

Mark Schweizer

## **Darstellungseffekt und Risikoverhalten im Zivilprozess Trifft der Vergleichsdruck die Falschen?**

*Die von Amos Tversky und dem Wirtschafts-Nobelpreisträger Daniel Kahneman entwickelte Prospect Theory beschreibt das menschliche Risikoverhalten. Die Prospect Theory sagt voraus, dass sich Beklagte zu ihrem Schaden risikogeneigt verhalten. Der Artikel fasst empirische Forschung und Daten zusammen, die diese Voraussage bestätigen. Beklagte müssen daher mehr als Kläger zum Abschluss eines Vergleichs ermutigt werden. Wenn aber Richterinnen und Richter dem gleichen Darstellungseffekt (framing) wie die Parteien unterliegen, ist das Gegenteil zu erwarten. Der Autor stellt die Ergebnisse einer Umfrage vor, an der 181 Richterinnen und Richter der Kantone Aargau, St. Gallen und Zürich teilgenommen haben.*

### **Inhaltsübersicht**

- I. Ein Gedankenexperiment zum Einstieg
- II. Die Prospect Theory – ein deskriptives Modell menschlichen Risikoverhaltens
- III. Der Darstellungseffekt im Recht
  - 1. Laborexperimente
  - 2. Feldstudien
- IV. Unterliegen auch Richter dem Darstellungseffekt?
  - 1. Amerikanische Studie von Guthrie und Kollegen
  - 2. Schweizer Studie
  - 3. Resultate
- V. Fazit

### **I. Ein Gedankenexperiment zum Einstieg**

[Rz 1] Angenommen, sie haben die Wahl zwischen den folgenden beiden Optionen:

- a) ein sicherer Gewinn von Fr. 240;
- b) eine Chance von 25 %, Fr. 1'000 zu gewinnen und eine Chance von 75%, nichts zu gewinnen.

[Rz 2] Welche wählen sie? Wenn sie sich wie die grosse Mehrheit entscheiden, haben sie den sicheren Gewinn gewählt (84 % aller Versuchspersonen in einem Experiment von Amos Tversky und Daniel Kahneman wählten die Option a);<sup>1</sup> sie zeigen somit eine Abneigung gegenüber der riskanten Wahl, wenn es um Gewinne geht (obwohl die riskante Wahl einen höheren erwarteten Wert von  $0,25 \times \text{Fr. } 1'000 = \text{Fr. } 250$  hat).

[Rz 3] Welche Option wählen sie, wenn die folgenden beiden Alternativen zur Auswahl stehen:

- c) ein sicherer Verlust von Fr. 750;
- d) eine Chance von 75 %, Fr. 1'000 zu verlieren und eine Chance von 25%, nichts zu verlieren?

[Rz 4] Wenn sie wiederum wie die überwiegende Mehrheit entscheiden, haben sie in diesem Fall nicht den sicheren Verlust, sondern die riskante Option d) gewählt (87 % aller Versuchspersonen entschieden sich für diese Wahl);<sup>2</sup> sie verhalten sich somit risikogeneigt, wenn es um die Wahl zwischen Verlusten geht. Dieses Verhalten widerspricht der klassischen ökonomischen Theorie, gemäss der das Risikoverhalten einzig vom Verhältnis des Vermögens einer Person zur Grösse der Gewinn- oder Verlustchance abhängen sollte.<sup>3</sup>

## II. Die Prospect Theory – ein deskriptives Modell menschlichen Risikoverhaltens

[Rz 5] Das beobachtete Verhalten ist nicht auf Spiele mit finanziellen Einsätzen beschränkt, wie der folgende Klassiker aus der *Framing* Literatur zeigt:

Stellen sie sich vor, dass sich die USA auf den Ausbruch einer ungewöhnlichen asiatischen Krankheit vorbereiten, von der erwartet wird, dass 600 Personen daran sterben werden. Es wurden zwei verschiedene Pläne vorgeschlagen, die Krankheit zu bekämpfen. Nehmen sie an, dass die Folgen der beiden Pläne genau bekannt sind:

- Wenn Plan A umgesetzt wird, werden 200 Personen gerettet.
- Wenn Plan B umgesetzt wird, besteht eine Wahrscheinlichkeit von einem Drittel (1/3), dass 600 Personen gerettet werden, und eine Wahrscheinlichkeit von zwei Dritteln (2/3), dass niemand gerettet wird.

