

AUGUST 2019

Newsletter

Autoren:

Peter Burckhardt, LL.M.

Louis Burrus

Dr. Urs Hoffmann-Nowotny

Clara Poglià, MAS in Criminology



DISPUTE RESOLUTION

Bemerkenswertes aus der prozessrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts

Dieser Newsletter greift einige beachtenswerte Entscheide des vergangenen Jahres auf, in denen sich das Bundesgericht namentlich mit Teilklagen, dem Novenrecht im Arrestverfahren, dem Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen und – einmal mehr – mit Retrozessionen befasst hat. Wir wünschen eine gute Sommerlektüre.

1 TEILKLAGEN

1.1 EINLEITUNG

Gleich drei neuere Entscheide sind zur Thematik sogenannter Teilklagen ergangen. Dabei hat die Rechtsprechung eine bemerkenswerte Wende genommen.

Ist ein Anspruch teilbar, so kann auch nur ein Teil davon eingeklagt werden (Art. 86 ZPO). Es wird zwischen der echten Teilklage, bei der ein Teilbetrag eines einheitlichen Anspruches eingeklagt wird, und der unechten Teilklage unterschieden, bei der ein individualisierbarer (Teil-)Anspruch eines Gesamtbetrages beansprucht wird.

Die Teilklage ist ein häufig verwendetes und grundsätzlich legitimes Mittel, um das Kostenrisiko einer Klage zu beschränken.

Sollten in einem Verfahren gleichzeitig *mehrere* Ansprüche *teilweise* geltend gemacht werden, war gemäss einer erst zwei Jahre alten Praxis erforderlich, dass präzisiert wird, in welcher Reihenfolge und/oder in welchem Umfang die einzelnen Ansprüche geltend gemacht werden (vgl. BGE 142 III 683).

Andernfalls wurde auf die Klage mangels Bestimmtheit des Rechtsbegehrens nicht eingetreten. Diese Rechtsprechung ist nun bereits wieder geändert worden.

1.2 BGE 144 III 452

Anlass zur Praxisänderung gab die Erkenntnis, dass die **Unterscheidung** zwischen Fällen, in denen *mehrere Streitgegenstände* gehäuft werden (sprich eine objektive Häufung echter Teilklagen vorliegt, bei der die Reihenfolge der geltend gemachten Ansprüche aufgeschlüsselt werden muss), und solchen, in denen verschiedene Schadensposten innerhalb eines *einzigsten Streitgegenstandes* eingeklagt werden (unechte Teilklage, keine weitere Aufschlüsselung notwendig), **nicht praktikabel** sei. Insbesondere sei für die klagende Partei nicht zuverlässig voraussehbar, wie das Gericht das von ihr vorgetragene Tatsachenfundament würdigen werde und ob sie sich – bei Annahme mehrerer Streitgegenstände – zur Reihenfolge und zum Umfang der einzelnen Ansprüche äussern müsse. Zu verlangen sei nur noch, dass die klagende Partei die einzelnen (Teil-)Ansprüche substantiiert darlegt und behauptet, dass eine den eingeklagten Betrag übersteigende Forderung besteht.

Im Falle einer Gutheissung der Teilklage sei der Urteilsbegründung zu entnehmen, inwieweit das Gericht die alternativen Klagegründe (rechtskräftig) beurteilt habe (E. 2.4).

"[Es steht] grundsätzlich im Ermessen des Gerichts, in welcher Reihenfolge es die verschiedenen Ansprüche prüft."

1.3 BGER 4A_270/2018 (2. NOVEMBER 2018)

Kurz darauf bot sich dem Bundesgericht die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zur Rechtskraftwirkung von Entscheidungen über Teilklagen in Erinnerung zu rufen. Die Rechtskraft erstreckte sich nicht auf die Gesamtforderung, sondern nur auf den beurteilten Teilbetrag.

Das Bundesgericht hob indes gleichzeitig hervor, dass der Entscheid zumindest faktisch dennoch eine gewisse Bindungswirkung entfalte. In einem späteren Prozess über die Restforderung müsse daher gezeigt werden, weshalb über *dieselbe* Frage anders zu entscheiden sei (E 1.2).

1.4 BGER 4A_29/2019 (10 JULI 2019)

Zuletzt konnte sich das Bundesgericht auch noch zu den Auswirkungen seiner Praxisänderung in BGE 144 III 452 (siehe vorstehend Ziff. 1.2) auf die Zulässigkeit **von negativen Feststellungswiderklagen** bei Teilklagen äussern. BGE 143 III 506 hatte eine Ausnahme vom Erfordernis der gleichen Verfahrensart für die Zulässigkeit einer Widerklage (Art. 224 Abs. 1 ZPO) vermeintlich nur bei *echten* Teilklagen vorgesehen. **Diese Ausnahme soll jedoch allgemein gelten**, wenn die Teilklage (ob echt oder unecht) eine unzumutbare Ungewissheit für die beklagte Partei zur Folge hat.

