

Prozessfinanzierung in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Ausblick

Marcel Wegmüller*

Die kommerzielle Prozessfinanzierung, d.h. die Übernahme der Kosten von Aktivprozessen gegen eine Beteiligung am Prozessergebnis durch spezialisierte Anbieter, ist in der Schweiz seit 2005 zulässig. Seither wurden hierzulande zahlreiche Zivilverfahren finanziert, und es haben sich in der Praxis gewisse Standards etabliert. Mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung und der darin vorgesehenen, den Kläger treffenden Vorschusspflicht für die Gerichtskosten hat die Nachfrage von Klägern nach einer Möglichkeit, sich die Prozesskosten finanzieren zu lassen und gleichzeitig das Prozesskostenrisiko auf einen Dritten zu transferieren, deutlich zugenommen. Der Autor des Beitrags skizziert die rechtlichen Rahmenbedingungen sowie die heutige Praxis der Prozessfinanzierung in der Schweiz und zeigt mögliche Entwicklungen dieses noch relativ neuen Instituts in der Zivilrechtspflege auf.

Le financement des procès à titre commercial, soit la prise en charge par des prestataires spécialisés des coûts des procès actifs contre une participation au résultat du procès, est autorisé en Suisse depuis 2005. Depuis lors de nombreuses procédures civiles ont été financées dans notre pays et la pratique a mis en place des modèles standardisés. L'introduction du Code de procédure civile suisse et l'obligation faite au demandeur de faire l'avance des frais judiciaires ont entraîné une augmentation marquée de la demande de la part des plaideurs portant sur la recherche du financement des frais de procès par des tiers et sur le transfert des risques financiers du procès sur ces derniers. L'auteur esquisse la pratique actuelle en la matière ainsi que les conditions juridiques cadres du financement des procès en Suisse. Il indique les évolutions possibles de cette institution relativement nouvelle de l'administration de la justice civile.

I. Einleitung

Seit sich das Bundesgericht im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde erstmals mit der Prozessfinanzierung beschäftigte und dabei deren grundsätzliche Zulässigkeit feststellte,¹ sind etwas mehr als acht Jahre vergangen.

Im Anschluss an diesen Entscheid errichteten unter anderen einige bis dahin in Deutschland tätige Prozessfinanzierer in der Schweiz Filialen und begannen, direkt aus der Schweiz Verfahren vor schweizerischen Zivilgerichten zu finanzieren. In den Jahren darauf folgte dann erwartungsgemäss eine deutliche Konsolidierung der hiesigen Marktteilnehmer². Heute hat sich die Prozessfinanzierung in der Schweiz etabliert, und es bestehen zwei Schweizer Anbieter³.

Das Bedürfnis nach einer Finanzierungsmöglichkeit für Prozesse hat seither nicht abgenommen, im Gegenteil: Zu der schon seit einigen Jahren thematisierten restriktiven Praxis der Gerichte bei der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung⁴ hat sich mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung auf den 1. Januar 2011 eine die klagende Partei treffende, allgemeine und voraussetzungslose Vorschusspflicht für die Gerichtskosten gesellt⁵. Beides kann dazu führen, dass sich potenzielle Kläger aufgrund der unmittelbar anfallenden Kosten und des Kostenrisikos mit Blick auf ein mögliches Unterliegen davon abschrecken lassen, den vermeintlichen Anspruch durchzusetzen oder überhaupt ein Verfahren einzuleiten. Soweit es sich dabei um berechnete Ansprüche von Rechtssuchenden handelt, ist diese Entwicklung offensichtlich unerwünscht und wird auch entsprechend kritisiert⁶.

* Lic. iur., Rechtsanwalt; Geschäftsführer der JuraPlus AG, Zürich (www.jura-plus.ch).

¹ BGE 131 I 223.

² Die 2008 erwähnten Anbieter haben ihre Aktivität zwischenzeitlich alle eingestellt; vgl. RAINER WEY, Kommerzielle Prozessfinanzierung – ein Überblick über Angebot und Rechtsfragen, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2008, Zürich 2008, 64.

³ Die JuraPlus AG in Zürich und die Profina GmbH in Zug.

⁴ Vgl. dazu KARL SPÜHLER, Bundesgericht hebt Verbot und Strafe von Prozessfinanzierung auf, *Anwaltsrevue* 2005, 6–7, 260.

⁵ Art. 98 ZPO; vgl. DOMINIK GASSER/BRIGITT RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 98 ZPO N 1 ff.

⁶ Vgl. dazu REGULA MÜLLER BRUNNER, «Justiz nur noch für Arme und Reiche», *Plädoyer* 2012, 4, 12.

Damit hat das Institut der Prozessfinanzierung, bei welchem ein nicht in die Prozessführung involvierter⁷ Dritter gegen eine Beteiligung am erstrittenen Prozesslös die für die Klage notwendigen finanziellen Mittel bereitstellt und die Absicherung der Prozesskosten für den Fall einer Klageabweisung übernimmt⁸, in der Schweiz zusätzlich an Relevanz gewonnen. Zudem wurde kürzlich zu Recht darauf hingewiesen, dass der Prozessfinanzierung neben ihrer Funktion im Rahmen der individuellen Rechtsdurchsetzung auch für die Finanzierung von Kollektivverfahren, insbesondere von Verbandsklagen, eine entscheidende Rolle zukommt⁹.

Ziel des vorliegenden Aufsatzes ist es, die Rahmenbedingungen, die gegenwärtige Praxis sowie mögliche Entwicklungen dieses in der Schweiz noch jungen Instituts aufzuzeigen. Nach einem kurzen Überblick zur kommerziellen Prozessfinanzierung in der Schweiz und in der EU (nachfolgend Ziff. II) werden wesentliche rechtliche Fragestellungen behandelt (Ziff. III). Danach folgt eine Darstellung der heute in der Schweiz anzutreffenden Prozessfinanzierungspraxis (Ziff. IV). Schliesslich wird im Rahmen eines Ausblicks eine mögliche Entwicklung der Prozessfinanzierung in der Schweiz gezeichnet (Ziff. V).

II. Prozessfinanzierung im Überblick

A. Begriff und Merkmale der kommerziellen Prozessfinanzierung

Eine Legaldefinition der Prozessfinanzierung findet sich weder in Schweizer noch in deutschen Gesetzen¹⁰. Gemäss Bundesgericht beinhaltet die Prozessfinanzierung im Wesentlichen «die Übernahme der Kosten von Aktivprozessen gegen eine Beteiligung am Prozessergebnis»¹¹. Mit Blick auf die Praxis ergeben sich daraus zwei zentrale Merkmale: einerseits, dass im Rahmen einer Prozessfinanzierung die Kosten des Prozesses unabhängig vom Prozessausgang vollständig übernommen werden, und andererseits, dass eine Entschädigung dafür nur dann geschuldet ist, wenn der Prozess für den Kläger erfolgreich endet, mithin ein positives Prozessergebnis resultiert, an dem der Prozessfinanzierer beteiligt werden kann¹².

Aufgrund des in Art. 12 lit. e BGFA statuierten Verbots der reinen Erfolgshonorierung für Anwälte ergibt sich ferner, dass die Prozessfinanzierung von einem nicht in die Prozessführung involvierten Dritten erbracht werden muss.

Schliesslich ist die hier behandelte kommerzielle Prozessfinanzierung von jenen Dienstleistungen abzugrenzen, bei denen Institutionen, private Financiers oder Gönner in einzelnen Fällen eine Finanzierung der Prozesskosten übernehmen und dafür als Gegenleistung einen Teil des Prozesslöss beanspruchen¹³. Derartige Dienstleistungen können als Gelegenheitsfinanzierungen bezeichnet werden und entziehen sich den nachfolgend beschriebenen Merkmalen.

