

Von Dr. Ulrich Hagel, Berlin*

Der Unternehmensjurist als Risikomanager – Die mysteriöse Welt von Risikoanalysen und Entscheidungsbäumen

Unternehmensjuristen müssen regelmäßig Risikobewertungen vornehmen, z. B. bei der Einschätzung der Erfolgsaussichten vor Einleitung eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens, bei der Bewertung eines unterbreiteten Vergleichsangebots oder der Unterstützung der Buchung von Risikorückstellungen. Häufig werden bei der Bewertung zwar die entscheidungserheblichen Faktoren herausgearbeitet, mathematische Grundregeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung aber außer acht gelassen. Entscheidungsräume und Risikoanalysen sind einfache Hilfsmittel, die es dem Unternehmensjuristen ermöglichen, nicht nur eine qualifizierte Risikobewertung durchzuführen, sondern gleichzeitig einen managementtauglichen „Business Case“ zu erstellen sowie die fallrelevanten Punkte zu visualisieren.

Inhouse-counsel regularly have to undertake risk evaluations, e. g. when evaluating the chances of success before entering court or arbitration proceedings, when evaluating a settlement proposal or when supporting the booking of risk provisions. Often, the issues relevant for the decision are considered, however, not even the basics of mathematical probability theory are taken into consideration. Decision Trees and Risk-Analysis are simple tools, enabling the inhouse-counsel not only to do a proper risk evaluation but as well to provide „Business Cases“ to the Management and visualize the issues relevant for the case.

I. „Iudex non calculat“ war gestern

Juristen wird gerne unterstellt, dass sie nicht rechnen können. Geradezu rechtfertigend verweisen sie auf die Redewendung „iudex non calculat“, was eigentlich zweierlei Grundsätze der Rechtsprechung umschreibt: Zum einen, dass sich Gerechtigkeit nicht berechnen lässt; zum anderen, dass Berechnungen in einem Urteil nicht in Rechtskraft erwachsen, sondern jederzeit geändert werden können¹. Die Redewendung wird häufig auch scherzhaft gebraucht im Sinne von „Der Richter (oder allgemein der Jurist) kann nicht rechnen“. Auch viele Unternehmensjuristen berufen sich – zumindest insgeheim – darauf, und verstehen das Kalkulieren als Aufgabe der Kaufleute. Dabei verlangt die Geschäftsführung gerade von der Rechtsabteilung in zunehmendem Maße Bewertungen und Einschätzungen. Diese sind als Entscheidungsvorlagen managementtauglich aufzubereiten. Typischerweise sehen sich die Unternehmensjuristen der Beantwortung folgender Fragen ausgesetzt:

- > Wie stehen unsere Chancen in dem Fall?
- > Was bleibt unter dem Strich übrig?
- > Sollen wir das Vergleichsangebot der Gegenseite annehmen?

- > Welche Risikorückstellung sollen wir hinsichtlich des gegen das Unternehmen geltend gemachten Anspruchs bilden?

Der nachfolgende Beispielsfall² soll aufzeigen, wie Unternehmensjuristen häufig die an sie gestellten Einschätzungsfragen beantworten und was das Management eigentlich erwartet.

Sie sind Unternehmensjurist bei einem Busunternehmen. Ihr Unternehmen hat bei einem Bushersteller eine Flotte von 20 baugleichen Reisebussen gekauft. Die Busse wurden über einen Lieferzeitraum von 12 Monaten geliefert. 30 Monate nach Lieferung des ersten Busses fallen die Getriebe der Busse aus. Sie machen Gewährleistungsansprüche gegen den Bushersteller geltend. Der Hersteller lehnt die Auswechslung der Getriebe ab und beruft sich darauf, dass der Ausfall der Getriebe auf die mangelhafte Wartung der Fahrzeuge zurückzuführen sei. Ihr Busunternehmen lässt die Fahrzeuge daher anderweitig reparieren und verlangt nun vom Hersteller die Erstattung der Reparaturkosten von € 200.000 sowie entgangenen Gewinn wegen Betriebsausfalls der Fahrzeuge während der Reparaturzeit in Höhe von weiteren € 100.000. Der Hersteller lehnt die Bezahlung unter Verweis auf die fehlende Mangelhaftigkeit ab, verweist zudem aber auch auf die seiner Meinung nach eingetretene Verjährung eventueller Gewährleistungsansprüche und die in seinen allgemeinen Lieferbedingungen enthaltene Haftungsbegrenzung auf € 100.000.

Da dem Management des Busherstellers an einer weiterhin guten Geschäftsbeziehung mit ihrem Unternehmen gelegen ist, bietet es vergleichsweise und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht einen Betrag von € 50.000 zur Abgeltung aller Ansprüche an. Ihre Geschäftsführung fragt Sie als Unternehmensjuristen daher: „Wie sind die Erfolgsaussichten unseres Anspruchs. Ist das unterbreitete Vergleichsangebot angemessen“

Der Syndikus alter Schule (traditionelle Rechtsabteilung) teilt seiner Geschäftsführung folgendes mit:

„Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente dafür, dass uns der geltend gemachte Anspruch zusteht, wir würden daher empfehlen, den Vergleichsvorschlag als deutlich zu gering zurückzuweisen.“

Ein moderner Unternehmensjurist (Rechtsabteilung 2.0) hingegen schreibt:

- „Im Ergebnis haben wir
- mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (~ 55%) keinerlei Anspruch
 - mit einer Wahrscheinlichkeit von ~ 25% einen Anspruch auf € 100.000
 - im besten, jedoch am wenigsten wahrscheinlichen Fall (~ 20%) einen Anspruch auf € 300.000.

Unser geltend gemachter Anspruch hat einen Wert von knapp € 85.000. Im Falle des Nichtzustandekommens eines außergerichtlichen Vergleich müssten wir den Anspruch gerichtlich geltend machen und in Gerichts- und Anwaltskosten ca. € 30.000 investieren, so dass sich unter Außerachtlassung unserer eigenen Kosten ein Nettoerwartungswert von € 55.000 ergibt. Da zudem bei einer streitigen Auseinandersetzung ein Risiko von > 50% besteht, völlig leer auszugehen, empfiehlt es sich, zu versuchen, den Vergleichswert im Verhandlungswege zu erhöhen, nötigenfalls jedoch zu akzeptieren.“

* Dr. Ulrich Hagel ist Syndikusanwalt bei Bombardier Transportation.

1) Vgl. § 319 Abs. 1 ZPO.

2) Angelehnt an den Beispielsfall „Das undichte Flachdach“ von Risse, in: Wirtschaftsmediation, § 9 Rdnr. 86 und ZKM 2010, 107 (109).

Auf welcher Grundlage der moderne Unternehmensjurist vorgenannte Einschätzung abgeben kann, soll nachfolgend im Einzelnen aufgezeigt werden. Weiterhin wird dargestellt, welchen weiteren Nutzen die Rechtsabteilung aus dem Einsatz der Risikoanalyse unter Nutzung von Entscheidungsbäumen ziehen kann.

II. Gleicher Ansatz, unterschiedliche Resultate?

In vorgenanntem Beispielfall gehen der klassische wie der moderne Unternehmensjurist zunächst daran, den Sachverhalt unter Anspruchsgrundlagen zu subsumieren und die entscheidenden rechtlichen Kernprobleme herauszuarbeiten. Übereinstimmend werden sie herausfinden, dass es vorliegend darauf ankommt, ob ein Mangel vorliegt, eventuelle Ansprüche verjährt sind und ob die Haftungsbegrenzung wirksam in den Vertrag einbezogen wurde und rechtswirksam ist. Beide Juristen werden zudem die Argumente hinsichtlich jedes einzelnen Prüfungspunktes herausarbeiten³:

- > Mangelhaftigkeit: pro/con
- > Verjährung: pro/con
- > Haftungsbegrenzung: pro/con

Auch die Abwägung der Argumente nehmen beide vor und kommen darauf basierend zu einer Abschätzung der Erfolgsaussichten.

Der Unternehmensjurist alter Schule wird die Einzelfragen bewerten und versuchen, daraus eine Gesamteinschätzung abzuleiten. Angenommen, jede rechtliche Frage wäre mit großer bzw. überwiegender Wahrscheinlichkeit (mind. 50%) positiv für das Unternehmen (Busunternehmen) zu bewerten, so wäre seine Gesamtbeurteilung:

„mit überwiegender Wahrscheinlichkeit werden wir den Anspruch gegen den Bushersteller durchsetzen können“.

Der moderne Unternehmensjurist wird zusätzlich die Anspruchsvoraussetzungen in einem Entscheidungsbaum strukturieren und dann gesamtheitlich einer Risikoanalyse unterziehen. Er wird im gleichen Beispiel zum Ergebnis kommen, dass die Wahrscheinlichkeit, den Anspruch durchsetzen zu können insgesamt unter 50% liegt und lediglich zu ca. 20% der Anspruch vollumfänglich zugesprochen werden wird.

Woher kommt die Differenz?

