

# Prozeßrisikoanalyse

*Prof. Dr. Horst Eidenmüller, LL.M. (Cambr.), Münster*

- I. Einführung
- II. Das Entscheidungsproblem eines (potentiellen) Klägers
- III. Ermittlung des Erwartungswerts eines Prozesses
- IV. Nutzen/Kosten-Rechnung eines (potentiellen) Klägers
  - 1. Nettonutzen einer Prozeßführung
  - 2. Nettonutzen einer Vergleichslösung
  - 3. Handlungsempfehlung für einen (potentiellen) Kläger
- V. Stellenwert von Prozeßrisikoanalysen in Vergleichsverhandlungen
  - 1. Einwand der Scheingenauigkeit und Manipulationsgefahren
  - 2. Nutzen von Prozeßrisikoanalysen für die an Vergleichsverhandlungen Beteiligten
    - a) Verbesserte Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant
    - b) Größere Transparenz und Präzision in der Bewertung von Prozeßrisiken
    - c) Rationale Entscheidung zwischen Prozeßführung und Vergleich
    - d) Besseres Verständnis der Ergebnisrelevanz einzelner Einflußfaktoren
- VI. Nutzen von Sensitivitätsanalysen im besonderen
- VII. Stellenwert von Prozeßrisikoanalysen als Mediationsinstrument
  - 1. Nutzen von Prozeßrisikoanalysen als Mediationsinstrument
    - a) »Schaffung« eines Einigungsbereichs
    - b) Ermöglichung anderer Formen der alternativen Streitbeilegung
    - c) Verbesserung der Kommunikation zwischen den Verhandelnden
    - d) Förderung kooperativen Verhandlungsverhaltens
    - e) Überwindung psychologischer Einigungsbarrieren
    - f) Erhaltung der Neutralität des Mediators
  - 2. Grenzen von Prozeßrisikoanalysen als Mediationsinstrument
- VIII. Zusammenfassung

## *I. Einführung*

Wer sich als potentieller Kläger oder als dessen Rechtsanwalt in Vergleichsverhandlungen über eine Geldforderung befindet, muß irgendwann eine Entscheidung zwischen zwei Alternativen treffen: klagen oder das Vergleichsangebot der anderen Seite akzeptieren. Einen Prozeß zu führen, ist riskant. Das Vergleichsangebot zu akzeptieren, bedeutet demgegenüber zumeist, eine sichere Zahlung zu erhalten. Soll die Entscheidung zwischen Prozeß und Vergleich rational getroffen werden, muß man versuchen, die Risiken einer Prozeßführung zu analysieren. Vor dieser Aufgabe stehen aber auch Unternehmen, die die Prozeßführung gegen eine Beteiligung an einem etwaigen Prozeßgewinn finanzieren sollen bzw. wollen<sup>1</sup>. Je höher der Streitwert ist, desto wichtiger wird eine möglichst präzise Pro-

---

<sup>1</sup> In Deutschland bietet die Foris AG diese Dienstleistung an, vgl. SZ vom 12. 7. 1999, S. 27. Andere Anbieter sind dem Verfasser nicht bekannt. Unter dem Gesichtspunkt einer Umgehung von § 49 b Abs. 2 BRAO ist die Legalität dieser Dienstleistung zweifelhaft. Das kann hier jedoch nicht ausgeführt werden.

zeßrisikoanalyse. In der Praxis werden Prozeßrisikoanalysen allerdings selbst bei hohen Streitwerten zumindest von Rechtsanwälten und ihren Mandanten in Deutschland bisweilen gar nicht und häufig nur in Form einer qualitativen Abschätzung der möglichen Konsequenzen einer Prozeßführung («Wir haben gute Gewinnchancen») durchgeführt<sup>2</sup>. Dieser Befund überrascht.

Der folgende Beitrag stellt eine Methode zur präzisen quantitativen Analyse von Prozeßrisiken vor. Diese Methode greift auf Erkenntnisse der Entscheidungstheorie zurück, insbesondere auf die Modellierung von Entscheidungssituationen mittels sogenannter Entscheidungsbäume. Sie ist nützlich zum einen für alle, die eine rationale Entscheidung zwischen der Führung eines Prozesses und einer Vergleichslösung treffen wollen und/oder müssen (Mandanten, insbesondere Unternehmer bzw. Entscheidungsträger in Unternehmen; Mitarbeiter von Rechtsabteilungen; Rechtsanwälte). Sie ist nützlich zum zweiten für alle, die Prozesse Dritter finanzieren. Sie kann schließlich zum dritten auch denjenigen helfen, die in Vergleichsverhandlungen als neutrale Vermittler ohne Entscheidungskompetenz (Mediatoren<sup>3</sup>) auftreten, und feststellen möchten, ob es außergerichtliche Einigungsmöglichkeiten für die Beteiligten gibt und wie groß der sogenannte Einigungsbereich ist<sup>4</sup>.

## II. Das Entscheidungsproblem eines (potentiellen) Klägers

In Verhandlungen im allgemeinen und in Vergleichsverhandlungen im besonderen stellt sich für die Beteiligten regelmäßig ein *Entscheidungsproblem*: Jeder Beteiligte muß sich zwischen Lösungen, die er nur gemeinsam mit den übrigen realisieren kann (sogenannte Einigungsoptionen) und Lösungen, die er auch gegen den Willen der übrigen realisieren kann (sogenannte Nichteinigungsalternativen) entscheiden. Als Maßstab für diese Entscheidung wird er seine eigenen Interessen heranziehen und fragen, ob und in welchem Maße eine bestimmte Einigungsoption oder Nichteinigungsalternative diese Interessen befriedigt. Die wichtigste Nichteinigungsalternative eines potentiellen Klägers in Vergleichsverhandlungen ist die Erhebung einer Klage, die wichtigste Nichteinigungsalternative eines Klägers die Fortsetzung einer bereits erhobenen Klage. Fast immer ist der Ausgang

---

2 In den USA ist dies anders. Entscheidungstheoretisch fundierte, präzise Prozeßrisikoanalysen werden insbesondere bei komplexen Wirtschaftsstreitigkeiten von größeren Rechtsanwaltssozietäten regelmäßig als Analyseinstrument eingesetzt.

3 Die Begriffe »Mediator« und »Mediation« werden in der einschlägigen Literatur unterschiedlich gebraucht. Für eine ausführliche Darstellung der Ziele und Elemente von Mediation vgl. Eidenmüller, Verhandlungsmanagement durch Mediation, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 1999, Rdnr. 21, 33 ff. m. w. N.

4 Der Einigungsbereich umfaßt diejenigen Lösungen in Verhandlungen, die für alle Beteiligten subjektiv vorteilhafter sind als ihre jeweiligen Nichteinigungsalternativen. Zum Begriff des Einigungsbereichs vgl. etwa Lax/Sebenius, The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain, 1986, S. 48–50.

eines entsprechenden Prozesses jedoch unsicher in dem Sinne, daß er von Unwägbarkeiten hinsichtlich des Entscheidungsverhaltens des zuständigen Gerichts abhängt. Eine rationale Abwägung zwischen dieser Nichteinigungsalternative und einem bestimmten Vergleichsangebot als Einigungsoption ist daher nur möglich, wenn die Prozeßführung als Nichteinigungsalternative bewertet wird. Zu einer entsprechenden Bewertung besteht insbesondere deshalb Anlaß, weil die empirische psychologische Forschung eine Vielzahl von Belegen dafür erbracht hat, daß die meisten Menschen eigene Handlungsalternativen zu *optimistisch* einschätzen<sup>5</sup>. Nur so ist es zu erklären, daß in Vergleichsverhandlungen häufig alle Beteiligten glauben, daß sie einen etwaigen oder bereits anhängigen Prozeß mit Sicherheit gewinnen würden bzw. werden.

