

Karin Müller
Jörg Schwarz
(Herausgeber)

Auf zu neuen Ufern!

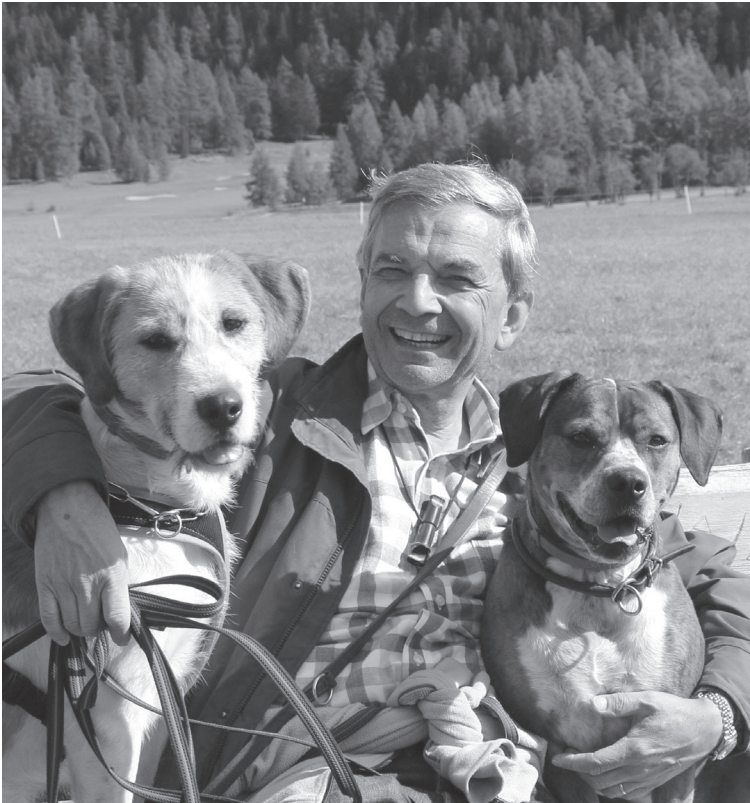
Festschrift für Walter Fellmann



Stämpfli Verlag

Karin Müller
Jörg Schwarz
(Herausgeber)

Auf zu neuen Ufern!



A. J. Müller

Karin Müller
Jörg Schwarz
(Herausgeber)

Auf zu neuen Ufern!

Festschrift für Walter Fellmann



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2021
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-7808-2

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:
E-Book ISBN 978-3-7272-2875-9



© Stämpfli Verlag AG Bern

Die Tragweite der Vertraulichkeit von Vergleichsgesprächen, insbesondere im Falle einer erzielten Vergleichsvereinbarung

FRANÇOIS BOHNET¹

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	551
II.	Anwaltliche Sorgfaltspflicht und Standesregeln.....	552
III.	Vertraulichkeit.....	553
	A. Historische Entwicklung.....	553
	1. Kantonale Standesregeln.....	553
	2. Richtlinien des SAV.....	554
	3. Schweizerisches Standesrecht.....	554
	B. Zweck der Vertraulichkeit.....	556
IV.	Tragweite des vertraulichen Austauschs.....	556
	A. Im Allgemeinen.....	556
	B. Im Falle einer erzielten Vergleichsvereinbarung.....	557
V.	Zusammenfassung.....	561
VI.	Literaturverzeichnis.....	562

I. Einleitung

Vertraulichkeitsregelungen sollen es ermöglichen, dass Parteivertreter gütliche Lösungen in einem Klima gegenseitigen Vertrauens erarbeiten können. Da vertrauliche Vergleichsgespräche im Verfahren nicht verwendet werden dürfen, können Rechtsvertreter die Positionen ihrer Mandanten offen darlegen, ohne sich im Falle des Scheiterns der Verhandlungen einem Risiko auszusetzen.

Der vorliegende Beitrag untersucht einen Aspekt der Vertraulichkeit, der seit Einführung des BGFA nicht gerichtlich entschieden wurde und in der Lehre umstritten ist²: Das Schicksal vertraulicher Verhandlungen, wenn diese mit Abschluss eines Vergleichs zwischen den Parteien enden. Die Fragen lauten namentlich: Verlieren sie dann ihren vertraulichen Charakter? Können sie zur Auslegung der Tragweite des Vergleichs herangezogen werden? Wie verhält

¹ Ich danke Herrn Xavier Fitz, MLaw, für seine Hilfe bei der Erarbeitung der vorliegenden deutschsprachigen Fassung und Prof. Lorenz Droese für sein Korrekturlesen.