III. Das Problem ist die überoptimistische Einschätzung von Chancen

Da die erfolgreiche Geltendmachung eines Anspruchs selten von einer Voraussetzung allein abhängt, ist es wichtig, die Verknüpfung der einzelnen Voraussetzungen und die Wechselwirkung der jeweiligen Eintrittswahrscheinlichkeit zu betrachten. Gerade dies erfolgt typischerweise aber nicht. So wird zwar sequentiell abgeprüft, das Ergebnis der vorangegangenen Prüfung aber lediglich „digital“ für den nächsten Prüfungsschritt verwendet. Sollte also im Beispielfall die Prüfung der Frage nach der Mangelhaftigkeit mit „großer Wahrscheinlichkeit“ bewertet worden sein, so wird als Startpunkt der nächsten Prüfung bereits unterstellt, ein Mangel liege vor. Darauf aufbauend wird dann geprüft, ob der Gewährleistungsanspruch verjährt sein könnte, was mit „geringer Wahrscheinlichkeit“ bewertet wird, so dass für die Frage der Haftungsbegrenzung

bereits (i) der Mangel als gegeben und (ii) der Anspruch als nicht verjährt angesehen wird. Kommt der Unternehmensjurist dann zur Frage der Wirksamkeit der Haftungsbegrenzung und bewertet diese zwar mit „großer Wahrscheinlichkeit wirksam aber mit guten Argumenten und zudem unter zwei Gesichtspunkten angreifbar“, so wird er letztlich zum Schluss kommen, der Anspruch sei dem Grunde nach gegeben, lediglich die Höhe könnte aufgrund der wahrscheinlichen aber angreifbaren Wirksamkeit der Haftungsbegrenzung noch ein Thema sein, zu dem Entschluss, das das unterbreitete Vergleichsangebot als deutlich zu gering abzulehnen ist.

Diese Fehleinschätzung beruht auf dem Umstand, dass fälschlicherweise die Berechnungsformel

„Positiv + positiv + positiv = positiv“
anstatt der Formel

„große Wahrscheinlichkeit x große Wahrscheinlichkeit x große Wahrscheinlichkeit = deutlich geringere Wahrscheinlichkeit“

zur Anwendung gebracht wird⁴.

Der fehlerhafte Ansatz führt zur überoptimistischen Einschätzung von Chancen⁵. Dies ist gleichzeitig die Ursache des Scheiterns vieler Verhandlungen, da beide Parteien jeweils die Erfolgsaussichten ihrer Position überschätzen⁶ und so die Erfolgsaussichten der Klage bzw. Verteidigung überbewerten⁷.

IV. Die Ansatz des modernen Unternehmensjuristen: Risikoanalyse

Kaufleute würden die Erfolgsaussichten nüchtern anhand einer Risikoanalyse berechnen. Sie würden sich bei der Frage zur angemessenen Vergleichssumme die rein kaufmännische Frage stellen, zu welchem Preis würde ein Dritter die Forderung, z. B. im Wege des Factorings übernehmen⁸. Die Bewertung würden Sie anhand eines Entscheidungsbaums vornehmen. Dabei werden die für die erfolgreiche Geltendmachung eines Anspruchs notwendigen Voraussetzungen in einem Flussdiagramm mit den jeweiligen Ausgangsalternativen pro Anspruchsvoraussetzung dargestellt und nachfolgend die jeweiligen Alternativen mit Eintrittswahrscheinlichkeiten bewertet.

Dies soll anhand des obigen Beispielfalles nachfolgend Schritt für Schritt erklärt werden.

3) Vgl. hierzu auch mit Beispielen: *Calihan/Dent/Victor*, The Role of Risk Analysis in Dispute and Litigation Management, American Bar Association, 27th Annual Forum on Franchising, S. 19; und *Victor/Glidden/Lea/Whitworth*, Successful Partnering Between Inside and Outside Counsel (2000), 12-9, *Victor*, in: *Donovan Leisure Newton & Irvine*, ADR Practice Book (1990), Figure 17-3.

4) Vgl. *Risse*, ZKM 2010, 107 (108 und 110); *Calihan/Dent/Victor*, The Role of Risk Analysis in Dispute and Litigation Management, American Bar Association, 27th Annual Forum on Franchising, S. 6: bezeichnen die Bewertung eines Anspruchs bei Verknüpfung mehrerer Voraussetzungen als eine der schwierigsten Aufgaben der Juristen.

5) Vgl. hierzu auch: *Risse*, Wirtschaftsmediation, § 9 Rdnr. 94; *Greger/von Münchhausen*, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte (2010) Rdnr. 357; *Dendorfer/Lack*, *SchiedsVZ* 2007, 195 (204).

6) *Eidenmüller*, ZZZ 2000, 5 (7).

7) *Calihan/Dent/Victor*, The Role of Risk Analysis in Dispute and Litigation Management, American Bar Association, 27th Annual Forum on Franchising, S. 3; *Neuenhahn/Neuenhahn*, NJW 2007, 1851 (1855); *Bühning-Uhle/Eidenmüller/Nelle*, Verhandlungsmanagement (2009), S. 44.

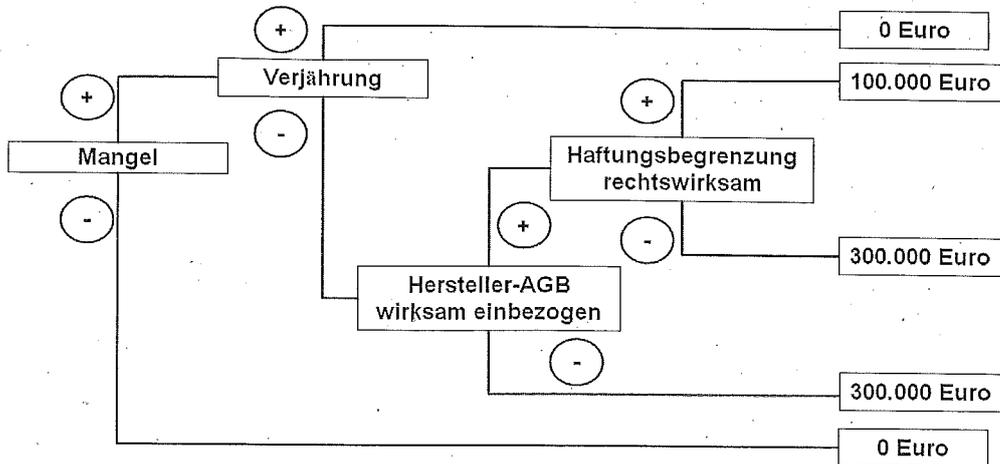
8) Vgl. *Greger/von Münchhausen*, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte (2010) Rdnr. 360; *Risse*, ZKM 2010 107 (109).

1. Der Entscheidungsbaum wird erstellt

Zunächst ist die Struktur des Entscheidungsbaums zu erstellen. Im vorliegenden Fall wäre der Anspruch des Busunternehmers in Höhe von € 300.000 nur gegeben, wenn die vom Hersteller gelieferten Busse mangelbehaftet waren, der geltend gemachte Gewährleistungsanspruch nicht verjährt ist und die Haftungsbegrenzung des Herstellers nicht greift. Hinsichtlich der Haftungsbegrenzung sind sogar zwei Unterpunkte zu berücksichtigen, denn sie könnte scheitern, wenn (i)

die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Busherstellers, in denen die Haftungsbegrenzung enthalten ist, nicht wirksam in den Vertrag mit dem Busunternehmer einbezogen wurden⁹ oder (ii) die Beschränkung als solches rechtswidrig ist. Bei jedem Ast des Flussdiagramms wird zudem die Frage gestellt, welche Konsequenz dies für den Anspruch hätte. Das Ergebnis wird dem jeweiligen Ast zugeordnet.

Der Entscheidungsbaum im vorliegenden Fall würde daher wie folgt aussehen¹⁰:



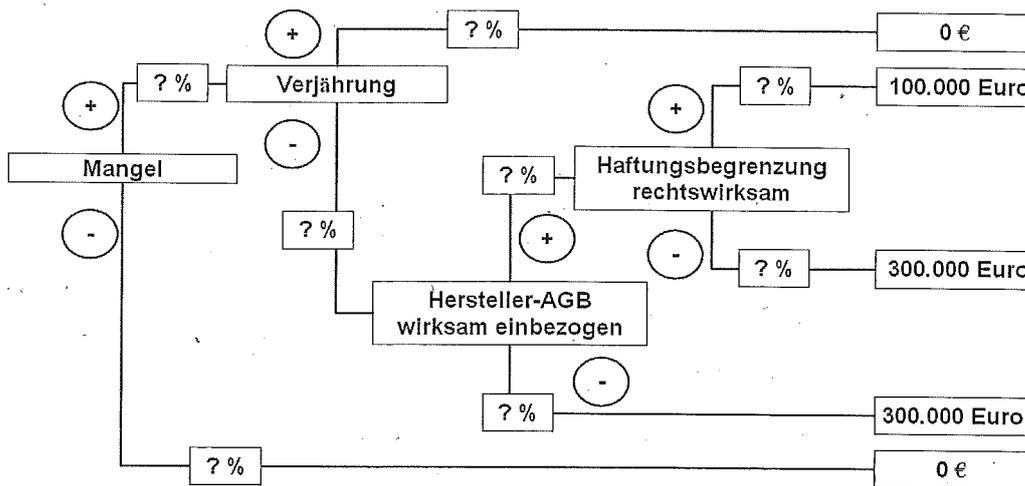
Schauen wir uns zur Veranschaulichung den Ast des Entscheidungsbaums an, der auf der rechten Seite mit einem Wert von € 100.000 endet: Wenn das Vorliegen eines Mangels der Busse bejaht wird (+), stellt sich die Folgefrage der Verjährung. Wird die Verjährung verneint (-), stellt sich die Frage, ob die AGB des Herstellers wirksam in den Vertrag einbezogen wurden. Ist dies der Fall (+), dann stellt sich abschließend die Frage, ob die in den AGB enthaltene Haftungsbegrenzung rechtswirksam ist. Falls dies zutrifft (+), kommt man

zum Ergebnis, dass der Anspruch in Höhe von € 100.000 besteht.

