

## Die Unwägbarkeiten eines Prozessrisikos

### Faktoren zur Beurteilung eines schwer abschätzbaren Ausgangs

Von Dieter Gessler\*

Sind Unternehmen in Rechtsstreitigkeiten verwickelt, so kann dies die Erfolgsrechnung erheblich belasten. Die Ungewissheit über den Prozessausgang kann sich lähmend auf die Geschäftstätigkeit auswirken oder gar existenzbedrohend sein. Im Folgenden sollen einige Faktoren für die Beurteilung des oft schwer abschätzbaren Prozessrisikos aufgezeigt werden. (Red.)

Im Bereich der Rechnungslegung besteht die Pflicht, Prozessrisiken möglichst genau zu bestimmen: Wird ein Unternehmen eingeklagt, so hat es Rückstellungen zu bilden, wenn wahrscheinlich ist, dass daraus Verpflichtungen entstehen. Nach IFRS/IAS 37 wird eine Eintrittswahrscheinlichkeit von über 50% verlangt. Ist sie kleiner oder ist eine zuverlässige Schätzung nicht möglich, ist der Streit im Anhang der Jahresrechnung als Eventualverbindlichkeit offenzulegen. Andere Normen, so auch das Obligationenrecht, sind flexibler und kennen diese starre Grenze von 50% nicht.

#### Prozessvorbereitung und -einleitung

Will ein Unternehmen einen Prozess als Kläger einleiten, ist eine sorgfältige Abschätzung der Prozesschancen unumgänglich. Dazu gehört neben den rechtlichen Abklärungen vor allem auch eine genaue, selbstkritische Ermittlung des Sachverhalts und der Beweismittel. Schwieriger ist eine Vorbereitung als Beklagter, da man den Prozessgegenstand kaum beeinflussen kann und oft auch nicht weiss, ob und wann man eingeklagt wird. Mit der Einreichung des Rechtsbegehrens beim Gericht wird das Prozessthema fixiert. Aus dem Begehren ergibt sich der Streitwert. Dieser bildet die Grundlage für die Höhe der Gerichtsgebühren und für die Entschädigung des Anwalts. Jede Partei hat in der Regel Anspruch auf zwei Rechtsschriften, um ihren Standpunkt zu begründen. Liegen Klagebegründung und Klageantwort vor und haben die Parteien die wichtigsten Beweisurkunden eingereicht, so lässt sich der Sachverhalt einigermassen zuverlässig ermitteln und lassen sich die anwendbaren Rechtsnormen bestimmen. Oft bleiben aber die entscheidenden Tatsachen oder Rechtsfragen umstritten.

Meistens führt das Gericht nach Erhalt der Schriften eine Vergleichsverhandlung durch. Erfahrungsgemäss führt eine gerichtliche Vergleichsverhandlung in mehr als der Hälfte der Fälle zu einem Vergleich. Der Richter schätzt aufgrund der Rechtsschriften und der eingereichten Urkunden die Prozesschancen ab und unterbreitet den Parteien einen Vergleichsvorschlag. Damit erhalten diese eine Art mündliches Gutachten über den mutmasslichen Prozessausgang von einer unabhängigen Person, die zudem im Falle des Scheiterns des Vergleichsgespräches massgeblich das spätere Urteil mitbestimmen wird. Allerdings ist die Qualität dieses Gutachtens sehr unterschiedlich. Sie hängt nicht nur stark von den Fähigkeiten des Richters (und der von ihm beigezogenen Mitarbeiter), sondern auch von seiner Arbeitsbelastung ab.

Nur selten übernehmen die Parteien den Vorschlag; er dient aber oft als Basis für den definitiven Vergleich. Das Interesse einer Partei an einer raschen Prozessbeendigung kann diese zu Zugeständnissen bewegen, die objektiv kaum gerechtfertigt erscheinen. Sind die verbleibenden Differenzen verhältnismässig klein, so ist es Aufgabe des Richters, mit der nötigen Überzeugung einen Kompromiss durchzusetzen; dabei entsteht häufig ein beträchtlicher Vergleichsdruck.

#### Die Tücken des Beweisverfahrens

Vollständige Beweisverfahren finden in der Regel erst dann statt, wenn die

Vergleichsverhandlungen gescheitert sind. Sie sind erfahrungsgemäss in weniger als 20% der Fälle nötig. Ihr Ausgang ist schwierig vorauszusagen, da man oft nicht weiss, was der Zeuge sagen oder der Gutachter feststellen wird. Die Aussagen vieler Zeugen sind bezüglich der für den Prozessausgang wichtigen Tatsachen ungenau oder wenig überzeugend. Gutachter müssen häufig auf Schätzungen zurückgreifen oder gewisse Sachverhaltsannahmen treffen. Oft weiss man auch nicht, welche Dokumente von der Gegenpartei oder von Dritten überhaupt erhältlich sind.

