

Kommerzielle Prozessfinanzierung zu Gunsten von Insolvenzmassen?

Daniel Hunkeler* und Georg J. Wohl**

I. Einleitung

Die kommerzielle Prozessfinanzierung erlaubt es einem Gläubiger, ohne wesentliche Kostenrisiken einen Anspruch gerichtlich oder aussergerichtlich geltend zu machen. Der Prozessfinanzierer ist nur für den Erfolgsfall (anteilmässig) zu entschädigen, übernimmt aber regelmässig sämtliche Kosten des Verfahrens. Im vorliegenden Beitrag sollen vorab Fragen zum Wesen, zur Funktionsweise und zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Prozessfinanzierung aufgegriffen werden (II. hiernach). In der Folge fokussieren wir auf die Frage der Zulässigkeit der Prozessfinanzierung im Konkurs durch eine Konkursmasse (III. hiernach). Hiernach prüfen wir diese Frage auch für das Nachlassverfahren (IV. hiernach) und für einen Abtretungsgläubiger (V. hiernach) und schliesslich auch noch kurz für das Bankeninsolvenzverfahren (VI. hiernach). Abgerundet werden unsere Ausführungen durch eine kurze Zusammenfassung (VII. hiernach).

II. Funktionsweise und grundsätzliche Zulässigkeit der Prozessfinanzierung

A. Funktionsweise der Prozessfinanzierung

Mit der Prozessfinanzierung soll einem Gläubiger (Anspruchsteller) ermöglicht werden, eine Forderung gegen einen Schuldner rechtlich geltend zu machen, insbesondere durch gerichtlichen Prozess (ordentlicher Zivilprozess, Summarverfahren oder Schiedsverfahren), ohne dass der Gläubiger dabei Anwalts- und Verfahrenskosten übernehmen und Kostenvorschüsse bzw. Kauttionen leisten muss¹. Der Gläubiger und der Prozessfinanzierer (regelmässig, aber keinesfalls zwingend eine juristische Person²) schliessen zu diesem Zweck einen sogenannten Prozessfinanzierungsvertrag ab³. Mit dem Prozessfinanzierungsvertrag verpflichtet sich der

* Dr. Daniel Hunkeler LL.M., Rechtsanwalt in Zürich.

** Lic. iur. Georg J. Wohl LL.M., Rechtsanwalt in Zürich.

¹ Zum Begriff und Wesen der Prozessfinanzierung statt vieler: Marcel Wegmüller, Prozessfinanzierung in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Ausblick, HAVE 2013, S. 235 ff., Ziff. II.

² In der Schweiz sind den Autoren 2 institutionalisierte Anbieter bekannt, wobei auch ausländische Anbieter in der Schweiz aktiv werden können; Marcel Wegmüller (FN 1), Ziff. I.

³ Dabei handelt es sich nach überwiegender Meinung um einen Gesellschaftsvertrag: Marcel Wegmüller (FN 1), Ziff. III.B., mit Verweis auf Rainer Wey (FN 4).

Gläubiger, einen genau umschriebenen Anspruch (Aktivanspruch⁴) gegenüber einem Dritten (dem Schuldner und Prozessgegner) geltend zu machen, insbesondere durch Anhebung eines gerichtlichen Prozesses und gegebenenfalls durch anschliessende Zwangsvollstreckung des erstrittenen Urteils. Der Prozessfinanzierer verpflichtet sich demgegenüber, dem Gläubiger unabhängig vom Prozessergebnis sämtliche (externen) Kosten aus der rechtlichen Durchsetzung zu bezahlen und soweit erforderlich vorzuschüssen, insbesondere die eigenen Anwalts- und Gerichtskosten, allfällige Honorare für Experten sowie bei Obsiegen die Kosten einer erforderlichen Zwangsvollstreckung. Für den Fall des Unterliegens übernimmt der Prozessfinanzierer auch eine allfällige der Gegenpartei zu leistende Parteientschädigung.

Im Erfolgsfall, d.h. bei gelungener Geltendmachung und Vollstreckung (Einkassierung) der strittigen Forderung, darf sich der Prozessfinanzierer aus dem Prozessergebnis bis zur Höhe seiner bereits bezahlten oder noch zu bezahlenden Kosten vorab schadlos halten. Überdies und insbesondere hat er Anspruch auf einen im Prozessfinanzierungsvertrag zum Voraus festgelegten *Anteil am Nettoerlös* des Prozessergebnisses, beispielsweise 30%⁵ bei einem Gerichtsurteil und 20%⁶ bei vorprozessualer Beilegung der Streitsache oder Erledigung anlässlich einer Referentenaudienz. Der Rest des Nettoerlöses (beispielsweise 70% bzw. 80%) verbleibt dem Gläubiger. Wird der Prozess verloren, geht der Prozessfinanzierer leer aus und dem Gläubiger erwachsen keine externen Kosten. Die angefallenen und vom Prozessfinanzierer vorfinanzierten Kosten belasten allein diesen (reine Erfolgsvereinbarung).

Zahlenbeispiel:

Eingeklagte Forderung:	CHF 500'000.00
Von der Gegenpartei bezahlter Betrag (inkl. richterlich zugesprochener Ersatz für Partei- und Gerichtskosten):	CHF 600'000.00
./.. Gerichtskosten (vom Prozessfinanzierer vorgeschossen/bez. → gehen zurück an diesen)	CHF -50'000.00
./.. eigene Anwaltskosten (vom Prozessfinanzierer vorgeschossen/bez. → gehen zurück an diesen)	<u>CHF -70'000.00</u>

⁴ Die Prozessfinanzierung eignet sich grundsätzlich nur für geldwerte Aktivansprüche (Forderungen), nicht jedoch zur Abwehr von Passivansprüchen. Rainer Wey, Kommerzielle Prozessfinanzierung – ein Überblick über Angebot und Rechtsfragen, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2008 – Dualistisches Haftungskonzept, Erfolgshonorar und Prozessfinanzierung, direktes Forde-
rungsrecht, Opferhilfe sowie kantonales Verantwortlichkeitsrecht*, Zürich 2008, Ziff. II.A.

⁵ Marcel Wegmüller (FN 1), Ziff. IV.C.

⁶ Marc Weber, *Prozess oder Vergleich – Kostenüberlegungen in der anwaltlichen Beratung*, PraxiZ – Schriften des Praxisinstituts für Zivilprozess und Zwangsvollstreckung Band/Nr. 2, 2013, Ziff. 6.2.

zu verteilender Nettoerlös:	CHF 480'000.00
i. davon Prozessfinanzierer (30%)	CHF 144'000.00
ii. davon Gläubiger (70%)	CHF 336'000.00

Der Prozessfinanzierer lässt sich zur Sicherung seiner Ansprüche im Prozessfinanzierungsvertrag regelmässig ein Pfandrecht am strittigen Anspruch des Gläubigers und am zukünftigen Prozesserlös einräumen⁷. Auf diese Weise wird nicht nur eine Sicherstellung ermöglicht, sondern auch die Beibehaltung der Gläubigereigenschaft bzw. der Aktivlegitimation des Gläubigers im Prozess. Letzteres wäre dann nicht der Fall, wenn der strittige Anspruch dem Prozessfinanzierer abgetreten würde⁸.

Ein anwaltliches Mandatsverhältnis besteht nur zwischen dem Gläubiger und dessen Anwalt. Der Prozessfinanzierer ist daran nicht direkt beteiligt⁹. Immerhin wird zwischen dem Prozessfinanzierer und dem Gläubiger nicht nur vereinbart, dass der Prozessfinanzierer die Anwaltskosten übernimmt und Zahlungen direkt an den Anwalt leisten kann (mit befreiender Wirkung für den Gläubiger), sondern auch, dass der Gläubiger seinen Anwalt gegenüber dem Prozessfinanzierer vom Anwaltsgeheimnis entbindet¹⁰, damit dieser vom Anwalt laufend über den Prozess orientiert werden kann¹¹.

Für den Prozessfinanzierer ist die Finanzierung der Durchsetzung des Gläubigeranspruchs ein Investment¹². Bevor der Prozessfinanzierer sich dazu entschliesst, einen Gläubiger bei der Durchsetzung von Rechtsansprüchen finanziell zu unterstützen, analysiert er die Chancen und Risiken einer gerichtlichen Geltendmachung. Basis hierzu bildet oft ein vom Vertrauensanwalt des Gläubigers erstelltes Gutachten oder ein Klageentwurf, regelmässig überprüft vom Prozessfinanzierer unter Zuhilfenahme interner und externer Spezialisten. Auch die Bonität des Prozessgegners (Forderungsschuldners) wird so gut wie möglich abgeklärt. Erst wenn diese Erfolgs- und Solvenzprüfung positiv verläuft und somit eine angemessene Rendite in Aussicht steht¹³, wird der Prozessfinanzierer bereit sein, den Prozessfinanzierungsvertrag mit

⁷ Forderungsverpfändung; vgl. Art. 899 ZGB.

