



Unpräjudiziell und nicht für den Gerichtsgebrauch

Floskeln mit Nuancen

MARC RUSSENBERGER*



MARC WOHLGEMUTH**

«Dieses Angebot erfolgt vertraulich sowie ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und unpräjudiziell für den Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung.» Solche Floskeln sind im Anwaltsalltag tagtäglich anzutreffen; deren Bedeutung und Reichweite lässt jedoch einige Fragen offen. Der vorliegende Beitrag soll auf die wesentlichen Fragen und Problemstellungen aufmerksam machen und Lösungsvorschläge für die Handhabung solcher Floskeln aufzeigen.

« Cette offre est confidentielle et n'implique pas la reconnaissance d'une obligation légale ; elle intervient de manière non préjudicielle en cas de contentieux judiciaire. » De telles formules toutes faites sont le quotidien des avocats ; leur signification et leur portée laisse cependant quelques questions ouvertes. La présente contribution a pour but d'attirer l'attention sur les questions et les problématiques essentielles, et de présenter des propositions de solution pour le traitement de telles formules.

Inhaltsübersicht

- I. Grundlagen
 - A. Begriffliches
 - B. Gesetzliche Grundlagen und Zweck
 1. Grundlegende Normierungen
 2. Ratio legis
 - C. Kennzeichnung
- II. Unterschiede in den Sprachregionen
 - A. Romandie
 1. Begriffliches
 2. Verbreitung/Handhabung
 - B. Tessin
 1. Begriffliches
 2. Verbreitung/Handhabung
- III. Schutzwirkung
 - A. In sachlicher Hinsicht
 - B. In persönlicher Hinsicht
 1. Parteivertreter
 2. Beteiligte Parteien
 3. Dritte
 - C. In zeitlicher Hinsicht
- IV. Wegfall der Schutzwirkung
 - A. Vergleichsabschluss
 - B. Verzicht auf das Verwertungsverbot
 1. Im gegenseitigen Einvernehmen
 2. Einseitiger Verzicht
 3. Form des Verzichts
 - C. Zustimmung der Aufsichtsbehörde
- V. Dokumente zur präjudiziellen Nutzung
- VI. Folgen der Nichtbeachtung
 - A. Anwaltsrecht/Standesregeln
 - B. Zivilprozessrecht
- VII. Fazit
- VIII. Fallstudien
 - A. Fall 1
 - B. Fall 2
 - C. Fall 3
 - D. Fall 4
 - E. Fall 5

* MARC RUSSENBERGER, Dr. iur., Rechtsanwalt, RKR Rechtsanwälte, Zürich.

** MARC WOHLGEMUTH, Inhaber des Zürcher Notarpatents, RKR Rechtsanwälte, Zürich.

I. Grundlagen

Bei Vergleichsverhandlungen ist es von elementarer Bedeutung, dass die Parteien in einem offenen und konstruktiven Umfeld verhandeln können, ohne die Befürchtung zu haben, dass ihre Aussagen in einem späteren Verfahren zu ihrem Nachteil verwendet werden.¹ Deshalb erfolgen Vergleichsverhandlungen jeweils «unpräjudiziell und nicht für den Gerichtsgebrauch», worauf die involvierten Anwälte hinweisen können, aber nicht müssen.²

A. Begriffliches

Im Zusammenhang mit Vergleichsgesprächen werden verschiedene Begriffe und Floskeln wie «unpräjudiziell», «ohne Anerkennung einer Rechtspflicht», «nicht für den Gerichtsgebrauch» oder «vertraulich» verwendet.³ Handelt es sich bei diesen Begriffen um dasselbe? Nein, denn die ersten beiden Floskeln erklären lediglich, dass in Zugeständnissen *keine Anerkennung von Rechtspositionen* in einer späteren gerichtlichen Durchsetzung erblickt werden kann. Dies hindert die Parteien aber nicht daran,

¹ ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 20 N 23.

² PETER HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, N 416; ERNST PLATZ, Der Vergleich im schweizerischen Recht, Diss., Zürich/St. Gallen 2014, 280; vgl. auch Art. 26 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes [SSR]; vgl. aber KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, N 1507 ff., welcher den Kreis der Schutzwirkung über den Anwendungsfall des Vergleichs hinaus zieht.

³ In der französischsprachigen Schweiz ist die Wendung «sous les réserves d'usage» gebräuchlich. Im Kanton Tessin «con riserva d'uso». Vgl. auch unten II.

die fraglichen Dokumente gerichtlich zu verwenden. Zu denken ist beispielsweise an die Verteilung der Gerichtskosten nach Ermessen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO), wenn durch das Verhalten einer Partei unnötige Kosten entstanden sind.⁴ Erst durch die explizite Erklärung «nicht für den Gerichtsgebrauch» oder die noch weiter gehende *Vertraulichkeitserklärung* dürfen die Dokumente dem Gericht bzw. auch weiteren Personen nicht zur Kenntnis gebracht werden.⁵ Einzelne Begriffe werden in der Praxis oftmals – fälschlicherweise – als Synonyme verwendet, in der Meinung, dass in den entsprechenden Dokumenten oder Zugeständnissen (i) keine Anerkennung einer Rechtspflicht und (ii) eine Vertraulichkeitserklärung zu erblicken sei.⁶

Weiter gilt es zu beachten, dass die Verwendungsmöglichkeit von Äusserungen bzw. Dokumenten eine andere ist, je nachdem, ob sich die Parteien in Vergleichsverhandlungen befinden oder nicht. Denn Art. 6 der Schweizerischen Landesregeln des SAV (SSR)⁷ sieht bei Äusserungen sowie Dokumenten im Zusammenhang mit Vergleichsgesprächen auch ohne ausdrückliche Erklärungen der Parteien vor, dass diese *nicht für den Gerichtsgebrauch* verwendet werden dürfen.⁸

⁴ BGE 112 Ib 322 E. 7; WALTER FELLMANN, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. BGFA Komm-Verfasser), Art. 12 Fn 189; DAVID JENNY, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZPO Komm-Verfasser), Art. 107 N 20; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 107 N 10, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013 (zit. BSK ZPO-Verfasser).

⁵ BGFA Komm-FELLMANN (FN 4), Art. 12 N 24a.

⁶ Infolge der mancherorts fehlenden Sensibilisierung der Anwaltschaft wird vor einer «starren» Auslegung resp. Anwendung der vorgeschlagenen Begrifflichkeiten gewarnt. Im Zweifelsfall sollte mit der Gegenpartei Rücksprache gehalten oder ein Dokument als «vertraulich» eingestuft werden.