[Rz 6] 72 % der Versuchspersonen wählten den Plan A, der 200 Menschen sicher rettet. <sup>4</sup> Einer weiteren Gruppe von Versuchspersonen wurde der gleiche Sachverhalt geschildert, aber ihnen wurden die folgenden zwei Pläne zur Auswahl angeboten:

- Wenn Plan C umgesetzt wird, werden 400 Personen sterben.
- Wenn Plan D umgesetzt wird, besteht eine Wahrscheinlichkeit von einem Drittel (1/3), dass niemand sterben wird, und eine Wahrscheinlichkeit von zwei Dritteln (2/3), dass 600 Menschen sterben werden.

[Rz 7] In diesem Fall haben 78 % der Versuchspersonen den Plan D gewählt. <sup>5</sup> Die Pläne A und C und die Pläne B und D sind offensichtlich identisch. Ihre respektiven Folgen wurden nur anders dargestellt – bei den Plänen A und B als «Gewinne» und bei den Plänen C und D als «Verluste». Wie Kahneman und Tversky festgestellt haben, hat die Darstellung (*framing*) der Alternativen als Gewinne oder Verluste einen massgeblichen Einfluss auf das Risikoverhalten; man spricht daher vom Darstellungseffekt. <sup>6</sup> Wenn Menschen riskante Entscheidungen treffen, kategorisieren sie, ausgehend vom *status quo*, die Alternativen als potenzielle Gewinne oder Verluste. <sup>7</sup> Die meisten Leute neigen dazu, Risiken zu vermeiden, wenn sie zwischen Optionen wählen, die Gewinne darstellen, tendieren aber dazu, Risiken einzugehen, um Verluste zu vermeiden. <sup>8</sup> Menschen neigen m. a. W. dazu, eine Wahl zu treffen, die den Ist-Zustand erhält oder leicht verbessert. <sup>9</sup>

[Rz 8] Tversky und Kahneman haben diesen und andere Aspekte menschlichen Risikoverhaltens 1979 in einem formalen Modell, der *Prospect Theory*, zusammengefasst. <sup>10</sup> Gemäss der Prospect Theory resultiert der empfundene Wert einer riskanten Wahl (eines *prospects*) aus der Wertfunktion der Prospect Theory. Diese Wertfunktion ist S-förmig; sie ist für Gewinne konkav und für Verluste konvex (siehe Abbildung 1). <sup>11</sup> Die Krümmung bildet ab, dass der Unterschied zwischen 0 und 100 subjektiv als grösser empfunden wird als der Unterschied zwischen 1'000 und 1'100. <sup>12</sup> Der Knick am Referenzpunkt bedeutet, dass Menschen sich im Bereich möglicher Gewinne risikoscheu (*risk averse*), im Bereich möglicher Verluste aber risikogeneigt (*risk seeking*) verhalten.



Abbildung 1: Die Wertfunktion der Prospect Theory

[Rz 9] Eine weitere Eigenschaft der Wertfunktion der Prospect Theory ist, dass sie im Bereich der Verluste steiler verläuft als im Bereich der Gewinne. Der «Unwert» eines Verlustes  $-X_1$  wird rund doppelt so stark empfunden wie der Wert des gleichen Gewinnes  $X_1$ . <sup>13</sup> Die verstärkte Abneigung gegenüber Verlusten wird als «*loss aversion*» bezeichnet. <sup>14</sup>

[Rz 10] Die Prospect Theory ist ein deskriptives Modell menschlichen Verhaltens; d.h., sie sagt nicht, wie man sich verhalten soll, sondern beschreibt, wie sich Menschen tatsächlich verhalten. Als solche ist sie äusserst erfolgreich, das menschliche Verhalten sowohl unter Laborbedingungen <sup>15</sup> als auch im wirklichen Leben <sup>16</sup> vorauszusagen. Darstellungseffekte treten auch dann auf, wenn es um Einsätze in der Höhe mehrerer Monatslöhne der Versuchspersonen geht. <sup>17</sup> Auch Experten sind nicht gegen den Einfluss der Darstellung gefeit. <sup>18</sup> Daniel Kahneman hat 2002 den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften unter anderem für die Entwicklung der Prospect Theory erhalten. <sup>19</sup>

### III. Der Darstellungseffekt im Recht

[Rz 11] 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.<sup>20</sup> 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.

