



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die Regulierung von Interessenkonflikten im
Mehrparteienverhältnis der gewerblichen Prozessfinanzierung in
England, Australien und Deutschland“**

Dissertation vorgelegt von Timon Boerner

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christoph Kern

Juristische Fakultät

I. Einleitung

Die gewerbliche Prozessfinanzierung ist noch immer ein relativ junges Phänomen, das in Australien erst in den 1990er Jahren und in England und Deutschland erst im 21. Jahrhundert Fuß gefasst hat. Dennoch leistet sie – zumindest in den Augen ihrer Befürworter – einen wichtigen Beitrag zum keineswegs neuen Thema „Access to Justice“.

Die Dissertation zeichnet die Entwicklung der gewerblichen Prozessfinanzierung und den aktuellen Stand der Regulierung in England, Australien und Deutschland nach. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Finanzierung von kollektiven Rechtsschutzverfahren.

In allen drei Rechtsordnungen ist die gewerbliche Prozessfinanzierung inzwischen weitgehend zulässig und erfolgreich, nachdem anfängliche Schwierigkeiten in unterschiedlichem Maße überwunden wurden. Allein das Potenzial des deutschen Marktes wird auf 500 Millionen Euro geschätzt, das des britischen und australischen Marktes auf 2,5 bzw. 1,5 Milliarden Euro. Zugleich geht die Entwicklung immer weiter: Prozessfinanzierern (in der Arbeit aktive Prozessfinanzierer genannt) werden zunehmend erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Durchsetzung von Ansprüchen eingeräumt. Damit können sie entscheidenden Einfluss auf die Interessen der Kläger ausüben.

Die Dissertation widmet sich der Analyse und Lösung von Interessenkonflikten im Rahmen der gewerblichen Prozessfinanzierung. Unter Bezugnahme auf den jeweiligen Vertragscharakter und die Prinzipal-Agenten-Theorie der Verhaltensökonomie wird aufgezeigt, wo aufgrund von Verhandlungsungleichgewichten und Informationsasymmetrien Regelungsbedarf besteht. Eine abschließende rechtsvergleichende Studie analysiert den Umgang mit verschiedenen konkreten Konfliktsituationen und zeigt Defizite und Lösungsmöglichkeiten für den deutschen Gesetzgeber auf. Die Arbeit befasst sich auch mit der Reform des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG), die im Oktober 2021 in Kraft trat.

II. Definition der gewerblichen Prozessfinanzierung

Was ist gewerbliche Prozessfinanzierung? Eine allgemeingültige Definition gibt es nicht, weder rechtsordnungsübergreifend noch innerhalb der einzelnen Jurisdiktionen. Erarbeitet wurde daher die folgende Definition als Arbeitsgrundlage für die Dissertation, die die gewerbliche Prozessfinanzierung von anderen Finanzierungsmodellen abgrenzt: gewerbliche Prozessfinanzierung ist die Finanzierung von Prozesskosten durch einen unbeteiligten Dritten gegen eine Beteiligung am Erlös, die nur im Erfolgsfall zu zahlen ist. Dies kann auch die Abtretung der Forderung und die Anspruchsdurchsetzung durch den Geldgeber beinhalten (siehe Rn. (10) f.).

Hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zur Rechtsschutzversicherung: Ob *before-the-event*- oder *after-the-event*-Versicherung, die Prämie ist stets, d.h. auch im Schadensfall, zu zahlen, anders als bei der gewerblichen Prozessfinanzierung (siehe Rn. (13) f.).

Die Arbeitsdefinition zeigt durch den Verweis auf die Abtretung und Anspruchsdurchsetzung durch den Geldgeber auch, dass es sich nicht mehr nur um „klassische“ Fälle der gewerblichen Prozessfinanzierung handelt: Die Geldgeber treten in allen hier betrachteten Rechtsordnungen immer weniger als reine Geldgeber und immer mehr als unternehmerische Prozessmanager auf.

III. Entwicklung und Regulierung

Ein Schwerpunkt der Arbeit ist die Entwicklung der Prozessfinanzierung und der Status quo der Regulierung (siehe Rn. (16) ff.).

