

Beweiserhebung mittels Parteiaussage

DISSERTATION
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften
sowie Internationale Beziehungen (HSG)
zur Erlangung der Würde einer
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Tabea Lorenz

von

Ried-Brig (Wallis)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Markus Müller-Chen

und

Prof. Dr. Martin Kaufmann

Dissertation Nr. 4841

Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2019

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 24. Oktober 2018

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 32 der Schriftenreihe
«Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht»
ISBN 978-3-03891-072-5

Meinen Eltern

Vorwort

Um das Projekt einer Dissertation neben einem Vollzeitarbeitspensum erfolgreich realisieren zu können, benötigt man neben viel eigener Ausdauer grosse Unterstützung seines persönlichen Umfelds. Beim Verfassen dieser Dissertation wurde ich von zahlreichen Personen in vielfältiger Art unterstützt.

Vorab und an erster Stelle richtet sich mein besonderer Dank an meinen Doktorvater, Prof. Dr. Markus Müller-Chen, welcher mich während all der Jahre, die ich als Assistentin an seinem Lehrstuhl verbringen durfte, stets förderte, unterstützte und wohlwollend begleitete – ohne ihn wäre die vorliegende Dissertation nie entstanden.

Ein spezieller Dank gebührt zudem Prof. em. Dr. Dr. h. c. Ivo Schwander, welcher mich mit seiner Begeisterung für juristische Themen stets inspirierte und das Thema dieser Dissertation anregte, sowie Prof. Dr. Martin Kaufmann für die Übernahme des Korreferats und die aufschlussreichen Gespräche.

Ein grosses Dankeschön geht sodann an Silvia Renninger, Eliane Ess-Schneider, Michael Haller, Jan Oliver Lorenz und Laura Fontana für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Tief verbunden und dankbar bin ich meinem Lebenspartner David Banjac, welcher auf dem gesamten Weg zum Erfolg dieser Arbeit viel auf mich verzichten musste, mir dabei jedoch stets mit viel Verständnis und Geduld zur Seite stand.

Mein tiefster Dank gebührt jedoch meinen Eltern, Angelika und Jan Oliver Lorenz, denen ich mehr verdanke, als sich in Worte fassen lässt. Sie haben mich in beruflicher Hinsicht immer gefördert und grosszügig unterstützt. Vor allem danke ich ihnen für den wertvollen Rückhalt in persönlichen Belangen und das schöne «Dihei» während all der Jahre. Ihnen sei diese Arbeit in Liebe gewidmet.

Zürich, im Oktober 2018

Tabea Lorenz

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis	XXXV
Zusammenfassung	XXXVII
Abstract	XXXVIII
Résumé	XXXIX

Erster Teil: Einleitung und Grundlagen	1
§ 1 Einleitung.....	3
§ 2 Begriff und Zweck der Parteiaussage	7
§ 3 Beweisrechtliche Grundlagen	11
§ 4 Abgrenzung zwischen der Partei- und Drittstellung	29
§ 5 Zusammenfassung	45

Zweiter Teil: Allgemeine beweisrechtliche Merkmale der Parteiaussage	47
§ 6 Rechtsgrundlagen und Entstehungsgeschichte	49
§ 7 Gegenstand der Parteiaussage.....	71
§ 8 Abgrenzungen.....	81
§ 9 Mittels Parteiaussage zu befragende Personen	93
§ 10 Verhältnis zwischen der Parteibefragung und der Beweisaussage	113
§ 11 Zusammenfassung	117

Dritter Teil: Besondere verfahrensrechtliche Merkmale der Parteiaussage	119
§ 12 Erfordernis eines Beweisantrags.....	121
§ 13 Aussagepflicht als prozessuale Mitwirkungspflicht	145
§ 14 Gerichtliche Aufklärungspflicht	165
§ 15 Durchführung der Befragung.....	183

§ 16	Würdigung der Parteiaussage.....	197
§ 17	Zusammenfassung.....	209

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis	XXXV
Zusammenfassung	XXXVII
Abstract	XXXVIII
Résumé	XXXIX

Erster Teil: Einleitung und Grundlagen 1

§ 1 Einleitung.....	3
§ 2 Begriff und Zweck der Parteiaussage	7
I. Begriff.....	7
II. Zweck.....	8
A. Allgemeines	8
B. Parteiaussage als Instrument der Rechtsfindung.....	8
§ 3 Beweisrechtliche Grundlagen	11
I. Beweisgegenstand	11
II. Beweisanspruch.....	12
A. Recht auf Beweis	12
B. Beweisantrag.....	15
III. Beweiserhebung	17
A. Allgemeines	17
B. Beweisverfügung	19
C. Beweiserhebung durch das Gericht	20
D. Teilnahmerecht der Parteien	22
E. Auswärtige Beweiserhebung	23
IV. Beweismittel.....	24
§ 4 Abgrenzung zwischen der Partei- und Drittstellung	29
I. Relevanz der Abgrenzung	29
A. Im Allgemeinen	29
B. Beweismittel der Einvernahme	30
C. Mitwirkungspflicht	30
D. Verweigerungsrecht.....	31

II.	Parteistellung im Zivilprozess	32
A.	Parteibegriff	32
B.	Parteifähigkeit	34
1.	Allgemeines	34
2.	Parteifähigkeit aufgrund Rechtsfähigkeit	34
3.	Parteifähigkeit rechtsunfähiger Gebilde	36
4.	Fehlende Parteifähigkeit	37
C.	Umfang der Parteistellung	37
D.	Ausschliesslichkeit der Parteistellung	38
E.	Einvernahme der Partei	39
III.	Drittstellung im Zivilprozess	40
A.	Begriff des Dritten	40
B.	Einvernahme des Dritten	41
§ 5	Zusammenfassung	45
 Zweiter Teil: Allgemeine beweisrechtliche Merkmale		
	der Parteiaussage	47
§ 6	Rechtsgrundlagen und Entstehungsgeschichte	49
I.	Entwicklungen in der Schweiz ab dem 19. Jahrhundert	49
A.	Allgemeines	49
B.	Bund	49
C.	Kantone	50
II.	Rechtslage vor dem Inkrafttreten der ZPO	53
A.	Überblick	53
B.	Rechtslage in ausgewählten Kantonen	56
1.	Aargau	56
2.	Basel-Stadt und Basel-Land	57
3.	Bern	58
4.	Solothurn	59
5.	St. Gallen	59
6.	Thurgau	60
7.	Zürich	61
III.	Gesetzgebungsverfahren	63
A.	Vorentwurf	63
B.	Vernehmlassungen	64
C.	Botschaft und Entwurf des Bundesrates	67
1.	Überblick	67

2. Parteibefragung	68
3. Beweisaussage.....	68
D. Parlamentarische Beratung	69
E. Heutige Rechtslage	70
§ 7 Gegenstand der Parteiaussage.....	71
I. Rechtserhebliche und streitige Tatsachen	71
A. Allgemeines	71
B. Tatsachenbehauptungen.....	71
C. Rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen	72
D. Streitige Tatsachenbehauptungen	73
II. Unmittelbare Wahrnehmungen	74
A. Grundsatz.....	74
B. Parteiaussage vom Hörensagen	75
1. Allgemeines.....	75
2. Anlehnung an das Zeugnis vom Hörensagen	75
a) Überblick	75
b) Entstehungsgeschichte von Art. 169 ZPO	76
c) Lehre	77
d) Rechtsprechung.....	77
3. Würdigung.....	79
§ 8 Abgrenzungen.....	81
I. Überblick.....	81
II. Aussagen ausserhalb des Beweisverfahrens.....	82
A. Informative Befragung.....	82
B. Besondere Vorschriften zur Befragung und Anhörung der Parteien.....	86
1. Schlichtungsverfahren	86
2. Ordentliches Verfahren	87
3. Vereinfachtes Verfahren.....	88
4. Summarisches Verfahren	89
5. Ehe-, Kindes- und erwachsenenschutzrechtliche Verfahren.....	90
III. Erfordernis der Erkennbarkeit der Beweiserhebung	90
§ 9 Mittels Parteiaussage zu befragende Personen	93
I. Formelle Parteistellung als Grundsatz.....	93
A. Allgemeines	93
B. Besondere Konstellationen	95
1. Parteivertretung	95

2. Streitgenossenschaft	96
3. Intervention.....	97
a) Hauptintervention.....	97
b) Nebenintervention	98
4. Streitverkündung.....	99
a) Einfache Streitverkündung.....	99
b) Streitverkündungsklage	103
5. Parteiwechsel	104
II. Ausnahme: Behandlung von Personen ohne formelle Partei- stellung als Partei.....	105
A. Organe einer juristischen Person.....	105
1. Gesetzliche Ausnahme gemäss Art. 159 ZPO	105
2. Die Entstehung der Norm im Gesetzgebungsverfahren..	106
3. Organbegriff	108
B. Weitere Ausnahmen	110
§ 10 Verhältnis zwischen der Parteibefragung und der Beweisaussage....	113
§ 11 Zusammenfassung.....	117

**Dritter Teil: Besondere verfahrensrechtliche Merkmale
der Parteiaussage 119**

§ 12 Erfordernis eines Beweisantrags	121
I. Allgemeines	121
A. Überblick.....	121
B. Beweisabnahme auf Parteiantrag	121
C. Ausnahme: Beweisabnahme von Amtes wegen.....	122
1. Erhebliche Zweifel.....	122
2. Besseres Verständnis des Sachverhalts.....	123
3. Untersuchungsgrundsatz.....	124
II. Beweisantrag bei der Parteiaussage unter Geltung der Verhandlungsmaxime.....	126
A. Parteibefragung	126
1. Lehre	126
2. Rechtsprechung.....	127
3. Auslegung von Art. 191 Abs. 1 ZPO.....	129
4. Zwischenfazit.....	131
B. Beweisaussage	131
1. Lehre	131
2. Rechtsprechung.....	133

3. Auslegung von Art. 192 Abs. 1 ZPO	133
4. Zwischenfazit	137
C. Vorgehen bei der Beantragung einer Parteiaussage	137
1. Allgemeines	137
2. Formulierung des Beweisantrags	137
3. Mögliche Vorgehensweisen des Gerichts	139
a) Ausschliessliche Einvernahme in Form der Parteibefragung	139
b) Einvernahme in Form der Parteibefragung mit anschliessender Beweisaussage	140
c) Ausschliessliche Einvernahme in Form der Beweisaussage	140
III. Zulässigkeit der Beantragung der eigenen Parteiaussage	141
§ 13 Aussagepflicht als prozessuale Mitwirkungspflicht	145
I. Allgemeines	145
II. Gegenstand	147
A. Aussagepflicht	147
B. Wahrheitspflicht	150
III. Voraussetzungen	151
IV. Schranken	152
A. Allgemeines	152
B. Aussageverweigerungsrechte im Einzelnen	153
1. Überblick	153
2. Aussageverweigerungsrecht zum Schutz nahestehender Personen	154
a) Begriff der nahestehenden Person	154
b) Gefahr strafrechtlicher Verfolgung	154
c) Gefahr zivilrechtlicher Verantwortlichkeit	155
3. Aussageverweigerungsrecht zur Wahrung eines gesetzlich geschützten Geheimnisses	156
a) Wahrung eines Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB	156
b) Wahrung weiterer gesetzlich geschützter Geheimnisse	157
4. Kein Aussageverweigerungsrecht zum Schutz vor Selbstbelastung	158
C. Geltendmachung des Aussageverweigerungsrechts	161
D. Folgen der berechtigten Aussageverweigerung	163

§ 14	Gerichtliche Aufklärungspflicht.....	165
I.	Allgemeines	165
II.	Gegenstand der Aufklärung bei der Parteiaussage	166
A.	Aufklärung über die Aussagepflicht	166
B.	Aufklärung über das Aussageverweigerungsrecht	166
C.	Aufklärung über die Folgen der unberechtigten Mitwirkungsverweigerung	167
1.	Allgemeines	167
2.	Säumnis	168
3.	Unberechtigte Aussageverweigerung	169
a)	Begriff	169
b)	Rechtsfolgen.....	171
c)	Gegenstand der Aufklärung.....	172
4.	Verletzung der Wahrheitspflicht.....	172
a)	Begriff	172
b)	Rechtsfolgen.....	174
c)	Gegenstand der Aufklärung.....	177
III.	Form und Zeitpunkt der Aufklärung	178
IV.	Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht	179
A.	Allgemeines	179
B.	Grundsatz des Verwertungsverbots.....	180
C.	Ausnahmen.....	181
§ 15	Durchführung der Befragung	183
I.	Allgemeines	183
II.	Zeitpunkt.....	184
III.	Vorgehen	186
A.	Grundsatz der Befragung durch das Gericht	186
B.	Befragungsmethode.....	187
C.	Ergänzungsfragen.....	188
D.	Keine zwingende Befragung beider Parteien	190
IV.	Protokollierungspflicht	192
V.	Stellungnahme zum Beweisergebnis	195
§ 16	Würdigung der Parteiaussage.....	197
I.	Allgemeines	197
II.	Beweiswert der Parteiaussage.....	198
A.	Allgemeines	198

B. Grundsatz der freien Beweiswürdigung.....	198
C. Beweiskraft der Parteiaussage	200
III. Überschiessendes Beweisergebnis	204
A. Allgemeines	204
B. Überschiessende Parteiaussagen.....	206
§ 17 Zusammenfassung	209

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung; am Main
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, SR 952.0)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht (Schweiz)
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, SR 935.61)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
bspw.	beispielsweise
BStGer	Bundesstraßgericht (Schweiz)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (SR 272) / Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (SR 272)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
D-ZPO	Zivilprozessordnung der Bundesrepublik Deutschland vom 5. Dezember 2005
E	Entwurf
E.	Erwägung/en
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101, in

	Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f.	folgende (Seite/Randziffer/Note)
ff.	fortfolgende (Seiten/Randziffern/Noten)
F-CC	Code de procédure civile français du 20 décembre 2007
Fn.	Fussnote/n
FS	Festschrift
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOG/ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (Kanton Zürich, LS 211.1)
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HGer	Handelsgericht
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz, SR 951.31)
Kap.	Kapitel
KGer	Kantonsgericht
Komm.	Kommentar
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
lit.	litera

LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, SR 0.275.12, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 2011)
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote/n
Nr.	Nummer
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
Ö-ZPO	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der Republik Österreich vom 1. August 1895
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau (Frauenfeld)
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung (Bern)
resp.	respektive
Rz.	Randziffer/n
S.	Seite/n
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt/sogenannte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, SR. 312.0)
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (Zürich)
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel)

u.a.	unter anderem
U.S.	United States of America
u.U.	unter Umständen
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (München)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer/n
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, SR 272)
aZPO	Alte Zivilprozessordnung eines Kantons (vgl. den Zitierhinweis am Ende des Abkürzungsverzeichnisses)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung (Wien)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sion)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Köln)
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International (Köln)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Lachen)

Zitierhinweis

Die Kantone werden mit ihrem entsprechenden Autokennzeichen abgekürzt. Steht die Abkürzung aZPO vor einem kantonalen Autokennzeichen, so ist die alte Zivilprozessordnung des entsprechenden Kantons gemeint. Beispielsweise steht «aZPO/SG» für die alte Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen.

Literaturverzeichnis

- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 (zit. BEARBEITER/IN, Stämpfli Handkomm. ZPO)
- BEINERT JÖRG, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1963 (zit. BEINERT, Prozessstandschaft)
- BERGER BERNHARD/GÜNGERICH ANDREAS, Zivilprozessrecht, unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes, Bern 2008 (zit. BERGER/GÜNGERICH, Zivilprozessrecht)
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS, Schiedsgerichtsbarkeit)
- BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht, Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss. Bern 2007 (zit. BERGER-STEINER, Beweismass)
- BERTI STEPHEN V., Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Diss. Zürich 1989 (zit. BERTI, Ungeschriebenes Bundesrecht)
- BERTI STEPHEN V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011 (zit. BERTI, Einführung)
- BOHNET FRANÇOIS/DROESE LORENZ, Präjudizienbuch ZPO, Bern 2018 (zit. BOHNET/DROESE, Präjudizienbuch ZPO)
- BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS (Hrsg.), CPC, Code de procédure civile commenté, Basel 2011 (zit. BEARBEITER/IN, Comm. CPC)
- BRACHER NICOLAS, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess, Diss. Basel 2011 (zit. BRACHER, Mitwirkungspflichten)
- BRAUCHLI JAKOB, Die Behandlung des Beweisantrages im Zivilprozess, Diss. Zürich 1960 (zit. BRAUCHLI, Beweisantrag)
- BRÖNNIMANN JÜRGEN, Beweisanspruch und antizipierte Beweiswürdigung, in: Schwander/Stoffel (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 161 ff. (zit. BRÖNNIMANN, FS Vogel)

- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung: Kommentar, Band I, Art. 1–196 ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER/IN, DIKE-Komm. ZPO I)
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung: Kommentar, Band II, Art. 197–408 ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER/IN, DIKE-Komm. ZPO II)
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. BEARBEITER/IN, Kurzkomm. ZGB)
- BÜHLER ALFRED, Die Beweiswürdigung, in: Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 71 ff. (zit. BÜHLER, Beweiswürdigung)
- BÜHLER ALFRED, Die Beweisaussage im Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, in: Forstmoser/Honsell/Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 459 ff. (zit. BÜHLER, FS Walter)
- BÜHLER ALFRED, Parteibefragung und Beweisaussage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2013, S. 127 ff. (zit. BÜHLER, HAVE 2013)
- BÜHLER ALFRED/EDELMANN ANDREAS/KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998 (zit. BEARBEITER/IN, Komm. aZPO/AG)
- CASSANI URSULA, Commentaire du droit pénal suisse, Partie spéciale, Vol. 9, Crimes ou délits contre l'administration de la justice, art. 303–311 CP, Bern 1996 (zit. CASSANI, Commentaire StGB)
- COCCHI BRUNO/TREZZINI FRANCESCO/BERNASCONI GIORGO A. (Hrsg.), Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, Lugano 2011 (zit. BEARBEITER/IN, CPC Comm.)
- DOLGE ANNETTE, Das neue Beweisverfahren, in: Spühler (Hrsg.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2003, S. 33 ff. (zit. DOLGE, Beweisverfahren)
- DOLGE ANNETTE/INFANGER DOMINIK, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, Zürich 2012 (zit. DOLGE/INFANGER, Schlichtungsverfahren)
- DOMAJ TANJA, Prozessführungsbefugnis bei Abtretung einer streitbefangenen Forderung, in: Breitschmid/Jent-Sørensen/Schmid/Sogo (Hrsg.), Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, S. 113 ff. (zit. DOMAJ, FS Meier)
- EDELMANN ANDREAS, Zur Bedeutung des Bundesrechts im Zivilprozessrecht, Untersucht insbesondere anhand der neuen Aargauischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1990 (zit. EDELMANN, Bedeutung des Bundesrechts)

- EGGER DAVID, Die Stellung der Organe im Zivilprozess, Diss. Zürich 2014 (zit. EGGER, Stellung der Organe)
- FASCHING HANS W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, 2. Aufl., Wien 1990 (zit. FASCHING, Österreichisches Zivilprozessrecht)
- FELLMANN WALTER, Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Wellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Unbezüfferte Forderungsklage, Teilklage, Streitverkündigungsklage, Beweis und Sammelklage im Lichte der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, S. 97 ff. (zit. FELLMANN, HAVE 2010)
- FINK STEFAN, Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, Diss. Zürich 2015 (zit. FINK, Private Zeugenbefragung)
- FRANK RAINER, Die Verschiebung von Prozessrechtsverhältnissen mit Hilfe der gewillkürten Prozessstandschaft, ZZZ 1979, S. 321 ff. (zit. FRANK, ZZZ 1979)
- FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997 (zit. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH)
- FREI NINA J., Die Interventions- und Gewährleistungsklagen im Schweizer Zivilprozess, unter besonderer Berücksichtigung der Streitverkündung mit Klage nach dem Vorentwurf einer Schweizer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2004 (zit. FREI, Interventions- und Gewährleistungsklagen)
- FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER/IN, Handkomm. IPRG)
- GAFNER MAX, Die Parteibefragung im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1919 (zit. GAFNER, Parteibefragung)
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. GASSER/RICKLI, Kurzkomm. ZPO)
- GEHRI MYRIAM A./JENT-SØRENSEN INGRID/SARBACH MARTIN (Hrsg.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015 (zit. BEARBEITER/IN, Orell Füssli Komm. ZPO)
- GROLIMUND PASCAL, Einzelfragen des Internationalen Beweisrechts, in: Fuhrer/Chappuis (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, S. 167 ff. (zit. GROLIMUND, FS Brehm)
- GRONER ROGER, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011 (zit. GRONER, Beweisrecht)

- GUHL CAROLINE, Trotz rechtswidrig beschaffter Beweise zu einem gerechten Straf- und Zivilurteil, Diss. St. Gallen 2018 (zit. GUHL, Rechtswidrig beschaffte Beweise)
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1. Aufl., Zürich 1958 (zit. GULDENER, Zivilprozessrecht (1. Aufl.))
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit. GULDENER, Zivilprozessrecht)
- GUYAN PETER, Beweisverfahren im ordentlichen Verfahren vor Bezirksgerichtsausschuss und Bezirksgericht, Nach der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 1.12.1985, Diss. Zürich 2000 (zit. GUYAN, Beweisverfahren)
- GUYAN PETER, Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, ZZZ 2011/2012, S. 3 ff. (zit. GUYAN, ZZZ 2011/2012)
- HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990 (zit. HABSCHEID, Zivilprozessrecht)
- HÄFLIGER RUTH, Die Parteifähigkeit im Zivilprozess, Diss. Zürich 1987 (zit. HÄFLIGER, Parteifähigkeit)
- HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit. HAFTER, Strategie und Technik)
- HALDY JACQUES, De l'utilité de l'appel en cause, SZPP 2005, S. 439 ff. (zit. HALDY, SZPP 2005)
- HASENBÖHLER FRANZ, Das Beweisrecht der ZPO, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Band 1, Zürich 2015 (zit. HASENBÖHLER, Beweisrecht)
- HAUSER ROBERT, Die Beweisaussage im Zivilprozess, in: Merz/Schluep (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1990, S. 617 ff. (zit. HAUSER, FS Kummer)
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BEARBEITER/IN, Berner Komm. ZGB)
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BEARBEITER/IN, Berner Komm. ZPO I)
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Art. 150–352 und Art. 400–406 ZPO, Bern 2012 (zit. BEARBEITER/IN, Berner Komm. ZPO II)

- HENCKEL WOLFRAM, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Habil. Heidelberg 1961 (zit. HENCKEL, Parteilehre)
- HILL DAVID, Muss gemäss ZPO die Beweislast in der Beweisverfügung verteilt werden, BJM 2014, S. 225 ff. (zit. HILL, BJM 2014)
- HOFFMANN-NOWOTNY URS, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Diss. Zürich 2010 (zit. HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen)
- HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTOPHE, Le Code de procédure civile, 2. Aufl., Bern 2015 (zit. HOFMANN/LÜSCHER, Code de procédure civile)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER/IN, Basler Komm. ZGB I)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER/IN, Basler Komm. IPRG)
- JUNG PETER, Die Stellung der Gesellschafter im Zivilprozess der Gesellschaft, BJM 2009, S. 121 ff. (zit. JUNG, BJM 2009)
- KASER MAX/HACKL KARL, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1996 (zit. KASER/HACKL, Römisches Zivilprozessrecht)
- KAUFMANN MARTIN, Beweisführung und Beweiswürdigung, Tatsachenfeststellung im schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess, Zürich 2009 (zit. KAUFMANN, Beweisführung)
- KAUFMANN MARTIN, Ergänzungsfragen an Zeuginnen und Zeugen, Eine Replik zum Beitrag von Philipp Haberbeck, Plädoyer für eine grosszügige Zulassung von Ergänzungsfragen nach Art. 173 ZPO, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2014/2, «Justiz – Justiz – Giustizia» 3/2014, S. 1 ff. (zit. KAUFMANN, Ergänzungsfragen)
- KAUFMANN MARTIN, E-Evidence in der Schweiz, Ein US-amerikanischer Fall, übertragen auf schweizerische Verhältnisse, in: Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich 2015, S. 703 ff. (zit. KAUFMANN, E-Evidence)
- KAUFMANN MARTIN, Der Entscheid des Gerichts über die Erhebung von beantragten Beweismitteln, Ein Plädoyer für eine prozessrechtliche Begründung der Voraussetzungen der «antizipierten Beweiswürdigung», SZPP 2016, S. 165 ff. (zit. KAUFMANN, SZPP 2016)
- KILLIAS LAURENT/KRAMER MICHAEL/ROHNER THOMAS, Gewährt Art. 158 ZPO eine «pretrial discovery» nach US-amerikanischem Recht?, in: Lorandi/Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 933 ff. (zit. KILLIAS/KRAMER/ROHNER, FS Schwander)

- KELLER WALTER/STAMPFLI RAOUL, Zivilprozessordnung des Kantons Solothurn mit Praxis des Obergerichts, Bern 1999 (zit. KELLER/STAMPFLI, aZPO/SO)
- KOFMEL SABINE, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Diss. Bern 1992 (zit. KOFMEL, Recht auf Beweis)
- KOFMEL SABINE, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren – ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung der neuen Bundesverfassung, in: Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 139 ff. (zit. KOFMEL, Überblick)
- KOFMEL EHRENZELLER SABINE, Schweiz, in: Nagel/Bajons (Hrsg.), Beweis – Preuve – Evidence, Grundzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa, Baden-Baden 2003, S. 557 ff. (zit. KOFMEL EHRENZELLER, Grundzüge)
- KRÜGER WOLFGANG/RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, §§ 355–1024, 5. Aufl., München 2016 (zit. BEARBEITER/IN, Münchener Komm. D-ZPO)
- KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts, Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984 (zit. KUMMER, Zivilprozessrecht)
- KWIATEK JAN FELIKS, Die Parteibefragung als Beweismittel im Zivilprozess, Diss. Bern 1927 (zit. KWIATEK, Parteibefragung)
- LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ/STERCHI FRANZ, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5. Aufl., Bern 2000 (zit. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE)
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Nicht behauptete Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, in: Jametti Greiner/Berger/Güntherich (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals, Bern 2005, S. 313 ff. (zit. LEUENBERGER, FS Kellerhals)
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Parteibefragung und Beweisaussage im Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, in: Leupold/Rüetschi/Stauber/Vetter (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 47 ff. (zit. LEUENBERGER, FS Bühler)
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Das Rechtsmittelverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess (HAVE) 2009, Zürich 2009 (zit. LEUENBERGER, HAVE 2009)
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Protokoll der Zeugeneinvernahme im Zivilprozess, Protokollierung nach dem wesentlichen Inhalt und Wortprotokoll durch Abschrift der Tonaufzeichnung, ZZZ 2011/2012, S. 19 ff. (zit. LEUENBERGER, Protokoll)

- LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Beweisverfügung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2011/2012, S. 109 ff. (zit. LEUENBERGER, ZZZ 2011/2012)
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Beweisverfügung, in: Kren Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (Hrsg.), Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken, Bern 2012, S. 39 ff. (zit. LEUENBERGER, Beweisverfügung)
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2015, 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 2017, S. 237 ff. (zit. LEUENBERGER, ZBJV 2017)
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2016, 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 2018, S. 334 ff. (zit. LEUENBERGER, ZBJV 2018)
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Komm. aZPO/SG)
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht)
- LIARAKOS PETROS, Das schweizerische Beweisrecht und der Schutz des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses im Zivilprozessrecht (kantonales Recht und ZPO), Diss. Hamburg 2013 (zit. LIARAKOS, Schweizerisches Beweisrecht)
- LIEBS DETLEF, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl., Darmstadt 2007 (zit. LIEBS, Lateinische Rechtsregeln)
- LÖTSCHER CORDULA, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss. Basel 2016 (zit. LÖTSCHER, Prozessstandschaft)
- MARKUS ALEXANDER R./HUBER-LEHMANN MELANIE, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht, ZBJV 2018, S. 269 ff. (zit. MARKUS/HUBER-LEHMANN, ZBJV 2018)
- MARTI-SCHREIER LEONORA, Parteibefragung und Beweisaussage unter der Verhandlungsmaxime, AJP 2017, S. 439 ff. (zit. MARTI-SCHREIER, AJP 2017)
- MEIER ISAAK, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Überblick mit Kritik und Änderungsvorschlägen, Zürich 2003 (zit. MEIER, Vorentwurf)
- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010 (zit. MEIER, Zivilprozessrecht)
- MEIER RAOUL A., Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz

- der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2013 (zit. MEIER, Verhandlungsgrundsatz)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2011 (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht)
- MEISTER JÜRG, Die Beweisaussage – eine fragwürdige Neuerung der revidierten Zürcher Zivilprozessordnung, SJZ 1977, S. 138 ff. (zit. MEISTER, SJZ 1977)
- MERZ BARBARA, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Bern 2007 (zit. MERZ, Komm. aZPO/TG)
- MESSMER GEORG, Zur Einführung der förmlichen Beweisaussage der Partei in der revidierten Zürcher Zivilprozessordnung, SJZ 1977, S. 318 ff. (zit. MESSMER, SJZ 1977)
- MORDASINI-ROHNER CLAUDIA M., Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2013 (zit. MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht)
- MORET SEBASTIEN, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2014 (zit. MORET, Aktenschluss)
- MÜLLER ARTUR, Die Parteibefragung in der aargauischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1937 (zit. MÜLLER, Parteibefragung)
- MÜLLER HEINRICH ANDREAS, Beweisen nach der ZPO, in: Breitschmid/Jent-Sørensen/Schmid/Sogo (Hrsg.), Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, S. 487 ff. (zit. MÜLLER, FS Meier)
- MÜLLER HENRY, Die Beweisaussage der Partei und deren Wahrheitssicherung nach den kantonalen Zivilprozessrechten und nach Art. 306 EStGB, Diss. Zürich 1946 (zit. MÜLLER, Beweisaussage)
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Aus dem US-amerikanischen Discovery-Verfahren gewonnene Beweise im internationalen Zivilprozess- und Schiedsrecht in der Schweiz, in: Gauch/Werro/Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, S. 925 ff. (zit. MÜLLER-CHEN, FS Tercier)
- MÜLLER-CHEN MARKUS/WIDMER LÜCHINGER CORINNE (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. BEARBEITER/IN, Zürcher Komm. IPRG)
- MÜNKS ANDREA, Vom Parteieid zur Parteivernehmung in der Geschichte des Zivilprozesses, Köln 1992 (zit. MÜNKS, Parteieid)
- NAGEL HEINRICH, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess, Baden-Baden 1967 (zit. NAGEL, Grundzüge)
- NAGEL HEINRICH, Kann die Subsidiarität der Parteivernehmung in der deutschen ZPO noch vertreten werden?, in: Lindacher/Pfaff/Roth/Schlosser/Wieser (Hrsg.), Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag, Bielefeld 1989, S. 195 ff. (zit. NAGEL, FS Habscheid)

- NIGG GABY, Das Beweisrecht bei internationalen Privatrechtsstreitigkeiten, Diss. St. Gallen 1999 (zit. NIGG, Beweisrecht)
- NIGG GABY, Das Beweisrecht bei internationalen Privatrechtsstreitigkeiten: Ein Überblick, in: Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 35 ff. (zit. NIGG, Überblick)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER/IN, Basler Komm. StPO)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER/IN, Basler Komm. StGB II)
- OBERHAMMER PAUL, Antizipierte Beweiswürdigung: Verfahrensmangel als Prozessgrundsatz?, in: Forstmoser/Honsell/Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 507 ff. (zit. OBERHAMMER, FS Walter)
- OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER/IN, Kurzkomm. ZPO)
- OTTOMANN RUDOLF, Die Aktiengesellschaft als Partei im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1976 (zit. OTTOMANN, Aktiengesellschaft)
- PRÜTTING HANNS/GEHRLEIN MARKUS (Hrsg.), ZPO Kommentar, 7. Aufl., Köln 2015 (zit. BEARBEITER/IN, Prütting/Gehrlein-Komm. D-ZPO)
- REICH WERNER A., Partei- und Prozessfähigkeit und die Folgen ihres Mangels, Diss. Zürich 1941 (zit. REICH, Partei- und Prozessfähigkeit)
- REINKENHOF MICHAELA, Die Informationsbeschaffung durch Parteiaussagen im Zivilprozess unter Berücksichtigung der rechtsvergleichenden Perspektive, Diss. Hamburg 2012 (zit. REINKENHOF, Informationsbeschaffung)
- REYMOND JEAN-MARC, Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves, in: Lukic (Hrsg.), Le projet de Code de procédure civile fédérale, Lausanne 2008, S. 25 ff. (zit. REYMOND, Preuves)
- ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL HEINZ/GOTTWALD PETER, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010 (zit. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, Zivilprozessrecht)
- ROTH MARIANNE, Die Parteivernehmung als Voraussetzung eines fairen Zivilverfahrens nach Artikel 6 I EMRK, ZEuP 1996, S. 484 ff. (zit. ROTH, ZEuP 1996)
- ROTH-GROSSER ELISABETH, Das Wesen der materiellen Rechtskraft und ihre subjektiven Grenzen, unter besonderer Berücksichtigung der Wechselbezie-

- hung Zivilprozessrecht – Bundesprivatrecht, Diss. Zürich 1981 (zit. ROTH-GROSSER, Wesen der materiellen Rechtskraft)
- SCHEIWILLER SARAH, Säumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2016 (zit. SCHEIWILLER, Säumnisfolgen)
- SCHNITZER ADOLF F., Der Beweisantritt in den Prozessordnungen der Schweiz, ZSR 1939, S. 309 ff. (zit. SCHNITZER, ZSR 1939)
- SCHWANDER DANIEL, Ein vergleichender Streifzug durch das zivil- und strafprozessuale Beweisrecht, in: Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, S. 573 ff. (zit. SCHWANDER, FS Sutter-Somm)
- SIEGRIST EDGAR, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, Diss. Bern 1938 (zit. SIEGRIST, Grundfragen)
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM A., Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010 (zit. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht)
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. BEARBEITER/IN, Basler Komm. ZPO (1. Aufl.))
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BEARBEITER/IN, Basler Komm. ZPO)
- STAEHELIN ERNST, Die Nebenparteien im Zivilprozess, unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt, Basel-Land, Aargau und Solothurn, Basel 1981 (zit. STAEHELIN, Nebenparteien)
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht)
- STAEHELIN ADRIAN/SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992 (zit. STAEHELIN/SUTTER, Basler Zivilprozessrecht)
- STECK ULRIKE, Der Zeugenbeweis in den Gerichtsreden Ciceros, Frankfurt a.M. 2009 (zit. STECK, Zeugenbeweis)
- STEIN FRIEDRICH/JONAS MARTIN (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, §§ 328–510c, 23. Aufl., Tübingen 2015 (zit. BEARBEITER/IN, Stein/Jonas-Komm. D-ZPO)
- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Zürich 2013 (zit. STRATENWERTH/WOHLERS, Handkomm. StGB)

- STÜRNER ROLF, Die Partei als Beweismittel im europäischen Zivilprozess, in: Lüke/Mikami/Prütting (Hrsg.), Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27. November 2001, Berlin 2001, S. 529 ff. (zit. STÜRNER, FS Ishikawa)
- STÜRNER ROLF, Geschichtliche Grundlinien des europäischen Beweisrechts, in: Köbler/Heinze/Hromadka (Hrsg.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends, Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 1171 ff. (zit. STÜRNER, FS Söllner)
- SUTTER-SOMM THOMAS, Parteienanhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts aus schweizerischer Sicht, ZJP 2000, S. 327 ff. (zit. SUTTER-SOMM, ZJP 2000)
- SUTTER-SOMM THOMAS, Das Beweisrecht im Vorentwurf zur Schweizerischen ZPO, in: Sutter-Somm/Schnyder (Hrsg.), Festgabe für Franz Hasenböhler, Basel 2004, S. 11 ff. (zit. SUTTER-SOMM, Beweisrecht)
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht)
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER/IN, ZPO Komm.)
- TAKEI NAOKI D., Die Streitverkündung und ihre materiellen Wirkungen, Diss. Basel 2005 (zit. TAKEI, Streitverkündung)
- TANNER MARTIN, Antizipierte Beweismündigung nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2015, S. 735 ff. (zit. TANNER, AJP 2015)
- TAPPY DENIS, Le déroulement de la procédure (procédure ordinaire et procédure simplifiée en première instance), in: Lukic (Hrsg.), Le Projet de Code de procédure civile fédérale, Lausanne 2008, S. 159 ff. (zit. TAPPY, Déroulement)
- VETTER MEINRAD, Der verantwortlichsrechtsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. St. Gallen 2007 (VETTER, Organbegriff)
- VON HOLZEN CRISTINA, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel 2006 (zit. VON HOLZEN, Streitgenossenschaft)
- VOUILLOZ FRANÇOIS, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), AJP 2009, S. 830 ff. (zit. VOUILLOZ, AJP 2009)
- WALDER HANS-ULRICH, Zur Anwendung der Beweisaussage im Kanton Zürich, in: Prütting (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln 1990, S. 629 ff. (zit. WALDER, FS Baumgärtel)
- WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht, nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizeri-

schen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich 2009 (zit. WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht)

WEIBEL HEINRICH, Zur Beweisaussage der Parteien im Zivilprozess, in: Noll/Olano (Hrsg.), «Im Namen des Obergerichts», Festschrift zur Pensionierung von Frau Dr. Magdalena Rutz, Liestal 2004, S. 231 ff. (zit. WEIBEL, FS Rutz)

WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses, Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Zürich 2012 (zit. WILLISEGGER, Grundstruktur)

WUILLEMIN NICOLAS, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, Diss. Zürich 2018 (zit. WUILLEMIN, Beweisführungs-
last)

WYTENBACH MICHAEL, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbegriff?, Diss. Basel 2012 (zit. WYTENBACH, Organe)

Materialienverzeichnis

Amtl. Bull. NR	Wortprotokolle der nationalrätlichen Beratung zum Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Amtliches Bulletin Nationalrat, ab 29. Mai 2008
Amtl. Bull. SR	Wortprotokolle der ständerätlichen Beratung zum Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Amtliches Bulletin Ständerat, ab 14. Juni 2007
Bericht VE ZPO	Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2003
Bericht VE ZPO 2018	Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), Bern 2018
Botschaft StPO	Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff.
Botschaft ZPO	Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff.
E ZPO	Entwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7413 ff.
VE ZPO	Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2003
VE ZPO 2018	Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), Bern 2018
Vernehmlassungen ZPO	Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2004

Zusammenfassung

Mit dem Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 wurde das bis zu diesem Zeitpunkt kantonal geregelte Beweisrecht durch Bundesrecht ersetzt. Damit erlangte auch die Parteiaussage, d.h. die förmliche Einvernahme einer Partei im Rahmen des Beweisverfahrens, erstmals eine bundesrechtliche Regelung. Die Parteiaussage war bereits zuvor in den meisten Kantonen in irgendeiner Form bekannt, jedoch variierten die jeweiligen Ausgestaltungsformen erheblich. Für die Einvernahme der Parteien im Rahmen des Beweisverfahrens sieht die ZPO die Beweismittel der Parteibefragung (Art. 191) und der Beweisaussage (Art. 192) vor. Der Wortlaut der diesbezüglich anwendbaren Bestimmungen ist jedoch äusserst vage und belässt weiten Spielraum für Interpretationen, insbesondere mit Blick auf die Voraussetzungen, welche für die Beweisabnahme erfüllt sein müssen. Die vorliegende Dissertation hat eine historische und zusammenhängende Betrachtung der Beweiserhebung mittels Parteiaussage zum Gegenstand und ist damit nicht nur von wissenschaftlichem Interesse, sondern auch von hoher praktischer Relevanz.

Abstract

With the entry of the CCP into force on the 1st of January 2011, the preexisting cantonal laws of evidence were replaced by new federal law. Consequently the laws behind party examinations, i.e. the formal questioning of a party in the context of the evidence procedure, became for the first time federally regulated. These laws were however, already known in a myriad of forms in most cantons. Nevertheless, for the questioning of the parties in the course of the evidence proceedings the CCP entails two means: examination of party evidence (art. 191) and examination of the party deposition (art. 192). The wording of the provisions applicable in this regard is extremely vague and leaves a wide margin for interpretation, particularly with regard to the conditions, which must be met for the acceptance of evidence. This dissertation presents a historical and coherent perspective of the collection of evidence via party statements and is therefore not only of scientific interest, but also of high practical relevance.

Résumé

Avec l'entrée en vigueur du CPC le 1er janvier 2011, le droit cantonal de la preuve a été remplacé par le droit fédéral. Ainsi, la déposition de partie, c'est-à-dire l'audition formelle d'une partie dans le cadre de l'administration des preuves, est été pour la première fois soumise à une réglementation fédérale. La déposition de parti était déjà connue sous une forme ou une autre dans la plupart des cantons, mais les formes d'organisation varient considérablement d'un canton à l'autre. Pour l'audition des parties au cours de l'administration des preuves, le CPC prévoit les deux moyens de preuve que sont l'interrogatoire (art. 191) et la déposition de partie (art. 192). Toutefois, le libellé des dispositions applicables à cet égard est extrêmement vague et laisse une grande marge d'interprétation, notamment en ce qui concerne les conditions à remplir pour l'administration des preuves. Cette thèse traite d'une vision historique et interdépendante de l'administration des preuves par le biais des dépositions des parties et n'est donc pas seulement d'intérêt scientifique, mais aussi d'une grande pertinence pratique.

Erster Teil:

Einleitung und Grundlagen

§ 1 Einleitung

Gemäss BÜHLER war die horizontale Rechtszersplitterung vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) nirgends grösser als beim Beweismittel der Parteiaussage.¹ Während gewisse Kantone gar keine Beweiserhebung mittels Parteiaussage kannten, liessen andere Kantone teilweise sogar zwei Stufen zu: die *einfache Parteiaussage*, bei der eine Falschaussage nur mit einer Disziplinarstrafe geahndet wurde, sowie die *qualifizierte Parteiaussage* unter Strafandrohung von Art. 306 StGB. Folglich war unter der Herrschaft der kantonalen Zivilprozessordnungen die einheitliche Durchsetzung des materiellen Rechts nicht vollständig garantiert.²

Mit Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 wurde das bis zu diesem Zeitpunkt kantonal geregelte Zivilverfahrensrecht durch Bundesrecht ersetzt. Der grösste mit der Rechtseinheit im Zivilprozessrecht erreichte Fortschritt liegt nach BÜHLER in der Beseitigung aller Vorbehalte und Einschränkungen, mit denen das kantonale Zivilprozessrecht fast aller Kantone die Parteiaussage entweder generell als Beweismittel ausschloss oder zumindest ihren Beweiswert stark reduzierte und herabstufte.³

Die ZPO nennt als Beweismittel neben dem Zeugnis, der Urkunde, dem Augenschein, dem Gutachten und der schriftlichen Auskunft die *Parteibefragung* (Art. 191 ZPO) und die *Beweisaussage* (Art. 192 ZPO). Sagen die Parteien somit vor Gericht im Rahmen einer Parteibefragung oder Beweisaussage aus, so sind diese Aussagen nicht mehr als blossе Parteibehauptungen zu qualifizieren, sondern als Beweismittel, auf welches im Entscheidfall vollumfänglich abgestellt werden kann.

Die Gesetzesbestimmungen und Materialien zur Parteibefragung und Beweisaussage belassen aufgrund der äusserst vagen und teilweise gar wider-

¹ BÜHLER, HAVE 2013, S. 128. Der Begriff «Parteiaussage» wird in der vorliegenden Dissertation als Oberbegriff für die förmliche Einvernahme einer Partei im Rahmen des Beweisverfahrens verwendet, vgl. dazu hinten Rz. 7 f.

² SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 338, wonach sich eine Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts allein schon wegen der unterschiedlichen Beweismittelregelung aufdrängte.

³ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 14.

sprüchlichen Formulierungen einen weiten Spielraum für Interpretationen. Besonders ein Blick auf die bisherige Rezeption von Art. 191 f. ZPO in der Lehre sowie die seit dem Inkrafttreten der ZPO hierzu ergangene Rechtsprechung zeigt, dass die beiden Beweismittel nach wie vor äusserst differenziert diskutiert werden. Umstritten ist insbesondere, wie diese beiden Beweismittel im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime zur Geltung kommen sollen. Namentlich fragt es sich, ob das Gericht diese Beweismittel von Amtes wegen anordnen darf oder ob es eines entsprechenden Beweisantrags seitens der Parteien bedarf. Weiter stellen sich insbesondere auch beim Verhältnis der beiden Beweismittel untereinander und der Durchführung der Parteiaussage zentrale Fragen in der Praxis.

- 5 Obwohl die Beweiserhebung mittels Parteiaussage kein neues Thema ist, fehlt eine zusammenhängende Darstellung der prozessualen Probleme. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, diese Lücke zu schliessen, indem die Voraussetzungen und die Besonderheiten beim Verfahren der Beweiserhebung mittels Parteiaussage in konziser Form herausgearbeitet und Lösungsansätze hinsichtlich der bestehenden Unklarheiten aufgezeigt werden. Dabei sollen sowohl für die Gerichte wie auch für forensisch tätige Rechtsanwälte praktische Ergebnisse im Umgang mit diesem Beweismittel geliefert werden.
- 6 Hierfür soll im *ersten Teil* zunächst der Begriff und Zweck der Parteiaussage umschrieben sowie auf die beweisrechtlichen Grundlagen eingegangen werden. Dabei kommt insbesondere der Abgrenzung zwischen der Partei- und Drittstellung eine besondere Bedeutung zu. Basierend auf diesen Grundlagen sollen anschliessend im *zweiten Teil* die beweisrechtlichen Merkmale der Parteiaussage näher untersucht werden. Hierzu wird unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte von Art. 191 f. ZPO näher auf den Gegenstand und den Anwendungsbereich der Parteiaussage eingegangen. Dabei kommt der Abgrenzung der Parteiaussage von den Aussagen ausserhalb des Beweisverfahrens eine besondere Bedeutung zu. Weiter wird insbesondere auch untersucht, welche Personen mittels Parteiaussage zu befragen sind und wie sich das Verhältnis zwischen der Parteibefragung und der Beweisaussage gestaltet. Der *dritte Teil* befasst sich mit besonderen verfahrensrechtlichen Merkmalen der Parteiaussage. Dabei wird insbesondere der umstrittenen Frage, ob die Abnahme einer Parteiaussage unter Geltung der Verhandlungsmaxime einen entsprechenden Beweisantrag seitens der Parteien vo-

raussetzt, nachgegangen und ein praxistauglicher Lösungsansatz aufgezeigt. Weiter werden verschiedene Aspekte im Zusammenhang mit der Durchführung der Parteiaussage untersucht und die Rechte und Pflichten der Parteien bei der Beweiserhebung mittels Parteiaussage analysiert.

§ 2 Begriff und Zweck der Parteiaussage

I. Begriff

Eine gesetzliche, gerichtliche oder in der Lehre anerkannte Definition des Begriffs Parteiaussage existiert – trotz reger Verwendung in Lehre⁴ und Rechtsprechung⁵ – nicht. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird der Ausdruck als *Oberbegriff* für die förmliche Einvernahme einer Partei im Rahmen des Beweisverfahrens verstanden und umfasst damit seit dem Inkrafttreten der ZPO die Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO und die Beweisaussage gemäss Art. 192 ZPO. Einer Parteiaussage im hier verstandenen Sinn geht folglich immer eine Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO voraus.⁶ Die Parteiaussage mit Eid oder Handgelübde ist – im Gegensatz zu früheren kantonalen Zivilprozessordnungen⁷ – in der ZPO nicht mehr vorgesehen.

Die Botschaft bezeichnet die Parteibefragung als die *einfachere* bzw. *mildere Form* der Parteiaussage.⁸ Zwar unterliegen die Parteien auch hier der Wahrheitspflicht, doch werden wahrheitswidrige Aussagen nur disziplinarisch geahndet, und auch dies nur, wenn der Partei mutwilliges Leugnen⁹ zur Last gelegt werden kann. Die Beweisaussage stellt demgegenüber die *qualifizierte Form* der Parteieinvernahme dar, was u.a. dadurch zum Ausdruck kommt,

⁴ Vgl. statt vieler HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 1; BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 4; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 1 m.w.H. Teilweise wird auch von *Parteieinvernahme*, *Parteivernehmung* oder – in Anlehnung an die früheren kantonalen Zivilprozessordnungen (vgl. dazu hinten Rz. 87 ff.) – von *Parteiverhör*, *Parteibefragung* oder generell von *Befragung* gesprochen.

⁵ BGE 143 III 297, E. 9.3.2; BGer, 29.03.2016, 4A_532/2015, E. 3.2; BGer, 27.03.2017, 5A_629/2015, E. 8.2.1.

⁶ Zur Beweisverfügung vgl. hinten Rz. 30 f. Siehe auch Botschaft ZPO, S. 7326; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 7.

⁷ Zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten der ZPO vgl. hinten Rz. 87 ff. Vgl. auch DELNON/RÜDY, Basler Komm. StGB II, Art. 306 N 34, wonach Art. 306 Abs. 2 StGB, der den Straffrahmen bei einer mit einem Eid oder einem Handgelübde bekräftigten Falschaussage regelt, gegenstandslos geworden ist.

⁸ Botschaft ZPO, S. 7326.

⁹ Vgl. dazu hinten Rz. 323 ff.

dass eine Falschaussage mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden kann (Art. 192 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 306 Abs. 1 StGB).

II. Zweck

A. Allgemeines

- 9 Die Parteiaussage hat die eigenen Wahrnehmungen einer Partei zum Gegenstand¹⁰ und ermöglicht die Beweisführung daher insbesondere dort, wo die Parteien hinsichtlich eines streitigen Sachverhalts die einzigen resp. die am besten unterrichteten Personen darstellen. Dies gilt beispielsweise in Ehe- und Familienverfahren, bei mündlich abgeschlossenen Verträgen oder generell bei Vorgängen, die sich im Stillen zwischen zwei Personen abgespielt haben.¹¹ In derartigen Situationen fehlen Wahrnehmungen von Dritten in Bezug auf die behaupteten Tatsachen und einzig die Parteien haben als unmittelbar Betroffene Kenntnis vom Sachverhalt. Folglich ist es hier geradezu natürlich, dass die Parteien befragt werden und sich das Gericht nicht mit dem Zustand der Beweislosigkeit und seinen unerfreulichen Folgen für die Beweispflichtigen zufriedengibt.¹²

B. Parteiaussage als Instrument der Rechtsfindung

- 10 Insbesondere in Fällen, in denen neben der Aussage einer Partei keine eigentlichen Beweismittel (sondern höchstens Indizien) vorhanden sind, kann mit der Berücksichtigung der Parteiaussage die Beweisnot gemildert werden. Dies lässt sich anschaulich anhand eines Falles aufzeigen, den das Obergericht des Kantons Zürich im Jahr 1984 zu beurteilen hatte:¹³ Streitig war, ob die Beklagte einen im Auftrag der (im Zeitpunkt des gerichtlichen Verfah-

¹⁰ Zum Gegenstand der Parteiaussage vgl. hinten Rz. 129 ff.

¹¹ WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 4 unter Hinweis auf WEIBEL, FS Rutz, S. 233; HAUSER, FS Kummer, S. 625; SUTTER-SOMM, ZJP 2000, S. 343; WALDER, FS Baumgärtel, S. 629 ff.

¹² HAUSER, FS Kummer, S. 625.

¹³ OGer ZH, 25.06.1984, ZR 1985, S. 56 ff. Vgl. auch SUTTER-SOMM, ZJP 2000, Fn. 92.

rens verstorbenen) Schwiegermutter abgehobenen Geldbetrag dieser tatsächlich ausgehändigt hatte. Die Beklagte war nicht im Besitz einer Quittung und konnte folglich nur mit ihrer Parteiaussage, welche in der damals geltenden zürcherischen Zivilprozessordnung bereits vorgesehen war,¹⁴ beweisen, dass sie den abgehobenen Betrag ihrer Schwiegermutter zu Lebzeiten tatsächlich übergeben hatte.

Auch wenn die Parteien naturgemäss dazu neigen, die Aussagen zu ihren eigenen Gunsten zu färben, kann die Parteiaussage dem Gericht bei einer geschickten Befragungstaktik dennoch wertvolle Dienste erweisen.¹⁵ Wie HAUSER daher zutreffend feststellt, liegt der Erfolg «in der Art, wie [die Befragung] gestaltet wird. Eine Befragung gibt nur so viel her, als der Richter aus ihr herauszuholen vermag [...]. Verfügt er über die Gabe eindringlicher, geschickter und angemessener Verhörmethoden und begnügt er sich nicht mit schematischen, blutleeren Fragen, so vermag er sich erstaunlich viel Tatsachen von einer Partei zu verschaffen.»¹⁶ 11

Eine Parteiaussage kann – im Sinne eines Beweizuschusses – unter Umständen auch dazu beitragen, das aus anderen Beweismitteln gewonnene, aber noch nicht genügend gesicherte Wissen des Gerichts zur notwendigen Überzeugung zu verdichten.¹⁷ Darüber hinaus kann mit der Berücksichtigung der Parteiaussage u.U. auch ein Ungleichgewicht behoben werden, wenn beispielsweise der Inhalt einer Vereinbarung bewiesen werden soll, an der auf der einen Seite eine Partei und auf der anderen Seite eine Drittperson beteiligt waren. Ohne Parteiaussage könnten in diesen Fällen nur die Zeugenaussagen berücksichtigt werden. Folglich wäre die Partei gegenüber den Zeugenaussagen machtlos, wenn nicht durch ein förmliches Beweismittel «das Gleichgewicht der Kräfte» hergestellt wird.¹⁸ 12

¹⁴ Vgl. zur Rechtslage im Kanton ZH vor dem Inkrafttreten der ZPO hinten Rz. 108 ff.

¹⁵ WEIBEL, FS Rutz, S. 235; HAUSER, FS Kummer, S. 619.

¹⁶ HAUSER, FS Kummer, S. 619 f. Vgl. auch KUMMER, Zivilprozessrecht, S. 128: «[...] der Richter muss aber verhören können.»

¹⁷ LEUENBERGER, FS Bühler, S. 49.

¹⁸ LEUENBERGER, FS Bühler, S. 49 f. mit Hinweis auf HAUSER, FS Kummer, S. 626.

- 13 Die Bedeutung der förmlichen Einvernahme einer Partei im Rahmen des Beweisverfahrens manifestiert sich überdies in folgendem Auszug eines Bundesgerichtsentscheides aus dem Jahr 1954:¹⁹ «Was eine im Parteiverhör gemachte Aussage über eine blossе Parteibehauptung hinaushebt und dem Richter erlaubt, sich unter Umständen davon überzeugen zu lassen, ist auch nicht allein die Tatsache, dass dem Parteiverhör die Ermahnung vorausgeht, die gestellten Fragen nach bestem Wissen und Gewissen und der Wahrheit gemäss zu beantworten [...]. Entscheidend ist vielmehr, dass eine geschickte Befragung durch den Richter erfahrungsgemäss ein gutes Mittel ist, die Wahrheit zu erforschen, weil der Befragte, der lügt, leicht in Verlegenheit kommt und sich in Widersprüche verwickelt, wenn er (zumal in Konfrontation mit der Gegenpartei) eindringlich verhört wird und auf unerwartete Fragen Antwort geben muss, vor allem aber, weil der Richter, der die Befragung durchführt, dabei einen persönlichen Eindruck empfängt, der ihm gestatten kann, Wahrheit und Lüge zu unterscheiden.»
- 14 Wie KUMMER daher zutreffend feststellt, kann die Parteiaussage – richtig eingesetzt – eine vorzügliche Erkenntnisquelle für das Gericht darstellen.²⁰ Zu Recht wird daher im Schrifttum gefordert, dass die vorstehenden bundesgerichtlichen Überlegungen auch unter der Herrschaft der ZPO gelten.²¹

¹⁹ BGE 80 II 294, E. 1 zum Parteiverhör gemäss Art. 273 ff. aZPO/BE. Vgl. dazu hinten Rz. 98 f.

²⁰ KUMMER, Zivilprozessrecht, S. 128 f. Siehe auch HAUSER, FS Kummer, S. 617.

²¹ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 33; BOHNET/DROESE, Präjudizienbuch ZPO, Art. 191 N 1 m.w.H. Vgl. auch WEIBEL, FS Rutz, S. 238: «[...] der Richter wird vom Instrument [der Parteiaussage] den bestmöglichen Gebrauch zu machen verstehen und ihm abgewinnen, was es herzugeben vermag. Wo immer es zur Wahrheitsfindung und zur Herstellung des prozessualen Gleichgewichts beiträgt, hat es seinen Sinn und seine Berechtigung.»

§ 3 Beweisrechtliche Grundlagen

I. Beweisgegenstand

Der Beweis wird definiert als jener zivilprozessuale Vorgang, «der dem Gericht die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit tatsächlicher Behauptungen verschaffen soll».²² Die Funktion des Beweises besteht darin, zur Vermeidung von Fehlurteilen die Richtigkeit gerichtlicher Tatsachenfeststellungen sicherzustellen.²³ Dieser Vorgang gliedert sich i.d.R. in vier Phasen: die Beweisantretung durch die Parteien, die Beweiserhebung durch das Gericht, die Beweiserörterung durch die Parteien und die Beweiswürdigung durch das Gericht.²⁴ 15

Beweisgegenstand bilden dabei gemäss Art. 150 Abs. 1 ZPO rechtserhebliche²⁵ und streitige²⁶ *Tatsachen*. Dabei handelt es sich um konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte Ereignisse und Zustände, welche meist der Vergangenheit angehören, aber auch in der Gegenwart liegen oder sich erst in der Zukunft verwirklichen können.²⁷ Nach allgemeiner Umschreibung werden davon sowohl äussere Tatsachen, d.h. konkrete, zeitlich und räumlich bestimmte Geschehnisse bzw. Zustände der Aussenwelt, wie auch innere Tatsachen, d.h. Vorgänge des menschlichen Innenlebens einer Person, umfasst.²⁸ 16

²² HASENBÖHLER, ZPO Komm., Vorbem. zum 10. Titel N 2. Vgl. auch WALTER, Berner Komm. ZGB, Art. 8 N 56; LARDELLI, Basler Komm. ZGB I, Art. 8 N 1; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 150 N 5; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.1; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 764.

²³ FASCHING, Österreichisches Zivilprozessrecht, Rz. 799.

²⁴ Vgl. statt vieler BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 10 mit Verweis auf FASCHING, Österreichisches Zivilprozessrecht, Rz. 901 ff.; HABSCHIED, Zivilprozessrecht, Rz. 653 ff.; SIEGRIST, Grundfragen, S. 29 f.

²⁵ Zum Begriff der Rechtserheblichkeit vgl. hinten Rz. 132.

²⁶ Zum Begriff der Streitigkeit vgl. hinten Rz. 133 f.

²⁷ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 1.4 m.w.H.

²⁸ KUMMER, Zivilprozessrecht, S. 121; KUMMER, Berner Komm. ZGB, Art. 8 N 27 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 3; BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 150 N 4.

- 17 Im Gegensatz zu den Tatsachen muss das anzuwendende Recht grundsätzlich nicht nachgewiesen werden. Die rechtsanwendenden Behörden kennen das Recht – zumindest wird dies von ihnen erwartet (*iura novit curia*).²⁹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet ausländisches Recht. Gemäss Art. 16 Abs. 1 IPRG ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen. Dazu kann jedoch die Mitwirkung der Parteien verlangt und bei vermögensrechtlichen Ansprüchen überdies auch der Nachweis den Parteien überbunden werden.³⁰

II. Beweisanspruch

A. Recht auf Beweis

- 18 Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt.³¹ Das Recht auf Beweisabnahme ist ein Teilgehalt des sog. Rechts auf Beweis.³² Letzteres ergibt sich aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) und gewährleistet den Parteien, für rechtserhebliche Sachvorbringen zum Beweis zugelassen zu werden.³³ Aus dem Gebot der Waffengleichheit ergibt sich sodann, dass das Recht auf Beweis nicht an die jeweilige Parteistellung oder Beweislastverteilung anknüpft, sondern beiden Parteien in gleicher Weise zusteht.³⁴
- 19 Das Prinzip des rechtlichen Gehörs verlangt nach BRAUCHLI³⁵ hinsichtlich der Behandlung der Beweisanträge das Folgende: Das Gericht hat den Par-

²⁹ Vgl. statt vieler GRONER, Beweisrecht, S. 3 ff. m.w.H.

³⁰ Vgl. dazu eingehend FURRER, Zürcher Komm. IPRG, Art. 16 N 27 ff. m.w.H.

³¹ Mit Inkrafttreten der ZPO wurde das bisher aus Art. 8 ZGB abgeleitete Recht auf Beweis explizit normiert. Vor dem Inkrafttreten der ZPO hatte lediglich der Kanton VD in Art. 163 aZPO/VD das Recht auf Beweis einer Partei ausdrücklich und umfassend geregelt. Vgl. KOFMEL, Recht auf Beweis, S. 6; LARDELLI, Basler Komm. ZGB I, Art. 8 N 6 m.w.H.

