

**90 Jahre Fürstlicher Oberster  
Gerichtshof**

**Festschrift für Gert Delle Karth**

Sonderdruck

herausgegeben von  
*Hubertus Schumacher und Wigbert Zimmermann*

2013

ISBN 978-3-7097-0002-0

 Jan Sramek Verlag



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren .....	XIII
<b>CARL BAUDENBACHER</b>	
Das Vorabentscheidungsverfahren im EFTA-Pfeiler des EWR .....	1
<b>DIETMAR BAUR</b>	
Bestreitungsklauseln bei privatnützigen Stiftungen .....	23
<b>STEFAN BECKER</b>	
Übertragbarkeit zivilprozessualer Rechtsinstitute auf das Verwaltungsrecht, dargestellt an der einheitlichen Streitpartei nach § 14 ZPO .....	41
<b>HARALD BÖSCH</b>	
Duty to act impartially – zur Pflicht des trustee, keinen beneficiary ungebührlich zu bevorzugen oder zu benachteiligen .....	59
<b>PETER BUSSJÄGER</b>	
Was ist eine enderledigende Entscheidung? .....	81
<b>PETER CSOKLICH</b>	
Antragslegitimation, Parteistellung und Rechtsmittellegitimation im Privatstiftungsrecht – eine Zwischenbilanz der österreichischen OGH-Judikatur .....	93

**FELIX DASSER**

Schiedsgerichte und staatliche Gerichte: Nebeneinander, nacheinander, miteinander, gegeneinander – ein Durcheinander? ..... 109

**ALFONS DÜR**

Die Beteiligung Österreichs an der Justizpflege des Fürstentums Liechtenstein ..... 127

**BERNHARD ECCHER**

Das neue liechtensteinische Ehegattenerbrecht ..... 155

**MARTIN ULRICH FISCHER**

Die liechtensteinische privatrechtliche Anstalt nach Art 534 ff PGR – Ein Wanderer zwischen den Welten ..... 169

**MARIE-THERES FRICK**

Die neuere Entwicklung des liechtensteinischen Aktienrechts im Lichte der EWR-Mitgliedschaft ..... 193

**MARIO FRICK**

Der Trust in der Praxis des liechtensteinischen Rechts ..... 217

**MARION FRICK-TABARELLI**

Vom gedruckten zum digitalen Landesgesetzblatt ..... 237

**ROBERT FUCIK**

Begründen überschießende Feststellungen oder Verstöße gegen das Neuerungsverbot Verfahrensmängel nach der öZPO? ..... 251

**ANNA GAMPER**

Autochthoner versus europäischer Konstitutionalismus? ..... 263

**JOHANNES GASSER**

Asset versus Creditor Protection ..... 283

<b>REINHOLD GEIMER</b>	
Die neue Brüssel I-Verordnung .....	319
 <b>MARTIN HÄUBLEIN</b>	
Vertragsschluss durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben? .....	333
 <b>WULF GORDIAN HAUSER</b>	
Torpedoschutz im Fürstentum .....	355
 <b>CHRISTIAN HAUSMANINGER</b>	
Die Auslegung pathologischer Schiedsvereinbarungen in Österreich, Deutschland und der Schweiz – ein Rechtsvergleich .....	375
 <b>HELMUT HEISS/ARIANE ERNST</b>	
Das anwendbare Recht im liechtensteinischen Schiedsverfahren .....	391
 <b>HILMAR HOCH</b>	
Staatsgerichtshof und Oberster Gerichtshof in Liechtenstein .....	415
 <b>CHRISTIAN HOFMANN</b>	
Die Gesellschafterdirektklage in Liechtenstein .....	431
 <b>THOMAS HOSP</b>	
Das Kontrollorgan als Element der Foundation Governance – erste Praxiserfahrungen .....	465
 <b>REINHOLD HOTZ</b>	
Zur Anwendung des Zivilprozessrechts auf den liechtensteinischen Sozialversicherungsprozess .....	481
 <b>SUSANNE KALSS</b>	
Leitung und Kontrolle eines Familienunternehmens durch eine Privatstiftung .....	499

**GEORG E. KODEK**

Einstweilige Verfügungen nach Micallef v Malta – eine Nachlese .....	521
---	-----

**NINA KÖCHL**

Möglichkeiten zur Eindämmung des »Schriftsatzunwesens« in der liechtensteinischen Gerichtspraxis .....	549
---	-----

**BARBARA KÖLLENSPERGER**

Zum Kostenvorschuss für Sachverständigengebühren bei Beweisaufnahme ex officio .....	569
---	-----

**CHRISTOPH LIEBSCHER**

Der parteiernannte Schiedsrichter .....	593
---	-----

**BERNHARD LORENZ**

Bindungswirkung ausländischer Urteile auf Grund wirksamer Gerichtsstandsvereinbarungen? .....	609
--	-----

**PETER G. MAYR**

Grundlagen des Internationalen Zivilverfahrensrechts aus liechtensteinischer Sicht .....	645
---	-----

**KATHARINA MÜLLER/MARTIN MELZER**

Die Business Judgment Rule im liechtensteinischen Stiftungsrecht und ein Ausblick ins österreichische Stiftungsrecht .....	669
---	-----

**MATTHIAS NEUMAYR**

Mediationsvereinbarungen und ihre Auswirkungen auf die Einleitung von zivilgerichtlichen Verfahren .....	685
---	-----

**BETTINA NUNNER-KRAUTGASSER**

Verfahrenshilfe versus Prozesskostenfinanzierung für Insolvenzmassen in Österreich .....	701
---	-----

**UWE ÖHRI**

»Differenzierte Solidarität« im Verantwortlichkeitsrecht? ..... 725

**HENRY PETER/PAUL-BENOÎT DUVOISIN**

Concours et conflits de normes en cas de restructurations,  
concentrations et acquisitions d'entreprises ..... 737

**JÜRGEN C. T. RASSI**

Die richterliche Anleitungspflicht und das Verbot von Überraschungs-  
entscheidungen in der österreichischen Rechtsprechung –  
Entwicklungen seit der Zivilverfahrensnovelle 2002 ..... 767

**MARTIN SCHAUER**

Differenzierte Solidarität bei der Haftung von Organen –  
eine kritische Analyse ..... 781

**MARTIN P. SCHENNACH**

Zwischen Partizipation und Exklusion?  
*Rechtliche Nutzungsregime am Gemeinschaftsgut im Alpenraum  
aus rechtshistorischer Perspektive* ..... 795

**PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN**

Die politische Verantwortung des Landesfürsten ..... 829

**GEORG SCHIMA**

Kontrolldefizite im Österreichischen und Liechtensteinischen  
Stiftungsrecht ..... 847

**ANTON K. SCHNYDER**

Zu Genesis und Fortentwicklung des liechtensteinischen  
internationalen Versicherungsvertragsrechts ..... 873

**ALEXANDER SCHOPPER**

Liechtensteinische und österreichische Stiftungen im  
Internationalen Privatrecht ..... 889

**ROLF A. SCHÜTZE**

Prozessrechtsvergleichung ..... 913

**HUBERTUS SCHUMACHER**

»Abschließend erledigte Streitpunkte« im Berufungs-  
und Revisionsverfahren ..... 925

**FRANCESCO A. SCHURR**

Beneficiary Principle als  
zentrales Element für die Wirksamkeit von Trusts ..... 937

**ANDREAS SCHWARTZE**

Die Obliegenheit des Käufers zur Mängelrüge in Liechtenstein  
aufgrund von § 347 ADHGB im Lichte neuerer Entwicklungen  
dieses Rechtsinstituts ..... 951

**MANFRED UMLAUFT**

Zwei zentrale Fragen des Anrechnungsrechts im Pflichtteilsrecht:  
Kritische Überlegungen zur jüngsten Rechtsprechung des  
österreichischen Obersten Gerichtshofs ..... 969

**WILHELM UNGERANK**

Zur Zulassung des Nebenintervenienten ..... 985

**MARTIN WEBER**

Feststellungsbegehren und § 43 ZPO – Bedeutet ein Unterliegen  
mit dem Feststellungsbegehren immer auch ein Unterliegen  
dem Grunde nach? ..... 1003

**IRENE WELSER**

Korruptionsstrafrecht am Beispiel des Anfütterungsverbots  
für Schiedsrichter: Notwendigkeit oder sinnlose Fleißaufgabe  
des Gesetzgebers? ..... 1019

**ALEXANDER WITTWER**

Liechtenstein und das Europäische Zivilprozessrecht ..... 1035



**GEROLD ZEILER**

Zur schiedsgerichtlichen Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen .....	1055
--	------

**JOHANNES ZOLLNER**

Der Verzicht auf eine Begünstigtenstellung – Überlegungen zum österreichischen und liechtensteinischen Stiftungsrecht .....	1075
--	------

**Über den Jubilar**

Curriculum Vitae von <i>Gert Delle Karth</i> .....	1089
--	------



# Verfahrenshilfe versus Prozesskostenfinanzierung für Insolvenzmassen in Österreich

## I. Einleitung

Gerade in massearmen Verfahren stehen Insolvenzverwalter oft vor der Frage, wie sie an sich erfolgversprechende Prozesse (zB Anfechtungsprozesse, aber auch Aktivprozesse zur Hereinbringung von Forderungen der Masse) finanzieren sollen bzw ob eine Klagsführung im Hinblick auf das niemals zur Gänze auszuschließende Risiko des Prozessverlusts und die damit verbundene Haftungsproblematik überhaupt ratsam ist.<sup>1</sup>

In derartigen Situationen stehen grundsätzlich zwei Mittel zur Verfügung: Zum einen kann sich der Insolvenzverwalter um **Verfahrenshilfe** für die Insolvenzmasse bemühen. Zum anderen kann er aber auch versuchen, das Kostenrisiko durch eine **Inanspruchnahme von gewerblicher Prozesskostenfinanzierung** zu minimieren. Die letztere Option wird in Österreich – anders als in Deutschland – noch eher zurückhaltend in Anspruch genommen. Der vorliegende Beitrag untersucht daher die Vor- und Nachteile dieser beiden Möglichkeiten und ihr Verhältnis zueinander.

