

§ 9 Darstellungseffekt (*framing*)

I. Der Darstellungseffekt im Recht

240 Gerichts- und Schiedsverfahren bilden einen natürlichen Rahmen, um finanzielle Aussichten als Gewinne oder Verluste darzustellen. In den meisten Fällen zivilrechtlicher Klagen hat die Klägerin die Wahl, entweder eine gewisse Summe als Vergleich zu akzeptieren oder den Prozess fortzuführen in der Hoffnung, durch ein Urteil mehr zu erhalten. Die Beklagte hingegen wählt zwischen der Alternative, mit Sicherheit einen gewissen Betrag zur sofortigen Erledigung des Streites zu bezahlen und der Chance, zu einer geringeren oder gar keiner Zahlung verurteilt zu werden. Kläger wählen daher zwischen Optionen, die – immer verglichen mit dem Status quo – Gewinne darstellen, während Beklagte zwischen Optionen wählen, die Verluste repräsentieren.⁴⁵⁶ Die Prospect Theory sagt daher voraus, dass Kläger eher den Vergleich – die risikolose Wahl – vorziehen, während Beklagte die Fortführung des Verfahrens, also die riskante Option, wählen (siehe vorne, S. 75 ff.).

A. Laborexperimente

- 241 JEFFREY RACHLINSKI hat diese Voraussage der Prospect Theory in einem einfachen Laborexperiment mit Studierenden überprüft.⁴⁵⁷ Die Hälfte seiner Versuchspersonen – die Kläger – hatte die Wahl, entweder einen Vergleich über \$ 200'000 zu akzeptieren oder den Prozess weiterzuführen und mit einer Wahrscheinlichkeit von 50% \$ 400'000 zu gewinnen. Die andere Hälfte – die Beklagten – hatten die Wahl, für die vergleichsweise Erledigung des Falles \$ 200'000 zu bezahlen oder ein Risiko von 50 % einzugehen, bei Weiterführung des Prozess zur Bezahlung von \$ 400'000 verurteilt zu werden. 77 % der Kläger, aber nur 31 % der Beklagten, wählten den Vergleich, obwohl in beiden Fällen der erwartete Wert der Alternativen identisch ist.⁴⁵⁸
- 242 Weitere Laborexperimente mit komplexeren Sachverhalten bestätigen, dass Beklagte regelmässig risikogeneigt sind, also den Prozess wählen, während Kläger den Vergleich vorziehen.⁴⁵⁹ Ein Experiment von LINDA BABCOCK und Kolleginnen zeigt zudem, dass auch Prozessanwälte mit durchschnittlich zwölf Jahren Berufserfahrung dem Darstellungseffekt unterliegen.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ RACHLINSKI, FN 219, 118 f.

⁴⁵⁷ RACHLINSKI, FN 219, 128.

⁴⁵⁸ RACHLINSKI, a.a.O.

⁴⁵⁹ RUSSEL KOROBKIN/CHRIS GUTHRIE, Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach, Michigan Law Review 1994, 107-192, 133 ff.; RACHLINSKI, FN 219, 136 f.

⁴⁶⁰ LINDA BABCOCK/HENRY S. FARBER/CYNTHIA FOBIAN/ELDAR SHAFIR, Forming Beliefs About Adjudicated Outcomes: Perceptions of Risk and Reservation Values, International Review of Law and Economics 1995, 289-303, 296 f.

B. Feldstudien

- 243 Verhalten sich Beklagte auch ausserhalb des Labors – zu ihrem finanziellen Schaden – risikogeneigt? Die Daten von zwei amerikanischen Feldstudien legen diesen Schluss nahe.
- 244 Gemäss dem ökonomischen Modell des Prozessverhaltens ist davon auszugehen, dass Kläger und Beklagte je in der Hälfte der Fälle, die bis zum Urteil durchprozessiert werden, obsiegen.⁴⁶¹ Der Kläger akzeptiert vergleichsweise eine Summe, die der entspricht, die er sich bei positivem Ausgang des Prozesses erhofft, abzüglich der Kosten der Prozessführung.⁴⁶² Der Beklagte andererseits offeriert vergleichsweise eine Summe, die der entspricht, zu der er im schlechtesten Fall verurteilt würde, zuzüglich der Kosten der Prozessführung. Das Vergleichsangebot hängt in diesem Modell also entscheidend von der Einschätzung der Prozesschancen durch die Parteien ab. Da die Kosten des Prozesses zur Bezahlung des Beklagten addiert und von der dem Kläger zugesprochenen Summe subtrahiert werden, gibt es in den allermeisten Fällen eine Zone, innerhalb der beide Parteien besser fahren, wenn sie sich vergleichen. Die Fälle, die bis zum Urteil durchprozessiert werden, sind diejenigen Fälle, in denen eine Partei das zu erwartende Urteil falsch eingeschätzt hat – mit anderen Worten werden in der Regel nur die schwierigen Streitigkeiten, deren Ausgang kaum prognostizierbar ist, bis zum bitteren Ende ausgefochten.⁴⁶³ Unter den Annahmen, dass beide Parteien risikoneutral sind, über die gleichen Informationen verfügen und gleich kompetent vertreten sind, müsste sich in 50 % der Fälle der Kläger verschätzen, in den anderen 50 % der Beklagte. Daher impliziert die Selektions-Hypothese – dass nur die schwierigen Fälle durchprozessiert werden – eine 50 %ige Chance des Obsiegens für jede Partei.⁴⁶⁴
- 245 Diese Vorhersage des ökonomischen Modells von PRIEST/KLEIN lässt sich empirisch überprüfen. SAMUEL R. GROSS und KENT D. SYVERUD unternahmen diesen Versuch, basierend auf Daten von 529 Fällen, die von kalifornischen Geschworenengerichten entschieden wurden.⁴⁶⁵ Auf den ersten Blick schienen die aggregierten Daten die Hypothese des ökonomischen Modells zu bestätigen: in 51,4 % der Fälle gewann der Kläger, in 48,6 % der Beklagte.⁴⁶⁶ Aber nicht jedes Mal, wenn dem Kläger eine geringe Summe zugesprochen wird, kann er ernsthaft als erfolgreich bezeichnet werden: die durch das Urteil zugesprochene Summe muss zumindest über dem letzten Vergleichsangebot des Beklagten liegen, ansonsten war der (erhebliche) Aufwand für den Prozess vergeblich.

⁴⁶¹ GEORGE L. PRIEST/BENJAMIN KLEIN, The Selection of Disputes for Litigation, *Journal of Legal Studies* 1984, 1-55.

⁴⁶² Gemäss amerikanischem Zivilprozessrecht werden die Prozesskosten in der Regel auch bei Obsiegen nicht erstattet. Da die Parteientschädigung gemäss Anwaltsstarif in der Schweiz zumindest bei geringen bis mittleren Streitwerten die tatsächlichen Anwaltskosten nicht deckt, ist das Modell von PRIEST/KLEIN durchaus geeignet, auch schweizerische Prozesse zu modellieren.

⁴⁶³ PRIEST/KLEIN, FN 461, 13.

⁴⁶⁴ PRIEST/KLEIN, FN 461, 5.

⁴⁶⁵ SAMUEL R. GROSS/KENT D. SYVERUD, Getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial, *Michigan Law Review* 1991, 319-393. Die Daten stammen aus *Jury Verdict Weekly*; *Jury Verdict Weekly* erfasst rund 90% aller Geschworenengerichtsurteile in Kalifornien, siehe GROSS/SYVERUD, 332.

⁴⁶⁶ GROSS/SYVERUD, FN 465, 333.

