

Insolvenz-Forum 2012

**Vorträge anlässlich
des 19. Insolvenz-Forums
Grundlsee im November 2012**

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny

Universität Wien
Institut für Zivilverfahrensrecht



R E C H T

Wien · Graz 2013

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-0934-7
NWV Verlag GmbH
Faradaygasse 6, 1030 Wien, Österreich
Tel.: +43 1 796 35 62-24, Fax: +43 1 796 35 62-25
E-Mail: office@nwv.at

Geidorfgürtel 24, 8010 Graz, Österreich
E-Mail: office@nwv.at

www.nwv.at

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2013

Druck: CPI books GmbH, Leck (D)

Prozesskostenfinanzierung im und nach dem Insolvenzverfahren

I Grundlagen

Die Finanzierung von Prozessen durch einen gewerblichen Prozessfinanzierer wird nicht nur in Deutschland, sondern auch in Österreich immer wichtiger. Das **Modell der Prozesskostenfinanzierung** ist allerdings noch recht jung: Erst im Jahr 1998 tauchte das erste Unternehmen am dt Markt auf, das die Prozesskostenfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung anbot.¹ Die Bedeutung nimmt seitdem stetig zu.

Die **wissenschaftliche Auseinandersetzung** und **Aufarbeitung** zum Thema „Prozesskostenfinanzierung“ ist in Deutschland seit längerer Zeit in vollem Gange;² etliche Monographien befassen sich mit der Prozesskostenfinanzierung.³ In Österreich hat die Prozesskostenfinanzierung bisher vor allem im Zusammenhang mit der **Durchsetzung von Ansprüchen bei falscher Anlageberatung durch Finanzdienstleister** praktische Bedeutung erlangt.⁴ Gerade Anlageberatungsfehler führen oft zu Massenschäden und können eine Flut an Schadenersatzansprüchen zur Folge haben.⁵ Das potentielle Prozesskostenrisiko ist geeignet, insb Kleinanleger vor der Geltendmachung ihrer Ansprüche abzuschrecken.⁶ Die Prozesskostenfinanzierung ermöglicht in solchen Fällen oft erst die Rechtsdurchsetzung, und zwar in Verbindung mit einer sog „**Sammelklage österr Prägung**“.⁷

-
- 1 Es handelt sich dabei um die FORIS AG, die damit wirbt „der Erfinder der Prozessfinanzierung zu sein“. Siehe dazu *Gleußner*, Prozessfinanzierung, FG Vollkommer (2006) 25 (25 ff).
 - 2 *Gleußner*, FG Vollkommer 27 mwN.
 - 3 Ua *Böttger*, Gewerbliche Prozessfinanzierung und Staatliche Prozesskostenhilfe (2008); *Dimde*, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung im Zivilprozess (2002); *Jaskolla*, Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung (2004); *Kochheim*, Die gewerbliche Prozessfinanzierung (2003); *Nitzsche*, Ausgewählte rechtliche und praktische Probleme der gewerblichen Prozessfinanzierung unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzrechts (2002). Soweit ersichtlich, existiert nur eine österr Dissertation zum Thema: *Mair*, Prozessfinanzierung und das Verbot der Vereinbarung einer quota litis (2010).
 - 4 Dazu etwa *Karauscheck*, Prozesskostenfinanzierung – ein weitgehend unreguliertes Glücksgeschäft!? VR 2012, H 6, 21 (22 und FN 8); *Parzmayr/Schobel*, Prozessfinanzierung: Zulässiges Erfolgshonorar oder verbotene quota litis? ÖJZ 2011, 533 (534).
 - 5 *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 534.
 - 6 *Kolba*, Konsumentenschutz vor und mit der Sammelklage, eolex 2010, 864 (864).
 - 7 Mangels gesetzlicher Regelungen entwickelte die Praxis vor etwa 10 Jahren die „Sammelklage nach österr Recht“. Solche Sammelklagen sind von der Rsp für gleichartige Ansprüche grds als zulässig erachtet worden (s OGH 4 Ob 116/05w JBI 2006, 48 = ÖBA 2005/1306 = RdW 2005/766). Vgl dazu

dabei treten die geschädigten Anleger ihre Ansprüche an einen Sammelkläger (VKI) ab, der sie dann im Wege der objektiven Klagenhäufung (§ 227 ZPO) und unter Inanspruchnahme von Prozesskostenfinanzierung geltend macht.⁸ Die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger „Sammelklagen“ ist mittlerweile im Wesentlichen geklärt.⁹ Die Frage, ob eine Prozesskostenfinanzierung in Österreich zulässig ist, ist hingegen weiterhin offen; daran ändert auch die jüngst ergangene Entscheidung des OGH 6 Ob 224/12b¹⁰ nichts.¹¹

