

Prozessrisikoanalyse - ein Tool für Wirtschaftsmediatoren



Prozessrisikoanalyse

Rationales Bewerten von Prozessrisiken

I. Wenn Unternehmen streiten ... geht es häufig wirklich nur um Geld

Wenn Unternehmen streiten, geht es häufig um Geld. Nur um Geld. Die Streitparteien haben – schon weil es sich häufig um juristische Personen handelt – keine Interessen, jedenfalls keine auf emotional-psychologischem Gebiet. Wer als Mediator hier vermitteln will, kommt mit dem klassischen Harvard-Verhandlungsansatz, die Parteien von ihren Positionen abrücken und über Interessen reden zu lassen, nicht weiter. Die Suche nach kreativen Lösungen des Streits, etwa über Verfahren der Optionsgenerierung, führt in eine Sackgasse. „Win-Win“-Lösungen bleiben eine Illusion. Das mag manchen Wirtschaftsmediator frustrieren, und viele werden glauben, man habe einen interessenorientierten Verhandlungsansatz nur nicht ernsthaft genug versucht. Aber nüchtern bleibt doch nur eine Erkenntnis: Es gibt – im B2B-Bereich recht viele – Streitigkeiten, bei denen es sich um reine Verteilungskämpfe handelt. Es geht darum, wer welches Stück von einem Kuchen bekommt, der sich nicht weiter vergrößern lässt. Deshalb muss der Mediator mit den Parteien besprechen, wie – also nach welchem Maßstab – der Kuchen aufgeteilt werden soll. Für die Verhandlungstheoretiker: Das dritte Harvard-Prinzip kommt hier zum Zug: „Insist on and negotiate neutral criteria“.

Viele Mediatoren kommen in reinen Verteilungskämpfen nicht weiter, weil ihnen handhabbare Techniken zur Ermittlung von Einigungsspielräumen fehlen. Verstärkt wird diese Tendenz dann, wenn die Parteien sich extrem auf juristische Positionen und Argumente fokussieren. „Wenn es nur um Rechtsfragen geht, sollten die Parteien wirklich zum Gericht gehen“, ist eine dann oft gehörte Einschätzung. Aber diese Einschätzung ist vorschnell, denn auch auf juristische Fragen fixierte Streitparteien verpassen oft Einigungsspielräume. Dieser Befund lässt sich leicht nachweisen: In fast 50 % aller Gerichtsprozesse einigen sich die Parteien früher oder später – meistens später, auf den Stufen des Oberlandesgerichts. Wenn das aber so ist, hätten sie sich doch auch gleich – ganz zu Beginn der Streitigkeit – auf eben diesen Vergleich einigen können, denn die Fakten des Rechtsstreits haben sich seitdem nicht mehr verändert. Und die frühe Einigung hätte den Parteien ein Vermögen an Gerichts- und Anwaltskosten gespart, und erst recht jede Menge Nerven.

Die Parteien scheitern an dieser Aufgabe, weil es ihnen nicht gelingt, Prozessrisiken (rechtliche Risiken und Risiken bei der Klärung von Tatsachenfragen) frühzeitig und richtig zu erfassen. Sie wissen schlicht nicht, wie das geht. Und genau da-

bei kann ihnen ein guter Wirtschaftsmediator helfen: mit der Technik der Prozessrisikoanalyse.

II. Hindernisse:

Falsche Risikoeinschätzung und falsches Risikoverhalten

Streitparteien (und die sie beratenden Anwälte) formulieren ihre Risikoeinschätzung meist diffus, weil sie die tatsächliche und juristische Komplexität eines Sachverhalts nicht geordnet erfassen und bewerten können. Deshalb wird Zuflucht zu einer Bauchentscheidung genommen, die notdürftig verborgen und in ein „insgesamt gute Prozessaussichten“ umgesetzt wird. Diese aus dem Bauch gegebenen Empfehlungen wirken sich indes verheerend aus, weil Menschen ohnehin irrational mit Risiken umgehen. Die Irrationalität führt dann dazu, dass ein Vergleichsspielraum verneint wird, der bei nüchterner Analyse erkennbar wäre. Um dieser Irrationalität vorzubeugen, wäre eine geordnete Risikoerfassung erforderlich. Die menschliche Psyche spielt uns bei der Beurteilung risikobehafteter Situationen nämlich gleich zweimal einen Streich: einmal bei der grundsätzlichen Einschätzung der Risikolage und zum anderen bei der dann zu treffenden Entscheidung.

