



den Prozessfall u. a. nachweisen, dass er nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann. Wer einen solchen Mandanten schon einmal vertreten hat, weiß, wie schwer es für einen Selbständigen ist, durch Vorlage von Steuerbescheiden etc. den Umfang seines Einkommens nachzuweisen, wenn etwa der letzte Steuerbescheid schon längere Zeit zurückliegt und die wirtschaftlichen Verhältnisse sich anschließend verschlechtert haben.

Nahezu aussichtslos aber ist die Erlangung von Prozesskostenhilfe, wenn sie von einer juristischen Person – etwa einer GmbH – oder einer parteifähigen Vereinigung, also etwa einer OHG oder, nach neuester Rechtsprechung, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts begehrt wird. Wirtschaftliche Voraussetzung für Prozesskostenhilfe ist, dass weder die Prozesspartei noch die wirtschaftlich Beteiligten, also etwa die Gesellschafter der GmbH, die Prozesskosten aufbringen können. Diese Voraussetzung lässt sich in der Praxis häufig nicht nachweisen. Selbst wenn sie aber beweisbar wäre, würde die Prozesskostenhilfe wahrscheinlich aus einem anderen Grund scheitern und zwar deshalb, weil die nach § 116 Nr. 2 ZPO erforderliche weitere Voraussetzung nicht gegeben wäre. Prozesskostenhilfe kann nur gewährt werden, wenn in der Gesetzessprache, die Unterlassung der Rechtsverfolgung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde. Wann diese zusätzliche Voraussetzung gegeben ist, kann man in den wenigen veröffentlichten Entscheidungen, die zu diesem Problem ergangen sind, nachlesen; sie wird im Zweifel nicht gegeben sein.

Bietet also die Prozesskostenhilfe schon den privaten Antragsteller nur einen unzureichenden Schutz, so versagt sie im gewerblichen Bereich in noch größerem Umfang, man kann sagen, nahezu vollständig.

4.) Man kann zusammenfassen:

Die gegenwärtige Rechtslage ist, was die klageweise Durchsetzung hoher Zahlungsansprüche anlangt, mehr als unbefriedigend. Die mit einem Klageverfahren verbundene Kostenlast macht die Führung eines Prozesses mit hohem Streitwert für einen durchschnittlichen Kläger nahezu unmöglich. Die Rechtsschutzversicherung bietet in vielen Fällen Abhilfe, sie ist, auch wenn sie nicht für alle Sachverhalte Versicherungsschutz zur Verfügung stellen kann, von großer sozialer Bedeutung. Noch niemand hat berechnet, welche finanziellen Aufwendungen dem Staat durch die Existenz der Rechtsschutzversicherung erspart werden. Wir kennen alle das Formular, das bei der Beantragung von Prozesskostenhilfe ausgefüllt werden muss und in welchem gefragt wird, ob eine Rechtsschutzversicherung besteht – ist dies der Fall, entfällt von vornherein ein Anspruch auf Prozesskostenhilfe. An diesen Aspekt sollten einmal die aus den Reihen der Justiz kommenden Kritiker der Rechtsschutzversicherung, auch wenn ihre Zahl immer geringer wird, einmal denken.

Auch die Prozesskostenhilfe bietet, wie wir gesehen haben, nur teilweise und in unbefriedigender Weise Abhilfe.

Vom Staat ist Abhilfe nicht zu erwarten. Er hat, auch aus finanziellen Gründen, kein Interesse daran, den Justizgewährungsanspruch der Bürger zu verstärken. Dieser Anspruch wird im Gegenteil eher eingeschränkt, wie das jetzt im Bundestag verabschiedete Justizreformgesetz zeigt.

Es besteht also, alles in allem, aller Anlass, sich um eine weitere ergänzende Form der Prozesskostenfinanzierung zu bemühen, wie wir sie im weiteren Verlauf der Veranstaltung kennen lernen werden.

*Prof. Dr. Barbara Grunewald,
Geschäftsführende Direktorin des
Instituts für Anwaltsrecht an der
Universität zu Köln**

I. Darstellung der Geschäftspraxis

Thema unserer Veranstaltung sind Rechtsschutzversicherung und Formen alternativer Prozessfinanzierung. Meine Stellungnahme bezieht sich auf die alternative Prozessfinanzierung und hier in erster Linie auf ein Phänomen, das in den letzten Jahren, erstmals zu beobachten war, nämlich die gewerbliche Prozessfinanzierung.

Die Situation in der die gewerblichen Prozessfinanzierer ihr Geschäft machen, sieht ungefähr so aus:

Es geht um die Durchsetzung eines Anspruchs, bezüglich dessen der beratende Rechtsanwalt der Ansicht ist, dass ein Prozess mit erheblicher Wahrscheinlichkeit erfolgreich geführt und der Anspruch dann auch realisiert werden kann. Der Mandant schreckt gleichwohl vor einem Prozess zurück, weil ihm das Kostenrisiko zu groß ist. Dabei spielen weniger die Fälle eine Rolle, in denen der Mandant die Prozesskosten überhaupt nicht tragen kann. Dann erhält er Prozesskostenhilfe, und ist auf eine Finanzierung nicht angewiesen. Gleiches gilt für Rechtsschutz versicherte Mandanten. Sie sind bereits abgesichert und daher an einer Finanzierung nicht interessiert. Eine Einschaltung der gewerbsmäßigen Prozessfinanzierung kommt also in erster Linie in Betracht, wenn der Mandant das Risiko zwar tragen müsste und könnte, aber nicht tragen will.