In den Rechtsordnungen des *Common Law* drehte sich die Entwicklung zunächst um die allmähliche Überwindung der jahrhundertealten Verbotsdoktrinen von *Maintenance* und *Champerty*. *Maintenance* bezeichnet das Eingreifen in einen Rechtsstreit, an dem der

intervenierende Dritte kein eigenes Interesse hat; *Champerty* setzt darüber hinaus voraus, dass dem intervenierenden Dritten auch eine Beteiligung am Prozessserfolg vertraglich zugesichert wird.

a. England und Wales

In England und Wales erfolgte die Überwindung der *Champerty* sehr zögerlich. Nach ersten Schritten im 19. Jahrhundert im Bereich des Insolvenzrechts erfolgte schließlich 1967 eine Entkriminalisierung, die allerdings keine Auswirkungen auf die Unwirksamkeit entsprechender zivilrechtlicher Vereinbarungen hatte (siehe Rn. (27)).

Erst mit den *Woolfe*-Reformen durch den *Access to Justice Act* von 1999 wurde die Drittfinanzierung von Rechtsstreitigkeiten auf breiter Basis möglich. Erstmals wurden Erfolgshonorare eingeführt (sog. *conditional fee arrangements*) (siehe Rn. (28)). Gleichzeitig änderte sich die Haltung der Justiz: Mit den Urteilen des *Court of Appeal* in *Factortame Ltd v Secretary of State for Transport (No. 8)* und *Arkin v Borchard Lines* hatte die Justiz ihren Segen zur passiven gewerblichen Prozessfinanzierung gegeben (siehe Rn. (34) ff.).

Im Jahr 2009 wandte sich der *Jackson*-Report dann erstmals der Regulierung der gewerblichen Prozessfinanzierung zu und befürwortete insoweit das Modell der Selbstregulierung durch einen freiwilligen Verhaltenskodex (siehe Rn. (42) ff.). Der in Zusammenarbeit zwischen dem *Civil Justice Council* und der englischen *Association of Litigation Funders (ALF)* entstandene *Code of Conduct* wurde 2011 veröffentlicht und ist das maßgebliche Regelwerk in England. Seine Regeln spiegeln nach wie vor den Einfluss von *Maintenance* und *Champerty* wider: Das Verhalten eines Finanzierers darf unter keinen Umständen den Eindruck erwecken, dass er den Prozess kontrolliert (siehe Rn. (52) ff.).

Auch wenn heute 22 Prozessfinanzierer Mitglied der *ALF* sind und sich damit zur Einhaltung der Regeln des Verhaltenskodex verpflichtet haben, gibt es Defizite: Der Kodex gilt nicht für Nicht-Mitglieder der *ALF*, die darin enthaltenen Sanktionen sind kaum nennenswert, und er ist nicht auf neuere Formen der gewerblichen Prozessfinanzierung wie die Finanzierung von kollektiven Rechtsschutzverfahren ausgelegt (siehe Rn. (57) ff.).

Diese Verfahren haben indes seit der Einführung der *Opt-out*-Kollektivklage im Jahr 2015 im Wettbewerbsrecht massiv an Bedeutung gewonnen. Dies gilt umso mehr, seitdem der *Supreme Court* in *Merricks v MasterCard* die eher restriktive Tendenz des erstinstanzlich zuständigen *Competition Appeals Tribunal (CAT)* korrigiert hat. Anfang 2023 waren insgesamt 29 Sammelklagen beim *CAT* registriert und fast ein Dutzend Zertifizierungsbeschlüsse für *class actions* erlassen worden (siehe Rn. (74) ff.).

