



Munich Personal RePEc Archive

**The economic effects of alternative fee
shifting rules: A review of the theoretical
and empirical literature**

Schwab, Christian and Tang, Hin-Yue Benny

Ruhr-Universität Bochum

24 June 2011

Online at <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/32746/>

MPRA Paper No. 32746, posted 12 Aug 2011 01:23 UTC

Die Steuerungswirkungen unterschiedlicher Prozesskostenregelungen

– Ein Überblick zum Stand von Theorie und Empirie

Christian Schwab und Hin-Yue Benny Tang
Ruhr-Universität Bochum

Abstract

The so-called English Rule in § 91 ZPO has a longstanding tradition in German civil litigation. Although this “loser pays”- fee shifting can raise severe problems like sharply reducing access to the courts for parties of moderate means, the adaption of alternative cost regimes like the U.S.-style American Rule where no fee shifting occurs has never been seriously considered. What is more, the German debate seems to completely ignore the findings of the extensive law and economics literature on fee shifting. This paper addresses this task and surveys the theoretical and empirical literature on the effects of alternative fee shifting systems on a variety of decisions arising during the litigation process. In detail, we put some arguments supporting German-style fee shifting to the test: Does the German system really discourage low-probability-of-prevailing lawsuits that would be brought under the American Rule? Does it encourage the settlement of litigation? And does the German solution lead to lower costs of the legal system compared to alternative fee regimes? The findings indicate that the influence of different fee shifting rules on parties’ decision-making behavior is to a large extent ambiguous. Policy makers should be aware of these problems.

JEL-Classification: K40, K41

I. Einleitung

Mit der in § 91 ZPO kodifizierten Unterliegenshaftung reiht sich die Bundesrepublik Deutschland in die ganz überwiegende Tradition moderner Rechtsstaaten ein¹, der in einem Zivilprozess unterlegenen Streitpartei neben den eigenen auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung erforderlichen Kosten der Gegenseite aufzubürden. Das praktische Pendant dieses im rechtsökonomischen Schrifttum als „English Rule“ (ER) bezeichneten Kostenteilungsprinzips ist die sog. „American Rule“ (AR)², welche einzig in den USA und Japan Anwendung findet. Gemäß AR muss jede Seite selbst für die eigenen Prozesskosten aufkommen, also unabhängig davon, ob dem strittigen Anliegen ein erfolgreicher Ausgang beschieden war oder eben nicht. Diese zivilprozessrechtlichen Kostenregelungen haben tiefgreifenden Einfluss auf das Entscheidungsverhalten (potentieller) Streitparteien und damit auf die Funktionsweise der Justiz im Allgemeinen (Adams, 2002, S. 311). Während die AR (zumindest mit-) verantwortlich für die vermeintliche „Prozesshantselei“ in den USA gemacht wird (Ann, 2010), sehen die Fürsprecher der geltenden Regelung die Steuerungswirkungen der ER in einem deutlich milderem Licht. So wird der ER im Vergleich zur AR der Vorzug zugeschrieben, dass infolge der drohenden Kostenverlagerung eine Verfolgung von Rechtsansprüchen mit geringen Erfolgswahrscheinlichkeiten eher abgehalten werden kann (z. B. Pfennigstorf, 1984, S. 66). Eng damit verbunden ist die Vermutung, dass die ER das Zustandekommen außergerichtlicher Streitbelegungen erleichtert und Gerichtsprozesse verhindert (Dethloff, 2000, S. 2230; Pawlowski, 1975, S. 198). Schließlich sollen die beschriebenen Steuerungseffekte in Bezug auf Anzahl und Charakteristika der in das Rechtssystem gelangenden Streitfälle dazu beitragen, dass die Ausgaben für juristische Konfliktlösungen keine US-amerikanischen Größenordnungen erreichen (Ann, 2010).³ Ein in der hiesigen Diskussion kaum beachteter Effekt ist in diesem Zusammenhang jedoch der Einfluss der Unterliegenshaftung auf die individuellen Investitionsanreize in einen laufenden Rechtsstreit.

Inwieweit die vorstehenden Thesen theoretisch und empirisch untermauert werden können, ist bereits seit geraumer Zeit ein zentraler Forschungsgegenstand rechtsökonomischer Untersuchungen. Ausgehend von den Arbeiten von Landes (1971), Posner (1973) und Gould (1973) fanden formale Analysen der Steuerungseffekte unterschiedlicher

¹ Für eine Übersicht vgl. Pfennigstorf (1984, S. 44 ff.).

² Zur historischen Entwicklung der American Rule vgl. Leubsdorf (1984).

³ Für eine Übersicht zu den Ausgaben für Schadensersatzprozesse im Ländervergleich siehe Baye et al. (2005, S. 584).

Prozesskostenregelungen eine rasante Verbreitung in der angloamerikanischen Literatur. In Deutschland wurde diesem Forschungszweig bis dato dagegen nur wenig Beachtung geschenkt.⁴ Dies mag daran liegen, dass die geltende Regelung ungeachtet diverser Kritikpunkte großen Rückhalt genießt. So wird das System der Kostenerstattungspflicht vielfach als einfaches, klares und einleuchtendes Prinzip gepriesen, welches auch in das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung übergegangen sei (Baumgärtel, 1976, S. 152 f.). Schließlich könne es auch nur gerecht sein, den Rechtsbrecher mit der Kostenlast zu bestrafen (Grunsky, 1976, S. 10). Der Rechtstreue, der sich normgemäß verhält, hat hingegen nichts befürchten, da er ja alle Prozesse gewinnen muss und niemals Kosten zu tragen hat (Pawlowski, 1975, S. 198).

Zwar wurden auch hierzulande Bedenken geäußert, dass eine generelle Kostenerstattungspflicht andererseits den Zugang zum Rechtssystem erheblich blockieren und auch Anspruchsinhaber mit gerechtfertigten Anliegen von der Verfolgung ihrer Rechte abhalten könnte (vgl. bspw. Baumgärtel, 1976; Däubler, 1969; Fechner, 1969).⁵ Jedoch wurde trotz diagnostizierter Mängel eine grundlegende Abkehr vom „Verlierer-zahlt-Prinzip“ zu keiner Zeit ernsthaft in Erwägung gezogen.⁶

Nun werfen die skizzierten, vornehmlich von rechtswissenschaftlicher Seite, mit der ER in Verbindung gebrachten Steuerungseffekte zwar letztlich Thesen auf, deren Validität auf Basis eines rechtsökonomischen Analysemodells geprüft werden müsste. Die entsprechenden Forschungsergebnisse werden erstaunlicherweise aber weitgehend ignoriert. Der Aufsatz verfolgt daher das Ziel, diesem Theoriemangel abzuhelpen und einen Überblick zum Stand von Theorie und Empirie zu den Steuerungswirkungen unterschiedlicher Kostenteilungsregeln zu geben. Der Beitrag ist wie folgt gegliedert: Abschnitt zwei stellt zunächst das sog. „Standard Litigation-Modell“ vor, welches den Gerichtsprozess als Resultat überoptimistischer Streitparteien erklärt. Aussagen über die Steuerungseffekte des Kostenrechts auf den verschiedenen Entscheidungsstufen zivilrechtlicher Streitigkeiten werden hierbei anhand eines Vergleichs zwischen den beiden Grundformen AR und ER getroffen. Abschnitt drei widmet sich sodann den Forschungsergebnissen theoretischer Modelle, welche die Analyse von Rechtsstreitigkeiten in den Kontext dynamischer Spiele mit unvollständiger Information integrieren. Aufbauend auf den Ausführungen unter Abschnitt

⁴ Als bemerkenswerte Ausnahmen seien hier die Arbeit von Adams (2002) sowie die Sammelwerke von Schmidtchen/Weth (1999) sowie Bork et. al. (2009) genannt.

⁵ Diese Befürchtungen waren letzten Endes die Ursache, dass japanischen und US-amerikanischen Initiativen zur Ablösung der AR durch die ER in der Vergangenheit kein Erfolg beschieden war. Vgl. zur Debatte in Japan resp. den USA Wilson (2005) resp. Rowe (1998).

⁶ Für eine Übersicht über die frühere Debatte um die deutsche Kostenregelung und die seinerzeit diskutierten Reformvorschläge vgl. Bokelmann (1973).

zwei und drei werden im vierten Abschnitt die Steuerungswirkungen diverser praxisrelevanter Sonderformen prozesskostenrechtlicher Teilungsregeln, namentlich des sog. „One-Way Fee Shifting“ sowie des „Offer-Based Fee Shifting“, skizziert. Abschnitt fünf gibt einen Überblick über die bisherige empirische Forschung. Basierend auf den dargestellten Ergebnissen wird schließlich im sechsten Abschnitt die Belastbarkeit der mit der deutschen Kostenregelung in Verbindung gebrachten Steuerungswirkungen einer kritischen Würdigung unterzogen.

II. Das Standard Litigation Modell

Grundlage der nachfolgenden Untersuchungen ist das Standard Litigation Modell, welches auf die Arbeiten von Landes (1971), Posner (1973) und Gould (1973) zurückgeht. Ehe die Bestandteile des Modells im Einzelnen erörtert werden, soll zunächst die im Folgenden angenommene Chronologie von Zivilrechtsstreitigkeiten dargestellt werden.

1. Chronologie von Zivilrechtsstreitigkeiten

Betrachtet man die Sequenz der maßgeblichen Entscheidungen, besteht die wohl grundsätzlichsste Unterteilung darin, zwischen der Entscheidung, eine Klage zu erheben oder dieses zu unterlassen und der Folgefrage, ob die Streitparteien einen anhängigen Rechtsfall via außergerichtlichem Vergleich beenden oder vor Gericht ziehen, zu differenzieren (Rowe, 1984, S. 143; Shavell, 1982). Darüber hinaus müssen die Streitparteien entscheiden, welche Ressourcen sie im Falle einer streitigen Verhandlung in ihren Fall investieren wollen - obgleich diese Entscheidung aus Vereinfachungsgründen durch Annahme fixer, systeminvarianter Prozesskosten vielfach ausgeblendet wird. Die (Nicht-)Berücksichtigung von Investitionsanreizen hat ihrerseits natürlich Einfluss auf die vorherigen Entscheidungsstufen. Darauf wird in den betreffenden Abschnitten noch detaillierter einzugehen sein. Insgesamt liegen dem Modell damit maximal drei Entscheidungsstufen zugrunde (vgl. auch Shavell 2004): Zunächst muss der Geschädigte entscheiden, ob er den Rechtsweg beschreiten soll. Nach Entstehung einer Rechtsstreitigkeit müssen sich die beiden Parteien sodann entscheiden, ob sie sich gütlich einigen wollen oder eine streitige

Verhandlung vorziehen. Kommt es zu einer Gerichtsverhandlung, müssen die Parteien schließlich ihre Investitionshöhe festlegen.⁷

2. Modellbeschreibung

Ausgangspunkt einer Zivilrechtsstreitigkeit sind typischerweise unterschiedliche Auffassungen über das Recht an einem Gut (Riehl, 2003, S. 29). Der Wert dieses streitigen Anspruchs $G(>0)$ sei monetär bewertbar und sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite⁸ im Vorherein bekannt.⁹ Jede Seite kalkuliert, mit einer Wahrscheinlichkeit in Höhe von p_i ($1 - p_i$), mit $i=K$ ("Kläger"), B ("Beklagter") und $0 \leq p_i \leq 1$, als Sieger (Verlierer) aus einem möglichen Gerichtsprozess hervorzugehen. Sofern explizit die Investitionsanreize betrachtet werden, wird angenommen, dass die eigenen Erfolgchancen durch eine Erhöhung der eigenen (nichtnegativen) Investitionen c_i in den Rechtsstreit verbessert werden und umgekehrt sinken, wenn die Gegenseite ihre (nichtnegativen) Investitionen c_j steigert. Aus Sicht von Streitpartei i gilt im Falle endogener Investitionen demnach $\frac{dp_i}{dc_i} > 0$ und $\frac{dp_i}{dc_j} < 0$.

Aus Vereinfachungsgründen beschränken sich die formalen Darstellungen auf den Fall risikoneutraler Akteure. Die Auswirkungen der in vielen Fällen wohl zutreffenderen, analytisch aber zugleich deutlich aufwendigeren, Unterstellung risikoaverser Akteure werden in verbaler Form diskutiert. Mit den vorstehenden Annahmen und Bezeichnungen lassen sich die Erwartungsnutzenfunktionen U_i von Kläger und Beklagtem unter der ER dann angeben als

$$U_K = p_K G - (1 - p_K)(c_K + c_B) \quad (1)$$

bzw.
$$U_B = p_B 0 - (1 - p_B)(G + c_K + c_B). \quad (2)$$

Der Erwartungsnutzen des Klägers entspricht demnach dem mit der subjektiven Erfolgswahrscheinlichkeit gewichteten monetären Wert des Anspruchs G abzüglich der erwarteten Prozesskostenlast. Der Erwartungsnutzen bzw. die erwartete Zahlungsverpflichtung des Beklagten interpretiert sich analog. Findet der Gerichtsprozess

⁷ Tatsächlich dürfte ein Großteil dieser Ausgaben bereits vor dem eigentlichen Prozess anfallen. Weil diese Ausgaben aber eben in Antizipation eines möglichen Gerichtsprozesses getätigt werden, werden sie im Rahmen formaler Analysen üblicherweise als reine Prozesskosten fingiert (vgl. Shavell, 2004, S. 416).