Besonderer Teil

GROSS/SYVERUD nahmen als Massstab daher die durch das Urteil zugesprochene Summe abzüglich des letzten Angebots des Beklagten. Würden sich die Beklagten risikoneutral verhalten, müsste die durch Urteil zugesprochene Summe mal über, mal unter dem letzten Vergleichsangebot der Beklagten liegen; die Masszahl folglich im Durchschnitt bei null liegen.⁴⁶⁷

- 246 Die den Klägern zugesprochene Summe lag aber in allen Fällen, in denen entsprechende Daten erhoben werden konnten, über Null,⁴⁶⁸ das von den Beklagten gemachte Vergleichsangebot war mit anderen Worten ungenügend. Dieses Resultat lässt sich durch den Darstellungseffekt erklären.⁴⁶⁹ Wenn Beklagte risikogeneigt sind, dann sind sie an einer vergleichweisen Beilegung des Streites weniger interessiert und werden Vergleichsangebote machen, die unter dem erwarteten Wert des Urteils liegen.⁴⁷⁰
- 247 Für die Situation in der Schweiz besonders interessant ist, dass in Handelssachen, wo auch in den USA beide Parteien in der Regel ihre Anwälte nach Aufwand entschädigen und selber bezahlen müssen, der Vorteil der Kläger besonders gross war.⁴⁷¹ Die Kläger in Handelssachen bekamen in 80% der Fälle mehr zugesprochen als das letzte Vergleichsangebot des Beklagten.⁴⁷² Die Kläger verlangten oft weniger, als ihnen schlussendlich zugesprochen wurde, und die Beklagten boten häufig gar nichts an, um den Prozess durch Vergleich zu erledigen. GROSS/SYVERUD schreiben dies der Tatsache zu, dass der Kläger in Handelssachen sehr viel eigenes Geld investieren muss, ehe er zu einem Urteil kommt. Beklagte, die dies wissen, spekulieren damit, dass der Kläger dieses Geld nicht aufbringen wird. Wenn der Kläger aber bereit und fähig ist, das Geld aufzuwerfen, dann hat er in der Regel einen sehr guten *case*, und gewinnt entsprechend in 80 % der Fälle.⁴⁷³
- 248 In einer weiteren Feldstudie analysiert RACHLINSKI 656 ebenfalls von kalifornischen Gerichten entschiedene Fälle.⁴⁷⁴ Auch er vergleicht die letzten Vergleichsangebote von Kläger und Beklagten mit den letztlich zugesprochenen Summen. Ihre Risikoneigung kommt die Beklagten teuer zu stehen, wenn der Streit durch Urteil entschieden wird. In den von RACHLINSKI analysierten Zivilstreitigkeiten wären die Beklagten im Schnitt \$ 66'106 besser gefahren, wenn sie sich verglichen hätten, während die Kläger vom Urteil im gleichen Umfang profitierten.⁴⁷⁵ Dies gilt auch dann, wenn beide Parteien juristische Personen sind (die sich theoretisch rationaler verhalten sollten). Die unterlassene Einigung

⁴⁶⁷ Genau genommen sogar unter Null; denn letztes Angebot des Beklagten = erwarteter Prozessausgang + Prozesskosten. Da die Prozesskosten nicht zugesprochen werden, müsste der Prozessausgang im Schnitt *tiefer* sein als das letzte Angebot des Beklagten.

⁴⁶⁸ GROSS/SYVERUD, FN 465, 354 (für Personenschäden), 357 (für Verkehrsunfälle), 369 (für Handelssachen), 374 f. (für Arbeitsstreitigkeiten).

⁴⁶⁹ GROSS/SYVERUD, FN 465, 371, schreiben es der (fehlgeschlagenen) Verhandlungsstrategie der Beklagten zu.

⁴⁷⁰ RACHLINSKI, FN 219, 150.

⁴⁷¹ In *personal injury cases* wird hingegen meist ein Erfolgshonorar vereinbart, was zu anderen Anreizen für strategisches Verhandeln führt.

⁴⁷² GROSS/SYVERUD, FN 465, 367.

⁴⁷³ GROSS/SYVERUD, FN 465, 370.

⁴⁷⁴ RACHLINSKI, FN 219, 152 ff.

⁴⁷⁵ RACHLINSKI, FN 219, 155.

kostete die beklagten juristischen Personen im Schnitt \$ 550'282 pro Streitfall – ohne Anwaltskosten.⁴⁷⁶

- 249 Auch in der Schweiz gewinnt der Kläger weit häufiger als der Beklagte. Im Kanton Bern obsiegte der Kläger in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten im Jahr 2003 in 48 von 69 durch Urteil entschiedenen Fällen vollständig (69 %), in weiteren 14 Fällen wurde teilweise zugunsten des Klägers entschieden, und nur in sieben Fällen vollständig zugunsten des Beklagten.⁴⁷⁷ Die aargauischen Bezirksgerichte haben 2002 von 375 durch Urteil entschiedenen Zivilsachen 238 vollständig gutgeheissen (63 %), 74 teilweise gutgeheissen und nur 63 vollständig abgewiesen.⁴⁷⁸ Im Kanton Graubünden haben die Zivilkammern der Bezirksgerichte im Geschäftsjahr 2003 von 170 durch Urteil erledigten Klagen 80 gutgeheissen, weitere 36 teilweise gutgeheissen und 52 abgewiesen.⁴⁷⁹ Auch Klagen vor Handelsgericht – wo Kläger wie Beklagte in der Regel juristische Personen sind – werden häufiger gutgeheissen als abgewiesen. Am Handelsgericht Aargau wurden 2002 von 64 durch Urteil entschiedenen Klagen 27 vollständig und weitere 23 teilweise gutgeheissen (78 %), aber nur 14 abgewiesen.⁴⁸⁰ Die 50:50 Hypothese des klassischen ökonomischen Modells lässt sich auch in der Schweiz nicht belegen.
- 250 Die tatsächlichen Daten stimmen jedoch gut mit den Voraussagen der Prospect Theory überein. Die Kläger, weil sie risikoscheu sind, sind zu schnell bereit, den Streit vergleichsweise zu erledigen, während Beklagte wegen ihrer Risikobereitschaft selbst dann auf einem Urteil bestehen, wenn die voraussichtlich durch das Urteil zugesprochene Summe über dem Vergleichsangebot der Gegenseite liegt. Kläger sollten daher ermutigt werden, weniger nachgiebig zu sein, während Beklagten verstärkt zu einem Vergleich zu raten ist.⁴⁸¹

II. Unterliegen auch Richter dem Darstellungseffekt?

- 251 Die meisten Zivilverfahren werden in der Schweiz nicht durch Urteil, sondern durch Vergleich erledigt. Am Arbeitsgericht Zürich wurden 2003 von 1'205 Verfahren 916 durch Vergleich, Anerkennung oder Rückzug erledigt (76 %); durch Urteil wurden nur 219 (18

⁴⁷⁶ RACHLINSKI, FN 219, 157. Diese Verluste im Urteilsfall werden wahrscheinlich kompensiert durch Gewinne der Beklagten in den verglichenen Fällen, weil die Kläger wegen ihrer Risikoscheu zu tiefe Vergleichsangebote akzeptieren, siehe GROSS/SYVERUD, FN 465, 371. Wegen der fehlenden empirischen Daten über verglichene Fälle ist es nicht möglich, diese Annahme zu überprüfen.

⁴⁷⁷ Verwaltungsbericht des Obergerichts des Kantons Bern, Statistiken 2003 der Untersuchungsrichterämter und der Gerichtskreise, Tafel IV (erhältlich unter www.be.ch/OG/ -> Publikationen; besucht am 29. Januar 2005).

⁴⁷⁸ Obergericht des Kantons Aargau, Rechenschaftsbericht Justizbehörden 2001/2002, Anhang 3, S. 7 (erhältlich unter www.ag.ch/obergericht/de/pub/angebote/rechenschaftsberichte.htm; besucht am 29. Januar 2005). Diese Zahlen sind möglicherweise durch den hohen Anteil an Scheidungssachen (die in der Regel gutgeheissen werden), verzerrt.

⁴⁷⁹ Jahresbericht 2003 des Kantonsgerichts Graubündens, Tabelle 7b 1 (erhältlich unter www.kg-gr.ch/ -> Aktuelles/Infos; besucht am 29. Januar 2005). Die Zahlen für das Vorjahr sind sehr ähnlich: 154 durch Urteil erledigte Verfahren, davon 71 vollständige Guttheissung, 44 Teilguttheissung, 37 Abweisung.

⁴⁸⁰ Obergericht des Kantons Aargau, FN 478, Anhang 1, S. 11.

⁴⁸¹ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20, 798.