Eine nochmals andere Deutung der Begrifflichkeiten kennt die deutsche Berufsordnung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (§ 29a BORA), welche die zwischenanwaltliche Korrespondenz im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr regelt. Unter «Vertraulichkeit» des Austausches unter Anwälten wird verstanden, dass der Anwalt *seinem Mandanten gegenüber* den Inhalt der Verhandlungen mit dem Gegenanwalt *geheim zu halten hat* und damit der Auskunftsanspruch des Mandanten gemäss § 666 BGB ausgeschlossen wird. Die Markierung «ohne Präjudiz» hingegen bedeutet, dass die Verhandlung ohne spätere Verwendung gegen den ausländischen Anwalt oder dessen Mandanten erfolgt. Zum Ganzen vgl. BARBARA GRUNEWALD, Die Entwicklung des anwaltlichen Berufsrechts im Jahr 2013, NJW 2013, 3620 ff., 3621; VOLKER RÖRMERMANN/JAN-PHILIPP PRASS, in: Volker Römermann (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BORA, 15. Edition, § 29a N 23 ff.

⁷ Dazu im Einzelnen unten I.B.1.b.

⁸ So auch BGFA Komm-FELLMANN (FN 4), Art. 12 N 24a m.w.H.

B. Gesetzliche Grundlagen und Zweck

1. Grundlegende Normierungen

a. Anwaltsgesetz (BGFA)

Die Berufsregeln (Verhaltenspflichten) für Anwälte sind in Art. 12 BGFA⁹ abschliessend geregelt.¹⁰ Anwälte haben nach Art. 12 lit. a BGFA «*ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft*» auszuüben. In dieser Bestimmung ist eine Generalklausel zu erblicken, die sich auf das korrekte Verhalten der Anwälte bei der Berufsausübung bezieht.¹¹ So beinhaltet die Sorgfaltspflicht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter anderem: (i) die Klientschaft über Chancen und Risiken eines Prozesses aufzuklären,¹² (ii) jegliches Verhalten zu unterlassen, das die Gefahr einer Beeinflussung von Zeugen zur Folge haben könnte,¹³ (iii) durch geeignete Organisation die Wahrung von Fristen sicherzustellen,¹⁴ (iv) dem Gericht oder anderen Behörden den Inhalt von Vergleichsverhandlungen nicht bekannt zu geben, wenn sie ausdrücklich als vertraulich bezeichnet wurden.¹⁵ Somit bildet die Sorgfaltspflicht nach Art. 12 lit. a BGFA die Grundlage (unter anderem) für die Vertraulichkeit des Anwaltsverkehrs – insbesondere auch von Vergleichsgesprächen.¹⁶

b. Schweizerische Landesregeln des SAV (SSR)

Die Landesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes sehen in Art. 6 SSR Folgendes vor: «Verhalten im Prozess: [...] Rechtsanwälte informieren das Gericht nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Gegenpartei über deren Vorschläge zur Beilegung der Streitsache.» Art. 26 SSR regelt darüber hinaus, dass «[...] Rechtsanwälte, die [...] Kollegen eine Mitteilung senden, die vertraulich sein soll,

⁹ Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61).

¹⁰ BGE 136 III 296 E. 2.1, in: Pra 2011, Nr. 5; 131 I 223 E. 3; 130 II 270 E. 1.1.; BGFA Komm-FELLMANN (FN 4), Art. 12 N 3 f.; Botschaft vom 28. März 1999 zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), BBl 1999 6013 ff. (zit. Botschaft BGFA), 6039; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 1), § 30 N 24.

¹¹ WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, Bern 2009, N 175 ff.; BGFA Komm-FELLMANN (FN 4), Art. 12 N 12; Botschaft BGFA (FN 10), 6054; ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI, Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, Kap. 4 N 1.

¹² BGE 138 IV 161 E. 2.5.4.

¹³ BGer, 2C_257/2012, 4.9.2012, E. 3.5.

¹⁴ BGer, 6B_389/2011, 10.10.2011, E. 1.8.

¹⁵ BGE 140 III 6 E. 3.1, in: Pra 2014, Nr. 81; BGer, 2C_900/2010, 17.6.2011, E. 1.4; BGFA Komm-FELLMANN (FN 4), Art. 12 N 24.

¹⁶ BGer, 2A.658/2004, 3.5.2005, E. 3.4; BGFA Komm-FELLMANN (FN 4), Art. 12 N 24 ff.

[...] diesen Willen in der Mitteilung klar zum Ausdruck bringen» müssen. Somit dürfen als vertraulich bezeichnete Dokumente und Gesprächsinhalte keinen Eingang in gerichtliche Verfahren finden.

Welche Bedeutung kommt den Standesregeln zu, wenn berücksichtigt wird, dass die Berufsregeln in Art. 12 BGFA abschliessend geregelt sind? Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung behalten die Standesregeln weiterhin eine rechtliche Bedeutung, da sie für eine Präzisierung oder Auslegung der Berufsregeln herangezogen werden können, dies jedoch unter dem Vorbehalt, dass sie eine landesweit in nahezu allen Kantonen geltende Auffassung zum Ausdruck bringen.¹⁷ Mit dem Erlass der Schweizerischen Standesregeln bezweckte der SAV, die Standesregeln auf dem ganzen Gebiet der Schweiz zu vereinheitlichen.¹⁸

Die zitierten Art. 6 und 26 SSR dienen folglich dazu, die Tragweite der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts von Art. 12 lit. a BGFA zu präzisieren.¹⁹ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung beruht das Verbot des Anwalts, sich vor Gericht auf die vertraulichen Vergleichsverhandlungen zu berufen, auf öffentlichem Interesse, um den Parteien die Möglichkeit zu verschaffen, mittels freier Meinungsäusserung eine aussergerichtliche Lösung zu finden.²⁰ Deshalb stellt ein Verstoß gegen die Vertraulichkeit eine Verletzung von Art. 12 lit. a BGFA dar.²¹

c. Schlichtungsverfahren und Mediation

Art. 205 und 216 ZPO sind u.E. die einzigen Bestimmungen auf bundesgesetzlicher Ebene, welche die Schutzwirkung von Vergleichsverhandlungen anlässlich der gerichtlichen Schlichtungsverhandlung bzw. während der Mediation festhalten. Den Materialien zur ZPO lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber im Schlichtungsverfahren auch die Vertraulichkeit stipulieren wollte.²² Die Vermutung spricht für eine ausgedehnte Interpretation unter

Einschluss der Vertraulichkeit, lautet doch die Marginale zu Art. 205 ZPO «Vertraulichkeit des Verfahrens». Hinsichtlich der Mediation ist der Gesetzgeber noch deutlicher, wonach die Mediation explizit vom Gericht unabhängig und vertraulich sei (Art. 216 Abs. 1 ZPO).

