

Risse · Morawietz
Prozessrisikoanalyse

Prozessrisikoanalyse

Erfolgsaussichten vor Gericht bestimmen

von

Prof. Dr. Jörg Risse, LL.M.

Rechtsanwalt in Frankfurt a.M.,

Attorney-at-law (New York)

Honorarprofessor an der Universität Mannheim

und

Dr. Matthias Morawietz

Rechtsanwalt in München

2017

C.H. BECK · MANZ · Helbing Lichtenhahn

www.beck.de

C.H. Beck 978 3 406 71480 1

MANZ 978 3 214 01198 7

Helbing Lichtenhahn 978 3 7190 3998 1

© 2017 Verlag C. H. Beck oHG

Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Beltz Bad Langensalza GmbH

Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza

Satz: Fotosatz H. Buck

Zweikirchener Str. 7, 84036 Kumhausen

Umschlaggestaltung: Martina Busch Grafikdesign, Homburg Saar

© Olivier Le Moal – Shutterstock.com

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier

(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Raten ist billig,
falsch raten ist teuer.
Chinesisches Sprichwort

Vorwort

Dieses Buch hat eine (sehr) lange Geschichte. Vor ungefähr 10 Jahren haben wir beide beschlossen, es zu schreiben. Warum? Weil uns die Idee fasziniert hat, über den juristischen Tellerrand hinauszuschauen und mathematische Konzepte in die Lösung von Rechtsfällen einzubeziehen. Juristen nehmen zwar immer für sich in Anspruch, nüchtern und rational zu urteilen. In der Praxis tun sie das dann aber nicht und treffen fragwürdige Entscheidungen aus dem Bauch heraus. Die Prozessrisikoanalyse zwingt dagegen zum rationalen Durchdenken eines Falles, zur Visualisierung von Denkprozessen und schließlich zur transparenten Bewertung von Chancen und Risiken. Das ist für die doch leicht angestaubte Juristerei einfach ein erfrischend neuer Denkansatz.

Mit diesem neuen Denkansatz möchten wir Rechtsanwälte, Richter und Unternehmensjuristen konfrontieren. Schritt für Schritt erläutern wir die Technik der Prozessrisikoanalyse und illustrieren sie anhand zahlreicher Beispiele, um die Praxistauglichkeit dieser Methode zu demonstrieren. Und keine Sorge, die erforderliche Mathematik ist schnell erlernt.

Niemals hätte es bei alledem 10 Jahre dauern dürfen, dieses Buch fertigzustellen. Denn so kompliziert ist die Prozessrisikoanalyse nun wirklich nicht. Aber vielleicht kommt das Buch jetzt zur rechten Zeit, wo im Zuge von „LegalTech“ und „Big Data“ diskutiert wird, ob und wie auch die juristische Fallbearbeitung in digitalisierte Abläufe gepresst und von Logarithmen unterstützt oder gar übernommen werden kann. Wenn dieses Buch auch dazu einen Diskussionsbeitrag leisten kann, hat es ein wichtiges Ziel erreicht.

Geschrieben haben wir das Buch schließlich für unsere Kinder, also für Julius, Karoline und Björn sowie für Lena – in der Hoffnung, ihnen zu zeigen, dass entgegen ihrer ständigen

Beschwerde „*Warum lernen wir das, das braucht man später nie!*“ ein bisschen Mathematik auch im späteren Berufsleben ganz nützlich sein kann. Besonders danken möchten wir Antje Baumann und Nina Küpper-Morawietz für die Unterstützung bei diesem Buch und darüber hinaus.

Wir freuen uns über kritische Kommentare und Anmerkungen an joerg.risse@bakermckenzie.com und matthias.morawietz@gmx.de.

Jörg Risse

Matthias Morawietz

Inhalt

| | |
|--|----------|
| Vorwort | VII |
| Literaturverzeichnis | XVII |
| Teil 1: Die Technik der Prozessrisikoanalyse..... | 1 |
| I. Iudex non calculat? | 1 |
| II. Beispielfall zum Einstieg: „Das undichte Flachdach“ | 4 |
| III. Psychologische Einflussfaktoren trüben die Beurteilungskompetenz | 7 |
| 1. Reduktion von Komplexität: „Gott, ist das kompliziert“ | 8 |
| 2. Kognitive Dissonanz: „Ich hab’s ja schon immer gewusst ...“ | 10 |
| 3. Reaktive Abwertung und Attribution: „Auf den Gegner falle ich nicht herein ...“ | 13 |
| 4. Intuition und Mathematik – keine gute Kombination! | 15 |
| 5. Konsequenz: Gefühl durch Logik ersetzen .. | 18 |
| IV. Die Lösung des Flachdach-Falls..... | 19 |
| 1. Schritt 1: Die Entscheidungsknoten ermitteln | 20 |
| 2. Schritt 2: Aus Entscheidungsknoten den Entscheidungsbaum bilden | 20 |
| 3. Schritt 3: Eintrittswahrscheinlichkeiten der Knoten bewerten | 23 |
| 4. Schritt 4: Berechnung des Forderungswerts.. | 25 |
| V. Der Entscheidungsbaum: Struktur als Lösungsansatz | 26 |
| 1. Ermitteln der Entscheidungsknoten..... | 28 |

| | | |
|-----|--|----|
| 2. | Konzeption und Formulierung der Entscheidungs-knoten | 30 |
| 2.1 | Das „Entweder/Oder“-Kriterium | 31 |
| 2.2 | Das „Sonst nichts“-Kriterium | 33 |
| 3. | Anordnung der Entscheidungs-knoten im Entscheidungsbaum | 36 |
| 3.1 | Die Reihenfolge der Anordnung ist gleichgültig | 36 |
| 3.2 | Gewohnten Denkstrukturen folgen | 38 |
| 3.3 | „Null-Entscheidungs-knoten“ an den Anfang des Baums | 39 |
| 3.4 | „Mehrfach-Entscheidungs-knoten“ an das Ende des Baums | 41 |
| 3.5 | Wenn es zu komplex wird: Haupt- und Nebenbäume | 44 |
| 4. | Sonderproblem: Entscheidungs-knoten mit Ergebnis-Bandbreite | 47 |
| 5. | Der Entscheidungsbaum als fortzuschreibende Struktur | 50 |
| 6. | Checkliste | 51 |
| VI. | Die Risikoberechnung: Was ist die Forderung heute wert? | 51 |
| 1. | Die Eintrittswahrscheinlichkeit als Ausgangspunkt | 53 |
| 1.1 | Definition von Wahrscheinlichkeit | 54 |
| 1.2 | Die Multiplikationsregel: Berücksichtigung mehrerer Ereignisse | 56 |
| 1.3 | Zwei typische Fehlvorstellungen | 59 |
| 1.4 | Murphy's Law oder „die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ | 62 |
| 2. | Die Ermittlung der Eintrittswahrscheinlichkeiten | 64 |
| 2.1 | Beurteilungskompetenz für Entscheidungs-knoten ermitteln | 64 |

| | | |
|-------|---|----|
| 2.2 | Fragestellung und Perspektive richtig formulieren | 65 |
| 2.3 | Methode für die Abschätzung festlegen | 67 |
| 2.4 | Abschätzung vornehmen und schriftlich begründen | 74 |
| 3. | Der Erwartungswert: „In Euro und Cent“ .. | 75 |
| 3.1 | Erwartungswert bei nur einer Weichenstellung | 75 |
| 3.2 | Erwartungswert bei zwei oder mehreren Weichenstellungen | 76 |
| 3.3 | Der Gesamterwartungswert | 77 |
| VII. | Praktische Durchführung der Prozessrisikoanalyse | 81 |
| 1. | Leitfaden und Checkliste | 81 |
| 1.1 | Schritt 1: Entscheidungsknoten ermitteln | 82 |
| 1.2 | Schritt 2: Entscheidungsbaum zeichnen . | 82 |
| 1.3 | Schritt 3: Eintrittswahrscheinlichkeiten ermitteln | 82 |
| 1.4 | Schritt 4: Gesamterwartungswert berechnen | 83 |
| VIII. | Hilfe von Computerprogrammen? | 83 |
| IX. | Für Fortgeschrittene: Streuungs- und Sensitivitätsanalysen | 86 |
| 1. | Streuungsanalyse: Wie hoch ist mein Risiko? | 87 |
| 1.1 | Die Technik der Streuungsanalyse | 88 |
| 1.2 | Streuungsanalyse im Flachdach-Fall | 89 |
| 1.3 | Ein praktisches Beispiel: „Klage: ja oder nein?“ | 90 |
| 2. | Sensitivitätsanalyse: Lohnt es sich, in den Prozess zu investieren? | 95 |
| 2.1 | Die Technik der Sensitivitätsanalyse | 95 |
| 2.2 | Sensitivitätsanalyse im Flachdach-Fall .. | 96 |