Bei dem Versuch einer rationalen Bewertung der Prozeßführung als Nichteinigungsalternative eines (potentiellen) Klägers in Vergleichsverhandlungen kann die *Entscheidungstheorie* hilfreich sein. Ihr Gegenstand ist die quantitative Analyse und Bewertung von Entscheidungen unter Unsicherheit. Wer sich dazu entscheidet, einen Prozeß zu führen oder fortzuführen, trifft eine Entscheidung unter Unsicherheit: Er weiß nicht genau, wie das mit der Sache befaßte Gericht bestimmte Rechts- und Tatfragen beantworten wird. Entscheidungstheoretische Konzepte können deshalb einen Beitrag zur rationalen Fundierung der Prozeßführungsentscheidung leisten<sup>6</sup>. Zu den wichtigsten entscheidungstheoretischen Konzepten gehört das des sogenannten *Erwartungswerts*. Der Erwartungswert eines unsicheren Ereignisses ist das Produkt aus dem Wert dieses Ereignisses und der Wahrscheinlichkeit seines Eintretens. Wenn beispielsweise in einer Lostrommel jedes vierte Los ein Gewinnlos ist, und wenn jedes Gewinnlos einen Preis in Höhe von 100 DM bedeutet, dann beträgt der Erwartungswert dieses Preises  $100 \text{ DM} \times \frac{1}{4} = 25 \text{ DM}$ <sup>7</sup>. Die Führung eines mit Risiken behafteten Prozesses ist mit dem Erwerb eines Loses vergleichbar. Wenn man einmal zur Vereinfachung der Darstellung unterstellt, daß das Vergleichsangebot der anderen Seite eine sichere Zahlung bedeutet, dann ergibt sich folgende vorläufige Handlungsempfehlung: Ein potentieller Kläger sollte nur dann klagen bzw. ein Kläger einen bereits angestregten

---

5 Vgl. etwa *Kahneman/Tversky*, Conflict Resolution: A Cognitive Perspective, in: Arrow/Mnookin/Ross/Tversky/Wilson (Hrsg.), *Barriers to Conflict Resolution*, 1995, S. 45 (46 ff.) mit einer Vielzahl von Nachweisen.

6 Anders als die Entscheidungstheorie beschäftigt sich die *Spieltheorie* mit Situationen, in denen das optimale Verhalten für einen Beteiligten von dem Verhalten eines anderen Beteiligten abhängt (Situationen strategischer Interaktion). Spieltheoretische Modelle der Prozeßführungsentscheidung sind deshalb vor allem dann nützlich, wenn die hauptsächlichen Unwägbarkeiten für den (potentiellen) Kläger in dem prozeßtaktischen Verhalten des (potentiellen) Beklagten und nicht in dem Entscheidungsverhalten des Gerichts liegen.

7 Der Erwartungswert eines unsicheren Ereignisses ist damit ein Maßstab für den durchschnittlichen Wert, der sich ergäbe, wenn das Ereignis unendlich oft wiederholt würde.

Prozeß nur dann fortsetzen, wenn der Erwartungswert des Prozesses größer ist als das Vergleichsangebot der anderen Seite.

### III. Ermittlung des Erwartungswerts eines Prozesses

Der Erwartungswert eines Prozesses läßt sich mittels eines sogenannten *Entscheidungsbaums* ermitteln. Ein solcher Baum stellt die in einem Prozeß zu treffenden Entscheidungen eines Entscheidungsträgers sowie die Ereignisse, von denen der Prozeßausgang abhängt, in ihrer logischen Verknüpfung dar<sup>8</sup>. Dabei spielen insbesondere *kumulierte Wahrscheinlichkeiten* eine große Rolle. In dem oben genannten Beispiel war die Wahrscheinlichkeit, daß ein Gewinnlos gezogen wird,  $\frac{1}{4}$ . Die Wahrscheinlichkeit, daß zweimal hintereinander ein Gewinnlos gezogen wird, beträgt  $\frac{1}{4} \times \frac{1}{4} = \frac{1}{16}$ . Die Wahrscheinlichkeit, daß eine Münze zweimal hintereinander auf »Kopf« fällt, beträgt  $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$ . Kumulierte Wahrscheinlichkeiten sind zur Beurteilung von Prozeßrisiken deshalb von großer Bedeutung, weil der Prozeßerfolg regelmäßig von mehreren Voraussetzungen abhängt, die kumulativ erfüllt sein müssen. Gleichzeitig besteht jedoch eine natürliche Neigung der meisten Menschen, den Effekt kumulierter Wahrscheinlichkeiten zu ignorieren. Wenn jeweils eine Wahrscheinlichkeit von  $\frac{2}{3}$  besteht, daß zwei wesentliche Voraussetzungen für einen Prozeßgewinn gegeben sind, dann scheint die Prozeßführung lohnend. Tatsächlich beträgt die Gewinnwahrscheinlichkeit jedoch nur ca. 44 % ( $\frac{4}{9}$ ). Im folgenden soll das Funktionsprinzip eines Entscheidungsbaums zur Prozeßrisikoanalyse an Hand eines stilisierten Beispielsfalls verdeutlicht werden.

Einem Handelsvertreter eines Computerherstellers ist außerordentlich gekündigt worden. Der Hersteller macht geltend, daß sich der Vertreter öffentlich rufschädigend über seine Produkte geäußert habe. Der Vertreter bestreitet, sich entsprechend geäußert zu haben. Er erwägt eine Schadensersatzklage, weil ihm 100 TDM erwarteter Gewinn entgehen, wenn die Zusammenarbeit beendet wird. In Gesprächen mit seinem Rechtsanwalt gelangen beide zu folgender Einschätzung der Rechtslage nach dem anwendbaren Recht des Staates X: Ein Schadensersatzanspruch ist dem Grunde nach nur dann gegeben, wenn entweder die behaupteten Äußerungen als außerordentlicher Kündigungsgrund nicht ausreichen (Rechtsfrage) oder wenn der Hersteller sie zumindest nicht beweisen kann (Tatfrage). Wenn weder das eine noch das andere der Fall ist, geht der Prozeß verloren. Besteht ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach, kann es sein, daß das mit der Sache befaßte Gericht den Schaden auf der Basis des entgangenen Gewinns berechnet (dann 100 TDM), es kann aber auch sein, daß es lediglich einen Ersatz des Vertrauensschadens für gerechtfertigt hält (dann 50 TDM). In Vergleichsverhandlungen hat der Hersteller als »Zeichen des guten Willens und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht« einen Betrag von 10 TDM geboten. Auf der Grundlage dieser Überlegungen läßt sich ein Entscheidungsbaum entwickeln (vgl. Abb. 1).

---

<sup>8</sup> Deswegen handelt es sich genau gesagt auch nicht um einen reinen Entscheidungsbaum, sondern um einen gemischten Entscheidungs- und Ereignis- oder Zustandsbaum. Für eine Darstellung der Grundlagen der Entscheidungsbaumanalyse vgl. etwa *Raiffa, Decision Analysis: Introductory Lectures on Choices under Uncertainty*, 1968, S. 10 ff.

Der Erwartungswert des Prozesses aus der Sicht des Handelsvertreters im konkreten Fall beträgt:

$$\left(\frac{1}{2} \times \frac{1}{5}\right) 100 \text{ TDM} + \left(\frac{1}{2} \times \frac{4}{5}\right) 50 \text{ TDM} + \left(\frac{1}{2} \times \frac{1}{10} \times \frac{1}{5}\right) 100 \text{ TDM} + \left(\frac{1}{2} \times \frac{1}{10} \times \frac{4}{5}\right) 50 \text{ TDM} = 10 \text{ TDM} + 20 \text{ TDM} + 1 \text{ TDM} + 2 \text{ TDM} = 33 \text{ TDM}$$

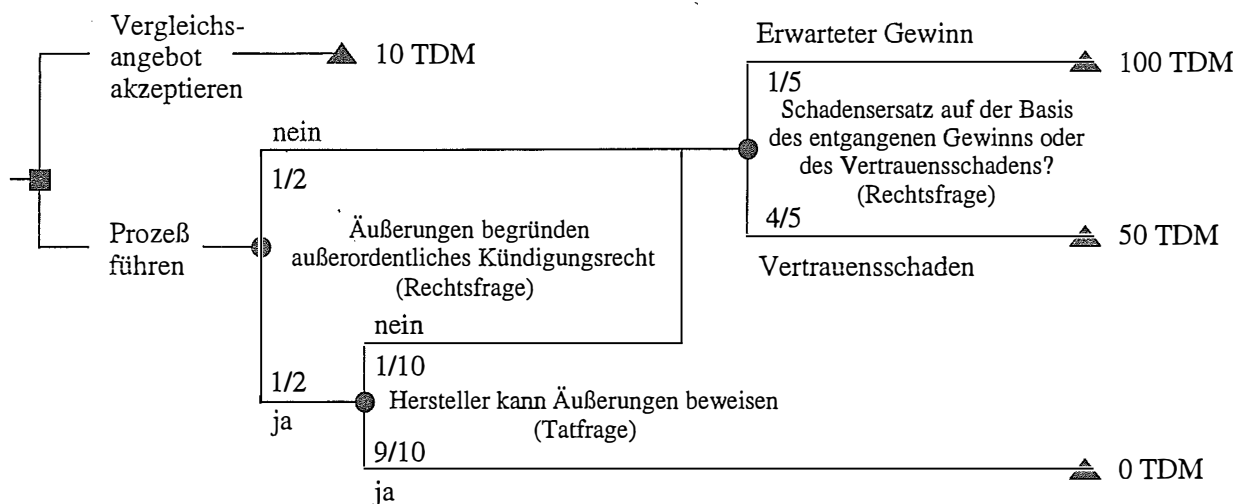


Abb. 1: Ermittlung des Erwartungswerts eines Prozesses mittels eines Entscheidungsbaums