In einigen Kantonen besteht Personalunion von Schlichter und Richter erster Instanz im selben Fall. Diese Konstellation führt beim Schlichtungsverfahren zur Aushöhlung der vorgenannten Bestimmungen, obwohl Art. 47 Abs. 2 lit. b ZPO den Richter in seiner Doppelrolle schützt. Selbst wenn der Richter die anlässlich der – letztlich gescheiterten – Schlichtungsverhandlung getätigten Aussagen nicht im Hauptprozess verwenden wird, hat er sie zur Kenntnis genommen und seine Meinung ist beeinflusst, was sich bei der Ermessensausübung niederschlagen könnte.²³ Dass sich Parteien mit oder ohne Vertraulichkeit einer Verhandlung anders verhalten, ist offensichtlich.²⁴ Man bezieht bereits Stellung und versucht den Schlichter – und künftigen Sachrichter – vom eigenen Standpunkt zu überzeugen, statt mittels Zugeständnissen den Streit zu erledigen.²⁵ Es wäre daher angezeigt, dass die Schlichtungsbehörde die Parteien vorgängig darauf aufmerksam macht, dass der gleiche Richter über den Fall entscheiden werde, sollte die Schlichtungsverhandlung ergebnislos verlaufen. Ist eine Partei vor Schlichtungsbehörde nicht anwaltlich vertreten, handelt es sich bei dieser Aufklärung u.E. sogar um eine Pflicht.

2. Ratio legis

In aller Regel kommen *Vergleiche* nur zu Stande, wenn beide Parteien von ihrem Standpunkt etwas abrücken. Oft ist es daher notwendig, in Vergleichsverhandlungen Zugeständnisse zu machen, bevor man weiss, ob die Gegenseite einwilligen und einen Vergleich schliessen wird. Für die freie Meinungsäusserung in solchen Verhandlungen ist es daher essentiell, dass die Parteien wissen, dass die gemachten Zugeständnisse von der Gegenseite nicht vor

¹⁷ BGE 140 III 6 E. 3.1, in: Pra 2014, Nr. 81; 136 III 296 E. 2.1, in: Pra 2011 Nr. 5; 131 I 223 E. 3.4; 130 II 270 E. 3.1.1; BRUNNER/HENN/KRIESI (FN 11), Kap. 8 N 9.

¹⁸ BGE 140 III 6 E. 3.1, in: Pra 2014, Nr. 81.

¹⁹ BGE 140 III 6 E. 3.1, in: Pra 2014, Nr. 81; MICHEL VALTICOS, in: Michel Valticos/Christian Reiser/Benoît Chappuis (Hrsg.), Commentaire romand de la loi sur les avocats, Basel 2010 (zit. CR LLCA-Verfasser), Art. 12 N 58.

²⁰ BGE 140 III 6 E. 3.1, in: Pra 2014, Nr. 81; BGer, 2A.658/2004, 3.5.2005, E. 3.4.

²¹ BGE 140 III 6 E. 3.1, in: Pra 2014, Nr. 81; BGer, 2C_900/2010, 17.6.2011, E. 1.4; BGer, 2A.658/2004, 3.5.2005, E. 3.4.

²² Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO), 7326 (Schlichtungsverfahren) und 7337 (Mediation).

²³ CIPRIANO ALVAREZ/JAMES T. PETER, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Bd. II: Art. 150–352 ZPO und 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-Verfasser), Art. 205 ZPO N 6 f.; STEPHAN FRÖHLICH, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Bern 2014, N 210 ff.

²⁴ ZPO Komm-HONEGGER (FN 4), Art. 205 N 1; SCHILLER (FN 2), N 1507.

²⁵ FRÖHLICH (FN 23), N 205 ff.; ISAAK MEIER/SARAH SCHEIWILLER, Erfolg des Schlichtungs- und Urteilsvorschlagsverfahrens nach neuer ZPO, ZSR 2014 I 155 ff., 176.

Gericht verwendet werden können.²⁶ Die Parteien sollen sich frei äussern und Zugeständnisse machen können.²⁷

Die Frage stellt sich, ob der Anwendungsbereich auch auf weitere Verhandlungen ausserhalb des Vergleichs ausgedehnt werden muss. So insbesondere bei *Vertragsverhandlungen*, bei denen notorisch von beiden Parteien – ähnlich zum Vergleich über eine strittige Angelegenheit – Maximalpositionen eingenommen werden, um sodann zwecks Vertragsschlusses Zugeständnisse machen zu können. Kommt der Vertrag letztlich zustande, so ist die Schutzwirkung konsumiert (dazu unten IV.A.) und die Dokumentation über die Verhandlung kann zwecks Auslegung des Vertrags beigezogen werden. Scheitern die Vertragsverhandlungen, so ist (i) der Gerichtsfall die absolute Ausnahme und (ii) darf die gerichtliche Geltendmachung allfälliger Ansprüche aus *culpa in contrahendo* u.E. nicht durch die Kennzeichnung «unpräjudiziell» oder «vertraulich» unterbunden bzw. ausgeschlossen werden. Zulässig bleibt zwar, im Rahmen von Vorfeldvereinbarungen gewisse Aspekte der Geheimhaltung zu unterwerfen,²⁸ jedoch kann die auf Treu und Glauben basierende *culpa in contrahendo*-Forderung²⁹ weder vertraglich noch einseitig wegbedungen werden, da ein solches Verhalten als rechtsmissbräuchlich betrachtet werden müsste.³⁰

C. Kennzeichnung

Wie ist ein Schreiben zu kennzeichnen, damit es vor Gericht nicht verwendet werden darf? Oder bedarf es gar keiner Kennzeichnung, da Art. 12 BGFA, konkretisiert durch Art. 6 SSR, dies so oder anders schützt? Fest steht, dass eine explizite Norm über die Kennzeichnung fehlt, in den einzelnen Normen abweichende Formulierungen verwendet werden und sich auch das Bundesgericht diesbezüglich (soweit ersichtlich) nicht geäussert hat. Folglich dürfen Äusserungen und Dokumente im Zusammenhang

mit einem Vergleich auch ohne Kennzeichnung nicht vor Gericht verwendet werden (Art. 6 SSR), während bei anderen Äusserungen und Dokumenten das Gegenteil gilt (Art. 26 SSR). Die anwaltliche Sorgfalt gebietet es aber, klare Verhältnisse zu schaffen. Mithin sollen Dokumente bzw. Verhandlungen zu Beginn klar als «unpräjudiziell», «nicht für den Gerichtsgebrauch» bzw. «vertraulich» bezeichnet werden (je nach Umfang der beabsichtigten Einschränkung).³¹

II. Unterschiede in den Sprachregionen

Nicht nur die Terminologie, sondern insbesondere auch die Handhabung unterscheidet sich in verschiedenen Regionen der Schweiz teilweise deutlich. Als grobe Vereinfachung kann beobachtet werden, dass sich die Kollegen aus der Romandie eher eine extensive Interpretation zu eigen machen und so auch bereits die Tatsache, dass überhaupt Vergleichsgespräche geführt werden, dem gerichtlichen Verwertungsverbot unterstellen, wofür u.E. aber keine Grundlage besteht.