| | | |
|--------------------------------------|---|------------|
| X. | Vor- und Nachteile der Prozessrisikoanalyse | 100 |
| 1. | Warum die Prozessrisikoanalyse sinnvoll ist . | 100 |
| 1.1 | Konflikte werden strukturell erfasst | 100 |
| 1.2 | Das Risikobewusstsein verbessert sich . . | 102 |
| 1.3 | Kommunikation über den Konflikt wird verbessert | 104 |
| 1.4 | Verständliche Konfliktdarstellung: What you can calculate, you can mana- ge | 106 |
| 1.5 | Projektorganisation wird verbessert | 107 |
| 1.6 | Konfliktmanagement wird erleichtert . . . | 108 |
| 1.7 | Effizienz von Vergleichsverhandlungen erhöht sich | 109 |
| 1.8 | Wider den „Kostendruck“ – Prozess- führung als Investition begreifen | 110 |
| 2. | Was gegen die Prozessrisikoanalyse spricht . . | 111 |
| 2.1 | Akzeptable Ungenauigkeit oder Schar- latanerie? | 112 |
| 2.2 | Intellektuelle Überforderung der Partei- en | 115 |
| 2.3 | Haftungsfalle für den Anwalt? | 116 |
| 2.4 | Verrechtlichung und Kommerzialisie- rung des Konflikts | 118 |
| 2.5 | Hoher Kostenaufwand | 118 |
| 3. | Checkliste: Wann Prozessrisikoanalyse – und wann besser nicht? | 119 |
| Teil 2: Fallstudien | | 121 |
| I. | Vergleichsangebot: „Wirklich interessant?“ | 121 |
| 1. | Fallstudie: „Fußgänger vs. Radfahrer“ | 122 |
| 2. | Fragestellung und Abschätzung der Einzel- wahrscheinlichkeiten | 123 |
| 3. | Lösung mit Hilfe von Entscheidungsbaum und Risikoberechnung | 125 |

| | | |
|------|---|-----|
| 3.1 | Die Entscheidungsbäume | 125 |
| 3.2 | Risikoberechnung | 128 |
| 3.3 | Rechnerisches Ergebnis der Risikoberechnung | 130 |
| 3.4 | Anwaltliche Empfehlung auf Basis der Prozessrisikoanalyse | 131 |
| II. | Prozessfinanzierung: „Wer soll das bezahlen?“ . . | 131 |
| 1. | Fallstudie: „Die falsche Wärmepumpe und der reiche Gesellschafter“ | 132 |
| 2. | Fragestellung und Abschätzung der Einzelwahrscheinlichkeiten | 134 |
| 3. | Lösung mit Hilfe von Entscheidungsbaum und Risikoberechnung | 136 |
| 4. | Streuungsanalyse | 139 |
| 5. | Anwaltliche Empfehlung auf Basis der Prozessrisikoanalyse | 141 |
| III. | Streit um die Rückstellung: „Reicht das?“ | 141 |
| 1. | Fallstudie: „HighTech und die Speichersensoren“ | 142 |
| 2. | Fragestellung und Abschätzung der Einzelwahrscheinlichkeiten | 143 |
| 3. | Lösung mit Hilfe von Entscheidungsbaum und Risikoberechnung | 146 |
| 3.1 | Entscheidungsbaum | 146 |
| 3.2 | Risikoberechnung | 148 |
| 3.3 | Streuungsanalyse | 149 |
| 3.4 | Sensitivitätsanalyse | 150 |
| 3.5 | Anwaltliche Empfehlung auf Basis der Prozessrisikoanalyse | 152 |
| IV. | Prozessrisikoanalyse in der Mediation: Kompromisse rational erarbeiten | 153 |
| 1. | Fallstudie: „Der gescheiterte Unternehmenskauf“ | 153 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 2. | Mediationstechnik: Einigung auf neutralen Standard | 155 |
| 3. | Festlegung der Eintrittswahrscheinlichkeiten | 157 |
| 4. | Berechnung des Einigungsfensters | 159 |
| 5. | Aushandeln eines Kompromisses | 161 |
| 6. | Schlussbemerkung: Ein ganz realer Fall | 162 |
| V. | Verhandlungen mit der Versicherung | 163 |
| 1. | Fallstudie: „Der fehlerhafte Lack“ | 163 |
| 2. | Entscheidungsbaum und Abschätzung der Einzelwahrscheinlichkeiten | 164 |
| 3. | Risikoberechnung und Angebot der Versicherung | 167 |
| 4. | Einigung auf Basis der Prozessrisikoanalyse . | 169 |
| VI. | Der Bericht an den Vorstand | 169 |
| 1. | Fallstudie: „Stets auf dem aktuellsten Stand“ | 170 |
| 2. | Fragestellung | 171 |
| 3. | Entscheidungsbaum als dynamische Struktur | 173 |
| 4. | Die Vorstandspräsentation | 174 |
| VII. | Preisverhandlungen beim Unternehmenskauf . . . | 174 |
| 1. | Fallstudie: „Das problematische Patent“ | 175 |
| 2. | Fragestellung und Abschätzung der Einzelwahrscheinlichkeiten | 175 |
| 3. | Einschätzung anhand einer Prozessrisikoanalyse | 176 |
| 3.1 | Entscheidungsbaum | 176 |
| 3.2 | Risikoberechnung | 177 |
| 3.3 | Ergebnis | 177 |
| VIII. | Abwehr strafrechtlicher Risiken für den Fall der Insolvenz | 178 |
| 1. | Fallstudie: „Wie viel Geld bleibt uns noch?“ | 179 |
| 2. | Fragestellung und Abschätzung der Einzelwahrscheinlichkeiten | 179 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 3. | Lösung mit Hilfe von Entscheidungsbaum und Risikoberechnung | 180 |
| IX. | Prozessrisikoanalyse als Konflikt- managementsystem | 181 |
| 1. | Ausgangsproblem: „Konfliktmanagement bei FairTravel“ | 182 |
| 2. | Erster Schritt: Aufnahme des Status quo | 183 |
| 3. | Zweiter Schritt: Strukturierung des typischen Reisemangelfalls | 184 |
| 4. | Dritter Schritt: Veranschaulichung der Kon- fliktstruktur mittels Entscheidungsbaums . . . | 186 |
| 5. | Vierter Schritt: Aufarbeitung der Weichen- stellungen und Risikoabschätzung | 187 |
| 6. | Fünfter Schritt: Nochmals „Ungeziefer in der Hotelanlage“ und Akzeptanz der Methode . . | 190 |
| 7. | Sechster Schritt: Festlegung von Prozessen . . | 193 |
| 8. | Siebter Schritt: Implementierung des Konfliktmanagementsystems | 195 |
| 9. | Ein Jahr später: Feedback | 196 |
| X. | Managerhaftung und Aufsichtsratspflichten | 197 |
| 1. | Wirklich immer „fully compliant“? | 197 |
| 2. | Die Vorbereitung der Aufsichtsratsentschei- dung | 199 |
| 3. | Die Präsentation im Aufsichtsrat | 201 |
| 4. | Verhandlungen mit der Versicherung und dem Ex-Vorstand | 202 |
| 5. | Abschließende Aufsichtsratssitzung | 204 |
| XI. | „ODR“: Verbraucherschutz vs. Effizienz der Streitbeilegung | 204 |
| 1. | Alles online: Alles für die Küche | 205 |
| 2. | Erstellen des Entscheidungsbaums | 206 |
| 3. | Just fair: Die Regeln der Streiterledigung | 207 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 4. | Der erste Anwendungsfall: Der kaputte Saft- mixer | 208 |
| 5. | Auswertung nach sechs Monaten | 210 |
| XII. | Das gestörte Großprojekt | 211 |
| 1. | Verzögerungen beim Offshore-Windpark ... | 212 |
| 2. | Erstellen des Entscheidungsbaums und Projektorganisation | 214 |
| 3. | Prozessrisikoanalyse | 219 |
| 4. | Weiteres Vorgehen und Ergebnis | 222 |
| XIII. | Ein Schiedsverfahren, bestens organisiert und transparent | 223 |
| 1. | Fallstudie: Eine neue U-Bahn für StadtCity .. | 224 |
| 2. | Proaktive Verfahrensführung und transpa- rente Entscheidungsfindung | 225 |
| 3. | Erste Schiedsverhandlung: Vorstellung des Entscheidungsbaums | 227 |
| 4. | Weiterer Verlauf des Schiedsverfahrens | 228 |
| 5. | Epilog | 230 |
| | Stichwortverzeichnis | 231 |

