

AUSWIRKUNGEN VON PROZESS- FINANZIERUNGEN AUF DIE TÄTIGKEIT DES ANWALTES

SEBASTIAN WYLER¹

MLaw, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich

Stichworte: Prozessfinanzierung, Zivilprozessrecht, Prozesskosten, Anwaltsrecht

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage, inwiefern die Finanzierung eines Prozesses durch einen externen Prozessfinanzierer die Tätigkeit des mandatierten Anwaltes beeinträchtigt.² Zu Beginn gibt der Beitrag einen Überblick über das Institut der Prozessfinanzierung und vergleicht dieses mit anderen Finanzierungsformen. In einem zweiten Schritt werden die Stellung des Prozessfinanzierers und dessen Einfluss während des Prozesses beschrieben. Sodann äussert sich der Beitrag zu den möglichen Auswirkungen auf die Tätigkeit des mandatierten Anwaltes.

I. Einleitung

Die gerichtliche Durchsetzung von zivilrechtlichen Forderungen ist in der Schweiz oft mit hohen Prozesskosten verbunden. Regelmässig – insbesondere bei einem hohen Streitwert – bilden die zu erwartenden Anwalts- sowie die von der klagenden Partei vorzuschliessenden Gerichtskosten Hürden, die entweder nicht oder nur mit Mühe überwunden werden können. Der bedachte Kläger ist demnach zu einer sorgfältigen Chancen-Risiko-Abwägung gezwungen und wird sich nur bei guten Prozesschancen für den Gang an das Gericht entscheiden.

Im Leitentscheid BGE 131 I 223 entschied das Bundesgericht, dass die Finanzierung eines Prozesses durch einen Dritten gegen eine Beteiligung an einem allfälligen Prozessgewinn grundsätzlich zulässig ist. Der Prozessfinanzierer verpflichtet sich dabei gegenüber dem Anspruchsinhaber, alle mit dem Verfahren verbundenen notwendigen Kosten zu übernehmen, d.h. die eigenen Anwaltskosten, jene der Gegenseite im Falle des Unterliegens, (Schieds-)Gerichtskosten sowie Kosten für die Erhebung von Beweisen, wie etwa Gutachten. Im Gegenzug verpflichtet sich der Anspruchsinhaber, dem Finanzierer im Falle des Obsiegens vom Bruttoerlös einerseits die aufgewendeten Prozesskosten zurückzuzahlen und andererseits einen bestimmten Teil des verbleibenden Prozessgewinnes (sogenannter Nettoerlös) abzutreten. Meistens entspricht dies etwa 30 Prozent des Prozessgewinnes.³ Aus wirtschaftlicher Perspektive stellt die Finanzierung einer Rechtsstreitigkeit unter Beteiligung am eventuellen Prozessgewinn eine Investition unter Abwägung von Risiko und Rendite dar.⁴

Seit dem Leitentscheid BGE 131 I 223 sind in der Schweiz mehrere Unternehmen ansässig, die eine derartige Prozessfinanzierung anbieten.⁵ Das Thema der Prozessfinanzierung hat in den vergangenen Jahren somit eine nicht unbeachtliche Bedeutung erlangt. Das zeigt auch der aktuelle Entwurf der ZPO-Revision, wonach die Gerichte die Parteien auf die Möglichkeiten der Prozessfinanzierung hinzuweisen haben.⁶

Aus Perspektive des Anwaltes stellt sich bei der Mandatsprüfung unter anderem die Frage, ob er den Rechtssuchenden auf die Möglichkeit einer solchen Prozessfinanzierung hinzuweisen habe. Hierzu existieren in der schweizerischen Literatur einige juristische Beiträge, die diese Frage grösstenteils bejahen.⁷ Der vorliegende Bei-

¹ Der Autor bedankt sich bei Prof. Dr. Stefan Knobloch sowie Robin Moser für die kritische Durchsicht sowie die anregenden Denkanstösse.

² Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Text das generische Maskulinum verwendet.

³ Vgl. Mustervertrag der Profina Prozessfinanzierung GmbH, abrufbar unter http://www.profina.ch/fileadmin/profina_finanzierungsvertrag.pdf (Abruf 20. 12. 2019).

⁴ MARCEL WEGMÜLLER, Prozessfinanzierung in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Ausblick, HAVE 3/2013, S. 240 ff.

⁵ Zu den prominentesten schweizerischen Branchenvertretern gehören die JuraPlus AG, die Nivalion AG sowie die Profina Prozessfinanzierung GmbH.

⁶ Vgl. Art. 97 E-ZPO.

⁷ Vgl. dazu BENJAMIN SCHUMACHER, Prozessfinanzierung: erfolgsorientierte Fremdfinanzierung von Zivilverfahren, Diss. Zürich 2015, N 354 ff.; BENJAMIN SCHUMACHER/HANS NATER, Prozessfinanzierung und anwaltliche Aufklärungspflichten, SJZ 112/2016, S. 43 ff.

trag hingegen versucht aufzuzeigen, inwiefern sich die Mitwirkung eines Prozessfinanzierers auf die Tätigkeit des beratenden Anwaltes auswirkt und welche Besonderheiten aus Sicht des Anwaltes zu beachten sind.