² Siehe CHAPPUIS, réserves, S. 37 f.; REISER/VALTICOS, S. 234.

es sich, wenn der Vergleich nicht aus einem eigens abgefassten Schriftstück, sondern aus der zwischen den Parteien ausgetauschten Korrespondenz hervorgeht? Um diese Fragen zu beantworten, sei zunächst an die Tragweite der Sorgfaltspflicht des Anwalts sowie deren Beziehung zu den anwaltlichen Standesregeln erinnert (II.). Sodann ist die rechtliche Behandlung der vertraulichen Korrespondenz zu untersuchen (III.), indem der historische Ursprung des Vertraulichkeitsgebots und dessen aktuelle Verankerung (III.A.) sowie dessen Zweck (III.B.) dargestellt werden. Schliesslich ist die Problematik spezifisch zu analysieren (IV.).

II. Anwaltliche Sorgfaltspflicht und Standesregeln

Gemäss Art. 12 lit. a BGFA üben Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus. Die Sorgfaltspflicht gehört zusammen mit dem Berufsgeheimnis (Art. 13 BGFA) und dem Unabhängigkeitsgebot (Art. 12 lit. b BGFA), aus dem sich das Gebot zur Vermeidung von Interessenkonflikten (Art. 12 lit. c BGFA) ergibt, zu den wesentlichen Pflichten des Anwalts. Seit Einführung des BGFA wird diese im Gesetz nur sehr allgemein umschriebene Pflicht durch eine umfangreiche Rechtsprechung des Bundesgerichts konkretisiert, das sich dabei an den Lösungen aus der Zeit der kantonalen Rechte orientiert.

Nach sorgfältiger Prüfung der Tragweite von Art. 12 lit. a BGFA aus historischer, systematischer und teleologischer Sicht gelangte das Bundesgericht zum Schluss, der Wortlaut dieser Bestimmung sei zu eng und es sei einzuräumen, dass sie sich nicht nur auf das Anwalt-Mandanten-Verhältnis richte, sondern sich auch auf das Verhältnis des Anwalts zu Behörden, Kollegen und zur Öffentlichkeit erstrecke. In teleologischer Hinsicht hält das Bundesgericht insbesondere Folgendes fest: *«le fait que l'avocat observe certaines règles non seulement dans ses rapports avec ses clients, mais aussi à l'égard des autorités, de ses confrères et du public est nécessaire à une bonne administration de la justice et présente ainsi un intérêt public»*³. Dieser Ansatz wurde in zahlreichen Entscheiden zu so unterschiedlichen Themen wie die Prozessfinanzierung⁴, die Kontaktaufnahme mit Zeugen⁵ oder die Vertraulichkeit⁶ bestätigt.

³ BGer [22.01.2004] 2A.191/2003 E. 5 (Verhalten gegenüber Kollegen); BGE 130 II 270 (Verhalten gegenüber der Gegenpartei); BGer [03.08.2004] 2A.448/2003 (Verhalten im Umgang mit Behörden).

⁴ BGE 131 I 223 E. 3.4.

⁵ BGE 136 II 551.

⁶ BGE 140 III 6 E. 3.1; BGE 144 II 473 E. 4.4.

Wenn auch die Berufsregeln des BGFA vorrangig autonom und ohne Rückgriff auf die kantonalen Standesregeln auslegt werden sollen⁷, lässt es das Bundesgericht doch zu, dass auf kantonale Standesregeln abgestellt wird, «soweit die betreffende Standesregel eine landesweit in nahezu allen Kantonen geltende Auffassung zum Ausdruck bringt»⁸.

Mit Blick auf diese Rechtsprechung hat der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) rasch die Schweizerischen Standesregeln erlassen, welche am 1. Juli 2005 in Kraft getreten sind. Sie gelten direkt für alle Anwälte, die Mitglieder eines dem SAV zugehörigen Anwaltsverbands sind. Das Bundesgericht hat es nicht versäumt, sich darauf zu beziehen⁹. Dies gilt auch und gerade hinsichtlich der Vertraulichkeit¹⁰. Dieser Ansatz findet die Zustimmung der Lehre: Art. 12 lit. a BGFA ist eine allgemeine Vorschrift, die den Anwalt zu einem korrekten Verhalten in der Ausübung seines Berufes verpflichtet¹¹ und deren Auslegung die gebührende Berücksichtigung der Standesregeln verlangt.

III. Vertraulichkeit

A. Historische Entwicklung

1. Kantonale Standesregeln

Das für Anwälte geltende Verbot, vor Gericht vertrauliche Schreiben vorzulegen und sich auf diese zu berufen, war unter der Geltung der kantonalen Rechtsordnungen eine allgemein anerkannte Regel¹², was das Bundesgericht in seinem Entscheid 2A.658/2004 vom 3. Mai 2005 unter Berufung auf Art. 6 Abs. 2 und 19 Abs. 2 der Standesregeln der Tessiner Anwaltskammer vom 4. Dezember 1971 ausdrücklich festhielt.

