

gleich (Zürich 2015); *Daniel Wuffli*, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweiz. Zivilprozessordnung, (Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2015); *Flora Stanischewski*, Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweiz. Zivilprozessordnung (Zürich 2015); *Dheden C. Zotsang*, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Diss. Zürich 2015).

B. Schiedsgerichtsrecht

Bernhard Berger/Franz Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland (3. A. Bern 2015); *Pierre Karrer*, Introduction to International Arbitration Practice.

1001 Questions and Answers (Biggleswade 2014); Peter Nobel/Katrin Krehan/Philipp von Ins (Hrsg.): Law and Economics of International Arbitration (Zürich 2014); *Marco Stacher*, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz (Zürich/St. Gallen 2015); *Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi*, International Arbitration. Law and Practice in Switzerland (Oxford 2015).

Anwaltsrubrik / La page de l'avocat

Prozessfinanzierung und anwaltliche Aufklärungspflichten

Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015

Dr. iur. Benjamin Schumacher, Rechtsanwalt (Zürich), und Dr. iur. Hans Nater, Rechtsanwalt, LL.M. (Zürich)*

I. Kostenrisiken und anwaltliche Aufklärungspflichten

In Erfüllung ihrer auftragsrechtlichen und berufsrechtlichen Sorgfaltspflichten sind Anwältinnen und Anwälte gehalten, Klienten über Erfolgsaussichten, Chancen und Risiken sowie wirtschaftliche Folgen ihrer Tätigkeit aufzuklären. Dazu gehört die Aufklärung über das prozessuale Kostenrisiko, das sich im Wesentlichen aus dem eigenen Honorar sowie möglichen Gerichtskosten und Parteientschädigungen zusammensetzt¹. Art. 12 lit. i BGFA statuiert

überdies explizit die Pflicht zur Information über die Grundsätze der Rechnungsstellung und die Honorarhöhe.

Je nach den Umständen des Einzelfalls gilt als anerkannt, dass Anwältinnen und Anwälte auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme unentgeltlicher Rechtshilfe hinzuweisen und sich nach dem Vorhandensein einer Rechtsschutzversicherung zu erkundigen haben². Haben sie, und dies ist Gegenstand dieser Anwaltsrubrik, gegebenenfalls auch Aufklärungspflichten bezüglich der sog. «Prozessfinanzierung»?

* Meinem Freund und Harvard Law School-Kommilitonen Dr. iur. Peter Isler, Rechtsanwalt, LL.M. zum 70. Geburtstag gewidmet.

¹ *Alexander Brunner/Matthias-Christoph Henn/Kathrin Kriesi*, Anwaltsrecht, Zürich 2015, Kap. 4 Rz. 58. Zum Auftragsrecht vgl. etwa BGE 127 III 357, 360 E. 1d; BGE 4C.398/2006 vom 13. Februar 2007, E. 3; Handelsgericht des Kantons Zürich HG100356 vom 27. März 2014, E. 6.3.2; *Walter Fellmann*, Berner Kommentar, Der einfache Auftrag, Bern 1992, OR 398 N 412 ff. Zu Art. 12 lit. a BGFA vgl. etwa *Walter Fellmann*, *Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel*, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, BGFA 12 N 29a; *Michel Valticos*, in: *Michel Valticos/Christian M. Reiser/Benoît Chapuis*, Commentaire Romand – Loi sur les avocats, Basel 2010, BGFA 12

N 21 f. S.a. *Kaspar Schiller*, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 1574, der allgemein von der Pflicht zur «scho-nungslos objektiven» Aufklärung spricht.

² Bez. unentgeltlicher Rechtspflege vgl. etwa BK OR-*Fellmann* (Fn. 1) OR 398 N 414; *Walter Fellmann*, Anwaltsrecht, Bern 2010, Rz. 210; *Hans Nater*, Das Verbot des Erfolgshonorars – Verhinderung des Zugangs zum Recht?, in: *Walter Fellmann/Stephan Weber*, Haftpflichtprozess 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, 27 ff., 29; *François Bohnet/Vincent Martenet*, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, Rz. 1217. Bez. unentgeltlicher Rechtspflege und Rechtsschutzversicherung vgl. etwa *Brunner/Henn/Kriesi* (Fn. 1) Kap. 4 Rz. 60; *Valticos* (Fn. 1) BGFA 12 N 22.