b. Australien

Australien ist heute ein weltweit führender Markt für die gewerbliche Prozessfinanzierung. Auch dort hatte das Insolvenzrecht eine Pionierrolle bei der Überwindung der Verbotsdoktrinen von *Maintenance* und *Champerty*. Die Entkriminalisierung erfolgte auf Bundesebene und in den wichtigsten Bundesstaaten in den 1990er Jahren (siehe Rn. (94) ff.). Der Erfolg der Prozessfinanzierungsbranche ist – neben dem Verbot von Erfolgshonoraren für Anwälte – vor allem auf das symbiotische Wachstum von *representative actions* (d.h. australischen *class actions*) und der gewerblichen Prozessfinanzierung zurückzuführen. Der wohl wichtigste Meilenstein in dieser Hinsicht war die Entscheidung über die Vereinbarkeit von Prozessfinanzierung und *public policy* in der Rechtssache *Campbells Cash and Carry v Fostif* im Jahr 2006 (siehe Rn. (111) ff.). Der *High Court of Australia* genehmigte nicht nur die kommerzielle Finanzierung von Sammelklagen, sondern räumte den Finanzierern auch weitreichende Befugnisse ein. Anders als in England dürfen gewerbliche Prozessfinanzierer weitgehende Kontrolle über die Prozessstrategie und wichtige Entscheidungen wie die Wahl des Anwalts ausüben. Darüber hinaus hat auch die relativ zurückhaltende Regulierung einen

wichtigen Beitrag geleistet. Neben der gerichtlichen Kontrolle von Vergleichsvereinbarungen dürften auch in Zukunft die Regeln des *Regulatory Guide 248* der *Australian Securities and Investments Commission* eine zentrale Rolle spielen. Nach diesem Leitfaden müssen gewerbliche Prozessfinanzierer Verfahren zum Umgang mit Interessenkonflikten vorhalten, genießen aber hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung weitgehende Freiheit (siehe Rn. (141) ff.).

c. Deutschland

Die deutsche Zivilgerichtsbarkeit bietet aufgrund ihrer hohen Kosteneffizienz und der guten Kalkulierbarkeit von Kostenrisiken – zu denken ist etwa an die Deckelung der erstattungsfähigen Kosten nach § 91 Abs. 1 ZPO – generell ein günstiges Klima für die gewerbliche Prozessfinanzierung (siehe Rn. (153) f.). So konnte sich die traditionelle gewerbliche Finanzierung von Einzelprozessen seit den 1990er Jahren schrittweise aus der Rechtsschutzversicherung heraus entwickeln. In der Arbeit wird die Auffassung vertreten, dass dieses Modell als stille Gesellschaft zwischen Kläger und Geldgeber im Sinne der §§ 230 ff. des Handelsgesetzbuches (HGB) zu qualifizieren ist (siehe Rn. (181)).

Diese Einordnung ist jedoch für das Modell der bereits erwähnten aktiven Prozessfinanzierer, die häufig als Inkassodienstleister auftreten, unpassend. Diese bündeln im Wege der Abtretung eine Vielzahl gleichartiger Forderungen und machen sie im Wege der objektiven Klagehäufung geltend. Dabei steht nicht nur die finanzielle Absicherung des Verfahrens im Vordergrund, sondern die gesamte Durchsetzung der Ansprüche; es ist daher davon auszugehen, dass es sich bei der Beziehung zwischen Anspruchsinhaber und Prozessfinanzierer um einen Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB handelt, der zusätzlich den Anforderungen des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) genügen muss (siehe Rn. (182) ff.).

Eine treibende Kraft hinter diesem neuen Phänomen ist die Unzulänglichkeit geeigneter Alternativen, wie z.B. der weniger populären Musterfeststellungsklage. Es bleibt abzuwarten, ob die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über die Verbandsklage, die auch Abhilfeklagen, d.h. etwa Schadensersatzklagen, zulassen wird, hier Änderungen bewirken kann. Sicher ist, dass eine gewerbliche Finanzierung von Abhilfeklagen grundsätzlich unter bestimmten Bedingungen zulässig sein wird. Indes ist zu bezweifeln, dass gewerbliche Prozessfinanzierer in Zukunft an solchen Verfahren interessiert sein werden, da der aktuelle deutsche Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Richtlinie nicht die notwendigen Regelungen vorsieht, um ein Geschäftsmodell der gewinnorientierten Prozessfinanzierung zu ermöglichen (siehe Rn. (168) ff.).