Literaturverzeichnis

- Ariely, Dan*: Denken hilft zwar, nützt aber nichts, 1. Aufl. 2008
- Basieux, Pierre*: Die Welt als Roulette: Denken in Erwartungen, Rowohlt Tb., 1995
- Birke, Richard*: Evaluation and Facilitation: Moving Past Either/Or, in: (2000) 2 Journal of Dispute Resolution, S.309
- Cialdini, Robert*: Die Psychologie des Überzeugens, 3. Aufl. 2004
- Dobelli, Rolf*: Die Kunst des klaren Denkens, 1. Auflage 2011
- Dethloff, Nina*: Verträge zur Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, S.2225
- Diop, Denis/Steinbrecher, Alexander*: Cui bono? – Das Mediationsgesetz aus Unternehmenssicht, Betriebs-Berater 2012, S.3023
- Duve, Christian/Eidenmüller, Horst/Hacke, Andreas*: Mediation in der Wirtschaft, 2. Auflage, Schmidt (Otto), Köln 2011
- Eidenmüller, Horst*: Prozessrisikoanalyse, in: Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 113 (2000), S. 5
- Gigerenzer, Gerd*: Risiko, 1. Auflage 2013
- Hagel, Ulrich*: Der Unternehmensjurist als Risikomanager – Die mysteriöse Welt von Risikoanalysen und Entscheidungsbäumen, in: SchiedsVZ 2011, S.65
- Kahneman, Daniel*: Schnelles Denken, Langsames Denken, deutsche Ausgabe 2012
- Morawietz, Matthias*: Prozessrisikoanalyse in der Wirtschaftsmediation, in: Journal of International Dispute Resolution 2004, S.133

- Morawietz, Matthias*: Risk Analysis in Law – Added Value for Smart Clients, in: Bloomberg Corporate Law Journal 2008, S. 659
- Neuenhahn, Hans-Uwe*: Erarbeitung der Prozessrisikoanalyse und deren Einsatz in der Mediation, in: Zeitschrift für Konfliktmanagement (ZKM) 2002, S. 245
- Purkert, Walter*: in: Taschenbuch der Mathematik, 25. Auflage 1991, Bronstein/Semendjajew (Hrsg.)
- von Randow, Gero*: Das Ziegenproblem – Denken in Wahrscheinlichkeiten, 8. Auflage 2012
- Risse, Jörg*: Wirtschaftsmediation, 1. Auflage, C.H. Beck, München 2003
- Risse, Jörg*: Procedural Risk Analysis: An ADR-Tool in Arbitration Proceedings, in: Austrian Arbitration Yearbook 2009, S. 461
- Risse, Jörg*: Prozessrisikoanalyse, ZKM 2010, S. 107
- Risse, Jörg / Haller, Heiko*: Projektmanagement im Schiedsverfahren, in: Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (KSzW) 2013, S. 175
- Taleb, Nassim Nicholas*: Fooled by Randomness: The Hidden Role of Chance in Life and in the Markets, Random House Trade Paperbacks 2001
- Vermont, Samson*: The Economics of Patent Litigation, in: From Ideas to Assets: Investing Wisely in Intellectual Property, Bruce Berman (Hrsg.), Wiley 2002, S. 327
- Victor, Marc B.*: The Proper Use of Decision Analysis to Assist Litigation Strategy, in: The Business Lawyer (1985), S. 617ff.
- Whitworth, J. Bryan/Lea, Clyde W./Victor, Marc B./Glidden, Craig B.*: Evaluating Legal Risks and Costs with Decision Tree Analysis, in: Successful Partnering Between Inside & Outside Counsel, Chapter 12, Robert L. Haig (Hrsg.), Thomson Reuter, November 2003

Prozessergebnis. Wie bei jeder Investition ist der Ertrag nicht sicher, aber immerhin als unternehmerisches Risiko kalkulierbar. Die Sensitivitätsanalyse leistet einen wichtigen Beitrag dazu, diese Zusammenhänge zu veranschaulichen.

X. Vor- und Nachteile der Prozessrisikoanalyse

Die Prozessrisikoanalyse ist ein Konzept, um – erstens – komplexe Prozesskonstellationen verständlich darzustellen und – zweitens – rational zu bewerten. Wer daran denkt, die Prozessrisikoanalyse einzusetzen, muss deren Vor- und Nachteile kennen. Nur so kann man eine informierte (Risiko-)Entscheidung treffen, ob sich der Einsatz lohnt. Vielen Vorteilen stehen dabei auch einige ernste Schwierigkeiten gegenüber, die im Einzelfall einen Einsatz der Prozessrisikoanalyse ausschließen können.

1. Warum die Prozessrisikoanalyse sinnvoll ist

Wer entscheiden will, ob er die Prozessrisikoanalyse als Analysetool einsetzen möchte, wird vor allem die folgenden Punkte berücksichtigen:

1.1 Konflikte werden strukturell erfasst

Ein Entscheidungsbaum visualisiert den Rechtsstreit, der Konflikt wird gewissermaßen „sichtbar“ gemacht. War der Konflikt vorher nur eine unbestimmte Gemengelage von Chancen und Risiken, von Hoffnungen und Befürchtungen, lässt er sich nun schwarz auf weiß erfassen. Viele Konfliktparteien reagieren überrascht, wenn sie „ihren“ Konflikt zum ersten Mal in einer Baumstruktur dargestellt sehen. „Jetzt sehe ich klarer“ ist in diesem Zusammenhang eine häufige Äußerung, und sie trifft in der Tat den Kern der Prozessrisikoanalyse.

Die Prozessrisikoanalyse adressiert insofern das oben beschriebene Wahrnehmungsproblem⁸⁹ bei der Erfassung komplexer Situationen, indem sie die Komplexität des Konflikts nicht künstlich zu einer vagen Gesamtaussage reduziert („insgesamt ganz gute Aussichten“), sondern die konfliktimmanente Komplexität organisiert. Dazu wird der Konflikt in einem ersten Schritt in seine Einzelteile zerlegt; diese Konfliktkomponenten werden dann in einem zweiten Bearbeitungsschritt in eine logische Abfolge gebracht. „Komplexität organisieren, nicht reduzieren!“ wird so zum Leitgedanken der Prozessrisikoanalyse. Nachdem der Konflikt organisiert ist, können sich Anwälte und Parteien strukturell mit ihm beschäftigen, indem sie Punkt für Punkt jede Konfliktkomponente (= jeden Entscheidungsknoten) analysieren. Das Gehirn kann sich jetzt – entsprechend seines normalen „Modus Operandi“ – sequentiell der Konfliktanalyse widmen, statt von der Komplexität der Aufgabe überfordert und letztlich zu einer intuitiven Gesamtbewertung gedrängt zu werden.⁹⁰ So können auch komplexe Konflikte rational und strukturiert erfasst werden.

Die Prozessrisikoanalyse zwingt schlicht dazu, die Chancen und Risiken nüchtern und bis zum Ende zu durchdenken.⁹¹ Das verlangt Disziplin und deutlich mehr gedankliche Anstrengung als eine schnell in den Raum gerufene und noch so rhetorisch brillant vorgetragene „Gesamteinschätzung“. Doch der Aufwand lohnt sich.

⁸⁹ Vgl. → S. 8ff.

⁹⁰ Diese „Notlösung“ wählt unser Gehirn, weil es sonst schlicht überfordert wäre, vgl. erneut *Kahneman*, *Schnelles Denken – Langsames Denken*, 2012. Tatsächlich hat sich unsere Intuition (= Schnelles Denken) für Alltagssituationen zu einem durchaus leistungsfähigen Entscheidungsapparat entwickelt. Nur sind komplexe Rechtsstreite eben keine vereinfachungsfähigen Alltagssituationen.