⁸ Vgl. Art. 164 ff. OR. Eine wie von Rainer Wey (FN 4), Ziff. II.C.2. beschriebene „geheime“ Sicherungszession dürfte eher unpraktikabel und überdies im Hinblick auf die Aktivlegitimation des Gläubigers im Prozess riskant sein.

⁹ Dies ist Grundvoraussetzung dafür, dass ein Prozessfinanzierungsvertrag standesrechtlich unproblematisch und deshalb grundsätzlich zulässig ist: BGE 131 I 223 E. 4.6.5.; vgl. auch die Ausführungen zu Ziff. II.B. hinten; Marcel Wegmüller (FN 1), Ziff. III.B.

¹⁰ Marcel Wegmüller (FN 1), Ziff. III.C.

¹¹ Mitunter versuchen Prozessfinanzierer, den Mandatsvertrag zwischen dem Gläubiger und dessen Rechtsanwalt selber als Vertreter des Gläubigers abzuschliessen, von welchem sie eine (grundsätzlich „unwiderrufliche“) Vollmacht einholen.

¹² Insbesondere handelt es sich nicht um eine (bewilligungspflichtige) Versicherungstätigkeit, auch wenn das Ergebnis (kostenlose Prozessführung) im Ergebnis Ähnlichkeiten zu einer Rechtsschutzversicherung aufweist; zum Ganzen: Marcel Wegmüller (FN 1), Ziff. III.A.

¹³ Die meisten Prozessfinanzierer setzen deshalb einen Mindeststreitwert in Höhe von CHF 250'000.- bis CHF 300'000.- voraus; Marcel Wegmüller (FN 1), Ziff. IV.C.; Marc Weber (FN 6), Ziff. 8.

dem Gläubiger abzuschliessen¹⁴. Wenn ein Prozessfinanzierer zum Ergebnis gelangt, dass ein Finanzierungsantrag abgelehnt werden muss, erhält der Gläubiger immerhin eine wertvolle Drittmeinung zu seiner strittigen Forderung, je nachdem sogar kostenlos¹⁵.

B. Grundsätzliche Zulässigkeit der Prozessfinanzierung

Bis vor gut zehn Jahren wurde in der Schweiz weitgehend davon ausgegangen, dass Prozessfinanzierungen grundsätzlich unzulässig seien. Dennoch drängten Anbieter u.a. aus Deutschland auf den schweizerischen Markt, weshalb im Kanton Zürich im Rahmen einer Änderung des damaligen kantonalen Anwaltsgesetzes eine Vereinbarung zur Finanzierung eines Prozesses durch Dritte und die Vermittlung einer derartigen Finanzierung gar unter Strafe gestellt werden sollte¹⁶. Eine beim Bundesgericht gegen das Gesetzvorhaben eingereichte staatsrechtliche Beschwerde wurde von diesem mit Urteil vom 10. Dezember 2004, BGE 131 I 223, gutgeheissen. Mit seinem Entscheid machte das Bundesgericht grundsätzlich (aber keinesfalls uneingeschränkt) den Weg frei für das Institut der Prozessfinanzierung in der Schweiz¹⁷. Das Bundesgericht kam im genannten Entscheid zum Schluss, dass durch die Gesetzesrevision im Kanton Zürich die Wirtschaftsfreiheit von Personen, die eine Prozessfinanzierung anbieten, vermitteln oder in Anspruch nehmen, unverhältnismässig eingeschränkt und deshalb verletzt sei. Eine Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit eines Anwalts liege grundsätzlich nicht vor, zumal der Prozessfinanzierungsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Prozessfinanzierer abgeschlossen werde und der Anwalt im Gegensatz zum Prozessfinanzierer insbesondere nicht erfolgsabhängig bezahlt werde. Daran ändere auch nichts, dass ein Gläubiger vertraglich verpflichtet sei, nicht ohne Zustimmung des Prozessfinanzierers Instruktionen an den Anwalt zu erteilen. Die Interessen des Prozessfinanzierers und des Anspruchstellers seien grundsätzlich gleichlaufend und würden durch den Anwalt gleichermassen wahrgenommen. Auch die Vereinbarung einer erfolgsabhängigen Entschädigung zugunsten des Prozessfinanzierers sei statthaft, soweit der vom Gläubiger beauftragte Rechtsanwalt keine Nebenabreden mit dem Prozessfinanzierer treffe oder diesem sonst wie nahe stehe (z.B. als Aktionär oder Arbeitnehmer).

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass gemäss Bundesgericht eine (kommerzielle) Prozessfinanzierung immer dann zulässig ist, wenn das *Mandatsverhältnis* gemäss den anwaltsrechtlichen Grundsätzen, d.h. unter Respektierung des BGFA¹⁸, nur zwischen dem

¹⁴ Offenbar sind die diesbezüglichen Richtlinien in der Praxis sehr streng; Marc Weber (FN 6), Ziff. 8 a.E.

¹⁵ Rainer Wey (FN 4), Ziff. II.B.2. und 5. betreffend die sog. Erst- und Zweitprüfung durch den Prozessfinanzierer.

¹⁶ BGE 131 I 223 vor E. 1.; Verbotene Prozessfinanzierung – Zürcher Regelung verstösst gegen Wirtschaftsfreiheit, NZZ Artikel vom 11.12.2004; Daniel Hunkeler, Prozessieren ohne Kostenrisiken – Ein Bundesgerichtsurteil eröffnet neue Möglichkeiten, NZZ Artikel vom 20.10.2005.

¹⁷ Daniel Hunkeler (FN 16); Marcel Wegmüller (FN 1), Ziff. I.

¹⁸ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (SR 935.61), insb. Art. 12.

Gläubiger bzw. Forderungsinhaber und dem von diesem beauftragten Anwalt besteht, und wenn letzterer gegenüber dem Prozessfinanzierer unabhängig ist.

Seit dem Leitentscheid BGE 131 I 223 ergingen unseres Wissens keine kantonalen oder höchstrichterlichen Gerichtsentscheide mehr, die sich zur Zulässigkeit oder zu Einzelfragen der Prozessfinanzierung äusserten. Dies war auch nicht nötig, hatte doch das Bundesgericht mit seiner ausführlichen Begründung die Spielregeln grundsätzlich klar formuliert. Auch in der Literatur findet man nur wenige Beiträge, welche die Prozessfinanzierung im Einzelnen und ausführlich behandeln¹⁹. In diversen Aufsätzen zur Rechtsdurchsetzung wird die Prozessfinanzierung immerhin regelmässig erwähnt und als eine von mehreren Finanzierungsmöglichkeiten (neben der unentgeltlichen Rechtspflege und der Rechtsschutzversicherung) ins Spiel gebracht²⁰. Der Bundesrat hat in einem Bericht aus dem Jahre 2013 zum kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz das Institut der kommerziellen Prozessfinanzierung als tauglich erklärt, die kollektive Rechtsverfolgung zu begünstigen, weshalb eine Verbesserung der rechtlichen Grundlagen zur Förderung der Prozessfinanzierung (insbesondere bei Konsumentenstreitigkeiten) vertieft geprüft werden müsse²¹. Spezifische Untersuchungen der Prozessfinanzierung im Hinblick auf die Geltendmachung von Rechtsansprüchen durch eine Insolvenzmasse finden sich in der Literatur bisher nicht.

III. Prozessfinanzierung im Konkurs durch eine Konkursmasse

A. Problemstellung

Es stellt sich die Frage, ob sich auch eine Insolvenzmasse (Konkurs- oder Nachlassmasse) einer Prozessfinanzierung bedienen kann, und, falls dem so ist, ob die Konkursverwaltung diesbezüglich ein spezielles Verfahren berücksichtigen muss²². Fest steht jedenfalls, dass eine Insolvenzmasse als Sondervermögen parteifähig ist²³ und daher grundsätzlich auch Partei in einem Prozessfinanzierungsvertrag sein kann. Auch steht ausser Zweifel, dass eine Insolvenzmasse, vertreten durch die Insolvenzverwaltung, vor Gericht auftreten und Aktivprozesse

¹⁹ In sämtlichen Beiträgen, die einen Bezug zur kommerziellen Prozessfinanzierung haben, werden Marcel Wegmüller (FN 1) sowie Rainer Wey (FN 4) zitiert.

