

## **BGE 148 III 84**

Bundesgericht (BGE), 2022-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_148 III 84](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148_III_84)

FR: ATF 148 III 84

IT: DTF 148 III 84

### **Regeste**

Regeste Art. 156 ZPO; prozessuale Schutzmassnahmen zur Wahrung schutzwürdiger Interessen; Anordnung einer strafbewehrten Geheimhaltungspflicht. Als prozessuale Schutzmassnahme ist - sofern sich diese als das mildeste Mittel erweist - auch die Anordnung einer strafbewehrten Geheimhaltungspflicht möglich, wobei eine solche gestützt auf Art. 156 ZPO nur für die Dauer des Prozesses angeordnet werden kann (E. 3 und 3.2). Prozessuale Schutzmassnahmen können sich neben den Beweismitteln und den Beweisunterlagen nur in Ausnahmefällen auf Informationen in den Rechtsschriften erstrecken (E. 3.3 und 3.3.1). Die Partei, die prozessuale Schutzmassnahmen beantragt, hat eine effektive Gefährdung von schutzwürdigen Interessen glaubhaft zu machen (E. 3.5.1 und 3.5.2).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Gemäss Art. 156 ZPO trifft das Gericht die erforderlichen Massnahmen, wenn die Beweisabnahme die schutzwürdigen Interessen einer Partei oder Dritter, wie insbesondere deren Geschäftsgeheimnisse, gefährdet. Grundlage für die Anordnung von Schutzmassnahmen können im Einzelfall sodann auch Art. 53 Abs. 2 sowie Art. 54 Abs. 3 ZPO sein. (...)

#### **E. 3.2**

Die streitgegenständlichen Begehren der Beschwerdeführerin weisen insofern eine Besonderheit auf, als sie - wie die Vorinstanz richtig erkannte - die Auferlegung einer prozessualen, strafbewehrten Geheimhaltungspflicht verlangen, welche zeitlich nicht auf die Dauer des Prozesses beschränkt ist. Die Vorinstanz hat die Frage, ob sich eine solche Massnahme gestützt auf Art. 156 ZPO anordnen lässt, offengelassen. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

#### **E. 3.2.1**

Die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung hält betreffend die Wahrung schutzwürdiger Interessen fest, die Sachverhaltsermittlung könne die Geheimnisse der Parteien und Dritter tangieren. Deshalb habe das Gericht die notwendigen Schutzmassnahmen anzuordnen. Zu denken sei "an die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts, der Parteiöffentlichkeit bei einem Augenschein, an Teilabdeckung von Urkunden usw." Die Schutzmassnahmen müssten jedoch verhältnismässig sein und seien auf das Erforderliche zu beschränken (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7221, 7314).

#### **E. 3.2.2**

Die in der Botschaft genannten Beispiele von Schutzmassnahmen beziehen sich auf eine Beschränkung des Informationsflusses zwischen den Parteien während des Verfahrens. Eine Geheimhaltungspflicht, wie sie von der Beschwerdeführerin gefordert wird, ist hiervon kategoriell insofern verschieden, als diese Massnahme nicht zu einer Beschränkung des Informationsflusses zwischen den Parteien führt sowie ihre Wirkung ausserhalb und (wesentlich) nach Abschluss des Verfahrens entfaltet (RICHARD STÄUBER, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess, 2011, S. 201 f.). Bei der Frage, ob die Anordnung einer strafbewehrten Geheimhaltungspflicht über die Dauer des Prozesses hinaus eine mögliche Massnahme nach Art. 156 ZPO darstellt, sind zwei Aspekte zu unterscheiden. Einerseits stellt sich die Frage, ob die Anordnung einer BGE 148 III 84 S. 89 strafbewehrten Geheimhaltungspflicht im Rahmen von Art. 156 ZPO überhaupt zulässig ist (vgl. hiernach E. 3.2.3). Andererseits ist in zeitlicher Hinsicht zu prüfen, ob eine solche Massnahme gestützt auf Art. 156 ZPO auch mit Wirkung über die Dauer des Prozesses hinaus angeordnet werden kann (vgl. hiernach E. 3.2.4).

