

Buchbesprechung Prof. Dr. Jörg Risse/Dr. Matthias Morawietz „Prozessrisikoanalyse. Erfolgsaussichten vor Gericht bestimmen“ (C.H. Beck Manz Hebing Lichtenhahn 2017, 45 €)

Zwei erfahrener Praktiker (das gibt es oft) mit theoretischem Interesse und theoretischer Kompetenz (das gibt es seltener) haben ein provozierendes, theoretisch und praktisch wichtiges Buch geschrieben: „Prozessrisikoanalyse. Erfolgsaussichten vor Gericht bestimmen“.

Es geht um eine Meta-Analyse des Verhaltens von Parteien und ihren Anwälten bei der Prozessführung – und natürlich darum, wie man es besser machen kann. Die Ahnherren sind aber nicht Sun Tsu, Machiavelli, Clausewitz oder Spieltheoretiker und die Aufgabenstellung ist nicht unmittelbar die Verbesserung der Kampfesführung. Vielmehr werden die wesentlichen Fakten, das Recht und die Sichtweise, die sich bei dem Gericht einstellen wird, für Zwecke des Buchs als zwar unbekannt aber auch als unbeeinflussbar behandelt. Die Autoren wissen natürlich, dass die tatsächliche und rechtliche Sichtweise eines Falles durch ein Gericht ganz erheblich von Parteien und ihren Anwälten beeinflusst werden kann, etwa durch Auffinden neuer Fakten, nach der Skripttheorie oder durch Rechtsargumente (das zu tun, ist ja der Beruf der Autoren). Das in ihrer Untersuchung auszublenden nehmen sie aber als Preis dafür hin, dass umso mehr Licht auf die vorgelagerte oder mitlaufende Frage fallen kann, ob der Kampf überhaupt geführt bzw. zugunsten eines Vergleichs abgebrochen werden sollte. Den Autoren geht es insofern – wobei allein der Rezensent die militärische Terminologie an ihr Buch heran trägt – um eine Art von Gefechtsfeldaufklärung oder, genauer, um eine ganz bestimmte bessere und systematischere Methode des *Auswertung* der Informationen, die die Gefechtsfeldaufklärung ergibt.

Worin besteht die Prozessrisikoanalyse nun? Das Gefechtsfeld eines Rechtsstreits besitzt eine durch das Aufeinandertreffen von Sachverhaltsfragen mit Rechtsfragen geprägte Topologie. War der Vorgang so oder so? Was ist das Recht? Wie ist der Vorgang also rechtlich zu subsumieren? Die rechtlichen Programme, die entscheiden, ob der materiell angreifenden Partei etwas zugesprochen wird, geben der Prozessrisikoanalyse vor, welche Themen sie abarbeiten muss. Das sind primär die klassischen Tatbestandsvoraussetzungen aus einem Vertrag oder Gesetz, aber auch z.B. Zulässigkeits- und Verjährungsfragen. Sie bieten sich als Weichenstellungen oder, wie die Autoren an die Entscheidungstheorie angelehnt sagen, als „Knotenpunkte“ an. Denkbar ist auch, dass einmal Unterknotenpunkte gebildet werden. So ist der eigentlich wichtige Subsumtionsschluss „der Schuldner hat das Opfer vergiftet“ Folge der Feststellbarkeit dreier Einzelumstände: „Der Schuldner hat dem Opfer eine Substanz beigebracht“, „die Substanz war Gift“ und „das Opfer ist durch die Substanz gestorben“. Knotenpunkte müssen zweitens in die richtige Ordnung gebracht werden. Das geschieht am besten zeichnerisch, woraus sich bei den