⁷ BGE 130 II 270 E. 3.1. Siehe Botschaft zum BGFA S. 6039, 6053 f.

⁸ BGE 130 II 270 E. 3.1.1.

⁹ BGer [13.08.2004] 2A.18/2004 E. 7.2.3 und BGer [16.02.2011] 2C_247/2010 E. 5.1 (Pflicht zur Orientierung des Mandanten über die Grundsätze der Honorierung); BGer [12.02.2006] 2A.535/2005 E. 3.1 (Gebot zur Vermeidung von Interessenskonflikten). BGE 136 II 551 E. 3.2.1 (Kontaktaufnahme mit einem Zeugen).

¹⁰ BGer [03.05.2005] 2A.658/2005 E. 3.1–3.2; BGE 140 III 6 E. 3.1; BGer [04.12.2017] 2C_280/2017 E. 4.1.1; BGer [13.12.2017] 6B_47/2017 E. 1.7; BGE 144 II 473 E. 4.5.

¹¹ BOHNET/MARTENET, S. 500 N 1161; BOHNET, S. 35; CHAPPUIS, profession d'avocat, S. 51; FELLMANN, Anwaltsrecht, S. 72 N 212.

¹² BOHNET/MARTENET, S. 509 N 1187.

Was unter «vertraulicher Korrespondenz» zu verstehen war, stand jedoch nicht fest – vielmehr folgten die verschiedenen kantonalen Anwaltsverbände unterschiedlichen Ansätzen¹³, die sich ihrerseits an verschiedenen im europäischen Ausland gebräuchlichen Ansätzen orientierten¹⁴. Unter der Geltung der kantonalen Berufsregeln liessen sich namentlich drei Arten der Regelung unterscheiden¹⁵:

- Der erste Typus begründete eine Vertraulichkeitsvermutung für jegliche Korrespondenz zwischen Anwälten (Art. 15 der Walliser Standesregeln und Art. 13 der Waadtländer Standesregeln).
- Die zweite Gruppe kannte eine solche Vermutung nur für Korrespondenz, die einen Vergleichsvorschlag betrifft (Art. 20 der Genfer Standesregeln; Art. 56 der Freiburgischen Standesregeln).
- Die dritte Gruppe anerkannte die Vertraulichkeit der Korrespondenz nur dann, wenn der Vertraulichkeitswunsch klar zum Ausdruck gebracht wird (Art. 32/1 der Jurassischen Standesregeln; Art. 5.6 der Neuenburger Standesregeln).

2. *Richtlinien des SAV*

Nach Verabschiedung des BGFA hat der SAV am 1. Oktober 2002 Richtlinien für die Berufs- und Standesregeln erlassen, die zu einer einheitlichen Auslegung der in Art. 12 ff. BGFA enthaltenen Regeln beitragen sollen.

Das Bundesgericht räumte unter diese Richtlinien rasch ein, dass die Vertraulichkeit mit der anwaltlichen Sorgfaltspflicht nach Art. 12 lit. a BGFA verknüpft werden müsse, wobei es festhielt, dass sowohl die Wahrung der Vertraulichkeit von Vergleichsgesprächen als auch die Unzulässigkeit ihrer Verwendung im Verfahren unbestritten seien, wenn ausdrücklich auf den vertraulichen Charakter eines Schreibens bzw. eines Vorschlags hingewiesen worden sei.

3. *Schweizerisches Standesrecht*

Das am 1. Juli 2005 in Kraft getretene Schweizerische Standesrecht (SSR) hat eine Verdeutlichung der Tragweite des Vertraulichkeitsprinzips gebracht.

¹³ STEULLET, S. 307.

¹⁴ Für einen Überblick, siehe WEDEL, S. 456 f.

¹⁵ STEULLET, S. 307 f.

Der im 1. Kapitel enthaltene Art. 6 SSR zum allgemeinen Verhalten der Anwälte besagt: *«Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte informieren das Gericht nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Gegenpartei über deren Vorschläge zur Beilegung der Streitsache»*. Diese Regelung wird durch Art. 26 SSR ergänzt, welcher im 2. Kapitel enthalten ist, das dem Verhalten gegenüber Kollegen gewidmet ist. Diese Bestimmung anerkennt den vertraulichen Charakter sämtlicher Mitteilungen (ob schriftlich oder mündlich), die ausdrücklich auf ihre Vertraulichkeit hinweisen: *«Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die Kolleginnen oder Kollegen eine Mitteilung senden, die vertraulich sein soll, müssen diesen Willen in der Mitteilung klar zum Ausdruck bringen. Als vertraulich bezeichnete Dokumente und Gesprächsinhalte dürfen keinen Eingang in gerichtliche Verfahren finden»*.