Zudem verbleibt dem Richter ein beträchtlicher Beurteilungsspielraum bei der Frage, ob er den Beweis bezüglich einer bestimmten Tatsache als erbracht ansehen will. Dabei zeigt sich im Alltag, dass je nach Lebenserfahrung des Richters die Beweiswürdigung zu unterschiedlichen Resultaten führen kann. Die Regeln über die Beweislastverteilung und über die Zulassung von Beweiserleichterungen (Herabsetzung des Beweismasses) können die Prognose über das Resultat des Beweisverfahrens oft nicht erheblich verbessern. Ihre Anwendung auf den Einzelfall führt häufig nicht zu eindeutigen Lösungen. Ausserdem werden diese Regeln bedeutungslos, wenn der Beweis oder Gegenbeweis bezüglich einer behaupteten Tatsache gelingt.

### Der urteilende Richter

Der Richter hat das Gerichtsverfahren zu leiten, die Beweise zu würdigen, das Gesetz auszulegen und danach das Urteil zu fällen. Dabei steht ihm eine erhebliche Entscheidungsfreiheit zu («richterliches Ermessen», vgl. Art. 4 ZGB). Eine Beurteilung der Prozesschancen muss sich deshalb auch mit der Richterpersönlichkeit befassen. Nicht umsonst ist in den USA der Ausspruch verbreitet: «A good lawyer knows the law, a great lawyer knows the judge.» Oft kennen die Parteien den Richter nicht von Anfang an, oder er wird im Verlauf des Verfahrens ausgewechselt. Grössere Prozesse werden von drei oder mehr Richtern entschieden. Wird der Prozess weitergezogen, so entscheiden wiederum andere Richter. Es kann auch nicht erwartet werden, dass Richter des gleichen Gerichts einheitlich entscheiden, gilt doch der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit. Selbst die Rechtsprechung des gleichen Richters ist nicht immer einheitlich; geänderte Anschauungen und sogar «Tagesform» können zu unterschiedlichen Urteilssprüchen führen.

Dennoch sind nach meinen Erfahrungen Feststellungen zur Urteilsfindung möglich, auch wenn es den «Einheitsrichter» nicht gibt. Richter arbeiten ergebnisorientiert. Sie wollen einen vernünftigen, auch moralisch vertretbaren Entscheid fällen. Diese Maxime beeinflusst besonders die Beweiswürdigung und die Gesetzesauslegung. Die meisten Richter wollen sich aber auch ihre Arbeit erleichtern, also den Aufwand minimieren. So wird etwa nach einem Grund für die Unzuständigkeit des Gerichts gesucht, oder Tatsachen, die zu wenig konkret vorgebracht werden, gelten bald als nicht behauptet («ungenügende Substanziierung»). Sie werden die Parteien von den Vorteilen eines Vergleichs zu überzeugen versuchen oder sind geneigt, ein Verfahren auf wenige Beweismittel zu beschränken oder gar ein Urteil ohne Beweisverfahren zu fällen.

Bei der Frage, wie ein Richter entscheiden wird, darf der Zeitgeist nicht ausser acht gelassen werden, er wird in die Entscheidungsfindung einfließen. Andererseits kennt der Richter auch ein gewisses Beharrungsvermögen. Er lässt sich von vorübergehenden Modeströmungen wenig beeinflussen und dürfte auch einem allfälligen politischen Druck standhalten können.

### Rechtsmittelverfahren

Liegt ein erstes Urteil vor, so lässt sich aus seiner Begründung meistens abschätzen, ob gute Chancen bei einem Weiterzug bestehen. Zu beachten ist allerdings, dass die Überprüfungsbefugnis der oberen Instanz häufig aus rechtlichen oder auch anderen Gründen beschränkt ist, was zu einem «Röhrenblick» führt: Gewisse Bereiche werden überhaupt nicht mehr hinterfragt, andere werden einer gründlicheren Prüfung unterzogen als bei der Vorinstanz. Dies birgt für die Prozessparteien Vorteile, aber auch erhebliche Nachteile.

Auch wenn es oft schwierig ist, den Prozessausgang vorauszusagen, kann eine seriöse Beurteilung der Prozesschancen dem betroffenen Unternehmen aufzeigen, welche Risiken tatsächlich bestehen und welche nicht, was auch bei der Wahl der Prozessstrategie hilft. Für die klagende Partei stellt sich aber immer auch die Frage der Vollstreckbarkeit eines Gerichtsurteils und der Solvenz des Beklagten. Fehlt es an einem von beiden, so erweist sich auch ein die Klage gutheissendes Urteil für den Kläger als wertlos.

\* Der Autor ist Partner in der Anwaltskanzlei Nobel & Hug, Zürich, und war langjähriger Präsident des Bezirksgerichts Bülach und Ersatzrichter am Obergericht des Kantons Zürich.