II. Hohe Anforderungen für die Zusicherung einer Prozessfinanzierung

Um überhaupt für Prozessfinanzierer «interessant» zu sein, muss der Rechtsstreit zunächst einen gewissen Mindeststreitwert aufweisen – als Richtwert kann hierfür von CHF 250 000.– bis CHF 300 000.– ausgegangen werden.⁸ Ist dies der Fall, prüft der Prozessfinanzierer auf Antrag hin die Sach- und Rechtslage und wägt die Prozesschancen ab (sogenannte *case due diligence*). Dafür muss der Anspruchsinhaber bzw. dessen Anwalt den gesamten Sachverhalt inklusive Beweismittel dem Prozessfinanzierer zur Verfügung stellen. Nur bei einer guten bis sehr guten Einschätzung der Prozesschancen gibt ein Prozessfinanzierer eine finanzielle Zusicherung ab. Insbesondere sollten keine grösseren Beweisschwierigkeiten oder sonstige prozessualen Hürden – beispielsweise Verjährungsproblematiken oder mögliche Gegenansprüche – vorliegen.⁹

Neben der Sach- und Beweislage untersucht der Prozessfinanzierer ebenfalls die Liquidität der einzuklagenden Gegenseite. Erscheint diese nicht genügend liquide, um den einzuklagenden Betrag im Falle des Unterliegens zu bezahlen, wird der Prozessfinanzierer auch bei bester Sach- und Rechtslage von einer Finanzierung Abstand nehmen. Dies ist nachvollziehbar.

Zudem werden Prozessfinanzierer, zumindest bei zweifelhafter Liquidität oder Vertrauenswürdigkeit des Anspruchsinhabers, wohl auch dessen Hintergrund abzuklären versuchen. Wird über dem Anspruchsinhaber während oder unmittelbar nach dem Prozessgewinn der Konkurs eröffnet, fällt der Anspruch des Prozessfinanzierers in die Konkursmasse, was nicht im Sinne des Prozessfinanzierers ist.¹⁰ In diesem Zusammenhang stellt die Möglichkeit einer Verarrestierung der erstrittenen Gelder durch einen Drittgläubiger ein weiteres Risiko dar. Dem kann beispielsweise mittels Einräumung eines Pfandrechts an der strittigen Forderung zugunsten des Prozessfinanzierers entgegengewirkt werden.

III. Die Prozessfinanzierung im Vergleich mit weiteren Finanzierungshilfen

1. Unentgeltliche Rechtspflege

Die unentgeltliche Rechtspflege ist die zentrale, verfassungsmässig garantierte Finanzierungshilfe in Gerichtsverfahren durch den Staat.¹¹ Für deren Gewährung gibt es zwei Voraussetzungen: Einerseits darf der Gesuchsteller nicht über die für den Rechtsstreit notwendigen finanziellen Mittel verfügen (sogenannte Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit).¹² Andererseits darf sein Begehren in der Sache nicht aussichtslos sein.¹³ Die langjährige Praxis der Gerichte gewährt zudem die unentgeltliche Rechtspre-

chung nahezu ausschliesslich natürlichen Personen – juristische Personen können diese nur ausnahmsweise beanspruchen.¹⁴ Hinsichtlich des Kostenrisikos ist sodann klarzustellen, dass die unentgeltliche Prozessführung bei Unterliegen nur die eigenen Anwaltskosten sowie die Gerichtskosten deckt, nicht aber die Parteientschädigung der Gegenseite.¹⁵ Auch ist eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Rückzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist.¹⁶

Vergleicht man die unentgeltliche Rechtspflege mit der Prozessfinanzierung, so fallen einige grundlegende Unterschiede auf:

- Der wohl zentralste Unterschied liegt darin, dass die unentgeltliche Rechtspflege durch das zuständige Gericht gewährt wird, während Prozessfinanzierer private Unternehmen sind, die nicht in das Verfahren involviert sind. Die unentgeltliche Rechtspflege ist somit eine staatliche Finanzierung, auf die der Gesuchsteller unter gewissen Voraussetzungen einen rechtlichen Anspruch hat.¹⁷ Prozessfinanzierer hingegen entscheiden nach freiem Ermessen, ob und wen sie in einem Prozess finanzieren möchten. Demzufolge können auch vermögende oder juristische Personen finanziert werden.
- Die unentgeltliche Rechtspflege kann sowohl in vermögensrechtlichen als auch nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor staatlichen Gerichten gewährt werden – und zwar in zivil-, verwaltungs- sowie strafrechtlichen Angelegenheiten. Prozessfinanzierer hingegen finanzieren ausschliesslich vermögensrechtliche Strei-

⁸ Vgl. Mindeststreitwert bei der JuraPlus AG: <https://www.jura-plus.ch/unsere-dienstleistungen> (Abruf 20.12.2019).

⁹ Vgl. SCHUMACHER, N 27.

¹⁰ Vgl. SCHUMACHER, N 27.

¹¹ Art. 29 Abs. 3 BV, der in verschiedenen weiteren Erlassen konkretisiert wird, so etwa in Art. 117 ff. ZPO sowie Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO.

¹² Umfangreich zum Begriff sowie zur Berechnung der Mittellosigkeit, vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 117 N 7 ff., in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Verfasser).

¹³ Zum Begriff der Aussichtslosigkeit, vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 117 N 18 ff.

¹⁴ So wird einer juristischen Person regelmässig nur dann die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, wenn deren einziges verwertbares Aktivum Streitgegenstand des Prozesses ist und auch die «wirtschaftlich Beteiligten» mittellos sind, vgl. dazu BGE 131 II 306 E. 5.2 sowie BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 64, m. w. H., in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

¹⁵ Art. 118 Abs. 3 ZPO.

¹⁶ Art. 123 Abs. 1 ZPO.