²⁰ Marc Weber (FN 6), Ziff. 8; Georg Naegeli/Julian Schwaller, Die Sanierungsbedürftige Gesellschaft im Prozess, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV, EIZ – Europainstitut Zürich Band/Nr. 147, Zürich 2014, Ziff. IV.2.e).

²¹ Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht vom 3. Juli 2013, VPB 2/2013 vom 20. Dezember 2013, S. 62 sowie 92 ff.

²² Die Konkursverwaltung vertritt zwar die Masse vor Gericht und gegenüber Dritten (Art. 240 SchKG) doch muss sie sich zur Prozessführung ermächtigen lassen (Art. 237 u. Art. 238 SchKG). Allenfalls sind die Vorschriften von Art. 260 SchKG zu beachten. Vgl. Näheres hierzu in Ziff. III.C. hinten.

²³ Georg Naegeli/Julian Schwaller (FN 20), Ziff. IV.1.; BSK SchKG II - Heiner Wohlfahrt, N 45 zu Art. 204; BSK SchKG II - Lukas Handschin/Daniel Hunkeler, N 6 zu Art. 197 SchKG.

führen kann²⁴. Aus der Praxis sind den Autoren verschiedenste Fälle bekannt, in denen Insolvenzmassen Aktivansprüche mit Hilfe eines Prozessfinanziers einklagten. Es besteht klarerweise ein Bedürfnis für derartige Prozessfinanzierungen, insbesondere in Fällen, in denen eine finanziell aufrechtstehende Partei einen Prozess ohne Weiteres wagen würde, aber die Insolvenzmasse mangels ausreichender eigener Mittel die Kostenrisiken eines Gerichtsprozesses scheut bzw. nicht tragen kann und deswegen die betroffenen Forderungen den Gläubigern zur Abtretung anbieten müsste. In solchen Fällen kann es durchaus im Interesse der Gläubigergesamtheit sein, einen Prozess dennoch durch die Konkursverwaltung bzw. einem von ihr beauftragten Anwalt zu führen und den Anspruch gerade nicht zu verwerten bzw. abzutreten²⁵.

Eine andere Frage ist, ob das massgebende geltende Recht den Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrages im Konkurs des anspruchsberechtigten Gläubigers verbietet, oder ob es die Prozessfinanzierung gegenteils erlaubt und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtswirkungen. Eine explizite gesetzliche Regelung, wonach der Konkursmasse der Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrages untersagt oder erlaubt wäre, findet sich nicht, insbesondere nicht im SchKG. Auch das erwähnte Bundesgerichtsurteil²⁶ äussert sich nicht zur Frage.

Nachfolgend soll die Zulässigkeit von Prozessfinanzierungsverträgen im Konkurs bzw. für eine Konkursmasse untersucht werden.

B. Fünf Thesen

Zur Frage der Zulässigkeit von Prozessfinanzierungen im Konkurs können insbesondere folgende fünf Thesen als Ausgangspunkt einer rechtlichen Analyse formuliert werden:

Nach einer ersten These schliesst eine Konkursmasse mit einem Prozessfinanzierungsvertrag einen (gewöhnlichen) *Vertrag* des Privatrechts ab, weshalb sie ohne weiteres dazu berechtigt ist.

Nach einer zweiten These wird ein *Vergleich* abgeschlossen oder zumindest eine vergleichsähnliche Situation geschaffen, weshalb die Konkursorgane zuständig sind, und insbes. auch ein allfälliger Gläubigerausschuss zustimmen muss (vgl. Art. 237 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). In einem summarischen Verfahren (Art. 231 SchKG) sollen die Gläubiger daher regelmässig in

²⁴ Georg Naegeli/Julian Schwaller (FN 20), Ziff. IV.1; BSK SchKG II - Heiner Wohlfahrt, N 45 zu Art. 204; BSK SchKG II - Lukas Handschin/Daniel Hunkeler, N 6 zu Art. 197.

²⁵ Grundsätzlich hat die Durchsetzung strittiger Ansprüche durch die Masse Vorrang: Franco Lorandi, Entgeltliche Verwertung von strittigen Rechtsansprüchen in der Generalexekution – Teleologische Reduktion von Art. 260 Abs. 3 SchKG, AJP 12/2013, S. 1758 ff., Ziff. A.1.

²⁶ Vgl. Ziff. II.B. hiervor.

den Entscheidprozess miteinbezogen werden und soll ihnen unter Umständen die Abtretung des zu vergleichenden Anspruchs gegen Sicherstellung des Vergleichsinteresses der Masse gem. Art. 260 SchKG angeboten werden.

Eine dritte These geht davon aus, dass ein *Freihandverkauf* vorliegt oder zumindest eine freihandverkaufsähnliche Situation (vgl. Art. 256 SchKG), weshalb ein Gläubigerbeschluss erforderlich ist und den Gläubigern grundsätzlich Gelegenheit zur Unterbreitung höherer Angebote einzuräumen ist. Eine Prozessfinanzierung bezüglich paulianischer Anfechtungsansprüche bleibt zum vornherein ausgeschlossen (vgl. Art. 256 Abs. 4 SchKG)

Eine vierte These nimmt einen *Verzicht* oder zumindest einen Teilverzicht der Masse auf Geltendmachung des strittigen Anspruchs an, nachdem die Masse den Anspruch nicht alleine geltend macht, sondern mit Unterstützung eines Prozessfinanzierers, welchem sie für den Erfolgsfall zum Vornherein einen Teil ihres Anspruchs zusichert. Daher darf die Masse keinen Prozessfinanzierungsvertrag abschliessen, sondern muss den strittigen Anspruch gegenteils den Gläubigern (unentgeltlich bzw. gegen eine geringe Gebühr) zur *Abtretung* gem. Art. 260 SchKG anbieten.

Eine fünfte These schliesslich nimmt eine *Verwertung sui generis* an, bei welcher die einschlägigen Normen des Insolvenzrechts analog zur Anwendung gelangen, soweit sie auf die Prozessfinanzierung zutreffen.

C. Eigene Stellungnahme

1. *Rechtliche Qualifikation des Abschlusses eines Prozessfinanzierungsvertrags*

Unseres Erachtens stellt der Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrages durch die Konkursmasse weder einen Vergleich, noch einen Freihandverkauf, noch einen (teilweisen) Verzicht der Konkursmasse auf die Geltendmachung eines eigenen Anspruchs dar. Die Konkursmasse schliesst mit dem Prozessfinanzierungsvertrag einen normalen Vertrag des Privatrechts ab²⁷. *Funktional* nimmt die Konkursmasse mit dem Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags u.E. im Ergebnis aber eine Liquidationshandlung vor, und zwar nach der hier vertretenen Meinung eine *Liquidationshandlung sui generis*, die gewisse Elemente eines (echten²⁸) Vergleichs, eines Freihandverkaufs sowie eines Teilverzichts enthält.

Vergleichsähnlich ist die Situation zunächst deswegen, weil die Konkursmasse einerseits auf einen Teil der Forderung verzichtet (nämlich den Erfolgsanteil des Prozessfinanzierers bei

²⁷ Zur Rechtsnatur des Vertrags siehe vorne Ziff. II.A.

²⁸ Zur Unterscheidung echter und unechter Vergleich BGer 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000, E. 8.

erfolgreicher Geltendmachung und Vollstreckung der strittigen Forderung), und andererseits dafür auch etwas gewinnt, nämlich die Übernahme aller Verfahrens- und Parteikosten bzw. Parteientschädigungen durch den Prozessfinanzierer. Diese Kosten müsste ja die Konkursmasse normalerweise selber bestreiten. Zusätzlich erhält die Konkursmasse im Erfolgsfalle selbstverständlich den Nettoerlös aus der Geltendmachung der Forderung. Anders als beim eigentlichen Vergleich wird der Prozessfinanzierungsvertrag jedoch gerade nicht mit dem Prozessgegner (Schuldner), sondern mit einem Dritten (Prozessfinanzierer) abgeschlossen.

Die Leistung des Prozessfinanzierers rückt die Prozessfinanzierung auch in die Nähe eines klassischen Freihandverkaufs einer Forderung. Die Konkursmasse erhält unabhängig von der erfolgreichen Geltendmachung der strittigen Forderung einen Erlös, nämlich den Ersatz von Rechtsverfolgungskosten, d.h. Massakosten. Mit anderen Worten nimmt die Konkursmasse nach Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags in jedem Fall wirtschaftlich zu, gleich wie wenn sie eine Forderung gegen Entgelt versilbern würde.