Der *erste Schritt* bei der Entwicklung eines entsprechenden Baums liegt darin, die logische Verknüpfung der Entscheidungen/Ereignisse bis hin zu bestimmten Endzuständen graphisch darzustellen. Am Beginn steht die Entscheidung des Handelsvertreters, den Prozeß zu führen oder aber das Vergleichsangebot des Herstellers zu akzeptieren. Diese Entscheidung wird durch einen sogenannten Entscheidungsknoten (rechteckig) markiert. Erhebt er Klage, stellt sich als nächstes die Frage, ob das mit der Sache befaßte Gericht zu der Einschätzung gelangen wird, daß die von dem Hersteller behaupteten Äußerungen des Vertreters eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen vermögen. Diese Einschätzung ist ein Ereignis außerhalb der unmittelbaren Kontrolle des Vertreters. Sie wird durch einen sogenannten Ereignisknoten (rund) markiert<sup>9</sup>. Gelangt das Gericht zu der Einschätzung, die Äußerungen seien schon aus Rechtsgründen keine Basis für eine außerordentliche Kündigung, ist ein Schadensersatzanspruch des Vertreters dem Grunde nach gerechtfertigt, und es stellt sich als nächstes die Frage, ob das Gericht den Schaden auf der Basis des entgangenen Gewinns oder des Vertrauensschadens des Vertreters berechnen wird (ein weiterer Ereignisknoten). Gelangt das Gericht zu der Einschätzung, die Äußerungen vermögen eine außerordentliche Kündigung zu begründen, kommt es demgegenüber darauf an, ob der Hersteller sie zur Überzeugung des Gerichts beweisen kann (ebenfalls ein Ereignis-

<sup>9</sup> Alternativ könnte man auch von einem »Zustandsknoten« sprechen.

knoten). Kann er dies, geht der Prozeß verloren, ansonsten stellt sich wieder die Frage nach der Bemessungsgrundlage für den Schadensersatzanspruch. Die Endknoten des Baums (dreieckig) markieren die Zahlungen an den Vertreter in den jeweiligen Ereignisvarianten.

In einem *zweiten Schritt* geht es nun darum, den alternativen Ereignissen an jedem Ereignisknoten Wahrscheinlichkeitswerte zuzuordnen. Erst dadurch wird der Prozeßerwartungswert errechenbar. Das Ziel dieser Operation muß es sein, zu einer möglichst fundierten Prognose des Entscheidungsverhaltens des Gerichts an jedem Ereignisknoten zu gelangen (zum Einwand der Scheingenauigkeit und zu Manipulationsgefahren vgl. unten Abschnitt V. 1.). Grundlage für die Bestimmung der entsprechenden Wahrscheinlichkeitswerte kann nur eine sorgfältige Analyse aller Faktoren sein, von denen die Einschätzung des Gerichts jeweils voraussichtlich abhängen wird. Bei zweifelhaften Rechtsfragen bedeutet dies beispielsweise, daß man versuchen muß, die Prognose der gerichtlichen Einschätzung anhand der Gesetzeslage, der existierenden Rechtsprechung, der Stellungnahmen im Schrifttum, der bisherigen Entscheidungen des mit der Sache befaßten Gerichts und ähnlicher Gesichtspunkte auf eine möglichst solide Basis zu stellen. Soweit es um Tatfragen geht, wird man insbesondere die Beweislage im einzelnen nach der Art der Beweismittel und deren Gewicht etc. analysieren. Da sich die Ereignisse an jedem Ereignisknoten gegenseitig ausschließen, müssen sich die zugeordneten Wahrscheinlichkeitswerte jeweils zu 1 addieren (wenn beispielsweise die Wahrscheinlichkeit, daß das Gericht die behaupteten Äußerungen als außerordentlichen Kündigungsgrund für ausreichend hält,  $\frac{1}{2}$  beträgt, muß die Wahrscheinlichkeit, daß es sie nicht für ausreichend hält, ebenfalls  $\frac{1}{2}$  sein).

In einem *dritten Schritt* kann der Erwartungswert des Prozesses schließlich unter Nutzung des Konzepts kumulierter Wahrscheinlichkeiten berechnet werden. Insgesamt führen für den Handelsvertreter vier Wege zu einem Prozeßgewinn: (1) kein außerordentlicher Kündigungsgrund/Schadensersatz auf der Basis des entgangenen Gewinns; (2) kein außerordentlicher Kündigungsgrund/Schadensersatz auf der Basis des Vertrauensschadens; (3) außerordentlicher Kündigungsgrund nicht beweisbar/Schadensersatz auf der Basis des entgangenen Gewinns; (4) außerordentlicher Kündigungsgrund nicht beweisbar/Schadensersatz auf der Basis des Vertrauensschadens. Der Erwartungswert des Prozesses ist die Summe der Erwartungswerte dieser vier Ereignisvarianten. Der Erwartungswert der ersten Variante beträgt  $(\frac{1}{2} \times \frac{1}{5}) 100 \text{ TDM} = 10 \text{ TDM}$ , der Erwartungswert der zweiten Variante beträgt  $(\frac{1}{2} \times \frac{4}{5}) 50 \text{ TDM} = 20 \text{ TDM}$ , derjenige der dritten Variante beträgt  $(\frac{1}{2} \times \frac{1}{10} \times \frac{1}{5}) 100 \text{ TDM} = 1 \text{ TDM}$ , und derjenige der vierten Variante beträgt  $(\frac{1}{2} \times \frac{1}{10} \times \frac{4}{5}) 50 \text{ TDM} = 2 \text{ TDM}$ . Der Erwartungswert des Prozesses insgesamt beträgt damit 33 TDM. Es erscheint daher vorteilhaft, das Vergleichsangebot des Herstellers (10 TDM) abzulehnen und den Prozeß zu führen. Allerdings wäre dieser Schluß voreilig. Denn die bisherige Betrachtung hat den Zeitwert des Geldes ebenso außer acht gelassen wie die Risikoneigung des Vertreters sowie die Kosten einer Prozeßführung.

#### IV. Nutzen/Kosten-Rechnung eines (potentiellen) Klägers

Die Ermittlung des Prozeßerwartungswerts ist nur ein Teil der Nutzen/Kosten-Rechnung, die bei der Abwägung zwischen der Nichteinigungsalternative Prozeßführung und der Einigungsoption Vergleich anzustellen ist. Abzuwägen ist zwischen dem Nettonutzen (Nutzen minus Kosten) einer Prozeßführung und dem Nettonutzen einer Vergleichslösung.

##### 1. Nettonutzen einer Prozeßführung

Der Erwartungswert des Prozesses (33 TDM) ist unsicher (es kann sein, daß der Vertreter 100 TDM erhält, es kann sein, daß er 50 TDM erhält, es kann aber auch sein, daß er leer ausgeht), und zudem würden etwaige Zahlungen erst nach Prozeßabschluß, also möglicherweise erst in ferner Zukunft, erfolgen<sup>10</sup>. In einer Nutzen/Kosten-Rechnung bedarf der *Nutzen* einer Prozeßführung deshalb insoweit der Korrektur, als die Risikoneigung des (potentiellen) Klägers und der Zeitwert des Geldes berücksichtigt werden müssen.

Eine risikoneutrale Person ist indifferent zwischen einem bestimmten positiven Erwartungswert und einem sicheren Geldbetrag in gleicher Höhe. Eine risikoscheue Person zieht einen geringeren sicheren Geldbetrag einem höheren Erwartungswert vor. Bei einer risikofreudigen Person verhält es sich umgekehrt. Die meisten Menschen sind in den meisten Lebenslagen risikoscheu (die Versicherungsmärkte legen davon Zeugnis ab). Dies bedeutet, daß der Vertreter vermutlich eine sichere Zahlung von weniger als 33 TDM (sogenanntes *Sicherheitsäquivalent*) dem unsicheren Erwartungswert von 33 TDM vorziehen würde. Den genauen Indifferenzpunkt kann man durch Befragen ermitteln. Im folgenden soll zu Darstellungszwecken angenommen werden, daß das Sicherheitsäquivalent bei 25 TDM liegt.

