

Urteilkopf

148 III 84

12. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Bank A. AG gegen B. Ltd. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_58/2021 vom 8. Dezember 2021

Regeste (de):

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 Beweisanträgen 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).

Regeste (fr):

Art. 156 CPC; mesures de protection procédurales visant à la sauvegarde d'intérêts dignes de protection; obligation de garder le secret prononcée sous menace de sanction pénale.

En tant que mesure de protection procédurale, il est également possible, si celle-ci s'avère être le moyen le moins contraignant, d'ordonner une obligation de garder le secret sous menace de sanction pénale; une telle obligation fondée sur l'art. 156 CPC ne peut être ordonnée que pour la durée du procès (consid. 3 et 3.2).

Des mesures de protection procédurales ne peuvent s'étendre, outre aux moyens de preuve et aux réquisitions de preuve, qu'exceptionnellement aux informations contenues dans les écritures (consid. 3.3 et 3.3.1).

La partie qui demande des mesures de protection procédurales doit rendre vraisemblable une mise en danger effective d'intérêts dignes de protection (consid. 3.5.1 et 3.5.2).

Regesto (it):

Art. 156 CPC; provvedimenti processuali di tutela di interessi degni di protezione; pronuncia di un obbligo di segretezza con una comminatoria penale.

Qualora risulti essere il mezzo meno incisivo, è pure possibile pronunciare - quale provvedimento processuale di tutela - un obbligo di segretezza con una comminatoria penale, che però, se fondato sull'art. 156 CPC, può unicamente essere ordinato per la durata del processo (consid. 3 e 3.2).

Provvedimenti processuali di tutela possono estendersi solo eccezionalmente, oltre ai mezzi di prova e alle richieste probatorie, anche alle informazioni contenute negli atti scritti (consid. 3.3 e 3.3.1).

La parte, che richiede l'emanazione di provvedimenti processuali di tutela, deve rendere verosimile un'effettiva minaccia di interessi degni di protezione (consid. 3.5.1 e 3.5.2).

Sachverhalt ab Seite 85

BGE 148 III 84 S. 85

A. Mit Eingabe vom 30. Januar 2020 reichte die B. Ltd., Guernsey, (Klägerin, Beschwerdegegnerin) beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage auf Schadenersatz gegen die Bank A. AG, Zürich, (Beklagte, Beschwerdeführerin) ein. Mit der Klageantwort beantragte die Beklagte in einer separaten Eingabe im Wesentlichen, es sei der Klägerin vor Zustellung der Klageantwort samt Beilagen zu verbieten, nicht bereits öffentlich bekannte schriftliche oder mündliche Ausführungen der Beklagten Dritten bekannt zu machen. Darauf trat das Handelsgericht - mangels genügender Bestimmtheit der Begehren - nicht ein.

B. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2020 stellte die Beklagte die folgenden präzisierten Anträge: "1. Es sei der Klägerin (und deren Rechtsvertretern) zu verbieten, die in den Beilagen [...] sowie in der Klageantwort [...] aufgeführten (und nachfolgend sowie in der Begründung näher spezifizierten) Informationen Dritten (einschliesslich den "Anlegern" gemäss Rz. 130 der Klageschrift vom 30.1.2020; davon ausgenommen einzig Experten und andere Hilfspersonen, auf die die Klägerin zur Durchsetzung ihrer prozessualen Rechte im vorliegenden Verfahren angewiesen ist, z.B. Parteigutachter, sowie ein allfälliger gerichtlicher Gutachter) schriftlich oder mündlich mitzuteilen oder anderweitig zugänglich zu machen; dies unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe bzw. der Rechtsvertreter nach Art. 292 StGB (Busse) im Wiederhandlungsfalle. Darunter fallen inhaltlich folgende Informationen:

Informationen aus den Beilagen:

Beilage 18: Datum und Teilnehmer der Verwaltungsratssitzung, Ausführungen zum Ablauf des Goodwill-Assessments und zur Struktur, zu den Themenkreisen und zum Ablauf der Sitzung an sich; Beilage 19: Datum, Teilnehmer, Dauer und Traktanden der Verwaltungsratssitzung, Ausführungen zur Finanzplanung (Beginn und Ende der Planung) für die kommenden Jahre und des hierzu Sprechenden;