Besonderer Teil

%) entschieden.⁴⁸² Für das Handelsgericht Zürich, wo praxisgemäss nach dem ersten Schriftenwechsel eine Vergleichsverhandlung unter Vorsitz des Instruktionsrichters durchgeführt wird, sind die Zahlen ähnlich.⁴⁸³ URS EGLI kommt in seiner Dissertation zum Schluss, dass im Kanton Zürich rund 70-80 % aller vergleichsfähigen – d.h. der Dispositionsmaxime unterstehenden – Verfahren durch Vergleich erledigt werden.⁴⁸⁴

- 252 In vielen Kantonen sind Vergleichsverhandlungen unter Leitung des Instruktionsrichters üblich. Der Richter kann dabei, wie praktische Erfahrung und wissenschaftliche Studien⁴⁸⁵ belegen, die Parteien erheblich beeinflussen. Wenn Richter dem gleichen Darstellungseffekt wie die Parteien unterliegen, dann fordern sie möglicherweise die Kläger auf, weniger zu akzeptieren, als angemessen wäre, und üben andererseits nicht genügend Druck auf den Beklagten aus, ein angemessenes Vergleichsangebot zu machen.⁴⁸⁶

A. Amerikanische Studie von Guthrie und Kollegen

- 253 CHRIS GUTHRIE und Kollegen haben deshalb untersucht, ob amerikanische *Magistrate Court Judges* ebenfalls dem Darstellungseffekt unterliegen. Sie legten 163 Richtern einen fiktiven Fall zur Beurteilung vor, bei dem sich zwei Firmen darum stritten, ob die eine die Urheberrechte der anderen verletzt habe. Rechtlich sei der Fall einfach, aber es stellten sich schwierige Beweisfragen, und zurzeit liesse sich nur sagen, dass eine Chance von 50 % bestehe, dass der Kläger gewinne und die eingeklagten \$ 200'000 erhalte. Verliere er, bekomme er nichts. Die Anwaltskosten, um den Prozess bis zum Ende durchzuziehen, betrügen \$ 50'000 pro Partei, und es bestehe keine Möglichkeit, diese Kosten von der anderen Partei ersetzt zu bekommen.⁴⁸⁷
- 254 Die eine Hälfte der Richter beurteilte den Sachverhalt aus der Perspektive des Klägers und wurde gefragt, ob der Kläger ein Angebot des Beklagten, den Fall für \$ 60'000 zu vergleichen, akzeptieren solle. Die andere Hälfte der Richter wurde gefragt, ob sie dem Beklagten empfehlen würden, dem Kläger \$ 140'000 zu bezahlen, um den Fall vergleichsweise zu erledigen.⁴⁸⁸
- 255 Der Kläger steht somit vor einer Wahl, \$ 60'000 auf sicher zu akzeptieren oder ein „Spiel“ mit einem erwarteten Wert von \$ 50'000 ($0,5 \cdot \$ 200'000$ Urteil + $0,5 \cdot \$ 0$ Urteil - \$ 50'000 Anwaltskosten) zu spielen. Der Beklagte andererseits steht vor der Wahl, einen sicheren Verlust von \$ 140'000 zu realisieren oder ein Spiel mit einem erwarteten „Wert“ von - \$ 150'000 zu spielen ($0,5 \cdot - \$ 200'000$ Urteil + $0,5 \cdot \$ 0$ Urteil - \$ 50'000 Anwaltskosten). In beiden Fällen ist der Vergleich daher die bessere, und einzig rationale, Wahl.

⁴⁸² Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich 2003, 100 (70 Verfahren wurden „anderweitig“ erledigt).

⁴⁸³ A. a. O., 154.

⁴⁸⁴ URS EGLI, Vergleichsdruck im Zivilprozess, Berlin 1996, 63.

⁴⁸⁵ EGLI, a. a. O., 104 ff.

⁴⁸⁶ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20, 798.

⁴⁸⁷ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20, 796.

⁴⁸⁸ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20, 796.

- 256 40 % der Richter, die den Fall aus der Perspektive des Klägers beurteilten, empfahlen die Annahme des Vergleichs gegenüber nur 25 % der Richter, die den Fall aus Sicht des Beklagten beurteilten. Der Unterschied zwischen den Gruppen ist statistisch signifikant.⁴⁸⁹ Richter scheinen, wie Parteien, vom Darstellungseffekt beeinflusst zu werden.

III. Eigene Studie zum Darstellungseffekt

A. Frage zum Darstellungseffekt

- 257 Den Richterinnen und Richtern wurde folgender Sachverhalt vorgelegt (2003):

Sie sind ReferentIn in einem Prozess zwischen zwei Baufirmen. Die Klägerin hat die Beklagte auf Zahlung eines Gewinnanteils von Fr. 150'000 aus einem gemeinsamen Bauprojekt verklagt. Beide Baufirmen sind mittelgrosse Unternehmen mit einem Jahresumsatz von rund CHF 10 Mio. pro Jahr. Sie werden von fähigen Anwälten vertreten, die Ihnen nicht persönlich bekannt sind.

Wird der Fall bis zu einem Urteil durchprozessiert, so hat jede Partei mit eigenen Anwaltskosten von Fr. 30'000 zu rechnen. Die Prozessentschädigung gemäss Gebührenverordnung beträgt rund Fr. 15'000; selbst bei einem vollständigen Obsiegen erhält die obsiegende Partei daher Fr. 15'000 ihrer Anwaltskosten nicht ersetzt. Die von der unterliegenden Partei zu bezahlenden Gerichtskosten betragen Fr. 10'000.

Der Fall ist rechtlich einfach. Die Höhe des geschuldeten Betrages ist nicht umstritten, nur der Anspruch der Klägerin wird bestritten. Der Ausgang des Prozesses hängt einzig von der Aussage eines Schlüsselzeugen ab. Sie glauben, dass eine 50 %ige Chance besteht, dass die Klägerin die vollen Fr. 150'000 erhält und eine 50 %ige Chance, dass die Klägerin Fr. 0 erhält.

- 258 Die eine Hälfte der befragten Richterinnen beurteilten den Fall aus Sicht der Klägerin („Klägerin/Gewinn-Gruppe“). Ihnen wurde die folgende Frage gestellt:

An der Referentenaudienz bietet die Beklagte der Klägerin eine Zahlung von Fr. 50'000 für den Rückzug der Klage an. Die Gerichtskosten würden von beiden Parteien je zur Hälfte übernommen und jede Partei trüge ihre eigenen Anwaltskosten. Für ihren Anteil an den Gerichtskosten und die eigenen Anwaltskosten muss jede Partei mit Fr. 10'000 rechnen.

Glauben Sie, dass die Klägerin die Zahlung von Fr. 50'000 akzeptieren sollte, um den Prozess zu erledigen?

- 259 Die Klägerin hatte also die Wahl zwischen sicheren Fr. 40'000⁴⁹⁰ oder einem „Spiel“, bei dem sie eine 50 % Chance hat, Fr. 135'000⁴⁹¹ zu gewinnen und eine 50 % Chance, Fr. 55'000⁴⁹² zu verlieren. Der erwartete Wert des Spiels beträgt daher für die Klägerin Fr. 40'000 ($0,5 \cdot \text{Fr. } 135'000 - 0,5 \cdot \text{Fr. } 55'000$).

- 260 Der anderen Hälfte der Richter wurde erklärt, dass die Klägerin der Beklagten anbiete, die Klage gegen eine Zahlung von Fr. 100'000 zurückzuziehen.⁴⁹³ Diese Richter wurden gefragt, ob die Beklagte Fr. 100'000 zahlen sollte, um den Prozess zu erledigen („Beklagte/Verlust-Gruppe“).

⁴⁸⁹ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20, 797.

⁴⁹⁰ Fr. 50'000 Vergleichszahlung – Fr. 10'000 Anwalts- und Gerichtskosten = Fr. 40'000.

⁴⁹¹ Fr. 150'000 Urteil + Fr. 15'000 Parteientschädigung – Fr. 30'000 Anwaltskosten = Fr. 135'000.

⁴⁹² – Fr. 30'000 Anwaltskosten – Fr. 15'000 Parteientschädigung – Fr. 10'000 Gerichtskosten = – Fr. 55'000.

⁴⁹³ Wiederum unter Wettschlagung der Anwalts- und hälftiger Teilung der Gerichtskosten.

Besonderer Teil

- 261 Die Beklagte hat also die Wahl, entweder Fr. 110'000⁴⁹⁴ sofort zu bezahlen oder mit einem Risiko von 50 % entweder Fr. 205'000⁴⁹⁵ oder Fr. 15'000⁴⁹⁶ zu bezahlen. Der negative Wert des Spiels beträgt für die Beklagte daher $- \text{Fr.} 110'000 (0.5 \cdot - \text{Fr.} 205'000 + 0.5 \cdot - \text{Fr.} 15'000)$.
- 262 Es ist wichtig zu sehen, dass die Alternativen wirtschaftlich identisch sind. Die Parteien streiten sich über die Aufteilung eines fixen „Kuchens“, nämlich des Gewinns aus dem gemeinsamen Projekt. Beide Parteien stehen vor der Wahl, entweder Fr. 40'000 des gemeinsamen Gewinns zu behalten oder ein Spiel mit dem erwarteten Wert von Fr. 40'000 zu spielen. Die Beklagte ist im Besitz des gemeinsamen Gewinns von Fr. 150'000. Nach Bezahlung von Fr. 100'000 an die Klägerin und der eigenen Anwaltskosten von Fr. 10'000 bleiben ihr Fr. 40'000. Umgekehrt erhält die Klägerin, die nichts vom gemeinsamen Gewinn besitzt, bei Annahme des Vergleichsangebots Fr. 50'000. Nachdem sie ihre Anwaltskosten von Fr. 10'000 bezahlt hat, bleiben ihr folglich ebenfalls Fr. 40'000 vom gemeinsamen Gewinn. Einer risikoneutralen Person ist es gleichgültig, ob sie die sichere oder die riskante Alternative wählt. Eine risikoscheue Person – wegen des abnehmenden Grenznutzens des Vermögens der Normalfall – zieht die sichere Alternative vor. Auf jeden Fall sollte es keinen Unterschied geben, der davon abhängt, wer die Fr. 150'000 besitzt.