II Zweck und Rahmenbedingungen

A Zweck der Prozesskostenfinanzierung

Die Wurzel für die allfällige Notwendigkeit einer Prozesskostenfinanzierung ist sowohl in Österreich wie in Deutschland im kostenrechtlichen **Erfolgshaftungsprinzip** des Zivilprozesses zu finden:¹² 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) für die Parteien oft mit einem enormen Kostenrisiko verbunden;¹³ daran ändert auch die Gewährung von **Verfahrenshilfe** im vollen Umfang nach § 64 Abs 1 ZPO nichts, weil diese die unterliegende Partei nicht von der Pflicht zum Ersatz der gegnerischen Prozesskosten befreit (die Verfahrenshilfe betrifft nur die jeweils eigenen Kosten).¹⁴ Auch eine uU bestehende Nachzahlungspflicht gem § 71 ZPO ist hinsichtlich des Kostenrisikos stets zu berücksichtigen.

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) ausgenommen sind. Va ist eine Inanspruchnahme nur möglich, wenn

statt vieler *Klauser*, Sammelklagen von Verbraucherorganisationen – Praxisbericht zu den Aspekten „Zulässigkeit der Klagenhäufung“ sowie „Prozessfinanzierung und Aktivlegitimation“, in *Reiffenstein/Blaschek*, Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2009-2010 (2011) 263 (263); *Kodek*, Die „Sammelklage“ nach österreichischem Recht, ÖBA 2004, 615 (615 f); *Kolba*, *ecolex* 2010, 864.

8 Siehe *Klauser* in *Reiffenstein/Blaschek*, Konsumentenpolitisches Jahrbuch 263 und *Kodek*, ÖBA 2004, 615 f.

9 Siehe dazu va *Kodek*, Massenverfahren und Verfahrensmassen: Einige Gedanken zur aktuellen Diskussion, Zak 2012, 66 (66 f).

10 Zak 2013/220; s auch ÖJZ aktuell ÖJZ 2013/30.

11 Dazu unten II B 3.

12 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁸ (2010) Rz 244.

13 *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 533.

14 *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 254; LGZ Wien 43 R 2047/82 EFSlg 41.673; LGZ Wien 43 R 1377/78 EFSlg 31.987.

bereits vor dem Eintritt des die Forderung begründenden Umstands ein Versicherungsvertrag abgeschlossen wurde.¹⁵ 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 dt 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.¹⁶ Auch ein Einstieg in bereits laufende Verfahren ist möglich.

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**.¹⁷

An sich käme auch eine **Prozesskostenfinanzierung auf Beklagten-seite** in Frage;¹⁸ 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**, dass ein Prozessfinanzierungsunternehmen die Finanzierung übernimmt, ist jedenfalls ein gewisser **Mindeststreitwert**.¹⁹ Dazu kommt die weitere Voraussetzung einer **überwiegen-**

15 Vgl *Dethloff*, Verträge zur Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, NJW 2000, 2225 (2225); *Nitzsche*, Prozesskostenfinanzierung 2 f; *Wagner*, Rechtsprobleme der Fremdfinanzierung von Prozessen, JBl 2001, 416 (417).

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

17 *Böttger*, Prozessfinanzierung 13.

18 *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 534.

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

den **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 dt Literatur geht von einer Innengesellschaft aus.²⁰ Auch in Österreich werden va die Varianten Gesellschaft bürgerlichen Rechts und allenfalls Vertrag sui generis mit glücksvertraglichen Elementen vertreten.²¹

Der Prozesskostenfinanzierer übernimmt vertragsgemäß sämtliche Verfahrenskosten, also auf Klägerseite die Gerichtskosten samt etwaiger Zeugen- und Sachverständigenauslagen sowie die Anwaltskosten nach Tarif, auf Beklagtenseite 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.²² In der dt 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.²³ 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 obsiegten Betrag,²⁴ 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.²⁵ Mehrere Anspruchsinhaber sind insoweit **Gesamtschuldner**.

