

# N

Monthly  
Newsletter  
February 2022

---

**Dispute Resolution**

**Schellenberg  
Wittmer**



# Neue prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2021

Peter Burckhardt, Louis Burrus, Stefan Leimgruber, Clara Poggia

Dieser Newsletter blickt auf vier ausgewählte Entscheide des vergangenen Jahres zurück, in denen sich das Bundesgericht mit den Auswirkungen des Brexit auf die Anwendbarkeit des Lugano Übereinkommens, den Wirkungen des Rückzugs einer negativen Feststellungsklage, dem Rechtsmittelweg in der Strafrechtshilfe und dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Strafverfahren befasst hat.

# 1 Präzisierung zur Anwendbarkeit des Lugano Übereinkommens nach dem Brexit

## 1.1 BGer 5A\_697/2020 vom 22. März 2021 (BGE 147 III 491)

Nachdem vier Gläubigerinnen **im Oktober 2019 in London ein Urteil** in Höhe von GBP 8'000'000 erwirkt hatten, verlangten sie gestützt darauf die Arrestlegung auf in der Schweiz belegene Vermögenswerte. Dabei beantragten sie die vorfrageweise Anerkennung und Vollstreckung des Urteils in der Schweiz. Der **Arrest wurde im Dezember 2019 bewilligt**. Die dagegen erhobene Einsprache der Schuldnerin wurde im April 2020 abgewiesen, was vom Kantonsgericht des Kantons Waadt im Juli 2020 und vom Bundesgericht im März 2021 bestätigt wurde.

Das Bundesgericht prüfte im Lichte des Brexit die Anwendbarkeit des Lugano Übereinkommens (LugÜ) auf den Streitfall. Es erinnerte vorab daran, dass das Vereinigte Königreich **bis zum Ende der Übergangsphase am 31. Dezember 2020** als Mitglied des LugÜ galt.

---

## Auf die Vollstreckung von UK-Zivilurteilen aus der Zeit bis 31. Dezember 2020 ist bisweilen noch das LugÜ anwendbar.

---

Das Bundesgericht stellte sodann fest, dass die Anerkennung und Vollstreckung eines vor dem 1. Januar 2021 ergangenen englischen Urteils zu Recht gestützt auf das LugÜ erfolgt sei. Ebenso habe seine eigene Prüfung nach dem LugÜ zu erfolgen, wenngleich die Übergangsphase inzwischen bereits abgelaufen sei. Es entspreche der Ansicht mehrerer Autoren und des Bundesamtes für Justiz, dass sich **die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen, die während der Anwendbarkeit des LugÜ ergangen sind, grundsätzlich weiterhin nach dem LugÜ richten**. Im vorliegenden Fall war der englische Entscheid vor dem Brexit ergangen, während auch das kantonale Verfahren und der Eingang der Beschwerde beim Bundesgericht noch in die Übergangsphase fielen.

Darüber hinaus hielt das Bundesgericht fest, dass **ein Entscheid über die Vollstreckbarkeit** eines arrestbegründenden "Lugano"-Urteils, der in einem separaten Beschluss oder direkt in der Arrestanordnung getroffen wird, nur auf dem Beschwerde- und **nicht auf dem Einspruchsweg angefochten werden könne**. Das Bundesgericht liess dabei die Frage offen, ob die Anerkennung mit separatem Rechtsbegehren explizit beantragt werden muss oder von Amtes wegen durch das Gericht erfolgt.

## 1.2 Bemerkungen

Die bundesgerichtlichen Erwägungen im besprochenen Urteil tragen zur Klärung des zeitlichen Anwendungsbereiches des LugÜ vor dem Hintergrund des Brexit bei. Grundsätzlich dürften diese Erkenntnisse in Bezug auf das Vereinigte Königreich **auf alle vor dem 31. Dezember 2020 ergangenen Urteile** Anwendung finden. Es ist jedoch anzumerken, dass das Bundesgericht die Anwendbarkeit des LugÜ vorliegend nicht alleine auf das Erlassdatum stützte und sich damit einen gewissen Spielraum bewahrte. So bleibt offen, ob eine Anerkennung in gewissen Fällen doch über das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) zu erfolgen hat.