1. Die Unfähigkeit, Risiken einzuschätzen

Viele Leser erinnern sich noch mit Grauen an die Untiefen der Wahrscheinlichkeitsrechnung, die sie in der Schulzeit zu meistern hatten. Wahrscheinlichkeitsrechnung ist schwierig und komplex, und wir Menschen hassen Komplexität. Statt Komplexität zu organisieren – etwa in Form einer mathematischen Formel – reduzieren wir diese. In der Praxis wird die intuitive Bauchentscheidung deshalb der nüchternen mathematischen Risikoabschätzung vorgezogen. Ein Beispiel mag dies illustrieren: Sie gehen in ein Fußballstadion und sehen vor sich auf dem Spielfeld 22 Spieler und einen Schiedsrichter. Wie wahrscheinlich ist es, dass zwei dieser 23 Personen am gleichen Tag Geburtstag haben? Typisch sind die Schätzungen, die von einem „großen Zufall“ sprechen und die Wahrscheinlichkeit bei deutlich unter 10 % verorten. Intuitiv setzen wir die 23 Personen ins Verhältnis zu 365 Tagen – und übersehen dabei, dass es deutlich mehr als 23 Personenpaare gibt, die am gleichen Tag Geburtstag haben können. Tatsächlich liegt die Wahrscheinlichkeit hier bei über 50 %. Dieses Beispiel mag vom Berufsalltag des Juristen weit entfernt scheinen, doch ist es dies nicht: So mag ein Unternehmensjurist beurteilen müssen, ob ein angestrebter Prozess vermutlich gewonnen wird. Bei den drei Schlüsselfragen des Prozesses geht es um die Anspruchsberechtigung, den Schadensnachweis sowie einen erwarteten Verjährungseinwand. Beziffert der Jurist die Chancen, bei den drei Schlüsselfragen durchzudringen, mit jeweils 75 %, scheinen die Erfolgsaussichten zunächst rosig: Eine nüchterne mathematische Prüfung zeigt jedoch, dass der Prozess

wahrscheinlich verloren gehen wird, die Prozesschancen liegen nur bei gut 40 %. Der Wunsch nach Vereinfachung und das juristische Bauchgefühl spielen uns bei der Risikoabschätzung schlicht einen Streich.

2. Die intuitiv falsche Risikoentscheidung

Menschen schätzen Risiken aber nicht nur falsch ein, sondern treffen selbst bei einer klar erkannten Risikolage dann auch noch die falschen Entscheidungen. Wenn man etwa einem Passanten auf der Straße anbietet, ihm entweder € 100,00 Sofortgewinn auszuzahlen oder ihm einen Briefumschlag zu geben, wobei zwei von drei Briefumschlägen leer sind und der dritte Briefumschlag € 1.000,00 enthält, zieht der typische Passant die sicheren € 100,00 der Hoffnung auf € 1.000,00 vor. Rational und risikoadäquat ist dieses Verhalten nicht. Denn eine 33 %ige Chance auf € 1.000,00 ist € 333,00 wert und damit allemal wertvoller als der Hundert-euroschein. Wenn es um die Verbesserung des eigenen Status quo geht, streben die Menschen aber nach Sicherheit und ziehen die kleine Verbesserung der ungleich größeren und wertvolleren Chance auf einen echten Sprung nach vorn vor. In einem Gerichtsprozess sind Kläger daher typischerweise vergleichsbereit, weil sie den sicheren Ertrag (= Vergleichsbetrag) der unsicheren Chance eines vollständigen Prozessserfolgs vorziehen; das gilt auch dann, wenn die unsichere Chance tatsächlich weit wertvoller ist als der angebotene Vergleichsbetrag. Umgekehrt, nämlich viel zu risikofreudig, reagieren Menschen, wenn der Risikoeintritt ihren Status quo bedroht. Gibt man einer Gruppe von Versuchspersonen etwa die Wahl, entweder € 100,00 sofort zu zahlen oder aber einen Briefumschlag zu nehmen, bei dem jeder dritte Briefumschlag eine Zahlungsaufforderung von € 1.000,00 enthält, wählen die meisten Menschen jetzt die Risikovariante. Sie möchten sich die Hoffnung erhalten, eine Vermögenseinbuße zu vermeiden. Rational ist auch dies nicht: Der Briefumschlag verkörpert ein Risiko, das aktuell mit € 333,00 bepreist werden muss ($1/3 \times € 1.000,00$), so dass der sichere Verlust von € 100,00 die deutlich bessere Wahl ist. Auch dieses Verhaltensmuster spielt in der juristischen Beratungspraxis eine große Rolle: Die beklagte Partei verweigert sich einem vernünftigen Vergleich (= sichere Vermögenseinbuße) in der vagen und sehr teuren Hoffnung, dass das Oberlandesgericht die Verjährungsfrage vielleicht doch anders beurteilen wird als die eigene Rechtsabteilung und das erstinstanzliche Gericht. Denn nur so – bei der Hoffnung auf das Oberlandesgericht – lässt sich ein Vermögensabflug ganz vermeiden. Ein letztes Beispiel: Die Rechtsabteilung soll eine Empfehlung abgeben, ob eine Klage über € 10 Mio. erhoben wird. Die Erfolgssaussichten werden mit 25 % geschätzt. Wie sieht die Empfehlung der Rechtsabteilung aus? Im Regelfall wird sie davon abraten, die Klage zu erheben. Betriebswirtschaftlich gesehen ist diese Entscheidung falsch: Eine Chance auf 25 % eines Betrags von € 10 Mio. ist € 2,5 Mio. wert. Ei-

