

German Working Papers in Law and Economics

Volume 2008

Paper 20

Kommentar zu Kapeliuk/Klement: Ex Ante-Verfahrensvereinbarungen aus kontradiktorischer Perspektive

Bettina Heiderhoff
Universität Hamburg

Abstract

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**.

Effizienz durch im Voraus abgeschlossene Prozessverträge

Eine Erwiderung aus deutscher Sicht

von Prof. Dr. Bettina Heiderhoff, Hamburg

I. Vorüberlegung

Die Idee der Effizienzverbesserung durch Prozessverträge ist bestechend. Könnten die Parteien ihr Verfahren an ihren konkreten Bedarf anpassen und es so eventuell deutlich schlanker gestalten, als es in den allgemeinen Regeln vorgesehen ist? Insbesondere vor Beginn des Rechtsstreits ausgehandelte Prozessregeln könnten nach Ansicht Klements gerecht und effizient zugleich sein. Die Parteien haben zu diesem Zeitpunkt nämlich noch keine besondere Rechtsposition im Auge, die es durchzusetzen gilt, so dass sie ihren Vertrag effizient und zugleich „neutral“ oder, anders ausgedrückt, „fair“ ausgestalten könnten.

Aus deutscher Sicht stellt sich diese Option bei näherer Betrachtung jedoch ein wenig anders dar als aus israelischer bzw. US-amerikanischer. Denn zum einen ist der deutsche Prozess ohnehin geradliniger ausgestaltet als der US-amerikanische. Insbesondere fehlt das Institut der discovery vollständig. Zum anderen ist der Zivilprozess ganz weitgehend durch zwingendes Recht geregelt, so dass die Parteiautonomie stark begrenzt ist.¹ Aus beidem mag es resultieren, dass auch die Zweifel, die man als deutscher Prozessrechtler an der Möglichkeit der Effizienzsteigerung durch Individualisierung der Prozessregeln hegt, erheblich sind. Ist es nicht ein großer Reibungsverlust, wenn das Gericht jedes Mal nach neuen, ihm unbekanntem und unter Umständen unvollständigen oder gar fehlerhaften privaten Regeln agieren soll? Ist es nicht doch ein hoher Aufwand für die Parteien, sich jeweils im Voraus in das Prozessgeschehen hineinzusetzen und dafür Regeln zu bestimmen? Die zu erzielenden Verbesserungen müssten schon ganz erheblich sein, um all diesen Aufwand zu rechtfertigen. Nun lassen sich in Deutschland solche großen Verbesserungen jedoch kaum vorstellen, weil der Spielraum für Vereinbarungen insgesamt nur klein ist. Im Folgenden sei diese Frage der Effizienzsteigerung zunächst beiseite gelassen. Es soll dargestellt werden, inwiefern das Prozessrecht durch im Voraus zu treffende Vereinbarungen der Prozessparteien überhaupt verändert werden kann.

¹ *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, vor § 128 Rn. 300 f; *Wagner*, Prozessverträge, S. 77 ff.

II. Grundlagen des deutschen Zivilprozessrechts

In Deutschland wird das Grundrecht auf Justizgewährung recht formal verstanden. Die Parteien haben das Recht darauf, eine auf einem fairen und effizienten Verfahren beruhende Entscheidung durch ein staatliches Gericht zu erhalten.² Es ist anerkannt, dass die Zivilprozessordnung ein solches Verfahren vorsieht. Aber das ist nicht alles. Offenbar wird zugleich davon ausgegangen, dass (nur) die Zivilprozessordnung Effizienz und Fairness im Verfahren in weitgehend idealer Weise vorsieht. Veränderungen des Verfahrens durch die Parteien stehen unter einer Art Generalverdacht, Fairness und Effizienz zu reduzieren. Das ist einer der Gründe dafür, dass das Prozessrecht ganz weitgehend zwingendes Recht ist.