## II. Verfahrenshilfe für Insolvenzmassen

### A. Zweck der Verfahrenshilfe

Das Institut der **Verfahrenshilfe** bezweckt, auch mittellosen Parteien den Zugang zu Gericht zu eröffnen.<sup>2</sup> Dadurch wird sichergestellt, dass auch wirtschaft-

<sup>1</sup> Vgl dazu *Schumacher*, Verfahrenshilfe an den Masseverwalter, JBl 1986, 498.

<sup>2</sup> Allgemein dazu statt vieler *M. Bydlinski* in Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>2</sup> II/1 (2002) § 63 ZPO Rz 1 ff.

lich schwache Parteien den ihnen zustehenden Rechtsschutz erhalten können; es geht im Grunde also um die Durchsetzung des Justizgewährungsanspruchs. Zu betonen ist freilich, dass auch die Gewährung von Verfahrenshilfe im vollen Umfang nach § 64 Abs 1 ZPO die unterliegende Partei nicht von der Pflicht zum Ersatz der gegnerischen Prozesskosten befreit, weil die Verfahrenshilfe stets nur die jeweils eigenen Kosten betrifft.<sup>3</sup> Auch eine uU bestehende Nachzahlungspflicht gem 71 ZPO ist hinsichtlich des Kostenrisikos stets zu berücksichtigen.

## B. Gesetzliche Rahmenbedingungen in Österreich

Die gesetzliche Grundlage für die Gewährung von Verfahrenshilfe an eine Insolvenzmasse<sup>4</sup> findet sich (nunmehr wieder) in § 63 Abs 2 ZPO: Zwar hatte der österreichische Gesetzgeber mit Art 15 Z 3 BudgetbegleitG 2009<sup>5</sup> die Möglichkeit der Gewährung von Verfahrenshilfe für juristische Personen und sonstige parteifähige Gebilde (und damit auch für Insolvenzmassen) in § 63 Abs 2 ZPO gestrichen.<sup>6</sup> In der Folge hob jedoch der VfGH diese Regelung in seinem Erkenntnis vom 5.10.2011 G 26/10<sup>7</sup> als mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar und somit als verfassungswidrig auf. Die Aufhebung trat mit Ablauf des 31.12.2012 in Kraft, sodass seit 1.1.2013 wieder § 63 ZPO idF BGBl I 1997/140 anwendbar ist. Damit kommt auch für die durch den Verwalter vertretene Insolvenzmasse wieder die Gewährung von Verfahrenshilfe in Frage.

Gem § 63 Abs 2 ZPO ist einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel **weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint**. Das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder

3 LGZ Wien 43 R 1377/78 EFSlg 31.987; LGZ Wien 43 R 2047/82 EFSlg 41.673; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 448.

4 Diese bildet nach der in Österreich herrschenden Organtheorie ein eigenständiges Zurechnungssubjekt; vgl statt vieler *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 314 und 325.

5 BGBl I 2009/52.

6 Vgl dazu *Anzenberger*, Einschränkung der Verfahrenshilfe auf natürliche Personen verfassungswidrig, Zak 2011, 427.

7 Zak 2011/754 = ZIK 2011/313.

aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Abgesehen von der Erfolgsaussicht hat der Insolvenzverwalter also hinsichtlich eines Antrags auf Gewährung von Verfahrenshilfe **zwei Voraussetzungen** zu bedenken:<sup>8</sup>

Erstens ist abzuklären, ob die **Prozesskosten aus Massemitteln selbst aufgebracht** werden können. Insoweit ist primär auf das vorhandene Barvermögen abzustellen; von diesem sind bereits existente Masseforderungen und die zur Bestreitung der unerlässlichen Aufwendungen nötigen Mittel abzuziehen.<sup>9</sup> Zukünftige Entwicklungen haben hingegen nach der Rsp außer Betracht zu bleiben.<sup>10</sup>

Zweitens ist ggf zu überprüfen, ob eine **Aufbringung durch die »an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten«** in Frage kommt. Über den Kreis der »wirtschaftlich Beteiligten« wurde und wird heftig diskutiert. Während mittlerweile anerkannt ist, dass Massegläubiger jedenfalls nicht dazu zählen,<sup>11</sup> ist die Abgrenzungsfrage im Hinblick auf die von einem positiven Prozessausgang potenziell profitierenden Insolvenzgläubiger (früher: »Konkursgläubiger«) nach wie vor umstritten: Die überwiegende ältere Rsp<sup>12</sup> sah nämlich Insolvenzgläubiger noch nicht als wirtschaftlich Beteiligte iSd § 63 Abs 2 ZPO an. Die jüngere Judikatur geht hingegen (unter zT massiver Kritik der Lehre)<sup>13</sup> sehr wohl davon aus, dass **grundsätzlich auch Insolvenzgläubiger als wirtschaftlich Beteiligte** in Frage kommen. Über die näheren Kriterien besteht allerdings keine völlige Einigkeit; so wird zT auf das (dem deutschen Recht der Prozesskostenhilfe entstammende) Kriterium der »**Zumutbarkeit**«<sup>14</sup>, zT aber nur auf den aus einem etwaigen Prozesserfolg resultierenden »**nicht unerheblichen bzw beachtlichen**

8 Dazu ausführlich *Schumacher*, JBl 1986, 498 ff.

9 OLG Wien 3 R 3/96z ZIK 1996, 135.

10 OLG Wien 3 R 135/97z ZIK 1998, 30; OLG Linz 1 R 96/98p ZIK 1998, 170; OLG Wien 3 R 204/02w ZIK 2003/188.

11 OLG Wien 3 R 56/96 AnwBl 1997/7309; OLG Wien 3 R 135/97z ZIK 1998, 30; OLG Wien 15 R 126/99f ZIK 2000/31; OLG Wien 14 R 63/00p ZIK 2000/215; *König/Broll*, Verfahrenshilfe (Prozesskostenhilfe) für Masseverwalter (Konkursverwalter) in Österreich, in FS Henckel (1995) 455 (461); *Riel*, Die Befugnisse des Masseverwalters im Zivilverfahrensrecht (1995) 154f; *derselbe*, Verfahrenshilfe für die Konkursmasse, RZ 1997, 187.

12 Etwa OLG Innsbruck 2 R 383/86 EvBl 1987/157; OLG Wien 18 R 194/83 HS 15.064 = WR 33.

13 Näheres dazu (mit differenzierender Lösung) *Riel*, Befugnisse 148ff; *M. Bydlinski* in Festsch/Konecny, ZPO<sup>2</sup> II/1 § 63 ZPO Rz 15; *Schumacher* (JBl 1986, 498 ff) weist hier zu Recht darauf hin, dass sich Insolvenzgläubiger kaum bereit erklären, das Risiko einer Erhöhung ihrer ohnehin schon entstandenen Forderungsverluste einzugehen, und spricht sich daher de lege ferenda für ein Abstellen lediglich auf die Aufbringungsmöglichkeit aus der Insolvenzmasse aus.

14 Etwa OLG Innsbruck 1 R 92/88 EvBl 1989/19; s auch OLG Innsbruck 1 R 334/93 JBl 1994, 700 (*König*).

**Vorteil**« abgestellt.<sup>15</sup> Nach zutreffender Ansicht lassen sich diese Formulierungen freilich durchaus miteinander in Einklang bringen.<sup>16</sup> In der Sache wird ein Vergleich zwischen den zu erwartenden Verfahrenskosten und dem Anteil des jeweiligen Gläubigers an der durch den Prozess erzielbaren Vergrößerung der Masse angestellt.<sup>17</sup> Inhaber von Insolvenzforderungen, die vom Verwalter bestritten wurden, werden idR nicht als wirtschaftlich Beteiligte angesehen.<sup>18</sup> Bei der Prüfung der Frage, ob ein Insolvenzgläubiger als »wirtschaftlich Beteiligter« in Betracht kommt, stellt die Rsp auf jenen Betrag ab, der diesem im Fall des Obsiegens im betreffenden Prozess jedenfalls zukäme. Dieser Betrag ergibt sich aus dem Verhältnis der anerkannten und festgestellten Insolvenzforderungen des betreffenden Gläubigers zur Gesamtsumme aller angemeldeten (also auch der bestrittenen) Insolvenzforderungen.<sup>19</sup> Zum Kreis der »wirtschaftlich Beteiligten« zählen nach der Rsp daher jedenfalls **Großgläubiger**, die bei einem vollen oder zumindest erheblichen Prozessersfolg in sehr beachtlichem Umfang eine Befriedigung ihrer Insolvenzforderungen erlangen können. Dazu gehören nach neuerer Ansicht (bei entsprechend hohen Forderungsbeträgen) auch die »öffentlich-rechtlichen Gläubiger«, also insb Finanzämter, der Insolvenz-Entgelt-Fonds oder Sozialversicherungsträger.<sup>20</sup> Ob die Gläubiger zu einem Kostenvorschuss auch bereit sind, ist hinsichtlich der Voraussetzungen für die Gewährung von Verfahrenshilfe unerheblich.<sup>21</sup>

Insgesamt muss daher der österreichische Insolvenzverwalter für einen erfolgreichen Verfahrenshilfeantrag darlegen,<sup>22</sup> dass erstens das nach Abzug der bereits bestehenden Masseforderungen allenfalls noch vorhandene Barvermögen zur Weiterführung der Verwaltungstätigkeit unerlässlich ist, dass zweitens die Befriedigungsaussichten für die Insolvenzgläubiger (sowohl prozentuell als auch in absoluten Zahlen) nicht als beachtlicher wirtschaftlicher Erfolg beurteilt werden können, und dass drittens die Prozessaussichten nicht als aussichtslos einzustufen sind. Die Hürden für eine Gewährung von Verfahrenshilfe für Insolvenzmassen sind also recht hoch.

15 Vgl OLG Wien 3 R 56/96 AnwBl 1997/7309; OLG Wien 3 R 135/97z ZIK 1998, 30; OLG Linz 1 R 181/04z ZIK 2005/101; vgl auch OLG Innsbruck 1 R 205/05i ZIK 2006/170.

16 *Riel*, Verfahrenshilfe für die Konkursmasse, RZ 1997, 187.