ne solche Chance kann man nicht einfach fallenlassen, zumal die Gerichts- und Anwaltskosten für das Ausprobieren der Forderungsdurchsetzung (gewissermaßen der „Lospreis“) mit Sicherheit deutlich unterhalb des Chancenwerts von € 2,5 Mio. liegen. Betriebswirtschaftlich betrachtet sollte daher diese Chance ausgereizt und der Gerichtsprozess begonnen werden.

III. Die Lösung: nüchterne Prozessrisikoanalyse

Der gänzlich irrationale Umgang mit (Prozess-)Risiken, verstärkt durch die ohnehin bestehende Mathematikfeindlichkeit der Parteien und der beratenden Anwälte, erzwingt ein Umdenken: Die Chancen und Risiken eines Gerichtsprozesses dürfen nicht mehr in Form einer Bauchentscheidung bewertet werden. Vielmehr muss die Chancen- und Risikolage mit Hilfe eines nüchternen Analysetools ermittelt werden, das dann sowohl eine bezifferte Risikoabschätzung als auch einen konkreten Handlungsvorschlag erlaubt. Im Idealfall heißt es dann:

„Wir haben eine 42 %ige Chance, den Rechtsstreit zu gewinnen. Wenn wir uns für 42 % vergleichen könnten, wäre das in Ordnung. Ja, auch ein Vergleich für 35 % wäre noch akzeptabel, weil wir uns so die mit 8 % des Streitwerts bezifferten Anwalts- und Verfahrenskosten sparen.“

Das Analysetool, das eine konkrete Risikoabschätzung und einen darauf gestützten konkreten Handlungsvorschlag erlaubt, heißt „Prozessrisikoanalyse“. Die Prozessrisikoanalyse ist in der Praxis amerikanischer Mediatoren seit langem etabliert. Die definierten Prüfungsschritte dieser Technik zwingen zum geordneten Denken; die Irrationalität, zu der wir psychologisch neigen, hat darin keinen Platz. Das Grundprinzip dieser Technik ist einfach: Der mögliche Verlauf eines Gerichtsverfahrens wird in Form eines Entscheidungsbaums mit klaren Ja-/Nein-Weichenstellungen abgebildet und so visualisiert. Die Risiken und Chancen eines Prozesses werden damit greifbar; eine undurchsichtige Gemengelage wird vermieden. Im zweiten Schritt wird jede Weichenstellung mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit versehen, die jedes Einzelrisiko/jede Einzelchance getrennt bewertet. Im dritten Schritt lässt sich daraus mit einer einfachen mathematischen Rechnung eine bezifferte Prognose für den Ausgang des Prozesses ableiten. Statt die Rechtslage mit nebulösen Wendungen „ganz gute Prozessaussichten“; „insgesamt leicht unterdurchschnittliche Chancen“ und „die besseren Argumente sprechen für unsere Position“ zu umschreiben, steht am Ende ein nüchternes Fazit:

„Wir werden diesen Prozess mit einer Wahrscheinlichkeit von 69 % gewinnen; also können wir uns zu diesem Prozentsatz auch vergleichen.“

Dieser klare Satz fällt Juristen schwer; Manager lieben ihn. Aber in der Mediation entscheiden Manager, nicht Juristen, und deshalb erobert sich das Analysetool der Prozessrisikoanalyse auch in Deutschland immer mehr Anhänger.

IV. Prozessrisikoanalyse: Schritt für Schritt

Was die Prozessrisikoanalyse leisten kann, lässt sich am besten an einem Beispiel veranschaulichen. Dazu dient folgendes Fallbeispiel¹:

Drei Jahre, nachdem Dachdecker D das Flachdach des Bürohauses von Bauherr B isoliert hat, zeigt sich nach sintflutartigen Regenfällen an der Bürodecke der obersten Etage ein großer Wasserfleck. D streitet jede Verantwortung kategorisch ab. B lässt daraufhin die Decke sanieren und muss für die Zeit der Bauarbeiten auf Mieteinnahmen verzichten. Sanierungskosten und Mietausfall summieren sich auf einen Gesamtschaden von € 100.000,00.

B verlangt diesen Betrag von D ersetzt. D wendet ein, der Wasserfleck sei nicht auf einen vom ihm verschuldeten Baumangel zurückzuführen. Überhaupt seien Gewährleistungs- und Garantieansprüche längst verjährt. In jedem Fall sei seine Haftung für alle Schäden nach seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf maximal € 50.000,00 je Einzelfall begrenzt. B wendet sich gegen die Verjährung und meint, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von D mit der darin enthaltenen Haftungsbegrenzung seien nicht wirksam in den seinerzeitigen Werkvertrag einbezogen worden.