Des Weiteren ist in den dt Musterverträgen vorgesehen, dass der Mandant zur Sicherung der Ansprüche des Finanzierers sowohl den Klagsanspruch als auch den Anspruch auf Prozesskostenerstattung an

20 *Böttger*, Prozessfinanzierung 11 mwN.

21 Näheres dazu s *Wagner*, JBI 2001, 421 ff mwN.

22 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).

23 *Nitzsche*, Prozesskostenfinanzierung 2.

24 Vgl dazu den Prozessfinanzierungsvertrag der FORIS AG, http://www.foris.de/fileadmin/user_upload/muster_prozessfinanzierungsvertrag.pdf (abgefragt am 27. 2. 2013).

25 Siehe *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 539 FN 3; vgl auch *Wagner*, JBI 2001, 417.

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 Sicherungszession²⁶ und andererseits wegen der **ablehnenden Haltung zur gewillkürten Prozessstandschaft**²⁷ problematisch; zur Erhaltung der Klagslegitimation des Anspruchsinhabers müsste daher eine Sicherungszession an den Finanzierer wohl mit einer Rückzession zum Inkasso verbunden werden.²⁸ 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 angestregten 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-Jud,²⁹ 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 dann finanziell so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vergleich geschlossen worden wäre. Er hat dann die ihm gewährten Sicherheiten Zug um Zug rückzuübertragen.

Insgesamt entsteht durch die Finanzierungs konstruktion ein **Dreiecksverhältnis** zwischen dem Anspruchsinhaber, seinem Rechtsanwalt und dem Finanzierer. Einige Aspekte davon sind zumindest nach österr Recht

26 Näheres dazu bei *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ II (2011) § 451 Rz 2; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹³ I (2006) 408 f mwN; s auch *Wilhelm*, Wie publik muss/kann die Sicherungszession sein? *ecolex* 2007, 153 (153).

27 Siehe dazu *Schubert* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² I (2002) Vor § 1 ZPO Rz 81 mwN; RIS-Justiz RS0053157, RS0032788.

28 Dazu auch *Wagner*, JBI 2001, 437 f.

29 OGH 3 Ob 168/11v ZIK 2012/148, 102; so auch *Widhalm-Budak*, Insolvenzfähigkeit und Anfechtung von an Konnossementen erlangten Zurückbehaltungsrechten der Akkreditivbank, ZIK 2012/119, 82 (82).

noch offen. Das betrifft weniger die Frage des **anwendbaren Rechts**; die Verträge der großen dt Anbieter enthalten insoweit durchwegs eine Rechtswahlklausel im Hinblick auf das dt Recht.

3 Zulässigkeit der Prozesskostenfinanzierung

Fraglich ist allerdings, 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 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.³⁰

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 bedeuteten.

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 österr Perspektive hat sich mit dieser Frage va *Kodek*³¹ auseinandergesetzt; auch *Oberhammer* hat sich im Vorjahr in seiner Replik zu *Krejci*³² dazu geäußert.³³ 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.

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

31 ÖBA 2004, 626.

32 Gilt das Quota-litis-verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge? ÖJZ 2011, 341.

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

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.³⁴ 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 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.³⁵ 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 releviert.³⁶

Für das österr. 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**).³⁷ Ein „Ansichlösen“ der Streitsache liegt vor, wenn die Streitsache endgültig an den Rechtsfreund übertragen wird, zB durch Übereignung oder Zession.³⁸ Nicht unter das Verbot fallen jedoch die Verpfändung,³⁹ die Inkassozeession⁴⁰ und die Zession zahlungshalber⁴¹ oder sicherungshalber.⁴²

Einschlägig ist hier insb das Verbot der **quota-litis-Vereinbarung**: Eine solche Vereinbarung liegt vor, wenn sich das Honorar prozentuell nach dem ersiegten Betrag bemisst; zulässig ist hingegen das vom Streitwert prozentuell bestimmte Pauschalhonorar, das unabhängig vom Erfolg zu bezahlen ist.⁴³ Dieses Verbot hat seinen Ursprung im **Standesrecht der**

34 *Kodek*, ÖBA 2004, 626; *Wagner*, JBI 2001, 417.

35 *Kodek*, ÖBA 2004, 626.

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

37 *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 244 (Stand 1. 7. 2010, rdb.at).

