er sie immer noch abschließen wollen, wenn er im Vorfeld hinreichende Vorteile daraus zieht. Wenn der Nettogewinn des potentiellen Klägers sich beispielsweise um 50 reduziert und die Wahrscheinlichkeit des Entstehens einer Streitigkeit, die vor Gericht ausgetragen wird, bei 0,1 liegt, dann würde sich ein risikoneutraler Kläger auf eine solche Verfahrensvereinbarung einlassen, sobald eine dafür geleistete Vorauszahlung 5 übersteigt.

Ex ante-Verfahrensvereinbarungen schränken die adversative Natur des Gerichtsverfahrens ein und wirken sich so auf beide Arten positiver immaterieller externer Effekte eines Gerichtsprozesses aus – Präzedenzfälle und die Integrität der Justiz. Sie lassen weniger genaue Ergebnisse zu und können dadurch schlechtere Präzedenzfälle erzeugen, und sie können unausgewogene und fehlerhafte Verfahren zur Folge haben, die das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz erschüttern.

Gerichte müssen daher Vorsicht walten lassen bei der Umsetzung von ex ante-Verfahrensvereinbarungen, welche ihre institutionelle Integrität untergraben. Dies kann bei zwei Arten von Vereinbarungen der Fall sein: einerseits bei Verfahrensvereinbarungen, die die Methode der Entscheidungsfindung modifizieren oder die Entscheidungsfindung auf außergerichtliche Mechanismen übertragen, aber vorsehen, dass ein Gericht deren Resultate aufnimmt und umsetzt. Und andererseits bei Verfahrensvereinbarungen, die einen unausgewogenen Prozess zur Folge haben und dadurch die Präzision der Entscheidungsfindung einseitig beeinträchtigen.

Die meisten ex ante-Verfahrensvereinbarungen fallen in keine der beiden Kategorien. Kostentragungsvereinbarungen, Einschränkungen der *discovery*, Wahl der Verfahrensart und Vereinbarungen hinsichtlich einstweiliger Maßnahmen sind nur einige Beispiele von Vereinbarungen, die die durch ein Gerichtsverfahren produzierten immateriellen öffentlichen Güter nicht signifikant beeinflussen und daher in diesem Punkt keinen Anlass zu Kritik bieten.

Einige Verfahrensvereinbarungen können dennoch einen signifikanten negativen Einfluss auf die Wahrnehmung der Integrität des Gerichts haben. Obwohl diese Auswirkungen einen Verzicht auf die Umsetzung der ex ante-Verfahrensvereinbarung rechtfertigen könnten, sollten zwei wichtige Aspekte bei dieser Entscheidung Berücksichtigung finden: Einerseits müssen solche negativen Auswirkungen um die ex ante-Wahrscheinlichkeit eines Gerichtsprozesses diskontiert werden. Wie im Fall der materiellen externen Effekte gilt auch hier, dass immaterielle externe Effekte erst entstehen, falls eine Streitigkeit vor Gericht ausgetragen wird. Demgegenüber erwachsen den Parteien sichere Vorteile aus einer solchen Vereinbarung.

Zweitens können auch Gerichte zwischen gewöhnlichen Entscheidungen und solchen, die nach ihrer Überzeugung von einer ex ante-Verfahrensvereinbarung beeinflusst wurden, unterscheiden. Ein Gericht kann die modifizierte Verfahrensregel in seiner Entscheidung explizit kennzeichnen und dadurch jede möglicherweise wahrgenommene Bedrohung seiner Integrität vermindern. Auf diese Weise machen die Gerichte die Unterschiede zwischen Prozessen nach der Zivilprozessordnung und Prozessen mit im Vorhinein abgeänderten Verfahrensregeln offensichtlich und vermeiden so, dass aus unausgewogenen Verfahren ein Rückschluss auf die Justiz im Ganzen gezogen wird. Indem sie diese Entscheidungen kennzeichnen, können die Gerichte der Kritik an den nachteiligen Auswirkungen von im Voraus veränderten Verfahrensregeln auf das öffentliche Vertrauen in die Justiz begegnen.