Sie sind der Anwalt von B. Morgen stehen Vergleichsverhandlungen an. B hat sie beauftragt, die Prozessrisiken abzuschätzen. Nach Ihren Erfahrungen und einem intensiven Studium der juristischen Fachliteratur sind Sie zu folgenden Erkenntnissen gekommen: Die Wahrscheinlichkeit, dass eine mangelhafte Isolierung den Wasserfleck verursacht hat, beziffern Sie mit ungefähr 50 %. Die Chancen für D, mit seinem Verjährungseinwand durchzudringen, stehen bei nur 10 %. Dafür ist die Haftungsbegrenzung mit einer Wahrscheinlichkeit von 70 % wirksam vereinbart worden.

Es lohnt, in der Lektüre dieses Beitrages kurz innezuhalten und sich zu überlegen, für welchen Betrag man sich sinnvoller Weise in diesem Fall vergleichen würde. Wer betriebswirtschaftlich denkt, mag sich etwas fragen, für welchen Betrag der Bauherr B diese Forderung an eine Factoringgesellschaft verkaufen könnte oder

¹ Aus: Risse, Wirtschaftsmediation (2003), S. 354.

– aus Sicht des Dachdeckers – welche Versicherungsprämie er zahlen sollte, um das Risiko des Gewährleistungsprozesses abzudecken.

Das vorgenannte Beispiel war Gegenstand unzähliger Verhandlungsseminare, und die Schätzungen der Teilnehmer divergierten zwischen € 20.000,00 und € 80.000,00. Der Median² der Schätzungen lag bei € 45.000,00. Bei nüchterner Betrachtung muss dieses Ergebnis entsetzen: Der Fall enthält klare, bezifferte Risikoanweisungen, so dass es nur ein einziges richtiges Ergebnis geben kann. Es kann schlicht nicht sein, dass sich der eine Unternehmensjurist in diesem Fall bei € 25.000,00 vergleichen würde, während sein Counterpart meint, ein gerechter Vergleich läge eher bei € 70.000,00. Der Grund für diese Diskrepanz in den Abschätzungen ist die aus psychologischen Gründen falsche Risikoeinschätzung, die wir oben schon kennengelernt haben.

Die Prozessrisikoanalyse begegnet diesem Problem, indem sie die Komplexität des Falles organisiert, statt die Komplexität zu ignorieren oder in eine Bauchentscheidung zu reduzieren. Das geschieht in den folgenden Schritten:

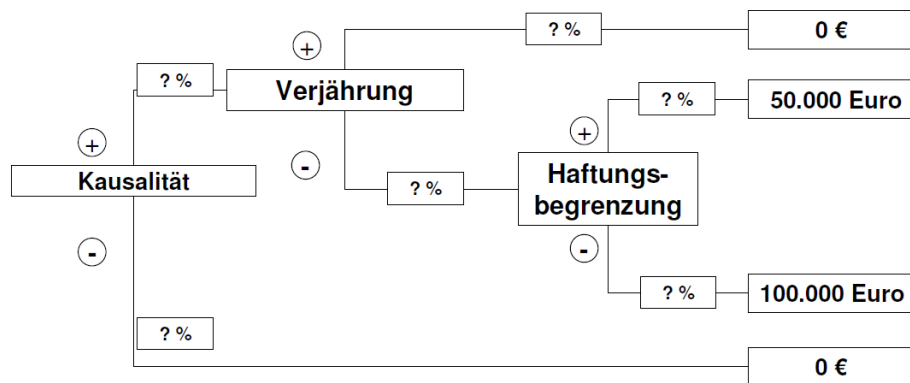
1. Erster Schritt: Erstellen einer Baumstruktur

Der vorgestellte Fall enthält drei Weichenstellungen:

1. Weichenstellung: Kausalität – Hat der Dachdecker den Fehler überhaupt verursacht?
2. Weichenstellung: Verjährung – Wäre eine Schadenersatzforderung vielleicht schon verjährt?
3. Weichenstellung: Haftungsbegrenzung – Ist die Haftung des Dachdeckers auf 50 % des Gesamtschadens reduziert?