17 OLG Innsbruck 1 R 205/05i ZIK 2006/170.

18 OLG Wien 3 R 204/02w ZIK 2003/188; OLG Linz 1 R 181/04z ZIK 2005/101.

19 OLG Wien 3 R 204/02w ZIK 2003/188.

20 OLG Wien 14 R 63/00p ZIK 2000/215; *M. Bydlinski* in Fasching/Konecny ZPO<sup>3</sup> II/1 § 63 ZPO Rz 15; aA OLG Innsbruck 1 R 334/93 JBl 1994, 700 (*König*); OLG Linz 1 R 96/98p ZIK 1998, 170.

21 OLG Linz 1 R 96/98p ZIK 1998, 170.

22 Vgl *Riel*, RZ 1997, 187.

### III. Prozesskostenfinanzierung für Insolvenzmassen

#### A. Zweck der Prozesskostenfinanzierung

Das **Modell der Prozesskostenfinanzierung** ist noch recht jung: Erst im Jahr 1998 tauchte das erste Unternehmen am deutschen Markt auf, das die Prozesskostenfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung anbot.<sup>23</sup> Die Bedeutung nimmt seitdem stetig zu. In Österreich hat die Prozesskostenfinanzierung bisher va im Zusammenhang mit der **Durchsetzung von Ansprüchen bei falscher Anlageberatung durch Finanzdienstleister** im Wege einer sog »Sammelklage österreichischer Prägung«<sup>24</sup> praktische Bedeutung erlangt.<sup>25</sup> Die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger »Sammelklagen« ist mittlerweile im Wesentlichen geklärt.<sup>26</sup> Die Frage, ob eine Prozesskostenfinanzierung in Österreich zulässig ist, ist hingegen weiterhin offen.<sup>27</sup>

Die Wurzel für die allfällige Notwendigkeit einer Prozesskostenfinanzierung ist sowohl in Österreich wie in Deutschland im kostenrechtlichen **Erfolgs haftungsprinzip** des Zivilprozesses zu finden:<sup>28</sup> Gem § 41 Abs 1 ZPO (dem entspricht § 91 dZPO) hat die im Verfahren vollständig unterliegende Partei nicht nur ihre eigenen Prozesskosten zu tragen, sondern auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten ihres Gegners zu ersetzen. Eine Prozessführung ist also (va bei hohen Streitwerten)

23 Es handelt sich dabei um die FORIS AG, die damit wirbt »der Erfinder der Prozessfinanzierung zu sein«. S dazu *Gleußner*, Prozessfinanzierung, in Festgabe Vollkommer (2006) 25 ff.

24 Mangels gesetzlicher Regelungen entwickelte die Praxis vor etwa 10 Jahren die »Sammelklage nach österreichischer Prägung«, bei der mehrere Kläger ihre Ansprüche zum Inkasso beispielsweise an den VKI oder an einen anderen Verband abtreten, der diese dann im Wege der objektiven Klagenhäufung (§ 227 ZPO) und unter Inanspruchnahme von Prozesskostenfinanzierung geltend macht. Solche Sammelklagen sind von der Rsp für gleichartige Ansprüche grds als zulässig erachtet worden (siehe OGH 4 Ob 116/05w JBl 2006, 48 = ÖBA 2005/1306 = RdW 2005/766). Vgl dazu statt vieler *Kodek*, Die »Sammelklage« nach österreichischem Recht, ÖBA 2004, 615 f; *Klauser*, Sammelklagen von Verbraucherorganisationen – Praxisbericht zu den Aspekten »Zulässigkeit der Klagenhäufung« sowie »Prozessfinanzierung und Aktivlegitimation« in Reiffenstein/Blaschek (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2009–2010 (2011) 263; *Kolba*, Konsumentenschutz vor und mit der Sammelklage, *ecolex* 2010, 864.

25 Dazu etwa *Parzmayr/Schobel*, Prozessfinanzierung: Zulässiges Erfolgshonorar oder verbotene quota litis? ÖJZ 2011, 534; *Karauscheck*, Prozesskostenfinanzierung – ein weitgehend unregelmäßiges Glücksgeschäft!? VR 2012 H 6, 22 und FN 8.

26 S dazu va *Kodek*, Massenverfahren und Verfahrensmassen: Einige Gedanken zur aktuellen Diskussion, Zak 2012, 66 f.

27 Dazu unten III. B. 3.

28 *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> Rz 435.

für die Parteien oft mit einem enormen Kostenrisiko verbunden;<sup>29</sup> daran ändert – wie bereits erwähnt – auch die Gewährung von **Verfahrenshilfe** im vollen Umfang nach § 64 Abs 1 ZPO nichts.

Auch **Rechtsschutzversicherungen**, die das Prozesskostenrisiko abdecken sollen, schaffen keinesfalls eine vollständige Abhilfe. Zunächst gibt es hier Deckungssummen. Außerdem greifen Rechtsschutzversicherungen keineswegs in jedem Fall ein, schon weil Ansprüche aus bestimmten Rechtsgebieten (etwa gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzungen) regelmäßig ausgenommen sind. Va ist eine Inanspruchnahme nur möglich, wenn bereits vor dem Eintritt des die Forderung begründenden Umstands ein Versicherungsvertrag abgeschlossen wurde.<sup>30</sup> Es ist also keine gezielte Finanzierung für bestimmte Prozesse möglich, was das Ganze für Insolvenzverwalter typischerweise mäßig interessant macht. Es gibt – soweit ersichtlich – auch keine speziellen Produkte für Insolvenzverwalter.

Es besteht daher auch für Insolvenzverwalter durchaus ein Bedarf an Instrumenten, die helfen, das **Prozesskostenrisiko zu bewältigen und die Rechtsverfolgung zu erleichtern oder überhaupt erst zu ermöglichen**.

## B. Gesetzliche Rahmenbedingungen in Österreich

### 1. Allgemeines

Diesem Bedarf trägt das **Modell der Prozesskostenfinanzierung** Rechnung, das sich auch in Österreich an deutschen Maßstäben orientiert. Die Prozessführung wird dabei **drittfinanziert**; das bedeutet eine Absicherung im Hinblick auf das Prozesskostenrisiko; auch die Vorfinanzierung des Verfahrens ist erfasst. Im Unterschied zur Rechtsschutzversicherung wird dabei keine Vorsorge für künftige Streitigkeiten getroffen. Der Prozessfinanzierer übernimmt vielmehr das Prozesskostenrisiko einer bereits entstandenen Streitigkeit.<sup>31</sup> Auch ein Einstieg in bereits laufende Verfahren ist möglich.

29 Parzmayr/Schobel, ÖJZ 2011, 533.

30 Vgl Dethloff, Verträge zur Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, NJW 2000, 2225; Wagner, Rechtsprobleme der Fremdfinanzierung von Prozessen, JBl 2001, 417; Nitzsche, Ausgewählte rechtliche und praktische Probleme der gewerblichen Prozesskostenfinanzierung unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzrechts (2002) 2 f.

31 Parzmayr/Schobel, Erfolgshonorar auf wackeligen Beinen, Die Presse vom 10. 3. 2009, <<http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/459297/Erfolgshonorar-auf-wackeligen-Beinen>> (abgefragt am 27. 2. 2013).



Grundsätzlich werden nur **Aktivprozesse** finanziert, an denen auch eine wirtschaftliche Beteiligung des Finanzierers möglich ist; die **Rechtsverfolgung muss also auf einen beteiligungsfähigen Prozesserlös gerichtet sein**.<sup>32</sup>

An sich käme auch eine **Prozesskostenfinanzierung auf Beklagtenseite** in Frage;<sup>33</sup> das Entgeltmodell müsste dann allerdings abweichend auf der Basis des abgewehrten Anspruchs ausgestaltet sein. Diese Idee konnte sich aber in Deutschland in der Praxis nicht durchsetzen, weil es für den Beklagten wirtschaftlich wohl zu wenig attraktiv ist: Bei einem Erfolg der Klage würde der Finanzierer zwar die Kosten erstatten, die titulierte Forderung wäre aber selbstverständlich vom Beklagten zu erfüllen. Bei einem Misserfolg der Klage müsste der Beklagte dem Finanzierer die vereinbarte Erfolgsbeteiligung an der abgewiesenen Klagsforderung zahlen; was wohl nicht im Verhältnis zum übernommenen Risiko steht.

Wesentliche **Voraussetzung dafür**, dass eines der Prozessfinanzierungsunternehmen die Finanzierung übernimmt, ist jedenfalls ein gewisser **Mindeststreitwert**.<sup>34</sup> Dazu kommt die weitere Voraussetzung einer **überwiegenden Erfolgswahrscheinlichkeit**; diese wird vom Finanzierer geprüft. Außerdem wird auch auf die gesicherte **Bonität des Beklagten** abgestellt.

## 2. Prozesskostenfinanzierungsvertrag

Nach positiver Prüfung der Voraussetzungen schließt das jeweilige Finanzierungsunternehmen mit dem Anspruchsinhaber einen **Vertrag über die Finanzierung der Kosten der Rechtsverfolgung** ab.

Die **rechtliche Qualifikation** des Prozessfinanzierungsvertrags ist strittig. Diskutiert wurden im Wesentlichen die Varianten **Darlehen, Forderungskauf bzw Factoring, Glücksvertrag, Versicherungsvertrag, Gesellschaftsvertrag und Vertrag sui generis**. Die wohl hM in der deutschen Literatur geht von einer **Innungsgesellschaft** aus.<sup>35</sup> Auch in Österreich werden va die Varianten **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** und allenfalls **Vertrag sui generis** mit glücksvertraglichen Elementen vertreten.<sup>36</sup>

Der Prozesskostenfinanzierer übernimmt vertragsgemäß **sämtliche Verfahrenskosten**, also auf **Klägerseite die Gerichtskosten** samt etwaiger **Zeugen- und**

32 Böttger, Gewerbliche Prozessfinanzierung und staatliche Prozesskostenhilfe (2008) 13.

33 Parzmayr/Schobel, ÖJZ 2011, 534.

34 Für Streitwerte ab € 100.000,- zB LEGIAL AG, für Streitwerte ab € 200.000,- FORIS AG.

35 Böttger, Prozessfinanzierung 11 mwN.

36 Näheres dazu s Wagner, JBl 2001, 421 ff mwN.

**Sachverständigenauslagen** sowie die **Anwaltskosten** nach Tarif, auf **Beklagten-**seite dessen allfällige **Kostenerstattungsansprüche**. Das Paket umfasst neben dem Kostenrisiko der Klage auch eine gegebenenfalls notwendige und erfolgversprechende **Zwangsvollstreckung**, wobei hier eine Abstimmung mit dem Finanzierer erforderlich ist.<sup>37</sup> In der deutschen Literatur findet sich auch die Äußerung, dass der Finanzierer auch das Kostenrisiko übernimmt, das sich ergibt, wenn der Prozess zwar gewonnen wird, der Gegner aber nicht solvent ist.<sup>38</sup> Da aber die gesicherte Bonität des Beklagten – wie erwähnt – eine der Voraussetzungen für die Prozesskostenfinanzierung ist, dürfte dieses Risiko nicht sehr hoch sein.