Gleichermaßen ergeben sich die anderen Äste.

2. Die Eintrittswahrscheinlichkeit der jeweiligen Alternativen

In einem zweiten Schritt ist nun jede einzelne Alternative mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit zu versehen.



Bei der Festlegung der Höhe der Eintrittswahrscheinlichkeiten ist zu beachten, dass sich die Alternativen bei jedem Entscheidungsknoten (Weichenstellung) gegenseitig ausschließen. Es kann im Beispielsfall entweder ein Mangel vorliegen oder eben nicht. Weiterhin ist die Summe der Wahrscheinlichkeiten der sich aus einem Entscheidungsknoten ergebenden Alternativen immer 100%¹¹.

Die Bestimmung der Höhe der Eintrittswahrscheinlichkeit einer jeden Alternative erfolgt in der Praxis auf

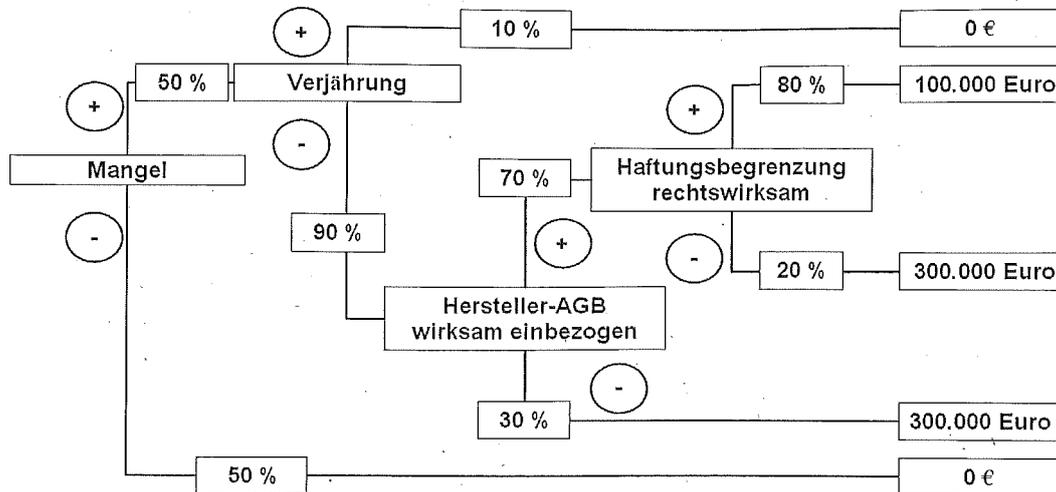
9) § 305 Abs. 2 BGB.
 10) Die Darstellung ist angelehnt an Risse, Wirtschaftsmediation, § 9 Rdnr. 87 und Risse, ZKM 2010, 107 (110).
 11) Vgl. hierzu auch Caliban/Dent/Vector, The Role of Risk Analysis in Dispute and Litigation Management, American Bar Association, 27th Annual Forum on Franchising, S. 7; insbesondere Fn. 7.

der Grundlage einer ausführlichen Prüfung. Im Hinblick auf die Frage der Mangelhaftigkeit spielen Sachverhaltsfragen ebenso eine Rolle, wie technische Fragen und Beweisfragen. Zur besseren Bewertung können auch externe Gutachten beigezogen werden, im Beispielsfall z. B. ein technisches Gutachten zur Frage der Mangelhaftigkeit.

Die Frage, ob ein Mangel vorliegt oder ob nicht doch die Wartung der Busse ursächlich für die Getrie-

beausfälle war, wird mit 50/50 bewertet. Die Frage der Verjährung kann mit 90%-iger Wahrscheinlichkeit verneint werden. Zudem sind die AGB des Herstellers mit einer Wahrscheinlichkeit von 70% wirksam in den Vertrag einbezogen worden und mit einer Wahrscheinlichkeit von 80% rechtswirksam.

Unter Berücksichtigung all dessen ergibt sich folgendes Bild:



3. Berechnung der Werthaltigkeit des Anspruchs (Erwartungswert)

Bei der Bestimmung der Werthaltigkeit der Forderung werden zunächst die einzelnen Äste betrachtet. Dabei wird zuerst die Wahrscheinlichkeit errechnet, mit der dieser Ast eintreten wird. Dies nennt man auch die Streckenwahrscheinlichkeit¹². Sie errechnet sich aus der Multiplikation der zum jeweiligen Ast gehörenden Einzelwahrscheinlichkeiten¹³. Im obigen Beispielsfall setzt sich der oberste Ast aus den Alternativen Mangel (+) mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit von 50% und Verjährung (+) mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit von 10% zusammen. Es ergibt sich bei Multiplikation eine Streckenwahrscheinlichkeit von $50\% \times 10\% = 5\%$. Dies bedeutet, dass in 5% aller Entscheidungen des Falles ein Entscheider (z. B. ein Gericht, Schiedsgericht oder Schiedsgutachter) den Anspruch des Busunternehmers mit der Begründung ablehnen würde, dass zwar ein Mangel vorliegt, der Gewährleistungsanspruch aber verjährt sei.

Gleichermaßen verfährt man mit allen anderen Ästen.

In einem nächsten Schritt wird nun der Streckenerwartungswert errechnet. Dieser setzt sich aus der Streckenwahrscheinlichkeit und dem zuzusprechenden Ergebnis des Astes (Streckenergebnis¹⁴) zusammen. Würde also der Mangel ebenso bejaht wie die Frage der Verjährung des geltend gemachten Gewährleistungsanspruchs, so hätte dies zur Folge, dass im Ergebnis der Anspruch nicht durchgesetzt werden könnte (€ 0). Der Streckenerwartungswert als Multiplikation der Streckenwahrscheinlichkeit von 5% mit dem Streckenergebnis des Astes von € 0 ergibt einen Betrag von € 0. Beim zweiten Ast ergibt die Berechnung des Streckenerwartungswertes € 25.200 ($50\% \times 90\% \times 70\% \times 80\% \times € 100.000 = 25.200$). Ebenso errechnet man die Streckenerwartungswerte der Äste 3, 4 und 5.

Der dritte und letzte Schritt der Errechnung des Gesamterwartungswertes ist nun die Addition der Streckenwerte¹⁵, also aller Äste. Dies ergibt im vorliegenden Beispielsfall:

$$\begin{aligned}
 & (50\% \times 10\%) \times 0 \text{ €} & = & 0 \text{ €} \\
 & + (50\% \times 90\% \times 70\% \times 80\%) \times 100.000 \text{ €} & = & 25.200 \text{ €} \\
 & + (50\% \times 90\% \times 70\% \times 20\%) \times 300.000 \text{ €} & = & 18.900 \text{ €} \\
 & + (50\% \times 90\% \times 30\%) \times 300.000 \text{ €} & = & 40.500 \text{ €}
 \end{aligned}$$

Der Erwartungswert ist ein mathematisch errechneter Wert, der das Ergebnis einer Risikosimulation widerspiegelt. Würde man im vorliegenden Beispielsfall den Anspruch insgesamt 1000 Gerichten, Schiedsgerichten oder Schiedsgutachtern vorlegen, so würden die Entscheide hinsichtlich Ergebnis und Begründung wie folgt aussehen:

- > 50 Entscheidungen würden den Anspruch vollumfänglich ablehnen, obwohl ein Mangel vorliegt, der geltend gemachte Anspruch aber verjährt ist;
- > 252 Entscheidungen würden einen Anspruch in Höhe von € 100.000 zuerkennen mit der Begründung, dass ein Mangel vorliegt, der Anspruch nicht verjährt, die AGB wirksam einbezogen und die Haftungsbeschränkung wirksam ist;
- > 63 mal würde die Entscheidung dem Anspruch vollständig stattgeben mit der Begründung, dass ein Mangel vorliegt, der Anspruch nicht verjährt, die AGB zwar wirksam einbezogen, die Haftungsbeschränkung aber nicht wirksam ist;
- > 135 Entscheidungen würden zwar auch € 300.000 zusprechen, aber mit der Begründung, dass ein

12) Vgl. Morawietz, IDR 2004, 133 (140).

13) Victor/Giddens/Lea/Whitworth, Successful Partnering Between Inside and Outside Counsel (2000), 12-13.

14) Vgl. Morawietz, IDR 2004, 133 (140).

15) Morawietz, IDR 2004, 133 (140); Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte (2010) Rdnr. 359; Eidenmüller, ZZP 2000, 5 (10).

Mangel vorliegt, der Anspruch nicht verjährt aber die AGB nicht wirksam in den Vertrag einbezogen wurden, so dass die Haftungsbegrenzung keine Wirkung entfalten kann;

> 500 mal würde der Anspruch deswegen vollständig abgewiesen, weil schon gar kein Mangel vorliegt

Diese 1000 Entscheidungen hätten zusammen einen Ausurteilungsbetrag von € 84.600.000 ($50 \times € 0 + 252 \times € 100.000 + 63 \times € 300.000 + 135 \times € 300.000 + 500 \times € 0$). Der Durchschnittswert der Entscheidungen errechnet sich aus dem Gesamtausurteilungsbetrag dividiert durch die Anzahl der Entscheidungen. Die Durchschnittsberechnung im vorliegenden Fall ergibt daher $€ 84.600.000 \div 1.000 = € 84.600$.