II. Möglichkeiten vertraglicher Veränderung des Zivilprozesses

Heute ist dennoch allgemein anerkannt, dass die Prozessparteien das Verfahren durch Verträge modifizieren können. Vielfach bedeutet es nämlich gar keine Abweichung vom zwingenden Recht, wenn vertragliche Vereinbarungen über den Prozess getroffen werden. Das Prozessrecht sieht zum einen vielmehr häufig Optionen vor, die den Parteien offen stehen. Dazu gehören etwa die Klagerücknahme, die Berufung oder der Einspruch. Die Parteien können sich unter einander vertraglich verpflichten, eine solche Option wahrzunehmen oder nicht.³ Zum anderen gewährt die Zivilprozessordnung den Parteien vielfach das Recht, durch Vertrag bestimmte prozessuale Bedingungen zu wählen. Dazu gehört – unter bestimmten Voraussetzungen – die Möglichkeit, das zuständige Gericht oder die Schiedsgerichtsbarkeit zu wählen. In Deutschland wird allerdings davon ausgegangen, dass die meisten Prozessverträge erst während des laufenden Verfahrens oder wenigstens in Hinblick auf ein bestimmtes sich abzeichnendes Verfahren abgeschlossen werden dürfen.⁴ Denkt man an die oben genannten Optionen im Prozess, so ist es nach allgemeiner Ansicht nicht möglich, bereits im eigentlichen Hauptvertrag (z.B. im Kaufvertrag) im Voraus zu vereinbaren, dass man nur über eine Instanz prozessieren und auf die Berufung verzichten möchte. Es gibt aber auch Prozessverträge, die ganz typischerweise bereits vor Beginn eines Rechtsstreits abgeschlossen werden. Dies sind allerdings keine „Prozessverträge“ im engen, technischen Sinne, obwohl sie prozessuale Regelungen treffen. Es handelt sich vor allem um Gerichtsstandsvereinbarungen und um Schiedsgerichtsklauseln.

² Musielak/Musielak, ZPO, Einl. Rn. 7 ff.;

³ BGHZ 20, 198, 205; BGH NJW 1984, 805; NJW-RR 1987, 307; Wagner, Prozessverträge, S. 504 ff.

⁴ Häsemeyer, ZZP 118 (2005), 265, 296 ff.

III. Voraussetzungen und Wirkungen von Prozessverträgen

1. Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen

Vereinfachend lässt sich sagen, dass während eines laufenden Verfahrens abgeschlossene Prozessverträge prozessualen Regeln unterliegen.⁵ Wirksamkeit, Widerruflichkeit und ähnliches richten sich also nach der ZPO. Das bedeutet etwa, dass die formellen Anforderungen für den entsprechenden prozessualen Rechtsakt für den Abschluss solcher Prozessverträge erfüllt sein müssen.

Für Prozessverträge, die bereits vor Beginn eines Rechtsstreits abgeschlossen werden, gilt dies in der Regel nicht. Der Abschluss solcher Vereinbarungen unterliegt weitgehend dem materiellen Recht.⁶ Jedoch enthält die ZPO auch für diese Verträge Einschränkungen. So sind nach § 38 ZPO Zuständigkeitsvereinbarungen nur in unternehmerischen Verträgen (B2B) zulässig. Eine Schiedsvereinbarung muss in schriftlicher Form (§ 1031 ZPO) geschlossen werden.

2. Wirkung von Prozessverträgen.

Die Wirkung von Prozessverträgen ist unterschiedlich und vielfach umstritten.⁷ Einige Prozessverträge wirken ipso jure.⁸ Andere dagegen wirken zunächst nur zwischen den Parteien und müssen vor Gericht als Einrede geltend gemacht werden.⁹ Schließlich gibt es solche Vereinbarungen, die überhaupt nur zwischen den Parteien gelten und deren Durchsetzung im Prozess nicht erzwungen werden kann. Werden solche Vereinbarungen gebrochen, bleibt allein die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung zu verlangen.