A. Romandie³²

1. Begriffliches

In der Romandie wird der Begriff «sous les réserves d'usage» verwendet. Auch Personen, die der französischen Sprache mächtig sind, gehen zu Beginn evtl. davon aus, dass der Gegenanwalt damit andeuten wolle, dass er den Inhalt dieses Dokumentes vor Gericht zu verwenden gedenke. Das Gegenteil ist aber der Fall: Der Begriff wird synonym zu «unpräjudiziell» und «nicht für den Gerichtsgebrauch» verwendet.

2. Verbreitung/Handhabung

Anwälte in der Romandie tendieren dazu, die Anwaltskorrespondenz oft mit «sous les réserves d'usage» zu kennzeichnen, auch wenn sich das Dokument weder auf Vergleichsverhandlungen bezieht noch darin Zugeständnisse gemacht werden. Die strenge Handhabung zeigt sich in zwei weiteren Eigenheiten: (i) Erhält ein Anwalt eine Vergleichsofferte ohne die «unpräjudizielle» Kennzeichnung und findet er, die Korrespondenz müsse «sous les réserves d'usage» erfolgen, so retourniert er den Brief

²⁶ ZPO Komm-HONEGGER (FN 4), Art. 205 N 1.

²⁷ BGE 140 III 70 E. 4.3; BGer, 4C_1/2013, 25.6.2013, E. 4.3; ZPO Komm-HONEGGER (FN 4), Art. 205 N 1.

²⁸ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 983 ff.

²⁹ BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 11 und 17 m.w.H., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 5. A., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Verfasser); differenzierend und mit Hinweisen auf andere Lehrmeinungen: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 28), N 975 ff.

³⁰ BSK ZGB I-HONSELL (FN 29), Art. 2 N 34. Vgl. auch SCHILLER (FN 2), N 1508, der das Verwertungsverbot unverbindlicher Äusserungen als Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben betrachtet.

³¹ So auch BRUNNER/HENN/KRIESI (FN 11), Kap. 4 N 124.

³² Die Autoren danken Me JEAN-CÉDRIC MICHEL, Genf, und Me SÉBASTIEN FRIES, Genf, bestens für den gewährten Einblick in die Praxis der Romandie.

an den Gegenanwalt und verlangt ihn mit entsprechender Kennzeichnung. (ii) In der Romandie wird bereits die Tatsache, dass sich die Parteien zu Vergleichsgesprächen getroffen haben, vom Verwertungsverbot erfasst.

B. Tessin³³

1. Begriffliches

Im Kanton Tessin sind die Begriffe «con riserva d'uso» resp. «senza pregiudizio» (unpräjudiziell) und «non per l'uso in tribunale» (nicht für den Gerichtsgebrauch) sowie «confidenziale» (vertraulich) gängig.

2. Verbreitung/Handhabung

Im Unterschied zur Romandie werden die Kennzeichnungen bei Vergleichsgesprächen bzw. entsprechender Korrespondenz nicht oft verwendet. Der Tessiner Anwaltsverband ist eine öffentlich-rechtliche Körperschaft und hat in seinen «Codice professionale»³⁴ eine klare Regelung, welche nicht nur Standesrecht blieb, sondern auch in die kantonale Gesetzgebung Eingang fand. Im Kanton Tessin wurde mithin das gerichtliche Verwertungsverbot von Vergleichsgesprächen – nebst anderen Anwaltsregeln – auf kantonale Gesetzesstufe gehoben. Nachdem BGFA – und die SSR als Auslegungshilfe – nun bundesweit die Rechte und Pflichten exklusiv regeln, bleibt für eine solche Lösung kein Platz.³⁵ Es darf aber weiterhin davon ausgegangen werden, dass Vergleichsgespräche bzw. entsprechende Korrespondenz im Kanton Tessin nicht vor Gericht verwendet werden dürfen, selbst wenn dies nicht ausdrücklich so gekennzeichnet wird.

Das Tessiner Verständnis hinsichtlich der Schutzwirkung deckt sich mithin mit dem deutsch-schweizerischen, indem nur der Inhalt bzw. die Zugeständnisse vom Verwertungsverbot erfasst werden, nicht aber die Tatsache, dass ein Gespräch bzw. Vergleichsversuch stattgefunden hat.

III. Schutzwirkung

A. In sachlicher Hinsicht

Die Schutzwirkung erstreckt sich in erster Linie auf *Tatsachenbehauptungen* der Parteien sowie ausdrückliche oder konkludente *Zugeständnisse* während Vergleichsverhandlungen.³⁶ Nicht erfasst sind die *Tatsachen als solche*, da die Wahrheitsfindung verunmöglicht würde und die Parteien die Tatsachen ansonsten durch Einbringung in die Schlichtungs-, Vergleichs- oder Mediationsverhandlung der Verwertbarkeit entziehen könnten. Ein solches Vorgehen wäre rechtsmissbräuchlich und mit dem dienenden Zweck des Prozessrechts nicht vereinbar. Mit anderen Worten können Vergleichsgespräche nie zur Konsequenz haben, dass eine Partei ihren Rechtsstandpunkt nach gescheiterter Vergleichsverhandlung nur noch eingeschränkt geltend machen kann. Im Weiteren erstreckt sich die Schutzwirkung nur auf *Tatsachenbehauptungen*, die der Gegenpartei bis dato, sprich vor der Vergleichsverhandlung, nicht bekannt waren. Auch diese Einschränkung muss dazu dienen, ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Gegenpartei zu unterbinden.

Die Tatsache, dass *Vergleichsverhandlungen als solche* überhaupt stattgefunden haben, unterliegt – entgegen der abweichenden Praxis in der Romandie – nicht der Schutzwirkung. Die Tatsache, dass Vergleichsverhandlungen stattfanden, beeinflusst unter Umständen die materielle Rechtsposition oder hat zumindest Auswirkungen auf die Kostenverteilung im späteren Prozess. Diese materiell- resp. prozessrechtlichen Positionen dürfen durch die Vertraulichkeit resp. durch die Schutzwirkung der Vertraulichkeit nicht wegbedungen werden.