⁹¹ *Duve/Eidenmüller/Hacke*, *Mediation in der Wirtschaft*, S. 248.

1.2 Das Risikobewusstsein verbessert sich

Wer den Konflikt in seiner Struktur besser erfasst, optimiert sein Risikobewusstsein. Im Ausgangspunkt schätzen Streitparteien ihre Prozesschancen regelmäßig überoptimistisch ein. Das hat zunächst psychologische Ursachen, wie etwa die kognitive Dissonanz und die reaktive Abwertung.⁹² Zusätzlich verschafft die Neigung, komplexe Fragestellungen „ungefähr“ in einen Vergleichsbetrag umzurechnen, auch den notwendigen Spielraum, um sich die tatsächliche Situation schönzureden. Die Prozessrisikoanalyse leistet einen Beitrag dazu, das Risikobewusstsein der Parteien zu verbessern. Indem die Parteien herausarbeiten, welche Entscheidungsknoten es in einem Prozess gibt, wird ihnen häufig klar, von wie vielen Unwägbarkeiten (= Prozessrisiken) der Prozesserfolg abhängt. Die unterschätzte Anzahl der einzelnen Prozessrisiken führt zu einer ersten, immer noch intuitiven Korrektur der Gesamteinschätzung. Einen noch größeren Effekt hat die Wahrscheinlichkeitsberechnung auf die Parteien. Auch mathematisch versierte Parteien glauben regelmäßig, die Prozesschancen seien recht gut, wenn an vier aufeinanderfolgenden Entscheidungsknoten jeweils eine Wahrscheinlichkeit des Ob-siegens von 75 % besteht. Sie rechnen sich ihre Prozesschancen damit im Wortsinne „schön“. Tatsächlich führt eine kumulierte Wahrscheinlichkeit nur zu einer Prozesschance von knapp 32 %.⁹³ Mandanten reagieren verblüfft, wenn der Anwalt sie mit dieser einfachen mathematischen Wahrheit konfrontiert.

Aus Unternehmenssicht werden daher schon heute Stimmen laut, wonach eine Rechtsabteilung von ihren Prozessvertretern stets eine Prozessrisikoanalyse anfordern sollte, um – auch unternehmensintern – eine realistische Risikoabschätzung zu ermöglichen. Das koste zwar Geld, sei aber eine vernünftige

⁹² Vgl. → S. 10 ff.

⁹³ Zum Nachrechnen: $0,75 \times 0,75 \times 0,75 \times 0,75 = 0,3164 \approx 32\%$.

Investition, um das Unternehmen davor zu bewahren, falsche – da intuitive – Entscheidungen für oder gegen das Führen langwieriger und teurer Prozesse zu treffen.⁹⁴

Als kleiner Exkurs ist das Risikoverhalten interessant, das Konfliktparteien an den Tag legen, nachdem sie den Erwartungswert für „ihren“ Rechtsstreit errechnet haben.⁹⁵ Vorher haben beide Seiten ihre Chancen regelmäßig überoptimistisch eingeschätzt. Zu dem errechneten Erwartungswert müssten sich die Parteien bei einer rationalen Betrachtung vergleichen, ersparen sie sich doch den Kostenaufwand für Anwälte und den Nerven aufwand eines langjährigen Gerichtsprozesses. Aus psychologischen Gründen wird die vernünftige Einigung aber oft verpasst, auch wenn der parteiseitig errechnete Erwartungswert identisch ist. Auf den bezifferten Erwartungswert reagieren beide Parteien nämlich intuitiv damit, dass sie eine Risikorealisation vermeiden möchten.⁹⁶ Psychologisch neigt deshalb die anspruchstellende Partei dazu, den Erwartungswert als Kompromissvorschlag zu akzeptieren. Ihr ist „der Spatz in der Hand lieber als die Taube auf dem Dach“. Immerhin steht diese Partei ja nach dem Vergleich besser da als vorher. Aus Verlustangst zieht die anspruchstellende Partei den sicheren Gewinn der chancen- und risikoreichen Fortsetzung des Streits vor: „Was man hat, das hat man.“ Weit weniger vergleichsfreudig ist die Partei, die den Erwartungswert im Falle eines Vergleichs bezahlen müsste. Der Kompromiss würde für diese Partei bedeuten, dass sie sicher einen Verlust realisiert. Emotional fällt das schwer. Ihr Status quo würde sich durch den Vergleichsabschluss verschlechtern, weil aus ihrem derzeit vorhandenen Vermögen ein Vergleichsbetrag abfließt. Deshalb hofft sie weiter darauf, eine Geldzahlung vollständig vermeiden zu können, obwohl sie aus der Prozess-

⁹⁴ *Diop/Steinbrecher* BB 2012, 3023 (3028).

⁹⁵ Vgl. dazu auch *Risse* ZKM 2010, 107 (108 f.).

⁹⁶ Zur Verlustaversion vgl. *Dobelli*, Die Kunst des klaren Denkens, S. 133 ff.

risikoanalyse weiß, dass der Prozessausgang deutlich nachteiliger sein könnte als der jetzt erzielbare Vergleich und dass der Vergleich ihr weitere Transaktionskosten, wie Anwaltshonorare und Gerichtsgebühren, erspart.

Weiter erschwerend kommt hinzu, dass Menschen bei ihren Entscheidungen dazu tendieren, Eintrittsrisiken und Eintrittschancen schlicht zu ignorieren, und sich stattdessen lieber allein auf das „Ergebnis“ konzentrieren, von dem sie sich leiten lassen.⁹⁷ So spielen viele Menschen Lotto wegen des riesigen „Jackpots“, ohne beim Loskauf die verschwindend geringe Erfolgswahrscheinlichkeit in ihre Rechnung einzubeziehen. Die Vereinfachung „Vielleicht gewinne ich ja“ genügt für die zu treffende Entscheidung. Dieser Mechanismus funktioniert auch bei negativen „Ergebnissen“. So wurde etwa in einem Experiment festgestellt, dass die Probanden auf einen angekündigten Stromstoß immer mit der gleichen Angst reagierten (gemessen an Herzfrequenz und Puls), auch wenn die Wahrscheinlichkeit des Stromstoßes schrittweise von 90 % auf unter 10 % reduziert wurde.⁹⁸ Unser Gehirn ist einfach nicht so verdrahtet, dass es Wahrscheinlichkeiten intuitiv berücksichtigt. Was dann hilft, ist die Umrechnung von Prozentzahlen in Erwartungswerte: „Der Lottoschein ist EUR 1 wert, aber Sie zahlen EUR 1,60.“ Das versteht jeder, die Warnaussage „Chance 1:35.000.000“ nicht.

Das rationale Analysetool der Prozessrisikoanalyse führt wegen des intuitiv falschen Umgangs mit Risiken also nicht zwingend zu rationalen Entscheidungen, erleichtert diese aber immerhin.

1.3 Kommunikation über den Konflikt wird verbessert

Die Ordnung des Konfliktstoffs, die durch den Entscheidungsbaum erreicht wird, erleichtert es den Parteien und ihren

⁹⁷ *Dobelli*, Die Kunst des klaren Denkens, S. 105 ff.

⁹⁸ Vgl. *Dobelli*, Die Kunst des klaren Denkens, S. 105 ff., 109 ff.

Anwälten, über den Konflikt zu diskutieren.⁹⁹ Es ist eine leidige Erfahrung vieler Anwälte und Unternehmensjuristen, dass die Erörterung eines anstehenden Prozesses oft in eine unstrukturierte Diskussion einmündet, gerade wenn eine Vielzahl projektbeteiligter Personen mit unterschiedlichen fachlichen Kompetenzen am Besprechungstisch sitzt. Jeder versucht dann, seine Anwesenheit durch einen mehr (selten) oder weniger (oft) wichtigen Redebeitrag zu rechtfertigen. „Ja, aber“-Argumentationsmuster prägen solche Besprechungen: Der Beitrag des Vorredners wird nur scheinbar durch ein kurzes „Ja“ bestätigt, um dann über die Brücke des „aber“ gleich (wieder) zum eigenen Argument zu kommen – auch wenn dieses auf einer ganz anderen fachlichen Ebene liegen mag. Der Jurist kontert das technische Argument des Ingenieurs, das er gar nicht verstanden hat, mit dem Einwand: „Ja, aber man muss zusätzlich die Verjährung bedenken.“ Ein Gespräch kommt nicht zustande, eine echte Klärung wird nicht erreicht. Am Ende solcher Besprechungen steht dann ein frustrierend kurzes Ergebnisprotokoll mit dem resignierenden Satzsatz, dass alles doch komplizierter sei, als ursprünglich gedacht.