B. Resultate

- 263 In der Gruppe der Richter, die den Fall aus der Sicht der Klägerin beurteilten, empfahlen 56,6 % der Richter (43 von 76), die angebotene Zahlung von Fr. 50'000 zu akzeptieren und den Streit zu vergleichen. Nur 43 % der Richter (43 von 100), die den Fall aus der Perspektive der Beklagten beurteilten, empfahlen jedoch der Beklagten, Fr. 100'000 zu bezahlen, um den Fall abzuschliessen. Die Wahrscheinlichkeit, dass es keinen Unterschied zwischen den beiden Gruppen gibt und die unterschiedliche Verteilung der Antworten auf Zufall zurückzuführen ist, beträgt 7,4 %.⁴⁹⁷ Der Unterschied ist daher knapp nicht signifikant auf dem 5 %-Niveau.

	Aus Sicht des Klägers	Aus Sicht des Beklagten
Schweiz	56,6 %	43 %
USA	39,8 %	25 %

Tabelle 8: Vergleichsempfehlung

- 264 Die schweizerischen Richter sind vergleichsfreundlicher als ihre amerikanischen Kollegen. Während 39,8 % der amerikanischen Richter, die den Fall aus der Perspektive der Kläger beurteilten, zum Vergleich rieten, empfahlen 56,6 % der schweizerischen Richter, den

⁴⁹⁴ $- \text{Fr.} 100'000 - \text{Fr.} 10'000 \text{ Anwalts- und Gerichtskosten} = - \text{Fr.} 110'000$.

⁴⁹⁵ $- \text{Fr.} 150'000 \text{ Urteil} - \text{Fr.} 30'000 \text{ Anwaltskosten} - \text{Fr.} 15'000 \text{ Parteientschädigung} - \text{Fr.} 10'000 \text{ Gerichtskosten} = - \text{Fr.} 205'000$.

⁴⁹⁶ $\text{Fr.} 0 \text{ Urteil} - \text{Fr.} 30'000 \text{ Anwaltskosten} + \text{Fr.} 15'000 \text{ Parteientschädigung} = - \text{Fr.} 15'000$.

⁴⁹⁷ $\chi^2 = 3,187$; $p = 0,074$; Likelihood-Quotient = 3,195.

Streit zu vergleichen.⁴⁹⁸ Dabei lag der erwartete Wert des Urteils bei der amerikanischen Studie von GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH bei \$ 50'000, während der Vergleich einen sicheren Gewinn von \$ 60'000 versprach; m .a. W. hätte ein rationaler risikoneutraler Kläger den Vergleich wählen *müssen* (während es ihm in meiner Studie egal sein konnte). Bei den Richtern, die den Fall aus der Perspektive der Beklagten beurteilten, lagen die Werte bei 25 % für einen Vergleich bei den amerikanischen Richtern verglichen mit 43 % der schweizerischen Richter.⁴⁹⁹

C. Diskussion

- 265 Obwohl das Vergleichsangebot, das den Klägern und den Beklagten gemacht wurde, wirtschaftlich identisch ist, raten Richter, die den Fall aus Sicht der Beklagten beurteilen, seltener zu einem Vergleich als diejenigen, die den Fall aus klägerischer Sicht betrachten.
- 266 Wenn Richter dem gleichen Darstellungseffekt unterliegen wie die Parteien, werden sie der Klägerin eher zum Vergleich raten als der Beklagten.⁵⁰⁰ Es sollte aber gerade umgekehrt sein: es sind die Beklagten, die zu ihrem eigenen Nutzen vermehrt dazu gebracht werden sollten, ein vernünftiges Vergleichsangebot zu machen. Sie gehen zu hohe Risiken ein und verlieren in der Folge die meisten Prozesse.
- 267 Ein Richter, der den Darstellungseffekt kennt, kann seine Position dazu nutzen, die Sichtweise der Parteien zu beeinflussen. Die meisten Entscheidungen lassen sich sowohl als Wahl zwischen Verlustrisiken als auch als Wahl zwischen Gewinnchancen darstellen.⁵⁰¹ Im Beispielfall des Prozesses zwischen den beiden Bauunternehmen kann ein Richter versuchen, der Beklagten klar machen, dass sie bei einem Vergleich nicht nur Fr. 110'000 bezahlen muss, sondern auch Fr. 40'000 des gemeinsamen Gewinns behalten kann. Dadurch lässt sich die Entscheidung als Wahl zwischen Gewinnen statt als Wahl zwischen unterschiedlich hohen Verlusten darstellen. Entsprechend sollte die Beklagte eher geneigt sein, die risikolose Alternative, also den Vergleich, zu wählen.

IV. Prospect Theory und Klagen mit geringen Erfolgsaussichten

- 268 Der empfundene Wert einer riskanten Wahl ergibt sich gemäss der Prospect Theory sowohl aus der Wertfunktion als auch aus der Gewichtung der Wahrscheinlichkeit. Geringe Wahrscheinlichkeiten werden subjektiv überschätzt (siehe vorne S. 60 f.).
- 269 Für Klagen mit geringen Aussichten auf Erfolg bedeutet dies, dass die Überschätzung der geringen Erfolgchance durch den Kläger dazu führen kann, dass er sich – anders als für „gewöhnliche“ Klagen, deren Erfolgsaussichten in der Nähe von 50 % liegen – risikogeneigt verhält.

⁴⁹⁸ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20, 797. Der Unterschied zwischen den beiden Kläger/Gewinn-Gruppen ist signifikant; $\chi^2 = 4,498$, $p = 0,034$.

⁴⁹⁹ Der Unterschied ist hier allerdings nicht signifikant, $\chi^2 = 1,191$, $p = 0,275$.

⁵⁰⁰ GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, FN 20, 796.

⁵⁰¹ TVERSKY/KAHNEMAN, FN 325, 268 f.

Besonderer Teil

- 270 Auch diese Vorhersage der Prospect Theory wurde empirisch überprüft. GUTHRIE fragte seine Versuchspersonen, ob sie lieber einen Vergleich abschliessen und \$ 50 erhalten oder den Prozess bis zum Urteil durchziehen möchten, wobei eine Chance von einem Prozent bestünde, dass sie den Prozess gewinnen und \$ 5'000 erhielten. Den Versuchspersonen in der Rolle der Beklagten wurde angeboten, den Fall für \$ 50 zu vergleichen oder das Risiko von einem Prozent einzugehen, bei einem Urteil \$ 5'000 zu verlieren.⁵⁰² 62 % der Versuchspersonen in der Rolle des Klägers wählten den Prozess, also die riskante Wahl, während 84 % der Versuchspersonen in der Rolle der Beklagten den Vergleich vorzogen.⁵⁰³ Die Umkehr der Risiko-Präferenz bei geringer Wahrscheinlichkeit trat also, wie von der Prospect Theory vorhergesagt, auf.⁵⁰⁴
- 271 „*Frivolous Litigation*“, d.h. Klagen mit geringen Erfolgsaussichten, werden in den USA als grosses Problem empfunden.⁵⁰⁵ Sie belasten das ohnehin bereits überlastete Justizsystem zusätzlich und führen zu hohen Anwaltskosten bei den Beklagten, die diese wegen der amerikanischen Regel (jede Partei trägt ihre eigenen Kosten) selbst bei vollständigem Obsiegen nicht ersetzt bekommen. Die Analyse der Gründe, die zu leichtfertigen Klagen führen, ist daher von einigem Interesse.
- 272 In der Schweiz halte ich den Erkenntnisgewinn aus dieser Analyse für begrenzt, weil frivole Klagen kaum ein ernsthaftes Problem sind. Erstens setzen sie voraus, dass Kläger – wenn auch mit einer geringen Wahrscheinlichkeit – im Erfolgsfall sehr hohe Summen zugesprochen bekommen. In der Schweiz wird kein Strafschadenersatz zugesprochen, sondern nur der tatsächlich erlittene Schaden (inkl. entgangenem Gewinn, wobei die Beweisanforderungen sehr hoch sind), ersetzt. Nicht finanzielle Schäden werden nur äusserst zurückhaltend monetär abgegolten (siehe vorne S. 83). Es fehlt daher am Anreiz, frivole Klagen einzureichen.
- 273 Zweitens muss die unterliegende Partei in der Schweiz die Anwaltskosten der Gegenpartei ersetzen. Wenn auch die zugesprochenen Summen in der Praxis bei geringen bis mittlerem Streitwert nicht ausreichen, die tatsächlichen Anwaltskosten zu bezahlen, so ist die Aussicht für den Kläger, im Falle seines Unterliegens der Gegenseite eine Prozessentschädigung leisten zu müssen, in der Regel abschreckend genug, um ihn von der leichtfertigen Einreichung einer Klage abzuhalten. Auch GUTHRIE geht davon aus, dass frivole Klagen unter der „britischen Regel“ der Kostenverlegung (entspricht der schweizerischen Regel) kaum vorkommen.⁵⁰⁶
- 274 Klagen mit äusserst geringen Erfolgsaussichten werden in der Schweiz daher erfahrungsgemäss nur von eigentlichen Querulanten eingereicht, die sich nicht von Überlegungen zum erwarteten Wert der Klage leiten lassen.