B. Charakteristik des Prozessfinanzierers

Eigene Recherchen zu den in der Schweiz und in der EU tätigen Prozessfinanzierern ergeben ein Bild einer eher heterogenen Anbietergruppe. Bei vielen – wenn auch nicht allen – massgeblichen Akteuren zeigen sich regelmässig folgende Charakteristika:

- Fokussierung auf die Finanzierung von Zivilverfahren; keine Erbringung von weiteren (juristischen) Dienstleistungen;
- Institutionelle Unabhängigkeit; keine Konzernzugehörigkeit¹⁴ oder Bindung zu bestimmten Interessengruppen;
- Bereitschaft und Fähigkeit, laufend neue Finanzierungsanfragen zu prüfen und Rechtsstreitigkeiten zu finanzieren; keine blosser Ad-hoc-Aktivität;
- Eigene operative Tätigkeit; keine Sitzgesellschaften;
- Verfügbarkeit von finanziellen Mitteln, die es erlauben, auch langfristig laufend eine Vielzahl von Prozessen zu finanzieren¹⁵; keine fallweise Refinanzierung.

C. Verbreitung in der Schweiz und in der EU

Die beiden grossen europäischen Prozessfinanzierungsmärkte finden sich in Deutschland und in England. In beiden Ländern bieten jeweils rund ein Dutzend Gesellschaften entsprechende Dienstleis-

⁷ Vgl. dazu BGE 131 I 223 E. 4 und Ziff. III.C nachfolgend.

⁸ WEY (Fn. 2), 45.

⁹ Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013, 46, (nachfolgend zitiert als KRS-BR), vgl. auch unter Ziff. V.E.

¹⁰ Vgl. MARTIN KOCHHEIM, Die gewerbliche Prozessfinanzierung, Diss., Münster/Hamburg/London 2003, 29.

¹¹ BGE 131 I 223 E. 4.1.

¹² ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, 429; vgl. dazu die Angaben auf den Websites der beiden Schweizer Anbieter (Fn. 3)

¹³ Vgl. KOCHHEIM (Fn. 10), 30.

¹⁴ So hat z.B. die Allianz ProzessFinanz GmbH, eine Tochter des Allianz-Konzerns, im Herbst 2011 ihre Geschäftstätigkeit in der Schweiz, Deutschland, Österreich und England eingestellt bzw. finanziert keine neuen Verfahren mehr; vgl. <www.allianz-profi.ch>.

¹⁵ Mit der deutschen Foris AG und der englischen Burford Capital Ltd. existieren zwei börsennotierte Prozessfinanzierer, die übrigen verfügen – soweit ersichtlich – über einen begrenzten Kreis von privaten und/oder institutionellen Investoren.

tungen an, wobei insbesondere in Deutschland eine starke Marktkonzentration bei den führenden Anbietern festgestellt werden kann¹⁶. Daneben werden Prozessfinanzierungen in Österreich, Frankreich, Dänemark und den Niederlanden angeboten.

Auf dem Schweizer Prozessfinanzierungsmarkt treten heute zwei in der Schweiz domizilierte Gesellschaften auf: die JuraPlus AG, Zürich, sowie die Profina GmbH, Zug¹⁷. Daneben lassen sich vereinzelt deutsche und englische Prozessfinanzierer beobachten, die ebenfalls Verfahren in der Schweiz finanzieren. Damit besteht in der Schweiz grundsätzlich ein funktionierender Markt für Prozessfinanzierung, der jedoch in seiner Entwicklung noch deutlich hinter den etablierten Märkten in der EU zurückliegt¹⁸.

D. Abgrenzung zur Rechtsschutzversicherung

Anlässlich des ersten Auftretens von Prozessfinanzierungen in der Schweiz wurde auf die Ähnlichkeit dieses Instituts mit demjenigen der Rechtsschutzversicherung verwiesen¹⁹. Da heute das Nebeneinander dieser beiden Instrumente zur Minimierung bzw. Abwälzung des Prozesskostenrisikos anerkannt ist²⁰, sollen nachfolgend lediglich summarisch die wichtigsten Unterschiede erwähnt werden:

- Anbieter: Eine Rechtsschutzversicherung ist ein Produkt eines privaten, regulierten Versicherungsunternehmens²¹, eine Prozessfinanzierung die Dienstleistung einer Gesellschaft, deren (ausschliesslicher) Unternehmensgegenstand die Finanzierung fremder Rechtsstreitigkeiten ist und die als solche keine Versicherungseinrichtung ist²².
- Zeitpunkt des Vertragsschlusses: Während bei einer Rechtsschutzversicherung der Versicherungsschutz nur dann besteht, wenn der Rechtsfall bei Vertragsschluss noch nicht eingetreten ist (meist unter Berücksichtigung einer Karenzfrist)²³, wird eine Prozessfinanzierung typischerweise erst mit Blick auf ein anstehendes Verfahren abgeschlossen; der Rechtsfall ist demnach vor dem Vertragsschluss eingetreten.

- Abgedeckte Lebenssachverhalte bzw. Rechtsgebiete: Während bei einer Prozessfinanzierung grundsätzlich jede zivilrechtliche Streitigkeit finanziert werden kann²⁴, sind bei einer Rechtsschutzversicherung bestimmte Risiken nicht versicherbar (so meist Streitigkeiten im Ehe-, Erb-, Immaterialgüter-, Vermögensanlage- oder Gesellschaftsrecht sowie in Teilen des Sachenrechts)²⁵.
- Prozesskosten-Übernahme und Streitwert: Ist bei einer Rechtsschutzversicherung in der Regel die Deckung summenmässig begrenzt²⁶, werden bei einer Prozessfinanzierung die anfallenden Prozesskosten im Rahmen der jeweiligen Vereinbarung in vollem Umfang übernommen. Allerdings setzt die Prozessfinanzierung – im Gegensatz zur Rechtsschutzversicherung – üblicherweise einen hohen Streitwert voraus²⁷.
- Bearbeitung des Rechtsfalls: Während bei einer Rechtsschutzversicherung der Versicherer in aller Regel den Rechtsfall initial bearbeitet und nach Möglichkeit reguliert²⁸, beschränkt sich der Prozessfinanzierer (nach positiv verlaufener Prüfung) auf die Bereitstellung der finanziellen Mittel für die Prozessführung; die rechtliche Beratung des Klägers und die Führung des Prozesses liegen von Beginn weg und ausschliesslich in den Händen des vom Kläger gewählten Anwalts²⁹.

Wie zutreffend festgestellt wurde, bestehen nur partielle Überschneidungen der Angebote von Rechtsschutzversicherern und Prozessfinanzierern³⁰, so dass in der Praxis – zumindest in der Schweiz – keine Konkurrenzierung festzustellen ist.

III. Rechtliche Rahmenbedingungen

A. Die regulatorische Perspektive

Es stellt sich die Frage, ob Prozessfinanzierer in der Schweiz einer staatlichen Aufsicht unterstehen, wobei sich naheliegenderweise ein Blick auf die Finanzmarktgesetzgebung aufdrängt. Gemäss dem Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) unterstehen diejenigen Personen einer Aufsicht, die nach den Finanzmarktgesetzen³¹ eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrie-

¹⁶ Für eine Übersicht vgl. CHRISTOPHER HODGES/JOHN PEYSNER/ANGUS NURSE, *Litigation Funding: Status and issues*, Oxford 2012, 38 ff.

¹⁷ Vgl. <www.jura-plus.ch> bzw. <www.profina.ch>.

¹⁸ Vgl. KRS-BR (Fn. 9), 44.

¹⁹ BGE 131 I 223 E. 3.6.1 sowie SPÜHLER (FN. 4), 261.