2 ZULÄSSIGKEIT NEUER TATSACHEN IM ARRESTEINSPRACHEVERFAHREN - KOMMENTAR ZUM URTEIL 5A_626/2018 (3. APRIL 2019)

2.1 ZUSAMMENFASSUNG DES ENTSCHEIDS

Nachdem die Arresteinsprache eines Arrestschuldners in erster Instanz zunächst abgewiesen worden war, hiess das Obergericht dessen Beschwerde gestützt auf im Beschwerdeverfahren erstmals geltend gemachte Tatsachen, die zeitlich vor dem erstinstanzlichen Urteil entstanden waren, gut. In der Folge hatte das Bundesgericht im Rahmen einer Beschwerde des Arrestgläubigers erstmals Gelegenheit, sich zur Frage zu äussern, ob sich der Schuldner im Arresteinspracheverfahren **auf unechte Noven berufen kann**. Das Bundesgericht präzisiert in seinem Entscheid den Anwendungsbereich von Art. 278 Abs. 3 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes ("SchKG") und anerkennt die Möglichkeit des Arrestschuldners, sich im Beschwerdeverfahren auf unechte Noven zu stützen. Deren Zulässigkeit macht das Bundesgericht jedoch von den Voraussetzungen nach Art. 317 ZPO abhängig (d.h. die Noven sind ohne Verzug vorzubringen und nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits früher vorgebracht werden konnten).

2.2 ANALYSE DER ERWÄGUNGEN

Nach einer detaillierten Analyse der Rechtsprechung und Lehre wandte das Bundesgericht zwecks Auslegung der zuvor genannten Bestimmung praxismässig einen sog. Methodenpluralismus an. Nachdem die systematische

Auslegung von Art. 278 Abs. 3 SchKG (insbesondere in Verbindung mit Art. 174 SchKG und Art. 326 ZPO) zu keiner Lösung der strittigen Frage geführt hatte, war es die **teleologische Auslegung**, die dem Bundesgericht am einschlägigsten erschien. Das Bundesgericht unterstreicht ferner, dass es für den Schutz des Schuldners unabdingbar sei, dass der Arrestrichter über die Sachlage im Urteilszeitpunkt befinde. Die Natur des Arrests als vorläufige Schutzmassnahme und ihre einschneidende Wirkung für den Schuldner sind weitere Punkte, die gemäss Begründung des Entscheids zentral sind.

2.3 KOMMENTAR

Die Schlussfolgerung des Bundesgerichts scheint richtig. Gleichzeitig erstaunt, dass es so lange gedauert hat, bis es zu dieser willkommenen Klärung der Rechtslage gekommen ist.

Interessant ist, dass der Entscheid eine unterschiedliche Behandlung der beiden Parteien im Arrestverfahren einzuführen scheint, obwohl der Wortlaut von Art. 278 Abs. 3 SchKG eine Gleichbehandlung suggeriert (vgl. vor allem die französische Fassung: "*Les parties peuvent alléguer des faits nouveaux*"). Tatsächlich hatte das Bundesgericht bereits in einem unveröffentlichten Urteil (Urteil 5D_220/2017 vom 4. Dezember 2017) die Auffassung vertreten, es sei nicht willkürlich, dem antragstellenden Gläubiger zu verbieten, im Einspracheverfahren zusätzliche Unterlagen vorzulegen, die seine Forderung glaubhaft machen. So muss sich der Gläubiger bereits im Antrag auf sämtliche Elemente berufen, auf die sich sein Arrestbegehren stützt.

"Das Urteil scheint eine unterschiedliche Behandlung der Parteien des Arrestverfahrens hinsichtlich der Geltendmachung neuer Tatsachen einzuführen."

Das Urteil des Bundesgerichts bewirkt folglich einen verstärkten Schutz des Schuldners vor einem ungerechtfertigten Arrest. Es scheint auch zu dessen Vorteil eine differenzierte Novenregelung einzuführen, die vorteilhafter und flexibler ist als diejenige, die für den antragstellenden Gläubiger gilt. Dieser Ansatz erscheint namentlich in Anbetracht des reduzierten Beweismasses (Glaubhaftmachen) sowie der Möglichkeit des Gläubigers, ein neues Arrestbegehren zu stellen, gerechtfertigt.

3 ANWALTSGEHEIMNISSCHUTZ BEI INTERNEN UNTERSUCHUNGEN IM GELDWÄSCHEREIBEREICH

3.1 EINLEITUNG

Das Urteil des Bundesgerichts vom 6. Februar 2019 (BGER 1B_453/2018) setzt einen Schlusspunkt hinter die Bemühungen einer Bank, die Entsigelung des Berichts einer bankinternen Untersuchung im Geldwäschereibereich unter Berufung auf das anwaltliche Berufsgeheimnis zu verhindern.

