



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Flavio Romerio, Claudio Bazzani

Interne und regulatorische Untersuchungen II



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Flavio Romerio, Claudio Bazzani

Interne und regulatorische Untersuchungen II

Schulthess § 2016

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, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016
ISBN 978-3-7255-7597-8

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Informationen – Vermittlung, Verwertung und Verbreitung bei komplexen Verfahren	7
<i>Dr. Flavio Romerio, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Homburger AG, Zürich,</i>	
<i>Dr. Claudio Bazzani, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Homburger AG, Zürich, und</i>	
<i>Daphne Frei, MLaw, Basel</i>	
Sicht der Aufsichtsbehörde	65
<i>Dr. David Wyss, Fürsprecher, LL.M., Mitglied der Geschäftsleitung, Leiter Geschäftsbereich Enforcement, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Bern</i>	
Sicht der Strafverfolger – Chancen & Risiken	91
<i>Dr. Olivier Thormann, Leitender Staatsanwalt des Bundes, Leiter der Abteilung Wirtschaftskriminalität, Bundesanwaltschaft BA, Bern;</i>	
<i>Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg</i>	
Sicht der Strafverteidiger	141
<i>Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt, Partner bei Meier Fingerhuth Fleisch Häberli Rechtsanwälte, Zürich</i>	
Beweismittelbeschaffung aus der Sicht des Geschädigtenvertreters	151
<i>Dr. Andreas Rüd, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Rüd Winkler Partner, Zürich, und</i>	
<i>Dr. iur. Matthias Michlig, Juristischer Mitarbeiter bei Rüd Winkler Partner, Zürich</i>	

Beweismittelbeschaffung aus der Sicht des Geschädigtenvertreters

Andreas Rüd/Matthias Michlig

Inhalt

I.	Einleitung	152
II.	Beweismittelbeschaffung im Zivilverfahren	153
1.	Übersicht	153
2.	Prozessuale Editionsspflicht der beklagten Partei	153
a)	Übersicht	153
b)	Bestimmtheit des Editionsbegehrens	154
c)	Verweigerungsrecht	157
3.	Herausgabepflicht von Urkunden des öffentlichen Rechts	158
4.	Schriftliche Auskunft (Art. 190 ZPO)	159
5.	Vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO)	160
a)	Übersicht	160
b)	Keine Beweisausforschung („fishing expedition“)	162
6.	Materiellrechtlicher Informations- und Rechenschaftsanspruch gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR	163
a)	Umfang der Rechenschafts- und Herausgabepflicht	163
b)	Geltendmachung des Anspruchs	165
c)	Stolperstein unklares Rechtsbegehren	166
III.	Beweismittelbeschaffung aus dem Strafprozess	168
1.	Akteneinsichtsrecht im Strafprozess	168
2.	Adhäsionsklage	169
IV.	Beweismittelbeschaffung aus dem Verwaltungsverfahren	171
V.	Auskunftsbegehren nach dem Datenschutzgesetz (DSG)	173
1.	Übersicht	173
2.	Umfang des Auskunftsrechts	174
3.	Geltungsbereich des DSG	175
4.	Vorteile des Auskunftsbegehrens gestützt auf das DSG	176
VI.	Ausblick (FIDLEG)	177

I. Einleitung

Im Rahmen der Verhandlungsmaxime haben die Parteien gestützt auf Art. 55 Abs. 1 ZPO die Tatsachen, auf die sie ihr Begehren stützen, zu behaupten und die Beweismittel zu benennen („*da mihi facta dabo tibi ius*“). Es handelt sich bei der Behauptungslast aber nicht um eine Rechtspflicht, sondern um eine Obliegenheit, deren Unterlassung dazu führt, dass die nicht gehörig behauptete Tatsache bei der richterlichen Entscheidung zu Ungunsten der beweisbelasteten Partei nicht berücksichtigt werden darf.¹

Wer beweisbelastete Partei ist, ergibt sich aber nicht aus dem Zivilprozessrecht, sondern aus dem materiellen Privatrecht. Gemäss Art. 8 ZGB hat grundsätzlich diejenige Partei, welche aus einer Tatsache die Entstehung oder den Untergang eines Rechts- oder Rechtsverhältnisses ableiten will, diese Tatsache zu beweisen (subjektive Beweislast). Gelingt der Beweis nicht, ist davon auszugehen, dass sich die Tatsache nicht verwirklicht hat und das Gericht gegen die beweisbelastete Partei zu entscheiden hat (sog. objektive Beweislast).² Häufig existieren im Privatrecht aber Normen, welche die Beweislast anders verteilen, wie beispielsweise die Beweislastverteilung des Verschuldens bei der vertraglichen Haftung (Art. 97 Abs. 1 OR) oder die Beweislastverteilung des Verschuldens beim Verzug (Art. 106 Abs. 1 OR).³

In der Praxis ist es nun häufig so, dass sich die für den Zivilprozess benötigten Beweismittel im Besitz der Gegenpartei befinden. Der vorliegende Aufsatz will anhand möglicher Strategien aufzeigen, welche Möglichkeiten der Anwalt hat, um im Zivilprozess an die benötigten Beweismittel heranzukommen.

¹ Vgl. BaK-GEHRI, Art. 55 ZPO, N 3.

² Leuenberger-Komm-SUTTER-SOMM/VON ARX, Art. 55 ZPO, N 18.

³ Zahlreiche weitere Beispiele zur Beweislastverteilung finden sich in: Leuenberger-Komm-SUTTER-SOMM/VON ARX, Art. 55 ZPO, N 16 sowie in: BK-RÜETSCHI, Art. 160 ZPO, N 20.

II. Beweismittelbeschaffung im Zivilverfahren

1. Übersicht

Auskunfts- und Editionspflichten können gestützt auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen begründet werden. So ist insbesondere zwischen Auskunfts- und Editionspflichten zu unterscheiden, die sich auf das materielle Recht stützen, wie beispielsweise auf Art. 400 Abs. 1 OR oder auf Art. 8 Abs. 1 DSG und solchen, die sich auf das Zivilprozessrecht (Art. 160 ZPO) stützen.⁴

Die Unterscheidung zwischen materiellrechtlichem- und prozessuellem Informationsanspruch ist in der Praxis von grosser Bedeutung, da beim materiellrechtlichen Informationsanspruch eine genaue Bezeichnung der Urkunden – im Gegensatz zum prozessualen Editionsbegehren – nicht nötig ist (siehe unten, II.6.c)). Die Unterscheidung hat zudem auch Folgen für den Rechtsmittelweg. Während die Abweisung von Beweisanträgen als prozessleitende Verfügung im Normalfall erst zusammen mit der Hauptsache angefochten werden kann (Art. 319 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 ZPO), ist der Entscheid über den Hilfsanspruch bzw. das Auskunftsbegehren bei einer Stufenklage aufgrund seiner Natur als Zwischenentscheid (Art. 308 ZPO) selbständig anfechtbar.⁵

2. Prozessuale Editionspflicht der beklagten Partei

a) Übersicht

Befinden sich die benötigten Beweismittel bei der beklagten Partei, besteht für die klagende Partei gestützt auf Art. 160 Abs. 1 lit. a ZPO die Möglichkeit, die benötigten Beweismittel von der beklagten Partei heraus zu verlangen (sog. Editionsbegehren). Verweigert die beklagte Partei die Herausgabe, ohne dazu berechtigt zu sein (vgl. Art. 163 ZPO), wird vermutet, dass sich

⁴ Zahlreiche weitere Beispiele zu materiellrechtlichen Auskunfts- und Editionspflichten finden sich in: BK-RÜETSCHI, Art. 160 ZPO, N 20.

⁵ OGE ZH PC130052 vom 22. November 2013, E. 6a.

die Tatsache so zugetragen hat, wie der Kläger behauptet hat (vgl. Art. 164 ZPO).⁶

b) *Bestimmtheit des Editionsbegehrens*

Der Editionsantrag muss verhältnismässig sein und durch die Beweisbedürftigkeit begründet sein, weshalb in der Rechtschrift anzugeben ist, welche Tatsachenbehauptung mit welchem zu edierenden Beweisstück bewiesen werden soll.⁷ Die zu edierende Urkunde ist im Editionsantrag genau zu bezeichnen.⁸ Für den Herausgabeverpflichteten muss zweifelsfrei feststehen, welche Urkunde er herauszugeben hat.⁹ Ob das Editionsbegehren genügend bestimmt ist, entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen.¹⁰

Ein Editionsantrag ohne genaue Bezeichnung der Dokumente, welcher in der Hoffnung gestellt wird, auf weitere Beweismittel zu stossen (sog. fishing expedition), ist unzulässig.¹¹ Das Editionsbegehren ist nämlich kein Mittel, um an neue Beweismittel zu gelangen, sondern dient dem Zweck, zu beweisen, was man bereits kennt.¹² So stellt ein Editionsantrag, der sich auf die vollständige E-Mailkorrespondenz oder auf sämtliche Geschäftsbücher bezieht, eine unzulässige Beweisausforschung dar.¹³

⁶ STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 18 Rz 106.