²⁰ Vgl. MEIER (Fn. 12), 428.

²¹ Vgl. Art. 161 AVO.

²² BGE 131 I 223 E. 4.7, vgl. dazu auch nachfolgend unter Ziff. III.A.

²³ THIERRY LUTERBACHER, *Aspekte der Rechtsschutzversicherung*, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2011*, Zürich 2011, 292.

²⁴ Näheres dazu nachfolgend unter Ziff. IV.B.

²⁵ Vgl. KOCHHEIM (Fn. 10), 48 und LUTERBACHER (Fn. 23), 294.

²⁶ LUTERBACHER (Fn. 23), 293.

²⁷ Vgl. dazu nachfolgend unter Ziff. IV.C.

²⁸ LUTERBACHER (Fn. 23), 299.

²⁹ Das diesbezügliche Erfordernis ergibt sich aus dem bereits erwähnten BGE 131 I 223, E. 4.5.2.

³⁰ WEY (Fn. 2), 58.

³¹ Vgl. Art. 1 FINMAG: Pfandbriefgesetz, Versicherungsvertragsgesetz, Kollektivanlagengesetz, Bankengesetz, Börsengesetz, Geldwäschereigesetz sowie Versicherungsaufsichtsgesetz.

zung der FINMA benötigen³². Es ist demnach zu prüfen, ob Prozessfinanzierer mit ihrem Angebot unter eines dieser Gesetze fallen.

Nach dem vorstehend unter Ziff. II.D. Ausgeführten stellt sich zunächst die Frage, ob ein Prozessfinanzierer durch das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) erfasst wird. Das Bundesgericht hat dies im bereits zitierten Entscheid mit folgender Begründung verneint: Zwar möge dessen Dienstleistung in einigen Punkten versicherungsähnlich sein, als zentrales Merkmal fehle es jedoch an der versicherungstypischen Prämie, also der Leistung, die ein Versicherungskunde mit Blick auf ein künftiges Risiko vorab leiste und aus welcher die Versicherung das Risiko im Rahmen einer Versichertengemeinschaft finanziert³³. Tritt nämlich im Rahmen einer Prozessfinanzierung das Risiko – ein Unterliegen des Klägers im finanzierten Prozess – ein, schuldet dieser dem lediglich erfolgshonorierten Prozessfinanzierer keine Leistung.

Mit Blick auf die weiteren Merkmale einer Versicherung³⁴ kann ferner festgestellt werden, dass auch keine Kompensation der Risiken nach den Gesetzen der Statistik stattfindet: Prozessfinanzierer unterziehen die ihnen vorgelegten Rechtsfälle geschäftstypisch einer individuellen Risikoprüfung und zwar unabhängig von der Anzahl der bereits finanzierten Prozesse. Dass ein Prozessfinanzierer seine Finanzierungsentscheide auf der Basis von statistischen Daten über Prozessausgänge (sofern diese überhaupt zur Verfügung stehen) fällt und damit einen versicherungsmathematischen Risikoausgleich vornimmt, wurde zwar in der Vergangenheit von einzelnen Autoren dargelegt³⁵, lässt sich aber in der Praxis nicht beobachten³⁶. Abschliessend kann festgehalten werden, dass eine Prozessfinanzierung nicht als Versicherung qualifiziert³⁷ und damit der Prozessfinanzierer nicht vom VAG erfasst wird.

Sodann ist zu prüfen, ob das Anbieten von Prozessfinanzierungen³⁸ unter ein anderes Finanzmarktgesetz³⁹ fällt. Prozessfinanzierer nehmen jedoch zwecks Erbringung ihrer Dienstleistung insbesondere nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen ent-

gegen⁴⁰, betätigen sich nicht als Finanzintermediäre, indem sie berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen,⁴¹ und betreiben weder Verwaltung, Aufbewahrung noch Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen⁴². Daher fällt deren Tätigkeit nicht in den Geltungsbereich eines der anderen in Art. 1 FINMAG erwähnten Gesetze.

Damit kann abschliessend festgestellt werden, dass Unternehmen, welche Prozessfinanzierungen anbieten, für ihre Kerntätigkeit⁴³ in der Schweiz *de lege lata*⁴⁴ keiner staatlichen Aufsicht unterstehen⁴⁵.

B. Der Prozessfinanzierungsvertrag und dessen Qualifikation

Grundlage einer Prozessfinanzierung ist eine individuelle Vereinbarung, die zwischen dem Kläger und dem Prozessfinanzierer geschlossen wird. Diese benennt Gegenstand, Kläger und Beklagten des zu finanzierenden Prozesses, regelt die finanziellen Verpflichtungen der Parteien – Übernahme der Prozesskosten gegen eine Beteiligung am Prozessergebnis – und definiert Rechte und Pflichten der Vertragsparteien bis zum Abschluss des finanzierten Verfahrens⁴⁶.

Vertragsbestandteil – und nicht Vertragspartei – ist im Übrigen auch der vom Kläger ausgewählte prozessführende Anwalt, der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses feststeht und vom Prozessfinanzierer im Rahmen des Vertrags ausdrücklich akzeptiert wird⁴⁷.

Mit Blick auf die Qualifikation des Prozessfinanzierungsvertrags wird heute in der Literatur ganz überwiegend die Meinung vertreten, dass es sich dabei um einen Gesellschaftsvertrag handelt, der sich nach den Bestimmungen der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) richtet⁴⁸. Der Kläger bringt dabei als Beitrag seinen verwertbaren Anspruch (und damit das potenzielle Prozessergebnis) ein und beteiligt den Prozessfinanzierer im Erfolgsfall daran, jener übernimmt im Gegenzug die Kosten

³² Art. 3 FINMAG.

³³ BGE 131 I 223 E. 4.7.

³⁴ BGE 107 Ib 54 E. 1.

³⁵ So z.B. KOCHHEIM (Fn. 10), 80 ff.; die dort zitierten Annahmen, welche auf eine Planmässigkeit schliessen lassen, wurden jedoch mit Hinweis auf die Notwendigkeit einer verstärkten Einzelfallprüfung relativiert, vgl. KOCHHEIM (Fn. 10), 52.

³⁶ So auch JÜRGEN JASKOLLA, Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, Karlsruhe 2004, 42 f.

³⁷ Im Resultat auch WEY (Fn. 2), 70.

³⁸ Entsprechend der Definition in Ziff. II.A. vorstehend.

³⁹ Vgl. Fn. 31.

⁴⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 2 BankG.

⁴¹ Vgl. Art. 2 Abs. 3 GwG.

⁴² Vgl. Art. 2 Abs. 1 KAG.

⁴³ Anders kann es sich freilich verhalten, wenn ein Prozessfinanzierer neben seiner Kerntätigkeit weitere Dienstleistungen (z.B. als Finanzintermediär) anbietet oder aber im Rahmen seiner Refinanzierung am Kapitalmarkt auftritt.

⁴⁴ De lege ferenda vgl. Ziff. V.D. nachfolgend.

⁴⁵ Ebenso in Deutschland, vgl. KOCHHEIM (Fn. 10), 302 f. und in England, vgl. HODGES/PEYSNER/NURSE (Fn. 16), 141 ff.

⁴⁶ Vgl. dazu die umfassende und detaillierte Darstellung in WEY (Fn. 2), 52, welche sich mit der Praxis deckt.

⁴⁷ Vgl. dazu nachfolgend Ziff. III.C und IV.E.

⁴⁸ WEY (Fn. 2), 72 mit Verweisen auf die entsprechenden Meinungen zum deutschen Recht.

der gerichtlichen Durchsetzung dieses Anspruchs. Aus Praxissicht erscheint diese Qualifikation als sachgerecht und verursacht – soweit feststellbar – keine Schwierigkeiten in der Vertragsabwicklung zwischen den Vertragsparteien.