II. Aufklärungspflichten auch bezüglich Prozessfinanzierung?

A. Neue Möglichkeiten und Chancen durch Prozessfinanzierung

«Prozessfinanzierung», wie sie seit der Jahrtausendwende in Europa und der Schweiz gewerbsmässig angeboten wird³, zeichnet sich dadurch aus, dass ein Dritter – in aller Regel eine spezialisierte Gesellschaft – sämtliche Kosten einer Anspruchsdurchsetzung vorfinanziert. Bei erfolgreichem Verfahrensausgang sind die bevorschussten Kosten aus dem erstrittenen Erlös an den Prozessfinanzierer zurückzubezahlen. Als Erfolgsbeteiligung steht diesem zudem ein prozentualer Anteil am verbleibenden Nettoerlös zu. Bei Unterliegen werden die anfallenden Kosten dagegen ganz vom Prozessfinanzierer getragen⁴.

Grundlegend anders als bei der gewöhnlichen Rechtsschutzversicherung, bei der eine Police bei Streitausbruch schon bestehen muss, wird der Prozessfinanzierungsvertrag erst mit Blick auf einen konkreten Rechtsstreit geschlossen. Die Auslagerung der Verfahrensfinanzierung und des Kostenrisikos erfolgt «after the event» und ist somit noch während der Verfahrensvorbereitung möglich⁵.

Angesichts dieses Unterschieds zu den konventionellen Finanzierungs- und Risikoschutzoptionen⁶ und den sich daraus ergebenden Möglichkeiten kann sich die Frage stellen, inwieweit sich die anwaltlichen Aufklärungspflichten gegenüber den Klienten auch auf das Institut der Prozessfinanzierung auszudehnen haben.

B. Bejahung einer Aufklärungspflicht durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht hat die Prozessfinanzierung in BGE 131 I 223 für grundsätzlich zulässig erklärt, nachdem das 2003 revidierte Zürcher Anwaltsgesetz ein Verbot der Prozessfinanzierung vorgesehen hatte, die dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde jedoch gutgeheissen worden war. In seinem jüngsten Entscheid 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015 befasste sich das Bundesgericht mit einem Fall mehrfacher Verletzung der anwaltlichen Be-

rufsregeln beim Beiziehen einer Prozessfinanzierungsgesellschaft und hielt in einem *obiter dictum* Folgendes fest: «Es gehört auch zu den Aufgaben des Anwalts, den Klienten gegebenenfalls auf die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung aufmerksam zu machen und ihn beim Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags zu beraten und zu vertreten (...).»⁷

C. Bisher kaum eine Auseinandersetzung im Schrifttum

Im Schrifttum wird teils ohne nähere Begründung dafür gehalten, ein Hinweis sei erforderlich, wenn sich dies «aufdrängt»⁸. Andernorts wird eine Information für geboten erachtet, wenn weder Deckung seitens einer Rechtsschutzversicherung noch Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestehe⁹. Nach anderer Meinung hat eine Aufklärung zu erfolgen, «wenn die finanziellen Mittel des Klienten stark limitiert sind oder fehlen, wenn mit hohen Beweiskosten gerechnet werden muss oder bei hohen Streitwerten zur Risikolimitierung»¹⁰. Luterbacher erachtet eine solche Hinweispflicht «als wohl zu weit gehend»¹¹.

³ Mit einem Marktüberblick Benjamin Schumacher, Prozessfinanzierung, Diss. Zürich 2015, Rz. 16 ff. mit zahlreichen w.H.

⁴ Zum Konzept der Prozessfinanzierung Marcel Wegmüller, Prozessfinanzierung in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Ausblick, HAVE 3 2013 235 ff., 236 f.; Schumacher (Fn. 3) Rz. 14 f. m.w.H.

⁵ Zu den Unterschieden zur Rechtsschutzversicherung Wegmüller (Fn. 4) 237; sowie eingehend Schumacher (Fn. 3) Rz. 41 ff. m.w.H.

⁶ Zu den Unterschieden zwischen der Prozessfinanzierung und konventionellen Finanzierungshilfen Schumacher (Fn. 3) Rz. 38 ff. m.w.H.