⁵⁰² CHRIS GUTHRIE, *Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory*, University of Chicago Law Review 2000, 163-216, 188.

⁵⁰³ GUTHRIE, a. a. O.

⁵⁰⁴ GUTHRIE, a. a. O., 190, führte auch noch ein Experiment mit einem komplexeren Sachverhalt durch, das die Ergebnisse des ersten Experimentes bestätigte.

⁵⁰⁵ Nachweise bei GUTHRIE, a. a. O., 163, Fn. 1.

⁵⁰⁶ GUTHRIE, a. a. O., 213.

V. Prospect Theory und Steuerhinterziehung

- 275 Steuerhinterziehung ist ein riskantes Spiel: wird der Hinterziehende erwischt, bezahlt er nebst Nachsteuern und Zinsen eine Busse, die das Dreifache der hinterzogenen Steuer betragen kann (Art. 175 Abs. 2 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, DBG). Steuerhinterziehung verspricht aber natürlich auch Ersparnisse, wenn sie nicht entdeckt wird.
- 276 Die Prospect Theory sagt voraus, dass das Risikoverhalten des Steuerpflichtigen unterschiedlich ist, je nachdem, ob er die zu entrichtende Steuer als Gewinn oder Verlust empfindet. Wie aber kann man eine Steuer als Gewinn empfinden?
- 277 In Ländern, in denen direkte Steuern an der Quelle erhoben werden – z.B. in den USA und Deutschland die Einkommenssteuer von Lohnempfängern – kann der Steuerpflichtige in die Lage kommen, dass er nach Einreichung der Steuererklärung eine Rückerstattung der zuviel bezogenen Steuer erhält. Diese Rückerstattung wird er subjektiv als Gewinn empfinden, weil er über das Geld zurzeit, d.h. im Status quo, nicht verfügen kann.⁵⁰⁷ Wer andererseits – wie der schweizerische Lohnempfänger in der Schweiz⁵⁰⁸ – die Steuern aus dem Geld bezahlen muss, das er bereits auf seinem Konto hat und über das er frei verfügen kann, empfindet die Steuer als Verlust.
- 278 Für den Steuerpflichtigen, der die Steuer aus dem Geld bezahlen muss, über das er verfügen kann, erscheint Steuerhinterziehung daher als riskante Wahl zwischen zwei Verlusten: entweder einem sicherem Verlust bei vollständiger Deklaration aller steuerpflichtigen Einkünfte oder einem geringeren Verlust bei Hinterziehung eines Teils der Einkünfte, wobei das Risiko besteht, dass der Verlust bei Entdeckung der Hinterziehung umso grösser ausfällt. Gemäss der Prospect Theory wird er sich risikogeneigt verhalten, um den sicheren Verlust zu vermeiden, und deshalb eher Steuern hinterziehen.⁵⁰⁹
- 279 Andererseits wählt der Steuerpflichtige, der eine Rückerstattung der bereits bezogenen Steuer erwarten kann, zwischen zwei unterschiedlich hohen Gewinnen: einem sicheren kleinen Gewinn, wenn er vollständig deklariert, und einem grösseren Gewinn, sprich einer grösseren Rückerstattung, wenn er einen Teil der Einkünfte nicht deklariert. Er wird sich gemäss der Prospect Theory risikoscheu verhalten.
- 280 Sowohl empirische wie auch experimentelle Studien bestätigen diese Voraussagen der Prospect Theory.⁵¹⁰ In Ländern, in denen die Steuer an der Quelle abgeführt wird, kommt es weniger häufig zu Falschdeklarationen. In den USA deklarierten 96 % der Steuerpflichtigen, die eine Rückerstattung von \$ 1'000 oder mehr zu erwarten hatten, ihre Einkünfte korrekt, gegenüber nur 89 % derjenigen, die mit einer Nachzahlung von mehr als \$ 1'000

⁵⁰⁷ KENNETH W. SMITH/KARYL A. KINSEY, Understanding Taxpaying Behavior: A Conceptual Framework with Implications for Research, Law and Society Review 1987, 639-663.

⁵⁰⁸ Bei Ausländern ohne fremdenpolizeiliche Niederlassungsbewilligung wird die Steuer an der Quelle erhoben, d.h. direkt vom Arbeitgeber abgeführt, Art. 83 Abs. 1, Art. 88 DBG.

⁵⁰⁹ RUSSEL H. WEIGEL/DICK J. HESSING/HENK ELFFERS, Tax Evasion Research: A Critical Appraisal and Theoretical Model, Journal of Economic Psychology 1987, 215-235.

⁵¹⁰ Nachweise bei ERICH KIRCHLER/BORIS MACIEJOVSKY, Steuermoral und Steuerhinterziehung, in: DIETER FREY/LUTZ VON ROSENSTIEL (Hrsg.), Enzyklopädie der Psychologie – Wirtschaftspsychologie, Göttingen 2002.

Besonderer Teil

rechnen müssen.⁵¹¹ Bei den Geschäftseinkünften ist der Unterschied noch ausgeprägter: 95 % vollständige Deklarationen bei Steuerpflichtigen, die eine Rückerstattung erwarten gegenüber nur 70 % bei Steuerpflichtigen, die eine Nachzahlung erwarten.⁵¹²

- 281 ELFFERS und HESSING schlagen deshalb vor, vermehrt Vorauszahlungen zu verlangen, um die Steuermoral zu verbessern.⁵¹³ ELIZABETH LOFTUS hat dem amerikanischen Steueramt bereits 1985 empfohlen, die Lohnabzüge zu erhöhen, so dass sich mehr Personen vor Einreichung der Steuererklärung in der Situation befinden, zwischen „Gewinnen“ zu wählen.⁵¹⁴
- 282 Ein Steuersystem, bei dem ein Grossteil des Steueraufkommens nicht an der Quelle, sondern beim Steuerpflichtigen erhoben wird, hat auch Vorteile. Direkte Steuern, die erhoben werden, nachdem der Steuerpflichtige bereits Verfügungsgewalt über die steuerbaren Einkünfte erhalten haben, schmerzen besonders, weil Verluste mehr wehtun als Gewinne erfreuen (*loss aversion*). Die Steuerpflichtigen werden sich daher gegen Steuererhöhungen besonders wehren. MCCAFFREY argumentiert deshalb, und belegt dies mit entsprechenden Zahlen, dass „versteckte“ Steuern, d.h. Steuern, die erhoben werden, bevor der Steuerpflichtige die Verfügungsgewalt über das steuerbare Einkommen erlangt, überproportional angestiegen sind. Nach MCCAFFREY ist dies deshalb der Fall, weil Steuererhöhungen bei den versteckten Steuern weniger Widerstand erwächst, wobei er dem Staat nicht unterstellt, die Steuerlast absichtlich auf solche Steuern zu verlagern, sondern es bei der Hypothese bewenden lässt, dass dies gleichsam „natürlich“ oder „evolutionär“ geschieht, weil die Steuerlast dem Weg des geringsten Widerstandes folgt.⁵¹⁵
- 283 Der Schweizer Staat, der (noch) einen relativ grossen Anteil der gesamten Steuerlast durch direkte Einkommenssteuern erhebt, die vom Steuerpflichtigen aus Einkünften bezahlt werden, über die er frei verfügen kann,⁵¹⁶ wird gemäss dieser Sicht mehr Schwierigkeiten haben, höhere Steuern durchzusetzen, als ein Staat, der sein Steueraufkommen aus indirekten Steuern oder aus Quellensteuern bezieht. Ähnliche Argumente, allerdings ohne Bezug zur Prospect Theory von KAHNEMAN/TVERSKY, wurden bereits von WALTER

⁵¹¹ HENRY S. J. ROBBEN/PAUL WEBLEY/RUSSELL H. WEIGEL/KARL-ERIK WARNERYD/KARYL A. KINSEY/DICK J. HESSING/FRANCISCO ALVIRA MARTIN/HENK ELFFERS/ RICHARD WAHLUND/LUK VAN LANGENHOVE, Decision frame and opportunity as determinants of tax cheating: An international experimental study, *Journal of Economic Psychology* 1990, 341-364, 346.