⁸ Um umständliche Formulierungen zu vermeiden, wird die Partei, die darüber nachdenkt, einen Anspruch juristisch zu verfolgen, stets als „Kläger“ und die Gegenseite als „Beklagter“ bezeichnet.

⁹ Es wird damit zunächst unterstellt, dass sich der Konflikt nur um die Rechtmäßigkeit des Anspruchs dreht und nicht um die Anspruchshöhe.

dagegen unter den Rahmenbedingungen der AR statt, so verändern sich die Erwartungsnutzen der Akteure zu

$$U_K = p_K G - c_K \quad (3)$$

bzw.
$$U_B = -(1-p_B)G - c_B. \quad (4)$$

Da gemäß AR jede Seite unabhängig vom Ausgang des Gerichtsverfahrens selbst für die ihr entstandenen Kosten aufkommen muss, entstehen hier im Gegensatz zur ER sichere Kostenbelastungen in Höhe von c_K bzw. c_B . Hierauf aufbauend stehen im folgenden Unterabschnitt zunächst die Investitionsanreize im Blickpunkt der Betrachtung, ehe die Anreize zur außergerichtlichen Streitbeilegung analysiert werden. Im letzten Unterabschnitt werden schließlich die Anreize zur Klageerhebung geprüft.

3. Investitionsanreize

Ein relativ gut gesichertes Ergebnis ist, dass die ER gegenüber der AR höhere Investitionsanreize stimuliert.¹⁰ Dieser Befund kann im Wesentlichen auf zwei Effekte zurückgeführt werden. Zunächst ist der effektive Streitwert unter der ER höher als unter der AR, da das Gerichtsurteil zusätzlich zum eigentlichen Streitwert auch die Prozesskostenlast zur Disposition stellt. Die ER erhöht damit den Grenzertrag einer zusätzlichen Investition in den Rechtsstreit. Gleichzeitig reduziert sie die erwarteten Grenzkosten. So erhöht hier ein zusätzlicher Euro die erwarteten Kosten nur um $(1-p_i)$ Euro, während unter der AR jede Ausgabenerhöhung unvermeidlich in voller Höhe selbst zu tragen ist.

Diese Effekte lassen sich aus dem ökonomischen Entscheidungsmodell unmittelbar herleiten. Kläger und Beklagter werden unter der ER c_K resp. c_B in (1) resp. (2) so festlegen, dass die Optimalitätsbedingung

$$\frac{dp_i}{dc_i} (G + c_K + c_B) = 1 - p_i \quad (5)$$

¹⁰ Siehe etwa Braeutigam et al., 1984; Katz, 1987; Hause, 1989; Baye et al., 2005; Chen/Wang, 2007.

erfüllt ist.¹¹ Unter der AR folgt anderenfalls aus (3) und (4) die Bedingung

$$\frac{dp_i}{dc_i} G = 1. \quad (6)$$

Die linke Seite von (5) und (6) kennzeichnet den erwarteten Grenzertrag der Investition, die rechte Seite gibt demgegenüber die erwarteten Grenzkosten an. Es zeigt sich unmittelbar, dass die erwarteten Grenzkosten mit Ausnahme des Grenzfalles $p_i = 0$ geringer sind, wenn unter der ER prozessiert wird. Gleichzeitig führt die ER gegenüber der AR zu höheren Grenzerträgen, da $\frac{dp_i}{dc_i}(G + c_K + c_B) > \frac{dp_i}{dc_i} G$ ist. Diese Effekte verstärken sich mit zunehmendem

Optimismus der Streitparteien. Ist ein Akteur sehr siegesgewiss, würde ein Prozess als nahezu kostenlos wahrgenommen und entsprechend hohe Investitionsanreize auslösen.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die beschriebenen Ausgabeneffekte in der Praxis durch verschiedene Einschränkungen in Bezug auf die Erstattungsfähigkeit von Prozesskosten begrenzt werden. So werden in Deutschland lediglich die gesetzlichen Anwaltsgebühren gemäß Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) erstattet. In England wird der Erstattungsanspruch regelmäßig auf eine im Einzelfall festgelegte, "angemessene" Höhe begrenzt (Breyer, 2006, S. 92 ff.). Bezeichnet man die erstattungsfähigen Kosten von Partei i mit \bar{c}_i , wobei $0 < \bar{c}_i \leq c_i$ gilt, so lautet bspw. der erwartete Nutzen des Klägers unter der ER

$$U_K = p_K G - (1 - p_K)(\bar{c}_K + \bar{c}_B) - (c_K - \bar{c}_K). \quad (7)$$

Als notwendige Bedingung für ein Maximum des Erwartungsnutzens folgt dann

$$\frac{dp_K}{dc_K}(G + \bar{c}_K + \bar{c}_B) = 1. \quad (8)$$

Es zeigt sich, dass Erstattungsgrenzen zwar den Effekt geringerer Grenzkosten unter der ER eliminieren. Jedoch ist der Grenzertrag zusätzlicher Investitionen weiterhin größer als in (6).

¹¹ Wenn davon ausgegangen wird, dass zwar jede Erhöhung der eigenen Investitionen mit einem Anstieg der subjektiven Erfolgswahrscheinlichkeit einhergeht, diese Verbesserungen aber mit zunehmender Investitionshöhe immer geringer ausfallen, kann auch die Gültigkeit von $\frac{d^2 p_i}{dc_i^2} < 0$ vorausgesetzt werden.

Auch Erstattungsgrenzen ändern somit nichts an der grundsätzlichen Feststellung, dass die ER gegenüber der AR zu höheren Investitionen anreizt.¹²

4. Anreize zur außergerichtlichen Streitbeilegung

Von elementarem rechtsökonomischem Interesse ist weiterhin der Einfluss der Kostenallokation auf die Prozess vs. Vergleich-Entscheidung der Parteien. Obgleich eine vorbehaltlose Förderung außergerichtlicher Vergleiche durchaus auch kritisch gesehen wird¹³, ist die übliche Prämisse in Rechtspolitik und Schrifttum, dass „schlichten besser als richten ist“ (z.B. Baetge, 2009, S. 681; Daughety, 2000, S. 96). Ob sich Streitparteien vergleichen oder den Gerichtsweg beschreiten, hängt im Wesentlichen davon ab, wie sie die aus einem Gerichtsverfahren resultierenden Zahlungsströme ex ante einschätzen. Kein Akteur wird einer Vergleichslösung zustimmen, wenn er damit rechnet, in einem streitigen Verfahren besser abzuschneiden. Notwendige Bedingung für das Zustandekommen eines Vergleichs ist daher, dass die erwartete Zahlungsverpflichtung des Beklagten höher ist als das erwartete Prozessergebnis aus Sicht des Anspruchstellers.¹⁴ Im Falle der AR muss damit (4) betragsmäßig größer sein als (3), d.h. es muss gelten $U_K < |U_B|$ oder umgeformt¹⁵

$$(c_K + c_B) - (p_K G - (1 - p_B)G) > 0. \quad (9)$$

Unter der ER ergibt sich demgegenüber als Vergleichsbedingung

$$(c_K + c_B) - \frac{[p_K G - (1 - p_B)G]}{(1 - p_K) + (1 - p_B)} > 0. \quad (10)$$

Der Vergleichsbereich, also die Differenz zwischen Höchstgebot des Beklagten und Mindestforderung des Klägers, lässt sich unter der AR damit einfach als Summe der

¹² Zum Einfluss von Erstattungsgrenzen auf die Investitionsanreize unter der ER vgl. auch Hyde/Williams (2002).

¹³ So sind Gerichtsprozesse notwendige Bedingung für die Rechtsfortbildung und die Schaffung von Rechtsklarheit und sie erzeugen zudem eine wichtige Abschreckungswirkung in Bezug auf rechtswidriges Verhalten (vgl. hierzu bspw. Fiss, 1984; Polinsky/Rubinfeld, 1988 und Galanter/Cahill, 1994).

¹⁴ Die Realisierung eines Kooperationsgewinns setzt indes eine Lösung der Verteilungsfrage voraus (vgl. Mnookin, 1993, S. 239 f.; Cooter et al., 1982, S. 228). Des Weiteren können psychologische Barrieren das Zustandekommen einer gütlichen Einigung verhindern (vgl. hierzu Korobkin/Guthrie, 1994). Auf eine detaillierte Analyse jener Hinderungsgründe wird aus Platzgründen jedoch verzichtet. Es wird vereinfachend angenommen, dass beiderseitig vorteilhafte Einigungsmöglichkeiten stets auch wahrgenommen werden würden.

¹⁵ Da die im Rahmen eines Gerichtsverfahrens entstehenden Kosten typischerweise deutlich über den Kosten liegen, die mit außergerichtlichen Vergleichslösungen verbunden sind, wird üblicherweise unterstellt, dass Vergleiche kostenlos ausgehandelt werden können (vgl. Cooter/Rubinfeld, 1989, S. 1075).

Prozesskosten abzüglich der Differenz in den erwarteten Richtersprüchen darstellen. Diese Differenz ist zusätzlich mit der Summe der subjektiven Niederlagewahrscheinlichkeiten zu diskontieren, wenn die ER als Kostenregelung vorausgesetzt wird. Hinter dem Konstrukt der Vergleichsbereiche steht die Ratio, dass trotz einer möglichen Kostenersparnis außergerichtliche Vergleiche scheitern können, wenn die Akteure kollektiv ihre Erfolgchancen vor Gericht überschätzen (Hay/Spier 1997, S. 5). Um zu beurteilen, welches Kostensystem gütliche Einigungen gegenüber streitigen Verfahren tendenziell stärker begünstigt, muss geklärt werden, welche der beiden Ungleichungen (9) und (10) eher verletzt ist. Wird zunächst angenommen, dass der Term $(c_K + c_B)$ in (9) und (10) identisch ist, so ist offensichtlich, dass sich die Vergleichsraten nur im Falle konsistenter Wahrscheinlichkeitseinschätzungen, d.h. für $p_K = 1 - p_B$, entsprechen können. Hier kommt es, wie auch im Falle $p_K < 1 - p_B$, weder unter der ER noch unter der AR jemals zu Gerichtsprozessen. Von entscheidender Bedeutung ist daher der Fall einer kollektiven Überschätzung der Erfolgsaussichten, d.h. $p_K > 1 - p_B$. Bei dieser Konstellation wird der Vergleichsbereich unabhängig von der Prozesskostenallokation kleiner, gütliche Einigungen also c.p. unwahrscheinlicher. Unter der ER ist diese Reduktion jedoch ausgeprägter, weil der Nenner in (10) hier kleiner als 1 sein muss.¹⁶ Die Wahrscheinlichkeit, dass ein gegebener Fall mit einem Prozess endet, ist unter der ER demnach höher. Dies ist im Kern auf den sog. „Optimismuseffekt“ zurückzuführen, d.h., dass im relevanten Falle $p_K > 1 - p_B$ die Summe der erwarteten Prozesskosten durch die ER reduziert wird (Hylton, 1993, S. 460). Die mögliche Kostenersparnis aus Sicht der Streitparteien fällt dann geringer aus, wodurch die Wahrscheinlichkeit für einen Prozess gegenüber der AR c.p. ansteigt (Shavell, 1982, S. 65 f.). Ökonomisch betrachtet wird durch die ER im Vergleich zur AR eine Externalität internalisiert, aber gleichzeitig eine neue geschaffen (Katz, 2000, S. 74): Einerseits werden Parteien unter der ER gezwungen, die – im Verlustfall zu erstattenden – Kosten des Opponenten einzukalkulieren, was prinzipiell Vergleichslösungen begünstigen sollte. Auf der anderen Seite werden obsiegende Parteien ihrer eigenen Kosten entledigt, was einer unstreitigen Konfliktbeendigung wiederum entgegenwirkt. Die vorigen Analysen indizieren,

¹⁶ Die einzige Ausnahme ist der Fall $p_K = 1$ und $1 - p_B = 0$. In dieser Situation vollkommen siegessicherer Streitparteien kommt es weder unter der ER noch unter der AR jemals zu Vergleichen, sofern der Streitwert G höher ist als die Prozesskosten $c_K + c_B$.

dass letztgenannter Effekt das Drohpotential der Kostenhaftung überkompensiert und Gerichtsprozesse durch die ER forciert werden.¹⁷

Dieses Ergebnis kann sich allerdings umkehren, wenn der oben beschriebene Ausgabeneffekt berücksichtigt wird. So verteuert die ER in Relation zur AR die Führung von Gerichtsprozessen, wodurch die potentielle Ressourcenersparnis unter der ER wiederum größer ausfällt. Wird ferner Risikoaversion der Streitparteien unterstellt, so sollten die sich hieraus ergebenden, auf die Vermeidung von Prozessrisiken hinauslaufenden Anreize ebenfalls unter der ER ausgeprägter sein. Diese führt gegenüber der AR sowohl zu einer Erhöhung des "Gewinns" im Erfolgsfall als auch zu einer Erhöhung des "Verlustes" – was noch zusätzlich durch den Ausgabeneffekt intensiviert wird -, insgesamt also zu einer Vergrößerung der Vermögensschwankung. Auch Risiko(vermeidungs)gesichtspunkte sprechen somit dafür, dass die ER aufgrund des höheren Prozesskostenrisikos Vergleiche begünstigen sollte.