Da es sich hierbei um einen Durchschnittswert handelt, wird dieser Wert in keiner Einzelentscheidung zugesprochen, da in den einzelnen Verfahren nur die

Beträge € 0, € 100.000 oder € 300.000 „ausgeteilt“ werden könnten¹⁶.

Die Risikoanalyse bildet diesen Durchschnitt nicht durch Errechnung des Gesamtausurteilungsbetrages und der Anzahl der „virtuell“ durchlaufenen Verfahren sondern über den Ansatz von Prozentsätzen, was die Betrachtung unabhängig von der Anzahl der Verfahren macht. Das Prinzip bleibt aber das gleiche, die Streckenerwartungswerte werden aufaddiert. Eine Division durch die Anzahl der Verfahren ist nicht mehr nötig, da dies über die Multiplikation des Streckenergebnisses mit der Streckenwahrscheinlichkeit bereits berücksichtigt wurde. Die eingegebenen %-Sätze berücksichtigen bereits die Verteilung auf die Anzahl der Verfahren (pro Hundert)¹⁷. Die Summe der Streckenwahrscheinlichkeiten muss dabei immer 100% ergeben¹⁸. Die um die Streckenwahrscheinlichkeiten ergänzte Übersicht ergibt folgendes Bild:

| Ast | Einzelwahrscheinlichkeiten | Streckenwahrscheinlichkeit | Streckenergebnis | Streckenerwartungswert |
|-----|----------------------------|----------------------------|------------------|------------------------|
| 1 | 50% x 10% | = 5% | x 0 € | = 0 € |
| 2 | 50% x 90% x 70% x 80% | = 25,2% | x 100 000 € | = 25 200 € |
| 3 | 50% x 90% x 70% x 20% | = 6,3% | x 300 000 € | = 18 900 € |
| 4 | 50% x 90% x 30% | = 13,5% | x 300 000 € | = 40 500 € |
| 5 | 50% | = 50% | x 0 € | = 0 € |
| Σ | | 100% | | = 84 600 € |

4. Vervollständigung der Risikoanalyse durch Berücksichtigung notwendiger Investitionskosten

Bei der monetären Bewertung eines möglichen Vergleichswertes neben dem Gesamterwartungswert des Anspruchs weitere Faktoren zu berücksichtigen, insbesondere

- > die anfallenden Rechtsverfolgungskosten im Falle der Nichteinigung¹⁹,
- > die eigenen Kosten für die weitere Betreuung des Falles²⁰ und
- > die Abzinsung der Forderung über die Zeit eines Folgeprozesses²¹.

Bei den Rechtsverfolgungskosten ist für die Risikokalkulation zunächst zu berücksichtigen, ob im Falle einer streitigen Auseinandersetzung die Gerichts- und Anwaltskosten im Verhältnis des Obsiegens/Unterliegens zu tragen sind²², oder ob unabhängig vom Ausgang des Verfahrens die Gerichtskosten hälftig zu tragen sind und zudem jede Partei ihre Anwaltskosten selbst zu tragen hat²³.

Parteikosten sind in aller Regel nicht erstattungsfähig und daher bei der Risikobetrachtung im Rahmen der Nichteinigungsalternative (NEA) voll vom Erwartungswert in Abzug zu bringen.

Die Risikoanalyse zur Abzinsung hängt wiederum von der Berücksichtigung der Verzinsung des Klageanspruchs auf der Grundlage des anzuwendenden Rechts ab.

Die Einbeziehung dieser Kostenfaktoren in die Risikoanalyse soll anhand des Beispielsfalles verdeutlicht werden:

Angenommen, die Parteien hätten eine Schiedsvereinbarung getroffen, bei der die Kostenverteilung un-

abhängig vom Ausgang des Schiedsgerichtsverfahrens ist und die Schiedsgerichtskosten von den Parteien hälftig zu tragen sind und jede Partei die außergerichtlichen Kosten jeweils selbst trägt. Bei Schiedsgerichtskosten von € 32.500,00²⁴ und Anwaltskosten von € 5.740,00²⁵ bei jeder Partei wären die Investitionskosten in ein zu führendes Schiedsgerichtsverfahrens

¹⁶ Vgl. hierzu auch Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte (2010) Rdnr. 360.

¹⁷ Dieser Aspekt wird häufig nicht berücksichtigt, wenn gefragt wird, wie sich ein Durchschnittswert aus der Addition der Einzelergebnisse ergeben kann (diese Verständnisfrage hinsichtlich der Addition wurde noch in jedem vom Verfasser gehaltenen Vortrag/Seminar zur Prozessrisikoanalyse gestellt).

¹⁸ Berger, Private Dispute Resolution in International Business (2006), Rdnr. 10-32; Bühring-Uhle/Eidenmüller/Nelle, Verhandlungsmanagement (2009), S. 100.

¹⁹ Externe Verfahrenskosten (z.B. Gerichts- oder Schiedsgerichtskosten, Gutachterkosten, Übersetzungskosten) und die Kosten für externe Rechtsanwälte.

²⁰ Die häufig ein Vielfaches der Anwalts- und Gerichtskosten ausmachen, völlig abgesehen davon, dass in Rechtsstreitigkeiten meist die besten Mitarbeiter involviert sind, die ansonsten anderweitig gewinnbringender eingesetzt werden könnten (sog. Opportunitätskosten); so auch Neuenhahn/Neuenhahn, NJW 2007, 1851 (1853); Steinbrecher, Systemdesign (2008), S. 37; Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte (2010) Rdnr. 63; Hobeck/Mahnen/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (227).

²¹ Motto: „schnelles Geld ist gutes Geld“; vgl. zur Abzinsung auch Neuenhahn/Neuenhahn, NJW 2007, 1851 (1855); Bühring-Uhle/Eidenmüller/Nelle, Verhandlungsmanagement (2009), S. 102.

²² § 91 ZPO.

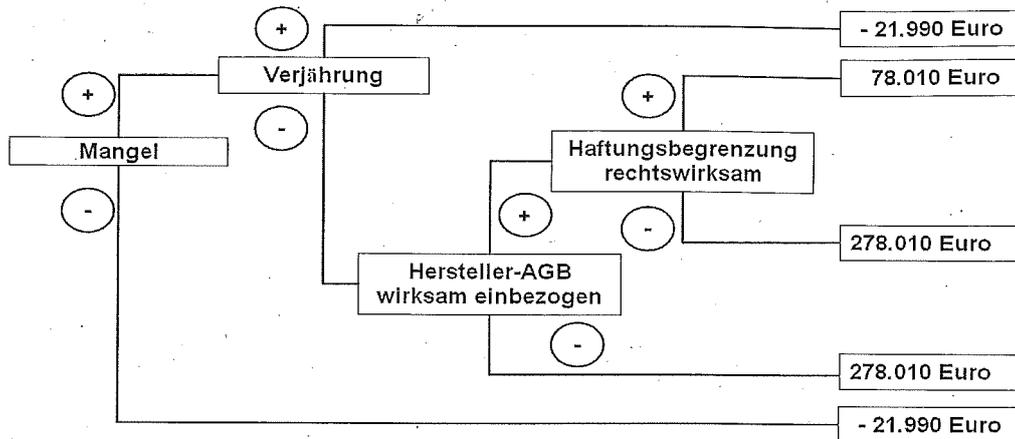
²³ Wie häufig bei internationalen Schiedsgerichtsverfahren.

²⁴ Basierend auf der Kostenordnung der DIS (Anhang § 40 Abs. 5 DIS).

²⁵ Gebühren (ohne Umsatzsteuer) bei Schiedsverfahren gemäß § 36 RVG (1,3 fache Verfahrensgebühr in Höhe von € 2.974,40, 1,2 fache Terminsgebühr in Höhe von € 2.745,60 und Auslagenpauschale in Höhe von € 20,00); häufig werden Rechtsanwälte bei Schiedsverfahren nicht auf der Grundlage des RVG sondern auf der Grundlage von Stundensätzen vergütet, was regelmäßig zu weit höheren Anwaltskosten führt.

für jede Partei € 21.990,00 (halbe Schiedsgerichtskosten zuzüglich eigener Anwaltskosten). Da dieser Betrag nicht erstattungsfähig ist, ergibt sich ein Nettowert der

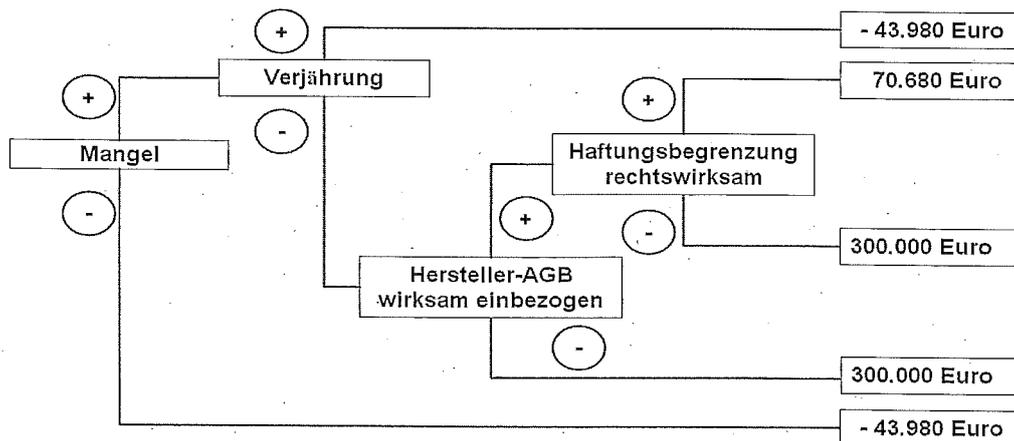
Forderung, der sich aus dem Forderungserwartungswert abzüglich der Investitionskosten errechnet, von nur noch € 62.610,00.