⁷ BGER 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015, E. 4.3.1. Gegenstand dieses Entscheides waren jedoch nicht Fragen zu solchen anwaltlichen Aufklärungs- und Beratungspflichten. Vielmehr ging es um Folgendes: Gegen einen Anwalt wurden Disziplarmassnahmen verhängt. Dessen Mandant war die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden. Dennoch zog der Mandant später einen ausländischen Prozessfinanzierer bei. Dieser verpflichtete sich unter anderem zur Übernahme der bisherigen und zukünftigen Prozesskosten sowie zur Ablösung von Privatdarlehen, die der Anwalt dem Mandanten gewährte hatte. Dem Anwalt wurde später durch die Aufsichtsbehörde ein unzulässiger Interessenkonflikt (Art. 12 lit. c BGFA) vorgeworfen, da er beim Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrages gleichzeitig seinen Mandanten und als Verwaltungsratspräsident auch den Prozessfinanzierer vertreten hatte und es dabei insbesondere zur Vermengung mit persönlichen finanziellen Interessen gekommen war. Weiter wurde ein Verstoss gegen die allgemeine anwaltliche Sorgfaltspflicht (Art. 12 lit. a BGFA) bejaht, da der Anwalt es nach Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrages unterlassen habe, das Gericht umgehend über den Entfall der Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege zu informieren.

⁸ Brunner/Henn/Kriesi (Fn. 1) Kap. 4 Rz. 60.

⁹ Markus Schmid, Der Haftpflichtprozess: Ein dornenvolles Gestrüpp, in: Walter Fellmann/Stephan Weber, Der Haftpflichtprozess, Zürich/Basel/Genf 2006, 191 ff., 194.

¹⁰ Bruno Pellegrini, Zusammenarbeit mit Prozessfinanzierern, Anwaltsrevue 1 2001 43 ff., 43.

¹¹ Thierry Luterbacher, Haftung und Versicherung von Dienstleistern, recht, Studienheft 7 2008 42. Gl.A. Wegmüller (Fn. 4) 240.

III. Würdigung

A. Grundsätzliche Bejahung einer Hinweispflicht

Der Aufklärung kommt bei der sorgfältigen Mandatsführung eine wichtige Rolle zu¹². Der Klient ist unaufgefordert über alle für ihn möglicherweise bedeutungsvollen Umstände zu informieren¹³. Anerkanntermassen zählt dazu nicht nur das Erwähnen von Kostenrisiken, sondern je nach Situation auch der Hinweis auf die unentgeltliche Rechtspflege oder beispielsweise das Nachfragen betreffend die Deckung durch eine Rechtsschutzversicherung. Bereits dies zeigt, dass Anwältinnen und Anwälte ihre Klientschaft in Ergänzung zur Information über finanzielle Hürden und Gefahren nötigenfalls auch auf bestehende Möglichkeiten zur Überwindung oder Reduktion von solchen hinweisen müssen¹⁴. Folgerichtig ist ebenso ein Hinweis auf die Prozessfinanzierung verlangt – zumindest in gewissen Fällen. Immerhin ist zu bedenken, dass die Frage der Finanzierung eines Verfahrens zusätzlich an Bedeutung gewonnen hat, nachdem sich die zivilprozessuale Kostenproblematik seit Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO infolge der weitreichenden Vorschusspflichten weiter akzentuiert hat¹⁵.

B. Konstellationen, in denen ein Hinweis erfolgen sollte

Eine generelle Aufklärungspflicht hinsichtlich der Möglichkeit zur Prozessfinanzierung ist abzulehnen. Hingegen kann eine solche Pflicht *«gegebenenfalls»*, wie sich das Bundesgericht ausdrückt¹⁶, bestehen.

Ein Hinweis drängt sich primär auf, falls beim Rechtssuchenden Mittellosigkeit ausgemacht wird, diesem die unentgeltliche Rechtspflege aber dennoch verschlossen bleibt. Allerdings werden natürliche Personen bei finanzieller Bedürftigkeit meist ohnehin Anspruch auf staatliche Finanzierungshilfe haben. Die Relevanz eines Hinweises wird diesfalls wesentlich geringer, wenn auch aufgrund gewichtiger Unterschiede zwischen Prozessfinanzierung und unentgeltlicher Rechtspflege nicht in jedem Fall unnötig. Zu bedenken ist nur schon, dass im Unterliegensfall der Gegenpartei geschuldete Entschädigungen vom Staat nicht gedeckt werden, was besonders bei hohen Streitwerten rasch zu einem beachtlichen Risiko für mittellose Parteien werden kann. Ein paralleler Hinweis auf die staatliche Hilfe und die Prozessfinanzierung kann daher sinnvoll sein.