38 *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 245.

39 *Ehrenzweig*, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts² II/1 (1928) 164; OGH 3 Ob 705/37 SZ 19/292; OGH Ds 34/32 JBI 1932, 549.

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

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

42 OGH 1 Ob 1092/32 ZBI 1933/88.

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

Rechtsanwälte (vgl § 16 Abs 1 RAO), es gilt für in- und ausländische Rechtsanwälte.⁴⁴ Als Rechtsfreund gelten aber insb auch **Notare**,⁴⁵ **Steuerberater**, **Buchprüfer** und **Wirtschaftsprüfer**⁴⁶ sowie solche **Personen, die sich als Angehörige einer dieser Berufsgruppen ausgeben und diesen vorbehaltene Leistungen – unerlaubterweise – erbringen.**⁴⁷

Auch wenn der Begriff des „Rechtsfreundes“ keinesfalls eng auszulegen und eine Analogie grundsätzlich zulässig ist,⁴⁸ lehnte der OGH eine Ausdehnung des Verbots auf andere Berufsgruppen ab;⁴⁹ keine Anwendung findet § 879 Abs 2 Z 2 ABGB daher etwa auf Versicherungsberater und „Schadenshelfer“⁵⁰ oder auf einen Kaufmann mit juristischer Ausbildung, der in einem Einzelfall die rechtliche Beratung von Verwandten übernommen hat.⁵¹

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 **BG für Handelssachen Wien** war der Ansicht, dass ein Absichern der Prozesskosten über einen Vertrag mit einem Prozessfinanzierer **keinen Verstoß gegen das Verbot der quota litis** darstelle.⁵²

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.⁵³

In der jüngeren E **47 Cg 77/10s** folgte das **HG Wien** hingegen der mittlerweile hL⁵⁴ und sah eine Prozessfinanzierungsgesellschaft grundsätzlich **nicht als Rechtsfreund** iSd § 879 Abs 2 Z 2 ABGB an. Anderes könne nur dann gelten, wenn die Prozessfinanzierungsgesellschaft eine Tätigkeit als sog „Schattenanwalt“ entfalten würde. Aber selbst bei einer Qualifikati-

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

45 OGH Ds 6/71 EvBl 1973/11.

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

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

48 OGH Ds 6/71 EvBl 1973/11.

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

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

51 Vgl RIS-Justiz RS0016814.

52 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 [805 FN 14]). Siehe ausführlich zum Verfahren *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 533 FN 21.

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

54 Siehe unten FN 74.

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

Auch das **OLG Wien**⁵⁵ 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.⁵⁶ 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 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; ob von der allfälligen Nichtigkeit auch die Abtretung der Forderung erfasst ist und schließlich ob sich der Prozessgegner auf diese Nichtigkeit berufen kann.

Der OGH erklärte in seiner **E 3 Ob 503/93**⁵⁷ eine Prozessfinanzierungsvereinbarung wegen Wuchers (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) für nichtig; auf die Frage, ob diese auch gegen § 879 Abs 2 Z 2 ABGB verstoße, ging der 3. Senat hier nicht ein.

Jüngst befasste sich nun der 6. Senat mit der Zulässigkeit einer Prozessfinanzierungsvereinbarung: In seiner mit Spannung erwarteten **E 6 Ob 224/12b**⁵⁸ sprach er aus, dass das Quota-litis-Verbot dem Mandantenschutz und der Standesehre diene, nicht jedoch dem Schutz des Prozessgegners. Der Prozessgegner könne jedenfalls nicht mit Erfolg die Frage aufwerfen, ob die Finanzierung einer Sammelklage durch ein Prozessfinanzierungsunternehmen gegen Erfolgsbeteiligung das Quota-litis-Verbot verletzt. Selbst für den Fall, dass man die Anwendbarkeit des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB auf Prozessfinanzierungsvereinbarungen bejahe, folge daraus lediglich eine Nichtigkeit der Vereinbarung des Erfolgshonorars, nicht aber auch der Abtretung der Ansprüche an den Sammelkläger. Ob die Finanzierung einer Sammelklage durch einen gewerblichen Prozessfinanzierer gegen § 879 Abs 2 Z 2 ABGB verstößt, bleibt daher weiterhin offen.⁵⁹

55 OLG Wien 3 R 41/12i ecolex 2012/357. Diese Entscheidung 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 (315 f).