Diese drei Weichenstellungen lassen sich jetzt in einen Entscheidungsbaum umsetzen, der wie folgt aussieht:

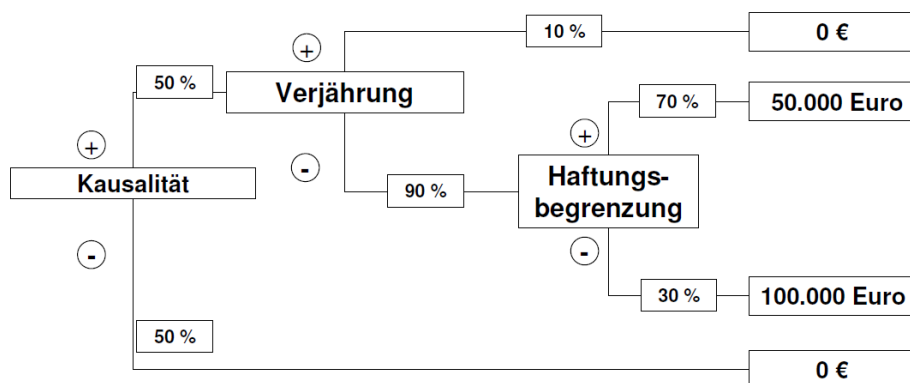
² Median bedeutet, dass 50 % der Schätzungen oberhalb dieses Wertes und 50 % der Schätzungen unterhalb dieses Wertes lagen. Dieser Wert ist aussagekräftiger als der „Durchschnitt“, bei dem Ausreißerschätzungen oft einen überproportionalen Einfluss haben.



Zur weiteren Veranschaulichung man sich den Ast des Entscheidungsbaums anschauen, der auf der rechten Seite mit einem Wert von € 50.000,00 endet. Die visualisierte Gedankenfolge lautet hier: Wenn die Kausalität Dachdeckerleistung/Wasserschaden bejaht wird (+), stellt sich die Folgefrage der Verjährung. Wird die Verjährung verneint (-), stellt sich abschließend die Frage der Haftungsbegrenzung. Ist die Haftungsbegrenzung wirksam (+), kommt man zum Endergebnis von € 50.000,00.

2. Zweiter Schritt: Risikobezifferung

In einem zweiten Schritt setzt man die Eintrittswahrscheinlichkeit für jede einzelne Weichenstellung fest und trägt sie in den Entscheidungsbaum ein. Der Ausgangsfall enthält hierzu klare Vorgaben. In der Praxis sind die einzelnen Eintrittswahrscheinlichkeiten für jedes getrennt identifizierte Prozessrisiko häufig das Ergebnis einer ausführlichen rechtlichen oder tatsächlichen Prüfung, bisweilen auch die Umsetzung eines von einer externen Kanzlei eingeholten Rechtsgutachtens zu einer bestimmten Frage. In unserem Ausgangsfall ergibt sich nun folgendes Bild:



3. Dritter Schritt: Berechnung des Gesamtprozessrisikos

In einem dritten, jetzt doch etwas mathematischeren Schritt lässt sich nun das Gesamtprozessrisiko beziffern. Dazu muss man einfache Grundre-

geln der Wahrscheinlichkeitsrechnung befolgen. Zwei Schritte sind dafür notwendig:

- (i) Die Eintrittswahrscheinlichkeit jedes einzelnen Astes wird berechnet, indem man einen Ast „durchmultipliziert“: Die Prozentzahlen auf dem Ast werden miteinander multipliziert. Das so errechnete Produkt der Prozentzahlen wird schließlich mit dem auf der rechten Seite stehenden Endergebnis jedes Astes mal genommen.
- (ii) Die Ergebnisse der einzelnen Äste werden aufaddiert. Es ergibt sich das Gesamtprozessrisiko.

In unserem Beispielfall führt dies zu folgender Berechnung, wobei man der Übersichtlichkeit halber mit dem obersten Ast anfängt und sich dann nach unten vorarbeitet:

	(50 % x 10 %) x 0 €	=
+	...	=
+	..	=
+	...	=
Ergebnis:		=

4. Typische Einwände gegen die Prozessrisikoanalyse

Auf den ersten Blick mag die Prozessrisikoanalyse für den Juristen, der sich lange nicht mit mathematischen Denkansätzen beschäftigt hat, wie "black magic" wirken. Diese Skepsis legt sich aber schnell, so kompliziert ist diese Technik nicht. Ernster zu nehmen ist folgende Kritik: Die Bezifferung der einzelnen Risiken für die Weichenstellungen im Entscheidungsbaum basiert doch wieder nur auf einer subjektiven Einschätzung, letztlich also auf einer gegriffenen Zahl. Man kann doch unmöglich sagen, dass das Verjährungsrisiko bei 90 % liegt!?

Kann man nicht? Doch, man kann. Wir Juristen müssen uns nur angewöhnen, statt der üblichen "Es kommt darauf an"-Antwort eine bezifferte Einschätzung zu geben. Wenn es sich um einen guten Juristen handelt, dann müsste er mit seiner Einschätzung recht nah bei der Wahrheit liegen. Optimieren lässt sich die Methode, indem man mehrere Juristen fragt und dann den Mittelwert der prozentualen Einschätzungen als Risikoerschätzung in den Entscheidungsbaum einträgt. Handelt es sich um eine technische Frage, also etwa darum, ob die Dachdeckerleistung ursächlich für den Wasserschaden ist, fragt man jemanden mit einer höhe-

ren Beurteilungskompetenz nach seiner Einschätzung, also etwa einen technischen Sachverständigen oder einen Kollegen aus der Bauabteilung.