C. Anwaltsrecht und Prozessfinanzierung

Das anwaltliche Berufsrecht wird durch die Grundwerte Unabhängigkeit, konfliktfreies Handeln und Berufsgeheimnis⁴⁹ geprägt, die in den Art. 12 f. BGFA konkretisiert werden. Obschon wie erwähnt kein vertragliches Verhältnis zwischen dem prozessführenden Anwalt und dem Prozessfinanzierer besteht, stellt sich die Frage, inwieweit eine Prozessfinanzierung, die der anwaltlich vertretene Kläger in Anspruch nimmt, das Berufsrecht tangiert.

Mit Blick auf die anwaltliche *Unabhängigkeit* (Art. 12 lit. b BGFA) hat das Bundesgericht im bereits mehrfach zitierten Entscheid festgehalten, dass die Art und Weise, wie der Kläger die Finanzierung seines Prozesses sicherstellt, nur sein Verhältnis zum Prozessfinanzierer, nicht aber dasjenige zu seinem Anwalt berührt⁵⁰. Da es einem Privaten freisteht, über seine Ansprüche zu disponieren, kann er sich ihm Rahmen einer Prozessfinanzierung auch verpflichten, nur nach Rücksprache mit dem Prozessfinanzierer über den Streitgegenstand zu verfügen und diesen über den Verlauf des Prozesses zu informieren, wobei die anwaltliche Unabhängigkeit gewahrt bleibt⁵¹. Aus der Sicht des prozessierenden Anwalts erfolgt die Mitsprache des Prozessfinanzierers mithin lediglich mittelbar, indem Letzterem ein Instruktionsrecht gegenüber dem Kläger eingeräumt wird, was mit dem Gebot der Unabhängigkeit vereinbar ist⁵².

Bezüglich des *Interessenkonfliktsverbots* (Art. 12 lit. c BGFA) wurde anlässlich der Einführung der Prozessfinanzierung vorgebracht, es bestehe das Risiko der Vereinnahmung der Rechtsanwälte durch den Prozessfinanzierer, der einzig an einem finanziell möglichst guten Ergebnis interessiert sei und dessen Interessen der prozessführende Anwalt berücksichtigen müsse⁵³. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass sich der selbständige Anwalt ohnehin immer möglichen Interessenkonflikten ausgesetzt sehe, dass die Interessen seines Klienten und des Prozessfinanzierers grundsätzlich gleichläufig

seien und dass keine prinzipielle Interessenkollision bestehe⁵⁴.

Schliesslich hält das Bundesgericht zum anwaltlichen *Berufsgeheimnis* (Art. 13 BGFA) fest, dass es dem Klienten als Geheimnisherr freistehe, seine Geheimnisse an Dritte, die nicht dem Anwaltsgeheimnis unterliegen, weiterzugeben – er könne insbesondere auch einwilligen, dass der Anwalt diese Informationen Dritten mitteilt⁵⁵. Unter der Voraussetzung, dass eine solche Einwilligung erfolgt – was regelmässig im Prozessfinanzierungsvertrag vereinbart und dem prozessführenden Anwalt durch den Klienten schriftlich bestätigt wird –, liegt kein Verstoß gegen das Berufsgeheimnis vor, wenn der Anwalt den Prozessfinanzierer über den Verlauf des Prozesses informiert⁵⁶.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das Vorliegen einer Prozessfinanzierung selbstverständlich auch nicht das den prozessführenden Anwalt treffende Verbot der Erfolgshonorarvereinbarung in der Form der ausschliesslichen Beteiligung am Prozessgewinn («pactum de quota litis»)⁵⁷ tangiert: Die zwischen seinem Klienten und dem Prozessfinanzierer geschlossene Vereinbarung hat grundsätzlich nicht zur Folge, dass er damit am Prozessgewinn partizipiert – seine Forderung ist nach wie vor auf die Honorarforderung beschränkt⁵⁸.

IV. Praxis der Prozessfinanzierung in der Schweiz

A. Bedürfnis und Nachfrage

Wer einen Prozess anheben will, muss sich die dazu erforderliche Finanzierung beschaffen, sofern er weder über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt, noch Deckung durch eine Rechtsschutzversicherung in Anspruch nehmen kann, noch unentgeltliche Prozessführung genießt⁵⁹.

Wer mit anderen Worten die benötigten Gelder nicht selbst bereitstellen kann, dem bleiben – neben einer Prozessfinanzierung – nur die beiden erwähnten Alternativen Rechtsschutzversicherung oder unentgeltliche Rechtspflege. Diese decken jedoch Bedürfnisse nach grundsätzlichem Zugang zum Recht und nach der Möglichkeit, Prozesskostenrisiken abzuwälzen, nicht umfassend ab⁶⁰.

⁴⁹ HANS NATER, Dynamische Entwicklung des Anwaltsrechts, SJZ (2013) 245 mit Verweisen.

⁵⁰ BGE 131 I 223 E. 4.5.2.

⁵¹ BGE 131 I 223 E. 4.5.5 mit Hinweisen auf die Zulässigkeit im Rahmen von Haftpflicht- oder Rechtsschutzversicherungen.

⁵² WEY (Fn. 2), 74.

⁵³ So das Argument des Zürcher Kantonsrats in BGE 131 I 223 E. 4.6.1

⁵⁴ BGE 131 I 223 E. 4.6.2 f.

⁵⁵ BGE 131 I 223 E. 4.5.6 mit Verweisen.

⁵⁶ WEY (Fn. 2), 78.

⁵⁷ Art. 12 lit. e BGFA; vgl. dazu NATER (Fn. 49), 247.

⁵⁸ BGE 131 I 223 E. 4.5.2.

⁵⁹ BGE 131 I 223 E. 4.5.2.

⁶⁰ WEY (Fn. 2), 59; vgl. auch MEIER (Fn. 12), 417.

Damit kann die Nachfrage nach Prozessfinanzierung in der Schweiz in die folgenden drei Fallgruppen unterteilt werden:

- Die bestehende Rechtsschutzversicherung bietet keine Deckung: zeitliche, summenmässige oder rechtsgebietsspezifische Begrenzungen oder Deckungsausschlüsse⁶¹.
- Es fehlen die finanziellen Mittel, jedoch besteht kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege: juristische Personen, nicht mittellose natürliche Personen⁶².
- Es bestehen grundsätzlich ausreichende finanzielle Mittel, aber es fehlt die Bereitschaft, diese langfristig zu binden und das Prozesskostenrisiko selbst zu tragen.

Interessant ist dabei, dass in der durch den Autor beobachteten Praxis die letztgenannte Gruppe den weitaus grössten Teil aller zur Prüfung vorgelegten Rechtsstreitigkeiten ausmacht. Die Prozesskostenfrage wird dabei durch die in Art. 98 ZPO statuierte faktische Vorschusspflicht⁶³ akzentuiert: Die klagende Partei erhält nach Einreichung der Klage regelmässig eine prozessleitende Verfügung, in welcher sie vom Gericht aufgefordert wird, innert der gesetzten Frist einen Kostenvorschuss⁶⁴ zu leisten, verbunden mit der Androhung, dass bei nicht fristgerechter Bezahlung auf die Klage nicht eingetreten werde⁶⁵. Damit fallen für die rechtssuchende Partei bedeutende Kosten eines Zivilprozesses gleich zu Beginn des Verfahrens an, und die entsprechenden Mittel bleiben bis zum Abschluss des Verfahrens gebunden.