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

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

58 Die Entscheidung betrifft das Prozessfinanzierungsmodell des VKI für Sammelklagen gegen den Finanzberater AWD. AWD als beklagte Partei machte geltend, dass die vom VKI mit einem Prozessfinanzierer abgeschlossene „Prozessfinanzierungs-Rahmenvereinbarung“ gegen § 879 Abs 2 Z 2 ABGB verstoße und daher nichtig sei; diese Nichtigkeit wirke – laut beklagter Partei – absolut und schlage daher auf die Abtretungen der Ansprüche von den Anlegern auf den VKI durch. Letztlich führte das Vorbringen der mangelnden Aktivlegitimation nicht zum Erfolg.

59 6 Ob 224/12b Zak 2013/220; s auch ÖJZ aktuell ÖJZ 2013/30.

Auch der VfGH hatte sich bereits 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.⁶⁰ 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.⁶¹ Als Begründung führt er an, dass Prozessfinanzierungsunternehmen 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.⁶² Eine **Mindermeinung** will hingegen § 879 Abs 2 Z 2 ABGB generell auch auf Prozessfinanzierer anwenden.⁶³ Wiederum andere vertreten eine **differenzierende Auffassung**, die ua danach unterscheidet, ob dem Prozessfinanzierer ein wesentlicher Einfluss auf die Prozessführung zukommt⁶⁴ bzw ob der Anspruchsinhaber bei Abschluss der Prozesskostenfinanzierung unabhängig rechtsfreundlich beraten ist und ob daher ein Wissens- und Erfahrungsdefizit besteht oder nicht.⁶⁵

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 Rechtsan-**

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

61 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.“

62 *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 252; *Kodek*, ÖBA 2004, 626 f; *ders*, Zak 2012, 67 ff; *Klauser*, *ecolex* 2002, 807; *ders*, *Modernes Gruppenverfahren kann allen Seiten nützen*, AnwBl 2006, 267 (268 f); *Kosch*, *Prozessfinanzierung durch Teilabtretung der betriebenen Forderung*, ZIK 2000/52, 48 (48 f); *Oberhammer*, *ecolex* 2011, 980.

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

64 Vgl *Kutis*, *Das „pactum de quota litis“ in Österreich*, AnwBl 2008, 485 (486 ff); *Wagner*, JBI 2001, 432.

65 *Parzmayr/Schobel*, ÖJZ 2011, 538.

waltsstandes.⁶⁶ Gerade der Mandantenschutz und die Standesehre werden aber bei einem gewerblichen Prozessfinanzierer von vornherein nicht berührt.⁶⁷ Ein Prozessfinanzierer übt gerade nicht eine Beratungsfunktion wie ein Rechtsanwalt aus; es besteht also nach zutreffender Ansicht grundsätzlich wohl keine Gefahr der Übervorteilung.⁶⁸

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.⁶⁹

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.⁷⁰ Daher könnte sich allenfalls der **Vertragspartner**, also der Anspruchsinhaber selbst, auf eine vermeintliche Nichtigkeit berufen, **keinesfalls jedoch der Prozessgegner**.⁷¹ Könnte sich nämlich der Prozessgegner auf die Nichtigkeit berufen, „um die Klage zu Fall zu bringen“,⁷² würde sich der Schutzzweck der Bestimmung, nämlich der Schutz des Mandanten, geradezu ins Gegenteil verkehren.⁷³

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

III Anwendungsbereich der Prozesskostenfinanzierung im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren

Grundsätzlich können **Ansprüche aus fast jedem Rechtsgebiet** prozessfinanziert werden.⁷⁴ In Deutschland, wo erheblich mehr Praxiserfahrung

66 Zum Mandantenschutz und der „Standesehre“ ausführlich *Oberhammer*, *ecolex* 2011, 973 f.

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

68 So aber *Krejci*, *ÖJZ* 2011, 347; *Scheuba*, *AnwBl* 2006, 65; *Wagner*, *JB* 2001, 430; im Grundsatz auch *Parzmayr/Schobel*, *ÖJZ* 2011, 538; vgl auch *Mair*, *Prozessfinanzierung* 154 ff.