B. In persönlicher Hinsicht

1. Parteivertreter

Die Schutzwirkung erstreckt sich zweifellos auf die im Rahmen des Anwaltsmonopols wirkenden Parteivertreter vor Gerichtsbehörden.³⁷ Nur diese unterstehen den Bestimmungen des BGFA³⁸ sowie der SSR. Von der Schutzwirkung abzugrenzen ist jedoch die Bindungswirkung. Auf diese beidseitige Bindungswirkung und damit

³³ Die Autoren danken Avv. FABIO SOLDATI, Lugano, bestens für den gewährten Einblick in die Tessiner Praxis.

³⁴ Codice professionale dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino (CAvv) vom 11.11.2004, RS 3.2.1.1.4.

³⁵ Botschaft BGFA (FN 10), 6054; SCHILLER (FN 2), N 1452. – Der kantonale Anwaltsverband Tessin wird im Juni 2017 darüber befinden, ob der CAvv in der kantonalen Gesetzessammlung bleibt. Vermutlich wird er danach entweder nur noch Auslegungsmittel für die Disziplinarbehörde bleiben, welche heute bereits ausschliesslich den «Codice svizzero di deontologia» – mithin die SSR – anwendet, oder er wird definitiv gestrichen.

³⁶ CHRISTOF BERNHART, Die professionellen Standards des Rechtsanwalts, 2. A., Zürich/St. Gallen 2011, 176.

³⁷ Zur analogen Ausgangslage in der Mediation: BK-PETER (FN 23), Art. 216 ZPO N 22.

³⁸ WALTER FELLMANN (FN 11), N 67.

das Recht, nachträglich auf die Vertraulichkeit zu verzichten, kann lediglich die erklärende Partei zurückkommen.³⁹

Bei einem Verstoss gegen die Schutzwirkung stellen sich zwei Fragen: Erstens ist zu prüfen, ob die fraglichen Beweismittel gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO überhaupt verwertbar sind;⁴⁰ zweitens ob ein Verstoss gegen die anwaltliche Sorgfaltspflicht (Art. 12 lit. a BGFA) vorliegt.⁴¹

2. Beteiligte Parteien

Nebst den Parteivertretern werden auch deren Mandanten, also die (zukünftigen) Prozessparteien, von der Schutzwirkung erfasst.⁴² Bezüglich der Abgrenzung zur Bindungswirkung gelten die Aussagen zu den Parteivertretern.⁴³

Verstösst eine Prozesspartei selber gegen die Schutzvorschrift, ist der Verstoss nicht aufgrund der anwaltlichen Sorgfaltspflicht gemäss Art. 12 lit. a i.V.m. Art. 17 BGFA zu ahnden, da die Prozesspartei dem BGFA nicht untersteht. Vielmehr stellt sich dann nur (aber immerhin) die Frage, ob das Beweismittel im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO verwertbar ist.⁴⁴

3. Dritte

Nach der *ratio legis* muss sich die Schutzwirkung auch auf Dritte erstrecken, die an der Vergleichsverhandlung teilnehmen; andernfalls könnte die Schutzwirkung zu einfach umgangen werden. Konkret angesprochen sind sowohl Berater, Gutachter und Sachverständige, die entweder von den Parteien oder einem Mediator für die Vergleichsverhandlungen beigezogen wurden. Dennoch muss es erlaubt sein, dass in einem auf die gescheiterte Vergleichsverhandlung folgenden Gerichtsprozess der Gutachter oder Sachverständige angerufen werden kann.⁴⁵ Dieser darf sich dabei aber selbstverständlich nicht zu Zugeständnissen der Parteien anlässlich der Schlichtungs- oder allfälliger Vergleichsverhandlungen äussern.

Problematisch, aber durch den Gesetzgeber explizit zugelassen (Art. 47 Abs. 2 lit. b ZPO), ist in gewissen Kantonen die Situation, welche Personalunion zwischen dem Schlichter und dem erstinstanzlichen Richter vorsehen.⁴⁶

C. In zeitlicher Hinsicht

Die Schutzwirkung der Vertraulichkeit ist nach hier vertretener Ansicht in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich nicht begrenzt und läuft damit bspw. auch nicht mit der Verjährung des zugrunde liegenden Anspruches ab.⁴⁷

IV. Wegfall der Schutzwirkung

A. Vergleichsabschluss

Mit Abschluss des Vergleichsvertrags entfällt die Schutzwirkung und die Vertraulichkeit der Vergleichsverhandlung nimmt ein Ende. Neu gibt es ein rechtsverbindliches Vertragsdokument, das beide Parteien berechtigt und verpflichtet. Entsprechend muss es von beiden in der Vollstreckung sowie gegebenenfalls auch vor Gericht zur Durchsetzung verwendet werden können. Die Vergleichsvereinbarung mit sämtlichen Unterlagen sind vom Verwertungsverbot – und wohl wenigstens hinsichtlich der gerichtlichen Durchsetzung auch von der Vertraulichkeit – entbunden. Das Ende der Schutzwirkung ermöglicht den Parteien bei Unklarheiten des Vergleichs, die damals als unpräjudiziell gekennzeichneten Unterlagen bzw. Entwürfe der Verhandlung bzw. des Vergleichsvertrages zu Auslegungszwecken heranzuziehen.⁴⁸ Dies ist mit der *ratio legis* problemlos vereinbar und stellt ein legitimes Interesse der Parteien dar, sollte über den Inhalt und/oder die Erfüllung des geschlossenen Vergleichs Streit entstehen.

Bei *Teilvergleichen* entfallen die Schutzwirkung und damit auch die Vertraulichkeit der Vergleichsverhandlung bezüglich der im Vergleich adressierten Streitgegenstände. Bei den strittig bleibenden Punkten bleibt hingegen die Schutzwirkung bestehen. Deshalb sollte in einem Teilvergleich genau festgehalten werden, welche Punkte vergleichsweise erledigt und welche weiterhin strittig geblieben sind. Entsprechend müssen gegebenenfalls gewisse Textpassagen des Vergleichs oder von Dokumenten aus der Verhandlungsphase bei deren Verwendung des Vergleichs geschwärzt resp. abgedeckt werden.

³⁹ Vgl. unten IV.B.1.

⁴⁰ Dazu im Einzelnen unten VI.B.

⁴¹ Vgl. unten VI.A.

⁴² Zur analogen Ausgangslage in der Mediation: BK-PETER (FN 23), Art. 216 ZPO N 22.

⁴³ Vgl. oben III.B.1.

⁴⁴ Dazu im Einzelnen unten VI.B.

⁴⁵ So auch BK-PETER (FN 23), Art. 216 ZPO N 23.

⁴⁶ Im Einzelnen dazu oben I.B.1.c.

⁴⁷ Vgl. jedoch die Ausnahmen über den Wegfall der Schutzwirkung der Vertraulichkeit unten IV.