⁷ BaK-SCHMID, Art. 160 ZPO, N 24; Leuenberger-Komm-HASENBÖHLER, Art. 160 ZPO, N 10; HASENBÖHLER FRANZ, *Das Beweisrecht der ZPO, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrecht*, Basel/Zürich 2015, § 4 Rz 4.09.

⁸ BaK-SCHMID, Art. 160 ZPO, N 23.

⁹ LIVSCHITZ MARK/SCHMID OLIVER, *Sie wollen klagen – Ihr Gegner hat die Beweise* in AJP 2011 739 ff., 740; vgl. *Kurzkommentar-GASSER/RICKLI*, Art. 160 ZPO, N 7.

¹⁰ BaK-SCHMID, Art. 160 ZPO, N 23, BK-Rüetschi, Art. 160 ZPO, N 16.

¹¹ BGE 130 II 200 E. 5.1; BGER 1P.32/2005 vom 11.07.2005 E. 3.2.; BaK-SCHMID, Art. 160 ZPO, N 24; BK-RÜETSCHI, Art. 160 ZPO, N 16.

¹² LIVSCHITZ/SCHMID (FN 9), 739 ff., 741.

¹³ BaK-SCHMID, Art. 160 ZPO, N 24.

Das Kantonsgericht St. Gallen sah beispielsweise beim Editionsbegehren – gestützt auf die Behauptung der Entwendung von Programmen und Unterlagen durch die Gesuchsgegnerin – welches „*sämtliche Verträge über den Verkauf von Y Messgeräten mit X Software der Gesuchsgegnerin*“ umfasste, einen prozessual unzulässigen Ausforschungsbeweis.¹⁴

In einem Entscheid des Kassationsgerichts Zürich aus dem Jahre 1996¹⁵ wurde die Beklagte durch die Vorinstanz im Beweisabnahmebeschluss verpflichtet, „*die Buchhaltungsbelege aller Firmen des X. aus den Jahren 1982 bis 1989 mitsamt Buchungsbelegen, soweit diese die Konten Rechtskosten betreffen sowie eine Bestätigung des Wirtschaftsprüfers über die Vollständigkeit dieser Unterlagen zu edieren.*“ Ferner wurde die Beklagte zur Edition „*der Korrespondenz zwischen den (Musik-)Autoren Y. und Z. aus den Jahren 1981 bis 1990*“ verpflichtet. Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte Nichtigkeitsbeschwerde. Das Kassationsgericht hob den vorinstanzlichen Entscheid mit der Begründung auf, dass die Auflage zur Vorlegung der gesamten Korrespondenz sowie sämtlicher Geschäftsbücher unzulässig sei. Der Beweisführer hätte genügende Anhaltspunkte gehabt, darzulegen, „*dass zwischen dem Inhalt der Urkunde und dem konkreten Rechtsverhältnis ein objektiver, unmittelbarer Zusammenhang besteht. Völlig unstatthaft ist es, einer Partei die Möglichkeit zu verschaffen, das zur Begründung ihres Anspruches noch fehlende Material aus einer allgemeinen Durchmusterung der Geschäfts- oder Handelsbücher oder der gesamten Korrespondenz des Beweisgegners oder des dritten Inhabers zu gewinnen.*“

Das Obergericht Zürich hingegen sah ein Editionsbegehren „*auf Herausgabe sämtlicher aus den Jahren 2003 und 2004 stammenden Korrespondenz mit I. ___ [es handelt sich dabei um die Erblasserin] und der Beklagten 5 (G. ___), sämtlicher detaillierten Rechnungen (ausgestellt auf die Beklagte 5 oder den Beklagten 6 [H. ___]) und sämtlicher weiteren Akten der für I. ___ (und allenfalls ihren Ehemann) geführten Mandate aus den Jahren 2003 und 2004 durch die O. ___ Treuhand AG, L. ___,*“ als genügend bestimmt an. Das Editionsbegehren stütze sich dabei auf die Behauptung der Kläger/Beschwerdeführer, dass die Erblasserin urteilsunfähig sei sowie auf

¹⁴ Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 17. Juli 2007, ZZ.2006.36 E. 3ccc.

¹⁵ KassGer ZH, ZR 1996 Nr. 62, 189 ff.

die Behauptung, dass die Beklagte 5 alle nötigen Kontakte geknüpft habe, um zu Lebzeiten und von Todes wegen eine höchstmögliche Begünstigung zu erreichen.¹⁶

Auf die von den Beklagten/Beschwerdegegnern gerügte wahllose Edition von Akten („*fishing expedition*“) führte das Obergericht aus, dass der Antrag der Beschwerdeführer zwar unbestimmt sei („*sämtliche Korrespondenz, sämtliche weitere Akten*“), er aber nicht weiter spezifiziert werden könne, weil die Beschwerdeführer naturgemäss keine Kenntnis von den einzelnen Unterlagen haben können.¹⁷

Unseres Erachtens hätte das Obergericht dem Editionsbegehren nicht stattgeben dürfen. In der Praxis ist es geradezu häufig der Fall, dass der Kläger sein Editionsbegehren nicht genügend spezifizieren kann, weil er naturgemäss keine Kenntnis von den einzelnen Unterlagen haben kann. Eine solche Schwierigkeit ist aber im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.¹⁸ Kennt der Kläger die zu edierenden Unterlagen nicht und kann er deshalb die zu edierenden Unterlagen nicht genügend substantiieren, ist dem Editionsbegehren nicht statt zu geben.

Der Geschädigtenvertreter wird deshalb selten ohne vorherige Kenntnis von den sich bei der Gegenpartei befindlichen zu edierenden Unterlagen mit seinem Beweis Antrag durchdringen, da es ihm schlichtweg unmöglich ist, die zu edierenden Urkunden genügend zu substantiieren. Zudem kann die zu edierende Partei immer noch behaupten, dass die zu edierende Urkunde überhaupt nicht existiert. Es gäbe alsdann keine direkten zivilprozessualen Mittel, um die Wahrheit der Bestreitung nachzuprüfen. Dem Richter bleibt in solchen Fällen nur noch die Möglichkeit der Beweiswürdigung zu Ungunsten des Bestreitenden, falls die Bestreitung als unglaubwürdig eingestuft wird.¹⁹

¹⁶ OGE ZH LB140051 vom 1. Dezember 2014 E. 2.3 (Hervorhebung durch die Autoren hinzugefügt).

¹⁷ OGE ZH LB140051 vom 1. Dezember 2014 E. 2.2.1 und 2.2.3 ff.

¹⁸ So ausdrücklich BGer 4A_269/2011 vom 10. November 2011.

¹⁹ LIVSCHITZ/SCHMID (FN 9), 739 ff., 741.

Aus dem Gesagten erhellt, dass ein Editionsbegehren für die Gewinnung neuer Informationen und zur Beweismittelbeschaffung ein denkbar schlechtes Instrument ist. Schlussendlich geht es beim Editionsbegehren nach Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO nicht um die Erweiterung des Wissens des Beweisführers, sondern um die Information des Gerichts zu Beweis Zwecken.

c) *Verweigerungsrecht*

Ausdrücklich ausgenommen von der prozessualen Editionsspflicht ist gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO die anwaltliche Korrespondenz, soweit sie die berufsmässige Vertretung einer Partei oder einer Drittperson betrifft.

Von der Editionsspflicht ausgenommen sind nicht nur Briefe oder E-Mails, sondern auch eigene Aufzeichnungen, Besprechungsnotizen, Strategiepapiere, Vertrags- oder Vergleichsentwürfe usw. die sich beim Klienten, beim Anwalt und sogar beim Dritten befinden.²⁰

Das Verweigerungsrecht ist aber auf die durch Art. 321 Ziff. 1 StGB und Art. 13 BGFA geschützte berufsspezifische Anwaltstätigkeit beschränkt, welche die forensische und beratende Tätigkeit umfasst. Demnach fallen in den gesetzlichen Schutzbereich von Art. 160 Ziff. 1 lit. b ZPO lediglich die Korrespondenz und die Arbeitsprodukte der freiberuflichen Anwälte, nicht aber jene der unternehmensinternen Juristen.²¹ Berufsfremde Aktivitäten, wie beispielsweise „die Vermögensverwaltung, Verwaltungsratsmandate, Geschäftsführung oder Sekretariat eines Berufsverbandes, Mäkelei, Mediation oder Inkassomandate“²² werden nicht vom Anwaltsgeheimnis erfasst.