In zwei veröffentlichten Bundesgerichtsentscheiden wird bestätigt, dass die Vertraulichkeit mit der anwaltlichen Sorgfaltspflicht verbunden ist¹⁶. Auch in der Lehre herrscht Einigkeit darüber, dass die Vertraulichkeit zu den Berufsregeln und namentlich zur anwaltlichen Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 12 lit. a BGFA gehört¹⁷.

In einem Entscheid vom 19. September 2018 brachte das Bundesgericht eine weitere Differenzierung an, indem es festhielt, dass der vertrauliche Charakter einer Mitteilung nicht erwähnt werden müsse, wenn diese Vergleichsvorschläge enthält¹⁸: *«les avocats sont automatiquement soumis au devoir de confidentialité s'agissant non seulement du contenu, mais également de l'existence de pourparlers transactionnels»*.

Diese Lösung stellt somit einen Mittelweg zwischen den unter dem kantonalen Recht vertretenen Lösungen dar: Vergleichsvorschläge dürfen nicht vor Gericht verwendet werden, es sei denn, die Gegenpartei stimme dem ausdrücklich zu. Bei allen anderen Mitteilungen muss der vertrauliche Charakter jedoch klar erwähnt werden, um eine gerichtliche Verwendung unzulässig zu machen.

¹⁶ BGE 140 III 6 E. 3.1; BGE 144 II 473 E. 4.5. Siehe auch BGer [04.12.2017] 2C_280/2017 E. 4.1.1; BGer [13.12.2017] 6B_47/2017 E. 1.7.

¹⁷ FELLMANN, Art. 12 BGFA, N 24 und 24a; FELLMANN, Anwaltsrecht, S. 87 f. N 237 f.; SCHILLER, S. 371 f. N 1506 ff., S. 378 N 1530; BOHNET/MARTENET, S. 509 ff. N 1187 ff.; VALTICOS, Art. 12 LLCA, N 58; CHAPPUIS, profession d'avocat, S. 69; MEIER, S. 558.

¹⁸ BGE 144 II 473 E. 4.6.1.

B. Zweck der Vertraulichkeit

Die Vertraulichkeit bezweckt, die gütlichen Beilegung von Streitigkeiten zu fördern, indem sie den Parteien erlaubt, Vorschläge zu unterbreiten, ohne befürchten zu müssen, dass ihnen dies später zum Nachteil gereicht.¹⁹ Rechtsvertretern ermöglicht die Vertraulichkeit einen freien Austausch, was sowohl im wohlverstandenen Interesse ihrer Mandanten als auch im öffentlichen Interesse liegt²⁰.

In seinem ersten Entscheid zu diesem Thema²¹ betonte das Bundesgericht, dass die Vertraulichkeitsregel, um die Wirksamkeit der Verhandlungen und somit das allgemeine Interesse an deren erfolgreichen Abschluss sicherzustellen, weit auszulegen und strikt anzuwenden sei. Es fügte hinzu, der Umstand, dass einer Partei die Verwendung vertraulicher Dokumente nützlich oder gar notwendig erscheine, rechtfertige keine Ausnahme von der Regel, sondern unterstreiche vielmehr deren Bedeutung und Tragweite.

IV. Tragweite des vertraulichen Austauschs

A. Im Allgemeinen

Wie gezeigt, gaben die kantonalen Regelungen unterschiedliche Antworten auf die Frage, ob für die Vertraulichkeit der Kommunikation unter Anwälten auf deren Vertraulichkeit hingewiesen werden muss²². Wie soeben erläutert (siehe oben III.A.3.), hat das schweizerische Ständesrecht diese Frage inzwischen dahingehend entschieden, dass es darauf ankomme, ob der Austausch Vergleichsverhandlungen betrifft (Art. 6 und 26 SSR). Ist dies der Fall, muss der vertrauliche Charakter nicht ausdrücklich erwähnt werden²³.

Die Frage der Tragweite der Vertraulichkeit wurde vom Bundesgericht in zwei Entscheiden behandelt, die beide der Vertraulichkeit einen weiten Geltungsbe-
reich einräumen. So ist die Einreichung eingeschwärzter, vertraulicher Briefe ausgeschlossen, sobald der Verdacht besteht, der nicht eingeschwärzte Teil

¹⁹ FELLMANN, Art. 12 BGFA, N 24 und 24a; FELLMANN, Anwaltsrecht, S. 87 f. N 237 f.; SCHILLER, S. 371 f. N 1506 ff., S. 378 N 1530, der sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben bezieht; BOHNET/MARTENET, S. 509 ff. N 1187 ff.; VALTICOS, Art. 12 LLCA, N 58; CHAPPUIS, profession d'avocat, S. 69; STEULLET, S. 306.