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

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

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

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

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

74 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*¹⁰ § 53 Rn 195; *Lenz*, *Gewerbliche Prozessfinanzierung*, *AnwBl* 2007, 483 (484 f).

besteht, greifen auch immer mehr Insolvenzverwalter auf die Prozesskostenfinanzierung zurück.⁷⁵ Hintergrund ist die restriktive Haltung der Gerichte zur Gewährung von staatlicher Prozesskostenhilfe für Insolvenzverwalter.⁷⁶

Interessant ist die Prozesskostenfinanzierung aber sicherlich auch für österr 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 S 2 IO).

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**:⁷⁷

- 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.⁷⁸ 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

75 Dies betrifft Deutschland. Ob in Österreich Insolvenzverwalter ebenfalls so zahlreich die gewerbliche Prozesskostenfinanzierung beanspruchen, ist noch zu ermitteln.

76 *Böttger*, Prozessfinanzierung 9 f.

77 Vgl *Heutz*, Die Vorteile der gewerblichen Prozessfinanzierung für Insolvenzverwalter, NZI-Rubrikschwerpunkt 2010, H 2, XIV (XIV ff); *Meyer*, Keine staatliche PKH? – Prozessfinanzierung als Königsweg für Insolvenzverwalter, NZI-Rubrikschwerpunkt 2/2010, H 2, XVII.

78 *Heutz*, NZI 2010, 14.

Verwalter aufnehmen will. Letztere Fälle werden auch für den Prozessfinanzierer interessant sein: Die Gerichtsgebühren 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. Dadurch werden aber das Prozesskostenrisiko und das Risiko überraschender Einwendungen der Gegenseite minimiert.⁷⁹

IV Verhältnis der Prozesskostenfinanzierung zur 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. Seit dem 1. 1. 2013 steht die Verfahrenshilfe auch wieder juristischen Personen oder „sonstigen parteifähigen Gebilden“, also auch der Insolvenzmasse, offen: Diesen ist die Verfahrenshilfe nach § 63 Abs 2 ZPO⁸⁰ dann zu bewilligen, **wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihnen selbst noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten⁸¹ – 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.⁸² 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 Kostenerstattungspflicht 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.

79 Siehe dazu auch *Böttger*, Prozessfinanzierung 14.

80 IdF BGBl I 2011/96.

81 Zum Begriff der „wirtschaftlich Beteiligten“ s insb die Entscheidung des OLG Wien 3 R 56/96v.

82 Ausführlich *Böttger*, Prozessfinanzierung 9 ff (insb 73 ff).

V 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.⁸³

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.

Das Gesetz sieht für besonders wichtige Angelegenheiten bestimmte **abgestufte Genehmigungserfordernisse** vor.⁸⁴ 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 8 Tage im Vorhinein mit der Äußerung des Gläubigeraus-

83 Vgl dazu auch *Nitzsche*, Prozesskostenfinanzierung 98.

84 *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ IV (2006) § 116 KO Rz 1.

schusses zu unterrichten hat (§ 116 IO). Die Aufzählung der mitteilungsrechtlichen Geschäfte ist taxativ.⁸⁵ Dadurch soll dem Gericht die Möglichkeit gegeben werden, die Ausführung der unter § 116 IO fallenden Geschäfte zu untersagen.⁸⁶ Im Falle der Untersagung des Geschäftes entscheidet das Gericht in Form einer Weisung an den Insolvenzverwalter.⁸⁷ 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.⁸⁸

- Gem **§ 117 Abs 1 IO** braucht der Insolvenzverwalter schließlich für besonders bedeutsame, ebenfalls taxativ aufgezählte⁸⁹ Vermögensdispositionen ohne Rücksicht auf den Wert des Gegenstandes die **Genehmigung des Gläubigerausschusses und des Insolvenzgerichts**.⁹⁰

Im Vorfeld des Vertragsabschlusses stellt sich nun die Frage, ob der **Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags als Verwertungsmaßnahme**⁹¹ 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.