¹⁷ Der Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erfolgt mittels qualifizierter prozessleitender Verfügung, die mit Beschwerde anfechtbar ist (Art. 121 ZPO), vgl. dazu BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 119 N 7. Der Rechtsmittelentscheid kann sodann im Rahmen des BGG mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden, vgl. dazu BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 121 N 1 ff.

tigkeiten zivilrechtlicher Natur.¹⁸ Im Gegensatz zur unentgeltlichen Rechtspflege können Prozessfinanzierer jedoch auch Streitigkeiten vor nicht staatlichen Gerichten finanzieren, wie beispielsweise in Schieds- oder Mediationsverfahren.

- Während bei der unentgeltlichen Rechtspflege weiterhin diverse Kostenrisiken bestehen – namentlich die Pflicht zur Leistung einer Parteientschädigung an die Gegenseite im Falle des Unterliegens sowie die Rückzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO –, bestehen für den Anspruchsinhaber bei der Prozessfinanzierung keinerlei Prozessrisiken. Unterliegt er im Prozess vollständig, trägt er als Vertragspartner eines Prozessfinanzierers keinerlei Prozesskosten.
- Ein ebenfalls wesentlicher Unterschied kann in den Anforderungen an die Prozesschancen gesehen werden: Die Anforderungen an die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege («nicht aussichtslos») erscheinen wesentlich geringer als jene eines Prozessfinanzierers, der – wie bereits erwähnt – nur bei guter bis sehr guter Ausgangslage eine Finanzierung garantiert. Während die Aussichtslosigkeit nur in eindeutigen Fällen angenommen wird (beispielsweise im Falle eines klarerweise verjährten Anspruches, einer abgeurteilten Sache oder bei mangelnder Aktivlegitimation), ist die *case due diligence* eines Prozessfinanzierers meist detaillierter und kritischer.
- Die von der unentgeltlichen Rechtspflege übernommenen Anwaltskosten orientieren sich stets an der anwendbaren Tarifverordnung für Anwalts honorare. Im Gegensatz zum Staat hat der Prozessfinanzierer jedoch ein wirtschaftliches Interesse am Prozessausgang. Prozessfinanzierer sind deshalb unter gewissen Umständen auch bereit, höhere Stundenansätze zu vereinbaren, wenn dadurch die Prozesschancen (nochmals) verbessert werden können – beispielsweise durch den Beizug eines erfahrenen Spezialisten.¹⁹
- Im Gegensatz zur Prozessfinanzierung kann die unentgeltliche Rechtspflege sowohl der Kläger- als auch der Beklagten gewährt werden. Es sind dem Autor keine Fälle bekannt, in denen ein Prozessfinanzierer eine beklagte Partei, ohne dass gleichzeitig eine Widerklage erhoben wird, finanziert hat. Aus Sicht des Prozessfinanzierers besteht kein wirtschaftliches Interesse, den Prozess einer ausschliesslich beklagten Partei zu finanzieren.

2. Rechtsschutzversicherung

Rechtsschutzversicherungen sind schweizweit ein weit verbreitetes Instrument, um sich gegen mögliche zukünftige Prozesskostenrisiken abzusichern – entweder durch Finanzierung eines externen Anwaltes (Kostengarantie) oder durch eigene Beratung (Dienstleistungsgarantie).²⁰ Rechtsschutzversicherungsunternehmen unterstehen – im Gegensatz zu Prozessfinanzierern – öffentlich-rechtlichen Normen.²¹ So muss ein Rechtsschutzversicherungsunternehmen etwa schriftlich begründen, falls es eine Leistung für eine Massnahme infolge Aussichtslosigkeit ablehnt.

Diesen Entscheid kann der Versicherungsnehmer sodann an ein unabhängiges Schiedsgremium weiterziehen.²²

Da für Prozessfinanzierer *de lege lata* keine spezialrechtlichen Vorgaben existieren, besteht auch keine vergleichbare Transparenz bzw. keine Anfechtungsmöglichkeit bei der Ablehnung eines Gesuchs um Prozessfinanzierung.²³

Ein weiterer Unterschied ist darin zu sehen, dass Rechtsschutzversicherer typischerweise nur dann leistungspflichtig werden, wenn der Rechtsstreit zeitlich nach Vertragsabschluss bzw. nach einer zusätzlich vereinbarten Wartefrist entstanden ist.²⁴ Prozessfinanzierer verfolgen diesbezüglich einen anderen Ansatz: Zwischen Prozessfinanzierer und Anspruchsinhaber besteht vorgängig regelmässig noch kein Vertragsverhältnis. Vielmehr wird dieses erst auf Gesuch hin und durch die Finanzierung eines konkreten Rechtsstreites hergestellt.²⁵ Prozessfinanzierer spekulieren demzufolge nicht wie ein Rechtsschutzversicherer darauf, dass das versicherte Risiko gar nicht eintreten wird, sondern darauf dass der finanzierte Prozess aufgrund der Sach- und Rechtslage gewonnen wird und auf das daraus resultierende Erfolgshonorar.²⁶ In diesem Zusammenhang ist ebenfalls auf Art. 170 AVO hinzuweisen, der Rechtsschutzversicherungsunternehmen die Vereinbarung eines Erfolgshonorars gesamthaft untersagt.