#### 1. Laborexperimente

[Rz 12] Jeffrey Rachlinski hat diese Voraussage der Prospect Theory in einem einfachen Laborexperiment mit Studierenden überprüft.<sup>21</sup> Die Hälfte seiner Versuchspersonen – die Kläger – hatten 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 Prozesses 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.<sup>22</sup>

[Rz 13] Weitere Laborexperimente mit komplexeren Sachverhalten bestätigen, dass Beklagte regelmässig risikogeneigt sind, also das Urteil wählen, während Kläger den Vergleich vorziehen.<sup>23</sup> Ein Experiment von Linda Babcock und Kolleginnen zeigt zudem, dass auch Prozessanwälte mit durchschnittlich zwölf Jahren Berufserfahrung dem Darstellungseffekt unterliegen.<sup>24</sup>

#### 2. Feldstudien

[Rz 14] Verhalten sich Beklagte auch ausserhalb des Labors – zu ihrem finanziellen Schaden – risikogeneigt? Zwei amerikanische Feldstudien und statistische Daten aus der Schweiz legen diesen Schluss nahe.

[Rz 15] Gemäss dem ökonomischen Modell des Prozessverhaltens ist davon auszugehen, dass Kläger und Beklagte jeweils in 50 % der Fälle, die bis zum Urteil durchprozessiert werden, obsiegen.<sup>25</sup> Der Kläger wird vergleichsweise eine Summe akzeptieren, die dem entspricht, was er sich bei positivem Ausgang des Prozesses erhofft, abzüglich der Kosten der Prozessführung.<sup>26</sup> Der Beklagte andererseits wird vergleichsweise maximal eine Summe offerieren, 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 vom Kläger erhofften 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, in denen die Parteien die Prozesschancen unterschiedlich einschätzen – mit anderen Worten werden in der Regel nur die schwierigen Streitigkeiten, deren Ausgang kaum prognostizierbar ist, bis zum bitteren Ende ausgefochten.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

[Rz 16] 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.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> Aber nicht jeder Fall, in dem dem Kläger eine geringe Summe zugesprochen wird, kann ernsthaft als erfolgreich bezeichnet werden: Die durch das Urteil zugesprochene Summe muss zumindest über dem letzten Vergleichsangebot des Beklagten liegen, sonst war der (nach amerikanischem Prozessrecht uneinbringliche) Aufwand für den Prozess vergeblich. Gross/Syverud nahmen als Massstab des Obsiegens 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 null betragen.<sup>31</sup>

[Rz 17] Die den Klägern zugesprochene Summe lag aber in allen Fällen, in denen entsprechende Daten erhoben werden konnten, über null;<sup>32</sup> das von den Beklagten gemachte Vergleichsangebot war mit anderen Worten ungenügend. Dieses Resultat lässt sich durch den Darstellungseffekt erklären.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup>

[Rz 18] 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 selbst bezahlen müssen, der Vorteil der Kläger besonders gross war.<sup>35</sup> Die Kläger in Handelssachen bekamen in 80 % der Fälle mehr zugesprochen als das letzte Vergleichsangebot des Beklagten.<sup>36</sup> Die Kläger verlangten oft weniger, als ihnen schliesslich 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 80 % der Fälle.<sup>37</sup>

[Rz 19] In einer weiteren Feldstudie analysierte Rachlinski 656 ebenfalls von kalifornischen Gerichten entschiedene Fälle.<sup>38</sup> Auch er verglich die letzten Vergleichsangebote von Kläger und Beklagten mit den letztlich zugesprochenen Summen. Ihre Risikoneigung kam die Beklagten teuer zu stehen, wenn der Streit durch Urteil entschieden wurde. 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.<sup>39</sup> Dies gilt auch dann, wenn beide Parteien juristische Personen sind (die sich theoretisch rationaler verhalten sollten). Die unterlassene Einigung kostete die beklagten juristischen Personen im Schnitt \$ 550'282 pro Streitfall – ohne Anwaltskosten.<sup>40</sup>

