

Mark Schweizer

Prozesskostenerstattung und Wahrscheinlichkeit eines Vergleichs

**Eine Ergänzung zu Laurent Bieri, *Le risque de devoir payer des dépens pour la procédure de conciliation encourage-t-il les parties à accepter un arrangement ?*,
in: Jusletter 9. März 2015**

Der Beitrag setzt die von Laurent Bieri angestossene Diskussion über die Auswirkungen der Kostenerstattungspflicht für die Kosten des Schlichtungsverfahrens auf die Vergleichsbereitschaft der Parteien fort. Empirische Studien kommen zu weniger eindeutigen Ergebnissen, als das theoretische Modell von Shavell vermuten liesse. Eine wichtige Erkenntnis aus dem Bundesgerichtsurteil vom 23. Januar 2015 ist, dass sich empirische und normative Fragen häufig nicht so klar trennen lassen, wie dies die Rechtswissenschaft herkömmlicherweise annimmt. Empirische Forschung sollte daher vermehrt auch bei der Gesetzesauslegung berücksichtigt werden.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Privatrecht; Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Mark Schweizer, Prozesskostenerstattung und Wahrscheinlichkeit eines Vergleichs, in: Jusletter 13. April 2015

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Theoretische Literatur zum Einfluss der Kostenerstattungsregelung auf die Wahrscheinlichkeit eines Vergleichs
- III. Empirische Literatur zum Einfluss der Kostenerstattungsregelung auf die Wahrscheinlichkeit eines Vergleichs
- IV. Fazit: Empirie ist schmutzig, aber wichtig

I. Einführung

[Rz 1] In einem Grundsatzurteil vom 23. Januar 2015 hat das Bundesgericht festgehalten, dass Art. 113 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), der bestimmt, dass im Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen werden, nicht verbietet, der obsiegenden Partei im Hauptverfahren auch eine Entschädigung für die Kosten des Schlichtungsverfahrens zuzusprechen.¹ Das Bundesgericht nennt drei Gründe, die für seine Auffassung sprechen: erstens der Wortlaut von Art. 113 Abs. 1 ZPO, der nur Parteientschädigungen «im», nicht aber «für» das Schlichtungsverfahren ausschliesse und folglich der Zusprechung einer Parteientschädigung auch für das Schlichtungsverfahren im Hauptverfahren nicht entgegenstehe. Zweitens sei es in der Praxis schwierig bis unmöglich, den anwaltlichen Aufwand für das Schlichtungsverfahren von der Prozessvorbereitung abzugrenzen, da die gleichen Arbeiten anfielen. Interessant im vorliegenden Zusammenhang, und den Kommentar von LAURENT BIERI provozierend, ist die Bemerkung des Bundesgerichts, dass die Aussicht, im Hauptverfahren auch zur Bezahlung einer Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren verpflichtet zu werden, die Parteien eher dazu bewege, einen Vergleich abzuschliessen.² BIERI weist darauf hin, dass es nach einem führenden theoretischen Modell des Verhaltens von Streitparteien im Gegenteil so ist, dass die Gefahr, zur Erstattung der Prozesskosten der obsiegenden Partei verpflichtet zu werden, regelmässig dazu führt, dass weniger oft verglichen wird.³ In diesem Beitrag möchte ich aufzeigen, dass die Antwort auf diese im Kern empirische Frage weniger eindeutig ist als von BIERI dargestellt. Gleichzeitig zeigt die Argumentation des Bundesgerichts, dass sich normative und empirische Fragen nicht so streng trennen lassen, wie dies die traditionelle Rechtswissenschaft annimmt.