Insgesamt ist festzustellen, dass auf Basis des Standard Litigation Modells nicht eindeutig geklärt werden kann, ob die höheren Ausgaben und das höhere Prozesskostenrisiko unter der ER den Optimismuseffekt überkompensieren und die ER gegenüber der AR zu einer höheren oder geringeren Vergleichsrate führt.

5. Anreize zur Klageerhebung

Unter "Klage"erhebung ist im hiesigen Kontext weniger die formelle Verfahrenseinleitung zu verstehen, sondern vielmehr das Entscheidungsproblem, ob überhaupt der "erste Schritt" zur Anspruchsverfolgung ergriffen werden soll, welcher als Grundvoraussetzung für alle weiteren rechtlichen oder auch gerichtlichen Schritte angesehen werden kann (Shavell, 2004, S. 389). Zu denken wäre hier beispielsweise an die erstmalige Konsultation eines Rechtsanwalts. Ein risikoneutraler Kläger wird sich für die Beschreitung des Rechtswegs entscheiden, wenn die damit verbundenen (erwarteten) Kosten geringer sind als die erwarteten Erträge. Als notwendige Bedingung für die Anspruchsverfolgung ergibt sich unter der AR damit

$$p_K G > c_K, \quad (11)$$

wohingegen unter der ER

¹⁷ Mit anderen Worten sollte davon auszugehen sein, dass die betreffenden Parteien ihre Erfolgchancen im Durchschnitt eher optimistisch einschätzen. Ohne ein gewisses Maß an Zuversicht würden die Parteien den Rechtsweg schließlich überhaupt nicht beschreiten.

$$p_K G > (1 - p_K)(c_K + c_B) \quad (12)$$

gelten muss.¹⁸ Hierbei erweist es sich nun als zweckmäßig, zunächst Bedingungen festzulegen, unter welchen die geltende Prozesskostenregelung für die Klageentscheidung keine Rolle spielt (Snyder/Hughes, 1990, S. 349; Schepens, 2007, S. 7). Angenommen, die subjektive Erfolgswahrscheinlichkeit des Klägers beträgt gerade 50 % und es ist $c_K = c_B = c$, dann entsprechen sich die linken und rechten Seiten der Ungleichungen (11) und (12). Beide Systeme lösen mithin die gleichen Klageanreize aus. Wird jetzt c.p. davon ausgegangen, dass der Kläger seine Siegchance höher als 50 % einschätzt, entsprechen sich zwar weiterhin die erwarteten Erträge. Die erwarteten Kosten sind unter der ER dann allerdings geringer, da der Kläger die Bürde der Kostentragungspflicht mit größerer Wahrscheinlichkeit auf Seiten seines Gegners wähnt. Dieser Effekt verstärkt sich mit zunehmender Höhe des Beliefs, so dass die erwarteten Payoffs unter den verschiedenen Systemen immer weiter divergieren. Im einfachen Fall identischer Kosten sind die Klageanreize unter der ER damit höher, wenn der Belief des Klägers über 50% liegt, was sich durch Umformung von $(1 - p_K)2c < c$ zu $p_K > 0,5$ unmittelbar zeigen lässt. Für den allgemeinen Fall unspezifizierter Relationen zwischen c_K und c_B ist diese kritische Wahrscheinlichkeit zwar nur noch allgemein darstellbar als (Shavell, 1982, S. 59)

$$p_K > \frac{c_B}{c_K + c_B}. \quad (13)$$

Die qualitative Bewertung dieses Ergebnisses bleibt jedoch unverändert: Ist die subjektive Erfolgswahrscheinlichkeit des Klägers hinreichend groß, wird die Anspruchsverfolgung unter der ER aufgrund der relativ niedrigeren erwarteten Kosten attraktiver. Werden in einem nächsten Schritt die systembedingten Kostenunterschiede, d.h. $c_i^{ER} \neq c_i^{AR}$, berücksichtigt, so sind die Anreize zur Klageverfolgung unter der ER nunmehr höher, falls

¹⁸ Ausgeschlossen werden damit Fälle, die für den Kläger mit einem negativen Erwartungswert verbunden sind (sog. „NEV“-Fälle). Die Verfolgung solcher ex ante unwirtschaftlichen Fälle kann sich für den Kläger unter Umständen dann lohnen, wenn die Möglichkeit zur Extrahierung hoher Vergleichszahlungen besteht (Bebchuk/Chang, 1996, S. 376), was sowohl bei asymmetrisch verteilten Informationen als auch im Falle unterschiedlich hoher Kosten auf Kläger- und Beklagenseite gegeben sein kann (Wagener, 2003, S. 1901). Für einen Überblick über NEV-Modelle siehe Guthrie (2000, S. 170ff.).

$$p_K > \frac{c_B^{ER} + c_K^{ER} - c_K^{AR}}{c_K^{ER} + c_B^{ER}} \quad (14)$$

gilt.¹⁹ Wegen $c_K^{ER} - c_K^{AR} > 0$ folgt hieraus, dass der Ausgabeneffekt die kritische Wahrscheinlichkeit gegenüber der Situation exogener Kosten (13) erhöht. Die Aussicht auf ein ressourcenaufwendigeres Gerichtsverfahren erhöht damit das erforderliche Mindestmaß an Siegeszuversicht, ab welchem die Anspruchsverfolgung unter der ER relativ attraktiver wird. Bei Risikoaversion von Anspruchsinhabern sinken schließlich unabhängig von der zugrundeliegenden Prozesskostenregelung die Anreize zur Anspruchsverfolgung. Die Erwartungsnutzenschmälerung und damit verbunden die Reduktion der Klageanreize ist aufgrund des höheren Prozesskostenrisikos unter der ER jedoch ausgeprägter.

Insgesamt scheinen die Vorhersagen des Standard Litigation Modells damit die landläufige Einschätzung zu stützen, dass die ER eher dazu geeignet ist, schwache Fälle aus dem Rechtssystem fernzuhalten. So deuten die vorstehenden (Partial-)Analysen darauf hin, dass die ER Fälle mit relativ hohen Erfolgswahrscheinlichkeiten im Vergleich zur AR attraktiver macht und im Umkehrschluss die Klageerhebung bei geringen Erfolgsaussichten eher verhindern kann.

III. Modelle mit asymmetrischer Informationsverteilung

Das Standard Litigation Modell sieht sich indes diversen Kritikpunkten ausgesetzt (z.B. Chen/Wang, 2007, S. 523; Shavell, 2004, S. 407). Zum einen trifft es keine Aussage über die Ursache der unterschiedlichen Erfolgseinschätzungen. Zudem entbehre die Annahme, dass die Parteien ihre divergierenden Erwartungen über den gesamten Rechtsstreit unverändert aufrechterhalten bei gleichzeitiger Unterstellung von common knowledge und rationalen Entscheidungen einer gewissen logischen Stringenz.²⁰ Andererseits liefert das Modell keine Erklärung dafür, wie im Zuge eines außergerichtlichen Verhandlungsprozesses eine Einigung zustande kommt. Vielmehr wird eine vereinfachende Black-Box-Betrachtungsweise eingenommen, der zufolge sich hinreichend pessimistische Parteien stets auf einen Betrag

¹⁹ Hierbei wird implizit angenommen, dass sich die Gewinnwahrscheinlichkeiten unter AR und ER trotz der unterschiedlichen Ausgaben weiterhin entsprechen. Dies wäre bspw. dann der Fall, wenn unterstellt wird, dass die Ausgaben von Kläger und Beklagtem unter der ER um den gleichen Faktor ansteigen und die Wahrscheinlichkeitsfunktion $p_K(c_K, c_B)$ homogen vom Grade 0 ist.

²⁰ Das Standard Litigation Modell basiert demnach auf sog. „Inconsistent Priors“ (Daughety/Reinganum, 2005, S. 36).

zwischen Mindestforderung des Klägers und Höchstgebot des Beklagten verständigen und so bestehende Kooperationsrenten (in einer nicht determinierten Art und Weise) untereinander aufteilen. Als überzeugender werden daher vielfach Ansätze angesehen, welche Rechtsstreitigkeiten als dynamische Spiele mit asymmetrischer Informationsverteilung (ASIV-Modelle) modellieren.²¹ Diese Ansätze basieren auf der Annahme, dass beide Streitparteien a priori eine objektive Vorstellung über die fallrelevanten Wahrscheinlichkeitsverteilungen haben, sog. „Common Priors“, darüber hinaus aber jeweils im exklusiven Besitz „privater“ Information sein können. Unterschiedliche Wahrscheinlichkeitseinschätzungen können danach unmittelbar mit unterschiedlichen Informationsgraden erklärt werden.

Das methodische Grundgerüst²² für die formale Analyse von Rechtsstreitigkeiten unter ASIV liefern Bebchuk (1984) und Reinganum/Wilde (1986). Beide Ansätze untersuchen sog. „Ultimatums Spiele“. Vergleichs-„verhandlungen“ reduzieren sich dabei auf die Entscheidung, auf eine take-it-or-leave-it-Offerte der Gegenseite einzugehen. Unterschiede bestehen in der Art privater Information sowie hinsichtlich des Entscheidungszeitpunktes des besser informierten Akteurs. Im Folgenden werden Grundidee und –struktur dieser beiden richtungweisenden Arbeiten näher skizziert, ehe im Anschluss Modellerweiterungen und -verfeinerungen erörtert werden.

1. Das Screening-Modell von Bebchuk

Bei Bebchuk (1984) hat der Beklagte private Information über die Wahrscheinlichkeit p für einen Prozessserfolg des Klägers.²³ Der Kläger, der den wahren Wert von p , den „Typ“ des Beklagten, nicht beobachten kann, kennt nur Verteilungs- und Dichtefunktion der möglichen Typen. Da der schlechter informierte Kläger die Forderung stellt, d.h. als erster am Zug ist, handelt es sich bei Bebchuk um ein sog. „Screening-Modell“.

²¹ Waldfoegel (1998) findet unterdessen Hinweise, dass empirische Daten eher durch das Standard Litigation Modell erklärt werden können. Osborne (1999) gelangt dagegen zu dem Ergebnis, dass Rechtsstreitigkeiten typischerweise durch eine asymmetrische Informationsstruktur gekennzeichnet sind. Sieg (2000) spezifiziert ein ASIV-Modell, welches geeignet ist, empirische Falldaten aus dem Bereich des Medizinrechts zu reproduzieren.

²² Bereits Salant/Rest (1982), Samuelson (1982) und P'ng (1983) analysieren Vergleichshandlungen bei asymmetrisch verteilten Informationen. Diesen Modellen liegt indes die restriktive Annahme zugrunde, dass die Streitparteien die Vergleichshöhe nicht frei aushandeln können, sondern sich auf einen vorgegebenen Betrag verständigen müssen.

²³ Zum Beispiel könnte ein Beklagter eher in der Lage sein, die Rechtmäßigkeit seines vor dem Konflikt liegenden Verhaltens zu beurteilen.

Ein risikoneutraler Beklagter wird jede Forderung S ablehnen, die die erwarteten Kosten eines Gerichtsprozesses übersteigt. Eine gegebene Forderung ist für diesen unter der AR daher nur dann akzeptabel, wenn für seinen Typ $\frac{S - c_B}{G} \leq p$ gilt. Es bezeichne

$$q(S) = \frac{S - c_B}{G} \quad (15)$$

den Typ des Beklagten („Grenztyp“), der gerade noch bereit ist, eine gegebene Forderung S zu akzeptieren. Der erwartete Payoff des Klägers lässt sich andererseits beschreiben als

$$E(U_K(S)) = [1 - F(q(S))]S + \int_a^{q(S)} (xG - c_K)f(x)dx. \quad (16)$$

Hierbei bezeichnet f bzw. F die Dichte- bzw. Verteilungsfunktion von p und der Parameter a kennzeichnet eine bestimmte Mindestwahrscheinlichkeit für einen Prozesserfolg des Klägers. Die Maximierung des Erwartungsnutzens bezüglich S führt dann zu folgender Bedingung erster Ordnung:

$$[1 - F(q(S))] - \left[\frac{c_K + c_B}{G} f(q(S)) \right] = 0 \quad (17)$$

Gleichung (17) verdeutlicht den Trade-Off des Klägers. Der erste Ausdruck kennzeichnet den Ertrag einer marginalen Forderungserhöhung, da der Kläger eine marginal erhöhte Forderung mit der Wahrscheinlichkeit $[1 - F(q(S))]$ realisiert. Der zweite Ausdruck gibt auf der anderen Seite die Grenzkosten einer Forderungserhöhung an. So führt diese zu einem Anstieg der Prozesswahrscheinlichkeit um $\frac{dF(q(S))}{dS} = f(q(S)) \frac{1}{G}$ und ein Prozess würde auf Klägerseite gegenüber der Vergleichslösung einen Payoff-Rückgang in Höhe von $c_K + c_B$ verursachen.²⁴ Des Weiteren zeigt Bebchuk, dass die Wahrscheinlichkeit für einen Vergleich unter der AR