| Ast | Einzelwahrscheinlichkeiten | Streckenwahrscheinlichkeit | Streckenergebnis | Streckenerwartungswert |
|-----|----------------------------|----------------------------|------------------|------------------------|
| 1 | 50% x 10% | = 5% | x - 21 990 € | = - 1099,50 € |
| 2 | 50% x 90% x 70% x 80% | = 25,2% | x 78 010 € | = 19 658, 52 € |
| 3 | 50% x 90% x 70% x 20% | = 6,3% | x 278 010 € | = 17 514,63 € |
| 4 | 50% x 90% x 30% | = 13,5% | x 278 010 € | = 37 531,35 € |
| 5 | 50% | = 50% | x - 21 990 € | = - 10 995,00 € |
| Σ | | 100% | | = 62 610,00 € |

Wären die Gerichts- und Anwaltskosten hingegen entsprechend des Obsiegens erstattungsfähig, so würde dies bedeuten; dass die Klägerin bei einem Ergebnis von € 0 nicht nur die eigenen, sondern zugleich die Kosten der Beklagten und die kompletten Schiedsgerichtskosten zu tragen hätte, was eine Kostenbelastung von insgesamt € 43.980,00²⁶ bedeuten würde.

Bei einem Ergebnis von € 100.000 hätte die Klägerin zu 1/3 obsiegt und wäre zu 2/3 unterlegen. Sie müsste daher 2/3 der Verfahrens- und Anwaltskosten, mithin € 29.320,00 tragen. Würden € 300.000 ausgeteilt, würde die Klägerin auch ihre eigenen Anwaltskosten erstattet bekommen und hätte daher keine Investitionskosten. Dies ergibt folgendes Bild:



| Ast | Einzelwahrscheinlichkeiten | Streckenwahrscheinlichkeit | Streckenergebnis | Streckenerwartungswert |
|-----|----------------------------|----------------------------|------------------|------------------------|
| 1 | 50% x 10% | = 5% | x -43 980 € | = - 2199,00 € |
| 2 | 50% x 90% x 70% x 80% | = 25,2% | x 70 680 € | = 17 811,36 € |
| 3 | 50% x 90% x 70% x 20% | = 6,3% | x 300 000 € | = 18 900,00 € |
| 4 | 50% x 90% x 30% | = 13,5% | x 300 000 € | = 40 500,00 € |
| 5 | 50% | = 50% | x -43 980 € | = - 21 990,00 € |
| Σ | | 100% | | = 53 022,36 € |

26) Mehrwertsteuerabzug auf beiden Seiten unterstellt.

Nicht überraschend ergibt sich bei einer 55%-igen Wahrscheinlichkeit des vollständigen Unterliegens und der nur 19,8%-igen Wahrscheinlichkeit des vollständigen Ob siegens ein, im Vergleich zur fehlenden Kostenerstattungspflicht niedrigerer Nettoerwartungswert von € 53.022,36.

Für die Frage der Beantwortung, ob der Busunternehmer das Vergleichsangebot des Busherstellers in Höhe von € 50.000 annehmen sollte ergibt sich unter Berücksichtigung der Investitionskosten, dass der Nettoerwartungswert der Forderung des Busbetreibers nur unwesentlich höher liegt als das Vergleichsangebot und daher das Angebot unter ökonomischen Gesichtspunkten angenommen werden sollte. Allerdings ist zur Beurteilung der Angemessenheit des Vergleichsangebots auch die Zinsauswirkung zu berücksichtigen. Zu vergleichen ist der Zahlungseingang bei sofortiger Annahme des Angebots des Busherstellers und der Ausurteilung durch das – im vorliegenden Fall – Schiedsgericht. Unterstellt, der Rechtsstreit unterliegt deutschem Recht, so wäre die Forderung nach § 291 BGB auch ohne Verzug ab Rechtshängigkeit zu verzinsen. Der Zinssatz richtet sich nach § 288 BGB und beträgt bei Verfahren zwischen Unternehmen acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz²⁷. Bei einem durchschnittlichen Basiszinssatz von 2%²⁸ ergibt dies für die Berechnung im Fallbeispiel einen anzusetzenden Prozesszins von 10%. Schiedsverfahren, die nicht durch Vergleich beendet werden, dauern in aller Regel nicht unter 2 Jahren, häufig sogar bis zu 5 Jahren²⁹. Setzt man lediglich eine Dauer von 2 Jahren für die Betreuung des Schiedsverfahrens an, so ergibt sich, dass der angebotene Vergleichsbetrag des Busherstellers von € 50.000,00 zum Zeitpunkt einer Entscheidung des Schiedsgerichts zwei Jahre später einen Wert von € 60.000,00³⁰ hat. Dies berücksichtigend ist das Vergleichsangebot von € 50.000,00 also in Bezug auf einen Erwartungswert von € 60.000,00 zu bewerten. Im vorliegenden Fall würde der Wert des Vergleichs zum Zeitpunkt einer möglichen Entscheidung des Schiedsgerichtes bei € 50.000,00 liegen, während der Erwartungswert bei € 53.022,36 liegt, falls Gerichts- und Anwaltskosten erstattungsfähig sind. Bei fehlender Erstattungsfähigkeit für Gerichts- und Anwaltskosten entspricht der zinsbereinigte Vergleichswert (€ 60.000,00) nahezu dem Erwartungswert (62.610,00). Dabei sind die Parteikosten noch gar nicht berücksichtigt.

Neben den rein monetären Faktoren sind für die Bewertung eines Vergleichsangebotes aber auch andere Faktoren einzubeziehen, wie z. B. die Frage der Stabilität der Geschäftsbeziehung³¹, der Vertraulichkeit eines Folgeprozesses³² oder die Bonität des Anspruchsgegners³³.

All diese Faktoren können vom Unternehmensjuristen in Zusammenarbeit mit anderen Fachabteilungen in eine Bewertung der Handlungsalternativen einbezogen und als Entscheidungsvorlage aufgearbeitet werden.

Auch auf Seiten des Herstellers sind andere als rein monetäre Faktoren, wie z. B. die Kundenbeziehung, „erzieherische“ Effekte oder Liquidität³⁴ zu berücksichtigen und in eine Entscheidungsvorlage einzuarbeiten.

V. Weitere Nutzen der Risikoanalyse

1. Die Ergebnisstreuung als Vergleichsindikator

Aus den Streckenwahrscheinlichkeiten ergibt sich, in welcher Häufigkeit welches Ergebnis erwartet werden kann. Um die Streuung der möglichen Entscheidungsergebnisse ermitteln zu können, bedarf es der Betrachtung der möglichen Ergebnisse und der Addition der Streckenwahrscheinlichkeiten der Äste, die dasselbe Streckenergebnis ausweisen. Im Beispielfall kann das Ergebnis von € 0 sowohl bei Ast 1 als auch bei Ast 5 erzielt werden, so dass deren Wahrscheinlichkeiten addiert werden müssen. Gleiches gilt für Ast 3 und Ast 4, die jeweils zu einem Streckenergebnis von € 300.000 führen. Damit ergibt sich folgende Ergebnisstreuung:

| | |
|------------|-------|
| € 0: | 55% |
| € 100.000: | 25,2% |
| € 300.000: | 19,8% |

Dies bedeutet, dass der Busunternehmer in knapp mehr als der Hälfte der Fälle eine Klageabweisung bekommen würde. In etwa einem Viertel der Fälle würden ihm € 100.000 zugesprochen und in nur etwa 20% der Fälle seine Maximalforderung von € 300.000.

Diese Risikostreuung ist für den Unternehmer von erheblicher Bedeutung, insbesondere bei der Bewertung der Frage, ob ein unterbreitetes Vergleichsangebot anzunehmen ist. Je breiter die Ergebnisstreuung und je größer die Eintrittswahrscheinlichkeit für einen totalen Forderungsausfall, desto größer der Druck für den vorsichtigen Kaufmann, unter dem Gesamtertragswert anzunehmen³⁵. Andererseits zeigen eng beieinander liegende mögliche Ergebnisse mit annähernd gleicher Eintrittswahrscheinlichkeit, dass bei Vergleichsverhandlungen eher auf den „langen Atem“ gesetzt werden kann, da selbst beim Scheitern der Vergleichsverhandlungen kein wesentlich schlechteres Ergebnis erzielt werden wird³⁶. Dies soll anhand der folgenden beiden Beispiele verdeutlicht werden:

Im vorgenannten Beispielfall besteht ein erhebliches Risiko des Totalausfalls, der Gesamterwartungswert liegt deutlich über dem Vergleichsangebot des Herstellers (siehe Säulendiagramm 1, S. 72):

Würde der Entscheidungsbaum hingegen ergeben, dass ein Ergebnis von weniger als € 100.000 selbst im

27) § 288 Abs. 2 BGB.

28) Der Basiszins schwankte in den Jahren 2005 bis einschließlich 2010 zwischen 0,12% (in 2010) und 3,32% (im ersten Halbjahr 2008).

29) Hobeck/Mahnken/Koebke, SchiedsVZ 2007, 225 (229) nennen eine Verfahrensdauer für Schiedsverfahren von drei bis vier Jahren keine Seltenheit.