II. Theoretische Literatur zum Einfluss der Kostenerstattungsregelung auf die Wahrscheinlichkeit eines Vergleichs

[Rz 2] Warum es überhaupt zu Zivilprozessen kommt, ist in einem ökonomischen Modell, das vollständige Rationalität und vollständige Information aller Parteien annimmt, erst einmal ein Rätsel. Ein Prozess führt zu ungedeckten Kosten, die die Parteien bei einer vergleichsweisen Einigung unter sich aufteilen können.⁴ Nach dem von LANDES, POSNER und GOULD erstmals vorgeschlagenen «Optimismus» Modell des Zivilprozesses ist es die unterschiedliche Einschätzung

¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_463/2014 vom 23. Januar 2015, zur Publikation vorgesehen.

² Urteil des Bundesgerichts 4A_463/2014 vom 23. Januar 2015, zur Publikation vorgesehen, E. 5.3.

³ LAURENT BIERI, Le risque de devoir payer des dépens pour la procédure de conciliation encourage-t-il les parties à accepter un arrangement ?, in: Jusletter 9. März 2015, Rz. 6 ff.

⁴ B. CHOPARD/T. CORTADE/E. LANGLAIS, Trial and settlement negotiations between asymmetrically skilled parties, *International Review of Law and Economics* 1/2010, 18, 18.

der Wahrscheinlichkeit des Obsiegens durch (potentielle) Kläger und Beklagte, die dazu führt, dass sich die Parteien nicht einigen können.⁵ Wenn beide Parteien glauben, zu gewinnen, kommt es zum Prozess (bis zum Urteil). SHAVELLS Aufsatz von 1982, der BIERIS Ausführungen zugrunde liegt, gilt als die vollständigste Ausformung dieses Modells.⁶ SHAVELL zeigt, dass die Regel, wonach die unterliegende Partei die obsiegende Partei für ihre Prozesskosten entschädigen muss (in der Literatur meist als «englische Regel») bezeichnet, dazu führt, dass optimistische Parteien weniger häufig vergleichen als unter der «amerikanischen Regel», gemäss der jede Partei ihre eigenen Kosten trägt. Der Grund dafür ist, intuitiv gesprochen, dass die Wahrscheinlichkeit einer Einigung umso grösser ist, je höher die ungedeckten Prozesskosten sind, und die ungedeckten Prozesskosten sind für die Partei, die erwartet zu gewinnen, unter der englischen Regel geringer als unter der amerikanischen Regel. Wenn beide Parteien glauben, dass sie mit einer Wahrscheinlichkeit von 50% gewinnen, ändert sich die Höhe der erwarteten Kosten hingegen nicht,⁷ und die Wahl zwischen der amerikanischen und der englischen Regel hat keinen Einfluss auf die Vergleichsrate. Ist der Kläger pessimistisch, führt die Kostentragung durch die unterliegende Partei dazu, dass sich seine erwarteten ungedeckten Kosten erhöhen, und die englische Regel führt eher zum Vergleich. Allerdings kommt es in diesem Fall kaum zum Prozess,⁸ weshalb unter dem «Optimismus» Modell des Zivilprozesses davon auszugehen ist, dass Zivilprozesse bei Kostentragung durch die unterliegende Partei weniger oft verglichen werden.

[Rz 3] Eine weitere Voraussage des auch als «Standard-Litigation-Model» bezeichneten Modells ist jedoch auch, dass die englische Regel zu höheren Investitionen in den Prozess führt, was sozial nicht erwünscht ist.⁹ Diese Erweiterungen des «Optimismus» Modells nehmen an, dass mehr Investitionen in die Prozessführung (wie mehr und/oder teurere Anwälte oder Sachverständige) dazu führen, dass die Aussicht, den Prozess zu gewinnen, für die Partei steigt, die die Investitionen trifft. Die Kostentragung durch die unterliegende Partei führt nun einerseits dazu, dass der mögliche Gewinn und Verlust im Urteilsfall grösser sind als unter der amerikanischen Regel, wodurch sich der Grenzertrag einer zusätzlichen Investition in den Rechtsstreit erhöht. Andererseits trägt jede Partei die eigenen Kosten nur mit einer Wahrscheinlichkeit von (1 — Erfolgsaussichten), d.h. je siegessicherer sie ist, desto weniger erwartet sie, die eigenen Kosten zu tragen. Da in der Regel wie erwähnt beide Parteien zu optimistisch sind, führt die englische Regel zu einer unerwünschten Überinvestition in die Prozessführung.