³² Botschaft ZPO, S. 7312.

³³ Botschaft ZPO, S. 7312.

³⁴ Statt vieler STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 21.

³⁵ BRAUCHLI, Beweisantrag, S. 37 ff.

teien Gelegenheit zu geben, ihre Beweisanträge in gesetzmässiger Form vorzubringen. Sofern das Gericht den Anträgen nicht Folge leisten will, hat es sie begründet zurückzuweisen, wobei diese Begründung ernsthafter Natur sein muss. Das Prinzip des rechtlichen Gehörs besagt jedoch weder, wie über Beweisanträge zu entscheiden ist, noch dass ihnen grundsätzlich Folge zu leisten ist.³⁶

Der Entscheid des Gerichts über die Erhebung von beantragten Beweismitteln ist jedoch an gewisse Voraussetzungen gebunden, welche nach KAUFMANN in drei Ebenen unterteilt werden können:³⁷ (i) Zunächst einmal muss sich der Beweisantrag auf eine *behauptete* und darüber hinaus auch *rechtserhebliche*³⁸ Tatsache beziehen. (ii) Weiter muss die Tatsache *beweisbedürftig* sein. Dies setzt insbesondere voraus, dass die behauptete Tatsache streitig ist. Daneben darf sie nicht allgemein- oder offenkundig sein. Die Beweiserhebung kann zudem dann abgelehnt werden, wenn über die Tatsache bereits in einem früheren Verfahren Beweis geführt wurde und die (erneute) Verwertung zulässig ist. (iii) Abschliessend muss der (grundsätzlich zulässige) Beweis im konkreten Einzelfall *richtig angetreten* werden. Demnach muss ein fristgerecht eingereichter und hinreichend substantzierter Beweisantrag vorliegen und der Beweiskostenvorschuss gemäss Art. 102 ZPO rechtzeitig geleistet worden sein. Dabei muss die Erhebung des beantragten Beweismittels im konkreten Einzelfall auch *möglich* sein. Dies ist gerade nicht der Fall, wenn das beantragte Beweismittel objektiv untauglich bzw. absolut unerreichbar oder die Erhebung des Beweismittels gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO widerrechtlich ist.

Nach überwiegender Lehre³⁹ und Rechtsprechung⁴⁰ darf ein grundsätzlich zulässiger Beweisantrag sodann auch in den Fällen der sog. *antizipierten*

³⁶ BRAUCHLI, Beweisantrag, S. 41.

³⁷ KAUFMANN, SZP 2016, S. 165 ff.

³⁸ Zum Begriff der Rechtserheblichkeit vgl. hinten Rz. 132.

³⁹ Statt vieler SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 431 und 782 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 23; BRÖNNIMANN, FS Vogel, S. 179 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 44 Rz. 82 ff. Vgl. dagegen KOFMEL, Recht auf Beweis, S. 262 f.; HABSCHIED, Zivilprozessrecht, Rz. 559; OBERHAMMER, FS Walter, S. 507 ff., welche die antizipierte Beweiswürdigung ablehnen. Vgl. zum Ganzen die differenzierte Abhandlung inkl. Übersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen bei TANNER, AJP 2015, S. 735 ff.

Beweiswürdigung abgelehnt werden.⁴¹ Demnach kann das Gericht von der Abnahme des betreffenden Beweismittels absehen, wenn es seine Überzeugung bereits aus anderen Beweisen gewonnen hat und weitere Abklärungen am Beweisergebnis nichts mehr ändern können. Mit anderen Worten kann das Gericht nur dann auf eine Beweisabnahme verzichten, wenn an der Abnahme klarerweise kein prozessual verstandenes, schützenswertes Interesse mehr vorhanden ist.⁴²

- 22 In der Lehre werden gemeinhin drei Erscheinungsformen der antizipierten Beweiswürdigung unterschieden:⁴³ (i) Sofern eine Partei dem Gericht eine Vielzahl von Beweisanträgen unterbreitet, kann das Gericht die Partei dazu auffordern, eine Auswahl zu treffen. Falls sie dieser Aufforderung nicht nachkommt, kann das Gericht selber eine Triage vornehmen und die Beweisabnahme auf ein vernünftiges Mass beschränken.⁴⁴ (ii) Das Gericht kann einen Beweisantrag auch dann ablehnen, wenn es das konkret beantragte Beweismittel von vorneherein für ungeeignet hält, um die fragliche Tatsachenbehauptung zu beweisen. (iii) Ferner kann das Gericht bei einem bereits feststehenden Beweisergebnis von der Erhebung weiterer Beweise absehen.
- 23 Weiter ist der Anspruch der Parteien auf die Abnahme ihrer beantragten (und grundsätzlich zulässigen) Beweise in denjenigen Fällen abzulehnen, in denen der Beweisabnahme ein gesetzliches Beweishindernis entgegensteht. Dies

⁴⁰ BGer, 27.11.2015, 5A_882/2015, E. 6.1: «Le juge est cependant autorisé à effectuer une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles et, s'il peut admettre de façon exempte d'arbitraire qu'une preuve supplémentaire offerte par une partie serait impropre à ébranler sa conviction, refuser d'administrer cette preuve.» Vgl. auch BGE 138 III 374, E. 4.3.2; BGE 136 I 229, E. 5.3; BGE 134 I 140, E. 5.3.

⁴¹ Der Vorentwurf hatte eine entsprechende Regelung noch ausdrücklich vorgesehen, vgl. Art. 147 Abs. 2 VE ZPO: «Das Gericht kann Beweismittel ablehnen, wenn es auf Grund des bisherigen Beweisergebnisses seine Überzeugung schon gebildet hat.» Im Rahmen der Vernehmlassung stiess diese Bestimmung jedoch auf massive Kritik, weshalb sie in der Folge gestrichen wurde, vgl. Vernehmlassung VE ZPO, S. 399 ff.; Botschaft ZPO, S. 7312.

⁴² KAUFMANN, SZPP 2016, S. 165.

⁴³ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 573 ff. m.w.H. Vgl. auch die Fallgruppen zulässiger antizipierter Beweiswürdigung bei KAUFMANN, SZPP 2016, S. 175 ff.

⁴⁴ Botschaft ZPO, S. 7312.

liegt beispielsweise dann vor, wenn eine Person ein Mitwirkungsverweigerungsrecht berechtigterweise ausübt oder aus anderen Gründen nicht zu einer für die Beweiserhebung notwendigen Mitwirkungshandlung gezwungen werden kann.⁴⁵ Sodann wird das Recht auf Beweis durch Art. 152 Abs. 2 ZPO eingeschränkt, indem rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur dann berücksichtigt werden, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.⁴⁶ Ferner stehen dem Recht auf Beweis auch die Wahrung schutzwürdiger Interessen⁴⁷ oder eine diplomatische Immunität entgegen.⁴⁸

B. Beweisantrag

Im Geltungsbereich des *Verhandlungsgrundsatzes* haben die Parteien hinsichtlich der von ihnen behaupteten rechtserheblichen und beweisbedürftigen Tatsachen die entsprechenden Beweismittel einzureichen bzw. zu beantragen.⁴⁹ Der Beweisantrag hat grundsätzlich mit der ersten Rechtschrift zu erfolgen.⁵⁰ Die Parteien können jedoch bis zum Aktenschluss neue Beweismittel vorbringen, anschliessend ist die Beweisantretung jedoch nur noch unter den Voraussetzungen des Novenrechts zulässig.⁵¹ Der Beweisantrag muss begründet bzw. substantiiert werden, d.h. es muss aus dem Beweisantrag klar hervorgehen, mit welchem Beweismittel welche Tatsachenbehauptung bewiesen werden soll. Das Gericht lässt grundsätzlich nur die von den

24

⁴⁵ So z.B., wenn die Voraussetzungen einer Mitwirkungspflicht nicht erfüllt sind, vgl. dazu eingehend BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 305 ff. und 440 ff.

⁴⁶ Vgl. dazu eingehend GUHL, Rechtswidrig beschaffte Beweise, Rz. 90 ff.

⁴⁷ KOFMEL, Recht auf Beweis, S. 265 f.

⁴⁸ Vgl. Art. 31 Ziff. 2 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961 (SR 0.191.01). Vgl. auch BGer, 03.09.2007, 6B_51/2007, E. 2.1 f. Vgl. zum Ganzen statt vieler GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 152 N 9.

⁴⁹ Vgl. Art. 152 Abs. 1 ZPO, wonach das form- und fristgerechte Angebot eines tauglichen Beweismittels ausdrücklich als Voraussetzung des Beweisanspruchs genannt wird.

⁵⁰ Vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO.

⁵¹ Vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO. Vgl. zu den je nach Verfahrensart variierenden Bestimmungen hinsichtlich der Rechtzeitigkeit eines Beweisantrags eingehend HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 2.14 ff. m.w.H.

Parteien beantragten Beweismittel zu und erhebt i.d.R. keine Beweise von Amtes wegen.⁵²

- 25 Bei Verfahren, welche dem *beschränkten Untersuchungsgrundsatz* unterliegen, hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Dabei obliegt es jedoch gleichwohl den Parteien, dem Gericht den Sachverhalt darzulegen und die Beweismittel zu nennen.⁵³ Das Gericht soll die Parteien jedoch auf ihre Pflicht hinweisen, bei der Feststellung des Sachverhalts und bei der Beweisabnahme mitzuwirken. Das Bundesgericht hat diesbezüglich in BGE 139 III 13 das Folgende ausgeführt:⁵⁴ «Si des motifs objectifs conduisent le juge à soupçonner que les allégations et offres de preuve d'une partie [...] sont lacunaires, il n'est pas lié par l'offre de preuve en question et a le devoir de rechercher lui-même des preuves pour autant qu'il ait connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de l'existence de moyens probatoires pertinents. Le juge peut de même inviter cette partie à compléter ses moyens, par exemple si les documents produits sont insuffisants.»
- 26 In BGE 141 III 569 präzisierte das Bundesgericht die vorstehend ausgeführte «devoir du juge de rechercher des preuves» dahingehend, dass das Gericht die Parteien (i) lediglich auf ihre Pflicht hinzuweisen hat, bei der Feststellung des Sachverhaltes und im Beweisverfahren mitzuwirken und (ii) sie zu befragen hat, um sicher zu sein, dass ihre Tatsachenbehauptungen und ihre Beweisanträge vollständig sind, wenn diesbezüglich objektiv Zweifel bestehen. Dabei hält das Bundesgericht jedoch ausdrücklich fest, dass die Rolle des Gerichts «ne va toutefois pas au-delà».⁵⁵ Folglich ist das Gericht bei

⁵² MEIER, Verhandlungsgrundsatz, Rz. 19; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 153 N 3; SUTTER-SOMM/VON ARX, ZPO Komm., Art. 55 N 53. Vgl. jedoch die Ausnahme von Art. 153 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht von Amtes wegen Beweis erheben kann, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen. Zur Beweiserhebung von Amtes wegen im Allgemeinen vgl. hinten Rz. 227 ff.

⁵³ Gilt ausnahmsweise der Untersuchungsgrundsatz, können Beweisanträge gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilsberatung unbeschränkt vorgebracht werden. Vgl. HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 2.18.

⁵⁴ BGE 139 III 13, E. 3.2 = Pra 102 (2013) Nr. 105. Vgl. auch BOHNET/DROESE, Präjudizienbuch ZPO, Art. 247 N 2 m.w.H.; LEUENBERGER, ZBJV 2017, S. 238.

⁵⁵ BGE 141 III 569, E. 2.3.2 = Pra 105 (2016) Nr. 99.

Verfahren, welche dem beschränkten Untersuchungsgrundsatz unterliegen, nur einer *erhöhten Fragepflicht* unterworfen. Wie unter der im ordentlichen Verfahren geltenden Verhandlungsmaxime müssen die Parteien den Prozessstoff jedoch selbst beschaffen und das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fragen zu Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittelt aber nicht aus eigenem Antrieb. Sofern die Parteien durch einen Anwalt vertreten sind, kann und muss sich das Gericht zudem – wie in einem ordentlichen Verfahren – zurückhalten.⁵⁶

Im Anwendungsbereich des *unbeschränkten Untersuchungsgrundsatzes* hat das Gericht den Sachverhalt zu erforschen.⁵⁷ Dabei obliegt es zwar auch den Parteien, Beweisanträge zu stellen, doch darf das Gericht sich damit nicht begnügen, sondern muss darüber hinaus eigene Beweiserhebungen vornehmen, soweit diese zur Klärung des Sachverhalts erforderlich sind.⁵⁸ 27

III. Beweiserhebung

A. Allgemeines

Die ZPO befasst sich in verschiedenen Bestimmungen mit Teilaspekten der Beweiserhebung, wobei die Begriffe Beweiserhebung und Beweisabnahme synonym verwendet werden.⁵⁹ Die Lehre umschreibt die Beweiserhebung als jene gerichtliche Handlung, welche ein als Beweis zugelassenes Mittel im 28

⁵⁶ BGE 141 III 569, E. 2.3.1 unter Hinweis auf Botschaft ZPO, S. 6956; bestätigt in BGer, 20.06.2016, 4A_46/2016, E. 7.1.2. Vgl. auch LEUENBERGER, ZBJV 2017, S. 238.

⁵⁷ Vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO: «Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen.»

⁵⁸ Vgl. zum Ganzen LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 4.31 ff.; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 360 f.; HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 1.12 ff. und 2.9.

⁵⁹ So z.B. in Art. 55 Abs. 2, Art. 102 Abs. 1 und 3, Art. 153–156, Art. 160 Abs. 1 und Art. 231 ZPO. In Anlehnung an die ZPO werden die beiden Begriffe «Beweiserhebung» und «Beweisabnahme» in der vorliegenden Dissertation synonym verwendet. So statt vieler auch HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 3.4.

vorgesehenen Rahmen «ins Recht überführt».⁶⁰ Konkret geht es dabei um die Einvernahme von Zeugen, die Herausgabe von Urkunden, die Durchführung eines Augenscheins, die Einholung von Gutachten und schriftlichen Auskünften sowie die Befragung der Parteien in Form der Parteiaussage.⁶¹ Für die schon bei den Akten liegenden Beweise (z.B. Urkunden) erübrigen sich in der Regel weitere gerichtliche Prozesshandlungen.⁶² Andere Beweise erfordern hingegen noch Abnahmehandlungen, wobei die Parteien gemäss Art. 160 Abs. 1 ZPO zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet sind.⁶³ Wie die Abnahme der Beweismittel im Einzelnen zu erfolgen hat, ist grundsätzlich in den jeweiligen Bestimmungen zu den einzelnen Beweismitteln geregelt, womit für die Parteiaussage insbesondere Art. 191 ff. ZPO zu berücksichtigen sind.

- 29 Da die ZPO keine strikte Trennung zwischen dem Behauptungs- und Beweisverfahren kennt,⁶⁴ kann die Beweiserhebung etappenweise erfolgen.⁶⁵ Im *ordentlichen Verfahren* erfolgt die Beweiserhebung grundsätzlich nach den ersten Parteivorträgen im Rahmen der Hauptverhandlung.⁶⁶ Dabei sollte es das Ziel sein, einen grossen Teil der Prozesse in einem Termin, nämlich der Hauptverhandlung, abzuschliessen.⁶⁷ Das Gericht hat daher die notwendigen Vorbereitungen zu treffen, damit die relevanten Beweise auf die Hauptverhandlung hin oder anlässlich dieser abgenommen und anschliessend

⁶⁰ GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 155 N 1 mit Hinweis auf SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 10 Rz. 85 f.

⁶¹ Zu den Beweismitteln vgl. hinten Rz. 37 ff.

⁶² Vgl. Art. 221 Abs. 2 lit. c ZPO, wonach die verfügbaren Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollen, bereits mit der Klage einzureichen sind. Vgl. GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 155 N 1 m.w.H.

⁶³ Vgl. dazu eingehend hinten Rz. 275 ff.

⁶⁴ LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 226 N 11; KILLIAS, Berner Komm. ZPO II, Art. 226 N 12.

⁶⁵ Zudem können Beweise auch vorsorglich im Sinne von Art. 158 ZPO abgenommen werden, vgl. dazu eingehend FELLMANN, HAVE 2010, S. 97 ff. m.w.H. Zum Erfordernis der Erkennbarkeit der Beweiserhebung vgl. hinten Rz. 166 ff.

⁶⁶ Vgl. Art. 231 ZPO und LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 231 N 7 m.w.H.; KILLIAS, Berner Komm. ZPO II, Art. 226 N 12.

⁶⁷ TAPPY, Déroulement, S. 194 und 201 ff. So ausdrücklich Art. 246 Abs. 1 ZPO für das vereinfachte Verfahren.

in den (mündlichen oder schriftlichen) Schlussvorträgen gewürdigt werden können.⁶⁸ Das Gericht kann jedoch gemäss Art. 226 Abs. 3 ZPO auch bereits nach dem ersten Schriftenwechsel und vor Aktenschluss anlässlich einer Instruktionsverhandlung Beweise abnehmen.⁶⁹ Für die Beweiserhebung im *vereinfachten Verfahren* bestehen keine Spezialvorschriften, sodass die einschlägigen Regeln des ordentlichen Verfahrens sinngemäss zur Anwendung gelangen.⁷⁰ Insoweit kann auch im vereinfachten Verfahren eine stufenweise Beweisabnahme erfolgen. Weil das *summarische Verfahren* auf eine rasche Erledigung angelegt ist, dürfte eine stufenweise Beweiserhebung hier nur ausnahmsweise in Betracht fallen.⁷¹

B. Beweisverfügung

Vor der Beweisabnahme werden gemäss Art. 154 ZPO die erforderlichen⁷² 30 Beweisverfügungen getroffen. Darin werden vom Gericht insbesondere die zugelassenen Beweismittel bezeichnet, d.h. jene Beweismittel, die das Gericht im konkreten Anwendungsfall als geeignet erachtet, um die rechtserheblichen und beweisbedürftigen Tatsachenbehauptungen zu beweisen.⁷³ Die

⁶⁸ LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 231 N 2.

⁶⁹ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 3.8a; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 226 N 11. Vgl. auch MARKUS/HUBER-LEHMANN, ZBJV 154/2018, S. 278 m.w.H., wonach das Gericht auch anlässlich der Instruktionsverhandlung nur Beweise zu Tatsachen abnehmen darf, die seitens der Parteien substantiiert behauptet bzw. bestritten wurden.

⁷⁰ Vgl. Art. 219 ZPO.

⁷¹ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 3.8c.

⁷² Gemäss HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 154 N 33, ist mit dem Adjektiv «erforderlich» eine dem konkreten Fall angepasste Beweisverfügung gemeint, nicht jedoch eine allfällige Verzichtsmöglichkeit. Dementsprechend muss in allen Verfahren vor der Beweisabnahme eine Beweisverfügung erlassen werden, wobei diese in Bezug auf Umfang und Detaillierung je nach Lage des Falles unterschiedlich ausgestaltet werden und namentlich bei einfachen Verhältnissen sehr summarisch ausfallen kann. So auch LEUENBERGER, Beweisverfügung, S. 47; LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 154 N 15.

⁷³ Vgl. LEUENBERGER, Beweisverfügung, S. 42, wonach die Aufzählung der abzunehmenden Beweismittel den wichtigsten Inhalt bzw. den eigentlichen Kerngehalt der Beweisverfügung darstellt, so auch HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 154 N 7; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 888 f.

Beweisverfügung bestimmt zudem, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt.⁷⁴ Beweisverfügungen können jederzeit abgeändert oder ergänzt werden.⁷⁵

- 31 Die Beweisverfügung ist als prozessleitende Verfügung gemäss Art. 124 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nur dann mit Beschwerde anfechtbar, wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.⁷⁶ In der Regel wird die Beweisverfügung daher nicht separat angefochten, sondern erst mit dem Endentscheid in der Sache (z.B. wegen falscher Beweislastverteilung oder Ablehnung eines Zeugen).⁷⁷ Kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist erforderlich, wenn das Gericht den Erlass der Beweisverfügung verzögert oder verweigert – die Verzögerung bzw. Verweigerung der Beweisverfügung ist ohne weitere Voraussetzung beschwerdefähig.⁷⁸ Ebenfalls kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist erforderlich für die Beschwerde gegen die Beweiskostenverfügung.⁷⁹

C. Beweiserhebung durch das Gericht

- 32 Die Beweiserhebung erfolgt durch das Gericht und entspricht damit dem Grundsatz der gerichtlichen Prozessleitung nach Art. 124 Abs. 1 ZPO.⁸⁰

⁷⁴ Vgl. den Wortlaut von Art. 154 ZPO. Dazu allgemein LEUENBERGER, Beweisverfügung, S. 39 ff.; GUYAN, Beweisverfügung, S. 3 ff.; LEUENBERGER, ZZZ 2011/2012, S. 109 ff. Zur Beweislastverteilung vgl. eingehend HILL, BJM 2014, S. 225 ff.

⁷⁵ GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 154 N 9.

⁷⁶ Vgl. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO. Nach dem Bundesgericht bewirkt eine Verfügung bspw. dann einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, wenn eine vertretungsbefugte Person (z.B. einer AG) nicht als Parteivertretung zugelassen wird und daher an der Verhandlung nicht teilnehmen kann, vgl. BGE 141 III 80, E. 2 = Pra 104 (2015) Nr. 103. Vgl. dazu hinten Fn. 457.

⁷⁷ Botschaft ZPO, S. 7377; LEUENBERGER, HAVE 2009, S. 37.

⁷⁸ Vgl. Art. 319 lit. c ZPO.

⁷⁹ Vgl. Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 103 ZPO.

⁸⁰ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 28. Vgl. Art. 155 und 231 ZPO. Dieser Grundsatz hat überdies Eingang in die Bestimmungen zur Parteiaussage gefunden: «Das Gericht kann [...] befragen» (Art. 191 Abs. 1 ZPO); «Das Gericht kann [...] verpflichten» (Art. 192 Abs. 1 ZPO).

Grundsätzlich gilt dabei das *Unmittelbarkeitsprinzip*, d.h. die Beweisabnahme erfolgt durch das Gesamtgericht.⁸¹ Sofern sich das Gericht aus mehreren Gerichtsmitgliedern zusammensetzt, ist gemäss Art. 155 Abs. 1 ZPO auch eine Delegation an eines oder mehrere Mitglieder möglich.⁸² Eine Partei kann jedoch gemäss Art. 155 Abs. 2 ZPO aus wichtigen Gründen eine Beweisabnahme, die an eines oder mehrere Gerichtsmitglieder delegiert worden ist, ablehnen und eine Beweisabnahme vor dem urteilenden Gesamtgericht verlangen.

33
Sofern die von einer oder von beiden Parteien vorgebrachten wichtigen Gründe überwiegen, ist die Beweisabnahme durch das Gesamtgericht vorzunehmen.⁸³ Das Gericht hat dabei eine Interessenabwägung vorzunehmen und zu prüfen, ob die Gründe für oder gegen die Delegation gewichtiger sind. Entscheidend ist dabei insbesondere, welche Bedeutung die unmittelbare Wahrnehmung des Gesamtgerichts für die Beweisabnahme hat.⁸⁴ Je entscheidender ein Beweismittel ist, das der unmittelbaren Abnahme zugänglich ist, desto eher ist Unmittelbarkeit geboten. Gerade beim Beweismittel der Parteiaussage gilt es dabei zu berücksichtigen, dass aus der unmittelbaren Wahrnehmung bzw. dem persönlichen Eindruck oftmals wichtige Informationen gewonnen werden können, welche das schriftliche Protokoll naturgemäss nur eingeschränkt wiedergeben kann. Solche Wahrnehmungsunterschiede können indessen teilweise durch audiovisuelle Aufzeichnungen wettgemacht werden.⁸⁵ So kann eine Parteiaussage gemäss Art. 193 i.V.m.

⁸¹ Botschaft ZPO, S. 7313. Vgl. LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 155 N 3 und 5, wonach Art. 155 Abs. 1 und 2 ZPO unglücklich redigiert sind, da lediglich die Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip erwähnt ist.

⁸² Art. 155 Abs. 1 ZPO ermöglicht jedoch keine Delegation der Beweisabnahme an Gerichtsschreiber oder Rechtspraktikanten, da ihre Stellung und Legitimität nicht dieselbe ist wie die eines erkennenden Mitglieds des Spruchkörpers. Vgl. Botschaft ZPO, S. 7314; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 155 N 4; MÜLLER, Beweisabnahme, S. 70; LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 155 N 6; BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 155 N 4; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 155 N 8. Anders teilweise vor dem Inkrafttreten der ZPO, vgl. etwa Art. 14 Abs. 3 lit. a GOG/GR.

⁸³ Botschaft ZPO, S. 7313; LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 155 N 13.

⁸⁴ GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 155 N 10.

⁸⁵ LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 155 N 15.

Art. 176 Abs. 2 ZPO zusätzlich auf Tonband, Video oder mit anderen geeigneten technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden. Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass diese Aufzeichnungen nicht primär als Würdigungsbasis dienen.⁸⁶

D. Teilnahmerecht der Parteien

- 34 Den Parteien steht gemäss Art. 155 Abs. 3 ZPO das Recht zur Teilnahme an der Beweiserhebung zu. Dieses Recht ist ein Teilaspekt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO.⁸⁷ Dabei beschränkt sich dieses Recht grundsätzlich nicht auf die blossе Teilnahme, sondern erstreckt sich bei gegebenen Voraussetzungen auf gewisse Mitwirkungsformen.⁸⁸ So können die Parteien namentlich Fragen bzw. Ergänzungsfragen beantragen, die einer Partei, einem Zeugen oder einem Sachverständigen zu stellen oder anlässlich des Augenscheins abzuklären sind.⁸⁹ Die Abgrenzung zwischen der Partei- und Drittstellung ist daher im Hinblick auf die Teilnahme an der Beweiserhebung und die damit gegebenenfalls verbundenen Einflussmöglichkeiten von zentraler Bedeutung.⁹⁰ Es versteht sich, dass Art. 155 Abs. 3 ZPO grundsätzlich ein physisches Teilnahmerecht vermittelt, doch gilt die physische Teilnahme nicht absolut. So sind insbesondere bei auswärtigen Beweiserhebungen⁹¹ Einschränkungen der physischen Teilnahme möglich. In solchen Fällen ist dem Teilnahmerecht der Parteien wohl Genüge getan, wenn sie – analog zum Strafprozess⁹² – zuhanden des ersuchten ausländischen Gerichts Fragen for-

⁸⁶ GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 155 N 10. Vgl. dazu hinten Rz. 361 f.

⁸⁷ Botschaft ZPO, S. 7314. Vgl. BGE 124 I 241, E. 2; BGE 121 V 150, E. 4;

⁸⁸ GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 155 N 14.

⁸⁹ Vgl. dazu hinten Rz. 353 ff.

⁹⁰ Zur Abgrenzung zwischen der Partei- und Drittstellung vgl. hinten Rz. 44 ff. Vgl. auch BGE 141 III 80, E. 1.3 = Pra 104 (2015) Nr. 103, wo das Gericht ein Organ einer juristischen Person fälschlicherweise als Zeuge einvernahm und es damit von der Teilnahme an der restlichen Verhandlung, an welcher namentlich die Zeugen einvernommen wurden, ausschloss. Vgl. dazu auch LEUENBERGER, ZBJV 153/2017, S. 250 f.

⁹¹ Vgl. dazu sogleich Rz. 36.

⁹² Vgl. Art. 148 StPO.

mulieren können, nach Eingang des erledigten Rechtshilfegesuchs Einsicht in das Protokoll erhalten und schriftliche Ergänzungsfragen stellen können.

Das Recht der Parteien auf Teilnahme an der Beweiserhebung kann indessen nach Art. 156 ZPO beschränkt werden, wenn es die Interessenabwägung gebietet, so z.B. zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen. Zudem gibt es Ausnahmefälle, in denen die Beweiserhebung bei Anwesenheit einer Partei ihren Zweck nicht erfüllen würde oder dringlich ist.⁹³ 35

E. Auswärtige Beweiserhebung

Unter auswärtiger Beweiserhebung werden einerseits die Beweisabnahme in einem anderen Kanton und andererseits die Beweisabnahme im Ausland verstanden. Die ZPO regelt nur die ausserkantonale Rechtshilfe. Demnach stehen dem urteilenden Gericht für ausserkantonale Beweiserhebungen grundsätzlich zwei Varianten zur Verfügung: Es kann entweder selber und direkt die Beweisabnahme im anderen Kanton vornehmen (Art. 195 ZPO) oder den klassischen Weg der Rechtshilfe (Art. 196 ZPO) wählen. Die beiden Varianten sind grundsätzlich gleichwertig.⁹⁴ Welche im Einzelfall zu wählen ist, entscheidet das urteilende Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen. Dabei sind insbesondere die konkreten Umstände des jeweiligen Verfahrens und die Besonderheiten der betreffenden gerichtlichen Instanz zu berücksichtigen, wie beispielsweise die Verfügbarkeit von Gerichtspersonen oder die Kosten, welche durch die Beweiserhebung anfallen.⁹⁵ Für die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen⁹⁶ sind einerseits das IPRG (Art. 11 f.) 36

⁹³ So z.B. bei einem unangemeldeten Augenschein oder bei einer vorsorglichen Beweisabnahme nach Art. 158 ZPO, vgl. LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 155 N 26; PASSADELIS, Stämpflis Handkomm. ZPO, Art. 155 N 7.

⁹⁴ BREITENMOSER/WEYENETH, ZPO Komm., Art. 194 N 27.

⁹⁵ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 3.149; BREITENMOSER/WEYENETH, ZPO Komm., Art. 194 N 27.

⁹⁶ Die Rechtshilfe in Zivilsachen umfasst insbesondere auch Beweiserhebungsbegehren, vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Wegleitung, Stand 1. Januar 2013, S. 27.

und andererseits zahlreiche multilaterale und bilaterale Staatsverträge massgebend.⁹⁷

IV. Beweismittel

- 37 Als Beweismittel gelten die von der Rechtsordnung anerkannten Instrumente, die zur Herbeiführung des Beweiserfolgs taugen und damit geeignet sind, das Gericht von der Wahrheit einer behaupteten Tatsache zu überzeugen. Gemeint ist damit die Eignung, einen Beweiserfolg im Sinne des gesetzlich geforderten Beweismasses zu schaffen. Diese Eignung kommt allen Erkenntnisquellen zu, auf die das Gericht seine Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsachenhypothese vernünftigerweise stützen kann.⁹⁸
- 38 In Art. 168 Abs. 1 lit. a–f ZPO werden die folgenden zulässigen Beweismittel genannt: Das Zeugnis, die Urkunde, der Augenschein, das Gutachten, die schriftliche Auskunft sowie die Parteibefragung und die Beweisaussage. Diese Aufzählung ist grundsätzlich abschliessend (*numerus clausus* der Beweismittel).⁹⁹ Einzig bei Verfahren in Bezug auf Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten wird der Grundsatz der Beschränkung der Beweismittel durchbrochen und es gilt der sog. Freibeweis.¹⁰⁰ Diesfalls muss

⁹⁷ So insbesondere die Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954 (SR 0.274.12) und das Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 18. März 1970 (SR 0.274.132). Vgl. HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 3.150 m.w.H.

⁹⁸ Vgl. BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 18 Fn. 34 m.w.H.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 14 Rz. 20 und § 18 Rz. 85; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 168 N 1; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 168 N 2.

⁹⁹ Eine Relativierung des abschliessenden Beweismittelkatalogs ergibt sich aus der extensiven Auslegung des Urkundenbegriffs, vgl. HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 168 N 1; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 168 N 7. Vgl. hierzu auch Art. 177 VE ZPO 2018, wonach künftig die Urkundenqualität von Partei- oder Privatgutachten ausdrücklich im Gesetz festgehalten werden soll. Damit gelten solche Gutachten unter den allgemeinen Voraussetzungen als Urkunden und stellen daher auch ein zulässiges Beweismittel im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO dar, vgl. Bericht VE ZPO 2018, S. 65 f.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 168 Abs. 2 i.V.m. Art. 296 Abs. 1 ZPO. Vgl. Botschaft ZPO, S. 7320.

jedes beweistaugliche Erkenntnismittel als Beweismittel zugelassen werden.¹⁰¹ Der Numerus clausus an zulässigen Beweismitteln steht zwar in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Recht auf Beweis¹⁰² und der freien Beweiswürdigung,¹⁰³ gleichzeitig dient das geschlossene System der Beweismittel aber der Rechtssicherheit und dem Gebot eines fairen Verfahrens.¹⁰⁴

Das Gesetz differenziert nicht hinsichtlich Wert und Rangfolge der einzelnen Beweismittel, womit diese im Allgemeinen als gleichrangig zu betrachten sind.¹⁰⁵ Zum Recht der Parteien auf die Beweisführung gehört auch das Recht, den Beweis so zu führen, wie sie es für richtig halten, weswegen die Wahl der Beweismittel den Parteien grundsätzlich freisteht.¹⁰⁶ Das Gericht kann daher die Abnahme einer Parteibefragung nicht etwa mit der Begründung verweigern, der Beweis hätte durch Urkunden erbracht werden müssen.¹⁰⁷ 39

Teilweise wird der Beweismittelkatalog jedoch dahingehend eingeschränkt, dass das konkret anwendbare Recht die Verwendung von bestimmten Beweismitteln vorschreibt, wodurch anderen (grundsätzlich zulässigen) Beweismitteln indirekt entweder die Beweistauglichkeit abgesprochen wird oder sie in ihrer Bedeutung beschränkt werden.¹⁰⁸ So können die den Parteien zur Verfügung stehenden Beweismittel beispielsweise durch die Vor- 40

¹⁰¹ So z.B. Aufzeichnungen über Befragungen und Gespräche, die nicht in der klassischen Form einer Zeugen- oder Parteieinvernahme stattgefunden haben, vgl. BGer, 29.09.2016, 5A_991/2015, E. 6.2; BGer, 06.02.2017, 5A_367/2016, E. 5.

¹⁰² Vgl. dazu vorne Rz. 18 ff.

¹⁰³ Vgl. dazu hinten Rz. 372 ff.

¹⁰⁴ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 168 N 2; REINERT, Stämpflis Handkomm. ZPO, Art. 168 N 1; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 168 N 1.

¹⁰⁵ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 168 N 4. Zum Verhältnis zwischen der Parteibefragung und der Beweisaussage vgl. hinten Rz. 212 ff.

¹⁰⁶ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 168 N 4; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 168 N 4.

¹⁰⁷ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 329.

¹⁰⁸ BERGER-STEINER, Beweismass, Rz. 2.44.

schriften der anwendbaren Verfahrensart¹⁰⁹ oder durch ausdrückliche Beweismittelvorschriften¹¹⁰ eingeschränkt werden.

- 41 Überdies gilt es zu beachten, dass die Verwendung eines Beweismittels von vornherein unzulässig sein kann, wenn ein (materielles oder formelles) Beweiserhebungsverbot von allgemeiner Bedeutung greift.¹¹¹ Zudem ist auch im konkreten Einzelfall eine Einschränkung der Beweiserhebung oder der Verwertbarkeit eines Beweismittels möglich, wenn zum Zweck der Wahrung berechtigter Interessen einer Partei oder Dritter ein Verweigerungsrecht zu berücksichtigen ist (Art. 163 ff. ZPO)¹¹² oder ein Beweisstück rechtswidrig beschafft wurde und das Interesse an der Wahrheitsfindung dasjenige des verletzten Schutzgutes nicht überwiegt (Art. 152 Abs. 2 ZPO).¹¹³

¹⁰⁹ Vgl. z.B. Art. 254 ZPO, wonach im summarischen Verfahren nur sofort verfügbare (liquide) Beweismittel, wie insbesondere Urkunden, zulässig sind. Daneben sind jedoch grundsätzlich auch die Parteibefragung und die Beweisaussage zulässig, da sie im Rahmen einer vom Gericht angeordneten mündlichen Verhandlung ohne wesentliche Verzögerung abgenommen werden können, vgl. MAZAN, Basler Komm. ZPO, Art. 254 N 6.

¹¹⁰ Vgl. etwa Art. 33 Abs. 1 ZGB (Beweis für die Geburt oder den Tod durch Zivilstandsurkunde); Art. 314a ZGB (persönliche Anhörung des Kindes im Zusammenhang mit der Entziehung der elterlichen Sorge); Art. 268a Abs. 1 ZGB (Beizug eines Sachverständigen bei der Adoption); Art. 202 Abs. 1 OR (Beizug von Sachverständigen bei der Gewährleistung im Viehhandel); Art. 258 Abs. 2 ZPO (Urkundenbeweis des dinglichen Rechts im Zusammenhang mit einem gerichtlichen Verbot); Art. 297 Abs. 1 und 298 Abs. 1 ZPO (persönliche Anhörung der Eltern bzw. des Kindes bei einer Anordnung über das Kind in einem eherechtlichen Verfahren).

¹¹¹ So sah bspw. der seit Inkrafttreten der ZPO aufgehobene Art. 139 Abs. 3 ZGB die generelle Zeugnisunfähigkeit von Personen vor, die bei einer Ehe- oder Familienberatung oder bei einer Stelle für Familienmediation für die Ehegatten tätig gewesen sind. Derartige gesetzliche Beweiserhebungsverbote werden jedoch seitens der Lehre mit Blick auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung abgelehnt, vgl. statt vieler BÜHLER, Beweiswürdigung, S. 74 ff. sowie KOFMEL, Überblick, S. 150. Soweit ersichtlich sehen heute weder das ZGB noch das OR derartige Beweiserhebungsverbote vor.

¹¹² Zu den Aussageverweigerungsrechten der Parteien vgl. hinten Rz. 290 ff.

¹¹³ Für die Rechtslage vor dem Inkrafttreten der ZPO vgl. die Zusammenstellung bei BÜHLER, Beweiswürdigung, S. 73 f. Zum neuen Recht siehe ausführlich GUHL, Rechtswidrig beschaffte Beweise, Rz. 90 ff.

In Verfahren, in welchen gestützt auf eine IPRG-Bestimmung oder einen Staatsvertrag ausländisches Recht zur Anwendung gelangt, stellt sich die Frage, nach welchem Recht die Zulässigkeit von Beweismitteln zu beurteilen ist. So ist ein Prozessverlust gerade dann besonders stossend, wenn der Grund des Unterliegens in der gesetzlichen Nichtzulassung eines an sich tauglichen Beweismittels liegt bzw. wenn das entsprechende Beweismittel vor einem anderen möglichen Forum akzeptiert worden wäre. Mangels einer Regelung der zulässigen Beweismittel im IPRG ist bei Verfahren mit Auslandsberührung zur Bestimmung der zulässigen Beweismittel grundsätzlich die *lex fori* anwendbar.¹¹⁴ Dies gilt nach NIGG insbesondere auch deshalb, weil die «Bestimmungen über die zulässigen Beweismittel im allgemeinen bezüglich des anwendbaren materiellen Rechts indifferent sind [...]».¹¹⁵

Auch das Bundesgericht hat in BGE 102 II 270 festgehalten, dass sich das Beweisrecht und insbesondere die Beweismittel nach der *lex fori* bestimmen, sofern nicht besondere Gründe – wie beispielsweise ein Zusammenhang zum materiellen Recht – für die Anwendbarkeit der *lex causae* sprechen. Das Bundesgericht bezeichnete als derartigen Grund die in Art. 1341 aF-CC vorgesehene Regelung, wonach der Zeugenbeweis über das Zustandekommen eines Vertrags unzulässig ist, wenn der Wert der Vertragsleistung einen bestimmten Betrag übersteigt. Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest: «[Art. 1341 aF-CC] ist im Abschnitt über den Zeugenbeweis eingeordnet. Nach ihrem Wortlaut und Inhalt ist die Bestimmung indes in erster Linie eine Formvorschrift; ihre verfahrensrechtliche Bedeutung erschöpft sich im Ausschluss des Zeugenbeweises. Der materiellrechtliche Charakter, der durch die praktischen Auswirkungen des Formerfordernisses noch erhöht wird, überwiegt den prozessualen Gehalt der Bestimmung derart, dass ihre Beachtung durch den schweizerischen Richter sich aufdrängt.»¹¹⁶

¹¹⁴ NIGG, Überblick, S. 44; GROLIMUND, FS Brehm, S. 168; MÜLLER-CHEN, FS Terrier, S. 927 m.w.H. Kritisch demgegenüber SCHWANDER, Internationale Bezüge, S. 88.

¹¹⁵ NIGG, Beweisrecht, S. 166.

¹¹⁶ BGE 102 II 270, E. 3.

§ 4 Abgrenzung zwischen der Partei- und Drittstellung

I. Relevanz der Abgrenzung

A. Im Allgemeinen

Jedes Rechtssubjekt, das sich an einem Zivilprozess beteiligt, nimmt gegenüber dem Gericht eine bestimmte prozessuale Stellung ein. Im Rahmen des Beweisverfahrens ist die *Abgrenzung zwischen der Partei- bzw. Drittstellung*¹¹⁷ von entscheidender Bedeutung und zeitigt Auswirkungen auf grundlegende Elemente des Beweisrechts. So unterscheiden sich, je nach Stellung der am Verfahren beteiligten Person, insbesondere die hinsichtlich der Einvernahme zur Anwendung gelangenden Beweismittel sowie die Regelungen in Bezug auf die Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte gemäss Art. 160 ff. ZPO.¹¹⁸ Überdies haben die Parteien – im Unterschied zu Dritten – das Recht, an der Beweisabnahme und damit insbesondere auch an der Befragung der Gegenpartei oder der Einvernahme von Zeugen teilzunehmen.¹¹⁹ 44

Die früheren kantonalen Zivilprozessordnungen regelten die prozessuale Stellung der Prozessbeteiligten im Beweisverfahren teilweise beweismittelspezifisch. So wurde beispielsweise eine Person, die selber nicht unmittelbar Verfahrenspartei war, in Bezug auf die Pflicht zur Urkundenedition grundsätzlich als dritte Person behandelt, unterlag hinsichtlich der Aussagepflicht jedoch u.U. dennoch dem Parteiverhör.¹²⁰ Im Unterschied dazu kommt einer am Verfahren beteiligten Person unter der Ägide der ZPO für das gesamte 45

¹¹⁷ In der ZPO wird im 2. Kapitel des 10. Titels (Mitwirkungspflicht und Verweigerungsrecht) teilweise auch der Begriff *dritte Person* verwendet, vgl. Art. 162, Art. 166 Abs. 1 und Art. 167 Abs. 1–3 ZPO. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit werden die Begriffe *dritte Person*, *Drittperson* und *Dritte* synonym verwendet.

¹¹⁸ Vgl. dazu eingehend hinten Rz. 275 ff.

¹¹⁹ Vgl. dazu vorne Rz. 34 f.

¹²⁰ So z.B. im Kanton BE, vgl. Art. 236 und Art. 243 aZPO/BE; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, Art. 236 N 1 und Art. 243 N 2b mit Beispielen; BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 82.

Beweisverfahren – unabhängig vom jeweiligen Beweismittel – entweder Partei- oder Drittstellung zu, weshalb auch die Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte beweismittelunabhängig ausgestaltet sind.¹²¹

B. Beweismittel der Einvernahme

- 46 Im förmlichen Beweisverfahren sind die zu vernehmenden Personen entweder als Parteien oder als Zeugen zu befragen. Gemäss Art. 169 ZPO kann, *wer nicht Partei ist*, im Rahmen des Beweisverfahrens über Tatsachen *Zeugnis* ablegen, die er unmittelbar wahrgenommen hat. Folglich dürfen lediglich Personen mit Drittstellung als Zeugen befragt werden. Hinsichtlich der Einvernahme der Parteien sind hingegen die in Art. 191 f. ZPO vorgesehenen Beweismittel der *Parteibefragung* und *Beweisaussage* vorgesehen.¹²²

C. Mitwirkungspflicht

- 47 Bei der *Mitwirkungspflicht* im Rahmen der Beweiserhebung zeigt sich die Relevanz der Unterscheidung besonders deutlich: Gemäss Art. 160 Abs. 1 ZPO sind grundsätzlich sowohl die Parteien als auch Dritte zur Mitwirkung verpflichtet. Allerdings stehen dem Gericht je nach Stellung der am Verfahren beteiligten Person unterschiedliche Instrumente zur Durchsetzung der Mitwirkungspflicht zur Verfügung. Bei der Mitwirkungspflicht der Parteien handelt es sich nicht um eine echte Pflicht, sondern lediglich um eine *prozessuale Last bzw. Obliegenheit*,¹²³ weshalb die Mitwirkung der Parteien

¹²¹ Vgl. Botschaft ZPO, S. 7311: «Das zweite Kapitel regelt die Mitwirkungspflichten der Parteien und dritter Personen sowie die einzelnen Verweigerungsrechte. Anders als im kantonalen Prozessrecht werden diese Grundsätze somit nicht beim Zeugnis geregelt, sondern den einzelnen Beweismitteln vorangestellt: Sie gelten für jede Form der Beweiserhebung gleichermassen – sei es für ein Zeugnis, einen Augenschein oder die Urkundenedition.»

¹²² Da Art. 193 ZPO für das Protokoll der Parteiaussage sinngemäss auf die Protokollierungsbestimmungen beim Zeugnis (Art. 176 ZPO) verweist, resultieren aus dieser Abgrenzung keine abweichenden Protokollierungsvorschriften. Zur Protokollierungspflicht vgl. hinten Rz. 361 ff.

¹²³ Botschaft ZPO, S. 7316; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 65; SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 164 N 1; FELLMANN, ZPO

nicht erzwungen werden kann. Eine allfällige unberechtigte Mitwirkungsverweigerung seitens einer Partei wird vom Gericht allerdings im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt.¹²⁴ Diese für die Parteien vorgesehene Rechtsfolge wäre jedoch bei renitenten Dritten unwirksam, da Letztere vom Ausgang des Verfahrens i.d.R. nicht oder zumindest nicht im gleichen Umfang betroffen sind. Für Dritte ist die Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung daher als *echte prozessuale Pflicht*¹²⁵ ausgestaltet und dem Gericht stehen zur Durchsetzung die in Art. 167 Abs. 1 lit. a–d ZPO genannten Sanktionen (Ordnungsbusse bzw. Strafdrohung gemäss Art. 292 StGB) sowie direkte Zwangsmassnahmen zur Verfügung.¹²⁶

D. Verweigerungsrecht

Je nach Stellung der am Verfahren beteiligten Person unterscheiden sich 48 zudem die Vorschriften über die *Verweigerungsrechte*. So kann eine Partei ihre Mitwirkung an der Beweiserhebung gemäss Art. 163 ZPO grundsätzlich nur aus zwei abschliessend aufgezählten Gründen verweigern, nämlich, (i) wenn sie eine ihr nahestehende Person der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung oder zivilrechtlichen Verantwortlichkeit aussetzen würde (Abs. 1 lit. a) oder (ii) wenn sie mit ihrer Aussage ein gesetzlich geschütztes Geheimnis verletzen würden (Abs. 1 lit. b und Abs. 2). Die Parteien geniessen mit anderen Worten nur ein *beschränktes Verweigerungsrecht* und dürfen ihre Mitwirkung nicht umfassend verweigern.¹²⁷

Komm., Art. 158 N 32; KAUFMANN, E-Evidence, S. 717; BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 63.

¹²⁴ Vgl. Art. 164 ZPO. Zu den Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechten der Parteien bei der Beweiserhebung mittels Parteiaussage vgl. eingehend hinten Rz. 275 ff.

¹²⁵ Botschaft ZPO, S. 7316; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 65; SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 167 N 1; BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 63.

¹²⁶ Zu den einzelnen Zwangsmassnahmen bei einer unberechtigten Mitwirkungsverweigerung Dritter vgl. eingehend BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 474 ff.; RÜETSCH, Berner Komm. ZPO II, Art. 167 N 4 ff.

¹²⁷ Vgl. dazu eingehend hinten Rz. 290 ff.

- 49 Im Unterschied dazu gesteht Art. 165 Abs. 1 ZPO Dritten, die in einem verwandtschaftlichen Verhältnis (oder einer ähnlich engen Beziehung) zu einer Prozesspartei stehen, ein umfassendes Verweigerungsrecht zu.¹²⁸ Besonders hervorzuheben ist zudem, dass Dritten – im Unterschied zu den Parteien – ein *Verweigerungsrecht zum Schutz vor Selbstbelastung* zukommt. Dritte können somit die Beteiligung an der Beweiserhebung ablehnen, wenn sie dadurch selber Gefahr laufen würden, in ein Strafverfahren einbezogen zu werden, oder wenn sie damit rechnen müssten, dadurch zivilrechtlich belangt zu werden (Art. 166 Abs. 1 lit. a ZPO).¹²⁹

II. Parteistellung im Zivilprozess

A. Parteibegriff

- 50 Der Parteibegriff ist ein Begriff des Prozessrechts und gibt Antwort auf die Frage, wann und weshalb eine Person in einem Zivilprozess Klägerin oder Beklagte ist.¹³⁰ Die ZPO enthält keine Legaldefinition des Begriffs der Partei. Im schweizerischen Zivilprozessrecht gilt heute der *formelle Parteibegriff* als vorherrschend.¹³¹ Partei ist demnach diejenige Person, für oder gegen welche unter ihrem eigenen Namen Rechtsschutz gefordert wird. Mit anderen Worten gilt als Partei, wer als Kläger einen Anspruch geltend macht oder als Beklagter ins Recht gefasst wird.¹³²
- 51 Zur Begründung der (formellen) Parteistellung genügt die blosser Behauptung, tatsächlich berechtigt oder verpflichtet zu sein bzw. die Parteibezeichnung.

¹²⁸ Zum umfassenden Verweigerungsrecht Dritter vgl. hinten Fn. 623.

¹²⁹ Vgl. dazu eingehend hinten Rz. 299 ff.

¹³⁰ Statt vieler HABSCHEID, *Zivilprozessrecht*, Rz. 270.

¹³¹ REICH, *Partei- und Prozessfähigkeit*, S. 20; BERTI, *Ungeschriebenes Bundesrecht*, S. 84; BERTI, *Einführung*, Rz. 72; HABSCHEID, *Zivilprozessrecht*, Rz. 270; HÄFLIGER, *Parteifähigkeit*, S. 2; BEINERT, *Prozessstandschaft*, S. 4.

¹³² GULDENER, *Zivilprozessrecht*, S. 124; KUMMER, *Zivilprozessrecht*, S. 61; RÜETSCHI, *Berner Komm. ZPO II*, Vorbem. zu Art. 160–167 N 7; vgl. auch HABSCHEID, *Zivilprozessrecht*, Rz. 270: «Der Kläger ist als Kläger Partei, weil er klagt, der Beklagte, weil er verklagt wird.»

nung in der verfahrenseinleitenden Rechtsschrift.¹³³ Von diesem abstrakten Parteibegriff werden deshalb sowohl parteifähige als auch parteiunfähige Gebilde erfasst – selbst rechtlich nicht existente Gebilde fallen darunter.¹³⁴ Der formelle Parteibegriff sagt somit nichts über die materiell-rechtliche Beziehung zwischen den Parteien aus.¹³⁵

Der heute allgemein anerkannte formelle Parteibegriff ist abzugrenzen vom materiellen und funktionellen Parteibegriff: Der im 19. Jahrhundert vorherrschende *materielle Parteibegriff* versteht den Prozess als Spiegelbild des materiellen Rechts und die Subjekte des eingeklagten materiellen Rechtsverhältnisses daher als Parteien des Prozesses.¹³⁶ Der *funktionelle Parteibegriff* wird aus der Beziehung des Klägers oder des Beklagten zum Streitvermögen, d.h. «zum Vermögen, für oder gegen das der Kläger streitet», hergeleitet.¹³⁷ Beide Begriffe konnten sich im schweizerischen Zivilprozessrecht jedoch nicht etablieren.¹³⁸ 52

¹³³ STAEHELIN, Nebenparteien, S. 21 ff. mit Hinweisen zur Rechtslage bei fehlerhafter Parteibezeichnung.

¹³⁴ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 124; HÄFLIGER, Parteifähigkeit, S. 2.

¹³⁵ KUMMER, Zivilprozessrecht, S. 61; HABSCHEID, Zivilprozessrecht, Rz. 270; DOMEJ, FS Meier, S. 117.

¹³⁶ HENCKEL, Parteilehre, S. 15 ff.; HABSCHEID, Zivilprozessrecht, Rz. 270; STAEHELIN, Nebenparteien, S. 22 f.

¹³⁷ EGGER, Stellung der Organe, Fn. 123. Vgl. zum funktionellen Parteibegriff eingehend STAEHELIN, Nebenparteien, S. 23 f.

¹³⁸ In der Lehre wird insbesondere als nachteilig aufgeführt, dass ein rechtsfremder Dritter, der anstelle des materiell Berechtigten oder Verpflichteten den Rechtsstreit austrägt, vom materiellen Parteibegriff per definitionem von der Prozessführung in eigenem Namen ausgeschlossen wird. Der funktionelle Parteibegriff hat hingegen den Nachteil, dass er ausschliesslich auf Vermögensprozesse anwendbar ist. Vgl. EGGER, Stellung der Organe, Rz. 59 unter Hinweis auf STAEHELIN, Nebenparteien, S. 23 f.; ROTH-GROSSER, Wesen der materiellen Rechtskraft, S. 42 ff. m.w.H.

B. Parteifähigkeit

1. Allgemeines

- 53 Um ihre zivilprozessualen Rechte im Prozess wahrnehmen zu können, muss eine Partei *parteifähig* sein (Art. 66 ZPO).¹³⁹ Der Begriff der Parteifähigkeit ist enger gefasst als der (formelle) Parteibegriff¹⁴⁰ und bestimmt sich nach dem materiellen Recht.¹⁴¹ Bei der Parteifähigkeit handelt es sich um die «Möglichkeit, in einem Prozess Partei zu sein»,¹⁴² d.h. die Fähigkeit, unter eigenem Namen als klagende oder beklagte Partei im Prozess aufzutreten.¹⁴³

2. Parteifähigkeit aufgrund Rechtsfähigkeit

- 54 Gemäss Art. 66 ZPO ist parteifähig, *wer rechtsfähig ist*. Die Rechtsfähigkeit stellt dabei die Fähigkeit dar, Träger eigener Rechte und Pflichten zu sein, diese zu erwerben, zu behalten und darüber zu verfügen.¹⁴⁴ Es gilt der Grundsatz, dass all jene Subjekte, denen Rechtsfähigkeit im Sinne von Art. 11 bzw. Art. 53 ZGB zukommt, d.h. alle natürlichen und juristischen

¹³⁹ Davon abzugrenzen sind die *Prozess- und Postulationsfähigkeit* gemäss Art. 67 und Art. 69 ZPO, vgl. statt vieler LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 3.1 ff.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rz. 14 ff.

¹⁴⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 50 f.

¹⁴¹ Bericht VE ZPO, S. 35; HÄFLIGER, Parteifähigkeit, S. 2; TENCHIO, Basler Komm. ZPO, Art. 66 N 2; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 25 Rz. 2.

¹⁴² Bericht VE ZPO, S. 35; Botschaft ZPO, S. 7279.

¹⁴³ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 124 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rz. 1; STAEHELIN, Nebenparteien, S. 25; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 3.1; TENCHIO, Basler Komm. ZPO, Art. 66 N 1; STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO Komm., Art. 66 N 1; STERCHI, Berner Komm. ZPO I, Art. 66 N 1. Zur Abgrenzung der aktiven und passiven Parteifähigkeit vgl. BUCHER, Berner Komm. ZGB, Art. 11 N 31; HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 66 N 5; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rz. 4 m.w.H.

¹⁴⁴ Zum Begriff und Inhalt der Rechtsfähigkeit vgl. eingehend BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, Basler Komm. ZGB I, Art. 11 N 1 ff.; BUCHER, Berner Komm. ZGB, Art. 11 N 1 ff.; HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 66 N 6 ff.

Personen, auch parteifähig sind.¹⁴⁵ Demnach sind sämtliche Körperschaften und Anstalten des Bundesprivatrechts – d.h. die Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR), die Kommandit-Aktiengesellschaft (Art. 764 ff. OR), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772 ff. OR), die Genossenschaft (Art. 828 ff. OR), der Verein (Art. 60 ff. ZGB), die SICAV (Art. 36 ff. KAG) und die Stiftung (Art. 80 ff. ZGB) – sowie die im Rahmen des kantonalen Privatrechts gemäss Art. 59 Abs. 3 ZGB zulässigen juristischen Personen¹⁴⁶ parteifähig. Die Rechts- und Parteifähigkeit öffentlich-rechtlicher Organisationen wird durch das öffentliche Recht bestimmt.¹⁴⁷

Im internationalen Verhältnis bestimmt sich die Parteifähigkeit nach dem 55
gemäss IPRG auf die Frage der Rechtsfähigkeit anwendbaren materiellen Recht.¹⁴⁸ Die Rechtsfähigkeit von natürlichen Personen untersteht aufgrund der einseitig ausgestalteten Kollisionsnorm in Art. 34 Abs. 1 IPRG schweizerischem Recht. Somit gelangt auch im internationalen Verhältnis Art. 11 Abs. 1 ZGB zur Anwendung, womit jede natürliche Person rechts- und parteifähig ist.¹⁴⁹ Bei ausländischen Gesellschaften und organisierten Vermögenseinheiten beurteilt sich die Rechts- bzw. Parteifähigkeit gemäss Art. 154 i.V.m. Art. 155 lit. c IPRG hingegen nach jenem Recht, nach wel-

¹⁴⁵ Statt vieler WALTER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, § 8 Rz. 1; MEIER, Zivilprozessrecht, S. 151.

¹⁴⁶ Davon erfasst werden hauptsächlich Genossenschaften zur gemeinsamen Nutzung von Grund und Boden, vgl. BGE 132 I 270, E. 4 (Bündner Alpgenossenschaft); ZWR 1995, S. 129 ff., E. 3a (Walliser Sennereigenossenschaft).

¹⁴⁷ *Parteifähig*: die Eidgenössische Alters- und Hinterlassenenversicherung, die Eidgenössische Invalidenversicherung, die Verbandsausgleichskassen, die kantonalen Ausgleichskassen und der Ausgleichsfonds; *nicht parteifähig*: Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, vgl. TENCHIO, Basler Komm. ZPO, Art. 66 N 15; HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 66 N 13; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 19 Rz. 13.

¹⁴⁸ BGER, 24.10.2011, 2C_303/2010, E. 2.3 unter Hinweis auf BGE 111 II 352, E. 1b: «Im internationalen Verhältnis beurteilen sich Partei- und Prozessfähigkeit nach dem gleichen Recht wie die Rechts- und Handlungsfähigkeit.» Vgl. auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rz. 11 m.w.H.

¹⁴⁹ HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 66 N 27; ZEITER/KOLLER, Handkomm. IPRG, Art. 34 N 2; GEISER/JAMETTI, Basler Komm. IPRG, Art. 34 N 1 und 11.

chem die Gesellschaft bzw. die organisierte Vermögenseinheit errichtet wurde (Gesellschaftsstatut).¹⁵⁰

3. Parteifähigkeit rechtsunfähiger Gebilde

- 56 Gemäss Art. 66 ZPO kann auch eine nicht rechtsfähige Person parteifähig sein, sofern sie *von Bundesrechts wegen als Partei auftreten kann*. Das materielle Bundesrecht anerkennt aus Zweckmässigkeitsgründen die Parteifähigkeit von einzelnen, nicht rechtsfähigen Gebilden im Sinne einer materiell-rechtlichen Sonderregelung.¹⁵¹
- 57 Kraft gesetzlicher Sonderregelung wird die Parteifähigkeit zum einen einzelnen *Personengemeinschaften*, wie der Kollektivgesellschaft (Art. 562 OR), der Kommanditgesellschaft (Art. 602 OR), der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (Art. 98 ff. KAG), der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, soweit es um Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Verwaltungstätigkeit der Gemeinschaft geht (Art. 712l ZGB),¹⁵² oder der Gläubigergemeinschaft einer Anleiheobligation (Art. 1164 Abs. 1 OR) zuerkannt. Daneben sind auch die *Verwaltungsorgane* einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einer Genossenschaft hinsichtlich der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, parteifähig.¹⁵³
- 58 Des Weiteren wird vereinzelt auch *Vermögensmassen* ohne eigene Rechtspersönlichkeit, wie zum Beispiel der Konkursmasse (Art. 197 und 240 SchKG), der Liquidationsmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 319 Abs. 2–4 SchKG) sowie dem Erbschaftsvermögen bei der amtlichen Nachlassliquidation (Art. 596 ZGB) resp. dem ungeteilten Nachlass (Art. 49 und 59 SchKG) im Rahmen ihres Zwecks Parteifähigkeit zuerkannt.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Statt vieler HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 66 N 28.

¹⁵¹ STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO Komm., Art. 66 N 2.

¹⁵² Vgl. BGE 116 II 55, E. 4; BGE 114 II 241, E. 3.

¹⁵³ Vgl. Art. 706 Abs. 1, Art. 808c i.V.m. Art. 706 Abs. 1 und Art. 891 Abs. 1 OR.