30) Jährlich € 5.000,00 Zinsen unter Berücksichtigung des Verbots des Zinseszins nach § 291 i. V. m. § 289 BGB; vgl. hierzu auch Bühring-Uhle/Eidenmüller/Nelle, Verhandlungsmanagement (2009), S. 102.

31) Verträge die Geschäftsbeziehung z. B. eine sachliche gerichtliche Auseinandersetzung (was erfahrungsgemäß häufiger der Fall ist als angenommen) oder hätte dies negative Auswirkungen auf andere geschäftliche Beziehungen.

32) Kann die Meinungsverschiedenheit gerichtlich nur über die Offenlegung vertraulicher Informationen (z. B. die Kalkulation) gelingen, wird dies die Einigungsbereitschaft auch unterhalb des Gesamterwartungswertes erhöhen.

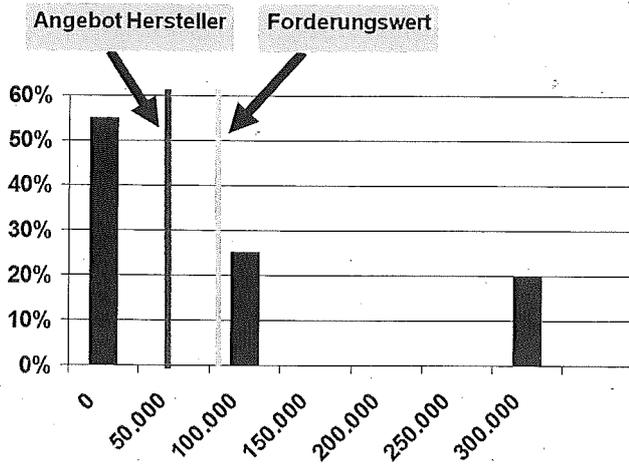
33) Neuenhahn/Neuenhahn, NJW 2007, 1851 (1855).

34) „Cash-Planning“.

35) Vgl. zur Risikoscheu auch Bühring-Uhle/Eidenmüller/Nelle, Verhandlungsmanagement (2009), S. 106.

36) Hierbei werden zur Vereinfachung eventuelle Kosten der streitigen Auseinandersetzung und die Abzinsung der Forderung nicht berücksichtigt.

(Säulendiagramm 1)

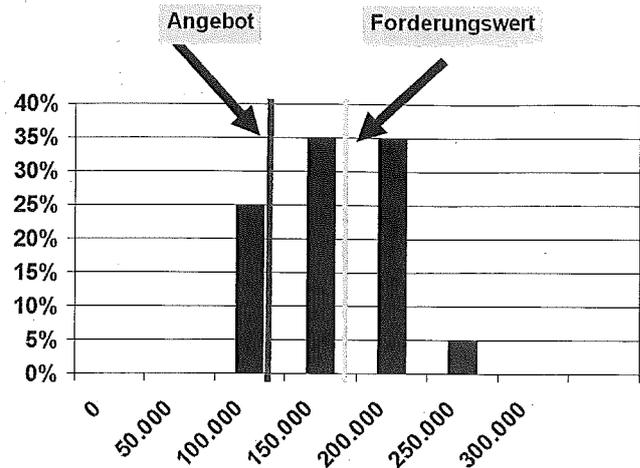


schlechtesten Fall undenkbar ist, jedoch mit jeweils recht großer Wahrscheinlichkeit Werte von € 150.000 oder gar € 200.000 erzielt werden können, das Vergleichsangebot hingegen etwas über € 100.000 und der Erwartungswert bei etwa € 160.000 liegt, so ist es mit wenig Risiko behaftet, das Vergleichsangebot auszuschlagen und einen Betrag von deutlich über dem Erwartungswert zu verlangen (s. Säulendiagramm 2).

2. Die Sensitivitätsanalyse ermöglicht die Konzentration aufs Wesentliche

Nicht jedem Entscheidungsknoten des Entscheidungsbaumes kommt die gleiche Auswirkung auf den

(Säulendiagramm 2)



Gesamterwartungswert zu. Dies wird besonders deutlich, wenn man bei jedem einzelnen Knoten die Eintrittswahrscheinlichkeit von 0% bis zu 100% verschiebt und – bei ansonsten unverändertem Baum und Wahrscheinlichkeiten – die Auswirkung auf den Gesamterwartungswert betrachtet. Dies soll für den Beispielfall anhand der beiden Knoten „Mangelhaftigkeit“ und „Haftungsbegrenzung wirksam“ verdeutlicht werden. Würde man beim Knoten „Mangelhaftigkeit“ den Wahrscheinlichkeitsschieber auf 0% mangelhaft schieben, würde sich folgender Gesamterwartungswert errechnen:

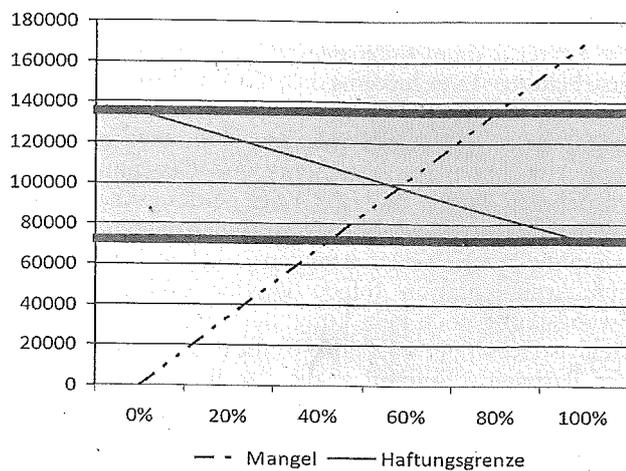
| Ast | Einzelwahrscheinlichkeiten | Streckenwahrscheinlichkeit | Streckenergebnis | Streckenerwartungswert |
|-----|----------------------------|----------------------------|------------------|------------------------|
| 1 | 0% x 10% | = 0% | x 0 € | = 0 € |
| 2 | 0% x 90% x 70% x 80% | = 0% | x 100 000 € | = 0 € |
| 3 | 0% x 90% x 70% x 20% | = 0% | x 300 000 € | = 0 € |
| 4 | 0% x 90% x 30% | = 0% | x 300 000 € | = 0 € |
| 5 | 100% | = 100% | x 0 € | = 0 € |
| Σ | | 100% | | = 0 € |

Würde man den Wahrscheinlichkeitsschieber hingegen auf 100% mangelhaft ziehen, ergibt sich:

| Ast | Einzelwahrscheinlichkeiten | Streckenwahrscheinlichkeit | Streckenergebnis | Streckenerwartungswert |
|-----|----------------------------|----------------------------|------------------|------------------------|
| 1 | 100% x 10% | = 10% | x 0 € | = 0 € |
| 2 | 100% x 90% x 70% x 80% | = 50,4% | x 100 000 € | = 50 400 € |
| 3 | 100% x 90% x 70% x 20% | = 12,6% | x 300 000 € | = 37 800 € |
| 4 | 100% x 90% x 30% | = 27% | x 300 000 € | = 81 000 € |
| 5 | 0% | = 0% | x 0 € | = 0 € |
| Σ | | 100% | | = 169 200 € |

Bei dem Knoten „Haftungsbegrenzung wirksam“ ändert sich der Gesamterwartungswert von minimal 72.000 € bis zu maximal 135.000 €. Dies bedeutet, dass dieser Knoten eine deutlich geringere Auswirkung auf den Gesamterwartungswert hat (63.000 € Unter-

schied zwischen 0% und 100% Eintrittswahrscheinlichkeit) als der Knoten „Mangelhaftigkeit“ (169.000 € Unterschied zwischen 0% und 100% Eintrittswahrscheinlichkeit).



Mit der Sensitivitätsanalyse kann die Relevanz des einzelnen Knotens für das Gesamtergebnis über alle Eintrittswahrscheinlichkeiten ermittelt und graphisch dargestellt werden³⁷.

Neben der Frage der Beeinflussung des Gesamtergebnisses kann aber auch die Auswirkung auf das Ausfallrisiko der Forderung betrachtet werden. Im Beispielfall können nur die beiden Knotenpunkte der Mangelhaftigkeit und der Verjährung zum völligen Scheitern des Anspruchs führen, während die Knoten „wirksame Einbeziehung der Hersteller-AGB“ und „Haftungsbegrenzung wirksam“ lediglich Einfluss auf die Höhe des Anspruchs haben.

All diese Informationen helfen, sich bei der Abarbeitung des Falles auf das wirtschaftlich Wesentliche zu konzentrieren. Im vorliegenden Fall ist die Frage der Mangelhaftigkeit von fundamentaler Bedeutung. Einerseits weil die Veränderung der Eintrittswahrscheinlichkeit die größte Auswirkung auf den Gesamterwartungswert hat, andererseits aber auch, weil eine Erhöhung der Eintrittswahrscheinlichkeit immer zugleich eine Verringerung des Risikos des totalen Forderungsausfalls bewirkt. Unschwer lässt sich daraus ableiten, dass eine Investition in die Verbesserung der Aussagefähigkeit zur Mangelhaftigkeit, z. B. durch Einholung eines technischen Sachverständigengutachtens, lohnen kann.

Zudem hilft diese Analyse, die Schwerpunkte der Verhandlungsführung zu identifizieren. Knotenpunkte mit großer Sensitivität sind durchzusetzen, während Knotenpunkte mit geringer Sensitivität im Vergleichswege eher zugestanden werden können.