[Rz 20] 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.<sup>41</sup> Die aargauischen Bezirksgerichte haben 2002 von 375 durch Urteil entschiedenen Zivilsachen 238 vollständig gutgeheissen (63 %), 74 teilweise gutgeheissen und nur 63 vollständig abgewiesen.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> Die 50:50-Hypothese des klassischen ökonomischen Modells lässt sich auch in der Schweiz nicht belegen.

[Rz 21] Die tatsächlichen Daten stimmen jedoch gut mit den Voraussagen der Prospect Theory überein. Kläger sind, weil sie risikoscheu 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 (von ihnen zu bezahlende) Summe über dem Vergleichsangebot der Gegenseite liegt. Kläger sollten daher ermutigt werden, weniger nachgiebig zu sein, während den Beklagten vermehrt zum Vergleich zu raten ist.<sup>45</sup>

#### IV. Unterliegen auch Richter dem Darstellungseffekt?

[Rz 22] 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 %) entschieden.<sup>46</sup> Für das Handelsgericht Zürich, wo praxisgemäss nach dem ersten Schriftenwechsel eine Vergleichsverhandlung unter Vorsitz des Instruktionsrichters durchgeführt wird, sind die Zahlen ähnlich.<sup>47</sup> 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.

[Rz 23] In vielen Kantonen sind Vergleichsverhandlungen unter Leitung des Instruktionsrichters üblich. Der Richter kann dabei, wie praktische Erfahrung und wissenschaftliche Studien<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

## 1. Amerikanische Studie von Guthrie und Kollegen

[Rz 24] Chris Guthrie und Kollegen haben deshalb untersucht, ob amerikanische *Magistrate Court Judges*<sup>51</sup> 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 der Kläger eine Chance von 50 % habe, zu gewinnen und die eingeklagten \$ 200'000 zu erhalten. Verliere er, bekomme er nichts. Die Anwaltskosten, um den Prozess bis zum Ende durchzuziehen, betragen \$ 50'000 pro Partei und es bestehe keine Möglichkeit, diese Kosten von der anderen Partei ersetzt zu bekommen.<sup>52</sup>

[Rz 25] 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.<sup>53</sup>

[Rz 26] Der Kläger steht somit vor der Wahl, \$ 60'000 auf sicher zu akzeptieren oder ein «Spiel» mit einem erwarteten Wert von \$ 50'000 ( $0,5 \times \$ 200'000$  Urteil +  $0,5 \times \$ 0$  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 ( $0,5 \times - \$ 150'000$  Urteil +  $0,5 \times \$ 0$  Urteil - \$ 50'000 Anwaltskosten). In beiden Fällen ist der Vergleich daher die bessere, und einzig rationale, Wahl.

[Rz 27] 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 war statistisch signifikant.<sup>54</sup> Richter scheinen, wie Parteien, vom Darstellungseffekt beeinflusst zu werden.

## 2. Schweizer Studie

[Rz 28] Im Herbst 2003 schickte ich einen Fragebogen an 401 Richterinnen und Richter der Zivil- und Strafgerichte der Kantone Aargau, St. Gallen und Zürich. Einer der zu beurteilenden Sachverhalte<sup>55</sup> betraf eine Zivilstreitigkeit zwischen zwei Baufirmen, die um die Aufteilung des Gewinns aus einem gemeinsamen Projekt stritten (der genaue Text des Sachverhalts findet sich in der folgenden Fussnote).<sup>56</sup>

[Rz 29] Die Richter, die den Fall aus der Sicht der Klägerin beurteilten, wurden gefragt, ob sie der Klägerin empfehlen würden, die von der Beklagten angebotene Zahlung von Fr. 50'000 für den Rückzug der Klage anzunehmen. Aufgrund der Angaben im Sachverhalt stellte sich für die Klägerin die Wahl zwischen sicheren Fr. 40'000<sup>57</sup> oder einem «Spiel», bei dem sie eine 50% Chance hat, Fr. 135'000<sup>58</sup> zu gewinnen und eine 50% Chance, Fr. 55'000<sup>59</sup> zu verlieren. Der erwartete Wert des Spiels beträgt daher für die Klägerin ebenfalls Fr. 40'000.