[Rz 4] Das «Optimismus» Modell des Zivilprozesses ist nicht das einzige theoretische rechtsökonomische Modell des Verhaltens von Parteien in Zivilverfahren geblieben. Die theoretische Literatur hat im Gegenteil inzwischen ein Ausmass erreicht, das als unüberschaubar bezeichnet wird.¹⁰ Eine zweite wichtige Gruppe von Modellen lockert die Annahme vollständiger Informa-

⁵ W. M. LANDES, An economic analysis of the courts, *Journal of Law and Economics* 1971, 61; J. P. GOULD, The economics of legal conflicts, *The Journal of Legal Studies* 1973, 279; R. A. POSNER, *Economic analysis of law*, 2. Aufl. New York 1977, 434 ff., 445 ff.

⁶ S. SHAVELL, Suit and settlement vs. trial, A theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs, *Journal of Legal Studies* 1982, 55. BIERI zitiert S. SHAVELL, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge 2004, 431, der auf dem Aufsatz von 1982 beruht.

⁷ Unter der Annahme, dass die eigenen Kosten für beide Parteien gleich hoch sind.

⁸ SHAVELL (Fn. 6), 78.

⁹ R. BRAEUTIGAM/B. OWEN/J. PANZAR, Economic analysis of alternative fee shifting systems, in *Law & Contemporary Problems* 1984, 173; A. KATZ, Judicial decisionmaking and litigation expenditure, *International Review of Law and Economics* 2/1988, 127.

¹⁰ A. W. KATZ/C. W. SANCHIRICO, Fee Shifting in Litigation: Survey and Assessment, *University of Pennsylvania Institute*

tion, die dem «Standard-Litigation-Model» zugrundliegt. In diesen Modellen verfügen die Parteien über unterschiedliches privates Wissen, das zu unterschiedlichen Einschätzungen der Prozessaussichten führt. In dem wohl bekanntesten spieltheoretischen Modell mit asymmetrischer Information von BEBCHUK hat der (potentielle) Beklagte private Informationen zur Gewinnchance des Klägers.¹¹ Vorstellen kann man sich z.B., dass ein Chirurg, dem vorgeworfen wird, gegen die ärztliche Sorgfaltspflicht verstossen zu haben, weiss, ob er tatsächlich einen Fehler gemacht hat. Er muss annehmen, dass dies im Prozess spätestens im Beweisverfahren zu Tage kommt. Der Patient (potentieller Kläger) hingegen weiss in einem frühen Stadium des Prozesses nicht, ob der Chirurg einen Fehler gemacht hat oder nicht, er kann die zwei «Arten» von Beklagten nicht unterscheiden. Der Kläger steckt in dem Dilemma, dass ein zu grosszügiges (tiefes) Vergleichsangebot auch von Beklagten akzeptiert wird, die den Prozess verlieren würden, und in dem Fall wäre es besser gewesen, auf einem Urteil zu bestehen. Je grösser die Unsicherheit des Klägers über das für den Beklagten maximal akzeptierbare Vergleichsangebot (Vorbehaltspreis),¹² desto eher kommt es unter asymmetrischen Informationsmodellen zu einem Urteil. Da bei der englischen Regel im Urteilsfall ein grösserer Betrag zugesprochen wird, vergrössert sich der Unterschied zwischen den zwei Arten von Beklagten, und die Informationsprobleme kommen stärker zu tragen.¹³ Entsprechend ist die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer vergleichsweisen Einigung kommt, auch beim asymmetrischen Informationsmodell von BEBCHUK geringer, wenn die unterliegende Partei der obsiegenden Partei (einen Teil der) Prozesskosten erstatten muss.