²⁴ Die unterstellte Verhandlungsstruktur, der Kläger stellt eine Forderung auf take-it-or-leave-it-Basis, verleiht diesem einen strategischen Vorteil, so dass er vom Grenztyp die gesamte Kooperationsrente $c_K + c_B$ abschöpfen kann.

größer ist als im Falle der ER.²⁵ Da bei der ER mit dem Gerichtsurteil ein größerer Betrag zur Disposition steht, vergrößert sich die erwartete Payoff-Differenz zwischen zwei beliebigen Beklagentypen. Demnach kommen Informationsprobleme hier stärker zum Tragen und die Prozesswahrscheinlichkeit steigt gegenüber der Situation mit AR an.²⁶

2. Das Signalling-Modell nach Reinganum/Wilde

Im Gegensatz zu Bebchuk fokussieren sich Reinganum/Wilde (1986) auf die Analyse strategischer Informationsübermittlung. Sie untersuchen ein „Signalling-Modell“, in welchem wiederum der Kläger einen Vergleich vorschlägt, nun aber seinerseits im Besitz privater Information, nämlich in Bezug auf die Schadenshöhe G , ist. Ein weiterer wichtiger Unterschied zu Bebchuks Ansatz liegt in der Annahme, dass eine exogene - und bekannte - Wahrscheinlichkeit $(1-\pi)$ für eine irrtümliche Klageabweisung existiert.²⁷ Bei angenommener Kostenteilung gemäß AR beträgt der erwartete Payoff des (risikoneutralen) Klägers aus einem Prozess damit $U_K = \pi G - c_K$. Eine Strategie des Klägers lässt sich nun beschreiben als Funktion $S = s(G)$, welche für jedes mögliche Schadensniveau eine entsprechende Vergleichsforderung spezifiziert. Für den Beklagten besteht dabei die Gefahr, mit übertriebenen Forderungen von Klägern mit geringen Schäden konfrontiert zu werden. Diesem Anreiz versucht er durch geeignete Festlegung seiner eigenen (gemischten) Strategie $P = p(S)$ entgegenzusteuern, einer Funktion, die beschreibt, mit welcher Wahrscheinlichkeit p der Beklagte eine gegebene Forderung S ablehnt. Da der Beklagte den wahren Schaden G bzw. den Typ des Klägers nicht kennt, muss er auf Basis des empfangenen „Signals“ S einen Belief b über G bilden. Der Punktschätzer $G = b(S)$ ordnet dabei jeder Forderung einen eindeutigen Klägertyp (Schaden) zu. Die erwarteten Payoffs von Kläger und Beklagtem lauten unter diesen Voraussetzungen

$$U_K(G, S; p) = p(S)(\pi G - c_K) + (1 - p(S))S \quad (18)$$

bzw.
$$U_B(S, P; b) = p(-\pi b(S) - c_B) + (1 - p)(-S). \quad (19)$$

²⁵ Dies ist auch das Ergebnis des Screening-Modells von Polinsky/Rubinfeld (1998).

²⁶ Bebchuk (1984, S. 413) weist indessen darauf hin, dass dieses Ergebnis im Falle risikoaverser Parteien unter Umständen zu revidieren ist.

²⁷ Reinganum/Wilde nehmen also an, dass die Schuldfrage grundsätzlich klar ist. Darüber hinaus korrespondiert im Originalmodell der zugesprochene Schadenersatz nicht notwendigerweise mit dem tatsächlichen Schaden. Dies ist für die hiesigen Ausführungen jedoch unerheblich und wird aus Darstellungsgründen vernachlässigt.

Das sequentielle Trenngleichgewicht²⁸ des Spiels ist dann ein Tripel (s^*, p^*, b^*) , für welches gilt, dass a) die Strategie jedes Spielers in jeder Situation die individuell optimale Wahl ist, gegeben die Strategie des anderen Spielers und gegeben die Einschätzung b^* des Beklagten und dass b) $b^*(s^*(G)) = G$ ist, die Beliefs also für Forderungen im Gleichgewicht korrekt sind. Konkret stellt der Kläger im Gleichgewicht eine Forderung in Höhe des erwarteten Gerichtsurteils zzgl. der Prozesskosten des Beklagten, d.h.

$$s^*(G) = \pi G + c_B \quad (20)$$

Die gleichgewichtige Ablehnungswahrscheinlichkeit des Beklagten lautet

$$p^*(S) = 1 - e^{-(S-\underline{S})/(c_K+c_B)} \quad (21)$$

mit $\underline{S} = \pi G + c_B$ als optimale Forderung des Klägers mit der geringsten Schadenshöhe. Es zeigt sich, dass die Ablehnungswahrscheinlichkeit mit der Forderungshöhe, und damit mit dem verursachten Schaden, ansteigt und in den Prozesskosten sinkt. Wie oben bereits angedeutet, kann der Beklagte mit dieser Ablehnungspolitik der Gefahr übertriebener Forderungen entgegenwirken: Überhöhte Forderungen von Klägern mit relativ geringem Schaden erhöhen die Wahrscheinlichkeit für einen Verhandlungszusammenbruch und somit für diese die Gefahr, in dem dann resultierenden Gerichtsprozess schlechter abzuschneiden. Anders als Bebchuk finden Reinganum/Wilde des Weiteren, dass die gleichgewichtige Prozesswahrscheinlichkeit vollkommen unabhängig von der zugrundeliegenden Kostenteilungsregel ist. Dieser Widerspruch lässt sich im Wesentlichen darauf zurückführen, dass sich bei Reinganum/Wilde die Informationsasymmetrie auf die Schadenshöhe bezieht, wohingegen die Wahrscheinlichkeit für einen Gerichtsentscheid zugunsten des Klägers common knowledge ist. Letztere Annahme bewirkt nun aber, dass die erwarteten Prozesskosten immer den (tatsächlichen) Gesamtkosten entsprechen. So rechnet der Beklagte unter der ER mit Kosten in Höhe $c_B^{ER} = \pi(c_K + c_B)$, wohingegen der Kläger mit $c_K^{ER} = (1-\pi)(c_K + c_B)$ kalkuliert. Die erwarteten Gesamtkosten unter der ER betragen dann aber gerade $c_B^{ER} + c_K^{ER} = c_K + c_B$. Dieses Ergebnis lässt sich natürlich verallgemeinern: Sofern die

²⁸ (Semi-)Poolende Gleichgewichte werden von Reinganum/Wilde über das von Banks/Sobel (1987) entwickelte Kriterium der „Divinity“ eliminiert. Zur Verfeinerung des Nash-Gleichgewichtskonzeptes für Signalling-Spiele siehe auch Cho/Kreps (1987).

Parteien ihre erwarteten Prozesskosten auf Basis der gleichen Wahrscheinlichkeitsverteilung kalkulieren, entsprechen diese stets den tatsächlichen Gesamtkosten. $c_K + c_B$ als entscheidende Einflussgröße für die gleichgewichtige Prozesswahrscheinlichkeit in (21) ist dann unabhängig von der zugrundeliegenden Kostenteilungsvorschrift.

3. Modellerweiterungen

Die beschriebenen Modelle basieren offensichtlich auf einem stark idealisierten Entscheidungsrahmen. So wurde unterstellt, dass nur eine Partei einen Informationsvorsprung besitzt, nur eine Partei ein take-it-or-leave-it-Angebot unterbreiten kann und dass die Entscheidungssequenz fest vorgegeben ist. Eine Reihe von Arbeiten hat sich daher der Fragestellung gewidmet, inwieweit die Ergebnisse von Bebchuk und Reinganum/Wilde relativiert werden müssen, wenn der Modellierung weniger restriktive Einschränkungen zugrunde liegen.

a. Veränderung der zeitlichen (Entscheidungs-)Struktur

Spier (1992) analysiert ein Screening-Modell mit mehreren Verhandlungsperioden und untersucht die Verteilung außergerichtlicher Vergleiche im Zeitablauf. Sofern in den einzelnen Verhandlungsrunden keine periodischen Kosten anfallen, findet Spier einen sog. „Deadline-Effekt“²⁹, d.h. viele Vergleiche werden unmittelbar vor dem Prozesstermin geschlossen und eine Vielzahl von Fällen gelangt vor Gericht. Muss der Kläger dagegen fixe Kosten je Verhandlungsperiode tragen, entsteht für diesen c.p. ein Anreiz, Vergleiche möglichst früh abzuschließen. In Kombination mit dem Deadline-Effekt ergibt sich dann insgesamt eine U-förmige Verteilung außergerichtlicher Einigungen im Zeitablauf, d.h. die Wahrscheinlichkeit für eine Einigung ist zu Beginn und am Ende der Verhandlungszeitraumes am größten.

Daughety/Reinganum (1993) analysieren ein zweiperiodiges Verhandlungsmodell und lockern die Annahme einer fest vorgegebenen Entscheidungssequenz. Beide Parteien können in der ersten Periode einen Vorschlag zur außergerichtlichen Streitbeilegung unterbreiten. Unterbreitet jede Seite einen Vorschlag, ergibt sich der maßgebliche Betrag als Funktion der beiden Einzelofferten, z. B. als einfacher Durchschnittswert. Das zentrale Ergebnis ist, dass beide in der ersten Periode einen Vorschlag unterbreiten, d.h. keine Partei verhält sich passiv

²⁹ Für eine empirische Bestätigung des „Deadline-Effekts“ vgl. die Befunde bei Williams (1983).

und wartet. Die Ultimatum-Struktur muss daher im Lichte der Ergebnisse modellendogen bestimmter Entscheidungssequenzen als inadäquat verworfen werden. Jedoch zeigen Daughety und Reinganum, dass das resultierende Gleichgewicht des Spiels äquivalent ist entweder mit demjenigen des Ultimatum-Screening-Spiels nach Bebchuk oder mit dem des Ultimatum-Signalling-Spiels nach Reinganum/Wilde. Welches Gleichgewicht sich einstellt, hängt einzig davon ab, welche Seite im Besitz privater Information ist und wie die Funktion der beiden Einzelofferten spezifiziert wird.

Wang et al. (1994) analysieren auf Grundlage der Arbeiten von Rubinstein (1982), Rubinstein (1985) und Cheung (1988) ein Verhandlungsmodell mit infinitem Zeithorizont. In der ersten Periode unterbreitet zunächst der schlechter informierte Beklagte ein Vergleichsangebot. Wird eine Offerte ausgeschlagen, muss die ablehnende Partei ihrerseits ein Gegenangebot vorschlagen. Der besser informierte Kläger besitzt jedoch zusätzlich die Außenoption eines Gerichtsverfahrens. Die Autoren zeigen, dass alle Kläger, deren diskontierter Payoff aus einem Gerichtsverfahren größer (kleiner) als das Erstperiodenangebot des Beklagten ist, dieses ablehnen (annehmen) und in der nächsten Periode vor Gericht ziehen. Das Verhandlungsspiel geht auf dem Gleichgewichtspfad demnach höchstens über zwei Perioden, das Gleichgewicht reproduziert mithin das Ergebnis des statischen Screening-Spiels.

Insgesamt deuten die Ergebnisse dynamisierter Verhandlungsmodelle darauf hin, dass die Zugrundelegung von Ultimatum-Strukturen grundsätzlich geeignet ist, um Verhandlungssituationen mit einseitigen Informationsvorteilen zu formalisieren.

b. Verallgemeinerung der Informationsstruktur

In einer Reihe weiterer Arbeiten wird ferner die Annahme nur einseitiger Informationsvorsprünge gelockert. Schweizer (1989) analysiert ein Zweitypen-Modell in Form eines Ultimatum-Spiels mit dem Beklagten als Angebotssteller. Wie bereits Reinganum/Wilde gelangt auch Schweizer zu dem Ergebnis, dass lediglich das eindeutige Trenngleichgewicht die diversen Verfeinerungskriterien überlebt: Der Beklagte signalisiert seine private Information, nutzt das Signal gleichzeitig, um den Typ des Klägers zu screenen und es existiert eine positive Wahrscheinlichkeit für einen Prozess.³⁰

Daughety/Reinganum (1994) untersuchen ein zweiseitiges ASIV-Modell mit stetigen Typenräumen. Die private Information des Klägers betrifft die Höhe des Schadens, der Beklagte ist hingegen besser informiert über die Erfolgswahrscheinlichkeit des Klägers vor

³⁰ Das Gleichgewicht besitzt damit sowohl Merkmale eines Screening- als auch eines Signalling-Spiels.

Gericht. Analysiert werden wiederum Ultimatum-Spiele, wobei beide möglichen Zugreihenfolgen betrachtet werden. Die Ergebnisse stimmen weitgehend mit Schweizer (1989) überein: Bei beiden Entscheidungssequenzen kommt es zu Trenngleichgewichten, in denen die private Information des Angebotsstellers vollständig aufgedeckt wird, während auf Seiten des Empfängers ein partielles Pooling stattfindet. Dies bedeutet, die private Information derjenigen, die das Angebot ausschlagen und vor Gericht ziehen, wird aufgedeckt, wohingegen die Empfänger, die den Vorschlag akzeptieren, nicht exakt unterscheidbar sind.