⁴⁸ Zur Auslegung von Verträgen aufgrund der Materialien vgl. BGE 113 II 49 E. 1b; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 27, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015.

B. Verzicht auf das Verwertungsverbot

1. Im gegenseitigen Einvernehmen

Grundsätzlich verpflichtet sind die Rechtsanwälte. Geschützt werden – wie oben aufgezeigt – aber insbesondere die von ihnen vertretenen Parteien. Qua Instruktion und Vollmacht ist der Anwalt jederzeit in der Lage, rechtsverbindliche Positionen für seinen Klienten einzunehmen bzw. entsprechende Erklärungen abzugeben. Vor diesem Hintergrund muss es als unbedenklich gelten, falls beide Rechtsvertreter übereinkommen, dass getätigte Äusserungen bzw. Dokumente trotz gegenteiliger Kennzeichnung nunmehr im Prozess verwendet werden dürfen, soweit dies mit den Klienteninteressen vereinbar ist.⁴⁹

2. Einseitiger Verzicht

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob nur eine Partei (bzw. der jeweilige Anwalt) auf ihre vormalige Kennzeichnung verzichten und mithin die Äusserungen bzw. Dokumente zur gerichtlichen Verwendung freigeben kann. Da eine Partei auf das hohe Rechtsgut des Anwaltsgeheimnisses gültig verzichten kann, muss dies auch für die unpräjudizielle bzw. vertrauliche Kennzeichnung von Äusserungen oder Dokumenten gelten. Die eigene Kennzeichnung kann daher widerrufen werden, was eine ähnliche Wirkung hat wie ein «präjudizielles» Schreiben.⁵⁰ Dies bedingt aber, dass in den nunmehr freigegebenen Dokumenten (bspw. E-Mail-Verlauf oder Bezug auf andere Schriftstücke der Gegenseite) keine vertraulichen Teile *der Gegenseite* enthalten sind. Mithin kann es bei einem solchen nachträglichen Schritt notwendig sein, ein vormalig unter Kennzeichnung «unpräjudiziell» gemachtes Zugeständnis nochmals der Gegenseite zukommen zu lassen. Neu, aber ohne Bezug auf allfällige Zugeständnisse der Gegenseite und mit expliziter Kennzeichnung, dass dieses Dokument vor Gericht verwendet werden darf. Alternativ kann das «alte» Dokument mit entsprechenden Schwärzungen Verwendung finden.

3. Form des Verzichts

Obwohl die gesetzlichen Grundlagen im BGFA, die Auslegungshilfe SSR sowie die mittlerweile weitgehend obsoleten kantonalen Ständeregeln hinsichtlich der Frage, ob die Schutzwirkung auch ohne entsprechende

Kennzeichnung eintritt, nicht vollständig klar sind, darf bezweifelt werden, dass ein konkludenter Verzicht der Gegenseite genügend ist, um Inhalte von Vergleichsgesprächen nach deren Scheitern dem Richter vorlegen zu können. In aller Regel muss dies aufgrund der dürftigen Beweislage ausgeschlossen bleiben. Als eine der wohl wenigen Ausnahmen kann es erlaubt sein, falls beide Parteienanwälte vormalig die Verwendung von «Inhalt A» explizit erlaubten und sodann zusätzlich über «Inhalt B» in einer Weise korrespondieren, dass nur ein Schluss möglich ist: Alle Äusserungen und Dokumente zu den Vergleichsgesprächen sind bei deren Scheitern vor Gericht verwendbar.

Im Zweifel sind vor Gericht nur Äusserungen bzw. Dokumente aus Vergleichsverhandlungen zulässig, welche von einem expliziten oder zumindest einwandfrei beweisbaren Verzicht begleitet sind.

C. Zustimmung der Aufsichtsbehörde

Kann sich ein betroffener Anwalt gegen die Folgen einer Verletzung der Vertraulichkeit schützen, indem er sich die gerichtliche Einreichung durch die Aufsichtsbehörde, seinen zuständigen kantonalen Anwaltsverband, bewilligen lässt?

Wie das Bundesgericht in einem einschlägigen Entscheid im Jahr 2005 festhielt, beruht die Verpflichtung des Anwalts – keine vertraulichen Äusserungen/Dokumente aus resp. für Vergleichsverhandlungen vor Gericht zu benutzen – auf dem öffentlichen Interesse, die Erledigung von Rechtsstreitigkeiten aussergerichtlich zu fördern. Es sei wichtig, dass sich die Parteien frei äussern können.⁵¹

In einem späteren Entscheid verwies das Bundesgericht auf jene Praxis und machte u.E. zu Recht geltend, dass die Meinung des zuständigen Anwaltsverbandes nicht relevant sei, ob eine im öffentlichen Interesse erlassene Norm verletzt sei oder nicht.⁵² Sprich: Es ist nicht möglich, sich die Verwendung der vertraulichen Dokumente von der Aufsichtsbehörde genehmigen zu lassen.

V. Dokumente zur präjudiziellen Nutzung

Gerichte wollen notorisch keine Fälle entscheiden, die ohne grösseren Aufwand vorgerichtlich hätten erledigt werden können, so denn die Parteien miteinander gespro-

⁴⁹ BGFA Komm-FELLMANN (FN 4), Art. 12 N 24 ff.; FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Bern 2009, N 1186 ff.; SCHILLER (FN 2), N 1506 ff.

⁵⁰ Siehe unten V.

⁵¹ BGer, 2A.658/2004, 3.5.2005, E. 3.4.

⁵² BGE 140 III 6 E. 3.1 und 3.2, in: Pra 2014, Nr. 81. Siehe auch unten VI.B.

chen hätten. Vorprozessuale Offerten des Schuldners, einen (Gross-)Teil der geforderten Summe vergleichsweise zu bezahlen, können für das Gericht und – mindestens betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen – den Prozessausgang eine gewisse Bedeutung haben.⁵³ Es kann daher im Interesse der offerierenden, kompromissbereiten Partei sein, diese Zugeständnisse bei Ablehnung des Vergleichs dem Richter vorlegen zu können. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens steht ausser Frage; ist ein Verzicht auf den einst unpräjudiziellen/vertraulichen Charakter möglich, muss eine bereits anfängliche explizite Kennzeichnung der Verwendbarkeit ebenso möglich sein.