Autoren, „Entscheidungsbäume“ ergeben. Diese sind zunächst grafische Repräsentationen aller normativen und tatsächlichen Voraussetzungen für einen Erfolg im Einzelfall in einer logischen Ordnung. Obwohl eine solche Graphik noch keinen über das Juristische hinausgehenden sachlichen Erkenntnisgewinn bringt (implizit ist in jedem Rechtsgutachten oder Urteil ein „Entscheidungsbaum“ enthalten) ist sie aber außerordentlich nützlich. Jetzt nämlich können die Anwälte mit ihren Parteien auf den Konflikt wie Feldherrn vom Feldherrenhügel blicken und sehen, wovon sie das Gericht überzeugen müssen. Sie können einen Bild auf sich wirken lassen. Und sie können, ganz wichtig, mit dem Finger auf kritische Stellen zeigen. Das, was die Autoren „Entscheidungsbaum“ nennen, hat so eine enorm positive Wirkung. Es strukturiert und diszipliniert das Denken, organisiert, wie die Autoren sagen, Komplexität und ermöglicht eigentlich erst eine geordnete und nüchterne Diskussion. Mandanten, die zum ersten Mal mit einem „Entscheidungsbaum“ konfrontiert sind, sind am Anfang überrascht und skeptisch, dann dankbar, ja (fast) glücklich. Selbst Vorstände, die sich preisen, keine Texte zu lesen, die länger als eine Seite sind, bekommen was sie wollen. Bis hierhin kann der Rezensent nur zu 100% zustimmen.¹ Den Autoren, die sich einer rationalen und kosteneffektiven Konfliktlösung verpflichtet sehen, ist dabei auch wichtig, dass Entscheidungsbaume nicht nur isolierten feindlichen Parteien ihren „situations rooms“ helfen können, sondern dass man sich auch *gemeinsam* über einen Entscheidungsbaum beugen kann, den am besten ein Mediator, ein Schiedsgericht oder Gericht schon zusammen mit den Parteien erstellt hat. Hierzu gibt es viele schöne Beispiele. Und wieder entfalten Entscheidungsbaume eine wohltuende disziplinierende und organisierende Wirkung.

Aber die Autoren wollen noch mehr. Der Entscheidungsbaum soll nicht nur eine logische-qualitative Strukturierungshilfe sein, sondern er soll – durch zwei weitere Schritte – erlauben vermittels der Wahrscheinlichkeitsrechnung zu *rechnen*. Das zu versuchen ist mutig und produktiv, aber schwierig. Das erste Problem, das sich querstellt, liegt darin dass die Wahrscheinlichkeitsrechnung von vorne herein eigentlich gar keine Aussage über die *nächste* Auspielung trifft. Dass man weiß, dass im Kasino bei einem „sauberen“ Rouletterad sehr langfristig jede Zahl in 1/37 (2,7%) der Fälle gewinnen wird, sagt etwas darüber, welches Einsatz/Gewinn-Verhältnis fair wäre. Dass das durchschnittliche Auspielergewinn sehr langfristig bei 18 liegen wird (sich der Mittelwert von Auspielungsergebnissen bei sehr häufigen Wiederholungen hieran als Erwartungswert annähern wird), mag in anderen Zusammenhängen interessant sein. Aber beides sagt *nichts* über das Auspielergewinn der *nächsten Runde*. Indessen kommt es beim Roulette wie v.a. beim Rechtsstreit (der insoweit dem „Russisch Roulette“

¹ Der Rezensent hat in seiner Praxis seit etwa zwanzig Jahren in größeren Prozessen stets „Hügelanalysen“ angefertigt, die die zu erobernden (oder die zu verteidigenden) Hügel (Knotenpunkte und Unterknotenpunkte) angaben und einen ähnlich Zweck verfolgten wie die Entscheidungsbaume der Autoren. Siegreich eroberte oder gehaltene Hügel bekamen einen Wimpel ...

ähnelt) nur hierauf an. (Wenn ein Gericht in „ähnlichen“ Fällen fünfmal einer Klage stattgeben und sie fünfmal abgewiesen hat, entscheidet nur was beim nächsten Mal „dran“ ist.)