[Rz 30] Der anderen Hälfte der Richter wurde erklärt, dass die Klägerin der Beklagten anbiete, die Klage gegen eine Zahlung von Fr. 100'000 zurückzuziehen.<sup>60</sup> Diese Gruppe wurde gefragt, ob die Beklagte Fr. 100'000 zahlen sollte, um den Prozess zu erledigen («Beklagte-Gruppe»).

[Rz 31] Die Beklagte hat die Wahl, entweder Fr. 110'000<sup>61</sup> sofort zu bezahlen oder mit einem Risiko von 50% entweder Fr. 205'000<sup>62</sup> oder Fr. 15'000<sup>63</sup> zu bezahlen. Der erwartete Wert des «Spiels» beträgt für die Beklagte daher - Fr.110'000.

[Rz 32] 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.

### 3. Resultate

[Rz 33] 181 der 401 angeschriebenen Richterinnen und Richter retournierten den Fragebogen (45 %).<sup>64</sup> Von den 181 Richterinnen und Richter, die den Fragebogen retournierten, beantworteten 176 die Frage nach der Vergleichsempfehlung.

[Rz 34] 56,6 % (43 von 76) der Richterinnen und Richter, die den Fall aus der Sicht der Klägerin beurteilten, empfahlen, die angebotene Zahlung von Fr. 50'000 zu akzeptieren und den Prozess 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 Streit zu beenden. Die Wahrscheinlichkeit, dass es keinen Unterschied zwischen den beiden Gruppen gibt und die unterschiedliche Verteilung der Antworten auf Zufall zurückzuführen ist, beträgt 7,4 %.<sup>65</sup> Der Unterschied ist daher gemäss der üblichen Konvention in den Sozialwissenschaften, die eine Signifikanz erst ab einem p-Wert von 0,5 annimmt, knapp nicht signifikant.<sup>66</sup> Aufgrund der Feldstudien und der amerikanischen Studie von Guthrie und Kollegen liegt es aber dennoch nahe, anzunehmen, dass auch Richterinnen und Richter dem Darstellungseffekt unterliegen.

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

Tabelle 1: Vergleichsempfehlung

[Rz 35] Ein auffälliger Unterschied zeigt sich in der Vergleichsfreudigkeit der amerikanischen und der schweizerischen Richterinnen und Richter. Die schweizerischen Richter sind erheblich vergleichsfreundlicher als ihre amerikanischen Kolleginnen. 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 Streit zu vergleichen.<sup>67</sup> 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 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 Vergleich bei den amerikanischen Richtern verglichen mit 43 % der schweizerischen Richterinnen.<sup>68</sup>

### V. Fazit

[Rz 36] Wenn Richterinnen und Richter dem gleichen Darstellungseffekt unterliegen wie die Parteien, werden sie der Klägerin eher zum Vergleich raten als der Beklagten.<sup>69</sup> 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.

[Rz 37] 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.<sup>70</sup> Im Beispielfall des Prozesses zwischen den beiden Bauunternehmen kann ein Richter versuchen, der Beklagten klar zu machen, dass sie im Falle eines Vergleiches 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.

---

Mark Schweizer, LL.M. Der Autor arbeitet zurzeit an einer Dissertation über kognitive Illusionen und juristische Entscheidungen.