Da hier die – strengere – Auffassung vertreten wird, dass Zugeständnisse in Vergleichsverhandlungen auch ohne spezielle Kennzeichnung nicht vor Gericht verwendet werden dürfen, ist die entsprechende Kennzeichnung als «präjudiziell» oder «für den Gerichtsgebrauch» immer dann erforderlich, wenn es sich um Äusserungen bzw. Dokumente im Zusammenhang mit Vergleichsgesprächen handelt. Wie beim einseitigen nachträglichen Verzicht ist auch hier darauf zu achten, dass keine Zugeständnisse der Gegenseite ersichtlich sind, weshalb es sich empfiehlt, ein diesbezüglich neues, separates Dokument zu generieren oder, soweit möglich, die entsprechenden Passagen zu schwärzen.

VI. Folgen der Nichtbeachtung

A. Anwaltsrecht/Standesregeln

Verstösse gegen Berufspflichten nach Art. 12 BGFA können zu einer Disziplinarstrafe gemäss Art. 17 BGFA führen.⁵⁴ Je nach Schwere des Verstosses und des Verschuldens sowie des beruflichen Vorlebens des Anwalts reichen die Sanktionen – sofern die kantonalen Behörden nicht von einer Sanktionierung absehen (Opportunitätsprinzip) – von einer «Verwarnung» (lit. a) bis zu «einem dauernden Berufsausübungsverbot» (lit. e), wobei stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen ist.⁵⁵ In aller Regel dürfte ein Verstoss gegen die vorliegend relevante Frage der Vertraulichkeit lediglich eine milde Sanktion nach sich ziehen.

Die Verletzung einer standesrechtlichen Regel aus der SSR, welche über die Berufspflichten gemäss Art. 12 BGFA hinausgeht, unterliegt nicht der Sanktionierung nach Art. 17 BGFA.⁵⁶

B. Zivilprozessrecht

Inwiefern besteht ein gerichtliches Verwertungsverbot hinsichtlich mit «vertraulich» oder «unpräjudiziell» bzw. «nicht für den Gerichtsgebrauch» markierter Schriftstücke, die dennoch dem Gericht zum Beweise offeriert wurden? Die Zivilprozessordnung sieht in Art. 152 Abs. 2 ZPO vor, dass rechtswidrig beschaffte Beweise nur berücksichtigt werden, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Eine Verletzung der in Art. 12 BGFA normierten Berufsregeln für Anwälte kann eine solche Rechtswidrigkeit der Beweisbeschaffung begründen.⁵⁷ Im Einzelfall hat das Gericht aufgrund der gegensätzlichen Interessen eine Güterabwägung vorzunehmen, wobei die Wahrheitsfindung auf der einen Seite und das Interesse am Schutz des bei der Beschaffung des Beweismittels verletzten Rechtsguts auf der anderen Seite zu gewichten sind.⁵⁸ Überwiegt das Interesse an der Wahrheitsfindung, kann das Beweismittel berücksichtigt werden.⁵⁹

Das Bundesgericht hat einen Entscheid des Genfer Kantonsgerichts gestützt, welches ein eindeutig mit «confidentiel» gekennzeichnetes Schreiben trotz Genehmigung des Präsidenten des Genfer Anwaltsverbandes mit Verweis auf Art. 152 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 12 lit. a BGFA als Beweismittel nicht zugelassen hat.⁶⁰ Zur Güterabwägung führte das Bundesgericht aus: *«Enfin, il est à noter que, dans une cause de nature patrimoniale soumise à la maxime des débats comme celle opposant les parties, l'intérêt à la découverte de la vérité matérielle, résultant prétendument du moyen de preuve illicite, ne saurait prévaloir face à l'intérêt public au respect strict de la règle de la confidentialité.»*⁶¹ U.E. ist das Bundesgericht zumindest in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu Recht streng mit der Zulassung von entsprechend gekennzeichneten Dokumenten.

⁵³ BSK ZPO-RÜEGG (FN 4), Art. 107 N 10; ZPO Komm-JENNY (FN 4), Art. 107 N 20.

⁵⁴ BGer, 2A.658/2004, 3.5.2005, E. 3.4; BGFA Komm-POLEDNA (FN 4), Art. 17 N 2; BRUNNER/HENN/KRIESI (FN 11), Kap. 4 N 125.

⁵⁵ BRUNNER/HENN/KRIESI (FN 11), Kap. 7 N 49 f.; BGFA Komm-POLEDNA (FN 4), Art. 17 N 23 ff.; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 1), § 30 N 58.

⁵⁶ BGFA Komm-POLEDNA (FN 4), Art. 17 N 16 f.

⁵⁷ BGE 140 III 6 E. 3.1, in: Pra 2014, Nr. 81; ZPO Komm-HASENBÖHLER (FN 4), Art. 152 N 36a; YVES RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Diss., Zürich/St. Gallen 2009, N 256.

⁵⁸ BK-BRÖNNIMANN (FN 23), Art. 152 ZPO N 42; FRANZ HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1, Zürich/Basel/Genf 2015, N 5.16; ZPO Komm-HASENBÖHLER (FN 4), Art. 152 N 36.

⁵⁹ HASENBÖHLER (FN 58), N 5.16; RÜEDI (FN 57), N 321.

⁶⁰ BGE 140 III 6 E. 3 f., in: Pra 103 (2014), Nr. 81.

⁶¹ BGE 140 III 6 E. 3.2, in: Pra 103 (2014), Nr. 81.

VII. Fazit

Um mit einigen Mythen in Bezug auf ein mit «unpräjudiziell», «ohne Anerkennung einer Rechtspflicht», «nicht für den Gerichtsgebrauch» und/oder «vertraulich» gekennzeichnetes Dokument aufzuräumen, kann zusammenfassend Folgendes festgehalten werden:

- Die Begriffe «unpräjudiziell» und «ohne Anerkennung einer Rechtspflicht» bedeuten nicht dasselbe wie «nicht für den Gerichtsgebrauch» oder «vertraulich»;
- die Schutzwirkung solcher Klauseln bezieht sich nur – aber immerhin – auf Äusserungen einer Partei (oder ihres Vertreters), nicht aber auf während Vergleichsverhandlungen erfahrenen Tatsachen;
- die Schutzwirkung solcher Klauseln erstreckt sich nicht nur auf die Parteivertreter, sondern auch auf die Parteien und gegebenenfalls auf Dritte;
- die Tatsache, dass überhaupt Vergleichsgespräche stattgefunden haben, ist u.E. nicht vom Schutzzweck bzw. der *ratio* der Bestimmungen erfasst;
- auf die von ihr selbst angebrachte Kennzeichnung darf die Partei verzichten und das Dokument ohne Einwilligung der Gegenpartei vor Gericht verwenden. Dabei ist aber genau zu beachten, dass dem Gericht keine damit verbundenen «nicht für den Gerichtsgebrauch» bestimmte Zugeständnisse der Gegenseite zukommen;
- wird die Kennzeichnung verletzt, so darf das Dokument bzw. die Äusserung vom Gericht gestützt auf Art. 152 Abs. 2 ZPO in aller Regel nicht verwendet werden. Verstösst ein Rechtsanwalt gegen die Schutzwirkung der Kennzeichnung, liegt zudem ein Verstoß gegen Art. 12 lit. a BGFA vor, welcher gemäss Art. 17 BGFA sanktioniert werden kann.