Vor diesem Hintergrund entscheiden sich regelmässig auch solvente Kläger dazu, einem Prozessfinanzierer einen Teil ihres potenziellen Prozessergebnisses zu versprechen, damit sie im Gegenzug kein Geld zur Prozessführung bereitstellen müssen und sie überdies das finanzielle Risiko eines Prozessverlusts auf den Prozessfinanzierer abwälzen können⁶⁶. Dieses Verhalten ist heute insbesondere – aber nicht

nur – bei juristischen Personen zu beobachten, die sich im Rahmen einer Prozessfinanzierung finanzielle Spielräume durch Entlastung ihrer Bilanz schaffen⁶⁷.

Die Nachfrage von natürlichen und juristischen Personen hält sich heute im Übrigen soweit ersichtlich etwa die Waage – während ursprünglich vor allem natürliche Personen eine Möglichkeit zur Finanzierung ihres Prozesses suchten, sind es seit einigen Jahren vermehrt auch juristische Personen, die sich einer Prozessfinanzierung bedienen.

Schliesslich kann – zumindest für die Schweiz – festgestellt werden, dass der überwiegende Teil der Anfragen für eine Prozessfinanzierung nicht durch die potenziellen Kläger selbst, sondern durch und auf Initiative ihrer Anwälte erfolgt⁶⁸. Obschon keine Pflicht des Anwalts besteht, seine Klienten auf die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung hinzuweisen⁶⁹, lässt sich in der Praxis doch beobachten, dass Anwälte ihren Klienten im Vorfeld eines zu führenden Prozesses vermehrt dabei behilflich sind, Lösungen für die Bewältigung der prognostizierten Prozesskosten zu finden.

B. Anwendungsmöglichkeiten

Voraussetzung für eine Prozessfinanzierung ist ein geldwerter Anspruch⁷⁰, der einen Mindeststreitwert und gute Erfolgsaussichten aufweist und gegen eine solvente Gegenpartei gerichtet ist⁷¹. Diese auf den ersten Blick einfachen Bedingungen bilden gleichzeitig die Ausschlusskriterien, die dafür verantwortlich sind, dass lediglich ein kleiner Teil aller Anfragen⁷² zu einer Finanzierung führt.

Prozessfinanzierungen werden grundsätzlich für alle Gebiete des Zivilrechts angeboten. Wohl auch aufgrund der erwähnten Mindeststreitwerte sind in der Schweiz bisher hauptsächlich Streitigkeiten aus den folgenden Rechtsgebieten Gegenstand von Prozessfinanzierungen⁷³:

⁶¹ Vgl. Ziff. II.D. vorstehend.

⁶² Vgl. BSK-RÜEGG Art. 117 ZPO N 2 und 7 ff.; zudem befreit auch die Gewährung von unentgeltlicher Prozessführung grundsätzlich nicht von der Pflicht, im Falle des Unterliegens durch das Gericht auferlegte Parteientschädigung zu bezahlen; vgl. dazu auch nachfolgend Ziff. V.B.

⁶³ Obschon es sich bei Art. 98 ZPO um eine Kann-Vorschrift handelt und den Gerichten ein Ermessen zukommt, werden die Kostenvorschüsse in vielen Fällen erhoben, vgl. KRS-BR (Fn. 9), 43.

⁶⁴ Dieser kann gemäss Art. 98 ZPO vom Gericht bis zur vollen Höhe der mutmasslichen Prozesskosten angesetzt werden.

⁶⁵ Art. 101 Abs. 3 ZPO.

⁶⁶ Vgl. dazu auch die ökonomische Entscheidungsfindung des potenziellen Klägers in MORITZ DIMDE, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung im Zivilprozess, Berlin 2003, 199 ff.

⁶⁷ Vgl. dazu HANS-PETER SCHWINTOWSKI, Finanzierung von Prozesskosten, ZRFG 2007, 15 ff., der die Prozessfinanzierung als strategisches Instrument von Unternehmen im Rahmen von Risikomanagement und Bilanzierung bezeichnet.

⁶⁸ So schon WEY (Fn. 2), 47.

⁶⁹ Vgl. dazu KOCHHEIM (Fn. 10), 215 ff. mit Hinweis auf abweichende Meinungen; interessant ist in diesem Zusammenhang die bundesrätliche Anregung, zwecks verbesserter Aufklärung und Information über die Möglichkeit der Prozessfinanzierung den *Gerichten* eine entsprechende Pflicht aufzuerlegen, vgl. KRS-BR (Fn. 9), 46.

⁷⁰ JASKOLLA (Fn. 36), 6.

⁷¹ Vgl. dazu nachfolgend Ziff. IV. C.

⁷² Je nach Betrachtungsweise typischerweise zwischen 5 und 15%, vgl. auch KOCHHEIM (Fn. 10), 293

⁷³ Öffentlich zugängliche Statistiken fehlen dazu gänzlich, bei den Angaben handelt es sich um Erfahrungswerte des Autors.

- Erbrecht
- Haftpflichtrecht
- Arbeitsrecht
- Werkvertragsrecht
- Auftragsrecht
- Gesellschaftsrecht
- Immaterialgüterrecht
- Konkursrecht

Während heute noch die überwiegende Zahl der finanzierten Verfahren solche vor staatlichen Zivilgerichten betreffen, werden in der Schweiz zunehmend auch Schiedsgerichtsverfahren finanziert.

Grundsätzlich kann eine Prozessfinanzierung in jedem Verfahrensstadium abgeschlossen werden; typischerweise wird ein Prozessfinanzierer jedoch vor Klageeinleitung beigezogen.

C. Prozesskosten und Erfolgsbeteiligung: Kommerzielle Grundlagen der Prozessfinanzierung

Aus der Sicht des Anbieters entspricht jede Prozessfinanzierung im Wesentlichen einer irreversiblen Entscheidung, vor dem Hintergrund von Risiko und Rendite in eine Rechtsstreitigkeit zu investieren⁷⁴. Wie für jeden anderen rationalen Investor besteht auch für ihn die Notwendigkeit, die Determinanten des finanziellen Risikos und des möglichen finanziellen Erfolgs eines Falles zu kennen bzw. möglichst genau zu berechnen oder einzuschätzen. Im Folgenden sollen die wichtigsten Aspekte dieser Risiko/Rendite-Betrachtung kurz skizziert werden.

Ausgangspunkt für die Berechnungen des Prozessfinanzierers bildet der *Streitwert*, der durch das konkrete Rechtsbegehren definiert wird⁷⁵. Eine spätere Anpassung des Streitwerts aufgrund einer Widerklage⁷⁶ zieht zwar nicht eine Änderung der ursprünglichen Berechnungsbasis nach sich, der Prozessfinanzierer schätzt die Möglichkeiten und Auswirkungen einer Widerklage jedoch im Rahmen seines Finanzierungsentscheids ab. Die in der Schweiz beobachteten Prozessfinanzierungen werden für Verfahren abgeschlossen, deren Streitwert regelmässig ein Minimum von CHF 250 000⁷⁷ über-

steigt, was im europäischen Umfeld einen Mittelwert darstellt⁷⁸.

Kern der Prozessfinanzierung ist die Verpflichtung des Prozessfinanzierers, sämtliche *Prozesskosten*, die sonst der Kläger zu bezahlen hätte, zu übernehmen bzw. laufend zu begleichen. Dazu zählen die in Art. 95 ZPO erwähnten Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Prozesskosten im engeren Sinn) sowie die Kosten für die anwaltliche Vertretung des Klägers gemäss der entsprechenden Mandatsvereinbarung. Ebenfalls zu den Prozesskosten werden die allenfalls notwendigen Kosten einer Entscheidungsvollstreckung im Anschluss an das Erkenntnisverfahren gezählt. Die Prozesskosten werden in aller Regel erst ab dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Prozessfinanzierungsvertrags übernommen. Eine rückwirkende Übernahme der bereits vom Kläger bezahlten Prozesskosten findet mit Blick auf die Chancen/Risiken-Symmetrie sehr selten statt: Der Prozessfinanzierer übernehme damit ein Kostenrisiko, für welches er – z.B. im Falle eines Vergleichs vor Abschluss der Prozessfinanzierungsvereinbarung – in jenem Zeitpunkt nicht entschädigt worden wäre.