¹⁵⁴ Zu den verselbstständigten Sondervermögen ohne Rechtspersönlichkeit vgl. statt vieler TENCHIO, Basler Komm. ZPO, Art. 66 N 23 ff. m.w.H. Zur umstrittenen Frage, ob diesen Vermögensmassen als solchen Parteistellung zuzuerkennen ist

4. Fehlende Parteifähigkeit

Nicht parteifähig sind Einzelunternehmen und Zweigniederlassungen. Partei ist jeweils der Inhaber bzw. die Hauptniederlassung.¹⁵⁵ Ebenfalls nicht parteifähig sind die Miteigentümergeinschaft¹⁵⁶ und die Gesamthandschaften. Zu letzteren gehören insbesondere die Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB) und die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR).

Solange die Frage umstritten ist, ob eine im Prozess auftretende juristische Person, Rechtsgemeinschaft oder Vermögensmasse rechts- oder parteifähig ist, kommt ihr bis zum Entscheid über diese Frage Parteistellung zu.¹⁵⁷

C. Umfang der Parteistellung

Je nach prozessrechtlicher Stellung einer am Verfahren beteiligten Partei kommt ihr eine umfassende oder eine eingeschränkte Parteistellung zu. Über eine *umfassende* Parteistellung verfügen jeweils die Hauptparteien: Eine Hauptpartei ist «Herrin ihres Prozesses» und kann uneingeschränkt sämtliche Prozesshandlungen vornehmen, die nach dem Stand des Verfahrens zulässig sind. Wie bereits dargelegt, wird die Stellung der Hauptparteien grundsätz-

oder ob als Partei der Schuldner bzw. die Erben anzusehen sind, welche hinsichtlich dieser Sondervermögen gesetzlich durch die Konkurs- bzw. Liquidationsorgane vertreten werden, vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Komm. aZPO/SG, Art. 38 N 4d; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 19 Rz. 6 f.; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, § 8 Rz. 3 f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, §§ 27/28 N 70a f.

¹⁵⁵ DOMEJ, Kurzkomm. ZPO, Art. 66 N 9; TENCHIO-KUZMIC, Basler Komm. ZPO, Art. 66 N 44 und 60; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 24 Rz. 12. Vgl. auch HGer BE, 08.07.2011, HG 11 20, E. 3.4: «Die Zweigniederlassung bleibt rechtlich Bestandteil des Hauptunternehmens. Sie verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit und ist damit auch nicht parteifähig.»

¹⁵⁶ Vgl. statt vieler SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 19 Rz. 15 ff.; FISCHER, Stämpfli Handkomm. ZPO, Art. 66 N 9 m.w.H.

¹⁵⁷ So z.B. bei einer Feststellungsklage auf Nichtigkeit einer Vereinsgründung oder einer Stiftungserrichtung, vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 3.5; HRUBESCH-MILLAUER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 66 N 21. Zur Parteifähigkeit als sog. doppelrelevante Tatsache vgl. die umfassende Abhandlung bei HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen, § 17 Rz. 1 ff.

lich bereits zu Beginn des Prozesses gestützt auf die verfahrenseinleitende Rechtsschrift fixiert.¹⁵⁸

- 62 Neben den Hauptparteien kommt grundsätzlich auch einer Nebenpartei, die sich nachträglich, d.h. nach Anhängigmachung der Streitsache, in eigenem Namen am Prozess beteiligt, Parteistellung zu. Im Unterschied zu den Hauptparteien verfügen die Nebenparteien jedoch lediglich über eine sog. *eingeschränkte* Parteistellung,¹⁵⁹ da die Nebenpartei an einem fremden Prozess teilnimmt und sich zugunsten einer der Hauptparteien am Prozess beteiligt. Sie steht damit grundsätzlich «neben den Parteien».¹⁶⁰ Die prozessuale Rechtsstellung der Nebenpartei leitet sich von derjenigen der unterstützten Hauptpartei ab, wobei letztere fortwährend «Herrin des Prozesses» bleibt.

D. Ausschiesslichkeit der Parteistellung

- 63 Das schweizerische Zivilprozessrecht geht grundsätzlich von der Ausschiesslichkeit der Parteistellung aus:¹⁶¹ Wird für oder gegen eine natürliche oder juristische Person Rechtsschutz verlangt, so ist generell einzig diese Person als solche Partei des Verfahrens.¹⁶² Zur ausschliesslichen Parteistellung von juristischen Personen führt JUNG aus, dass «kein Bedürfnis nach einer generellen Erstreckung der Parteieigenschaft auf bestimmte oder gar alle Gesellschafter [bestehe], da eine parteiähnliche Behandlung von Gesellschaftern nur in seltenen Ausnahmefällen geboten ist und hierfür andere

¹⁵⁸ Vgl. dazu vorne Rz. 50 f.

¹⁵⁹ Vgl. auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 51, welche mangels umfassender Parteistellung lediglich von *Parteigehilfen* sprechen. Vgl. auch WILLISEGGER, Grundstruktur, S. 95, der von einer *parteibezogenen Drittstellung* spricht. A.M. GÖKSU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 76 N 2, der von einer vollen Parteistellung mit vollumfänglichen Parteirechten ausgeht.

¹⁶⁰ BERTI, Einführung, Rz. 81.

¹⁶¹ EGGER, Stellung der Organe, Rz. 62 unter Hinweis auf JUNG, BJM 2009, S. 121 ff.; OTTOMANN, Aktiengesellschaft, S. 4 f.

¹⁶² Vgl. aber z.B. die Ausnahme in Art. 68a f. SchKG, wonach bei einer Betreibung eines in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten im darauffolgenden Rechtsöffnungsverfahren u.U. (auch) dem Ehegatten des Schuldners Parteistellung zukommt, sofern dieser (auch) Rechtsvorschlag erhoben hat; vgl. KOFMEL EHRENZELLER, Basler Komm. SchKG I, Art. 68a N 18 m.w.H.

Möglichkeiten als eine Durchbrechung der Trennung zwischen der parteifähigen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern bestehen».¹⁶³

Somit kommt in einem Zivilprozess, in welchem beispielsweise eine Aktiengesellschaft als Partei involviert ist, den einzelnen Aktionären, der Generalversammlung, dem Verwaltungsrat, der Revisionsstelle oder den Exekutivorganen grundsätzlich keine Parteistellung zu.¹⁶⁴ Dennoch sind aber gewisse Personen (wie z.B. die Organe von juristischen Personen) – trotz fehlender Parteistellung – im Rahmen des Beweisverfahrens aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung als Parteien zu behandeln.¹⁶⁵

E. Einvernahme der Partei

Das Gericht kann die Parteien im Rahmen der Beweiserhebung zu sämtlichen rechtserheblichen Tatsachen befragen. Sowohl die Haupt- wie auch die Nebenparteien unterstehen dabei der *Parteibefragung* und der *Beweisaussage* gemäss Art. 168 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 191 f. ZPO.¹⁶⁶

Vor der Durchführung der *Parteibefragung* werden die Parteien zur Wahrheit ermahnt und darauf hingewiesen, dass sie bei mutwilligem Leugnen mit einer Ordnungsbusse bis zu CHF 2000 und im Wiederholungsfall bis zu CHF 5000 bestraft werden können (Art. 191 Abs. 2 ZPO). Zur Wahrheit ermahnt werden die Parteien auch vor der Durchführung der *Beweisaussage*, wobei das Gericht die Parteien dabei noch darauf hinzuweisen hat, dass eine

¹⁶³ JUNG, BJM 2009, S. 123.

¹⁶⁴ EGGER, Stellung der Organe, Rz. 62 ff. unter Hinweis auf OTTOMANN, Aktiengesellschaft, S. 5. Vgl. auch die Hinweise zu einigen Sonderkonstellationen bei DOMEJ, Kurzkomm. ZPO, Art. 66 N 5: «Der Verwaltung einer AG, GmbH oder Genossenschaft ist die (aktive) Parteifähigkeit für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der AG (Art. 706 Abs. 1 OR) oder Genossenschaft (Art. 891 Abs. 1 OR) bzw. von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung einer GmbH (Art. 808c OR) eingeräumt.»

¹⁶⁵ So ausdrücklich Art. 159 ZPO: «Ist eine juristische Person Partei, so werden ihre Organe im Beweisverfahren *wie eine Partei behandelt*.» Vgl. dazu eingehend hinten Rz. 197 ff.

¹⁶⁶ Vgl. dazu eingehend hinten Rz. 169 ff.

Falschaussage mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden kann (Art. 192 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 306 Abs. 1 StGB).¹⁶⁷

- 67 Sofern streitig ist, ob eine Person als Partei oder als Dritte einzuvernehmen ist, kann bei einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO Beschwerde gegen die Beweisverfügung erhoben werden.¹⁶⁸ Ein solcher Nachteil liegt insbesondere dann vor, wenn eine Person zu einer Parteiaussage verpflichtet wird, da ihre Verweigerungsrechte dann weniger weit gehen als bei einem Zeugnis.¹⁶⁹

III. Drittstellung im Zivilprozess

A. Begriff des Dritten

- 68 Insbesondere in den beweisrechtlichen Bestimmungen zu den Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechten (Art. 160 ff. ZPO) wird der Begriff des *Dritten* bzw. der *dritten Person*¹⁷⁰ verwendet und demjenigen der Partei gegenübergestellt. Da die ZPO keine Legaldefinition des Drittbegriffs enthält, erfolgt die Begriffsdefinition primär über die negative Abgrenzung zum formellen Parteibegriff.¹⁷¹
- 69 Demnach kann der Dritte allgemein als eine von der Partei verschiedene Person umschrieben werden, welcher es im konkreten Prozess an einer Parteistellung fehlt.¹⁷² Folglich kommt grundsätzlich jeder Person eine Drittstellung zu, die nicht als Haupt- oder Nebenpartei, Gerichtsperson oder Hilfsper-

¹⁶⁷ Zur gerichtlichen Aufklärungspflicht vgl. eingehend hinten Rz. 309 ff.

¹⁶⁸ Vgl. dazu vorne Rz. 31. Heikle Ermessensentscheide ergeben sich bspw. bei der Frage, ob eine Person als faktisches Organ zu qualifizieren und damit wie eine Partei einzuvernehmen ist, vgl. MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 12. Vgl. zum Organbegriff hinten Rz. 205 ff.

¹⁶⁹ Vgl. dazu vorne Rz. 48 f. WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 9a; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 12.

¹⁷⁰ Zum Begriff vgl. vorne Fn. 117.

¹⁷¹ Zum formellen Parteibegriff vgl. vorne Rz. 50 f. Vgl. zum Ganzen BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 81 ff. m.w.H., der sich eingehend mit dem Begriff des Dritten auseinandersetzt.

¹⁷² EGGER, Stellung der Organe, Rz. 353; BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 83.

son des Gerichts (z.B. sachverständige Person) am Prozess beteiligt ist.¹⁷³ Ferner handelt es sich bei Dritten um Personen, die kein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse am Prozessausgang aufweisen und hinsichtlich der Streitsache folglich auch nicht anfechtungslegitimiert sind.¹⁷⁴

B. Einvernahme des Dritten

Wer nicht Partei ist, kann gemäss Art. 169 ZPO im Rahmen des Beweisverfahrens über Tatsachen Zeugnis ablegen, die er unmittelbar wahrgenommen hat. Folglich dürfen lediglich Personen mit Drittstellung als Zeugen befragt werden (*nemo testis in propria causa*¹⁷⁵).¹⁷⁶ 70

Grundsätzlich ist jede Drittperson fähig, Zeuge zu sein.¹⁷⁷ Voraussetzung ist einzig, dass die Person urteils- und vernehmungsfähig ist.¹⁷⁸ Bei einem Zeugen muss es sich demnach um eine natürliche Person handeln. Folglich kommt bei einer juristischen Person lediglich den Organen als natürlichen Personen Zeugeigenschaft zu. Diesbezüglich gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass Art. 159 ZPO ausdrücklich vorsieht, dass die Organe einer juristischen Person, welche Partei eines Prozesses ist, im Rahmen des Beweisverfahrens – trotz 71

¹⁷³ HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 160 N 12.

¹⁷⁴ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 2 in Anlehnung an WEISSENBACHER/HIRZEL, Praxiskomm. VwVG, Art. 14 N 5.

¹⁷⁵ «Niemand kann Zeuge in eigener Sache sein», vgl. LIEBS, Lateinische Rechtsregeln, S. 151.

¹⁷⁶ Vgl. auch den Wortlaut von Art. 160 VE ZPO: «Eine dritte Person kann über Tatsachen Zeugnis ablegen, die sie unmittelbar wahrgenommen hat.» Vgl. auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 87; KUMMER, Zivilprozessrecht, S. 130; HABSCHEID, Zivilprozessrecht, Rz. 685.

¹⁷⁷ Vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 46 Rz. 164. Unter Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen war dies teilweise anders, vgl. z.B. Art. 244 aZPO/BE, welcher vorsah, dass Personen, welche das 12. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hatten oder denen die notwendigen Geisteskräfte oder Sinnesorgane fehlten, nicht als Zeuge abgehört werden sollten. Kritisch dazu LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, Art. 244 N 2.

¹⁷⁸ Statt vieler RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 1 m.w.H.

fehlender formeller Parteistellung – dennoch wie eine Partei zu behandeln sind und folglich nicht als Zeugen einvernommen werden können.¹⁷⁹

- 72 Gegenstand des Zeugnisses sind Aussagen von natürlichen Personen über ihre eigenen Wahrnehmungen zu streitigen, relevanten Tatsachenbehauptungen, wobei darunter alles fällt, was mit den menschlichen Sinnen wahrgenommen werden kann.¹⁸⁰ Das Gesetz verlangt, dass der Zeuge die Tatsache unmittelbar wahrgenommen hat. Mit dem Erfordernis der Unmittelbarkeit soll das Zeugnis vom Hörensagen ausgeschlossen werden.¹⁸¹ Die herrschende Lehre¹⁸² lehnt es jedoch – entgegen dem Wortlaut von Art. 169 ZPO – ab, dass Zeugenaussagen über nicht selber wahrgenommene Tatsachen jeglicher Beweiswert abgesprochen wird, und spricht sich für eine Berücksichtigung durch das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung aus.¹⁸³
- 73 Wie die Partei wird auch der Zeuge vor der Einvernahme zur Wahrheit ermahnt. Zeugen, die das 14. Altersjahr vollendet haben, sind neben der prozessualen Wahrheitspflicht zudem auf die strafrechtlichen Folgen des falschen Zeugnisses hinzuweisen.¹⁸⁴ Im Vergleich zu den Parteien sind die strafrechtlichen Folgen einer Falschaussage beim Zeugnis jedoch strenger ausgestaltet: Gemäss Art. 307 Abs. 1 StGB kann das Gericht einen Zeugen

¹⁷⁹ Vgl. dazu vorne Rz. 64 sowie eingehend hinten Rz. 197 ff.

¹⁸⁰ D.h. Hören, Sehen, Fühlen, Riechen und Schmecken. Vgl. RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 6; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 169 N 2; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 169 N 14; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 169 N 7; FINK, Private Zeugenbefragung, Rz. 20.

¹⁸¹ Botschaft ZPO, S. 7321.

¹⁸² RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 8; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 169 N 15; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 169 N 1; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.85; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 169 N 7; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 169 N 4; SCHWEIZER, Comm. CPC, Art. 169 N 9; FINK, Private Zeugenbefragung, Rz. 20.

¹⁸³ Vgl. auch Expertenbericht ZPO, S. 83, wonach der Vorentwurf das indirekte Zeugnis nicht a priori ausschliesst. Der Zeuge hat jedoch offenzulegen, dass er eine bestimmte Tatsache nicht selber wahrgenommen hat, sondern nur vom Hörensagen kennt. Einer solchen Aussage kommt zwar keine direkte Beweiskraft zu, doch kann sie als Indiz in die Beweiswürdigung miteinbezogen werden. Vgl. dazu eingehend hinten Rz. 138 ff.

¹⁸⁴ Vgl. Art. 171 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 307 StGB.

bei einer Falschaussage mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestrafen.

§ 5 Zusammenfassung

Der Ausdruck «Parteiaussage» bezeichnet als Oberbegriff die förmliche Einvernahme einer Partei im Rahmen des Beweisverfahrens und umfasst damit seit dem Inkrafttreten der ZPO die Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO und die Beweisaussage gemäss Art. 192 ZPO. 74

Die Parteiaussage kann insbesondere in Verfahren, in welchen die Parteien hinsichtlich eines streitigen Sachverhalts die einzigen resp. die am besten unterrichteten Personen darstellen, eine wichtige Erkenntnisquelle für das Gericht darstellen. Durch die Beweiserhebung mittels Parteiaussage erhält das Gericht einen persönlichen Eindruck und kann aus den Aussagen der Parteien Anhaltspunkte hinsichtlich des Wahrheitsgehalts der im Prozess behaupteten Tatsachen gewinnen. 75

Mittels Parteiaussage können im Beweisverfahren grundsätzlich lediglich die Parteien einvernommen werden – für Dritte sieht die ZPO die Befragung in Form des Zeugnisses vor. Die Abgrenzung zwischen der Partei- bzw. Drittstellung ist daher für die Frage der Anwendbarkeit der Parteiaussage von entscheidender Bedeutung und zeitigt überdies Auswirkungen auf grundlegende Elemente des Beweisrechts. So unterscheiden sich je nach Stellung der am Verfahren beteiligten Person neben den zur Anwendung gelangenden Beweismitteln insbesondere auch die Regelungen in Bezug auf die Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte gemäss Art. 160 ff. ZPO. Dabei steht den Parteien – im Unterschied zu den Zeugen – insbesondere kein Aussageverweigerungsrecht zu, um sich selbst vor der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung oder zivilrechtlichen Haftung zu schützen. 76

Zweiter Teil:

**Allgemeine beweisrechtliche
Merkmale der Parteiaussage**

§ 6 Rechtsgrundlagen und Entstehungsgeschichte

I. Entwicklungen in der Schweiz ab dem 19. Jahrhundert

A. Allgemeines

Der heute in Art. 169 ZPO verankerte Grundsatz, wonach lediglich Dritte 77 Zeugnis ablegen können, geht zurück auf den römisch-rechtlichen Verfahrensgrundsatz «*nemo testis in propria causa*»,¹⁸⁵ welcher auf der unwiderlegbaren Vermutung der Unglaubwürdigkeit der Parteien basierte. Daher wurde bei Fehlen anderer Beweismittel als der persönlichen Kenntnis einer streitigen Tatsache der Beweis dieser Tatsache als nicht erbracht angesehen.¹⁸⁶ Nach diesem unaufgeklärten und noch nicht der freien gerichtlichen Beweiswürdigung verpflichteten Prozessverständnis konnte eine Partei folglich nicht als Zeuge in eigener Sache auftreten.¹⁸⁷ Um jedoch die Aussage derjenigen Personen, die oft die beste Kenntnis der Sachlage besaßen, nicht vollständig auszuschliessen, wurden die Belange der Parteien mittels eines Eides oder Schwures (unter Anrufung Gottes) oder teilweise auch mittels eines Gelübdes (ohne Anrufung Gottes) gewahrt.¹⁸⁸

B. Bund

Das Provisorische Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte 78 in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welches am 28. November 1850 in

¹⁸⁵ «Niemand kann Zeuge in eigener Sache sein.» Siehe dazu STECK, Zeugenbeweis, S. 127; REINKENHOF, Informationsbeschaffung, S. 30 f. je m.w.H.; LIEBS, Lateinische Rechtsregeln, S. 151. Vgl. auch POMONIUS, Digesten 22, 5, 10: «*Nullus idoneus testis in re sua intellegitur*» («Niemand wird in eigener Angelegenheit für einen tauglichen Zeugen gehalten»).

¹⁸⁶ KWIA TEK, Parteibefragung, S. 9; BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 14a.

¹⁸⁷ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 14a.

¹⁸⁸ NAGEL, Grundzüge, S. 86; REINKENHOF, Informationsbeschaffung, S. 31; BÜHLER, HAVE 2013, S. 130.

Kraft trat,¹⁸⁹ kannte die Parteieinvernahme nur in der Form von Parteieiden und behandelte diese unter den Titeln «Von der Eideszuschiebung» (Art. 146–150) und «Vom Ergänzungs- oder Entkräftigungseid» (Art. 153 f.).

- 79 Bei der *Eideszuschiebung* hatte die Partei, welcher der Eid zugeschoben wurde, die Möglichkeit, den Eid entweder zu leisten oder ihn zurückzuschieben. Tat sie weder das eine noch das andere, so galt die vom Gegner behauptete Tatsache als wahr. Der *Ergänzungs- oder Entkräftigungseid* gelangte in jenen Fällen zur Anwendung, in denen eine bestrittene und erhebliche Tatsache bis zu einem gewissen Grad zwar glaubhaft gemacht worden war, aber dies zur vollen richterlichen Überzeugung (noch) nicht ausreichte. Diesfalls konnte durch das Gericht von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei entweder dem Beweisführer (als Ergänzungseid) oder dem Gegner (als Entkräftigungseid) ein solcher Eid auferlegt werden.¹⁹⁰
- 80 Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess am 1. Juli 1948 wurden das Provisorische Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aufgehoben und die Parteieide durch das Parteiverhör ersetzt.¹⁹¹

C. Kantone

- 81 Im Verlauf des 19. Jahrhunderts führten sämtliche Kantone – anstelle der teilweise vom unwissenschaftlichen Gewohnheitsrecht beherrschten Gerichtsordnungen – moderne Zivilprozessgesetze ein,¹⁹² wobei diese eine Vielzahl von unterschiedlichen Formen der Parteieide vorsahen.¹⁹³

¹⁸⁹ BS 3 590, AS II 77 (aufgehoben per 1. Juli 1948 mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273).

¹⁹⁰ KWIA TEK, Parteibefragung, S. 59 f.

¹⁹¹ Vgl. heute Art. 62 ff. des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273).

¹⁹² STAEHELIN/SUTTER, Basler Zivilprozessrecht, S. 5.

¹⁹³ So kannte bspw. die aargauische ZPO aus dem Jahr 1851 elf verschiedene Eidesarten, vgl. MÜLLER, Parteibefragung, S. 21; MÜLLER, Beweisaussage, S. 21. Vgl. auch die Zusammenstellung der Parteieide in den kantonalen Prozessordnungen bei SCHNITZER, ZSR 1939, S. 337.

Die meisten Prozessgesetze kannten die folgenden drei Eidesformen:¹⁹⁴ 82
 (i) den *Editionseid*, welcher einer Partei auferlegt werden konnte, um abzu-
 klären, ob sie sich im Besitz von Urkunden befand, zu deren Vorlegung sie
 verpflichtet gewesen wäre; (ii) den *Ergänzungseid* zur Vervollständigung
 eines nicht voll erbrachten Beweises, wobei dieser jedoch erst dann auferlegt
 werden konnte, wenn das Gericht nach Erhebung der übrigen Beweise von
 der Richtigkeit bzw. Unrichtigkeit einer Parteibehauptung (noch) nicht voll
 überzeugt war; sowie (iii) den *Schiedseid*, den die beweisbelastete Partei dem
 Prozessgegner zum Beweis für streitige Tatsachen zuschieben konnte. Der
 Prozessgegner hatte diesfalls drei Handlungsalternativen: (i) Durch die Lei-
 stung des Eides konnte er die von der beweisbelasteten Partei behauptete Tat-
 sache widerlegen; (ii) durch die Verweigerung der Eidesleistung galt die von
 der beweisbelasteten Partei behauptete Tatsache als zugestanden oder (iii) er
 konnte den Eid an die beweisbelastete Partei zurückschieben, womit diese
 ihrerseits zum Eid zugelassen wurde.¹⁹⁵

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts begann sich in steter Entwicklung – haupt- 83
 sächlich ausgelöst durch die schwindende religiöse Bedeutung des Eides¹⁹⁶ –
 das Beweismittel der Parteiaussage herauszukristallisieren. Als problemati-
 sch wurde die Aussage einer Partei unter Leistung eines Eides insbesondere
 dann angesehen, wenn der Gesetzgeber die Aussage mit voller Beweiskraft
 versah und sie dadurch der freien richterlichen Beweismwürdigung entzog.
 Diesfalls war jeglicher Beweis gegen das Vorliegen der unter Eid behaupteten
 Tatsache ausgeschlossen, was nach einem Teil der Lehre gegen das garantierte
 Recht auf Beweis bzw. Gegenbeweis verstieß.¹⁹⁷

Anstoss zur Beseitigung des Eides gab insbesondere Art. 49 Abs. 2 der total- 84
 revidierten Bundesverfassung von 1874, welcher vorsah, dass «niemand [...] zur
 Vornahme einer religiösen Handlung gezwungen [...] werden [darf]». ¹⁹⁸

¹⁹⁴ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 356 mit Hinweisen zu den einzelnen kantona-
 len Bestimmungen.

¹⁹⁵ Vgl. ausführlich GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 356 ff.

¹⁹⁶ GAFNER, Parteibefragung, S. 106 ff.

¹⁹⁷ Vgl. Art. 4 aBV bzw. Art. 29 Abs. 2 BV. Vgl. KOFMEL EHRENZELLER, Grundzüge,
 S. 579 mit Hinweis auf HABSCHEID, Zivilprozessrecht, Rz. 700; KOFMEL,
 Recht auf Beweis, S. 246 ff.

¹⁹⁸ MÜLLER, Parteibefragung, S. 21 ff. Vgl. heute Art. 15 Abs. 4 BV.

In der Folge setzte sich auch die Überzeugung durch, dass der Eid ein unzulängliches Beweismittel und mit der neueren Prozessrechtswissenschaft unvereinbar sei.¹⁹⁹ Dazu schrieb GAFNER²⁰⁰ im Jahr 1919: «So lange dem Eid die frühere religiöse Bedeutung beigemessen wurde, waren die Meineide relativ selten. Heute ist dies jedoch anders geworden und der Eidesschwur sank zur äusseren Form herab, einer Form, die die Gefahr keineswegs mehr ausschliesst, dass die Unwahrheit über die Wahrheit siege.»

- 85 Nach dem Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesverfassung im Jahr 1874 konnte folglich niemand mehr zu einer Eidesleistung gezwungen werden. Auch wenn in der Eidesformel Gott nicht ausdrücklich genannt wurde, sondern lediglich zu erklären war, dass die Aussage beschworen werde, wurde dieser Vorgang als religiöse Handlung qualifiziert.²⁰¹ Folglich wurde beispielsweise ein Jahr nach dem Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesverfassung in einem Grossratsdekret des Kantons Aargau erklärt, dass derjenige, der den Eid nicht ableisten wolle, seine Aussage alternativ auch durch ein Handgelübde bezeugen könne. Mit der Aargauer Zivilprozessordnung von 1902 wurden der Eid und das Handgelübde als Beweisformen im Kanton Aargau ganz abgeschafft.²⁰²
- 86 In der Mitte des 20. Jahrhunderts kannten mithin die meisten Kantone entweder nur noch eine beschränkte Form des Eides²⁰³ oder hatten ihn bereits vollständig abgeschafft.²⁰⁴ Als Surrogat für den abgesetzten Parteieid wurde in den meisten Kantonen die gerichtliche Befragung der Parteien eingeführt, wobei Bezeichnung, Form und Funktion jeweils stark variierten.²⁰⁵

¹⁹⁹ MÜLLER, Parteibefragung, S. 21.

²⁰⁰ GAFNER, Parteibefragung, S. 107.

²⁰¹ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 357.

²⁰² Zur diesbezüglichen Entwicklung im Kanton AG vgl. eingehend MÜLLER, Parteibefragung, S. 21 ff.

²⁰³ So kannten z.B. die Kantone SH und GR nur noch den Eid in Vaterschaftssachen; vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht (1. Aufl.), S. 373 m.w.H.

²⁰⁴ So z.B. die Kantone AG, AI, AR, BE, SO, TG, VD und ZH; vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht (1. Aufl.), S. 374.

²⁰⁵ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 352 ff. Vgl. auch MÜLLER, Beweisaussage, S. 30 ff. mit Hinweisen zu den in der Mitte des 20. Jahrhunderts geltenden kantonalen Bestimmungen.

II. Rechtslage vor dem Inkrafttreten der ZPO

A. Überblick

Wie KOFMEL EHRENZELLER zutreffend konstatiert, kam die föderalistische 87
Regelung des Zivilverfahrensrechts vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung bei keinem anderen Beweismittel so stark zum Ausdruck wie bei der Parteiaussage.²⁰⁶ So war die Parteiaussage in den meisten kantonalen Zivilprozessordnungen in irgendeiner Form zwar bekannt, jedoch variierten die jeweiligen Ausgestaltungsformen erheblich.

Während gewisse Kantone gar keine Beweiserhebung mittels Parteiaussage 88
kannten,²⁰⁷ liessen andere Kantone – neben der *informativen Parteibefragung*, welche lediglich eine Form der Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht darstellte,²⁰⁸ – teilweise sogar zwei Stufen der Parteiaussage zu:²⁰⁹ (i) die *einfache Parteiaussage*,²¹⁰ bei der eine Falschaussage nur mit einer Disziplinarstrafe geahndet wurde, sowie (ii) die *qualifizierte Parteiaussage*²¹¹ unter Strafandrohung von Art. 306 StGB.²¹² Eine einstufige Regelung kannten hingegen der Kanton Solothurn, der nur die einfache Parteiaussage kannte, sowie die Kantone Luzern, Thurgau und St. Gallen, die nur die qualifizierte Parteiaussage vorsahen.

²⁰⁶ KOFMEL EHRENZELLER, Grundzüge, S. 576.

²⁰⁷ So die Kantone BL, BS, GE, NE, TI und VD. Diese Kantone hatten die Parteiaussage gar nicht als zulässiges Beweismittel in ihr Beweismittelsystem aufgenommen, weshalb die Aussage einer Partei stets als blosser Behauptung qualifiziert wurde. Vgl. SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 337 f.; WEIBEL, FS Rutz, S. 231.

²⁰⁸ Die informative Parteibefragung diente lediglich der Klarstellung eines unvollständigen oder undeutlichen Parteivorbringens, vgl. GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 352; HABSCHEID, Zivilprozessrecht, Rz. 691; VOGEL, Zivilprozessrecht, 10. Kapitel Rz. 166; STAEHELIN/SUTTER, Basler Zivilprozessrecht, § 14 Rz. 77 f.

²⁰⁹ WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, S. 337 ff.; LIARAKOS, Schweizerisches Beweisrecht, S. 67.

²¹⁰ Teilweise auch als *Parteiverhör* (Art. 273 aZPO/BE), *persönliche Befragung* (§ 149 aZPO/ZH) oder *Parteibefragung* (§ 362 aZPO/AG) bezeichnet.

²¹¹ Teilweise auch als *Beweisaussage* bezeichnet (Art. 279 aZPO/BE, § 150 aZPO/ZH, § 268 aZPO/AG).

²¹² LEUENBERGER, FS Bühler, S. 53.

- 89 In jenen Kantonen, welche ein zweistufiges System der Parteiaussage kennen, war die qualifizierte Parteiaussage i.d.R. subsidiär ausgestaltet und wurde, wenn überhaupt, erst nach der einfachen Parteiaussage durchgeführt.²¹³ Teilweise war auch nur eine Partei zur qualifizierten Parteiaussage zugelassen. So wurde beispielsweise im Kanton Graubünden aufgrund der übrigen Beweismittel beurteilt, für welche Partei die Beweislage eher sprach, und im Anschluss konnte diese Partei, und nur diese Partei, zur qualifizierten Parteiaussage zugelassen werden.²¹⁴
- 90 In Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Beweismittel der (einfachen oder qualifizierten) Parteiaussage und den übrigen Beweismitteln wurden drei²¹⁵ Systeme unterschieden:²¹⁶ (i) Als *ergänzendes* Beweismittel wurde die Beweiserhebung mittels Parteiaussage durchgeführt, wenn das durchgelaufene Beweisverfahren zwar bereits geeignet war, die richterliche Überzeugung in die Richtung der beweisbedürftigen Parteibehauptung zu lenken, ohne sie aber schon fest zu bilden, d.h. wenn lediglich ein Beweisanfang vorhanden war.²¹⁷ (ii) Als *subsidiäres* Beweismittel konnte die Beweiserhebung mittels Parteiaussage erfolgen, wenn das bereits durchgeführte Beweisverfahren

²¹³ So z.B. ausdrücklich § 268 Abs. 1 aZPO/AG, wonach das Gericht die Parteiaussage unter Straffolge über bestimmte Tatsachen dann anordnen konnte, wenn es dies nach dem Ergebnis des Parteiverhörs für geboten hielt.

²¹⁴ Vgl. BGE 112 Ia 369, E. 2 zu Art. 201 aZPO/GR: «Wenn wie im vorliegenden Fall nur eine der beiden Parteien zur Beweisaussage zugelassen wird, erscheint eine vorausgehende formlose Befragung beider Parteien erst recht als unerlässlich, weil nur danach in Verbindung mit weiteren Umständen entschieden werden kann, welche der Parteien als glaubwürdiger erscheint.» Vgl. dazu auch SUTTER-SOMM, ZJP 2000, S. 341 f.

²¹⁵ In der Lehre wird teilweise zusätzlich noch das System der Parteibefragung als primäres Beweismittel erwähnt, bei welchem die Parteibefragung von Gesetzes wegen durchgeführt wird, bevor die anderen Beweismittel überhaupt berücksichtigt wurden. Eine solche Regelung war jedoch in keinem Kanton vorgesehen. Vgl. MÜLLER, Beweisaussage, S. 88 f.

²¹⁶ Vgl. dazu eingehend MÜLLER, Parteibefragung, S. 39 ff.; MÜLLER, Beweisaussage, S. 87 ff.

²¹⁷ So z.B. in den Kantonen AG (für die Beweisaussage), BE (für die Beweisaussage), LU, NW, OW, SG, TG und UR, vgl. allgemein MÜLLER, Beweisaussage, S. 89 f. So sah z.B. Art. 120 aZPO/SG vor, dass die Parteiaussage lediglich dann durchzuführen war, «wenn es die Beweislage gebietet» (Art. 120 aZPO/SG), vgl. auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Komm. aZPO/SG, Art. 120 N 4.

völlig ergebnislos verlaufen war. Hier hatte die Parteiaussage dasselbe zu ersetzen und trat an die Stelle aller übrigen Beweismittel, welche versagt hatten.²¹⁸ (iii) Als *Hauptbeweismittel* wurde die Parteiaussage den übrigen Beweismitteln formell und materiell gleichgestellt.²¹⁹

Analog zur unterschiedlichen Ausgestaltung der Parteiaussage in den einzelnen Kantonen war auch der Beweiswert der Parteiaussage verschieden: So konnte beispielsweise im Kanton Zürich die einfache Parteiaussage keinen Beweis zu eigenen Gunsten bilden,²²⁰ wohingegen in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, Aargau, Bern und Solothurn die einfache Parteiaussage sowohl zulasten als auch zugunsten der befragten Partei einen Beweiswert beanspruchen konnte.²²¹ Die qualifizierte Parteiaussage war jedoch in den meisten Kantonen als vollwertiges Beweismittel ausgestaltet.²²² 91

Die Tatsache, dass im einen Kanton die eigene Aussage einer Partei stets nur Behauptung, in einem anderen Kanton wiederum Beweis bilden konnte, zeigt eindrücklich, dass vor dem Inkrafttreten der ZPO die einheitliche Durchsetzung des materiellen Rechts in der Schweiz mangels einheitlicher Zivilprozessordnung nicht vollständig garantiert war.²²³ 92

²¹⁸ Dieses System sah zwar kein Kanton ausdrücklich vor, jedoch konnte die Parteiaussage immer dann als subsidiäres Beweismittel herangezogen werden, wenn sie als Hauptbeweismittel vorgesehen war.

²¹⁹ So z.B. in den Kantonen AG (für die Parteibefragung), BE (für das Parteiverhör), FR, GE, GL, GR, SH, VS, ZG und ZH.

²²⁰ Art. 149 Abs. 3 aZPO/ZH: «Aussagen, welche zugunsten der befragten Partei lauten, bilden keinen Beweis.» Vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 149 N 3 f. So auch in den Kantonen NW, OW, SH und SZ.

²²¹ BÜHLER, HAVE 2013, S. 129.

²²² So z.B. § 150 aZPO/ZH. Vgl. OGer ZH, 25.06.1984, ZR 1985, S. 56 ff., wonach die Beweisaussage nicht nur der Ergänzung eines noch nicht völlig gelungenen oder der Entkräftung eines nicht völlig misslungenen Beweises dient, sondern auch zugelassen werden kann, um als alleiniges Beweismittel einen Beweisnotstand abzuwenden.

²²³ SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 338.

B. Rechtslage in ausgewählten Kantonen

1. Aargau

- 93 Das Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984 (aZPO/AG) sah die Parteibefragung in § 263 ff. als vollwertiges Beweismittel vor. Zur Abklärung des von den Parteien behaupteten Sachverhaltes konnte das Gericht die Parteibefragung auch ohne Antrag einer Partei anordnen (§ 202 Abs. 2 aZPO/AG). Die Parteibefragung erfolgte entweder im Rahmen des (einfachen) Parteiverhörs (§ 267 aZPO/AG) oder mittels Anordnung einer Beweisaussage unter Straffolge von Art. 306 StGB (§ 268 aZPO/AG). Beide Formen der Einvernahme konnten einen Beweiswert beanspruchen, und zwar sowohl zulasten als auch zugunsten der befragten Partei. Es galt überdies der Grundsatz der freien Beweiswürdigung der Aussagen.²²⁴
- 94 Im Rahmen des *Parteiverhörs* waren die Parteien vor dem Verhör unter Hinweis auf das Recht zur Verweigerung der Aussagen zur Wahrheit zu ermahnen. Sie waren zudem darauf aufmerksam zu machen, dass sie zur Beweisaussage unter Straffolge angehalten werden können. Die *Beweisaussage* war lediglich subsidiärer und ergänzender Natur und wurde nur dann angeordnet, wenn es das Gericht nach dem Ergebnis des Parteiverhörs für geboten hielt, die Parteien hinsichtlich bestimmter Tatsachen zusätzlich der Beweisaussage unter Straffolge (Art. 306 StGB) zu unterwerfen.²²⁵ Im Gegensatz zum Parteiverhör wurde die Beweisaussage somit in der Regel am Schluss des Beweisverfahrens und damit nach allen anderen Beweismitteln abgenommen. Die Parteien hatten keinen gesetzlichen Anspruch auf die Anordnung einer Beweisaussage.²²⁶
- 95 Soweit beide Parteien über die streitige Tatsache aussagen konnten, waren stets beide Parteien dem Parteiverhör zu unterstellen. Dies wurde damit begründet, dass die «Befragung beider Parteien zum Wesen dieses Beweismittels [gehört], weil eine einseitige Befragung oft nur ein unvollständiges Bild

²²⁴ EDELMANN, Komm. aZPO/AG, § 263 N 1.

²²⁵ Vgl. § 268 Abs. 1 aZPO/AG; EDELMANN, Komm. aZPO/AG, § 268 N 2.

²²⁶ EDELMANN, Bedeutung des Bundesrechts, S. 179.

ergibt».²²⁷ Dies galt grundsätzlich auch für die Beweisaussage.²²⁸ So sah die aargauische Regelung – im Unterschied zu anderen kantonalen Zivilprozessordnungen, wonach jeweils nur eine Partei der Beweisaussage unterstellt werden konnte²²⁹ – vor, dass beide Parteien über dieselbe Frage der Beweisaussage unterworfen werden konnten. Das Gericht musste folglich nicht bereits beim Entscheid über die Zulässigkeit der Beweisaussage darüber befinden und zum Ausdruck bringen, welche der Parteien es für glaubwürdiger hielt und welche deshalb alleine zur Beweisaussage zugelassen wird.²³⁰ In der Regel wurden daher beide Parteien der Beweisaussage unterstellt, da so die Hoffnung bestand, dass die Parteien angesichts der zu erwartenden Straffolgen eine vorgängige Falschaussage korrigieren oder zumindest die Aussage verweigern werden.²³¹

2. Basel-Stadt und Basel-Land

Die Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 8. Februar 1875 96 (aZPO/BS) und das Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 21. September 1961 (aZPO/BL) enthielten in ihrer jeweils bis Ende 2010 geltenden Fassung Bestimmungen zum Beweis durch Eid und Handgelübde (§ 139 ff. aZPO/BS, § 181 ff. aZPO/BL), wobei diese in der Praxis bereits seit Längerem keine Bedeutung mehr hatten.²³²

Die Parteiaussage hatten jedoch beide Zivilprozessordnungen nicht als zuläs- 97 siges Beweismittel in ihr Beweismittelsystem aufgenommen, sondern sahen

²²⁷ EDELMANN, Komm. aZPO/AG, § 267 N 2.

²²⁸ EDELMANN, Komm. aZPO/AG, § 268 N 3.

²²⁹ Vgl. insbesondere die nachfolgenden Ausführungen zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten der ZPO in den Kantonen BE (Rz. 98 f.) und ZH (Rz. 108 ff.).

²³⁰ EDELMANN, Komm. aZPO/AG, § 268 N 3.

²³¹ Vgl. EDELMANN, Komm. aZPO/AG, § 268 N 2, wonach das Gericht nach Durchführung der Beweisaussage grundsätzlich Strafanzeige einzureichen hatte, sofern die beiden Aussagen der Parteien nach wie vor im Widerspruch zueinander standen.

²³² WEIBEL, FS Rutz, S. 234; STAEHELIN/SUTTER, Basler Zivilprozessrecht, § 14 Rz. 79.

lediglich die informative Parteibefragung als Instrument der richterlichen Fragepflicht vor (§ 88 und 146 Abs. 3 aZPO/BS, § 194 aZPO/BL).²³³

3. Bern

- 98 Das Gesetz über die Zivilprozessordnung des Kantons Bern vom 7. Juli 1918 (aZPO/BE) sah in § 212 Ziff. 5 das *Parteiverhör* vor. Dieses bestand in der Abhörung einer oder beider Parteien über bestimmte Tatsachen unter Ermahnung zur Wahrheit (§ 273 ff. aZPO/BE). Seitens einer Partei konnte dabei nicht nur die Einvernahme der Gegenpartei, sondern auch das eigene Verhör beantragt werden. Überdies konnte das Verhör auch vom Gericht von Amtes wegen angeordnet werden.²³⁴ Die Aussage einer Partei konnte dabei auch zu ihren eigenen Gunsten verwertet werden, wenn das Gericht in Würdigung aller Umstände von ihrer Richtigkeit überzeugt war. Das Parteiverhör war nicht bloss ein subsidiäres Beweismittel, das erst bei Fehlen oder Ungenügen anderer Beweismittel herangezogen wurde, sondern in der Praxis wurde die Beweisführung i.d.R. mit dem Parteiverhör eingeleitet.²³⁵ Die Ermahnung zur Wahrheit wurde oftmals mit dem Hinweis verbunden, dass nötigenfalls die Beweisaussage unter Strafandrohung vorgenommen werden kann.²³⁶
- 99 Die *Beweisaussage* unter Strafandrohung (§ 279 aZPO/BE) konnte erst nach dem Parteiverhör angeordnet werden, wenn das Gericht nach Prüfung des gesamten Beweismaterials noch Zweifel über die Wahrheit oder Unwahrheit der zu beweisenden Tatsachen hatte. Die Beweisaussage konnte nicht von den Parteien beantragt werden, sondern es lag im ausschliesslichen Ermessen des Gerichts, sie als Bestandteil der Beweisführung anzuordnen, dessen Wertung dem freien richterlichen Ermessen anheimgestellt war.²³⁷ Über die gleiche Tatsache konnte zudem nur eine Partei der Beweisaussage unterstellt werden.

²³³ STAEHELIN/SUTTER, Basler Zivilprozessrecht, § 14 Rz. 78; BÜHLER, HAVE 2013, S. 129 f.

²³⁴ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, § 273 N 1b; SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 334.

²³⁵ SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 334.

²³⁶ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, § 274 N 1a.

²³⁷ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, § 279 N 1a.

4. Solothurn

Die Zivilprozessordnung des Kantons Solothurn vom 11. September 1966 (aZPO/SO) sah in § 155 ff. die *Parteibefragung* als vollwertiges Beweismittel vor, wobei die Parteibefragung im Gesetz bei der Aufzählung der Beweismittel gleich an erster Stelle genannt wurde. Im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime konnte das Gericht die Parteibefragung lediglich auf Antrag einer Partei durchführen.²³⁸ Die Parteien konnten vom Gericht zu den gleichen Tatsachen befragt werden, wobei auch die Aussage zu eigenen Gunsten möglich war.²³⁹ 100

Eine qualifizierte Einvernahme unter Androhung der Straffolgen von Art. 306 StGB war grundsätzlich nicht vorgesehen. Einzige Ausnahme hiervon war die Einvernahme in Vaterschaftssachen. § 234 aZPO/SO sah diesbezüglich vor, dass die Mutter den Beweis dafür, dass ihr der Beklagte vom dreihundertsten bis zum hundertachtzigsten Tage vor der Geburt beigewohnt hat, durch Parteibefragung erbringen konnte (Abs. 1). Sofern andere Beweismittel fehlten oder unzureichend waren, konnte die Mutter ihre Aussage darüber hinaus unter Hinweis auf die Straffolgen von Art. 306 Abs. 1 StGB in Form einer Beweisaussage wiederholen (Abs. 2). 101

5. St. Gallen

Das Zivilprozessgesetz des Kantons St. Gallen vom 20. Dezember 1990 (aZPO/SG) sah lediglich ein einstufiges System der Parteieinvernahme mit der qualifizierten Form der Parteiaussage vor. Die einzige Möglichkeit der Parteieinvernahme im Rahmen des Beweisverfahrens war damit die Durchführung der in Art. 120 ff. aZPO/SG vorgesehenen *Parteiaussage*. Entsprechend war die Partei vor der Befragung auf ihre Wahrheitspflicht und die Straffolgen von Art. 306 StGB aufmerksam zu machen. 102

Die Parteiaussage war als vollwertiges Beweismittel ausgestaltet und grundsätzlich bestand ein Anspruch auf deren Durchführung.²⁴⁰ Seitens der Partei- 103

²³⁸ KELLER/STAMPFLI, Komm. aZPO/SO, § 155 N 2; SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 334.

²³⁹ SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 334.

²⁴⁰ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Komm. aZPO/SG, Art. 120 N 1a.

en konnten sowohl die eigene Parteiaussage als auch die Befragung der Gegenpartei beantragt werden. Art. 93 Abs. 3 aZPO/SG sah zudem vor, dass das Gericht zur Feststellung einer behaupteten Tatsache nach dem Anhören der Parteien ausnahmsweise auch ohne Parteiantrag Beweis erheben konnte, wenn zu befürchten war, dass das Urteil ansonsten auf einen unzutreffenden Sachverhalt gestützt werden musste. Eine solche Beweisabnahme von Amtes wegen ohne Antrag seitens einer Partei konnte z.B. dann gerechtfertigt sein, wenn von der einen Seite die Parteiaussage beantragt worden war und die andere Partei es unterlassen hatte, ebenfalls einen solchen Antrag zu stellen. Mittels Anordnung der Parteiaussage von Amtes wegen konnten damit – im Sinne der Waffengleichheit – beide Parteien zur Parteiaussage zugelassen werden, wenn es um Tatsachen ging, über die beide Parteien etwas aussagen konnten.²⁴¹

- 104 Hinsichtlich der Anordnung der Parteiaussage sah Art. 120 Abs. 2 aZPO/SG vor, dass die Parteiaussage lediglich dann durchzuführen war, «wenn es die Beweislage gebietet». Dies bedeutet, dass die Parteiaussage grundsätzlich dann infrage kam, wenn andere Beweismittel versagten. Nach der Lehre bedeutete dies jedoch nicht, dass die Parteiaussage immer erst nach Abnahme der übrigen Beweismittel beschlossen werden konnte, sondern es war durchaus denkbar, dass bei einer unsicheren Beweislage neben anderen Beweismitteln auch die Parteiaussage angeordnet wurde.²⁴²

6. Thurgau

- 105 Das Gesetz über die Zivilrechtspflege des Kantons Thurgau vom 6. Juli 1988 (aZPO/TG) sah in § 219 ff. die *persönliche Befragung* der Parteien als vollwertiges Beweismittel vor.²⁴³ Daneben konnte auch persönlich befragt wer-

²⁴¹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Komm. aZPO/SG, Art. 96 N 8b.

²⁴² LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Komm. aZPO/SG, Art. 120 N 4; SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 336 f.

²⁴³ RBOG 2006 Nr. 39: «Auch eine Beweisaussage stellt damit ein vollwertiges Beweismittel dar, das wie alle anderen Beweismittel der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt.»

den, wer aufgrund seiner engen Beziehung zu einer Prozesspartei nicht als Zeuge einvernommen werden konnte (§ 209 Abs. 2 Ziff. 2).²⁴⁴

Die persönliche Befragung war dabei als subsidiäres Beweismittel ausgestaltet. So war die persönliche Befragung nach MERZ lediglich «ein Notbehelf, von dem nur dann Gebrauch gemacht werden soll, wenn keine anderen ausreichenden Beweismittel zu Gebote [standen]». ²⁴⁵ Entsprechend bestand seitens der Parteien auch kein Anspruch auf deren Durchführung, vielmehr entschied das Gericht nach pflichtgemäsem Ermessen über deren Gebrauch. 106

Die befragte Person war verpflichtet, die gestellten Fragen nach bestem Wissen und Gewissen, d.h. wahrheitsgemäss, zu beantworten, wobei sie vor ihrer Aussage über ihr Aussageverweigerungsrecht belehrt werden musste. Diesbezüglich sah § 220 aZPO/TG vor, dass jedermann die Auskunft über Tatsachen, die seine Ehre berührten, verweigern durfte. ²⁴⁶ Das Gericht hatte die zu befragende Person vor ihrer Einvernahme überdies auf ihre Pflichten aufmerksam zu machen (§ 221 aZPO/TG), wozu bei der persönlichen Befragung einer Partei insbesondere auch ein Hinweis auf Art. 306 StGB gehörte. ²⁴⁷ 107

7. Zürich

Das Gesetz über den Zivilprozess des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (aZPO/ZH) kannte ein zweistufiges System der Parteieinvernahme. So sah § 149 aZPO/ZH zum einen die *persönliche Befragung* der Parteien vor, welche auf Antrag oder von Amtes wegen erfolgen konnte. Dabei gewährte das zürcherische Recht allerdings lediglich einen Anspruch der Parteien, die Befragung der Gegenpartei zu beantragen. ²⁴⁸ Die zu befragende Partei wurde 108

²⁴⁴ So z.B. bei besonderer Freundschaft oder enger familiärer Bindung zwischen der einzuvernehmenden Person und einer Partei oder bei Mitarbeitenden in leitender Stellung (Art. 219 Abs. 4 und 6 aZPO/TG). Vgl. auch MERZ, Komm. aZPO/TG, § 209 N 4.

²⁴⁵ MERZ, Komm. aZPO/TG, § 219 N 1.

²⁴⁶ MERZ, Komm. aZPO/TG, § 220 N 2.

²⁴⁷ BÜRGI/SCHLÄPFER/HOTZ/PAROLARI, Handbuch aZPO/TG, § 221 N 1; vgl. auch MERZ, Komm. aZPO/TG, § 221 N 4.

²⁴⁸ FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 149 N 2.

vor der Befragung unter Androhung disziplinarischer Ahndung zur Wahrheit ermahnt und darauf aufmerksam gemacht, dass sie zur Beweisaussage angehalten werden kann. Die persönliche Befragung konnte lediglich dazu dienen, Zugeständnisse der befragten Parteien zu erhalten, weshalb Aussagen zu eigenen Gunsten im Rahmen der persönlichen Befragung keinen Beweis bildeten.²⁴⁹

- 109 Gemäss § 150 aZPO/ZH konnte das Gericht nach der Durchführung der persönlichen Befragung beider Parteien²⁵⁰ und des übrigen Beweisverfahrens eine der Parteien zur *Beweisaussage* über bestimmte Beweissätze anhalten.²⁵¹ Das zürcherische Prozessrecht liess daher lediglich eine Partei (auf Antrag der Gegenpartei) zur Beweisaussage zu, womit die Gefahr strafbarer Falschaussagen herabgesetzt werden sollte. Das Gericht ordnete die Beweisaussage folglich für jene Partei an, deren Aussage unter Strafandrohung mit Rücksicht auf ihr Verhalten und das sonstige Beweisergebnis grössere Überzeugungskraft aufwies.²⁵²
- 110 Die Beweisaussage sollte als Ultima Ratio einspringen, wo andere Mittel fehlten oder versagten. Dies konnte insbesondere dann zutreffen, wenn mit der Beweisaussage ein noch nicht voll erbrachter Beweis zu ergänzen oder ein noch nicht voll gescheiterter Beweis zu widerlegen war.²⁵³ Darüber hinaus konnte die Beweisaussage auch zugelassen werden, um als alleiniges Beweismittel einen Beweisnotstand abzuwenden.²⁵⁴ Die Anordnung der Beweisaussage setzte grundsätzlich einen entsprechenden Parteiantrag vo-

²⁴⁹ So ausdrücklich § 149 Abs. 3 aZPO/ZH. Vgl. BÜHLER, HAVE 2013, S. 130: «Dahinter stand das pessimistische Menschenbild, wonach vor Gericht alle Parteien stets lügen, es sei denn, sie würden sich selbst belasten. Einzig die Androhung einer Kriminalstrafe für Falschaussagen vermochte nach diesem (zürcherischen) Prozessrechtsverständnis der grundsätzlichen Lügenhaftigkeit der Parteien Einhalt zu gebieten, weshalb Parteiaussagen nur in Form der Beweisaussage wahrhaftig und beweiskräftig sein konnten.» Vgl. auch OGer ZH, 14.12.2015, LB150045, E. 3.

²⁵⁰ Vgl. BGE 112 Ia 369, E. 2a, abgedruckt in Fn. 214.

²⁵¹ Die Beweisaussage wurde 1976 in die aZPO/ZH aufgenommen. Vgl. dazu kritisch MEISTER, SJZ 1977, S. 138 ff.; MESSMER, SJZ 1977, S. 318 f.

²⁵² FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 150 N 3a m.w.H.

²⁵³ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 353.

²⁵⁴ FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 150 N 2.

raus. Die Parteien hatten jedoch keinen Anspruch auf die Abnahme einer Beweisaussage, sondern das Gericht entschied darüber nach pflichtgemäßem Ermessen.²⁵⁵ Anders als die persönliche Befragung war die Beweisaussage ein vollwertiges Beweismittel, das der freien richterlichen Beweiswürdigung unterlag und daher auch zugunsten einer Partei berücksichtigt werden durfte.²⁵⁶

III. Gesetzgebungsverfahren

A. Vorentwurf

Der Vorentwurf der Expertenkommission vom Juni 2003 folgte mit Art. 159 Abs. 1 lit. f und Art. 186 VE ZPO dem St. Galler Modell²⁵⁷ und sah ein einstufiges System der Parteieinvernahme mit der qualifizierten Form der Parteiaussage unter Strafandrohung nach Art. 306 StGB vor. 111

Im 3. Kapitel «Beweismittel» war unter dem 6. Abschnitt «Beweisaussage» Art. 186 VE ZPO vorgesehen, der wie folgt lautete: 112

Art. 186

¹*Das Gericht kann eine oder beide Parteien, deren Organe und ihre gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter zur Beweisaussage zulassen.*

²*Vor der Beweisaussage ist die Partei zur Wahrheit zu ermahnen sowie auf die Folgen einer Aussageverweigerung und Falschaussage hinzuweisen (Art. 155 Abs. 2, Art. 306 Strafgesetzbuch).*

³*Für die Einvernahme und die Protokollierung gelten die Bestimmungen über die Zeugeneinvernahme.*

Hinsichtlich der Aufnahme der Beweisaussage in den Beweismittelkatalog äusserte sich der Bericht zum Vorentwurf wie folgt:²⁵⁸ «Zwei Überlegungen waren für die Aufnahme der Beweisaussage in den Beweismittelkatalog der ZPO massgebend. Zum einen sollte ein modernes Beweisrecht geschaffen werden, was den Anspruch der Parteien auf Beweisführung mittels Beweisaussage impliziert. Wohl ist die Beweisaussage in der Praxis kein sehr häufig 113

²⁵⁵ FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 150 N 3a.

²⁵⁶ FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 150 N 1.

²⁵⁷ Bericht VE ZPO, S. 15. Vgl. dazu vorne Rz. 102 ff.

²⁵⁸ Bericht VE ZPO, S. 91.

angewendetes Beweismittel, doch gibt es Fälle, wo die Nichtzulassung dieses Beweismittels auf eine Verweigerung des Rechts zum Beweis hinauslaufen würde. Zum anderen sollte die Beweisaussage jenen Kantonen, welche dieses Beweismittel bereits kennen, nicht weggenommen werden.»

- 114 Die Beweisaussage war nach dem Vorentwurf als vollwertiges²⁵⁹ und nicht subsidiäres Beweismittel ausgestaltet. Damit war nicht vorgesehen, dass vor einer Beweiserhebung mittels Beweisaussage alle anderen Beweismittel abgenommen werden müssen. Dies wurde insbesondere damit begründet, dass den Parteien in einem modernen Beweisrecht bezüglich der anzuwendenden Beweismittel freie Wahl zukommen soll.²⁶⁰
- 115 Die in gewissen kantonalen Zivilprozessordnungen vorgesehene Beschränkung, wonach die Beweisaussage nur bei einer Partei durchgeführt werden dürfe, wurde ebenfalls nicht übernommen, da dies gemäss Ansicht der Expertenkommission auf eine Einschränkung der freien Beweiswürdigung hinausliefe. Somit sah der VE ZPO vor, dass seitens einer Partei auch die eigene Beweisaussage beantragt werden konnte, wobei nach dem Bericht der Expertenkommission unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime stets ein Antrag auf Abnahme dieses Beweismittels erforderlich war.²⁶¹
- 116 Der Vorentwurf legte im Weiteren fest, dass Organe von juristischen Personen als Parteien einzuvernehmen sind (Art. 186 Abs. 1 VE ZPO). Schliesslich räumte er den Parteien ein Verweigerungsrecht ein, wenn sie sich oder eine ihnen nahestehende Person der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen oder wenn sie sich wegen Verletzung eines Geheimnisses strafbar machen würden (Art. 155 Abs. 1 VE ZPO).

B. Vernehmlassungen

- 117 Die im Vorentwurf vorgesehenen Bestimmungen zur Beweisaussage wurden von verschiedenen Teilnehmenden der Vernehmlassung kritisiert, da sie in

²⁵⁹ Diese Regelung war im Hinblick auf den zu formulierenden Vorentwurf bereits von SUTTER-SOMM, ZJP 2000, S. 345 f., als anzustrebende Lösung bezeichnet worden.

²⁶⁰ Bericht VE ZPO, S. 92.

²⁶¹ Bericht VE ZPO, S. 92.

der ZPO lieber ihr bisheriges kantonales System verwirklicht gesehen hätten. Im Rahmen der Vernehmlassung zeigte sich zudem die teilweise nach wie vor skeptische Haltung einiger Kantone gegenüber der Berücksichtigung von Parteiaussagen im Rahmen des Beweisverfahrens. Dabei klang insbesondere die veraltete Auffassung durch, wonach die Prozessordnung unsichere Beweise wie die Aussagen der Parteien gar nicht zulassen sollte, weil es dadurch häufig zu einem nutzlosen Aufwand und zu schwierigen und unsicheren Beweiswürdigungen kommen könnte.²⁶² So beantragte beispielsweise der Kanton Basel-Land den Verzicht auf das Beweismittel der Beweisaussage mit folgender Begründung:²⁶³

«Problematisch erscheint in erster Linie die unklare (Straf-)Rechtslage bei 118 widersprüchlichen Beweisaussagen der Parteien. Wenn kein anderes Beweismittel die eine oder die andere Aussage unterstützt, liegt ein strafrechtlich relevanter Sachverhalt vor. Allerdings bringt eine Anzeige dieses Verhaltens auch keine Klarheit. Die Strafverfolgungsbehörden ständen vor der gleichen Situation «Aussage gegen Aussage». Weiter wird in den Erläuterungen auf die naturgemässe Befangenheit der Parteien hingewiesen. Diese soll bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden. Schwierig respektive fließend ist hier vor allem die Abgrenzung zwischen einer subjektiv als richtig empfundenen Beweisaussage einer Partei und einer strafrechtlich zu ahnenden Falschaussage. Wir sind der Auffassung, dass in Einzelfällen eher die Beweislosigkeit in Kauf zu nehmen ist, als auf ein unsicheres Beweismittel abzustellen.»

Andererseits wurde aber auch in vielen Vernehmlassungen das Bedürfnis ge- 119 äussert, neben der im Vorentwurf vorgesehenen einstufigen Befragung im Rahmen der qualifizierten Parteiaussage unter Strafandrohung zusätzlich eine mildere Form der Parteibefragung als Beweismittel mit blosser Ordnungsbusse als möglicher Sanktion vorzusehen. Dabei wurde hinsichtlich der qualifizierten Parteiaussage unter Strafandrohung u.a. die Befürchtung geäussert, dass diese häufig dazu führen würde, dass das Gericht die Strafuntersuchungsbehörden wegen des Verdachts einer falschen Beweisaussage (Art. 306 StGB) zu benachrichtigen hätte, was bei einer einfachen Parteiaus-

²⁶² Zum Beweiswert der Parteiaussage vgl. hinten Rz. 371 ff.