### **E. 3.2.3**

Vorab ist auf die Frage nach der Zulässigkeit einer strafbewehrten Geheimhaltungspflicht einzugehen. In der Lehre wird auch die Anordnung einer Geheimhaltungspflicht mit Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB aufgezählt (CHRISTIAN LEU, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 19 zu Art. 156 ZPO ; ähnlich auch: MICHEL HOPF, Aktienrechtliches Einsichtsrecht und prozessuale Mitwirkungspflichten, Der Schweizer Treuhänder [ST] 9/2012 S. 675 ff., 677 f. ["Verpflichtung der Parteien, über die Beweiserhebung Stillschweigen gegenüber Dritten zu wahren"]). LEU begründet die Zulässigkeit einer solchen Massnahme (Auferlegung einer Geheimhaltungspflicht) damit, dass das Gericht gemäss Art. 156 ZPO die "erforderlichen" Massnahmen treffe, in der Wahl der Art der Massnahmen somit grundsätzlich nicht eingeschränkt sei (LEU, a.a.O., N. 18 zu Art. 156 ZPO ). Auch GUYAN macht geltend, das Gericht sei in der Wahl der geeigneten Schutzmassnahmen wenig eingeschränkt, solange sie nur Wirkung entfalten könnten und genügende, aber nicht unnötige Schranken setzten (PETER GUYAN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 5 zu Art. 156 ZPO ). Dem ist beizupflichten. Demnach ist im Rahmen von Art. 156 ZPO grundsätzlich auch die Anordnung einer strafbewehrten Geheimhaltungspflicht möglich. Allerdings muss diese geeignet, erforderlich und angemessen sein. Sie muss das mildeste Mittel darstellen, um das betreffende Interesse zu schützen (vgl. SAMUEL BAUMGARTNER, in: ZPO, Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], 3. Aufl. 2021, N. 5 zu Art. 156 ZPO ; LEU, a.a.O., N. 23 zu Art. 156 ZPO ; NICOLAS PASSADELIS, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [Hrsg.], 2010, N.9 zu Art. 156 ZPO ). Das Gericht hat folglich massgeschneiderte , das heisst die konkreten Umstände berücksichtigende Vorkehren zu treffen (FRANZ HASENBÖHLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung[ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.],3. Aufl. 2016, N. 16 zu Art. 156 ZPO ). BGE 148 III 84 S. 90 Eine strafbewehrte Geheimhaltungspflicht wird in den allermeisten Fällen nicht die mildeste der geeigneten Massnahmen darstellen. Oftmals wird eine Schwärzung sensibler Daten - selbst unter Berücksichtigung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Gegenpartei - ohne Weiteres ausreichen. In anderen Fällen wird es weniger einschränkend sein, wenn ein Gutachter oder Fachrichter die geheimen Beweismittel prüft, in seinem Bericht an das Gericht und an alle Parteien jedoch nur die Informationen festhält, die für den Prozess benötigt werden (JÜRGEN

BRÖNNIMANN, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, N. 14 zu Art. 156 ZPO ; vgl. Urteil 4A\_64/2011 / 4A\_210/2011 vom 1. September 2011 E. 3.3). Zusammenfassend ist im Rahmen von Art. 156 ZPO auch die Auferlegung einer prozessualen strafbewehrten Geheimhaltungspflicht möglich, allerdings nur sofern sich diese im Einzelfall als geeignet, erforderlich und angemessen erweist.