VI. Verwendung von Entscheidungsbäumen und Risikoanalyse in Unternehmen

Der Unternehmensjurist kann die Entscheidungsbäume ebenso wie die Risikoanalyse in vielfältiger Form einsetzen. Nachfolgend einige Beispiele aus der Unternehmenspraxis:

1. Die punktgenaue Zuarbeit der Fachabteilung.

Die Strukturierung des Entscheidungsbaums gibt zu nächst die Möglichkeit, die Komplexität eines Falles auf das für die (rechtliche) Auseinandersetzung Wesentliche zu reduzieren und strukturiert aufzuarbeiten. Gerade in Großverfahren kümmert sich ein Team unterschiedlicher funktionaler Herkunft mit der Bearbeitung des Falles.

Hier lässt sich die Zusammenarbeit von internen (juristischen wie nicht-juristischen) Mitarbeitern mit externen Rechtsanwälten und Gutachtern anhand des Entscheidungsbaumes organisieren und steuern. Aufgabenpakete werden anhand der Entscheidungsknoten einzelnen Bearbeitern/Abteilungen zugeordnet und die Sachverhaltsaufklärung kann punktgenau mit der Fachabteilung erfolgen. Zugleich können pro Knotenpunkt die zur Verfügung stehenden Beweismittel (Dokumente, Zeugen, Gutachten, etc.) diskutiert und – je nach Software-Tool – direkt verlinkt werden. Aufgrund der Baumstruktur weiß jeder, welchen Teil des Gesamtpuzzles er bearbeitet und wie wichtig seine Zuarbeit ist. Dies spart dem Unternehmensjuristen langatmige und ausschweifende Unterhaltungen mit den Fachabteilungen und diszipliniert ihn gleichzeitig, jeden Knotenpunkt mit Beweismitteln zu unterfüttern. Der Fortschritt bei der Fallbearbeitung lässt sich in regelmäßigen Statustreffen oder Telefonkonferenzen anhand der Durchsprache des Entscheidungsbaums erfassen. Die Effizienz bei der Bearbeitung von Großverfahren steigt damit deutlich. Gleichzeitig können „Billable Hours“ externer Berater auf das Nötigste reduziert werden, indem die Sachverhaltsrecherche dort stattfindet, wo sie hingehört, nämlich in der Fachabteilung des Unternehmens³⁸.

2. Bilder sagen mehr als Worte: Die Visualisierung des Konfliktes

Kaufleute lieben Zahlen und Übersichten, Juristen lieben Worte³⁹. Auf die Frage der Kaufleute nach den Erfolgsaussichten einer Klage erhalten sie von den Juristen zumeist umfangreiche Rechtsgutachten⁴⁰, die dann häufig ungelesen zur Seite gelegt werden, gefolgt von einem Anruf des Kaufmanns beim Juristen: „Und?“

Dieser Kommunikationskonflikt kann anhand des Entscheidungsbaumes überwunden werden. Der Konflikt wird strukturiert und in leicht verständlicher Form visualisiert. Anhand des Entscheidungsbaumes ist es für den Kaufmann dann ein Leichtes, den Worten des Juristen zu folgen. Der Entscheidungsbaum stellt gewissermaßen die Kommunikationsbrücke zwischen Juristen und Kaufleuten dar.

3. Risikorückstellungen können den Wirtschaftsprüfern gegenüber plausibel erklärt werden

Regelmäßig hat der Unternehmensjurist zusammen mit den Kaufleuten und den Wirtschaftsprüfern zu klären, welche Rückstellungen für Haftungsrisiken und laufende (Schieds-)Gerichtsprozesse in die Jahresbilanz aufgenommen werden müssen und in welcher Höhe⁴¹. Dabei gilt es für den Unternehmensjuristen, dem Wirtschaftsprüfer plausibel darzulegen dass die gebildeten Rückstellungen den Eintrittswahrscheinlichkeiten entsprechen und eine adäquate Risikoabbil-

37) *Morawietz*, IDR 2004, 133 (139).

38) Gelegentlich neigen Unternehmen dazu, die komplette Dokumentation den externen Anwälten zur Sichtung zu übergeben, was naturgemäß eine kostenintensive Aufarbeitung darstellt.

39) Ähnlich: *Morawietz*, IDR 2004, 133 (134).

40) Dies trifft auf Unternehmensjuristen und wohl noch mehr auf externe Rechtsanwälte zu.

41) *Hobeck/Mahnken/Koebke*, SchiedsVZ 2007, 225 (228).

dung darstellen⁴². Die Erläuterung anhand eines Entscheidungsbaumes mit durchgeführter Risikoanalyse belegt nicht nur das plausible Herleiten der Rückstellungssumme sondern unterstreicht zugleich die Seriosität und Professionalität des Unternehmensjuristen.

4. Die gemeinschaftliche Risikoeinschätzung stärkt die Verhandlungsposition

Gegen Risikoanalysen mit Entscheidungsbäumen wird häufig eingewandt, sie würden eine Scheingenauigkeit vorspiegeln und der Erwartungswert sei nur so gut oder schlecht wie die angesetzten Wahrscheinlichkeiten, letztlich also auch nur reine Spekulation⁴³. Um die einzusetzenden Wahrscheinlichkeiten zu präzisieren empfiehlt es sich zunächst, die Einschätzung durch mehrere Personen unabhängig voneinander vornehmen zu lassen. Größere Konfliktverfahren werden regelmäßig von einem Team aus Mitarbeitern zahlreicher Fachabteilungen des Unternehmens⁴⁴ unter Beteiligung externer Berater⁴⁵ bearbeitet. Das Team erarbeitet gemeinsam den Sachverhalt und die Juristen arbeiten die Rechtsfragen aus. Das Team strukturiert dann den Entscheidungsbaum und diskutiert an jedem Entscheidungsknoten die Argumente und Gegenargumente und sichtet die zur Verfügung stehenden Beweismittel. Nachfolgend geben alle Mitglieder des Teams ihre persönliche Eintrittswahrscheinlichkeit für jeden Entscheidungsknoten ab. Um gegenseitige Beeinflussungen zu vermeiden, erfolgt die Abgabe geheim. Nachfolgend werden die angegebenen Wahrscheinlichkeiten offen gelegt. Aus den einzelnen Werten kann nun entweder der Median⁴⁶ oder der Durchschnitt gebildet werden und dann als Eintrittswahrscheinlichkeit eingesetzt werden. Es könnte auch die Spanne eingegeben werden, was dann aber auch nur zu Erwartungswertspannen führen kann. Dieses Abstimmungsverfahren ist mit einer geheimen Jury zu vergleichen, bei der jeder den Fall komplett gesehen hat und nun über die Entscheidung abstimmen muss. Durch das interdisziplinäre Abstimmungsteam werden gleichzeitig verschiedene Sichtweisen auf den Fall und die unterschiedlichen Argumente zum Ausdruck gebracht. Eine in solcher Teamarbeit entstandene Risikoeinschätzung führt zudem zu einem Teamgeist, so dass sich die einzelnen Mitglieder stärker mit dem ermittelten Erwartungswert identifizieren und letztlich dafür mit Überzeugung eintreten können.

5. Wirtschaftsmediatoren und Schiedsrichter bedienen sich der Entscheidungsbäume und Risikoanalysen

Wie oben gezeigt, neigen die Konfliktparteien zu einer überoptimistischen Einschätzung der Erfolgsaussichten ihrer Positionen. Dies lässt naturgemäß keinen Spielraum für eine Einigung. Mediatoren und zuweilen Schiedsrichter nutzen daher den Einsatz von Entscheidungsbäumen und Risikoanalysen, um die Konfliktparteien zu einer realistischeren Einschätzung der Erfolgsaussichten zu bewegen, um Einigungshindernisse zu minimieren oder gar Einigungsbereiche⁴⁷ zu generieren⁴⁸. Bei Mediationen von Wirtschaftskonflikten, insbesondere bei reinen „Verteilungskämpfen“ kann der Mediator den Entscheidungsbaum gemeinsam erarbeiten und erreicht damit, dass die Medianten zumindest Einigkeit über die strittigen, bzw. lösungsrelevanten Punkte erzielen⁴⁹ und ein gemeinsames Bild des

Konfliktes erlangen. In einem weiteren Schritt können die Parteien dann noch gemeinsam für jeden herausgearbeiteten Entscheidungsknoten die Argumente dafür und dagegen erarbeiten. Regelmäßig wird der Mediator dann in Einzelgesprächen (Caucus) jede Partei ihre Abwägung der Argumente und Gegenargumente vornehmen lassen und die Entscheidungsknoten mit Eintrittswahrscheinlichkeiten versehen lassen⁵⁰. Auch wenn die Parteien häufig tendenziell eher ihrer bisherigen Argumentation folgen werden und damit fast zwangsläufig noch kein Einigungsbereich (ZOPA) entsteht, so kann der Mediator – mit dem Einverständnis der Parteien – zumindest die jeweils errechneten Erwartungswerte offenlegen und damit Einigungsfenster aufzeigen⁵¹. Wenn dabei lediglich die jeweiligen Gesamterwartungswerte gezeigt werden, ist die Einschätzung hinsichtlich der einzelnen Entscheidungsknoten nicht offensichtlich und zumeist nicht zu ermitteln. Dies hilft den Medianten, nicht über die Einschätzung einzelner Knoten zu diskutieren sondern sich auf die Differenz der Gesamteinschätzung zu konzentrieren⁵².