Die Vorschriften zur Abtretung an die Gläubiger nach Art. 260 SchKG könnten schliesslich deshalb zu berücksichtigen sein, weil die Konkursmasse wie erwähnt einen Teil des Prozessergebnisses dem Prozessfinanzierer als Erfolgsprämie überlässt, mithin (nominell und rechtlich) endgültig auf diesen Teil des Prozesserlöses verzichtet. Andererseits kann man auch dafür halten, dass bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Konkursmasse auf gar nichts verzichtet. Im Gegenteil: Ohne Prozessfinanzierungsabrede würde bzw. könnte die Konkursmasse die strittige Forderung überhaupt nicht geltend machen, sondern müsste diese (gezwungenermassen) faktisch²⁹ unentgeltlich als sog. illiquide Forderung den Gläubigern zur Abtretung offerieren. Dies kommt wirtschaftlich einem reinen Mittelabfluss gleich. Demgegenüber hat die Konkursmasse beim Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags ausschliesslich ein sog. „upside“-Potential. Die Konkursmasse erhält schlimmstenfalls nichts, muss aber auch keine Masseverbindlichkeiten eingehen. Bestenfalls kann die Konkursmasse sogar einen Teil der strittigen Forderung einkassieren. So gesehen kann von einem Verzicht im Sinne von Art. 260 SchKG u.E. nicht die Rede sein.

Es existiert im Übrigen kein Recht der Gläubiger, sich einen Anspruch der Masse abtreten zu lassen, um allenfalls im Rahmen eines eigenmächtigen Vorgehens einen höheren Erlös³⁰ zu erzielen. Im Interesse der Gleichbehandlung der Gläubigergesamtheit ist wenn immer möglich eine Forderung von der Konkursverwaltung namens der Konkursmasse und damit zu Gunsten aller Gläubiger einzukassieren. Andernfalls würden finanziell schwächere Gläubiger gegenüber finanzstarken Gläubigern schlechter gestellt, da letztere eher die Kosten für einen Abtretungsprozess finanzieren können. So gesehen, ist eine Konkursverwaltung u.E. ver-

²⁹ Franco Lorandi (FN 25), Ziff. A.1.

³⁰ Ein allfälliges Prozessergebnis gehört zunächst bis zur Höhe der kollozierten Forderung dem Abtretungsgläubiger (Art. 260 Abs. 2 SchKG).

pflichtet, bei gegebenen Voraussetzungen die Möglichkeiten für den Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrages zu prüfen.

Zusammengefasst handelt es sich nach der hier vertretenen Meinung beim Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags um eine analoge Situation wie bei einem gewöhnlichen Vergleichsabschluss, weshalb hinsichtlich Zuständigkeiten und Wirkungen die hierzu entwickelte Praxis analog anzuwenden ist. Der Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags weist zudem gewisse Elemente eines Freihandverkaufs auf. Inwiefern die entsprechenden Vorschriften des Art. 256 SchKG, insbesondere das Höhergebotsrecht der Gläubiger, einschlägig sind, wird noch zu prüfen sein³¹. Klarerweise kommen aber die Vorschriften zur Abtretung nach Art. 260 SchKG *nicht* zur Anwendung, auch nicht analog. Durch den Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags verzichtet die Konkursmasse auf nichts, sondern im Gegenteil: sie gewinnt. Die Abtretung der strittigen Forderung kommt nur in Betracht, wenn der Gläubigerausschuss oder die Gläubigergesamtheit sowohl den Prozessfinanzierungsvertrag als auch die Geltendmachung der strittigen Forderung durch die Konkursmasse *ablehnen*.

2. Konkretes Vorgehen bei Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags

Von einer Vergleichssituation ausgehend (vgl. dazu soeben), ist unseres Erachtens vorab erforderlich, dass – wo vorhanden – ein Gläubigerausschuss dem Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrages zustimmt, soweit diesem die Kompetenz zur Zustimmung zu Vergleichen³² gemäss Art. 237 Abs. 3 SchKG nicht entzogen wurde. Existiert kein Gläubigerausschuss oder fehlt diesem hierzu die Kompetenz, ist der Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags von der zweiten Gläubigerversammlung oder mittels Zirkularbeschluss von der Mehrheit der Gläubiger zu genehmigen.

Existiert ein Gläubigerausschuss und hat dieser zugestimmt, ist eine zusätzliche Konsultation der Gläubigergesamtheit an sich nicht mehr erforderlich³³. Gleichwohl ist unseres Erachtens aus reinen Sicherheitsüberlegungen und zur Vorbeugung unnötiger Beschwerden³⁴ zu empfehlen, die Gläubiger mittels Gläubigerzirkular über den beabsichtigten Prozessfinanzierungsvertrag zu informieren und ein Mehrheitsbeschluss der Gläubiger einzuholen. Es ist mangels

³¹ Vgl. sogleich nachfolgend Ziff. 2.

³² In der Praxis wird einem Gläubigerausschuss kaum die ausdrückliche Kompetenz zum Abschluss von Prozessfinanzierungsverträgen übertragen worden sein, weshalb diese u.E. in der Kompetenz, Vergleiche abzuschliessen, enthalten ist. Es kann sich aber für die Zukunft durchaus anbieten, im Rahmen der ersten Gläubigerversammlung die Vor- und Nachteile von Prozessfinanzierungen zu diskutieren und die entsprechenden Kompetenzen des Gläubigerausschusses zu regeln.

³³ Für die Situation beim Vergleichsabschluss: BSK SchKG II -Stephen V. Berti, N 20 zu Art. 260; Franco Lorandi, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bei Vergleich und im Prozess, BISchK 2008/2, Ziff. II.2; BGer 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000, E. 7.

³⁴ Der Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags dürfte ist nach der hier vertretenen Meinung als Liquidationshandlung (*sui generis*) der Beschwerde unterliegen. KUKO SchKG – Markus Dieth/Georg J. Wohl, N 3 zu Art. 17.

anderslautender Praxis nämlich nicht auszuschliessen, dass eine Aufsichtsbehörde zum Schluss gelangt, Art. 237 Abs. 3 SchKG umfasse ohne explizite Ermächtigung durch die (erste) Gläubigerversammlung den Abschluss von Prozessfinanzierungsverträgen nicht. Ausserdem könnte im Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags ein Freihandverkauf erblickt werden, weshalb zumindest ohne anderslautende Ermächtigung des Gläubigerausschusses gemäss Art. 256 Abs. 1 SchKG zwingend die Gläubigergesamtheit zuständig ist³⁵.

Ein Recht der Gläubiger, selber als Prozessfinanzierer aufzutreten (zu denselben bzw. für die Konkursmasse besseren Konditionen; analoge Anwendung von Art. 256 Abs. 3 SchKG), besteht unseres Erachtens aber keinesfalls³⁶. Einerseits würde dies eine Ungleichbehandlung unter den Gläubigern bewirken, indem sich nur finanzstarke Gläubiger die Chance auf die Erfolgsprämie sichern könnten. Andererseits würde dies bedeuten, dass der Abtretungsgläubiger Vertragspartner der Konkursmasse wird, was unpraktikabel sein kann. Wenn der Abtretungsgläubiger im Gegensatz zu einem professionellen Prozessfinanzierer juristisch ungebildet ist, kann er die Konkursmasse bzw. deren Anwalt bei der Durchsetzung der Forderung nicht unterstützen. Ausserdem müsste auch die Bonität des Abtretungsgläubigers geprüft werden, sofern nicht bereits als Bedingung zum Vertragsschluss gemacht wird, dass alle Rechtsverfolgungskosten inkl. allfälliger Parteientschädigungen usw. vorzuschüssen sind³⁷.

Art. 260 SchKG kommt wie bei einem (echten) Vergleich auch beim Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags *nicht* zur Anwendung, weshalb den Gläubigern auch die strittige Forderung nicht zur Abtretung zu offerieren ist, weder unentgeltlich, noch gegen Leistung des Vergleichsinteresses. Dieses Recht steht wie erwähnt den Gläubigern nur dann zu, wenn sowohl der Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags als auch die Geltendmachung der Forderung durch die Konkursmasse selbst abgelehnt wird. Freilich hat diesfalls die Konkursverwaltung auch die Möglichkeit, zunächst einen besseren Prozessfinanzierungsvertrag auszuhandeln.

Einer Konkursverwaltung empfehlen wir nach dem Gesagten jedenfalls folgende Vorgehensweise beim Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags:

- i. Sobald ein Prozessfinanzierungsvertrag unterschriftsbereit vorliegt, soll er von einem allfälligen Gläubigerausschuss genehmigt werden. Der genehmigte Vertrag ist hernach den Gläubigern zur Kenntnis zu bringen, regelmässig auf dem Zirkularweg, in Einzelfällen auch an einer Gläubigerversammlung. Die Gläubiger sind über den wesentli-

³⁵ Die Kompetenzen gemäss Art. 256 Abs. 1 SchKG können einem Gläubigerausschuss übertragen werden. BSK SchKG II -Marc Russenberger, N 48 zu Art. 237 m.w.H.