3. Anwaltliches Erfolgshonorar

Das Konzept des anwaltlichen Erfolgshonorars ist eine vor allem im angelsächsischen Raum verbreitete Form der Finanzierung (*contingency fee*). Hierbei hängt das geschuldete Honorar massgeblich vom Prozessausgang ab: Je

¹⁸ Es würde nicht in das Geschäftsmodell eines Prozessfinanzierers passen, eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit zu finanzieren. Zu denken ist beispielsweise an sogenannte «Statusprozesse» wie die Herstellung bzw. Anfechtung des Kindesverhältnisses, Scheidungen oder Feststellungsklagen. Vgl. dazu auch WEGMÜLLER, S. 240 f., wonach Prozessfinanzierungen häufig in den Rechtsgebieten des Erb-, Haftpflicht-, Vertrags- oder Gesellschaftsrecht erfolgten.

¹⁹ Vgl. dazu SCHUMACHER, N 52.

²⁰ Rechtsschutzversicherungen existieren für verschiedene Risiken. Prominent sind Rechtsschutzversicherungen insbesondere in den Bereichen Privatrechtsschutz und Verkehrs- bzw. Motorfahrzeugrechtsschutz. Ferner beinhalten auch diverse Berufshaftpflichtversicherungen wie jene von Anwälten oder sogenannten D&O-Versicherungen für Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder regelmässig die Übernahme allfälliger Prozesskosten im Streitfall.

²¹ Vgl. insbesondere Art. 161 ff. der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. 11. 2005 (Aufsichtsverordnung, AVO; SR 961.011).

²² Art. 169 AVO.

²³ BGE 131 I 223 E 4.7; WEGMÜLLER, S. 238.

²⁴ Hier wird in den meisten Policen auf den Zeitpunkt der Schadensverursachung abgestellt, vgl. z. B. Ziff. 16 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Coop Rechtsschutz AG: https://www.cooprecht.ch/cvfs/5082334/web/2016.cooprecht.ch/media/angebot/privatkunden/AVB_Privatrechtsschutz_Paket_D.pdf (Abruf 20. 12. 2019).

²⁵ WEGMÜLLER, S. 237.

²⁶ BGE 131 I 223 E. 4.7; dazu auch SCHUMACHER, N 41 ff. m. w. H.

nach Ausgestaltung steht und fällt das ganze Honorar mit Obsiegen bzw. Unterliegen (*pactum de quota litis*) oder zumindest ein Teil davon nebst dem fest vereinbarten Stundenhonorar (*pactum de palmario*). Quantitativ kann entweder eine quotale Beteiligung am Prozessgewinn oder ein anderweitig festgesetzter Betrag vereinbart werden.²⁷ In der Schweiz sind derartige Vereinbarungen hingegen nur sehr eingeschränkt zulässig. In diesem Zusammenhang ist auf BGE 143 III 600 hinzuweisen, in dem sich das Bundesgericht wegweisend zur Zulässigkeit von Erfolgshonoraren für Anwälte äussert. Es hat im besagten Entscheid einmal mehr die Unzulässigkeit des reinen Erfolgshonorars festgestellt.²⁸

Die Prozessfinanzierung basiert auf einem sehr ähnlichen, wenn nicht sogar weitergehenden Konzept als dasjenige des *pactum de quota litis*. Weitergehend deshalb, weil der Prozessfinanzierer den Anspruchsinhaber zuzüglich zu den Anwaltskosten auch von weiteren Prozesskosten befreit, namentlich von (vorzuschliessenden) Gerichtskosten.²⁹ Jedoch besteht auch hier ein entscheidender Unterschied darin, dass das *pactum de quota litis* nur im Widerspruch zu Art. 12 lit. e BGFA steht und deshalb nur für beratende Rechtsanwälte unzulässig ist. Da Prozessfinanzierer nicht gleichzeitig als Rechtsanwälte des Anspruchsinhabers agieren, ist diese Einschränkung folglich auch nicht auf das Finanzierungsverhältnis zwischen Prozessfinanzierer und Anspruchsinhaber anwendbar.³⁰ Der Prozessfinanzierungsvertrag ist somit mit Verweis auf die allgemeine Vertragsfreiheit als zulässig zu betrachten.

IV. Stellung des Prozessfinanzierers während des Prozesses

1. Verhältnis zwischen Prozessfinanzierer, Anspruchsinhaber und Anwalt

Grundlage für eine Prozessfinanzierung bildet der Prozessfinanzierungsvertrag zwischen dem Prozessfinanzierer und dem Anspruchsinhaber. Dieser regelt insbesondere die Modalitäten der Prozesskostenübernahme, die Höhe der Erfolgsbeteiligung im Falle des Obsiegens, die Informationspflichten des Anspruchsinhabers sowie die Mitspracherechte des Prozessfinanzierers.³¹

Nicht Vertragspartner ist hingegen der vom Anspruchsinhaber mandatierte Anwalt. Zwischen dem Prozessfinanzierer und dem Anwalt besteht somit keine vertragliche Verbindung.³² Der mandatierte Anwalt führt den Prozess – zumindest nach aussen hin – eigenständig und tritt weisungsungebunden auf.³³ Intern ist jedoch in den meisten Fällen ein regelmässiger Austausch zwischen Prozessfinanzierer und Anspruchsinhaber bzw. Anwalt vorgesehen, da Prozessfinanzierer regelmässig über den Gang des Verfahrens informiert werden und ihnen bei wichtigen prozessualen Entscheidungen (etwa dem Abschluss eines Vergleichs) ein Mitspracherecht eingeräumt wird.³⁴ Hierfür hat der Anspruchsinhaber seinen Anwalt vollumfassend von seinem Anwaltsgeheimnis gegenüber dem Prozessfinanzierer zu entbinden. Der Anwalt muss sich darauf einstellen, dass er während des ganzen Verfahrens in re-

gelmässigem Kontakt mit dem Prozessfinanzierer zu stehen, Rechenschaft abzulegen und das weitere Verfahren mit diesem zu koordinieren hat.