Demgegenüber steht das lange umstrittene Modell der prozessfinanzierten Inkassodienstleister nach den *BGH*-Entscheidungen *wenigermiete*, *AirDeal* und *financialright* vor neuen Ufern. Die Dissertation skizziert die erstgenannte Entscheidung und stellt ihr ein ablehnendes Urteil des *LG München I* zum LKW-Kartell gegenüber, das die Aktivlegitimation der Inkassodienstleister u.a. wegen verschiedener vermuteter Verstöße gegen das RDG verneinte (siehe Rn. (224) ff.). Sie führt weiter aus, warum insbesondere die Behauptung von Interessenkonflikten einerseits wegen der angeblichen Heterogenität der Zedenten und ihrer Forderungen und andererseits wegen möglicher Verpflichtungen gegenüber einem dritten Prozessfinanzierer einer Nachprüfung nicht standhält. Eine solche Annahme würde verkennen, dass gerade die Masse der Forderungen zu einer besseren Verhandlungsposition des Inkassodienstleisters und damit in der Regel zu einem besseren Ergebnis für die Zedenten führt. Die Einschaltung eines externen Prozessfinanzierers durch den Inkassodienstleister bringt zudem in der Regel keine Interessen in das Verfahren ein, die nicht bereits in der Person des Inkassodienstleisters bestehen (siehe Rn. (234) ff.).

Die Entscheidungen des *BGH* in *AirDeal* (siehe Rn. (240) ff.) und *financialright*, (siehe Rn. (246) ff.), die nach der Einreichung dieser Dissertation ergangen sind, bestätigen diese

Argumentationslinien im Wesentlichen. Dass das Geschäftsmodell als solches nicht mit den Normen des RDG kollidiert, wird schließlich durch die im Oktober 2021 in Kraft getretene Teilnovelle des RDG bestätigt. Sie spricht sich in den §§ 13a ff. für ein Informationsmodell mit entsprechenden Aufklärungspflichten des Inkassodienstleisters aus, allerdings beschränkt auf den Verbraucherbereich (siehe Rn. (252) ff.). Eine einheitliche Regelung, die alle Formen der gewerbliche Prozessfinanzierung erfasst, gibt es in Deutschland indes noch immer nicht.

IV. Die Parteien und ihre Interessen

Die Dissertation wendet sich sodann den beteiligten Parteien und ihren jeweiligen Interessen zu (siehe Rn. (271) ff.). Abstrakt betrachtet ergibt sich ein Dreiecksgeflecht zwischen dem Prozessfinanzierer, dem Kläger und dem Anwalt des Klägers. Der Prozessfinanzierer ist daran interessiert, die Kosten des Verfahrens so gering wie möglich zu halten und seinen eigenen Verdienst zu maximieren (siehe Rn. (277) f.); der Rechtsanwalt will für seine Arbeit möglichst lukrativ bezahlt werden (siehe Rn. (300) f.). Der Kläger wiederum ist daran interessiert, sowohl die Kosten des Rechtsstreits als auch die Beteiligung des Prozessfinanzierers so gering wie möglich zu halten und den Prozesserlös zu maximieren (siehe Rn. (279) f.).

Diese schematische Sichtweise wird allerdings nicht allen Konstellationen gerecht, sodass eine weitere Differenzierung angezeigt ist. Denn etwa auf der Klägerseite sind Verbraucher und KMU als so genannte *one-shotter* kaum mit prozess erfahrenen Unternehmen (sogenannte *repeat player*) zu vergleichen. Auch gewerbliche Prozessfinanzierer und Anwälte sind in der Regel als *repeat player* einzuordnen.

V. Abstrakte Interessenkonflikte

Diese Unterscheidung wird bei der nachfolgenden Ausarbeitung der abstrakten Interessenkonflikte im Rahmen der gewerbliche Prozessfinanzierung beibehalten (siehe Rn. (302) ff.). Entscheidend für die Regelungsbedürftigkeit von Konflikten ist, inwieweit die Durchsetzung der Interessen des Klägers zum Vertragsgegenstand geworden ist. Es ist zu unterscheiden zwischen Vertragsverhältnissen des Interessengegensatzes (z.B. Tauschvertrag), der Fremdinteressenwahrung (z.B. Geschäftsbesorgungsvertrag) und des Interessengleichklangs (z.B. Gesellschaftsvertrag) (siehe Rn. (304) ff.).