²⁰ BGer [03.05.2005] 2A_658/2004 E. 3.3; BGE 140 III 6 E. 3.1; BGer [04.12.2017] 2C_280/2017 E. 4.1.1; BGE 144 II 473 E. 4.5.

²¹ BGer [03.05.2005] 2A_658/2005 E. 4.3.

²² Siehe oben III.A.1.

²³ BGE 144 II 473 E. 4.5.

könnte vertraulich sein²⁴: Ein vertrauliches Schreiben könne vor Gericht nicht eingereicht werden, auch nicht eingeschwärzt, es sei denn, es sei offensichtlich, dass sich die Vertraulichkeit nur auf einen Teil des Textes beziehe.

B. Im Falle einer erzielten Vergleichsvereinbarung

Die Frage der Aufhebung der Vertraulichkeit wurde vom Bundesgericht bislang nicht als solche behandelt. Die Autoren, die sich dazu äussern, weisen darauf hin, dass eine Aufhebung immer dann möglich sei, wenn ihr die Parteien zustimmen²⁵. Diese Regel ist auch in Art. 6 SSR verankert.

Die auf der Grundlage vertraulicher Gespräche erzielte Vereinbarung ist natürlich nicht vertraulich²⁶, es sei denn, sie enthält selbst eine Vertraulichkeitsklausel gegenüber Dritten.

Das Bundesgericht stellt auch fest, dass nur eine ordnungsgemäss abgeschlossene Vergleichsvereinbarung die Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens ermöglicht²⁷. Ergibt sich der Vergleichsschluss aus der Annahme eines von der Gegenpartei unterbreiteten Vergleichsvorschlags, so handelt es sich bei letzterem nicht mehr um einen einfachen Vorschlag, sondern um eine Vereinbarung, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 SSR fällt²⁸.

Wie steht es jedoch um den der Vereinbarung vorangegangenen Austausch? Das Bundesgericht hatte bislang noch keine Gelegenheit, sich mit dieser Frage zu beschäftigen. Das Schweizerische Ständesrecht schweigt in dieser Hinsicht, nicht anders, als es diverse Deutschschweizer Ständesrechte taten. Nach Art. 11 der Luzerner Ständesregeln etwa gibt der Anwalt *«den Inhalt von Vergleichsverhandlungen, die ausdrücklich als vertraulich bezeichnet wurden, dem Gericht oder anderen Behörden nicht bekannt. Vorbehalten bleibt die nachträgliche Zustimmung der Gegenpartei»*. In den Bernischen und Zürcher Ständesregeln finden sich dazu keine weiteren Ausführungen²⁹.

²⁴ BGer [03.05.2005] 2A.658/2004 E. 4.3; BGE 140 III 6 E. 3.1.

²⁵ FELLMANN, Art. 12 BGFA, N 24; FELLMANN, Anwaltsrecht, S. 87 N 237; BOHNET/MARTENET, S. 511 N 1193.

²⁶ BOHNET/MARTENET, S. 511 N 1193. Die Ständesregeln der Kantone Neuenburg (Art. 56), Waadt (Art. 13), Jura (Art. 32) und Freiburg (Art. 56) erklärten ausdrücklich, dass der Inhalt vertraulicher Verhandlungen, die auf den Abschluss einer Vereinbarung mündeten, seinen vertraulichen Charakter verliert. Dies ist auch bei den heute noch gültigen Genfer Ständesregeln (Art. 12) der Fall.

²⁷ BGE 144 II 473 E. 4.6.1.

²⁸ Siehe dazu KG VS [06.02.2014] ZWR 2014 293 E. 3.

²⁹ Siehe Art. 28 der Bernischen Ständesregeln, auf welche sich der VEREIN ZÜRCHERISCHER RECHTSANWÄLTE, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1988, S. 74, bezieht.

Einige Westschweizerische Standesregeln haben sich hingegen mit dieser Frage befasst³⁰. So ist Art. 32 der Jurassischen Standesregeln dies zu entnehmen: «*La correspondance contenant la mention «sous les réserves d'usage» ou toute autre formule analogue ne peut être produite que si elle aboutit à un accord définitif*». In Art. 56 der Freiburgischen Standesregeln sodann heisst es: «*Il est interdit à l'avocat de faire état, en justice, des détails de pourparlers transactionnels menés avec une partie adverse pourvue d'un avocat et qui n'ont pas abouti à un accord complet*». Art. 12 lit. b der Genfer Standesregeln liest sich wie folgt: «*L'avocat n'a pas le droit, sans le consentement préalable écrit de son confrère, de produire en justice ou d'évoquer avec des tiers tout ou partie d'échanges confidentiels sauf si ces derniers ont abouti à un accord complet*». Die Waadtländer Standesregeln schienen in dieser Hinsicht deutlicher formuliert: «*Hormis les offres qui constituent l'exercice d'un droit formateur, les pourparlers transactionnels ont toujours un caractère confidentiel. L'avocat ne peut les invoquer que dans la mesure où ils ont abouti et où ils sont indispensables pour déterminer la validité ou la portée de l'accord intervenu*».