Der Zeitwert des Geldes kann dadurch berücksichtigt werden, daß dieses Sicherheitsäquivalent gemäß der allgemeinen Abzinsungsformel  $X/(1+i)^n$  auf einen Gegenwartswert *abgezinst* wird. In dieser Formel stehen das Zeichen *i* für den Zinssatz (*interest rate*), das Zeichen *n* für die Anzahl der Jahre und *X* für den nach Ablauf dieser Jahre gezahlten Betrag<sup>11</sup>. Als Zinssatz ist der risikolose Opportunitätszins einzusetzen, den der (potentielle) Kläger erzielen könnte. Wenn man einmal wiederum zu Darstellungszwecken unterstellt, daß der Zahlungszeitpunkt bei einem Prozeßgewinn in 5 Jahren läge, daß der Opportunitätszins 0,1 beträgt und das Sicherheitsäquivalent mit 25 TDM anzusetzen ist, dann ergäbe sich folgender Gegenwartswert:  $25 \text{ TDM}/(1 + 0,1)^5 = 15,63 \text{ TDM}$ .

10 Nicht berücksichtigt in der Prozeßrisikoanalyse wurden Unsicherheiten der *Zwangsvollstreckung*. Sie könnten ohne weiteres in den Entscheidungsbaum integriert werden. Dieser würde dadurch komplexer.

11 Es ist natürlich möglich, daß dieser Betrag seinerseits einen Zinsanteil enthält (beispielsweise Verzugszinsen).

Von diesem abgezinsten Sicherheitsäquivalent sind die *Kosten* einer Prozeßführung abzuziehen, um den Nettonutzen einer Prozeßführung zu ermitteln. Sofern die entsprechenden Kosten nicht mit Sicherheit anfallen, sind Erwartungswerte und Sicherheitsäquivalente zu bilden, in Zukunft anfallende Kosten sind abzuzinsen. Es finden also dieselben Methoden Anwendung, wie bei der Ermittlung der Nutzenseite der jeweiligen Nutzen/Kosten-Rechnung. Würde der Prozeß beispielsweise in Deutschland stattfinden, dann kämen als *lex fori* § 91 ZPO und § 92 ZPO als Kostentragungsregeln zur Anwendung: Die unterliegende Partei hätte bei einem vollen Unterliegen die gesamten Kosten des Rechtsstreits (§ 91 ZPO) und bei einem Teilunterliegen einen verhältnismäßigen Teil zu tragen (§ 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ZPO), sofern die Kosten in dem zuletzt genannten Fall nicht gegeneinander aufgehoben werden (§ 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ZPO). Die Wahrscheinlichkeit, daß der (potentielle) Kläger den Prozeß *vollständig* verliert, beträgt  $\frac{1}{2} \times \frac{9}{10} = \frac{9}{20}$ . Mit dieser Wahrscheinlichkeit wären die geschätzten Gesamtkosten des Rechtsstreits zu multiplizieren, um die erwarteten Kosten eines Vollunterliegens für den (potentiellen) Kläger zu ermitteln. Die Wahrscheinlichkeit, daß der (potentielle) Kläger den Prozeß *teilweise* verliert (Antrag: 100 TDM, Urteil: 50 TDM), beträgt  $(\frac{1}{2} \times \frac{4}{5}) + (\frac{1}{2} \times \frac{1}{10} \times \frac{4}{5}) = \frac{11}{25}$ . Bei einem hälftigen Teilunterliegen wäre das Gericht gehalten, die Kosten gegeneinander aufzuheben, um den ggf. unterschiedlich hohen außergerichtlichen Kosten der Beteiligten Rechnung zu tragen<sup>12</sup>. Mit der Wahrscheinlichkeit des Teilunterliegens ( $\frac{11}{25}$ ) wäre also die Summe aus den eigenen geschätzten außergerichtlichen Kosten sowie der Hälfte der geschätzten Gerichtskosten zu multiplizieren, um die erwarteten Kosten eines Teilunterliegens für den (potentiellen) Kläger zu ermitteln. Die beiden Erwartungswerte für den Fall des Voll- und für denjenigen des Teilunterliegens wären zu addieren, es müßte ein Sicherheitsäquivalent gebildet werden, und dieses wäre ggf. noch abzuzinsen. Der Nettonutzen einer Prozeßführung läge dann in 15,63 TDM minus dem so ermittelten Kostenwert (abgezinstes Sicherheitsäquivalent der erwarteten Prozeßkosten).

## 2. Nettonutzen einer Vergleichslösung

Ähnliche Operationen wie bei der Ermittlung des Nettonutzens einer Prozeßführung wären im Hinblick auf die Ermittlung des Nettonutzens einer Vergleichslösung anzustellen. Wenn man zur Vereinfachung der Darstellung im Hinblick auf den diskutierten Beispielfall annimmt, daß der von dem Hersteller gebotene Vergleichsbetrag (10 TDM) mit Sicherheit und sofort bezahlt würde, dann bräuchte kein Sicherheitsäquivalent gebildet werden, und auch eine Abzinsung könnte

---

12 Vgl. Stein/Jonas/Bork, Komm. zur ZPO, 21. Aufl. 1994, § 92 Rdnr. 3 a (»meist angemessen«); Thomas/Putzo, ZPO, 22. Aufl. 1999, § 92 Rdnr. 6 (Kosten »sollten« gegeneinander aufgehoben werden).



entfallen<sup>13</sup>. Um den Nettonutzen einer Vergleichslösung zu ermitteln, müßten von dem Vergleichsbetrag dann noch die Anwaltskosten abgezogen werden, die der Vertreter zu tragen hat (sofern auch diese sofort zu entrichten wären, könnte eine Abzinsung entfallen).

### *3. Handlungsempfehlung für einen (potentiellen) Kläger*

Insgesamt ergibt sich damit für einen (potentiellen) Kläger folgende Handlungsanweisung: Einen Prozeß zu führen bzw. fortzuführen ist nur dann lohnend, wenn der Nettonutzen einer Prozeßführung größer ist als der Nettonutzen einer Vergleichslösung. Dies ist dann der Fall, wenn das abgezinste Sicherheitsäquivalent des Nutzens einer Prozeßführung vermindert um das abgezinste Sicherheitsäquivalent der damit verbundenen Kosten größer ist als das abgezinste Sicherheitsäquivalent des Nutzens einer Vergleichslösung vermindert um das abgezinste Sicherheitsäquivalent der damit verbundenen Kosten. Prozeßrisikoanalysen finden also Eingang in eine komplexe Nutzen/Kosten-Rechnung.

### *V. Stellenwert von Prozeßrisikoanalysen in Vergleichsverhandlungen*

Prozeßrisikoanalysen können in Vergleichsverhandlungen in vielfältiger Hinsicht dazu beitragen, Einigungschancen zu verbessern. Allerdings begegnet ihnen gerade unter Juristen häufig auch große Skepsis. Um Prozeßrisikoanalysen sinnvoll einsetzen zu können, sollte man sich deshalb zunächst über die Grenzen dieses Instruments und etwaige Mißbrauchsmöglichkeiten Klarheit verschaffen.

#### *1. Einwand der Scheingenauigkeit und Manipulationsgefahren*

Das Ergebnis einer Prozeßrisikoanalyse (der Prozeßerwartungswert) hängt in hohem Maße von der entwickelten Struktur des Entscheidungsbaums sowie vor allem auch von den Wahrscheinlichkeiten ab, die den einzelnen Ereignisknoten zugeordnet werden. Jedes analytische Instrument ist nur so gut wie die Prämissen, von denen es ausgeht, bzw. wie das Datenmaterial, mit dem es arbeitet<sup>14</sup>. Wenn derjenige, der eine Prozeßrisikoanalyse erstellt, wesentliche Ereignisknoten übersieht bzw. deren logische Zusammenhänge falsch einschätzt, oder wenn er zu einer fehlerhaften Beurteilung der Wahrscheinlichkeiten der einzelnen Ereignisse gelangt, dann suggerieren Prozeßrisikoanalysen eine Scheingenauigkeit, die unter Umständen sogar Manipulationsgefahren birgt. Es ist deshalb außerordentlich wichtig, daß die Baumstruktur möglichst sorgfältig entwickelt und die Wahr-

---

13 Sofern absehbar und quantifizierbar, wäre allerdings (positiv) ein etwaiger Sekundärnutzen einer Vergleichslösung (Bsp.: Erhalt der Geschäftsbeziehung und zukünftige Geschäftsabschlüsse) zu berücksichtigen.

14 In den USA wird dies bisweilen mit dem plastischen Ausdruck »garbage in – garbage out« bezeichnet.

scheinlichkeitseinschätzungen unter Berücksichtigung sämtlicher zugänglicher Erkenntnisse getroffen werden. Darin liegt die Hauptarbeit bei der Erstellung einer entsprechenden Analyse – den Prozeßerwartungswert zu ermitteln, ist eine einfache Rechenaufgabe<sup>15</sup>. Verbleibenden Unsicherheiten bei der Bestimmung der Wahrscheinlichkeiten läßt sich ggf. durch Alternativrechnungen für jeweils unterschiedliche, angenommene Werte Rechnung tragen (dazu ausführlich unten Abschnitt VI.). Da sich die für die Wahrscheinlichkeitseinschätzungen maßgeblichen Erkenntnisse im Zeitverlauf ändern können, ist bei länger andauernden oder nach Abbruch später wieder aufgenommenen Vergleichsverhandlungen gegebenenfalls auch eine Neubewertung des Prozesses erforderlich<sup>16</sup>.