# 2 Wirkung des Rückzugs einer negativen Feststellungsklage

## 2.1 BGer 5A\_383/2020 vom 22. Oktober 2021 (zur Publikation vorgesehen)

Das Bundesgericht befasste sich mit der Frage, ob der **Rückzug einer negativen Feststellungsklage** als definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG angerufen werden kann. Ausgangspunkt des Entscheids waren zwei Klagen einer (angeblichen) Schuldnerin, mit denen diese das Handelsgericht St. Gallen um **Feststellung des Nichtbestehens** zweier Forderungen ersuchte. Nach Vereinigung der beiden Klagen und einem Antrag der Gegenpartei auf Leistung einer Parteikostensicherheit zog die Schuldnerin die beiden Klagen zurück.

In der Folge beantragte die Gläubigerin beim Bezirksgericht Lenzburg die Beseitigung des Rechtsvorschlags sowie **definitive Rechtsöffnung** in den von ihr bereits früher angehobenen Beteiligungen. Dabei berief sie sich auf den durch die Schuldnerin im ursprünglichen Verfahren erklärten Rückzug der negativen Feststellungsklagen als definitiven Rechtsöffnungstitel.

Zur Frage, ob der von der Schuldnerin erklärte Rückzug der negativen Feststellungsklage für die dort streitgegenständliche Forderung einen definitiven Rechtsöffnungstitel geschaffen hatte, hielt das Bundesgericht zunächst fest, dass Feststellungsurteile **keinen Leistungsbefehl** enthielten und deshalb auch nicht vollstreckbar seien. Folglich stellten sie grundsätzlich auch keine definitiven Rechtsöffnungstitel dar.

Für das **abweisende Aberkennungsurteil**, d.h. eine Sonderform des negativen Feststellungsurteils, lässt die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 134 III 656) allerdings eine **Ausnahme** zu, was gemäss verschiedenen Lehrmeinungen auch für die Abweisung einer allgemeinen negativen Feststellungsklage (gemäss Art. 88 ZPO) gelten soll.

Gemäss Bundesgericht ist die vollstreckungsrechtliche Aufweichung der scharfen Trennung zwischen Feststellungs- und Leistungsurteilen vor dem Hintergrund ergangen, dass das Gericht bei einer Abweisung der Aberkennungsklage die Streitsache inhaltlich tatsächlich geprüft hat. Vorausgegangen sei in solchen Fällen zumindest eine Klageantwort und damit eine Stellungnahme des Gläubigers zur Sache. Diese Privilegierung des Gläubigers auch dann zu gewähren, wenn es – wie hier – **sowohl an einem gerichtlichen Leistungsbegehren als auch an einer gerichtlichen Beurteilung fehle**, sei nicht gerechtfertigt. Der Rückzug einer negativen Feststellungsklage stelle deshalb **keinen definitiven Rechtsöffnungstitel** dar.

## 2.2 Bemerkungen

Die Rechtskraftwirkungen eines Klagerückzugs reichen gemäss Bundesgericht somit allenfalls weniger weit als diejenigen eines abweisenden Urteils. Will der Gläubiger einen Rechtsöffnungstitel erlangen, tut er deshalb gut daran, widerklageweise die Verurteilung des Schuldners zur Zahlung zu verlangen, wenn ihn dieser mit einer negativen Feststellungsklage überzieht.

---

# Der Rückzug einer negativen Feststellungsklage stellt keinen definitiven Rechtsöffnungstitel dar.

---

## 3 Anrufung des Ordre Public in der Strafrechtshilfe

### 3.1 BGer 1C\_245/2020 vom 19. Juni 2020

Im Jahr 2018 ging bei den Schweizer Justizbehörden ein Rechtshilfeersuchen in Strafsachen der brasilianischen Bundesanwaltschaft ein. Die Schweizer Bundesanwaltschaft ordnete die Übermittlung der angeforderten Bankunterlagen an. Die Kontoinhaberin, A. Inc., legte bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts und anschließend beim Bundesgericht Beschwerde ein.