Natürlich bleiben auch dann noch Unsicherheiten, aber: Die vorgestellte Technik diszipliniert das Durchdenken eines Falls. Sie eliminiert den intuitiven Denkfehler, wonach aufaddierte Unsicherheiten die Gesamtunsicherheit kaum erhöhen. Und die Technik ist dramatisch verlässlicher und deutlich zielgenauer als die einzige Alternative, nämlich die subjektive Gesamteinschätzung, die Sie, lieber Leser, ja selbst vorgenommen haben, als Sie den obigen Flachdachfall zum ersten Mal gelesen haben.

V. Praktischer Einsatz der Prozessrisikoanalyse in der Mediation

Die Prozessrisikoanalyse lässt sich in der Mediation als Tool einsetzen, um die Parteien zu einem rational begründbaren Vergleich zu führen:

Stellt der Mediator in der zweiten Phase der Mediation (Interessenklärung) fest, dass beide Seiten übereinstimmend von einem reinen "Verteilungskampf" ausgehen, bei dem es allein um Geld geht, wird der Mediator in einem ersten Schritt diese Annahme der Parteien kritisch hinterfragen: Bisweilen nehmen die Parteien nämlich irrtümlich an, dass eine interessenorientierte Verhandlung nicht zum Ziel führt und der "Kuchen" (Geldbetrag in Streit) schlicht aufgeteilt werden muss. In Wirtschaftskonflikten, insbesondere bei Streitigkeiten zwischen Unternehmen, erweist sich indes die Annahme der Parteien häufig als richtig: So mag es in einer Baustreitigkeit darum gehen, wer die entstandenen Mehrkosten zu tragen hat. In einer Streitigkeit nach einem Unternehmenskauf will der Käufer aufgrund vorgegeblicher Mängel im erworbenen Unternehmen Gewährleistungsansprüche durchsetzen und den Kaufpreis nachträglich reduzieren. Raum für "Win-Win"-Lösungen ist hier zumeist nicht. Ein Mediator kann dann in folgenden Schritten vorgehen:

1. Schritt 1: Ist die Prozessrisikoanalyse wirklich die richtige Methode?

In solchen Fällen wird der Mediator in einem ersten Schritt mit den Parteien klären, nach welchem Entscheidungsmaßstab sie die Aufteilung des "Verhandlungskuchens" durchführen wollen. Eine Aufteilung anhand der Rechtslage ist nicht der einzige Weg. Oft streben die Parteien aber tatsächlich eine Aufteilung gemäß der Rechtslage an, schon weil ihr entsprechender Erwartungshorizont von den beratenden Rechtsanwälten "auf die Rechtslage ausgerichtet" worden ist. Außerdem lässt sich unternehmensintern, etwa gegenüber dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat, eine rechtlich begründete Konfliktlösung einfacher verkaufen und vertreten als ein alternativer Ansatz.

Hat der Mediator mit den Parteien diese beiden Vorfragen geklärt, nämlich

- (i) dass es sich um einen Verteilungskampf handelt, bei dem es nur um die Aufteilung des Verhandlungskuchens (Geldbetrag) geht, und
- (ii) dass die Parteien eine an der Rechtslage orientierte Lösung versuchen möchten,

dann kann der Mediator die Prozessrisikoanalyse als Lösungsansatz in Erwägung ziehen.

2. Schritt 2: Themensammlung für den Entscheidungsbaum

Dazu erarbeitet der Mediator mit den Parteien gemeinsam im ersten Schritt den Entscheidungsbaum. Meist beginnt dies mit einer Themensammlung:

"Lassen Sie uns doch in einem ersten Schritt zusammentragen, welche Fragen wohl ein Richter beantworten müsste, wenn er ihren Streit zu entscheiden hätte."

Anwaltlich beratene Parteien haben meist wenig Schwierigkeiten damit, die entsprechenden Punkte zusammenzutragen.

3. Schritt 3: Ordnen der Rechtsfragen und Erstellen eines Entscheidungsbaums

In einem dritten Schritt wird der Mediator vorschlagen, die zusammengetragenen Rechtsfragen zu ordnen und zu visualisieren:

"Ich möchte mit Ihnen gemeinsam die Rechtsfragen ordnen und so darstellen, dass wir einen Überblick darüber haben, wie sich die einzelnen Punkte wechselseitig beeinflussen würden. Lassen Sie uns dazu doch einen Entscheidungsbaum aufstellen."