Als Gegenleistung für den Fall, dass der Prozess gewonnen wird, erhält der Prozessfinanzierer eine **Erlösbeteiligung**, also einen prozentualen Anteil am ob siegten Betrag;<sup>39</sup> dieser beträgt **üblicherweise 20 bis 50 % der ersiegten Forderung**. Der genaue Prozentsatz hängt von der Ausgestaltung des Vertrages ab; der prozentuale Anteil des Prozessfinanzierers ist typischerweise umso geringer, je höher der erwartete Erlös ist und je geringer die voraussichtlichen Verfahrenskosten sind.<sup>40</sup> Mehrere Anspruchsinhaber sind insoweit **Gesamtschuldner**.

Des Weiteren ist in den deutschen Musterverträgen vorgesehen, dass der Mandant zur Sicherung der Ansprüche des Finanzierers sowohl den Klagsanspruch als auch den Anspruch auf Prozesskostenerstattung an den Finanzierer abtritt. Die **Abtretung** soll im Prozess an sich **nicht offen gelegt** werden. Der Finanzierer behält sich aber typischerweise das Recht zur Offenlegung für den Fall vor, dass sein Erlösanspruch ansonsten vereitelt oder gefährdet würde.

In Österreich ist dieses typische **Geheimhaltungskonzept** freilich einerseits wegen des **strengen Publizitätsprinzips** bei der Sicherungssession<sup>41</sup> und andererseits wegen der **ablehnenden Haltung zur gewillkürten Prozesstandschaft**<sup>42</sup> problematisch; zur Erhaltung der Klagslegitimation des Anspruchsinhabers müsste daher eine Sicherungssession an den Finanzierer wohl mit einer Rück-

37 Vgl bspw den Prozessfinanzierungsvertrag der LEGIAL AG. Das Vertragswerk kann kostenlos aus dem Internet heruntergeladen werden: <<http://www.legial.de/fileadmin/Legial/Prozessfinanzierung/www.prozessfinanzierung-mustervertrag.pdf>> (abgefragt am 27.2.2013).

38 *Nitzsche*, Prozesskostenfinanzierung 2.

39 Vgl dazu den Prozessfinanzierungsvertrag der FORIS AG, <[http://www.foris.de/fileadmin/user\\_upload/muster\\_prozessfinanzierungsvertrag.pdf](http://www.foris.de/fileadmin/user_upload/muster_prozessfinanzierungsvertrag.pdf)> (abgefragt am 27.2.2013).

40 Siehe *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 539 in FN 3; vgl auch *Wagner*, JBl 2001, 417.

41 Näheres dazu bei *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>33</sup> I (2006) 408f mwN; *Hinteregger* in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> II (2012) § 451 ABGB Rz 2; s auch *Wilhelm*, Wie publik muss/kann die Sicherungssession sein? *ecolex* 2007, 153.

42 S dazu *Schubert* in Fasching/Konecny, ZPO<sup>2</sup> I Vor § 1 ZPO Rz 81 mwN; RIS-Justiz RS0053157; RS0032788.

zession zum Inkasso verbunden werden.<sup>43</sup> Eine gangbare – und in praxi zT auch gewählte – Alternative im Hinblick auf die Erhaltung der Klagslegitimation des Anspruchsinhabers ist die **Verpfändung** der Ansprüche.

Bei einer durch einen Insolvenzverwalter angestrebten Prozesskostenfinanzierung stellt sich für die Sicherungsabtretung außerdem die Frage nach der Rechtsstellung des Prozessfinanzierers: Ist er als Massegläubiger auch **absonderungsberechtigt**, obwohl die Sicherungsabtretung erst im Laufe des Insolvenzverfahrens erfolgt ist? Das ist angesichts der neueren OGH-Judikatur<sup>44</sup>, wonach Absonderungsrechte auch nach der Insolvenzeröffnung noch wirksam entstehen können, wohl zu bejahen.

Der Anspruchsinhaber unterliegt **zahlreichen Pflichten**, ua zur risikobewussten und sparsamen Prozessführung, zur Prozessförderung und zur umfassenden Information des Finanzierers. Insb ist der beauftragte Rechtsanwalt zu Gunsten des Finanzierers von der Schweigepflicht zu entbinden, soweit die Informationen den eingeklagten Anspruch betreffen. Der Anspruchsinhaber muss außerdem seinen Anwalt verpflichten, den Finanzierer über den Gang des Verfahrens auf dem Laufenden zu halten, insb letzterem unaufgefordert Prozessunterlagen zu übersenden.

**Klagszurücknahme** und **Verzicht** dürfen ebenso wie **Erhebung oder Zurücknahme eines Rechtsmittels** durchwegs nur mit Zustimmung des Finanzierers erfolgen; dasselbe gilt für **Vergleiche**. Will der Finanzierer einen Vergleich abschließen, nicht aber der Mandant, so kann der Finanzierer den Vertrag kündigen. Der Finanzierer ist in diesem Fall finanziell so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vergleich geschlossen worden wäre. Er hat dann die ihm gewährten Sicherheiten Zug um Zug rückzuübertragen.

### 3. Zulässigkeit der Prozesskostenfinanzierung

Fraglich ist nun, ob eine **Prozesskostenfinanzierung überhaupt zulässig** ist. Als problematisch wird es zunächst schon empfunden, dass dieses relativ junge Konstrukt (jedenfalls in Österreich) bislang **nicht spezialgesetzlich geregelt** ist. Beanstandet wird auch, dass dieser Geschäftszweig trotz stetig wachsender Bedeutung **keiner öffentlich-rechtlichen Aufsicht** unterliegt und dass **keine Regelungen über die Rechtsform einer Prozessfinanzierungsgesellschaft und über**

43 Dazu auch *Wagner*, JBl 2001, 437f.

44 OGH 3 Ob 168/11v ZIK 2012/148; so auch *Widhalm-Budak*, Insolvenzfestigkeit und Anfechtung von an Konossementen erlangten Zurückbehaltungsrechten der Akkreditivbank, ZIK 2012, 82.

eine **Mindestkapitalausstattung** existieren. Dies wird zT als unangemessen kritisiert, weil die anderen »Player«, wie insb Rechtsanwälte oder Rechtsschutzversicherer, sehr wohl komplexen gesetzlichen, aufsichtsbehördlichen und standesrechtlichen Kontrollen unterliegen.<sup>45</sup>

#### a. *Waffengleichheit*

Die Prozesskostenfinanzierung wurde sowohl in Deutschland als auch in Österreich außerdem unter dem Gesichtspunkt der **Waffengleichheit** diskutiert: Die aus Art 6 EMRK und dem innerstaatlichen Gleichheitsgrundsatz abzuleitende Waffengleichheit erfordert für jede Partei eine angemessene Gelegenheit, ihren Fall unter Bedingungen zu präsentieren, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber dem Verfahrensgegner bedeuten.

Widerspricht nun die Prozesskostenfinanzierung der Waffengleichheit? Immerhin steht ja die Prozesskostenfinanzierung (wie erwähnt) typischerweise nur dem **Kläger** offen; der Beklagte hat keine vergleichbare Möglichkeit, sein Prozesskostenrisiko abzuwälzen. Aus österreichischer Perspektive hat sich mit dieser Frage *va Kodek*<sup>46</sup> auseinandergesetzt; auch *Oberhammer* hat sich im Vorjahr in seiner Replik zu *Krejci*<sup>47</sup> dazu geäußert.<sup>48</sup> Beide gelangen zum zutreffenden Ergebnis, dass kein Verstoß gegen das Gebot der Waffengleichheit vorliegt. Denn der Beklagte hat im Fall des Obsiegens (anders als insb nach US-amerikanischem Recht) **unverändert Anspruch auf Ersatz seiner Prozesskosten**; das Vorhandensein eines Prozessfinanzierers wirkt sich sogar **tendenziell günstiger** auf seine Position aus, weil dadurch die Einbringlichkeit des Anspruchs erleichtert wird. Außerdem kann der Kläger den Erfolgsanteil des Prozessfinanzierers (auch anders als in den USA im Wege des sog »packing«) nicht auf den Beklagten überwälzen, er muss ihn also wirtschaftlich endgültig selbst tragen.

Der einzige verbleibende Einwand ist in dem Umstand zu erblicken, dass der **Beklagte im Fall seines Unterliegens seine Prozesskosten wirtschaftlich selbst tragen** muss, während die Kosten des Klägers vom Prozessfinanzierer getragen werden.<sup>49</sup> Das ist aber bei einer Rechtsschutzversicherung nicht anders; ob der Kläger die Kosten eines Prozesses durch (vorherige) regelmäßige Leistung einer Versicherungsprämie oder durch (nachträgliche) Aufopferung

45 *Karauscheck*, VR 2012 H 6, 21 f.

46 *Kodek*, ÖBA 2004, 626.

47 *Krejci*, Gilt das Quota-litis-Verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge? ÖJZ 2011, 341.

48 *Oberhammer*, Sammelklage, quota litis und Prozessfinanzierung, *ecolex* 2011, 972 (975 f).

49 *Wagner*, JBl 2001, 417; *Kodek*, ÖBA 2004, 626.

eines Teils des Anspruchs aufbringt, macht für die Position des Beklagten wohl keinen Unterschied.