Bei Schiedsgerichtsverfahren können Entscheidungsbäume und Risikoanalysen sowohl bei Vergleichsverhandlungen, bzw. Vergleichsvorschlägen eingesetzt werden⁵³, als auch vom Schiedsgericht zur Strukturierung des Falles, Listung der Argumente und Gegenargumente und der gemeinsamen Erarbeitung der Entscheidung⁵⁴.

VII. Vereinfachung durch den Einsatz von Software

Der Gedanke liegt nahe, die hinter der Risikoanalyse liegenden Berechnungen rechnergestützt durchzuführen

42) Vgl. z. B. die Bilanzierungsrichtlinien nach IFRS/IAS bei denen Eintrittswahrscheinlichkeiten Grundlage der Bilanzierung bilden. Beispiel IAS 37.31: keine Bilanzierung bei einer unter 50%-igen Wahrscheinlichkeit des Zuflusses eines wirtschaftlichen Nutzens.

43) Vgl. zur Kritik auch *Morawietz*, IDR 2004, 133 (142), *Berger*, Private Dispute Resolution in International Business (2006), Rdnr. 10-50; *Eidenmüller*, ZZZ 2000, 5 (13); *Risse*, Wirtschaftsmediation, § 9 Rdnr. 99.

44) Z. B. Projektmanagement, Einkauf, Finanzen, Recht und Technik.

45) Z. B. Rechtsanwälte, technische Gutachter.

46) Der Median (Zentralwert) ist der Punkt, bei dem 50% aller Werten darüber und 50% darunter liegen; er ist aussagekräftiger als der Durchschnitt (arithmetisches Mittel), da Ausreißer (Extremwertungen) weniger ins Gewicht fallen. Vgl. auch *Risse*, ZKM 2010, 107 (109) Fn. 2.

47) Sogenannte „ZOPA“ (Zone of possible Agreement); vgl. hierzu *Berger*, Private Dispute Resolution in International Business (2006), Rdnr. 3-16; zum Einigungsbereich auch: *Bühning-Uhle/Eidenmüller/Nelle*, Verhandlungsmanagement (2009), S. 27 und S. 37; *Eidenmüller*, ZZZ 2000, 5 (6 und 19).

48) Für Mediatoren: *Eidenmüller*, ZZZ 2000, 5 (19); *Risse*, Austrian Arbitration Yearbook 2009, 461 und 465; *Risse*, ZKM 2010, 107 (110); *Morawietz*, IDR 2004, 133. Für Schiedsrichter: *Risse*, Austrian Arbitration Yearbook 2009, 461 (466).

49) Alternativ kann er in Einzelsitzungen zusammen mit jeder Partei den Entscheidungsbaum erstellen, um eine Stärken- und Schwächen-Analyse durchzuführen; ebenso kann er den Parteien die Erstellung des Entscheidungsbaumes als „Hausaufgabe“ geben, um so den Konflikt zu strukturieren; vgl. hierzu: *Risse*, Wirtschaftsmediation § 9 Rdnr. 106; *Neuenbahn*, ZKM 2002, 245.

50) *Eidenmüller*, ZZZ 2000, 5 (20).

51) *Risse*, ZKM 2010, 107 (111).

52) *Risse*, ZKM 2010, 107 (112) beschreibt auch die Variante, die Einschätzung der Parteien zu einzelnen Entscheidungsknoten offenzulegen und gemeinsam zu besprechen, mit der Möglichkeit, im Nichteinigungsfall die Eintrittswahrscheinlichkeit von einem neutralen Dritten professionell untersuchen und bewerten zu lassen.

53) Vgl. hierzu ausführlich *Risse*, Austrian Arbitration Yearbook 2009, 461 (466).

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

ren. Hierzu gibt es zahlreiche Software-Programme, von klassischer Entscheidungsbaum-Software⁵⁵ bis hin zu umfassender Konfliktbearbeitungssoftware, die neben der Risikoanalyse auch eine Verknüpfung des Entscheidungsbaumes mit der Dokumentationsdatenbank ermöglicht⁵⁶.

VIII. Schlussbetrachtung

Der Einsatz von Entscheidungsbäumen und Risikoanalysen macht den Unternehmensjuristen gleichzeitig zum Risikomanager und bildet einen wichtigen Baustein auf dem Weg zur Rechtsabteilung 2.0⁵⁷. Neben der Erteilung von Rechtsrat wird er in der Lage sein, dem Management Rechtsstreitigkeiten in der ihm vertrauten Weise als „Business-Case“ aufzuarbeiten, auch unter Berücksichtigung der Handlungsalternativen und deren jeweiliger Bewertung. Zudem ermöglicht die Nutzung von Entscheidungsbäumen und Risikoanalysen dem Unternehmensjuristen, Verhandlungen zu strukturieren, Vergleichsangebote zu bewerten, andere Fachabteilungen in der Aufarbeitung von Sachverhalt und Streitakte gezielt zu führen und Risikoeinschätzungen gegenüber Wirtschaftsprüfern plausibel zu vertreten. Der Unternehmensjurist entwickelt sich so vom hausinternen Rechtsberater zum Business Partner der Geschäftsführung.

55) Z. B. Precision Tree von Palisade (www.palisade.com); TreeAge Litigation Risk Analysis von TreeAge Inc. (www.treeage.com); Decision Tree Analysis von Vanguard (www.vanguardsw.com).

56) Z. B. LOGOS von knowledgeTools (www.knowledgetools.de).

57) Hierzu gehören neben dem Risikomanagement insbesondere auch das Konfliktmanagement.

Von Dr. Anton G. Maurer, LL. M., Stuttgart*

Begründet die völkerrechtswidrige Verweigerung der Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs einen Schadensersatzanspruch des Schiedsklägers? – Die „Durchsetzung“ multilateraler völkerrechtlicher Verträge durch private Parteien

Jeder Staat, der die New Yorker Schiedsgerichtskonvention von 1958 ratifiziert hat, ist verpflichtet, diese Bestimmungen einzuhalten, unabhängig davon, ob und wie er die Bestimmungen der New Yorker Schiedsgerichtskonvention in innerstaatliches Recht umgesetzt hat. Sowohl die völkerrechtswidrige Verweigerung der Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs als auch der Eingriff in ein Schiedsverfahren kann rechtsmissbräuchlich sein und eine Enteignung oder eine enteignungsgleiche Handlung unter dem jeweilig anwendbaren Investitionsschutzabkommen darstellen. Der das Völkerrecht verletzende Staat ist dem betroffenen Schiedskläger grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet. Dies hat ein ICSID-Schiedsurteil bestätigt und die Republik Bangladesh zum Schadensersatz verurteilt.

Every state which has ratified the New York Convention of 1958 is obliged to apply the provisions of the Convention notwithstanding if and how it has transformed the provisions of the New York Convention into national law. The refusal to enforce foreign arbitral awards in violation of the New York Convention as well as the interference with the arbitral proceedings may be an abuse of law or an expropriation or a measure having equivalent effects to expropriation under an applicable bilateral investment treaty. The state which is violating public international law is principally obliged to pay damages to the respective claimant to the arbitration. An ICSID arbitral award confirmed that and held the Republic of Bangladesh liable to pay damages.

I. Vorbemerkung

Die überwiegende Mehrzahl der ausländischen Schiedssprüche wird im In- und Ausland entsprechend den Bestimmungen des Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. 6. 1958¹ (New Yorker Schiedsgerichtskonvention) vollstreckt. Die New Yorker Schiedsgerichtskonvention wurde von 144 Staaten ratifiziert². Es gibt jedoch eine Reihe von Staaten, die die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche relativ oft verweigern; meistens berufen sich die Gerichte dieser Staaten dabei auf eine angebliche Verletzung des jeweiligen Ordre Public nach Art. V (2) (b) der New Yorker Schiedsgerichtskonvention. Muss sich ein Schiedskläger mit der Verweigerung der Vollstreckung des ausländischen Schiedsspruchs abfinden oder kann er bei rechtswidriger Verweigerung der Vollstreckung des ausländischen Schiedsspruchs Schadensersatz vom betreffenden Staat verlangen? Ein ICSID³-Schiedsspruch eröffnet auch deutschen Unternehmen neue Möglichkeiten und Wege zur Durchsetzung ihrer Ansprüche aus einem ausländischen Schiedsspruch.

II. Grundsätzliche Pflicht, ausländische Schiedssprüche zu vollstrecken

Für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche sind von Bedeutung insbesondere die Art. III und Art. V der New Yorker Schiedsgerichtskonvention.

Art. III bestimmt:

„Each contracting state shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the condition laid down in the following articles. ...“⁴

* Dr. Anton G. Maurer, LL. M. ist Partner der Anwaltssozietät CMS Hasche Sigle, Stuttgart. Der Verfasser dankt Dr. Anna Beke-Martos für die Mitwirkung bei Rechercharbeiten.

1) BGBl. 1961 II 122 ff.

2) Cook Islands ratifizierte die New Yorker Schiedsgerichtskonvention als 144. Staat (UNIS/L/126, S. 1; BGBl 2010 II 791).

3) International Center for the Settlement of Investment Disputes.

4) Im deutschen Bundesgesetzblatt wurde Art. III wie folgt übersetzt: „Jeder Vertragsstaat erkennt Schiedssprüche als wirksam an und lässt sie nach den Verfahrensvorschriften des Hoheitsgebietes, in dem der Schiedsspruch geltend gemacht wird, zur Vollstreckung zu, sofern die in den folgenden Artikeln festgelegten Voraussetzungen gegeben sind. ...“