²⁶³ Vernehmlassungen ZPO, S. 457.

sage nicht der Fall sei.²⁶⁴ So führte beispielsweise der Kanton Bern hierzu aus:²⁶⁵

- 120 «Aus bernischer Sicht fehlt [...] die gewöhnliche Parteibefragung als Beweismittel (vgl. Art. 212 Ziffer 5 und Art. 273 ff. ZPO BE, dort als Parteiverhör bezeichnet). Neben der informellen Parteibefragung, die sich aus dem richterlichen Fragerecht gemäss Art. 51 VE ergibt, aber kein eigentliches Beweismittel ist, erwähnt Art. 159 Abs. 1 lit. f VE lediglich die mit der Strafdrohung gemäss Art. 306 StGB behaftete Beweisaussage, welche wohl gesamtschweizerisch als Notbehelf verstanden wird. Damit macht der VE die Ausnahme ohne Grund zur Regel, was nicht sinnvoll erscheint. Vielmehr sollten auch in der Eidgenössischen ZPO alle drei verbreiteten Varianten der Parteibefragung enthalten sein: die informelle auf Grund des richterlichen Fragerechts (Art. 51 VE), die noch nicht aufgeführte (gewöhnliche) Parteibefragung und die Beweisaussage (Art. 186 VE).»²⁶⁶
- 121 Seitens des Obergerichts des Kantons Zürich wurde die Neuerung hingegen begrüsst, «*obschon (oder gerade weil) sie die im Kanton Zürich geltende Regelung abändert*».²⁶⁷ Insbesondere habe die Beschränkung der Parteiaussage auf nur eine Partei in der Vergangenheit zu erheblichen Schwierigkeiten geführt. Im Weiteren stelle die zürcherische Regelung, wonach vor der Beweisaussage alle anderen Beweismittel abzunehmen seien, eine formelle

²⁶⁴ LEUENBERGER, FS Bühler, S. 55.

²⁶⁵ Vernehmlassungen ZPO, S. 455.

²⁶⁶ Der vom Kanton BE präsentierte Vorschlag für eine neue Bestimmung, welche die Parteibefragung mitumfasst, lautete wie folgt:

6. Abschnitt: Parteibefragung und Beweisaussage

Art. 186

¹*Die Parteibefragung besteht in der Anhörung einer oder beider Parteien bzw. deren Organe oder Vertreter zur Sache.*

²*Vor der Befragung ist die betroffene Person zur Wahrheit zu ermahnen sowie auf die Folgen der Aussageverweigerung gemäss Art. 155 Abs. 2 und absichtlich wahrheitswidriger Aussagen gemäss Art. 119 Abs. 1 aufmerksam zu machen.*

³*Für die Einvernahme und die Protokollierung gelten die Bestimmungen über die Zeugeneinvernahme.*

⁴*Das Gericht kann eine oder beide Parteien bzw. deren Organe oder Vertreter zur Beweisaussage anhalten.*

²⁶⁷ Vernehmlassungen ZPO, S. 459.

Beweisvorschrift dar, welche mit der freien Beweiswürdigung im Widerspruch stehe.²⁶⁸

C. Botschaft und Entwurf des Bundesrates

1. Überblick

Ausgehend von den kantonalen Zivilprozessordnungen und dem Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens²⁶⁹ rückte der Entwurf des Bundesrates vom 28. Juni 2006 vom einstufigen System der Parteieinvernahme ab und sah in Art. 165 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 188 ff. E ZPO – analog dem Berner Modell²⁷⁰ – ein zweistufiges System vor:

Art. 188 Parteibefragung

¹Das Gericht kann eine oder beide Parteien zu den rechtserheblichen Tatsachen befragen.

²Die Parteien werden vor der Befragung zur Wahrheit ermahnt und darauf hingewiesen, dass sie mit einer Ordnungsbusse bis 2000 Franken und im Wiederholungsfall bis 5000 Franken bestraft werden können, wenn sie mutwillig leugnen.

Art. 189 Beweisaussage

¹Das Gericht kann eine oder beide Parteien von Amtes wegen zur Beweisaussage unter Strafdrohung verpflichten.

²Die Parteien werden vor der Beweisaussage zur Wahrheit ermahnt und auf die Straffolgen einer Falschaussage hingewiesen (Art. 306 StGB).

Art. 190 Protokoll

Für das Protokoll der Parteibefragung und der Beweisaussage gilt Artikel 173 sinngemäss.

In Bezug auf die Organe juristischer Personen wurde die Regelung des Vorentwurfs übernommen und in Art. 156 E ZPO in einem eigenen Artikel normiert.²⁷¹ Beim Verweigerungsrecht ging der Entwurf hingegen etwas weniger weit als der Vorentwurf, indem er für die Parteien kein Verweigerungs-

²⁶⁸ Vernehmlassungen ZPO, S. 459.

²⁶⁹ Vgl. dazu vorne Rz. 117 ff.

²⁷⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 98 f.

²⁷¹ Vgl. Art. 156 E ZPO: «Ist eine juristische Person Partei, so werden ihre Organe im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt.»

recht vorsah, um sich selbst vor der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung oder zivilrechtlichen Haftung zu schützen.²⁷²

2. Parteibefragung

- 124 Hinsichtlich der Parteibefragung gemäss Art. 188 E ZPO hält die Botschaft fest, dass es sich dabei um die einfachere und mildere Form der Parteiaussage handle.²⁷³ Die Parteien unterliegen zwar auch hier der Wahrheitspflicht, doch werden wahrheitswidrige Aussagen nur disziplinarisch geahndet und auch dies nur, wenn der Partei mutwilliges Leugnen zur Last gelegt werden kann. Die Botschaft hält zudem ausdrücklich fest, dass jede Partei auch für sich selber eine Parteibefragung beantragen kann, wobei sogar Aussagen zu eigenen Gunsten zu berücksichtigen sind. Abschliessend führt die Botschaft zur Parteibefragung aus:²⁷⁴ «[D]och liegt auf der Hand, dass ihr Beweiswert auf Grund der Selbstbefangenheit der Partei meist gering und daher mit einem zusätzlichen Beweismittel zu unterlegen ist.»²⁷⁵

3. Beweisaussage

- 125 Die Beweisaussage gemäss Art. 189 E ZPO wurde analog der Regelung im Vorentwurf²⁷⁶ als qualifizierte Form der Parteiaussage ausgestaltet. Die Botschaft hält zudem ausdrücklich fest, dass die Beweisaussage nicht subsidiär ausgestaltet ist, womit nicht alle anderen Beweismittel abgenommen werden müssen, bevor sie angeordnet werden darf.²⁷⁷ Damit wurde seitens des Bundesrates insbesondere auch die im Vernehmlassungsverfahren eingereichte Stellungnahme des Obergerichts des Kantons Zürich berücksichtigt, wonach

²⁷² Vgl. dazu eingehend hinten Rz. 299 ff.

²⁷³ Botschaft ZPO, S. 7326. Zur Kritik an den diesbezüglichen Ausführungen in der Botschaft vgl. BÜHLER, HAVE 2013, S. 136 f.

²⁷⁴ Botschaft ZPO, S. 7326.

²⁷⁵ Zur Kritik an den diesbezüglichen erläuternden Ausführungen des Bundesrates vgl. hinten Rz. 375 ff.

²⁷⁶ Vgl. dazu vorne Rz. 111 ff.

²⁷⁷ Vgl. Botschaft ZPO, S. 7326: «Anders als teilweise im kantonalen Prozessrecht ist sie nach dem Entwurf nicht subsidiär: Es müssen nicht alle anderen Beweismittel abgenommen werden, bevor sie angeordnet werden darf.»

die eigene subsidiäre Ausgestaltung der Beweisaussage nach § 150 ZPO ZH gerade nicht weitergeführt werden sollte.²⁷⁸ Eine subsidiäre Ausgestaltung der Beweisaussage war auch in dem als Vorbild dienenden, ausformulierten Vorschlag des Kantons Bern im Rahmen der Vernehmlassung nicht vorgesehen.²⁷⁹

Im Unterschied zur früheren bernischen und zürcherischen Regelung²⁸⁰ können 126
 der Beweisaussage gemäss dem Wortlaut von Art. 189 Abs. 1 E ZPO *eine oder beide Parteien* unterzogen werden. Da die einzuvernehmende Partei bei der Beweisaussage aufgrund der Strafandrohung von Art. 306 StGB unter zusätzlichen Druck gesetzt wird und damit u.U. die Gefahr einer missbräuchlichen Druckausübung durch die Gegenpartei besteht, sieht die Botschaft im Unterschied zum Vorentwurf²⁸¹ zudem vor, dass die Beweisaussage nur *von Amtes wegen* angeordnet werden kann.²⁸²

D. Parlamentarische Beratung

Trotz der ursprünglich skeptischen Haltung einiger Kantone gegenüber der 127
 Berücksichtigung der Parteiaussage im Rahmen des Beweisverfahrens²⁸³ haben die Bestimmungen von Art. 188 ff. E ZPO in den parlamentarischen Beratungen zu keiner Diskussion Anlass gegeben.²⁸⁴ Die im Entwurf vorgesehenen Regelungen fanden daher – mit lediglich minimalen redaktionellen Anpassungen – in Art. 191 ff. ZPO Eingang in die Schweizerische Zivilprozessordnung.

²⁷⁸ Vgl. dazu vorne Rz. 121.

²⁷⁹ Vgl. zum vorgeschlagenen Wortlaut des Kantons BE vorne Fn. 266. Zum Verhältnis zwischen der Parteibefragung und der Beweisaussage vgl. hinten Rz. 212 ff.

²⁸⁰ Vgl. Art. 279 aZPO/BE, dazu vorne Rz. 99; § 150 aZPO/ZH, dazu vorne Rz. 109.

²⁸¹ Der Vorentwurf hatte unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime stets einen Antrag vorausgesetzt. Vgl. dazu vorne Rz. 115.

²⁸² Botschaft ZPO, S. 7326. Zur Beweisabnahme «von Amtes wegen» vgl. hinten Rz. 227 ff.

²⁸³ Vgl. zur kritischen Haltung des Kantons BL Vernehmlassung ZPO, S. 457 und vorne Rz. 117 f.

²⁸⁴ Amtl. Bull. SR 2007 II 517; Amtl. Bull. NR 2008 II 947.

E. Heutige Rechtslage

- 128 Art. 191 ff. ZPO lauten in ihrer am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen und seither unveränderten Fassung wie folgt:

Art. 191 Parteibefragung

¹Das Gericht kann eine oder beide Parteien zu den rechtserheblichen Tatsachen befragen.

²Die Parteien werden vor der Befragung zur Wahrheit ermahnt und darauf hingewiesen, dass sie mit einer Ordnungsbusse bis zu 2000 Franken und im Wiederholungsfall bis zu 5000 Franken bestraft werden können, wenn sie mutwillig leugnen.

Art. 192 Beweisaussage

¹Das Gericht kann eine oder beide Parteien von Amtes wegen zur Beweisaussage unter Strafdrohung verpflichten.

²Die Parteien werden vor der Beweisaussage zur Wahrheit ermahnt und auf die Straffolgen einer Falschaussage hingewiesen (Art. 306 StGB).

Art. 193 Protokoll

Für das Protokoll der Parteibefragung und der Beweisaussage gilt Artikel 176 sinngemäss.

§ 7 Gegenstand der Parteiaussage

I. Rechtserhebliche und streitige Tatsachen

A. Allgemeines

Gemäss Art. 191 Abs. 1 ZPO kann das Gericht die Parteien zu den *rechtserheblichen Tatsachen* befragen. Damit wiederholt das Gesetz beim Beweismittel der Parteibefragung jedoch lediglich, was ohnehin schon für das gesamte Beweisverfahren gilt. Denn bereits die allgemeinen Bestimmungen zum Beweis sehen in Art. 150 Abs. 1 ZPO vor, dass (nur) rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen sind, wobei innerhalb der rechtserheblichen Tatsachen lediglich die *streitigen* Tatsachen beweisbedürftig sind.²⁸⁵ Bei der Beweisaussage verzichtet der Gesetzgeber hingegen auf diese Wiederholung und sieht in Art. 192 Abs. 1 ZPO lediglich vor, dass das Gericht die Parteien zur Beweisaussage verpflichten kann. 129

B. Tatsachenbehauptungen

Zu beweisen sind grundsätzlich streitige *Tatsachen bzw. Tatsachenbehauptungen*.²⁸⁶ Tatsachen sind konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte, vergangene (z.B. eine Vertragsverletzung), gegenwärtige (z.B. Immissionen, die von einem Grundstück ausgehen) oder zukünftige (z.B. der künftige Erwerbsausfall infolge Invalidität) Geschehnisse und Zustände.²⁸⁷ 130

²⁸⁵ Zum Beweisgegenstand vgl. vorne Rz. 15 ff. Vgl. auch die Ausnahme in Art. 153 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht auch von Amtes wegen Beweis erheben kann, falls an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen. Zur Beweisabnahme von Amtes wegen vgl. hinten Rz. 227 ff.

²⁸⁶ Vgl. GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 150 N 1, welcher in diesem Zusammenhang präzisierend von *Tatsachenbehauptungen* spricht, da die Tatsache nicht gerichtlich festgestellt, sondern streitig ist und daher erst nach der abgeschlossenen positiven Überzeugungsbildung des Gerichts von Tatsachen gesprochen werden kann. So auch HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 150 N 6.

²⁸⁷ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 1.4 m.w.H.; WALTER, Berner Komm. ZGB, Art. 8 N 88 m.w.H.

- 131 In der Lehre wird gemeinhin zwischen äusseren und inneren Tatsachen unterschieden.²⁸⁸ *Äussere* Tatsachen sind sinnfällige, für die Aussenwelt wahrnehmbare Ereignisse und damit dem unmittelbaren Beweis zugänglich. So können sie beispielsweise von Zeugen beobachtet, urkundlich verbrieft oder durch Sachverständige feststellbar sein. Steht kein solches Beweismittel zur Verfügung, sind sie auch mittelbar durch Indizien beweisbar.²⁸⁹ *Innere* Tatsachen sind Vorgänge des menschlichen Gefühls- und Seelenlebens (z.B. das Wissen und Wollen einer Partei, guter oder böser Glaube, der Wille des Erblassers etc.). Diese lassen sich unmittelbar nur mittels Aussage beweisen.²⁹⁰

C. Rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen

- 132 Rechtserheblich sind Tatsachenbehauptungen dann, wenn ihr Vorliegen oder Fehlen den gerichtlichen Sach- oder Prozessentscheid zu beeinflussen vermag.²⁹¹ Um welche Tatsachenbehauptungen es sich dabei konkret handelt,

²⁸⁸ Statt vieler MARRO, Kurzkomm. ZGB, Art. 8 N 4; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 150 N 1; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 150 N 2; HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 1.5.

²⁸⁹ So z.B. eine körperliche Misshandlung aufgrund von Hämatomen oder anderen Verletzungen; vgl. zum Ganzen WALTER, Berner Komm. ZGB, Art. 8 N 92 f. m.w.H.

²⁹⁰ KUMMER, Zivilprozessrecht, S. 121. Vgl. auch BGE 134 III 452, E. 4.1 mit Bezug auf die Schädigungsabsicht des Schuldners bei der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG: «Die direkte oder indirekte Schädigungsabsicht des Schuldners betrifft zunächst eine innere Tatsache und lässt sich unmittelbar nur durch die Parteiaussage beweisen, im Übrigen aber bloss durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten der betreffenden Person und den äusseren Gegebenheiten, die auf sie eingewirkt haben [...]»

²⁹¹ Botschaft ZPO, S. 7311. Vgl. auch KUMMER, Zivilprozessrecht, S. 122, wonach eine Tatsache dann rechtserheblich ist, «wenn bei ihrem Vorliegen anders zu urteilen ist, als bei ihrem Fehlen». Vgl. auch KAUFMANN, Beweisführung, S. 18 f. mit dem Hinweis auf die Umschreibung des Begriffs der Erheblichkeit (relevance) in Rule 401 der Federal Rules of Evidence (FRE/USA): «Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action.»

ergibt sich aus den infrage stehenden Normen.²⁹² Die Normen können materiell-rechtlicher Natur sein, wenn es um die Sache selbst geht, oder dem Prozessrecht angehören, wenn prozessuale Aspekte streitig sind, wie beispielsweise das Vorhandensein oder Fehlen von Prozessvoraussetzungen.²⁹³ Trotz Rechtserheblichkeit müssen offenkundige, gerichtsnotorische und allgemein bekannte Tatsachen grundsätzlich nicht bewiesen werden.²⁹⁴

D. Streitige Tatsachenbehauptungen

Gemäss Art. 150 Abs. 1 ZPO müssen nur streitige Tatsachen bewiesen werden. Die Beurteilung, ob eine Tatsache streitig ist, liegt im gerichtlichen Ermessen und ist in der Praxis von zentraler Bedeutung, da sie die Grundlage für das weitere Beweisverfahren bildet.²⁹⁵ Streitig ist eine rechtserhebliche Tatsachenbehauptung, wenn die Äusserung der Gegenpartei die Wahrheit dieser Tatsachenbehauptung infrage stellt.²⁹⁶ Die Bestreitung hat substantiiert zu erfolgen, sodass das Gericht und die Gegenpartei erkennen können, welche einzelne rechtserhebliche Tatsachenbehauptung bestritten wird.²⁹⁷ Pauschalbestreitungen genügen somit nicht, auch wenn sie im Zweifelsfall Hilfestellung bei der Auslegung der Frage des Bestreitens bieten mögen.²⁹⁸ 133

²⁹² BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 150 N 9; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 150 N 12; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 4; KUMMER, Grundriss, S. 122.

²⁹³ GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 150 N 3.

²⁹⁴ Vgl. Art. 151 ZPO. Vgl. LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 151 N 53.

²⁹⁵ SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 769. Vgl. die Regelung in Art. 148 Abs. 2 E ZPO, welche jedoch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen wurde: «Ob eine weder ausdrücklich bestrittene noch ausdrücklich zugestandene Tatsache als streitig anzusehen ist, beurteilt das Gericht unter Berücksichtigung der gesamten Vorbringen der Parteien und ihres Verhaltens.»

²⁹⁶ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 320; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 150 N 4.

²⁹⁷ Vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO: «[...] Die beklagte Partei hat darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden.»

²⁹⁸ Botschaft ZPO, S. 7311; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 150 N 4.

- 134 Nicht streitig sind vorweg die von der Gegenseite als wahr anerkannten Tatsachenbehauptungen.²⁹⁹ Diese werden als Zugeständnisse bezeichnet und wirken unter der Verhandlungsmaxime grundsätzlich beweisausschliessend.³⁰⁰ Ob Zugeständnisse unter Geltung der Untersuchungsmaxime den Beweis ebenfalls ausschliessen, wird kontrovers diskutiert.³⁰¹ Die herrschende Lehre differenziert dabei nach dem Grad des Untersuchungsgrundsatzes.³⁰² Bei der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime hat das Gericht alle Abklärungen von Amtes wegen vorzunehmen, die der Ermittlung des Sachverhalts dienen. Folglich können hier keine Tatsachen zugestanden werden. Im Bereich der eingeschränkten Untersuchungsmaxime ersetzen Zugeständnisse den Beweis, soweit die Parteien über den Streitgegenstand frei disponieren können, also namentlich bei Auseinandersetzungen über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten.

II. Unmittelbare Wahrnehmungen

A. Grundsatz

- 135 Obwohl Art. 191 f. ZPO dies nicht ausdrücklich vorsehen, hat die Parteiaussage – wie auch das Zeugnis (Art. 169 ff. ZPO) – grundsätzlich die *eigenen, sog. unmittelbaren Wahrnehmungen* zu streitigen, relevanten Tatsachenbe-

²⁹⁹ Z.B., dass eine bestimmte Sache nicht funktioniert oder eine bestimmte Erklärung abgegeben wurde, vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 5 f.

³⁰⁰ HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 150 N 19; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 5 f. Beweisausschliessende Wirkung haben jedoch nur die gerichtlichen Zugeständnisse, vgl. dazu eingehend KUMMER, Grundriss, S. 123; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 150 N 22 m.w.H.

³⁰¹ Vgl. hierzu die Übersicht bei HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 150 N 16a f.

³⁰² Statt vieler LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 150 N 92; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 150 N 16a f. m.w.H.

hauptungen zum Gegenstand.³⁰³ Damit kommt die Parteiaussage nach KUMMER einer Zeugenaussage in eigener Sache gleich.³⁰⁴

Als Wahrnehmungen kommen alle Sinneswahrnehmungen – d.h. Sehen, Hören, Fühlen, Riechen und Schmecken – infrage, für welche eine Partei im entscheidenden Zeitpunkt die nötigen Fähigkeiten zur Wahrnehmung besass. Die Partei hat dabei in erster Linie ihre Wahrnehmungen zu schildern, wobei sie darüber hinaus auch ihre Empfindungen beschreiben kann, da diese Aussagen ebenfalls dazu beitragen können, die Fragen von Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit zu beurteilen.³⁰⁵ 136

B. Parteiaussage vom Hörensagen

1. Allgemeines

Die Frage, ob im Rahmen der Beweiserhebung mittels Parteiaussage auch Aussagen über lediglich mittelbar wahrgenommene Tatsachen Beweisgegenstand bilden können, wurde soweit ersichtlich in der Lehre und Rechtsprechung bislang nicht diskutiert. Da die Parteiaussage letztlich eine Zeugenaussage in eigener Sache darstellt, ist nach der hier vertretenen Ansicht die Lehre und Rechtsprechung zum Zeugnis vom Hörensagen analog zu berücksichtigen. 137

2. Anlehnung an das Zeugnis vom Hörensagen

a) Überblick

Gemäss Art. 169 ZPO gilt das Folgende: Wer nicht Partei ist, kann über Tatsachen Zeugnis ablegen, die er oder sie *unmittelbar wahrgenommen* hat. Diesbezüglich sieht die Botschaft³⁰⁶ ausdrücklich vor, dass lediglich unmittelbare Sinneswahrnehmungen als Beweismittel zulässig sind und das blosses 138

³⁰³ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 14; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 4.

³⁰⁴ KUMMER, Grundriss, S. 128. Vgl. auch SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 841.

³⁰⁵ GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 169 N 2.

³⁰⁶ Botschaft ZPO, S. 7321.

Zeugnis vom Hörensagen ausgeschlossen ist. Diese Auffassung wird in der Lehre jedoch – insbesondere unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Norm – einhellig kritisiert.³⁰⁷ So wird unter Hinweis auf den Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf³⁰⁸ zu Recht darauf hingewiesen, dass mit dem Wortlaut von Art. 169 ZPO das indirekte Zeugnis nicht a priori ausgeschlossen werde.³⁰⁹

b) Entstehungsgeschichte von Art. 169 ZPO

- 139 Die unmittelbare Wahrnehmung als Voraussetzung der Zeugnisfähigkeit war bereits in Art. 160 VE ZPO³¹⁰ enthalten. Der Bericht der Expertenkommission hielt hierzu fest:³¹¹ «Der Vorentwurf geht vom direkten Zeugnis aus (unmittelbare Sinneswahrnehmung), ohne jedoch das indirekte Zeugnis a priori auszuschliessen. Indessen muss der Zeuge offenlegen, dass er eine bestimmte Tatsache nicht selber wahrgenommen hat, sondern nur vom Hörensagen kennt. Einer solchen Aussage kommt zwar keine direkte Beweiskraft zu, doch kann sie als Indiz in die Beweiswürdigung miteinbezogen werden.»
- 140 Die Expertenkommission brachte damit deutlich zum Ausdruck, dass mit dem Erfordernis der unmittelbaren Wahrnehmung von Tatsachen das Zeug-

³⁰⁷ BÜHLER, HAVE 2013, S. 142; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 169 N 15; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 169 N 1; LEUENBERGER/UFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.85; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 169 N 7; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 169 N 4; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 46 Rz. 162; SCHWEIZER, Comm. CPC, Art. 169 N 9. Vgl. auch SZZP 2006 Nr. 315: «Poser, sans autre réserve [...], que le témoignage par ouï-dire n'a pas de force probante, remet sans raison en cause le principe de la libre appréciation. Comme le témoignage de proches, dont le Tribunal fédéral a plusieurs fois admis la prise en compte [...], les ouï-dire doivent être appréciés suivant les circonstances. [...] rien en revanche ne justifie d'empêcher un juge de forger sa conviction entre autres sur des déclarations relatées par un tiers. On ne comprend dès lors pas pour quelle raison le projet de Code de procédure civile impose une perception directe des faits par le témoin [...]. Il revient à notre sens au juge d'apprécier.»

³⁰⁸ Bericht VE ZPO, S. 83.

³⁰⁹ Statt vieler SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 794.

³¹⁰ Art. 160 VE ZPO: «Eine dritte Person kann über Tatsachen Zeugnis ablegen, die sie unmittelbar wahrgenommen hat.»

³¹¹ Bericht VE ZPO, S. 83.

nis vom Hörensagen nicht ausgeschlossen werden sollte, sondern diesem in der Beweiswürdigung als Indiz mittelbare Beweiskraft beigemessen werden darf. Diese Auslegung wurde jedoch seitens des Bundesrates missverstanden, indem die Botschaft hierzu festhält: «Der Entwurf lässt – wie schon der Vorentwurf – nur das direkte Zeugnis (unmittelbare Sinneswahrnehmung) als Beweismittel zu (Art. 166). Das blossе Zeugnis vom Hörensagen ist ausgeschlossen.»³¹²

c) *Lehre*

Gemäss BÜHLER³¹³ basiert die Botschaft in Bezug auf das Zeugnis vom Hörensagen auf einem Rechtsirrtum, indem die im Bericht zum Vorentwurf vertretene Auffassung der Expertenkommission irrtümlicherweise falsch wiedergegeben wurde. Aus diesem Grund wird in der Lehre – in Anlehnung an den Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf³¹⁴ – die Auffassung vertreten, dass indirekte Wahrnehmungen entgegen dem Wortlaut von Art. 169 ZPO nicht a priori ausgeschlossen sind. Der Zeuge hat jedoch offenzulegen, dass er die Tatsache nicht unmittelbar selber wahrgenommen hat, damit die Aussage vom Gericht korrekt gewürdigt werden kann.³¹⁵ 141

d) *Rechtsprechung*

Der in der Lehre vertretenen Auffassung scheint auch die Rechtsprechung zu folgen. So hatte das Obergericht des Kantons Zürich einen Fall zu beurteilen, bei welchem streitig war, ob der ehemalige Restaurantpächter die Eigentümer der Liegenschaft auf den Sanierungsbedarf der elektrischen Anlagen aufmerksam gemacht hatte oder nicht. Das Bezirksgericht Bülach gelangte zum Schluss, dass der erstinstanzlich einvernommene Zeuge diesbezüglich keinerlei Aussagen über eigene Wahrnehmungen tätigen konnte und seine 142

³¹² Botschaft ZPO, S. 7321.

³¹³ BÜHLER, HAVE 2013, S. 142.

³¹⁴ Vgl. dazu vorne Rz. 139 f.

³¹⁵ Statt vieler SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 794; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 169 N 7 m.w.H.

Aussagen daher nichts zur Sachverhaltserstellung beitragen können. Das Obergericht des Kantons Zürich hielt dem jedoch das Folgende entgegen:³¹⁶

- 143 «Die Vorinstanz hat auf Art. 169 ZPO hingewiesen, wonach derjenige, welcher nicht Partei ist, über Tatsachen Zeugnis ablegen kann, die er oder sie unmittelbar wahrgenommen hat [...]. Gemäss Botschaft zur ZPO ist damit das Zeugnis vom Hörensagen ausgeschlossen (BB1 2006 S. 7321). In der Lehre wird indessen zu Recht die Auffassung vertreten, dass einem solchen Zeugnis nicht von vornherein jeglicher Beweiswert abgesprochen werden kann [...]. Wenn dem Zeugen von einer dritten Person über etwas berichtet wird, kann er über seine Wahrnehmung des Berichts Zeugnis ablegen, solange die Tatsache der Erfassung einer Mitteilung Beweisgegenstand ist [...]. Eine direkte Beweiskraft für die vernommene Tatsache ist der Aussage zwar abzusprechen, doch kann sie als Indiz in die Beweiswürdigung einbezogen werden [...].»
- 144 Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich bislang lediglich einmal – und dies auch nur am Rande – mit dem Zeugnis vom Hörensagen befasst. In jenem Fall³¹⁷ war der Bestand bzw. Nichtbestand einer Vermittlungskommission streitig. Die Vorinstanz hatte dabei in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre³¹⁸ ausgeführt, dass der Zeuge aus eigener Wahrnehmung keine Kenntnis davon habe, was zwischen den Prozessparteien vereinbart worden sei. Insofern könne er über den Vertragsinhalt auch kein Zeugnis ablegen. Das Zeugnis vom Hörensagen könne bestenfalls als Indiz in die Beweiswürdigung einbezogen werden. Wenn dem Zeugen aber von einer dritten Person über etwas berichtet worden sei, könne er über seine Wahrnehmung des Berichts Zeugnis ablegen, solange die Tatsache der Erfassung einer Mitteilung Beweisgegenstand sei. Das Bundesgericht hielt hierzu in seinem Urteil fest, dass die Vorinstanz durchaus anerkannt habe, «dass die Aussagen des Zeugen grundsätzlich als Beweismittel dienen können. Wie die Vorinstanz die Zeugenaussagen würdigt, kann das Bundesgericht nur auf Willkür hin überprüfen.»

³¹⁶ OGer ZH, 05.02.2015, LB140047, E. 2.d/bb.

³¹⁷ BGer, 16.12.2015, 4A_338/2015, E. 5.3.3.

³¹⁸ Vgl. dazu vorne Fn. 307.

3. Würdigung

Die Lehre zum Zeugnis vom Hörensagen muss m.E. analog auch für die 145
 Parteiaussage gelten. Entscheidend muss sein, dass die Partei gegenüber dem
 Gericht offenlegt, wenn sie eine bestimmte Tatsache nicht selber wahrge-
 nommen hat und damit nur vom Hörensagen kennt. Einer solchen Aussage
 kann zwar – analog zum Zeugnis – keine direkte Beweiskraft zukommen, sie
 kann jedoch als Indiz in die Beweiswürdigung einbezogen werden.³¹⁹

Seitens des Gerichts lässt sich zudem oftmals erst während bzw. nach einer 146
 Befragung beurteilen, ob eine Partei eine gewisse Tatsache direkt wahrge-
 nommen hat oder ob sie diese Tatsache nur vom Hörensagen kennt. Die Fra-
 ge, wie die Partei zu ihren Wahrnehmungen gekommen ist, stellt daher stets
 einen wichtigen und unabdingbaren Teil der Befragung dar. In Fällen, in
 denen ein absoluter Beweis zudem gar nicht erbracht werden kann – zum
 Beispiel weil eine innere Tatsache Beweisgegenstand bildet – sollte der Par-
 teiaussage vom Hörensagen folglich eine gewisse Indizienwirkung zukom-
 men.³²⁰ Daher können auch indirekte Wahrnehmungen für das Gericht als
 Hilfstatsachen bedeutsam sein und im Rahmen der freien Beweiswürdigung
 entsprechend gewürdigt werden.

Sofern sich jedoch eine Partei im Rahmen einer Parteiaussage auf die ihr 147
 gegenüber unmittelbar erfolgte Berichterstattung eines Dritten beruft, kann
 diese Berichterstattung selbst – aufgrund der unmittelbaren Wahrnehmung
 durch die Partei – Beweisgegenstand bilden. Nicht beweisbildend können
 jedoch blossе Mutmassungen, Wertungen oder Würdigungen der Parteien
 sein.³²¹

³¹⁹ Zur Würdigung der Parteiaussage vgl. hinten Rz. 369 ff.

³²⁰ Vgl. zum Zeugnis vom Hörensagen GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 169 N 1.
 Vgl. auch BGE 98 II 231, E. 5: «Blosse Indizienbeweise sind aber zulässig.
 Wenn nach der Natur der Sache, wie es etwa hinsichtlich eines natürlichen Kau-
 salverlaufes oder des Wissens und Wollens einer Person zutreffen kann, ein ab-
 absoluter Beweis nicht möglich ist, darf dabei der Richter seine Überzeugung mit
 einer auf der Lebenserfahrung beruhenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit
 begründen.»

³²¹ Vgl. zum Zeugnis MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 169 N 12; RÜETSCHLI,
 Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 8; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 169 N 7
 m.w.H.

§ 8 Abgrenzungen

I. Überblick

Während eines Zivilprozesses haben die Parteien verschiedentlich die Möglichkeit, sich gegenüber dem Gericht zum Prozessstoff zu äussern. Je nach Art und Stadium des Verfahrens sowie dem formellen Rahmen haben die Äusserungen der Parteien jedoch einen unterschiedlichen Stellenwert.³²² 148

Die Befragung einer Partei gemäss Art. 191 f. ZPO erfolgt im Rahmen des Beweisverfahrens, welches mit einer Beweisverfügung einzuleiten ist.³²³ 149
Dabei hat das Gericht die einzuvernehmende Partei vor der Befragung über ihre Mitwirkungspflicht (Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage), ihr Verweigerungsrecht und die Folgen einer unberechtigten Mitwirkungsverweigerung aufzuklären.³²⁴ Zu letzteren gehören neben den beweisrechtlichen Folgen insbesondere auch die disziplinar- oder strafrechtlichen Folgen, welche in Art. 191 Abs. 2 und Art. 192 Abs. 2 ZPO für den Fall einer Falschaussage vorgesehen sind.³²⁵ Mittels geeigneter Fragen soll seitens des Gerichts festgestellt werden, ob sich eine beweisbedürftige Tatsachenbehauptung tatsächlich realisiert hat.³²⁶ Die Aussagen der Parteien bezwecken, mit anderen Worten, eine beweisbedürftige Tatsachenbehauptung zur gerichtlich festgestellten Tatsache übergehen zu lassen.³²⁷ Davon strikt abzugrenzen sind jedoch die Aussagen der Parteien bzw. ihrer Rechtsvertretungen ausserhalb des Beweisverfahrens.

³²² CARCAGNI ROESLER, Stämpflis Handkomm. ZPO, Art. 191 N 1.

³²³ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, S. 299. Vgl. zur Notwendigkeit einer Beweisverfügung auch BGer, 30.05.2017, 4A_108/2017, E. 3.2; KGer SG, 13.12.2017, BO.2017.17, E. 5.b. Zur Beweisverfügung vgl. vorne Rz. 30 f.

³²⁴ So ausdrücklich Art. 161 Abs. 1 ZPO. Vgl. dazu eingehend hinten Rz. 309 ff.

³²⁵ Vgl. dazu hinten Rz. 323 ff.

³²⁶ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 318.

³²⁷ GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 150 N 5.

II. Aussagen ausserhalb des Beweisverfahrens

A. Informative Befragung

- 150 Von der förmlichen Einvernahme einer Partei nach Art. 191 f. ZPO sind insbesondere diejenigen Befragungen ausserhalb des Beweisverfahrens zu unterscheiden, die gestützt auf Art. 56 ZPO erfolgen. Diese Befragungen gehören zur Behauptungsphase, weshalb die entsprechenden Aussagen der Parteien grundsätzlich lediglich informativen Charakter haben.³²⁸ Dem Gericht soll hierdurch ermöglicht werden, im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens auf die Ergänzung und Vervollständigung des Prozessstoffes hinzuwirken.³²⁹
- 151 Solche Befragungen stellen kein Beweismittel dar, sondern haben den Sinn, «in einem möglichst frühen Verfahrensstadium Widersprüche und Unklarheiten in den Vorbringen bezüglich des zu beurteilenden Sachverhalts zu beseitigen».³³⁰ Obwohl die Darlegungen der Parteien ausserhalb des Beweisverfahrens lediglich Behauptungen darstellen, kommt ihnen jedoch insofern eine beweisrechtliche Bedeutung zu, als sie dazu dienen, die Fakten zusammenzutragen und Bestrittenes von Unbestrittenem zu trennen. Damit soll im Hinblick auf das nachfolgende Beweisverfahren geklärt werden, welches Tatsachenfundament mit welchen Beweismitteln von welcher Partei zu beweisen ist.
- 152 Die gerichtliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO ist nur dann zulässig, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, mithin ein unklares, widersprüchliches, unbestimmtes oder offensichtlich unvollständiges Parteivorbringen vorliegt.³³¹ Ein solches Parteivorbringen kann insbesondere auch in einem offensichtlich unvollständigen oder unverständlichen Beweisangebot bestehen. So liegt ein mangelhaftes Beweisangebot beispielsweise dann vor, wenn eine Partei vergisst, die Adresse eines angerufenen Zeugen anzu-

³²⁸ BGer, 28.11.2003, 4P.191/2003, E. 1.6; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 4 ff.

³²⁹ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 4 m.w.H.

³³⁰ BGer, 28.11.2003, 4P.191/2003, E. 1.6 unter Hinweis auf SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 330 f.

³³¹ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 5.

geben. Hier kann der Richter nachfragen, um die Abnahme des Beweises zu ermöglichen.³³² Hingegen trägt die gerichtliche Fragepflicht dem Gericht freilich nicht auf, einer Partei bei der Beweisführung behilflich zu sein oder gar die Beweisanträge der Parteien nachzubessern.³³³

Über den Weg der gerichtlichen Fragepflicht darf das Gericht nicht einer Partei bei der Beweisführung behilflich sein. So kann die gerichtliche Fragepflicht namentlich dann nicht greifen, wenn eine Partei zu einer wesentlichen Behauptung überhaupt kein Beweismittel offeriert.³³⁴ Die gerichtliche Fragepflicht dient weder der Ergründung der objektiven Wahrheit noch der Beurteilung der Beweiskraft eines von einer Partei bezeichneten Beweismittels und ist damit strikt von der Parteibefragung nach Art. 191 f. ZPO zu trennen.³³⁵ Das Bundesgericht hat dies in einem Entscheid aus dem Jahr 2015 denn auch klar zum Ausdruck gebracht:³³⁶

«Die Vorinstanz übergeht damit, dass der Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Verfahren zutreffend vorgebracht hat, die erste Instanz scheine die Parteibefragung und die Ausübung der richterlichen Fragepflicht zu vermengen. Denn die erste Instanz stützt ihre Erwägungen ausdrücklich auf ein «Parteibefragungsprotokoll», wobei sie ausführt, sie habe in Ausübung der richterlichen Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO zur Klarstellung Fragen gestellt. Die richterliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO dient dazu, unklare, widersprüchliche, unbestimmte oder offensichtlich unvollständige Parteivorbringen klarzustellen oder zu ergänzen, also den der Klage zugrunde liegenden Sachverhalt durch entsprechende Fragen des Gerichts zu ermitteln. Mit

³³² BGer, 05.02.2014, 4A_444/2013, E. 6.3.3 unter Hinweis auf MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht, S. 85.

³³³ Ebenso wenig kann eine Partei aus einem für sie ungünstigen Beweisergebnis ableiten, ihre Vorbringen seien mangelhaft im Sinne von Art. 56 ZPO gewesen und hätten daher die gerichtliche Fragepflicht ausgelöst, vgl. BGer, 05.02.2014, 4A_444/2013, E. 6.3.3 unter Hinweis auf BGer, 20.04.2012, 5A_115/2012, E. 4.5.2.

³³⁴ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 5; MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht, S. 84.

³³⁵ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 5; BGer, 05.02.2014, 4A_444/2013, E. 6.3.3.

³³⁶ BGer, 03.02.2015, 4A_498/2014, E. 3.3. Bestätigt in BGer, 03.07.2015, 5A_113/2015, E. 3.2.

anderen Worten ist die richterliche Fragepflicht somit kein Beweismittel, sondern dient als Verfahrensgrundsatz der Ergänzung oder Klarstellung der Parteivorbringen. Demgegenüber geht es bei der Parteibefragung nach Art. 191 ZPO darum, ein Beweismittel zu produzieren, auf welches im Entscheidfall vollumfänglich abgestellt werden kann [...]. Die Aussagen der Parteien werden gemäss Art. 193 i.V.m. Art. 176 ZPO im wesentlichen Inhalt zu Protokoll genommen und von den Parteien unterzeichnet. Das nicht unterzeichnete und bestrittene Parteibefragungsprotokoll vermag wohl unter diesen Umständen den Beweis für die Aussagen des Beschwerdeführers, wie diese von der Erstinstanz festgehalten wurden, nicht zu erbringen.»

- 155 Die gerichtliche Fragepflicht unterscheidet sich von der Parteiaussage nach Art. 191 f. ZPO insbesondere auch dadurch, dass bei letzterer die Parteien persönlich befragt werden,³³⁷ wohingegen die Fragen gemäss Art. 56 ZPO bei einer anwaltlich vertretenen Partei an die Rechtsvertretung gerichtet werden.³³⁸ Überdies ist bei der gerichtlichen Fragepflicht auch nicht die Protokollvorschrift von Art. 193 i.V.m. Art. 176 ZPO, sondern vielmehr die allgemeine Vorschrift von Art. 235 ZPO anwendbar, wonach das Protokoll lediglich vom Protokollführer zu unterzeichnen ist.³³⁹
- 156 In der Praxis zeigt sich, dass die vorstehend aufgezeigte Abgrenzung zwischen der Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht und der Beweiserhebung mittels Parteiaussage die Gerichte vor grosse Herausforderungen stellt. So führen beispielsweise die zürcherischen Gerichte die Parteiaussage im Ergebnis teilweise immer noch in der Form der persönlichen Befragung gemäss § 149 aZPO/ZH durch.³⁴⁰ Dies hat folgenden Hintergrund: Im Unterschied zum früheren zürcherischen Prozessrecht ist für eine Parteiaussage gemäss Art. 191 f. ZPO eine Protokollierung im Sinne von Art. 193 i.V.m. Art. 176

³³⁷ Abgesehen von der allfälligen Beantragung von Ergänzungsfragen kommt der Rechtsvertretung daher lediglich eine passive Funktion zu. Zur Aussagepflicht vgl. hinten Rz. 278 ff.

³³⁸ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 5.

³³⁹ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 24. Demgegenüber muss das Protokoll bei der Parteiaussage von den Parteien unterzeichnet werden, vgl. dazu auch eindrücklich OGer ZH, 08.06.2017, PQ170033, E. 2.3.1, und hinten Rz. 367.

³⁴⁰ Vgl. MÜLLER, FS Meier, S. 494 f.

ZPO vorgesehen. Um die Parteien jedoch ausserhalb eines förmlichen Beweisverfahrens und ohne die entsprechenden Protokollierungsvorschriften befragen zu können,³⁴¹ berufen sich die Gerichte in der Praxis oftmals pro forma auf die gerichtliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO und verwenden dabei die Bezeichnung *formlose Befragung*.³⁴²

Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die gerichtliche Fragepflicht 157 nicht der beweismässigen Erstellung eines Sachverhalts dient und daher nicht dazu verwendet werden darf, herauszufinden, ob das von den Parteien Behauptete stimmt oder nicht. Überdies hat die gerichtliche Fragepflicht bei anwaltlich vertretenen Parteien nur eine sehr eingeschränkte Tragweite und ist seitens der Gerichte zurückhaltend auszuüben.³⁴³ Sofern eine Partei anwaltlich vertreten ist, sind die Fragen gemäss Art. 56 ZPO überdies ohnehin an die Rechtsvertretung und nicht an die Partei zu richten.³⁴⁴ Folglich besteht – entgegen der Praxis einiger zürcherischer Gerichte – gerade keine gesetzliche Grundlage für eine formlose Befragung, die der Wahrheitsfindung ausserhalb eines förmlichen Beweisverfahrens dienen soll.³⁴⁵

³⁴¹ Die informative Befragung ist nach der allgemeinen Vorschrift von Art. 235 ZPO zu protokollieren und muss damit im Unterschied zum Protokoll bei der Parteiaussage lediglich von der protokollführenden Person unterzeichnet werden. Vgl. dazu vorne Rz. 155.

³⁴² Vgl. z.B. OGer ZH, 05.03.2015, LB140052, E. 2.2.; OGer ZH, 06.02.2014, LA130003, E. 3.3.; OGer ZH, 21.10.2014, RB140026, E. 2.9.4.

³⁴³ So ausdrücklich BGE 141 III 569, E. 2.3.1, vgl. dazu vorne Rz. 26. Vgl. auch BGer, 18.12.2014, 4A_336/2014, E. 7.6.; BGer, 08.05.2014, 4A_57/2014, E. 1.3.2.; BGer, 02.12.2013, 4D_57/2013, E. 3.2.

³⁴⁴ Vgl. dazu vorne Rz. 155.

³⁴⁵ OGer ZH, 23.12.2016, LA160026, E. 3.1 unter Hinweis auf MÜLLER, FS Meier, S. 494 f.

B. Besondere Vorschriften zur Befragung und Anhörung der Parteien

1. Schlichtungsverfahren

- 158 Gemäss Art. 205 Abs. 1 ZPO dürfen Aussagen der Parteien im Rahmen des Schlichtungsverfahrens weder protokolliert³⁴⁶ noch später im Entscheidungsverfahren verwendet werden. Folglich kommt diesen Aussagen grundsätzlich lediglich Informationscharakter zu. Sofern jedoch ein Urteilsvorschlag nach Art. 210 ZPO oder ein Entscheid nach Art. 212 ZPO infrage kommen, kann die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 203 Abs. 2 ZPO auch Beweismittel – und damit insbesondere auch die Parteiaussage – abnehmen. Sofern eine solche Beweisabnahme durchgeführt wird, hat die Schlichtungsbehörde die Parteien jedoch vorgängig gemäss Art. 161 Abs. 1 ZPO auf ihre Mitwirkungspflicht, ihr Verweigerungsrecht und die Folgen einer unberechtigten Mitwirkungsverweigerung hinzuweisen.³⁴⁷
- 159 Sofern im Rahmen der Schlichtungsverhandlung eine Beweisabnahme stattfindet, ist diese auch entsprechend den Bestimmungen des Beweisverfahrens zu protokollieren.³⁴⁸ Darin zeigt sich der Rollenkonflikt der Schlichtungsbehörde: Durch das grundsätzliche Protokollierungsverbot soll eine Atmosphäre geschaffen werden, die den Parteien erlaubt, im Verlauf der Verhandlung Zugeständnisse zu machen, ohne später darauf behaftet zu werden. Kommt

³⁴⁶ Das Verbot bezieht sich jedoch nur auf ein Verhandlungsprotokoll, welches über den Inhalt der Schlichtungsverhandlung Auskunft geben würde. Es gilt hingegen nicht für das Verfahrensprotokoll gemäss Art. 235 ZPO, welches von der Schlichtungsbehörde geführt werden muss und das Verfahren als Ganzes dokumentiert und dabei über die wesentlichen Verfahrensschritte Auskunft gibt; vgl. EGLI, DIKE-Komm. ZPO II, Art. 205 N 6 f.; ALVAREZ/PETER, Berner Komm. ZPO II, Art. 205 N 3.

³⁴⁷ Zu letzteren gehören neben den beweisrechtlichen Folgen insbesondere auch die disziplinar- oder strafrechtlichen Folgen, welche in Art. 191 Abs. 2 und Art. 192 Abs. 2 ZPO für den Fall einer Falschaussage vorgesehen sind. Vgl. BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 25, vgl. zum Ganzen eingehend hinten Rz. 309 ff.

³⁴⁸ Vgl. zum diesbezüglichen Vorbehalt in Art. 205 Abs. 2 ZPO ALVAREZ/PETER, Berner Komm. ZPO II, Art. 205 N 3 mit Hinweis auf GASSER/RICKLI, Kurzkomm. ZPO, Art. 205 N 1; EGLI, DIKE-Komm. ZPO II, Art. 205 N 8. Zur Protokollierung der Parteiaussage vgl. Art. 193 ZPO und hinten Rz. 361 ff.

es jedoch zu einem Urteilsvorschlag oder einem Entscheid, soll die Schlichtungsbehörde alle der Wahrheitsfindung dienenden Informationen verwenden können und müssen. In der Praxis zeichnet sich jedoch i.d.R. erst gegen Ende der Schlichtungsverhandlung ab, ob ein Urteilsvorschlag oder ein Entscheid der Schlichtungsbehörde überhaupt infrage kommt. In Anlehnung an EGLI³⁴⁹ ist daher zu fordern, dass die Schlichtungsverhandlung strikt in einen informellen Teil und – kommt ein Urteilsvorschlag oder ein Entscheid infrage – einen formellen Teil unterteilt wird. Aussagen, die im informellen Teil gemacht werden, fallen jedoch immer unter das Protokollierungsverbot.³⁵⁰

Die Parteien sind über den Wechsel vom informellen zum formellen Teil zu informieren. Diesbezüglich hielt das Obergericht Zürich das Folgende fest:³⁵¹ 160
 «Die strikte Trennung der Verhandlung der Sühnbehörde in einen informellen und – bei Infragekommen eines Entscheids oder Urteilsvorschlags – einen formellen Teil kann wesentlich zur Entschärfung des sich aus der Doppelrolle der Schlichtungsbehörde als Sühn- und Entscheidinstanz ergebenden Konflikts beitragen. Die Parteien sind denn auch über den Wechsel vom informellen zum formellen Teil zu informieren.»³⁵²

2. Ordentliches Verfahren

Was die Parteien im Rahmen des ordentlichen Verfahrens an einer Instruktionsverhandlung (Art. 226 ZPO) oder in den ersten Parteivorträgen (Art. 228 ZPO) vorbringen, hat für den Beweis grundsätzlich nur insofern Bedeutung, 161

³⁴⁹ EGLI, DIKE-Komm. ZPO II, Art. 205 N 8.

³⁵⁰ INFANGER, Basler Komm. ZPO, Art. 205 N 3; HONEGGER, ZPO Komm., Art. 205 N 2.

³⁵¹ OGer ZH, 08.08.2011, ZR 110/2011, S. 214 ff., E. 2.

³⁵² In diesem Sinne auch KGer SG, 02.02.2012, BE.2011.38, E. II.5: «Gerade mit Blick auf das Verhandlungsprotokoll, dessen Führung im Schlichtungsverfahren untersagt, im Entscheidverfahren hingegen geboten ist, sollte der Wechsel vom Schlichtungs- zum Entscheidverfahren und der damit verbundene Rollenwechsel der Schlichtungsbehörde von der Sühn- zur Entscheidinstanz für die Parteien klar erkennbar sein. Angezeigt ist daher eine strikte Trennung der Verhandlung in einen informellen Teil und – sofern ein Entscheid gefällt werden soll – einen daran anschliessenden formellen Teil, wobei die Parteien über den Wechsel sowie insbesondere über den Beginn des Entscheidverfahrens und die Führung eines Verhandlungsprotokolls zu informieren sind.»

als diese Aussagen dazu dienen, die Fakten zusammenzutragen und Bestrittenes von Unbestrittenem zu trennen.³⁵³ Es handelt sich daher unabhängig davon, ob die Parteien ihre Aussagen aus eigener Initiative oder gestützt auf die gerichtliche Fragepflicht tätigen, um Tatsachenbehauptungen oder Beweisangebote, welche im Rahmen der Behauptungs-, Substanziierungs- und Beweisführungslast vorgetragen werden. Diesen Aussagen kommt daher lediglich Informationscharakter zu. Folglich gelangen auch vom Beweisverfahren abweichende Bestimmungen hinsichtlich der Protokollierung zur Anwendung: Die informative Befragung ist nach der allgemeinen Vorschrift von Art. 235 ZPO zu protokollieren und muss – im Unterschied zum Protokoll bei der Parteiaussage gemäss Art. 193 i.V.m. Art. 176 Abs. 1 ZPO³⁵⁴ – lediglich von der protokollführenden Person unterzeichnet werden.

- 162 Tritt das Verfahren jedoch ins Beweisstadium, werden die Aussagen der Parteien in ein förmliches Beweismittel gekleidet und entsprechend finden die Bestimmungen von Art. 191 ff. ZPO Anwendung.³⁵⁵ Gemäss Art. 226 Abs. 3 ZPO sind Beweisabnahmen bereits anlässlich der Instruktionsverhandlung zulässig, wobei eine solche Beweisabnahme vom Gericht klar als solche zu erkennen gegeben werden muss.³⁵⁶

3. Vereinfachtes Verfahren

- 163 Für vermögensrechtliche Streitigkeiten nach Art. 243 Abs. 1 ZPO bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 gilt die Verhandlungsmaxime mit verstärkter gerichtlicher Fragepflicht.³⁵⁷ Dabei wirkt das Gericht gemäss

³⁵³ Vgl. jedoch Art. 226 Abs. 3 ZPO, wonach das Gericht anlässlich der Instruktionsverhandlung auch Beweise abnehmen kann. Vgl. dazu sogleich Rz. 162.

³⁵⁴ Vgl. dazu hinten Rz. 361 ff.

³⁵⁵ Vgl. dazu vorne Rz. 149.

³⁵⁶ Vgl. dazu hinten Rz. 166 ff.

³⁵⁷ In der Lehre besteht weitgehend Einigkeit, dass zwischen der gerichtlichen Mitwirkung nach Art. 247 Abs. 1 ZPO und der gerichtlichen Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nach Art. 247 Abs. 2 ZPO kein Unterschied besteht, so HAUCK, ZPO Komm., Art. 247 N 32; TAPPY, Comm. CPC, Art. 247 N 26; KILLIAS, Berner Komm. ZPO II, Art. 247 N 38; MAZAN, Basler Komm. ZPO, Art. 247 N 10. A.A. FRAEFEL, Kurzkomm. ZPO, Art. 247 N 10, der davon ausgeht, dass die Fragepflicht des Gerichts in den Fällen von Art. 247 Abs. 2 ZPO weiter geht als nach Art. 247 Abs. 1 ZPO.

Art. 247 Abs. 1 ZPO durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Das Gericht trifft hierbei eine weitergehende Mitwirkungspflicht, indem es die Parteien nicht nur auf offensichtlich unvollständige oder unverständliche Beweisangebote hinweist, sondern aktiv fragend eingreift.³⁵⁸ Die Möglichkeiten des Gerichts beschränken sich dabei nicht nur auf das Stellen von Fragen, sondern das Gericht kann auch über Unklarheiten aufklären und Hinweise erteilen. Das Ausmass der gerichtlichen Hilfestellung hängt von den Besonderheiten des Einzelfalls ab. Massgebende Kriterien sind insbesondere die intellektuellen Fähigkeiten der Parteien, die Schwierigkeit der Materie und eine allfällige anwaltliche Vertretung.³⁵⁹ Den gestützt auf die verstärkte gerichtliche Fragepflicht seitens der Parteien getätigten Aussagen kommt jedoch ebenfalls lediglich Informationscharakter zu. Folglich sind diese Aussagen nach der allgemeinen Vorschrift von Art. 235 ZPO zu protokollieren.

4. Summarisches Verfahren

Im summarischen Verfahren ist Art. 254 ZPO zu berücksichtigen, wonach 164 andere Beweismittel als Urkunden grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen von Abs. 2 zulässig sind. Sofern das Gericht (ausnahmsweise) eine mündliche Verhandlung durchführt und die Parteien befragt, hat es klar zum Ausdruck zu bringen, ob es sich dabei um informative Fragen in Ausübung seiner gerichtlichen Fragepflicht oder beweisbildende Fragen in Form der Parteiaussage nach Art. 191 f. ZPO handelt.³⁶⁰

³⁵⁸ MARKUS/HUBER-LEHMANN, ZBJV 2018, S. 271 f. m.w.H.; MAZAN, Basler Komm. ZPO, Art. 247 N 9, wonach im Anwendungsbereich von Art. 247 Abs. 1 ZPO zwar auch die Verhandlungsmaxime gilt, diese allerdings durch eine verstärkte gerichtliche Fragepflicht durchbrochen wird.

³⁵⁹ Botschaft ZPO, S. 7348. Vgl. dazu statt vieler MAZAN, Basler Komm. ZPO, Art. 247 N 16 ff. m.w.H.

³⁶⁰ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 29.

5. Ehe-, kindes- und erwachsenenschutzrechtliche Verfahren

- 165 In ehe-, kindes- und erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren ist gelegentlich die *Anhörung* einer oder beider Parteien gesetzlich vorgesehen.³⁶¹ Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Befragung, welche der beweisrechtlichen Sachverhaltsabklärung dient, sondern um eine *Parteibefragung sui generis*, die insbesondere nicht den Bestimmungen von Art. 191 f. ZPO untersteht.³⁶²

III. Erfordernis der Erkennbarkeit der Beweis- erhebung

- 166 Da die ZPO keine strikte Trennung zwischen dem Behauptungs- und Beweisverfahren kennt, sondern Beweisabnahmen schon anlässlich der zum Behauptungsverfahren gehörenden Instruktionsverhandlung zulässt,³⁶³ stellen sich hohe Anforderungen an die Verhandlungsdisziplin des Gerichts.³⁶⁴ Denn für die Parteien und ihre Rechtsvertretung muss während einer Befragung jederzeit klar erkennbar sein, ob ihren Aussagen Informations- oder Beweischarakter zukommt.
- 167 Sofern das Gericht zur Beweisabnahme schreiten und den Aussagen der Parteien Beweischarakter zumessen will, müssen vorgängig gemäss Art. 154 ZPO die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen werden.³⁶⁵ Die Beweiserhebung mittels Parteiaussage setzt zudem in jedem Fall voraus, dass das Gericht die Parteien gemäss Art. 161 Abs. 1 ZPO über ihre Mitwirkungspflicht, das Verweigerungsrecht und die Säumnisfolgen aufklärt.³⁶⁶ Diese Aufklärung muss klar und vollständig sein und ist überdies Grund-

³⁶¹ So z.B. in Art. 287 und Art. 297 f. ZPO oder Art. 314a, Art. 383 Abs. 2, Art. 430 Abs. 1, Art. 447 Abs. 1 und 2 und Art. 450e Abs. 4 ZGB.

³⁶² BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 30 f.

³⁶³ Vgl. Art. 226 Abs. 3 ZPO. Vgl. dazu vorne Rz. 162.

³⁶⁴ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 23.

³⁶⁵ Dies gilt auch für die Beweisabnahme im Rahmen einer Instruktionsverhandlung, wie die Gesetzessystematik klarstellt. Vgl. WILLISEGGER, Basler Komm. ZPO, Art. 226 N 18. Zur Beweisverfügung vgl. vorne Rz. 30 f.

³⁶⁶ Vgl. dazu eingehend hinten Rz. 309 ff.

voraussetzung dafür, dass bei ungerechtfertigter Verweigerung der Mitwirkung Strafen oder andere Nachteile gegenüber der renitenten Person verhängt werden können.³⁶⁷ Darüber hinaus hat das Gericht die Parteien vor der Durchführung der Beweiserhebung mittels Parteiaussage zur Wahrheit zu ermahnen und auf die Folgen einer Falschaussage gemäss Art. 191 Abs. 2 bzw. Art. 192 Abs. 2 ZPO hinzuweisen.³⁶⁸

Nach BÜHLER³⁶⁹ genügt es jedoch nicht, wenn das Gericht die Verhandlung bereits mittels der aufklärenden und ermahnenden Präliminarien einleitet und anschliessend in Ausübung seiner Fragepflicht (Art. 56 bzw. Art. 247 Abs. 1 ZPO) informative Fragen stellt. Die der Parteibefragung und Beweisaussage voranzustellende gerichtliche Aufklärung der Parteien gemäss Art. 161 Abs. 1 ZPO und damit verbunden die Androhung der Sanktionen für Falschaussagen gemäss Art. 191 Abs. 2 bzw. Art. 192 Abs. 2 ZPO dürfen vielmehr erst dann erfolgen, wenn das Gericht effektiv Beweis mittels einer Parteiaussage abnimmt. Umgekehrt verletzt das Gericht das Recht auf Beweis gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 152 Abs. 1 ZPO, wenn es in der informativen Befragung gemachte rechtserhebliche Aussagen seitens einer Partei als erwiesen annimmt, ohne dazu eine förmliche Parteibefragung oder Beweisaussage durchgeführt zu haben.³⁷⁰ Das Gericht hat daher zunächst eine Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO zu erlassen, in welcher es die von den Parteien vor Aktenschluss für bestrittene Behauptungen genannten Haupt- und Gegenbeweismittel aufzuführen hat.³⁷¹

³⁶⁷ Botschaft ZPO, S. 7316: «Sie [die Aufklärung] ist grundsätzlich konstitutiv für die Verwertung des betreffenden Beweismittels sowie für eine Verhängung von Strafen und anderer Nachteile [...]»

³⁶⁸ Vgl. dazu hinten Rz. 314 und Rz. 323 ff.

³⁶⁹ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 23.

³⁷⁰ BGE 133 III 295, E. 7.1: «Die allgemeine Beweisvorschrift ist daher insbesondere verletzt, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei, unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hin- nimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt.»