Der Mediator erstellt dann gemeinsam mit den Parteien den Entscheidungsbaum. Es ist – wie immer in der Mediation – sehr wichtig, dass der Mediator hier nicht mit seinen Kenntnissen in der Prozessrisikoanalyse vorprescht, sondern die Parteien selbst intensiv in die Ausgestaltung des Verfahrens einbindet. Nur so erreicht der Mediator die notwendige Identifikation der Parteien mit dieser Technik. Die Erstellung des Entscheidungsbaums (ohne Prozentzahlen!) ist ein rein logischer Prozess und gelingt in der Regel immer.

In einfachen Fällen kann der Entscheidungsbaum unmittelbar an einem Flipchart visualisiert werden. In komplizierteren Fällen, etwa mit mehr als fünf Entscheidungsknoten, wird die Visualisierung auf einem Flipchart schwierig. Hier bietet es sich an, in einem ersten Schritt den Entscheidungsbaum gemeinsam mit den Parteien auf einem Blatt Papier aufzuzeichnen und erst in einem zweiten Schritt einen Computer einzusetzen, um den Entscheidungsbaum über einen Beamer an die Wand zu projizieren.

4. Schritt 4: Festlegen von Eintrittswahrscheinlichkeiten

Der vierte Schritt besteht dann darin, dass die Parteien festlegen, welche Eintrittswahrscheinlichkeit sie den nun bezifferten tatsächlichen und rechtlichen Risiken zumessen. Die Erfahrung zeigt, dass eine solche "Prozentzahlen"-Diskussion im Plenum schwierig zu führen ist. Sinnvoller ist es, die einzelnen Sachverhalts- und Rechtsfragen zunächst nacheinander zu besprechen und das Besprechungsergebnis zu visualisieren. Eine einfache Technik ist insofern, ein Blatt Papier in eine Pro- und eine Contra-Seite aufzuteilen und dann zusammenzutragen, welche Argumente für die Realisierung eines Risikos sprechen und welche Argumente dagegen. Stehen dann etwa auf einem Blatt Papier drei Punkte, warum eine Forderung verjährt ist, und vier Argumente, die gegen eine Verjährung im vorliegenden Fall sprechen, haben die Parteien so gemeinsam zumindest die Grundlage für eine Bewertung dieses Prozessrisikos geschaffen.

Auf dieser Grundlage können die Parteien dann jeweils gebeten werden, die so verbal umschriebenen Prozessrisiken in eine Prozentzahl/Eintrittswahrscheinlichkeit umzusetzen. Der Mediator braucht hier Fingerspitzengefühl, um zu entscheiden, ob er diese Einschätzung zunächst in Einzelgesprächen vorbereitet oder ob diese gleich gemeinsam im Plenum getroffen werden kann. Naturgemäß werden die Parteien die jeweiligen Prozessrisiken unterschiedlich einschätzen und in Richtung der eigenen Position "schönfärben". Die Schwierigkeit für den Mediator liegt hier darin, die Parteien dazu zu bringen, Prozentzahlen nicht allein für den Aufbau einer Position zu nennen, sondern als (einigermaßen) realistische Risikoeinschätzung.

In den seltensten Fällen gelingt es, dass die Parteien sich in allen Entscheidungsknoten auf eine gemeinsame Einschätzung der Eintrittswahrscheinlichkeit einigen. Meist werden die von den Parteien genannten Prozentzahlen divergieren. Das macht aber nichts. Der Mediator trägt dann in den Entscheidungsbaum schlicht die jeweilige Spanne ein, also etwa dass sich das Verjährungsrisiko nach Ansicht des Klägers mit einer Wahrscheinlichkeit von 30 % realisieren wird, während es sich nach Ansicht des Beklagten zu 55 % realisieren wird.

5. Schritt 5: Errechnen des "Vergleichswerts"

Im letzten Schritt wird der Mediator dann gemeinsam mit den Parteien die Gesamteintrittswahrscheinlichkeit (= Vorschläge für einen Vergleich) berechnen. Haben die Parteien – wie regelmäßig – keine gemeinsame Einschätzung zu den relevanten Entscheidungsknoten gefunden, wird der Mediator die Gesamteintrittswahrscheinlichkeit/den Prozesserwartungswert einmal mit der jeweils unteren Prozentzahl und einmal mit der jeweils oberen Prozentzahl durchrechnen. Das Ergebnis ist ein Einigungsfenster, innerhalb dessen sich die Parteien auf eine Lösung verständigen können.

In Wirtschaftsmediationen weist das vorgestellte Verfahren eine hohe Eigendynamik auf. Haben die Geschäftsführer und Vorstände (regelmäßig Kaufleute!) die Technik einmal verstanden, sind sie von der grundsätzlichen Herangehensweise häufig überzeugt. Entscheidungsbäume, Ja/Nein-Alternativen und Denken in Wahrscheinlichkeiten gehört für sie zum vertrauten Handwerkszeug, und sie sind regelmäßig froh, dass sie sich dem Konflikt mit einer Technik nähern, die sie (im Unterschied zu juristischen Schriftsätzen) im Grundsatz verstehen. Häufig beugen sich die Parteien gemeinsam über einen einmal aufgestellten Entscheidungsbaum und diskutieren, was denn passiert, wenn man die Eintrittswahrscheinlichkeit für das Verjährungsrisiko von 10 auf 15 % anhebt oder wenn man den Baumangel mit einer Wahrscheinlichkeit von 70 % unterstellt.