[Rz 5] Zwischenzeitlich wurde eine Vielzahl von asymmetrischen Informationsmodellen steigender Komplexität entwickelt, die sich durch die Modellierung der Verhandlungsstruktur (einmaliges Angebot oder mehrere Angebote), durch die Partei, die über private Informationen verfügt (Kläger, Beklagter, oder beide) und den Inhalt der privaten Information (Wahrscheinlichkeit des Obsiegens, Höhe der zugesprochenen Summe, Kosten der Prozessführung u.a.) unterscheiden.¹⁴ Nicht alle Modelle kommen zum Schluss, dass die amerikanische Regel zu einer höheren Vergleichsquote führt. CHOPARD ET AL., nehmen an, dass die Parteien private Informationen über ihre Fähigkeiten, einen Prozess zu führen, verfügen. Sie zeigen, dass die amerikanische Regel zu mehr Prozessen und höheren Investitionen in den Prozess führt, wenn der Beklagte über private Information verfügt, und dass sich nicht sagen lässt, welche der beiden Regeln zur Kostentragung besser ist, wenn beide Parteien private Informationen haben.¹⁵

for Law and Economics Research Paper 10-30/2010, 14; T. EISENBERG/G. P. MILLER, English Versus the American Rule on Attorney Fees: An Empirical Study of Public Company Contracts, Cornell L. Rev. 2012, 327, 335. Für eine Übersicht siehe KATZ/SANCHIRICO, a.a.O.; H.-Y. B. TANG, Die Rechtsanwaltsvergütung, die Allokation von Prozesskosten und das Rechtsanwaltsfranchising, ausgewählte Problemstellungen der Rechtsökonomik, Diss. Bochum 2012, 102 ff.

¹¹ L. A. BEBCHUK, Litigation and settlement under imperfect information, *The RAND Journal of Economics* 1984, 404.

¹² Nach R. FISHER/W. URY, *Getting to yes, Negotiating agreement without giving in*, Boston 1981, auch als «BATNA», «Best Alternative to a Negotiated Agreement» bezeichnet.

¹³ BEBCHUK (Fn. 11), 412 f.

¹⁴ Für eine Übersicht siehe CHOPARD/CORTADE/LANGLAIS (Fn. 4), 18 ff.; KATZ/SANCHIRICO (Fn. 10), 16 f.; TANG (Fn. 10), 115 ff.

¹⁵ CHOPARD/CORTADE/LANGLAIS (Fn. 4).

III. Empirische Literatur zum Einfluss der Kostenerstattungsregelung auf die Wahrscheinlichkeit eines Vergleichs

[Rz 6] Die mathematische Eleganz rechtsökonomischer Modelle darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass ihr Wert letztlich in ihrem empirischen Gehalt liegt. Ökonomische Modelle sollen das Verhalten von Menschen voraussagen; wenn sie dazu nicht in der Lage sind, taugen sie nichts. Die empirischen Voraussagen ökonomischer Modelle sollten daher an der Wirklichkeit geprüft werden. Im Falle der Modelle zum Verhalten von Parteien in Zivilverfahren wurde dies wiederholt versucht, wenn auch die empirische Literatur sehr viel kleiner ist als die theoretische Literatur.

[Rz 7] Frühe empirische Studien basieren auf Erhebungen mittels Fragebögen bei Anwälten. Sie kommen zum Schluss, dass das Risiko der Kostentragung durch die unterliegende Partei optimistische Parteien tatsächlich eher zur Klageeinreichung motiviert, natürliche Personen allerdings generell von einer Klage abschreckt.¹⁶ Andererseits sagten die befragten Anwälte, in 63% ihrer letzten Fälle habe die Kostentragung im Urteilsfall keine Auswirkungen auf die Vergleichsbereitschaft gehabt, vor allem weil der potenziell erstattete Betrag zu gering und/oder die Parteien «zu weit auseinander» waren.¹⁷ In den übrigen 37% hatte, in Übereinstimmung mit den meisten theoretischen Modellen, die Kostenerstattungspflicht eine vergleichsfördernde Wirkung.