### c. Effektiver Rechtsschutz und Sammelklagen

Dieser Aufsatz basiert auf der Annahme, dass die Vertragsparteien sich freiwillig im Vorfeld auf eine Änderung der Verfahrensregeln eingelassen haben und dass die entsprechende Vereinbarung auch vertragsrechtlich wirksam und durchsetzbar ist. Trotzdem kann die Besorgnis entstehen, dass eine Partei eine Regeländerung vereinbart, ohne die Konsequenzen vollständig zu erfassen. Diese Bedenken entspringen der sehr technischen Natur von Prozessregeln: Juristisch ungebildete Laien werden regelmäßig nicht mit den Details der Regeln und ihren Auswirkungen, Vor- und Nachteilen vertraut sein.

Eine ex ante-Verfahrensvereinbarung, welche das Recht einer Vertragspartei auf effektiven Rechtsschutz durch Beschränkung des Zugangs zu Gericht berührt, kann Bedenken im Hinblick auf die Fairness des Verfahrens hervorrufen. In diesem Fall stellt sich die Frage, inwieweit die Parteien auf ihr verfassungsmäßiges Recht auf effektiven Rechtsschutz verzichten können. Verschiedene Rechtssysteme beantworten diese Frage auf unterschiedliche Weise, deren Diskussion den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen würde.

Abgesehen von den Bedenken hinsichtlich des effektiven Rechtsschutzes sind auch negative Auswirkungen einer ex ante-Verfahrensvereinbarung auf Sammelklagen vorstellbar. Diese könnten immer dann entstehen, wenn eine Regel der Zivilprozessordnung eine Prozesspartei von anderen, bereits abgeschlossenen Prozessen profitieren lässt. Die wichtigste solche Regelung betrifft die Sammelklage. Bei einer Sammelklage kann ein einziger Kläger für alle anderen potentiellen Kläger handeln, welche aus demselben Grund gegen einen gemeinsamen Beklagten vorgehen. Sammelklageregeln bieten der klagenden Partei und ihrem Anwalt finanzielle Anreize zum Auftreten im Namen der Gruppe und überwinden

dadurch das grundsätzliche Problem nicht ausreichender Anreize zur Klageerhebung und die daraus resultierende unzureichende Abschreckung potentieller Beklagter.

Wenn man Vertragsparteien gestatten würde, ihre Rechte zur Vertretung der Gruppe oder zur Teilnahme an einer Sammelklage aufzugeben, könnte dies ihre Interessen aus der ex ante-Perspektive beeinträchtigen. Parteien könnten sich aufgrund der kollektiven Natur der Sammelklage auf einen Verzicht auf diese Rechte einlassen. Da jeder potentielle Kläger nur einer unter vielen ist, kann seine Entscheidung über den Verzicht auf seine Teilnahmerechte an einer Sammelklage die Anreize für den potentiellen Beklagten zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen nicht beeinflussen. Daher berücksichtigt der potentielle Kläger nur die eigene erwartete Entschädigung im Falle eines Vertragsbruches, wenn er den Verzicht auf diese Rechte erklärt. Diese Entschädigung wird durch seine Verpflichtung, nicht an der Sammelklage teilzunehmen, nicht signifikant beeinflusst. Wenn jedoch alle potentiellen Kläger in einer solchen Situation auf ihre Teilnahmerechte verzichteten, so würde keine Sammelklage zustande kommen, was sich wiederum negativ auf die Abschreckung auswirken würde, da es die Anreize des potentiellen Beklagten zur Vertragserfüllung reduziert. Wenn demgegenüber einige potentielle Kläger nicht auf ihr Recht zur Teilnahme an einer Sammelklage verzichten und die Zahl dieser Kläger groß genug ist, dass eine Sammelklage zustande kommt, dann profitieren wahrscheinlich auch diejenigen, die nicht an der Sammelklage teilnehmen, wenn auch nicht direkt. Denn wird der Beklagte zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt, können sie dieses Urteil verwenden, um einen ähnlich hohen Schadensersatz zu erlangen.<sup>55</sup>

Demzufolge können ex ante-Verfahrensvereinbarungen, durch die eine Partei auf ihre Sammelklagerechte verzichtet, sich nachteilig für sie auswirken. Da solche Vereinbarungen eine Beeinträchtigung des Instruments der Sammelklage darstellen, sollten Gerichte sich weigern, sie durchzusetzen, auch wenn sich die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragschlusses darauf geeinigt haben.