Auf jeden Fall lässt sich aus diesen Westschweizerischen Texten ableiten, dass, wenn die Vereinbarung als Briefwechsel (ein Austausch von zwei oder gar mehreren Schreiben) ausgestaltet ist, diese Schreiben angerufen oder vorgelegt werden können. Mit anderen Worten: Der Inhalt eines Briefwechsels, der eine vollständige Vereinbarung festhält, ist nicht mehr vertraulich.

In diesem Zusammenhang ist es von Interesse, einen Blick in die italienischen Standesregeln (Codice Deontologico Forense)³¹ zu werfen, die dieses Prinzip in Artikel 48 (*Divieto di produrre la corrispondenza scambiata con il collega*) präzise zum Ausdruck bringen:

«1. L'avvocato non deve produrre, riportare in atti processuali o riferire in giudizio la corrispondenza intercorsa esclusivamente tra colleghi qualificata come riservata, nonché quella contenente proposte transattive e relative risposte.

2. L'avvocato può produrre la corrispondenza intercorsa tra colleghi quando la stessa:

a) costituisca perfezionamento e prova di un accordo;

b) assicuri l'adempimento delle prestazioni richieste».

Weder aus dieser ausländischen Vorschrift noch aus den zitierten standesrechtlichen Bestimmungen verschiedener Westschweizer Kantone kann allerdings abgeleitet werden, dass alle Gespräche, die dem die Vereinbarung festlegenden

³⁰ Siehe auch CHAPPUIS, *réserves*, S. 38 f.; REISER/VALTICOS, S. 220 f.

³¹ Siehe zu diesem Text bspw. DANONI, S. 120 f.

Austausch vorausgegangen sind, ihren vertraulichen Charakter verlieren würden. Eine solche Schlussfolgerung würde über den Zweck des intendierten Mechanismus hinausgehen und bedeuten, dass verschiedene Punkte, die in vertraulicher Korrespondenz aufgedeckt werden, ihren vertraulichen Charakter verlieren würden, obwohl sie in der Vereinbarung unerwähnt bleiben. Dies würde etwa für bestimmte Tatsachen gelten, die zwar der Gegenpartei offengelegt werden, aber nicht in den Austausch einbezogen sind, den schliesslich die Vereinbarung festhält.

Entsprechend stellt sich die Frage, wie es sich verhält, wenn Äusserungen, die sich nicht in der Vereinbarung selbst spiegeln, für deren Auslegung bedeutsam sind. STEULLET³² zitiert dazu eine frühere Genfer Richtlinie: *«Une question délicate est de savoir si, une fois un accord intervenu entre parties, la levée du caractère confidentiel ne concerne que les textes stipulant l'accord ou également les échanges antérieurs qui y ont conduit. A Genève, la règle suivante prévaut: «Les correspondances confidentielles ayant précédé un accord parfait ne pourront être produites en justice que si elles sont en relation directe avec cet accord et pour autant que cela soit nécessaire à l'interprétation de la convention» (Kreisschreiben vom 5. Januar 1989).*

Die ehemaligen Waadtländer Standesregeln – die einen strikten Standard der Vertraulichkeit enthielten – weisen in dieselbe Richtung. Auch sie stellen darauf ab, ob es *unerlässlich* sei, die entsprechenden Äusserungen geltend zu machen. Im Falle eines in der Vergangenheit liegenden Austauschs ist die Unerlässlichkeit nicht leicht zu definieren. Sie sollte anerkannt werden, wenn die Tragweite eines in der Vereinbarung enthaltenen Punktes ohne Rückgriff auf einen oder mehrere vorherige Austauschvorgänge überhaupt nicht bestimmt werden kann.

Mangels einer solchen Regelung in den Schweizerischen Standesregeln sollte man meines Erachtens behutsam vorgehen, da die Parteien nicht davon ausgehen können, dass die der Vereinbarung vorangegangenen Kommunikationen später verwendet werden könnten. Wie FELLMANN³³ hervorhebt, würden Vergleichsverhandlungen sehr kompliziert, wenn sie im Bewusstsein geführt werden müssten, dass ihnen im Nachhinein eine besondere Bedeutung beigemessen werden könnte. Dies gilt sowohl für den Fall, dass die Gespräche ergebnislos bleiben, als auch, wenn sie zum Erfolg führen. Im letzteren Fall ist es für die Parteien nicht übermässig aufwändig, sich in Bezug auf die Verwendung früherer Briefwechsel zu einigen. Daher ist es angebracht, dass die Parteien diese Frage, etwa in der Präambel, durch einen ausdrücklichen Hinweis auf den erfolgten vertraulichen Austausch oder umgekehrt durch ausdrücklichen Ver-

³² STEULLET, S. 314 f.