Stark vereinfachend lässt sich sagen: Wenn eine Partei auf Rechte verzichtet, dann wirkt dies unmittelbar. Verzichtet beispielsweise eine Partei auf die Berufung und legt dann dennoch Berufung ein, so ist die Berufung unzulässig. Verspricht umgekehrt eine Partei ein bestimmtes aktives prozessuales Vorgehen, so ist dieses Versprechen nicht durchsetzbar. Verpflichtet sich beispielsweise eine Partei vertraglich die Klage zurückzunehmen, tut sie dies später aber nicht, so kann die Klagerücknahme nicht erzwungen oder gar ersetzt werden. Das Verfahren wird fortgeführt.¹⁰

⁵ MünchKomm/Rauscher, ZPO, Einl. Rn. 398; Musielak/Musielak, ZPO, Einl. Rn. 66.

⁶ Stein/Jonas/Leipold, ZPO, vor § 128 Rn. 308.

⁷ Stein/Jonas/Leipold, ZPO, vor § 128 Rn. 314 ff.

⁸ Zu dieser verfügungsähnlichen Wirkung: MünchKomm/Rauscher, ZPO, Einl. Rn. 399; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, vor § 128 Rn. 314.

⁹ Dabei handelt es sich um die verpflichtenden Prozessverträge: MünchKomm/Rauscher, ZPO, Einl. Rn. 400; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, vor § 128 Rn. 315.

¹⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 66 Rn. 6.

IV. Kostenbezogene Parteivereinbarungen.

Klement schlägt vor, die Effizienz durch Vereinbarungen der Parteien zu verbessern, indem entweder die Kostentragungsregeln selbst oder sehr kostenrelevante Prozessvorgänge vertraglich modifiziert werden. Bei den Kostentragungsregeln selbst sind aus deutscher Sicht die Möglichkeiten besonders eingeschränkt. Die Kostentragungsregeln der ZPO entsprechen der von Klement ohnehin favorisierten „fee shifting rule“. Sie sind stark ausdifferenziert und bis auf wenige Ausnahmen zwingendes Recht. Parteivereinbarungen über die Kostentragung sind für die gerichtliche Kostengrundentscheidung selbst nicht beachtlich.¹¹ Immerhin haben sie für die Parteien eine verpflichtende Wirkung. Anders ausgedrückt könnten die Parteien das Kostenrisiko für den Prozess untereinander verlagern und so den Anreiz zum Prozessieren verringern oder erhöhen. Damit bewegen sie sich aber gerade in die der „fee shifting rule“ entgegengesetzte Richtung. Eine Einsparung von Kosten ist zudem eher unwahrscheinlich.

Somit bleiben zur spürbaren Einsparung von Kosten allein indirekte Wege, wie Klement sie ebenfalls anspricht. Auf der Suche nach kostenträchtigen Verfahrensbestandteilen stößt Klement, gänzlich überzeugend, auf die Beweiserhebung. Es ist sicherlich gut möglich, über Beschränkungen bei der Beweiserhebung erhebliche Einsparungen zu erzielen. Es muss aber erwähnt werden, dass die rechtliche Ausgangslage in Deutschland wiederum anders ist als in Israel und den USA, weil das Verfahren der pretrial discovery nicht existiert. Eine Begrenzung durch die Parteien ist somit nicht erforderlich und kann zu einer Effizienzverbesserung nicht eingesetzt werden. Überlegenswert bleibt dennoch, ob die Parteien im Vorhinein das Beweisverfahren durch Vertrag so gestalten können, dass sie damit die Kosten für den möglichen späteren Prozess begrenzen können.

Hier sind wenigstens drei unterschiedliche Varianten denkbar: Zunächst ist ein echtes Eingreifen in den Prozessverlauf durch Vertrag vorstellbar, indem die Parteien die Regeln für die freie Beweiswürdigung durch den Richter in § 286 ZPO abbedingen und die Beweiswürdigung eigenen Regeln unterstellen. So könnten Sie etwa vereinbaren, dass eine nur überwiegende Wahrscheinlichkeit als Maß der richterlichen Überzeugung ausreichen sollte oder dass ein bestimmter Zeuge per se als glaubwürdig anzusehen ist. Sie könnten außerdem erwägen, die Beweislast vertraglich zu verschieben. So könnte etwa der Beweis der Mangelfreiheit des

¹¹ So die h.M. BGHZ 25, 251, 258; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, Übers § 91 Rn. 41; ausführlich *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, S. 212 ff m.w.N.