BGE 148 III 84 S. 86

Beilage 20: Berechnungen, konkret genannte Zahlen sowie Vorschlag zum weiteren Vorgehen; Beilage 21: Teilnehmer der Sitzung, Ausführungen zu Accounting- und Reporting-Themen; Beilage 24: Teilnehmer, Traktanden, hierzu sprechende Personen, zeitliche Abfolge des Goodwill-Assessments und inhaltliche Diskussionspunkte, weiteres Vorgehen (Genehmigung oder keine Genehmigung); Beilage 25: Mitarbeiternamen, Zahlen der Monate Oktober, November, Dezember sowie Q4 Total des Jahres 2015 sowie deren Aufteilung auf einzelne Bereiche; Beilage 26: Zahlen der Woche vom 13. bis 19. November 2015 (Profit & Losses inkl. Aufschlüsselung nach einzelnen Produktkategorien); Beilage 28: Datum des Dokuments, Informationen zum Zeitpunkt von Treffen mit dem DoJ [U.S. Department of Justice] sowie inhaltliche Ausführungen zu "demands" und "discussions"; Beilage 29: Datum der Sitzung, Anzahl Treffen mit dem DoJ und deren genauen Zeitpunkt; Beilage 30: Datum des Treffens mit dem DoJ;

Beilage 31: Informationen zum Rechtsstreit mit dem DoJ, der Risikoeinschätzung, der Prozessbevollmächtigten, Ausführungen zu den Kriterien "probable" oder "remote"; Beilage 35: Datum, Teilnehmer, Dauer der Verwaltungsratssitzung, Zeitpunkt des Angebots des DoJ, Ausführungen dazu, wie der Verwaltungsrat mit diesem Angebot umging; und folgende Randziffern der Klageantwort:

Rz. 131-137: Wertberechnung des Goodwills: Prognosen, Jahresdaten, Zeitpunkt der Genehmigung und hierfür verantwortliche Personen;

Rz. 138-141: Konkret genannte Zahlen;

Rz. 141-147: Ausführungen zu Berechnungen und konkret genannte Zahlen inkl. wann die Berechnungen wohin versandt wurden und wann der Verwaltungsrat die finalen Zahlen verabschiedete;

Rz. 174: Abbildung "Over-the-Cycle Performance" bis zum 2. Quartal 2015 inkl. Ausführungen dazu;

Rz. 181: Abbildung der Exceltabelle, die in Beilage 25 wiedergegeben ist, inkl. Ausführungen dazu;

Rz. 186: Aufstellung vom Mai 2016 betreffend konkrete Zahlen zu den eingetretenen Verlusten inkl. Ausführungen dazu;

Rz. 188: Konkrete Zahlen;

BGE 148 III 84 S. 87

Rz. 222-227: Ausführungen zum konkreten Verlauf der Gespräch mit dem DoJ;
 Rz. 235-236: Ausführungen dazu, wie Dritte einen gewissen Umstand einschätzen;
 Rz. 240: Ausführungen zu einer sehr sensiblen Aussage.

Eventualiter sei durch das Gericht eine andere geeignete Massnahme anzuordnen.

2. Über die vorstehenden Anträge sei vor Zustellung der in Rz. [...] enthaltenen Inhalte der Klageantwort sowie der Beilagen [...] an die Klägerin zu entscheiden; im Falle eines ablehnenden Entscheids sei mit der Zustellung der in Rz. [...] enthaltenen Inhalte der Klageantwort und der Beilagen [...] an die Klägerin bis zum Entscheid über ein etwaiges Rechtsmittel bzw. bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist zuzuwarten. [...]"

Mit Beschluss vom 8. Dezember 2020 wies das Handelsgericht die präzisierten Anträge der Beklagten auf Erlass von Schutzmassnahmen ab. Der Beklagten wurde die Möglichkeit eingeräumt, mit schriftlicher Eingabe die streitgegenständlichen Beilagen zurückzuziehen.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, der Beschluss des Handelsgerichts sei aufzuheben und die vorinstanzlich beantragten Schutzmassnahmen seien anzuordnen (Ziff. 1). Eventualiter sei durch das Gericht eine andere geeignete Massnahme zum Schutz der Informationen anzuordnen (Ziff. 2). Subeventualiter sei die Sache an das Handelsgericht zurückzuweisen (Ziff. 3). Die Beschwerdegegnerin trägt auf Abweisung der Beschwerde an, soweit darauf einzutreten sei. Die Vorinstanz hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Die Beschwerdeführerin reichte unaufgefordert eine Replik ein. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut. Es hebt den Beschluss des Handelsgerichts vom 8. Dezember 2020 auf und heisst das Gesuch um Anordnung von Schutzmassnahmen betreffend die Beilagen antragsgemäss gut; in zeitlicher Hinsicht aber nur bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache. Hinsichtlich der Informationen in der Klageantwort ordnet es Schutzmassnahmen in geringerem Umfang als beantragt an. (Zusammenfassung)

Erwägungen

BGE 148 III 84 S. 88

Aus den Erwägungen:

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. (...)

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.

3.2.1 Die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung hält betreffend die Wahrung schutzwürdiger Interessen fest, die Sachverhaltsermittlung könne die Geheimsphäre 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], BBI 2006 7221, 7314).

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 kategorial 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).

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.

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; BBl 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.

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.

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.

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. (...)

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.

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.

3.5.2

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).

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).

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.