Während die vorstehenden Bedenken noch generell den Grenzen der Aussagekraft auch von echten objektiven Wahrscheinlichkeiten galten, handelt es sich, zweitens, bei Prozessergebnissen um eine Frage, auf die die Wahrscheinlichkeitsrechnung eigentlich schon überhaupt nicht mehr „passt“. Die Autoren müssen über den Abgrund hinüber, der „Risiko/Chance“ von „Ungewissheit“ (uncertainty) trennt. Mit Risiken und Chancen (Münzwurf, Würfeln, Roulette, „russisch Roulette“, Lotterie) kann man rechnen, mit Ungewissheit (Wer wird der nächste amerikanische Präsident? Obsiegt Brexit? Kommt es zum Krieg um Korea? Selbst: Wie lange dauert der Bau von BER?) nicht. Wenn es um Risiko und Chance geht, gibt es objektive Realstrukturen – etwa die sechs identischen Seiten eines „sauberen“ Würfels oder die 37 identischen Fächer eines „sauberen“ Rouletterades – aus denen sich Erwartungswerte herleiten lassen und die bei einer großen Anzahl von (pfadunabhängigen) Wiederholungen bewirken, dass sich der Mittelwert der Ausspielungen dem Erwartungswert annähert. Die Wahrscheinlichkeit beruht insofern auf objektiven überschaubaren und konstanten Eigenschaften eines Systems. Beim Krieg, einer Wahl, einem sportlicher Wettkampf oder einem Rechtsstreit – im Reich der Ungewissheit – ist das anders. Man kann zwar Umstände benennen, von denen der Ausgang abhängt (bessere Fußballspieler, größere Heere, modernere Bewaffnung, höhere Moral, „im Recht sein“, bessere Anwälte etc.), aber man weiß nicht genau, welche Umstände das im Einzelfall genau sind, wie sie zusammenwirken und auf welchen es v.a. ankommen wird. Drittens *ändern* sich solche Umstände regelmäßig im Laufe der Zeit, bevor das Ausspielungsergebnis vorliegt, und legen es, was dazu gehört, aber noch wichtiger ist, die kämpfenden Parteien gezielt darauf an, sie zu ändern, um *das Ergebnis zu beeinflussen*. (Die den Prozess entscheidenden Umstände sind dabei, wie die realistische Rechtslehre lehrt, die Sachverhaltsumstände und die rechtlichen Obersätze *wie sie* von den Gerichten und Schiedsgerichten *wahrgenommen werden* – und sie können beeinflusst werden.) Ferner: Die Wahrscheinlichkeit, dass drei mal nacheinander „Rouge“ ausgespielt wird, mag man nach der Multiplikationsregel berechnen können ($18/37 * 18/37 * 18/37 = 11,5\%$), weil die Ergebnisse pfadunabhängig sind. Die Skripttheorie betont aber gerade, dass die das rechtliche Prüfprogramm vorgebende „Knotenpunkte“ nicht voneinander unabhängig sind. Etwa könnte die „Ausspielung“ zu dem Thema „Aufklärungspflicht“ und „Wissenszurechnung“ von derselben Bewertung von Sachverhaltsumständen und Interessenlagen regiert werden. Es könnte eine von der Struktur der juristischen Prüfmerkmale und Knotenpunkten unabhängige narrative Tiefenstruktur geben und ein einzelner neuer Aspekt in dieser Tiefenstruktur könnte zum „Umkippen“ einer ganzen Reihe von an den juristischen Tatbestandsmerkmalen

orientierten Knotenpunkten zugunsten einer Partei führen. Insofern würde die Multiplikationsregel nicht passen. Und natürlich kann man fragen, wozu überhaupt Anwälte da sind, wenn nicht auch dazu, Prozentsätze an den Ästen einmal auf unvorausgesehene Weise erheblich zu verändern und hier dort bisweilen Erstaunliches zu bewirken. Bei der Prozessrisikoanalyse könnten insofern narrative Verbindungen durch Skripte zwischen den für Gerichte und Schiedsgerichte maßgeblichen Entscheidungsknotenpunkten und unterschiedliche Kampfpotentiale und Argumentationskraft der Parteien tendenziell zu kurz kommen. Eine solche Ergänzung mitzudenken, ist gut für die Partei, die sich im Kampf etwas zutraut. Und es ist übrigens auch gut für das Recht selbst, das seine Schärfe und Klarheit verlieren würde, es weniger zum Einsatz käme, weil berechnete Kampfbereitschaften häufig vorschnell abgebremsst würden.