#### **E. 3.2.4**

Zweitens ist die Frage zu prüfen, ob eine solche prozessuale Schutzmassnahme (strafbewehrte Geheimhaltungspflicht) auch Wirkung über die Dauer des Prozesses hinaus entfalten kann. Wie STÄUBER zu Recht anmerkt, beziehen sich die in der Gesetzgebungsgeschichte gegebenen Beispiele auf eine Beschränkung des Informationsflusses innerhalb des Verfahrens (STÄUBER, a.a.O., S. 201; BBI 2006 7314; vgl. hiervor E. 3.2.2). RITZ argumentiert, da das Gericht nur zur Entscheidung der konkreten Streitsache zwischen den Parteien befugt sei, wäre eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich für die Anordnung einer über den Prozess hinauswirkenden Geheimhaltungspflicht (PHILIPP RITZ, Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, 2007, S. 211). STÄUBER erachtet die Anordnung von Massnahmen gestützt auf Art. 156 ZPO, die zeitlich über den Prozess hinaus wirken, dennoch nicht als von vornherein unmöglich, falls sich die Massnahmen im Einzelfall als gerechtfertigt und verhältnismässig erweisen. Er stützt sich dabei darauf, dass die stellvertretende Einsichtnahme durch den Rechtsvertreter einer Partei, die nur im Verbund mit einer entsprechenden über den Prozess hinaus wirkenden Geheimhaltungspflicht des Rechtsvertreters gegenüber der Partei überhaupt Sinn mache, durch die Gesetzesmaterialien gedeckt sei (STÄUBER, a.a.O., S. 201 f., mit Verweis auf den Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission vom Juni 2003, S. 79 f.). Auch GUYAN führt BGE 148 III 84 S. 91 aus, die Schutzwirkung von gestützt auf Art. 156 ZPO angeordneten Massnahmen könne sich über den Abschluss eines Verfahrens hinaus erstrecken (GUYAN, a.a.O., N. 7 zu Art. 156 ZPO), wobei sich aber nicht hinreichend erschliesst, ob er sich dabei einzig auf den Sonderfall der Abnahme von Beweisen im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO bezieht. Eine strafbewehrte Geheimhaltungspflicht, welche zeitlich über den Prozess hinaus wirkt, kann - entgegen der Ansicht von STÄUBER - nicht als Schutzmassnahme gemäss Art. 156 ZPO angeordnet werden. Eine solche Massnahme ist - sofern denn die übrigen Voraussetzungen von Art. 156 ZPO erfüllt sind - stets nur für die Dauer des Prozesses möglich. Art. 156 ZPO gibt dem Richter allein die Kompetenz, im Prozess Massnahmen anzuordnen. Für die Zeit nach dem Prozess hat er keine Zuständigkeit. Für diesen Zeitraum liegt es an der Partei, die Schutzmassnahmen beantragt, entsprechende Massnahmen gestützt auf materiellrechtliche Bestimmungen klageweise durchzusetzen. Die von der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 156 ZPO beantragte Schutzmassnahme würde somit - bei gegebenen Voraussetzungen - nur bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptverfahrens (Schadenersatzklage) gelten.

#### **E. 3.2.5**

Die vorliegend beantragte prozessuale Schutzmassnahme (strafbewehrte Geheimhaltungspflicht) kann das Gericht somit gestützt auf Art. 156 ZPO anordnen, sofern dessen übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies aber nur für die Dauer des Prozesses.

#### **E. 3.3**

Die von der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 156 ZPO beantragten Schutzmassnahmen betreffen sodann nicht nur in der Klageantwort als Beweise angebotene Klageantwortbeilagen und Beweisanträge. Vielmehr beantragt sie darüber hinaus auch die Auferlegung einer strafbewehrten Geheimhaltungspflicht hinsichtlich gewisser in ihrer Klageantwort selbst enthaltenen Informationen. Es ist daher nachfolgend zu prüfen, ob Schutzmassnahmen gemäss Art. 156 ZPO nebst den Beweismitteln und den Beweis anträgen (die Wendung "[g]efährdet die Beweisabnahme" greift mit Blick auf den Zweck der Bestimmung zu kurz [vgl. GUYAN, a.a.O., N. 3 zu Art. 156 ZPO ; HASENBÖHLER, a.a.O., N. 9 zu Art. 156 ZPO ]) auch die Rechtsschriften betreffen können.