Die Prozessrisikoanalyse führt häufig unmittelbar zu einer Einigung, regelmäßig zumindest aber zu wichtigen Teileinigungen, die etwa wie folgt aussehen:

- (i) Die Parteien einigen sich darauf, die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Entscheidungsknotens durch einen neutralen Dritten professionell untersuchen und bewerten zu lassen. Dazu wird etwa ein Ingenieur um die Erstattung eines Gutachtens gebeten, ob der Baumangel vom Dachdecker zu verantworten war, oder aber ein Juraprofessor wird um ein Gutachten gebeten, ob die streitgegenständliche Vertragsklausel AGB-rechtswidrig und damit nichtig ist.
- (ii) Die Parteien fangen auf Basis der Prozessrisikoanalyse plötzlich doch an, über andere "nicht juristische" Punkte zu reden, die in eine Gesamteinigung einfließen sollen. Beispiel: *"Ich wäre bereit, den Baumangel als unstreitig zu unterstellen, wenn Sie im Gegenzug zustimmen würden, dass mein Unternehmen einen Vergleichsbetrag in sechs monatlichen Raten zahlen kann"* (= typisches "Logrolling").
- (iii) Die Parteien erkennen, dass die Alternative zur Mediation – nämlich der Gang zum Gericht – so große Unsicherheiten aufweist, dass eine an einem anderen Entscheidungsmaßstab orientierte Lösung doch vorzugswürdig erscheint. Wenn die Parteien die Eintrittswahrscheinlichkeiten für

die definierten Prozessrisiken seriös diskutiert, dann aber völlig unterschiedlich bewertet haben, errechnet sich aus der Prozessrisikoanalyse ein sehr weit auseinander liegender Prozesserwartungswert. Die Parteien erkennen dann häufig, dass es von der subjektiven Bewertung durch einen Richter abhängt, welcher der beiden Schwellenwerte am Ende des Prozesses stehen würde, nachdem die Parteien ein Vermögen an Anwalts- und Gerichtskosten ausgegeben haben. Diesen Zufälligkeiten wollen sich die Parteien dann doch nicht unterwerfen und kommen zu rein kommerziellen Lösungen.

Die Beispiele haben hoffentlich gezeigt, dass die Prozessrisikoanalyse für jeden Mediator ein Tool darstellt, das er gemeinsam mit den Parteien zur Lösungssuche einsetzen kann. Jedenfalls für Wirtschaftsmediatoren ist die detaillierte Kenntnis dieser Methode unverzichtbar.

Wenn Sie mehr darüber wissen möchten, lesen Sie doch einen der folgenden Aufsätze/Beiträge:

- Jörg Risse, Wirtschaftsmediation, Kapitel "Prozessrisikoanalyse" (Seiten 352 bis 363), C. H. Beck-Verlag
- Jörg Risse, in: Austrian Arbitration Yearbook 2009 "Procedural Risk Analysis: An ADR-Tool in Arbitration Proceedings" (Seiten 461 bis 470)
- Matthias Morawietz "Entscheidungsbaum und Risikoanalyse - Added Value für Mandanten", IDR 2004 (Seiten 133 ff.)
- Horst Eidenmüller, Prozessrisikoanalyse, ZJP 2000, Seiten 5 ff.

oder aber rufen Sie mich an:

Dr. Jörg Risse, LL.M.

Baker & McKenzie - Partnerschaftsgesellschaft

Bethmannstraße 50-54, 60311 Frankfurt am Main

Tel.: 069-299080, E-Mail: joerg.risse@bakermckenzie.com

www.bakermckenzie.com/joergrisse

Berlin
Friedrichstraße 79 - 80
10117 Berlin
Tel.: +49 (0) 30 20 38 7 600
Fax: +49 (0) 30 20 38 7 699

Frankfurt/Main
Bethmannstraße 50-54
60311 Frankfurt am Main
Tel.: +49 (0) 69 2 99 08 0
Fax: +49 (0) 69 2 99 08 108

Düsseldorf
Neuer Zollhof 2
40221 Düsseldorf
Tel.: +49 (0) 211 31 11 6 0
Fax: +49 (0) 211 31 11 6 199

München
Theatinerstraße 23
80333 München
Tel.: +49 (0) 89 5 52 38 0
Fax: +49 (0) 89 5 52 38 199

Die Baker & McKenzie - Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ist eine im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt/Main unter PR-Nr. 1602 eingetragene Partnerschaftsgesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Frankfurt/Main. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker & McKenzie-Anwaltsgesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als „Partner“ einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als „Büros“ bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.