²⁰ HASENBÖHLER FRANZ (FN 7), § 4 Rz 4.14; BK-RÜETSCHI, Art. 160 ZPO, N 28; Kurzkomentar-GASSER/RICKLI, Art. 160 ZPO, N 8; vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen vom 26. Oktober 2011, BBl 2011, 8181 ff. 8184; BaK-SCHMID, Art. 160 ZPO, N 18.

²¹ BaK-SCHMID, Art. 160 ZPO, N 20; BK-RÜETSCHI, Art. 160 ZPO, N 29.

²² Botschaft zum Bundesgesetz über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Bestimmungen vom 26. Oktober 2011, BBl 2011, 8181 ff., 8184.

3. Herausgabepflicht von Urkunden des öffentlichen Rechts

Akten, die sich im Besitz von Verwaltungs- oder Strafbehörden befinden, sind nicht gestützt auf die Vorschriften der ZPO, sondern nach den massgeblichen Vorschriften des öffentlichen Rechts herauszugeben.²³ Aufgrund der Gewaltenteilung kann das Zivilgericht den Behörden nicht die Vorlegung ihrer Akten befehlen, es sei denn, dass Gericht kann sich auf eine geschriebene oder ungeschriebene Norm abstützen.²⁴

So sieht die Strafprozessordnung in Art. 101 Abs. 2 vor, dass Zivilgerichte die Akten einsehen und für das eigene Verfahren beziehen können, wenn sie diese für die Bearbeitung hängiger Zivilverfahren benötigen und der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Wird die Behörde um Edition ersucht, kann sie aber selber darüber entscheiden, ob das Interesse an der Geheimhaltung ihrer Akten (Amtsgeheimnis) oder dasjenige an der Wahrheitsermittlung durch die Zivilgerichte überwiegt.²⁵

Auch im FINMAG ist in Art. 39 eine Zusammenarbeit der FINMA mit anderen inländischen Behörden vorgesehen. Die Zusammenarbeit *„richtet sich für die FINMA unter Vorbehalt der Artikel 40 und 41 nach den Finanzmarktgesetzen und für die anderen inländischen Behörden nach den für sie geltenden Gesetzen.“* Ein solcher Informationsaustausch zwischen der FINMA und der Meldestelle für Geldwäscherei ist beispielsweise in Art. 29 GwG geregelt.²⁶ Eine Zusammenarbeit der FINMA mit den Zivilgerichten hingegen ist nicht normiert. Demgemäss kann die FINMA von den Zivilgerichten nicht zur Herausgabe von Akten verpflichtet werden.

²³ BGE 80 I 3 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 18 Rz 109; vgl. GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958, 354 FN 19.

²⁴ BGE 80 I 1, 4.

²⁵ BGE 80 I 1, 4.

²⁶ Siehe weitere Beispiele: ZULAUF URS/WYSS DAVID/TANNER KATHRIN/KÄHR MICHEL/FRITSCHÉ CLAUDIA/EYMAN PATRIC/AMMANN FRITZ, Finanzmarktenforcement Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 2. Aufl., Zürich 2014, 206 ff.

4. Schriftliche Auskunft (Art. 190 ZPO)

Die schriftliche Auskunft nach Art. 190 ZPO ist eine Mischform aus Urkundenbeweis, Zeugnis und Gutachten, ohne aber einer dieser Beweismittelformen gänzlich zuordenbar zu sein.²⁷ In der Praxis genießt die schriftliche Auskunft aufgrund ihrer Vielseitigkeit und ihrer Raschheit den Ruf einer effizienten Erkenntnisquelle.²⁸

Die schriftliche Auskunft nach Art. 190 ZPO setzt einen Beweisantrag voraus. Nur dort, wo die schriftliche Auskunft in einem Beweisantrag enthalten ist, wie dies beispielsweise beim Antrag auf Einvernahme eines Zeugen der Fall ist, kann das Gericht – soweit diese Einvernahme nicht erforderlich ist – von sich aus eine schriftliche Auskunft einholen.²⁹

Art. 190 ZPO ermächtigt das Gericht, von Privatpersonen und Behörden schriftliche Auskünfte einzuholen. Schriftliche Auskünfte von Zeugen über tatsächliche Verhältnisse, die von einer Partei eingeholt werden, sind daher keine schriftlichen Auskünfte im Sinne der ZPO, es sei denn, die Gegenpartei anerkenne dessen Inhalt.³⁰ Einer solchen – im Hinblick für den Prozess eingeholten schriftlichen Auskunft durch eine Partei – kann aber die Eignung, die Überzeugungsbildung des Gerichts mitzubestimmen, nicht abgesprochen werden. Ihr kommt daher Urkundenqualität im Sinne von Art. 177 ZPO zu.³¹

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine private Zeugenbefragung mit der anwaltlichen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung gemäss Art. 12 lit. a BGFA aber nur vereinbar, wenn kumulativ 1) eine sachliche Notwendigkeit für die Befragung besteht 2) diese im

²⁷ BK-Rüetschi, Art. 190 ZPO, N 21.

²⁸ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff., 7325.

²⁹ STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 18 Rz 133.

³⁰ BK-RÜETSCHI, Art. 190 ZPO, N 21, Leuenberger-Komm-WEIBEL/NÄGELI, Art. 190 ZPO N 9; ZR 54 Nr. 10, 44.

³¹ SCHWEIZER MARK/EICHENECKER CHRISTIAN, Schriftliche Zeugenaussagen, Jusletter, 28. Februar 2011, 5 und 8; BK-RÜETSCHI, Art. 190 ZPO N 2; vgl. BGer 5P.352/2001 vom 17. Januar 2002, E. 4a.

Interesse des Mandanten liegt und 3) wenn die Befragung so ausgestaltet wird, dass jede Beeinflussung vermieden und die störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch das Gericht bzw. die Untersuchungsbehörde gewährleistet wird.³²

Als sachliche Gründe für eine Kontaktaufnahme kommen beispielsweise Abklärungen im Zusammenhang mit der Einleitung eines Prozesses oder der Einlegung eines Rechtsmittels in Betracht.³³

Zu beachten gilt auch bei der schriftlichen Auskunft, dass das Zivilgericht anderen Amtsstellen gegenüber nicht weisungsbefugt ist, es sei denn, dass Gericht kann sich auf eine geschriebene oder ungeschriebene Norm abstützen.³⁴ Geben die Amtsstellen Auskunft, so müssen sie zudem das Amtsgeheimnis sowie die Datenschutzgesetze beachten. Die Aufforderung zur schriftlichen Auskunft durch das Zivilgericht entbindet die Amtsstellen nicht von der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben.³⁵

5. Vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO)

a) Übersicht

Gemäss Art. 158 Abs. 1 ZPO nimmt das Gericht bei einer vorsorglichen Beweisführung jederzeit Beweis ab. Demnach kann die vorsorgliche Beweisabnahme auch vor einem eigentlichen Prozess erfolgen. Denkbar ist aber auch eine vorsorgliche Beweisabnahme während eines hängigen Prozesses vor der eigentlichen Beweisabnahme, also beispielsweise vor der Instruktionsverhandlung (Art. 226 Abs. 3 ZPO) oder vor den Parteivorträgen (Art. 231 ZPO).³⁶

Die vorsorgliche Beweisführung dient in erster Linie der Sicherung gefährdeter Beweismittel (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Sie ist angezeigt, wenn das

³² BGE 136 II 551 ff.

³³ Kommentar zum Anwaltsgesetz-Fellmann, Art. 12 BGFA, N 23.

³⁴ BGE 80 I 1, 4; vgl. BK-RÜETSCHI, Art. 190 ZPO N 16.

³⁵ BK-RÜETSCHI, Art. 190 ZPO, N 16.

³⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 18 Rz 14.

Beweismittel verloren oder zerstört werden könnte oder die Abnahme erschwert wird, weil der Zeuge beispielsweise nach Übersee auswandern möchte.³⁷

Die vorsorgliche Beweisführung ist aber auch dann zulässig, wenn eine Partei ein schutzwürdiges Interesse an ihr glaubhaft macht (Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO). Als schutzwürdiges Interesse wird von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung auch ein Interesse an der Einschätzung der Prozesschancen bei unklaren Rechtsverhältnissen anerkannt.³⁸ So kann beispielsweise vorsorglich eine Expertise eingeholt werden, die als Grundlage einer Klage oder Abwehr einer Klage dient.³⁹ Mit der vorsorglichen Beweisführung können demnach die Prozesschancen kostengünstig abgeschätzt werden.