VIII. Fallstudien

A. Fall 1⁶²

Huber behauptet, Meier schulde ihm 100. Meier weiss, dass er etwas schuldet, aber nicht 100. Um den Streit vor Gericht zu verhindern, macht er ein mit «unpräjudiziell» gekennzeichnetes Angebot über 60. Huber weist dieses zurück und kennzeichnet seine diesbezügliche Antwort als «präjudiziell – für den Gerichtsgebrauch».

⁶² Um die Fälle einfach zu halten, wird nur von den Parteien gesprochen; die erwähnten Offerten bzw. Gegenäusserungen stammen jedoch von ihren – hier unerwähnt bleibenden – Anwälten.

Darf Huber sein Antwortschreiben in der Folge dem Gericht einreichen? – Nein, er verletzt damit die einschlägigen Bestimmungen, da dieses Dokument zum Zwecke des Vergleichs übergeben wurde. Maximal dürfte Huber ohne Bezug auf die Offerte von Meier diesem seinerseits eine separate Offerte – bspw. über 80 – für die vergleichsweise Erledigung zukommen lassen, welche mit «für den Gerichtsgebrauch» gekennzeichnet ist.

B. Fall 2

Ausgangslage wie Fall 1. Meier unterzeichnet seine Offerte über 60, so dass Huber für den Fall der Annahme nur gegenzeichnen müsste. Dieser lehnt aber ab und fordert 80. Die Parteivertreter tauschen im Bemühen um Rettung des Vergleichs während mehreren Monaten noch etliche Schriftstücke aus, welche allesamt mit «nicht für den Gerichtsgebrauch» gekennzeichnet waren. Letztlich scheidet der Vergleich. Einige Zeit später leitet Huber die Betreibung gegen Meier über 60 ein und reicht zur Überraschung von Meier in der folgenden Rechtsöffnungsverhandlung die gegengezeichnete Offerte über 60 ein.

Darf Meier die gekennzeichnete Korrespondenz dem Richter einreichen, um beweisen zu können, dass seine damalige Offerte nicht zu einem Vertrags- bzw. Vergleichsschluss führte? – Ja, da die Gegenseite argumentiert, es sei ein Vergleich zustande gekommen. Damit ist die Schutzwirkung konsumiert und Meier darf die Korrespondenz nutzen, um zu beweisen, dass eben *kein* Vergleich zustande kam.⁶³ Zudem ist das Verhalten von Huber zumindest rechtsmissbräuchlich, was auch durch entsprechende Kennzeichnung nicht ausgehebelt werden kann.

C. Fall 3

Ausgangslage wie Fall 1. Huber und Meier treffen sich mehrere Male und Meier bemüht sich sehr, da seine Beweislage ungünstig ist. Die Offerten von Meier sind jeweils mit «präjudiziell», jene von Huber mit «nicht für den Gerichtsgebrauch» gekennzeichnet. Huber glaubt auch an strafrechtliche Machenschaften und hat Strafanzeige eingereicht. Die Staatsanwaltschaft untersucht gegen Meier und will in der Einvernahme wissen, ob er bereit sei, den geschuldeten Betrag zu bezahlen. Parallel finden zwischen den Parteien Vergleichsgespräche in einem Hotel statt.

⁶³ Siehe IV.A. oben.

Darf Meier im Strafverfahren und in den bereits von Huber anhängig gemachten Zivilverfahren behaupten, dass es mehrere physische Vergleichsgespräche gab und diese Behauptung mit nicht gekennzeichneten E-Mails über Zeit und Ort der Besprechungen belegen? – Ja, die Tatsache, dass sich die Parteien zu Vergleichsgesprächen getroffen haben, ist von der Schutzwirkung nicht erfasst.⁶⁴ Korrespondenz und Kalendereinträge, welche lediglich Ort und Zeit von Meetings belegen, sind u.E. nicht von den hier einschlägigen Bestimmungen erfasst, da die für die Streiterledigung so wichtige freie Meinungsäußerung mit Zugeständnissen bei der Terminvereinbarung keine Rolle spielt und die alleinige Tatsache des Vergleichsgesprächs nicht vom Schutzzweck erfasst ist.

D. Fall 4

Ausgangslage wie Fall 1. Der Vergleich scheitert, obwohl Meier überzeugt ist, ein grosszügiges Angebot gemacht zu haben, welches Huber vor Gericht nicht zu erstreiten in der Lage ist. Er möchte, dass das Gericht seinen Vorschlag zur vorgerichtlichen Beilegung des Streites kennt und gedenkt, seine damals mit «nicht für den Gerichtsgebrauch» gekennzeichnete Offerte mit der Klageantwort einzureichen.

Darf Meier dies? – Ja, da es *sein* Zugeständnis betrifft, ist er auch in der Lage, darauf im Nachhinein zurückzukommen und zu verzichten. Wichtig ist auch hier, dass er mit Einreichung seines Dokumentes nicht auch noch Zugeständnisse der Gegenseite mit ediert, was selbstredend unzulässig wäre. Ebenso zulässig wäre es, eine neue Offerte mit gleichem Inhalt/Zugeständnis zu verfassen und diese ausdrücklich mit «für den Gerichtsgebrauch» zu bezeichnen.⁶⁵

E. Fall 5

Ausgangslage wie Fall 1. Zwischen den Parteien ist eine Warenlieferung strittig, deren Salzgehalt sich ausserhalb der zulässigen Toleranzen befand. Anlässlich der unpräjudiziell geführten Vergleichsverhandlungen gibt Meier zu, dass sein Mitarbeiter Schlufi eine 30%ige Salzlösung (statt der vertraglich vereinbarten 20%igen) abgefüllt habe.

Darf Huber nach gescheiterten Verhandlungen im Prozess dieses Eingeständnis der Fehlabbfüllung geltend machen? – Die Antwort lautet klar nein.⁶⁶

Darf Huber im Prozess behaupten, Mitarbeiter Schlufi habe eine falsche Salzkonzentration abgefüllt und dafür u.a. Schlufi als Zeugen bezeichnen? – Ja, das darf er. Nur die Äusserung, nicht aber die Tatsache an sich ist vom Verwertungsverbot erfasst.⁶⁷

⁶⁴ Siehe III.A. oben.

⁶⁵ Siehe IV.B.1. oben.

⁶⁶ Siehe III.A. oben.

⁶⁷ Siehe III.A. oben.