Gong/McAfee (2000) modellieren den Rechtsstreit zwischen Kläger und Beklagtem als zweistufiges Spiel. In Stufe eins schlägt eine Partei³¹ einen take-it-or-leave-it-Vergleich vor. Falls der Vorschlag abgelehnt wird, findet in der zweiten Stufe ein „Investitionsspiel“ statt, in welchem die Streitparteien ihre Investitionshöhe festlegen müssen. Sowohl unter der ER als auch unter der AR kommt es im (Trenn-)Gleichgewicht nur dann zu Prozessen, wenn beide Parteien ein starkes Signal empfangen haben, d.h. die gleichgewichtige Prozesswahrscheinlichkeit ist unter beiden Systemen identisch. Im Falle eines Gerichtsprozesses führt die ER jedoch zu höheren Investitionen als die AR. Ferner stellen die Autoren fest, dass die ER die Verfolgung starker Fälle fördern und schwache Fälle eher abhalten sollte.

Im Ultimatum-Spiel von Chopard et al. (2010), mit dem Kläger als Forderungssteller, haben die Parteien - bei stetigen Typenräumen - private Information über ihre jeweiligen Prozesskosten. Es wird gezeigt, dass im Gleichgewicht jene Fälle mit den geringsten Prozesskosten gerichtlich entschieden werden, wohingegen bei hohen Kosten eher gütliche Einigungen stattfinden. Eindeutige Aussagen in Bezug auf die Relation der Prozesshäufigkeiten unter AR und ER können indes nicht abgeleitet werden.³²

c. Berücksichtigung von Risikoaversion

Bei Farmer/Pecorino (1994) kennt ein schlechter informierter Beklagter nur die relativen Häufigkeiten risikoneutraler und risikoaverser Kläger und unterbreitet auf Basis dieser

³¹ Es werden wiederum beide möglichen Zugreihenfolgen diskutiert.

³² In der reinen Screening-Version des Modells, bei welcher nur der Beklagte im Besitz privater Information ist, gelangen Chopard et al. (2010) dagegen zu dem Ergebnis, dass die AR zu mehr Prozessen und höheren Prozesskosten führt als die ER, was im Widerspruch zu herkömmlichen Befunden steht.

Informationsstruktur ein take-it-or-leave-it-Angebot zur außergerichtlichen Streitbeilegung.³³ Farmer/Pecorino gelangen zu dem vordergründig kontraintuitiven Ergebnis, dass die Prozesswahrscheinlichkeit mit dem Grad des Risikos ansteigt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass risikoaverse Kläger sich ohnehin, unabhängig von der Strategie des Beklagten, außergerichtlich vergleichen. Entscheidend ist daher, ob es für den Beklagten besser ist, solche Angebote zu stellen, welche nur bei Risikoaversion auf Zustimmung stoßen, oder aber Angebote, welche auch für risikoneutrale Kläger akzeptabel sind. Da mit steigender Unsicherheit die Zahlungsbereitschaft risikoaverser Kläger für die Vermeidung eines Prozesses steigt, wird erstgenannte Strategie bei zunehmendem Prozessrisiko c.p. attraktiver. Hieraus leitet sich ferner die Vermutung ab, dass die ER als grundsätzlich risikoträchtigerer Kostenregelung die Prozesswahrscheinlichkeit gegenüber der AR erhöhen sollte. Allerdings weisen die Autoren darauf hin, dass die ER das Portfolio weiterverfolgter Rechtsansprüche verändern und v.a. kleine Fälle mit hohen Erfolgswahrscheinlichkeiten gegenüber der AR fördern könnte. Weil diese Fälle aber weniger riskant sind, spricht der Effekt des veränderten Fallportfolios per se wiederum dafür, dass die ER Vergleiche begünstigt. Der Gesamteffekt der ER auf die Prozesswahrscheinlichkeit ist folglich insgesamt nicht eindeutig determinierbar.

d. Berücksichtigung von Agency-Problemen zwischen Rechtsanwalt und Mandant

Chen/Wang (2007) berücksichtigen mögliche Agency-Probleme in der Auftragsbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Ein per Quotenhonorar vergüteter Rechtsanwalt führt hier im Auftrag des Klägers den Rechtsstreit nach eigenem Ermessen. Seine Aufgaben bestehen im Einzelnen darin, a) im Falle der Mandatsübernahme einem - in Bezug auf die Schuldfrage - besser informierten Beklagten einen Vergleich vorzuschlagen, b) im Falle eines gescheiterten Vergleichs zu entscheiden, ob der Rechtsstreit vor Gericht ausgefochten werden soll und c) die Investitionshöhe in einem Gerichtsverfahren festzulegen. Die Autoren zeigen, dass a) die ER im Vergleich zur AR geringere Anreize zur Anspruchsverfolgung induziert, b) bei rechtsschiefer Schadensverteilung die Wahrscheinlichkeit für einen Vergleich unter der ER größer ist und c) dass die ER stärkere Investitionsanreize setzt.

³³ Die unterstellte Entscheidungssequenz hat hier entscheidenden Einfluss auf die Modellergebnisse. Wäre es der Kläger, der eine Vergleichsforderung auf take-it-or-leave-it-Basis stellen würde, könnte er vom Beklagten den erwarteten Richterspruch plus dessen Prozesskosten abschöpfen und kein Fall würde vor Gericht gelangen.

e. Zwischenfazit

Insgesamt lässt sich als gemeinsamer Nenner von Standard Litigation- und ASIV-Modellen festhalten, dass die Führung von Gerichtsprozessen auf unterschiedliche Einschätzungen des Prozessergebnisses zurückgeführt werden kann. Neben der theoretisch stringenteren Abbildung divergierender Erwartungen besteht der Hauptunterschied der ASIV-Modelle in der expliziten Modellierung des Verhandlungsprozesses und damit der endogenen Bestimmung von Vergleichshöhe und -wahrscheinlichkeit. Ein wesentlicher Kritikpunkt besteht jedoch in der letztlich beliebigen Modellierung sowohl in Bezug auf die Art privater Informationsvorteile als auch auf die Dynamik des Verhandlungsprozesses (Shavell, 2004, S. 410; Shavell, 1996). Gerade hinsichtlich der Steuerungseffekte unterschiedlicher Kostenregelungen sind die Ergebnisse aufgrund der Heterogenität der Modellierung regelmäßig nur schwer vergleichbar.

IV. Sonderformen prozesskostenrechtlicher Teilungsregeln

Neben den bisher diskutierten Grundregeln der AR und ER finden sich in der Praxis noch diverse Sonderformen prozesskostenrechtlicher Teilungsregeln, so vor allem „One-Way Fee Shifting“-Regelungen sowie das sog. „Offer-Based Fee Shifting“. Diese sollen zur Vollständigkeit in den nun folgenden Abschnitten kurz vorgestellt und diskutiert werden.

1. One-Way Fee Shifting

Ein One-Way Fee Shifting findet in diversen amerikanischen Rechtsgebieten Anwendung (Hylton, 1995, S. 428). Dieses kann prinzipiell in zwei Formen ausgestaltet werden: Unter der „Pro-Kläger Regel“ werden im Erfolgsfall des Klägers die Kosten beider Parteien auf den Beklagten verlagert. Verliert der Kläger den Prozess, werden die Kosten hingegen gemäß AR aufgeteilt. Bei der „Pro-Beklagten Regel“ verhält sich die „Beurteilung“ entsprechend umgekehrt.

Das One-Way Fee Shifting wurde in den USA letztlich als Kompromisslösung implementiert, da sich eine vollständige Adaption der ER, insbesondere aufgrund der befürchteten

Verschlechterung des Rechtszuganges, nicht durchsetzen konnte.³⁴ Während die reine Pro-Beklagten Regel in der Praxis kaum Anwendung findet (Olson, 1995, S. 553; Hicks, 1989, FN 105; Rowe, 1984, S. 141), existieren Pro-Kläger Regeln in den USA in diversen Bereichen der Produkthaftung und des öffentlichen Rechts, bei denen für gewöhnlich private Kläger gegen gewerbliche oder öffentliche Beklagte prozessieren (Gravelle, 1993; Krent, 1993; Percival/Miller, 1984). In diesen Konstellationen soll die Pro-Kläger Regel die prozessuale Waffengleichheit fördern und Anreize zur Verfolgung berechtigter Ansprüche liefern.

Die Ergebnisse von Shavell (1982, S. 74f.) bestätigen die Vermutung, dass die Pro-Kläger Regel den größten Anreiz zur Klageerhebung setzt. Unter der Annahme, dass sowohl die Erfolgseinschätzung als auch die Prozesskosten des Klägers die des Beklagten übersteigen, zeigt Shavell (1982, S. 77ff.) ferner, dass von der Pro-Kläger Regel stärkere (schwächere) Anreize zur Führung von Gerichtsprozessen ausgehen als von der AR (ER). Dies liegt daran, dass der effektive Streitwert, mit dessen Zunahme c.p. die Führung von Prozessen forciert wird, unter der Pro-Kläger Regel größer (geringer) als unter der AR (ER) ist. Auf Basis eines ASIV-Modells, welches zusätzlich den Einfluss der Kostenregelung auf die Anreize zur Rechtstreue berücksichtigt, zeigt Hylton (1993, S. 467f.) dagegen, dass die Pro-Kläger Regel die vergleichsweise geringsten Anreize zur Prozessführung setzt. Dies ist im Kern darauf zurückzuführen, dass von der Pro-Kläger Regel der größte Anreiz zu rechtskonformem Verhalten ausgeht, wodurch sich die subjektive Erfolgseinschätzung des Klägers verringert und dieser eher bereit ist, einen außergerichtlichen Vergleich zu akzeptieren (Hylton, 1993, S. 468).

2. Offer-Based Fee Shifting

Eine weiterer Spezialfall ist das sog. „Offer-Based Fee Shifting“. Dieses sieht eine mögliche Kostenverlagerung überhaupt nur dann vor, wenn zuvor eine außergerichtliche Streitbeilegung gescheitert ist. Die wohl bekannteste Anwendung dieses Systems ist das Offer of Judgment der Federal Rule of Civil Procedure 68 (Rule 68) im amerikanischen Rechtssystem (Bult, 2007; Sherman, 1998).³⁵ Dieses räumt dem Beklagten das Recht ein, dem Kläger vor Beginn des Gerichtsprozesses ein formelles Vergleichsangebot zur Beilegung

³⁴ Die potentielle Blockade des Rechtswegs durch die ER wird in den USA v.a. deshalb als problematisch erachtet, weil Prozesskostenhilfe und Rechtsschutzversicherungen nur sehr begrenzt zur Verfügung stehen (Rowe, 1998, S. 318; Vargo, 1993).

³⁵ Dennoch wird Rule 68 in der Praxis selten verwendet (Lewis/Eaton, 2006).

des Rechtsstreites zu unterbreiten. Lehnt der Kläger ab und erzielt vor Gericht ein Urteil, das nicht besser ist als das Angebot der Gegenseite, werden dem Kläger alle Kosten des Beklagten auferlegt,³⁶ die nach der Angebotsunterbreitung entstanden sind.³⁷ Maßnahmen wie das Offer of Judgment werden gemeinhin als Instrumente zur Förderung außergerichtlicher Vergleiche angesehen.³⁸ Prozesskosten und die Anzahl von Gerichtsprozessen sollen gesenkt werden, indem Beklagter und Kläger dazu angereizt werden, vernünftige Angebote zu unterbreiten bzw. zu akzeptieren.

Wird nun die AR um die Möglichkeit eines Offer of Judgment ergänzt, so folgt aus dem Standard Litigation Modell die folgende Vergleichsbedingung:

$$p_{Kh}G_h + p_{Kl}(G_l - c_B^n) - c_K - (1 - p_K)c_B^n < p_{Bh}G_h + p_{Bl}(G_l - c_B^n) + c_B - (1 - p_B)c_B^n \quad (22)$$

G_h = Gerichtsurteil überschreitet Offer of Judgment

G_l = Gerichtsurteil unterschreitet Offer of Judgment

p_{ih} = Belief der jeweiligen Partei, dass sich ein Gerichtsurteil G_h einstellt

p_{il} = Belief der jeweiligen Partei, dass sich ein Gerichtsurteil G_l einstellt (mit $p_{ih} + p_{il} = p_i$)

c_B^n = Post-Offer Kosten des Beklagten

Unter Berücksichtigung der jeweiligen Beliefs für ein im Vergleich zur Offerte höheres oder niedrigeres Gerichtsurteil sowie aller (evtl. auferlegten) Kosten muss die Mindestforderung des Klägers folglich wiederum geringer sein als die maximale Zahlungsbereitschaft des Beklagten. Nach einigen Umformungen lässt sich (22) alternativ schreiben als

$$(p_{Kh} - p_{Bh})G_h + (p_{Kl} - p_{Bl})G_l + (p_{Kh} - p_{Bh})c_B^n < (c_K + c_B). \quad (23)$$

Mit der obigen Notation lässt sich die notwendige Bedingung für das Zustandekommen eines Vergleichs unter der reinen AR andererseits angeben als:

$$(p_{Kh} - p_{Bh})G_h + (p_{Kl} - p_{Bl})G_l < (c_K + c_B). \quad (24)$$

³⁶ Sofern dies kein weiteres Gesetz explizit vorsieht, fallen Anwaltshonorare jedoch nicht unter diese Kosten (Gepp, 1986).