³⁷¹ OGer ZH, 17.03.2017, LB160050, E. II.1.c: «In der Beweisverfügung wäre auch die Parteibefragung im Sinne von Art. 191 ZPO als Beweismittel zu benennen. Zwar hatte die Vorinstanz eine formelle Parteibefragung ausserhalb eines Beweisverfahrens durchgeführt, was jedoch ungenügend ist. Allenfalls ist diese zu

wiederholen. [...] Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz durch ihr Vorgehen der Beklagten das Recht auf Beweis verweigert und das rechtliche Gehör in mehrfacher Weise verletzt hat.»

§ 9 Mittels Parteiaussage zu befragende Personen

I. Formelle Parteistellung als Grundsatz

A. Allgemeines

Mittels Parteiaussage werden grundsätzlich lediglich Personen mit formeller Parteistellung³⁷² befragt. Die Abgrenzung zwischen Partei- und Drittstellung ist daher von entscheidender Bedeutung.³⁷³ Zu den Personen mit formeller Parteistellung gehören zunächst die Hauptparteien, d.h. jene Personen, die im Prozess als Kläger oder Beklagte auftreten. Als Hauptparteien gelten darüber hinaus auch (i) der Hauptintervenient gemäss Art. 73 ZPO,³⁷⁴ (ii) der Streitverkündungsbeklagte gemäss Art. 81 ZPO³⁷⁵ sowie (iii) die streitberufene Person, die gemäss Art. 78 i.V.m. Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO anstelle derjenigen Partei, die ihr den Streit verkündet hat, den Prozess mit deren Einverständnis in eigenem Namen weiterführt.³⁷⁶ 169

Neben den Hauptparteien unterstehen auch die Nebenparteien der Parteiaussage. Nebenparteien sind diejenigen Personen, die sich nach Anhängigmachung der Streitsache in eigenem Namen am Prozess beteiligen. Als Nebenpartei gilt demnach (i) der Nebenintervenient gemäss Art. 74 ZPO³⁷⁷ sowie (ii) die streitberufene Person, die gemäss Art. 78 i.V.m. Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO zugunsten derjenigen Partei, die ihr den Streit verkündet hat, interveniert.³⁷⁸ 170

Die Qualifikation als Haupt- oder Nebenpartei hat überdies zur Folge, dass der zu befragenden Person lediglich ein beschränktes Aussageverweige- 171

³⁷² Zum formellen Parteibegriff vgl. vorne Rz. 50 f.

³⁷³ Zur Relevanz der Abgrenzung vgl. vorne Rz. 44 f.

³⁷⁴ Zur Hauptintervention vgl. hinten Rz. 178 ff.

³⁷⁵ Zur Streitverkündungsklage vgl. hinten Rz. 192 ff.

³⁷⁶ Vgl. dazu hinten Rz. 188 ff.

³⁷⁷ Zur Stellung des Nebenintervenienten im Beweisverfahren vgl. hinten Rz. 181 ff.

³⁷⁸ Vgl. dazu hinten Rz. 186. Vgl. auch BGE 130 III 571, E. 6 unter Hinweis auf GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 408; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 3 m.w.H.

rungsrecht zusteht, welches sich ausschliesslich auf die in Art. 163 ZPO genannten Tatbestände bezieht.³⁷⁹ Sofern eine Person fälschlicherweise als Zeuge und nicht als Partei einvernommen wurde, kann die (nicht verwertbare) Zeugenaussage nachträglich nicht in eine Parteiaussage konvertiert werden, sondern die Beweisabnahme muss wiederholt werden.³⁸⁰ Andernfalls würde ein formell rechtswidriges Beweismittel produziert, da die einzuhaltenden Formalitäten (Hinweise auf Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Ermahnungen etc.), welche für jedes Beweismittel verschieden ausgestaltet sind, bei strenger Betrachtung nicht eingehalten wurden.³⁸¹ Das Gleiche gilt auch für den umgekehrten Fall, wenn eine Drittperson fälschlicherweise als Partei und nicht als Zeuge befragt wird, da dabei die zu beachtenden Formalitäten ebenfalls nicht korrekt eingehalten wurden. Sofern streitig ist, ob eine Person als Partei oder als Zeuge einzuvernehmen ist,³⁸² kann bei einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO Beschwerde gegen die Beweisverfügung erhoben werden.³⁸³

³⁷⁹ Vgl. dazu hinten Rz. 290 ff.

³⁸⁰ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 10; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 159 N 3a. A.M. HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 9 unter Hinweis auf OGer LU, 16. 06. 2011, 1B 11 6, E. 6.5.3: «Die durchgeführte Zeugenbefragung erfüllt alle Anforderungen der Beweisaussage nach Art. 192 ZPO. X. wurde zur Wahrheit ermahnt und auf die Straffolgen einer falschen Aussage hingewiesen. Dass ihm die strengere Sanktion von Art. 307 StGB statt diejenige von Art. 306 StGB angedroht wurde, kann nicht als Mangel betrachtet werden. Das Gleiche gilt sinngemäss für den Hinweis auf die Verweigerungsrechte (die dem Zeugen in umfassenderem Masse zustehen als der Partei). Die Zeugenaussage von X. kann daher im Berufungsverfahren als Beweisaussage verwendet werden.»

³⁸¹ GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 159 N 3a.

³⁸² Heikle Ermessensentscheide können sich insbesondere bei der Frage ergeben, ob eine Person als faktisches Organ zu qualifizieren und damit wie eine Partei einzuvernehmen ist. Vgl. MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 12. Zum Organbegriff vgl. hinten Rz. 205 ff.

³⁸³ Vgl. dazu vorne Rz. 31. Ein solcher Nachteil kann bspw. dann vorliegen, wenn eine Person fälschlicherweise zu einer Parteiaussage verpflichtet wird, da ihre Verweigerungsrechte dann weniger weit gehen als bei einem Zeugnis, vgl. WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 9a; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 12.

B. Besondere Konstellationen

1. Parteivertretung

Im Rahmen des Beweisverfahrens gilt es, die Parteivertretung von der Partei 172 abzugrenzen. Eine Parteivertretung übt aus, wer in fremdem Namen für ein anderes Rechtssubjekt Rechtsschutz im Prozess verlangt.³⁸⁴ Die ZPO unterscheidet vier Arten der Parteivertretung: (i) Die gesetzliche Vertretung gemäss Art. 67 Abs. 2 ZPO, wenn es einer Person an der Prozessfähigkeit fehlt; (ii) die gerichtlich bestellte Vertretung gemäss Art. 69 Abs. 1 ZPO, wenn eine Person offensichtlich nicht im Stande ist, den Prozess selbst zu führen und sie nicht selber innert Frist eine Vertretung beauftragt; (iii) die gerichtlich angeordnete Vertretung des Kindes in eherechtlichen Verfahren gemäss Art. 299 ZPO sowie (iv) die vertragliche Vertretung gemäss Art. 68 ZPO.

Die Parteivertretung ist *nicht* Partei und daher im Rahmen des Beweisverfahrens 173 grundsätzlich als Zeuge zu befragen.³⁸⁵ Das Bundesgericht führte im Zusammenhang mit der Zeugeneinvernahme eines Anwalts aus, dass «nicht ersichtlich [ist], inwiefern der Parteivertreter der Klägerin nicht als Zeuge aufgerufen werden könnte, zumal die Nähe zur Prozesspartei eine Frage der Beweiswürdigung und nicht eine solche der Zeugnisfähigkeit ist, weshalb auch der Rechtsvertreter einer Partei als Zeuge in Frage kommt».³⁸⁶

Aus standesrechtlicher Sicht darf ein Anwalt, der als Zeuge infrage kommt, 174 sein Mandat grundsätzlich weiterführen.³⁸⁷ Die gleichzeitige Parteivertretung und Zeugenaussage kann jedoch die anwaltlichen Pflichten zur Unabhängigkeit und zur Vermeidung von Interessenkonflikten gefährden.³⁸⁸ Sofern die

³⁸⁴ WILLISEGGER, Grundstruktur, S. 96.

³⁸⁵ So auch HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 12, wonach bei einer urteilsunfähigen Partei die gesetzliche Vertretung nicht als Partei befragt werden kann, sondern mittels Zeugnis einzuvernehmen ist.

³⁸⁶ BGer, 04.07.2013, 4A_140/2013, E. 1.3 mit Hinweis auf MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 169 N 5; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 2.

³⁸⁷ FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 157 N 6. Der Entscheid darüber, ob er als Zeuge aussagen will oder nicht, obliegt einzig dem Anwalt; weder der Mandant noch die Aufsichtsbehörde können ihn dazu verpflichten, vgl. BGE 136 III 296, E. 3 = Pra 100 (2011) Nr. 5.

³⁸⁸ KGer VS, 19.08.2003, ZWR 2004, E. 6a/cc; KGer VS, 12.02.1998, ZWR 1999, S. 199 ff.

Zeugenaussage bestrittene und rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen betrifft, besteht denn auch die Pflicht zur Niederlegung des Mandats.³⁸⁹

2. Streitgenossenschaft

- 175 Eine Streitgenossenschaft als solche ist nicht parteifähig.³⁹⁰ Im Falle einer notwendigen Streitgenossenschaft gemäss Art. 70 Abs. 1 ZPO kommt jedem einzelnen Streitgenossen Parteistellung zu und entsprechend sind auch alle notwendigen Streitgenossen im Rahmen der Beweiserhebung als Partei zu behandeln.³⁹¹
- 176 Hingegen gilt es bei einer einfachen Streitgenossenschaft gemäss Art. 71 ZPO zu berücksichtigen, dass in einem Verfahren *mehrere Prozesse* behandelt werden.³⁹² Ein Streitgenosse hat daher im Zusammenhang mit Tatsachen, die ausschliesslich die Entscheidung gegenüber einem anderen Streitgenossen beeinflussen, grundsätzlich keine Parteistellung und ist folglich als Zeuge einzuvernehmen.³⁹³
- 177 Im Rahmen des Beweisverfahrens ist dabei vorgängig zu prüfen, ob die konkret festzustellende Tatsache den eigenen Prozess des Streitgenossen (mit-) betrifft und dieser daher als Partei zu behandeln ist oder ob ausschliesslich der Prozess eines anderen Streitgenossen betroffen ist und ihm daher eine Drittstellung zukommt.³⁹⁴

³⁸⁹ KGer VS, 01.02.2013, TCV C3 12 44, E. 4.3.1, abgedruckt in ZWR 2013, S. 252 ff. Vgl. auch WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 169 N 2.

³⁹⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 59. Statt vieler VON HOLZEN, Streitgenossenschaft, S. 14 ff.

³⁹¹ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 3; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 169 N 2.

³⁹² RUGGLE, Basler Komm. ZPO, Art. 71 N 1.

³⁹³ GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 169 N 5; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 169 N 2; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 2; REINERT, Stämpflis Handkomm. ZPO, Art. 169 N 1. A.M. MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 169 N 6, der diese Differenzierung nicht vornimmt und auch dann eine Parteistellung des Streitgenossen bejaht, wenn es bei der Einvernahme um Tatsachen geht, die einzig für einen anderen Streitgenossen bedeutsam sind.

³⁹⁴ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 87 mit Hinweis auf GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 341 Fn. 14e; VON HOLZEN, Streitgenossenschaft, S. 162 und 242 f.

3. Intervention

a) *Hauptintervention*

Bei der Hauptintervention gemäss Art. 73 Abs. 1 ZPO interveniert ein Dritter 178 in einen rechtshängigen Prozess und behauptet ein besseres, beide Parteien ausschliessendes Recht am Streitgegenstand.³⁹⁵ Bei Vorliegen der Voraussetzungen der Hauptintervention wird ein selbstständiger Zweitprozess anhängig gemacht.³⁹⁶ Dabei hat der Hauptintervenient als Kläger Parteistellung, während den beiden Parteien des Erstprozesses als notwendige passive Streitgenossenschaft die Beklagtenrolle zukommt.

Der Hauptintervenient ist jedoch nicht Partei des Erstprozesses. Es ist daher 179 angebracht, den Hauptintervenienten im Rahmen des Beweisverfahrens des Erstprozesses nicht als Partei, sondern als Dritten zu behandeln.³⁹⁷ Folglich kann der Hauptintervenient im Erstprozess als Zeuge einvernommen werden, wobei im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist, dass der Hauptintervenient je nach Konstellation an einem für ihn – im Hinblick auf seinen eigenen (Zweit-)Prozess – vorteilhaften Ausgang des Erstprozesses interessiert ist.³⁹⁸

Sofern der Erstprozess mit dem Zweitprozess gemäss Art. 125 lit. c ZPO 180 durch das Gericht vereinigt wird,³⁹⁹ kann der Hauptintervenient nicht mehr als Zeuge einvernommen werden. Dies gilt auch für den Fall, dass der Hauptintervenient dem Erstprozess als Nebenintervenient beigetreten ist oder ihm im Erstprozess der Streit verkündet wurde und er zugunsten der streitverkündenden Partei interveniert hat.⁴⁰⁰

Vgl. auch LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, Art. 243 N 2c.

³⁹⁵ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 3.51.

³⁹⁶ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 19 Rz. 74.

³⁹⁷ So auch GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 169 N 9; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 169 N 2; HAHN, Stämpflis Handkomm. ZPO, Art. 73 N 6.

³⁹⁸ STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO Komm., Art. 73 N 59.

³⁹⁹ Vgl. zu den möglichen Vorgehensweisen des Gerichts auch SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 19 Rz. 74.

⁴⁰⁰ Zur Nebenintervention vgl. hinten Rz. 181 ff. Zur Streitverkündung vgl. hinten Rz. 184 ff.

b) Nebenintervention

- 181 Gemäss Art. 74 ZPO kann eine Person, die ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, dass eine rechtshängige Streitigkeit zugunsten der einen Partei entschieden werden soll, im Prozess jederzeit als Nebenpartei intervenieren und zu diesem Zweck beim Gericht ein Interventionsgesuch stellen. Bei der Nebenintervention ist die intervenierende Person jedoch – im Unterschied zur Hauptintervention⁴⁰¹ – lediglich Nebenpartei in einem bereits zwischen anderen (Haupt-)Parteien hängigen Verfahren und steht damit als Gehilfe⁴⁰² grundsätzlich «neben den Parteien». ⁴⁰³
- 182 Aufgrund des rechtlichen Interesses am Prozessausgang⁴⁰⁴ und der Beteiligung am Verfahren ist die intervenierende Person nach herrschender Lehre⁴⁰⁵ im Rahmen der Beweiserhebung gleichwohl wie eine Partei zu behandeln. Folglich kann der Nebenintervenient auch kein Zeugnis ablegen, sondern unterliegt der Parteiaussage gemäss Art. 191 ff. ZPO. Dabei kann sich die Frage stellen, wie allfällige Zeugenaussagen des Nebenintervenienten vor dem Einreichen des Interventionsgesuchs zu würdigen sind. Solche Aussagen sind m.E. nicht gänzlich unbeachtlich, verlieren aber offensichtlich an Wert, weil mit der Nebenintervention ein rechtliches Interesse am Prozessausgang offengelegt wird. Entsprechend hat das Gericht diese Interessenlage im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen.⁴⁰⁶

⁴⁰¹ Vgl. dazu vorne Rz. 178 ff.

⁴⁰² STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rz. 51.

⁴⁰³ BGE 130 III 571, E. 6; BERTI, Einführung, Rz. 81.

⁴⁰⁴ Vgl. Art. 74 ZPO, wonach das rechtliche Interesse am Prozessausgang eine materielle Voraussetzung für die Zulassung als Nebenintervenient darstellt. Siehe statt vieler GRABER/FREI, Basler Komm. ZPO, Art. 74 N 2 ff. mit Beispielen.

⁴⁰⁵ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 88; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 169 N 2; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 8; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 3; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 11; HABSCHEID, Zivilprozessrecht, Rz. 692; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 8; ZUBER/GROSS, Berner Komm. ZPO I, Art. 78 N 35.

⁴⁰⁶ STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO Komm., Art. 76 N 30. Vgl. auch GRABER, Basler Komm. ZPO, Art. 76 N 5, wonach die Zeugenaussagen einer später intervenierenden Person in den meisten Fällen de facto lediglich noch den Stellenwert von Parteiaussagen haben werden.

Gemäss Art. 76 Abs. 1 ZPO kann die intervenierende Person im Interesse der unterstützten Hauptpartei alle Prozesshandlungen vornehmen, die nach dem Stand des Verfahrens zulässig sind, und dabei insbesondere auch Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen und Rechtsmittel ergreifen. Diese Kompetenz wird jedoch dahingehend relativiert, dass Prozesshandlungen der intervenierenden Person, die im Widerspruch zu denjenigen der unterstützten Hauptpartei stehen, gemäss Art. 76 Abs. 2 ZPO unbeachtlich sind. Analog dazu gilt die Parteiaussage der intervenierenden Person, welche mit derjenigen der Hauptpartei im Widerspruch steht, als *unbeachtlich und kann keine Verwendung finden*.⁴⁰⁷ 183

4. Streitverkündung

a) *Einfache Streitverkündung*

Im Rahmen der einfachen Streitverkündung gemäss Art. 78 Abs. 1 ZPO 184 hängt die prozessuale Stellung der streitberufenen Person von der in der Folge gewählten Beteiligungsform ab. Will die streitberufene Person unterstützend wirken, so kann sie dies durch folgende Beteiligungsformen tun: (i) Aussergerichtliche Hilfe, (ii) Intervention gemäss Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO, (iii) Stellvertretung des Denunzianten im Prozess oder (iv) Übernahme des Verfahrens vom Denunzianten gemäss Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO. Je nach Wahl der Beteiligungsform unterscheiden sich die prozessuale Stellung der streitberufenen Person und damit verbunden auch die zur Anwendung gelangenden Beweismittel im Rahmen des Beweisverfahrens. Darauf soll im Folgenden näher eingegangen werden:

(i) Eine *aussergerichtliche Hilfe* seitens der streitberufenen Person hinter den Kulissen ist auch ohne ausdrückliche gesetzliche Erwähnung immer möglich, 185 zumal es jeder Partei freisteht, sich von Dritten beraten und unterstützen zu

⁴⁰⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rz. 59; STAEHELIN/SCHWEIZER, ZPO Komm., Art. 76 N 30. A.M. GÖKSU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 76 N 16, wonach nicht übereinstimmende Aussagen der Hauptpartei und des Nebenintervenienten der freien Beweiswürdigung unterliegen.

lassen. Da die streitberufene Person dabei im Hintergrund agiert, kommt ihr keine Parteistellung zu und sie ist folglich als Zeuge einzuvernehmen.⁴⁰⁸

- 186 (ii) *Interveniert* eine streitberufene Person hingegen gemäss Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO zugunsten der streitverkündenden Partei, wird sie zur Nebenpartei.⁴⁰⁹ Die streitberufene Person kann folglich im Rahmen des Beweisverfahrens nicht mehr als Zeuge einvernommen werden, sondern ist fortan als Partei zu befragen. Im Übrigen erlangt die intervenierende streitberufene Person dieselbe prozessrechtliche Stellung wie der Nebenintervenient, der einem Verfahren von sich aus beitrifft.⁴¹⁰
- 187 (iii) Die streitberufene Person kann den Prozess mit dem Einverständnis der streitverkündenden Partei jedoch auch als *Stellvertretung der streitverkündenden Partei* weiterführen. Diese Beteiligungsform, die bereits unter Geltung des kantonalen Rechts in etwa einem Drittel aller Kantone vorgesehen war,⁴¹¹ ist gestützt auf Art. 68 ZPO auch weiterhin zulässig.⁴¹² Dabei gelangen die Regeln über die Parteivertretung zur Anwendung,⁴¹³ weshalb die streitberufene Person im Rahmen der Beweiserhebung nicht als Partei, sondern als Zeuge zu befragen ist.
- 188 (iv) Schliesslich hat die streitberufene Person auch die Möglichkeit, den Prozess anstelle der streitverkündenden Partei weiterzuführen, vorausgesetzt, die streitverkündende Partei stimmt dieser Prozessübernahme zu. In diesem Fall wird die streitberufene Person zur Hauptpartei und führt den Prozess in eigenem Namen für fremdes Recht (sog. *Prozessstandschaft*) weiter, ohne dass es der Zustimmung der Gegenseite bedarf.⁴¹⁴ Dabei findet jedoch gerade

⁴⁰⁸ GÖKSU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 79 N 3 unter Hinweis auf LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Komm. aZPO/SG, Art. 49 N 2; SCHWANDER, ZZZ 2007, S. 367.

⁴⁰⁹ FREI, Interventions- und Gewährleistungsklagen, S. 16.

⁴¹⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 181 ff.

⁴¹¹ TAKEI, Streitverkündung, S. 19 Fn. 106; BERGER/GÜNGERICH, Zivilprozessrecht, Rz. 466.

⁴¹² FREI, Basler Komm. ZPO, Art. 79 N 11; GÖKSU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 79 N 9.

⁴¹³ Vgl. dazu vorne Rz. 172 ff.

⁴¹⁴ Botschaft ZPO, S. 7283 f.; FREI, Basler Komm. ZPO, Art. 79 N 12; HOFMANN/LÜSCHER, Code de procédure civile, S. 55; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rz. 26 und 68; TAKEI, ZPO Komm., Art. 79 N 6; GAS-

kein vollwertiger Parteiwechsel statt.⁴¹⁵ Gemäss dem Handelsgericht Zürich verbleibt die streitverkündende Partei im Verfahren, verliert aber ihr Prozessführungsrecht.⁴¹⁶ Auch nach dem Obergericht des Kantons Zürich wird die streitverkündende Partei nicht ganz aus dem Verfahren entlassen, sondern ist zumindest im Rubrum noch aufzuführen und mindestens über den Endentscheid zu informieren.⁴¹⁷

Dem Prozesstandschafter kommt nach der Übernahme des Prozesses – ge- 189
mäss dem formellen Parteibegriff⁴¹⁸ – im Zeitpunkt der Prozessübernahme Parteistellung zu. Folglich ist er auch im Rahmen des Beweisverfahrens als Partei zu behandeln und unterliegt der Parteiaussage gemäss Art. 191 ff. ZPO.⁴¹⁹ Eine allfällige Zeugenaussage des Prozesstandschafters vor der Streitverkündung ist dabei m.E. nicht gänzlich unbeachtlich, verliert aber offensichtlich an Wert, weil mit der Übernahme des Prozesses die Nähe zum Streitgegenstand offengelegt wird. Entsprechend hat das Gericht diese Interessenlage im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen,

SER/RICKLI, Kurzkomm. ZPO, Art. 79 N 3; HAHN, Stämpflis Handkomm. ZPO, Art. 79 N 6.

⁴¹⁵ FREI, Basler Komm. ZPO, Art. 79 N 12. A.M. Botschaft ZPO, S. 7283 f.; GÖKSU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 79 N 10; ZUBER/GROSS, Berner Komm. ZPO I, Art. 79 N 9. Zum Parteiwechsel vgl. hinten Rz. 195 f.

⁴¹⁶ HGer ZH, 06.12.2012, HG120163, Regeste: «Kommt es im Rahmen einer Streitverkündung im Sinne von Art. 78 Abs. 1 ZPO zu einer Prozessführungsübernahme durch die streitberufene Person gemäss Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO, verbleibt die streitverkündende Partei im Verfahren; es findet kein formeller Parteiwechsel statt.» So auch OGer BE, 08.06.2015, HG 15 12, Regeste: «Bei der vorläufigen Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten führt die Streitverkündung gemäss Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO nicht zu einem Parteiwechsel; ein allfällig endgültiger Entscheid zur Eintragung der Pfandrechte muss für oder gegen die Grundeigentümerin lauten und vollstreckt werden können.»

⁴¹⁷ OGer ZH, 06.06.2014, PP140001, E. 3: «Würde man von einem Parteiwechsel im Rahmen der Streitverkündung ausgehen wollen, würde dies bedeuten, dass der Entscheid der Vorinstanz schliesslich gegen eine zufolge Parteiwechsels am Verfahren nicht (mehr) beteiligte – und womöglich nicht einmal im Rubrum erwähnte – Person lauten würde, was zumindest im Zivilprozess schlecht vorstellbar ist.»

⁴¹⁸ Vgl. dazu vorne Rz. 50 f.

⁴¹⁹ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 88; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 11; RÜETSCHLI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 3 m.w.H.

womit die Zeugenaussage eines späteren Prozessstandschafters wohl in den meisten Fällen den Stellenwert einer Parteiaussage haben wird.

- 190 Hingegen ist die Stellung der Streitverkündenden Partei nach der Übernahme durch den Prozessstandschafter in der Lehre umstritten und wurde soweit ersichtlich bislang noch nicht höchstrichterlich beurteilt.⁴²⁰ Nach einem Grossteil der Lehre gelangen die Regeln des Parteiwechsels zur Anwendung, wonach die Streitverkündende Person als ein formell nicht (mehr) am Verfahren beteiligter Dritter zu behandeln und demnach nicht mehr als Partei, sondern als Zeuge einzuvernehmen ist.⁴²¹ Die materielle Berechtigung der Streitverkündenden Person wird dabei im Rahmen der freien Beweiswürdigung berücksichtigt.⁴²² Im Gegensatz dazu geht BRACHER davon aus, dass neben dem Prozessstandschafter auch der materielle Rechtsträger als Partei zu behandeln ist.⁴²³
- 191 M.E. ist der letztgenannten Auffassung zu folgen und der materielle Rechtsträger im Rahmen der Beweiserhebung als Partei einzuvernehmen. Mit der vorstehend zitierten Rechtsprechung⁴²⁴ ist zu berücksichtigen, dass der Pro-

⁴²⁰ In Deutschland wird die Streitverkündende Person bzw. der materielle Rechtsträger als Zeuge einvernommen, vgl. BGH, NJW 1989, S. 2750, E. 2.b.cc; BGH, NJW 1985, S. 1826, E. 3.b.cc; BGH, NJW 1972, S. 1580, E. II.3. Im Unterschied zu Art. 191 f. ZPO ist nach § 447 D-ZPO für die Einvernahme einer Partei das Einverständnis der Gegenpartei erforderlich. Da der materielle Rechtsträger jedoch nicht als Partei, sondern als Zeuge einvernommen wird, ist der Gegenpartei damit die Möglichkeit zur Verweigerung der Einvernahme verwehrt. Kritisch dazu FRANK, ZZP 1979, S. 326.

⁴²¹ SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 269; TAKEI, ZPO Komm., Art. 79 N 6; ZUBER/GROSS, Berner Komm. ZPO I, Art. 79 N 8; GÖKSU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 79 N 10; FREI, Private Zeugenbefragung, Rz. 19; LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 258 ff. unter Hinweis auf ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 46 Rz. 34 und FRANK, ZZP 1979, S. 325 f. Zum Parteiwechsel vgl. hinten Rz. 195 f. Vgl. hierzu jedoch die Rechtsprechung des OGer und HGer ZH und des OGer BE, wonach in Fällen von Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO gerade kein Parteiwechsel stattfindet. Vgl. dazu vorne Rz. 188 und insbesondere Fn. 416 f.

⁴²² LÖTSCHER, Prozessstandschaft, Rz. 260.

⁴²³ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 91, vgl. auch GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 340 mit Hinweisen zur Rechtslage in den verschiedenen Kantonen vor dem Inkrafttreten der ZPO.

⁴²⁴ Vgl. dazu vorne Rz. 188.

zessstandschafter zwar die Parteistellung innehat, materiell allerdings ein Recht des Rechtsträgers im Streit liegt und dieser daher aufgrund seiner Interessenlage i.d.R. nicht als «nicht am Prozess beteiligt» betrachtet werden kann. Weiter würde die Behandlung des materiellen Rechtsträgers als Dritter insbesondere auch im Zusammenhang mit dem umfassenden Verweigerungsrecht gemäss Art. 165 Abs. 1 ZPO zu stossenden Ergebnissen führen, da dieses lediglich an die Verbindung zur Partei anknüpft.⁴²⁵ Dabei ist jedoch m.E. ein allfälliges verwandtschaftliches Verhältnis (oder eine ähnlich enge Beziehung) gemäss Art. 165 Abs. 1 ZPO eines Dritten zur streitverkündenden Partei (z.B. zum Grundeigentümer bei einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts) genauso bedeutsam (wenn nicht sogar bedeutsamer) wie zum Prozessesstandschafter. Zwecks Vermeidung stossender Ergebnisse ist daher neben dem Prozessesstandschafter auch die streitverkündende Partei im Rahmen des Beweisverfahrens mittels Parteiaussage zu befragen.

b) Streitverkündungsklage

Bei der Streitverkündungsklage gemäss Art. 81 Abs. 1 ZPO wird die streitbe- 192
rufene Person im Unterschied zur einfachen Streitverkündung nicht bloss zur Mitwirkung angehalten, sondern die streitverkündende Person macht ihre Ansprüche auf Schadloshaltung klageweise geltend für den Fall, dass sie im Erstprozess unterliegt.⁴²⁶

Die Streitverkündungsklage führt dazu, dass die Ansprüche verschiedener 193
Beteiligter in einem einzigen Prozess – statt in sukzessiven Einzelverfahren – behandelt werden können.⁴²⁷ Dennoch bestehen zwei verschiedene Prozessrechtsverhältnisse: (i) ein Hauptprozess zwischen der streitverkündenden

⁴²⁵ Vgl. Art. 165 Abs. 1 ZPO: «Jede Mitwirkung können verweigern: a. wer mit einer *Partei* verheiratet ist oder war oder mit ihr eine faktische Lebensgemeinschaft führt; b. wer mit einer *Partei* gemeinsame Kinder hat; c. wer mit einer *Partei* in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert ist; d. die Pflegeeltern, die Pflegekinder und die Pflegegeschwister einer *Partei*; e. die für eine *Partei* als Vormundschaft oder Beistandschaft eingesetzte Person.»

⁴²⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 13 Rz. 71; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 3.65 ff.

⁴²⁷ Botschaft ZPO, S. 7284; BGE 139 III 67, E. 2.1.

Person und ihrer Gegenpartei und (ii) ein Streitverkündungsprozess zwischen der Streitverkündenden und der Streitverkündungsbeklagten Person.

- 194 Im Unterschied zur einfachen Streitverkündung⁴²⁸ wird die Streitverkündungsbeklagte Person bei der Streitverkündungsklage als beklagte Hauptpartei in den Streitverkündungsprozess gezwungen und kann daher nicht frei entscheiden, ob bzw. in welcher Form sie sich am Verfahren beteiligen möchte.⁴²⁹ Hinsichtlich des Hauptprozesses zwischen der Streitverkündenden Person und ihrer Gegenpartei ist die Streitverkündungsbeklagte Person als Nebenintervenient bzw. Nebenpartei zu betrachten, da sie in diesem Prozess – analog zur einfachen Streitverkündung – lediglich «um Hilfe gerufen» wird.⁴³⁰ Der Streitverkündungsbeklagten Person kommt daher mit Anhebung der Streitverkündungsklage Parteistellung zu, weshalb sie im Beweisverfahren mittels Parteiaussage gemäss Art. 191 ff. ZPO einzuvernehmen ist.⁴³¹

5. Parteiwechsel

- 195 Der Begriff des Parteiwechsels bezeichnet den prozessualen Vorgang, bei dem während eines rechtshängigen Prozesses eine Hauptpartei ausscheidet und durch einen Dritten ersetzt wird. Das Gesetz sieht in Art. 83 Abs. 1 ZPO den Parteiwechsel für den Fall der Veräusserung des Streitobjekts vor. Diesfalls kann der Erwerber des Streitobjekts in einen laufenden Prozess eintreten, ohne dass es der Zustimmung der Gegenseite bedarf. Ohne Veräusserung des Streitobjekts ist ein Parteiwechsel hingegen nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig (Art. 83 Abs. 4 ZPO).
- 196 Die ausscheidende Partei tritt beim Parteiwechsel vollständig aus dem Verfahren aus.⁴³² Folglich ist sie ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als Partei, son-

⁴²⁸ Vgl. dazu vorne Rz. 184 ff.

⁴²⁹ FREI, Interventions- und Gewährleistungsklagen, S. 136; GROSS/ZUBER, Berner Komm. ZPO I, Art. 81 N 41; HALDY, SZP 2005, S. 442.

⁴³⁰ Botschaft ZPO, S. 7284.

⁴³¹ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 46 Rz. 169; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 169 N 2; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 3; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.84; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 169 N 10, anders noch in GUYAN, Basler Komm. ZPO (1. Aufl.), Art. 169 N 10, wonach der Streitverkündungsbeklagte als Zeuge zuzulassen ist.

⁴³² Botschaft ZPO, S. 7286.

dern als Zeuge zu befragen.⁴³³ Allfällige Eigeninteressen einer ausgeschiedenen Partei sind vom Gericht jedoch im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.⁴³⁴ Ein solches Eigeninteresse am Obsiegen der eintretenden Person wird bei der ausscheidenden Person häufig vorliegen: So wird die ausscheidende Partei ein Interesse daran haben, dass die eintretende Partei den Prozess gewinnt, weil sie andernfalls Schadenersatz- oder Gewährleistungsansprüche zu gewärtigen hat.⁴³⁵

II. Ausnahme: Behandlung von Personen ohne formelle Parteistellung als Partei

A. Organe einer juristischen Person

1. Gesetzliche Ausnahme gemäss Art. 159 ZPO

Sofern eine juristische Person Partei eines Verfahrens ist, werden ihre Organe im Beweisverfahren gemäss Art. 159 ZPO *wie eine Partei behandelt*. Zu den juristischen Personen im Sinne von Art. 159 ZPO zählen die juristischen Personen des Bundesprivatrechts, denen gemäss materiellem Recht eigene Rechtsfähigkeit zukommt.⁴³⁶ Überdies werden davon auch die selbstständigen Körperschaften des öffentlichen Rechts bzw. die öffentlich-rechtlichen Anstalten des Bundesrechts und des kantonalen Rechts erfasst.⁴³⁷ 197

Ein Organ kann folglich nicht als Zeuge, sondern nur mittels Parteiaussage nach Art. 191 ff. ZPO befragt werden. Infolgedessen kann ein Organ seine Mitwirkung nur nach Art. 163 f. ZPO und nicht nach Art. 165 ff. ZPO ver- 198

⁴³³ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 88 Fn. 237; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 169 N 2; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 169 N 11.

⁴³⁴ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Komm. aZPO/SG, Art. 53 N 2.

⁴³⁵ Vgl. auch GRABER, Basler Komm. ZPO, Art. 83 N 26, wonach eine Zeugenstellung der veräussernden Partei mit vollem Beweiswert lediglich in Ausnahmefällen denkbar ist.

⁴³⁶ BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 159 N 1; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 159 N 3 f.; EGGER, Stellung der Organe, Rz. 397 und 460. Vgl. dazu vorne Rz. 54.

⁴³⁷ BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 159 N 1; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 159 N 3 f.; EGGER, Stellung der Organe, Rz. 397.

weigern.⁴³⁸ Der Grund für diese Gleichbehandlung liegt in der besonders engen Beziehung der Organe zur juristischen Person. Diese Nähe rechtfertigt es, den Beweiswert von Aussagen der Organe jener einer Partei gleichzustellen.⁴³⁹ Der Botschaft ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung die materiell-rechtliche Realitätstheorie⁴⁴⁰ auch im Prozessrecht verwirklicht haben wollte, wobei der wichtigste Ausfluss dieser Theorie darin besteht, dass das Verhalten, welches ein Organ einer juristischen Person in seiner Eigenschaft als solches und innerhalb der Rechtsfähigkeit der juristischen Person vornimmt, der juristischen Person zuzurechnen ist.⁴⁴¹

- 199 Vorausgesetzt ist dabei jedoch, dass das unter der Mitwirkung des Organs abzunehmende Beweismittel einen Bezug zur Organeigenschaft aufweist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Verwaltungsrat über Wahrnehmungen berichtet, die er in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat der juristischen Person gemacht hat oder wenn er Akten ediert, die seine Funktion in der Gesellschaft betreffen.

2. Die Entstehung der Norm im Gesetzgebungsverfahren

- 200 In den kantonalen Zivilprozessordnungen wurde die Stellung der Organe einer juristischen Person im Beweisverfahren sehr unterschiedlich geregelt. Im überwiegenden Teil der Kantone kam den Organen Parteistellung zu, wohingegen die Organe in den Kantonen Schwyz und Zürich als Zeugen behandelt wurden.⁴⁴²
- 201 Der Vorentwurf der Expertenkommission enthielt noch keine spezifische Regelung darüber, wie die Organe einer juristischen Person im Beweisver-

⁴³⁸ SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 795; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 36 und 87; BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 159 N 12; eingehend EGGER, Stellung der Organe, Rz. 586 ff. Zum Aussageverweigerungsrecht vgl. hinten Rz. 290 ff.

⁴³⁹ SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 159 N 2; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 159 N 4.

⁴⁴⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 2 Rz. 16 ff. und 32.

⁴⁴¹ Botschaft ZPO, S. 7315; RIEMER, Berner Komm. ZGB, Art. 54–55 N 56 f.

⁴⁴² Vgl. § 131 Abs. 2 aZPO/SH; § 157 Abs. 2 aZPO/ZH. Vgl. dazu eingehend OTTOMANN, Aktiengesellschaft, S. 170 ff. mit einer kantonalen Rechtsprechungsübersicht.

fahren zu behandeln sind. Im Zusammenhang mit der Beweisaussage sah Art. 186 Abs. 1 VE ZPO jedoch das Folgende vor: «Das Gericht kann eine oder beide Parteien, deren Organe und ihre gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter zur Beweisaussage zulassen.» Der Bericht der Expertenkommission hielt diesbezüglich ausdrücklich fest, dass Organe einer juristischen Person, die im Prozess als Partei auftritt, nicht als Zeugen zu befragen, sondern als Parteien einzuvernehmen sind.⁴⁴³

In den Vernehmlassungen zum Vorentwurf wurde gefordert, dass der Klarheit halber der Gesetzestext dahingehend ergänzt werden solle, dass die Organe einer juristischen Person nicht Zeugen sein können, sondern als Partei befragt werden müssen.⁴⁴⁴ Demgegenüber wurde kritisch angemerkt, dass sehr wohl umstritten sein könne, wer Organ, insbesondere wer faktisches Organ sei, was zu fruchtlosen Streitigkeiten führen könne. Deshalb müsse eine einfache und klare Regelung getroffen werden. Danach sei nur gerade die Partei selber zur Beweisaussage zuzulassen, wogegen alle andern Personen als Zeugen zu befragen seien.⁴⁴⁵ 202

Ausgehend vom Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens fand im bundesrätlichen Entwurf Art. 156 E ZPO wie folgt Eingang: «Ist eine juristische Person Partei, so werden ihre Organe im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt.» Die Botschaft führt hierzu aus:⁴⁴⁶ «Wenn eine juristische Person Partei ist, so sind deren Organe im Beweisverfahren wie eine Partei zu behandeln. Ein Organ – auch ein faktisches Organ – kann daher nicht als Zeuge befragt werden, denn es repräsentiert die juristische Person. Der Entwurf folgt insofern der materiellrechtlichen Realitätstheorie (Einheit der Rechtsordnung). [...] Diese Lösung stiess in der Vernehmlassung teilweise auf Kritik, denn die Organqualität kann – gerade bei faktischer Organschaft – umstritten sein. Der Bundesrat folgt jedoch hier dem Vorentwurf (Art. 186 Abs. 1 VE), der herrschender Lehre und Praxis entspricht.» 203

⁴⁴³ Bericht VE ZPO, S. 83.

⁴⁴⁴ Vernehmlassung ZPO, S. 428 f.

⁴⁴⁵ Vernehmlassung ZPO, S. 456 ff., vgl. dabei insbesondere die Vernehmlassung des OGer ZH, S. 459.

⁴⁴⁶ Botschaft ZPO, S. 7315.

- 204 Die im Entwurf aufgenommene Regelung betreffend die Stellung der Organe einer juristischen Person im Beweisverfahren fand mit Art. 159 unverändert Eingang in die ZPO.⁴⁴⁷

3. Organbegriff

- 205 Die ZPO definiert den Begriff des Organs in Art. 159 ZPO nicht. In Anlehnung an die Lehre und Rechtsprechung zum materiell-rechtlichen Organbegriff sind Organe zum einen diejenigen Personen, die gemäss Gesetz oder Statuten als Organe qualifizieren (sog. *formelle Organe*). Bei den *formellen Organen* handelt es sich um durch Gesetz oder Stiftungsurkunde festgelegte natürliche Personen, die in formeller Wahl vom zuständigen Willensbildungsorgan gültig ernannt wurden, regelmässig im Handelsregister eingetragen sind und nach aussen bekannt gegeben werden.⁴⁴⁸ Ihre Stellung und ihr Verantwortungsbereich sind gesetzlich umschrieben und die organotypischen Aufgaben sind ihnen durch Gesetz originär zugewiesen.⁴⁴⁹
- 206 Über diesen engen Kreis hinaus gelten nach der klaren Intention des Gesetzgebers⁴⁵⁰ auch *faktische Organe* als Organe im Sinne von Art. 159 ZPO.⁴⁵¹ Hierzu zählen sämtliche natürlichen Personen, die de facto Leitungsfunktion

⁴⁴⁷ Amtl. Bull. SR 2007 II 514; Amtl. Bull. NR 2008 II 946.

⁴⁴⁸ WYTTEBACH, Organe, S. 24 f. m.w.H. Die formellen Organe erlangen ihre Stellung grundsätzlich durch Annahme der Wahl. Anschliessend wird das formelle Organ im Handelsregister eingetragen und damit nach aussen bekannt gegeben. Nach h.L. ist die Eintragung im Handelsregister jedoch lediglich deklaratorisch und somit nicht Voraussetzung für die Bestellung. Vgl. statt vieler EGGER, Stellung der Organe, Rz. 38 m.w.H.; VETTER, Organbegriff, S. 18 f. m.w.H.

⁴⁴⁹ Vgl. dazu eingehend EGGER, Stellung der Organe, Rz. 29 ff. und 402 ff. m.w.H.; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 159 N 9.

⁴⁵⁰ Botschaft ZPO, S. 7315.

⁴⁵¹ So auch MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO, Art. 191 N 10; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 159 N 10. Kritisch dazu BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 159 N 7, wonach ein solches Vorgehen wegen der oftmals umstrittenen Organqualität von faktischen Organen kaum praktikabel sei und die Behandlung als Partei daher einzig bei unstreitiger oder zweifelsfreier Qualifikation als faktisches Organ Anwendung finden dürfe. Vgl. auch EGGER, Stellung der Organe, Rz. 554 und 557, wonach faktische Organe überhaupt nicht unter Art. 159 ZPO fallen und daher im Beweisverfahren wie Dritte zu behandeln sind, weil es an formellen Kriterien zu ihrer Bestimmung fehlen würde.

nen wahrnehmen, d.h. tatsächlich und in entscheidender Weise an der Bildung des Verbandswillens teilhaben, indem sie Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so den Willen der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.⁴⁵² Insofern ist von einem materiellen, funktionellen Organbegriff auszugehen.⁴⁵³ Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass als faktisches Organ nur infrage kommt, wer mit eigener Entscheidungsbefugnis handelt.⁴⁵⁴ Keine Organe sind daher Hilfspersonen, die eine abhängige Stellung einnehmen⁴⁵⁵ und bei der Entscheidung lediglich unterstützend mitwirken, auch wenn sie tatsächlich einen starken Einfluss haben.⁴⁵⁶

Neben den vorstehend genannten Organpersonen sind im Rahmen des Beweisverfahrens aufgrund ihrer Vertretungsbefugnis grundsätzlich auch 207
(i) Dritte (Direktoren), denen der Verwaltungsrat die Vertretung übertragen hat, (ii) Prokuristen (Art. 458 OR), die im Handelsregister eingetragen sind und keine besondere Prozessvollmacht benötigen, sowie (iii) nicht im Handelsregister eingetragene Handlungsbevollmächtigte (Art. 462 OR) – unter der Voraussetzung, dass sie über eine entsprechende Prozessvollmacht verfügen – als Parteien einzuvernehmen.⁴⁵⁷

⁴⁵² BGE 128 III 29, E. 3; BGE 124 III 418, E. 1 = Pra 88 (1999) Nr. 34; BGE 114 V 213, E. 4; HUGUENIN, Basler Komm. ZGB I, Art. 55 N 13; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 159 N 10; LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 159 N 8.

⁴⁵³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 2 Rz. 31 mit Hinweis auf BGE 136 III 14, E. 2.4 = Pra 99 (2010) Nr. 72.

⁴⁵⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 2 Rz. 31a.

⁴⁵⁵ HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 159 N 5; LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 159 N 4.

⁴⁵⁶ HGer ZH, 22.01.2014, HG110172, E. 9.3.2 mit Hinweis auf MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, § 2 Rz. 31 f.

⁴⁵⁷ So ausdrücklich BGE 141 III 80, E. 1.3 = Pra 104 (2015) Nr. 103: «En second lieu, la société peut être représentée en justice par un ou plusieurs des membres du conseil d'administration (délégués) ou par des tiers (directeurs), auxquels le conseil d'administration a délégué son pouvoir de représentation (art. 718 al. 2 CO [...]). Toutes ces personnes sont organes, expriment directement la volonté de la société et sont inscrites au registre du commerce (art. 720 CO). En troisième lieu, sans avoir la qualité d'organes, en vertu de leurs pouvoirs de représentation, peuvent représenter la société en justice les fondés de procuration (art. 458 CO), qui sont inscrits au registre du commerce et n'ont pas besoin de

- 208 Entscheidend sind nach der hier vertretenen Ansicht die Verhältnisse im *Zeitpunkt der Beweisabnahme*. Wenn eine Person daher im Zeitpunkt der Einvernahme nicht mehr Organ einer als Partei auftretenden juristischen Person ist, wird sie nicht als Partei, sondern als Zeuge befragt.⁴⁵⁸ So ist ihr Interesse am Prozessausgang höchstens noch indirekter Natur, indem sie beispielsweise, je nach Prozessausgang, mit Verantwortlichkeitsklagen rechnen muss. Zum Selbstschutz dieser Person sind dabei jedoch die in Art. 165 f. ZPO für Dritte vorgesehenen Verweigerungsrechte anwendbar. Ein bloss potenzieller Interessenkonflikt genügt daher nicht, dass ein früheres Organ als Zeuge ausscheidet.⁴⁵⁹ Eine noch bestehende Nähe zur Partei hat das Gericht im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen.⁴⁶⁰

B. Weitere Ausnahmen

- 209 Besondere Umstände liegen überdies dort vor, wo *bestimmte Personen* (z.B. *Prozessstandschafter*⁴⁶¹), *Personengemeinschaften* oder *verselbstständigte Vermögensmassen* anstelle der materiell-rechtlichen Rechts- bzw. Pflichtträger gesetzlich als Partei zugelassen werden. In diesen Fällen sind nebst der Partei (soweit diese überhaupt Trägerin einer Mitwirkungspflicht sein kann) auch die eigentlichen Rechtsträger als Parteien zu behandeln.⁴⁶²

pouvoir spécial pour plaider, à moins que leur procuration n'ait été restreinte (art. 460 al. 3 CO), ainsi que les mandataires commerciaux (art. 462 CO), qui ne sont pas inscrits au registre du commerce, à condition qu'ils aient reçu le pouvoir exprès de plaider [...].»

⁴⁵⁸ So auch LEU, DIKE-Komm. ZPO, Art. 159 N 12. Vgl. aber BGer, 01.07.2013, 5A_127/2013, E. 3.1, wo die Einvernahme einer Person, die bei Rechtshängigkeit nicht mehr formelles Organ war, als Zeuge geschützt wurde.

⁴⁵⁹ SCHWEIZER, Comm. CPC, Art. 159 N 20 ff.

⁴⁶⁰ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 9; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.127. A.M. HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 10, wonach auch die ehemaligen Organe als Partei zu befragen sind.

⁴⁶¹ Vgl. dazu vorne Rz. 188 f.

⁴⁶² BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 91.

Als Parteien einzuvernehmen sind daher insbesondere auch die folgenden 210
Personen:⁴⁶³ (i) Die Mitglieder von Personenvereinigungen, denen keine
eigene Rechtspersönlichkeit zukommt, d.h. die Mitglieder von einfachen
Gesellschaften, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie Gesamt-
handschaften aller Art (z.B. Erbgemeinschaften); (ii) der Willensvollstre-
cker, der Erbenvertreter und der Erbschaftsverwalter, soweit diese Personen
für den Nachlass handeln; (iii) der Gemeinschuldner im Prozess der Kon-
kursmasse⁴⁶⁴ sowie (iv) die Organe von als parteifähig betrachteten Sonder-
vermögen, d.h. die Konkursverwaltung und der Liquidator.⁴⁶⁵

In der Lehre zum früheren kantonalen Recht wurde zudem teilweise die Auf- 211
fassung vertreten, dass juristische Personen, welche mit einer Partei *wirt-
schaftlich identisch* sind, im Beweisverfahren ebenfalls als Partei zu behan-
deln sind.⁴⁶⁶ Diese Auffassung widerspricht zwar dem Grundsatz, dass die
Selbstständigkeit juristischer Personen zu beachten ist, solange sie nicht
rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wird.⁴⁶⁷ Wie BRACHER⁴⁶⁸ jedoch zu
Recht feststellt, erscheint sie in der Sache als zutreffend, denn andernfalls
stünde der juristischen Person – und damit auch der mit ihr wirtschaftlich
identischen Partei – das Verweigerungsrecht zum Schutz vor Selbstbelastung
zu,⁴⁶⁹ was eine sachlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der

⁴⁶³ Vgl. die umfassenden Übersichten bei HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 9 ff.; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 169 N 3; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 9. Vgl. auch die Hinweise bei BRACHER, Mitwirkungspflichten, Fn. 243 zur Rechtslage in den verschiedenen Kantonen vor dem Inkrafttreten der ZPO.

⁴⁶⁴ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 91.

⁴⁶⁵ HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 10; Botschaft ZPO, S. 7315; SCHMID, Orell Füssli Komm. ZPO, Art. 159 N 2 f.; BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 159 N 6; LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 159 N 5; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 159 N 19.

⁴⁶⁶ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, Art. 235 N 1b; EDELMANN, Komm. aZPO/AG, § 238 N 2.

⁴⁶⁷ Vgl. dazu vorne Rz. 63 f.

⁴⁶⁸ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 92.

⁴⁶⁹ Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO. Vgl. dazu eingehend hinten Rz. 299 ff.

Parteien zur Folge hätte. Folglich ist eine mit einer Partei wirtschaftlich identische juristische Person bei der Beweiserhebung auch unter der Ägide der ZPO als Partei zu behandeln.

§ 10 Verhältnis zwischen der Parteibefragung und der Beweisaussage

Soweit die früheren kantonalen Zivilprozessordnungen ein zweistufiges System der Beweiserhebung mittels Parteiaussage vorsahen, war die qualifizierte Form (mit Strafandrohung von Art. 306 StGB) jeweils *subsidiär* ausgestaltet.⁴⁷⁰ Folglich durfte sie vom Gericht erst dann abgenommen werden, wenn die vorgängige einfache Parteiaussage zusammen mit den übrigen Beweisabnahmen zu keinem zweifelsfreien Beweisergebnis geführt hatte.⁴⁷¹ Die qualifizierte Form der Parteiaussage war nach diesem Konzept der kantonalen Beweismittelsysteme ein Notbehelf, der nur dann zur Anwendung gelangte, wenn nach Durchführung der einfachen Parteiaussage und gewissenhafter Ausschöpfung aller anderen zur Verfügung stehenden Beweismittel nicht alle Zweifel beseitigt waren und deshalb das Bedürfnis bestand, einen letzten Zwang zur Wahrheit auf die Partei auszuüben und damit einen Beweiszuerschuss zu erhalten.⁴⁷² 212

Unter der Ägide der ZPO wird in der Lehre zum Teil die Ansicht vertreten, die Anordnung einer Beweisaussage setze eine vorgängige Parteibefragung derselben Partei voraus.⁴⁷³ Wie HAFNER diesbezüglich festhält, ergebe sich dies zwar nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes, es sei indessen sachgerecht und entspreche der Gesetzessystematik, dass das Gericht aufgrund einer vorgängigen Parteibefragung entscheidet, über welche rechtserheblichen Tatsachen allenfalls eine Beweisaussage anzuordnen ist.⁴⁷⁴ 213

Die Auslegung von Art. 168 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 191 ff. ZPO zeigt jedoch ein anderes Bild: Zum einen enthält der Wortlaut dieser Bestimmungen keine 214

⁴⁷⁰ So z.B. ausdrücklich § 268 Abs. 1 aZPO/AG, wonach das Gericht die Beweisaussage unter Straffolge dann anordnen konnte, wenn es dies nach dem Ergebnis des Parteiverhörs für geboten hielt. Vgl. dazu vorne Rz. 94 f.

⁴⁷¹ BÜHLER, HAVE 2013, S. 131 f. unter Hinweis auf FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 150 N 2.

⁴⁷² BÜHLER, HAVE 2013, S. 131 f. m.w.H.

⁴⁷³ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 37 und 39 und Art. 192 N 1, 3, 22 ff.; HAUSER, FS Kummer, S. 622 f.; KILLIAS/KRAMER/ROHNER, FS Schwander, S. 945.

⁴⁷⁴ HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 1.

Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die beiden Formen der Parteiaussage im Verhältnis unter sich subsidiär ausgestaltet hätte. Auch die Gesetzes-systematik spricht gegen eine Pflicht zur vorgängigen Parteibefragung. So werden in Art. 168 Abs. 1 ZPO sämtliche zulässigen Beweismittel genannt, ohne dass der gewählten Reihenfolge ein Anhaltspunkt für eine beweisrechtlich relevante Hierarchie entnommen werden kann.⁴⁷⁵ Zwar werden die Parteibefragung und die Beweisaussage – im Unterschied zu den anderen Beweismitteln – unter derselben Litera (lit. f) aufgeführt, jedoch kann dies der Tatsache zugeschrieben werden, dass es sich bei diesen Beweismitteln thematisch um dasselbe, nämlich die Befragung der Parteien, handelt. Die gemeinsame Nennung (in Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO) und Regelung (im 7. Abschnitt des 3. Kapitels zum 10. Titel) ermöglichte es dem Gesetzgeber zudem, in Art. 193 ZPO den gemeinsamen Verweis auf Art. 176 ZPO für das Protokoll anzubringen. Eine Subsidiarität der Beweisaussage lässt sich daraus jedoch nicht ableiten.

- 215 Auch unter Berücksichtigung der Materialien lässt sich keine Pflicht zu einer vorgängigen Parteibefragung ableiten. Wie aufgezeigt, sah der Vorentwurf lediglich ein einstufiges System der Parteieinvernahme mit der qualifizierten Parteiaussage unter Strafandrohung nach Art. 306 StGB vor.⁴⁷⁶ Die Expertenkommission ging dabei – unter der Prämisse eines modernen Beweisrechts – davon aus, dass das Gericht die Beweisaussage direkt anordnen kann, und hielt diesbezüglich ausdrücklich das Folgende fest:⁴⁷⁷ «Die Folgefrage, ob erst nach Ausschöpfung aller andern Beweismittel zur Beweisaussage gegriffen werden dürfe, hat die Expertenkommission verneint. In einem modernen Beweisrecht sollen die Parteien bezüglich der Beweismittel frei wählen können, was gegen die Subsidiarität der Beweisaussage spricht. Es müssen also nicht erst alle andern Beweismittel abgenommen werden, bevor zur Beweisaussage geschritten werden darf.»
- 216 Auch die Botschaft, welche im Unterschied zum Vorentwurf ein zweistufiges System der Parteieinvernahme vorsah, begründete die Einführung der Parteibefragung in keiner Weise damit, dass diese vom Gericht vor der Anordnung

⁴⁷⁵ BÜHLER, HAVE 2013, S. 139 ff.

⁴⁷⁶ Vgl. dazu vorne Rz. 111 ff.

⁴⁷⁷ Bericht VE ZPO, S. 91 f.

einer Beweisaussage durchgeführt werden müsse.⁴⁷⁸ Die diesbezüglichen Ausführungen in der Botschaft sind jedoch äusserst widersprüchlich,⁴⁷⁹ wie der folgende Auszug zeigt:⁴⁸⁰ «Anders als teilweise im kantonalen Prozessrecht ist [die Beweisaussage] nach dem Entwurf nicht subsidiär: Es müssen nicht alle anderen Beweismittel abgenommen werden, bevor sie angeordnet werden darf. Sinnvollerweise wird sie in der Praxis jedoch erst genutzt, um letzte Zweifel des Gerichts zu beseitigen.»

Aus dem letzten Satz ergibt sich jedoch keine zwingende Pflicht zur vorgängigen Parteibefragung.⁴⁸¹ Vielmehr sprechen diese Ausführungen für den 217
weiter hinten aufgezeigten Lösungsansatz,⁴⁸² wonach der Entscheid, in welcher Form eine Partei einzuvernehmen ist (Parteibefragung oder Beweisaussage), vom Gericht nach pflichtgemäsem Ermessen zu treffen ist. Letzte Zweifel des Gerichts können überdies auch nach der Abnahme anderer Beweismittel und noch nicht erfolgter Parteibefragung bestehen. So beispielsweise dann, wenn zunächst lediglich ein Zeuge einvernommen wurde und

⁴⁷⁸ Zum Hintergrund der Einführung der Parteibefragung vgl. vorne Rz. 117 ff.

⁴⁷⁹ Zur Kritik vgl. auch BÜHLER, HAVE 2013, S. 137 f.: «Im Zusammenhang mit der Beweisaussage haben die Redaktoren der bundesrätlichen Botschaft entweder nicht verstanden, in welcher Weise die Beweisaussage im kantonalen Zivilprozessrecht subsidiär ausgestaltet war, nämlich durch Rückversetzung hinter alle anderen Beweisabnahmen, wenn diese zu einem zweifelhaften Beweisergebnis geführt hatten. Oder die Gesetzesredaktoren waren der irrigen Meinung, die Kommentatoren der bernischen Zivilprozessordnung hätten mit der Formulierung, wonach die Beweisaussage ein «Notbehelf» sei, um dort, wo mit allen anderen Beweismitteln nicht «alle Zweifel» beseitigt werden konnten, einen «Beweiszuschuss» zu erhalten, gerade das Gegenteil von «subsidiär» gemeint. [...] Zusammenfassend enthält somit die Botschaft des Bundesrates zur Parteibefragung und Beweisaussage fast nur Widersprüchliches, von den Gesetzesredaktoren Missverstandenes sowie Rechtsbehauptungen, die im Gesetzeswortlaut keinerlei Niederschlag gefunden haben.»

⁴⁸⁰ Botschaft ZPO, S. 7326.

⁴⁸¹ Die vom Bundesrat erwähnten «letzten Zweifel», welche mit der Beweisaussage zu beseitigen seien, hatte er offensichtlich dem Kommentar zu Art. 279 aZPO/BE entnommen, wobei die Beweisaussage unter der bernischen Zivilprozessordnung – im Unterschied zu der in der ZPO vorgesehenen Beweisaussage – gerade subsidiär ausgestaltet war. Vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, Art. 279 N 1a; BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 10b.

⁴⁸² Vgl. dazu hinten Rz. 260 ff.

sich das Gericht direkt für die Durchführung einer Beweisaussage entscheidet.⁴⁸³

- 218 Die Auslegung von Art. 168 Abs. 1 ZPO und Art. 191 ff. ZPO spricht somit gegen eine Pflicht zur vorgängigen Parteibefragung, weshalb die Beweisaussage im Verhältnis zur Parteibefragung nicht subsidiär ausgestaltet ist.⁴⁸⁴ Vielmehr ist von der Gleichrangigkeit aller zulässigen Beweismittel im Verhältnis unter sich auszugehen.⁴⁸⁵ Folglich handelt es sich bei der Parteibefragung und der Beweisaussage um vollwertige Beweismittel,⁴⁸⁶ welche – wie alle anderen Beweismittel auch – der freien Beweiswürdigung unterliegen.⁴⁸⁷

⁴⁸³ Vgl. dazu hinten Rz. 268 ff.

⁴⁸⁴ Vgl. WEIBEL, FS Rutz, S. 235: «Nochmals zu betonen ist freilich in diesem Zusammenhang, dass die Beweisaussage gleichrangig in der Reihe der Beweismittel steht und nicht bloss subsidiärer Behelf ist, mithin nicht einen Beweisnotstand voraussetzt, wie er nach dem Versagen aller anderen Beweise eintreten könnte. Sie ist nicht (mehr) nur ultima ratio.» So auch BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 17 f.; BÜHLER, HAVE 2013, S. 137; LEUENBERGER, FS Bühler, S. 60; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.137; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 191–193 N 6 und 9; MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 450; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 5.

⁴⁸⁵ BÜHLER, HAVE 2013, S. 139.

⁴⁸⁶ DOLGE, Beweisverfahren, S. 44; CARCAGNI ROESLER, Stämpfli Handkomm. ZPO, Art. 191 N 2. Vgl. auch HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 4 mit Hinweis auf OGer ZH, 21.10.2014, LE140006, E. 4.4.