³³ FELLMANN, Anwaltsrecht, S. 87 N 238.

zicht auf die Vertraulichkeit einiger oder aller vorheriger Kommunikationsvorgänge regeln. Versäumen sie dies, so bleibt der Austausch in der Vergleichsvereinbarung nicht enthaltener Informationen im Prinzip vertraulich. Wäre dieser Punkt während der Gespräche angesprochen worden, hätte es zweifellos diesbezügliche Diskussionen gegeben. Dies deutet darauf hin, dass die Aufhebung der Vertraulichkeit nicht als selbstverständlich angesehen werden kann.

Diese Auffassung deckt sich mit den Erwägungen eines Entscheids des Luzerner Obergerichts vom 5. November 2002³⁴, der sich auf Art. 12 lit. a BGFA sowie Art. 11 der (ehemaligen) Luzerner Standesregeln stützt. Gemäss diesem Urteil kann eine Partei Vergleichsgespräche auch im Falle einer späteren Vereinbarung zwischen den Parteien nicht offenlegen, ohne damit gegen Art. 12 lit. a BGFA zu verstossen (E. 7.1): *«Auch bei einem Auslegungsstreit kann die richterliche Auslegung durch das Bekanntwerden von Positionen, die eine Partei im Verlauf von Vergleichsverhandlungen zu streitigen Fragen eingenommen hat, beeinflusst werden, so dass hier ebenfalls ein Interesse an Geheimhaltung besteht»*.

Der Entscheid vergleicht die Lage nach einem von den Parteien allein verhandelten Vergleich mit jener nach einem Vergleich in der Schlichtungsverhandlung und argumentiert, die Verhandlungen vor der Schlichtungsbehörde verlören ihren vertraulichen Charakter auch dann nicht, wenn der Vergleich zu Protokoll genommen wird (heute Art. 205 ZPO). Es wäre somit nicht möglich, die Aussagen der Parteien und ihrer Rechtsvertreter zu verwenden, um die erzielte Vereinbarung auszulegen³⁵.

Eine Ausnahme von dieser Regel wäre meines Erachtens³⁶ dann angezeigt, wenn die Offenlegung eines früheren Austauschs zwischen den Parteien unverzichtbar erscheint und ihre Ablehnung rechtsmissbräuchlich wäre. Ficht die Gegenpartei die Beweisofferte an, obliegt es dem Anwalt, den Grund zu beurteilen, der seines Erachtens die Aufhebung der Vertraulichkeit rechtfertigt, da die Aufsichtsbehörde – anders als im Falle des Berufsgeheimnisses – nicht zur Aufhebung der Vertraulichkeit befugt ist³⁷.

³⁴ LGVE 2002 I 97 N 46, auch in ZBJV 2003 928. Derselben Ansicht: BOHNET/MARTENET, S. 511 N 1193. Siehe auch FELLMANN, Art. 12 BGFA, N 24. Anderer Auffassung: CHAPPUIS, réserves, S. 38, 41 f.

³⁵ Siehe LGVE 2002 I 97 N 46 E. 7.1, aus der Zeit der Geltung der Luzerner ZPO.

³⁶ Anderer Auffassung: CHAPPUIS, réserves, S. 42; REISER/VALTICOS, S. 234.

³⁷ KG VS [06.02.2014] ZWR 2014 293 E. 3; CHAPPUIS, réserves, S. 42. Anderer Auffassung, in einem *Obiter Dictum*, LGVE 2002 I 97 N 46 E. 7.2; der Autor teilte zu diesem Zeitpunkt diese Ansicht, BOHNET/MARTENET, S. 511 N 1192; Entscheid des Präsidenten des Genfer Anwaltsverbands, SJ 2011 II 153, 201; REISER/VALTICOS, S. 230 f.

Zusammenfassend obliegt es den Anwälten, ihre Vereinbarung sorgfältig zu formulieren, um spätere Auslegungsprobleme zu vermeiden³⁸. Da ein vertraulicher Austausch nicht einseitig offengelegt werden darf, müssen die Rechtsvertreter auf die verwendeten Ausdrücke und die Vollständigkeit der Vergleichsvereinbarung achten. Ein vertraulicher Austausch wird nur dann gütliche Lösungen begünstigen, wenn die Parteien auch die Gewissheit haben, dass er unter keinen Umständen gegen sie verwendet werden kann³⁹. Die Tatsache, dass er grundsätzlich nicht herangezogen werden kann, um den abgeschlossenen Vergleich auszulegen, liegt in der Natur des Vertraulichkeitsvorbehalts und schwächt diesen nicht.