Der Prozessfinanzierer, der Anspruchsinhaber sowie der beratende Anwalt vereinbaren regelmässig einen groben Budgetplan mit den zu erwartenden Kosten sowie einen Stundenansatz des Anwaltes. Das Anwaltshonorar wird daraufhin oft direkt vom Prozessfinanzierer, ggf. nach Genehmigung durch den Anspruchsinhaber, beglichen. Die Zahlungsmodalitäten weisen insgesamt gewisse Ähnlichkeiten zu jenem einer Rechtsschutzversicherung auf.

Nicht mit dem BGFA vereinbar ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch die Konstellation, wenn der Rechtsanwalt einerseits den Anspruchsinhaber vertritt sowie andererseits gleichzeitig mit dem Prozessfinanzierer in einem derartigen Verhältnis steht, dass er ein Interesse an der Finanzierung hat. In diesem Fall befindet sich der Anwalt in einem Interessenkonflikt i.S.v. Art. 12 lit. c BGFA, und es liegt ein Anwendungsfall des *pactum de quota litis* vor.³⁵ Unproblematisch scheint nach PELLEGRINI hingegen, wenn der Anwalt lediglich eine Kapitalbeteiligung im börsenkotierten Prozessfinanzierungsunternehmen hält.³⁶

Generell sieht der Prozessfinanzierungsvertrag auch eine Schweigevereinbarung vor, sodass wohl in den meisten Fällen keine weiteren Personen abgesehen vom Prozessfinanzierer, Anspruchsinhaber sowie dessen Anwalt von der Finanzierung Kenntnis haben – insbesondere auch nicht das Gericht oder die Gegenseite(n).³⁷

²⁷ SCHUMACHER, N 38 ff., m. w. H.

²⁸ Vgl. insbesondere die Urteilsbesprechung von WALTER FELLMANN/MANUELA HÄFLIGER, Siegesprämie für Anwälte – BGER 4A_240/2016 und seine Bedeutung, Anwaltsrevue 11-12/2017, 499 ff.

²⁹ WEGMÜLLER, S. 236; SCHUMACHER, N 40, m. w. H.

³⁰ Dahingehend auch WEGMÜLLER, S. 236; ISAAK MEIER, Prozessfinanzierung, insbesondere prozessuale und konkursrechtliche Fragen, ZZZ 2019, S. 3 ff.; vgl. zur Stellung des Prozessfinanzierers im Prozess unten Ziff. IV.

³¹ Einige Prozessfinanzierer bieten ihre Musterverträge öffentlich zur Einsicht an, so beispielsweise die Profina Prozessfinanzierung GmbH.

³² WEGMÜLLER, S. 243.

³³ Vgl. WEGMÜLLER, S. 242, der dazu die Kurzformel «Der Finanzierer finanziert, der Anwalt prozessiert» aufstellt.

³⁴ Dazu nachfolgend Ziff. 2 f.; vgl. § 5 Mustervertrag Profina Prozessfinanzierung GmbH.

³⁵ BGER 2C_814/2014, 22.1.2015. Verfahrensgegenstand war ein Disziplinarverfahren gegen einen Anwalt, der einerseits einen Anspruchsinhaber vertrat und andererseits Verwaltungsratspräsident eines Prozessfinanzierungsunternehmens war, mit dem der Anspruchsinhaber sodann eine Prozessfinanzierungsvereinbarung einging.

³⁶ BRUNO PELLEGRINI, Zusammenarbeit mit Prozessfinanzierern, Anwaltsrevue 1/2001, S. 43 ff. Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass bis dato kein schweizerisches Prozessfinanzierungsunternehmen börsenkotiert ist. Im Ausland gibt es jedoch börsenkotierte Prozessfinanzierungsunternehmen, so beispielsweise die deutsche Foris AG und die britische Burford Capital.

³⁷ So etwa § 6 Mustervertrag Profina Prozessfinanzierung GmbH.

2. Informations-, Kontroll- und Mitspracherechte

Typischerweise sieht ein Prozessfinanzierungsvertrag verschiedene Informations-, Kontroll- sowie Mitspracherechte des Prozessfinanzierers vor. Namentlich sind dies folgende:

- Mitsprache bei der Wahl bzw. beim Wechsel des Anwaltes: Regelmässig muss der gewünschte Anwalt bzw. ein allfälliger Wechsel des Anwaltes vom Prozessfinanzierer akzeptiert werden.³⁸
- Umfassende Orientierungs- und Informationspflicht: Der Anspruchsinhaber hat den Prozessfinanzierer jederzeit über den Stand des Verfahrens zu informieren bzw. ihm Einsicht in die Verfahrensakten zu gewähren. Dies erfolgt, damit der Prozessfinanzierer jederzeit beurteilen kann, ob die Erfolgchancen noch intakt sind und eine Finanzierung weiterhin gewährt werden soll oder – falls dies nicht mehr der Fall ist – ob der Prozessfinanzierer den Vertrag kündigen soll.³⁹
- Zustimmung des Prozessfinanzierers bei wichtigen Prozesshandlungen: Als wichtige Prozesshandlungen gelten hier insbesondere Handlungen, die das Verfahren abschliessen bzw. erweitern und/oder weitere Kosten auslösen. Zu denken ist an den Abschluss eines Vergleichs, den Klageverzicht, den Klagerückzug, die Anerkennung von gewissen Begehren der Gegenseite, die Klageänderung sowie die Erhebung bzw. den Verzicht auf ein Rechtsmittel.⁴⁰ Es ist klarzustellen, dass die Zustimmung für die Wirksamkeit der entsprechenden Prozesshandlung nicht relevant ist, da der Prozessfinanzierer nicht Verfahrenspartei ist. So kann etwa ein Vergleich auch bei verweigerter Zustimmung wirksam abgeschlossen werden. Allerdings löst dies typischerweise gewisse vertragliche Konsequenzen aus, namentlich ein ausserordentliches, sofortiges Kündigungsrecht des Prozessfinanzierers.⁴¹ Es handelt sich bei der Zustimmung des Prozessfinanzierers nach der hier vertretenen Meinung um eine Obliegenheit und nicht um eine Pflicht. Es wird deshalb empfohlen, im Prozessfinanzierungsvertrag klare Fristen vorzusehen, innert deren der Prozessfinanzierer seine Zustimmung geben muss, wobei ein Schweigen grundsätzlich als Zustimmung zu verstehen ist.
- Einige Prozessfinanzierer lassen sich zudem eine Vollmacht unterzeichnen, mit der sie gegenüber Gerichten Gerichts- und andere Verfahrensurkunden einverlangen können.⁴² In diesem Fall empfiehlt es sich, im Prozessfinanzierungsvertrag bei der Geheimhaltungserklärung diesbezüglich einen Vorbehalt anzubringen.

3. Kündigungsrecht durch den Prozessfinanzierer

Ein zentrales Element des Prozessfinanzierungsvertrags ist regelmässig ein – oft einseitig zugunsten des Prozessfinanzierers ausgestaltetes – Kündigungsrecht. Insbesondere dann, wenn sich die Sach- und/oder Rechtslage nachträglich verschlechtert, kann ein sofortiger Ausstieg für den Prozessfinanzierer von erheblicher Bedeutung sein.⁴³ Die Kündigung erfolgt in diesem Fall meist *ex nunc* – d. h. bereits getätigte Aufwendungen des Prozessfinanzierers müssen nicht zurückbezahlt werden.⁴⁴

Anders gelagert ist der Fall hingegen, wenn der Anspruchsinhaber Vertragsverletzungen begeht. Zu denken ist insbesondere an die Verletzung von Informationspflichten oder an die Täuschung des Prozessfinanzierers anlässlich der *case due diligence* (beispielsweise durch Verschweigen von relevanten belastenden Tatsachen). Auch hier soll der Prozessfinanzierer ein Rücktrittsrecht haben, jedoch mit Wirkung *ex tunc*, womit alle bis dahin übernommenen Kosten dem Prozessfinanzierer zurückzuerstatten sind.⁴⁵

4. Besonderes bei Vergleichen

Auch kann der Prozessfinanzierer ein Interesse an einem Ausstieg haben, wenn der Anspruchsinhaber ein Vergleichsangebot ablehnt, obwohl sich der Prozessfinanzierer für dessen Annahme ausspricht. In der Regel ist der Prozessfinanzierer in solch einem Falle so zu stellen, wie wenn der Vergleich zustande gekommen wäre, und er erhält seine Aufwendungen sowie die vereinbarte Quote vom – hypothetischen – Nettoerlös, der aus dem Abschluss des infrage stehenden Vergleichs resultieren würde.⁴⁶ Dem Anspruchsinhaber steht es frei, den Prozess auf eigenes finanzielles Risiko weiterzuführen.

Diese Konstellation kann beim Anspruchsinhaber Druck zum Abschluss des Vergleichs ausüben, da er den Prozessfinanzierer sonst auszahlen müsste. Je nach Liquidität des Anspruchsinhabers ist dies aber nicht möglich. Führt der Anspruchsinhaber den Prozess sodann eigenständig fort, trägt er zusätzlich das weitere Prozesskostenrisiko.

Im umgekehrten Fall, wenn der Anspruchsinhaber einen Vergleich annimmt, der Prozessfinanzierer diesen hingegen ablehnt, soll diese Regel *vice versa* gelten.⁴⁷

5. Rechtliche Zulässigkeit der Mitwirkungsrechte des Prozessfinanzierers?

Das Bundesgericht erachtet Mitwirkungsrechte des Prozessfinanzierers grundsätzlich als zulässige, ja gar typische Teilgehalte eines Prozessfinanzierungsvertrages.⁴⁸ Das Bundesgericht äussert sich zu den Mitspracherechten, insbesondere zur Zustimmung des Prozessfinanzierers zu einem Vergleichsabschluss, u. a. wie folgt: «*Wer etwa Wert darauf legt, autonom über einen Vergleich entscheiden zu*

³⁸ § 4 Mustervertrag Profina Prozessfinanzierung GmbH; MEIER, S. 8.

³⁹ Vgl. dazu unten Ziff. 3; ferner MEIER, S. 8.

⁴⁰ Vgl. § 3 lit. b–d Mustervertrag Roland Prozessfinanz AG (Köln), abrufbar unter <https://www.roland-prozessfinanz.de/wp-content/uploads/2017/12/MUSTER-ProFi-Vertrag-Manufaktur-Anlage-M.pdf> (Abruf 20.12.2019); SCHUMACHER, N 135 ff., MEIER, S. 8 f.