Das Bundesgericht verlangt neben einem schutzwürdigen Interesse, dass die gesuchstellende Partei ihren materiellen Anspruch, zu dessen *Beweis* das beantragte *Beweismittel* dienen kann, glaubhaft macht. Bei denjenigen Tatsachen, die mittels vorsorglicher Beweisabnahme beweisen werden sollen, genügt aber eine substantiierte Behauptung.⁴⁰ Demnach wird für die vorsorgliche Beweisführung eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit des behaupteten schutzwürdigen Interesses sowie des behaupteten Anspruchs verlangt. Für die zu beweisenden Tatsachen wird hingegen gerade keine Glaubhaftmachung verlangt, da ansonsten der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt würde.⁴¹

³⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 18 Rz 141; BBI 2006, 7315.

³⁸ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 18 Rz 141; BBI 2006, 7315; BGE 4A_342/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3; BGE 140 III 12 E. 3.3.3; BGE 138 III 76 E. 2.4.2.

³⁹ HASENBÖHLER (FN 7), § 3 Rz 3.121; BK-FELLMANN, Art. 158 ZPO, N 18.

⁴⁰ BGE 4A_342/2014 vom 17. Oktober 2014 E 3; BGE 138 III 76 E. 2.4.2; BGE 140 III 16 E. 2.2.2; BGE 140 III 12 E. 3.3.3.

⁴¹ BGE 138 III 76 E. 2.4.2; vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 18 Rz 39.

b) *Keine Beweisausforschung („fishing expedition“)*

Auch im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung sind die zu edierenden Urkunden so genau wie möglich zu bezeichnen. Ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung wird verneint, wenn die vorsorgliche Beweisabnahme über Editionsbegehren der Ausforschung der Gegenpartei dient („*fishing expedition*“).⁴²

So wurde beispielsweise vom Bundesgericht der Entscheid der Vorinstanz gestützt, welcher ein Editionsbegehren im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung nach kantonalem Recht abwies, welches sich auf die Edition der Abrechnungen für zwei Kreditkarten für die Zeitperiode vom 1. März bis 31. Oktober 2003 bezog und insbesondere „*Zahlungen an Reiseveranstalter, Fluggesellschaften, Hotels, Taxis, Restaurants etc. ausserhalb des damaligen Wohnortes der Klägerin*“ umfassen sollte.⁴³

Die Klägerin/Beschwerdeführerin wollte mit diesem Editionsbegehren ihre Behauptung stützen, dass die Beschwerdegegnerin nach einem Unfall bei der Beschwerdeführerin reisefähig, geschäftsfähig und demnach arbeitsfähig sei und argumentierte, dass sie sämtliche Darstellungen zur angeblichen Arbeitsfähigkeit der Beschwerdegegnerin so konkret behauptet und substantiiert habe, wie ihr dies möglich und zumutbar gewesen sei. Dies gelte insbesondere mit Bezug auf das von der Beschwerdegegnerin organisierte Seminar vom 18. Februar 2003 in London. Es gehe klar zu weit, von der Beschwerdeführerin zu verlangen, die mit dem Londonaufenthalt der Beschwerdegegnerin verbundene Reisetätigkeit noch genauer zu umschreiben, etwa mittels genauer Bezeichnung des An- und Abreisedatums und des benutzten Verkehrsmittels. Die Beschaffung solcher Informationen sei für die Beschwerdeführerin schlicht unzumutbar, ja sogar unmöglich. „*Ihre Behauptungen seien zumindest hinsichtlich des Seminars vom 18. Februar 2003 in London so konkret, dass die Zuordnung der aus den Kreditkartenabrechnungen hervorgehenden relevanten Bezüge zu diesen Behauptungen entgegen der Vorinstanz ohne Weiteres möglich sei.*“ Der Beschwerdeführerin gehe es nicht darum zu beweisen, „*was die Beschwerdegegnerin wo gegessen habe, son-*

⁴² OGE ZH LB120081 vom 31. Oktober 2012, E. 3.1.

⁴³ BGer 4A_269/2011 vom 10. November 2011.

*dern nur, dass diese in der Lage gewesen sei, Reise- und Geschäftstätigkeiten auszuüben.*⁴⁴

Das Bundesgericht schlussfolgerte hingegen, dass in Bezug auf das (Gegen-)Beweisthema einiger Jahre zurückliegenden Geschäfts- und Reisetätigkeit eine gewisse Schwierigkeit bestehe, von solchen Tätigkeiten überhaupt Kenntnis zu erlangen, sie entsprechend konkret zu behaupten und damit den Gegenbeweis zu führen. Diese Schwierigkeit sei aber im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Aus den Kreditkartenabrechnungen lassen sich nur bestimmte Waren- oder Dienstleistungsbezüge belegen. Die Vorinstanz durfte deshalb – ohne überspitzt formalistisch zu sein oder das Recht auf Beweis abzuschneiden – *„verlangen, dass die Beschwerdeführerin entsprechende Waren- oder Dienstleistungsbezüge behauptete, die mit der beantragten Edition der besagten Kreditkartenabrechnungen hätten bewiesen werden können.“* Mangels solcher Vorbringen habe die Vorinstanz die von der X. AG angerufenen Bestimmungen nicht verletzt, indem sie deren Antrag auf vorsorgliche Beweissicherung abwies.⁴⁵

Aus dem zitierten Entscheid des Bundesgerichts ist abzuleiten, dass das Bundesgericht die vorsorgliche Beweisführung weiterhin restriktiv handhaben und Beweisausforschungsversuchen (*„fishing expeditions“*) entgegenzutreten wird. Demnach dient auch die vorsorgliche Beweisführung nicht der Gewinnung neuer Informationen und der Beweismittelbeschaffung, sondern der Sicherung der Beweismittel und der kostengünstigsten Abschätzung der Prozesschancen.

6. Materieilrechtlicher Informations- und Rechenschaftsanspruch gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR

a) Umfang der Rechenschafts- und Herausgabepflicht

Nach Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte jederzeit auf Verlangen des Auftraggebers eine vollständige und detaillierte schriftliche Abrechnung zu

⁴⁴ BGer 4A_269/2011 vom 10. November 2011, E. 3.3.3.

⁴⁵ BGer 4A_269/2011 vom 10. November 2011, E. 3.3.3.

erstatten.⁴⁶ Der Anspruch auf Rechenschaftsablegung soll den Auftraggeber in die Lage versetzen, die vertragsgemässe Erfüllung der Verpflichtungen durch den Beauftragten zu kontrollieren und allenfalls anhand der erlangten Informationen Schadensersatzforderungen zu stellen.⁴⁷ Die Rechenschaftsablegung umfasst deshalb alle Informationen, welche für die Rechtsstellung und die Rechtsausübung, namentlich die Geltendmachung des Weisungs- und Widerrufsrechtes sowie des Rechtes auf Schadenersatz des Auftraggebers von Belang sind.⁴⁸ Von der Rechenschaftspflicht sind demnach auch interne Dokumente betroffen, welche für den Auftrag bzw. für die Überprüfung der vertragsgemässen Ausführung des Auftrags relevant sind, sogar wenn sie ein allfälliges Fehlverhalten der Beklagten beweisen würden.⁴⁹ Die Rechenschaftspflicht ist somit weit gefasst und findet ihre Schranke lediglich im Grundsatz von Treu und Glauben.⁵⁰

Weniger umfassend ist hingegen die Herausgabepflicht, welche alles umfasst, was dem Beauftragten in Ausführung des Mandats vom Auftraggeber ausgehändigt worden oder von Dritten zugekommen ist.⁵¹ So können etwa Aufzeichnungen über Kundenbesuche und -kontakte Gegenstand der Rechenschaftspflicht bilden, obwohl solche (internen) Aufzeichnungen grundsätzlich nicht der Herausgabepflicht unterliegen.⁵² Dies ergibt sich aus dem Zweck der Rechenschaftspflicht. Anders als die Herausgabepflicht, welche die Einhaltung der Treuepflicht garantiert, soll die Rechenschaftspflicht die Kontrolle über die Tätigkeiten des Beauftragten ermöglichen.⁵³

Es ist somit zu differenzieren zwischen (der Herausgabepflicht nicht unterliegenden) internen Dokumenten, deren Inhalt dem Auftraggeber in geeigne-

⁴⁶ BGE 110 II 181 E. 2.