---

- <sup>1</sup> Amos Tversky/Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, *Science*, Vol. 211, S. 453 ff., 454 (1981).
- <sup>2</sup> Tversky/Kahneman, FN 1, 454.
- <sup>3</sup> Siehe beispielsweise Harry Markowitz, *The Utility of Wealth*, *Journal of Political Economy*, Vol. 60, S. 151 ff. (1952).
- <sup>4</sup> Tversky/Kahneman, FN 1, 453.
- <sup>5</sup> Tversky/Kahneman, FN 1, 453.
- <sup>6</sup> Bei John R. Anderson, *Kognitive Psychologie*, 2. Auflage, Heidelberg 1996, 335, wird *framing m. E.* missglückt als «Rahmungseffekt» übersetzt.
- <sup>7</sup> Siehe generell Daniel Kahneman/Amos Tversky, *Choices, Values, and Frames*, *American Psychologist*, Vol. 39, S. 341 ff. (1984) (enthalten als erstes Kapitel in Daniel Kahneman/Amos Tversky (Hrsg.), *Choices, Values and Frames*, New York, 2000).
- <sup>8</sup> Kahneman/Tversky, a. a. O., 342 ff.
- <sup>9</sup> Amos Tversky/Daniel Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, *Journal of Business*, Vol. 59, S. 251 ff., 257 (1986).
- <sup>10</sup> Daniel Kahneman/Amos Tversky, *Prospect theory: An analysis of decision under risk*, *Econometrica*, Vol. 47, S. 263 ff. (1979); später erweitert in Amos Tversky/Daniel Kahneman, *Cumulative Representation of Uncertainty*, *Journal of Risk and Uncertainty*, Vol. 5, S. 297 ff. (1992). Beide Aufsätze sind in dem in FN 7 erwähnten Sammelband abgedruckt.
- <sup>11</sup> Die Abbildung entspricht mit wenigen Änderungen der bei Jonathan J. Koehler, *Which Chance was Lost? The Psychology of Damage Awards under the Loss of Chance Doctrine*, in Isabelle Brocas/Juan D. Carillo (Hrsg.), *The Psychology of Economic Decisions: Volume II: Reasons and Choices*, Oxford 2004, 216, abgebildeten Wertfunktion.
- <sup>12</sup> Tversky/Kahneman, FN 1, 454.
- <sup>13</sup> Amos Tversky/Daniel Kahneman, *Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model*, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 106, S. 1039 ff.; Daniel Kahneman/Jack L. Knetsch/Richard H. Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coarse Theorem*, *Journal of Political Economy*, Vol. 98, S. 1325 ff. (1990), Nachdruck in Cass R. Sunstein (Hrsg.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge 2000, 211 ff.
- <sup>14</sup> Daniel Kahneman/Jack L. Knetsch/Richard H. Thaler, *The Endowment Effect, Loss Aversion and the Status Quo Bias*, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, S. 193 ff. (1991).
- <sup>15</sup> Eine Zusammenfassung zahlreicher Laborexperimente bieten Irwin P. Levin/Sandra L. Schneider/Gary J. Gaeth, *All Frames Are not Created Equal: A Typology and Critical Analysis of Framing Effects*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Vol. 76, S. 149 ff. (1998).
- <sup>16</sup>