[Rz 8] Es wurde auch versucht, die Voraussagen ökonomischer Modelle experimentell zu testen. Die erste experimentelle Studie zu den Auswirkungen von Kostenerstattungsregelungen auf die Vergleichshäufigkeit stellte fest, dass unter der englischen Regel 30% *weniger* Vergleiche abgeschlossen wurden als unter der amerikanischen Regel, was im Widerspruch zu den theoretischen Voraussagen steht.¹⁸ Allerdings sind die Ergebnisse von COURSEY und STANLEY wegen der geringen Anzahl Beobachtungen wenig robust, und die Versuchsanordnung verhinderte, dass Optimismus eine Rolle spielen konnte — gerade die zu optimistische Einschätzung der Erfolgsaussichten ist es aber, die gemäss den theoretischen Modellen dazu führt, dass es unter der englischen Regel zu weniger Vergleichen kommt. MAIN und PARK finden in einer weiteren experimentellen Studie keinen Unterschied in der Vergleichsquote zwischen der amerikanischen und der englischen Regel, aber der Kläger erzielt unter der britischen Regel einen günstigeren Vergleich, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass er den Prozess gewinnt, hoch ist.¹⁹ Zum gleichen Resultat kommt eine experimentelle Studie von INGLIS ET AL.²⁰ Höhere Prozessführungskosten führen nach INGLIS ET AL. unter beiden Regeln zu mehr Vergleichen, was wenig überraschend ist, aber den übrigen Resultaten eine gewisse Plausibilität verleiht.

[Rz 9] Feldstudien zur Auswirkung von Kostenerstattungsregeln auf das Parteiverhalten sind rar, weil die Bedingungen, unter denen belastungsfähige Aussagen gemacht werden können, selten vorkommen, da Kostenerstattungsregeln sehr selten geändert werden. Die wohl bekannteste Feldstudie stammt von HUGHES und SNYDER, die sich den Umstand zunutze machten, dass Florida 1980 — auf Lobbying der Ärzteschaft hin — die Kostenerstattungspflicht durch die unterliegen-

¹⁶ H. M. KRITZER, Fee Arrangements and Fee Shifting: Lessons from the Experience in Ontario, *Law and Contemporary Problems* 1984, 125, 136.

¹⁷ S. DI PIETRO/T. W. CARNS, Alaska's English rule: Attorney's fee shifting in civil cases, *Alaska L. Rev.* 1996, 33, 78.

¹⁸ D. L. COURSEY/L. R. STANLEY, Pretrial bargaining behavior within the shadow of the law: Theory and experimental evidence, *International Review of Law and Economics* 2/1988, 161.

¹⁹ B. G. M. MAIN/A. PARK, The British and American Rules: an Experimental Examination of Pre-trial Bargaining in the Shadow of the Law, *Scottish Journal Political Economy* 1/2000, 37.

²⁰ L. INGLIS/K. McCABE/S. RASSENTI/D. SIMMONS, Experiments on the Effects of Cost-Shifting, Court Costs, and Discovery on the Efficient Settlement of Tort Claims, *Florida State University Law Rev.* 2005, 89, 106 f.