Die Prozessrisikoanalyse wird mit dieser Problemlage fertig. Steht am Anfang der Besprechung ein Entscheidungsbaum auf dem Flipchart, verschwindet das Problem der unstrukturierten Diskussion. Schnell ist unter den Teilnehmern der Konsens erzielt, die einzelnen Knoten des Entscheidungsbaums nacheinander zu besprechen. Driftet die Diskussion ab, genügt ein kurzer Hinweis auf den Entscheidungsbaum, um die Struktur in das Gespräch zurückzubringen. Wird über einen „juristischen“ Knotenpunkt diskutiert, verspüren die anwesenden Kaufleute und Ingenieure keinen Äußerungsdruck. Sie konzentrieren sich darauf, die Sichtweise des Juristen zu verstehen. Umgekehrt werden sich die Juristen zurückhalten,

⁹⁹ Eidenmüller ZZP 2000, 5 (14).

wenn das Vorliegen eines technischen Mangels erörtert wird. Wenn die Diskussion über den Punkt „Formwirksamkeit des Vertragsschlusses“ eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine Unwirksamkeit des Vertrags ergibt, muss man kaum noch Zeit auf die Frage verwenden, ob vertragliche Gewährleistungsansprüche nicht ohnehin verjährt wären. Stattdessen sollte sich die Gesprächsrunde ausführlicher mit möglichen deliktischen Haftungsgrundlagen beschäftigen. Das Ergebnisprotokoll einer mit Hilfe eines Entscheidungsbaums strukturierten Besprechung besteht dann in den Kernaussagen zu den einzelnen Knotenpunkten.

1.4 Verständliche Konfliktdarstellung: What you can calculate, you can manage

Anwälte und Unternehmensjuristen müssen Konflikte häufig Dritten erläutern: Der Vorstand will wissen, mit welcher Zahlung der Gegenseite er am Ende des Prozesses rechnen kann; die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bittet um Informationen zum Verfahren, weil der Rückstellungsbedarf geprüft werden muss. In diesen Fällen ist eine präzise, knappe Darstellung gefragt: „Sie haben zehn Minuten – und bitte nicht mehr als drei PowerPoint-Slides!“ heißt dann oft die Aufforderung an die Rechtsabteilung. Unternehmensjuristen werden mittels der Prozessrisikoanalyse dieser Erwartungshaltung gerecht, weil sie so auch komplexe Sachverhalte und Probleme visuell darstellen und damit begreifbar machen können.

Noch wichtiger als die visuelle Darstellung ist aber der „Sprachwechsel“, der mit der Prozessrisikoanalyse einhergeht. Juristen sind verschrien, weil sie „Juristendeutsch“ schreiben und sprechen. Das erschwert die Verständlichkeit ihrer Ausführungen, gerade in Management-Präsentationen. Ein Beispiel: „Es gibt verschiedene Imponderabilien in diesem Casus, angefangen von der AGB-Konformität des Haftungscaps bis hin zur diffizilen Substantiierbarkeit des Mangelfol-

geschadens“. Das klingt gelehrt, doch der Nichtjurist fragt sich: „Was hat er gesagt, und was bedeutet das denn jetzt konkret? Verlieren wir?“. Das ist der Grund, warum so viele Präsentationen von Juristen vor dem Mandanten oder der Geschäftsleitung mit der frustrierten Schlussfrage der Zuhörer enden: „Und was heißt das alles jetzt genau?“.¹⁰⁰ Verwendet der Jurist dagegen Entscheidungsbäume für seine Darstellung, wechselt er zu der Sprachform der Betriebswirte (Manager). Dort sind Entscheidungsbäume ein gängiges Kommunikationsmittel. Sieht der Betriebswirt einen Entscheidungsbaum, fühlt er sich zuhause. Das hat drei positive Konsequenzen: Der Aufmerksamkeitsgrad des Zuhörers wird erhöht, der Jurist wird als Gesprächspartner akzeptiert und das Gesamtverständnis für den Konflikt wächst. Werden die Entscheidungsknoten dann mit Eintrittswahrscheinlichkeiten versehen und Erwartungswerte errechnet, ist man endgültig in der Zahlenwelt des Managements oder der Wirtschaftsprüfer angekommen. „Endlich spricht ein Jurist meine Sprache!“ ist dann eine häufige Reaktion. „*What you can calculate, you can manage*“, ist die Maxime des Managements, und genau diese Erwartungshaltung befriedigt die Prozessrisikoanalyse.

1.5 Projektorganisation wird verbessert

In Unternehmen stellen vor allem größere Streitigkeiten echte Projekte dar, die zielgerichtet, aber auch (kosten-)effizient bewältigt werden müssen: Fachabteilungen müssen Informationen zusammentragen und Beweismittel müssen gefunden und gesichert werden. Unternehmensjuristen nehmen eine Vorprüfung vor, eingeschaltete externe Anwälte werden als Prozessvertreter tätig. Aber wer macht hier genau was? Wo verlaufen die Schnittstellen? Ein Entscheidungsbaum ermöglicht hier eine präzise Aufgabenzuordnung und eine klare

¹⁰⁰ *Hagel SchiedsVZ* 2011, 65 (73).

Allokation der Verantwortung. Tatsächlich strukturiert der Entscheidungsbaum häufig das gesamte Projekt.¹⁰¹

1.6 Konfliktmanagement wird erleichtert

Wer Konflikte von Berufs wegen betreut, etwa als Jurist in einer Rechtsabteilung, wird auch dafür bezahlt, dass er den Konflikt in Richtung einer möglichst effizienten und erfolgreichen Erledigung steuert. Die Konfliktaustragungskosten müssen in einem vernünftigen Verhältnis zum Gegenstandswert und zu den Erfolgchancen stehen. Das gilt für externe Kostenpositionen wie Anwaltshonorare und Gutachtergebühren ebenso wie für die – oft deutlich höheren – internen Kosten, etwa der notwendigen Management Attention oder des Aufwands für die Zusammenstellung von Belegen und Unterlagen. Wird zu Beginn des Konflikts ein Entscheidungsbaum erstellt und ein Prozesserwartungswert errechnet, erleichtert dies das anschließende Konfliktmanagement sehr.

Vergleicht man den errechneten Prozesserwartungswert mit den geschätzten Kosten der Konfliktaustragung, kann man rational entscheiden, ob sich ein Prozess lohnt: Liegt der Prozesserwartungswert bei EUR 50.000, der interne und damit nicht erstattungsfähige Bearbeitungsaufwand durch die Fachabteilungen im Falle eines Prozesses aber sicher bei EUR 60.000, sollte man die Akte lieber schließen. Soll der Prozess „aus Prinzip“ trotzdem geführt werden, wird durch den Vergleich von Erwartungswert und Kosteneinsatz deutlich, wie viel einem „das Prinzip“ in Euro und Cent wert sein muss, um die Entscheidung rational zu rechtfertigen.

Die Prozessrisikoanalyse erleichtert nicht nur die Entscheidung für eine Handlungsoption zu Beginn der Auseinandersetzung; sie kann auch verfahrensbegleitend eingesetzt werden. Dazu wird der Entscheidungsbaum entsprechend dem Prozessverlauf fortgeschrieben. So mag sich der betreuende

¹⁰¹ *Hagel SchiedsVZ* 2011, 65 (73).