## 6. Zusammenfassung

Dieser Aufsatz versucht, eine umfassende Struktur für die Untersuchung und Analyse von ex ante-Verfahrensvereinbarungen zu definieren. Es hat sich gezeigt, dass vertragliche Änderungen der Verfahrensregeln im Vorfeld die verschiedenen Quellen von Verfahrensineffizienzen beseitigen können. Darüberhinaus ermöglichen ex ante-Verfahrensvereinbarungen den Parteien, ihren gemeinsamen Vertragsgewinn zu erhöhen, die Vertragserfüllung zu verbessern und ihr Verhalten vor und nach einer Streitigkeit zu signalisieren und einzuordnen. Schließlich wurden die Grenzen von ex ante-Verfahrensvereinbarungen aufgezeigt, indem drei verschiedene Kritikpunkte untersucht wurden: materielle externe Effekte, immaterielle externe Effekte und Probleme des effektiven Rechtsschutzes und der Sammelklage.

Unsere Schlussfolgerung, dass die Zivilprozessordnung als dispositive Grundregel angesehen werden sollte, eröffnet weitere Möglichkeiten der Untersuchung durch einen Vergleich von vertraglich modifizierten öffentlichen Verfahren mit alternativen Streitbeilegungsmechanismen, in erster Linie der Schiedsgerichtsbarkeit.

---

<sup>55</sup> Für eine grundsätzliche Darstellung dieses Arguments siehe *Zvika Neeman*, „The Freedom to Contract and the Free Rider Problem“, 15 J. L. Econ. & Org. 685 (1999).

Wie jede ex ante-Verfahrensvereinbarung kann eine ex ante-Schiedsvereinbarung die Ineffizienzen eines Gerichtsverfahrens vermeiden. Jedoch hat ein privates Schiedsverfahren einen entscheidenden Nachteil gegenüber einem öffentlichen Prozess mit veränderten Verfahrensregeln. Ein Schiedsverfahren kann nicht dasselbe Niveau an Erfahrung und Präzision bei der Anwendung von Rechtsnormen bieten wie ein Gerichtsprozess. Obwohl Schiedsrichter mit ihrer fachspezifischen, nicht-juristischen Expertise einen großen Vorteil gegenüber Richtern haben bei der Lösung von Fällen, die solches Expertenwissen voraussetzen, kann ein Gericht am besten gewährleisten, dass eine Streitigkeit im Einklang mit dem geltenden materiellen Recht beigelegt wird. Selbst wenn prominente Anwälte oder im Ruhestand befindliche Richter die Rolle des Schiedsrichters übernehmen, so fehlt ihnen dennoch die Unterstützung durch die Aura und das Prestige, den Ruf und das öffentliche Vertrauen, welche das Gerichtssystem genießt. Vertragsparteien, welche Verlässlichkeit, Vorhersehbarkeit und Sicherheit bei der Anwendung des materiellen Rechts auf einen potentiellen Konflikt suchen, sollten daher eher ein Gericht einschalten, anstelle einen alternativen Streitbeilegungsmechanismus zu wählen.

Ob ein Markt für Schiedsgerichtsdienstleistungen diese Bedenken beseitigt, sollte theoretisch und durch empirische Studien untersucht werden. Wenn man eine gerechte und effiziente Verfahrensgestaltung beabsichtigt, sollten beide Alternativen, sowohl die privaten Streitschlichtungsmechanismen und das öffentliche Gerichtsverfahren mit abgewandelten Verfahrensregeln, in Betracht gezogen werden.