de Partei für Arzthaftungsfälle einführte.²¹ HUGHES und SNYDER stellen fest, dass unter der englischen Regel eine höhere Quote von Fällen frühzeitig fallengelassen wird, was mit der theoretischen Voraussage übereinstimmt, dass Kläger mit geringen Erfolgsaussichten von der englischen Regel vom Prozessieren abgehalten werden.²² Andererseits führt die englische Regel zu erheblichen Mehrausgaben für die Prozessführung (zwischen 46% und 150% in den Fällen, die durch Vergleich erledigt wurden), was ebenfalls in Übereinstimmung mit theoretischen Voraussagen steht.²³ Wegen der höheren Ausgaben pro Fall steigen die gesamten Ausgaben für die Prozessführung, obwohl weniger Fälle durch Urteil erledigt werden. Wenn es zum Urteil kommt, sind die Kläger unter der englischen Regel häufiger erfolgreich und es werden ihnen grössere Summen zugesprochen, was mit der Beobachtung zusammenhängt, dass die wenig aussichtsreichen Fälle unter der englischen Regel früh aufgegeben werden.²⁴ Obwohl eigentlich nicht unerwünscht, sondern logische Folge der Anreizwirkungen der englischen Regel, führten die spektakulären Siege der Kläger dazu, dass die Sponsoren der Regeländerung in Florida die Rückkehr zur amerikanischen Regel verlangten, worauf die Kostenerstattungspflicht 1985 wieder abgeschafft wurde. [Rz 10] FENN ET AL. nutzen für ihre Studie eine Gesetzesänderung in England und Wales aus, die am 1. April 2000 in Kraft trat.²⁵ Während die unterliegende Partei schon immer die Anwaltskosten der obsiegenden Partei erstatten musste, war dies vor April 2000 nicht der Fall für ein Erfolgshonorar, das sich der klägerische Anwalt für den Fall ausbedungen hatte, dass der Kläger den Fall gewinnt, und das aus dem zugesprochenen Schadenersatz bezahlt wird. Seit dem 1. April 2000 muss der unterliegende Beklagte auch das Erfolgshonorar erstatten; dadurch soll sichergestellt werden, dass der Kläger vollständig entschädigt wird. Gestützt auf einen Datensatz von annähernd 100'000 Schadenersatzforderungen, die gegen Versicherungsnehmer einer grossen Versicherungsgesellschaft gestellt wurden, können die Autoren abschätzen, welchen Einfluss die Änderung der Kostenerstattungspflicht auf das Verhalten der Parteien hat. Die Autoren kommen zum Schluss, dass die Einführung der erhöhten Kostenerstattungspflicht eine Erhöhung der Anwaltskosten von rund 25% zur Folge hat.²⁶

[Rz 11] Einen gänzlich anderen Ansatz verfolgen EISENBERG und MILLER.²⁷ Sie untersuchen die Streitbeilegungsregelungen in 2'347 kommerziellen Verträgen, die von börsenkotierten Gesellschaften gegenüber der amerikanischen Aufsichtsbehörde Securities and Exchange Commission (SEC) im Jahr 2002 offengelegt werden mussten. Sie stellen fest, dass in 11% der Verträge eine Schiedsvereinbarung getroffen wird, und in 20% der Fälle auf das Recht verzichtet wird, vor staatlichen Gerichten einen Geschworenenprozess zu verlangen. In immerhin 60% aller Verträge wird von der amerikanischen Regel, gemäss der jede Partei die eigenen Prozesskosten trägt, abgewichen. In den Fällen, in denen von der amerikanischen Regel abgewichen wird, wird in rund zwei Drittel der Fälle die englische Regel gewählt. Auf die gesamte Zahl der untersuchten Ver-

²¹ E. A. SNYDER/J. W. HUGHES, The English rule for allocating legal costs: evidence confronts theory, *Journal of Law, Economics, & Organization* 1990, 345.

²² SNYDER/HUGHES (Fn. 21), 366.

²³ SNYDER/HUGHES (Fn. 21), 370 ff.

²⁴ J. W. HUGHES/E. A. SNYDER, Litigation and settlement under the English and American rules: Theory and evidence, *Journal of Law and Economics* 1995, 225.