Der Abgrund zwischen dem Reich der berechenbaren Wahrscheinlichkeit und dem Reich des Ausgangs von ungewissen Kämpfen ist also tief. Dennoch ist es für das Nachdenken über Rechtsstreitigkeiten sehr produktiv, dass sich die Autoren hinüberwagen. Die Linien, die die Knoten in Entscheidungsbäumen verknüpfen, müssen also – es geht nicht anders – Prozentsätze erhalten (dritter Schritt) und wenn bei deren Zuordnung keine Denkfehler gemacht werden, kann man (mit relativ einfacher Wahrscheinlichkeitsrechnung) einen Gesamterwartungswert für einen Prozessausgang berechnen (vierter Schritt). Das Hauptproblem bleibt, wie man zu den Prozentsätzen kommt da es bekannte „Erwartungswerte“ (wie beim Würfeln oder Roulette $-1/6$, $1/37$) eben nicht gibt. Glücklicherweise gibt es „Knotenpunkte“, wo man wenig Schwierigkeiten hat. Wo Unsinniges behauptet und aberwitzig argumentiert wird, können eindeutige Werte vergeben werden, je nachdem fast 0% oder fast 100%. Aber Vorsicht, die Quantifizierung lädt zum Zögern ein – und wenn „sicherheitshalber“ in einem Entscheidungsbaum dreimal nur der Wert von 90% statt von 100% vergeben wird, führt der Multiplikationseffekt dazu, dass einem Anspruchsteller, der auf 10 Millionen Euro klagt, mal eben 2,7 Millionen Euro weggestrichen werden ($0,9 \cdot 0,9 \cdot 0,9 \cdot 10$)! Viel schwieriger sind aber die Knotenpunkte, die den Anwälten im Prozess wirkliches Kopfzerbrechen bereiten würden. Bei Rechts- und Subsumtionsfragen versuchen sie teilweise eine Lösung, z.B. bei der Zulässigkeit oder Verjährung, indem sie vergleichbare Gerichtsentscheidungen recherchieren und diese statistisch auswerten. Wenn die Gerichte in 6 von 9 Fällen in einer vergleichbaren Konstellation eine Verjährung bejaht haben, ergäbe sich so eine Wahrscheinlichkeit dafür von 66%. Hieran hängen offensichtliche Probleme: Wie will man überhaupt wissen, welche vergleichbaren Fälle es gibt (viele sind unveröffentlicht), was ist wirklich „vergleichbar“ und gibt es vielleicht einen *Trend*, z.B. wie die Tendenz zu strengerer Organhaftung, der ältere Entscheidungen entwertet? Sodann gibt es Art von ontogenetisches Lernen in einem einzelnen Prozess. Gerade in großen Prozessen, wo oft Neuland betreten wird (man denke etwa an Kirch vs.