³⁶ Freilich ist es nicht ausgeschlossen, dass ein geeigneter Gläubiger in Absprache mit der Konkursverwaltung und mit Zustimmung des Gläubigerausschusses bzw. im summarischen Konkursverfahren mit Mehrheitsbeschluss der Gläubiger als Prozessfinanzierer auftritt.

³⁷ Vgl. zur Sicherstellungspflicht Ziff. D.2. hiernach.

chen Vertragsinhalt zu orientieren und anzufragen, ob sie mit dem Vertragsabschluss einverstanden sind. Gleichzeitig sollen die Gläubiger angefragt werden, ob sie im Falle ihres *Nichteinverständnisses* eine eigene Geltendmachung des fraglichen Masseanspruchs durch die Konkursmasse wünschen (sofern genügend Massemittel dazu bestehen oder von Gläubigern sichergestellt werden) oder eine Abtretung an die Gläubiger gemäss Art. 260 SchKG verlangen. Soweit die Mehrheit der Gläubiger ihre Zustimmung zum Vertragsabschluss erteilt (bzw. nicht innert Frist opponiert), darf der Prozessfinanzierungsvertrag mit dem vorgesehenen Inhalt grundsätzlich abgeschlossen werden. Der Prozessfinanzierungsvertrag kann selbstverständlich auch schon vor dem Vorliegen der erforderlichen Zustimmung der Gläubiger unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen werden, dass ihm die Gläubiger (bzw. Gläubigerausschuss) innert Frist zustimmen.

- ii. Verweigern Gläubigermehrheit bzw. Gläubigerausschuss ihre Zustimmung zum Vertragsabschluss, ist der Anspruch entweder auf Kosten der Konkursmasse weiter zu verfolgen oder den Gläubigern zur eigenen Geltendmachung gemäss Art. 260 SchKG zur Abtretung zu offerieren. Im Falle einer Abtretung an die Gläubiger sind einzelne Abtretungsgläubiger grundsätzlich ebenfalls befugt, einen Prozessfinanzierungsvertrag mit dem Prozessfinanzierer abzuschliessen³⁸, jedenfalls soweit die Anforderungen des Bundesgerichts an einen Vergleichsabschluss durch einen Abtretungsgläubiger sinngemäss erfüllt sind.

D. Gefahren und Besonderheiten einer Prozessfinanzierung

1. *Allgemeines*

Prozessieren unter einem Prozessfinanzierungsvertrag wird teilweise auch als „prozessieren ohne Kostenrisiko“ bezeichnet. Dies trifft in dieser Absolutheit allerdings nicht zu: Vorerst gilt es zu bedenken, dass der Prozessfinanzierer selber insolvent werden oder aus anderen Gründen nicht mehr in der Lage sein kann, seine vertraglich zugesicherten Leistungen gegenüber dem Gläubiger zu erfüllen³⁹. Auch ist möglich, dass zwischen dem Prozessfinanzierer und dem Gläubiger Streitigkeiten aus dem Prozessfinanzierungsvertrag entstehen. So können Prozessfinanzierungsverträge etwa Klauseln enthalten, dass das Bekanntwerden neuer Tatsa-

³⁸ Vgl. Ziff. V. weiter hinten.

³⁹ Z.B. wurde die ehemals börsenkotierte deutsche Prozessfinanzierungsgesellschaft „Juragent“ Opfer eines mutmasslichen Betrugsfalls in der Schweiz, was sie auf dem Heimmarkt Deutschland offenbar in finanzielle Schwierigkeiten gebracht hat. Mittlerweile wurde über die Gesellschaft die Insolvenz erklärt. Quelle: <http://de.wikipedia.org/wiki/Juragent_AG>.

chen während des Prozesses, die beim Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrages nicht bekannt waren, dem Prozessfinanzierer zur Vertragskündigung berechtigen⁴⁰.

2. *Sicherstellung verlangen!*

Unseres Erachtens ist von entscheidender Bedeutung, dass der Gläubiger seine Ansprüche aus dem Prozessfinanzierungsvertrag durch den Prozessfinanzierer sicherstellen lässt. Soweit – wie hier – eine Konkursmasse Gläubigerin und Partei des Prozessfinanzierungsvertrages ist, werden die Gerichtskosten ohnehin regelmässig von der Konkursmasse als Klägerin sicherzustellen sein⁴¹, ebenso wie (auf Antrag der Gegenpartei hin) die mutmasslichen Anwaltskosten der Gegenpartei für den Fall eines Unterliegens der Konkursmasse im Prozess⁴². Soweit die Anwaltskosten der Gegenpartei nicht (oder nicht genügend) sichergestellt wurden, soll die Konkursmasse verlangen, dass ihr diese vom Prozessfinanzierer sichergestellt werden, am besten durch Barüberweisung auf ein Konto der Konkursverwaltung bzw. der Konkursmasse. Auch die Kosten des eigenen Anwalts sollen zum Voraus genügend sichergestellt werden, sei es durch Direktüberweisung an den Anwalt (mit befreiender Wirkung für die Konkursmasse als Auftraggeberin) oder wiederum durch Überweisung auf ein Konto der Konkursverwaltung oder der Konkursmasse. Auf diese Weise ist die Konkursmasse verhältnismässig gut abgesichert für den Fall, dass der Prozessfinanzierer im Laufe des Prozesses die erforderlichen Leistungen nicht mehr erbringen kann oder will. Die Absicherung ist für die Konkursmasse deshalb von zentraler Bedeutung, weil mit dem Prozessfinanzierungsvertrag, insbesondere aber mit der Führung des Prozesses und mit dem Abschluss des Mandatsverhältnisses mit dem beauftragten Anwalt Masseverbindlichkeiten entstehen, die grundsätzlich voll zu bezahlen sind. Vor einem Vertragsabschluss sind deshalb insbesondere auch die Bonität und der Ruf eines Prozessfinanzierers sorgfältig abzuklären.

Die Kosten aus einem allfälligen Widerklageverfahren werden in Prozessfinanzierungsverträgen teilweise ausgeschlossen. Für Konkursmassen erscheint uns dies jedoch nicht von grösserer Bedeutung, nachdem Gläubiger einer Konkursmasse ihre Forderungen grundsätzlich im Rahmen des Schuldenrufs geltend zu machen und gegebenenfalls im Kollokationsprozess durchzusetzen zu haben. In jedem Fall vorbehalten bleibt aber die Verrechnungseinrede des Schuldners bis zur Höhe des von der Konkursmasse eingeklagten Anspruchs.

⁴⁰ U.E. soll eine Konkursmasse darauf achten, dass als Gegengewicht eines solchen vertraglichen Kündigungsrechts eines Prozessfinanzierers das Recht der Konkursmasse besteht, die Klage mit sofortiger Wirksamkeit zurückzuziehen oder aber (gegen Leistung entsprechender Sicherheiten) einem Abtretungsgläubiger abzutreten. Vgl. zur Kündigungproblematik auch Rainer Wey (FN 4), Ziff. II.C.2.

⁴¹ Vgl. Art. 98 ZPO.

⁴² Vgl. Art. 99 ZPO.