⁴⁸⁷ WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 6. Vgl. auch die Stellungnahme des OGer ZH im Rahmen der Vernehmlassung zur ZPO, wonach eine Regelung, gemäss welcher vor der Parteiaussage alle anderen Beweismittel abzunehmen sind, eine formelle Beweisvorschrift darstellt, welche mit der freien Beweiswürdigung im Widerspruch steht, vgl. Vernehmlassung ZPO, S. 459. Vgl. im Unterschied vorne Rz. 83, wonach die früheren Eide mit voller Beweiskraft versehen waren und von der freien Beweiswürdigung ausgeschlossen waren.

§ 11 Zusammenfassung

Für den Gesetzgeber bestand die grosse Herausforderung darin, ausgehend 219
von den 26 kantonalen Zivilprozessordnungen eine einheitliche Regelung zu
schaffen, welche gesamtschweizerisch auf politische Akzeptanz stiess. So
kannten zwar die meisten Kantone das Beweismittel der Parteiaussage be-
reits in irgendeiner Form, jedoch variierten die jeweiligen Ausgestaltungs-
formen erheblich. Der Gesetzgeber hat sich, ausgehend von den kantonalen
Regelungen und dem Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, für ein
zweistufiges System der Parteiaussage entschieden: Die Parteibefragung, bei
welcher eine Falschaussage mit einer Disziplinarstrafe geahndet wird, und
die Beweisaussage unter Strafandrohung von Art. 306 StGB.

Im Rahmen der Parteiaussage kann das Gericht die Parteien zu den rechtser- 220
heblichen Tatsachen befragen, wobei innerhalb der rechtserheblichen Tatsa-
chen lediglich die streitigen Tatsachen beweisbedürftig sind. Obwohl das
Gesetz dies nicht ausdrücklich vorsieht, hat die Parteiaussage grundsätzlich
die eigenen, sog. unmittelbaren Wahrnehmungen zum Gegenstand und
kommt damit einer Zeugenaussage in eigener Sache gleich. Dabei muss die
Lehre zum Zeugnis vom Hörensagen analog auch für die Parteiaussage gel-
ten. Entscheidend muss sein, dass die Parteien gegenüber dem Gericht offen-
legen, wenn sie eine bestimmte Tatsache nicht selber wahrgenommen haben
und damit nur vom Hörensagen kennen. Einer solchen Aussage kann zwar –
analog zum Zeugnis – keine direkte Beweiskraft zukommen, sie kann jedoch
als Indiz in die Beweiswürdigung einbezogen werden.

Von der förmlichen Einvernahme einer Partei mittels Parteiaussage sind 221
insbesondere diejenigen Befragungen ausserhalb des Beweisverfahrens zu
unterscheiden, die gestützt auf Art. 56 bzw. Art. 247 Abs. 1 ZPO erfolgen.
Diese Befragungen können bei einer anwaltlich vertretenen Partei an die
Rechtsvertretung gerichtet werden und gehören zur Behauptungsphase, wes-
halb die entsprechenden Aussagen grundsätzlich lediglich informativen Cha-
rakter haben. Solche Befragungen stellen denn insbesondere auch keine Be-
weiserhebungen dar, sondern bezwecken lediglich, in einem möglichst fr-
hen Verfahrensstadium Widersprüche und Unklarheiten bezüglich des zu
beurteilenden Sachverhalts zu beseitigen.

- 222 Mittels Parteiaussage werden grundsätzlich lediglich Personen mit formeller Parteistellung befragt. Zu den Personen mit formeller Parteistellung gehören neben den Hauptparteien auch die Nebenparteien. Als Ausnahme davon regelt das Gesetz in Art. 159 ZPO ausdrücklich, dass auch die Organe einer juristischen Person, die Partei eines Verfahrens ist, im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt werden. Folglich kann ein Organ nur mittels Parteiaussage befragt werden und seine Aussage nur gestützt auf Art. 163 f. ZPO verweigern. Besondere Umstände liegen überdies dort vor, wo bestimmte Personen, Personengemeinschaften oder verselbstständigte Vermögensmassen anstelle der materiell-rechtlichen Rechts- bzw. Pflichtträger gesetzlich als Partei zugelassen werden.
- 223 Bei der Parteibefragung und der Beweisaussage handelt es sich um vollwertige Beweismittel, die – wie alle anderen Beweismittel auch – der freien Beweiswürdigung unterliegen. Im Unterschied zu den früheren kantonalen Zivilprozessordnungen ist die Beweisaussage nicht subsidiär ausgestaltet und die Anordnung einer Beweisaussage setzt daher insbesondere keine vorgängige Parteibefragung voraus.

Dritter Teil:
Besondere verfahrensrechtliche
Merkmale der Parteiaussage

§ 12 Erfordernis eines Beweisantrags

I. Allgemeines

A. Überblick

Auch acht Jahre nach dem Inkrafttreten der ZPO ist die Frage, ob die Abnahme einer Parteiaussage unter Geltung der Verhandlungsmaxime einen entsprechenden Beweisantrag seitens der Parteien voraussetzt, heftig umstritten.⁴⁸⁸ Solange eine höchstrichterliche Praxis dazu fehlt, kann diese Frage nur versuchsweise mittels Auslegung der entsprechenden Bestimmungen beantwortet werden. Nachfolgend werden zunächst die allgemeinen Grundsätze der *Beweisabnahme auf Parteiantrag* und der *Beweisabnahme von Amtes wegen* dargestellt. Im Anschluss wird gestützt darauf geprüft, ob Art. 191 f. ZPO das Gericht zur Beweiserhebung von Amtes wegen ermächtigen oder ob für die Abnahme einer Parteiaussage ein Beweisantrag erforderlich ist. Abschliessend wird ein praxistauglicher Lösungsansatz aufgezeigt, welcher insbesondere die in der Botschaft geäusserten Bedenken im Zusammenhang mit der Beantragung der Beweisaussage berücksichtigt.⁴⁸⁹ 224

B. Beweisabnahme auf Parteiantrag

In Zivilprozessen, in denen der Verhandlungsgrundsatz⁴⁹⁰ gilt, verlangt das Gesetz von den Parteien, dass sie dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre 225

⁴⁸⁸ Vgl. hierzu die Übersicht bei MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 447 ff. Zur Rechtslage in Deutschland vgl. § 448 D-ZPO, wonach das Gericht die Vernehmung von Amtes wegen anordnen kann, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen. Vgl. dazu auch SCHREIBER, Münchener Komm. D-ZPO, § 448 N 1 ff.; BERGER, Stein/Jonas-Komm. D-ZPO, § 448 N 1 ff.

⁴⁸⁹ Zu den diesbezüglich geäusserten Bedenken in der Botschaft vgl. hinten Rz. 254 ff.

⁴⁹⁰ Zum Verhandlungsgrundsatz im Allgemeinen vgl. statt vieler SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, § 4 Rz. 323 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozess-

Begehren stützen, darlegen und die *Beweismittel angeben* (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Ohne Beweisantrag darf das Gericht grundsätzlich keinen Beweis abnehmen.⁴⁹¹

- 226 Um zur Beweisführung zugelassen zu werden, müssen die Parteien bis zum Abschluss des Behauptungsverfahrens (vgl. Art. 229 ZPO) einen form- und fristgerecht erhobenen Beweisantrag stellen.⁴⁹² Wird ein Beweisantrag abgewiesen, so ist seitens des Gerichts im Rahmen des Entscheids mindestens eine kurze Begründung zu liefern, weshalb einem Beweisantrag nicht entsprochen wird. Damit soll der Partei ermöglicht werden, zu erkennen, ob das Gericht ihre Beweisofferte aus prozessualen Gründen ablehnt oder dem beantragten Beweis die Erheblichkeit und Tauglichkeit abspricht.⁴⁹³

C. Ausnahme: Beweisabnahme von Amtes wegen

1. Erhebliche Zweifel

- 227 Bei unstreitiger Sachverhaltsdarstellung ist dem Gericht unter Geltung der Verhandlungsmaxime die Möglichkeit der Überzeugungsbildung hinsichtlich der Wahrheit der Tatsachenbehauptungen grundsätzlich entzogen.⁴⁹⁴ Eine unstreitige Behauptung gilt in diesen Fällen als (formell) wahr. Unerheblich ist, aus welchem Grund der Sachverhalt unstreitig ist.⁴⁹⁵ Sofern an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsachenbehauptung jedoch *erhebliche Zweifel*⁴⁹⁶ bestehen, kann das Gericht auch in Prozessen, in denen der Verhand-

recht, Rz. 4.13 ff. Zur geltenden Rechtslage bei Verfahren, welche dem Untersuchungsgrundsatz unterliegen, vgl. vorne Rz. 25 ff. und hinten Rz. 230 ff.

⁴⁹¹ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 3.28.

⁴⁹² GRONER, Beweisrecht, S. 60 f. mit Hinweis auf BGE 117 Ia 262, E. 4b; BGE 114 II 289, E. 2a.

⁴⁹³ GRONER, Beweisrecht, S. 61 mit Hinweis auf BGer, 08.10.2002, 4P.142/2002, E. 2.3.1.

⁴⁹⁴ Vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO; GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 160. Zum Begriff der streitigen Tatsachenbehauptungen vgl. vorne Rz. 133 f.

⁴⁹⁵ BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 153 N 7; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 153 N 1; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 153 N 9.

⁴⁹⁶ Der Ausdruck «erheblich» stellt sicher, dass die Zweifel des Gerichts begründet und eine gewisse Intensität haben müssen. Erheblich sind die Zweifel im Ergeb-

lungsgrundsatz gilt, von Amtes wegen Beweis abnehmen.⁴⁹⁷ Art. 153 Abs. 2 ZPO schafft hierfür die Grundlage und bewirkt eine Lockerung der Verhandlungsmaxime.⁴⁹⁸ Das Gericht soll nicht eine Behauptung als formell wahr hinnehmen müssen, wenn ein Umstand erhebliche Zweifel an der Richtigkeit bzw. Wahrheit des unstrittigen Sachverhalts zu begründen vermag. Der Umstand kann dabei im Beweismaterial, in bekannten Tatsachen nach Art. 151 ZPO, in widersprüchlichen tatsächlichen Ausführungen und insbesondere auch im Verhalten der Parteien bestehen.⁴⁹⁹

2. Besseres Verständnis des Sachverhalts

Die ZPO sieht bei bestimmten Beweismitteln eine Abnahme von Amtes wegen vor. So kann das Gericht nach Art. 181 Abs. 1 ZPO zur unmittelbaren Wahrnehmung von Tatsachen oder zum besseren Verständnis des Sachverhalts *«auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen»* einen Augenschein durchführen. Dasselbe gilt beim Gutachten, welches das Gericht gemäss Art. 183 Abs. 1 ZPO ebenfalls *«auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen»* einholen kann. 228

Diese Regelungen stellen jedoch unter Berücksichtigung der Materialien keine echte Durchbrechung der Verhandlungsmaxime dar. Zwar kann das Gericht unter Geltung der Verhandlungsmaxime auch von Amtes wegen und ohne Parteiantrag einen Augenschein durchführen. Der Augenschein dient diesfalls jedoch lediglich dem besseren Verständnis des Sachverhalts, hinge- 229

nis dann, wenn das Gericht befürchtet, seinen Entscheid auf einen unzutreffenden Sachverhalt abstützen zu müssen, vgl. dazu eingehend LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 153 N 19 ff. m.w.H.

⁴⁹⁷ Vgl. auch BGer, 08.02.2017, 4A_375/2016, E.3.3, wonach auch eine erst nach Aktenschluss im Rahmen der Beweisabnahme erfolgte Zeugenaussage die erheblichen Zweifel an der Richtigkeit einer unstreitigen Tatsache auslösen kann. Diesfalls ist die entsprechende Aussage der Auslöser der Zweifel und damit der Anfang der Beweiserhebung von Amtes wegen nach Art. 153 Abs. 2 ZPO.

⁴⁹⁸ Botschaft ZPO, S. 7313: «Wenn die Vorbringen der anwesenden Partei keineswegs glaubwürdig sind, soll das Gericht nicht zu einem Urteil gezwungen sein, das – etwa wegen Säumnis einer Partei – auf einem unwidersprochenen Sachverhalt beruht (vgl. auch Art. 12 Abs. 3 BZP). Absatz 2 korrigiert solche unhaltbaren Konsequenzen der Verhandlungsmaxime.»

⁴⁹⁹ GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 153 N 10.

gen nicht als Beweismittel, auf das sich das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung abstützen darf.⁵⁰⁰ Dasselbe gilt in Bezug auf das Gutachten, dessen Verwendung als Beweismittel unter Geltung der Verhandlungsmaxime ebenfalls einen Parteiantrag voraussetzt.⁵⁰¹

3. Untersuchungsgrundsatz

- 230 Vorbehalten bleiben die gesetzlichen Bestimmungen über die Beweisabnahme von Amtes wegen (Art. 55 Abs. 2 ZPO). So schreibt das Gesetz in verschiedenen Verfahren den Untersuchungsgrundsatz und damit grundsätzlich eine Beweiserhebung von Amtes wegen vor.⁵⁰² Wie bereits aufgezeigt,⁵⁰³ sind die Parteien nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵⁰⁴ im Rahmen des *beschränkten Untersuchungsgrundsatzes* jedoch nicht davon befreit, die zu erhebenden Beweise zu nennen. Folglich ist das Gericht bei Verfahren, welche dem beschränkten Untersuchungsgrundsatz unterliegen, nur einer

⁵⁰⁰ Botschaft ZPO, S. 7323: «Der Augenschein ist einerseits ein klassisches Beweismittel, andererseits dient er dem Gericht auch nur zum besseren Verständnis des Sachverhaltes. Soweit er Beweismittelfunktion hat, bedarf seine Durchführung im Bereich der Verhandlungsmaxime eines Parteiantrages (Art. 178 Abs. 1). Wo er dagegen nur dem besseren Verständnis dienen soll, kann er immer auch von Amtes wegen angeordnet werden.» So auch HURNI, Berner Komm. ZPO I, Art. 55 N 48; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 181 N 15; SCHWEIZER, Comm. CPC, Art. 181 N 6; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 Rz. 111; DOLGE, Basler Komm. ZPO, Art. 181 N 2; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 181–182 N 1. A.M. (für eine Anordnung eines Augenscheins mit Beweismittelfunktion von Amtes wegen) TREZZINI, CPC Comm., Art. 181; BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 181 N 6.

⁵⁰¹ Botschaft ZPO, S. 7324. So auch HURNI, Berner Komm. ZPO I, Art. 55 N 48; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 183 N 5 f.; MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 447; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 183 N 4. A.M. (für eine Anordnung eines Gutachtens mit Beweismittelfunktion von Amtes wegen) TREZZINI, CPC Comm., Art. 183.

⁵⁰² Vgl. Art. 153 Abs. 1 ZPO. So insbesondere in den Fällen von Art. 247 Abs. 2 ZPO, im Verfahren vor dem Konkurs- und Nachlassgericht sowie bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 255 ZPO). Vgl. hierzu die Übersicht bei LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.40.

⁵⁰³ Vgl. dazu vorne Rz. 25 f.

⁵⁰⁴ BGE 141 III 569, E. 2.3 = Pra 105 (2016) Nr. 99; BGE 139 III 13, E. 3.2 = Pra 102 (2013) Nr. 105.

erhöhten Fragepflicht unterworfen. Wie unter der im ordentlichen Verfahren geltenden Verhandlungsmaxime müssen die Parteien den Prozessstoff jedoch selbst beschaffen und das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fragen zu Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittelt aber nicht aus eigenem Antrieb. Sofern die Parteien durch einen Anwalt vertreten sind, kann und muss sich das Gericht zudem – wie in einem ordentlichen Verfahren – zurückhalten.⁵⁰⁵

Das Bundesgericht hat dies im Zusammenhang mit der Anordnung eines seitens der Parteien nicht beantragten Gutachtens wie folgt präzisiert:⁵⁰⁶ «Zutreffend ist, dass gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO der soziale Untersuchungsgrundsatz (Art. 247 Abs. 2 ZPO) gilt. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass die Vorinstanz von sich aus ein Gutachten hätte anordnen müssen. Bei der sozialpolitisch begründeten Untersuchungsmaxime geht es darum, die wirtschaftlich schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen sowie das Verfahren zu beschleunigen. Die Parteien sind jedoch nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat lediglich seine Fragepflicht auszuüben, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen [...]. Diese Grundsätze hat die Vorinstanz nicht verletzt, wenn sie gegenüber der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin nicht von sich aus ein Gutachten einholte.» 231

Hingegen hat das Gericht unter Geltung des *unbeschränkten Untersuchungsgrundsatzes*⁵⁰⁷ auch ohne Parteiantrag mit eigenen Beweiserhebungen den Sachverhalt abzuklären, d.h. zu erforschen, und darf sich nicht darauf be- 232

⁵⁰⁵ BGE 141 III 569, E. 2.3.1 = Pra 105 (2016) Nr. 99 unter Hinweis auf Botschaft ZPO, S. 6956; bestätigt in BGer, 20.06.2016, 4A_46/2016, E. 7.1.2. Vgl. auch LEUENBERGER, ZBJV 2017, S. 238.

⁵⁰⁶ BGer, 08.02.2016, 4A_432/2015, E. 4.2.

⁵⁰⁷ Zum unbeschränkten Untersuchungsgrundsatz vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO und vorne Rz. 27.

schränken, die Parteien zur Ergänzung der Behauptungen und Beweismittel aufzufordern, die Behauptungen und Beweismittel zu ergänzen.⁵⁰⁸ Dabei kann das Gericht gemäss Art. 168 Abs. 2 ZPO – im Sinne eines Freibeweises – auch Beweismittel berücksichtigen, die nicht in den vorgeschriebenen Formen erhoben worden sind (so z.B. informelle Aufzeichnungen von Gesprächen, die nicht in Form einer Parteiaussage nach Art. 191 ff. ZPO durchgeführt worden sind).⁵⁰⁹

II. Beweisantrag bei der Parteiaussage unter Geltung der Verhandlungsmaxime

A. Parteibefragung

1. Lehre

- 233 Ein Grossteil der Lehre setzt für die Abnahme einer Parteibefragung unter Geltung der Verhandlungsmaxime einen Parteiantrag gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO voraus.⁵¹⁰
- 234 Von HAFNER, MÜLLER und SCHMID wird hingegen die Auffassung vertreten, dass die Parteibefragung auch von Amtes wegen angeordnet werden kann.⁵¹¹

⁵⁰⁸ Das Gericht wird dabei weder durch Behauptungen noch durch Zugeständnisse von Tatsachen eingeschränkt, vgl. BGer, 30.09.2015, 5A_298/2015, E. 2.1.2.

⁵⁰⁹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 4.37. Zum Freibeweis vgl. vorne Rz. 38.

⁵¹⁰ LEUENBERGER, FS Bühler, S. 61; HURNI, Berner Komm. ZPO I, Art. 55 N 49; SUTTER-SOMM/SCHRANK, ZPO Komm., Art. 55 N 56; WULLSCHLEGER, Orell Füssli Komm. ZPO, Art. 191 N 5; MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 448 f. Vgl. auch WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 10 und BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 58, welche für die Parteibefragung zwar grundsätzlich ebenfalls einen Parteiantrag voraussetzen, jedoch für den Fall, dass nur die Befragung einer Partei beantragt wird, auch eine Parteibefragung von Amtes wegen in Bezug auf die Gegenpartei zulassen wollen (vgl. jedoch hinten Rz. 359 ff.).

⁵¹¹ HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 3; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 42 und Art. 192 N 26; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 191–193 N 1. Dabei handelt es sich bei den drei Vertretern dieser Auffassung um im Kanton ZH praktizierende Anwälte oder (ehemalige) Oberrichter. Dies scheint kein Zu-

Diese Lehrmeinungen basieren auf der Annahme, dass das Gericht auch das Beweismittel der Beweisaussage ohne einen entsprechenden Parteiantrag von Amtes wegen anordnen kann.⁵¹² Daraus wird *a maiore ad minus* auch für die Parteibefragung – als einfachere und mildere Form der Parteiaussage⁵¹³ – die Zulässigkeit der Beweisabnahme von Amtes wegen abgeleitet. Darüber hinaus wird argumentiert, dass die Aussage einer Partei ohne die Aussage der anderen schwer zu bewerten sei und selten ein vollständiges Bild abgebe. Daher sei – unter Berücksichtigung des Fairnessprinzips (Art. 29 Abs. 1 BV), welches die Waffengleichheit der Parteien mitumfasst – eine Parteibefragung beider Parteien (von Amtes wegen) durchzuführen, auch wenn die Befragung nur in Bezug auf eine Partei beantragt worden sei.⁵¹⁴

2. Rechtsprechung

Das *Bundesgericht* hat die Frage, ob die Parteibefragung unter Geltung der Verhandlungsmaxime einen entsprechenden Parteiantrag voraussetzt oder auch von Amtes wegen angeordnet werden darf, bislang offengelassen.⁵¹⁵ 235

Das *Obergericht des Kantons Luzern* hatte sich in einem Entscheid aus dem Jahr 2011 wie folgt hierzu geäußert:⁵¹⁶ «Die Zeugenaussage X. ist nicht verwertbar, da sie gegen Art. 169 ZPO verstösst. Möglich wäre eine Wiederholung der Einvernahme von X. in Form einer Parteibefragung (Art. 191 ZPO) oder einer Beweisaussage der Partei (Art. 192 ZPO). Für eine Parteibefragung fehlt jedoch ein entsprechender Beweisantrag.» 236

fall zu sein: So konnte im Kanton ZH vor dem Inkrafttreten der ZPO gemäss § 149 aZPO/ZH eine Parteibefragung – dort bezeichnet als *persönliche Befragung* – ebenfalls auf Antrag oder von Amtes wegen angeordnet werden, vgl. dazu vorne Rz. 108.

⁵¹² Vgl. zu dieser m.E. unzutreffenden Annahme eingehend hinten Rz. 247 ff.

⁵¹³ Botschaft ZPO, S. 7323.

⁵¹⁴ Vgl. auch BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 59 f.; BÜHLER, HAVE 2013, S. 150.

⁵¹⁵ BGer, 29.03.2016, 4A_532/2015, E. 3.3.

⁵¹⁶ OGer LU, 16.05.2011, LGVE 2011 I Nr. 31, E. 6.5.3.

- 237 Weiter hat sich auch das *Obergericht des Kantons Zürich* bereits in mehreren Entscheiden mit der Beantragung der Parteibefragung befasst, allerdings mit sich widersprechenden Ergebnissen:
- 238 (i) In einem Urteil vom 15. Januar 2015 wurde die Frage zunächst offengelassen:⁵¹⁷ «Aus dem Umstand, dass das Gericht die Parteien von Amtes wegen zur Beweisaussage verpflichten kann (Art. 192 Abs. 1 ZPO), leitet ein Teil der Lehre zudem ab, dass auch die Parteibefragung als Vorbereitung der Beweisaussage von Amtes wegen angeordnet werden könne [...]. Da ein entsprechender Antrag vorlag, kann offen bleiben, wie es sich damit verhält.»
- 239 (ii) In einem Urteil vom 5. März 2015 hat es sich dann der Auffassung von HAFNER⁵¹⁸ angeschlossen, wonach die Parteibefragung auch von Amtes wegen angeordnet werden kann. So führt es diesbezüglich aus:⁵¹⁹ «Ein von der Prozessordnung vorgesehenes vollwertiges Beweismittel ist die Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO. Weil die qualifizierte Parteieinvernahme, die Beweisaussage gemäss Art. 192 ZPO, ausschliesslich von Amtes wegen angeordnet werden kann und weil nur nach durchgeführter Parteibefragung die Beweisaussage angeordnet werden kann, kann auch die Parteibefragung von Amtes wegen angeordnet werden (vgl. dazu Hafner, in BSK, N. 3 zu Art. 191 ZPO mit Hinweisen).» Wie nachfolgend noch aufzuzeigen sein wird,⁵²⁰ vermögen bereits die diesem Urteil zugrunde liegenden Annahmen, wonach das Gericht das Beweismittel der Beweisaussage auch ohne einen entsprechenden Parteienantrag von Amtes wegen abnehmen, jedoch nur nach durchgeführter Parteibefragung eine Beweisaussage angeordnet werden kann, nicht zu überzeugen. Entsprechendes muss erst recht für die Schlussfolgerung gelten, wonach die Parteibefragung von Amtes wegen angeordnet werden kann.

⁵¹⁷ OGer ZH, 15.01.2015, LB140032, E. 4.a.

⁵¹⁸ HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 3, vgl. dazu vorne Rz. 234.

⁵¹⁹ OGer ZH, 05.03.2015, LB140052, E. 5.2.3. Bei diesem Urteil wirkte u.a. auch Oberrichter Heinrich Andreas MÜLLER mit, welcher sich, wie unter Rz. 234 aufgezeigt, für eine Anordnung der Parteibefragung von Amtes wegen ausspricht.

⁵²⁰ Vgl. dazu hinten Rz. 253 ff.

(iii) Im knapp neun Monate später ergangenen Urteil vom 2. Dezember 2015 wurde in gleicher Besetzung wie im Urteil vom 5. März 2015⁵²¹ hingegen wiederum die Auffassung vertreten, dass die Parteibefragung von den Parteien zu beantragen ist.⁵²² «Eine Befragung der Parteien durch das Gericht wäre mithin lediglich im Rahmen eines förmlichen Beweisverfahrens (Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO oder Beweisaussage gemäss Art. 192 ZPO) vorzunehmen, was aber entsprechende Beweisanträge der Parteien vor Aktenschluss voraussetzte.»

(iv) Im Urteil vom 13. Oktober 2016 wurde diese Auffassung vom Obergericht des Kantons Zürich wie folgt bestätigt:⁵²³ «Die vom Gesetz in Art. 191 und 192 ZPO vorgesehenen Befragungen der Parteien gehören demgegenüber in das förmliche Beweisverfahren und setzen eine vorgängige Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO voraus. Das vorliegende Verfahren ist vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht. Im Sinne von Art. 219 in Verbindung mit Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO haben die Parteien daher vor Aktenschluss die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen und sie überdies den konkreten Tatsachenbehauptungen zuzuordnen.»

3. Auslegung von Art. 191 Abs. 1 ZPO

Gemäss Art. 191 Abs. 1 ZPO kann das Gericht eine oder beide Parteien zu den rechtserheblichen Tatsachen befragen. Zur umstrittenen Frage, ob diese Befragung nur auf Antrag einer Partei oder auch von Amtes wegen erfolgen kann, äussert sich das Gesetz hingegen nicht. Es ist daher zu prüfen, ob die Kann-Formulierung in Art. 191 Abs. 1 ZPO als gesetzliche Ermächtigung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ZPO⁵²⁴ zu interpretieren ist und damit von Amtes wegen eine Parteibefragung durchgeführt werden kann, ohne dass ein entsprechender Parteiantrag vorliegt.

Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Beweiserhebung von Amtes wegen ist dem Wortlaut von Art. 191 Abs. 1 ZPO nicht zu entnehmen. Vielmehr lässt dieser nach der hier vertretenen Ansicht auf folgende Auslegung schliessen:

⁵²¹ Vgl. dazu vorne Rz. 239.

⁵²² OGer ZH, 02.12.2015, LC150031, E. 3.5.

⁵²³ OGer ZH, 13.10.2016, NP160025, E. 3.3.

⁵²⁴ Vgl. dazu vorne Rz. 230.

Unter Geltung der Verhandlungsmaxime ist ein entsprechender Beweisantrag seitens der Parteien zwingend erforderlich, wobei das Gericht in antizipierter Beweiswürdigung auf eine Befragung verzichten darf.⁵²⁵ Die Kann-Formulierung trägt dabei dem Umstand Rechnung, dass die Bestimmung sowohl unter Geltung der Verhandlungs- wie auch der Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangen kann.⁵²⁶

- 244 Diese Auslegung deckt sich auch mit den Materialien: So enthielt schon der Vorentwurf, welcher noch ein einstufiges System der Parteieinvernahme mit der qualifizierten Parteiaussage unter Strafandrohung nach Art. 306 StGB vorsah,⁵²⁷ in Art. 186 Abs. 1 VE ZPO eine Kann-Formulierung («Das Gericht kann eine oder beide Parteien, deren Organe und ihre gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter zur Beweisaussage zulassen.»). Die Expertenkommission hielt in ihrem Bericht hierzu das Folgende fest:⁵²⁸ «Unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime ist aber stets ein Antrag auf Abnahme dieses Beweismittels erforderlich.» Bereits die Expertenkommission hielt einen Parteiantrag somit ausdrücklich für erforderlich und schloss eine Beweiserhebung von Amtes wegen aus.⁵²⁹
- 245 Die Botschaft, welche ausgehend von den kantonalen Prozessordnungen und dem Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens ein zweistufiges System der Parteieinvernahme vorsah,⁵³⁰ enthielt in Bezug auf die Parteibefragung zudem den Hinweis, dass jede Partei auch für sich selber eine Parteibefragung

⁵²⁵ Zur antizipierten Beweiswürdigung vgl. die differenzierte Abhandlung inkl. Übersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen bei TANNER, AJP 2015, S. 735 ff. Vgl. dazu auch vorne Rz. 21 f.

⁵²⁶ So auch MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 448 unter Hinweis auf die Kann-Formulierung in Art. 190 Abs. 1 ZPO (schriftliche Auskunft) und BGer, 06.09.2015, 5A_812/2015, E. 5.4, wonach für die Einholung einer schriftlichen Auskunft durch das Gericht unter der Verhandlungsmaxime ein Parteiantrag erforderlich ist.

⁵²⁷ Vgl. dazu vorne Rz. 111 ff.

⁵²⁸ Bericht VE ZPO, S. 92.

⁵²⁹ Vgl. hierzu auch MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 448.

⁵³⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 122 ff.

beantragen kann.⁵³¹ Dies lässt darauf schliessen, dass auch der Bundesrat einen Parteiantrag als erforderlich erachtete.

4. Zwischenfazit

Die vorstehende Auslegung hat ergeben, dass die Abnahme einer Parteibefragung in Verfahren, welche der Verhandlungsmaxime unterliegen, zwingend einen Parteiantrag voraussetzt. Eine Parteibefragung von Amtes wegen ist damit ausgeschlossen, auch wenn dies im Ergebnis dazu führen kann, dass die Aussage bloss einer Partei bei sonst dürftiger Beweislage ohne Anhörung der anderen Partei (mangels Parteiantrag) schwer zu würdigen ist. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Auffassung, wonach – unabhängig vom Vorliegen entsprechender Parteianträge – zwingend immer beide Parteien vom Gericht zu befragen sind,⁵³² der Verhandlungsmaxime zuwiderläuft und eine Befragung der anderen Partei bei Fehlen eines entsprechenden Beweisantrags gar nicht zulässig ist. Überdies spricht bereits der eindeutige Wortlaut von Art. 191 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht *«eine oder beide Parteien»* befragen kann, klar gegen diese Auffassung.

B. Beweisaussage

1. Lehre

Die Frage, ob unter Geltung der Verhandlungsmaxime ein Parteiantrag für die Abnahme einer Beweisaussage erforderlich ist, wird in der Lehre äusserst kontrovers diskutiert, wobei grundsätzlich drei unterschiedliche Standpunkte vertreten werden:

(i) Ein Teil der Lehre verneint die Erforderlichkeit eines Parteiantrags und lässt gestützt auf den Wortlaut von Art. 192 Abs. 1 ZPO (*«von Amtes wegen»*) und die Ausführungen in der Botschaft (*«ausschliesslich ein gerichtliches Beweismittel»*)⁵³³ die Abnahme einer Beweisaussage von Amtes wegen

⁵³¹ Botschaft ZPO, S. 7323.

⁵³² So WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 10, und BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 58. Vgl. dazu vorne Fn. 514.

⁵³³ Botschaft ZPO, S. 7326.

zu.⁵³⁴ Sofern gleichwohl ein entsprechender Beweisantrag gestellt wird, hat die beantragende Partei keinen Anspruch auf deren Durchführung und der diesbezügliche Antrag ist unbeachtlich.⁵³⁵

- 249 (ii) Ein anderer Teil vertritt demgegenüber unter Berufung auf die Verhandlungsmaxime – als einer der zentralen Eckpfeiler des Zivilprozesses⁵³⁶ – die Auffassung, dass die Anordnung einer Beweisaussage einen entsprechenden Parteiantrag voraussetzt.⁵³⁷ Dass die Anordnung der Beweisaussage allein dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt ist, soll nach diesem Teil der Lehre folglich nicht bedeuten, dass im Bereich der Verhandlungsmaxime ein Parteiantrag entbehrlich ist. Zudem wird vorgetragen, es sei nicht Sache des Gerichts, die Beweisanträge der Parteien nachzubessern.⁵³⁸
- 250 (iii) Weiter wird in der Lehre die Auffassung vertreten, dass die Parteien zwar nicht direkt die Abnahme einer Beweisaussage beantragen können, das Gericht jedoch bei Vorliegen eines Antrags auf Parteibefragung auch eine Beweisaussage durchführen kann. Ohne entsprechenden Antrag darf das Gericht nach dieser Ansicht jedoch unter Geltung des Verhandlungsgrund-

⁵³⁴ BÜHLER, FS Walter, S. 465; BÜHLER, HAVE 2013, S. 140; GASSER/RICKLI, Kurzkomm. ZPO, Art. 192 N 3; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 192 N 3; LEUENBERGER, FS Bühler, S. 61 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.134; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 192 N 18; REYMOND, Preuves, S. 69; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 191–193 N 7; SCHWEIZER, Comm. CPC, Art. 192 N 6; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, Rz. 280; VOUILLOZ, AJP 2009, S. 848.

⁵³⁵ GASSER/RICKLI, Kurzkomm. ZPO, Art. 192 N 3; HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 2.24; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 152 N 8; GLASL, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 55 N 50. Vgl. jedoch LEUENBERGER, FS Bühler, S. 62, wonach das Gericht als Ausfluss des Rechts auf Beweis diesen Beweis dennoch abzunehmen hat, sofern die Beweisaussage das einzige Beweismittel darstellt.

⁵³⁶ SUTTER-SOMM, ZJP 2000, S. 341.

⁵³⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 137; WEIBEL, FS Rutz, S. 237 f.; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 12. Vgl. auch SUTTER-SOMM, ZJP 2000, S. 341: «Soweit die Verhandlungsmaxime als einer der zentralen Bausteine des Verfahrens beibehalten wird, sollte auch die Beweisaussage, und zwar sowohl die eigene als auch diejenige der Gegenpartei, nur durchgeführt werden, wenn ein entsprechender Antrag vorliegt.»

⁵³⁸ So ausdrücklich WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 12.

satzes keine Beweisaussage anordnen.⁵³⁹ Begründet wird diese Haltung insbesondere damit, dass nicht einzusehen ist, weshalb das Gericht ohne jeglichen Antrag zwar eine Beweisaussage, nicht aber die mildere Form der Parteibefragung anordnen können soll.

2. Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich bislang nicht mit der Frage befasst, ob für die Anordnung einer Beweisaussage unter Geltung der Verhandlungsmaxime ein Parteiantrag erforderlich oder eine Anordnung von Amtes wegen möglich ist. Jedoch hat es in zwei jüngeren (nicht zur Publikation vorgesehenen) Urteilen den Beschwerdeführern vorgehalten, sie hätten im kantonalen Verfahren die Abnahme der Beweisaussage beantragen müssen, wenn sie ihren Rechtsstandpunkt damit hätten durchsetzen wollen.⁵⁴⁰ Die diesbezüglichen Erwägungen lassen darauf schliessen, dass für die Anordnung einer Beweisaussage auch nach Auffassung des Bundesgerichts ein Parteiantrag erforderlich ist.

Obwohl das Beweismittel der Beweisaussage auch in diversen kantonalen Urteilen bereits Erwähnung gefunden hat, fand auch dort bislang keine vertiefte Auseinandersetzung mit der im vorliegenden Kontext interessierenden Frage statt.⁵⁴¹

3. Auslegung von Art. 192 Abs. 1 ZPO

Gemäss Art. 192 Abs. 1 ZPO kann das Gericht eine oder beide Parteien *von Amtes wegen* zur Beweisaussage unter Strafandrohung verpflichten. Dieser

⁵³⁹ HURNI, Berner Komm. ZPO I, Art. 55 N 49; SUTTER-SOMM/SCHRANK, ZPO Komm., Art. 55 N 56; MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 449 f.

⁵⁴⁰ BGer, 07.09.2015, 5A_558/2014, E. 5.3: «Nichts hinderte die Beschwerdeführerin daran, in ihrer Berufungsantwort eine – mit entsprechender Strafandrohung versehene – Beweisaussage (Art. 192 ZPO) zu beantragen.»; BGer, 18.11.2015, 4A_403/2015, E. 3.2: «Der Beschwerdeführer nennt zusammen mit der Parteibefragung auch die Beweisaussage. Dass er im kantonalen Verfahren die Beweisaussage im Sinne von Art. 192 ZPO prozesskonform beantragt hätte, wird in der Beschwerde nicht dargelegt.»

⁵⁴¹ Vgl. zu den widersprüchlichen Erwägungen des OGer ZH vorne Rz. 237 ff.

Wortlaut lässt auf folgende Auslegungsvarianten schliessen:⁵⁴² (i) Die Wendung «von Amtes wegen» ist als gesetzliche Ermächtigung des Gerichts im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ZPO zur Beweisabnahme von Amtes wegen zu verstehen,⁵⁴³ weshalb die Anordnung der Beweisaussage keines Parteiantrags bedarf, oder (ii) das Gericht hat selbst bei Vorliegen eines Parteiantrags (welcher vorausgesetzt wird) ein Ermessen, ob es eine Beweisaussage anordnen will oder nicht.⁵⁴⁴ Die grammatikalische Auslegung von Art. 192 Abs. 1 ZPO ergibt somit keine klare Antwort auf die Frage, ob unter Geltung der Verhandlungsmaxime ein Parteiantrag für die Abnahme einer Beweisaussage erforderlich ist oder nicht.

- 254 Der Bericht der Expertenkommission⁵⁴⁵ setzte für die Abnahme der Beweisaussage unter Geltung der Verhandlungsmaxime zwingend einen Parteiantrag voraus, womit eine Beweiserhebung von Amtes wegen ausgeschlossen war.⁵⁴⁶ Die Botschaft, welche im Unterschied zum Vorentwurf ein zweistufiges System der Parteieinvernahme vorsah, äusserte sich zur Frage des Beweisantrags wie folgt: «Um missbräuchliche Druckausübung auszuschliessen, kann die Beweisaussage nur von Amtes wegen – nicht also auf Antrag der *Gegenpartei* – angeordnet werden. Sie ist somit ausschliesslich ein gerichtliches Instrument. Der Vorentwurf hatte auch den Parteiantrag zugelassen (Art. 186 VE).»
- 255 Wie LEUENBERGER zu Recht feststellt, sind diese Ausführungen in der Botschaft wohl auf eine unkritische Redaktion, angelehnt an die bernische Zivilprozessordnung, zurückzuführen.⁵⁴⁷ So sah Art. 279 Abs. 1 aZPO/BE das Folgende vor: «Hat der urteilende Richter nach dem Parteiverhör und nach Prüfung des gesamten Beweismaterials noch Zweifel über die Wahrheit oder

⁵⁴² MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 448.

⁵⁴³ VOUILLOZ, AJP 2009, S. 848 mit Hinweis aus REYMOND, Preuves, S. 69.

⁵⁴⁴ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 137, wonach es eines entsprechenden Beweisantrags bedarf, dem das Gericht jedoch nur «fakultativ nachkommen muss».

⁵⁴⁵ Vgl. dazu vorne Rz. 111 ff.

⁵⁴⁶ Bericht VE ZPO, S. 92: «Unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime ist aber stets ein Antrag auf Abnahme dieses Beweismittels erforderlich.» Vgl. dazu vorne Rz. 115.

⁵⁴⁷ LEUENBERGER, FS Bühler, S. 61.

Unwahrheit der zu beweisenden Tatsachen, so kann er eine der Parteien zur Beweisaussage und Straffolge anhalten.» Im Unterschied zu der in der ZPO vorgesehenen Beweisaussage⁵⁴⁸ gelangte die Beweisaussage unter der bernischen Zivilprozessordnung jedoch subsidiär, d.h. als Notbehelf, zur Anwendung. Dies, wenn nach Vornahme des Parteiverhörs und gewissenhafter Ausschöpfung aller anderen zur Verfügung stehenden Beweismittel nicht alle Zweifel beseitigt waren und deshalb das Bedürfnis bestand, einen letzten Zwang zur Wahrhaftigkeit auf die Partei auszuüben und damit einen Beweiszuschuss zu erhalten.⁵⁴⁹ Eine vorbehaltlose Übernahme der bernischen Regelung hinsichtlich der Beantragung dieses Beweismittels ist daher zum vor herein nicht sachgerecht.

Des Weiteren steht insbesondere der letzte Satz des vorstehend zitierten Auszugs der Botschaft,⁵⁵⁰ wonach der Vorentwurf *auch* den Parteienantrag zuliess, klar im Widerspruch zum Bericht der Expertenkommission, welcher unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime «stets ein[en] Antrag auf Abnahme dieses Beweismittels» voraussetzte. So wurde der Parteienantrag im Vorentwurf gerade nicht als zusätzliche Variante zugelassen, sondern die Abnahme dieses Beweismittels setzte zwingend einen Parteienantrag voraus.⁵⁵¹ Im Unterschied zum Beweismittel des Augenscheins (Art. 174 Abs. 1 VE ZPO) sah Art. 186 Abs. 1 VE ZPO bei der Parteiaussage denn auch keine Wendung «auf Verlangen einer Partei oder von Amtes wegen» vor. 256

Die Ausführungen in der Botschaft sind daher unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte zu Art. 192 ZPO wie folgt auszulegen: Da man befürchtete, dass die Beweisaussage zu einer missbräuchlichen Druckausübung durch die Gegenpartei führen könnte,⁵⁵² sollte dem Gericht bei Vorliegen eines Antrags der Gegenpartei ein Ermessen eingeräumt werden, ob es eine Beweisaussage anordnen will oder nicht. Mit dem Zusatz «von Amtes wegen» sollte der – unter Vorbehalt der antizipierten Beweiswürdigung⁵⁵³ bestehende – Anspruch der Parteien auf Abnahme eines tauglichen Beweismittels 257

⁵⁴⁸ Zur Frage der Subsidiarität vgl. vorne Rz. 212 ff.

⁵⁴⁹ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, § 279 N 1a.

⁵⁵⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 254.

⁵⁵¹ Vgl. dazu vorne Rz. 115 und 254.

⁵⁵² Vgl. dazu vorne Rz. 254.

⁵⁵³ Vgl. dazu vorne Rz. 21 f.

tels eingeschränkt werden.⁵⁵⁴ Mit der gewählten Formulierung in Art. 192 Abs. 1 ZPO wollte der Gesetzgeber somit lediglich klarstellen, dass ein Antrag auf Abnahme der Beweisaussage der Gegenpartei für das Gericht fakultative Wirkung hat und die Anordnung einer Beweisaussage damit allein dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt ist. Damit soll das Recht der Parteien auf Abnahme eines tauglichen Beweismittels zwecks Verhinderung von missbräuchlicher Druckausübung eingeschränkt werden.⁵⁵⁵ Unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime ist demnach zwingend ein Parteienantrag erforderlich, wobei die Parteien jedoch keinen Anspruch auf die Abnahme einer Beweisaussage der Gegenpartei haben, sondern das Gericht von einer solchen nach freiem Ermessen absehen darf, auch wenn die Voraussetzungen der antizipierten Beweiswürdigung nicht erfüllt sind.⁵⁵⁶ In Bezug auf die Beantragung der eigenen Beweisaussage haben die Parteien jedoch – unter Vorbehalt der antizipierten Beweiswürdigung⁵⁵⁷ – einen Anspruch auf deren Durchführung, da diesbezüglich eine missbräuchliche Druckausübung zum vornherein ausgeschlossen ist.

- 258 Die Auslegung, wonach unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime ein Parteienantrag für die Beweisaussage erforderlich ist, ergibt sich schliesslich auch aus der Systematik des Gesetzes. Wie die Ausführungen zur Parteibefragung gezeigt haben, ist für die Abnahme einer Parteibefragung ein Parteienantrag erforderlich.⁵⁵⁸ Weshalb das Gericht jedoch ohne jeglichen Antrag seitens der Parteien die qualifizierte Einvernahme in Form einer Beweisaussage, nicht aber die mildere Form der Parteibefragung⁵⁵⁹ anordnen können soll, ist nicht nachvollziehbar. Könnte die Beweisaussage im Unterschied zur Parteibefragung von Amtes wegen angeordnet werden, würde dies die Verhandlungsmaxime übermässig strapazieren.

⁵⁵⁴ MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 450.

⁵⁵⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 137.

⁵⁵⁶ MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 449.

⁵⁵⁷ Vgl. dazu vorne Rz. 21 f.

⁵⁵⁸ Vgl. dazu vorne Rz. 242 ff.

⁵⁵⁹ Botschaft ZPO, S. 7326.

4. Zwischenfazit

Die vorstehende Auslegung hat ergeben, dass die Abnahme einer Beweisaussage in Verfahren, welche der Verhandlungsmaxime unterliegen, zwingend einen Parteiantrag voraussetzt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Beweisaussage von der beantragenden Partei für sich selbst oder für die Gegenpartei beantragt wird. Die Formulierung «von Amtes wegen» bedeutet lediglich, dass ein Antrag auf Abnahme einer Beweisaussage der Gegenpartei für das Gericht fakultative Wirkung hat und die Anordnung damit allein dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt ist. Damit soll das Recht der Partei auf Abnahme eines tauglichen Beweismittels zwecks Verhinderung einer missbräuchlichen Druckausübung eingeschränkt werden. In Bezug auf die Beantragung der eigenen Beweisaussage haben die Parteien jedoch – unter Vorbehalt der antizipierten Beweiswürdigung – einen Anspruch auf deren Durchführung. 259

C. Vorgehen bei der Beantragung einer Parteiaussage

1. Allgemeines

Die Auslegungen von Art. 191 Abs. 1 und Art. 192 Abs. 1 ZPO haben ergeben, dass unter Geltung der Verhandlungsmaxime sowohl für die Anordnung einer Parteibefragung wie auch für die Anordnung einer Beweisaussage zwingend ein Beweisantrag erforderlich ist. Sofern die Parteien beabsichtigen, dem Gericht im Rahmen des Beweisverfahrens ihre jeweiligen Wahrnehmungen zu den streitigen, relevanten Tatsachenbehauptungen vorzutragen und damit ihre Aussagen der Beweiswürdigung zugänglich zu machen, stellt sich insbesondere die Frage, welches der beiden Beweismittel (Parteibefragung oder Beweisaussage) beantragt werden soll. Das Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist, einen klaren und praxistauglichen Lösungsansatz hinsichtlich der Beantragung der Parteiaussage aufzuzeigen. 260

2. Formulierung des Beweisantrags

Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO sieht vor, dass als Beweismittel die *Parteibefragung* und die *Beweisaussage* zulässig sind. Die beiden Beweismittel werden dabei – im Unterschied zu den anderen Beweismitteln – unter der gleichen 261

Litera aufgeführt. Die Systematik lässt daher den Schluss zu, dass diese beiden Beweismittel seitens der Parteien jeweils gemeinsam beantragt werden können, wobei der Entscheid, in welcher Form eine Partei anschliessend einzuvernehmen ist (Parteibefragung oder Beweisaussage), vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen ist. Dieser Ansatz ermöglicht es dem Gericht – unter Berücksichtigung von allfälligen weiteren Beweisanträgen und dem Verhalten der Parteien –, das im Einzelfall geeignete Beweismittel der Parteiaussage anzuordnen.

- 262 Nicht ersichtlich ist insbesondere auch, inwiefern es für eine Partei im Zeitpunkt der Beweisantragstellung bereits von Bedeutung sein soll, ob die Befragung (sowohl der eigenen wie auch der Gegenpartei) in Form einer Parteibefragung oder Beweisaussage durchgeführt wird. Im berechtigten⁵⁶⁰ Interesse der Parteien liegt zu diesem Zeitpunkt einzig, dass sie die Möglichkeit haben, dem Gericht ihre jeweiligen Wahrnehmungen zu den streitigen, relevanten Tatsachenbehauptungen vorzutragen und dass ihre Aussagen im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden. In welcher Form (und insbesondere mit welcher Sanktionsandrohung) diese Befragung erfolgen soll, ist für die Parteien ohne Belang, sofern das Gericht nach der Befragung zu einem Beweisergebnis kommt, das keine Zweifel an der Wahrheit oder Unwahrheit der zu beweisenden Tatsachenbehauptungen übrig lässt.
- 263 Seitens der Parteien sollte der Beweisantrag daher (der Vollständigkeit halber) auf *Parteibefragung und/oder Beweisaussage* lauten. Die Wahl des konkret anzuordnenden Beweismittels steht den Parteien dabei jedoch nicht zur Disposition. Denkbar wäre überdies, dass der Parteienantrag auf *Parteiaussage* lautet, womit nach der hier verwendeten Terminologie⁵⁶¹ ebenfalls beide Formen der Parteiaussage mitumfasst wären. Da dieser Begriff *de lege lata* in Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO (noch) nicht vorgesehen ist, empfiehlt sich in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut die Formulierung «Parteibefragung und/oder Beweisaussage» zu verwenden.

⁵⁶⁰ Damit ist insbesondere ein allfälliges Interesse einer Partei an einer missbräuchlichen Druckausübung auf die Gegenpartei ausgeschlossen. Vgl. Botschaft ZPO, S. 7326.

⁵⁶¹ Vgl. dazu vorne Rz. 7.

Ob das Gericht anschliessend eine Parteibefragung, eine Beweisaussage oder beide Beweismittel anordnet, hängt dabei insbesondere davon ab, (i) welches Beweismittel das Gericht als Mittel zur Wahrheitsfindung als geeignet ansieht und (ii) ob es der Abnahme dieses Beweismittels nach Massgabe der Beweislage für die Meinungsbildung überhaupt noch bedarf. Die diesbezüglich vorzunehmende Abwägung kann je nach Sachlage und Verhalten der Parteien sehr unterschiedlich ausfallen. Bei der Wahl des anzuordnenden Beweismittels hat das Gericht jedoch zu berücksichtigen, dass die Beweisaussage gemäss Art. 192 ZPO nicht bloss als subsidiäres, sondern als vollwertiges Beweismittel ausgestaltet ist.⁵⁶² 264

Diese Auslegung berücksichtigt insbesondere auch die in der Botschaft geäusserten Bedenken gegenüber der Beweisaussage,⁵⁶³ da eine missbräuchliche Druckausübung durch die Gegenpartei nach diesem Lösungsansatz zum vornherein nicht möglich ist, weil der Entscheid, in welcher Form (Parteibefragung und/oder Beweisaussage) eine Partei einzuvernehmen ist, einzig dem Gericht zusteht. 265

3. Mögliche Vorgehensweisen des Gerichts

a) *Ausschliessliche Einvernahme in Form der Parteibefragung*

Vielfach wird es genügen, lediglich eine Parteibefragung durchzuführen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn nach der Parteibefragung das Beweisergebnis bereits feststeht und das Gericht die Aussage(n) der Partei(en) für wahr halten kann. Diesfalls darf das Gericht die Aussage(n) der Partei(en) auch ohne zusätzliche Beweisaussage als taugliches Beweismittel im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigen und seinen Entscheid darauf 266

⁵⁶² Botschaft ZPO, S. 7326: «Anders als teilweise im kantonalen Prozessrecht ist sie nach dem Entwurf nicht subsidiär: Es müssen nicht alle anderen Beweismittel abgenommen werden, bevor sie angeordnet werden darf.» Vgl. dazu vorne Rz. 212 ff.

⁵⁶³ Botschaft ZPO, S. 7326: «Durch die Beweisaussage wird die betreffende Partei nämlich unter zusätzlichen Druck gesetzt, denn Leugnen wird als Verbrechen verfolgt (Art. 306 StGB) – gleich wie ein falsches Zeugnis (Art. 307 StGB). Um missbräuchliche Druckausübung auszuschliessen, kann die Beweisaussage nur von Amtes wegen – nicht also auf Antrag der Gegenpartei – angeordnet werden.»

abstellen. Auf die Durchführung einer Beweisaussage kann auch dann verzichtet werden, wenn das Gericht die Parteien nach Durchführung der Parteibefragung für wenig glaubwürdig oder für derart befangen hält, dass von keiner Seite ein wirksamer Beitrag an die Wahrheitsfindung zu erwarten ist.⁵⁶⁴

b) *Einvernahme in Form der Parteibefragung mit anschliessender Beweisaussage*

- 267 In gewissen Fällen kann es angezeigt sein, zunächst eine oder beide Parteien in der (milderen) Form der Parteibefragung einzuvernehmen und gegebenenfalls im Anschluss eine Beweisaussage anzuordnen. Sofern nach der Parteibefragung seitens des Gerichts noch Zweifel an der Wahrheit oder Unwahrheit der zu beweisenden Tatsachen bestehen, hängt der Entscheid über die Anordnung der Beweisaussage in erster Linie davon ab, ob das Gericht diesem zusätzlichen Beweismittel einen Beweiswert zutraut. Entscheidend ist dabei insbesondere, wie das Gericht die Wahrheitsliebe der Parteien unter Berücksichtigung der Strafandrohung von Art. 306 StGB einschätzt. Die Beweisaussage sollte daher insbesondere dann angeordnet werden, wenn nach erfolgter Parteibefragung nicht alle Zweifel beseitigt sind und davon auszugehen ist, dass der Druck zur wahrheitsgemässen Aussage durch die Strafandrohung noch zusätzlich erhöht werden kann. Ein solches Vorgehen kann in der Praxis insbesondere dann angezeigt sein, wenn nur einzelne wenige Punkte eines im Übrigen unbestrittenen oder bereits erwiesenen Sachverhaltes zu klären sind.

c) *Ausschliessliche Einvernahme in Form der Beweisaussage*

- 268 Dem Gericht sollte auch die Möglichkeit offenstehen, die Beweisaussage direkt, d.h. ohne vorgängige Parteibefragung, anzuordnen. Dies kann insbesondere dann angezeigt sein, wenn die Aussage einer Partei zusammen mit einer Zeugenaussage zu würdigen ist. So sieht Art. 174 ZPO ausdrücklich vor, dass Zeugen den Parteien gegenübergestellt und somit gleichzeitig befragt werden können.⁵⁶⁵ Ohne diese Möglichkeit würde sich nach LEUEN-

⁵⁶⁴ Vgl. auch HAUSER, FS Kummer, S. 624.

⁵⁶⁵ WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 174 N 1; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 174 N 1 m.w.H.

BERGER ein Ungleichgewicht im Beweiswert der Aussagen ergeben, wenn die Parteien lediglich mit Androhung einer Disziplinarstrafe, die Zeugen hingegen mit Androhung einer Strafe gemäss Art. 307 StGB einvernommen würden.⁵⁶⁶

Nach der hier vertretenen Ansicht unterliegt die Beweiskraft der Parteiaussage jedoch unabhängig von der jeweiligen Sanktionsandrohung dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung.⁵⁶⁷ Ob eine Aussage unter Parteibefragung oder Beweisaussage gemacht wird, macht sie nicht per se mehr oder weniger glaubhaft – entscheidend ist vielmehr ihr Inhalt.⁵⁶⁸ Folglich steht einer Konfrontation mittels Parteibefragung grundsätzlich nichts im Wege. Vielmehr steht es im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts, welche Form der Parteieinvernahme es für die konkrete Befragung und damit auch für die Konfrontation mit Zeugen für zweckmässig erachtet.⁵⁶⁹ 269

Der vorliegend aufgezeigte Lösungsansatz rechtfertigt sich jedoch insbesondere auch deshalb, weil dem Gericht damit zumindest die Möglichkeit offensteht, eine Beweisaussage direkt anzuordnen, und die Parteien damit dem gleichen Druck ausgesetzt werden können wie die Zeugen bei der Zeugeneinvernahme. 270

III. Zulässigkeit der Beantragung der eigenen Parteiaussage

Vor dem Inkrafttreten der ZPO sahen einige kantonale Zivilprozessordnungen vor, dass die Parteiaussage lediglich in Bezug auf die Gegenpartei beantragt werden konnte.⁵⁷⁰ 271

⁵⁶⁶ LEUENBERGER, FS Bühler, S. 61. So auch GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 353; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 192 N 4; HAUSER, Beweisaussage, S. 626; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 191–193 N 7.

⁵⁶⁷ Zur Würdigung der Parteiaussage vgl. hinten Rz. 369 ff.

⁵⁶⁸ SCHWANDER, FS Sutter-Somm, S. 578.

⁵⁶⁹ Vgl. auch RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 73 m.w.H.

⁵⁷⁰ So z.B. § 149 aZPO/ZH, vgl. dazu vorne Rz. 108 und FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 149 N 2. Vgl. auch BÜHLER, FS Walther, S. 462; BÜHLER, HAVE 2013, S. 131; LEUENBERGER, FS Bühler, S. 52; MÜLLER, DIKE-

- 272 Der Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf, welcher noch ein einstufiges System der Parteieinvernahme mit der qualifizierten Parteiaussage unter Strafandrohung nach Art. 306 StGB vorsah,⁵⁷¹ hielt diesbezüglich das Folgende fest:⁵⁷² «Die in gewissen kantonalen Prozessordnungen vorgesehene Beschränkung, dass die Beweisaussage nur bei einer Partei, beispielsweise der Gegenpartei der Antragstellerin, durchgeführt werden dürfe, läuft auf eine Einschränkung der freien Beweiswürdigung hinaus. Die Beweisaussage muss beiden Parteien zur Verfügung stehen. Es kann also auch die eigene Parteiaussage beantragt werden.»
- 273 Auch die Erläuterungen in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung sehen ausdrücklich vor, dass jede Partei auch für sich selber eine Parteibefragung beantragen kann und sogar Aussagen zu eigenen Gunsten zu berücksichtigen sind.⁵⁷³
- 274 Unter der Ägide der ZPO können folglich beide Formen der Parteiaussage, d.h. die Parteibefragung und die Beweisaussage, sowohl für die antragstellende Partei wie auch die Gegenpartei beantragt werden.⁵⁷⁴ Dabei muss für das Gericht jedoch klar zum Ausdruck kommen, für welche Partei die Parteiaussage in Bezug auf welche konkrete Tatsachenbehauptung beantragt wird.⁵⁷⁵

Komm. ZPO I, Art. 192 N 7; SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 335 f. und 341 f. Vgl. auch die Rechtslage in Deutschland, wonach gemäss § 445 D-ZPO lediglich die Vernehmung des Gegners beantragt werden kann. Kritisch dazu NAGEL, FS Habscheid, S. 195 ff.

⁵⁷¹ Vgl. dazu vorne Rz. 111 ff.

⁵⁷² Bericht VE ZPO, S. 92.

⁵⁷³ Botschaft ZPO, S. 7326. Zur Beweiskraft von Parteiaussagen zu eigenen Gunsten vgl. hinten Rz. 375 ff.

⁵⁷⁴ So für die Parteibefragung auch GASSER/RICKLI, Kurzkomm. ZPO Art. 191 N 3; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 10. Kap. Rz. 278; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 Rz. 136; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 2. Für die Beweisaussage auch SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 341.

⁵⁷⁵ Vgl. OGer ZH, 02.06.2016, LY160010, E. 4.1.2: «Die Beklagte machte vor Vorinstanz geltend, der Handtaschenhandel könne nicht mehr durchgeführt werden, weil der [Kläger] Lieferant dieser Handtaschen gewesen sei und sie verständlicherweise nicht mehr nachliefern. Als Beweis offerierte sie die Parteibefragung [...]. Die Vorderrichterin befragte in der Folge die Beklagte dazu [...].

Gemäss Art. 191 Abs. 1 ZPO ist die Parteibefragung einer oder beider Parteien möglich. Die Beklagte hat nicht ausdrücklich die Parteibefragung des Klägers verlangt und kann es damit der Vorinstanz auch nicht zum Vorwurf machen, dass sie auf dessen Befragung zum Thema des Handtaschenhandels verzichtet hat.»

§ 13 Aussagepflicht als prozessuale Mitwirkungspflicht

I. Allgemeines

Die Aussagepflicht bildet gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. a ZPO einen Bestandteil der *Mitwirkungspflicht* der Parteien bei der Beweiserhebung. In den kantonalen Zivilprozessordnungen waren die Mitwirkungspflichten meist bei den einzelnen Beweismitteln geregelt.⁵⁷⁶ Im Unterschied dazu regelt die ZPO diese Pflichten beweismittelunabhängig in einem eigenen Kapitel zusammen mit den Verweigerungsrechten.⁵⁷⁷ Mit der Regelung im 10. Titel (Beweis) der Allgemeinen Bestimmungen der ZPO wird einerseits die gemeinsame Funktion dieser Institute hervorgehoben und andererseits zum Ausdruck gebracht, dass die betreffenden Normen für alle Beweismittel in allen Verfahren gelten.⁵⁷⁸ Der Gegenstand der Mitwirkungspflicht ergibt sich dabei aus der Natur der jeweiligen Beweismittel, womit bei der Parteiaussage insbesondere die Art. 191 ff. ZPO zu berücksichtigen sind.⁵⁷⁹ 275

In Bezug auf die Parteien ist die Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung grundsätzlich lediglich als *prozessuale Last* (Obliegenheit) ausgestaltet,⁵⁸⁰ 276

⁵⁷⁶ Vgl. zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten der ZPO BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 47 f.; SUTTER-SOMM, Beweisrecht, S. 16 f.; LEUENBERGER/UFFERTOLBLER, Komm. aZPO/SG, Vorbem. zu Art. 123–133 N 1.