³⁷ Auch das englische Zivilprozessrecht statuiert mit dem sog. „Payment into Court“, welches ebenfalls einer bedingten Pro-Beklagten Regel entspricht, eine vergleichbare Regelung (Toran, 1986). Im deutschen Rechtssystem existiert hingegen kein Instrument, das dem Offer of Judgment gleicht. Es gibt lediglich Parallelen in der Auswirkung der Kostenteilung, wenn der Beklagte ein Teilanerkennnis abgibt (Leipold/Zuckerman, 1998, S. 38ff.).

³⁸ Nach Bone (2008) wurde Rule 68 dagegen vornehmlich aus Fairnessgründen eingeführt.

Es zeigt sich, dass die linke Seite von Ungleichung (23) gegenüber (24) um den Term $(p_{Kh} - p_{Bh})c_B^n$ erweitert ist. Die Auswirkung des Offer of Judgment auf die Vergleichsrate ist damit allerdings nicht unmittelbar evident. Priest (1982) argumentiert auf Basis empirischer Beobachtungen, dass die Klägerpartei in der Regel optimistischer eingestellt ist, d.h. $p_{Kh} > p_{Bh}$. Im Vergleich zur AR begünstigt ein Offer of Judgment dann jedoch eher Gerichtsprozesse, anstatt sie - wie intendiert - abzuhalten. Miller (1986) gelangt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die vergleichsfördernde Wirkung von Rule 68 nicht offensichtlich ist: Schätzt der Kläger die Wahrscheinlichkeit für die „Strafzahlung“ geringer (höher) ein als der Beklagte, werden Vergleiche eher abgehalten (gefördert).³⁹ Schließlich kann auch Spier (1994) auf Basis eines Modells mit asymmetrischer Informationsverteilung keinen eindeutigen Effekt von Rule 68 festmachen.

V. Empirische Befunde

Während die theoretische Literatur mittlerweile kaum noch überschaubar ist, existieren nur wenige empirische Untersuchungen zu den Auswirkungen unterschiedlicher Prozesskostenregelungen. Dies liegt im Wesentlichen darin begründet, dass sich die institutionellen Unterschiede zwischen verschiedenen Rechtssystemen eben nicht nur auf die Prozesskostenallokation beschränken. Länderübergreifende Vergleiche ergeben aus diesem Grund nur wenig Sinn. Idealerweise müsste die Kostenteilungsregel innerhalb eines Rechtssystems geändert und gleichartige Fälle vor und nach einem Regimewechsel untersucht werden, um Rückschlüsse auf die reinen Effekte der Kostenallokation ziehen zu können. Weltweit ergaben sich jedoch nur wenige Gelegenheiten, Daten unter diesen Idealbedingungen sammeln und im Rahmen ökonometrischer Studien auswerten zu können. Neben ökonometrischen Studien wurden daher eine Reihe weiterer Studien in Form von Befragungen und Experimenten durchgeführt, die im Folgenden näher abgegrenzt und beschrieben werden. Im letzten Unterabschnitt werden schließlich die Ergebnisse der referierten Studien dargestellt.

³⁹ Chung (1996) zeigt in diesem Kontext, dass der wesentliche Effekt von Rule 68 in einem Vermögenstransfer vom Kläger zum Beklagten besteht, ohne dass signifikante Anreize für einen Vergleich gesetzt würden.

1. Befragungen

Zunächst können Studien abgegrenzt werden, die anhand von Fragebögen oder Interviews mit relevanten Akteuren versuchen, die Auswirkungen des Fee Shifting zu erfassen. Kritzer (1984) führte etwa in Toronto Interviews mit leitenden Angestellten von Großkonzernen, Partnern von Großkanzleien sowie Justizangestellten durch. Di Pietro et al. (1995) befragten im Auftrag des *Alaska Judicial Council* Anwälte und Richter zu dem Einfluss von Civil Rule 82. Mit Rule 82 schreibt Alaska als einziger US-Bundesstaat eine Kostenallokation in Zivilprozessen gemäß ER vor. Shaphard (1995) schließlich befragt Rechtsanwälte, wie sich Rule 68 nach ihrer Einschätzung auf Vergleichsverhandlungen auswirkt.

2. Experimente

Darüber hinaus wurden Experimente durchgeführt, in denen das Verhalten von Probanden im Rahmen eines hypothetischen Falls analysiert wurde. So modellierten Coursey/Stanley (1988) einen Rechtsstreit, bei welchem Studierende die Rolle von Klägern und Beklagten einnahmen und paarweise über die Allokation von 100 Jetons verhandelten. Wurde eine Einigung über die Aufteilung erzielt, behielten die Parteien die vereinbarten Anteile. Geschah dies nicht, wurde die Allokation anhand einer zuvor bekanntgegebenen Verteilungsfunktion vorgenommen, wodurch eine Konfliktlösung durch streitigen Gerichtsentscheid abgebildet werden sollte. Bei Nichteinigung fielen zusätzlich Kosten an, die unter der AR jeweils 20 Jetons pro Partei betragen. Unter der ER musste der Kläger 40 Jetons bezahlen, falls ihm das Gerichtsurteil weniger als 50 Jetons zusprach; andernfalls musste der Beklagte diese Kosten übernehmen. Schließlich sah die Aufteilung unter einem Offer-Based Fee Shifting vor, dass der Kläger die Gesamtkosten übernehmen muss, wenn das Gerichtsurteil unterhalb des letzten Vergleichsangebots des Beklagten lag. Ansonsten wurden die Kosten gemäß AR aufgeteilt. Die Auswirkungen eines Offer-Based Fee Shifting wurden des Weiteren in den Experimenten von Main/Park (2002), Rowe/Anderson (1996a), Anderson/Rowe (1995) und Rowe/Vidmar (1988) analysiert.⁴⁰

3. Feldstudien

⁴⁰ Für eine Zusammenfassung der drei zuletzt genannten Studien siehe auch Anderson/Rowe (1996b).

Die ersten ökonomischen Untersuchungen von Eisenberg/Schwab (1987) und Schwab/Eisenberg (1988) widmeten sich den Auswirkungen der Pro-Kläger Regel, welche im Oktober 1976 in verschiedenen US-Bundesstaaten implementiert wurde. Auf Basis von Daten zwischen 1975 und 1984 konnte so die Anzahl an Rechtsstreitigkeiten, die Prozesshäufigkeit sowie die Klägererfolgsrate vor und nach Verabschiedung des neuen Gesetzes statistischen Tests unterzogen werden. Fournier/Zuehlke (1989) testeten, ob die aus der Theorie abgeleiteten Faktoren wie Risikoneigung oder Prozesskostenhöhe einen statistischen Beitrag zur Erklärung des Zustandekommens von außergerichtlichen Vergleichen leisten. Da ein Teil der ausgewählten Fälle unter der ER prozessiert wurde, testeten die Autoren zudem den Einfluss der Kostenregel auf die Vergleichswahrscheinlichkeit. Neben Befragungen wurden im Rahmen der o.g. Studie von Di Pietro et al. (1995) auch umfassende Daten zur Klageeinreichungsrate bei Zivilprozessen in Alaska erhoben. Diese Daten konnten allerdings lediglich für einen Vergleich mit Daten anderer US-Bundesstaaten genutzt werden, da im gesamten Beobachtungszeitraum in Alaska ausschließlich die ER zur Anwendung gelangte. Es bestand somit keinerlei Möglichkeit, vergleichbare Fälle ohne Fee Shifting als Kontrollgruppe in die Untersuchung aufzunehmen. Snyder/Hughes (1990) und Hughes/Snyder (1995) konnten erst- und auch einmalig einen Regimewechsel von der AR zur ER statistischen Tests unterziehen. Diese Studien konnten sich verschiedene Gesetzesänderungen im US-Bundesstaat Florida zunutze machen, durch welche die ER bei Arzthaftungsklagen im Zeitraum zwischen Juni 1980 und September 1985 zur Anwendung gelangte.⁴¹

4. Ergebnisse der empirischen Studien

a. Klageerhebung

Die Ergebnisse von Kritzer (1984, S. 135) zeigen, dass die befragte Anwaltschaft allgemein der Auffassung ist, dass ein Fee Shifting potentielle Kläger vorsichtiger und teilweise restriktiver bei der Klageerhebung werden lässt. Andererseits kann ebenfalls der klagefördernde Effekt bei optimistischen Anspruchsinhabern ein Stück weit bestätigt werden (Kritzer, 1984, S. 136). Die Anwälte machten zudem die Erfahrung, dass das Fee Shifting umso

⁴¹ Hauptantreiber für die Einführung der ER war seinerzeit die Florida Medical Association (FMA), die auf diese Weise der Erhebung ungerechtfertigter Klagen entgegenwirken wollte. Es war jedoch dieselbe FMA, auf deren Druck hin die Gesetzesänderung wieder revidiert wurde. Hierfür waren v.a. zwei unerwünschte Nebeneffekte verantwortlich: Zum einen verteuerte sich auf Beklagtenseite ein Unterliegen im Prozess, da Gerichte regelmäßig die vollständige Erstattung des anwaltlichen Erfolgshonorars anordneten. Infolge fehlender Zahlungsfähigkeit auf Klägerseite kamen auf der anderen Seite obsiegende Beklagte häufig zu keinerlei Kostenerstattung, so dass sich faktisch ein One-Way Fee Shifting einstellte (Snyder/Hughes, 1990, S. 355).

abschreckender auf die Klageerhebung wirkt, je größer das Verhältnis zwischen Kostenerstattungsanspruch und Streitwert ist. Ferner wurde beobachtet, dass private Mandanten aufgrund der relativ höheren Risikoaversion stärker abgeschreckt werden als gewerbliche (Kritzer, 1984, S. 134). Die von Di Pietro et al. (1995) befragten Anwälte identifizierten ebenfalls Risikopräferenz und Gewinneinschätzung des Mandanten sowie die Kosten/Streitwert-Relation als wesentliche Kriterien für den Einfluss des Fee Shifting. Aufgrund teilweise gegenläufiger Effekte war es Di Pietro et al. (1995, S. 100f.) jedoch nicht möglich, generelle Auswirkungen auf die Klageerhebung festzumachen. Snyder/Hughes (1990) untersuchten nicht explizit die Effekte des Fee Shifting auf die Klageerhebung, sondern vielmehr auf die Klagerücknahme. Sollte die ER Fälle mit geringen Erfolgsaussichten tatsächlich eher abhalten können, wäre aufgrund des akkurateren Filterprozesses eine geringere Klagerücknahmequote zu erwarten. Snyder/Hughes (1990, S. 361ff.) finden jedoch, dass sich die Wahrscheinlichkeit für eine Klagerücknahme um 10,5% unter der ER erhöht. Dies spricht nicht für eine akkuratere Fallfilterung zum Zeitpunkt der Klageerhebung, sondern deutet auf eine restriktivere Fallauslese im Verlauf eines anhängigen Rechtsstreits hin. Eine mögliche Erklärung hierfür ist, dass Ansprüche angesichts geringer Anlaufkosten zunächst ohne sorgfältige Prüfung erhoben werden und der Entschluss zur Klagerücknahme erst im Zuge der Aufdeckung weiterer - ungünstiger - Informationen gefasst wird (Snyder/Hughes, 1990, S. 377).

b. Vergleich vs. Prozess

In grundsätzlicher Übereinstimmung mit den Ergebnissen der theoretischen Literatur zeigen die Befragungen von Di Pietro et al. (1995), dass die wahrgenommenen Auswirkungen der ER auf die Anreize zur außergerichtlichen Streitbeilegung stark von den jeweiligen Eigenschaften des Falles und der Mandanten abhängig sind.⁴² Die befragte Anwaltschaft gab zudem an, dass in 63% ihrer letzten Fälle das Fee Shifting überhaupt keinen Einfluss auf die Vergleichsentscheidung hatte, v.a. weil die Höhe des Kostenerstattungsanspruches als zu niedrig erachtet wurde (Di Pietro et al., 1995, S. 108). Für die restlichen 37% der Fälle wird von einem überwiegend vergleichsfördernden Einfluss berichtet. Die Experimente von Coursey/Stanley (1988) ergaben, dass unter der ER insgesamt 30% mehr Vergleiche geschlossen werden als unter der AR. Dieser Effekt wird von den Autoren u. a. darauf zurückgeführt, dass sich im Gegensatz zu Shavells (1982) Modellannahmen die Probanden

⁴² Vgl. hierzu auch Kritzer (1984), dessen Beobachtungen mit denen aus der Alaska Studie weitgehend übereinstimmen.