In dieser Lage kann sich der Mandant über seinen Rechtsanwalt an einen Prozessfinanzierer wenden¹. Der Finanzierer prüft auf eigene Kosten, ob er die Verfolgung der Ansprüche finanzieren will. Der Anspruchsinhaber stellt zu diesem Zweck alle einschlägigen Dokumente zur Verfügung und erläutert den Sachverhalt, falls erforderlich, ergänzend.

Nimmt der Finanzierer das Angebot auf Abschluss eines Finanzierungsvertrages an, so trägt er in voller Höhe die Kosten des Rechtsstreits, sofern sie ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Vertrages entstehen². Führt die Rechtsverfolgung in irgendeiner Weise zum Erfolg, so erhält der Finanzierer vorab die von ihm verauslagten Verfahrenskosten³. Der danach verbleibende Erlös steht dem Finanzierer in einer bestimmten Höhe – je nach Finanzierer und Streitwert zwischen 20 und 50% – zu⁴. Zur Sicherung dieser Ansprüche gegen den Mandanten tritt dieser die streitigen Ansprüche an den Finanzierer ab⁵, selbstverständlich ohne für den Bestand der Ansprüche Gewähr zu leisten. Diese Abtretung wird im Prozess nicht offengelegt⁶.

* Vortrag in Bremen anlässlich des 52. Deutschen Anwalttages.

1 Der bekannteste Prozessfinanzierer ist die FORIS AG, es gibt aber auch Konkurrenten, z.B. die JUR-Agent AG, Leipzig, sowie die Prozessfinanzierungsgesellschaft der D. A. S., die D. A. S. Profi AG. Siehe den Überblick bei *Schiffel*, Berliner AnwBl 2001, 82, 84. Im Folgenden wird die Vertragsgestaltung der FORIS AG als dem größten Prozessfinanzierer zugrunde gelegt.

2 3.2 des FORIS-Vertrages.

3 4.1 des FORIS-Vertrages.

4 4.2 des FORIS-Vertrages; Überblick bei *Schiffel*, Berl. AnwBl 2001, 82, 84.

5 5.1 des FORIS-Vertrages.

6 5.6 des FORIS-Vertrages.



Während des Verfahrens trifft den Mandanten die Pflicht, den Finanzierer über alle Umstände zu informieren, die für die Durchsetzung des Anspruchs von Bedeutung sind. Demgemäß hat er seinen Rechtsanwalt zu verpflichten, den Finanzierer ständig auf dem Laufenden zu halten⁷. Kommt es zu einem Vergleichsvorschlag durch das Gericht oder durch die Gegenseite, so darf der Mandant dem nur zustimmen, wenn der Finanzierer dies ebenfalls für richtig hält. Will zwar der Finanzierer, nicht aber der Mandant den Vergleich abschließen, so kann der Mandant den Vertrag mit dem Finanzierer kündigen und den Finanzierer zu dem Preis auslösen, den der Finanzierer bei Durchführung des Vergleichs erhalten hätte.

Finanzierer kann den Vertrag kündigen, wenn nach Vertragsschluss Umstände eintreten, auf Grund derer nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen eine realistische Chance zur Realisierung des streitigen Anspruchs nicht mehr besteht. Der Mandant kann dann die streitigen Ansprüche auf eigene Kosten weiter verfolgen⁸. Die bis dahin angefallenen Kosten verbleiben bei dem Finanzierer.

II. Auswirkungen auf die Rechtsschutzversicherungen

Welche Auswirkungen die gewerbsmäßige Prozessfinanzierung auf die wirtschaftliche Lage der Rechtsschutzversicherer haben wird, ist schwer abzuschätzen. Der eine oder andere mag sich sagen, dass er eine Rechtsschutzversicherung nicht benötige, da er einen Prozess zur Not mit Hilfe der gewerblichen Prozessfinanzierer führen könne. Allerdings wäre ein solches Kalkül risikobehaftet. Denn die Finanzierer steigen erst ab einem bestimmten Streitwert in die Finanzierung ein, je nach Finanzierer ab 1.000 DM oder sogar erst ab 100.000 DM⁹. Zudem bietet die gewerbliche Prozessfinanzierung keinen Schutz für die Beklagtenseite. Denn eine Beteiligung am Prozessergebnis – der Abweisung der Klage – ist in dieser Konstellation nicht möglich. Den Vorteil der gewerbsmäßigen Prozesskostenfinanzierung im Vergleich zu einer Rechtsschutzversicherung für den Mandanten liegt allerdings ebenfalls klar zu Tage: Er muss keine laufenden Prämien zahlen. Vielmehr kann er den Vertrag in dem Moment schließen, in dem der Rechtsstreit entsteht. Allerdings wird es dann verhältnismäßig teuer. Denn jedenfalls bei hohen Streitwerten liegt die Erfolgsbeteiligung in absoluten Zahlen hoch.