⁴⁷ BK-Fellmann, Art. 400 OR, N 9 ff.

⁴⁸ BK-Fellmann, Art. 400 OR, N 19.

⁴⁹ BK-Fellmann, Art. 400 OR, N 34; BaK-Weber, Art. 400 OR, N 4 f.; vgl. BGE 139 III 49 E. 4.1.2.

⁵⁰ BK-FELLMANN, Art. 400 OR, N 25; siehe zum missbräuchlichen Abrechnungsbegehren BGer 4C.206/2006 vom 12. Oktober 2006 E. 4.3.1.

⁵¹ BGE 122 IV 322 E. 3c/aa.

⁵² BGer 5A_171/2009 vom 15. Oktober 2009 E. 3.5.

⁵³ BGer 5A_171/2009 vom 15. Oktober 2009 E. 3.5 und E. 4.1.3.

ter Form zur Kenntnis gebracht werden muss, um diesem überhaupt die Kontrolle über die Tätigkeiten des Beauftragten zu ermöglichen, und rein internen Dokumenten, wie beispielsweise nie versandten Vertragsentwürfen, welche für die Überprüfung der vertragsgemässen Ausführung des Auftrags durch den Beauftragten nicht relevant sind.

b) *Geltendmachung des Anspruchs*

Der materiellrechtliche Informationsanspruch ist im Gegensatz zum prozessualen Informationsanspruch in einem unabhängigen Verfahren oder vorfrageweise mittels einer Stufenklage gemäss Art. 85 Abs. 1 ZPO geltend zu machen.⁵⁴

Bei der Stufenklage wird das Begehren um Rechnungslegung mit einer unbestimmten Forderungsklage auf Leistung des Geschuldeten verbunden. Hauptanspruch ist dabei die angebehrte Leistung, Hilfsanspruch deren Bezifferung durch Rechnungslegung.⁵⁵

Macht der Kläger seinen materiellrechtlichen Informationsanspruch mittels Stufenklage geltend, muss diese Klage eindeutig als solche bezeichnet werden oder es ist zumindest in der Klagebegründung deutlich zu machen, dass eine Stufenklage vorliegt.⁵⁶ Im zitierten Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft machte der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren Ansprüche aus Arbeitsvertrag geltend und verlangte teilklageweise zunächst nur einen Teil der Forderungen, da der übrige Teil noch nicht bezifferbar sei. Zudem verlangte der Kläger teilklageweise die Aushändigung von Beweismitteln als auch die Auskunftserteilung betreffend die Sozialversicherungsbeiträge. Die Klage wurde mangels genügender Substantiierung abgewiesen. Der Kläger erhob dagegen Appellation und machte geltend, es habe sich bei seiner Klage um eine unechte Stufenklage gehandelt. Das Prozessthema hätte demnach

⁵⁴ Vgl. BGE 140 III 409 E. 4.3 f.; BGer 5A_421/2013 vom 19. August 2013.

⁵⁵ BGE 123 III 14 E. 2b; BGE 116 II 215 E. 4a.

⁵⁶ KGer BL vom 16. Dezember 2008 i.S. A.L/B. AG (100 08 713/AFS E. 3; eine Zusammenfassung des Entscheids findet sich auch in: PIELES YVONNE, Pflicht zur Spezifikation einer Teilklage, Besprechung des Entscheids Kantonsgericht BL, 100 08 713, 16. Dezember 2009, ius.focus, Basel, 2010, Heft 3, 16 f.

auf die Edition der verlangten Unterlagen bzw. Beweismittel beschränkt werden müssen.

Das Kantonsgericht Basel wies die Appellation ab. In seiner Begründung wies das Gericht darauf hin, dass eine Stufenklage ausdrücklich als solche bezeichnet werden, oder sich Entsprechendes zumindest aus ihrer Begründung ergeben müsse. Vorliegend sei die Klage jedoch ausdrücklich als Teilklage bezeichnet worden. Der Kläger habe zudem nur einen Teil seiner Forderungen geltend gemacht und den anderen Teil als unbezifferbar erklärt. Demnach würde eine normale Teilklage verbunden mit Beweisanträgen und keine Stufenklage vorliegen.

In einem Entscheid des Obergerichts Zürich hatte die Gesuchstellerin ihren Unterhaltsanspruch bereits beziffert, weshalb für die Anwendung des materiellrechtlichen Informationsanspruch gestützt auf Art. 170 ZGB kein Raum mehr blieb.⁵⁷

Vor Erhebung einer Klage ist deshalb dringend abzuklären, ob die nötigen Informationen zur Bezifferung der Klage auch im Falle der Abweisung von Beweisanträgen und im Hinblick auf eine substantiierte Begründung gegeben sind. Ist dies nicht der Fall, ist zur Bezifferung der Klageforderung zunächst vorfrageweise auf einen Hilfsanspruch zurückzugreifen und die zu ergreifende Stufenklage als solche erkenntlich zu machen.⁵⁸

c) *Stolperstein unklares Rechtsbegehren*

Beim materiellrechtlichen Informationsanspruch ist eine genaue Bezeichnung der Urkunden im Gegensatz zum prozessualen Editionsbegehren nicht nötig.⁵⁹ Weigert sich aber der Beauftragte, die gewünschten Unterlagen herauszugeben und ist der Auftraggeber deshalb gezwungen, seinen Informationsanspruch gerichtlich durchsetzen, muss er sein Rechtsbegehren auf Rechenschaftsablegung so bestimmt formulieren, dass es bei Gutheissung der

⁵⁷ OGE-ZH PC130052 vom 22. November 2013, E. 5e.

⁵⁸ YVONNE (FN 56), 17.

⁵⁹ LIVSCHITZ/SCHMID (FN 9), 739 ff., 741.

Klage zum Dispositiv des Urteils gemacht und ohne weitere Verdeutlichung vollstreckt werden kann.⁶⁰

Ist ein Rechtsbegehren unbestimmt formuliert, so ist das Rechtsbegehren nach dem objektiven Sinngehalt und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen. Das Gericht kann für die Auslegung auf die Klagebegründung abstellen und unter Umständen durch Ausübung der richterlichen Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO eine Klärung herbeiführen. Bleibt danach ein Rechtsbegehren immer noch unbestimmt und unklar, ist auf die Klage nicht einzutreten.⁶¹

So hat beispielsweise das Handelsgericht des Kantons Zürich im Entscheid vom 15. Juli 2014 zu Recht festgestellt, dass folgende zwei Rechtsbegehren:

„Die Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, der Gesuchstellerin umfassend Rechenschaft über ihre Tätigkeit als Beauftragte der Gesuchstellerin abzugeben (...)“

sowie

„Die Gesuchsgegnerin sei insbesondere unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, die Gesuchstellerin über eigenes Fehlverhalten und daraus resultierende Schadensersatzansprüche vollumfänglich aufzuklären.“

zu unbestimmt sind, um zum Urteilsdispositiv gemacht und ohne weitere Verdeutlichung vollstreckt zu werden, da unklar ist, welche Unterlagen die Gesuchsgegnerin herauszugeben hat.⁶²

Ein genügend bestimmtes Rechtsbegehren hätte beispielsweise wie folgt formuliert werden können: *„Die Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, der Gesuchstellerin Rechenschaft über das von ihr getätigte Geschäft abzugeben und diesbezügliche Unterlagen herauszugeben.“* Dem Editionsverpflichteten muss nämlich auch

⁶⁰ OGE-ZH HE140001 vom 15. Juli 2014, E. 7.2.1.; Leuenberger-Komm-LEUENBERGER, Art. 221 ZPO N 28 m.w.H.

⁶¹ OGE ZH HE140001 vom 15. Juli 2014, 10 f.; BK-KILLIAS, Art. 221 ZPO, N 15; Leuenberger-Komm-LEUENBERGER, Art. 221 ZPO, N 38 f.

⁶² OGE-ZH HE140001 vom 15. Juli 2014, E. 7.3.1.

im Hinblick auf die Strafandrohung von Art. 292 StGB klar sein, welche Urkunden er herauszugeben hat.