*Kodek* hebt auch hervor, dass die Prozesskostenfinanzierung idR von wirtschaftlich weniger potenten Klägern gegen wirtschaftlich potente Beklagte in Anspruch genommen wird.<sup>50</sup> Und hier könnte man sogar geradezu umgekehrt argumentieren, dass die Inanspruchnahme der Prozesskostenfinanzierung die Waffengleichheit tendenziell nicht nur nicht verletzt, sondern sogar fördert. Die Prozesskostenfinanzierung betrifft daher als solche die Rechtssphäre des Prozessgegners nicht; die Waffengleichheit ist durch sie nicht als verletzt anzusehen.

### b. *Sittenwidrigkeit*

Die wohl brisanteste Frage im Zusammenhang mit der Zulässigkeit einer Prozesskostenfinanzierung betrifft den Aspekt einer möglichen **Sittenwidrigkeit** iSd § 879 Abs 2 Z 2 ABGB. Auch die Sittenwidrigkeitsfrage wurde freilich in Deutschland längst diskutiert.<sup>51</sup>

Für das österreichische Recht gilt Folgendes: Nach dem Sondertatbestand des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB sind zwei Arten von Honorarvereinbarungen unzulässig, zum einen das **Ansichlösen der Streitsache**, zum anderen der Abschluss einer Streitanteilsvereinbarung durch einen Rechtsfreund (**quota-litis-Vereinbarung**).<sup>52</sup> Ein »Ansichlösen« der Streitsache liegt vor, wenn die Streitsache endgültig an den Rechtsfreund übertragen wird, zB durch Übereignung oder Zession.<sup>53</sup> Nicht unter das Verbot fallen jedoch die Verpfändung,<sup>54</sup> die Inkassozeession,<sup>55</sup> die Zession zahlungshalber<sup>56</sup> oder sicherungshalber.<sup>57</sup>

Einschlägig ist hier insb das Verbot der **quota-litis-Vereinbarung**: Eine solche Vereinbarung liegt vor, wenn sich das Honorar prozentuell nach dem erzielten Betrag bemisst; zulässig ist hingegen das vom Streitwert prozentuell bestimmte Pauschalhonorar, das unabhängig vom Erfolg zu bezahlen ist.<sup>58</sup> Dieses Verbot hat seinen Ursprung im **Standesrecht der Rechtsanwälte** (vgl § 16 Abs 1 RAO), es gilt für in- und ausländische Rechtsanwälte.<sup>59</sup> Als Rechtsfreund gelten

50 *Kodek*, ÖBA 2004, 626.

51 Vgl statt vieler *Dethloff*, NJW 2000, 2227 ff.

52 *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 879 Rz 244 (Stand 1.7.2010, rdb.at).

53 *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 879 Rz 245.

54 *Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup> 164; OGH Ds 34/32 JBl 1932, 549; OGH 3 Ob 705/37 SZ 19/292.

55 OGH 3 Ob 148/60 EvBl 1960/223.

56 OGH 3 Ob 254/34 Rsp 1934/176; OGH 7 Ob 474/56 SZ 29/78; OGH 2 Ob 39/89 wbl 1989, 378.

57 OGH 1 Ob 1092/32 ZBl 1933/88.

58 OGH 7 Ob 242/00i MietSlg 52.082; OGH 8 Ob 101/05v EFSlg 112.290.

59 OGH 1 Ob 194/51 SZ 24/93; OGH 6 Ob 311/66 SZ 39/160; OGH 4 Ob 81/99m ecolx 1999/205.

aber insb auch Notare,<sup>60</sup> Steuerberater, Buchprüfer und Wirtschaftsprüfer<sup>61</sup> sowie solche Personen, die sich als Angehörige einer dieser Berufsgruppen ausgeben und diesen vorbehaltene Leistungen – unerlaubterweise – erbringen.<sup>62</sup> Auch wenn der Begriff des »Rechtsfreundes« keinesfalls eng auszulegen und eine Analogie grundsätzlich zulässig ist,<sup>63</sup> lehnte der OGH eine Ausdehnung des Verbots auf andere Berufsgruppen ab;<sup>64</sup> keine Anwendung findet § 879 Abs 2 Z 2 ABGB daher etwa auf Versicherungsberater und »Schadenshelfer«<sup>65</sup> oder auf einen Kaufmann mit juristischer Ausbildung, der in einem Einzelfall die rechtliche Beratung von Verwandten übernommen hat.<sup>66</sup>

Fraglich ist nun, ob ein Prozessfinanzierer als »Rechtsfreund« zu qualifizieren ist und ob das quota-litis-Verbot damit auch Prozessfinanzierer trifft. Mit dieser Thematik hatten sich **unterinstanzliche Gerichte** anlässlich von »Sammelklagen« bereits auseinanderzusetzen. Dabei wurden durchaus verschiedene Positionen vertreten:

Das **Bezirksgericht für Handelssachen Wien** war der Ansicht, dass ein Absichern der Prozesskosten über einen Vertrag mit einem Prozessfinanzierer **kein Verstoß gegen das Verbot der quota litis** darstelle.<sup>67</sup>

Das **HG Wien** meinte hingegen in der **E 31 Cg 265/01h**, dass in einer Vereinbarung zwischen dem Anspruchsinhaber und einer Prozessfinanzierungsgesellschaft, wonach sich Ersterer verpflichtete, an Letztere einen prozentmäßigen Anteil des Erstrittenen zu leisten, an sich **durchaus ein Verstoß gegen § 879 Abs 2 Z 2 ABGB** gesehen werden könne. Darauf könnten sich aber nur die ursprünglichen Anspruchsinhaber berufen, nicht hingegen die beklagte Partei.<sup>68</sup>

In der jüngeren **E 47 Cg 77/10s** folgte das **HG Wien** hingegen der mittlerweile hL<sup>69</sup> und sah eine Prozessfinanzierungsgesellschaft grundsätzlich nicht als Rechtsfreund im Sinne des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB an. Anderes könne nur dann gelten, wenn die Prozessfinanzierungsgesellschaft eine Tätigkeit als sogenannter »Schattenanwalt« entfalten würde. Aber selbst bei einer Qualifikation

60 OGH Ds 6/71 EvBl 1973/11.

61 OGH 5 Ob 544/81; 7 Ob 8/06m RdW 2006/520.

62 OGH 4 Ob 81/99m ecolex 1999, 536 = MietSlg 51.080.

63 OGH Ds 6/71 EvBl 1973/11.

64 Siehe *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 534.

65 *Wagner*, JBl 2001, 429; 4 Ob 358 –365/83 ÖBl 1985, 71; 3 Ob 512/89 ZVR 1989/186; 5 Ob 28/99z ecolex 2002, 116; OGH 7 Ob 8/06m RdW 2006/520; RIS-Justiz RS0016813.

66 Vgl RIS-Justiz RS0016814.

67 BGHS Wien 14 C 385/01x (Leitsatz in VRInfo 2001 H 7, 3 = KRES 10/137; vgl auch *Klauser*, »Sammelklage« und Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung auf dem Prüfstand, ecolex 2002, 805 FN 14). S ausführlich zum Verfahren *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 533 in FN 21.

68 HG Wien 31 Cg 256/01h (Leitsatz veröffentlicht in ecolex 2002/311 [*Klauser*]; vgl auch *Klauser*, ecolex 2002, 805).

69 S unten FN 74.

des Prozessfinanzierers als Rechtsfreund könne sich nur der Anspruchsinhaber, nicht aber der Beklagte auf die Nichtigkeit berufen.

Auch das OLG Wien<sup>70</sup> judizierte in der Folge in der E 3 R 41/12i in eben diesem Sinn: Die Bestimmung des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB sei nicht auf die mit der Prozessfinanzierungsgesellschaft abgeschlossene Streitanteilsvereinbarung anzuwenden.<sup>71</sup> Es handle sich bei einem Prozessfinanzierer gerade nicht um einen Rechtsfreund iSd § 879 Abs 2 Z 2 ABGB. Das OLG Wien hat die ordentliche Revision mit der Begründung für zulässig erklärt, dass höchstgerichtliche Rechtsprechung ua zu der Frage nicht vorliegt, ob die mit einem Prozessfinanzierer, der kein Rechtsanwalt ist und auch sonst keinem Standesrecht ähnlich der Rechtsanwälte unterliegt, geschlossene Streitanteilsvereinbarung gem § 879 Abs 2 Z 2 ABGB nichtig ist. Die E des OGH wird fürs Frühjahr erwartet. Bis dahin ist insoweit lediglich die höchstgerichtliche E 3 Ob 503/93<sup>72</sup> einschlägig, in der der 3. Senat allerdings eine Prozessfinanzierungsvereinbarung wegen Wuchers (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) für nichtig erklärte und daher nicht auf die Frage einging, ob diese auch gegen § 879 Abs 2 Z 2 ABGB verstößt.

Unlängst hatte sich weiters der VfGH mit der Frage zu befassen, ob das quota-litis-Verbot gem § 879 Abs 2 Z 2 ABGB gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verstoßen würde.<sup>73</sup> Ausgangspunkt war die Beschwerde eines Rechtsanwalts, der ua vorbrachte, dass Rechtsanwälte gegenüber Prozessfinanzierungsunternehmen durch das Verbot des Abschlusses von quota-litis-Vereinbarungen benachteiligt würden, weil das Verbot – laut Vorbringen des beschwerdeführenden Rechtsanwaltes – für diese nicht gelten würde. Im Ergebnis sprach der VfGH aus, dass gegen das Verbot von Streitanteilsvereinbarungen weder im Hinblick auf den Gleichheitssatz noch auf die Erwerbsausübungsfreiheit verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Der VfGH setzt sich aber mit der Prämisse des Beschwerdeführers, ob § 879 Abs 2 Z 2 ABGB auch für Prozessfinanzierungsunternehmen gilt, nicht auseinander.<sup>74</sup> Als Begründung führt er an, dass Prozessfinanzierungs-

70 OLG Wien 3 R 41/12i ecolex 2012/357. Diese E erging in einer Rechtsstreitigkeit zwischen VKI und AWD wegen falscher Anlageberatung; vgl dazu *Oberhammer*, ecolex 2011, 972; *Slonina*, HG Wien: VKI-Prozessfinanzierungsmodell für AWD-Sammelklagen verstößt nicht gegen § 879 Abs 2 Satz 2 ABGB, ecolex 2012, 315.