### **E. 3.3.1**

Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, es wäre mit dem Schutzgedanken von Art. 156 ZPO nicht zu vereinbaren, wenn in der Klageantwort erwähnte Informationen aus BGE 148 III 84 S. 92 schützenswerten Beilagen nicht demselben Schutz unterstellt würden, den die Beweismittel selbst genössen. Dies müsse bereits deshalb gelten, weil die Substanziierungsanforderungen sowie die Anforderungen an Beweisofferten eine konkrete Auseinandersetzung mit den durch das jeweilige Beweismittel abgedeckten Themen und Tatsachen zwingend voraussetze. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt, setzt das Beweisverfahren (substanzierte) Behauptungen voraus (Urteile 4A\_449/2017 vom 26. Februar 2018 E. 4.3; 4A\_113/2017 vom 6. September 2017 E. 6.1.1 mit Hinweis). Diese Ausführungen in den Rechtsschriften stellen aber - entgegen der Beschwerdeführerin - keine festgestellten (sensitiven) Informationen dar, sondern es handelt sich dabei um blosser Behauptungen. Die Gegenpartei könnte nur weitersagen, dieses oder jenes sei behauptet worden, was in der Regel keine schutzwürdigen Interessen der Partei oder von Dritten betreffen wird. Art. 156 ZPO erstreckt sich daher grundsätzlich neben den Beweisanträgen nicht auf weitere Ausführungen in den Rechtsschriften. Unter Berücksichtigung des Zwecks von Art. 156 ZPO, nämlich dass Schutzmassnahmen verhindern sollen, dass sensitive Informationen Aussenstehenden zugänglich gemacht werden (HASENBÖHLER, a.a.O., N. 5 zu Art. 156 ZPO), kann sich Art. 156 ZPO in gewissen Ausnahmefällen aber dennoch auch auf Informationen in den Rechtsschriften erstrecken. Dies ist dann der Fall, wenn in diesen von den Schutzmassnahmen betroffene Urkunden (Beilagen der Rechtsschriften) auszugsweise wörtlich zitiert oder detailliert bzw. (nahezu) wörtlich umschrieben werden. Auch ist denkbar, dass sich ausnahmsweise sonst wie aus dem Kontext eindeutige Eingriffe in die schutzwürdigen Interessen einer Partei oder Dritter ergeben, was von der Partei, die Schutzmassnahmen beantragt, substantiiert darzutun ist. (...)

### **E. 3.5**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz verkenne die Anforderungen von Art. 156 ZPO, wenn sie für die Gewährung jeglicher Schutzmassnahmen den Nachweis einer "konkreten Gefährdung" und sogar "konkreter Nachteile" im Falle der Preisgabe schutzwürdiger Informationen fordere. Berge eine Geheimhaltungspflicht für die Beschwerdegegnerin keinerlei spürbare Nachteile, weil ihr der Zugang zu sämtlichen Informationen gewährt und sie in BGE 148 III 84 S. 93 ihren prozessualen Rechten nicht eingeschränkt werde, dann dürften an das Geheimhaltungsinteresse der schutzsuchenden Partei auch keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.

### **E. 3.5.1**

Die Argumentation der Beschwerdeführerin basiert darauf, dass die von ihr beantragten Schutzmassnahmen nicht wie üblicherweise zu einer Einschränkung der Parteirechte der Gegenpartei führen. Es sind zwei Aspekte auseinanderzuhalten: Als Voraussetzung, dass überhaupt die Anordnung einer Massnahme in Frage kommt, verlangt Art. 156 ZPO die Gefährdung schutzwürdiger Interessen. Fehlt es an dieser Voraussetzung, kommt eine Anordnung von Schutzmassnahmen gestützt auf Art. 156 ZPO von vornherein nicht in Betracht. Erst im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung sind die Interessen derjenigen Partei, die Schutzmassnahmen nach Art. 156 ZPO beantragt, und diejenigen der Gegenpartei, deren rechtliches Gehör eingeschränkt wird, gegeneinander abzuwägen. Dem Umstand, dass die von der Beschwerdeführerin verlangte Schutzmassnahme die Parteirechte der Beschwerdegegnerin nicht einschränkt, ist daher erst im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. nicht publ. E. 3.6) Rechnung zu tragen. Die Beschwerdeführerin ist daher nicht davon dispensiert, eine Gefährdung schutzwürdiger Interessen darzutun. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