Anwalt einmal im Monat dazu äußern, ob eine Korrektur am Entscheidungsbaum angebracht ist oder nicht. Der Anwalt muss sich dann bewusst mit dem Konflikt auseinandersetzen: Führt die aktuelle Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff zu einer Neubewertung? Ist die Tatsache, dass ein wichtiger Zeuge das eigene Unternehmen im Unfrieden verlassen hat, als risikosteigernd einzustufen? Der Anwalt muss sich proaktiv mit diesen Fragen auseinandersetzen und kann sich nicht auf eine Verwaltung des Konflikts zurückziehen. Alternativ zur periodischen Überprüfung kann man die Überarbeitung des Entscheidungsbaums auch von prozessualen Ereignissen abhängig machen: Wie ist die erste mündliche Verhandlung ausgefallen? Welche Einschätzung hat der Richter abgegeben? Wie wirkt sich das Ergebnis des eingeholten Sachverständigengutachtens auf die Prozesschancen aus? In jedem Fall dient die Prozessrisikoanalyse dabei einem aktiven Konfliktmanagement.

1.7 Effizienz von Vergleichsverhandlungen erhöht sich

Die Prozessrisikoanalyse hilft nicht nur beim internen Konfliktmanagement, sondern auch bei der Konfliktbeilegung durch Vergleichsverhandlungen.¹⁰² Denn der – gegebenenfalls gemeinsam – erstellte Entscheidungsbaum ermöglicht es, den Konflikt strukturiert zu erfassen und dann rationaler über den Konflikt zu verhandeln. Statt wechselseitig zu betonen, man habe die besseren Prozesschancen, und diese Aussage mal mit dem Verjährungseinwand und mal mit Beweisschwierigkeiten der Gegenseite zu begründen, können die Parteien nun Punkt für Punkt über den Konflikt verhandeln.¹⁰³ Der Entscheidungsbaum gibt die Struktur der Verhandlung vor. Die Parteien fangen beim obersten Ast an, und wenn sie beim untersten aufhören, haben sie alle Alternativen durchgespielt. Die

¹⁰² *Risse*, Austrian Arbitration Yearbook 2009, 461 (466 ff.).

¹⁰³ *Risse* ZKM 2010, 107 ff.

Komplexität des Konflikts, ein klassisches Einigungshindernis,¹⁰⁴ nimmt in den Augen der Parteien ab. Wer gleichzeitig mit schwierigen Sachverhalts- und Rechtsfragen konfrontiert wird, zieht sich oft in eine Igelstellung zurück und verweigert sich aus Angst vor eigener Überforderung einer schwierigen Diskussion. Die am Entscheidungsbaum orientierte Verhandlung vermeidet durch ihr schrittweises Vorgehen dieses Problem. Die Parteien denken klar über ein komplexes Problem nach. In den USA wird diese Strukturierung der Überlegungen als der wesentliche Vorteil der Prozessrisikoanalyse begriffen.¹⁰⁵ Die gemeinsam als richtig erkannte Struktur erleichtert und verbessert so die Kommunikation zwischen den Verhandlungsparteien. Nicht von ungefähr ist die Prozessrisikoanalyse daher eine Technik, die viele Mediatoren zur Herbeiführung eines Vergleichs einsetzen.¹⁰⁶

1.8 Wider den „Kostendruck“ – Prozessführung als Investition begreifen

Rechtsabteilungen landauf landab beklagen sich über den „Kostendruck“, der von der Unternehmensleitung auf sie ausgeübt wird. Gerade die Streitaustragung und Konflikterledigung steht hier im Fokus der Kritik. Denn der Streit und der Konflikt sind schon begrifflich etwas Unschönes; jeder dafür ausgegebene Euro scheint der Chefetage einer zu viel. Vordergrundig geht es doch nur darum, sein „Recht“ zu bekommen, indem die eigene, natürlich berechtigige Forderung durchgesetzt und die unberechtigte Gegenforderung abgewehrt wird. Warum soll man dafür auch noch etwas zahlen müssen? Bei dieser gedanklichen Herangehensweise verwundert es dann

¹⁰⁴ Vgl. → S. 8 ff.

¹⁰⁵ Victor, *The Proper Use of Decision Analysis to Assist Litigation Strategy*, in: 40 *The Business Lawyer* (1985), S. 617 (618).

¹⁰⁶ Eidenmüller ZZP 2000, 5 (18 ff.).

nicht, dass die Parteien sich etwa über die Kosten eines internationalen Schiedsverfahrens oft vehement beklagen.

Mit der Prozessrisikoanalyse kann der Anwalt seinem Mandanten nun zeigen, dass es hier nicht (nur) um Kosten, sondern (auch) um Investitionen mit einer klaren Renditeerwartung geht. Denn der Konflikt ist nun einmal da – egal ob erwünscht oder nicht –, und er hat einen bezifferbaren Geldwert. Ein Beispiel: Ein Unternehmen möchte für die Errichtung eines Offshore-Windparks Mehrkostenansprüche von EUR 100 Mio. über den vereinbarten Pauschalpreis hinaus gegen den Windparkbetreiber geltend machen. Kommt die Prozessrisikoanalyse zu dem Ergebnis, dass diese Forderung einen Erwartungswert von EUR 53,5 Mio. hat, ist dies der erwartete Ertrag. Um den Erwartungswert zu heben, müssen EUR 5 Mio. an Anwaltskosten und Schiedsgerichtsgebühren investiert werden. Die Investition von EUR 5 Mio. verspricht also eine gut zehnfache Rendite. Diese Investition zu unterlassen, ist unternehmerisch nicht zu rechtfertigen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die genannten EUR 53,5 Mio. unmittelbarer „Profit“ sind. Überschlüssig entspricht dieser Betrag bei einer ansonsten im Unternehmen erzielten Umsatzrendite von 10 % einem Projektvolumen von EUR 535 Mio.¹⁰⁷ Fragt man die Unternehmensleitung dann unschuldig, mit welchen finanziellen und personellen Ressourcen sie üblicherweise ein Projekt dieser Größenordnung ausstatten, ist der „Kostenfokus“ auf einmal verschwunden. Die Prozessrisikoanalyse führt über einen Perspektivenwechsel hin zum Investitionsdenken.

2. Was gegen die Prozessrisikoanalyse spricht

Wo viel Licht ist, ist auch (viel) Schatten. Die Prozessrisikoanalyse ist nicht das für alle Fälle geeignete Analysetool, mit dem endlich die Rationalität in die Rechtswissenschaft ein-

¹⁰⁷ Risse/Haller KSzW 2013, 175 ff.

zieht. Dazu wirft diese Technik zu viele Probleme auf. Einige sind Scheinprobleme, andere echte Anwendungsnachteile.

2.1 Akzeptable Ungenauigkeit oder Scharlatanerie?

Oft hört man folgende Kritik: Die Prozessrisikoanalyse suggeriere, man könne mit mathematischer Präzision errechnen, welchen Wert ein streitiger Anspruch habe und wo ein gerechter Vergleich liege. Tatsächlich lasse sich das Prozessrisiko nie mathematisch exakt abbilden: In komplexen Streitigkeiten sei es schon kaum möglich, alle Entscheidungsknoten zutreffend zu ermitteln. Tauche im Prozess plötzlich ein neuer Entscheidungsknoten auf, etwa die bisher übersehene Verjährungsfrage, stelle dies die vorangegangene Analyse in Frage. Noch schwieriger sei es, die Entscheidungsknoten mit Prozentzahlen zu versehen, die das Prozessrisiko korrekt widerspiegeln. Welcher Anwalt wisse schon, ob der Richter für den Beginn verjährungshemmender Verhandlungen ein kurzes Telefonat ausreichen lasse? Wie soll man also zu einer akkuraten Prozentzahl gelangen, die das Risiko zutreffend erfasst? Viele Rechtsfragen seien höchstrichterlich nicht entschieden,¹⁰⁸ ihre Entscheidung hänge ausschließlich vom Streitgegenständlichen Sachverhalt oder der subjektiven Einschätzung des Richters ab. 20 oder 70 % Wahrscheinlichkeit? Das hört sich nach einer ebenso willkürlichen wie spekulativen Festlegung an. Die mathematische Herangehensweise spiegele also eine Genauigkeit vor, die es in der Juristerei nicht gebe. Wer auf die vorgebliche Exaktheit blind vertraue, lasse sich manipulieren.¹⁰⁹

Eine so vorgetragene Kritik überzeugt nicht. Wer die Prozessrisikoanalyse wegen der ihr inhärenten Ungenauigkeiten als Scharlatanerie abtun will, tut ihr Unrecht, weil er die

¹⁰⁸ Selbst eine höchstrichterliche Entscheidung zwingt einen Richter selbstverständlich nicht, dieser Entscheidung zu folgen, auch wenn er dies in aller Regel tun wird.