III. Beweismittelbeschaffung aus dem Strafprozess

1. Akteneinsichtsrecht im Strafprozess

Kann eine Partei über strafbare Handlungen nur mutmassen oder befinden sich die Beweismittel in fremder Hand, so kann es sich durchaus lohnen, eine Strafuntersuchung herbeizuführen und das Akteneinsichtsrecht als Quelle zivilprozessual nutzbarer Beweise zu nutzen.⁶³

Das Akteneinsichtsrecht stützt sich dabei auf Art. 101 StPO i.V.m. Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO. Vorausgesetzt wird lediglich, dass sich die geschädigte Person als Privatkläger i.S.v. Art. 104 Abs. 1 lit. a StPO konstituiert, indem sie ausdrücklich erklärt, dass sie sich am Strafverfahren beteiligen möchte und zwar als Straf- und/oder Zivilkläger (Art. 118 StPO). Die Erklärung, sich als Privatkläger konstituieren zu wollen, kann schriftlich oder mündlich spätestens bis zum Abschluss des Vorverfahrens gegenüber einer Strafverfolgungsbehörde abgegeben werden (Art. 118 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 119 Abs. 1 StPO). Die Erklärung muss demnach vor dem Erlass eines Strafbefehls nach Art. 318 StPO bzw. vor der Anklageerhebung nach Art. 324 ff. StPO erfolgen.⁶⁴

Da die Privatklägerschaft im Strafverfahren Parteistellung hat, stehen ihr neben dem Akteneinsichtsrecht insbesondere das Recht auf Teilnahme an Verfahrenshandlungen sowie die Stellung von Beweisanträgen und Äusserung zum Verfahren zu (Art. 107 StPO). Stellt die Privatklägerschaft Beweisanträge, so müssen die Beweisanträge zwar nicht begründet werden, es empfiehlt sich aber darzulegen, welche Tatsachen mit dem beantragten Be-

⁶³ DROESSE LORENZ, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Diss Zürich 2008, 2; LIVSCHITZ/SCHMID (FN 9), 739 ff., 744.

⁶⁴ LIEBER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., Art. 118 StPO, N 8.

weismittel erstellt werden sollen.⁶⁵ Ein Beweis Antrag könnte beispielsweise wie folgt lauten: „*Es sei bei der Bank x eine Hausdurchsuchung durchzuführen und dabei seien alle Beweismittel zu beschlagnahmen, welche dem Nachweis der Veruntreuung durch Bankmitarbeiter x dienen*“. Da sich aber Beweiserhebungen durch Polizei und Staatsanwaltschaft bei umfangreicher Delinquenz nicht selten über Jahre hinweg ziehen, braucht der Anwalt bzw. sein Klient die nötige Geduld und ist allenfalls dem Risiko ausgesetzt, dass andere Gläubiger, welche auf dem zivilprozessualen Weg klagen, vor ihm befriedigt werden und er allenfalls leer ausgeht.

2. Adhäsionsklage

Die geschädigte Person kann ihre zivilrechtlichen Ansprüche, welche sich aus einer Straftat ergeben, auch adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen (Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO i.V.m. Art. 122 Abs. 1 StPO), sofern es sich um zivilrechtliche Forderungen handelt, die unmittelbar aus der Straftat hergeleitet werden.⁶⁶

Im Adhäsionsprozess kann sich die geschädigte Person mit wenig Aufwand am Strafverfahren beteiligen und ihre Zivilansprüche gewissermassen „*im Schlepptau*“ des Strafverfahrens geltend machen.⁶⁷ Da sich der Strafrichter im Zivilpunkt auf die im Strafverfahren gewonnenen Erkenntnisse stützt und diese von Amtes wegen ergänzen lassen kann, ist nicht mehr die geschädigte Person, sondern die Staatsanwaltschaft für die Beweismittelbeschaffung zuständig.⁶⁸ Auch hier stehen der Privatklägerschaft neben dem Akteneinsichtsrecht insbesondere das Recht auf Teilnahme an Verfahrenshandlungen sowie die Stellung von Beweis Anträgen und Äusserung zum Verfahren zu (Art. 107 StPO).

⁶⁵ BaK-STEINER, Art. 318 StPO, N 10.

⁶⁶ BaK-MAZZUCHELLI/POSTIZZI, Art. 119 StPO, N 12; BaK-DOLGE, Art. 122 StPO, N 64 f.; LIEBER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., Art. 122 StPO, N 5.

⁶⁷ DROESSE (FN 63), 38; N 702, LIEBER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., Art. 122 StPO, N 3.

⁶⁸ LIEBER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., Art. 122 StPO, N 3.

Wesentlicher Vorteil des Adhäsionsprozesses ist, dass die geschädigte Person gestützt auf Art. 73 StGB die Verwendung von bezahlten Geldstrafen, Busen und eingezogener Gegenstände zur Deckung des gerichtlich festgesetzten Schadensersatzes bzw. der Genugtuung verlangen kann. Vorausgesetzt wird, dass die geschädigte Person ihre Forderung an den Staat abtritt (Art. 73 Abs. 2 StGB). Wird eine solche Zuweisung beantragt, hat das Strafgericht zwingend nach Beurteilung der Zivilklage zusätzlich über die Zuweisung zu entscheiden.⁶⁹

Ein weiterer Vorteil des Adhäsionsprozesses ist, dass – anders als im Zivilprozess (siehe Art. 98 ZPO) – die Privatklägerschaft keinen Kostenvorschuss zu leisten hat. Sie hat lediglich gemäss Art. 125 StPO auf Wunsch der beschuldigten Person eine Sicherheit für die mutmasslichen Aufwendungen dieser Person betr. die Zivilpunkte zu leisten (sog. Kautio), wenn sie keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hat (lit. a), zahlungsunfähig erscheint (lit. b) oder aus anderen Gründen eine erhebliche Gefährdung oder Vereitelung des Anspruchs der beschuldigten Person zu befürchten ist (lit. d). Art. 125 Abs. 1 StPO entspricht dabei der in Art. 99 ZPO verankerten Kautionspflicht.

Ein grosser Nachteil ist hingegen, dass das Strafgericht nach dem Grundsatz „*in dubio pro reo*“ (Art. 10 Abs. 3 StPO) von der Sachverhaltsdarstellung des Beschuldigten ausgeht, was dazu führen kann, dass das Gericht zum Nachteil des Privatklägers von den Beweislastverteilungsregeln von Art. 8 ZGB abweicht.⁷⁰ Geht das Strafgericht beispielsweise zu Gunsten des Beschuldigten davon aus, dass es sich um eine Schenkung anstatt ein Darlehen handelt, so ist es bei der Beurteilung der Zivilforderung an seine Feststellung gebunden.

Ist die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwändig, so kann das Gericht die Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden und im Übrigen auf den Zivilweg verweisen (Art. 126 Abs. 3 StPO). Der unverhältnismässige Aufwand muss sich auf die Beweiserhebung beziehen, nicht aber auf die rechtliche Beurteilung. Ein unverhältnismässiger

⁶⁹ BaK-BAUMANN, Art. 73 StGB, N 5 ff.

⁷⁰ LIEBER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., Art. 122 StPO, N 4e; BGE 6B_780/2009 vom 21. Januar 2010 E. 2.1.

Aufwand liegt etwa dann vor, wenn bei Körperschäden zur Feststellung der Schadenshöhe lang dauernde Begutachtungen notwendig sind, der Heilungsvorgang noch nicht abgeschlossen ist, allfällige Spätfolgen abzuwarten sind oder komplexe Schadensberechnungen vorzunehmen sind.⁷¹ In einem solchen Fall kann sich das Strafgericht bei der Beurteilung der Zivilklage auf die Frage beschränken, ob und aus welchem Rechtsgrund der Privatklägerschaft Zivilforderungen zustehen. Die Bestimmung der Höhe der Ansprüche kann das Strafgericht dem Zivilgericht überlassen.⁷² Entscheidend ist, ob zur Beurteilung der Forderung ein umfangreiches Beweisverfahren nötig ist, welches die gerichtliche Beurteilung ungebührlich lange verzögern würde.⁷³

IV. Beweismittelbeschaffung aus dem Verwaltungsverfahren

Der Geschädigtenvertreter könnte beispielsweise in einem Bankenprozess versucht sein, ein Enforcementverfahren gegen die fehlbare Bank anzustrengen, um sich im Verwaltungsverfahren die benötigten Beweismittel zu beschaffen. Um im Verwaltungsverfahren an die benötigten Beweismittel heranzukommen, ist jedoch eine Parteistellung nötig. Denn erst die Parteistellung impliziert Parteirechte, wie beispielsweise den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG) sowie das Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 1 VwVG).

Als Parteien gelten gemäss Art. 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten durch die Verfügung berührt sind, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Die Parteistellung setzt mithin die Beschwerdelegitimation i.S.v. Art. 48 VwVG voraus.⁷⁴

⁷¹ Siehe beispielsweise OGE ZH SB140249 vom 20. Januar 2015.

⁷² Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, 1085 ff., 1175; BaK-DOLGE, Art. 126 N 45.

⁷³ OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 572.