nicht risikoneutral, sondern risikoavers verhielten (Coursey/Stanley, 1988, S. 175). Fournier/Zuehlke (1989) finden wiederum, dass die Vergleichswahrscheinlichkeit bei Geltung der ER sinkt, was in Einklang zu den Modellvorhersagen von Shavell steht. Snyder/Hughes (1990) stellen zwei gegenläufige Effekte fest, die durch ein Fee Shifting induziert werden. Zum einen beobachten sie einen Verhaltenseffekt, welcher suggeriert, dass optimistische Erwartungen der Parteien Effekte wie Risikoaversion oder höhere Prozessausgaben überwiegen und die Wahrscheinlichkeit für einen Gerichtsprozess erhöhen (Snyder/Hughes, 1990, S. 363). Zum anderen finden die Autoren einen Selektionseffekt, der die Auswahl der weiterverfolgten Fälle maßgeblich verändert und eine höhere Wahrscheinlichkeit für einen außergerichtlichen Vergleich bewirkt. So werden unter der ER überproportional solche Fälle zurückgezogen, deren Charakteristika eine streitige Konfliktlösung begünstigen. Da dieser Selektionseffekt den Verhaltenseffekt überwiegt, kommen Snyder/Hughes (1990, S. 366) insgesamt zu dem Ergebnis, dass die ER die Prozesswahrscheinlichkeit um 6,5% reduziert.

c. Prozessausgaben

Die Ergebnisse von Snyder/Hughes (1990, S. 370ff.) stützen ferner die aus der Theorie abgeleitete Vorhersage, dass die ER die Führung von Prozessen verteuert. Je nach Bereinigung der Datenbasis werden unter der ER im Vergleich zur AR 61,3% bis 108,1% höhere Ausgaben (auf Beklagtenseite) getätigt. Zudem ermitteln die Autoren einen Ausgabenanstieg zwischen 46,6% und 150,7% bei Fällen, die mit einem Vergleich enden.

d. Entschädigungshöhe

Im Rahmen der Alaska Studie berichteten Verteidiger, dass Vergleichsangebote unter der ER meist einen Aufschlag enthalten, der der Höhe der Kostenerstattung entspricht (Di Pietro et al., 1995, S. 110f.). Coursey/Stanley (1988, S. 171 ff.) finden jedoch, dass Kläger unter der ER vor allem dann nachteilige Vergleiche erhalten, wenn die Erfolgswahrscheinlichkeit gering ($<0,5$) ist. Da die Autoren keine Experimente mit höheren Erfolgswahrscheinlichkeiten des Klägers ($>0,5$) durchführten, kann indes die naheliegende Vermutung nicht verifiziert werden, dass bei einer höheren Erfolgswahrscheinlichkeit unter der ER c.p. vorteilhaftere Vergleiche für den Kläger entstehen. Die Ergebnisse von Hughes/Snyder (1995) zeigen aber, dass unter der ER mehr Fälle mit relativ höheren Erfolgswahrscheinlichkeiten ins Rechtssystem gelangen, da eine signifikant höhere Klägererfolgsquote vor Gericht gemessen

wurde. Ferner finden die Autoren deutlich höhere Entschädigungssummen bei Vergleichen (+30%) und Prozessen (+117%) als unter der AR. Dies könnte die These stützen, dass bei höheren Erfolgswahrscheinlichkeiten die Vergleichshöhe unter der ER relativ stärker ansteigt.

e. Offer-Based Fee Shifting

Wie oben dargelegt, wird das Offer-Based Fee Shifting als Instrument zur Förderung von Vergleichen angesehen. Während theoretische Untersuchungen diesen Effekt mehrheitlich kaum stützen können, deuten die Ergebnisse von Coursey/Stanley (1988, S. 174ff.), die unter Rule 68 39% mehr Vergleiche als unter der AR finden, tatsächlich eher auf einen vergleichsfördernden Effekt von Rule 68 hin. Im Rahmen der Befragung von Shaphard (1995) gaben immerhin 47% der Verteidiger an, dass unter Rule 68 mehr Fälle mit einem Vergleich enden. Die Ergebnisse von Rowe et al. (1988, 1995, 1996a) sprechen hingegen dafür, dass das Offer of Judgment allenfalls einen geringfügigen Effekt auf die Vergleichsrate ausübt. Auch Main/Park (2002, S. 188) können schließlich im Rahmen ihrer Experimente keinen statistisch signifikanten Unterschied zwischen den jeweiligen Vergleichsraten finden.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

„The literature on fee shifting is extensive, and virtually every page of it contains statements or predictions concerning the effects of one fee system or another on the economic behavior of litigants or classes of litigants” (Braeutigam et al., 1984, S. 173.).

Wie bereits Braeutigam et al. im Jahre 1984 konstatierten, existiert eine Vielzahl von Arbeiten, welche sich mit den Steuerungseffekten unterschiedlicher Kostenregelungen auseinandersetzen. Das Ziel dieses Beitrags bestand daher darin, einen instruktiven, aber zwangsläufig unvollständigen, Überblick über die Erkenntnisse dieses – seither freilich noch stetig weiterentwickelten – rechtsökonomischen Forschungszweigs zu bieten. Eine Würdigung dieser Befunde ist zumindest notwendige Voraussetzung für die fundierte Auseinandersetzung mit der Zweckmäßigkeit des zivilprozessrechtlichen Kostenrahmens. Insbesondere sollte der Frage nachgegangen werden, inwieweit einige populäre Thesen zu den vermeintlichen Steuerungswirkungen der deutschen Kostenregelung im Lichte theoretischer und empirischer Forschungsergebnisse aufrechterhalten werden können. Im Einzelnen: Ist die ER eher als andere Systeme in der Lage, Ansprüche mit geringen Erfolgswahrscheinlichkeiten aus dem Rechtssystem zu halten? Fördert die ER das

Zustandekommen außergerichtlicher Vergleiche? Und führt die ER im Vergleich zu alternativen Regelungen zu geringeren Ausgaben für die Beilegung zivilrechtlicher Konflikte? In Bezug auf die erste Frage scheinen modelltheoretische Vorhersagen die landläufige Einschätzung zu stützen, dass die ER ein geeignetes Mittel ist, um schwache Fälle aus dem Rechtssystem fernzuhalten. So weisen die Analysen überwiegend darauf hin, dass die ER Fälle mit vergleichsweise hohen Erfolgswahrscheinlichkeiten im Vergleich zur AR attraktiver macht und gleichzeitig eine Anspruchsverfolgung bei geringeren Erfolgsaussichten eher verhindert. Auch die Ergebnisse empirischer Untersuchungen bestärken diese Vermutung.

Die Frage nach dem Einfluss der ER auf die Anreize zur außergerichtlichen Streitbeilegung kann auf Basis modelltheoretischer Überlegungen kaum eindeutig beantwortet werden. Während die Ergebnisse der ASIV-Modelle von Bebchuk (1984) und Polinsky/Rubinfeld (1998) unter der ER eine geringere Vergleichswahrscheinlichkeit als unter der AR anzeigen, kommen Reinganum/Wilde (1986) und Gong/McAfee (2000) zu dem Ergebnis, dass die gleichgewichtige Vergleichswahrscheinlichkeit vollkommen unabhängig von der zugrundeliegenden Kostenteilungsregel ist. Farmer/Pecorino (1994) und Choparde et al. (2010) konstatieren wiederum, dass der Gesamteffekt auf die Vergleichswahrscheinlichkeit nicht determinierbar ist. Auch das Standard Litigation Modell lässt diesbezüglich keine eindeutigen Schlussfolgerungen zu. Unter der Annahme fixer Prozesskosten und hinreichendem Optimismus der Streitparteien ergibt sich grundsätzlich eine geringere Vergleichsrate unter der ER als unter der AR. Werden diese Annahmen gelockert, können sich die Ergebnisse indes auch hier umkehren. Snyder/Hughes (1990) finden in ihrer empirischen Untersuchung allerdings, dass unter der ER die Vergleichswahrscheinlichkeit höher als unter der AR ist, da ein vergleichsfördernder Selektionseffekt letztendlich den prozessfördernden Optimismuseffekt überkompensiert.

Eine weitreichende Übereinstimmung zwischen theoretischen Vorhersagen und empirischen Befunden herrscht in Bezug auf die Investitionsanreize unterschiedlicher Kostenregelungen. So zeigt sich, dass unter der ER im Vergleich zur AR ein höherer Anreiz besteht, Investitionen in die Führung des Rechtsstreits zu tätigen und sich die Führung von Prozessen verteuert. Unklar bleibt allerdings, ob die ER gegenüber der AR auch die *Gesamtausgaben* für die juristische Lösung zivilrechtlicher Streitigkeiten erhöht oder verringert. Denn selbst wenn die ER sowohl die Anzahl weiterverfolgter Ansprüche als auch die Anzahl von Fällen, die vor Gericht gelangen, reduzieren sollte, ist unklar, inwieweit diese Effekte den angesprochenen Effekt verteuerter Gerichtsprozesse kompensieren können.

Insgesamt machen die Ergebnisse rechtsökonomischer Untersuchungen deutlich, dass die faktischen Auswirkungen unterschiedlicher Kostenregelungen in weiten Teilen nur schwer oder kaum festzumachen sind. Theoretische Ansätze leiden unter der grundsätzlichen Schwierigkeit, dass die Aussagen sehr stark mit den zugrundeliegenden Annahmen variieren. Darüber hinaus sind die Möglichkeiten, die Steuerungswirkungen unterschiedlicher Kostensysteme empirisch zu untersuchen, stark eingeschränkt. Es bleibt zwar anzumerken, dass rechtspolitische Entscheidungen für oder gegen eine bestimmte Prozesskostenallokation nicht ausschließlich auf Basis von Kennziffern wie der Klagehäufigkeit, der Prozessrate oder anhand von Kostengrößen getroffen werden können. Eine wichtige Rolle spielen ebenfalls Maßgaben wie die Gewährleistung des Rechtszugangs oder auch Vorstellungen darüber, welche Form der Kostenteilung eher „gerecht“ ist. Gleichwohl sollten Aussagen über vermeintliche Steuerungseffekte des Kostenrechts sich der grundsätzlichen Prognoseschwierigkeiten bewusst sein und dies bei der Evaluierung des Status quo berücksichtigen.

Literatur

Adams, M. (2002), *Ökonomische Theorie des Rechts – Konzepte und Anwendungen*, Frankfurt am Main.

Anderson, D.A. und T.D. Rowe (1995), “Empirical Evidence on Settlement Devices: Does Rule 68 Encourage Settlement?”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 71, S. 519–545.

Ann, C. (2010), „Klägerfreundlichkeit im US-Zivilprozess – Gebotene Hilfe für den „kleinen Mann“ oder ungebremster Individualismus zu Lasten anderer?“ in: M. Gloe und V. Reinhardt (Hrsg.), *Politikwissenschaft und Politische Bildung*, Wiesbaden, S. 156-166.

Baetge, D. (2009), „Erfolgshonorare wirtschaftlich betrachtet - Eine ökonomische Analyse der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Zulässigkeit anwaltlicher Erfolgshonorare“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 73, S. 669-682.

Banks, J.S. und J. Sobel (1987), “Equilibrium Selection in Signaling Games”, *Econometrica*, Vol. 55, S. 647-661.

Baumgärtel, G. (1976), *Gleicher Zugang zum Recht für alle - Ein Grundproblem des Rechtsschutzes*, Köln.

Baye, M.R., D. Kovenock und C.G. de Vries (2005), “Comparative Analysis of Litigation Systems: An Auction-Theoretic Approach”, *Economic Journal*, Vol. 115, S. 583-601.

Bebchuk, L.A. (1984), “Litigation and Settlement under Imperfect Information”, *Rand Journal of Economics*, Vol. 15, S. 404-415.

Bebchuk, L.A. und H.F. Chang (1996), “An Analysis of Fee Shifting Based on the Margin of Victory: On Frivolous Suits, Meritorious Suits, and the Role of Rule 11”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 25, S. 371-403.

Bokelmann, E. (1973), „‘Rechtswegsperrre‘ durch Prozeßkosten“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Nr. 7, S. 164-171.

Bone, R.G. (2008), “To Encourage Settlement: Rule 68, Offers of Judgment, and the History of the Federal Rules of Civil Procedure”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 102, S. 1561-1622.

Bork, R., T. Eger und H.-B. Schäfer (Hrsg.) (2009), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts*, Tübingen.

Braeutigam, R., B. Owen und J. Panzar (1984), "An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 47, S. 173-185.

Breyer, M. (2006), *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses – Das deutsche, englische und amerikanische Prozesskostensystem im Vergleich*, Tübingen.

Bult, T.R. (2007), "Practical Use and Risky Consequences of Rule 68 Offers of Judgment", *Litigation*, Vol. 33, S. 26-30.

Chen, K.P. und J.S. Wang (2007), "Fee-Shifting Rules in Litigation with Contingency Fees", *Journal of Law, Economics and Organisation*, Vol. 23, S. 519-546.

Cheung, R. (1988), "A Bargaining Model of Pretrial Negotiation", Working Paper No. 49, John M. Olin Program in Law and Economics, Stanford Law School.

Cho, I.K. und D.M. Kreps (1987), "Signaling Games and Stable Equilibria", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 102, S. 179-221.

Chopard, B., T. Cortade und E. Langlais (2010), "Trial and Settlement Negotiations between Asymmetrically Skilled Parties", *International Review of Law and Economics*, Vol. 30, S. 18-27.

Chung, T.Y. (1996), "Settlement of Litigation under Rule 68: An Economic Analysis", *Journal of Legal Studies*, Vol. 25, S. 261.

Cooter, R.D., S. Marks und R. Mnookin (1982), "Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior", *Journal of Legal Studies*, Vol. 11, S. 225-251.