¹⁰⁹ Die Manipulationsgefahr betont auch *Eidenmüller* ZZZ 2000, 5 (13 f.).

zentrale Gegenfrage ignoriert: Was ist die Alternative? Im Vergleich zu welchem Bewertungsmodell soll die Prozessrisikoanalyse zu ungenau sein? Sicher gibt es Diskrepanzen, wenn man das rechtskräftige Urteil mit der Jahre vorher durchgeführten Prozessrisikoanalyse vergleicht. Doch das so gewählte Vergleichspaar „Prozessrisikoanalyse vs. Prozessausgang“ ist nicht korrekt. Denn in der konkreten Entscheidungssituation für oder gegen einen Vergleich ist es leider nicht möglich, mittels eines Zeitsprungs in einen in der Zukunft liegenden Verkündungstermin vor dem Oberlandesgericht zu hüpfen, um dort eine zweifelsfreie Erkenntnisquelle anzuzapfen. Die Alternative zur Prozessrisikoanalyse ist das herkömmliche „Über-den-Daumen-Peilen“ des Anwalts, das in einer nebulösen „Es-kommt-darauf-an“-Empfehlung endet. Muss man zwischen diesen Alternativen als Entscheidungsgrundlage wählen, bietet die Prozessrisikoanalyse durch ihre systematische Herangehensweise allemal eine bessere Richtigkeitsgewähr als das Bauchgefühl des Hausanwalts. Zweifler seien an die eigene Schätzung im Flachdach-Fall zu Beginn dieses Buches erinnert.¹¹⁰

Richtig bleibt, dass die Risikoabschätzung in der Prozessrisikoanalyse regelmäßig „nur“ der subjektive Überzeugungsgrad des Analytisten ist. Das muss man wissen und in die Gesamtbetrachtung als Unsicherheitsfaktor einstellen. Besser wäre es, wenn aus Vergangenheitsdaten ermittelte Wahrscheinlichkeiten als Häufigkeit angegeben werden könnten, also etwa in wie vielen von 100 Fällen ein Richter in der Vergangenheit bei vergleichbaren Fallkonstellationen eine Rechtsfrage positiv oder negativ entschieden hat.¹¹¹ Die enormen Fortschritte in der elektronischen Datenverarbeitung und das Sammeln von „Big Data“ lassen erwarten, dass

¹¹⁰ Siehe → S. 6

¹¹¹ Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Risikoabschätzung vgl. *Gigerenzer, Risiko*, S. 39f.

die Prozessrisikoanalyse zukünftig vermehrt auf statistisch fundierte Risikoabschätzungen zurückgreifen kann. Dabei ist dann aber zu berücksichtigen, dass aus der Vergangenheit nicht zwingend auf die Zukunft geschlossen werden darf.¹¹² Gleichwohl, diese Prognose sei gewagt: In 20 Jahren werden computerisierte Entscheidungsverfahren den Richter bei seiner Fallentscheidung zumindest unterstützen, ihm vielleicht sogar Teilentscheidungen abnehmen. Ob man das dann wirklich will, ist eine andere, politische Entscheidung.

Insgesamt verwundert die Skepsis oder gar Ablehnung, mit der viele Juristen auf die Prozessrisikoanalyse reagieren, aber auch aus einem anderen Grund: Andere Branchen als die Rechtsberatung kämpfen bei ihren Prognosen mit vergleichbaren Unsicherheiten, ohne dass dies zu übertriebener Zurückhaltung führt. Aktienanalysten prognostizieren munter die Börsenkurse. Meteorologen sagen uns, wie das Wetter morgen wird, und berufen sich dabei auf etliche Annahmen, denen sie Eintrittswahrscheinlichkeiten zugeordnet haben. Ärzte stützen auf einen mutmaßlichen Krankheitsverlauf ihre Therapieempfehlung. Die Ungenauigkeit dieser Prognosen wird gemeinhin akzeptiert, weil man der Expertise der genannten Fachleute vertraut. Die Fachleute haben die bessere Beurteilungskompetenz, auch wenn sie keine Ergebnisse garantieren können. Ihnen wird daher zugetraut, mit ihrer Einschätzung einen besseren Näherungswert zum tatsächlichen Ergebnis prognostizieren zu können als jeder Laie. Auch der Anwalt wird konsultiert, weil er über besondere Fachkenntnisse und deshalb über eine bessere Beurteilungskompetenz verfügt. Diese Beurteilungskompetenz sollte der Anwalt seinem Man-

¹¹² Das zeigt die Truthahn-Illusion: Der arme Truthahn wird über ein Jahr hinweg vom Bauern jeden Tag gefüttert und schließt aus diesen Vergangenheitsdaten messerscharf, dass er ein komfortables Leben haben wird. Dann kommt das Erntedankfest und der Truthahn erkennt seinen Fehlschluss. Vgl. dazu *Gigerenzer, Risiko*, S. 55 f.

danten nicht vorenthalten, indem er sein Analyseergebnis hinter einer kryptischen Formulierung verbirgt.

2.2 Intellektuelle Überforderung der Parteien

Die Prozessrisikoanalyse überfordert manchen Adressaten in seiner intellektuellen Aufnahmefähigkeit. Was zunächst arrogant klingen mag, ist eine nüchterne Feststellung.¹¹³ Die Gefahr der Überforderung besteht, wenn ein Mandant nicht über ein gewisses logisch-mathematisches Verständnis verfügt. Der Entscheidungsbaum wird dann in der Abfolge seiner Entscheidungsknoten nicht verstanden, die Zumessung von Einzelwahrscheinlichkeiten und die abschließende Errechnung eines Prozesserwartungswerts erscheinen als Hexenwerk. Die intellektuelle Überforderung kann zwei gegenteilige, jeweils unschöne Konsequenzen haben: Entweder der Mandant lehnt das gefundene Ergebnis intuitiv ab, weil er den gesamten Gedankengang nicht nachvollziehen kann. Dann war die aufwändige Prozessrisikoanalyse „vergebliche Liebesmüh“. Oder aber der Mandant vertraut dem Ergebnis blind („Sieht hochprofessionell aus!“), ohne die erläuterten Prognoseunsicherheiten realisiert zu haben. Wenn sich dann das errechnete Ergebnis nicht einstellt, ist der Mandant enttäuscht und sucht den Fehler bei seinem (vermeintlich schlechten) Anwalt.

Der Anwalt wird sich daher stets überlegen müssen, ob er seinen Mandanten mit der logisch-mathematischen Herangehensweise über einen Entscheidungsbaum erreicht oder ob er nicht besser ein anderes Kommunikationsmittel wählt. Viele Mandanten wollen gar nicht im Einzelnen verstehen, wie (un)kompliziert ihr Streitfall ist. Sie wollen einfach die persönlichen Mühen loswerden, sich mit dem Streitfall selbst auseinanderzusetzen. So sind sie froh, wenn mit dem Anwalt ein Profi die unangenehme Angelegenheit künftig betreut, so gut es eben geht. Schickt der Anwalt dem Mandanten in dieser

¹¹³ Eidenmüller ZZP 2000, 5 (23).

Situation einen Entscheidungsbaum mit detaillierten Erläuterungen, erweist er dem Mandanten einen Bärenienst, löst er bei diesem so doch wieder einen Befassungszwang aus. Der Anwalt muss sich daher nicht nur überlegen, ob sein Mandant die Prozessrisikoanalyse intellektuell verstehen kann, sondern auch, ob der Mandant Zeit und Mühe in ein solches Verständnis investieren will. Ist das nicht der Fall, wird der Mandant die Prozessrisikoanalyse nur oberflächlich zur Kenntnis nehmen und auch aus Nachlässigkeit die angesprochenen falschen Schlüsse ziehen. Die Prozessrisikoanalyse wird so nicht zu einem Mehrwert, den der Mandant gerne zusätzlich bezahlt, sondern zu einer Quelle zukünftiger Unzufriedenheit mit dem wohlmeinenden Anwalt.