3. *Situation bei Vergleichsmöglichkeit*

Für den Fall eines möglichen Vergleichsabschlusses während laufendem Prozess sehen Prozessfinanzierungsverträge in der Regel differenziertere Regelungen vor:

- i. Will nur der Prozessfinanzierer den Vergleich annehmen (nicht jedoch die Konkursmasse bzw. die Konkursverwaltung), so erbringt dieser gegenüber der Konkursmasse regelmässig diejenigen Leistungen, die bei einer Annahme des Vergleichsangebots zu erbringen wären. Der Prozessfinanzierer wird dadurch so gestellt, wie wenn der Vergleich abgeschlossen und erfüllt worden wäre. Der Prozessfinanzierer erhält mitunter nebst den vorgeschossenen Rechtsverfolgungskosten auch eine Erfolgsprämie basierend auf dem Nettovergleichserlös. Obwohl also die Konkursmasse noch nichts gewonnen hat, fliesst Liquidität aus der Masse ab, wie wenn die Konkursmasse von Beginn weg ohne Prozessfinanzierung prozessiert hätte, weshalb für die Ablehnung des Vergleichs bzw. Fortführung des Prozesses zwingend die Zustimmung des Gläubigerausschusses, bzw. wenn ein solcher nicht existiert, die Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger einzuholen ist. Wird die Zustimmung nicht erteilt, muss auch die Konkursmasse dem Vergleich zustimmen. Eine Abtretung an die Gläubiger gemäss Art. 260 SchKG kommt wiederum nicht in Frage, würde dies doch bedeuten, dass die Konkursmasse nicht nur den Prozessfinanzierer ausbezahlen, sondern darüber hinaus auch noch die Forderung (faktisch) unentgeltlich veräussern müsste, d.h. zu Lasten der Gläubigergesamtheit zweifach verlieren würde, was nicht im Sinn des abgeschlossenen Prozessfinanzierungsvertrags ist.
- ii. Will nur die Konkursmasse einen Vergleichsvorschlag annehmen und nicht auch der Prozessfinanzierer, so wird die Konkursmasse vom Prozessfinanzierer regelmässig in demjenigen Umfang entschädigt, wie es der Fall wäre, wenn der Vergleich angenommen würde. In der Regel sind dies, sofern nicht schon im Voraus vom Prozessfinanzierer bezahlt, sämtliche ausgelegten Verfahrens- und Anwaltskosten sowie der Anteil am Nettoerlös. Im Prozessfinanzierungsvertrag wird für einen solchen Fall regelmässig vereinbart, dass der Gläubiger seinen im Prozess liegenden Anspruch mit Bezahlung durch den Prozessfinanzierer an diesen abtritt⁴³, mit der Folge, dass der Prozessfinanzierer den Anspruch im eigenen Namen und auf eigenes Risiko weiterverfolgen kann. Für die Konkursmasse ergibt sich aus einer solchen Regelung grundsätzlich kein Nachteil, soweit sichergestellt ist, dass der Parteiwechsel (insbesondere gemäss anwendbarem Prozessrecht) ohne weiteres möglich ist und für die Konkursmasse keine inskünftigen Kosten- und Entschädigungsfolgen anfallen, die nicht schon sicher gestellt wären. Für das Angebot einer Abtretung des Anspruchs an einzelne Gläubiger gemäss Art. 260 SchKG gegen Sicherstellung des Vergleichsinteresses bleibt hier

⁴³ Gemäss Art. 164 ff. OR und nicht Art. 260 SchKG.

schon deshalb kein Raum, weil der Prozess aus Sicht der Konkursmasse (gemäss Prozessfinanzierungsvertrag) mittels Vergleichs erledigt ist⁴⁴.

4. *Situation im Zusammenhang mit einem Rechtsmittelverfahren:*

Der Prozessfinanzierungsvertrag wird regelmässig nur für das erstinstanzliche Verfahren abgeschlossen. Liegt ein erstinstanzliches Urteil vor, gemäss welchem die Konkursmasse obsiegt hat und zieht die unterlegene Gegenpartei (Beklagter) das Urteil weiter, so wird dies in der Praxis für die obsiegende Konkursmasse (Klägerin) kaum Probleme aufwerfen. In den allermeisten Fällen wird der Prozessfinanzierer auf gutem Wege mit dabei bleiben (wollen) und auch das Rechtsmittelverfahren mittels Prozessfinanzierung finanzieren. Soweit wider Erwarten mit dem Prozessfinanzierer keine Einigung über das Rechtsmittelverfahren erzielt werden kann, wird es für die obsiegende Konkursmasse kaum grössere Schwierigkeiten bereiten, einen neuen Prozessfinanzierer zu finden. Ausserdem sind die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren in der Regel geringer, weshalb es im Einzelfall durchaus möglich und im Interesse der Gläubigergesamtheit ist, dass die Konkursmasse ohne Prozessfinanzierer weiterprozessiert; selbstverständlich nachdem die erforderlichen Zustimmungen der Konkursorgane eingeholt wurden⁴⁵. In Anbetracht der regelmässig anwendbaren gesetzlichen Rechtsmittelfristen muss eine Konkursverwaltung die Gläubiger in der Regel sehr schnell angehen (und allenfalls auch vorsorglich ein Rechtsmittel zwecks Fristwahrung einlegen).

Ist die Konkursmasse mit dem erstinstanzlichen Urteil ganz oder teilweise unterlegen, gilt für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren Folgendes:

- i. Will sich nur die Konkursmasse dem Urteil unterziehen, gilt sinngemäss dasselbe, was für den Fall der alleinigen Vergleichsbereitschaft einer Konkursmasse gesagt wurde⁴⁶. Der Prozessfinanzierer hat die Konkursmasse finanziell so zu stellen, wie wenn das Urteil nicht weitergezogen würde, und er kann in der Folge an Stelle der Masse den Prozess weiterführen. Zudem dürfen zu Lasten der Masse keine inskünftigen Prozess- oder Anwaltskosten anfallen. Dass sich nur die Konkursmasse dem Urteil unterwerfen will, kann insbesondere dann der Fall sein, wenn sie nur teilweise unterlegen ist.
- ii. Will sich der Prozessfinanzierer dem erstinstanzlichen Urteil unterziehen, nicht jedoch die Konkursmasse, so hat diese ein allfälliges Rechtsmittelverfahren auf eigene Kos-

⁴⁴ Vgl. Literaturhinweise in FN 33 zur Anwendbarkeit von Art. 260 SchKG beim (aussergerichtlichen) Vergleich.

⁴⁵ Immerhin bleibt zu erwähnen, dass ein solches Vorgehen für die Konkursorgane insoweit gefährlich sein kann, als bei einem Unterliegen der Konkursmasse im Rechtsmittelverfahren auch die erstinstanzlichen Kosten und Entschädigungsfolgen zu tragen sind. Dieser Weg darf daher nur beschritten werden, wenn für den schlechtesten Fall genügend Massemittel vorhanden sind.

⁴⁶ Vgl. Ziff. 3.ii. hiervor.

ten und auf eigene Gefahr weiterzuführen. Soweit sie sich dazu nicht schon vorgängig von den Gläubigern (bzw. einem allfälligen Gläubigerausschuss) ermächtigen liess, hat sie die entsprechende Ermächtigung vor einem Weiterzug einzuholen. Beschliessen die Gläubiger, den Anspruch nicht weiter zu verfolgen, ist dieser den Gläubigern zur Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu offerieren.

IV. Prozessfinanzierung im gerichtlichen Nachlassverfahren

Während eines provisorischen oder definitiven Nachlassstundungsverfahrens besteht grundsätzlich kaum ein Bedürfnis zum Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags. Einerseits dürfen mit Ausnahme von dringlichen Fällen ohnehin keine Prozesse geführt werden⁴⁷. Andererseits wird sich ein Sachwalter in der Stundungsphase v.a. auf Sanierungsmassnahmen konzentrieren und sich mit Bestand und Durchsetzbarkeit von Forderungen höchstens am Rande beschäftigen, und zwar im Zusammenhang mit der Feststellung der finanziellen Lage des Schuldners. Sollte einmal das definitive Stundungsverfahren länger andauern, muss immerhin seitens des Schuldners bzw. des Sachwalters sichergestellt werden, dass allfällige strittige Forderungen während der Stundungsphase nicht verjähren.

Rein theoretisch für den Fall, dass ein Prozessfinanzierungsvertrag bereits vor Beginn einer Nachlassstundung vom Schuldner initiiert worden war, oder dass der Sachwalter von Dritten (z.B. einem Rechtsanwalt des Schuldners⁴⁸) auf eine liquide Forderung und das Interesse eines Prozessfinanzierers aufmerksam gemacht wird, kann der Sachwalter unseres Erachtens einen Prozessfinanzierungsvertrag in eigener Verantwortung unterzeichnen, sofern ihm vom Nachlassgericht die Befugnis erteilt wurde, namens des Schuldners zu handeln. Hat der Sachwalter keine Organbefugnisse erhalten, muss die Zustimmung des Schuldners zum Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags eingeholt werden⁴⁹.

Das Nachlassgericht und auch ein allfälliger Gläubigerausschuss sind demgegenüber rein theoretisch nicht zu konsultieren, verfügt doch der Schuldner bzw. der Sachwalter mit Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags nicht über Anlagevermögen und nimmt auch keine unentgeltliche Vermögensveräusserung zu Lasten des Schuldners vor⁵⁰. Dennoch kann es im Interesse des Sachwalters und eines Prozessfinanzierers liegen, den Prozessfinanzierungsvertrag gegebenenfalls vom Nachlassgericht oder einem Gläubigerausschuss genehmigen zu lassen, wird dadurch immerhin sichergestellt, dass in einer nachfolgenden Nachlassliquidation oder

⁴⁷ Vgl. Art. 293c Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 297 Abs. 5 SchKG.