III. Wirtschaftliche Lage der Finanzierer

Die wirtschaftliche Lage der Prozessfinanzierer ist für Außenstehende schwer abzuschätzen. Die Prozessfinanzierung ist – jedenfalls wenn man die Anzahl der Finanzierer betrachtet – ein expansiver Markt. Mittlerweile bieten rund 10 – 20 Firmen eine solche Finanzierung an. Nach dem Quartalsbericht Nr. 1/2001 des größten Finanzierers, der FORIS AG, zu urteilen, entwickelt sich das Geschäft positiv. Die Anfragen, verstanden als Kontakt unter konkreter Angabe eines Streitgegenstands, steigen bei der FORIS AG, und liegen mittlerweile bei 500 pro Quartal. Aus ca. 10% der Anfragen entwickelt sich ein entsprechender Finanzierungsvertrag. Ungefähr die Hälfte der finanzierten Prozesse wurde bislang gewonnen. Das Durchschnittsergebnis aller Verfahren, also unter Einschluss auch der verlorenen, liegt bei 30.000 DM. Gewinne werden bislang allerdings nicht erwirtschaftet, wobei FORIS davon ausgeht dass dies u. a. daran liegt, dass bislang nur die Prozesse beendet wurden, deren Ertragsaussichten nicht besonders günstig waren. Denn in diesen Fällen sei ein schneller Abschluss des Prozesses im Interesse, des Finanzierers gewesen. Man rechnet also nach wie vor damit, bald in die Gewinnzone zu kommen.

IV. Rechtliche Einordnung

Dieser nicht ganz ungünstigen wirtschaftlichen Entwicklung steht eine gewisse Skepsis der Anwaltschaft gegenüber¹⁰, die sich insbesondere auf die Frage der Zulässigkeit dieser Form der Prozessfinanzierung bezieht. Diese Bedenken sind um so ernster zu nehmen, als sie von einer Seite kommen, die durch die Finanzierung im Grundsatz nur profitieren kann. Denn jeder geführte Prozess vermehrt das Gebührenaufkommen und steigert damit die Verdienstmöglichkeiten der Anwaltschaft. Da gerade Prozesse mit hohen Streitwerten finanziert werden, sind diese Einnahmemöglichkeiten nicht zu vernachlässigen.

Die Frage, ob diese Form der Prozessfinanzierung zulässig ist, kann nur beantwortet werden, wenn man die Vertragsgestaltung genauer betrachtet. Denn je nach dem, um welchen Vertragstyp es sich handelt, sind die Kriterien der rechtlichen Zulässigkeit verschieden.

1) Die Einordnung des Prozesskostenfinanzierungsvertrages in die Vertragstypen des BGB bereitet Schwierigkeiten. M. E. handelt es sich nicht um ein Darlehen, da der Mandant das für die Finanzierung aufgebrauchte Geld nicht in jedem Fall zurückzahlen muss¹¹. Daher ist weder das KWG noch das VerbraucherKG anwendbar.

2) Auch ein Versicherungsvertrag liegt m. E. nicht vor. Würde man das anders sehen, so würden die Finanzierer eine Erlaubnis des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungswesen nach § 5 Abs. 1 VAG benötigen. Das Bundesaufsichtsamtsamt für Versicherungswesen ist der Ansicht, dass es sich nicht um eine Versicherung handelt¹². Die Begründung des BAV ist allerdings dürftig. Es wird ausgeführt, dass bei der Prozessfinanzierung die Übernahme des Prozesskostenrisikos eher im Hintergrund stehe. Diese Sicht der Dinge überzeugt jedenfalls aus der Sicht des Mandanten nicht. Ihm geht es nur um die Übernahme dieses Risikos und sonst um nichts. Gäbe es keine Prozesskosten, würde er nie und nimmer den Vertrag mit dem Finanzierer abschließen.

Die Schwierigkeit bei der Beantwortung der Frage, ob eine Versicherung gegeben ist oder nicht, liegt bei den Unklarheiten in Bezug auf die für das Vorliegen einer Versicherung konstitutiven Kriterien¹³. Nach Ansicht des BGH muss der Versicherer entgeltlich handeln. Auch muss das vom Versicherer übernommene Risiko auf eine Mehrzahl von mit der gleichen Gefahr bedrohten Personen verteilt werden, so dass der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der großen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt¹⁴. Weiter darf das versicherungsvertragliche Element nicht im inneren Zusammenhang mit einem anderen Vertrag stehen¹⁵ und die Vertragspartner dürfen in Bezug auf das versicherte Geschäft keine gemeinsamen Interessen haben¹⁶.

7 6.4 des FORIS-Vertrages; dazu näher *Bräuer*, AnwBl 2001, 112, 114.

8 7.2 des FORIS-Vertrages.

9 Überblick bei *Schüffel*, Berl. AnwBl 2001, 82, 84.

10 *Ströbel*, BRAK-Mitt. 1998, 263; *ders.*, BRAK-Mitt. 1999, 205.