## *2. Nutzen von Prozeßrisikoanalysen für die an Vergleichsverhandlungen Beteiligten*

Wird dies bedacht, dann können Prozeßrisikoanalysen für die auf jeder Seite von Vergleichsverhandlungen Beteiligten (Rechtsanwälte und ihre Mandanten) vielfältig nutzenstiftend wirken. Einige wichtige positive Effekte seien im folgenden angesprochen.

### *a) Verbesserte Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant*

Prozeßrisikoanalysen können dazu beitragen, die Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant bzw. zwischen den in Rechtsabteilungen größerer Unternehmen und den in Managementfunktionen tätigen Personen zu verbessern<sup>17</sup>. Sofern sich die Beteiligten auf den Einsatz dieses Instruments verständigt haben, sprechen sie gewissermaßen dieselbe Sprache und wissen, über was sie reden, wenn bestimmte Unwägbarkeiten und ihr Einfluß auf das Prozeßergebnis diskutiert werden. Zudem wird der Einsatz dieses Instruments regelmäßig auch die Beratungsqualität des Rechts- bzw. Syndikusanwalts erhöhen<sup>18</sup>. Es ist schwer verständlich, daß Prozeßführungsentscheidungen heute selbst bei sehr hohen Streitwerten (und Kosten) noch häufig auf der Grundlage einer diffusen Chancen/Risiken-Abwägung getroffen werden. Zumindest bei solchen Streitwerten sollte es zum Pflichtenprogramm eines Rechtsanwalts gehören, eine mit komplexen Risiken verbundene Prozeßführung nur zu empfehlen, wenn sie im Lichte einer genauen Prozeßrisikoanalyse gerechtfertigt erscheint.

---

15 Zutr. *Victor*, *The Proper Use of Decision Analysis to Assist Litigation Strategy*, 40 *Bus. Law.* 617 [618 ff.] (1985).

16 Vgl. *Greenberg*, *The Lawyer's Use of Quantitative Analysis in Settlement Negotiations*, 38 *Bus. Law.* 1557 [1579] (1983).

17 Vgl. *Cronin-Harris*, *Mainstreaming: Systematizing Corporate Use of ADR*, 59 *Alb. L. Rev.* 847 [875 f.] (1996); *Patterson/Ericson*, *Advising the Client at the Outset of the Representation*, 2 *Bus. & Com. Litig. Fed. Cts.* § 28.3 (c) (3) (1998).

18 Vgl. *Greenberg* (Fn. 16), 1579 ff.

b) *Größere Transparenz und Präzision in der Bewertung von Prozeßrisiken*

Prozeßrisikoanalysen helfen Mandant und Rechtsanwalt, die Risiken eines Prozesses und deren Verknüpfung präzise zu identifizieren und zu beziffern. Die Struktur des Entscheidungsbaums macht Risiken und Risikozusammenhänge deutlich, und die den einzelnen Ereignisknoten zugeordneten Wahrscheinlichkeiten erlauben deren Bezifferung. Dadurch wird eine erheblich größere Transparenz und Präzision in der Risikoanalyse erreicht als mit »Gesamtbetrachtungen« der Prozeßaussichten, die die einzelnen Risiken sowie deren Verknüpfung nicht erkennen lassen, und/oder mit verbalen Beschreibungen, unter denen verschiedene Personen häufig ganz unterschiedliche Dinge verstehen (»sehr wahrscheinlich« bedeutet für manche eine Wahrscheinlichkeit von  $> \frac{1}{2}$ , für manche eine Wahrscheinlichkeit von  $> \frac{9}{10}$ ). Letztlich sind Prozeßrisikoanalysen nichts weiter als der Versuch, einen Analyseprozeß transparent und möglichst präzise zu machen, den Mandanten und/oder Rechtsanwälte häufig unbewußt und unpräzise durchführen, wenn sie zu einer Einschätzung der Prozeßaussichten gelangen<sup>19</sup>.

c) *Rationale Entscheidung zwischen Prozeßführung und Vergleich*

Prozeßrisikoanalysen finden Eingang in Nutzen/Kosten-Rechnungen zur Bewertung von Einigungsoptionen und Nichteinigungsalternativen in Verhandlungen. Dadurch erlauben sie es einem (potentiellen) Kläger in Vergleichsverhandlungen, sich rational zwischen der Prozeßführung (als Nichteinigungsalternative) und der Annahme des Vergleichsangebots der anderen Seite (als Einigungsoption) zu entscheiden. Denselben entscheidungsunterstützenden Effekt besitzen sie für einen (potentiellen) Beklagten: Aus seiner Warte geht es darum, entweder dem (potentiellen) Kläger ein bestimmtes Vergleichsangebot zu machen oder aber sich verklagen zu lassen bzw. sich gegen eine erhobene Klage zu verteidigen. Da entsprechende Analysen zu einem Zeitpunkt angestellt werden können, zu dem die von den Beteiligten bereits aufgewandten Kosten der Konfliktaustragung noch relativ niedrig sind, haben sie möglicherweise einen erheblichen vergleichsfördernden Effekt: Je niedriger diese Kosten noch sind, desto höher ist der Vorteil (ersparte Kosten) für alle Beteiligten, wenn sie sich vergleichen<sup>20</sup>.

Gegen den Nutzen von Prozeßrisikoanalysen zur rationalen Fundierung der Entscheidung zwischen Prozeß und Vergleich könnte man vorbringen, daß eine Seite eine bestimmte Prozeßentscheidung gelegentlich möglicherweise gar nicht unter Nutzen/Kosten-Gesichtspunkten treffen wolle. Das sei etwa dann der Fall, wenn es ihr in erster Linie darum gehe, einen Präzedenzfall zu schaffen oder aber

---

19 Vgl. Victor (Fn. 15), 625 f.; Aaron, *The Value of Decision Analysis in Mediation Practice*, 11 *Negotiation J.* 123 [127] (1995).

20 Vgl. *Bühning-Uhle*, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management*, 1996, S. 297 f.

ein bestimmtes rechtliches Prinzip durchzusetzen (etwa aus gesellschaftspolitischen Gründen). Mit diesem Einwand wird jedoch verkannt, daß Prozeßrisikoanalysen auch in diesen Fällen hilfreich sein können: Sie zeigen nämlich, welche Opportunitätskosten (im Sinne von: entgangenem Nutzen eines angenommenen Vergleichsangebots) man in Kauf zu nehmen bereit ist, um den Präzedenzfall zu schaffen oder das Prinzip durchzusetzen<sup>21</sup>. Die wenigsten Kläger sind bereit, dies für jeden erdenklichen Kostenbetrag zu tun, und Prozeßrisikoanalysen informieren genau über das, worauf man verzichtet, wenn man klagt. Auch dadurch wird die Rationalität der Prozeßführungsentscheidung erhöht.

*d) Besseres Verständnis der Ergebnisrelevanz einzelner Einflußfaktoren*

Prozeßrisikoanalysen identifizieren und beziffern die Risiken einer Prozeßführung und deren Verknüpfung. Dadurch wird den an Vergleichsverhandlungen Beteiligten gleichzeitig verdeutlicht, welchen Einfluß einzelne Faktoren auf das Prozeßergebnis haben. Dies hat eine doppelte Bedeutung: Zum einen wird man in die Lage versetzt, die Auswirkungen einer irrtümlichen Einschätzung eines bestimmten Einflußfaktors zu erkennen. Man kann beispielsweise leicht ausrechnen, wie sich der Prozeßerwartungswert ändert, wenn sich die Wahrscheinlichkeitswerte an einem bestimmten Ereignisknoten ändern. Zum zweiten aber kann man erkennen, welche Kosten man rationalerweise aufwenden kann bzw. sollte, um die entsprechenden Wahrscheinlichkeitswerte zu beeinflussen. Die graphische Aufbereitung dieser Fragen ist Gegenstand sogenannter *Sensitivitätsanalysen*. Sie verdienen eine eigenständige Darstellung.