Nicht zu den Prozesskosten werden die *betrieblichen Kosten des Prozessfinanzierers* – insbesondere für die Prüfung⁷⁹ und die Überwachung der finanzierten Prozesse – gerechnet. Diese Kosten fliessen lediglich in die interne Kalkulation des Prozessfinanzierers ein. Da ein Vergütungsanspruch nur im Falle eines Prozesserfolgs besteht, wird der Prozessfinanzierer auch nur im Erfolgsfall für diese Kosten entschädigt.

Bilden die Prozesskosten bzw. die Verpflichtung, diese laufend – und im Falle eines Unterliegens entschädigungslos – zu leisten, das potenzielle Risiko des Prozessfinanzierers, so stellt die *Beteiligung am Prozesserlös* das vertraglich vereinbarte Gegenstück dar. Zur Anwendung kommt regelmässig eine Netto-Betrachtung: Vom gesamten, dem Kläger zufließenden Erlös, der ihm im Falle des Ob-siegens durch das Gericht zugesprochen wird (d.h. inklusive der durch die unterliegende Gegenpartei zu ersetzenden Vorschüsse bzw. zu bezahlenden Parteientschädigung⁸⁰), werden sämtliche durch den Prozessfinanzierer bezahlten Prozesskosten in Abzug gebracht⁸¹. Die Höhe der alsdann vom Pro-

⁷⁴ Vgl. dazu HODGES/PEYSNER/NURSE (Fn. 16), 100.

⁷⁵ Art. 91 Abs. 1 ZPO.

⁷⁶ Art. 94 ZPO.

⁷⁷ Die Mindeststreitwerte, welche die in der Schweiz ansässigen Prozessfinanzierer voraussetzen, betragen nominal CHF 300 000 (JuraPlus AG) und CHF 50 000 (Profina GmbH); Profina bestätigt jedoch auf Anfrage, dass meist Prozesse mit höheren Streitwerten finanziert werden.

⁷⁸ In Deutschland werden Verfahren ab einem Streitwert von EUR 50 000–100 000, in England meist erst ab GBP 500 000 finanziert, vgl. dazu HODGES/PEYSNER/NURSE (Fn. 16), 100.

⁷⁹ Dazu nachfolgend unter IV.D.

⁸⁰ Vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO.

⁸¹ Derselben Logik folgt die Berechnung bei einem gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleich zwischen den Parteien.

zessfinanzierer beanspruchten Beteiligung am so errechneten Nettoerlös variiert⁸², beträgt jedoch regelmässig ca. 30%⁸³. Eine Bemessung der Höhe dieser Beteiligung an den konkreten Erfolgsaussichten eines Rechtsstreits ist in der Praxis selten anzutreffen⁸⁴, hingegen sind gewisse – allerdings begrenzte – Staffelungen mit Blick auf die Streitwerthöhe oder aber die Möglichkeit einer vorgerichtlichen Einigung zu beobachten.

Damit lassen sich das potenzielle Risiko sowie die potenziellen Chancen eines Prozesses für den Prozessfinanzierer berechnen. Ob er einer Finanzierung zustimmt, hängt sodann von zwei zentralen Einschätzungen ab: einerseits von den *Erfolgsaussichten*⁸⁵ der Rechtsstreitigkeit sowie von der *Solvenz* der beklagten Partei über die gesamte Dauer des geplanten Prozesses. Beides ist Gegenstand einer vertieften und aufwendigen Prüfung durch den Prozessfinanzierer im Vorfeld eines Finanzierungsentscheids, mit welcher sichergestellt werden soll, dass nur solche Prozesse finanziert werden, die eine angemessene Rendite für die eingegangenen finanziellen Risiken in Aussicht stellen.

D. Operative Voraussetzungen des Prozessfinanzierers

Nachdem unter Ziff. II.B. die Charakteristika der heute in der Schweiz und in der EU tätigen Prozessfinanzierer beschrieben wurden, sollen nachfolgend die wichtigsten operativen Voraussetzungen⁸⁶ skizziert werden, welche sicherstellen, dass die Anbieter das Institut der Prozessfinanzierung als wichtiges alternatives Finanzierungsinstrument und sich selbst als verlässliche Partner von Rechtssuchenden und ihren Anwälten langfristig etablieren können:

- **Unabhängigkeit:** Die Reaktionen einzelner Medien⁸⁷ anlässlich des Entscheids der Allianz ProzessFinanz GmbH, sich als etablierter Anbieter aus allen europäischen Märkten zurückzuziehen⁸⁸, lassen darauf schliessen, dass die institutionelle Unabhängigkeit eines Prozessfinanzierers mit Blick auf die Vermeidung von möglichen

Interessenskonflikten vom interessierten Publikum als vorrangig betrachtet wird.

- **Kapitalausstattung:** Soll laufend eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten finanziert werden, muss hinsichtlich der oft langen Verfahrensdauer⁸⁹ eine ausreichend starke Kapitaldecke langfristig zur Verfügung stehen, um unabhängig von Zeitpunkt und Höhe von vereinnahmten Erlösbeteiligungen aus abgeschlossenen Prozessen die Kosten aller finanzierten Verfahren tragen zu können. Bei Verfahren mit sehr hohen Streitwerten werden in der Praxis die finanziellen Verpflichtungen gegenüber dem Kläger mittels Bankgarantien besichert⁹⁰.
- **Datensicherheit:** Auf der Grundlage des Prozessfinanzierungsvertrags überlässt der Kläger und/oder sein Anwalt dem Prozessfinanzierer Daten, die durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sind⁹¹. Die Erwartung, dass der Empfänger dieser Daten über entsprechende Sicherheitskonzepte zur physischen und elektronischen Bearbeitung und Aufbewahrung dieser Daten verfügt, ist offensichtlich berechtigt.
- **Standardisierte interne Abläufe:** Prozessfinanzierer erhalten eine grosse Zahl von Anfragen zur Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten, von denen nach einem mehrstufigen Prüfungsprozess⁹² einzelne Prozesse finanziert und in der Folge mittels eines Monitorings überwacht werden. Die effiziente sowie zeit- und risikogerechte Abwicklung dieser Aufgaben erfordert ein Set von standardisierten Abläufen, die einer konsistenten Systematik folgen.
- **Klare Rollenverteilung:** Unter Ziff. III.C. vorstehend wurde die Rolle des Anwalts im Rahmen eines durch Dritte finanzierten Prozesses bereits skizziert. Als Faustregel im Beziehungsdreieck⁹³ zwischen Prozessfinanzierer, Kläger und Anwalt kann die Kurzformel «der Finanzierer finanziert, der Anwalt prozessiert» gelten. Für den Prozessfinanzierer bedeutet dies, dass er sich nach dem Finanzierungsentscheid für Fragen zum Prozessverlauf konsequent an den prozessführenden Anwalt hält und diese nicht direkt und unter Umgehung des Anwalts mit dem Kläger bespricht.

⁸² Vgl. dazu die Übersicht für den deutschen Markt bei KOCHHEIM (Fn. 10), 332.

⁸³ So auch bei den beiden Schweizer Anbietern, vgl. Fn. 3.