Ein alleiniges Anknüpfen am Kriterium der Mittellosigkeit greift jedoch zu kurz, zumal ein Hinweis auch sonst verlangt sein kann – insbesondere wenn im Verlauf der anwaltlichen Betreuung folgende Umstände erkennbar werden:

- Der Klient weist eine Risikoaversion auf.
- Der Klient verfügt zwar über hinreichende finanzielle Mittel, die jedoch nicht bereits in genügendem Umfang liquide sind.
- Für den eigentlich finanzstarken Klienten kann es von Vorteil sein, seine finanziellen Mittel nicht für einen Rechtsstreit binden zu müssen. Dies ist speziell bei kommerziellen Mandanten zu beachten, da sie ihr Vermögen möglichst auch während eines Verfahrens weiterhin produktiv einsetzen wollen bzw. müssen. Gleichwohl gibt es Konstellationen, bei denen der Hinweis auf die Prozessfinanzierung keinen Mehrwert bringt und *per se* von einem solchen abgesehen werden kann:
- Der Klient ist bereits rechtsschutzversichert.
- Der Klient ist aufgrund seines bestehenden Fachwissens gar nicht informationsbedürftig¹⁷, wie etwa Gesellschaften mit eigener professioneller Rechtsabteilung.
- Das Mandat lässt aufgrund des Anspruchswerts und der einstweilen geschätzten Erfolgchancen erkennen, dass das Beiziehen eines Prozessfinanzierers gar nicht realistisch erscheint. Es ist bekannt, dass Prozessfinanzierer infolge ihres auf Erlösbeteiligung ausgerichteten Geschäftsmodells nur Prozesse zur Durchsetzung von geldwerten Ansprüchen finanzieren und dabei relativ hohe Anforderungen an Streitwert und Erfolgsaussich-

¹² Rolf H. Weber, Basler Kommentar OR I, 6. A., Basel 2015, OR 398 N 9.

¹³ BGE 115 II 62, 64 f. E. 3a (in Bezug auf Vermögensverwalter); BGER 4C.398/2006 vom 13. Februar 2007, E. 3; BK OR-Fellmann (Fn. 1) OR 398 N 144. BGE 127 III 357, 360 E. 1d geht in Bezug auf die anwaltliche Aufklärungspflicht über Risiken, mit Verweis auf BK OR-Fellmann (Fn. 1) OR 398 N 412, von einer aus der Treuepflicht abgeleiteten Nebenpflicht aus.

¹⁴ S.a. Hans Peter Walter, Unsorgfältige Führung eines Anwaltsmandats, in: Peter Münch/Thomas Geiser, Schaden – Haftung – Versicherung, Basel 1999, 781 ff., Rz. 16.39, der eine Hinweispflicht auf *«Möglichkeiten kostenloser Prozessführung»* erwähnt und dabei auf kostenlose Arbeitsstreitigkeiten verweist. Ferner BGE 111 II 72, 74 ff. E. 3d, wonach es zur auftragsrechtlichen Pflicht von Architekten gehören kann, den Bauherrn bei einem risikoreichen Vorhaben vorgängig nicht nur auf die Möglichkeit, sondern gar auf die Notwendigkeit einer Versicherung hinzuweisen.

¹⁵ Vgl. Wegmüller (Fn. 4) 235 f., betreffend Kostenvorschuss und der daraus resultierenden zusätzlichen Relevanz der Prozessfinanzierung.

¹⁶ Vgl. BGER 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015, E. 4.3.1.

¹⁷ Vgl. dazu z.B. BGER 4C.424/2004 vom 15. Mai 2005, E. 3 (bez. Baukosten).

ten stellen. Faktisch dürfte eine Prozessfinanzierung erst infrage kommen, wenn der Anspruchswert mehrere hunderttausend Franken aufweist¹⁸. Bei tiefen Streitwerten kann von einem Hinweis folglich ohne Weiteres abgesehen werden.