Im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht machte A. Inc. unter anderem geltend, dass die Vorinstanz die Rüge der **Verletzung von Art. 1a IRSG** zu Unrecht nicht geprüft habe. Gemäss dieser Bestimmung kann die Rechtshilfe verweigert werden, wenn sie die Souveränität, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen der Schweiz beeinträchtigt.

Das Bundesgericht rief hierzu in Erinnerung, dass die Anwendung dieser Bestimmung dem **Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (Departement)** vorbehalten ist und der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts die Zuständigkeit fehlt. Ein Entscheid des Departements kann seinerseits mit Verwaltungsbeschwerde beim Bundesrat angefochten werden.

### 3.2 Bemerkungen

Art. 1a IRSG soll es den Schweizer Behörden ermöglichen, die Rechtshilfe aus Gründen der **politischen Opportunität** zu verweigern. Rechtshilfe, die wesentlichen Interessen der Schweiz zuwiderläuft, können das Departement und der Bundesrat - sogar von Amts wegen - einschränken. Die Frage, ob die Souveränität, die Sicherheit, die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen der Schweiz gemäss Art. 1a IRSG verletzt werden, ist rein politischer Natur und muss **unabhängig von rechtlichen Aspekten** der Rechtshilfe beantwortet werden.

Als Beispiel eines wesentlichen Interesses der Schweiz kann der Schutz der Schweizer Wirtschaft genannt werden. Eine Rechtshilfeleistung lässt sich mit Rücksicht darauf jedoch nur

dann einschränken, wenn der befürchtete Nachteil die Schweizer Wirtschaft insgesamt trifft (z. B. ein globales Embargo für Schweizer Produkte). Zu den wesentlichen nationalen Interessen zählt unter gewissen Bedingungen auch das Bankgeheimnis, das eine Einschränkung der Rechtshilfe jedoch ebenfalls nur dann zu rechtfertigen vermag, wenn der Bankgeheimnisschutz andernfalls seiner Substanz beraubt würde, was in der Regel nicht der Fall ist.

Entsprechend gibt es je nach der Natur des Rügegrundes bei der Anfechtung einer Schlussverfügung **zwei parallele Rechtswittelwege**: Einen Weg über das Departement mit Weiterzugsmöglichkeit an den Bundesrat für politische Einwände und einen ordentlichen Weg über Bundesstrafgericht und danach Bundesgericht für Rügen rechtlicher Natur. Werden beide Wege parallel beschritten, **geniessen die rechtlichen Fragen Vorrang**. Eine Rechtshilfeleistung, die von den gerichtlichen Instanzen abgelehnt wurde, lässt sich mit dem Argument, sie liege im nationalen Interesse, also nicht doch noch bewilligen. Der umgekehrte Fall ist jedoch möglich.

---

# Ob eine Rechtshilfeleistung wesentlich nationale Interessen tangiert, ist von den politischen Behörden zu prüfen.

---

## 4 Beschlagnahmeschutz für Korrespondenz mit ausländischen RechtsanwältInnen

### 4.1 BGer 1B\_333/2020 vom 22. Juni 2021 (BGE 147 IV 385)

Die Bundesanwaltschaft hatte im Rahmen einer Strafuntersuchung bei einem Unternehmen in der Schweiz umfangreiche Daten sichergestellt, darunter **Anwaltskorrespondenz**. Das Unternehmen wehrte sich dagegen und liess die Unterlagen versiegeln. Im Rahmen des Entsiegelungsverfahrens wurde anschliessend darüber gestritten, inwiefern die **Korrespondenz mit ausländischen RechtsanwältInnen** Beschlagnahmeschutz genießt.