- Colin F. Camerer, *Prospect Theory in the Wild: Evidence from the Field*, in Kahneman/Tversky (Hrsg.), FN 7, 288 ff.; Shlomo Benartzi/Richard H. Thaler, *Myopic Loss Aversion and the Equity Premium Puzzle*, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 110, S. 73 ff. (1995); Eric J. Johnson/John Hershey/Jacqueline Mezaros/Howard Kunreuther, *Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions*, *Journal of Risk and Uncertainty*, Vol. 7, S. 35 ff. (1993). Die beiden letztgenannten Aufsätze sind ebenfalls in dem in FN 7 erwähnten Sammelband abgedruckt.
- <sup>17</sup> Steven J. Kachelmeier/Mohamed Shehata, *Examining Risk Preferences Under High Monetary Incentives: Experimental Evidence From the People's Republic of China*, *American Economic Review*, Vol. 82, S. 1120 ff. (1992).
- <sup>18</sup> William J. Qualls/Christopher P. Puto, *Organizational Climate and Decision Framing: An Integrated Approach to Analyzing Industrial Buying Decisions*, *Journal of Marketing Research*, Vol. 26, S. 179 ff. (1989) (für Einkaufsmanager); Michael J. Roszkowski/Glen E. Snelbecker, *Effects of »Framing« on Measures of Risk Tolerance: Financial Planners are Not Immune*, *Journal of Behavioral Economics*, Vol. 19, S. 237 (1990).
- <sup>19</sup> <http://nobelprize.org/economics/laureates/2002/index.html> (besucht am 29. Januar 2005). Amos Tversky ist 1996 verstorben; der Nobelpreis wird nicht posthum verliehen.
- <sup>20</sup> Jeffrey J. Rachlinski, *Gains, Losses and the Psychology of Litigation*, *Southern California Law Review*, Vol. 70, S. 113 ff., 118 f. (1996).
- <sup>21</sup> Rachlinski, FN 20, 128.
- <sup>22</sup> Rachlinski, a. a. O.
- <sup>23</sup> Russel Korobkin/Chris Guthrie, *Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach*, *Michigan Law Review*, Vol. 93, S. 107 ff., 133 ff. (1994); Rachlinski, FN 20, 136 f.
- <sup>24</sup> 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*, Vol. 15, S. 289 ff., 296 f. (1995).
- <sup>25</sup> George L. Priest/Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 13, S. 1 ff. (1984).
- <sup>26</sup> 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.
- <sup>27</sup> Priest/Klein, FN 25, 13.
- <sup>28</sup> Priest/Klein, a. a. O., 5.
- <sup>29</sup> Samuel R. Gross/Kent D. Syverud, *Getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial*, *Michigan Law Review*, Vol. 90, S. 319 ff. (1991). Die Daten stammen aus *Jury Verdict Weekly*; *Jury Verdict Weekly* erfasst rund 90 % aller Geschworenengerichtsurteile in Kalifornien.
- <sup>30</sup> Gross/Syverud, a. a. O., 333.
- <sup>31</sup> 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.
- <sup>32</sup> Gross/Syverud, FN 29, 354 (für Personenschäden), 357 (für Verkehrsunfälle), 369 (für Handelssachen), 374 f. (für Arbeitsstreitigkeiten).
- <sup>33</sup> Gross/Syverud, a. a. O., 371, schreiben es der (fehlgeschlagenen) Verhandlungsstrategie der Beklagten zu.
- <sup>34</sup> Rachlinski, FN 20, 150.
- <sup>35</sup> In personal injury cases wird hingegen meist ein Erfolgshonorar vereinbart, was zu anderen Anreizen für strategisches Verhandeln führt.
- <sup>36</sup> Gross/Syverud, FN 29, 367.
- <sup>37</sup> Gross/Syverud, i. e., 370.
- <sup>38</sup> Rachlinski, FN 20, 152 ff.
- <sup>39</sup> Rachlinski, a. a. O., 155.
- <sup>40</sup>