Im Gegensatz zur herkömmlichen (passiven) Prozessfinanzierung, bei der von einem Vertrag des Interessengleichklangs auszugehen ist, handelt es sich bei Verträgen zwischen aktiven Prozessfinanzierern und Klägern um Verträge der Fremdinteressenwahrung (siehe Rn. (325) ff.). Vereinfacht ausgedrückt bedeutet dies, dass deutsche Inkassodienstleister oder auch gewerbliche Prozessfinanzierer einer australischen Sammelklage, die einen größeren Entscheidungsspielraum haben, auch die Interessen der (ursprünglichen) Anspruchsinhaber stärker berücksichtigen müssen.

Wie die Dissertation ausführt, wird dieser Befund auch durch die Prinzipal-Agenten-Theorie der Verhaltensökonomie gestützt (siehe Rn. (312) ff.). Diese Theorie wird üblicherweise auf Beziehungen angewandt, bei denen Eigentum und Kontrolle auseinanderfallen; ein typisches Beispiel ist die klassische anwaltliche Mandatsbeziehung. Die Theorie gilt jedoch auch für das Abtretungsmodell von Inkassodienstleistern. Denn das Ausfallrisiko der abgetretenen Forderung verbleibt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise beim ursprünglichen Forderungsinhaber.

Daraus folgt, dass in diesen Verträgen schon dem Grundsatz nach ein Interessenkonflikt angelegt ist. Treten – wie etwa bei Kollektivverfahren regelmäßig der Fall – Informationsasymmetrien und Verhandlungsungleichgewichte zwischen den Parteien hinzu, wird eine Regulierung notwendig, um Wohlstandsverluste auf Seiten des Prinzipals (des Anspruchsinhabers) zu vermeiden und die sogenannte vertragsimmanente Richtigkeitsgewähr durchzusetzen (siehe Rn. (330) ff.).

Dieses Regelungsbedürfnis betrifft demnach grundsätzlich alle Situationen im Rahmen der Durchsetzung von Ansprüchen, in denen der Prozessfinanzierer als Agent (auch) für den Anspruchsteller entscheidet.

Um Interessenkonflikten entgegenzuwirken, kommen im Wesentlichen drei Regulierungsinstrumente in Betracht. Diese sind:

1) Konfliktoffenlegung: Diese wird im deutschen Recht z.B. durch die Informationspflicht des Vertreters nach § 666 Fall 1 BGB in Verbindung mit § 675 Abs. 1 BGB verkörpert (siehe Rn. (337)).

2) Konfliktvermeidung: Der Gedanke der Konfliktvermeidung ist bspw. in § 181 BGB (Verbot des Selbstkontrahierens) und in § 43a Abs. 4 BRAO (Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen) enthalten (siehe Rn. (338) f.).

3) Konfliktlösung: Diese kann durch eine sogenannte Rangbestimmung der Interessen (z.B. durch gerichtliche Kontrolle eines Vergleichs) oder durch Niederlegung der Interessenwahrerstellung erfolgen (siehe Rn. (340) f.).

Darüber hinaus ist es regelmäßig sinnvoll, die Instrumente durch Sanktionsdrohungen für den Fall der Nichtbefolgung zu flankieren (siehe Rn. (342)).

VI. Konkrete Interessenkonflikte

Konkrete, regelungsbedürftige Konfliktsituationen im Mehrparteienverhältnis der gewerbliche Prozessfinanzierung umfassen typischerweise kostenverursachende Verfahrensentscheidungen, etwa Entscheidungen über die Einholung von Sachverständigengutachten, die Annahme eines Vergleichsangebots oder die Beendigung des Finanzierungsverhältnisses (siehe Rn. (344) ff.).

Insbesondere Konflikte um Vergleichsfragen spielen dabei eine zentrale Rolle. Kern des Problems ist, dass ein früher und niedriger Vergleichsschluss für den Prozessfinanzierer deutlich attraktiver ist als für den/die Anspruchsinhaber, da der Finanzierer so ohne hohen Investitionsaufwand eine hohe Rendite erwirtschaften kann. Dies spielt wegen der Skaleneffekte insbesondere bei Kollektivverfahren eine wichtige Rolle (siehe Rn. (372) ff.).