11 So auch *Dethloff*, NJW 2000, 2225, 2226; *Fritzsche/Schmidt*, NJW 1999, 2998; bejahend dagegen *Bruns*, JZ 2000, 232, 238; vgl. dazu ferner *Ströbel*, BRAK-Mitt. 1998, 263, 265.

12 BAV, Ver BAV 1999, 167, 168.

13 Überblick bei *Dreher*, Die Versicherung als Rechtsprodukt, 1991, S. 31 ff.; *Schmidt-Salzer*, FS Lorenz, 1994, S. 587 ff., der selbst darauf abstellt, dass das Leistungsversprechen des Versicherers bedingt ist (FORIS leistet unbedingt, trägt nämlich stets die Prozesskosten, allerdings evtl. nicht endgültig) und das Zahlungsverprechen des Versicherungsnehmers unbedingt ist (der Mandant leistet nur, wenn der Anspruch besteht); *Kaulbach*, VersR 1985, 805, 806; *Feldmann/Wick*, VersWirtschaft 1999, 1314.

14 BGH VersR 1995, 344, 345 (Schlüsselfunddienst); BGH NJW-RR 1988, 819, 820; Überblick bei *Dreher*, (s. o. Fn. 13), S. 34 f.; kritisch *Schwintowski*, Der private Versicherungsvertrag zwischen Recht und Markt, 1987, S. 54.

15 BGH VersR 1995, 344, 345 (Schlüsselfunddienst); BGH VersR 1993, 1217, 1218 (Schmierölzusatz).

16 BGH VersR 1962, 974, 976; *Schwintowski*, (s. o. Fn 14) S. 54.



In der Literatur ist die Ansicht vertreten worden, eine Versicherung liege im Falle der Prozessfinanzierung schon deshalb nicht vor, weil der Finanzierer nicht entgeltlich handle, da die Prozessfinanzierung im Falle des Prozessverlustes nichts koste¹⁷. Diese Sicht der Dinge ist aber zu formalistisch. Denn es muss ausreichen, dass insgesamt gesehen die Leistungen von den Versicherten aufgebracht werden¹⁸. Bei jeder Versicherung erhalten einzelne, eben die Geschädigten, mehr als sie eingezahlt haben.

Gegen die Annahme einer Versicherung sprechen meines Erachtens aber zwei andere Aspekte:

Zum einen geht es bei der Prozessfinanzierung, anders als im Versicherungsgeschäft, nicht darum, dass mit sicher eintretenden Verlusten gerechnet wird und diese durch Prämienzahlungen von Personen, die keine Verluste erlitten haben, ausgeglichen werden. Vielmehr soll jeder Prozess gewonnen und daher jedes Geschäft mit Gewinn abgeschlossen werden. Nun hofft freilich auch ein Versicherer, dass sich nach Möglichkeit keines der übernommenen Risiken realisiert. Aber eine individuelle Risikoüberprüfung für jeden Versicherten erfolgt eben im Versicherungsgeschäft doch gerade nicht¹⁹. Bei der Prozesskostenfinanzierung liegt es ähnlich wie bei allen anderen Unternehmern auch: Einige Verlustgeschäfte sind unvermeidbar und werden durch die Gewinne, die die anderen Geschäfte bringen, ausgeglichen. Das hat mit dem Abschluss einer Versicherung nichts zu tun²⁰.

Hinzu tritt ein weiterer Aspekt, der gegen die Annahme spricht, es gehe um den Abschluss eines Versicherungsvertrages, nämlich die Tatsache, dass der Finanzierer und der Mandant mit dem Abschluss des Prozesskostenfinanzierungsvertrages ein gemeinsames Ziel verfolgen, nämlich die Realisierung des Anspruchs. Dieser Aspekt wird auch vom BAV genannt. Dort heißt es, das Unternehmen wolle gemeinsam mit dem am Prozess Interessierten die Forderung zu Geld machen²¹. Das trifft in der Tat zu und spricht – insoweit stimme ich jedenfalls im Ergebnis dem Bundesaufsichtsam zu – entscheidend gegen die Annahme, es handle sich um eine Versicherung.

3) Dieses gemeinsame Ziel lässt zugleich deutlich werden, dass nicht ein Versicherungs- sondern ein Gesellschaftsvertrag geschlossen wird. Wie bei jeder Gesellschaft leistet auch hier jeder Gesellschafter seinen persönlichen Beitrag: Der Mandant legt den Wert der Forderung ein, der Finanzierer die Finanzierung. Ein möglicher Gewinn wird geteilt. Wird der Prozess verloren, werden die entstandenen Kosten allerdings allein vom Finanzierer getragen. Aber diese Kostenübernahme ist gerade der Beitrag des Finanzierers und kann daher nicht als Argument gegen das Vorliegen einer Gesellschaft angeführt werden²². Im übrigen sind auch zahlreiche der in der Literatur für das Vorliegen einer Gesellschaft sprechenden Indizien erfüllt²³. Dies gilt etwa für die typischerweise für das Bestehen einer Gesellschaft sprechenden Kontrollrechte. Der Prozessfinanzierer ist nach dem Vertrag stets von der Entwicklung des Rechtsstreits zu unterrichten. Vor Abschluss eines Vergleichs ist die Entscheidung wie beschrieben unter den Gesellschaftern abzustimmen. Ebenfalls gegeben ist die für eine Gesellschaft gleichermaßen typische Verlustbeteiligung. Auch erhält der Finanzierer keine feste, sondern nur eine erfolgsabhängige Vergütung. Diese ist allerdings durch die Abtretung der Forderung gesichert. Auch die geplante Dauer der Zusammenarbeit und die Betonung der wechselseitigen Treuepflichten sprechen für die Annahme einer Gesellschaft. Da diese Gesellschaft nach außen nicht in Erscheinung tritt, handelt es sich um eine Innengesellschaft²⁴.