⁴¹ Vgl. dazu nachfolgend Ziff. 3.

⁴² Vgl. § 3 lit. g Mustervertrag Roland Prozessfinanz AG (Köln).

⁴³ SCHUMACHER, N 144.

⁴⁴ SCHUMACHER, N 144, m. w. H.

⁴⁵ SCHUMACHER, N 145.

⁴⁶ Vgl. § 5 Mustervertrag Profina Prozessfinanzierung GmbH.

⁴⁷ Vgl. § 5 Mustervertrag Profina Prozessfinanzierung GmbH.

⁴⁸ BGE 131 I 223 E. 4.6.2; vgl. auch MEIER, S. 11.

können, wird keine Prozessfinanzierungsvereinbarung eingehen.»⁴⁹

Diesen Ausführungen ist grundsätzlich zuzustimmen. Ein Verstoß gegen die Vertragsfreiheit, namentlich gegen das Verbot der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 ZGB, ist durch den Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags nicht anzunehmen.

V. Auswirkungen einer Prozessfinanzierung auf den mandatierten Anwalt

1. Pflicht des Hinweises gegenüber dem Klienten auf die Möglichkeit der Prozessfinanzierung

In der Rechtsprechung und der Literatur finden sich einige Beiträge zur Frage, ob und inwieweit der Anwalt eine Pflicht hat, einen Klienten *gegebenenfalls* auf die Möglichkeit der Prozessfinanzierung hinzuweisen.⁵⁰ Es ist jedoch nicht abschliessend geklärt, in welchen Konstellationen dieser Hinweis durch den Anwalt erfolgen sollte. So hat auch das Bundesgericht nicht weiter konkretisiert, wann eine Hinweispflicht besteht: «*Es gehört zu den Aufgaben des Anwalts, den Klienten gegebenenfalls auf die Möglichkeiten einer Prozessfinanzierung aufmerksam zu machen und ihn beim Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags zu beraten und zu vertreten.*»⁵¹ Mit Blick auf die bestmögliche Interessensvertretung des Klienten einerseits und die Minimierung der anwaltlichen Haftungsrisiken andererseits ist insbesondere an die folgenden Indikatoren zu denken, die eine Hinweispflicht entstehen lassen können:⁵²

- Der Mandant hat nicht genügend finanzielle Mittel zur Prozessführung, hat aber erwartungsgemäss keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (z. B. juristische Personen) und ist überdies nicht rechtsschutzversichert;
- es handelt sich um eine vermögensrechtliche zivilrechtliche Streitigkeit, deren Streitwert hoch genug ist, um für eine Prozessfinanzierung zu qualifizieren (je nach Prozessfinanzierer regelmässig mindestens CHF 250 000.-);
- der Anwalt stellt – unabhängig von der Frage der Mittellosigkeit – eine besondere Risikoaversion des Klienten gegenüber der Tragung der Prozesskosten fest; oder
- es bestehen sonst realistische Chancen, dass ein Prozessfinanzierer sich des Falls annehmen würde.

2. Erweiterte Haftungsrisiken des Anwaltes gegenüber dem Prozessfinanzierer?

Bisher grösstenteils ungeklärt ist die Frage, ob und inwiefern sich der Anwalt einem erweiterten Haftungsrisiko aussetzt, wenn ein Prozessfinanzierer involviert ist. Zentral ist, ob der Prozessfinanzierer einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Anwalt haben könnte, beispielsweise bei Beratungsfehlern des Anwaltes bzw. bei schlechter Prozessführung (sogenannter «*malpractice*»). Dass dem Anspruchsinhaber ein Schadenersatzanspruch gestützt auf das Auftragsrecht zusteht, ist insofern unbestritten, und es ist hierfür auf die Praxis zu verweisen.⁵³ Wie bereits festgestellt, besteht zwischen dem Prozessfinanzierer und

dem Anwalt jedoch kein Vertragsverhältnis, womit die Bestimmungen des Auftragsrecht keine Anwendung finden.

Auch eine analoge Anwendung von Art. 72 Versicherungsvertragsgesetz, der einem Versicherer ein Regressrecht gegenüber einem schadenverursachenden Dritten gewährt, scheidet mangels Anwendbarkeit des Versicherungsvertragsgesetzes auf Prozessfinanzierer konsequenterweise aus.⁵⁴

Eine allfällige Haftung des Anwaltes gegenüber dem Prozessfinanzierer müsste demzufolge eine ausservertragliche Grundlage haben.⁵⁵ Jedoch wird ein Prozessfinanzierer in den wenigsten Fällen eine Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes begründen können, die nach der schweizerischen Praxis und herrschenden Lehre zur Begründung der Widerrechtlichkeit im ausservertraglichen Haftpflichtrecht in aller Regel notwendig ist.⁵⁶ Vielmehr ist die finanzielle Einbusse des Prozessfinanzierers – das Ausbleiben des Kostenersatzes und der Provision – ein nicht ersatzfähiger reiner Vermögensschaden.