71 OLG Wien 3 R 41/12i ecolex 2012/357.

72 EvBl 1994/201 = RdW 1995, 96; s auch OLG Wien 3 R 41/12i.

73 Siehe VfGH B 330/07 RdW 2008/715 = Zak 2008/683 = AnwBl 2009/8168 (*Klingsbigl*).

74 Siehe den genauen Wortlaut im Entscheidungstext, unter 1. 2. 2. letzter Satz: »Im Übrigen ist aus Anlass des vorliegenden Falles nicht zu prüfen, ob die Prämisse des Beschwerdeführers überhaupt zutrifft, dass § 879 Abs 2 Z 2 ABGB auch für Prozessfinanzierungsgesellschaften gilt.«

unternehmen im Gegensatz zu Rechtsanwälten keinen Standesregeln unterliegen und daher »insoweit keine Gleichartigkeit der ›Berufsgruppen‹ vorliegt«.

In der **Lehre** bestehen unterschiedliche Ansichten zur Anwendung des quota-litis-Verbots auf Prozessfinanzierungsverträge. Die **hA** geht davon aus, dass § 879 Abs 2 Z 2 ABGB nicht einschlägig und eine mit einem Prozessfinanzierer getroffene Streitanteilsvereinbarung daher generell zulässig sei.<sup>75</sup> Eine Mindermeinung will hingegen § 879 Abs 2 Z 2 ABGB generell auch auf Prozessfinanzierer anwenden.<sup>76</sup> Wiederum andere vertreten eine **differenzierende Auffassung**, die ua danach unterscheidet, ob dem Prozessfinanzierer ein wesentlicher Einfluss auf die Prozessführung zukommt<sup>77</sup> bzw ob der Anspruchsinhaber bei Abschluss der Prozesskostenfinanzierung unabhängig rechtsfreundlich beraten ist und ob daher ein Wissens- und Erfahrungsdefizit besteht oder nicht.<sup>78</sup>

Der Hintergrund dafür ist der **Normzweck des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB**: Dieser besteht einerseits im **Schutz der Klienten**, die die Prozessaussichten nicht abschätzen können und vor Übervorteilung geschützt werden sollen, und andererseits in der **Wahrung des Ansehens des Rechtsanwaltsstandes**.<sup>79</sup> Gerade der Mandantenschutz und die Standesehre werden aber bei einem gewerblichen Prozessfinanzierer von vornherein nicht berührt.<sup>80</sup> Ein Prozessfinanzierer übt gerade nicht eine Beratungsfunktion wie ein Rechtsanwalt aus; es besteht also nach zutreffender Ansicht grundsätzlich wohl keine Gefahr der Übervorteilung.<sup>81</sup>

Dass die Prozessfinanzierungsgesellschaften die Ansprüche sorgfältig (juristisch) prüfen, dh die Erfolgsaussichten der Klage prüfen, bevor sie über eine Finanzierung entscheiden, erfolgt nicht, um den Mandanten rechtlich zu beraten, sondern ausschließlich im eigenen Interesse.<sup>82</sup>

75 *Kosch*, Prozessfinanzierung durch Teilabtretung der betriebenen Forderung, ZIK 2000, 48 f; *Klauser*, ecolex 2002, 807; *ders*, Modernes Gruppenverfahren kann allen Seiten nützen, AnwBl 2006, 267 (268 f); *Kodek*, ÖBA 2004, 626 f; *ders*, Zak 2012, 67 ff; *Graf* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.00</sup> § 879 Rz 252; *Oberhammer*, ecolex 2011, 980.

76 *Krejci*, ÖJZ 2011, 346 ff; vgl auch *Scheuba*, »Sammelklage« – Inhaltliche Anforderungen, AnwBl 2006, 64 f, wo ein Verstoß gegen das Verbot der quota litis als naheliegend erachtet wird (»Die Finanzierung des Modells steht im Verdacht der Sittenwidrigkeit«).

77 Vgl *Wagner*, JBl 2001, 432; *Kutis*, Das »pactum de quota litis« in Österreich, AnwBl 2008, 486 ff.

78 *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 538.

79 Zum Mandantenschutz und der »Standesehre« ausführlich *Oberhammer*, ecolex 2011, 973 f.

80 Vgl die Begründung bei *Kodek*, Zak 2012, 67.

81 So aber *Krejci*, ÖJZ 2011, 347; *Wagner*, JBl 2001, 430; *Scheuba*, AnwBl 2006, 65; im Grundsatz auch *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 538; vgl auch *Mair*, Prozessfinanzierung und das Verbot der Vereinbarung einer quota litis (2010) 154 ff.

82 *Fritzsche/Schmidt*, Eine neue Form der Versicherung? NJW 1999, 2998 (2999); *Grunewald*, Prozessfinanzierungsvertrag mit gewerbsmäßigem Prozessfinanzierer – ein Gesellschaftsvertrag, BB 2000, 729 (731); *Jaskolla*, Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung (2004) 57; *Gleußner* in Festgabe Vollkommer 44 f; *Oberhammer*, ecolex 2011, 977.



Aber selbst wenn man von der Annahme ausginge, die Bestimmung des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB sei analog auch auf eine Prozessfinanzierungsgesellschaft anzuwenden, so wäre eine mit einer solchen abgeschlossenen Streitanteilsvereinbarung als bloß **relativ nichtig** anzusehen, denn ein die absolute Nichtigkeit rechtfertigender Zweck ist hier nicht zu erkennen.<sup>83</sup> Daher könnte sich allenfalls der **Vertragspartner**, also der Anspruchsinhaber selbst, auf eine vermeintliche Nichtigkeit berufen, keinesfalls jedoch der Prozessgegner.<sup>84</sup> Könnte sich nämlich der Prozessgegner auf die Nichtigkeit berufen, »um die Klage zu Fall zu bringen«, <sup>85</sup> würde sich der Schutzzweck der Bestimmung, nämlich der Schutz des Mandanten, geradezu ins Gegenteil verkehren.<sup>86</sup>

Im Ergebnis ist daher die **grundsätzliche Zulässigkeit** einer Prozesskostenfinanzierung auch in Österreich **nE nicht zu bezweifeln**.

### C. Anwendungsbereich der Prozesskostenfinanzierung im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren

Grundsätzlich können **Ansprüche aus fast jedem Rechtsgebiet** prozessfinanziert werden.<sup>87</sup> In Deutschland, wo erheblich mehr Praxiserfahrung besteht, greifen auch immer mehr Insolvenzverwalter auf die Prozesskostenfinanzierung zurück. Hintergrund ist die restriktive Haltung der Gerichte zur Gewährung von staatlicher Prozesskostenhilfe für Insolvenzverwalter.<sup>88</sup>

Interessant ist die Prozesskostenfinanzierung aber sicherlich auch für österreichische Insolvenzverwalter: Denn auch im **Insolvenzrecht** gibt es zahlreiche relevante Fallgestaltungen; das betrifft va die Rechtslage **während eines anhängigen Insolvenzverfahrens**, uU aber auch noch diejenige **nach einem Insolvenzverfahren**. Hier ist insb auf die **Prozessführung durch einen Treuhänder bei einem Sanierungsplan** zu verweisen (§ 157i Abs 1 Satz 2 IO).

83 So OLG Wien 3 R 41/12i ecolex 2012/357.

84 Vgl *Klauser*, Umstrittenes Stück vom Urteilskuchen, Der Standard 2011/40/11; *Slonina*, ecolex 2012, 316.

85 *Klauser*, Der Standard 2011/40/11.

86 Siehe dazu auch *Oberhammer*, ecolex 2011, 974.

87 So zB Ansprüche aus dem Erbrecht, Bau- bzw Architektenrecht (auffallend oft werden Honoraransprüche von Architekten und Ingenieuren finanziert), Haftungsrecht (zB Ansprüche infolge ärztlicher Behandlungsfehler), Anlegerschutzrecht (s dazu schon oben), Patentrecht und gewerblichen Rechtsschutz etc; s dazu *Buschbell* in Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch<sup>10</sup> (2011) § 53 Rn 195; *Lenz*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, AnwBl 2007, 484f.

88 *Böttger*, Prozessfinanzierung 9f.

Bedeutsam wird die Prozesskostenfinanzierung va in der **Unternehmerinsolvenz** sein; sie kann aber freilich (bei größeren Beträgen) auch in **Verbraucherinsolvenzverfahren** relevant sein.

Grundsätzlich können im Insolvenzrecht – unter Beachtung der erwähnten allgemeinen Voraussetzungen – **alle geldwerten Ansprüche der Insolvenzmasse** finanziert werden. In Deutschland werden etwa **typischerweise folgende Ansprüche prozessfinanziert**:<sup>89</sup>

- ▷ Insolvenzanfechtungsansprüche
- ▷ Eigenkapitalersatzansprüche
- ▷ Haftungsansprüche gegen Vorstände, Geschäftsführer etc
- ▷ Ansprüche auf (erneute) Einzahlung und Erhaltung von Stammkapital
- ▷ sonstige (insb vertragliche) Zahlungsansprüche der Insolvenzmasse.

Oft würde die Geltendmachung solcher Ansprüche an der finanziellen Situation scheitern. Hier kann die Finanzierung durch einen gewerblichen Prozessfinanzierer eine probate Lösung sein.

Das gilt insb für **massearme Verfahren**, wenn der Verwalter aussichtsreiche Ansprüche der Masse ermittelt hat. Seitens der Prozessfinanzierer wird aber zT auch die Sinnhaftigkeit einer Finanzierung bei ausreichender **Liquidität der Masse** zur Prozessführung beworben, diese diene der Liquiditätsschonung im Unterliegensfall.<sup>90</sup> Diese Fälle sind aber wohl weniger bedeutsam, weil bei guten Erfolgsaussichten die masseschmälernde Erfolgsbeteiligung abschreckend ist und sich bei schlechten Erfolgsaussichten vermutlich kaum ein Finanzierer finden dürfte.