Da der Abschluss eines solchen Gesellschaftervertrages formfrei möglich ist und auch nicht genehmigt werden muss, scheinen damit alle Bedenken in Bezug auf die Wirksamkeit des Vertrages ausgeräumt zu sein.

V. Berufsrechtliche Bedenken

Dem ist aber nicht so. Vielmehr wurden auch aus dem Berufsrecht Bedenken gegen die Prozesskostenfinanzierung abgeleitet.

1) Auf der Hand liegt die Möglichkeit, dass diese Form der Finanzierung gegen das Verbot der quota litis (§ 49b Abs. 2 BRAO) verstoßen könnte. Nach dieser Norm sind Vereinbarungen, nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages erhält, unzulässig. Zwar bekommt hier der Rechtsanwalt seine Gebühren unabhängig vom Ausgang des Prozesses. Aber dem Mandant steht im Falle des Obsiegens nur ein Teil des erstrittenen Betrages zu. Aus seiner Sicht macht es keinen Unterschied, ob er die volle Summe nicht erhält, weil sie von seinem Rechtsanwalt oder weil sie von dem Prozessfinanzierer einbehalten wird.

Aber das Verbot von § 49b Abs. 2 BRAO hat nicht den Schutz des Mandanten im Auge. Vielmehr geht es darum, die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts von der vertretenen Partei zu wahren. Diese Unabhängigkeit – so sagt man – sei gefährdet, wenn der Rechtsanwalt ein eigenes geldwertes Interesse an dem Ausgang des Rechtsstreits habe. Zugleich bestehe die Gefahr, dass das Publikum das Vertrauen in die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts verliere²⁵. Da bei einer Prozessfinanzierung der Rechtsanwalt in jedem Fall sein Honorar erhält, ist seine Unabhängigkeit vom Mandanten nicht gefährdet und das Verbot von § 49b Abs. 2 BRAO greift nicht ein²⁶. Eine Ausnahme könnte allenfalls für die Rechtsanwälte gelten, die als Gesellschafter an den Finanzierern beteiligt sind. Denn sie profitieren über ihre Beteiligung an der Gesellschaft doch wieder vom Ausgang des Prozesses²⁷. Aber dies ist doch nur ein sehr mittelbarer Vorteil, der meines Erachtens auch in den Augen eines noch so unerfahrenen Publikums die Unabhängigkeit eines Rechtsanwalts nicht in Frage stellen kann.

2) Weitere Bedenken werden aus dem RBerG abgeleitet. Wie geschildert prüft der Finanzierer vor Annahme des Antrags auf Abschluss eines Prozessfinanzierungsvertrages die Erfolgsaussichten des Prozesses. Wäre dies die Besorgung einer fremden Rechtsangelegenheit, so würde Art. 1 § 1 des RBerG eingreifen und die Tätigkeit des Finanzie-

17 Dethloff, NJW 2000, 2225, 2227; Müller-Güldemeister/Rollmann, NJW 1999, 3540; dagegen Fritzsche/Schmidt, NJW 1999, 2998, 3000; allgemein zur Entgeltlichkeit Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 1994, S. 373.

18 Fritzsche/Schmidt, NJW 1999, 2998, 3000; Hofmann, Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., § 2 Rdn. 14.

19 Siehe Müller-Güldemeister/Rollmann, NJW 1999, 3540.

20 Ähnlich Feldmann/Wick, VersWirtschaft 1999, 1314, 1317.

21 BAV, VerBAV 1999, 167, 168; so auch Dethloff, NJW 2000, 2225, 2227.

22 So Fritzsche/Schmidt, NJW 1999, 2998, 3001.

23 Zu diesen Indizien Grunewald, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 1 D Rdnr. 2; MüKo-Ulmer, BGB 3. Aufl. vor § 705 Rdn. 86.

24 So auch Bräuer, AnwBl 2001, 112, 114; Dethloff, NJW 2000, 2225, 2227; a. A. Bruns, JZ 2000, 232, 238.

25 BGHZ 34, 64; BGH WM 1990, 1250, 1252; siehe auch die Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte, BT-Drucks. 12/4993, S. 30; Darstellung des Gesamtzusammenhangs bei Henssler/Prütting/Dittmann, BRAO § 49b Rdnr. 15f.; Schepke, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, 1998, S. 9 ff., 117 ff.; kritisch außer Schepke auch Kilian, JuRBüro 1994, 641; und Undritz, AnwBl 1996, 113, 118 ff.