⁴⁸ Rainer Wey (FN 4), Ziff. II.B.1.

⁴⁹ Vgl. Art. 298 Abs. 1 SchKG.

⁵⁰ Vgl. Art. 298 Abs. 2 SchKG; insbesondere der „Verzicht“ auf einen Teil des Prozesserlöses erfolgt nicht unentgeltlich. Vgl. hierzu im Einzelnen Ziff. III.C. vorne.

in einem Konkurs von Gläubigern keine Anfechtungsansprüche geltend gemacht werden können⁵¹.

Im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung (Nachlassliquidation) verhält es sich gleich wie im Konkurs⁵², indessen mit folgenden Besonderheiten: In einem Nachlassliquidationsverfahren ist zusätzlich zum Liquidator zwingend ein Gläubigerausschuss durch die Gläubigerversammlung zu wählen, die auch die Kompetenzen des Gläubigerausschusses und des Liquidators festlegt⁵³. Enthält der Nachlassvertrag weder Bestimmungen zur Genehmigung zur Führung von Prozessen noch zum Abschluss von Vergleichen, ist der Liquidator nach der hier vertretenen Auffassung frei, alleine zu handeln und kommt Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG auch nicht ersatzweise bzw. analog zur Anwendung⁵⁴. In der Praxis dürfte aber dem Gläubigerausschuss regelmässig die Kompetenz erteilt worden sein, über die Führung von Prozessen und den Abschluss von Vergleichen zu entscheiden, weshalb ihm auch ein Prozessfinanzierungsvertrag zur Genehmigung unterbreitet werden muss. Für das Vorgehen nach Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags kann wiederum auf die Ausführungen zum Konkurs verwiesen werden⁵⁵.

V. Prozessfinanzierung zu Gunsten eines Abtretungsgläubigers

A. Ausgangslage

Ein Abtretungsgläubiger gem. Art. 260 SchKG ist frei, ob er die ganze abgetretene Forderung oder lediglich einen *Teil* davon geltend machen will. Er hat insb. auch die Möglichkeit, lediglich die Höhe seiner eigenen Konkursforderung einzuklagen und somit die Kosten im Hinblick auf das Prozessrisiko geringer zu halten⁵⁶. Er ist nicht verpflichtet, die Interessen der verzichtenden Gläubiger zu wahren. Er kann mit der Gegenpartei auch einen (gerichtlichen oder aussergerichtlichen) Vergleich abschliessen und sogar ganz auf den abgetretenen Anspruch verzichten⁵⁷. Bei Untätigkeit kann er immerhin gegenüber der Masse für verursachten Schaden haftbar werden, was etwa dann der Fall sein kann, wenn er einen abgetretenen An-

⁵¹ Vgl. Art. 285 Abs. 3 SchKG. Ohne diese Ausnahmebestimmung wäre der Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags als Rechtsgeschäft unter den gegebenen Voraussetzungen durchaus anfechtbar. Zur Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften vgl. statt vieler KUKO SchKG - Brigitte Umbach-Spahn/Stefan Bossart, N 5 zu Art. 285.

⁵² Vgl. Ziff. III.C.2.

⁵³ Vgl. Art. 317 Abs. 2 SchKG sowie Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

⁵⁴ Gl. Meinung hinsichtlich der Genehmigung von Vergleichen in der Nachlassliquidation: Franco Lorandi (FN 33), Ziff. II.1.

⁵⁵ Vgl. Ziff. III.C.2.

⁵⁶ Statt vieler KUKO SchKG – Urs Bürgi, N 16 zu Art. 260.

⁵⁷ BGE 105 III 135; 102 III 29.

spruch verjähren lässt, denn es entfällt die Möglichkeit der Masse, den Anspruch letztlich noch nach Art. 256 zu verwerten⁵⁸.

B. Conclusio

Nach dem Gesagten muss dem Abtretungsgläubiger unzweifelhaft erlaubt sein, einen Prozessfinanzierer zur Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs beizuziehen. Aus einem allfälligen Gewinn (nach Abzug der Kosten und Befriedigung des Prozessfinanzierers) kann sich der Gläubiger bis zur Höhe seiner eigenen Forderung befriedigen. Ein allfälliger Überschuss ist an die Masse abzuliefern (vgl. Art. 260 Abs. 4 SchKG). Unter einer ergebnisorientierten Betrachtung ist damit auch gleichzeitig erstellt, dass einer *Konkursmasse* ebenfalls erlaubt sein muss, einen Prozessfinanzierungsvertrag abzuschliessen. Wollte man anders entscheiden, würde dies zu stossenden Ergebnissen führen.

Eine Mehrheit von Abtretungsgläubigern muss sich koordinieren und gemeinsam gerichtlich vorgehen, was sich aus der prozessstandschaftsähnlichen Wirkung der Abtretung ergibt⁵⁹. Entweder einigen sich sämtliche Abtretungsgläubiger (einstimmig) auf den Abschluss (und die Konditionen) eines Prozessfinanzierungsvertrags, oder aber ein einzelner oder einige Abtretungsgläubiger schliessen nur für ihren Prozessanteil bzw. hinsichtlich ihres Kostenanteils einen Prozessfinanzierungsvertrag ab. Letzteres dürfte indessen für einen Prozessfinanzierer wegen der zahlreichen Koordinationsschwierigkeiten zwischen den Abtretungsgläubigern kaum interessant sein. Demgegenüber kann es bei Massenschäden durchaus lukrativ sein, den Prozess einer grossen Gläubiger- bzw. Geschädigtengruppe zu finanzieren, weil regelmässig grosse Summen im Streit liegen (z.B. bei Anlegerschäden im Finanzmarktrecht⁶⁰).

VI. **Exkurs: Vorgehen im Bankenkonzurs**

Das Bankenkonzursverfahren ist in den Art. 33 ff. BankG⁶¹ sowie in der Bankeninsolvenzverordnung⁶² der Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA (FINMA) geregelt. Hierbei baut das Bankenkonzursrecht grundsätzlich auf dem gemeinrechtlichen Konkursrecht auf, sofern das

⁵⁸ Vgl. Art. 260 Abs. 3 SchKG sowie statt vieler KUKO SchKG – Urs Bürgi, N 17 zu Art. 260.

⁵⁹ Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Zürich 2013, § 47 N 61; BSK SchKG II – Stephen V. Berti, N 57 zu Art. 260.

⁶⁰ Vgl. Bericht des Bundesrats zur Prozesskostenfinanzierung in der Schweiz in FN 21 sowie jüngste Bestrebungen zur Verbesserung des Rechtsschutzes bei Anlegerschäden im E-FIDLEG (Prozesskostenfonds), abrufbar unter: <<http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=53561>>.

⁶¹ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen SR 952.0, BankG.

⁶² Verordnung der Eidg. Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern SR 952.05, BIV-FINMA.

Bankgesetz und ihre Nebenerlasse keine abweichenden Bestimmungen vorsehen⁶³. Das Bankenkonzursrecht ist insofern von grosser praktischer Bedeutung, als nicht nur sog. insolvente bewilligte Banken und Effekthändler gemäss den Bestimmungen im BankG und in der BIV-FINMA abgewickelt werden, sondern auch sämtliche sog. *unbewilligten Institute*, d.h. schweizerische und ausländische Unternehmen sowie juristische Personen, welche in der Schweiz oder von der Schweiz aus einer gemäss dem BankG oder BEHG⁶⁴ bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne über die hierfür erforderlichen Bewilligungen oder Genehmigung zu verfügen⁶⁵. Diese Kategorie von sog. Bankenkonzursen überwiegt in der Praxis klar und fördert immer wieder Anlagebetrugsfälle mit teilweise internationalen Dimensionen zu Tage.