Die Bestimmung des **§ 116 IO**⁹² 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.⁹³

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**“).⁹⁴ Nach hM besteht der Zweck dieser Regelung darin, die typischerweise besonders „gefährlichen“ Vereinbarungen an die Zustimmung

85 *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 KO Rz 7.*

86 *Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht² (2004) 129.*

87 Näheres dazu s *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 KO Rz 38.*

88 ErläutRV 988 BlgNR 21. GP 24, 29; *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 KO Rz 3; Mohr, IO¹¹ (2012) § 116 Anm 1.*

89 *Riel in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (11. Lfg; 2001) § 117 KO Rz 1.*

90 *Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht² 34.*

91 So ausdrücklich OLG Wien 28 R 70/02y ZIK 2003/136, 101.

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

93 Vgl *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 KO Rz 19.*

94 Vgl (zur alten Rechtslage) *Kosch, ZIK 2000/52, 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‘).“

des Gläubigerausschusses zu binden, mit denen auf (zumindest behauptete) Rechte der Insolvenzmasse (zT) verzichtet wird. Der **Begriff „Vergleich“** ist daher in einem **weiten Sinn** zu verstehen: Erfasst werden sowohl Prozess- und privatrechtliche Vergleiche iS, als auch **alle Rechtsgeschäfte, die letztlich zu einem (teilweisen) Verzicht auf streitige oder zweifelhafte Ansprüche der Insolvenzmasse führen.**⁹⁵ 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.⁹⁶ Nach einer Entscheidung des OLG Linz soll der Betrag maßgeblich sein, auf den der Insolvenzverwalter durch den Abschluss des Vergleiches **verzichtet**;⁹⁷ 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.⁹⁸ *Riel* vertritt die Ansicht, dass der Abschluss von Vergleichen dann genehmigungspflichtig ist, wenn der **strittige bzw ungewisse Teil des Anspruches** die Wertgrenze übersteigt.⁹⁹ Nach einer Entscheidung des LG Linz wird auf den **gesamten vergleichsgegenständlichen Anspruch** abgestellt.¹⁰⁰ Auch *Kodek* spricht sich im Ergebnis für die Beachtlichkeit des **gesamten behaupteten Anspruchs** aus. Für diese Auffassung sprechen auch teleologische Erwägungen, zumal die Höhe des gesamten behaupteten Anspruchs geeignetes Maß für die Bedeutung bzw „Gefährlichkeit“ des Vergleichsabschlusses ist.¹⁰¹ Bei einer solchen „Gesamtbetrachtung“ könnte man auch im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrages wiederum zur **Maßgeblichkeit des Streitwerts** gelangen.¹⁰²

Unter der Wertgrenze des § 116 IO ist der Insolvenzverwalter aber auch nicht völlig frei: Da der Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrags als eine „**wichtige Vorkehrung**“ iSd **§ 114 Abs 1 IO** einzustufen ist,

95 *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 KO Rz 8; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 10; vgl auch OLG Linz 2 R 172/94 zit nach *Mohr*, IO¹¹ § 116 E 8.

96 *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 KO Rz 13 mwN.

97 OLG Linz 2 R 164/97v zit nach *Mohr*, IO¹¹ § 116 E 15.

98 OGH 3 Ob 126/91 EvBl 1992/150; vgl auch *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 KO Rz 13.

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

100 LG Linz 15 R 253/95 zit nach *Mohr*, KO⁹ (2000) § 116 E 9a (in neuer Auflage nicht mehr zitiert).

101 *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 KO Rz 13.

102 Vgl auch *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 KO Rz 19 hinsichtlich des „Wertes“ einer Anfechtungsklage.

hat er jedenfalls die **Äußerung des Gläubigerausschusses einzuholen**. An diese ist der Insolvenzverwalter aber weder im Außen- noch im Innenverhältnis gebunden.¹⁰³ Außerdem ist wohl auch hier eine **Anzeige an das Insolvenzgericht im Rahmen der Berichtspflicht des Insolvenzverwalters** geboten.

VI 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.

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.¹⁰⁴

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.¹⁰⁵

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 Forderung¹⁰⁶ liegt nicht vor, und Anfechtungsansprüche können ohnedies nicht ausgeschieden werden.¹⁰⁷ 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.

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

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

105 So auch *Böttger*, Prozessfinanzierung 108 ff.

106 Siehe dazu *Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen (1998) 24 ff.

107 *Mohr*, IO¹¹ § 119 E 185.

Anderes muss hingegen bei einer geringeren Erfolgswahrscheinlichkeit gelten, denn hier wird man dem Verwalter einer vermögensarmen Masse keine eingehenderen 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; va aber wird es in massearmen Verfahren relevant sein, wenn der Verwalter sich nicht vorweg um eine **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.¹⁰⁸

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.

108 *Böttger*, Prozessfinanzierung 106 f.