26 Im Ergebnis so auch Ströbel, BRAK-Mitt. 1998, 263, 264.

27 So Bruns, JZ 200, 232, 239; differenzierend Dethloff, NJW 2000, 2225, 2228.



thers wäre erlaubnispflichtig. Aber in dieser Vorprüfung liegt keine Besorgung einer fremden Rechtsangelegenheit. So wie auch ein Rechtsschutzversicherer die Erfolgsaussichten des Rechtsstreits eines Versicherten im eigenen wirtschaftlichen Interesse prüft²⁸, so beurteilt auch der Finanzierer die Chance, den geltend gemachten Anspruch durchzusetzen, zur Abschätzung der eigenen Gewinnaussichten. Daher ist diese Prüfung die Besorgung einer **eigenen**, nicht einer **fremden** Angelegenheit²⁹.

Auch in der geschilderten Einflussnahme des Finanzierers auf den Prozessverlauf (Stichwort: Mitwirkung beim Vergleichsabschluss) liegt kein Verstoß gegen das RBerG. Wiederum gilt, dass der Prozessfinanzierer seine eigenen Geschäfte (nämlich die Realisierung einer möglichst hohen Forderungsquote bzw. die Minimierung seines Verlustes) besorgt und nicht die Geschäfte des Mandanten.

3) Im übrigen liegt in der Bindung des Mandanten gegenüber dem Finanzierer auch kein Verstoß gegen § 1 BRAO (Unabhängigkeit des Rechtsanwalts), denn obgleich der Vertrag ausdrücklich betont, dass der Mandant verpflichtet ist, seinen Prozessbevollmächtigten dahingehend zu instruieren, dass die Verfügung über den Anspruch u. U. an die Zustimmung des Finanzierers gebunden ist, wird man einem Rechtsanwalt, der an einer solchen Vertragsgestaltung mitwirkt, keinen Verstoß gegen § 1 BRAO vorwerfen können³⁰. Denn gebunden ist nur der Mandant und nicht der Rechtsanwalt. Dass der Mandant seinerseits gegenüber seinem Rechtsanwalt weisungsbefugt ist, ist unbestritten und unproblematisch. Ebenfalls unproblematisch ist die Bindung des Mandanten gegenüber dem Finanzierer. Auch sonst kommt es häufig vor, dass ein Anspruchsinhaber nicht frei über seine Forderungen verfügen darf. Sollte der Prozessfinanzierer versuchen, den Rechtsanwalt direkt zu beeinflussen, so hätte dieser eine solche Einflussnahme zurückzuweisen.

VI. Inhaltsskontrolle

1) Wenn somit ein Verstoß gegen konkrete Normen nicht festgestellt werden kann, bleibt nur der Rückgriff auf § 138 Abs. 1 BGB, und in der Tat wird gesagt, dass Prozesskostenfinanzierungsverträge sittenwidrig und daher nichtig seien. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass durch die Prozesskostenfinanzierung der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit verletzt werde. Denn dem Beklagten steht – im Unterschied zum Kläger – eine Finanzierung in der Form der Prozesskostenfinanzierung nicht offen³¹. Aber vergleichbare Unausgewogenheiten zwischen Kläger- und Beklagtenseite können auch sonst vorkommen: So mag es sein, dass nur der Kläger rechtsschutzversichert ist oder auch, dass der Kläger über erhebliche finanzielle Ressourcen verfügt, nicht aber der Beklagte. Das allein führt nicht dazu, dass der Prozesskostenfinanzierungsvertrag als sittenwidrig anzusehen wäre. Ich teile auch nicht die in der Literatur vertretene Ansicht, dass wegen der nunmehr für Jedermann bestehenden Gefahr, mit für den Kläger kostenlosen Prozessen überzogen zu werden, ein faktischer Zwang entstehe, eine Rechtsschutzversicherung vorzuhalten – was dann wiederum, die Versicherer werden es nicht gerne hören – die Sittenwidrigkeit des Prozesskostenfinanzierungsvertrages begründet werden soll³². Denn kein Finanzierer wird unsinnige Prozesse finanzieren.

2) Dagegen würde ich den Abkauf der Forderung durch den beratenden Rechtsanwalt selbst tatsächlich für sittenwidrig halten. Denn in diesem Fall liegt das Informationsgefälle zwischen Rechtsanwalt und Mandanten auf der

Hand. Der Rechtsanwalt wird in erster Linie die Forderungen kaufen, die aussichtsreich sind, und dies – um den Preis zu drücken – gegenüber dem Mandanten nicht wirklich offen legen.

3) Einzelne Klauseln eines Prozesskostenfinanzierungsvertrages können selbstverständlich gegen § 138 BGB verstoßen. Im übrigen bin ich der Ansicht, dass der Prozesskostenfinanzierungsvertrag der Inhaltsskontrolle nach dem AGB unterliegt. Die Bereichsausnahme nach § 23 AGBG für das Gesellschaftsrecht greift m. E. nicht ein, da es sich um eine Innengesellschaft mit Ähnlichkeiten zur Austauschverträgen handelt³³.