2.3 Haftungsfalle für den Anwalt?

Warum sollte es für den Anwalt zusätzliche Haftungsrisiken bergen, wenn er die Prozessrisikoanalyse einsetzt? Das Gegenteil scheint nahezuliegen: Der Anwalt geht streng rational vor. Er führt seinem Mandanten die Risiken der Prozesssituation vor Augen und schafft so eine solide Entscheidungsgrundlage. Erläutert der Anwalt dem Mandanten zudem, wie er zu den angenommenen Eintrittswahrscheinlichkeiten gelangt ist und warum der errechnete Prozesserwartungswert nie den tatsächlichen Verfahrensausgang abbilden kann, hat der Anwalt die bestmögliche Aufklärung geleistet. Rationalität und Transparenz des Vorgehens sollten Haftungsrisiken des Anwalts eigentlich minimieren, nicht aber steigern.

Soweit die Theorie. Die Prognose der tatsächlichen Haftungsrelevanz von durchgeführten Prozessrisikoanalysen sieht leider deutlich düsterer aus. Mit dem Entscheidungsbaum dokumentiert der Anwalt seine Fallanalyse samt angewandter Denkstruktur; mit den Prozentzahlen bekennt der Anwalt Farbe, wie hoch die Prozessrisiken aus seiner Sicht sind. Nach einem Prozessverlust sind beide Punkte für einen zu Recht

oder zu Unrecht enttäuschten Mandanten natürlich ideale Beweismittel für einen Anwaltshaftungsprozess.¹¹⁴ Hat der Anwalt einen Entscheidungsknoten übersehen, den das Oberlandesgericht später für entscheidend gehalten hat? Ist die Eintrittswahrscheinlichkeit „Verjährung“ mit nur 25 % nicht eindeutig zu niedrig beziffert, wenn sowohl Landgericht als auch Oberlandesgericht die Klageforderung als verjährt abgewiesen haben? Schnell wird der Mandant ausführen, dass er einen teuren Prozess nie und nimmer angestrengt hätte, wäre er nur „realistisch“ über die Prozessrisiken informiert worden. Nüchtern betrachtet, leben wir leider in einer Welt, in der individuelles „Pech“ nicht mehr akzeptiert wird. Stattdessen wird ein „Schuldiger“ gesucht, der für das eigene Unglück nicht nur verantwortlich, sondern auch finanziell haftbar gemacht werden kann. Und der Anwalt ist dafür ein nahezu idealer „Schuldiger“, verfügt er doch über eine obligatorische Haftpflichtversicherung, was wiederum die Sozialisierung allgemeiner Lebensrisiken erlaubt. So gesehen ist die sauber dokumentierte Prozessrisikoanalyse für einen enttäuschten Mandanten eine zusätzliche Angriffsfläche für Haftungsansprüche. Der Anwalt muss dies ins Kalkül stellen, wenn er die Prozessrisikoanalyse einsetzt. Der umsichtige Anwalt wird das daher nur dann tun, wenn das Vertrauensverhältnis zum Mandanten derart ist, dass es konstruierte Haftungsansprüche unwahrscheinlich erscheinen lässt, oder wenn das zusätzliche Haftungsrisiko durch ein insgesamt angemessenes Honorar abgegolten ist.

¹¹⁴ Leider sind diese Fälle keine Gedankenspielerlei, wie das Urteil des OLG Düsseldorf vom 25.6.2015 (I-6 U 200/14, BeckRS 12015, 15496) zeigt: Dort hatte der Mandant dem Anwalt gesagt, dass er nur bei Chancen von „mehr als 50 %“ klagen wolle. Nachdem dieser verloren hatte, verlangte er vom Anwalt Schadensersatz für die aufgewandten Kosten, am Ende mit Erfolg.

2.4 Verrechtlichung und Kommerzialisierung des Konflikts

Da die Prozessrisikoanalyse die möglichen Abläufe eines Gerichtsverfahrens simuliert, wird der Konflikt insgesamt verrechtlicht. Außerrechtliche Faktoren, die für den Mandanten bei der Frage für oder gegen einen Prozess wichtig sein mögen, können im Entscheidungsbaum ebenso wenig abgebildet werden wie nichtmonetäre Aspekte. So mag etwa ein Mandant den emotionalen Stress befürchten, der mit einem jahrelangen Prozess einhergeht. Die auf ihr Image achtende Investmentbank hat kein Interesse daran, dass ihr Name überhaupt im Zusammenhang mit einem Gerichtsprozess auftaucht, auch wenn die Prozessrisikoanalyse gute Erfolgsaussichten verheißt. Umgekehrt wird der Markenhersteller auch einen aussichtslosen Prozess um seine Marke führen wollen, um den Wettbewerbern seine grundsätzliche Kampfbereitschaft zu demonstrieren. All diese Faktoren können in einem Entscheidungsbaum nicht auftauchen, obwohl sie die Entscheidung über das weitere Vorgehen beeinflussen. Insofern müssen der Anwalt und der Unternehmensjurist darauf achten, dass sie derartige Faktoren neben die Prozessrisikoanalyse stellen und gesondert berücksichtigen.

Die mit der Prozessrisikoanalyse einhergehende Verrechtlichung des Konflikts kann auch eine Verhandlungslösung erschweren, weil außerrechtliche Faktoren in einem Einigungskonzept nicht mehr auftauchen. Deshalb sollte ein Konfliktvermittler, wie etwa ein Mediator, die Prozessrisikoanalyse nicht zu früh als Lösungsmodell vorschlagen.¹¹⁵

2.5 Hoher Kostenaufwand

Es ist aufwändig und damit teuer, eine Prozessrisikoanalyse zu erstellen. Der Entscheidungsbaum muss sorgfältig ausgearbeitet werden. Dafür muss zunächst der gesamte Prozessstoff

¹¹⁵ Neuenhahn ZKM 2002, 245 (247).

danach durchsucht werden, welche Entscheidungsknoten in die Risikoanalyse eingestellt werden müssen. Die ermittelten Entscheidungsknoten müssen in einen korrekten logischen Zusammenhang gebracht werden, die den Knoten zugeordneten Eintrittswahrscheinlichkeiten sollen das Risiko akkurat beziffern. Die Risikobezifferung können nur Fachleute leisten. Beziehen sich die Entscheidungsknoten – wie meist – neben rechtlichen auch auf tatsächliche Fragen, summieren sich die Kosten der hinzugezogenen Experten. In einem Produkthaftungsfall muss der Ingenieur prüfen, ob ein Konstruktionsfehler den Schadensfall verursacht hat oder ein isolierter Fehlgebrauch des Produkts. Der Anwalt begutachtet dann die gesetzlichen Handlungspflichten des Produktherstellers, und der Kaufmann schätzt finanziell ab, welche Kosten hier insgesamt anfallen. Softwareprogramme unterstützen zwar das Zeichnen des Entscheidungsbaums und die mathematischen Rechenprozesse, machen aber die kostenintensiven manuellen Vorarbeiten nicht überflüssig. Bei kleineren Streitigkeiten rechnet sich der Aufwand für eine Prozessrisikoanalyse daher meist nicht. Bei Großverfahren fallen die Kosten dagegen im Verhältnis zum Streitwert nicht ins Gewicht.

3. Checkliste: Wann Prozessrisikoanalyse – und wann besser nicht?

Wer über den Einsatz der Prozessrisikoanalyse entscheiden muss, sollte die erläuterten Vor- und Nachteile dieses Verfahrens auf den Einzelfall anwenden. Eine Checkliste für den Einsatz der Prozessrisikoanalyse sieht wie folgt aus:

- ▶ Sind die möglichen Prozessausgänge quantifizierbar? Können also die denkbaren Ergebnisse in Geldwerten ausgedrückt werden?
- ▶ Ist eine Prozessrisikoanalyse für den Adressaten/Mandanten das geeignete Analysetool oder droht hier eine intel-

lektuelle Überforderung? Ist der Adressat/Mandant in der Lage, mit den Ergebnissen der Prozessrisikoanalyse sachgerecht umzugehen?

- ▶ Hat der Anwalt ein so gutes Vertrauensverhältnis zum Mandanten, dass die mit der Prozessrisikoanalyse einhergehenden Haftungsgefahren akzeptiert werden können?
- ▶ Spielen für den Mandanten nicht-monetäre Punkte bei der Streitbeilegung eine Rolle, die nicht in einem Entscheidungsbaum abgebildet werden können?
- ▶ Rechtfertigt die Bedeutung des Falls die Durchführung einer aufwändigen und kostenintensiven Prozessrisikoanalyse?