Diese Überlegungen lassen sich freilich auch nach Österreich übertragen. In Frage kommt eine Prozesskostenfinanzierung übrigens grundsätzlich in jedem Stadium des Verfahrens. Daher kommt eine Finanzierung nicht nur von **Prozessen in Betracht, die der Insolvenzverwalter neu anstrengt**, sondern auch bei **bereits vor Insolvenzeröffnung vom Schuldner eingeleiteten und gem § 7 Abs 1 IO unterbrochenen Verfahren, die der Verwalter aufnehmen will**. Letztere Fälle werden auch für den Prozessfinanzierer interessant sein: Die Gerichtskosten und uU auch ein Teil der Kosten des für den Schuldner bisher tätigen Rechtsanwaltes sind bereits bezahlt, und der Sachverhalt bzw die Einwendungen des Prozessgegners werden schon (mehr oder weniger) bekannt sein.

89 Vgl *Heutz*, Die Vorteile der gewerblichen Prozessfinanzierung für Insolvenzverwalter, NZI 2010, 14 ff; *Meyer*, Keine staatliche PKH? – Prozessfinanzierung als Königsweg für Insolvenzverwalter, NZI 2010, 17.

90 *Heutz*, NZI 2010, 14.

Dadurch werden aber das Prozesskostenrisiko und das Risiko überraschender Einwendungen der Gegenseite minimiert.<sup>91</sup>

## D. Organkompetenzen

Zur Kompetenz zum rechtswirksamen Abschluss von Prozessfinanzierungsverträgen hinsichtlich massebezogener Forderungen ist zunächst festzuhalten, dass grundsätzlich **allein der Insolvenzverwalter** hierzu befugt ist; der Insolvenzschuldner ist hiervon ausgeschlossen.<sup>92</sup>

Nur im **Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung** ist fraglich, ob es sich um eine Kompetenz des Schuldners oder des Sanierungsverwalters handelt. Zwar ist die Frage wegen der kurzen Verfahrensdauer nicht sehr praxisrelevant; eher wird hier wohl eine Finanzierung von Prozessen des Treuhänders in Frage kommen. Der Vollständigkeit halber sei gleichwohl in Kürze darauf eingegangen: ME kann aus § 173 IO (wonach der Schuldner in Angelegenheiten der Eigenverwaltung zur Prozessführung befugt ist) nicht geschlossen werden, dass der Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags generell dem Schuldner (wenn auch unter der Aufsicht des Sanierungsverwalters) zustehen sollte: Bei der Prozesskostenfinanzierung handelt es sich ja um ein mit der Prozessführung zwar eng verbundenes, aber doch separates materielles Rechtsgeschäft (wie immer man es qualifizieren will) im Rahmen des Verwertungsverfahrens. Freilich darf die enge Verknüpfung der beiden Bereiche auch nicht vernachlässigt werden: Aber auch wenn man Prozessführung und dazugehörige Finanzierung sozusagen kompetenzrechtlich »gesamtbeurteilen« will (weil die Finanzierung eine Art »Annexfrage« zur Prozessführung ist), muss man im Vorfeld klären, ob überhaupt eine **Angelegenheit der Eigenverwaltung** vorliegt. Bei Anfechtungsprozessen liegt es insoweit nahe, dass die Zuweisung der Kompetenz an den Sanierungsverwalter auch die Befugnis zum Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags nach sich zieht. Ansonsten hängt die Kompetenzzuweisung davon ab, ob es sich um eine Maßnahme des gewöhnlichen oder **außergewöhnlichen Unternehmensbetriebs** handelt. ME trifft die letztere Auslegung zu; daher ist hier eine **Genehmigung durch den Sanierungsverwalter** erforderlich.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter für eine Prozesskostenfinanzierung die **Genehmigung anderer Insolvenzorgane** benötigt, und ob bzw wem er sie anzeigen muss.

91 Siehe dazu auch *Böttger*, Prozessfinanzierung 14.

92 Vgl dazu auch *Nitzsche*, Prozesskostenfinanzierung 98.

Das Gesetz sieht für besonders wichtige Angelegenheiten bestimmte **abgestufte Genehmigungserfordernisse** vor.<sup>93</sup> Insoweit werden **drei Kategorien** unterschieden:

- ▷ Für die erste Kategorie, die »**wichtigen Vorkehrungen**« (§ 114 Abs 1 IO) hat der Insolvenzverwalter lediglich eine Äußerung des Gläubigerausschusses einzuholen.
- ▷ Als »mittlere« Kategorie sieht § 116 IO seit der InsNov 2002 vor, dass der Insolvenzverwalter bei bestimmten besonders bedeutsamen Geschäften, sofern deren Wert € 100.000,- übersteigt, eine **Äußerung des Gläubigerausschusses** einzuholen und das **Insolvenzgericht** davon mindestens acht Tage im Vorhinein mit der Äußerung des Gläubigerausschusses zu unterrichten hat (§ 116 IO). Die Aufzählung der mitteilungspflichtigen Geschäfte ist taxativ.<sup>94</sup> Dadurch soll dem Gericht die Möglichkeit gegeben werden, die Ausführung der unter § 116 IO fallenden Geschäfte zu untersagen.<sup>95</sup> Im Falle der Untersagung des Geschäftes entscheidet das Gericht in Form einer Weisung an den Insolvenzverwalter.<sup>96</sup> Für die Außenwirksamkeit hat eine allfällige Untersagung aber keine Bedeutung. Daher hat auch das Prozessgericht bei einer Prozessführung durch den Insolvenzverwalter nicht zu prüfen, ob dieser die Beschränkung seiner Befugnisse nach § 116 IO beachtet hat.<sup>97</sup>
- ▷ Gem § 117 Abs 1 IO braucht der Insolvenzverwalter schließlich für besonders bedeutsame, ebenfalls taxativ aufgezählte<sup>98</sup> Vermögensdispositionen ohne Rücksicht auf den Wert des Gegenstandes die **Genehmigung des Gläubigerausschusses und des Insolvenzgerichts**.<sup>99</sup>

Im Vorfeld des Vertragsabschlusses stellt sich nun die Frage, ob der **Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags als Verwertungsmaßnahme**<sup>100</sup> unter eine dieser Kategorien bzw in welche davon fällt.

Vorweg ausschließen kann man die Anwendbarkeit von § 117 IO auf den Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags, weil diese Angelegenheit in der taxativen Aufzählung nicht enthalten ist.

93 *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> IV (2006) § 116 KO Rz 1.

94 *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> IV § 116 KO Rz 7.

95 *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> (2004) Rz 512.

96 Näheres dazu siehe *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> IV § 116 KO Rz 38.

97 ErläutRV 988 BlgNR 21. GP 24, 29; *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> IV § 116 KO Rz 3; *Mohr*, IO<sup>11</sup> (2012) § 116 Anm 1.

98 *Riel* in Konecny/Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (11. ErgLfg 2001) § 117 KO Rz 1.

99 *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht<sup>2</sup> Rz 125.

100 So ausdrücklich OLG Wien 28 R 70/02y ZIK 2003/136.

Die Bestimmung des § 116 IO<sup>101</sup> kann hingegen mE durchaus einschlägig sein, va bei **Anfechtungsprozessen** (Z 3 leg cit). Hier gebietet es die ratio der Norm gewiss, dass nicht nur die Klageerhebung bzw der Prozesseintritt, sondern auch eine Finanzierung anzuzeigen ist. Ob für die **Wertgrenze** der Streitwert oder aber (weniger überzeugend) die voraussichtliche Kostenbelastung maßgebend sein muss, ist noch offen.<sup>102</sup>

Vertretbar ist insoweit aber auch eine weitergehende Auslegung, wonach Finanzierungen über besagtem Streitwert generell gem § 116 IO anzuzeigen sind, und zwar gem Z 1 leg cit (**»Abschluss von Vergleichen«**):<sup>103</sup> Nach hM besteht der Zweck dieser Regelung darin, die typischerweise besonders »gefährlichen« Vereinbarungen an die Zustimmung des Gläubigerausschusses zu binden, mit denen auf (zumindest behauptete) Rechte der Insolvenzmasse (zum Teil) verzichtet wird. Der **Begriff »Vergleich«** ist daher in einem **weiten Sinn** zu verstehen: Erfasst werden sowohl Prozess- und privatrechtliche Vergleiche ieS, als auch **alle Rechtsgeschäfte, die letztlich zu einem (teilweisen) Verzicht auf streitige oder zweifelhafte Ansprüche der Insolvenzmasse führen.**<sup>104</sup> Nun führt der Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags letztlich dazu, dass auf Ansprüche der Insolvenzmasse (zumindest bedingt) »verzichtet« wird; der Prozessfinanzierer erhält ja im Obsiegensfall einen prozentualen Anteil iHv 20 bis 50 % des Erlöses.

Sollte man den Abschluss einer Prozessfinanzierungsvereinbarung unter § 116 Abs 1 Z 1 IO subsumieren wollen, so stellt sich die weitere Frage, wie in diesem Fall die **Wertgrenze** iSd Abs 2 leg cit zu bestimmen ist. Das ist bei Vergleichen ohnedies schwierig. Die ältere Lehre war der Auffassung, dass auf den **»Tauschwert«** abzustellen ist, ohne dass dieser Begriff näher konkretisiert wurde.<sup>105</sup> Nach einer Entscheidung des OLG Linz soll der Betrag maßgeblich sein, auf den der Insolvenzverwalter durch den Abschluss des Vergleiches **verzichtet**;<sup>106</sup> das wäre dann in concreto **nur die jeweilige Erlösbeteiligung**. Nach einer Entscheidung des OGH soll wiederum der **»Vergleichsgegenstand«** maßgeblich sein, ohne nähere Definition des Begriffs.<sup>107</sup> *Riel* vertritt die Ansicht, dass der

101 Zu § 116 KO aF vgl OLG Wien 28 R 70/02y ZIK 2003/136; in dieser E wurde eine Genehmigungspflicht verneint.

102 Vgl *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*<sup>4</sup> IV § 116 KO Rz 19.

103 Vgl (zur alten Rechtslage) *Kosch*, ZIK 2000, 49: »Freilich würde bei Inanspruchnahme dieser Finanzierungshilfe – die Überschreitung der Wertgrenze des § 116 Z 2 KO – das Angebot gilt nur ab einer Wertgrenze von 100.000 DM – zu beachten sein (arg »Vergleich«).«

104 *Riel* in Konecny/Schubert, *Insolvenzgesetze* § 116 KO Rz 10; *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*<sup>4</sup> IV § 116 KO Rz 8; vgl auch OLG Linz 2 R 172/94 zit nach *Mohr*, IO<sup>11</sup> § 116 E 8.