Deutsche Bank) entwickelt und klärt sich die Sichtweise der Parteien und des Gerichts oder Schiedsgerichts erst im Laufe der Zeit und passt sich aneinander an. Man kann sich das so vorstellen, dass ein Film durchgängig einen Entscheidungsbaum zeigt, an dessen Knotenpunkten Bilder die Sachverhalts- oder Rechtsargumente zeigen, auftauchen, wieder verschwinden oder bleiben, und je nachdem ändern sich laufend die Dicke der Äste zwischen den Knotenpunkten und die daneben angegebenen Prozentsätze, vielleicht wird auch manchmal die Aststruktur verändert. Das geht so eine ganze Weile fort bis sukzessive immer mehr Ruhe einkehrt und das Flimmern und Flackern schließlich in einem Standbild endet, das das Urteil ausdrückt. In diesem Standbild muss dann, soweit Fragen nicht teilbar sind, an allen Ästen ein binäres ja oder nein, 0 oder 1 stehen. Mit etwas Glück gelingt es so nicht selten, bis zum Ende eines Prozesses eine beachtliche Klarheit zu schaffen. Jede Prozessrisikoanalyse muss aber unweigerlich diesen im Film gezeigten Prozess irgendwo *vorher* abbrechen – wenn man alle Erkenntnismittel des Prozesses ausschöpft werden, braucht man die Prozessrisikoanalyse ja nicht mehr. Die Frage ist, welche Lern- bzw. Erkenntnismöglichkeiten man abschneiden will und wo. Kann man etwa „60/40“-Stellungen zu Rechtsfragen wirklich nicht noch weiter aufklären? Sie würden ja am Ende auch irgendwie entschieden werden! Selbst als Rechtsgutachter würde man i.d.R. zu einem Ergebnis kommen. Die Argumente, die „den Raum biegen“ und eine Ja/Nein-Entscheidung begründen werden, sind schon irgendwo im „Äther“ (manchmal muss man einen Fall einfach zwei Wochen liegen lassen lassen...). Sachverhaltsfragen wollen die Autoren durch kleine, möglich hochkarätige und von Juristen unbeeinflusste Expertenteams klären lassen. Aber sollte man wirklich so viel Zutrauen zu ihnen haben, dass man ihre Einschätzungen (60/40) einfach hinnimmt? (Vieles, was sich etwa betriebswirtschaftliche Bewertungsexperten und technische Sachverständige zusammenreimen, solange sie von kritischen Fragen verschont bleiben, kollabiert doch erstaunlich schnell wenn es, etwa im Kreuzverhör, ernsthaft getestet wird!). Natürlich sind sich die Autoren dieser Probleme bewusst.

Wenn die Prozessrisikoanalyse durch Schiedsgerichte, Gerichte oder Mediatoren bei *Vergleichsverhandlungen* eingesetzt wird, darf die Prozessrisikoanalyse ruhig (ein wenig) früher abbrechen und besänftigen. Parteien, die den Frieden durch Nachgeben erwägen, wissen, dass sie möglicherweise mehr geben müssen/weniger bekommen als wenn der Kampf ein glückliches Ende für sie nähme. Sie tauschen eine ungewisse Aussicht auf einen größeren Kuchen gegen die Sicherheit eines kleineren Kuchens. Und so ist es durchaus naheliegend und legitim, dass, wie bei Risse/Morawietz, Prozentsätze von „subjektiven Eintrittswahrscheinlichkeiten“, den ganzen Kuchen zu bekommen, bisweilen zu Prozentsätzen zur Aufteilung des Kuchens werden. Und man wird auch Verständnis dafür haben, dass Gerichte und Schiedsgerichte, obwohl die Kräfte und Raumbiegungen, die bei

Nichteinigung die Entscheidung bestimmen werden schon da sind, bei der Prozessrisikoanalyse noch nicht versuchen werden, forciert jede 66%-Situation in eine 100%-Situation (oder 0%-Situation) aufzulösen. Wird also die Prozessrisikoanalyse die Partei tendenziell etwas benachteiligen, die eigentlich die besseren Aussichten hätte zu gewinnen? Vielleicht! Aber auch das kann ja diese Partei mitbedenken und möglicherweise tun es Parteien schon heute.

Die Prozessrisikoanalyse, so wie sie Risse und Morawietz verstehen, ist ein wertvoller Rationalitätsstifter, auch wenn das Herantragen der Logik der Wahrscheinlichkeit an Daseinsstrukturen der Ungewissheit, obwohl er alternativlos scheint, teilweise doch nicht passt. Ein immens anregendes und produktives Buch, von dem nur einige Facetten angesprochen werden konnten! An der Bedeutung guter Trial Advocacy will es freilich nichts ändern.

Dr. Gerhard H. Wächter, Berlin