⁵¹² A. a. O.

⁵¹³ HENK ELFFERS/DICK J. HESSING, Influencing the Prospects of Tax Evasion, *Journal of Economic Psychology* 1997, 289-304.

⁵¹⁴ ELIZABETH F. LOFTUS, To File, Perchance To Cheat, *Psychology Today*, April 1985, 34 ff., 38, zitiert nach CHRIS GUTHRIE, Prospect Theory, Risk Preference, And The Law, *Northwestern University Law Review* 2003, 1115-1163, 1145.

⁵¹⁵ MCCAFFREY, FN 194, 404.

⁵¹⁶ Der Anteil der direkten Steuern am gesamten Steueraufkommen in der Schweiz betrug 2001 68,9 %, verglichen mit 56 % im Durchschnitt der OECD Staaten, siehe Eidgenössische Steuerverwaltung, Abteilung Steuerstatistik und Dokumentation, Direkte vs. Indirekte Steuern: Einige Bemerkungen zum Steuermix in der Schweiz, Bern 2003, 1 (erhältlich unter www.estv.admin.ch/data/d/paket/tax_mix.pdf, besucht am 29. Januar 2005).

HETTICH und STANLEY WINER vorgebracht.⁵¹⁷ Es überrascht daher nicht, dass die Eidgenössische Steuerverwaltung – mit zahlreichen guten Gründen natürlich – für eine Erhöhung des Anteils der indirekten Steuern am Gesamtsteueraufkommen eintritt.⁵¹⁸

VI. Status quo Bias und Vertragsverhandlungen

- 284 Die traditionelle ökonomische Analyse von Vertragsverhandlungen beruht auf der fundamentalen Prämisse, dass die Präferenz einer Partei für eine bestimmte Vertragsklausel endogen ist und nicht von der Darstellung in der Verhandlung abhängt. Externe Faktoren können durchaus beeinflussen, welche Vertragsklausel letztlich vereinbart wird – beispielsweise, weil eine an und für sich weniger bevorzugte Vertragsklausel bereits in einem Standardvertrag enthalten ist, und es aufwändig und teuer wäre, den Vertrag neu zu schreiben – aber sie beeinflussen nicht, welche Klausel in Abwesenheit der externen Faktoren bevorzugt würde. Externe Faktoren können, mit anderen Worten, das *Ergebnis* einer Verhandlung beeinflussen, nicht aber die *Präferenzen* der Parteien für ein bestimmtes Ergebnis.⁵¹⁹
- 285 In einem funktionierenden Markt sollte das Ergebnis der Verhandlungen daher in der Regel die Präferenzen der Parteien spiegeln. Da in den USA in Gliedstaaten, in denen die Kündigung eines Arbeitsvertrages ohne Begründung zulässig ist („*termination at will*“), nur 15 % der Arbeitsverträge abweichend von der dispositiven Regel eine Klausel enthalten, dass eine Kündigung nur aus zureichendem Grund („*just cause*“) zulässig sei, schliessen Vertreter der traditionellen ökonomischen Analyse des Rechts, dass die grosse Mehrheit der Vertragsschliessenden Kündigungen ohne Grund präferieren.⁵²⁰
- 286 Der *Status quo Bias* hingegen besagt, dass die Präferenz einer Partei für eine Klausel davon abhängt, ob die Klausel dem Status quo entspricht. Als Status quo Bias wird die Neigung bezeichnet, eine Wahl zu treffen, die den Ist-Zustand erhält oder leicht verbessert.⁵²¹ Die Bevorzugung des Status quo wird mit zwei Faktoren erklärt: der Abneigung gegenüber Verlusten (*loss aversion*), die bereits vorne, S. 58 f. erläutert wurde, und der Bevorzugung von Unterlassungen (Unterlassungseffekt; *omission bias*).⁵²²

⁵¹⁷ WALTER HETTICH/STANLEY L. WINER, A Positive Model of Tax Structure, *Journal of Public Economics* 1984, 67-87.

⁵¹⁸ Eidgenössische Steuerverwaltung, FN 516, 3.

⁵¹⁹ RUSSELL KOROBKIN, Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law, in: SUNSTEIN (Hrsg.), 116-143, 118.

⁵²⁰ J. HOULT VERKERKE, An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts: Resolving the Just Cause Debate, *Wisconsin Law Review* 1995, 837 ff., 867, zitiert nach RUSSELL KOROBKIN, The Status Quo Bias and Contract Default Rules, *Cornell Law Review* 1998, 608-687, 669 f.

⁵²¹ TVERSKY/KAHNEMAN, FN 501, 257.

⁵²² MAURICE SCHWEITZER: Disentangling Status Quo and Omission Effects: An Experimental Analysis, *Organizational Behavior and Human Decision Making Processes* 2002, 457-476.

A. Demonstration des Status quo Biases bei Präferenzen für Vertragsklauseln

287 SUNSTEIN hat einer Gruppe von (amerikanischen) Jura-Studierenden folgendes Szenario vorgelegt: Angenommen, sie haben eine Stelle bei einer Anwaltskanzlei angenommen. Das Jahressalär beträgt \$ 120'000 und der gesetzliche Anspruch auf Urlaub zwei Wochen pro Jahr. Der Hälfte der Versuchspersonen wurde gesagt, die Kanzlei gewähre freiwillig zwei Wochen Urlaub zusätzlich im Jahr. Diese Versuchspersonen wurden gefragt, wie viel mehr ihnen die Kanzlei bezahlen müsse, damit sie auf ihren Anspruch auf die zusätzlichen Urlaubstage verzichten. Der anderen Hälfte der Versuchspersonen wurde mitgeteilt, dass die Kanzlei nur den gesetzlichen Anspruch gewähre, aber mit sich reden liesse, gegen eine entsprechende Lohnreduktion zwei Wochen Urlaub zusätzlich zu gewähren, wobei keine weiteren Nachteile irgendwelcher Art zu befürchten seien. Die Versuchspersonen in dieser Gruppe wurden gefragt, welche Lohneinbusse sie in Kauf nehmen würden, um zwei Wochen Urlaub zusätzlich zu erhalten. Sie boten im Median \$ 6'000 an, während die Personen in der anderen Gruppe im Median \$ 13'000 verlangten, um auf die zwei Wochen Urlaub zu verzichten. Vier Studierende, deren Antworten bei der Berechnung des Medians nicht berücksichtigt wurden, meinten, sie würden für kein Geld auf der Welt auf ihre zwei Wochen zusätzlichen Urlaub verzichten.⁵²³

B. Die Bevorzugung des Status quo als Folge der Abneigung gegen Handlung

288 Die Bevorzugung des Status quo kann als Folge der Abneigung gegen Handlungen, die meist notwendig sind, um den Status quo zu verändern, gesehen werden. WILLIAM SAMUELSON und SAMUEL ZECKHAUSER baten ihre Versuchspersonen, zwischen vier verschiedenen Anlagemöglichkeiten für ihr gerade eben geerbtes Vermögen zu wählen – eine riskante Aktienanlage, einer weniger riskanten Anlage in Aktien, einer Schatzanweisung und Gemeindeforderungen. Je einem Fünftel der Versuchspersonen wurde gesagt, dass das geerbte Vermögen bereits in einer der vier Anlagen investiert sei (dem letzten Fünftel, der Kontrollgruppe, dass das Vermögen in liquider Form vorliege).⁵²⁴ Es zeigte sich, dass jede der vier Gruppen eine andere Anlageform bevorzugte – nämlich diejenige, in die das Geld bereits investiert war.⁵²⁵

289 Ein Experiment von KAHNEMAN kann einen ersten Anhaltspunkt dafür geben, warum Menschen Nichtstun – und damit meist den Status quo – bevorzugen. KAHNEMAN erklärte seinen Versuchspersonen, dass Paul, der Aktien der Gesellschaft A besitzt, sich überlegt habe, sie zu verkaufen und stattdessen Aktien der Gesellschaft B zu kaufen, sich aber letztlich dagegen entschieden habe. Später erfährt Paul, dass er \$ 1'200 mehr verdient hätte, wenn er den Wechsel vollzogen hätte. George andererseits besass Aktien der Gesellschaft B und entschied sich, sie zu verkaufen und in Aktien der Gesellschaft A zu investieren. Später erfährt er, dass er \$ 1'200 mehr verdient hätte, wenn er die Aktien der Gesellschaft B behalten hätte. Wer wird seinen Entscheid mehr bedauern? 92 % der Versuchspersonen

⁵²³ CASS R. SUNSTEIN, Switching the Default Rule, New York University Law Review 2002, 106-134, 113 f.