In England sehen die Klauseln 11.1 und 13.2 des *ALF Code of Conduct* vor, dass in diesen Konfliktfällen ein unabhängiger *King's Counsel* als Schiedsrichter eingeschaltet wird, der verbindlich über die Annahme oder Ablehnung eines Vergleichsangebots entscheidet; bei *class actions* vor dem *CAT* erfolgt schließlich eine gerichtliche Überprüfung und Genehmigung eines Kollektivvergleichs nach Rule 94 der *Competition Appeals Tribunal Rules*. Beides sind Konfliktlösungsmechanismen (siehe Rn. (377) ff.).

In Australien werden Finanzierer ihrer Verpflichtung zur Vorhaltung von Konfliktlösungsmechanismen regelmäßig ebenfalls dadurch gerecht, indem sie sicherstellen, dass die Finanzierungsvereinbarungen für Konflikte über Vergleichsangebote ein verbindliches Votum eines *Senior Barrister* vorsehen; auch der *ASIC Regulatory Guide 248* stellt Kriterien zu Fairness und Angemessenheit eines Vergleichs auf. Und in den besonders regelungsbedürftigen *class actions* stehen Vergleiche wiederum unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Genehmigung nach Section 33V des *Federal Court of Australia Act* (siehe Rn. (380) ff.).

Demgegenüber fehlte es in Deutschland lange Zeit an spezifischen Regelungen für den Umgang mit diesen Interessenkonflikten. Für das Inkassozeptionsmodell der aktiven Prozessfinanzierer hat die RDG-Reform die Treuepflichten des Inkassodienstleisters nun praktisch handhabbar gemacht. So sieht § 13b Abs. 1 Nr. 3 RDG n.F. umfangreiche Informationspflichten über die Modalitäten und Konsequenzen eines Vergleichsschlusses vor. Allerdings bleibt dieses Informationsmodell mit seinen Konfliktoffenlegungspflichten hinsichtlich des erreichten

Schutzniveaus hinter seinen englischen und australischen Pendanten zurück. Zum einen ist eine gerichtliche Genehmigung eines möglichen Vergleichs bei unzulässigen Sammelklagen nicht vorgesehen, wie dies etwa in § 18 KapMuG oder in § 611 ZPO für die Musterfeststellungsklage der Fall ist. Zum anderen bestehen die vorgenannten Informationspflichten nur gegenüber Verbrauchern, nicht aber gegenüber ähnlich schutzbedürftigen KMU (siehe Rn. (383) ff.)

VII. Regelungsdefizite und Handlungsvorschläge

Es wird daher argumentiert, dass zumindest dort, wo die Interessen von Verbrauchern und vergleichbaren Nutzern wie KMU betroffen sind, weiterhin Handlungsbedarf besteht (siehe Rn. (399) f.).

Die Arbeit schlägt insofern vor, zusätzlich zu dem bestehenden Informationspflichtenprogramm des RDG eine allgemeine Verpflichtung zur Bereitstellung von Konfliktlösungsmechanismen für die Finanzierung von Handelsstreitigkeiten nach australischem Vorbild einzuführen. Die konkrete Ausgestaltung der Instrumente könnte den Prozessfinanzierern überlassen werden, die in dieser Hinsicht über Erfahrungsvorteile verfügen. In diesem Fall sollte jedoch die Einhaltung der Vorhaltungspflicht durch eine Rechenschaftspflicht abgesichert werden.

Und schließlich scheint auch für das Modell der prozessfinanzierten unechten Sammelklage eine gerichtliche Kontrolle von Vergleichsvereinbarungen interessengerecht, zumal auch bei erfolgreicher Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie Anwendungsbereiche für dieses Modell bestehen bleiben werden (siehe Rn. (404) ff.).

Die Dissertation zeigt somit, dass auch nach der RDG-Reform in bestimmten Fragen noch gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Der deutsche Gesetzgeber wäre gut beraten, bei deren Lösung die in England und Australien gemachten Erfahrungen zu berücksichtigen.