Das Bundesgericht hielt nach eingehender Prüfung der Rechtslage dafür, dass Korrespondenz des betroffenen (nicht beschuldigten) Unternehmens mit einem seiner Anwälte nur dann vor Beschlagnahme geschützt ist, wenn der betreffende Anwalt **nach dem Anwaltsgesetz (BGFA) zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt** ist. Die Korrespondenz des Unternehmens mit anderen Anwälten wurde daher entsiegelt und für die Zwecke der Strafuntersuchung zugänglich gemacht.

Als **BGFA-Anwälte** in diesem Sinn qualifizieren einerseits die in den kantonalen Registern eingetragenen Schweizer Anwäl-

te. Andererseits sind unter zwei Bedingungen auch ausländische Anwälte vertretungsbefugt: Sie müssen dafür (a) **einem EU- bzw. EFTA-Staat oder dem Vereinigten Königreich angehören** und (b) **dort zur Berufsausübung zugelassen** sein. Andere ausländischen Anwälte gehören nicht dazu, weshalb der Korrespondenz mit ihnen grundsätzlich kein Beschlagnahmeschutz gewährt werden kann. Eine Ausnahme gilt nur, aber immerhin für die Anwälte des Beschuldigten (Art. 264 Abs. 1 lit. c StPO).

#### 4.2 Bemerkungen

Der Entscheid führt zu **problematischen, bisweilen gar absurden Resultaten**. Die geforderte Unterscheidung nach Nationalität und Ort der Berufsausübung des ausländischen Anwaltes ist sachfremd und verkennt überdies die Sachzwänge einer globalisierten Wirtschaft. Ebenso wenig überzeugt, dass dem ausländischen Anwalt unter der StPO zwar ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, seiner schriftlichen Äusserung dagegen der Schutz verweigert werden kann. Schliesslich führt die neue Rechtsprechung zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit, weil die Tragweite des Beschlagnahmeschutzes von

Umständen (Stellung im Verfahren) abhängig gemacht wird, die nicht vorhersehbar sind.

Der Entscheid schliesst nahtlos an andere bundesgerichtliche Entscheide der letzten Jahre an, die den Schutzbereich des Anwaltsgeheimnisses allesamt einschränkten. Diese **Entwicklung ist beunruhigend**, zumal es sich beim Anwaltsgeheimnis um einen rechtsstaatlichen Grundpfeiler handelt. In Zukunft wird der Beizug ausländischer Anwälte für sensitive Mandate besonders sorgfältig überlegt und strukturiert werden müssen.

---

## Korrespondenz mit ausländischen Anwälten bleibt im Strafverfahren oft ungeschützt.

---



**Peter Burckhardt**  
Partner Zürich  
peter.burckhardt@swlegal.ch



**Dr. Stefan Leimgruber**  
Partner Zürich  
stefan.leimgruber@swlegal.ch



**Louis Burrus**  
Partner Genf  
louis.burrus@swlegal.ch



**Clara Poglià**  
Partnerin Genf  
clara.poglià@swlegal.ch

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der oben genannten Personen.

Schellenberg Wittmer AG ist Ihre führende Schweizer Wirtschaftskanzlei mit mehr als 150 Juristinnen und Juristen in Zürich und Genf sowie einem Büro in Singapur. Wir kümmern uns um alle Ihre rechtlichen Belange – Transaktionen, Beratung, Prozesse.



**Schellenberg Wittmer AG**  
Rechtsanwälte

**Zürich**  
Löwenstrasse 19  
Postfach 2201  
8021 Zürich / Schweiz  
T +41 44 215 5252  
www.swlegal.ch

**Genf**  
15bis, rue des Alpes  
Postfach 2088  
1211 Genf 1 / Schweiz  
T +41 22 707 8000  
www.swlegal.ch

**Singapur**  
Schellenberg Wittmer Pte Ltd  
6 Battery Road, #37-02  
Singapur 049909  
T +65 6580 2240  
www.swlegal.sg