105 *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*<sup>4</sup> IV § 116 KO Rz 13 mwN.

106 OLG Linz 2 R 164/97v zit nach *Mohr*, IO<sup>11</sup> § 116 E 15.

107 OGH 3 Ob 126/91 EvBl 1992/150; vgl auch *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*<sup>4</sup> IV § 116 KO Rz 13.

Abschluss von Vergleichen dann genehmigungspflichtig ist, wenn der **strittige bzw ungewisse Teil des Anspruches** die Wertgrenze übersteigt.<sup>108</sup> Nach einer Entscheidung des LG Linz wird auf den **gesamten vergleichsgegenständlichen Anspruch** abgestellt.<sup>109</sup> Auch *Kodek* spricht sich im Ergebnis für die Beachtlichkeit des **gesamten behaupteten Anspruches** aus. Für diese Auffassung sprechen auch teleologische Erwägungen, zumal die Höhe des gesamten behaupteten Anspruches geeignetes Maß für die Bedeutung bzw »Gefährlichkeit« des Vergleichsabschlusses ist.<sup>110</sup> Bei einer solchen »Gesamtbetrachtung« könnte man auch im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrages wiederum zur **Maßgeblichkeit des Streitwerts** gelangen.<sup>111</sup>

Unter der Wertgrenze des § 116 IO ist der Insolvenzverwalter aber auch nicht völlig frei: Da der Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrages als eine **»wichtige Vorkehrung«** iSd § 114 Abs 1 IO einzustufen ist, hat er jedenfalls die **Äußerung des Gläubigerausschusses einzuholen**. An diese ist der Insolvenzverwalter aber weder im Außen- noch im Innenverhältnis gebunden.<sup>112</sup> Außerdem ist wohl auch hier eine **Anzeige an das Insolvenzgericht im Rahmen der Berichtspflicht des Insolvenzverwalters** geboten.

#### IV. Verhältnis Prozesskostenfinanzierung – Verfahrenshilfe

Was das Verhältnis zwischen den Instituten der Prozesskostenfinanzierung und der Verfahrenshilfe angeht, so stellt sich va die Frage, ob sich der Verwalter primär um **Verfahrenshilfe** bemühen muss, oder ob er sogleich eine **Prozesskostenfinanzierung** anstreben kann. Wie erwähnt steht seit dem 1.1.2013 die Verfahrenshilfe auch wieder juristischen Personen oder »sonstigen parteifähigen Gebilden«, also auch der Insolvenzmasse, offen:<sup>113</sup> Diesen ist die Verfahrenshilfe nach § 63 Abs 2 ZPO<sup>114</sup> dann zu bewilligen, **wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihnen selbst noch von den an**

108 *Riel* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 116 KO Rz 9.

109 LG Linz 15 R 253/95 zit nach *Mohr*, KO<sup>9</sup> (2000) § 116 KO E 9a (in neuer Auflage nicht mehr zitiert).

110 *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> IV § 116 KO Rz 13.

111 Vgl auch *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> IV § 116 KO Rz 19 hinsichtlich des »wertes« einer Anfechtungsklage.

112 *Riel* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 114 KO Rz 7f.

113 S dazu oben II. B.

114 IdF BGBl I 2011/96.

der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten<sup>115</sup> – also in concreto den Großgläubigern – aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

In Deutschland wird – vor dem Hintergrund der dortigen Rechtslage und Praxis zur Prozesskostenhilfe – jedenfalls nicht vertreten, dass der Insolvenzverwalter sich in jedem Fall vorrangig um Prozesskostenhilfe bemühen muss.<sup>116</sup> In bestimmten Fällen soll vielmehr umgekehrt die Inanspruchnahme von Prozesskostenfinanzierung vorrangig sein.

In Österreich ist die Rechtslage abweichend. ME wird sich der Insolvenzverwalter hier künftig durchaus vorrangig um eine Finanzierung durch die Großgläubiger bzw um die Gewährung von Verfahrenshilfe bemühen müssen, weil die Masse dabei im Erfolgsfalle ungeschmälert bleibt und nicht mit einer Erfolgsprovision belastet wird. Gewiss könnte man einwenden, dass auch die Verfahrenshilfe wirtschaftlich gesehen Nachteile hat, und zwar wegen der Kostenersatzpflicht im Unterliegensfall; diese ist aber der Erfolgsbeteiligung eines Prozessfinanzierers im Erfolgsfall wirtschaftlich wohl nicht gleichzusetzen. Wenn aber die Großgläubiger das Verfahren nicht finanzieren wollen und eine Verfahrenshilfe nicht in Frage kommt, ist bei günstigen Erfolgsaussichten sehr wohl eine Prozesskostenfinanzierung in Betracht zu ziehen. Andernfalls könnten dem Insolvenzverwalter – wie noch auszuführen ist – sogar Haftungsrisiken drohen.

## V. Haftungsrisiko des Insolvenzverwalters

### A. Haftung bei unterlassener Inanspruchnahme von Prozesskostenfinanzierung

Eine Haftung des Insolvenzverwalters im Zusammenhang mit der Wechselbeziehung zwischen Prozesskostenfinanzierung und Verfahrenshilfe ist in zweierlei Hinsicht denkbar: Zum einen, wenn der Insolvenzverwalter sich in bestimmten Konstellationen nicht um Prozesskostenfinanzierung bemüht, zum anderen aber auch, wenn er bei anderen Konstellationen voreilig Prozesskostenfinanzierung in Anspruch nimmt.

<sup>115</sup> Zum Begriff der »wirtschaftlich Beteiligten« siehe insb die E des OLG Wien 3 R 56/96v.

<sup>116</sup> Ausführlich *Böttger*, Prozessfinanzierung 9 ff (insb 73 ff).

Beide Aspekte einer möglichen Haftung wurden in Deutschland bereits eingehend diskutiert, wobei die Ansichten wegen der zT abweichenden Regelung der Prozesskostenhilfe nicht ohne Weiteres auf Österreich übertragbar sind.<sup>117</sup>

Die erstere Problematik – also die **Haftung wegen unterlassener Finanzierung** – spielt insb in massearmen Verfahren eine Rolle. Dazu vertritt in Deutschland insb *Böttger* die Ansicht, dass der Verwalter zuerst summarisch die Erfolgsaussichten einer Prozesskostenhilfe prüfen müsse; sekundär seien zwingend die Gläubiger nach ihrer Finanzierungsbereitschaft zu befragen. Wenn aber beide Versuche scheitern, müsse der Verwalter zur Vermeidung einer Haftung Prozesskostenfinanzierung in Anspruch nehmen.<sup>118</sup>

Ähnliches kann man auch für Österreich vertreten. Man stelle sich vor, es gibt in einem massearmen Verfahren eine aussichtsreiche Forderung oder mehrere davon, bzw es gibt eine Anfechtungslage. Eine Finanzierung des Prozesses über die Großgläubiger kann nicht erreicht werden und es wird auch keine Verfahrenshilfe bewilligt. Hier kommt mangels Vorliegens der Voraussetzungen keine Freigabe gem § 119 Abs 5 IO in Frage: Eine dubiose Forderung<sup>119</sup> liegt nicht vor, und Anfechtungsansprüche können ohnedies nicht ausgeschieden werden.<sup>120</sup> Der Verwalter darf die Ansprüche aber auch nicht einfach »abschreiben«. Hier muss also mE sehr wohl eine Finanzierung versucht werden, widrigenfalls den Gläubigern und dem Schuldner gegenüber ein Haftungsrisiko aufgrund nicht pflichtgemäßer Verwertung der Masse besteht.

Anderes muss hingegen bei einer geringeren Erfolgswahrscheinlichkeit gelten, denn hier wird man dem Verwalter einer vermögensarmen Masse keine eingehendere Recherchen dazu abverlangen können.

## B. Haftung wegen »voreiliger« Inanspruchnahme von Prozesskostenfinanzierung

Schließlich gibt es auch umgekehrt ein Haftungsrisiko, wenn der Verwalter »voreilig« Prozesskostenfinanzierung in Anspruch nimmt. Das kann einerseits bei hinlänglichen Massen eine Rolle spielen; vor allem aber wird es in massearmen Verfahren relevant sein, wenn der Verwalter sich nicht vorweg um eine

117 Vgl dazu etwa *Böttger*, Prozessfinanzierung 15 ff; zur Verfahrenshilfe allgemein s *Fucik*, Bewilligung der Verfahrenshilfe, ÖJZ 2012, 197.

118 So auch *Böttger*, Prozessfinanzierung 108 ff.

119 S dazu *Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen (1998) 24 ff.

120 *Mohr*, IO<sup>11</sup> § 119 E 185.



**Finanzierung durch die Großgläubiger bzw um die Gewährung von Verfahrenshilfe bemüht.**

Ähnliches wird auch in Deutschland für die dort geltende Rechtslage vertreten. *Böttger* hat allerdings herausgearbeitet, dass das Risiko für den Insolvenzverwalter überschaubar sein dürfte, weil die Beweisführung schwierig und der Quotenschaden relativ gering ist und überdies eine Haftungsfreistellung durch den Prozessfinanzierer in Frage kommt.<sup>121</sup>

Zur Absicherung ist Insolvenzverwaltern in Österreich gleichwohl zu empfehlen, sich **vorrangig** um eine Finanzierung durch die Großgläubiger bzw um die Gewährung von **Verfahrenshilfe** zu bemühen, weil die Masse dabei im Erfolgsfalle ungeschmälert bleibt und nicht mit einer Erfolgsprovision belastet wird. Scheitern diese Optionen, so ist eine Prozesskostenfinanzierung aber durchaus das Mittel der Wahl.

121 *Böttger*, Prozessfinanzierung 106 f.