C. Umfang der Hinweispflicht

Das Bundesgericht erwähnt im genannten *obiter dictum* in einem Zug dreierlei Pflichten gleichzeitig, nämlich das Erwecken der Aufmerksamkeit betreffend die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung sowie die Beratung als auch die Vertretung beim Abschluss des Prozessfinanzierungsvertrags¹⁹. Die vorliegend thematisierte Aufklärungs- bzw. Hinweispflicht bezieht sich einzig auf die erstgenannte Pflicht. Um dieser hinreichend nachzukommen, muss ein

knapper Hinweis auf die Möglichkeit der Prozessfinanzierung genügen. Ziel der ersten Aufklärung ist es einzig, beim Klienten ein prinzipielles Bewusstsein für eine solche Finanzierungsmöglichkeit zu schaffen. Gleichzeitig soll eine Entscheidungsgrundlage dafür gegeben werden, ob er diese Alternative näher in Betracht ziehen will. Für die Erfüllung der Aufklärungspflicht muss ein abstrakt gehaltenen Hinweis über die rudimentären Eckdaten dieser Finanzierungsart genügen. Ein Hinweis auf die im Markt bestehende Möglichkeit einer solchen Finanzierung, das grundsätzliche Konzept sowie die zentralen Vor- und Nachteile soll in der Regel genügen²⁰.

Abgesehen von dieser allgemeinen Hinweispflicht ergeben sich unseres Erachtens keine weiter gehenden Aufklärungs-, Beratungs- oder gar Vertretungspflichten, ohne dass der Klient gestützt auf diesen ersten Hinweis danach verlangt²¹.

¹⁸ Zu den Voraussetzungen der Prozessfinanzierung vgl. *Schumacher* (Fn. 3) Rz. 22 ff. m.w.H. S.a. *Wegmüller* (Fn. 4) 240 ff., (Geschäftsführer von JuraPlus AG, Zürich) der gegen aussen einen Mindeststreitwert von CHF 250 000.– nennt.

¹⁹ Vgl. BGER 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015, E. 4.3.1.

²⁰ *Schumacher* (Fn. 3) Rz. 364 m.w.H.

²¹ Eingehend zur möglichen Mandatserweiterung bzw. dem Hinzutreten eines zusätzlichen Mandats sowie den daraus entstehenden Aufgaben und Pflichten *Schumacher* (Fn. 3) Rz. 370 ff. m.w.H.

Entscheidungen / Jurisprudence

Börsen- und Effektenhandelsgesetz / Loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières

3

Art. 32 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 2 BEHG (SR 954.1). Das in den Statuten der Sika AG festgelegte Opting-out ist weder auslegungsbedürftig noch in Verbindung mit der Vinkulierungsklausel zu interpretieren. Der Erwerb der die Sika AG kontrollierenden Schenker-Winkler Holding AG (SWH) durch die französische Saint-Gobain löst keine Angebotspflicht aus. In der Aussage eines Aktionärs, der SWH mit Sika verbunden zu bleiben (Commitment), ist keine Marktmanipulation zu erblicken.

Art. 32 al. 1 et art. 22 al. 2 LBVM (RS 954.1). La procédure d'opting out prévue dans les statuts de la Sika n'est pas sujette à interprétation et ne doit pas non plus être interprétée en lien avec la clause d'agrément (Vinkulierungsklausel). L'acquisition par le français Saint-Gobain de Schenker-Winkler Holding SA (SWH), qui contrôle Sika SA, n'oblige pas de présenter une offre publique d'achat. Il ne faut pas voir dans la déclaration d'un actionnaire de SWH de vouloir rester lié à Sika (Commitment) une manipulation du marché. P.P.

Aus dem Sachverhalt:

Die Sika AG (nachfolgend: Sika) ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts. Sie wird kontrolliert von der ebenfalls schweizerischen Schenker-Winkler Holding AG (nachfolgend: SWH) welche 16,97% des Aktienkapitals hält, aber aufgrund ihrer Stimmrechtsaktien (nicht kotierte Namenaktien) über rund 52% der Stimmrechte verfügt. Bei allen anderen Sika-Aktien handelt es sich um kotierte Inhaberaktien. Die Aktien der SWH werden von fünf Mitgliedern der Familie Burkard gehalten. Diese Aktionäre schlossen im Dezember 2014 einen Vertrag mit der französischen Compagnie Saint-Gobain (nachfolgend: Saint-Gobain) betreffend Verkauf der SWH zum Preis von CHF 2,75 Mia. Die Übertragung der Aktien hat noch nicht stattgefunden.

In Art. 5 der Sika-Statuten heisst es: «Ein Erwerber von Aktien der Gesellschaft ist nicht zu einem öffentlichen Kaufangebot nach Art. 32 und 52 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel verpflichtet.» Diese Klausel war anlässlich