⁸⁴ Schätzt ein Prozessfinanzierer die Wahrscheinlichkeit, einen Prozess zu verlieren, als hoch ein, wird er nicht die Erfolgsbeteiligung erhöhen wollen, sondern in aller Regel auf die Finanzierung verzichten.

⁸⁵ Vgl. dazu die Wahrscheinlichkeitsstufen in DIMDE (Fn. 66), 103, bei welchen «überwiegende Erfolgsaussichten» mit einer Wahrscheinlichkeit von 75% gleichgesetzt werden.

⁸⁶ Vgl. dazu auch HODGES/PEYSNER/NURSE (Fn. 16), 101.

⁸⁷ Vgl. dazu der Beitrag in der Zeitschrift Economist, www.economist.com/news/finance-and-economics/21575805.

⁸⁸ Vgl. Fn. 14.

⁸⁹ Vgl. MEIER (Fn. 12), 429.

⁹⁰ So auch KOCHHEIM (Fn. 10), 310.

⁹¹ Vgl. vorstehend unter Ziff. III.C.

⁹² Dabei wird nach einer initialen Konfliktprüfung eine systematische Risikoanalyse, oftmals auch unter Nutzung von externer Expertise (z.B. Kurzgutachten), vorgenommen; zum Ablauf vgl. die umfassende Darstellung von WEY (Fn. 2), 47 ff.; zur Risikoanalyse vgl. ROCHON, Die Erfolgshonorierte Prozessfinanzierung und ihre Auswirkungen für den Rechtsanwalt, Rostock 2003, 46.

⁹³ Vgl. dazu KOCHHEIM (Fn. 10), 214 sowie ROCHON (Fn. 92), 176.

E. Zusammenarbeit zwischen Anwalt und Prozessfinanzierer

Abschliessend seien noch einige in der Praxis wichtige Aspekte der Zusammenarbeit zwischen dem prozessführenden Anwalt und dem Prozessfinanzierer beleuchtet.

Wie erwähnt besteht zwischen Anwalt und Prozessfinanzierer kein Vertragsverhältnis⁹⁴ – der Prozessfinanzierungsvertrag wird zwischen dem Kläger und dem Prozessfinanzierer geschlossen.

In der überwiegenden Anzahl der Rechtsstreitigkeiten, die den Prozessfinanzierern zur Prüfung vorgelegt werden, hat der potenzielle Kläger bereits einen Anwalt mit den ersten Abklärungen mandatiert. In jenen Fällen, in denen Rechtssuchende ohne anwaltliche Vertretung an den Prozessfinanzierer gelangen, verlangt dieser in der Regel, dass die entsprechende Rechtsstreitigkeit vor der eigenen Prüfung einem durch den Rechtssuchenden zu bestimmenden Anwalt vorgelegt wird.

Diese anwaltlichen Vorarbeiten, die nicht durch den Prozessfinanzierer getragen werden, sind zwingender Bestandteil des Prüfungsverfahrens. Kommt es in der Folge zu einer Finanzierungszusage, wird damit denn auch regelmässig die bereits vorgenommene Anwaltswahl des Klägers vom Prozessfinanzierer akzeptiert: Der Prozessfinanzierer erhält im Rahmen seiner Prüfung die Gelegenheit, sich mit der Arbeitsweise und der geplanten Prozesstaktik des prozessführenden Anwalts vertraut zu machen und entscheidet sich in der Folge nicht nur für die Finanzierung der Streitsache, sondern auch für den Anwalt, der diese führt.

In der Praxis ist der prozessführende Anwalt nicht nur während der Prüfung durch den Prozessfinanzierer dessen Ansprechpartner, sondern er übernimmt für den Kläger auch regelmässig die Aufgabe, den Prozessfinanzierungsvertrag zusammen mit dem Prozessfinanzierer zur Unterschriftsreife zu bringen⁹⁵. Dies ist aus Sicht des Prozessfinanzierers in zweierlei Hinsicht erwünscht: Einerseits findet so eine angemessene Beratung des Klägers im Hinblick auf den Abschluss dieser ihn in der Regel langfristig bindenden Vereinbarung statt, andererseits nimmt der prozessführende Anwalt so die vertraglichen Verpflichtungen seines Mandanten im Rahmen der Prozessfinanzierung zur Kenntnis⁹⁶.

Die Zusammenarbeit zwischen dem prozessführenden Anwalt und dem Prozessfinanzierer *nach* Abschluss der Finanzierung ist vor dem Hintergrund des Gesagten durch drei Grundsätze geprägt, die sich in der Praxis bewährt haben:

- Aufgrund der klaren Rollenverteilung führt der Anwalt den Prozess unabhängig, und ohne dass der Prozessfinanzierer Einfluss auf die Prozessführung nimmt⁹⁷.
- Die vom Kläger gemäss Prozessfinanzierungsvertrag eingegangenen Verpflichtungen sind seinem Anwalt bekannt und werden von diesem während der Prozessführung berücksichtigt.
- Dort, wo im Prozessfinanzierungsvertrag ein Mitspracherecht des Prozessfinanzierers vorgesehen ist⁹⁸, finden in aller Regel gemeinsame Gespräche zwischen Kläger, Anwalt und Prozessfinanzierer statt; klar ist dabei, dass dem Prozessfinanzierer in allen Fällen lediglich ein «mittelbares» Instruktionsrecht zusteht⁹⁹, er sich also immer an den Kläger halten muss, wenn er das ihm vertraglich zustehende Mitspracherecht ausüben will.

V. Ausblick

A. Akzeptanz und künftige Verbreitung in der Schweiz

Das Institut der Prozessfinanzierung ist heute in der Schweiz durchwegs anerkannt¹⁰⁰ und wird in der Praxis in allen Landesteilen als wichtige alternative Möglichkeit zur Finanzierung von Prozesskosten eingesetzt. Die weitere Entwicklung eines effektiven und funktionierenden Marktes für Prozessfinanzierungen wird zudem vom Bundesrat ausdrücklich begrüsst¹⁰¹.

Gleichzeitig generieren die hohen Kosten des schweizerischen Zivilprozesses und das damit verbundene Kostenrisiko¹⁰² eine steigende Nachfrage nach Prozessfinanzierungen, weil vor diesem Hintergrund vermehrt auch Kläger, die grundsätzlich über die notwendigen Mittel zur Prozessführung verfügen, nicht bereit sind, diese dafür einzusetzen, langfristig zu binden und letztlich deren Verlust zu riskieren.

Mit Blick auf die hohen Mindeststreitwerte, auf das selektive Vorgehen der Prozessfinanzierer bezüglich

⁹⁴ Vgl. vorstehend Ziff. III.B.

⁹⁵ Üblich ist die Verwendung eines Standardvertrags des jeweiligen Prozessfinanzierers, der jedoch auf den konkreten Fall angepasst wird; vgl. dazu KOCHHEIM (Fn. 10), 33.

⁹⁶ Insbesondere die Informationspflichten sowie die Pflichten im Zusammenhang mit der Verfügung über den Streitgegenstand; vgl. dazu WEY (Fn. 2), 52 ff.

⁹⁷ Vgl. vorstehend Ziff. III.C.

⁹⁸ Z.B. im Rahmen von Vergleichsverhandlungen oder wenn ein Rechtsmittel eingelegt werden soll.

⁹⁹ Vgl. vorstehend Ziff. III.C.

¹⁰⁰ MEIER (Fn. 12), 429.

¹⁰¹ KRS-BR (Fn. 9), 46.

¹⁰² Vgl. dazu MEIER (Fn. 12), 417.

der Beurteilung der Erfolgsaussichten des zu finanzierenden Rechtsstreits im Einzelfall sowie auf die heute beschränkte Anzahl von Anbietern, die Verfahren in der Schweiz finanzieren, ist von einer moderaten Zunahme von Prozessfinanzierungen über die nächsten Jahre auszugehen.