V. Zusammenfassung

Zwischen Anwälten unter Vertraulichkeitsvorbehalt ausgetauschte Korrespondenz und Vergleichsvorschläge verlieren ihren vertraulichen Charakter grundsätzlich – und ungeachtet späterer Umstände – nicht. Die einzige Ausnahme, die sich aus dem Schweizerischen Ständesrecht ergibt, das vom Bundesgericht als Ausdruck der Gepflogenheiten auf gesamtschweizerischer Ebene anerkannt wird, ist die ausdrückliche Zustimmung der Gegenpartei. Vergleichsverhandlungen unterscheiden sich indessen vom Vergleichsabschluss, der nicht unter Art. 26 SSR fällt. Enthält der Austausch von Willenserklärungen im Rahmen der unter Vertraulichkeitsvorbehalt geführten Vergleichsverhandlungen die Einigung und damit den Vergleich, so ist anzunehmen, dass die entsprechende Korrespondenz ihren vertraulichen Charakter verliert. In allen anderen Fällen ist ein Rückgriff auf einen vorangegangenen Austausch nicht möglich, namentlich also dann, wenn die Einigung die Form einer formellen Vereinbarung annimmt.

Sollte man unter den Schweizerischen Ständesregeln einen Rückgriff auf diesen Austausch zur Auslegung der Vereinbarung zulassen, wenn dies «nötig» oder «unerlässlich» ist, wie dies die Waadtländer und Genfer Ständesregeln annehmen? Die Frage ist grundsätzlich zu verneinen, vorbehaltlich gewisser spezifischer Umstände (wie die Verwendung eines Wortes, dessen Bedeutung in einem vorangegangenen Austausch erläutert worden ist), die eine Verallgemeinerung nicht zulassen.

³⁸ Gemäss CHAPPUIS, réserves, S. 40 f., würde der Anwalt, der nicht darauf achten würde, gegen seine Sorgfaltspflicht verstossen, weil er seinen Mandanten in die Lage versetzen würde, eine subjektive Auslegung der Vereinbarung nicht durchsetzen zu können.

³⁹ CHAPPUIS, réserves, S. 42, sowie REISER/VALTICOS, S. 234, lassen dieses wesentliche Element ausser Acht.

Auf jeden Fall muss die Partei, die einen unter Vertraulichkeitsvorbehalt stehenden Briefwechsel offenlegen möchte, dafür die Zustimmung ihres Korrespondenten einholen müssen. Wird ihr diese verweigert, so wird sie auf die Bekanntgabe verzichten oder aber nachweisen müssen, dass es sich um einen Ausnahmefall handelt, welcher einen Rückgriff auf einen der Vereinbarung vorangegangenen vertraulichen Austausch ausnahmsweise rechtfertigt.

VI. Literaturverzeichnis

BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, *Droit de la profession d'avocat*, Bern 2009 (zit. BOHNET/MARTENET)

BOHNET FRANÇOIS, *Droit des professions judiciaires*, 3. Aufl., Neuenburg/Basel 2014 (zit. BOHNET)

CHAPPUIS BENOÎT, *La profession d'avocat*, Band 1, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHAPPUIS, *profession d'avocat*)

CHAPPUIS BENOÎT, *Le sort des réserves d'usage après la conclusion d'un accord transactionnel*, *Anwaltsrevue* 1/2018, 37 (zit. CHAPPUIS, *réserves*)

DANOVI REMO, *Manuale breve – Ordinamento forense e deontologia*, 2. Aufl., Mailand 2007 (zit. DANOVI)

STEULLET ALAIN, *Remarque sur les réserves d'usage en droit jurassien*, *RJJ* 1995 305 (zit. STEULET)

FELLMANN WALTER, *Anwaltsrecht*, 2. Aufl., Bern 2017 (zit. FELLMANN, *Anwaltsrecht*)

FELLMANN WALTER, *Art. 12 BGFA*, in: Walter Fellmann/Gaudenz Zindel (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit. FELLMANN, *Art. 12 BGFA*)

MEIER ISAAK, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich 2010 (zit. MEIER)

REISER CHRISTIAN M./VALTICOS MICHEL, *Les négociations sous les réserves d'usage*, in: *SJ* 2019 II, 217 (zit. REISER/VALTICOS)

SCHILLER KASPAR, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zürich 2009 (zit. SCHILLER)

VALTICOS MICHEL, *Art. 12 LLCA*, in: *Commentaire romand, Loi sur les avocats*, Basel 2010 (zit. VALTICOS, *Art. 12 LLCA*)

WEDEL HENNING VON, in: Wolfgang Hartung/Hartmut Scharmer (Hrsg.), *Berufs- und Fachanwaltsordnung*, 6. Aufl., München 2016 (zit. WEDEL)