Unter dem Eindruck eines grossen Betrugsskandals, der zahlreiche Bankkunden schädigte, hatte die fragliche Bank eine Anwaltskanzlei damit beauftragt, *ex post* eine umfassende Sachverhaltsabklärung vorzunehmen, die Rechts-

konformität des Verhaltens der Bank und die daraus resultierenden Risiken zu beurteilen sowie Massnahmen zu empfehlen. Die beauftragten Anwälte führten eine interne Untersuchung durch und erstellten einen Bericht. Als das EFD gegen Organe der Bank ein Strafverfahren wegen Verletzung der geldwäschereirechtlichen Meldepflicht eröffnete und den Untersuchungsbericht herausverlangte, erhielt es diesen nur versiegelt.

3.2 PROZESSGESCHICHTE UND ENTSCHEID

Im anschliessenden Entsiegelungsstreit obsiegte vorerst der Standpunkt der Bank. Für das Bundesstrafgericht stand fest, dass die von der Kanzlei vorgenommenen Arbeiten "klassische anwaltliche Rechtsberatung" darstellten. In einem vielbeachteten Entscheid hob das Bundesgericht dieses Urteil jedoch wieder auf. Gemäss seiner Einschätzung lag ein **"Mischmandat"** vor, bei dem sich anwaltsspezifische Dienstleistung und sog. akzessorische Geschäftstätigkeit überschneiden. Die durchgeführte Untersuchungstätigkeit trage Züge eines geldwäschereirechtlich vorgeschriebenen Controlling und Auditing. Die Wahrnehmung gesetzlicher Pflichten der Bank könnte **nicht als anwaltstypisch** bezeichnet und geschützt werden (BGer 1B_433/2017, E.4).

Das zum zweiten Mal mit der Sache befasste Bundesstrafgericht zog darauf den Schluss, dass sämtliche Teile des Untersuchungsberichts das Resultat akzessorischer anwaltlicher Geschäftstätigkeit im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen darstellten, weshalb der strittige **Untersuchungsbericht samt Beilagen (wie Befragungsprotokolle etc.) vollständig zu entsiegeln** sei.

Das erneut angerufene Bundesgericht schützte diesen vorinstanzlichen Schluss. Die beschwerdeführende Bank habe keine Berichtsteile bezeichnet, welche auf anwaltstypische Tätigkeit zurückzuführen seien. Sofern sich ihre Vorbringen gegen die Erwägungen des Bundesgerichts im ersten Entscheid richteten, könnten sie nicht mehr gehört werden (BGer 1B_453, E.6).

3.3 KOMMENTAR

Dass der Untersuchungsbericht vollständig entsiegelt wurde, dürfte selbst gemessen an den Vorgaben des Bundesgerichts im Resultat **überschiessend** sein. Die Ursache ist wohl in der von der Bank gewählten Prozesstaktik zu suchen. Dagegen stellt die Verweigerung des Anwaltsgeheimnisses für alle sachverhaltsbezogenen Ausführungen und Unterlagen wie Befragungsprotokolle etc. **eine logische Konsequenz** der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Geldwäschereibereich dar.

"Dem Ziel der Geldwäschereibekämpfung erweist das Bundesgericht mit diesem Entscheid auf längere Sicht keinen guten Dienst."

Diese ist zu Recht sehr kritisch aufgenommen worden. Durch seine äusserst weite Interpretation der geldwäschereirechtlichen Abklärungs- und Dokumentationspflichten räumt das Bundesgericht Effizienzüberlegungen in der Strafverfolgung höheres Gewicht ein als den fundamentalen Rechtspflegeinteressen, welche das Anwaltsgeheimnis zu schützen beabsichtigt. Das erscheint uns als **nicht sachge-**

recht. Dem eigentlichen Ziel (Geldwäschereibekämpfung) erweist das Bundesgericht damit auf längere Sicht keinen guten Dienst. Die interne Aufarbeitung möglicherweise problematischer Vorgänge wird durch die Aussicht, die Resultate dereinst integral an Strafverfolgungsbehörden weiterreichen zu müssen, offensichtlich nicht gefördert.

4 KOMMENTAR ZU BGE 144 IV 294

Dieses Urteil, das sich mit den strafrechtlichen Folgen für einen Vermögensverwalter befasst, der seine Kunden nicht in angemessener Weise über von der Depotbank bezahlte **Retrozessionen** informierte, stellt eine weitere Etappe in der "retrozeptionsrechtlichen" Rechtsprechung der letzten Jahre dar.