B. Verhältnis zur unentgeltlichen Rechtspflege

Eine Prozessfinanzierung kommt aufgrund ihrer Ausgestaltung und Wirkung nur als Ergänzung zur unentgeltlichen Rechtspflege infrage¹⁰³. Eine Konkurrenzierung oder gar eine Substituierung dieses durch die Verfassung garantierten Rechts auf Unterstützung im Verfahren ist aufgrund der bisherigen Ausführungen ausgeschlossen.

Neben der sehr restriktiven Praxis der Gerichte zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde insbesondere die in Art. 118 Abs. 3 ZPO vorgesehene Regelung, wonach mit einer Gewährung keine Befreiung von der Bezahlung einer Parteientschädigung verbunden ist, teils scharf kritisiert und als mit dem verfassungsmässigen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz unvereinbar bezeichnet¹⁰⁴. Diese Diskussion dürfte vor dem Hintergrund der hohen Prozesskosten während der nächsten Jahre weitergeführt werden – und zwar losgelöst von der Entwicklung der Prozessfinanzierung.

Zu Recht wurde jedoch darauf hingewiesen¹⁰⁵, dass die Prozessfinanzierung jene Lücke füllt, die durch die zurückhaltende Praxis im Zusammenhang mit der Gewährung von unentgeltlicher Rechtspflege entstanden ist, und dass die Prozessfinanzierung helfen kann, den rechtsgleichen Zugang zur Justiz für Kläger mit durchschnittlichen finanziellen Verhältnissen oder für Unternehmen zu verbessern.

C. Auswirkung auf die Zivilrechtspflege

Als vor rund 15 Jahren die ersten Prozessfinanzierungen in Deutschland angeboten wurden, befürchtete man, dass damit «amerikanische Verhältnisse» geschaffen werden, indem kosten- und risikobefreite Kläger eine explosionsartige Zunahme der gerichtlichen Auseinandersetzungen verursachen¹⁰⁶. Dieselben Bedenken, es breche nun eine wahre «Prozesslawine» auf die hiesigen Gerichte ein, wurden offenbar auch anlässlich der Einführung der Prozessfinanzierung in der Schweiz geäussert¹⁰⁷.

Dass weder in Deutschland noch in der Schweiz eine entsprechende Entwicklung eintrat und künftig wohl auch nicht eintreten wird, hängt mit dem Grundgedanken der Prozessfinanzierung zusammen: Mit ihr entfällt das Kostenrisiko eines Prozesses keineswegs, es wird lediglich vom Kläger auf den Prozessfinanzierer transferiert¹⁰⁸. Und dieser ist offensichtlich nicht an einer Finanzierung von möglichst vielen, sondern nur von denjenigen Verfahren interessiert, die aufgrund der von ihm geprüften Sach- und Rechtslage mit grosser erwarteter Wahrscheinlichkeit erfolgreich durchgesetzt werden können. In diesem Umfang kommt es tatsächlich zu zusätzlichen Verfahren, die ohne Prozessfinanzierung vielleicht nicht geführt würden. So es sich dabei jedoch um berechnete Ansprüche von Klägern handelt, muss deren erfolgreiche Durchsetzung auch im Interesse der Zivilrechtspflege liegen. Mutwillig oder aussichtslos erscheinende Prozesse finden in der Praxis der Prozessfinanzierer keine Berücksichtigung.

Auch bezüglich Vergleichsbereitschaft kann festgehalten werden, dass eine Prozessfinanzierung einem fairen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleich nicht im Wege steht und der Prozessfinanzierer schon mit Blick auf die von ihm zu tragenden Prozesskosten einen Vergleich begrüsst, solange dieser seiner Einschätzung der Erfolgsaussichten Rechnung trägt. Dass mit einer Prozessfinanzierung unter Umständen Vergleiche verhindert werden, die nur aufgrund des ausgeübten Drucks¹⁰⁹ gegenüber dem mit beschränkten finanziellen Mitteln ausgestatteten Kläger zustande gekommen wären, muss wiederum auch im Interesse eines rechtsstaatlichen Verfahrens liegen.

D. Gesetzliche Regelung der Prozessfinanzierung de lege ferenda

Das Bundesgericht hat im erwähnten Urteil zur Prozessfinanzierung nicht nur deren Zulässigkeit festgehalten, sondern auch den Rahmen abgesteckt, in welchem sich Prozessfinanzierer in der Schweiz betätigen können. Es hielt dabei fest, es könne zwar nicht ausgeschlossen werden, dass bestimmte Prozessfinanzierungssysteme geschützte Rechtsgüter beeinträchtigten oder gefährdeten, verwies jedoch gleichzeitig auf eine Vielzahl von Normen des bestehenden Rechts, mit welchen sich dies verhindern lässt¹¹⁰. Damit besteht – auch mit Blick auf die seit diesem Entscheid gelebte Praxis – kein Handlungs-

¹⁰³ DIMDE (Fn. 66), 220.

¹⁰⁴ MEIER (Fn. 12), 428.

¹⁰⁵ SPÜHLER (Fn. 4), 261.

¹⁰⁶ Vgl. KOCHHEIM (Fn. 10), 289.

¹⁰⁷ SPÜHLER (Fn. 4), 261.

¹⁰⁸ KOCHHEIM (Fn. 10), 292.

¹⁰⁹ Vgl. dazu MEIER (Fn. 12), 235.

¹¹⁰ BGE 131 I 223 E. 4.8; Verweis auf Art. 12 und 17 BGFA, Art. 27 ZGB, Art. 19 ff. OR, Art. 8 UWG und Art. 157 StGB.

bedarf bezüglich einer gesetzlichen Regelung der Prozessfinanzierung in der Schweiz.

Um jedoch das Institut der Prozessfinanzierung als wichtiges alternatives Finanzierungsinstrument in der Zivilrechtspflege langfristig zu verankern und die Integrität dieser für Rechtssuchende und Anwälte gleichermaßen noch relativ neuen Dienstleistung sicherzustellen, liegt die Diskussion einer allfälligen gesetzlichen Regelung auch im Interesse der Prozessfinanzierer.

E. Kollektiver Rechtsschutz und Prozessfinanzierung

Der Bundesrat hat in seinem kürzlich vorgelegten Bericht zum kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz Defizite des geltenden Rechts bei der effizienten und effektiven Durchsetzung von Massen- und Streuschäden aufgezeigt und darauf hingewiesen, dass in diesem Bereich der Zugang zur Gerichtsbarkeit

faktisch nicht immer gewährt sei¹¹¹. Er ist dabei der Meinung, dass die Möglichkeit der Prozessfinanzierung als Instrument des kollektiven Rechtsschutzes namentlich in den Bereichen des Anleger- und Konsumentenschutzes heute zu wenig genutzt wird¹¹².

Vor diesem Hintergrund regt er u.a. die Förderung der Prozessfinanzierung an, in dem Private, aber auch Organisationen und Verbände vermehrt über die Möglichkeiten der Finanzierung von Prozessen aufgeklärt und informiert werden sollen – allenfalls sogar mittels einer entsprechenden Pflicht der zuständigen Gerichte¹¹³.

Wenn auch das Institut der Prozessfinanzierung nur eines von vielen möglichen Instrumenten einer effizienten kollektiven Rechtsdurchsetzung ist und dabei keinesfalls gesetzliche Massnahmen de lege ferenda ersetzt, dürfte auch hier künftig wohl eine verstärkte Nachfrage zu beobachten sein.

¹¹¹ KRS-BR (Fn. 9), 2.

¹¹² KRS-BR (Fn. 9), 2.

¹¹³ KRS-BR (Fn. 9), 46 und 56.