Mitunter kommt es zu einem Totalverlust der Kleinanleger, weil sich das vorhandene Massevermögen angesichts der Vielzahl⁶⁶ von Gläubigern atomisiert. Der von der FINMA eingesetzte Konkursliquidator muss in solchen Fällen besonders behutsam mit dem Massevermögen umgehen und unnötige Kosten tunlichst vermeiden. Die Eidg. FINMA, welche der Führung von Prozessen durch die Konkursmasse zustimmen muss⁶⁷, stellt strenge Anforderung an die Erfolgchancen und die Einbringlichkeit von durch die Konkursmasse geführten Aktivprozessen, weshalb bestrittene Forderungen regelmässig gemäss Art. 28 Abs. 2 BIV-FINMA analog Art. 260 SchKG an die Gläubiger abzutreten sind. Dies kommt nicht nur für die Konkursmasse⁶⁸, sondern paradoxerweise oft auch für die Abtretungsgläubiger selbst einem Forderungsverzicht gleich, weil sich eine grosse Zahl von Abtretungsgläubigern erfahrungsgemäss faktisch nicht koordinieren kann, auch dann nicht, wenn die Gläubiger teilweise von Anwälten vertreten sind. Überdies scheuen viele Gläubiger die mutmasslich hohen Rechtsverfolgungskosten, weshalb sich viele Klein- und Kleinstgläubiger Ansprüche gar nicht erst abtreten lassen. Das ehemalige Management oder diesen nahestehende Personen kommen so zumindest in finanzieller Hinsicht ungeschoren davon, was stossend ist. Nach dem Gesagten ist es evident, dass gerade auch in Bankenkonzursen ein Bedürfnis bestehen kann, dass die Konkursmasse trotz angespannter Liquidität einen Aktivanspruch zu Gunsten der Gläubiger Gesamtheit geltend macht. Damit besteht auch ein legitimes Bedürfnis, wo möglich Prozessfinanzierungsverträge abzuschliessen.

Die Zuständigkeit zum Abschluss von Prozessfinanzierungsverträgen liegt nach der hier vertretenen Ansicht alleine beim Konkursliquidator⁶⁹. Weil ein Prozessfinanzierungsvertrag regelmässig den Gläubiger verpflichtet, einen Prozess auch effektiv zu führen, muss die Eidg.

⁶³ Vgl. Art. 34 Abs. 2 und 3 BankG. Statt vieler: BSK BankG – Thomas Bauer/Olivier Hari/Vincent Jeanneret, N 4 zu Art. 33.

⁶⁴ Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel SR 954.1, BEHG.

⁶⁵ Statt vieler: BSK BankG – Thomas Bauer/Olivier Hari/Vincent Jeanneret, N 13 zu Art. 33.

⁶⁶ Die Autoren betreuen FINMA-Verfahren mit teils mehreren tausend Gläubigern.

⁶⁷ Vgl. Art. 22 Abs. 4 BIV-FINMA.

⁶⁸ Zur Problematik der faktischen Unentgeltlichkeit des Verzichts: Ziff. III.C.1.

⁶⁹ Vgl. Art. 13 BIV-FINMA. Hinsichtlich Zuständigkeit des Bankenkonzursliquidators zum Abschluss von privatrechtlichen Verträgen Franco Lorandi, SZW 4/2014, S. 408 ff.

FINMA den Prozess vorweg bewilligen, was sie indessen angesichts der Unentgeltlichkeit des Prozesses für die Konkursmasse sowie des „upside“ Potentials regelmässig tun wird. Hat die FINMA ausnahmsweise einen Gläubigerausschuss bestellt und diesem die Kompetenz zur Bewilligung von Prozessen erteilt⁷⁰, ist selbstverständlich dieser über den Prozessfinanzierungsvertrag zu informieren und dessen Genehmigung einzuholen.

Demgegenüber ist nach der hier vertretenen Meinung weder eine Gläubigerversammlung durch die FINMA einzuberufen⁷¹, noch sind die Gläubiger mittels Gläubigerzirkular⁷² zum Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags zu konsultieren. Aufgrund seiner Ähnlichkeiten ist der Prozessfinanzierungsvertrag einem klassischen Vergleich sehr nahe. Zumindest der Abschluss eines echten Vergleichs, der nicht gleichzeitig auch eine Verwertungshandlung miteinschliesst (z.B. gütliche Erledigung eines Rechtsstreits als Gegenleistung zur Übernahme von schwer veräusserlichen Konkursaktiva zu einem bestimmten Preis) ist nicht zwingend den Gläubigern zur Kenntnis zu bringen, weil ein solcher Vergleich keine Verwertungshandlung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 BankG darstellt, wogegen die Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen ein Rechtsmittel ergreifen könnten⁷³. Somit kann der Konkursliquidator zusammen mit der FINMA entscheiden, ob und zu welchen Bedingungen er einen strittigen Anspruch der Konkursmasse mit Hilfe eines Prozessfinanzierers geltend machen will. Die Gläubiger sind erst dann über den laufenden Prozess zu informieren, wenn sich die Frage stellt, ob die Konkursmasse ein allfälliges Rechtsmittelverfahren auch ohne Prozessfinanzierer weiterführen darf. Soll der Prozess nicht weitergeführt werden, ist gleich wie im gemeinrechtlichen Konkurs⁷⁴ der Anspruch gemäss Art. 21 Abs. 5 BIV-FINMA analog Art. 260 SchKG den Gläubigern zur Abtretung anzubieten.

VII. Zusammenfassung und Schlussbemerkungen

Prozessfinanzierungen sind sowohl Konkursmassen und Nachlassmassen in der Nachlassliquidation wie auch Abtretungsgläubigern unseres Erachtens grundsätzlich erlaubt. Die Frage der Zulässigkeit von Prozessfinanzierungsverträgen im Konkurs wurde richterlich (und insbes. vom Bundesgericht) noch nicht entschieden, was für die zuständigen Konkursorgane gewisse Risiken birgt. In der Praxis haben Konkurs- und Nachlassmassen bereits in mehreren Fällen einen Prozessfinanzierungsvertrag abgeschlossen. Für eine Insolvenzmasse macht der Weg über eine Prozessfinanzierung vor allem dann Sinn, wenn sie *nicht über (genügend) li-*

⁷⁰ Vgl. Art. 15 BIV-FINMA.

⁷¹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 BIV-FINMA.

⁷² Vgl. Art. 14 Abs. 4 BIV-FINMA.

⁷³ Gl. Meinung Franco Lorandi (FN 68), Ziff. II.2.3. Im Bankenkonzurs hat der Konkursliquidator beabsichtigte Verwertungshandlungen in einem sog. Verwertungsplan den Gläubigern anzuzeigen, worauf diese eine anfechtbare Verfügung von der FINMA verlangen können, die ans Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden kann. Vgl. Art. 24 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 34 Abs. 4 BIV-FINMA.

⁷⁴ Für die diesbezüglichen Handlungspflichten im gemeinrechtlichen Konkurs vgl. Ziff. III.C. vorne.

quide Mittel für eine alleinige Prozessführung verfügt. Über gewisse minimale Mittel muss eine Insolvenzmasse in jedem Fall verfügen, ansonsten sie nicht in der Lage ist, einen möglichen Anspruch vorzuprüfen und dem Prozessfinanzierer darzulegen. Bei guter Verhandlungsführung ist es immerhin möglich, von einem Prozessfinanzierer bereits erste Vorprüfungen und damit verbundene Anwaltskosten finanzieren zu lassen, selbst wenn es später nicht zu einem Vertragsabschluss kommen sollte.

Auch im Bankenkurs ist eine Prozessfinanzierung zulässig und ermöglicht es insbesondere, dass die Konkursmasse zu Gunsten der Gläubigergesamtheit gegen Dritte vorgeht. Dies kann vor allem dann wünschenswert sein, wenn die Gläubigergesamtheit mehrheitlich aus kleinen Anlegern besteht, die erfahrungsgemäss qua Abtretung analog Art. 260 SchKG nur selten zu einer Konkursdividende gelangen.

Eine Prozessfinanzierung birgt immer auch gewisse Risiken in sich. Daher sollten Insolvenzverwaltungen Vorsicht walten lassen beim Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrages. Sie sollten sich im Zweifelsfall beraten lassen und keine Vertragsklauseln akzeptieren, die nicht der besonderen Konstellation des Insolvenzverfahrens angepasst sind. U.a. sollen sie darauf achten, dass bezüglich Kündigungsmöglichkeiten und Rechtsmittel eine gute vertragliche Lösung getroffen wird, und dass sie ihre Entscheidungsfreiheit gegenüber dem Prozessfinanzierer nicht wesentlich einschränken lassen. Fast noch wichtiger als die Prüfung der Bonität des (künftigen) Prozessgegners sind die Bonität und das Image des Vertragspartners (Prozessfinanzierers). Es ist zu empfehlen, den Prozessfinanzierer unter diesen Aspekten genau zu prüfen und ihn regelmässig zu hinlänglichen Vorschuss- bzw. Sicherheitsleistungen zu verpflichten. Bei einem Streit oder einer Insolvenz des Prozessfinanzierers können sich für die Insolvenzverwaltung ernsthafte Schwierigkeiten ergeben. Eine Insolvenzverwaltung, die umgekehrt den Weg einer Prozessfinanzierung zum vornherein ausser Acht lässt, obwohl gute Aussichten auf eine solche bestehen, handelt u.E. auch nicht im Interesse der Gläubigergesamtheit.