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

Coursey, D.L. und L.R. Stanley (1988), "Pretrial Bargaining Behavior within the Shadow of the Law: Theory and Experimental Evidence", *International Review of Law and Economics*, Vol. 8, S. 161-179.

Däubler, W. (1969), "Bürger ohne Rechtsschutz? Kostenrisiko und Grundgesetz", *BetriebsBerater*, Heft 13, S. 545-551.

Daughety, A.F. (2000), "Settlement", in: Bouckaert, B. und G. DeGeest (Hrsg.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Band 7, S. 95-158.

Daughety, A.F. und J.F. Reinganum (1994), "Settlement Negotiations with Two-Sided Asymmetric Information: Model Duality, Information Distribution, and Efficiency", *International Review of Law and Economics*, Vol. 14, S. 283-298.

Daughety, A.F. und J.F. Reinganum (2005), "Economic Theories of Settlement Bargaining", *Annual Review of Law and Social Sciences*, Vol. 1, S. 35-59.

Daughety, A.F. und J.F. Reinganum (1993), "Endogenous Sequencing in Models of Settlement and Litigation", *Journal of Law, Economics and Organisation*, Vol. 9, S. 314-348.

Dethloff, N. (2000), „Verträge zur Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung“, *Neue Juristische Wochenzeitschrift*, 53. Jg., S. 2225-2230.

Di Pietro, S. und T.W. Carns (1996), "Alaska's English Rule: Attorney's Fee Shifting in Civil Cases", *Alaska Law Review*, Vol. 13, S. 33-93.

Di Pietro, S., T.W. Carns und P. Kelley (1995), "Alaska's English Rule: Attorney's Fee Shifting in Civil Cases", <http://www.ajc.state.ak.us/reports/atyfee.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.03 2011).

Eisenberg, T. und S. Schwab (1987), "The Reality of Constitutional Tort Litigation", *Cornell Law Review*, Vol. 72, S. 641-695.

Farmer, A. und P. Pecorino (1994), "Pretrial Negotiations with Asymmetric Information on Risk Preferences", *International Review of Law and Economics*, Vol. 14, S. 273-281.

Fechner, E. (1969), „Kostenrisiko und Rechtswegsperre – Steht der Rechtsweg offen?“, *Juristenzeitung*, 24. Jg., S. 349-354.

Fiss, O.M. (1984), "Against Settlement", *Yale Law Journal*, Vol. 93, S. 1073-1090.

Fournier, G.M. und T.W. Zuehlke (1989), "Litigation and Settlement: An Empirical Approach", *Review of Economics and Statistics*, Vol. 71, S. 189-195.

Galanter, M. und M. Cahill (1994), "Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements", *Stanford Law Review*, Vol. 46, S. 1339-1391.

Gepp, R.C. (1986), "Offers of Judgment in Civil Rights Actions: Analysis and Strategy", *Labor Law Journal*, Vol. 37, S. 187-192.

Gong, J. und R.P. McAfee (2000), "Pretrial Negotiation, Litigation, and Procedural Rules", *Economic Inquiry*, Vol. 38, S. 218-238.

Gould, J.P. (1973), "The Economics of Legal Conflicts", *Journal of Legal Studies*, Vol. 2, S. 279-300.

Gravelle, H.S.E. (1993), "The Efficiency Implications of Cost-Shifting Rules", *International Review of Law and Economics*, Vol. 13, S. 3-18.

Grunsky, W. (1976), *Empfehlen sich im Interesse einer effektiven Rechtsverwirklichung für alle Bürger Änderungen des Systems des Kosten- und Gebührenrechts? - Gutachten A für den einundfünfzigsten Deutschen Juristentag*, München.

Guthrie, C. (2000), "Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 67, S. 163-216.

Hause, J.C. (1989), "Indemnity, Settlement, and Litigation, or I'll Be Suing You", *Journal of Legal Studies*, Vol. 18, S. 157-179.

Hay, B. und K. Spier (1997), "Litigation and Settlement", Discussion Paper No. 218, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Harvard Law School.

Hicks, G.A. (1989), "Statutory Damage Caps Are an Incomplete Reform: A Proposal for Attorney Fee Shifting in Tort Actions", *Los Angeles Law Review*, Vol. 49, S. 763-801.

Hughes, J.W. und E.A. Snyder (1995), "Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence", *Journal of Law and Economics*, Vol. 38, S. 225-250.

Hyde, C.E. und P.L. Williams (2002), "Necessary Costs and Expenditure Incentives under the English Rule", *International Review of Law and Economics*, Vol. 22, S. 133-152.

Hylton, K.N. (1993), "Litigation Cost Allocation Rules and Compliance with the Negligence Standard", *Journal of Legal Studies*, Vol. 22, S. 457-476.

Hylton, K.N. (1995), "Fee Shifting and Predictability of Law", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 71, S. 427-456.

Katz, A.W. (1987), "Measuring the Demand for Litigation: Is the English Rule Really Cheaper?", *Journal of Law, Economics and Organisation*, Vol. 3, S. 143-176.

Katz, A.W. (2000), "Indemnity of Legal Fees", in: B. Bouckaert und G. DeGeest (Hrsg.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Band 7, S. 63-94.

Korobkin, R. und C. Guthrie (1994), "Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach", *Michigan Law Review*, Vol. 93, S. 107-192.

Krent, H.J. (1993), "Explaining One-Way Fee Shifting", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 79, S. 2039-2089.

Kritzer, H.M. (1984), "Fee Arrangements and Fee Shifting: Lesson from the Experience in Ontario", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 47, S. 125-138.

Landes, W.M. (1971), "An Economic Analysis of the Courts", *Journal of Law and Economics*, Vol. 14, S. 61-107.

Leipold, D. und A. Zuckerman (1998), *Vereinfachung und Beschleunigung des Rechtsschutzes durch summarische Verfahren*, Köln.

Leubsdorf, J. (1984), "Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 47, S. 9-36.

Lewis, H.S. und T.A. Eaton (2006), "Of Offers Not (Frequently) Made and (Rarely) Accepted: The Mystery of Federal Rule 68", *Mercer Law Review*, Vol. 57, S. 723-741.

Main, B.G. und A. Park (2002), "The Impact of Defendant Offers into Court on Negotiation in the Shadow of the Law: Experimental Evidence", *International Review of Law and Economics*, Vol. 22, S. 177-192.

Miller, G.P. (1986), "An Economic Analysis of Rule 68", *Journal of Legal Studies*, Vol. 15, S. 93-125.

Mnookin, R.H. (1993), "Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 8, S. 235-249.

Olson, S.M. (1995), "How Much Access to Justice From State 'Equal Access to Justice Acts'?", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 71, S. 547-582.

Osborne, E. (1999), "Who Should Be Worried About Asymmetric Information in Litigation?", *International Review of Law and Economics*, Vol. 19, S. 399-409.

Pawlowski, H.M. (1975), "Zur Funktion der Prozeßkosten", *Juristenzeitung*, Vol. 30, S. 197-202.

Percival, R.V. und G.P. Miller (1984), "The Role of Attorney Fee Shifting in Public Interest Litigation", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 47, S. 233-247.

Pfennigstorf, W. (1984), "The European Experience with Attorney Fee Shifting", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 47, S. 37-124.

P'ng, I. (1983), "Strategic Behavior in Suit, Settlement, and Trial", *Bell Journal of Economics*, Vol. 14, S. 539-550.

Polinsky, A.M. und D.L. Rubinfeld (1988), "The Welfare Implications of Costly Litigation for the Level of Liability", *Journal of Legal Studies*, Vol. 17, S. 151-164.

Polinsky, A.M. und D.L. Rubinfeld (1998), "Does the English Rule Discourage Low-Probability-of-Prevailing Plaintiffs?", *Journal of Legal Studies*, Vol. 27, S. 519-535.

Posner, R.A. (1973), "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration", *Journal of Legal Studies*, Vol. 2, S. 399-458.

Priest, G.L. (1982), "Regulating the Content and Volume of Litigation", *Supreme Court Economic Review*, Vol. 1, S. 163-184.

Priest, G.L. und B. Klein (1984), "The Selection of Disputes for Litigation", *Journal of Legal Studies*, Vol. 13, S. 1-55.

Reinganum, J. und L.L. Wilde (1986), "Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs", *RAND Journal of Economics*, Vol. 17, S. 557-566.

Riehl, J. (2003), *Prozesskosten und die Inanspruchnahme der Rechtspflege: Eine ökonomische Analyse des Rechtsverhaltens*, Berlin.

- Rowe, T.D. (1984), "Predicting the Effects of Attorney Fee Shifting", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 47, S. 139-171.
- Rowe, T.D. (1998), "Indemnity or Compensation? The Contract with America, Loser-Pays Attorney Fee Shifting, and a One-Way Alternative", *Washburn Law Journal*, S. 317-344.
- Rowe, T.D. und D.A. Anderson (1996a), "One-Way Fee Shifting Statutes and Offer of Judgement Rules: An Experiment", *Jurimetrics*, Vol. 36, S. 255-273.
- Rowe, T.D. und D.A. Anderson (1996b), "Empirical Research on the Success of Settlement Devices", in: D.A. Anderson (Hrsg.), *Dispute Resolution: Bridging the Settlement Gap*.
- Rowe, T.D. und N. Vidmar (1988), "Empirical Research on Offers of Settlement: A Preliminary Report", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 51, S. 13-40.
- Rubinstein, A. (1982), "Perfect Equilibrium in a Bargaining Model", *Econometrica*, Vol. 50, S. 97-109.
- Rubinstein, A. (1985), "A Bargaining Model with Incomplete Information about Time Preferences", *Econometrica*, Vol. 53, S. 1151-1172.
- Salant, W. und G. Rest (1982), "Litigation of Questioned Settlement Claims: A Bayesian Nash-Equilibrium Approach", Rand Corporation Discussion Paper 6809.
- Samuelson, W. (1982), "Negotiation versus Litigation", School of Management Working Paper 49/82.
- Schepens, T. (2007): "Bridging the Funding Gap – The Economics of Cost Shifting, Fee Arrangements and Legal Expenses Insurance and Their Prospects for Improving the Access to Civil Justice", German Working Papers in Law and Economics, Article 1.
- Schmidtchen, D. und S. Weth (Hrsg.) (1999), *Der Effizienz auf der Spur: Die Funktionsfähigkeit der Justiz im Lichte der ökonomischen Analyse des Rechts*, Baden-Baden.
- Schwab, S. und T. Eisenberg (1988), "Explaining Constitutional Tort Litigation: The Influence of the Attorney Fees Statute and the Government as Defendant", *Cornell Law Review*, Vol. 73, S. 719-784.

Schweizer, U. (1989), "Litigation and Settlement under Two-Sided Incomplete Information", *Review of Economic Studies*, Vol. 56, S. 163-177.

Shaphard, J.E. (1995), *Likely Consequences of Amendments to Rule 68*, Federal Judicial Center, Washington D. C.

Shavell, S. (1982), "Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs", *Journal of Legal Studies*, Vol. 11, S. 55-82.

Shavell, S. (1996), "Any Frequency of Plaintiff Victory at Trial is Possible", *Journal of Legal Studies*, Vol. 25, S. 493-501.

Shavell, S. (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge und London.

Sherman, E.F. (1998), "From 'Loser Pays' to Modified Offer of Judgment Rules: Reconciling Incentives to Settle with Access to Justice", *Texas Law Review*, Vol. 76, S. 1863-1896.

Sieg, H. (2000), "Estimating a Bargaining Model with Asymmetric Information: Evidence from Medical Malpractice Disputes", *Journal of Political Economy*, Vol. 108, S. 1006-1021.

Snyder, E.A. und J.W. Hughes (1990), "The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory", *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 6, S. 345-380.

Spier, K.E. (1992), "The Dynamics of Pretrial Negotiation", *Review of Economic Studies*, Vol. 59, S. 93-108.

Spier, K.E. (1994), "Pretrial Bargaining and the Design of Fee-Shifting Rules", *RAND Journal of Economics*, Vol. 25, S. 197-214.

Toran, J. (1986), "Settlement, Sanctions, and Attorney Fees: Comparing English Payment into Court and Proposed Rule 68", *American University Law Review*, Vol. 35, S. 301-338.

Vargo, J.F. (1993), "The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access To Justice", *American University Law Review*, Vol. 42, S. 1567-1636.

Waldfogel, J. (1998), "Reconciling Asymmetric Information and Divergent Expectations Theories of Litigation", *Journal of Law and Economics*, Vol. 41, S. 451-476.

Wang, G.H., J.Y. Kim und J.G. Yi (1994), "Litigation and Pretrial Negotiation under Incomplete Information", *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 10, S. 187-200.

Wasilewski, R. (1990), *Streitverhütung durch Rechtsanwälte - Empirische Untersuchung von Umfang, Struktur und Bedingungen außergerichtlicher Beilegung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch Rechtsanwälte*, Köln.

Williams, G.R. (1983), *Legal Negotiation and Settlement*, St. Paul, Minnesota.

Wilson, M.J. (2005), "Failed Attempt to Undermine the Third Wave: Attorney Fee Shifting Movement in Japan", *Emory International Law Review*, Vol. 19, S. 1457-1488.