Kaufgegenstands dem Verkäufer auferlegt werden. Schließlich ist es denkbar, dass die Parteien vertraglich auf bestimmte Beweismittel ganz verzichten.

Die erstgenannte Option, nämlich die Veränderung der Beweiswürdigungsregeln, scheitert schon an dem bereits hinreichend geschilderten zwingenden Charakter des Prozessrechts. Hinzu kommt hier der Gedanke der Unabhängigkeit des Richters. Die Beweiswürdigung durch den Richter ist in Deutschland vollständig zwingend ausgestaltet und kann von den Parteien vertraglich nicht beeinflusst werden.¹²

Die beiden anderen Vorschläge sind demgegenüber nicht von vornherein ausgeschlossen. Es ist grundsätzlich möglich, und es kann effizient sein, die Beweislast zu verschieben.¹³ Das ist dann der Fall, wenn eine Partei eine bestimmte Tatsache aufgrund ihres Zugangs zu den Beweismitteln leicht nachweisen kann, während die andere Partei den Beweis nicht oder unter wesentlich erschwerten Voraussetzungen erbringen kann. Letztlich handelt es sich um denselben Gedanken, den auch die Rechtsprechung bei der Beweislastumkehr anwendet: Gewisse Beweispflichten werden danach einer bestimmten Partei, beispielsweise einem Arzt oder Produzenten, auferlegt, weil sie von diesem bei weitem leichter zu erbringen sind als von der anderen Partei, etwa dem Patienten oder dem durch ein Produkt Geschädigten.

Die Verschiebung der Beweislast durch Vertrag deutet allerdings häufig darauf hin, dass eine Partei benachteiligt werden soll. Beweislastklauseln in AGB sind daher in aller Regel unzulässig und somit unwirksam (§ 309 Nr. 12 BGB). Dies gilt auch für Verträge zwischen Unternehmen¹⁴ In der Tat ist die Beweislast von ganz erheblicher Bedeutung für den Prozess Erfolg. Es ist nicht einfach, sich einen Fall vorzustellen, in welchem sich die Parteien auf eine Verschiebung der Beweislast einigen, um den Prozess effizienter zu gestalten. Die durch die Beweisregeln bevorzugte Partei wird ihre Stellung nicht zugunsten von Effizienz aufgeben wollen.

Für den Verzicht auf bestimmte Beweismittel gilt das soeben Gesagte weitgehend entsprechend. Auch hier muss gründlich überlegt werden, ob es nicht etwa um die Übervorteilung der anderen Partei statt um Effizienz geht. Zusätzlich drängt sich ein gewisser Missbrauchsverdacht – etwa gegenüber der Steuerbehörde – auf, wenn Parteien bestimmte Beweismittel, wie beispielsweise eine Urkunde, von der Verwendung im Prozess ausschließen möchten.

Allerdings kann hier doch noch etwas eher Spielraum für effiziente und zulässige Fallkonstellationen erkannt werden, die einer vertraglichen Einigung zugänglich sind. Ist etwa ein Zeuge

¹² *Musielak/Foerste*, ZPO, § 286 Rn. 16, 21; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, § 286 Rn. 31.

¹³ *Häsemeyer*, ZZP 118 (2005), 265, 306 ff; *Musielak/Foerste*, ZPO, § 286 Rn. 61; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 114 Rn. 36.

¹⁴ Nur *Bamberger/Roth/Becker*, BGB, § 309 Nr. 12 Rn. 12.

nach Vertragsschluss in das Ausland verzogen, so kann seine Benennung für einen eventuellen, zukünftigen Prozess ausgeschlossen werden, um die hohen Reisekosten von vorneherein einzusparen. Typisch ist der Ausschluss des Mediators, mit dessen Hilfe die Parteien versucht hatten, den Streit zu schlichten. Sein Ausschluss dient allerdings nicht der Einsparung von Kosten, sondern dem Erfolg der Mediation.

VI. Schluss

Können die Parteien im deutschen System die Effizienz durch vorprozessuale oder prozessuale Vereinbarungen erhöhen?