⁷⁴ VwVG Kommentar-HÄNER, Art. 6 VwVG, N 1.

Dem Adressaten einer Verfügung kommt ohne Weiteres Parteistellung zu, da ihm gegenüber im Rahmen der Verfügung rechtsverbindlich Rechte und Pflichten auferlegt werden und er dadurch besonders berührt ist.⁷⁵

Neben dem Verfügungsadressaten kommt aber auch Drittpersonen Parteistellung zu, wenn sie durch die zu beurteilende Verfügung besonders berührt sind und ein hinreichend schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung haben.⁷⁶ Als besonders berührt gilt eine Drittperson, wenn sie eine besonders beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache aufweist.⁷⁷ Diese Beziehungsnähe ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung durch die Drittperson gesondert darzulegen.⁷⁸ Die Drittperson hat nachzuweisen, dass sie ein persönliches Interesse hat, welches sich vom allgemeinen Interesse der übrigen Bürger abhebt. Ein ausschliesslich öffentliches Interesse genügt nicht.⁷⁹ Das schutzwürdige Interesse kann dabei rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein⁸⁰ und besteht darin, dass die Drittperson durch den Ausgang des Verfahrens einen unmittelbaren materiellen oder immateriellen Nachteil erleidet bzw. erleiden könnte.⁸¹ „Zwischen dem Streitgegenstand und dem legitimationsbegründenden persönlichen und spürbaren Nachteil muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen“.⁸²

Hat der Geschädigtenvertreter nun beispielsweise bei der FINMA Anzeige gegen eine fehlbare Bank erstattet und die FINMA ein Enforcementverfahren eröffnet, so finden die Bestimmungen des VwVG Anwendung (Art. 53 FINMAG). Der Geschädigtenvertreter muss nun für seine geschädigten Klienten ein schutzwürdiges Interesse und ein besonderes Berührtsein nachwei-

⁷⁵ Vgl. VwVG Kommentar-HÄNER, Art. 6 VwVG, N 5 und Art. 48 VwVG, N 11.

⁷⁶ BGE 2C_77/2009 vom 2. Juni 2009, E. 4.2.

⁷⁷ BGE 135 II 172 E. 2.1.; BGE 127 II 264 E. 2c.; VwVG Kommentar-HÄNER, Art. 48 VwVG, N 12.

⁷⁸ BGE 120 Ib 431 E. 1; VwVG Kommentar-HÄNER Art. 48 N 12.

⁷⁹ BGE 135 II 172; Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, 4202 ff., 4329.

⁸⁰ BGE 121 II 176 E. 2; BGE 120 Ib 379 E. 4b; BGE 98 Ib 53 E. 2; VwVG Kommentar-HÄNER, Art. 48 VwVG, N 18.

⁸¹ VwVG Kommentar-HÄNER, Art. 48 VwVG, N 20; BGE 131 II 587 E. 2.1.

⁸² BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.1.

sen, um Parteistellung und damit Einsicht in die Akten der FINMA zu erhalten. Ein solch schutzwürdiges Interesse nachzuweisen, dürfte aber fast unmöglich sein. So führte das Bundesgericht in BGE 139 II 279 aus, dass es im Rahmen der Banken- und Finanzmarktaufsicht nicht ausreicht, *„dass der Anzeiger Anleger oder Kunde bei der betreffenden Bank ist; er muss vielmehr glaubhaft nachweisen, dass und inwiefern seine Rechte als Anleger konkret gefährdet oder verletzt sind und er deshalb ein eigenes, unmittelbares schutzwürdiges Interesse an einer aufsichtsrechtlichen Untersuchung oder an einer bestimmten Massnahme hat.“*

Eine Anzeige an die FINMA genügt nicht, um dadurch ein schutzwürdiges Interesse zu erwirken.⁸³ Aus Art. 31 FINMAG kann kein Rechtsanspruch der Anleger oder der Bankkunden auf ein Tätigwerden der FINMA abgeleitet werden kann – soweit keine Beschwerdelegitimation nach Art. 24 BankG besteht. Ein ablehnender Entscheid über eine beantragte Aufsichtsmassnahme begründet deshalb auch keine Parteistellung.⁸⁴ Vorbehalten hat die Rechtsprechung aber die Fälle, in welchen die zur Ausübung der Aufsicht verpflichtete Behörde eine vom Anzeiger beantragte Aufsichtsmassnahme – an welcher dieser ein konkretes Interesse hat – abgelehnt hat.⁸⁵ So hat beispielsweise das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation der Inhaberin von Anteilsscheinen bejaht, welche von der damaligen Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) die Abberufung des Sachwalters verlangte.⁸⁶

V. Auskunftsbegehren nach dem Datenschutzgesetz (DSG)

1. Übersicht

Eine überaus effiziente, wie auch kostengünstige Möglichkeit vorprozessual an die benötigten Beweismittel zu kommen, stellt das Auskunftsbegehren

⁸³ BGE 139 II 279 E. 2.3; BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2011, E. 3.1; vgl. BGE 135 II 145 E. 6.1.

⁸⁴ BGE 139 II 279 E. 4.1 und 4.2.

⁸⁵ BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.1; vgl. BGE 135 II 145 E. 6.1; BGE 130 II 149 E. 3.3, BGE 120 Ib 351 E. 3b.

⁸⁶ BGE 98 Ib 53 E. 2 und E. 4.

nach DSGVO dar. Dabei wird beispielsweise die Gegenpartei gestützt auf Art. 8 DSGVO aufgefordert, sämtliche bankinternen Personendaten über die betroffene Person herauszugeben, wobei auch noch auf die Strafbestimmung von Art. 34 DSGVO hingewiesen werden kann.⁸⁷

2. Umfang des Auskunftsrechts

Art. 8 Abs. 2 DSGVO regelt den Gegenstand des Auskunftsrechts. Der Gesetzgeber verpflichtet den Inhaber der Datensammlung in Art. 8 Abs. 2 lit. a DSGVO die betroffene Person über alle in der Datensammlung vorhandenen Daten über sie – einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten – zu informieren. Es handelt sich dabei im Vergleich zum auftragsrechtlichen Auskunftsrecht um einen umfassenden Anspruch auf Auskunft,⁸⁸ welcher auch Daten mit sehr geringem Personenbezug und geringer Gefährdung der Persönlichkeit der betroffenen Person umfasst.⁸⁹

Nebst den Daten, welche im direkten Zusammenhang mit der Auftragsausführung angefertigt wurden (Verträge, Kontoauszüge, Anlageprofil, schriftliche Weisungen des Kunden etc.), fallen auch bankinterne Personendaten darunter, wie beispielsweise kundenbezogene Vertragsentwürfe, Besprechungsnotizen, interne Sitzungsprotokolle, Aktenvermerke über das weitere Vorgehen oder noch abzuklärende Fragen, interne Stellungnahmen und Untersuchungsberichte.⁹⁰ Nicht unter den Anwendungsbereich des DSGVO fallen aber interne Notizen von Bankmitarbeitern zum persönlichen Gebrauch sowie nicht personenbezogene bankinterne Daten.⁹¹ Diese sind allenfalls im Rahmen eines zivilprozessualen Editionsbegehrens herauszugeben.

Private als Inhaber einer Datensammlung können die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit eigene überwiegende Interessen es erfordern und sie die Personendaten nicht an Dritte bekannt geben (Art. 9

⁸⁷ Siehe zu einem möglichen Rechtsbegehren BGE 138 III 425.

⁸⁸ Vgl. BGE 125 II 321 E. 3c; BGE 125 II 473 E. 4b.

⁸⁹ Handkommentar DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 3 DSGVO N 2.

⁹⁰ Die Beispiele beruhen auf: HEIZ ROMAN/TAVOR EYAL/BRACHER NICOLAS, Auskunftsrecht nach DSGVO – Hilfsmittel zur Beweisausforschung, Spotlight 2012.

⁹¹ OGE ZH LB100078 vom 1. Oktober 2011, E. 4 ee.

Abs. 4 DSG). Eine Einschränkung ist beispielsweise zulässig, wenn der Inhaber der Sammlung befürchten muss, dass der Gesuchsteller Wirtschaftsspionage betreibt.⁹² Entscheidend ist lediglich, ob das Eigeninteresse an der Geheimhaltung überwiegt und daher gerechtfertigt ist. Es handelt sich schlussendlich um eine einzelfallbezogene Interessenabwägung.⁹³ Ein Auskunftsbegehren, welches dazu dient, rechtliche Schritte zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vorzubereiten, stellt aber kein überwiegendes berechtigtes Interesse an der Auskunftsverweigerung dar.⁹⁴

Der Anspruch auf Auskunft gestützt auf das DSG findet seine Grenze lediglich im schwer fassbaren Begriff des Rechtsmissbrauchsverbots.