*VI. Nutzen von Sensitivitätsanalysen im besonderen*

Abb. 2 zeigt eine Sensitivitätsanalyse für ein bestimmtes Ereignis innerhalb einer Prozeßrisikoanalyse. Aufgegriffen wird dabei erneut das Beispiel, anhand dessen das Funktionsprinzip von Prozeßrisikoanalysen erläutert wurde (vgl. Abb. 1). Der Wahrscheinlichkeitswert eines bestimmten Ereignisses wird sich in der Regel um so stärker auf den Prozeßerwartungswert auswirken, je weiter am Anfang des Entscheidungsbaums sich das Ereignis befindet. Dafür gibt es einen einfachen Grund: Ein weit am Anfang des Entscheidungsbaums gelegenes Ereignis beeinflußt mit seinem Wahrscheinlichkeitswert die Erwartungswerte von mehr Ereignisvarianten innerhalb des Baums als ein weiter am Ende gelegenes Ereignis.

In Abb. 2 ist auf der x-Achse die Wahrscheinlichkeit abgetragen, mit der der Hersteller beweisen kann, daß der Vertreter die – unterstellt – rufschädigenden Bemerkungen tatsächlich gemacht hat. Auf der y-Achse ist der Prozeßerwartungswert für den Vertreter in Abhängigkeit von dieser Wahrscheinlichkeit abge-

---

21 Vgl. *Hoffer*, *Decision Analysis as a Mediator's Tool*, 1 *Harv. Negotiation L. Rev.* 113 [127 f.] (1996).

tragen. Im Ausgangsfall war angenommen worden, daß die Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Beweises  $\frac{9}{10}$  beträgt. Dementsprechend ergab sich ein Prozeßerwartungswert von 33 TDM. Betrüge die Wahrscheinlichkeit nicht  $\frac{9}{10}$ , sondern 0, läge der Prozeßerwartungswert bei 60 TDM, betrüge sie nicht  $\frac{9}{10}$ , sondern 1, läge er bei 30 TDM.

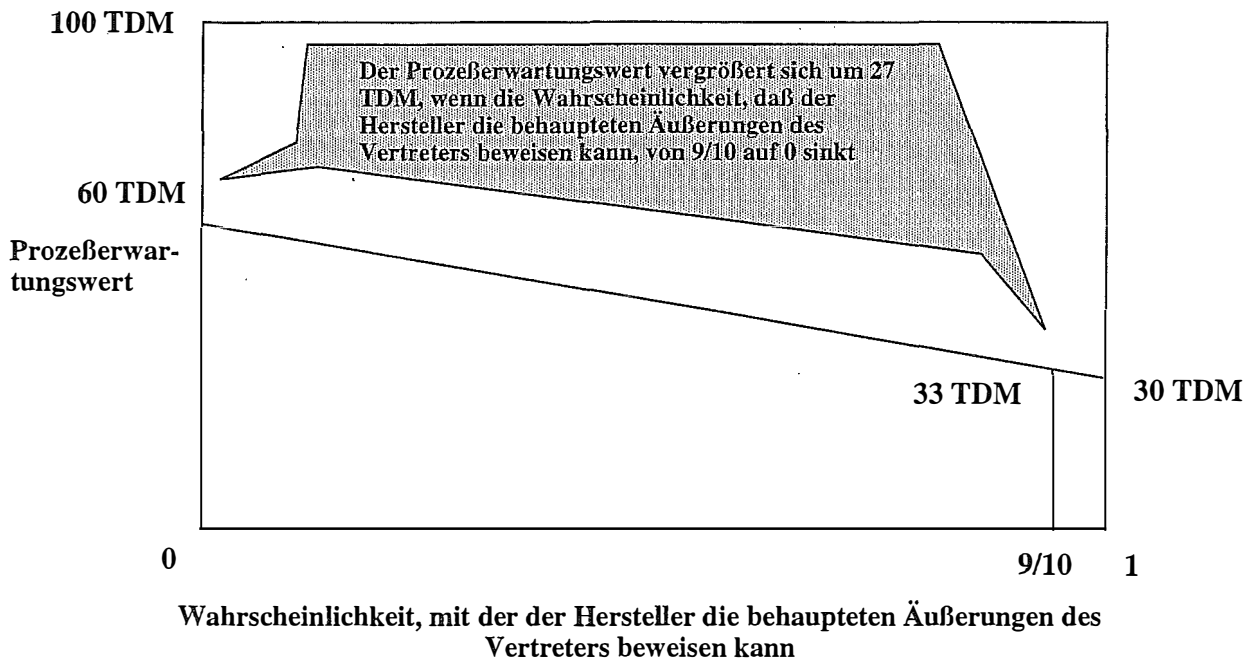


Abb. 2: Prozeßerwartungswert in Abhängigkeit von einem Einflußfaktor (Sensitivitätsanalyse)

Möglicherweise ist sich der Vertreter nicht sicher, ob seine Wahrscheinlichkeitseinschätzung im Hinblick auf die Frage, ob der Hersteller die angeblich rufschädigenden Bemerkungen tatsächlich beweisen kann, zutrifft. Er könnte daran interessiert sein, zu ermitteln, welche Konsequenzen sich ergeben, wenn diese Wahrscheinlichkeit 1 betrüge. Die Sensitivitätsanalyse zeigt ihm, daß sich der Prozeßerwartungswert kaum, nämlich nur um 3 TDM, ändert. Möglicherweise zeigt sie ihm damit gleichzeitig, daß die Prozeßführungsentscheidung in ihrer Vorteilhaftigkeit durch einen entsprechenden Irrtum nicht berührt wird. Damit wird gleichzeitig mittelbar auch dem Bedenken der Scheingenauigkeit, das gegen Prozeßrisikoanalysen häufig vorgebracht wird (vgl. oben Abschnitt V. 1.), Rechnung getragen: Prozeßrisikoanalysen lassen sich für eine Vielzahl hypothetischer Wahrscheinlichkeitseinschätzungen mit Einschluß von Extremeinschätzungen durchführen. Wenn sie für alle diese hypothetischen Wahrscheinlichkeitseinschätzungen eine bestimmte Handlungsempfehlung stützen, dann ist eine entsprechende Entscheidung rational gut begründet<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Vgl. Greenberg (Fn. 16), 1575 f. Zu Unrecht krit. im Hinblick auf das Arbeiten mit Wahrscheinlichkeitsverteilungen Victor (Fn. 15), 626.

Das zweite Nutzenpotential von Sensitivitätsanalysen liegt in ihrer Unterstützung prozeßtaktischer Überlegungen<sup>23</sup>. Prozeßführung findet in einem dynamischen Kontext statt, auf den alle Beteiligten Einfluß nehmen bzw. Einfluß zu nehmen versuchen. In dem hier untersuchten Beispielsfall zeigt sich etwa, daß der Handelsvertreter bei einem an dem Prozeßerwartungswert orientierten prozeßtaktischen Verhalten bis zu 27 TDM investieren kann, wenn es ihm dadurch gelingt, die Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Beweises der tatsächlichen Äußerung rufschädigender Bemerkungen auf 0 zu senken. Dabei muß man nicht automatisch an die illegale Vernichtung von Beweismitteln denken. Es kann auch einfach um die Erschütterung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen, der Präsentation von Gegenzeugen etc. gehen.

Sensitivitätsanalysen werden – ebenso wie Prozeßrisikoanalysen generell – erleichtert, wenn sie durch Computerprogramme unterstützt werden<sup>24</sup>. Entsprechende Programme sind im Handel erhältlich und werden vor allem von Unternehmen, die Prozeßrisikoanalysen kommerziell betreiben, professionell eingesetzt. Sie erlauben eine rasche und fehlerfreie Durchführung der erforderlichen Kalkulationen in Abhängigkeit von wechselnden Parametern und eine rasche graphische Darstellung der Ergebnisse. Indes sollte ihr Nutzen auch nicht überschätzt werden: Die schwierigste Aufgabe bei einer Prozeßrisikoanalyse und etwa sich anschließenden Sensitivitätsanalysen liegt in der Identifikation der relevanten Risiken sowie von deren Verknüpfung, in der Zuordnung von Wahrscheinlichkeitswerten zu diesen Risiken sowie in der Identifikation der Zahlungen am Ende des Entscheidungsbaums. Diese Arbeit nimmt einem ein Computerprogramm nicht ab.

### VII. Stellenwert von Prozeßrisikoanalysen als Mediationsinstrument

Der Nutzen von Prozeßrisikoanalysen beschränkt sich nicht auf ihren Wert für die an Vergleichsverhandlungen unmittelbar Beteiligten, etwa auf ihren Wert für einen potentiellen Kläger, der eine rationale Wahl zwischen der Einigungsoption der Annahme eines bestimmten Vergleichsangebots und der Nichteinigungsalternative der Prozeßführung treffen möchte. Prozeßrisikoanalysen besitzen auch und gerade als Mediationsinstrument in der Hand eines zu den Verhandlungen zugezogenen Mediators eine große Bedeutung. Eine entsprechende Zuziehung kann sich insbesondere dann empfehlen, wenn strategisches Verhalten und/oder psychologische Faktoren eine Einigung der Verhandelnden im Einzelfall erschweren oder gar unmöglich machen<sup>25</sup>.