Zur Beantwortung dieser Frage muss man sich zunächst klar darüber werden, was als Effizienz im Verfahren verstanden werden soll. Als sinnvolles Ziel kann dann angelegt werden, dass der Prozess möglichst keine Fehler vom Typ 1 oder vom Typ 2 aufweisen (oder anders: zu einem der materiellen Rechtslage entsprechenden Ergebnis führt) und zu einer Befriedung zwischen den Parteien führen soll. Dies soll mit möglichst niedrigen Kosten in möglichst kurzer Zeit erreicht werden.

Inwiefern können dabei Prozessvereinbarungen helfen? Wie gezeigt, ist schon der Katalog der rechtlich erlaubten Vereinbarungen eng. Hier seien jedoch abschließend einige typische Vereinbarungen gesammelt und – ganz cursorisch – in Hinblick auf ihre wirtschaftlichen Auswirkungen und die Effizienz des Verfahrens untersucht. Außen vor sollen dabei die Schiedsvereinbarungen bleiben, weil diese völlige Abwahl des staatlichen Gerichtsverfahrens den Themenrahmen sprengt. Ob Schiedsgerichtsbarkeit effizient ist, hängt von einer Fülle von Faktoren ab, die hier nicht angesprochen werden können.

Als übliche vorprozessuale Vereinbarungen bleiben damit die Gerichtsstandsvereinbarungen. Sie können ohne weiteres effizienzsteigernd wirken und tun dies in der Regel auch. Die Parteien wählen nämlich, jedenfalls soweit sie einvernehmlich handeln, entweder ein Gericht, das örtlich besonders günstig liegt. Dann sparen sie Reisekosten und Reisezeit. Oder sie wählen ein Gericht, das sie für besonders kompetent halten. So gelangen sie schnell zu einer den Streit befriedenden Entscheidung, die eine hohe Richtigkeitsgewähr trägt.

Die Parteien können sich des Weiteren über den Gegenstand des Streits vergleichen. Das kann bereits im Vorfeld einer etwaigen gerichtlichen Auseinandersetzung oder während des laufenden Verfahrens geschehen. Mit einem Vergleich erreichen die Parteien nie den maximalen Prozesserfolg. Ist die Prozessführung aufwändig, etwa weil die Beweislage sehr schwierig ist, kann ein Vergleich aber effizient sein.

Auf den ersten Blick effizient erscheint auch die Möglichkeit der Musterklage. Durch die Durchführung eines Musterverfahrens lassen sich enorme Einsparungen erzielen. Fraglich ist allenfalls, ob die Richtigkeitsgewähr ähnlich hoch ist wie bei der Durchführung der Einzelverfahren. Dies sollte im Regelfall erzielbar sein.

Nicht selten ist auch der Verzicht auf Rechtsmittel als Gegenstand von Prozessverträgen. Die Möglichkeiten sind hier vielfältig und nicht einheitlich zu bewerten. Es ist jedoch anzunehmen, dass ein solcher Verzicht meist rein aus Effizienzgründen vereinbart wird und dass die erwünschte Effizienzsteigerung auch erreicht wird. Verzichtet eine Partei auf ein Rechtsmittel oder einen Rechtsbehelf, so geht es den Parteien fast immer um eine schnelle und kostengünstige Prozessbeendigung, weil sie ihre Prozessziele außerhalb des Verfahrens, oder seltener im Verfahren, bereits erreicht haben.

Schließlich seien die obigen Ausführungen zu den die Beweisfragen betreffenden Verträgen nochmals aufgegriffen. Hier gibt es Raum für gewisse Einsparungen, die aber fast immer zugleich Einbußen bei der Rechts- (oder genauer Wahrheits-) findung mit sich bringen. Sie stehen in dem dringenden Verdacht, dass eine Partei die andere übervorteilen will.

Somit bleibt abschließend das ernüchternde Ergebnis festzuhalten, dass sich die Effizienz durch Parteivereinbarungen nur in geeigneten Fällen und nur in eingeschränktem Maß verbessern lässt.