*„Eine zweckwidrige Verwendung des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts und damit Rechtsmissbrauch wäre wohl auch anzunehmen, wenn das Auskunftsbegehren einzig zum Zweck gestellt wird, die (spätere) Gegenpartei auszuforschen und Beweise zu beschaffen, an die eine Partei sonst nicht gelangen könnte. Denn das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG will nicht die Beweismittelbeschaffung erleichtern oder in das Zivilprozessrecht eingreifen“.*⁹⁵

Kann eine Partei ihren Informationsanspruch aber auch auf Art. 400 Abs. 1 OR oder eine andere Norm des materiellen Rechts stützen, wird es der auskunftsverpflichteten Partei kaum gelingen, rechtsmissbräuchliches Verhalten der gesuchstellenden Partei zu beweisen.⁹⁶

3. Geltungsbereich des DSG

Das DSG gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen sowie durch Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 DSG). Da das Auskunftsrecht grundsätzlich ohne Interessennachweis ausgeübt werden kann, braucht es nicht datenschutzrechtlich motiviert zu sein.

⁹² BaK-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU/NEUMANN/BRESSON, Art. 9 DSG, N 29.

⁹³ DSG-Handkommentar-ROSENTHAL, Art. 9 DSG, N 17.

⁹⁴ BGE 138 III 42 E. 6.4.

⁹⁵ BGE 138 II 425 E. 5.5.

⁹⁶ Vgl. BGE 138 II 425 E. 5.6 und E. 6.4.

„Die Gefahr, dass ein datenschutzrechtliches Auskunftsbegehren zu einer verpönten Beweisausforschung des späteren Prozessgegners missbraucht werden könnte“, bildet keinen Grund, den Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes einzuschränken.⁹⁷

Auf hängige Zivilprozesse findet das DSG aber keine Anwendung (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG). Nach dem Wortlaut von Art. 62 Abs. 1 ZPO ist ein Zivilprozess hängig, sobald er vor eine gerichtliche Instanz gebracht wurde, wozu auch der Friedensrichter zählt.⁹⁸ Generell kann gesagt werden, dass mit der erstmaligen Einreichung einer verfahrensauslösenden Rechtschrift das DSG aufgrund von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG nicht mehr anwendbar ist.⁹⁹

Der Geschädigtenvertreter ist demnach gut beraten, wenn er mit der Einreichung der Klage zuwartet, bis sein Auskunftsbegehren nach DSG durch die Gegenpartei beantwortet wird.

4. Vorteile des Auskunftsbegehens gestützt auf das DSG

Ein Auskunftsbegehren nach DSG bietet vielerlei Vorteile. So kann das Auskunftsrecht nach DSG einfach und ohne besonderen Interessennachweis geltend gemacht werden.¹⁰⁰ Der Auskunftersuchende ist insbesondere nicht verpflichtet, sein Auskunftsbegehren zu begründen, zu spezifizieren und die herauszugebenden Informationen im Einzelnen zu bezeichnen.¹⁰¹ Der Auskunftsverpflichtete ist zudem gemäss Art. 1 Abs. 4 VDSG verpflichtet, die Auskunft innert 30 Tagen seit Eingang des Auskunftsbegehens zu erteilen. Kann der Auskunftsverpflichtete die Auskunft nicht innerhalb von 30 Tagen erteilen, muss er den Gesuchsteller benachrichtigen. Gleichzeitig ist die Frist mitzuteilen, in der die Auskunft erfolgen wird.

⁹⁷ BGE 138 III 425 E. 4.3.

⁹⁸ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 12 Rz 1.

⁹⁹ BGer vom 17. April 2012; 4A_688/2011; BGE 138 III 425; BaK-MAURER/KUNZ, Art. 2 DSG, N 30a.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 138 III 425.

¹⁰¹ Vgl. DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 8 Abs. 1 DSG, N 11.

Das Auskunftsbegehren hat zudem gestützt auf Art. 8 Abs. 5 DSG kostenlos zu erfolgen. Art. 2 VDSG sieht aber vor, dass eine angemessene Kostenbeteiligung bis zum Höchstbetrag von CHF 300 verlangt werden kann, wenn die Auskunftserteilung mit einem besonders grossen Arbeitsaufwand verbunden ist.

Aus dem Gesagten erhellt, dass das Auskunftsbegehren nach Art. 8 DSG für den Geschädigtenvertreter ein ideales Mittel darstellt, um vorprozessual an die für einen Zivilprozess benötigten Beweismittel zu gelangen. Das Auskunftsrecht nach DSG findet seine Schranke lediglich am schwierig zu beweisenden Rechtsmissbrauchsverbot und der Geltendmachung eigener überwiegender Interessen durch die Gegenpartei, die dem Auskunftsbegehren entgegenstehen.

VI. Ausblick (FIDLEG)

Mit dem Ziel, den Kundenschutz auf dem schweizerischen Finanzsektor zu stärken, wurde im Frühjahr 2012 das Gesetzgebungsprojekt eines sektorübergreifenden Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) gestartet.¹⁰²

Art. 72 FIDLEG sieht neu für *„sämtliche Finanzdienstleister vor, dass die Kundin oder der Kunde einen Anspruch auf Herausgabe einer Kopie des Kundendossiers sowie sämtlicher Dokumente hat, die der Finanzdienstleister im Rahmen seiner Geschäftsbeziehung erstellt hat.“* Art. 72 FIDLEG soll dabei *„sowohl Dokumente oder Unterlagen in Papierform als auch entsprechende elektronische oder elektronisch geführte Dokumente, Dateien oder Aufzeichnungen aller Art“* erfassen, zu deren Führung der Finanzdienstleister nach Massgabe von Artikel 15 FIDLEG verpflichtet ist. Ausgenommen von der Herausgabepflicht sind wie bei *„Artikel 400 OR lediglich rein interne Dokumente wie vorbereitende Studien, Notizen oder (Vertrags-)Entwürfe, bezüglich welcher gerade keine Informations- oder Dokumentationspflicht besteht und die daher für die Überprüfung des vertrags- und gesetzeskon-*

¹⁰² Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 25. Juni 2014 zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) und Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), 2, 8 ff.

formen Verhaltens des Finanzdienstleisters nicht relevant sind.“ Es handelt sich dabei um einen privat- und materiellrechtlichen Anspruch, der jederzeit geltend gemacht werden kann.¹⁰³

Ob die in FIDLEG stipulierte Rechenschafts- und Herausgabepflicht weiter geht, als die in Art. 400 Abs. 1 OR normierte Pflicht aus dem Auftragsrecht, wird derzeit in der Lehre kontrovers diskutiert.¹⁰⁴ So gehen beispielsweise AMADÒ FLAVIO/DE VECCHI RAFFAELE/MOLO GIOVANNI davon aus, dass der Herausgabanspruch aus Art. 72 FIDLEG auch interne Aufzeichnungen enthalte – welche sich im Kundendossier befinden – die im Rahmen von Art. 400 Abs. 1 OR nicht herauszugeben wären.¹⁰⁵ FISCHER PHILIPP/AMIGUET ANTOINE vertreten dagegen die Ansicht, dass sich Art. 72 FIDLEG mit dem heutigen Art. 400 Abs. 1 OR überschneidet.¹⁰⁶

Aufgrund der Vernehmlassungsvorlage, welche sich explizit auf Artikel 400 OR bezieht und rein interne Dokumente von der Informations- oder Dokumentationspflicht ausklammert,¹⁰⁷ ist aber davon auszugehen, dass der neue Art. 72 FIDLEG nicht weiter geht als Art. 400 OR.

¹⁰³ Erläuternder Bericht (FN 102), 81.

¹⁰⁴ Siehe ZAUGG NIKLAUS, Vorprozessualer Anspruch von Bankkunden auf Erstellung von Stichtagbewertungen ihres Portfolios?, AJP 7/2015, 1019, 1025.

¹⁰⁵ AMADÒ FLAVIO/DE VECCHI RAFFAELE/MOLO GIOVANNI, Die regulatorischen und zivilrechtlichen Aspekte des FIDLEG-Projektes: eine kritische Auseinandersetzung, AJP 12/2013, 1783 ff., 1803.

¹⁰⁶ FISCHER PHILIPP/AMIGUET ANTOINE, LSFIn/LEFin – „Wind of Change“ ou „Highway to Hell“, Anwaltsrevue 1/2015, 35 ff., 35.

¹⁰⁷ Erläuternder Bericht (FN 102), 81.