⁵²⁴ WILLIAM SAMUELSON/RICHARD ZECKHAUSER, Status Quo Bias in Decision Making, Journal of Risk and Uncertainty 1988, 7-59, 12.

⁵²⁵ SAMUELSON/ZECKHAUSER, FN 524, 17, Tabelle 1c.

waren der Meinung, dass George – der gehandelt hat – seine Entscheidung mehr bedauern würde.⁵²⁶

- 290 Dass Menschen grösseres Bedauern antizipieren, wenn eine Handlung zu einem Misserfolg führt als wenn eine Unterlassung zum gleichen Misserfolg führt, ist ein in zahlreichen Experimenten belegtes Phänomen.⁵²⁷ Das mag daran liegen, dass man eine Handlung eher als Ursache für einen Erfolg wahrnimmt und sich daher stärker verantwortlich für Erfolg oder Misserfolg einer Handlung als einer Unterlassung fühlt.⁵²⁸
- 291 Der Unterschied in antizipiertem Bedauern kann die Bevorzugung des Status quo erklären: da die Beibehaltung des Status quo meist mit Nichtstun/Unterlassung einhergeht, wird die Angst vor dem Bedauern, eine falsche Wahl getroffen zu haben, dazu führen, dass man „sicherheitshalber“ alles beim Alten lässt.
- 292 ILANA RITOV und JONATHAN BARON haben versucht, Einfluss von Unterlassung und Beibehaltung des Status quos, die in den früheren Experimenten meist nicht zu trennen sind, auf das antizipierte Bedauern zu unterscheiden. Sie haben deshalb das Paul/George Beispiel von KAHNEMAN abgewandelt. Henry, dem Aktien der Gesellschaft A gehören, wird von seinem Vermögensverwalter vorgeschlagen, stattdessen in Aktien der Gesellschaft B zu investieren. Henry lehnt ab und behält somit den Status quo durch aktives Tun bei. Frank hingegen, der Aktien der Gesellschaft B besitzt, wird von seinem Vermögensverwalter gefragt, ob er etwas dagegen habe, stattdessen in Aktien der Gesellschaft A zu investieren. Frank widerspricht nicht und verändert damit seine Vermögensanlage ohne aktive Handlung. Frank und Henry erfahren wiederum, dass sie bei gegenteiliger Entscheidung \$ 1'200 mehr verdient hätten. Die Versuchspersonen wurden gefragt, wer von den beiden sich wohl schlechter fühle.
- 293 Wenn die Änderung des Status quo die Hauptursache des Bedauerns ist, müsste Frank grösseres Bedauern empfinden, da sich bei ihm der Status quo geändert hat. Ist hingegen die Unterscheidung zwischen Handlung und Unterlassung massgebend, dann sollte Henry grösseres Bedauern empfinden, denn er hat aktiv gehandelt, um den Status quo beizubehalten. Die Versuchspersonen bei RITOV/BARON gaben an, dass sich Henry schlechter fühlen würde als Frank.⁵²⁹ RITOV/BARON schliessen daraus – und aus zahlreichen weiteren Experimenten – dass die Bevorzugung des Status quo in erster Linie auf die unterschiedlich stark bedauerten Folgen von Handlungen und Unterlassungen zurückzuführen ist.⁵³⁰ SCHWEITZER bestätigt den Einfluss des Unterlassungseffekts auf die Bevorzugung des

⁵²⁶ DANIEL KAHNEMAN, Varieties of Counterfactual Thinking, in: NEAL J. ROESE/JAMES M. OLSON, What Might Have Been: The Social Role of Counterfactual Thinking, New York 1995, 375-396, 388.

⁵²⁷ THOMAS GILOVICH/VICTORIA H. MEDVEC, The Experience of Regret: What, When, and Why, Psychological Review 1995, 379-395, 380: “perhaps the clearest and most frequently replicated finding in the entire literature on counterfactual thinking”.

⁵²⁸ JOHANNA H. KORDES-DE VAAL, Intention and the omission bias: Omissions perceived as nondecisions, Acta Psychologica 1996, 161-172, 169: “the basis of the omission bias is a difference in perceived causality – probably caused by the fact that commissions are more salient than omissions – making the outcome of an omission appear less intended than the outcome of a commission”; ähnlich auch schon ILANA RITOV/JONATHAN BARON, Status-quo and Omission Bias, Journal of Risk and Uncertainty 1992, 49-61, 60.

⁵²⁹ RITOV/BARON, FN 528, 53.

⁵³⁰ RITOV/BARON, FN 528, 59

Besonderer Teil

Status quo, widerspricht aber RITOV/BARON insofern, als der Wunsch nach Beibehaltung des Status quos an und für sich gemäss seinen Experimenten ebenfalls einen Einfluss auf die Stärke des Effekts hat.⁵³¹ Für den Juristen entscheidend ist letztlich, dass die Bevorzugung des Status quos, so sie mit Unterlassung einhergeht, ein robustes und in zahlreichen Experimenten bestätigtes Phänomen ist.

C. Dispositives Recht, Allgemeine Vertragsbedingungen und Status quo

294 Die Annahme, dass Parteien das dispositive Recht als Status quo und Abweichungen davon als Veränderung des Status quo ansehen, liegt nahe. Zwingend ist sie nicht. Dispositives Vertragsrecht verschafft niemandem eine Stellung, die vergleichbar ist mit derjenigen, die ein absolutes Recht verschafft. Den Vorteil einer dispositiven vertragsrechtlichen Norm genießt nur, wer eine andere Partei dazu bringt, einen Vertrag abzuschliessen, auf den die Norm anwendbar ist und der die Norm nicht abändert. Die Vorteile, die sich aus einer dispositiven vertragsrechtlichen Norm ergeben können, sind immer Folge der Kooperation zweier Parteien.⁵³²

1. Empirische Studien von Russell Korobkin

295 RUSSELL KOROBKIN hat empirisch überprüft, ob Parteien dispositives Vertragsrecht als „Besitz“ empfinden, was dazu führt, dass sie die dispositive Regel, weil Status quo, bevorzugen.

296 Zwei Unternehmen, „NextDay“ (eine Frachtführerin), und die Geschenk AG, eine Absenderin von Frachtgut, verhandeln über den Abschluss eines Rahmenvertrages. Der Hälfte der Versuchspersonen wurde gesagt, dass das dispositive Recht die Haftung des Frachtführers bei Verzug auf „vernünftigerweise voraussehbare“ Schäden beschränkt (beschränkte Haftung), der anderen Hälfte, dass gemäss dispositivem Recht der Frachtführer für den gesamten Verzugsschaden, voraussehbar oder nicht, haftet (volle Haftung). Die Übernahme der vollen Haftung würde NextDay zwischen \$ 0 - \$ 10 pro Paket kosten.⁵³³

297 Die Versuchspersonen in der „beschränkte Haftung“ Gruppe wurden gefragt, was die Geschenk AG NextDay bezahlen muss, damit NextDay die volle Haftung übernimmt; die Versuchspersonen in der „volle Haftung“ Gruppe, welche Preisreduktion NextDay akzeptieren soll, wenn die Geschenke AG dafür auf die volle Haftung verzichtet und sich mit der beschränkten Haftung zufrieden gibt. Die Personen in der „beschränkte Haftung“ Gruppe verlangten im Schnitt \$ 6,96 pro Paket, um die volle Haftung zu übernehmen, während die Personen in der „volle Haftung“ Gruppe nur \$ 4,46 Preisnachlass gewährten, wenn die Haftung eingeschränkt wurde.⁵³⁴

⁵³¹ SCHWEITZER, FN 522, 470.