---

23 Vgl. *Victor* (Fn. 15), 627.

24 Vgl. *Aaron* (Fn. 19), 131 f.

25 Einen Überblick über Verhandlungshindernisse gibt *Mnookin*, *Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict*, 8 *Ohio State J. on Dispute Resolution* 235 ff. (1993).

## 1. Nutzen von Prozeßrisikoanalysen als Mediationsinstrument

### a) »Schaffung« eines Einigungsbereichs

In Abschnitt II. bereits angesprochen wurde die empirisch erhärtete Tatsache, daß Menschen tendenziell eine Disposition zu überoptimistischen (sachlich nicht gerechtfertigten) Einschätzungen ihrer Handlungsalternativen besitzen. Daraus kann sich in Vergleichsverhandlungen eine mächtige Einigungsbarriere ergeben. Wenn der Hersteller in dem hier untersuchten Beispielfall etwa davon überzeugt ist, daß er einen Prozeß in jedem Fall gewinnen und dementsprechend auch keinerlei Kosten tragen würde (§ 91 ZPO), wird er dem Vertreter keinen Vergleichsbetrag anbieten. Wenn andererseits aber auch der Vertreter davon überzeugt ist, daß er den Prozeß mit Sicherheit gewinnen würde, und daß das Gericht den zu zahlenden Schadensersatz auf der Basis seines entgangenen Gewinns festsetzen würde, wird er mindestens 100 TDM – abgezinst auf ihren Gegenwartswert – verlangen. Eine Einigung ist nicht möglich, weil beide Beteiligten ihre jeweiligen Nichteinigungsalternativen extrem optimistisch beurteilen.

Bei rationalem Verhalten kann es zu einem Vergleich zwischen den Beteiligten erst dann kommen, wenn der Betrag, den der Hersteller dem Vertreter zu bieten bereit ist, den Betrag übersteigt, den der Vertreter mindestens haben möchte. Dies setzt voraus, daß die Beteiligten zu einer realistischeren Einschätzung der Prozeßaussichten gelangen. Dabei können Prozeßrisikoanalysen hilfreich sein. Der Hersteller wird dem Vertreter maximal das abgezinste Sicherheitsäquivalent des Prozeßerwartungswerts (aus seiner Sicht) *zuzüglich* der zusätzlichen Kosten (Grenzkosten) anbieten, die eine Prozeßführung im Verhältnis zu einer außergerichtlichen Einigung für ihn mit sich brächte (auch bei einem Vergleich der jeweiligen Kosten sind ggf. wieder Sicherheitsäquivalente zu bilden und Abzinsungen vorzunehmen). Der Vertreter wird mindestens das abgezinste Sicherheitsäquivalent des Prozeßerwartungswerts (aus seiner Sicht) *abzüglich* der zusätzlichen Kosten (Grenzkosten) fordern, die eine Prozeßführung im Verhältnis zu einer außergerichtlichen Einigung für ihn mit sich brächte<sup>26</sup>. Wenn beispielsweise der Hersteller ermittelt hat, daß er im Falle eines Prozesses 30 TDM an den Vertreter zahlen

---

26 Formal lautet die Bedingung für eine Vergleichslösung also wie folgt:  $Z(\text{Bekl.}) + \text{GK}(\text{Bekl.}) > Z(\text{Kl.}) - \text{GK}(\text{Kl.})$ . In dieser Relation sind alle Werte Betragswerte.  $Z(\text{Bekl.})$  steht für das abgezinste Sicherheitsäquivalent des Prozeßerwartungswerts und  $\text{GK}(\text{Bekl.})$  für den entsprechenden Betrag der Grenzkosten einer Prozeßführung aus der Sicht des potentiellen Beklagten.  $Z(\text{Kl.})$  und  $\text{GK}(\text{Kl.})$  stehen für die korrespondierenden Betragswerte aus der Sicht des potentiellen Klägers. Die Relation macht deutlich, daß ein wesentlicher Faktor für den Anreiz, sich zu vergleichen, in den *Kostenersparnissen* liegt, die eine Vergleichslösung gegenüber einem Gerichtsverfahren mit sich bringt, vgl. etwa *Cooter/Ulen, Law and Economics*, 2. Aufl. 1997, S. 355 ff., insbes. S. 357. Einfluß auf die Vergleichsbereitschaft haben darüber hinaus die jeweilige Risikoneigung sowie die jeweiligen Zeitpräferenzen. Sie beeinflussen die Betragswerte der abgezinnten Sicherheitsäquivalente.

müßte und daß ihn ein Prozeß 10 TDM mehr kosten würde als eine Vergleichslösung, dann wird er dem Vertreter bis zu 40 TDM als Vergleichssumme anbieten. Wenn umgekehrt der Vertreter ermittelt hat, daß er im Falle eines Prozesses 20 TDM erhalten würde und daß ein Prozeß ihn ebenfalls 10 TDM mehr kosten würde als eine Vergleichslösung, dann wird er sich mit jedem Betrag über 10 TDM zufrieden geben. Alle Lösungen im Bereich zwischen 10 TDM und 40 TDM sind potentiell vergleichsfähig, sie liegen in dem sogenannten Einigungsbereich<sup>27</sup>.

Theoretisch scheint es nun leicht möglich zu sein, daß die Beteiligten gemeinsam eine Prozeßrisikoanalyse durchführen, sich damit auf einen Prozeßerwartungswert verständigen, der überoptimistische Einschätzungen korrigiert und die jeweiligen abgezinnten Sicherheitsäquivalente maßgeblich beeinflusst, und so einen Einigungsbereich »schaffen«. Praktisch steht dem jedoch regelmäßig entgegen, daß die Wahrscheinlichkeitseinschätzungen, die jede Seite im Hinblick auf bestimmte Ereignisse hat, in hohem Maße auf privaten Informationen beruhen, die aus strategischen Gründen keine Seite der anderen preisgeben möchte<sup>28</sup>. Hier zeigt sich der Nutzen von Mediation: Ein Mediator kann das Forum *vertraulicher Einzelgespräche*<sup>29</sup> mit den Beteiligten nutzen, um in einer risikofreien Atmosphäre Kalkulationen der jeweiligen Prozeßerwartungswerte durchzuführen und überoptimistische Einschätzungen zu korrigieren. Bisweilen zeigen sich schon bei ersten Analysen deutliche Abweichungen von den artikulierten Vergleichsforderungen (Vergleichsangeboten) und verbesserte Einigungschancen. Nicht selten kommt es in der Praxis dann zu einer Art Pendeldiplomatie des Mediators, der in wechselnden Einzelgesprächen mit den Beteiligten deren Einschätzungen sukzessive aneinander anzunähern versucht. Prozeßrisikoanalysen sind dazu ein besonders geeignetes Instrument, weil es immer leichter ist, pauschal auf einer bestimmten Forderung bzw. Ansicht zu beharren, als sich der Logik eines Entscheidungsbaums zu entziehen. Wer beispielsweise 100 TDM fordert und auf ein bisher übersehenes Risiko hingewiesen wird, kann eine Einschätzungskorrektur mit der Begründung ablehnen, daß die übrigen Faktoren seine Position doch klar stützen und ein wesentlich größeres Gewicht besitzen<sup>30</sup>. Ein entsprechendes Manöver ist auf der Basis eines Entscheidungsbaums kaum möglich: Die Konsequenzen gewandelter Einschätzungen bezüglich bestimmter Wahrscheinlichkeitswerte werden sofort und präzise sichtbar.

---

27 Zum Begriff des Einigungsbereichs vgl. bereits Fn. 4.

28 Unrealistisch deswegen *Hoffer* (Fn. 21), 123: »By serving as a repository for information about the issues and uncertainties in the case, a decision tree can facilitate sharing of information that otherwise might have remained private.«

29 Zu ihrer Bedeutung innerhalb einer Mediation vgl. etwa *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz: Mechanismen der Unternehmensreorganisation und Kooperationspflichten im Reorganisationsrecht, 1999, S. 526 f.