VII. Bezahlung durch Sachleistung

Abschließend möchte ich noch auf eine ganz andere Form der Prozessfinanzierung zu sprechen kommen. Es ist zu beobachten, dass sich Anwaltskanzleien für die Beratung (etwa bei einer Kapitalerhöhung oder einem Börsengang) nicht in Geld, sondern in Aktien oder Gesellschaftsanteilen bezahlen lassen. Sollte diese Bezahlung – wie berichtet wird – nur für den Fall geschuldet sein, dass der Börsengang oder die Kapitalerhöhung erfolgreich abgeschlossen wird, so läge ein Verstoß gegen § 49b BRAO (Verbot der Erfolgsbeteiligung) vor.

In den anderen Fällen ist darauf hinzuweisen, dass eine entsprechende Vertragsgestaltung mit den Bestimmungen des Gesellschaftsrechts abgestimmt sein muss. Soll der Rechtsanwalt oder die Sozietät Gesellschafterin werden und erhalten sie Aktien direkt von der Gesellschaft, so sind die Regeln über Sacheinlagen zu beachten. Insbesondere muss bedacht werden, dass Ansprüche auf Dienstleistungen nicht einlagefähig sind, wohl aber eine Honorarforderung³⁴. Ist Schuldner der Honorarforderung ein Gesellschafter, wie es insbesondere bei der Gründung vorkommen kann, und erhält der Anwalt voll eingezahlte Anteile als „Bezahlung“, so ergeben sich unter dem Stichwort „Sacheinlagen“ keine Probleme.

Allerdings kann das Halten der Anteile zu berufsrechtlichen Friktionen führen. Zwar kann der BRAGO nicht entnommen werden, dass das Honorar in Geld nicht nur berechnet, sondern auch bezahlt werden müsste. Betroffen sein könnte aber das in § 43a BRAO niedergelegte Gebot der anwaltlichen Unabhängigkeit, das auch und gerade eine Unabhängigkeit vom Mandanten fordert. Nun wird zwar niemand einen Rechtsanwalt, der die BASF berät, für abhängig halten, nur weil er eine Aktie dieser Gesellschaft erworben hat. Schwierig wird es aber, wenn der Rechtsanwalt einen größeren Prozentsatz, vielleicht sogar eine Mehrheitsbeteiligung in der Hand hält. Da es aber auch zulässig ist, dass ein Anwalt praktisch nur einen Großmandanten berät, wird auch in dem Halten einiger Anteile an dem Mandanten keine unzulässige Abhängigkeit sehen können³⁵. Dem entspricht, dass das BVerfG sogar die Geschäftsführung durch einen Rechtsanwalt in mehreren eigenen Gesellschaften für unproblematisch gehalten hat³⁶.

28 Dazu *Lüth*, Rechtsberatung durch den Rechtsschutzversicherer, 1997, S. 70 ff.

29 So auch *Ströbel*, BRAK-Mitt. 1998, 263, 264.

30 Bedenken bei *Ströbel*, BRAK-Mitt. 1999, 205.

31 *Bruns*, JZ 2000, 232, 237 f.

32 *Bruns*, JZ 2000, 232, 237 f.

33 So auch *Dethloff*, NJW 2000, 2225, 2228.

34 *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2 C II Rdnr. 23, *Hüffner*, AktG, § 27 Rdnr. 24, 29.

35 Vgl. *Henssler/Prütting/Eylmann*, BRAO, § 43a Rdnr. 22.

36 BVerfG NJW 1993, 317 ff.



Schwierigkeiten sehe ich allerdings in dem Fall, dass nicht der Rechtsanwalt selbst, sondern eine Sozietät die Anteile hält. Da eine Sozietät, anders als ein Rechtsanwalt, kein Privatvermögen hat, kann in dem Halten der Anteile eine gewerbliche Tätigkeit liegen, die nach § 2 Abs. 2 BRAO verboten ist. Der Sinn des Verbotes gewerblicher Tätigkeit liegt darin, eine übermäßige Kommerzialisierung des Anwaltsberufes zu vermeiden³⁷. Da Interessenkollisionen zwischen beratender und anwaltlicher Tätigkeit denkbar sind, könnten hier Probleme auftauchen. Sollten die Anteile aber nur kurze Zeit gehalten werden, und durch entsprechende Organisationsstrukturen der Sozietät eine Abschottung der jeweiligen Interessensphären gewährleistet sein, so erscheint diese Gefahr gebannt.

Im Ergebnis ist daher die Bezahlung in Geschäftsanteilen zulässig. Eine Sozietät darf solche Anteile allerdings nur kurze Zeit halten.

Ich komme der zu dem Ergebnis, dass sowohl die Prozessfinanzierung durch gewerbliche Prozessfinanzierer wie auch das Bezahlen des Rechtsanwalts in Anteilen im Grundsatz zulässig ist.

³⁷ BGH EGE XIII, 67, 71; so auch die amtliche Begründung BT-Drucks. 111/120, S. 49.