⁵³² KOROBKIN, FN 520, 632.

⁵³³ KOROBKIN, FN 519, 122.

⁵³⁴ KOROBKIN, FN 519, 122.

- 298 Was geschieht, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen eine andere Regel als das dispositive Vertragsrecht vorsehen? Wird die dispositive Regel oder die AGB bevorzugt? In einem weiteren Experiment wurde den Versuchspersonen zusätzlich gesagt, dass die Parteien vereinbart hätten, auf der Basis des Standardvertrags eines Branchenverbandes zu verhandeln. Die Konditionen „beschränkte Haftung“ und „volle Haftung“ wurden gekreuzt; d.h. wenn die dispositive gesetzliche Regel eine beschränkte Haftung vorsah, sah der Standardvertrag die volle Haftung vor und umgekehrt. Wiederum wurden die Versuchspersonen gefragt, was NextDay für die Übernahme der vollen Haftung verlangen, resp. für die Reduktion der Haftung gewähren soll. Für die Übernahme der vollen Haftung wurde im Schnitt \$ 7,36 pro Paket verlangt, aber nur ein Preisnachlass von \$ 4,10 gewährt.⁵³⁵
- 299 Die Parteien bevorzugen offenbar immer diejenige Regel, die gilt, wenn sie nichts tun, um sie zu ändern. Dies lässt sich dadurch erklären, dass das antizipierte Bedauern grösser ist, wenn eine Handlung zum Misserfolg führt, als wenn eine Unterlassung zum Misserfolg führt.
- 300 Ob antizipiertes Bedauern tatsächlich der Grund für die Bevorzugung des Status quo – sei er dispositives Gesetzesrecht oder AGB-Klausel – ist, lässt sich überprüfen. Vor zukünftigem Bedauern kann man sich nur dann fürchten, wenn man die negativen Folgen einer Vertragsklausel im Zeitpunkt der Verhandlung nicht mit Sicherheit abschätzen kann (was der Normalfall sein dürfte). Kennt man die Vor- und Nachteile einer Vertragsklausel im Zeitpunkt der Verhandlung mit Sicherheit, bleibt kein Raum für zukünftiges Bedauern.
- 301 In einem weiteren Experiment sagte KOROBKIN daher seinen Versuchspersonen, dass die Versicherungsgesellschaft von NextDay das zusätzliche Risiko der vollen Haftung für einen fixen Betrag übernehmen würde, womit über die Folgen der Haftungsübernahme keine Ungewissheit mehr bestand. In diesem Szenario war der Unterschied zwischen den beiden Gruppen nicht mehr signifikant, was die Hypothese, dass die Bevorzugung des Status quo auf antizipiertes Bedauern zurückzuführen ist, bestätigt.⁵³⁶ Die Hypothese wird ebenfalls durch Experimente bestätigt, die zeigen, dass der Unterlassungseffekt stärker ist, wenn man weiss, dass man die Folgen der Handlung oder Unterlassung erfahren wird.⁵³⁷ Wenn man die Folgen nie kennen wird, kann man auch kein Bedauern antizipieren – was ich nicht wissen werde, wird mich nicht heiss machen.
- 302 Natürlich gibt es auch nach traditioneller ökonomischer Analyse des Rechts Gründe, die für die Beibehaltung einer Klausel eines Standardvertrags (bei konstanten Präferenzen) sprechen. Erstens sind die Transaktionskosten höher, wenn ein Vertrag geändert werden muss. Zweitens geben die Verhandelnden unter Umständen private Informationen preis, wenn sie eine von der üblichen Norm abweichende Regelung der Risikoverteilung verlan-

⁵³⁵ KOROBKIN, FN 519, 125.

⁵³⁶ RUSSELL KOROBKIN, Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms, *Vanderbilt Law Review* 1998, 1583-1651, 1625. Allerdings besteht nach wie vor ein Unterschied, nur ist er nicht mehr signifikant, was die Annahme bestätigt, dass antizipiertes Bedauern nicht der *einzige* Grund für den Status quo Bias ist.

⁵³⁷ ILANA RITOV/JONATHAN BARON, Outcome Knowledge, Regret, and Omission Bias, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 1995, 119-127.

gen. In dem obigen Beispiel könnte das Beharren der Geschenke AG auf der Übernahme der vollen Haftung durch die NextDay signalisieren, dass die Geschenke AG weiss, dass das Risiko unvorhersehbarer Schäden grösser ist als üblich. Schliesslich können Netzwerkeffekte dafür sprechen, eine allgemein übliche Formulierung beizubehalten. Bei Standardklauseln gibt es oft bereits Rechtsprechung zur Auslegung und dementsprechend weniger Unklarheiten bei der Auslegung, was helfen kann, Streit zu vermeiden. Obwohl diese Erklärungen durchaus plausibel sind, können sie die Resultate des Experiments von KOROBKIN nicht erklären, denn die Versuchsbedingungen wurden sorgfältig kontrolliert, um den Einfluss dieser Variablen auszuschliessen.⁵³⁸ Die Experimente von KOROBKIN lassen nur den Schluss zu, dass die Tatsache allein, dass eine Regel ohne aktives Tun zum Vertragsinhalt wird, genügt, die Präferenzen der Parteien für diese Regel zu ändern.

2. Schlussfolgerung für den Praktiker

- 303 Die Experimente zeigen, dass es simplistisch ist, von der Tatsache, dass eine Klausel in einer Mehrzahl von Verträgen vorkommt, darauf zu schliessen, dass diese Klausel den Präferenzen der Parteien entspricht und (daher) effizient ist.⁵³⁹ SUNSTEIN schlägt daher beispielsweise vor, das dispositive Arbeitsrecht, das in den USA praktisch ausschliesslich den Arbeitgeber bevorzugt, zugunsten der Arbeitnehmer auszugestalten.⁵⁴⁰ Der – aus europäischer Sicht bescheidene – Vorschlag ist schlau, weil er die Vertreter der traditionellen ökonomischen Analyse des Rechts in ein Dilemma bringt: wenn sie sich dagegen wehren, geben sie implizit zu, dass die Prämisse der konstanten Präferenzen nicht stimmt oder – wenn die Vertreter der BLE Recht haben und sich die Präferenzen ändern – dass es ihnen weniger um die Effizienz an und für sich als um den Vorteil der Arbeitgeber geht. Akzeptieren sie den Vorschlag, hat SUNSTEIN sein Ziel erreicht, den Arbeitnehmern eine bessere Rechtsposition zu verschaffen.
- 304 Das Beharren auf dem Status quo bedeutet aber auch, dass der Verhandelnde, der den Status quo bestimmen kann, einen klaren Vorteil genießt.⁵⁴¹ Wer auch immer den ersten Entwurf eines Vertrags macht, ist im Vorteil.⁵⁴² Dies deckt sich mit dem Ratschlag erfahrener Anwälte, den ersten Entwurf eines Vertrages wenn immer möglich selbst zu schreiben. Die traditionelle Begründung dafür ist aber eine andere: traditionellerweise wird der Vorteil des ersten Entwurfs damit begründet, (i) dass die Kosten der Gegenpartei höher sind, wenn sie den Vertrag ändern muss (ii) dass die Gegenpartei private Informationen preisgeben muss, wenn sie die Änderung des Entwurfs begründen muss oder (iii) dass sie oder ihre Berater sich nicht die Zeit nehmen, den Entwurf so genau zu analysieren, dass sie alle negativen Konsequenzen erkennen.
- 305 Die psychologische Vorliebe für Unterlassungen hingegen bedeutet, dass sich die *Präferenz* für eine Vertragsklausel ändert, je nachdem ob sie durch Handlung oder Unter-

⁵³⁸ KOROBKIN, FN 519, 126 ff.

⁵³⁹ KOROBKIN, FN 519, 137.

⁵⁴⁰ SUNSTEIN, FN 523, 133.

⁵⁴¹ KOROBKIN, FN 519, 136.

⁵⁴² KOROBKIN, FN 536, 1627.

lassung zum Vertragsbestandteil wird. Nicht externe Faktoren, sondern die den Verhandlenden innewohnende Reaktion auf den Status quo führt dazu, dass die Parteien den Status quo bevorzugen.⁵⁴³

⁵⁴³ KOROBKIN, FN 519, 136.