30 Vgl. *Aaron* (Fn. 19), 125.



b) *Ermöglichung anderer Formen der alternativen Streitbeilegung*

Auch dann, wenn es dem Mediator nicht gelingt, einen Einigungsbereich zu »schaffen«, muß der Einsatz des Instruments der Prozeßrisikoanalyse keineswegs nutzlos gewesen sein. Vielleicht haben sich die Einschätzungen der Beteiligten zumindest soweit angenähert, daß sie als Grundlage anderer Formen der alternativen Streitbeilegung dienen können<sup>31</sup>. Zu denken ist dabei insbesondere an eine sogenannte *high-low arbitration* (bisweilen wird auch von *bracketed arbitration* gesprochen)<sup>32</sup>: Es wird ein Schiedsverfahren durchgeführt, in welchem dem Schiedsrichter die Bandbreite denkbarer Entscheidungen durch die letzten Einschätzungen der Beteiligten (Vergleichsforderung bzw. Vergleichsangebot) vorgegeben werden. Denkbar ist auch, daß diese Einschätzungen dem Schiedsrichter nicht offengelegt werden und vereinbart wird, daß im Falle eines Schiedsrichterspruches außerhalb der Bandbreite diejenige Zahlung erfolgen soll, die dem Spruch noch am nächsten kommt.

c) *Verbesserung der Kommunikation zwischen den Verhandelnden*

Drittens schließlich hat die Verwendung von Prozeßrisikoanalysen durch einen Mediator denselben kommunikationsfördernden Effekt wie ihre Verwendung im Verhältnis Rechtsanwalt und Mandant: Sie trägt zur Verbesserung der Kommunikation zwischen den Beteiligten bei, da diese mit demselben Instrument arbeiten und in diesem Sinne gewissermaßen die gleiche Sprache sprechen.

d) *Förderung kooperativen Verhandlungsverhaltens*

Daraus kann sich ein weiterer, für den Verhandlungsverlauf förderlicher Effekt ergeben. Die Verwendung von Prozeßrisikoanalysen kann unter Umständen dazu beitragen, eine von gegensätzlichen Standpunkten geprägte Auseinandersetzung in eine gemeinsame problemlösende Aktivität umzugestalten. Die Aufmerksamkeit der Parteien wird abgelenkt von der Verteidigung eigener Positionen und Einschätzungen gegen die Angriffe des Verhandlungspartners. Sie wird hingelenkt auf die Lösung eines gemeinsamen Problems, nämlich die korrekte Analyse der Risiken, die mit einem (etwaigen) Prozeß für beide Seiten verbunden sind. Dieser Aufmerksamkeits- und Einstellungswandel kann im Einzelfall auch den weiteren positiven Effekt haben, daß wertschöpfende Verhandlungsstrategien zu Lasten von wertverteilenden Verhandlungsstrategien ein größeres Gewicht er-

---

31 Zu Begriff und Formen der alternativen Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution) vgl. etwa *Duwe*, Mediation und Vergleich im Prozeß: Eine Darstellung am Beispiel des Special Master in den USA, 1999, S. 79 ff. m. w. N.

32 Vgl. etwa *Goldberg/Sander/Rogers*, Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and other Processes, 2. Aufl. 1992, S. 225 f.

halten<sup>33</sup>: Die Parteien beginnen sich dafür zu interessieren, wie sie (höhere) Effizienzgewinne erzielen können, anstatt sich nur mit Verteilungsfragen zu beschäftigen.

*e) Überwindung psychologischer Einigungsbarrieren*

Prozeßrisikoanalysen können ferner unter Umständen dazu beitragen, psychologische Einigungsbarrieren zu überwinden. Eine solche Einigungsbarriere ist das Phänomen der sogenannten *reaktiven Abwertung*: Ein Einigungsvorschlag des Verhandlungspartners wird als suspekt eingestuft, ein inhaltsgleicher Vorschlag eines neutralen Dritten genießt eine wesentlich größere Akzeptanz<sup>34</sup>. Indem Prozeßrisikoanalysen die Aufmerksamkeit der Beteiligten auf die Analyse eines gemeinsamen Problems unter Nutzung entscheidungstheoretischer Konzepte lenken, wird der Abwertungseffekt vermieden oder zumindest abgemildert, der entstehen könnte, wenn ein bestimmter Lösungsvorschlag nicht das Produkt eines gemeinsamen Problemlösungsprozesses, sondern die Idee eines Verhandlungsbeteiligten wäre. Gleichzeitig erleichtern Prozeßrisikoanalysen es auch, ein gefundenes Ergebnis solchen Personen zu vermitteln, die an dem Verhandlungsprozeß nicht beteiligt waren, aber von dessen Ergebnis betroffen werden: Man hat sich nicht dem Willen des Verhandlungspartners, sondern der Logik des Entscheidungsbaums gebeugt<sup>35</sup>.

*f) Erhaltung der Neutralität des Mediators*

Schließlich haben Prozeßrisikoanalysen als Mediationsinstrument den Vorteil, daß ihre Verwendung den Mediator regelmäßig nicht dem Verdacht aussetzt, daß er nicht ganz neutral sein könnte. Dieser Verdacht, der für den Mediationsprozeß überaus schädlich ist, liegt insbesondere dann nahe, wenn der Mediator selbst konkrete Einigungsvorschläge macht. Prozeßrisikoanalysen sind demgegenüber ein Instrument, das besonders gut die Rolle eines Mediators als eines Katalysators von Einigungsprozessen<sup>36</sup> veranschaulicht: Er hilft auf dem Weg zu einer Einigung, ohne jedoch deren Konturen aktiv zu gestalten bzw. bestimmte Lösungsvorschläge zu entwickeln.

---

33 Zu wertschöpfenden und wertverteilenden Verhandlungsstrategien ausführlich *Eidenmüller* (Fn. 29), S. 500 ff., 506 ff.

34 Vgl. *Ross*, Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution, in: *Arrow/Mnookin/Ross/Tversky/Wilson* (Hrsg.), *Barriers to Conflict Resolution*, 1995, S. 26 ff.

35 Vgl. *Hoffer* (Fn. 21), 124 f.

36 Zu diesem Rollenverständnis eines Mediators vgl. *Eidenmüller* (Fn. 3), Rdnr. 21.

## 2. Grenzen von Prozeßrisikoanalysen als Mediationsinstrument

Daß Prozeßrisikoanalysen als Mediationsinstrument häufig einen Nutzen stiften können, heißt nicht, daß sie immer einen Nutzen stiften bzw. daß ihr Einsatz immer zu empfehlen wäre. Wenn die an einem Konflikt Beteiligten etwa weder Sinn noch Verständnis für gewisse mathematische Grundlagen und/oder Computerprogramme haben, ist der Einsatz von Prozeßrisikoanalysen unter Umständen wenig hilfreich<sup>37</sup> oder sogar kontraproduktiv: Möglicherweise haben einzelne Beteiligte das Gefühl, belehrt oder gar vorgeführt zu werden, weil sie die Analyse nicht verstehen. Auch kann der Streitwert in einem konkreten Fall so niedrig sein, daß sich der Aufwand des Einsatzes von Prozeßrisikoanalysen einfach nicht lohnt. Gleiches gilt dann, wenn ein Fall so wenig komplex ist, daß die für einen Beteiligten bestmögliche Vorgehensweise auch ohne entsprechende Analysen offensichtlich ist. Zudem trifft auf Prozeßrisikoanalysen als Mediationsinstrument schließlich zu, was für alle Mediationstechniken gilt: Werden sie gewissermaßen mechanisch angewendet, dann werden sie von den Beteiligten möglicherweise nicht angenommen, weil diese von einem Mediator häufig keine technokratische, sondern eine empathische Unterstützung erwarten. Vieles kommt deshalb auf die Haltung des Mediators an, der bestimmte Instrumente bzw. Techniken einzusetzen gedenkt.

## VIII. Zusammenfassung

Entscheidungen zwischen Klage und Vergleich werden häufig ohne eine präzise quantitative Analyse der mit einem Prozeß verbundenen Risiken getroffen. Prozeßrisikoanalysen auf der Basis von Entscheidungsbäumen sind ein Instrument, die Rationalität entsprechender Entscheidungen von Mandanten und/oder ihren Rechtsanwälten zu erhöhen. Aus ihnen können zudem Sensitivitätsanalysen abgeleitet werden, die Aufschlüsse über die Abhängigkeit von Prozeßerwartungswerten von bestimmten Einflußgrößen geben. Dadurch lassen sich die Informationsgrundlagen prozeßtaktischen Verhaltens verbessern. Prozeßrisiko- und Sensitivitätsanalysen besitzen darüber hinaus eine wesentliche Bedeutung als Mediationsinstrumente. In der Hand eines Mediators können sie dazu beitragen, die Einigungschancen in Vergleichsverhandlungen zu erhöhen. Indes sollte die Leistungsfähigkeit von Prozeßrisiko- und Sensitivitätsanalysen auch nicht überschätzt werden: Annahmen über Wahrscheinlichkeiten gerichtlicher Einschätzungen sind immer bis zu einem gewissen Grade spekulativ. Je besser begründet diese Annahmen sind, desto höher ist auch der Nutzen, den eine Prozeßrisiko- oder Sensitivitätsanalyse im Einzelfall stiften kann.

---

37 Vgl. *Hoffer* (Fn. 21), 130.