⁵⁷⁷ So auch schon die Zivilprozessordnungen der Kantone SG (Art. 123 ff. ZPO/SG) und GL (Art. 180 ff. ZPO/GL). Darüber hinaus sieht die ZPO im Besonderen Teil unter dem 7. Titel (Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten) in Art. 296 Abs. 2 eine besondere Mitwirkungspflicht vor, wonach die Parteien zur Aufklärung der Abstammung an Untersuchungen mitzuwirken haben, die nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind, vgl. dazu hinten Fn. 585.

⁵⁷⁸ Botschaft ZPO, S. 7316; HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 160 N 19; RÜETSCHLI, Berner Komm. ZPO II, Vor Art. 160–167 N 11; SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 160 N 4; HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 4.1.

⁵⁷⁹ SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 160 N 10.

⁵⁸⁰ Botschaft ZPO, S. 7316; SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 164 N 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 65; FELLMANN, ZPO Komm., Art. 158 N 32. Demgegenüber handelt es sich bei der Mitwirkungspflicht von Dritten um eine echte, durchsetzbare *Pflicht* und die ungerechtfertigte Missachtung dieser Pflicht zieht für eine renitente Drittperson Strafe (Ordnungs-

weshalb die Aussage einer Partei vom Gericht nicht erzwungen werden kann. Eine allfällige unberechtigte Aussageverweigerung wird gemäss Art. 164 ZPO jedoch im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt.⁵⁸¹ Diese Ausgestaltung widerspiegelt einen wesentlichen Charakterzug des Zivilprozessrechts.⁵⁸² So unterstellt GULDENER, dass jede Partei danach trachte, durch ordnungsgemässes Handeln eine ihr ungünstige Prozesslage zu vermeiden.⁵⁸³ Vom Grundsatz, wonach eine unberechtigte Mitwirkungsverweigerung einer Partei lediglich zur Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung führt, gibt es jedoch zwei Ausnahmen: (i) Mutwillige bzw. vorsätzliche Falschaussagen können bei der Parteibefragung disziplinarisch (Art. 191 Abs. 2 ZPO) und im Rahmen einer Beweisaussage sogar strafrechtlich (Art. 192 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 306 StGB) geahndet werden;⁵⁸⁴ (ii) ausserdem kann die Mitwirkung bei der Abklärung der Abstammung eines Kindes zwangsweise durchgesetzt werden (Art. 296 Abs. 2 ZPO).⁵⁸⁵

- 277 Die Pflicht der Parteien zur aktiven Mitwirkung an der Sammlung des Prozessstoffes im Beweisverfahren gemäss Art. 160 Abs. 1 ZPO ist abzugrenzen von der allgemeinen Mitwirkungslast der Parteien bei der Sachverhaltsabklärung.⁵⁸⁶ Letztere umfasst im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime

busse oder Straffolgen gemäss Art. 292 StGB) oder direkte Zwangsmassnahmen nach sich, vgl. Art. 167 ZPO und vorne Rz. 47. Zu den einzelnen Zwangsmassnahmen bei einer unberechtigten Mitwirkungsverweigerung Dritter vgl. eingehend BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 474 ff.; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 167 N 4 ff.

⁵⁸¹ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Vorbemerkungen zu Art. 160–167 N 2 m.w.H. Vgl. dazu hinten Rz. 316 ff.

⁵⁸² HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 160 N 11.

⁵⁸³ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 187.

⁵⁸⁴ Vgl. dazu hinten Rz. 327 ff.

⁵⁸⁵ Vgl. DUMITRESCU, AJP 2017, S. 826 ff., wonach die Parteien in Abstammungsprozessen eine echte Mitwirkungspflicht trifft (Art. 296 Abs. 2 ZPO) und die zwangsweise Durchsetzung in Form von körperlichem Zwang in den Grenzen der Verhältnismässigkeit zulässig sein kann. Vgl. dazu auch BGer, 05.08.2016, 5A_492/2016, E. 3.3.2, wonach sich die Säumnisfolgen der verweigten Mitwirkungen in Abstammungsprozessen unmittelbar und mit der von der Verfassung geforderten Bestimmtheit aus dem Vollstreckungsrecht ergäben, welches in Art. 343 Abs. 3 ZPO die Inanspruchnahme polizeilicher Hilfe erlaubt.

⁵⁸⁶ WUILLEMIN, Beweisführungslast, Rz. 225 m.w.H.

aufseiten der beweisbelasteten Partei namentlich die Behauptungs- und Beweislast und aufseiten der nicht beweisbelasteten Partei insbesondere die Bestreitungs- und gegebenenfalls (Gegen-)Beweisführungslast.⁵⁸⁷ Darüber hinaus können neben den prozessualen Mitwirkungspflichten auch privatrechtliche Informationsbeschaffungspflichten im Sinne von Auskunft-, Editions- oder Abrechnungspflichten bestehen.⁵⁸⁸

II. Gegenstand

A. Aussagepflicht

Die Aussagepflicht gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. a ZPO verpflichtet die Parteien zur persönlichen Mitwirkung an der Beweiserhebung, indem sie gegenüber dem Gericht⁵⁸⁹ im Rahmen der Parteiaussage über ihre eigenen, sog. unmittelbaren Wahrnehmungen zu einer streitigen, relevanten Tatsachenbehauptung auszusagen haben.⁵⁹⁰ Diese Pflicht ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn eine Parteiaussage von der Gegenpartei beantragt wurde und eine Partei damit zur Stützung eines fremden Prozessesstandpunkts verpflichtet werden soll. 278

Bestandteil der Aussagepflicht ist zunächst die *persönliche Erscheinungspflicht*. Sofern das Gericht im Rahmen der Beweisverfügung die Parteiaussage als Beweismittel zulässt, wird die einzuvernehmende Partei in der Regel mittels einer von der Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO⁵⁹¹ separat erlassenen Beweisabnahmeverfügung zu einem nach Prozess, Ort und Datum bestimmten Verhandlungstermin vorgeladen.⁵⁹² Die Vorladung, welche eine 279

⁵⁸⁷ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 65 ff.

⁵⁸⁸ Vgl. statt vieler die Aufzählung bei MEIER, Zivilprozessrecht, S. 306 f. m.w.H.

⁵⁸⁹ Zur Befragung durch die Gegenpartei vgl. hinten Rz. 348 f.

⁵⁹⁰ Im Unterschied dazu können die Fragen im Rahmen der (verstärkten) gerichtlichen Fragepflicht gemäss Art. 56 bzw. Art. 247 Abs. 1 ZPO bei einer anwaltlich vertretenen Partei an die Rechtsvertretung gerichtet werden. Vgl. dazu vorne Rz. 155.

⁵⁹¹ Vgl. dazu vorne Rz. 30 f.

⁵⁹² Zu differenzieren ist zwischen der *Beweisverfügung*, welche die Beweisabnahme vorbereitet, indem die zugelassenen Beweismittel bezeichnet werden und be-

gesetzlich besonders geregelte Prozesshandlung des Gerichts darstellt (vgl. Art. 133 ff. ZPO), begründet dabei die Pflicht, zum angegebenen Zeitpunkt am angegebenen Ort persönlich zu erscheinen. Dabei hat eine Partei einer Vorladung auch dann Folge zu leisten, wenn sie glaubt, ein Aussageverweigerungsrecht zu haben.⁵⁹³ Das Gericht weist die Parteien im Rahmen der Vorladung in der Regel ausdrücklich auf diese Pflicht hin.⁵⁹⁴

- 280 Aufgrund des rechtlichen Gehörs⁵⁹⁵ hat die Befragung einer Partei grundsätzlich in *Anwesenheit der Gegenpartei* zu erfolgen. So sieht Art. 155 Abs. 3 ZPO denn auch ausdrücklich vor, dass die Parteien das Recht haben, an der Beweisabnahme teilzunehmen. Der Ausschluss der Gegenpartei ist nur unter der Voraussetzung von Art. 156 ZPO möglich, wenn es zur Wahrung schutzwürdiger Interessen der aussagenden Partei erforderlich ist. Da mit dem Ausschluss der Gegenpartei immer auch eine Beschneidung des rechtlichen Gehörs einhergeht, sollte eine solche auf das Nötigste beschränkt werden. Folglich kann es u.U. angezeigt sein, lediglich einen Teil der Befragung – z.B. die Befragung in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse – unter Ausschluss der Gegenpartei durchzuführen. Davon unberührt bleiben muss jedoch das Recht der Gegenpartei auf Einsichtnahme in das (allenfalls geschwärzte) Protokoll und die Stellung von Ergänzungsfragen.⁵⁹⁶ Nur auf

stimmt wird, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder Gegenbeweis obliegt (vgl. Art. 154 ZPO), sowie den *Anordnungen zur Umsetzung bzw. Vollstreckung* der Beweisverfügung (z.B. eine gerichtliche Vorladung gemäss Art. 133 ff. ZPO), was gelegentlich auch als Beweisverfügung im weiteren Sinne bezeichnet wird, vgl. OGer ZH, 02.02.2012, ZK 12 26, E. II.4 m.w.H.; vgl. dazu auch GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 154 N 1; GUYAN, ZZZ 2011/2012, S. 14 f.; LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 154 N 8 f.

⁵⁹³ Zu den Aussageverweigerungsrechten vgl. eingehend hinten Rz. 290 ff.

⁵⁹⁴ So enthalten z.B. die Vorladungen des KGer ZG regelmässig den folgenden Hinweis: «Eine Partei hat der Vorladung auch dann Folge zu leisten, wenn sie glaubt, ein Mitwirkungsverweigerungsrecht zu haben. Über das Vorliegen eines Verweigerungsrechtes entscheidet der Einzelrichter. Verweigert eine Partei die Mitwirkung unberechtigt, so berücksichtigt dies das Gericht bei der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO).»

⁵⁹⁵ Vgl. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO.

⁵⁹⁶ So in Bezug auf die Wahrung schutzwürdiger Interessen Dritter auch BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 215 m.w.H.

diese Weise ist die Wahrung der Parteirechte gewährleistet, insbesondere das Recht, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen.⁵⁹⁷

Aufgrund des *Öffentlichkeitsprinzips*⁵⁹⁸ ist die Befragung der Parteien – mit Ausnahme von Befragungen im Rahmen von familienrechtlichen Verfahren⁵⁹⁹ – grundsätzlich publikumsöffentlich. Der Ausschluss der Öffentlichkeit ist gemäss Art. 54 Abs. 3 ZPO lediglich dann möglich, wenn es das öffentliche Interesse oder das schutzwürdige Interesse der aussagenden Partei erfordern. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Ausschluss der Öffentlichkeit nur dort zulässig, wo überwiegende Gründe der staatlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit oder schützenswerte Interessen Privater dies vordringlich gebieten.⁶⁰⁰ Die Partei, welche sich auf ein schutzwürdiges Interesse beruft, hat dieses hinreichend zu substantzieren, d.h. darzulegen, inwiefern ein schutzwürdiges Interesse vorliegt, damit überhaupt erst eine Interessenabwägung vorgenommen werden kann.⁶⁰¹ 281

Der *Inhalt* der Aussagepflicht variiert nach Massgabe der zur Anwendung gelangenden Befragungsmethode.⁶⁰² Während sie sich beim artikulierten Verhör, d.h. einer Abfolge von Fragen und Antworten, allein in der Beantwortung von Fragen erschöpft, ist die Partei bei den anderen Befragungsmethoden darüber hinaus auch gehalten, in freier Rede alles zu erzählen, was sie über das Beweisthema weiss. Inhaltlich kann die Aussagepflicht daher so 282

⁵⁹⁷ Art. 232 Abs. 1 ZPO. Vgl. dazu hinten Rz. 368.

⁵⁹⁸ Vgl. Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 54 ZPO.

⁵⁹⁹ Vgl. Art. 54 Abs. 4 ZPO.

⁶⁰⁰ BGE 103 I 106, E. 8.1; BGE 119 Ia 99, E. 4a m.w.H. Kein schutzwürdiges Interesse in diesem Sinne bildet das blosser Unbehagen einer Partei, in einer öffentlichen Verhandlung oder in Anwesenheit bestimmter Personen, z.B. der Gegenpartei, auszusagen.

⁶⁰¹ Vgl. BGE 134 III 255, E. 2.3 ff., wonach das Bundesgericht im Rahmen einer Überprüfungsklage gemäss Art. 105 FusG zu beurteilen hatte, ob der Einsicht des Klägers in das im Fusionsbericht enthaltene Bewertungsgutachten das Geschäftsgeheimnis entgegenstehe und die Gesellschaft gestützt darauf die Edition des Bewertungsgutachtens verweigern könne; das Bundesgericht bestätigte die Editionsspflicht ohne Weiteres, nachdem die Gesellschaft ihr Geheimhaltungsinteresse nicht hinreichend substantziiert hatte.

⁶⁰² Zu den Befragungsmethoden vgl. hinten Rz. 350 ff.

wohl in der Mitteilung von Einzeltatsachen als auch in der Erstattung eines längeren Berichts bestehen.⁶⁰³

- 283 Die Aussagepflicht umfasst mithin auch die *Konfrontationspflicht*. Im Rahmen der Konfrontation werden der Partei die Aussagen eines Zeugen oder der Gegenpartei anlässlich einer direkten Gegenüberstellung vorgehalten. Dass die Parteien mit den Aussagen von Zeugen konfrontiert werden können, ist in Art. 174 ZPO ausdrücklich vorgesehen.⁶⁰⁴ Daneben ist jedoch auch die gegenseitige Konfrontation der Parteien möglich und nach BÜHLER sogar geboten.⁶⁰⁵

B. Wahrheitspflicht

- 284 Die ZPO sieht zunächst generell (Art. 160 Abs. 1 lit. a ZPO) und dann zusätzlich spezifisch für die beiden Beweismittel der Parteiaussage (Art. 191 Abs. 2 und Art. 192 Abs. 2 ZPO) vor, dass die Parteien *wahrheitsgemäss* auszusagen haben bzw. vom Gericht zur *Wahrheit* ermahnt werden müssen. Im Unterschied zu den im Rahmen des Behauptungsstadiums getätigten Aussagen sind die Parteien daher im Rahmen des Beweisverfahrens einer Wahrheitspflicht unterworfen.⁶⁰⁶
- 285 Obwohl die Wahrheitspflicht nach dem Wortlaut von Art. 160 Abs. 1 lit. a ZPO Bestandteil der Aussagepflicht bildet, hat sie im Grunde genommen einen eigenständigen Charakter. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass ihre Verletzung nicht als unberechtigte Mitwirkungsverweigerung gilt und damit zu beweisrechtlichen Nachteilen im Sinne von Art. 164 ZPO führt, sondern

⁶⁰³ Vgl. zum Zeugnis BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 212 m.w.H.

⁶⁰⁴ Vgl. dazu vorne Rz. 268.

⁶⁰⁵ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 74. Vgl. auch MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 37, wonach eine Konfrontation erfahrungsgemäss sehr oft zur Klärung der Verhältnisse führen kann.

⁶⁰⁶ Für das Behauptungsstadium sieht das Gesetz keine Wahrheitspflicht vor, weshalb grundsätzlich in Grenzen gelogen werden darf, solange falsches Behaupten bzw. Bestreiten nicht in bös- oder mutwilliger Prozessführung mündet (Art. 115 ZPO), vgl. dazu SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 160 N 5 unter Hinweis auf FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 50 N 17.

gemäss Art. 191 Abs. 2 und Art. 192 Abs. 2 ZPO disziplinar- oder strafrechtlich sanktioniert wird.

Massgebender Bezugspunkt der Wahrheit ist der objektive, d.h. in der Wirklichkeit liegende Sachverhalt, und nicht die jeweilige subjektive Überzeugung der Partei.⁶⁰⁷ Dies bedeutet, dass die Parteien ihre Wahrnehmungen zutreffend und vollständig darlegen müssen.⁶⁰⁸ Blosser Annahmen, vage Erinnerungen und Aussagen vom Hörensagen sind als solche zu deklarieren, andernfalls die Aussage als falsch gilt.⁶⁰⁹ Die Wahrheitspflicht wird folglich immer dann verletzt, wenn eine Partei ihre Wahrnehmungen vorsätzlich unvollständig, unrichtig bzw. in unter- oder übertriebener Form darstellt oder falsche Angaben zur Zuverlässigkeit ihrer Aussagen macht. Weiter wird gegen die Wahrheitspflicht verstossen, wenn zwar wahre Aussagen getätigt, dabei jedoch gleichzeitig wichtige Umstände verschwiegen werden, sodass das Gericht einen falschen Eindruck von der wirklichen Situation erhält.⁶¹⁰ Die Wahrheitspflicht wird überdies dann missachtet, wenn eine Partei merkt, dass das Gericht ihre Aussage missverstanden oder falsch gedeutet hat, sie es aber unterlässt, die Gerichtsperson darauf hinzuweisen.⁶¹¹ 286

III. Voraussetzungen

Die ZPO statuiert die Aussagepflicht der Parteien in Art. 160 Abs. 1 lit. a, ohne die Voraussetzungen für deren Entstehung bzw. Anordnung im Einzelfall ausdrücklich zu nennen. Diese ergeben sich somit lediglich indirekt aus den Anwendungsvoraussetzungen der Norm selbst. So setzt die Abnahme einer Parteiaussage zunächst grundsätzlich voraus, dass ein Beweisantrag⁶¹² und eine Beweisverfügung⁶¹³ gemäss Art. 154 ZPO vorliegen. Die zur Aus- 287

⁶⁰⁷ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 213.

⁶⁰⁸ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 4.5 unter Hinweis auf FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 50 N 5.

⁶⁰⁹ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 160 N 12.

⁶¹⁰ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 4.5 mit Hinweis auf BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 213.

⁶¹¹ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 213.

⁶¹² Zum Erfordernis eines Beweisantrags vgl. vorne Rz. 233 ff.

⁶¹³ Zur Beweisverfügung vgl. vorne Rz. 30 f.

sage verpflichtete Person muss überdies Prozesspartei sein und im Zeitpunkt ihrer Mitwirkung an der Beweiserhebung entweder volljährig im Sinne von Art. 14 ZGB oder als minderjährige Person vom Gericht gemäss Art. 160 Abs. 2 ZPO zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet worden sein.⁶¹⁴

- 288 Seitens des Gerichts muss zudem eine Anordnung gegenüber der einzunehmenden Person ergangen sein, welche den Gegenstand bzw. die Art der Mitwirkung bezeichnet, damit die verpflichtete Partei erkennen kann, wozu ihre Mitwirkung verlangt wird.⁶¹⁵ Des Weiteren muss das Gericht gemäss Art. 161 ZPO die Partei vor der Befragung über die Mitwirkungspflicht, das Verweigerungsrecht und die Säumnisfolgen aufgeklärt haben.⁶¹⁶ Zuletzt darf zudem kein Verweigerungsrecht im Sinne von Art. 163 ZPO vorliegen.

IV. Schranken

A. Allgemeines

- 289 Die Aussagepflicht der Parteien kann unter Umständen in Konflikt geraten mit gegenläufigen Interessen oder anderen Verpflichtungen (z.B. der Geheimhaltungspflicht), sodass sich die Frage des Vorrangs stellt.⁶¹⁷ Wo der Gesetzgeber im Rahmen der Güterabwägung die Interessen der Parteien stärker gewichtet als das Informationsinteresse des Gerichts, findet dies seinen Niederschlag in den Verweigerungsrechten, welche systematisch die Schranke jeder Mitwirkungspflicht bilden.⁶¹⁸ So schützen die Verweigerungsrechte einerseits vor Gewissens- und Loyalitätskonflikten und dienen überdies der Verwirklichung wichtiger, im öffentlichen Interesse liegender

⁶¹⁴ Art. 160 Abs. 2 ZPO. Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 67; VOUILLOZ, AJP 2009, S. 836.

⁶¹⁵ Zur gerichtlichen Vorladung vgl. Art. 133 ff. ZPO und vorne Rz. 279; HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 160 N 25.

⁶¹⁶ Zur gerichtlichen Aufklärungspflicht vgl. hinten Rz. 309 ff.

⁶¹⁷ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 4.69a.

⁶¹⁸ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 64.

Anliegen der Allgemeinheit.⁶¹⁹ Die ZPO regelt nur das Recht der Parteien, ihre Mitwirkung bei der Beweiserhebung zu verweigern. Hingegen äussert sie sich nicht dazu, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Partei verpflichtet ist, ihre Mitwirkung bei der Beweiserhebung zu verweigern. Eine solche Pflicht kann sich jedoch aus anderen gesetzlichen Normen ergeben.⁶²⁰

B. Aussageverweigerungsrechte im Einzelnen

1. Überblick

Wie die Mitwirkungspflichten⁶²¹ werden auch die Verweigerungsrechte der Parteien in Art. 163 f. ZPO beweismittelunabhängig geregelt, womit die entsprechenden Bestimmungen für alle Beweismittel gelten. Gemäss Art. 163 ZPO kann eine Partei die Aussage berechtigterweise nur aus zwei abschliessend aufgezählten Gründen verweigern,⁶²² nämlich (i) wenn sie eine ihr nahestehende Person der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung oder zivilrechtlichen Verantwortlichkeit aussetzen würde (Abs. 1 lit. a) oder (ii) wenn sie mit ihrer Aussage ein gesetzlich geschütztes Geheimnis verletzen würden (Abs. 1 lit. b und Abs. 2). Die Parteien geniessen somit lediglich ein *beschränktes Aussageverweigerungsrecht*, das sich ausschliesslich auf die in Art. 163 ZPO abschliessend genannten Tatbestände bezieht.⁶²³

⁶¹⁹ Wie z.B. dem unbelasteten Zusammenleben innerhalb der Familie oder der wirklichen Ausübung von Berufen, die auf Verschwiegenheit angewiesen sind, vgl. dazu BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 299.

⁶²⁰ So z.B. aus Art. 321 StGB, Art. 47 BankG oder Art. 148 Abs. 1 lit. k KAG.

⁶²¹ Vgl. dazu vorne Rz. 275 ff.

⁶²² GRONER, Beweisrecht, S. 232 f.; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 163 N 18; SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 163 N 3.

⁶²³ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 4.72; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 163 N 1; SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 163 N 3. Einer Drittperson kann demgegenüber ein umfassendes (Art. 165 ZPO) oder ein beschränktes (Art. 166 ZPO) Verweigerungsrecht zukommen. Das Verweigerungsrecht ist umfassend, wenn die betroffene Drittperson aufgrund einer besonders nahen persönlichen Beziehung zu einer Partei jede Mitwirkung verweigern darf.

2. Aussageverweigerungsrecht zum Schutz nahestehender Personen

a) Begriff der nahestehenden Person

291 Würde eine Partei eine ihr nahestehende Person durch ihre Aussage dem Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung oder einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit aussetzen, kann sie ihre Aussage verweigern. Art. 163 Abs. 1 lit. a ZPO verweist für den Begriff der nahestehenden Person auf die Umschreibung in Art. 165 ZPO. Demnach ist als nahestehende Person zu betrachten: (i) wer mit einer Partei verheiratet ist oder war oder mit ihr eine faktische Lebensgemeinschaft führt; (ii) wer mit einer Partei gemeinsame Kinder hat; (iii) wer mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert ist; (iv) die Pflegeeltern, die Pflegekinder und die Pflegegeschwister einer Partei; sowie (v) die für eine Partei als Vormund oder Beistand eingesetzte Person.⁶²⁴

b) Gefahr strafrechtlicher Verfolgung

292 Die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung besteht, wenn mit der Eröffnung, Ausdehnung oder Wiederaufnahme eines Strafverfahrens gegen eine nahestehende Person gerechnet werden muss.⁶²⁵ Unerheblich ist dabei, welcher Deliktskategorie die im Einzelfall verfolgte Straftat zuzuordnen ist. Es muss sich jedoch um ein Verfahren handeln, welches zur Ausfällung einer Strafe im Rechtssinn führen kann. Nach dem Gesetzeswortlaut besteht daher kein Aussageverweigerungsrecht, wenn bloss mit einer verwaltungsrechtlichen Sanktionierung bzw. mit einer disziplinarrechtlichen Verfolgung zu rechnen ist.⁶²⁶

293 Das Recht zur Aussageverweigerung einer Partei besteht bereits dann, wenn die blossе Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung einer nahestehenden

⁶²⁴ Vgl. auch Art. 165 Abs. 2 und 3 ZPO, wonach die eingetragene Partnerschaft der Ehe und die Stiefgeschwister den Geschwistern gleichgestellt sind.

⁶²⁵ Sofern die Strafbarkeit oder Verfolgbarkeit – etwa wegen Strafunmündigkeit des Täters oder Verjährung – ausgeschlossen ist, besteht jedoch keine Gefahr, vgl. RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 166 N 7.

⁶²⁶ Vgl. BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 366 ff. m.w.H.; HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 477; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 166 N 7.

Person droht. Dies ist anzunehmen, wenn aufgrund objektiv überprüfbarer Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die der Partei nahestehende Person mit einer Strafverfolgung rechnen muss.⁶²⁷ Dabei muss das Zivilgericht jedoch keine abschliessende Beurteilung der strafrechtlichen Vorfrage vornehmen.⁶²⁸ So kann insbesondere nicht die Preisgabe der möglicherweise zu verweigernden Aussage verlangt werden, um abschätzen zu können, ob ein Verweigerungsrecht vorliegt.⁶²⁹

c) Gefahr zivilrechtlicher Verantwortlichkeit

Der Begriff der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit umfasst alle privatrechtlichen Ansprüche, die bei der nahestehenden Person einen vermögensrechtlichen Nachteil bewirken können. Es kann sich insbesondere um Ansprüche schuldrechtlicher, haftungsrechtlicher oder bereicherungsrechtlicher Natur sowie um Ansprüche aus Sachen- oder Erbrecht handeln.⁶³⁰ Nach BRACHER ist der Begründung von Ansprüchen gegen die nahestehende Person der Verlust eigener Ansprüche gleichzustellen, da der Verlust eines bestehenden Anspruchs jemanden am Vermögen gleichermassen schädigen kann wie die Begründung neuer Ansprüche gegen ihn.⁶³¹

Wie bei der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung⁶³² genügt auch bei der Gefahr einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit die *Gefahr einer Inanspruchnahme*. Nicht erforderlich ist demnach ein mit Sicherheit zu erwartender Vermögensschaden bei der nahestehenden Person, vielmehr genügt die Befürchtung, dass ein solcher Nachteil eintreten könnte.⁶³³ Die Gefahr einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme muss jedoch konkret sein, was dann zutrifft, wenn bei der Mitwirkung Beweisdaten offengelegt werden müssten, die unmittelbar einen Anspruch gegen die nahestehende Person begründen

⁶²⁷ HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 163 N 9; HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 477.

⁶²⁸ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 478; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 166 N 6.

⁶²⁹ KAUFMANN, Beweisführung, S. 71.

⁶³⁰ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 479.

⁶³¹ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 369, welcher als Beispiel den Verlust oder die Herabsetzung eines Unterhaltsanspruches gemäss Art. 129 ZGB nennt.

⁶³² Vgl. dazu vorne Rz. 292 f.

⁶³³ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 480; BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 370.

oder einen bestehenden Anspruch untergehen lassen würden. Eine bloss entfernte Möglichkeit, dass ein Vermögensschaden eintritt, genügt hingegen nicht.⁶³⁴

3. Aussageverweigerungsrecht zur Wahrung eines gesetzlich geschützten Geheimnisses

a) Wahrung eines Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB

296 Gemäss Art. 163 Abs. 1 lit. b ZPO kann eine Partei ihre Aussage verweigern, wenn sie sich damit wegen Verletzung eines Geheimnisses nach Art. 321 StGB strafbar machen würde.⁶³⁵ Damit wird der strafrechtlich sanktionierten Geheimhaltungspflicht der in Art. 321 StGB (abschliessend) aufgezählten Berufsgruppen Rechnung getragen. Von dieser Bestimmung werden grundsätzlich sämtliche Geheimnisse erfasst, die den entsprechenden Berufspersonen infolge ihres Berufs anvertraut worden sind oder sie im Rahmen ihrer Berufsausübung wahrgenommen haben.⁶³⁶ Kein Aussageverweigerungsrecht besteht hingegen, wenn die Partei das Geheimnis nicht aufgrund ihrer beruf-

⁶³⁴ So begründet bspw. die allgemeine Gefahr des Verlusts von Kundenbeziehungen wegen des Zwangs zur Offenlegung von Geschäftspraktiken oder wegen einer politischen Haltung kein Aussageverweigerungsrecht, vgl. BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 370 und Fn. 930 m.w.H.

⁶³⁵ Vgl. Art. 321 Abs. 1 StGB: «Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, Patentanwälte, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren, Apotheker, Hebammen, Psychologen sowie ihre Hilfspersonen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, werden, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Ebenso werden Studierende bestraft, die ein Geheimnis offenbaren, das sie bei ihrem Studium wahrnehmen. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung der Berufsausübung oder der Studien strafbar.» Zu den einzelnen Berufsgruppen vgl. eingehend RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 166 N 13 ff. m.w.H. Vgl. jedoch Art. 163 Abs. 1 lit. b ZPO, wonach den Revisoren dieses Verweigerungsrecht nicht zusteht. Diese sind daher grundsätzlich mitwirkungspflichtig, sofern sie nicht überwiegende Geheimhaltungsinteressen dartun und ihnen demnach ein Verweigerungsrecht gemäss Art. 163 Abs. 2 ZPO zusteht. Vgl. HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 482 m.w.H.

⁶³⁶ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 166 N 22; BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 387.

lichen Funktion erfahren hat, sondern bloss als Privatperson oder im Zusammenhang mit einer politischen, sozialen oder anderen nicht berufsspezifischen Tätigkeit.⁶³⁷

Das Aussageverweigerungsrecht wird jedoch relativiert, wenn eine Partei 297 einer Anzeigepflicht unterliegt oder von der Geheimhaltungspflicht entbunden wurde.⁶³⁸ Diesfalls muss sie grundsätzlich an der Beweiserhebung mitwirken. Einzig Anwälte und Geistliche sind auch nach Entbindung von der Geheimhaltungspflicht nicht verpflichtet, mitzuwirken.⁶³⁹ Das Aussageverweigerungsrecht bleibt jedoch trotz Entbindung oder Anzeigepflicht bestehen, wenn die Partei glaubhaft zu machen vermag, dass das Interesse an der Geheimhaltung jenes der Wahrheitsfindung überwiegt.⁶⁴⁰ An das Glaubhaftmachen sind dabei keine hohen Anforderungen zu stellen, weil sonst die Gefahr einer teilweisen Preisgabe des Geheimnisses bestünde.⁶⁴¹

b) Wahrung weiterer gesetzlich geschützter Geheimnisse

Sofern eine Partei ein gesetzlich geschütztes Geheimnis zu wahren hat, das 298 nicht von Art. 163 Abs. 1 lit. b ZPO erfasst ist, ist sie grundsätzlich mitwirkungs- und damit aussagepflichtig. Sofern sie jedoch glaubhaft macht, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt, steht ihr gestützt auf Art. 163 Abs. 2 ZPO im Sinne eines Auffangtatbestands dennoch ein Aussageverweigerungsrecht zu.⁶⁴² Das Gericht muss

⁶³⁷ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 166 N 22.

⁶³⁸ So ausdrücklich Art. 163 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO. Vgl. auch BGE 97 II 369 zur Entbindung eines Arztes von seinem Berufsgeheimnis.

⁶³⁹ Vgl. Art. 163 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO.

⁶⁴⁰ Vgl. Art. 163 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO. Vgl. Botschaft ZPO, S. 7319, wonach dabei an den Fall zu denken ist, dass der Geheimnisherr – selber in Unkenntnis der vollen Wahrheit – sich der Folgen einer Entbindung nicht bewusst ist: So braucht ein Arzt die Diagnose einer tödlichen Krankheit nicht offenzulegen, wenn zu befürchten ist, dass der Patient dadurch psychisch schwerst belastet würde.

⁶⁴¹ Botschaft ZPO, S. 7319; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.70; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 72.

⁶⁴² Zum Auffangtatbestand von Art. 163 Abs. 2 ZPO vgl. RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 166 N 24.

dabei das Geheimhaltungsinteresse gegen das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung abwägen, wobei es bei der Gewichtung der Interessen auf die Bedeutung des zu erhebenden Beweismittels für die Wahrheitsfindung im konkreten Prozess ankommt.⁶⁴³

4. Kein Aussageverweigerungsrecht zum Schutz vor Selbstbelastung

- 299 Im Unterschied zu Dritten sieht das Gesetz für die Parteien kein Verweigerungsrecht vor, um sich selbst vor der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung oder zivilrechtlichen Haftung zu schützen.⁶⁴⁴ Eine Partei ist folglich auch dann zur Aussage verpflichtet, wenn sie sich damit straf- oder zivilrechtlich belasten muss. Entsprechend ist es der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, dass aus dem Schweigen einer Partei nachteilige Schlüsse zulasten der verweigernden Partei gezogen werden dürfen.⁶⁴⁵
- 300 Dass eine Partei die Aussage nicht verweigern darf, um sich selber vor *zivilrechtlichen* Ansprüchen bzw. vor einem Prozessverlust zu schützen, wurde im Gesetzgebungsverfahren nie ernsthaft infrage gestellt. Die Nichtgewährung eines solchen Verweigerungsrechts erscheint denn auch sachgerecht.⁶⁴⁶

⁶⁴³ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 484 mit Hinweis auf ZR 99 Nr. 40. Vgl. auch BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 418, wonach mithin die Frage wesentlich ist, ob der Beweisanspruch des Beweisführers auch auf andere Weise geschützt werden könnte.

⁶⁴⁴ Vgl. zum Verweigerungsrecht Dritter Art. 166 Abs. 1 lit. a ZPO: «Eine dritte Person kann die Mitwirkung verweigern: (lit. a) zur Feststellung von Tatsachen, die sie [...] der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder zivilrechtlicher Verantwortlichkeit aussetzen würde.» Anders wohl KAUFMANN, Beweisführung, S. 70 f., welcher ein Aussageverweigerungsrecht zum Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung oder zivilrechtlicher Haftung auch für die Parteien zulässt.

⁶⁴⁵ Vgl. dazu auch Botschaft ZPO, S. 7317: «Wenn das Gericht aus einem betretenen (aber unberechtigten) Schweigen einer Partei keine Rückschlüsse ziehen dürfte, könnten insbesondere Verantwortlichkeits-, Haftpflicht- oder konkursrechtliche Anfechtungsprozesse nicht mehr erfolgreich geführt werden.»

⁶⁴⁶ HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 163 N 16; LEUENBERGER, FS Bühler, S. 62. Vgl. dazu auch EDELMANN, Komm. aZPO/AG, § 266 N 2, wonach eine beklagte Partei ihre Aussage in einem Forderungsstreit nicht mit der Begründung verweigern kann, dass die wahrheitsgemässe Antwort zum Prozessverlust führen würde.

Hingegen sah der Vorentwurf der Expertenkommission in Bezug auf den Schutz vor *strafrechtlicher* Verfolgung ein entsprechendes Verweigerungsrecht der Parteien vor.⁶⁴⁷ Dagegen erhob sich in der Vernehmlassung massive Kritik:⁶⁴⁸ Zahlreiche Vernehmlassungsadressaten argumentierten, eine Partei dürfe sich nicht auf eigenes Unrecht abstützen und durch die Verweigerung der Mitwirkung Vorteile im Beweisverfahren erlangen. Es gehe nicht an, dass sich eine Partei, die sich nur zivilrechtlich unrechtmässig verhalten habe, aufgrund der Mitwirkungspflicht selber belasten und ihre Prozesschancen kompromittieren müsse, wogegen eine Partei, die sich auch noch strafrechtlich verfehlt habe, jede Mitwirkung verweigern und dadurch die Prozesschancen der Gegenpartei verringern könne.⁶⁴⁹ Insbesondere dort, wo der strafrechtliche Tatbestand (z.B. Bilanzfälschung) in engem Konnex zum Gegenstand des Zivilprozesses (z.B. Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages) stehe, könnte die ins Recht gefasste Partei unter Berufung auf eine drohende Strafverfolgung jede Auskunft verweigern. Weil es sich dabei um eine berechnete Verweigerung handle, könnte das Gericht dagegen nichts unternehmen.⁶⁵⁰ Aufgrund dieser massiven Kritik wurde im Entwurf auf ein Verweigerungsrecht der Parteien zum Selbstschutz komplett verzichtet, d.h. auch zum Selbstschutz vor strafrechtlicher Verfolgung, was in den parlamentarischen Beratungen zu keiner Diskussion Anlass gab.⁶⁵¹

Im Fehlen eines Verweigerungsrechts zum Selbstschutz vor *strafrechtlicher* 301 Verfolgung sieht ein Teil der Lehre einen Verstoss gegen die verfassungs- und konventionsrechtlich garantierte, strafprozessuale Unschuldsvermutung,⁶⁵² welche das Recht beinhaltet, ohne Nachteil nicht gegen sich selbst

⁶⁴⁷ Vgl. Art. 155 Abs. 1 lit. a VE ZPO: «Eine Partei kann die Mitwirkung verweigern, wenn: (lit. a) *sie sich* oder eine ihr nahe stehende Person der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würde.»

⁶⁴⁸ Vernehmlassungen ZPO, S. 413 ff. Vgl. dazu auch MEIER, Vorentwurf, S. 41 ff.

⁶⁴⁹ Vgl. hierzu insbesondere die Vernehmlassung der Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz (DJS) in Vernehmlassungen ZPO, S. 414 f.

⁶⁵⁰ HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 163 N 2.

⁶⁵¹ Vgl. hierzu auch die Regelungen in Art. 40 und 65 Abs. 2 BZP sowie Art. 55 BGG, welche ebenfalls kein Verweigerungsrecht zum Selbstschutz vor strafrechtlicher Verfolgung vorsehen.

⁶⁵² Das Recht, sich nicht selbst mit Aussagen belasten zu müssen und zu schweigen, ist in Art. 14 Ziff. 3 lit. g IPBPR ausdrücklich festgehalten. In der EMRK findet

aussagen zu müssen und zu schweigen (*nemo tenetur se ipsum accusare*).⁶⁵³ Es könne daher nicht angehen, dass im Zivilprozess Druck auf eine Partei ausgeübt werden darf, sich selber strafrechtlich zu beschuldigen, wenn dies im Strafprozess ausgeschlossen sei.⁶⁵⁴

- 302 Trotz dieser Bedenken ist aber gestützt auf den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut und die Materialien davon auszugehen, dass den Parteien im Anwendungsbereich der ZPO in solchen Fällen ein Aussageverweigerungsrecht verwehrt ist. Der Gesetzgeber ist in diesem Punkt ausdrücklich vom Vorentwurf abgewichen, weil das Zivilgericht aus dem Schweigen einer Partei beweisrechtliche Rückschlüsse muss ziehen dürfen.⁶⁵⁵ Im Zivilprozess soll sich daher eine Partei nicht beweisrechtliche Vorteile zulasten der beweisbelasteten Gegenpartei verschaffen können, weil sie sich deliktisch verhalten hat.⁶⁵⁶ Aus einer (unberechtigten) Aussageverweigerung zum Selbstschutz kann denn auch kein Geständnis und kein Indiz hinsichtlich eines strafbaren Verhaltens herausgefiltert werden, denn was im Zivilprozess eine unerlaubte Aussageverweigerung darstellt, kann im Strafverfahren nicht mehr sein als eine berechnete Aussageverweigerung.⁶⁵⁷ Eine Verletzung des Grundsatzes,

sich zwar keine unmittelbar positiv-rechtliche Normierung des *Nemo-tenetur*-Grundsatzes. Dieser wird aber als *privilege against self-incrimination* ausdrücklich anerkannt und stellt nach Ansicht des EGMR einen international respektierten Grundsatz dar, der den Kern eines fairen Verfahrens im Sinne von Art. 6 EMRK ausmacht. Vgl. dazu BGE 130 I 126, E. 2; ENGLER, Basler Komm. StPO, Art. 113 N 3 m.w.H. Vgl. auch Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 10, 113 Abs. 1 und 158 Abs. 1 lit. b StPO.

⁶⁵³ SCHWANDER, FS Sutter-Somm, S. 577; LEUENBERGER, FS Bühler, S. 62 f.; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 163 N 17; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 163 N 6; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 73.

⁶⁵⁴ LEUENBERGER, FS Bühler, S. 62 f.

⁶⁵⁵ Botschaft ZPO, S. 7317, abgedruckt vorne in Fn. 645.

⁶⁵⁶ GASSER/RICKLI, Art. 164 ZPO N 6; HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 164 N 6. Vgl. dazu auch BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 41, wonach der Bundesrat mit dem Verzicht auf ein Verweigerungsrecht der Parteien zum Selbstschutz vor strafrechtlicher Verfolgung «ins Schwarze getroffen» hat.

⁶⁵⁷ SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 163 N 2. Vgl. Art. 113 Abs. 1 StPO, wonach sich eine beschuldigte Person nicht selbst belasten muss und namentlich das Recht hat, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern.

dass sich niemand selbst belasten muss, liegt damit nicht vor.⁶⁵⁸ Die (unberechtigte) Aussageverweigerung zum Selbstschutz hat gemäss Art. 164 ZPO lediglich beweisrechtliche Nachteile bei der Beweiswürdigung zur Folge. Diese Sanktion fällt jedoch nicht unter die strafprozessualen Verfahrensgarantien von Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK.⁶⁵⁹

C. Geltendmachung des Aussageverweigerungsrechts

Ein Verweigerungsrecht stellt eine Partei nicht von Gesetzes wegen von der Aussagepflicht frei, sondern nur dann, wenn sie es ausübt.⁶⁶⁰ Sofern eine Partei ihre Aussage gestützt auf Art. 163 ZPO verweigern will, muss sie sich daher gegenüber dem Gericht ausdrücklich darauf berufen. Der Sachverhalt, der ein Verweigerungsrecht im Sinne von Art. 163 ZPO begründet, muss dabei in dem Zeitpunkt gegeben sein, in dem sich die Partei auf ihr Aussageverweigerungsrecht beruft.⁶⁶¹

Mangels einer entsprechenden gesetzlichen Regelung bedarf die Erklärung grundsätzlich keiner besonderen Form und kann daher sowohl schriftlich wie auch mündlich erfolgen. Da die Parteien der Vorladung jedoch auch dann Folge zu leisten haben, wenn sie glauben, ein Verweigerungsrecht zu haben,⁶⁶² haben sie die Verweigerungserklärung im Allgemeinen mündlich vor den Schranken des Gerichts abzugeben.⁶⁶³ Die Partei hat das Bestehen des Verweigerungsrechts zu substantiieren und im Bestreitungsfall nachzuweisen.⁶⁶⁴ Dabei genügt das reduzierte Beweismass des Glaubhaftmachens, weil

⁶⁵⁸ SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 163 N 2.

⁶⁵⁹ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 41; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 163 N 2; SCHWEIZER, Comm. CPC, Art. 192 N 9 f.; GASSER/RICKLI, Art. 164 ZPO N 6.

⁶⁶⁰ So auch zum Verweigerungsrecht Dritter BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 324.

⁶⁶¹ HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 162 N 5.

⁶⁶² Vgl. dazu vorne Rz. 279.

⁶⁶³ Zur Ausübung des Verweigerungsrechts von Zeugen vgl. BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 456 ff.

⁶⁶⁴ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 460; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 163 N 20; HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 162 N 12.

ansonsten das Verweigerungsrecht ausgehöhlt würde.⁶⁶⁵ Die Ausübung des Verweigerungsrechts ist von Gesetzes wegen nicht an eine bestimmte Frist gebunden und damit grundsätzlich jederzeit möglich. Sofern sich eine Partei jedoch erst während oder nach der Parteiaussage auf ein Verweigerungsrecht beruft, bleiben ihre bis zu diesem Zeitpunkt getätigten Aussagen verwertbar.⁶⁶⁶

- 305 Die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit einer Partei ein Aussageverweigerungsrecht zusteht, entscheidet das Gericht nach Vornahme der hierfür notwendigen Abklärungen.⁶⁶⁷ Soweit diese Abklärungen der Mitwirkung der betroffenen Partei bedürfen, ist sie zur Mitwirkung verpflichtet.⁶⁶⁸ Der diesbezügliche Entscheid des Gerichts betrifft den Gang des Verfahrens und hat damit den Charakter einer prozessleitenden Verfügung. Die Parteien können einen solchen Entscheid gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO folglich nur bei einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil selbstständig mit Beschwerde anfechten.⁶⁶⁹ Andernfalls können sie den Entscheid erst zusammen mit dem Endentscheid anfechten.⁶⁷⁰

⁶⁶⁵ Botschaft ZPO, 7318; SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 163 N 7; BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 460. *Glaubhaft* gemacht ist der Sachverhalt, auf den sich das Aussageverweigerungsrecht stützt, wenn für sein Vorhandensein eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, auch wenn damit gerechnet werden muss, dass er sich nicht verwirklicht haben könnte, vgl. BGE 132 III 715, E. 3.1; BGE 130 III 321, E. 3.3; BGE, 10.06.2010, 5A _126/2010, E. 6.2.

⁶⁶⁶ KAUFMANN, Beweisführung, S. 72. So auch ausdrücklich Art. 175 Abs. 2 StPO für die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts im Strafprozess.

⁶⁶⁷ Sofern das Gericht über die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen verfügt, kann es sogleich durch prozessleitende Verfügung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Verweigerungsrechts befinden. Dem Gericht bleibt es jedoch unbenommen, zuvor über die tatsächlichen Voraussetzungen der Aussageverweigerungsberechtigung Beweis abzunehmen, vgl. BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 462; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 163 N 20; HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 162 N 12.

⁶⁶⁸ HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 160 N 26.

⁶⁶⁹ Denkbar ist dies bspw. dann, wenn einer Partei in hohem Alter oder schlechtem Gesundheitszustand ein streitiges Aussageverweigerungsrecht zuerkannt wird und die Gegenpartei damit u.U. Gefahr läuft, ihren Beweisanspruch zu verlieren.

⁶⁷⁰ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 469 Fn. 1180.

D. Folgen der berechtigten Aussageverweigerung

Gemäss Art. 162 ZPO darf das Gericht aus einer *berechtigten* Mitwirkungsverweigerung nicht auf die zu beweisende Tatsache schliessen.⁶⁷¹ Der Tatbestand von Art. 162 ZPO umfasst dabei drei Elemente, welche kumulativ erfüllt sein müssen, damit bei einer Aussageverweigerung seitens einer Partei die vorgesehene Rechtsfolge eintreten kann. Erstens muss sich die Partei, welche grundsätzlich zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung gehalten ist, dem Gericht gegenüber auf ein Verweigerungsrecht im Sinne von Art. 163 ZPO berufen. Zweitens muss bei dieser Partei tatsächlich ein Sachverhalt vorliegen, der ein Verweigerungsrecht im Sinne von Art. 163 ZPO begründet. Drittens muss dieser Sachverhalt in dem Zeitpunkt gegeben sein, in dem sich die Partei auf ihr Verweigerungsrecht beruft.⁶⁷² 306

Sofern der Tatbestand von Art. 162 ZPO erfüllt ist, dürfen aus einer Aussageverweigerung unter keinen Umständen negative Schlüsse gezogen werden, «weil sonst das Schweigerecht illusorisch wäre».⁶⁷³ Auch wenn im Einzelfall die Vermutung naheliegen kann, dass eine Partei ihre Aussage u.a. auch deshalb verweigert, weil sie mit einer wahrheitsgemässen Aussage einen Prozessverlust riskieren würde, darf eine solche Überlegung bei einer *berechtigten* Aussageverweigerung keinesfalls der gerichtlichen Beweiswürdigung zugrunde gelegt werden. 307

Nicht unter das Verwertungsverbot von Art. 162 ZPO fallen hingegen alle Aussagen, welche die aussageverweigernde Partei gegenüber anderen Personen getätigt hat, sofern diese Aussagen selbst – aufgrund der unmittelbaren Wahrnehmung durch die andere Person – Beweisgegenstand bilden und damit im Rahmen einer Zeugeneinvernahme oder einer Parteiaussage als Beweismittel bei diesen Personen erhoben werden können.⁶⁷⁴ 308

⁶⁷¹ Botschaft ZPO, S. 7316.

⁶⁷² Vgl. dazu vorne Rz. 303.

⁶⁷³ HAUSER, FS Kummer, S. 628. So auch RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 162 N 2. Vgl. aber LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, Art. 237 N 2, wonach im Rahmen der Beweiswürdigung das *allgemeine Verhalten* einer Partei im Prozess dennoch berücksichtigt werden darf.

⁶⁷⁴ FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 164 N 6; HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 162 N 8.

§ 14 Gerichtliche Aufklärungspflicht

I. Allgemeines

Mangels Prozesserfahrung kennen die Parteien die im Rahmen der Beweis- 309
erhebung geltenden Rechte und Pflichten oftmals nicht umfassend. Das Ge-
richt muss sie daher gemäss Art. 161 Abs. 1 ZPO klar und vollständig über
ihre Mitwirkungspflicht, das Verweigerungsrecht sowie die Säumnisfolgen
orientieren.⁶⁷⁵ Dass die Partei ihre Mitwirkungspflichten und Verweigerungs-
rechte allenfalls bereits kennt oder anwaltlich vertreten ist, entbindet das
Gericht nicht von dieser Aufklärungspflicht.⁶⁷⁶ Seitens der Parteien darf
keine Ungewissheit darüber bestehen, ob sie am Beweisverfahren mitwirken
müssen oder nicht. Insbesondere über die infrage kommenden Verweige-
rungsrechte hat sie das Gericht daher detailliert aufzuklären.⁶⁷⁷ Die Parteien
sind vom Gericht zudem über die Säumnisfolgen, d.h. die Rechtsfolgen einer
unberechtigten Mitwirkungsverweigerung, aufzuklären.⁶⁷⁸ Nur dann können
sie die Folgen einer Verletzung der Mitwirkungspflicht abschätzen.⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ Botschaft ZPO, S. 7316.

⁶⁷⁶ So sieht Art. 161 ZPO insbesondere keine Beschränkung der gerichtlichen Auf-
klärungspflicht auf nicht anwaltlich vertretene Personen vor (anders z.B. Art. 97
ZPO: «Das Gericht klärt *die nicht anwaltlich vertretene Partei* über die mut-
massliche Höhe der Prozesskosten sowie über die unentgeltliche Rechtspflege
auf.)). Vgl. auch SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 161 N 5 mit Hinweis auf
FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 164 N 3b, und HASENBÖHLER,
Beweisrecht, Rz. 4.194, wonach die anwaltliche Vertretung oder Begleitung
noch keine absolute Gewähr dafür bietet, dass der Klient hinreichende Kenntnis
von den ihm zustehenden Rechten und Pflichten hat. A.M. RÜETSCHLI, Berner
Komm. ZPO II, Art. 161 N 7.

⁶⁷⁷ HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 161 N 6.

⁶⁷⁸ Zum Begriff vgl. hinten Rz. 314.

⁶⁷⁹ HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 161 N 6.

II. Gegenstand der Aufklärung bei der Parteiaussage

A. Aufklärung über die Aussagepflicht

- 310 Sofern seitens des Gerichts die Abnahme einer Parteiaussage beabsichtigt wird, hat es die Parteien gemäss Art. 133 lit. e ZPO in der Vorladung über die geplante Prozesshandlung zu informieren und die Parteien auf ihre *persönliche Erscheinungspflicht* hinzuweisen.⁶⁸⁰
- 311 Vor der Durchführung der Befragung sind die Parteien vom Gericht darauf hinzuweisen, dass sie *zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet* sind (Art. 160 Abs. 1 ZPO). In Bezug auf die Parteiaussage hat das Gericht die Parteien überdies ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sie *wahrheitsgemäss auszusagen* haben.⁶⁸¹ Dieser Aufklärungspflicht hat das Gericht unabhängig davon nachzukommen, ob die Parteiaussage von einer Partei für sich selbst oder von der Gegenpartei beantragt wurde. Die Parteien sind auch dann vom Gericht zur Wahrheit zu ermahnen, wenn sie anwaltlich vertreten sind.⁶⁸²

B. Aufklärung über das Aussageverweigerungsrecht

- 312 Sofern mehrere der in Art. 163 ZPO vorgesehenen Verweigerungsrechte in Betracht fallen,⁶⁸³ müssen diese im Rahmen der gerichtlichen Aufklärungspflicht kumulativ erwähnt werden.⁶⁸⁴ Die Parteien sind über die infrage kommenden Verweigerungsrechte klar und detailliert aufzuklären, wobei die Aufklärung in einer für den rechtsunkundigen Laien verständlichen Sprache

⁶⁸⁰ Für die Form und den Zeitpunkt der Aufklärung vgl. hinten Rz. 334 ff.

⁶⁸¹ Die ZPO sieht zunächst generell (Art. 160 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 161 Abs. 1) und dann zusätzlich für die beiden Beweismittel der Parteiaussage (Art. 191 Abs. 2 und Art. 192 Abs. 2) vor, dass die Parteien vor der Befragung über die Wahrheitspflicht aufzuklären sind bzw. zur Wahrheit ermahnt werden müssen.

⁶⁸² Vgl. dazu vorne Rz. 309.

⁶⁸³ Zu den einzelnen Aussageverweigerungsrechten der Parteien vgl. vorne Rz. 290 ff.

⁶⁸⁴ HIGL, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 161 N 12; SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 161 N 7. Nicht nötig ist dagegen, sämtliche gesetzlich vorgesehenen Verweigerungsrechte aufzuzählen, vgl. SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 161 N 2.

zu erfolgen hat.⁶⁸⁵ Ein blosses Vorlesen der relevanten Gesetzesbestimmungen, deren Inhalt und Tragweite einem Laien nicht zugänglich sind, genügt dabei nicht.⁶⁸⁶ Hingegen genügt ein allgemeiner Hinweis auf das Verweigerungsrecht zum Schutz von Berufsgeheimnissen und anderen gesetzlich geschützten Geheimnissen. Einer einzuvernehmenden Partei ist zumutbar, dass sie Kenntnis ihres konkreten Berufsgeheimnisses hat und aus eigener Initiative ein allfälliges Verweigerungsrecht als Geheimnisträger geltend machen kann.⁶⁸⁷

313
Sofern seitens der einzuvernehmenden Partei nach der Orientierung ein Verweigerungsrecht geltend gemacht wird, obliegt dem Gericht eine gewisse *Prüfungspflicht*.⁶⁸⁸ Bevor das Gericht die Weigerung zurückweist, ist der Partei Gelegenheit zu geben, die allfälligen Verweigerungsgründe darzulegen, aufgrund deren sie die Aussage zu verweigern gedenkt.⁶⁸⁹

C. Aufklärung über die Folgen der unberechtigten Mitwirkungsverweigerung

1. Allgemeines

314
Die Parteien sind gemäss Art. 161 Abs. 1 ZPO – neben der Mitwirkungspflicht und dem Verweigerungsrecht – auch über die Säumnisfolgen aufzu-

⁶⁸⁵ HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 161 N 6.

⁶⁸⁶ So ist die Wendung «Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder zivilrechtlicher Verantwortlichkeit» gemäss Art. 163 Abs. 1 lit. a ZPO für einen Laien sinnvollerweise so zu umschreiben, dass die Partei die Aussage verweigern kann, wenn diese bei einer nahestehenden Person «zu einer Bestrafung oder zu einem Schaden» führen könnte, vgl. RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 36 und 38 m.w.H.

⁶⁸⁷ Vgl. auch RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 39, welcher darauf hinweist, dass diesfalls ohnehin mittels informativer Befragung abgeklärt werden muss, ob überhaupt ein Aussageverweigerungsrecht gemäss Art. 163 Abs. 1 lit. b oder Art. 163 Abs. 2 ZPO besteht.

⁶⁸⁸ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 161 N 2. Vgl. zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten der ZPO FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 164 N 5 mit Hinweis auf BGE 91 I 200, E. 1 f. und OGer ZH, SJZ 1956, S. 92 Nr. 46.

⁶⁸⁹ SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 161 N 9; RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 161 N 2.

klären. Damit sind jedoch nicht nur die Säumnisfolgen von Art. 147 Abs. 2 ZPO gemeint, welche für eine Partei gelten, die eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder nicht zu einem Termin erscheint.⁶⁹⁰ Vielmehr werden davon allgemein die Sanktionen bzw. *Folgen der unberechtigten Mitwirkungsverweigerung* erfasst. So sah zwar bereits der Wortlaut von Art. 158 E ZPO den Begriff *Säumnisfolgen* vor, jedoch führte die Botschaft diesbezüglich das Folgende aus:⁶⁹¹ «Die Prozessbeteiligten sind über ihre Mitwirkungspflicht, über die möglichen Verweigerungsrechte und *Sanktionen* aufzuklären (Art. 158 Abs. 1).» Auch unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik und der Einordnung von Art. 161 ZPO im 2. Kapitel des Beweisrechts können sämtliche Sanktionen der unberechtigten Mitwirkungsverweigerung Gegenstand der Säumnisfolgen im Sinne von Art. 161 Abs. 1 ZPO sein. Entsprechend sind die Parteien vor der Befragung mittels Parteiaussage über die Säumnisfolgen sowie die Folgen einer unberechtigten Aussageverweigerung und einer Verletzung der Wahrheitspflicht aufzuklären.⁶⁹²

2. Säumnis

- 315 Die Erscheinungspflicht der Partei kann nicht mit Zwang durchgesetzt werden. Dies gilt auch dann, wenn das Gericht den Sachverhalt aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes von Amtes wegen festzustellen hat.⁶⁹³ Die Partei, die nicht zum angesetzten Termin erscheint, ist zunächst säumig im Sinne von Art. 147 Abs. 1 ZPO.⁶⁹⁴ Anders als gewisse kantonale Zivilprozessordnungen sieht das Gesetz keine ausdrückliche Wartezeit bzw. Respektstunde vor. Als Grundsatz tritt die Säumnis somit unverzüglich ein, wenn die Partei nicht pünktlich zu der in der Vorladung genannten Zeit erscheint. Um dem verfassungsmässigen Verbot des überspitzten Formalismus sowie dem Verhältnismässigkeitsgebot Rechnung zu tragen, tolerieren die Gerichte aber in Anlehnung an die bisherigen kantonalen Regelungen in der Regel kleinere

⁶⁹⁰ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 42. Zur Verletzung der Erscheinungspflicht vgl. dazu sogleich Rz. 315.

⁶⁹¹ Botschaft ZPO, S. 7316.

⁶⁹² Zur Aussage- und Wahrheitspflicht vgl. vorne Rz. 278 ff.

⁶⁹³ WILLISEGGER, Grundstruktur, S. 130.

⁶⁹⁴ Zur Präklusivwirkung der Säumnis vgl. Art. 147 Abs. 2 ZPO. Vgl. dazu eingehend SCHEIWILLER, Säumnisfolgen, Rz. 24 ff.

Verspätungen der Parteien von 15 bis 30 Minuten.⁶⁹⁵ Sofern die Partei überhaupt nicht zum Termin erscheint, kann dies überdies Kostenfolgen (Art. 108 ZPO) oder sogar eine Ordnungsbusse zur Folge haben, da das Nichterscheinen am Termin regelmässig eine Störung des Geschäftsganges darstellt (Art. 128 Abs. 1 ZPO).⁶⁹⁶ Das Gericht hat die Parteien im Rahmen der gerichtlichen Vorladung ausdrücklich auf die Säumnisfolgen hinzuweisen.⁶⁹⁷

3. Unberechtigte Aussageverweigerung

a) Begriff

Sofern eine Partei ihre Aussage verweigert, ohne dass ihr ein Aussageverweigerungsrecht gemäss Art. 163 ZPO zusteht, liegt eine *unberechtigte Aussageverweigerung* vor. Als Aussageverweigerung qualifiziert dabei folgendes Verhalten einer Partei:⁶⁹⁸ (i) Das Nichtbeantworten von Fragen unter Einschluss des Schweigens zum Selbstschutz vor strafrechtlicher Verfolgung und zivilrechtlicher Verantwortlichkeit;⁶⁹⁹ (ii) die unglaubliche Behauptung von Nichtwissen; (iii) die unglaubliche Behauptung, sich nicht mehr erinnern zu können.

Als *unglaublich* qualifiziert das Aussageverhalten einer Partei dann, wenn das Gericht aufgrund der konkreten Umstände – zum Beispiel aufgrund des

⁶⁹⁵ MERZ, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 147 N 9; LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 234 N 3; FREI, Berner Komm. ZPO I, Art. 147 N 8; GOZZI, Basler Komm. ZPO, Art. 147 N 9; HOFFMANN-NOWOTNY, Kurzkomm. ZPO, Art. 147 N 4.