- Rachlinski, a. a. O., 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 29, 371. Wegen der fehlenden empirischen Daten über verglichene Fälle ist es nicht möglich, diese Annahme zu überprüfen.
- <sup>41</sup> Verwaltungsbericht des Obergerichts des Kantons Bern 2003, S. 19, Tafel IV (erhältlich unter [www.be.ch/OG/](http://www.be.ch/OG/) -> Publikationen; besucht am 29. Januar 2005).
- <sup>42</sup> Obergericht des Kantons Aargau, Rechenschaftsbericht Justizbehörden 2001/2002, Anhang 3, S. 7 (erhältlich unter [www.ag.ch/obergericht/de/pub/angebote/rechenschaftsberichte.htm](http://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.
- <sup>43</sup> Jahresbericht 2003 des Kantonsgerichts Graubündens, Tabelle 7b 1 (erhältlich unter [www.kg-gr.ch/](http://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.
- <sup>44</sup> Obergericht des Kantons Aargau, FN 42, Anhang 1, S. 11.
- <sup>45</sup> Chris Guthrie/Jeffrey J. Rachlinski/Andrew J. Wistrich, *Inside the Judicial Mind*, Cornell Law Review, Vol. 86, S. 777 ff., 798.
- <sup>46</sup> Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich 2003, 100 (70 Verfahren wurden «anderweitig» erledigt).
- <sup>47</sup> A. a. O., 154.
- <sup>48</sup> Urs Egli, *Vergleichsdruck im Zivilprozess*, Diss. Zürich 1996, 63.
- <sup>49</sup> Egli, a. a. O., 104 ff.
- <sup>50</sup> Guthrie/Rachlinski/Wistrich, Fn 45, 798.
- <sup>51</sup> Zu Rolle und Aufgaben der Magistrate Court Judges siehe Philip M. Pro/Thomas C. Hnatowski, *Measured Progress: The Evolution and Administration of the Federal Magistrate Judges System*, American Law Review, Vol. 44, S. 1503 ff. (1995).
- <sup>52</sup> Guthrie/Rachlinski/Wistrich, FN 45, 796.
- <sup>53</sup> Guthrie/Rachlinski/Wistrich, a. a. O.
- <sup>54</sup> Guthrie/Rachlinski/Wistrich, a. a. O., 797.
- <sup>55</sup> Weitere Sachverhalte betrafen andere kognitive Illusionen, die mit dem hier besprochenen Darstellungseffekt nichts zu tun haben und werden in meiner Dissertation «Kognitive Illusionen im Gerichtssaal» erörtert werden (voraussichtlich 2005).
- <sup>56</sup> «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.»
- <sup>57</sup> Fr. 50'000 Vergleichszahlung - Fr. 10'000 Anwalts- und Gerichtskosten = Fr. 40'000.
- <sup>58</sup> Fr. 150'000 Urteil + Fr. 15'000 Parteientschädigung - Fr. 30'000 Anwaltskosten = Fr. 135'000.
- <sup>59</sup> - Fr. 30'000 Anwaltskosten - Fr. 15'000 Parteientschädigung - Fr. 10'000 Gerichtskosten = - Fr. 55'000.
- <sup>60</sup> Wiederum unter Wettschlagung der Anwalts- und hälftiger Teilung der Gerichtskosten.
- <sup>61</sup> - Fr. 100'000 - Fr. 10'000 Anwalts- und Gerichtskosten = - Fr. 110'000.
- <sup>62</sup> - Fr. 150'000 Urteil - Fr. 30'000 Anwaltskosten - Fr. 15'000 Parteientschädigung - Fr. 10'000 Gerichtskosten = - Fr. 205'000.

<sup>63</sup> *Fr. 0 Urteil - Fr. 30'000 Anwaltskosten + Fr. 15'000 Parteientschädigung = - Fr. 15'000.*

<sup>64</sup> *Dies entspricht der üblichen Rücklaufquote für solche brieflichen Umfragen, siehe beispielsweise André Kuhn/Patrice Villetaz/Aline Jayet/Florian Willi, Öffentliche Meinung und Strenge der Richter, Crimiscope Nr. 19, Juni 2001, S. 2, die eine Rücklaufquote von 44 % rapportieren.*

<sup>65</sup>  $\chi^2 = 3,187; p = 0,074$ . Zum  $\chi^2$ -Test siehe Ben Jann, *Einführung in die Statistik, München 2002, 155 f.*

<sup>66</sup> *Zur Bedeutung des p-Werts siehe Hans Zeisel/David Kaye, Prove it with Figures: Empirical Methods in Law and Litigation, New York 1997, 79 ff.; Ralf Bender/Stefan Lange, Was ist der p-Wert?, Deutsche Medizinische Wochenschrift, Vol. 126, S. 39 f. (2001).*

<sup>67</sup> *Guthrie/Rachlinski/Wistrich, FN 45, 797. Der Unterschied zwischen den beiden Kläger/Gewinn-Gruppen ist signifikant;  $\chi^2 = 4,498, p = 0,034$ .*

<sup>68</sup> *Der Unterschied ist hier allerdings nicht signifikant,  $\chi^2 = 1,191, p = 0,275$ .*

<sup>69</sup> *Guthrie/Rachlinski/Wistrich, FN 45, 796.*

<sup>70</sup> *Tversky/Kahneman, FN 9, 268.*

Rechtsgebiet: Rechtsphilosophie. Rechtstheorie. Rechtssoziologie

Erschienen in: Jusletter 7. März 2005

Zitiervorschlag: Mark Schweizer, Darstellungseffekt und Risikoverhalten im Zivilprozess, in: Jusletter 7. März 2005

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3752>