Eine Möglichkeit, wie der Prozessfinanzierer relativ einfach einen Haftungsanspruch begründen könnte, wäre durch vorsorgliche Abtretung allfälliger Regressansprüche des Klienten bzw. Anspruchsinhabers gegenüber dem Anwalt im Zusammenhang mit der Streitigkeit. Die vom Autor konsultierten, öffentlich einsehbaren Musterverträge der schweizerischen Prozessfinanzierer sehen dies in den zur Zeit dieses Beitrages geltenden Versionen nicht direkt vor. In gewissen Verträgen ausländischer Prozessfinanzierer finden sich jedoch Klauseln, wonach der Anspruchsinhaber alle Forderungen und Ansprüche abtritt, die er im Zusammenhang mit der Streitsache gegen den Anspruchsgegner *und Dritte* hat oder haben wird.⁵⁷ Die Bestimmung könnte so ausgelegt werden, dass auch der Anwalt des Anspruchsinhabers als Dritter gilt und somit allfällige Regressansprüche abgetreten werden.⁵⁸

Im Zusammenhang mit Schadenersatzansprüchen gegen Anwälte ist zu bemerken, dass das Bundesgericht grundsätzlich hohe Anforderungen an die Substanziierung der angeblichen Pflichtverletzung des Anwaltes stellt.⁵⁹ In einem Haftungsprozess gegen den Anwalt des Erstprozes-

⁴⁹ BGE 131 I 223 E. 4.6.2.

⁵⁰ Dazu insbesondere SCHUMACHER, N 354 ff., m. w. H. auf die deutsche Lehre; SCHUMACHER/NATER, S. 43 ff.; ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI, Anwaltsrecht, Zürich 2015, Kap. 4 N 60; PELLEGRINI, S. 43 ff. Siehe auch BGer 2C_814/2014, 22.1.2015 E 4.3.1, m. w. H.

⁵¹ BGer 2C_814/2014, 22.1.2015 E 4.3.1.

⁵² Vgl. dazu differenziert SCHUMACHER/NATER, S. 45 f.

⁵³ Art. 398 Abs. 2 i. V. m. Art. 97 Abs. 1 OR; siehe insbesondere BGE 117 II 563.

⁵⁴ Vgl. SCHUMACHER, N 378. Bei einer Rechtsschutzversicherung könnte diese Bestimmung hingegen als Haftungsnorm beigezogen werden.

⁵⁵ SCHUMACHER, N 378.

⁵⁶ So auch SCHUMACHER, N 380.

⁵⁷ Vgl. § 6 Ziff. 1 Mustervertrag LEGIAL AG (München), abrufbar unter https://www.legial.de/sites/default/files/2017-06/LEGIAL_Mustervertrag%20Prozessfinanzierung.pdf (Abruf 20.12.2019).

⁵⁸ Vgl. auch SCHUMACHER, N 384.

⁵⁹ BGer, 4A_659/2018, 15.7.2019.

ses ist demnach substantiiert darzulegen, inwiefern der beklagte Anwalt seine Sorgfaltspflicht verletzt habe, beispielsweise welche konkreten Behauptungen sowie Beweismittel er in den Prozess hätte einbringen können bzw. müssen. Erst dies ermöglicht dem beklagten Anwalt ein substantiiertes Bestreiten. Es ist mit anderen Worten der konkrete Nachweis dafür zu erbringen, dass und weshalb der ursprüngliche Prozess bei sorgfältiger Prozessführung ein günstigeres Ergebnis gebracht hätte.⁶⁰

Auch ist festzuhalten, dass sich mit der Einschaltung eines Prozessfinanzierers das Risiko von anwaltlichen Sorgfaltspflichtverletzungen unter Umständen auch reduzieren kann. Bei Prozessfinanzierern arbeiten oft erfahrene Prozessanwälte, die den mandatierten Anwalt unterstützen und unter Umständen fachlichen Input geben können.

VI. Fazit und Ausblick

Seit BGE 131 I 223 über die Zulässigkeit der Prozessfinanzierung haben diverse Prozessfinanzierer in der Schweiz Fuss gefasst. Es ist erfreulich, dass dieses Geschäftsmodell auch in der Schweiz zulässig ist. Der Autor stellt aber fest, dass Prozessfinanzierer in der Praxis nur äusserst selten in einen Rechtsstreit involviert sind. Daraus lässt sich schliessen, dass der schweizerische Markt für Prozessfinanzierer im Vergleich zum Ausland eher moderat erscheint. So sind die marktführenden ausländischen Prozessfinanzierer zum Teil sogar börsenkotiert.⁶¹

Nicht zuletzt aufgrund der geplanten Revision der ZPO und der damit verbundenen Hinweispflicht der Gerichte auf die Möglichkeit der Prozessfinanzierung ist jedoch zu erwarten, dass die Bedeutung der Prozessführung in Zukunft leicht ansteigen wird.

Für den Anwalt bedeutet die Präsenz eines Prozessfinanzierers insbesondere ein regelmässiges Besprechen des Status quo sowie der weiteren Verfahrensschritte. Gleichwohl ist klarzustellen, dass der Anwalt in keinem vertraglichen Verhältnis zum Prozessfinanzierer steht. Hinsichtlich der Frage einer möglichen Erweiterung der Berufshaftung weist der Autor auf die Möglichkeit hin, dass sich Prozessfinanzierer mögliche Regressansprüche vom Anspruchsinhaber vorsorglich abtreten lassen können. Dies stellt aus Sicht des Prozessfinanzierers die wohl pragmatischste wie auch effizienteste Möglichkeit dar, gegen den (vermeintlich) sorgfaltspflichtwidrigen Anwalt gerichtlich vorzugehen. Eine eigentliche Erweiterung der Haftung stellt dies jedoch nicht dar, sondern vielmehr einen Wechsel der möglichen Regressklägerschaft.

⁶⁰ BGer, 4A_659/2018, 15. 7. 2019, E. 3.4.

⁶¹ Beispielsweise die deutsche Foris AG oder die britische Burford Capital.