²⁵ P. FENN/V. GREMBI/N. RICKMAN, «No Win, No Fee», Cost-Shifting and the Costs of Civil Litigation: A Natural Experiment, *Baffi Center Research Paper* 2014-152, 7.

²⁶ FENN/GREMBI/RICKMAN (Fn. 25), 13.

²⁷ EISENBERG/MILLER (Fn. 10).

träge bezogen, wird daher in rund 40% der Fälle die amerikanische Regel, in rund 40% der Fälle die englische Regel und in rund 20% der Fälle eine andere Kostenerstattungsregelung getroffen. Die Autoren schliessen, dass die englische Regel nicht in jedem Fall die effizientere Kostenerstattungsregel ist.²⁸

[Rz 12] Zusammengefasst stützt die empirische Literatur die theoretische Voraussage, dass Parteien mehr in ein Zivilverfahren investieren, wenn die unterliegende Partei die (vollen) Kosten der obsiegenden Partei erstatten muss. Die Auswirkungen auf die Vergleichsbereitschaft sind weniger eindeutig, gehen jedoch in die von der Theorie vorausgesagte Richtung. Wegen der höheren Ausgaben pro Fall bleibt dennoch offen, ob die englische Regel effizienter ist als die amerikanische Regel.

IV. Fazit: Empirie ist schmutzig, aber wichtig

[Rz 13] Wie die obigen Ausführungen unschwer erkennen lassen, ist eine eindeutige Antwort auf die Frage, ob die Pflicht, die Kosten des Schlichtungsverfahrens im Hauptverfahren im Falle des Unterliegens erstatten zu müssen, eine Partei eher zu einem Vergleich bewegt, nicht zu erhalten. Nicht nur kommen die theoretischen und empirischen Studien zu teilweise unterschiedlichen Resultaten, vor allem lassen sich die Resultate auch nicht unbesehen auf die vom Bundesgericht beurteilte Situation übertragen. Die Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren ist sowohl in absoluter Hinsicht als auch relativ zu den übrigen Prozesskosten gering, so dass sich die Situation nicht mit den Fällen vergleichen lässt, die z.B. der Studie von HUGHES und SNYDER zu den Arzthaftungsfällen in Florida zugrunde lagen.

[Rz 14] Die Ausführungen des Bundesgerichts verdeutlichen aber, dass sich normative und empirische Fragen nicht so klar trennen lassen, wie dies die traditionelle Rechtswissenschaft annimmt. Viele scheinbar normative Fragen haben einen empirischen Kern.²⁹ Die Verwechslungsgefahr im Markenrecht ist eine Rechtsfrage.³⁰ Aber die Erfahrungssätze, die zu ihrer Beurteilung herangezogen werden — wie derjenige, dass sich Akronyme besser in der Erinnerung einprägen würden als längere Wortzeichen³¹ —, haben einen empirischen Gehalt. Ob ein Ausstandsgrund vorliegt, ist eine Rechtsfrage. Aber ob ein Sachverhalt einen «objektiven» — besser «konsensfähigen» — Anschein der Befangenheit begründet, ist eine empirische Frage. Entscheidend ist, wie die Rechtssuchenden empfinden.³² Und ob die unterliegende Partei der obsiegenden Partei die Kosten für das Schlichtungsverfahren erstatten soll, ist gemäss Bundesgericht eine Frage, deren Beantwortung nicht nur, aber auch von den tatsächlichen Auswirkungen der Kostenerstattung auf die Vergleichsbereitschaft abhängt.

²⁸ Die englische Regel wird eher gewählt, wenn beide Parteien ihren Sitz in den USA haben, der Vertrag NY-Recht untersteht, und eine Schiedsvereinbarung getroffen wurde, EISENBERG/MILLER (Fn. 10), 365 ff.

²⁹ N. PETERSEN, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, *Der Staat* 2010, 435, 437 f.

³⁰ BGE 126 III 315 E. 4 — «Rivella» (ständige Rechtsprechung).

³¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1760/2012 vom 11. März 2013, E. 7.1 — «ZURCAL / ZORCALA» (ständige Rechtsprechung).

³² Voreingenommenheit und Befangenheit werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Auf das subjektive Empfinden der konkret betroffenen Partei kommt es ebenso wenig an wie auf die tatsächliche Befangenheit des abgelehnten Richters, d.h. seine Unfähigkeit, unparteiisch zu urteilen, Urteil des Bundesgerichts 4A_3/2012 vom 27. Juni 2012, E. 2.3 (ständige Rechtsprechung).

[Rz 15] Natürlich ist die Frage nach dem, was in einer bestimmten Situation als Recht gilt, wissenschaftstheoretisch von sozialwissenschaftlichen Tatsachenaussagen ebenso zu trennen wie von rechtspolitischen Wertaussagen.³³ Aber normative Entscheidungen setzen die Berücksichtigung der Wirklichkeit voraus; man «kann nur sinnvoll entscheiden, was sein soll, wenn man weiss, was überhaupt möglich ist.»³⁴ Im klassischen Methodenkanon ist insbesondere bei der — nach Auffassung mancher Autoren «heute herrschenden»³⁵ — teleologischen Auslegung offensichtlich, dass sich normative und empirische Fragen nicht trennen lassen.³⁶

[Rz 16] Unter dem Begriff «Empirical Legal Studies» hat sich an US-amerikanischen Law Schools in der letzten Dekade eine Forschungsrichtung etabliert, die sich sowohl als Normwissenschaft als auch als Seinswissenschaft versteht.³⁷ Sie versucht mit quantitativen Methoden der Sozialwissenschaften jene Phänomene zu erforschen, die schon lange die Aufmerksamkeit von Rechtsgelehrten und Praktikern genossen haben, aber bislang nur durch Dogmatik, persönliche Erfahrung, Alltagswissen und Mutmassungen erschlossen wurden.³⁸ Die schweizerische Rechtswissenschaft täte gut daran, sich deren Erkenntnisse zu eigen zu machen. Empirische Ergebnisse sind zwar oft nicht so elegant und eindeutig wie theoretische Modelle. Aber sie sind das Beste, was wir haben. Mit der neuen Praxis zur Kostentragung hat das Bundesgericht zudem eine ausgezeichnete Gelegenheit geschaffen, zu untersuchen, welche tatsächlichen Auswirkungen die Regel hat, dass die unterliegende Partei im Hauptverfahren der obsiegenden Partei auch die Kosten für das Schlichtungsverfahren erstatten muss.

MARK SCHWEIZER, PD Dr. iur., LL.M. (Ann Arbor), Rechtsanwalt in Zürich.

³³ A. VAN AAKEN, Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft, in: Rechtswissenschaftstheorie, hrsg. von M. Jestaedt/O. Lepsius, Tübingen 2008, 79, 88.

³⁴ PETERSEN (Fn. 29), 437.

³⁵ M. REHBINDER, Rechtssoziologie, 7. Aufl. München 2009, Rz. 20.

³⁶ H. EIDENMÜLLER, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, 53, 58.

³⁷ Die Unterscheidung der Rechtstheorie in Wertwissenschaft, Normwissenschaft und Realwissenschaft («erkenntnistheoretischer Trialismus») geht auf H. KANTOROWICZ, Staatsauffassungen, in: Herman Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, hrsg. von Th. Württenberger, Karlsruhe 1962, 69—81, 69 f., zurück und wird z.B. von M. REHBINDER, Erkenntnistheoretisches zum Verhältnis von Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte, in: Abhandlungen zur Rechtssoziologie, hrsg. von M. Rehbinder, Berlin 1995, 159—174, 163 f., aufgenommen.

³⁸ M. C. SUCHMAN/E. MERTZ, Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism, Annual Review of Law and Social Science 2010, 555—579, 559.