Andreas Schiller, Vorstandsmitglied der D.A.S., München

Gemeinsamer Ansatzpunkt von Rechtsschutzversicherung und Prozessfinanzierung ist die Tatsache, dass die Rechtsverfolgungskosten oft recht hoch sind. Im Einzelfall können sich bei der Geltendmachung eines Anspruchs nahezu unüberwindbare finanzielle Hürden aufbauen. Die Rechtsschutzversicherung und auch die verhältnismäßig junge Prozessfinanzierung bieten die Möglichkeit, einen Anspruch ohne eigenes Kostenrisiko geltend zu machen. Beide tragen so zur Gewährleistung der grundgesetzlich verankerten Rechtsweggarantie bei.

Ein gravierender Unterschied zwischen Rechtsschutzversicherung und Prozessfinanzierung zeigt sich beim Fallvolumen. In 2000 wurden den Versicherern insgesamt etwa 3,4 Mio Rechtsschutzfälle gemeldet, die sich nach Leistungsarten wie folgt verteilen:

Schadenanfall in der Rechtsschutzversicherung in 2000 nach Leistungsarten:

Leistungsart	Stück	% von Gesamt
Verkehrs-Straf- u. Owi-RS	610.000	17,8
Arbeits-RS	570.000	16,9
Allg. Vertrags- u. Sachen-RS/privat	480.000	14,2
Verkehrs-Schadenersatz-RS	470.000	13,8
Wohnungs- u. Grundstücks-RS	460.000	13,5
Allg. Schadenersatz-RS	250.000	7,4
Beratungs-RS	160.000	4,7
Verkehrs-Vertrags-RS	160.000	4,6
Sozialgerichts-RS	120.000	3,6
Allg.-Straf-u. Owi-RS	70.000	2,1
Sonstige	50.000	1,4
Alle	3.400.000	100,0

Die Zahl der für eine Prozessfinanzierung in Betracht kommenden Fälle beträgt nur einen Bruchteil dieser Summe. Hauptgrund dafür ist ein bestimmter – relativ hoher – Mindeststreitwert.

Zur Veranschaulichung des Verhältnisses von Prozessfinanzierung und Rechtsschutzversicherung zunächst zwei Beispielsfälle aus der Praxis der Prozessfinanzierung:

Fall 1 bewegt sich im Bereich der Arzthaftung. Der Beklagte war Hausarzt der Klägerin und hat trotz eines eindeutigen Facharztbefundes, der eine sofortige Einweisung ins Krankenhaus zur Abklärung einer arteriellen Verschlusskrankheit nahe legte, eine solche Einweisung unterlassen. Erst nach mehreren Wochen erfolgte eine Überweisung an einen Chirurgen, der trotz einer sofort durchgeführten Embolektomie (operative Entfernung eines arteriellen embolus) eine Beinamputation nicht mehr vermeiden konnte. Die Klägerin verlangt 220.000 DM Schadensersatz und Schmerzensgeld. Dies bedeutet ein Kostenrisiko von rund 24.000 DM für die erste Instanz, ohne dass die Kosten für notwendige und bekanntermaßen teure medizinische Gutachten hier bereits enthalten wären.

Fall 2 spielt im Bereich des Privaten Baurechts. Ein Architekt hatte für die öffentliche Hand eine äußerst komplizierte Planung von Tunnelbauwerken erstellt. Nachdem aufgrund einer politischen Entscheidung das Vorhaben abgebrochen wurde, ist dem Architekten gekündigt worden. Er macht Honorarforderungen von etwa 1,3 Mio DM geltend. Anwalts- und Gerichtskosten können in der ersten Instanz nahezu 70.000 DM betragen. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass seitens des Landgerichts bereits ein Beweisbeschluss erlassen und ein Sachverständigenvorschuss von 100.000 DM angefordert worden war, als der Fall an den Prozessfinanzierer herangetragen wurde.

In Fall 1 bestünde grundsätzlich Deckung im Schadenersatzrechtsschutz, der in allen gängigen Angeboten enthalten ist. Da aber eine Rechtsschutzversicherung nicht vorhanden war, trat im Ergebnis die Prozessfinanzierung an deren Stelle. In Fall 2 ist eine Deckung im Rechtsschutz nicht möglich, da Vertragsrechtsschutz im gewerblichen Bereich bekanntlich nicht versicherbar ist. Hier ergänzt die Prozessfinanzierung die Rechtsschutzversicherung.

Nach diesen beiden Praxisfällen nun die wichtigsten Kriterien der Prozessfinanzierung im Vergleich zur Rechtsschutzversicherung im Überblick:

Prozessfinanzierung	Rechtsschutzversicherung
● Vertrag „after the event“	● Vorsorgevertrag
● freie Entscheidung über Annahme des Falles	● Anspruch auf Kostenübernahme
● nur Forderungsklagen; i. d. R. ab Streitwert 100 TDM	● auch bei nicht vermögenswerten Streitigkeiten sowie bei der Abwehr von Ansprüchen; kein Mindeststreitwert
● nur gerichtliche Geltendmachung	● i. d. R. auch vorgerichtlich
● überwiegende Erfolgsaussichten	● hinreichende Erfolgsaussichten
● zweifelsfreie Bonität des Gegners	● Bonität des Gegners nicht ausschlaggebend
● Beteiligung am Prozess-erfolg	● Prozess-erfolg voll zugunsten Versicherungsnehmer