#### **E. 3.5.2.1**

Gemäss einem Teil der Lehre verlangt Art. 156 ZPO eine konkrete Gefährdung der Interessen einer Partei oder eines Dritten, der Hinweis auf ein abstraktes Risiko genüge nicht (LEU, a.a.O., N. 12 zu Art. 156 ZPO ; HASENBÖHLER, a.a.O., N. 9 zu Art. 156 ZPO ). Andere Stimmen in der Lehre nennen bloss das Erfordernis einer Gefährdung ohne auf einen allfälligen Gefährdungsgrad einzugehen bzw. explizit eine konkrete Gefährdung zu verlangen (BRÖNNIMANN, a.a.O., N. 9 zu Art. 156 ZPO ; GUYAN, a.a.O., N. 3 zu Art. 156 ZPO ). Art. 156 ZPO verlangt die Gefährdung schutzwürdiger Interessen. Dies impliziert, dass eine bloss theoretische Gefährdung - die grundsätzlich immer denkbar ist - nicht ausreicht. Vielmehr muss diese effektiv und nicht nur abstrakt bestehen. Diejenige Partei, die Schutzmassnahmen nach Art. 156 ZPO beantragt, muss folglich substantiiert behaupten, dass ihre schutzwürdigen Interessen effektiv gefährdet sind. Es reicht daher nicht aus, wenn von der Partei, die Schutzmassnahmen beantragt, pauschal irgendeine theoretische Gefahr behauptet wird. Es müssen Anhaltspunkte für eine effektive BGE 148 III 84 S. 94 Gefährdung konkretisiert werden. Dabei ist aber zu beachten, dass diesbezüglich die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen, zumal der Gesetzgeber nur eine Gefährdung schutzwürdiger Interessen oder mit anderen Worten ein Risiko, nicht aber eine (bereits) realisierte Gefahr verlangt (GUYAN, a.a.O., N. 3 zu Art. 156 ZPO ).

#### **E. 3.5.2.2**

Umstritten ist in der Lehre die Frage des Nachweises dieser effektiven Gefährdung schutzwürdiger Interessen. In Teilen der Lehre wird die Ansicht vertreten, es genüge, in einer ersten Phase diese Gefährdung eines schutzwürdigen Interesses glaubhaft zu machen, sofern eine Gefährdung überhaupt als möglich erscheine (LEU, a.a.O., N. 15 zu Art. 156 ZPO ; PHILIPPE SCHWEIZER, in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 8 zu Art. 156 ZPO ; BAUMGARTNER, a.a.O., N. 3 zu Art. 156 ZPO ). Andere Stimmen verlangen den vollen Beweis. Dies insbesondere mit der Begründung, dass Art. 156 ZPO - anders etwa als Art. 158 Abs. 1 lit. b und Art. 163 Abs. 2 ZPO - keine (explizite) Reduktion des Beweismasses vorsehe (GUYAN, a.a.O., N. 4 zu Art. 156 ZPO ; STÄUBER, a.a.O., S. 206 f.; SCHILTER/VON DER CRONE, Beweisedition und Geheimnisschutz im Überprüfungsverfahren nach Art. 105 FusG , SZW 2008 S. 439 ff., 445). Wie LEU zu Recht ausführt, sprechen die systematische Auslegung von Art. 156 ZPO sowie von Art. 158 Abs. 1 lit. b und Art. 163 Abs. 2 ZPO , die lediglich ein

Glaubhaftmachen der Geheimhaltungsinteressen verlangen, vielmehr dafür, dass es auch für die Anordnung von Schutzmassnahmen gemäss Art. 156 ZPO genügen muss, wenn der Antragsteller die Gefährdung eines schutzwürdigen Interesses glaubhaft macht. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb es für den (üblicherweise) anfänglichen Grundsatzentscheid betreffend die Verweigerung der Mitwirkung ( Art. 163 Abs. 2 ZPO ) genügen soll, ein (überwiegendes) Geheimhaltungsinteresse glaubhaft zu machen, für die weniger weit gehende Anordnung von Schutzmassnahmen ( Art. 156 ZPO ) hingegen der volle Beweis verlangt werden soll (LEU, a.a.O., N. 16 zu Art. 156 ZPO ).

### **E. 3.5.2.3**

Damit ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin in diesem Sinne eine effektive Gefährdung ihrer schutzwürdigen Interessen glaubhaft gemacht hat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.