4.1 SACHVERHALT

Der Beschwerdeführer X war als Asset Manager für die Gesellschaft Y. AG tätig, deren Direktor und Alleinaktionär er war. Er hatte etwa sechzig Kunden, darunter seit 2005 auch A. Im Zeitraum von Ende 2007 bis Ende 2010 erhielt Y. AG von der Depotbank einerseits Retrozessionen in Höhe von CHF 270'542.38 und andererseits Finder's Fees in Höhe von CHF 134'705.66 für die Jahre 2007 und 2008. X. informierte seine Kunden nicht über diese Retrozessionen und Vergütungen und leitete die Beträge auch nicht an diese weiter.

4.2 ERWÄGUNGEN DES BUNDESGERICHTS

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Rechenschaftspflicht eine **erhöhte bzw. qualifizierte Handlungspflicht** des Auftragnehmers darstelle. Der Auftragnehmer sei grundsätzlich verpflichtet, dem Auftraggeber alles zurückzugeben, was er im Rahmen des Auftrags erhält. Dazu zählen auch Retrozessionen (BGE 132 III 460). Die Rechenschaftspflicht schütze den Auftraggeber, damit dieser Rückerstattungsansprüche geltend machen oder allenfalls Schadenersatz verlangen könne. Das Schweigen des Verwalters sei damit **objektiv strafbar im Sinne von Art. 158 StGB**.

"Der Vermögensverwalter, der keinen rechtswirksamen Verzicht seines Kunden eingeholt hat, ist dem Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung ausgesetzt."

Das Bundesgericht ist dem Argument des Beschwerdeführers nicht gefolgt, er habe sich gutgläubig auf die Gültigkeit der von einigen seiner Mandanten im Jahr 2008 unterzeichneten Verzichtsklauseln verlassen, die jedoch nicht den von der Rechtsprechung formulierten Anforderungen entsprochen hatten. Das Bundesgericht führte aus, er habe bereits in seinem Urteil 137 III 393 festgestellt, dass der Kunde seinen Vermögensverwalter nicht in jedem Fall wirksam von seinen Rechenschafts- und Rückgabepflichten befreien könne. Dies sei nur möglich wenn der Kunde **vollständig und wahrheitsgemäss** über die Vergütungen informiert worden sei, die der Verwalter von der Bank oder Dritten erhalten hat.

4.3 KOMMENTAR

Diese Rechtsprechung verknüpft die vertraglichen Pflichten betreffend Retrozessionen mit den strafrechtlichen Folgen, falls diese nicht erfüllt werden.

Zur Erinnerung: Das Bundesgericht **hat die folgenden Grundsätze festgelegt**.

(i) Das Auftragsrecht verpflichtet den Auftragnehmer, die von der Depotbank erhaltenen Retrozessionen herauszugeben (Art. 400 Abs. 1 OR), diese Verpflichtung ist allerdings dispositiver Natur. Damit ein Verzicht auf Herausgabe wirksam ist, muss der Auftraggeber umfassend und detailliert über die Retrozessionen informiert sein und sein Wille, auf deren Herausgabe zu verzichten, muss unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden (BGE 132 III 460).

(ii) Damit der Verzicht rechtsgültig ist, muss der Auftraggeber über die Berechnungsgrundlagen derart informiert worden sein, dass es ihm möglich ist, den Gesamtbetrag der Retrozessionen sowie die noch zu erwartenden Retrozessionen zu berechnen (BGE 137 III 393).

Im Lichte von BGE 144 IV 294 ist ein Vermögensverwalter, der keinen entsprechenden rechtswirksamen Verzicht seines Kunden eingeholt hat, dem Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung im Sinne von Art. 158 StGB ausgesetzt.

Kontakte

Der Inhalt dieses Newsletter 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 folgenden Personen:

In Zürich:



Peter Burckhardt, LL.M.

Partner
peter.burckhardt@swlegal.ch

In Genf:



Louis Burrus

Partner
louis.burrus@swlegal.ch



Dr. Stefan Leimgruber

Partner
stefan.leimgruber@swlegal.ch



**Clara Poggia,
MAS in Criminology**

Partnerin
clara.poggia@swlegal.ch



Dr. Urs Hoffmann-Nowotny

Partner
urs.hoffmann-nowotny@swlegal.ch



Christian Girod, LL.M.

Partner
christian.girod@swlegal.ch



SCHELLENBERG WITTMER AG / Rechtsanwälte

ZÜRICH / Löwenstrasse 19 / Postfach 2201 / 8021 Zürich / Schweiz / T +41 44 215 5252

GENÈVE / 15bis, rue des Alpes / Postfach 2088 / 1211 Genève 1 / Schweiz / T +41 22 707 8000

SINGAPUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapur 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch

Dieser Newsletter ist auf unserer Website www.swlegal.ch auf Deutsch, Englisch und Französisch verfügbar.