⁶⁹⁶ WILLISEGGER, Grundstruktur, S. 130. Das Bundesgericht hat in BGE 141 III 265, E. 5.1, offengelassen, wann eine Störung des Geschäftsganges gemäss Art. 128 Abs. 1 ZPO anzunehmen ist. Vgl. dazu DOLGE/INFANGER, Schlichtungsverfahren, S. 127, wonach sich eine Ordnungsbusse wegen Störung des Geschäftsganges nur ausnahmsweise rechtfertigt, etwa wenn eine Partei den Termin verschieben lässt und dann gleichwohl unentschuldig nicht erscheint.

⁶⁹⁷ Vgl. auch Art. 133 lit. f i.V.m. Art. 147 Abs. 3 ZPO. So enthalten z.B. die Vorladungen des KGer ZG regelmässig den folgenden Hinweis: «Eine Partei wird säumig, wenn sie zum anberaumten Termin nicht erscheint. Bei Säumnis wird das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt (Art. 147 Abs. 1 und 2 ZPO).»

⁶⁹⁸ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 43; SCHWEIZER, Comm. CPC, Art. 191 N 14.

⁶⁹⁹ Vgl. dazu vorne Rz. 299 ff.

Aussageverhaltens der Partei oder den bisherigen Erkenntnissen aus dem Beweisverfahren – davon auszugehen hat, dass die Partei mehr weiss, als sie tatsächlich aussagt, sich diese Vermutung jedoch nicht beweisen lässt. Eine solche Vermutung kann sich beispielsweise dann rechtfertigen, wenn eine Partei in Bezug auf eine streitige Tatsachenbehauptung, welche sie zweifellos unmittelbar wahrgenommen hat, jegliches Wissen bzw. jegliche Erinnerung pauschal verneint. Sofern der Partei nicht nachgewiesen werden kann, dass es sich bei der Wissens- bzw. Erinnerungsverneinung um eine Falschaussage handelt,⁷⁰⁰ ist ein solches Verhalten (lediglich) als unberechtigte Aussageverweigerung zu qualifizieren und folglich im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Sofern sich eine Partei jedoch bemüht, dem Gericht auf die gestellten Antworten gewissenhaft und wahrheitsgemäss zu antworten und sich dabei unter Berücksichtigung der Umstände glaubwürdig auf fehlendes Wissen bzw. fehlende Erinnerung beruft, dürfen ihr daraus keine beweisrechtlichen Nachteile erwachsen.

- 318 Eine unglaubwürdige Behauptung ist m.E. jedoch klar von einer *Falschaussage* abzugrenzen. Eine solche liegt beispielsweise dann vor, wenn eine Partei vorgibt, sich an eine bestimmte Tatsache nicht mehr erinnern zu können, obwohl sie sich in Wirklichkeit noch daran erinnern kann. Umgekehrt sagt auch diejenige Partei falsch aus, die sich zwar nicht mehr an einen Sachverhalt erinnert, aber behauptet, noch genau zu wissen, wie sich dieser abgespielt hat.⁷⁰¹ Sofern sich die Falschaussage beweisen lässt – beispielsweise gestützt auf protokollierte, sich widersprechende Aussagen im Rahmen des Beweisverfahrens⁷⁰² – handelt es sich um eine Falschaussage, welche bei der Parteibefragung disziplinarische und bei der Beweisaussage strafrechtliche Konsequenzen zur Folge haben kann.⁷⁰³

⁷⁰⁰ Vgl. dazu hinten Rz. 323 ff.

⁷⁰¹ BGer, 02.12.2008, 6B_700/2008, E. 3.1; BGer, 19.11.2007, 6B_336/2007, E. 3.1; BGer, 27.03.2013, 6S.12/2003, E. 2.

⁷⁰² So z.B., wenn eine Partei im Rahmen einer Erstbefragung geltend macht, sich nicht mehr an einen bestimmten Sachverhalt erinnern zu können, und in einer späteren Befragung ausführlich über ihre diesbezüglichen Wahrnehmungen aussagt. Vgl. dazu den Sachverhalt in BGer, 27.03.2013, 6S.12/2003.

⁷⁰³ Zu den Folgen der Verletzung der Wahrheitspflicht vgl. hinten Rz. 337 ff.

b) Rechtsfolgen

Für die Parteien ist die Mitwirkung nicht als Rechtspflicht, sondern lediglich 319
als prozessuale Last ausgestaltet.⁷⁰⁴ Eine unberechtigte Aussageverweige-
rung einer Partei hat daher weder Strafe noch Zwang zur Folge, sondern wird
gemäss Art. 164 ZPO bei der Beweiswürdigung berücksichtigt.⁷⁰⁵ Dabei
berücksichtigt das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung auch die
übrigen Beweismittel, Parteidarstellungen und das gesamte Verhalten der
Parteien.⁷⁰⁶ Wie sehr sich eine unberechtigte Aussageverweigerung daher
zum Nachteil der betreffenden Partei auswirkt, lässt sich jeweils nur im Ge-
samtzusammenhang mit der übrigen Beweislage beurteilen.⁷⁰⁷

Das Bundesgericht hat diesbezüglich das Folgende festgehalten:⁷⁰⁸ «Verwei- 320
gert eine Partei die Mitwirkung unberechtigterweise, so berücksichtigt dies
das Gericht bei der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO). Art. 164 ZPO macht
keine Vorgaben, welche Schlüsse das Gericht bei der Beweiswürdigung aus
einer Mitwirkungsverweigerung ziehen soll. Insbesondere ist nicht vorge-
schrieben, dass das Gericht ohne Weiteres auf die Wahrheit der Tatsachen-
behauptungen der Gegenpartei schliessen muss. Vielmehr handelt es sich bei
der unberechtigten Mitwirkungsverweigerung um einen Umstand unter ande-
ren, der in die freie Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) hineinfliesst [...]»

Auch wenn das Gericht nicht zwingend auf die Wahrheit der Tatsachenbe- 321
hauptungen der Gegenpartei schliessen muss, kann es das Schweigen bzw.
das unglaubliche Behaupten von Nichtwissen oder Nichterinnern zu Un-
gunsten der sich unberechtigt aussageverweigernden Partei deuten. Sofern
eine Partei auf einschlägige Fragen nach dem Vorhandensein einer von der
Gegenpartei behaupteten Tatsache nicht antwortet oder ausweicht, darf das

⁷⁰⁴ Vgl. dazu vorne Rz. 276.

⁷⁰⁵ Vgl. Art. 164 ZPO. Zur Würdigung der Parteiaussage vgl. hinten Rz. 369 ff. Von den beweisrechtlichen Nachteilen im Sinne von Art. 164 ZPO sind die *diszipli-*
nar- bzw. *strafrechtlichen* Sanktionen abzugrenzen, welche Art. 191 Abs. 2 ZPO
bei mutwilligem Leugnen für die Parteibefragung und Art. 192 Abs. 2 ZPO bei
einer Falschaussage für die Beweisaussage vorsehen, vgl. dazu hinten Rz. 327 ff.

⁷⁰⁶ WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 13; HAFNER, Basler Komm. ZPO,
Art. 191 N 17; HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 164 N 4.

⁷⁰⁷ WEIBEL, FS Rutz, S. 238.

⁷⁰⁸ BGE 140 III 264, E. 2.3.

Gericht folglich auf die Wahrheit der Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei schliessen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Partei, welche die Frage unbeantwortet lässt, Kenntnis von der Tatsache hat⁷⁰⁹ oder wenn die andere (beweisbelastete) Partei andernfalls in Beweisnot geraten würde.⁷¹⁰

c) *Gegenstand der Aufklärung*

- 322 Das Gericht hat die Parteien vor der Durchführung der Parteiaussage darüber aufzuklären, dass eine unberechtigte Aussageverweigerung im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt wird. In der Praxis enthalten teilweise bereits die gerichtlichen Vorladungen einen entsprechenden (allgemein gehaltenen) Hinweis.⁷¹¹ Sofern eine Partei ohne Geltendmachung eines Verweigerungsrechts die Aussage ganz oder teilweise verweigert, hat das Gericht klar zum Ausdruck zu bringen, welches Aussageverhalten als unberechtigte Mitwirkungsverweigerung zu beweisrechtlichen Nachteilen im Sinne von Art. 164 ZPO führen kann. So muss für die Parteien klar sein, dass beispielsweise das Nichtbeantworten von Fragen, worunter auch ein Schweigen zum Selbstschutz vor strafrechtlicher Verfolgung und zivilrechtlicher Verantwortlichkeit zählt, als unberechtigte Mitwirkungsverweigerung gilt.⁷¹²

4. Verletzung der Wahrheitspflicht

a) *Begriff*

- 323 Bei der Parteibefragung sieht das Gesetz in Art. 191 Abs. 2 ZPO eine Sanktion für den Fall vor, dass die Parteien *mutwillig leugnen*. Diese mittlerweile überholte Terminologie⁷¹³ lehnt sich wohl an das frühere Zivilprozessrecht des Kantons Bern an,⁷¹⁴ welches als Vorbild für Art. 191 ZPO diente.⁷¹⁵ So

⁷⁰⁹ HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 164 N 5; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 164 N 6.

⁷¹⁰ GASSER/RICKLI, Kurzkomm. ZPO, Art. 164 N 4.

⁷¹¹ So z.B. die Praxis des KGer ZG, vgl. dazu vorne Fn. 594.

⁷¹² RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 43. Vgl. dazu vorne Rz. 316 ff.

⁷¹³ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 43.

⁷¹⁴ Vgl. auch BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 48, der das Adjektiv «mutwillig» auf Art. 61 lit. a ATSG zurückführt.

⁷¹⁵ Vgl. dazu vorne Rz. 122.

verwies Art. 274 ZPO/BE hinsichtlich der Wahrheitspflicht der Parteien im Rahmen des Parteiverhörs auf Art. 42 ZPO/BE, welcher wie folgt lautete: «Die Parteien und ihre Anwälte sollen sich des mutwilligen Prozessierens, der absichtlichen Verdrehung der Wahrheit, des *mutwilligen Leugnens* und unredlicher Prozessverzögerungen enthalten.» Diese Bestimmung galt jedoch nicht nur für das Parteiverhör, sondern auch für Rechtsschriften und Parteivorträge und wendete sich daher insbesondere auch an die Rechtsvertretung der Parteien.⁷¹⁶ Im Zusammenhang mit der Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO ergibt diese Terminologie jedoch wenig Sinn.⁷¹⁷ Hier kann einzig entscheidend sein, ob die aussagende Partei vorsätzlich die Unwahrheit sagt, d.h. durch vorsätzlich falsche Darstellungen der Fakten die Wahrheitsfindung erschwert, wobei der Vorsatz auch die eventualvorsätzliche Inkaufnahme von unwahren Aussagen umfasst.⁷¹⁸

Im Unterschied dazu sieht Art. 192 Abs. 2 ZPO bei der Beweisaussage eine Sanktion für den Fall einer *Falschaussage* vor. Trotz der unterschiedlichen Terminologie der beiden Bestimmungen ist jedoch das Gleiche gemeint: eine von den Parteien vorsätzlich gemachte unwahre Aussage.⁷¹⁹ Wer die Wahrheitspflicht⁷²⁰ daher mit Wissen und Willen⁷²¹ verletzt, handelt rechtswidrig, was im Falle der Parteibefragung disziplinarische und im Falle der Beweisaussage strafrechtliche Folgen haben kann.⁷²²

Unwahr ist eine Aussage dann, wenn sie mit dem Sachverhalt, auf den sie sich bezieht, nicht übereinstimmt. Dies ist insbesondere auch dann der Fall, wenn eine Aussage unvollständig ist oder aufgrund von Unter- oder Übertreibungen beim Gericht zu einem falschen Eindruck von der wirklichen

⁷¹⁶ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, Art. 274 N 1.b.

⁷¹⁷ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 44.

⁷¹⁸ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191 N 49; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 43.

⁷¹⁹ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 50.

⁷²⁰ Zur Wahrheitspflicht vgl. vorne Rz. 284 ff.

⁷²¹ Vgl. Art. 12 Abs. 2 StGB. Der Tatbestand von Art. 306 StGB ist ein Vorsatzdelikt und der Vorsatz zur falschen Beweisaussage umfasst damit auch den Eventualvorsatz. Vgl. BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 50.

⁷²² Zu den Rechtsfolgen vgl. hinten Rz. 327 ff.

Situation führt.⁷²³ Die Wahrheitspflicht wird überdies auch dann missachtet, wenn eine Partei merkt, dass das Gericht ihre Aussage missverstanden oder falsch gedeutet hat, sie es aber unterlässt, die Gerichtsperson darauf hinzuweisen.⁷²⁴ Ob eine Aussage inhaltlich unrichtig ist, beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung.⁷²⁵ Wird zu Unrecht vorgegeben, sich nicht mehr erinnern zu können, liegt ebenfalls eine unrichtige Aussage vor.⁷²⁶ Dasselbe gilt auch für den umgekehrten Fall, wonach die zu befragende Person behauptet, sich noch erinnern zu können, wie sich ein Vorgang abgespielt hat, obwohl sie sich nicht (mehr) daran erinnern kann.⁷²⁷ Keine Verletzung der Wahrheitspflicht stellt jedoch das blosses Schweigen dar – damit verletzen die Parteien jedoch unter Umständen ihre Mitwirkungspflicht.⁷²⁸

- 326 Gegenstand der Verletzung der Wahrheitspflicht können einzig Aussagen zu rechtserheblichen und streitigen Tatsachen sein, die geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen.⁷²⁹ Entscheidend ist der Inhalt der jeweiligen Aussage im Zeitpunkt des Abschlusses der Befragung. Bis zu diesem Zeitpunkt kann die Partei ihre Aussage korrigieren, mit der Folge, dass keine Verletzung der Wahrheitspflicht vorliegt.⁷³⁰

b) *Rechtsfolgen*

- 327 Die Verletzung der Wahrheitspflicht stellt – im Unterschied zur unberechtigten Aussageverweigerung⁷³¹ – keine unberechtigte Mitwirkungsverweige-

⁷²³ DELNON/RÜDY, Basler Komm. StGB II, Art. 306 N 28.

⁷²⁴ BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 213.

⁷²⁵ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 4.5 mit Hinweis auf BRACHER, Mitwirkungspflichten, Rz. 213; CASSANI, Commentaire StGB, Art. 306 N 15.

⁷²⁶ CASSANI, Commentaire STGB, Art. 306 N 14. Vgl. dazu vorne Rz. 318.

⁷²⁷ DELNON/RÜDY, Basler Komm. StGB II, Art. 306 N 28 unter Hinweis auf Pra 92 (2003), Nr. 183.

⁷²⁸ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 15. Vgl. dazu vorne Rz. 316.

⁷²⁹ Vgl. hierzu die Rechtsprechungshinweise bei STRATENWERTH/WOHLERS, Handkomm. StGB, Art. 306 N 4. Vgl. auch MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 192 N 28, wonach die falsche Aussage zur Sache für den Prozessausgang zwar nicht ausschlaggebend, aber immerhin von Bedeutung sein muss.

⁷³⁰ BGE 95 IV 79, E. 2.

⁷³¹ Vgl. dazu vorne Rz. 316 ff.

rung mit der Rechtsfolge von Art. 164 ZPO dar, sondern kann disziplinar- oder strafrechtliche Sanktionen zur Folge haben.

Im Rahmen einer *Parteibefragung* können wahrheitswidrige Aussagen mittels Ordnungsbusse bis zu CHF 2000 und im Wiederholungsfall bis zu CHF 5000 geahndet werden. Unklar ist, wann ein Wiederholungsfall im Sinne von Art. 191 Abs. 2 ZPO vorliegt, welcher eine höhere Ordnungsbusse zur Folge haben kann. Der Wortlaut lässt auf mehrere Auslegungsvarianten schliessen: So könnten davon unwahre Parteiaussagen in derselben Befragung, im gleichen Verfahren oder auch in einem früheren oder anderen Verfahren erfasst sein. Da das Gesetz unwahre Aussagen in der Parteibefragung lediglich als Verstoss gegen die Verfahrensdisziplin sanktioniert, sollte sich der Wiederholungsfall nach BÜHLER auf das gleiche Verfahren beschränken.⁷³² Eine höhere Ordnungsbusse bis zu CHF 5000 ist demnach nur dann anzudrohen, wenn das Gericht eine Partei im gleichen Verfahren bereits mit einer Ordnungsbusse wegen einer Falschaussage belegt hat.⁷³³ 328

Bei der Bestimmung von Art. 191 Abs. 2 ZPO handelt es sich lediglich um eine Kann-Vorschrift, womit das *Opportunitätsprinzip* gilt und das Gericht nicht zwingend eine Sanktion ausfallen muss.⁷³⁴ Bei der Ordnungsbusse handelt es sich um eine disziplinarrechtliche und nicht um eine strafrechtliche Sanktion im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, weshalb auch die diesbezüglichen Verfahrensgarantien der EMRK nicht zum Zuge kommen.⁷³⁵ Die Ordnungsbusse kann – eine vorgängige gerichtliche Aufklärung vorausgesetzt⁷³⁶ – direkt vom Zivilgericht verhängt werden, wobei die Verfahrensvorschriften von Art. 128 ZPO zur Anwendung gelangen.⁷³⁷ Aufgrund des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist einer Partei vor der Verhängung der Ordnungsbusse Gelegenheit zu geben, zum Vorwurf der vorsätzlich gemachten 329

⁷³² BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 52. So auch WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 15; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 48.

⁷³³ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 52.

⁷³⁴ Vgl. zum Ganzen MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 45.

⁷³⁵ BGE 135 I 313, E. 2 m.w.H.

⁷³⁶ Vgl. dazu vorne Rz. 309 ff.

⁷³⁷ WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 15; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 45.

unwahren Aussage Stellung zu nehmen und dem Gericht darzulegen, warum ihr Verhalten nicht als Falschaussage gewertet werden darf.⁷³⁸

- 330 Bei der *Beweisaussage* kann eine Falschaussage gemäss Art. 192 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 306 Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden.⁷³⁹ Das Zivilgericht hat nicht selbst zu beurteilen, ob der Tatbestand der falschen Beweisaussage erfüllt ist oder nicht. Ob bei Verdacht auf eine falsche Beweisaussage eine Anzeigepflicht gemäss Art. 302 StPO besteht, hängt von der Ausgestaltung des kantonalen Rechts ab.⁷⁴⁰ Blosser Anhaltspunkte für eine Falschaussage sollten jedoch noch nicht zu einer Strafanzeige führen, sondern es bedarf zumindest eines dringenden Verdachts. Dabei ist jedoch eine gewisse Zurückhaltung zu üben, da die Strafverfolgungsbehörde in Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht, der Wahrheit nicht näherkommen kann als das Zivilgericht und die Strafuntersuchung daher in der Regel wieder einstellen wird.⁷⁴¹
- 331 Obwohl Art. 192 Abs. 2 ZPO als Sanktion eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe vorsieht, dürfte eine falsche Beweisaussage in der Praxis gemäss Art. 42 StGB – sofern es überhaupt zu einer Verurteilung kommt – wohl lediglich zu einer bedingten Geldstrafe führen.⁷⁴² Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass es äusserst selten zu einer Verurteilung nach Art. 306 StGB wegen einer falschen Beweisaussage einer Partei kommt. So wurden seit dem Inkrafttreten der ZPO in den Jahren 2011–2017 insgesamt

⁷³⁸ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 45.

⁷³⁹ Art. 306 Abs. 2 StGB, der den Strafrahmen bei einer mit einem Eid oder einem Handgelübde bekräftigten Falschaussage regelt, ist mit dem Inkrafttreten der ZPO gegenstandslos geworden. Vgl. dazu vorne Rz. 7 m.w.H.

⁷⁴⁰ Vgl. zur Anzeigepflicht im Kanton ZH § 167 Abs. 1 GOG/ZH. Vgl. MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 192 N 33.

⁷⁴¹ Vgl. zum Ganzen MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 45; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 16; BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 88.

⁷⁴² MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 192 N 30. Aus der Schwere der Sanktionsandrohung darf jedoch kein allgemeiner Rückschluss auf die Beweiskraft der Beweisaussage gezogen werden, vgl. dazu hinten Rz. 380.

lediglich 21 Verurteilungen bzw. im Jahresdurchschnitt drei Verurteilungen registriert.⁷⁴³

c) *Gegenstand der Aufklärung*

Eine Partei, welche in Form der *Parteibefragung* einvernommen werden soll, ist gemäss Art. 191 Abs. 2 ZPO vor der Befragung ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass bei mutwilligem Leugnen eine Ordnungsbusse bis zu CHF 2000 verhängt werden kann.⁷⁴⁴ Sofern das Gericht diese Partei im gleichen Verfahren bereits mit einer Ordnungsbusse wegen einer Falschaussage belegt hat, ist sie darauf hinzuweisen, dass im Wiederholungsfall eine Ordnungsbusse bis zu CHF 5000 verhängt werden kann.⁷⁴⁵ 332

Sofern eine Partei in Form der *Beweisaussage* einvernommen werden soll, ist sie gemäss Art. 192 Abs. 2 ZPO vor der Befragung über die strafrechtlichen Folgen einer Falschaussage aufzuklären.⁷⁴⁶ Dabei ist der ausdrückliche Hinweis auf den Straftatbestand von Art. 306 StGB entbehrlich. Es genügt folglich der Hinweis, dass eine Falschaussage mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden kann.⁷⁴⁷ 333

⁷⁴³ BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Erwachsene und Jugendliche: Verurteilungen und Verurteilte für ein Vergehen oder Verbrechen nach den Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB).

⁷⁴⁴ Vgl. BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 51, wonach die gemäss Art. 191 Abs. 2 ZPO für Falschaussagen in der Parteibefragung anzudrohende Ordnungsbusse eine disziplinarrechtliche und nicht eine strafrechtliche Sanktion darstellt und daher wortlautgemäss nur als *Ordnungsbusse* und nicht verkürzt als *Busse* angedroht werden darf, da sie andernfalls in gesetzwidriger Weise als strafrechtliche Sanktion (Art. 106 StGB) deklariert würde.

⁷⁴⁵ Vgl. dazu vorne Rz. 328.

⁷⁴⁶ Vgl. zudem Art. 306 Abs. 1 StGB, wonach die richterliche Ermahnung zur Wahrheit und der Hinweis auf die Straffolgen eine objektive Strafbarkeitsvoraussetzung darstellt. In diesem Sinne mit ausdrücklichem Hinweis auf Art. 192 ZPO auch BStGer, 21.06.2011, RR.2011.81, E. 3.3.1. Vgl. auch MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 192 N 27.

⁷⁴⁷ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 53.

III. Form und Zeitpunkt der Aufklärung

- 334 Das Gesetz äussert sich nicht dazu, in welcher *Form* die gerichtliche Aufklärung zu erfolgen hat. Die Aufklärung kann damit dem Beweisverfahren bzw. dem konkret zur Abnahme vorgesehenen Beweismittel angepasst werden. Bei der Parteiaussage erfolgt die Belehrung in der Praxis stufenweise: So weist das Gericht im Rahmen der gerichtlichen Vorladung in der Regel schriftlich auf die Erscheinungs- und Aussagepflicht der einzuvernehmenden Partei hin, wobei die einschlägigen Bestimmungen im Zusammenhang mit den einzelnen Mitwirkungspflichten, Verweigerungsrechten und Säumnisfolgen oftmals formularmässig abgedruckt werden.⁷⁴⁸ In der Regel weist das Gericht zudem unmittelbar vor der Beweisabnahme nochmals mündlich auf die Mitwirkungspflichten, Verweigerungsrechte und Säumnisfolgen hin oder vergewissert sich zumindest, dass die betroffene Person die Belehrungen verstanden hat.⁷⁴⁹
- 335 Zum *Zeitpunkt* der Aufklärung äussert sich Art. 161 Abs. 1 ZPO ebenfalls nicht. Aufgrund des Zwecks und der teilweise konstitutiven Wirkung⁷⁵⁰ der Aufklärung ergibt sich jedoch zweifelsfrei, dass das Gericht die Aufklärung spätestens dann vorgenommen haben muss, wenn eine Partei konkret an der Beweiserhebung mitwirkt bzw. das Beweismittel tatsächlich produziert werden soll.⁷⁵¹ Bei den Beweismitteln der Parteiaussage schreiben Art. 191 Abs. 2 und Art. 192 Abs. 2 ZPO für die Ermahnung zur Wahrheit und die entsprechenden Sanktionsandrohungen zudem ausdrücklich vor, dass diese *vor der Befragung* erfolgen müssen. Sofern eine Partei wiederholt befragt wird – beispielsweise nach einer Einvernahme in Form der Parteibefragung

⁷⁴⁸ So verwenden bspw. die Bezirksgerichte des Kantons Thurgau bei Vorladungen zu einer Parteibefragung den folgenden Hinweis: «Die nachfolgend aufgeführten Gesetzesbestimmungen orientieren Sie über Ihre Rechte und Pflichten, insbesondere über die Folgen des Fernbleibens von der Verhandlung.» Im Anschluss daran werden die einzelnen Gesetzesbestimmungen von Art. 108, 128, 135, 147, 160, 161, 162, 163, 164, 191, 192 und 243 ZPO abgedruckt.

⁷⁴⁹ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 4.190; SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 161 N 3.

⁷⁵⁰ Vgl. dazu hinten Rz. 339.

⁷⁵¹ HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 161 N 22.

zusätzlich noch in Form der Beweisaussage⁷⁵² – ist analog zum Strafprozess grundsätzlich eine Wiederholung der Aufklärung vorzunehmen.⁷⁵³

Seitens des Gerichts ist dabei insbesondere zu beachten, dass Zeitpunkt, 336
Gegenstand und Umfang der Aufklärung in den Akten bzw. im Protokoll so
festgehalten werden, dass im Nachhinein überprüft werden kann, ob, inwie-
weit und wann das Gericht die Aufklärung vorgenommen hat.⁷⁵⁴

IV. Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht

A. Allgemeines

Das Gegenteil der gerichtlichen Aufklärung im Sinne von Art. 161 Abs. 1 337
ZPO besteht in der Nichtaufklärung, wie dies die französische Fassung
(«n'ont pas été informés») oder die italienische Fassung («senza [...] siano
stati informati») in Art. 161 Abs. 2 ZPO klar zum Ausdruck bringen. Eine
Nichtaufklärung ist stets dann gegeben, wenn das Gericht eine Partei in Be-
zug auf ihre Mitwirkungspflichten, die konkret gegebenen Verweigerungs-
rechte sowie die Folgen einer unberechtigten Mitwirkungsverweigerung
überhaupt nicht, unvollständig oder unrichtig aufgeklärt hat.⁷⁵⁵

Das Gesetz regelt in Art. 161 Abs. 2 ZPO lediglich die Rechtsfolgen der 338
unterlassenen Aufklärung über die *Verweigerungsrechte*.⁷⁵⁶ Hinsichtlich der
Frage, welches die Rechtsfolgen sind, wenn das Gericht es unterlässt, die

⁷⁵² Vgl. dazu vorne Rz. 267.

⁷⁵³ Vgl. zum Strafprozess Botschaft StPO, S. 1207. Vgl. jedoch SCHMID, Basler
Komm. ZPO, Art. 161 N 6, wonach von einer Wiederholung der Belehrung dann
abgesehen werden kann, wenn lediglich ein paar Stunden zwischen den Befra-
gungen liegen.

⁷⁵⁴ HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 161 N 28 ff. m.w.H. Vgl. auch OGer ZH,
27.11.2012, LF120061, E. 2.3, wo eine durch Akten belegte Aufklärung im Sin-
ne von Art. 161 Abs. 1 ZPO unterblieben war und die Nichtbeachtung des nur
telefonisch mitgeteilten gerichtlichen Anliegens durch die Gesuchsteller daher
weder eine Säumnis im Sinne von Art. 147 Abs. 1 ZPO begründete noch eine
Verletzung der Mitwirkungspflichten darstellte, sondern folgenlos blieb.

⁷⁵⁵ HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 161 N 24.

⁷⁵⁶ Vgl. dazu hinten Rz. 339.

Parteien über die Obliegenheit zur *Mitwirkung* und die *Säumnisfolgen* aufzuklären, äussert sich die Bestimmung hingegen nicht. Einer diesbezüglichen Verletzung der Aufklärungspflicht ist jedoch bei der Beurteilung allfälliger Sanktionen Rechnung zu tragen.⁷⁵⁷ So können nach einem allgemeinen Prozessrechtsgrundsatz Säumnisfolgen grundsätzlich erst dann eintreten, wenn das Gericht sie zuvor sachlich richtig angedroht hat.⁷⁵⁸ Ist diese Androhung unterblieben, kann die (Ver-)Säumnis einer Partei konsequenterweise keine Sanktionen zeitigen.⁷⁵⁹

B. Grundsatz des Verwertungsverbots

- 339 Gemäss Art. 161 Abs. 2 ZPO darf das Gericht die erhobenen Beweise grundsätzlich nicht berücksichtigen, wenn es die Aufklärung über die Verweigerungsrechte unterlassen hat. In diesem Sinne kann die Belehrung als *konstitutiv* bzw. als Gültigkeitsvoraussetzung für die Verwertung des betreffenden Beweismittels bezeichnet werden (Grundsatz des sog. Verwertungsverbotes).⁷⁶⁰ Das Gericht darf daher eine durchgeführte Parteiaussage, welche in Verletzung der Aufklärungspflicht ergangen ist, grundsätzlich nicht berücksichtigen.⁷⁶¹ Die Parteiaussage gilt damit – unabhängig davon, ob die Aussage zu eigenen Gunsten oder zu Ungunsten der befragten Partei ausfiel – als inexistent. Aus der Inexistenz dieses Beweismittels darf das Gericht jedoch keine Schlüsse ziehen und insbesondere nicht von einer Beweislosigkeit aus-

⁷⁵⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 80. Vgl. auch BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 44, wonach Art. 161 Abs. 2 ZPO die Nichtaufklärung über die Mitwirkungspflicht und die Säumnisfolgen mitumfasst.

⁷⁵⁸ HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 161 N 26 mit Hinweis auf GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 272, VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, S. 248, FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 120 N 2.

⁷⁵⁹ HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 161 N 26.

⁷⁶⁰ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 4.193.

⁷⁶¹ Vgl. Art. 161 Abs. 2 ZPO: «Unterlässt [das Gericht] die Aufklärung über das Verweigerungsrecht, so darf es die erhobenen Beweise nicht berücksichtigen [...]». Sofern das Gericht seine Ausklärungspflicht verletzt und eine Partei ihre Aussage anschliessend (unberechtigterweise) verweigert, darf dies auch nicht zu beweisrechtlichen Nachteilen im Sinne von Art. 164 ZPO führen, vgl. Botschaft, S. 7316; HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 161 N 13.

gehen, sondern hat die Parteiaussage grundsätzlich in ordnungsgemässer Form zu wiederholen.⁷⁶²

C. Ausnahmen

Das Gesetz gestattet dem Gericht jedoch in zwei abschliessend aufgezählten 340 Fällen die Berücksichtigung der erhobenen Beweise trotz unterlassener Aufklärung über die Verweigerungsrechte: Die erste Ausnahme lässt die Verwertung von Beweismitteln dann zu, wenn die unaufgeklärte Person nachträglich und in Kenntnis der ihr richtigerweise zustehenden Verweigerungsrechte ihre Mitwirkung durch eine ausdrückliche Zustimmungserklärung billigt und damit den Mangel unterlassener Aufklärung gewissermassen heilt.⁷⁶³ Die zweite Ausnahme vom Grundsatz des Verwertungsverbotes gestattet dem Gericht die Verwertung von Beweismitteln dann, wenn die unaufgeklärte Person nicht berechtigt gewesen wäre, ihre Mitwirkung in dem Zeitpunkt zu verweigern, als sie unaufgeklärt an der Beweiserhebung mitgewirkt hat.⁷⁶⁴

Nach einem Teil der Lehre ist die Nichtaufklärung über die Verweigerungs- 341 rechte auch dann unschädlich, wenn die verweigerungsberechtigte Person bereits vor ihrer Mitwirkung am Beweisverfahren von ihrem Verweigerungsrecht volle Kenntnis hatte und dennoch mitwirkte.⁷⁶⁵ In Analogie zum Strafprozess genügt es nach dieser Auffassung bereits, wenn die Person in Anwesenheit ihres Anwalts mitgewirkt hat.⁷⁶⁶ Die Auslegung von Art. 161 ZPO spricht jedoch gegen diese Auffassung: So ist weder dem Wortlaut noch den Materialien ein Hinweis zu entnehmen, dass hinsichtlich der Rechtsfolgen

⁷⁶² BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 45.

⁷⁶³ Vgl. Art. 161 Abs. 2: «[...] es sei denn, die betroffene Person stimme zu [...]». Vgl. HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 161 N 28 ff. m.w.H.

⁷⁶⁴ Vgl. Art. 161 Abs. 2: «[...] es sei denn, [...] die Verweigerung wäre unberechtigt gewesen.» Vgl. SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 161 N 10; HIGI, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 161 N 31 ff.

⁷⁶⁵ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 161 N 7 unter Hinweis auf BGE 86 I 86, E. 2; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Komm. aZPO/BE, Art. 252 N 2.

⁷⁶⁶ RÜETSCHI, Berner Komm. ZPO II, Art. 161 N 7 unter Hinweis auf BGE 130 I 126, E. 3.2; BGer, 21.01.2008, 6B_503/2007, E. 3.3.

einer unterlassenen Aufklärung eine Differenzierung vorzunehmen ist, ob eine Partei anwaltlich vertreten war oder nicht.⁷⁶⁷ Vielmehr gilt es zu berücksichtigen, dass das Vorliegen einer anwaltlichen Vertretung oder Begleitung noch keine absolute Gewähr dafür bietet, dass die betroffene Partei hinreichende Kenntnis von dem ihr zustehenden Verweigerungsrecht hatte.⁷⁶⁸

⁷⁶⁷ Botschaft ZPO, S. 7316: «Die Prozessbeteiligten sind über ihre Mitwirkungspflicht, über die möglichen Verweigerungsrechte und Sanktionen aufzuklären (Art. 158 Abs. 1). Die Belehrung muss klar und vollständig sein. Sie ist grundsätzlich konstitutiv für die Verwertung des betreffenden Beweismittels sowie für eine Verhängung von Strafen und anderer Nachteile (Art. 158 Abs. 2).»

⁷⁶⁸ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 4.194; SCHMID, Basler Komm. ZPO, Art. 160 N 5 mit Hinweis auf die zürcherische Praxis, und FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 164 N 3b. Vgl. auch vorne Rz. 309, wonach die gerichtliche Aufklärung auch dann erfolgen muss, wenn die betroffene Person von einem Anwalt vertreten oder begleitet wird.

§ 15 Durchführung der Befragung

I. Allgemeines

In der Praxis zeigt sich, dass die konkrete Durchführung der Beweiserhebung 342 mittels Parteiaussage die Gerichte auch acht Jahre nach dem Inkrafttreten der ZPO vor grosse Herausforderungen stellt.⁷⁶⁹ Dazu trägt sicher auch der Umstand bei, dass die Bestimmungen zur Parteiaussage äusserst vage formuliert sind und kaum Vorschriften enthalten, wie das Gericht bei der Befragung konkret vorzugehen hat. Da die Parteiaussage einer Zeugenaussage in eigener Sache gleichkommt,⁷⁷⁰ können die diesbezüglich einschlägigen Bestimmungen zum Zeugnis teilweise analog zur Auslegung herangezogen werden.⁷⁷¹

Die Parteiaussage hat *mündlich* zu erfolgen, weshalb eine schriftlich oder 343 elektronisch eingeholte Parteiaussage kein zulässig erhobenes Beweismittel im Sinne von Art. 191 f. ZPO darstellt.⁷⁷² Im Unterschied zum Strafprozess⁷⁷³ ist daher eine Einvernahme mittels Videokonferenz *de lege lata* auch dann nicht zulässig, wenn das persönliche Erscheinen der einzuvernehmenden Partei nicht oder nur mit grossem Aufwand möglich ist.⁷⁷⁴ M.E. ist eine

⁷⁶⁹ Vgl. OGer ZH, 08.06.2017, PQ170033, E. 2.3.1.

⁷⁷⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 143.

⁷⁷¹ Vgl. auch den Hinweis in Art. 193 ZPO auf die Protokollierungsvorschriften beim Zeugnis. So verwiesen auch die früheren kantonalen Zivilprozessordnungen teilweise ausdrücklich auf die Vorschriften des jeweils anderen Beweismittels, vgl. z.B. Art. 276 aZPO/BE, wonach die Abhörung der Parteien nach den Regeln über die Zeugenabhörung erfolgte. Im Unterschied dazu verwies § 167 aZPO/ZH beim Zeugnis auf die Vorschriften der Parteiaussage. Vgl. MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 17.

⁷⁷² HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 18; vgl. BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 68, wonach die Unzulässigkeit einer Parteieinvernahme in schriftlicher oder elektronischer Form aus der Protokollierungspflicht folgt. Zum Protokoll vgl. Art. 193 i.V.m. Art. 176 ZPO und hinten Rz. 371 ff.

⁷⁷³ Vgl. Art. 144 Abs. 1 StPO.

⁷⁷⁴ Vgl. jedoch die Vernehmlassung des Zürcher Anwaltsverbandes (Arbeitsgruppe Zürich International Court) zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 15. Juni 2018, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung->

audiovisuelle Befragung im Rahmen der Parteiaussage generell abzulehnen, da eine solche nicht den gleichen unmittelbaren Eindruck von der befragten Person liefert. So entziehen sich sämtliche Vorgänge ausserhalb des übertragenen Bildes der Kenntnis und der Kontrolle des Gerichts. Schliesslich sind auch technische Probleme nicht ausgeschlossen und Fragen rund um die Teilnahmerechte der Parteien gemäss Art. 155 Abs. 3 ZPO heikel.⁷⁷⁵

- 344 Die Befragung findet grundsätzlich im Gerichtssaal statt. Denkbar ist jedoch auch, dass das Gericht die Befragung beispielsweise am Aufenthaltsort einer Partei (z.B. aus gesundheitlichen Gründen) oder am Ort eines Augenscheins durchführt.⁷⁷⁶ Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die Parteirechte gewahrt bleiben müssen, womit das Recht der Gegenpartei zur Teilnahme an der Beweiserhebung nicht beschnitten werden darf.⁷⁷⁷ Sofern eine Partei unentschuldigt nicht zur Befragung erscheint, kann die erschienene Gegenpartei gleichwohl befragt werden.⁷⁷⁸ Bei besonderen Konstellationen und in Ausnahmefällen kann die Befragung einer Partei auch auf dem Weg der Rechtshilfe veranlasst werden.⁷⁷⁹

II. Zeitpunkt

- 345 Aufgrund der in der ZPO verwirklichten Gleichrangigkeit der Beweismittel⁷⁸⁰ kann das Gericht die Reihenfolge der Abnahme nach freiem Ermessen

zpo/ve-organisationen.pdf (zuletzt besucht am 14.08.2018), S. 8 f., wonach mit Blick auf die Verfahrensökonomie und die Kosteneffizienz eine Befragung der Parteien künftig auch mittels Videokonferenz zuzulassen sei.

⁷⁷⁵ Vgl. zum Teilnahmerecht der Parteien an der Beweiserhebung vorne Rz. 34 f. Zum Strafprozess vgl. HÄRING, Basler Komm. StPO, Art. 144 N 10 f., wonach die Teilnahmerechte der Parteien hinreichend gewahrt werden, wenn sie der audiovisuellen Einvernahme beiwohnen können und die Möglichkeit haben, (per Videokonferenz) Ergänzungsfragen zu stellen.

⁷⁷⁶ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 28.

⁷⁷⁷ Zum Teilnahmerecht der Parteien an der Beweiserhebung vgl. Art. 155 Abs. 3 ZPO und vorne Rz. 34 f.

⁷⁷⁸ HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 20; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 30.

⁷⁷⁹ Vgl. dazu vorne Rz. 36.

⁷⁸⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 39.

festlegen.⁷⁸¹ Dies gilt auch für die Anordnung der Parteiaussage: So setzt die Parteiaussage weder eine vorgängige informelle Befragung voraus, noch ist sie bloss subsidiärer Notbehelf bei Fehlen, Versagen oder Ungenügen aller anderen Beweismittel.⁷⁸² Insbesondere ist auch keine Parteibefragung vor der Anordnung einer Beweisaussage erforderlich.⁷⁸³

Die Reihenfolge bzw. der Zeitpunkt der Durchführung einer Parteiaussage 346 kann von grosser Bedeutung sein.⁷⁸⁴ So mag die Abnahme der Parteiaussage gleich zu Beginn des Beweisverfahrens in vielen Fällen gerade deshalb sinnvoll sein, weil die Partei in diesem Zeitpunkt noch keine Kenntnis weiterer Beweisergebnisse hat und damit ihre Aussage nicht auf die übrigen Beweise abstimmen kann.⁷⁸⁵ Überdies gilt es zu berücksichtigen, dass seitens der Parteien oftmals eine gewisse Tendenz vorhanden ist, in guten Treuen von der eigenen Sachverhaltsdarstellung überzeugt zu sein. Dabei wächst diese Überzeugung, je länger der Prozess dauert und je mehr sich die Fronten verhärten.⁷⁸⁶ Die frühzeitige Befragung der Parteien im Rahmen des Beweisverfahrens kann diesen Entwicklungen entgegenwirken. Das entscheidende Kriterium für den Zeitpunkt der Abnahme der Parteiaussage muss dabei – unter Berücksichtigung der anderen Beweismittel und des Verhaltens der Parteien – «die Wertung der Chance zu besserer Wahrheitsfindung» sein.⁷⁸⁷

Wie gesehen ist nach der hier vertretenen Ansicht bei Vorliegen der entsprechen- 347 den Beweisanträge vom Gericht nach pflichtgemäsem Ermessen zu entscheiden, ob die Partei in Form der Parteibefragung und/oder Beweisaussage einzuvernehmen ist.⁷⁸⁸ Dieser Ansatz ermöglicht dem Gericht insbeson-

⁷⁸¹ Statt vieler MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 168 N 5; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 168 N 18; SUTTER-SOMM, ZJP 2000, S. 340. Zum Erfordernis der vorgängigen Beweisverfügung vorne Rz. 30 f.

⁷⁸² Anders noch vor dem Inkrafttreten der ZPO, vgl. vorne Rz. 101 ff.

⁷⁸³ Vgl. vorne Rz. 221 ff.

⁷⁸⁴ Vgl. zur Bedeutung der Reihenfolge im Strafprozess KAUFMANN, Beweisführung, S. 182 f. m.w.H.

⁷⁸⁵ SUTTER-SOMM, ZJP 2000, S. 334; WEIBEL, FS Rutz, S. 236; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 6.

⁷⁸⁶ SUTTER-SOMM, ZJP 2000, S. 334.

⁷⁸⁷ WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 6 m.w.H.

⁷⁸⁸ Vgl. dazu vorne Rz. 269 ff.

dere auch, das im jeweiligen Zeitpunkt des Beweisverfahrens geeignetere Beweismittel anzuordnen. So empfiehlt es sich in der Regel, die Parteibefragung «als Beweismittel der ersten Wahl» vor der Abnahme der übrigen Beweismittel durchzuführen.⁷⁸⁹ Dem Gericht steht es jedoch auch offen, zu Beginn des Verfahrens sogleich eine Beweisaussage durchzuführen, wenn es diese beispielsweise direkt, d.h. ohne vorgängige Parteibefragung, anordnen will. In gewissen Fällen kann es zudem angezeigt sein, eine Partei zu Beginn des Beweisverfahrens zunächst mittels Parteibefragung einzuvernehmen und gegebenenfalls nach der Abnahme weiterer Beweismittel die Beweisaussage durchzuführen.⁷⁹⁰

III. Vorgehen

A. Grundsatz der Befragung durch das Gericht

- 348 Gemäss Art. 191 Abs. 1 und Art. 192 Abs. 2 i.V.m. Art. 171 Abs. 2 ZPO sind die Parteien vom *Gericht* zu befragen. Eine Befragung durch die Gegenpartei oder die (eigene) Rechtsvertretung ist daher grundsätzlich nicht vorgesehen. Aufgrund des rechtlichen Gehörsanspruchs müssen die Parteien jedoch Gelegenheit haben, während der Verhandlung Ergänzungsfragen zu stellen.⁷⁹¹ Daraus lässt sich jedoch keine rechtliche Grundlage für ein Kreuzverhör (sog. *cross-examination*) ableiten.⁷⁹² So ist es nach dem Gesetzeswortlaut grundsätzlich Sache des Gerichts und nicht der Parteien bzw. der Rechtsvertretungen, die Befragungen durchzuführen.
- 349 Ob die Parteien die Ergänzungsfragen direkt oder über das Gericht zu stellen haben, liegt im Ermessen des Gerichts.⁷⁹³ Unabhängig davon, wie die Ergänzungsfragen an die Partei gerichtet werden, hat das Gericht jedoch darauf zu

⁷⁸⁹ HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 5; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 36; BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 61.

⁷⁹⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 275 ff. Vgl. auch HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 5.

⁷⁹¹ Zu den Ergänzungsfragen vgl. hinten Rz. 353 ff.

⁷⁹² MÜLLER, FS Meier, S. 499 f. mit Hinweis auf KAUFMANN, Ergänzungsfragen, S. 1 ff. m.w.H.

⁷⁹³ MÜLLER, FS Meier, S. 499.

achten, dass der Beweisgegenstand nicht erweitert oder die Gegenpartei mittels Suggestivfragen beeinflusst wird.⁷⁹⁴ Das Gericht hat die zu befragende Partei zudem vor einer aggressiven Gegenpartei bzw. Rechtsvertretung zu schützen. Im Zweifelsfall hat das Gericht die Befragung an sich zu nehmen.⁷⁹⁵

B. Befragungsmethode

Das Gesetz regelt nicht, wie die Parteien vom Gericht konkret zu befragen sind.⁷⁹⁶ Folglich kann das Gericht grundsätzlich nach freiem Ermessen über die Methode der Befragung befinden. Oftmals mag es angezeigt sein, dass den Parteien zunächst mit generellen Fragen Gelegenheit gegeben wird, den streitigen Sachverhalt in einem *freien Bericht* darzulegen.⁷⁹⁷ So gilt der freie Bericht nach KAUFMANN als der für die Beweiswürdigung wertvollste Teil, da die Parteien während des freien Berichts präziser in ihrer Erinnerung sind und eher wahre Angaben zu Tatsachen machen, wenn sie diese Tatsachen selber auswählen können.⁷⁹⁸ Überdies wird den Parteien dadurch der psychologisch wichtige Eindruck vermittelt, dass das Gericht sie selbst und ihre Sache, um die sich der Streit dreht, wirklich ernst nimmt.⁷⁹⁹ Nach Beendigung des freien Berichts hat das Gericht die Möglichkeit, *spezifische Fragen* an die Partei zu richten. Damit können insbesondere unklar gebliebene Aussagen oder Widersprüche geklärt und Konkretisierungen und Ergänzungen vorgenommen werden.⁸⁰⁰

Vor dem Inkrafttreten der ZPO wurde die zur Anwendung gelangende Befragungsmethode teilweise von der jeweiligen Form der Parteiaussage ab-

⁷⁹⁴ Vgl. dazu eingehend HAFTER, Strategie und Technik, S. 453 ff.; KAUFMANN, Beweisführung, S. 120; MÜLLER, FS Meier, S. 499.

⁷⁹⁵ So MÜLLER, FS Meier, S. 499, in Bezug auf die Befragung eines Zeugen.

⁷⁹⁶ Vgl. zur Vorbereitung einer Partei auf ihre Befragung HAFTER, Strategie und Technik, S. 459 ff.

⁷⁹⁷ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 69 mit Hinweis auf EDELMANN, Komm. aZPO/AG, § 267 N 5; KAUFMANN, Beweisführung, S. 112 ff.

⁷⁹⁸ KAUFMANN, Beweisführung, S. 112 f.

⁷⁹⁹ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 69.

⁸⁰⁰ Vgl. dazu eingehend KAUFMANN, Beweisführung, S. 116 ff.

hängig gemacht. So war es beispielsweise im Kanton Aargau⁸⁰¹ üblich, den Parteien im Rahmen der einfachen Form der Parteiaussage (Parteiverhör, § 267 aZPO/AG) zunächst Gelegenheit zu geben, den massgebenden Sachverhalt in freier Rede zu erzählen. Im Anschluss wurden dann ergänzende Fragen gestellt. Im Unterschied dazu wurden bei der qualifizierten Form der Parteiaussage (Beweisaussage, § 268 aZPO/AG) die Fragen so gestellt, dass sie seitens der Parteien lediglich mit «Ja/Nein» beantwortet werden konnten.⁸⁰² Aufgrund der Gleichrangigkeit der Parteibefragung und der Beweisaussage in der ZPO⁸⁰³ steht es dem Gericht jedoch frei, die aus seiner Sicht jeweils geeignetste Befragungsmethode anzuwenden.⁸⁰⁴

- 352 Die in Art. 171 Abs. 3 ZPO vorgeschriebene freie Ablegung des Zeugnisses ist grundsätzlich auch bei der Parteiaussage zu berücksichtigen. Demnach haben die Parteien ihre Erinnerungen grundsätzlich frei und ohne Rückgriff auf allfällige Unterlagen wiederzugeben.⁸⁰⁵ Die Benützung schriftlicher Unterlagen bedarf einer Bewilligung seitens des Gerichts und sollte die Ausnahme darstellen.⁸⁰⁶

C. Ergänzungsfragen

- 353 Das Recht der Parteien, Ergänzungsfragen zu stellen, ist im Zivilprozess Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör⁸⁰⁷ und umfasst das Recht, sowohl an sich selbst als auch an die Gegenpartei Ergänzungsfragen zu stel-

⁸⁰¹ Vgl. zur Rechtslage im Kanton AG vor dem Inkrafttreten der ZPO vorne Rz. 101 ff.

⁸⁰² EDELMANN, Komm. aZPO/AG, § 267 N 5 und § 268 N 5.

⁸⁰³ Vgl. dazu vorne Rz. 39.

⁸⁰⁴ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 69.

⁸⁰⁵ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 69; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 18. Vgl. auch MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 26, wonach insbesondere das Ablesen einer Stellungnahme unstatthaft ist.

⁸⁰⁶ Zum Zeugnis vgl. ausdrücklich Art. 171 Abs. 3 ZPO. Vgl. BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 69; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 18.

⁸⁰⁷ Vgl. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO.

len bzw. durch die Rechtsvertretung stellen zu lassen.⁸⁰⁸ Das Stellen von Ergänzungsfragen mag insbesondere dann angezeigt sein, wenn eine Parteiaussage unklar, widersprüchlich oder lückenhaft war.

Im Unterschied zum Zeugnis regeln die Bestimmungen zur Parteiaussage nicht ausdrücklich, ob bzw. wie die Parteien Ergänzungsfragen stellen können. Das Gesetz sieht diese Möglichkeit für die Parteiaussage jedoch wenigstens mittelbar vor, indem es in Art. 193 ZPO für die Protokollierung der Parteieinvernahmen auf die Bestimmung von Art. 176 ZPO über das Zeugenprotokoll verweist. Dort regelt Abs. 1, dass auch abgelehnte Ergänzungsfragen der Parteien zu protokollieren sind, wenn dies eine Partei verlangt. Daraus darf geschlossen werden, dass den Parteien und ihren Rechtsvertretungen auch bei der Parteiaussage die Möglichkeit offensteht – analog zum Zeugnis (Art. 173 ZPO) – Ergänzungsfragen zu beantragen oder sie mit Bewilligung des Gerichts selbst zu stellen.⁸⁰⁹

Wie der Wortlaut von Art. 173 ZPO bereits verdeutlicht, können diese Fragen jedoch lediglich eine *Ergänzung* darstellen und müssen sich daher insbesondere an das von der Beweisverfügung vorgegebene Beweisthema halten.⁸¹⁰ So ist es im Bereich der Verhandlungsmaxime Aufgabe des Gerichts, dafür zu sorgen, dass der «definierte Prozessgegenstand gewahrt bleibt und nicht durch Ergänzungsfragen erweitert wird».⁸¹¹ Nach KAUFMANN sind Ergänzungsfragen nur unter den folgenden Voraussetzungen zulässig:⁸¹² (i) Die Frage darf keine Wiederholung bereits gestellter und beantworteter Fragen beinhalten;⁸¹³ (ii) die Frage darf keine Würdigung von bisherigen Aussagen enthalten; (iii) die Frage muss zum Beweisthema gehören und für die Beweiswürdigung mindestens als Indiz relevant sein; (iv) die Frage muss klar sein; (v) es darf sich nicht um eine Suggestivfrage handeln, d.h. es dürfen keine Tatsachen als gegeben unterstellt werden, die bestritten sind.

⁸⁰⁸ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 75; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 24.

⁸⁰⁹ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 24; MÜLLER, FS Meier, S. 498.

⁸¹⁰ MÜLLER, FS Meier, S. 498.

⁸¹¹ BGE 140 III 16, E. 2.2.3.

⁸¹² KAUFMANN, Beweisführung, S. 120. Vgl. auch BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 76;

⁸¹³ So auch MÜLLER, FS Meier, S. 499.

- 356 Über die Zulässigkeit der einzelnen Ergänzungsfragen entscheidet das Gericht. Sofern die Ergänzungsfragen von einer Partei bzw. ihrer Rechtsvertretung direkt gestellt werden, billigt das Gericht die Fragen in der Praxis oftmals stillschweigend, indem es entweder nicht interveniert oder die zu befragende Partei zur Beantwortung auffordert.⁸¹⁴

D. Keine zwingende Befragung beider Parteien

- 357 Gewisse kantonale Zivilprozessordnungen sahen vor, dass nur eine Partei zur qualifizierten Form der Parteiaussage zugelassen werden konnte.⁸¹⁵ Dabei entschied das Gericht grundsätzlich nach freiem Ermessen, welche der Parteien in dieser Form einzuvernehmen war.⁸¹⁶ Unter der ZPO kann das Gericht nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 191 Abs. 1 und Art. 192 Abs. 1 ZPO hingegen auch beide Parteien befragen.
- 358 Sofern beide Parteien zu einer streitigen, relevanten Tatsachenbehauptung über ihre unmittelbaren Wahrnehmungen Auskunft geben können und für beide Parteien ein entsprechender Beweisantrag vorliegt, folgt aus dem Prinzip der Waffengleichheit grundsätzlich ein Anspruch auf Gleichbehandlung und damit eine beidseitige Befragung.⁸¹⁷ Sofern jedoch lediglich in Bezug auf eine Partei ein Beweisantrag vorliegt, ist unter der Verhandlungsmaxime die Befragung der anderen Partei in Form der Parteiaussage gar nicht zulässig.⁸¹⁸

⁸¹⁴ KAUFMANN, Beweisführung, S. 121; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 173 N 6.

⁸¹⁵ Vgl. dazu vorne Rz. 97 und 101 ff. Vgl. auch BÜHLER, FS Walther, S. 462; BÜHLER, HAVE 2013, S. 131; LEUENBERGER, FS Bühler, S. 52; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 192 N 7; SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 335 f.

⁸¹⁶ HAUSER, FS Kummer, S. 624.

⁸¹⁷ MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 450 m.w.H.; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 8; MÜLLER, DIKE-Komm ZPO I, Art. 191 N 37; SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 191–193 N 3 und 8. Vgl. auch § 376 Abs. 2 Ö-ZPO: «Bei der unbeeideten Vernehmung sind, wenn beide Parteien erschienen sind, in der Regel beide über die zu beweisenden Thatsachen zu befragen.»

⁸¹⁸ Vgl. dazu vorne Rz. 303. Zur Ausnahme der Beweisabnahme von Amtes wegen vgl. vorne Rz. 284 ff.

Insbesondere im Zusammenhang mit der Parteibefragung wird in der Lehre 359 jedoch teilweise darauf hingewiesen, dass die Befragung beider Parteien geradezu zum «Wesen dieses Beweismittels» gehöre.⁸¹⁹ Dabei wird in Anlehnung an das EGMR-Urteil *Dombo Beheer B.V. gegen Niederlande*⁸²⁰ argumentiert, dass das Gericht den Grundsatz der Waffengleichheit von Amtes wegen zu wahren habe und daher – selbst wenn lediglich in Bezug auf eine Partei ein entsprechender Antrag vorliegt – beide Parteien in beweisfähiger Form zu befragen seien, sofern beide relevante Aussagen machen können.⁸²¹

Wie MARTI-SCHREIER⁸²² jedoch zu Recht feststellt, lässt sich diese Aussage 360 in ihrer Absolutheit aus dem EGMR-Urteil nicht ableiten. So darf das Gericht insbesondere dann, wenn eine Partei keine Befragung durch das Gericht wünscht,⁸²³ nicht mit dem Hinweis auf den Anspruch ebendieser Partei auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) gegen ihren Willen eine Befragung anordnen. Eine zwingende Befragung beider Parteien lässt sich insbesondere auch nicht mit dem Wortlaut von Art. 191 Abs. 1 und Art. 192 Abs. 1 ZPO vereinbaren, wonach das Gericht «eine oder beide Parteien» befragen kann. Folglich müssen weder bei einer Parteibefragung noch bei einer Beweisaussage zwingend beide Parteien befragt werden. Ob bei Vorliegen der entsprechenden Beweisanträge beide Parteien zu befragen sind, hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Dabei hat es in den Grenzen des

⁸¹⁹ HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 8.

⁸²⁰ EGMR, 27.10.1993, *Dombo Beheer B.V. gegen Niederlande*, Serie A Bd. 274 § 33 ff., auch abgedruckt in NJW 1995, S. 1413. Umstritten war dabei der Abschluss einer mündlichen Vereinbarung an einer Besprechung, an welcher nur zwei Personen anwesend waren: der Geschäftsführer der klagenden Gesellschaft und ein leitender Angestellter der beklagten Bank. Der Gerichtshof sah den Grundsatz der Waffengleichheit (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) verletzt, weil die nationalen Gerichte den Geschäftsführer wegen Parteistellung nicht als Zeugen angehört hatten, den leitenden Angestellten indessen schon. Vgl. dazu auch BGer, 4P.216/2000, 14.12.2000, E. 2.

⁸²¹ So insbesondere BÜHLER, HAVE 2013, S. 148; BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 59 f. und 74. So (ohne Bezugnahme auf das zitierte EGMR-Urteil) auch WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 10.

⁸²² MARTI-SCHREIER, AJP 2017, S. 451.

⁸²³ Vgl. zur Illustration etwa den Sachverhalt in BGer, 29.03.2016, 4A_532/2015, E. 3.

Anspruchs auf ein faires Verfahren gemäss Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK insbesondere zu prüfen, ob es die Befragung beider Parteien als Mittel zur Wahrheitsfindung als geeignet ansieht und ob es der Befragung beider Parteien nach Massgabe der Beweislage für die Meinungsbildung überhaupt bedarf. Die diesbezüglich vorzunehmende Abwägung kann je nach Sachlage und Verhalten der Parteien unterschiedlich ausfallen.

IV. Protokollierungspflicht

- 361 Die Prozessmaxime «*quod non est in actis, non est in mundo*»⁸²⁴ gilt auch für die Parteiaussage.⁸²⁵ Folglich können nur solche Befragungsergebnisse beweismässig verwertet werden, die im Protokoll verkündet sind.⁸²⁶ Gemäss Art. 193 i.V.m. Art. 176 ZPO erfolgt die Protokollierung der Parteiaussage sinngemäss nach den Regeln für die Protokollierung von Zeugeneinvernahmen, wobei für beide Formen der Parteiaussage die gleichen Protokollierungsvorschriften zur Anwendung gelangen.⁸²⁷ Das Gericht hat die Aussagen der Parteien gemäss Art. 193 i.V.m. Art. 176 Abs. 1 ZPO demnach in ihrem wesentlichen Inhalt zu Protokoll zu nehmen, der befragten Partei vorzulesen bzw. zum Lesen vorzulegen und von ihr unterzeichnen zu lassen.⁸²⁸
- 362 Das Protokoll hat in Schriftform zu erfolgen.⁸²⁹ Die Aussagen können gemäss Art. 176 Abs. 2 ZPO zusätzlich auf Tonband, Video oder mit anderen geeigneten technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden. Diesfalls tritt diese Aufzeichnung aber nur *neben* das (schriftliche) Protokoll, darf dieses jedoch nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nicht ersetzen.⁸³⁰

⁸²⁴ «Was nicht in den Akten ist, ist nicht in der Welt», vgl. LIEBS, Lateinische Rechtsregeln, S. 151.

⁸²⁵ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 160.

⁸²⁶ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 193 N 3.

⁸²⁷ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 193 N 2.

⁸²⁸ Vgl. Art. 193 i.V.m. Art. 176 Abs. 1 ZPO.

⁸²⁹ WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 193 N 4; HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 193 N 2.

⁸³⁰ WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 176 N 9; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 Rz. 95.

Der Vorentwurf sah aufgrund der unterschiedlichen Praxis in den Kantonen 363 und der technischen Entwicklung eine flexible Ausgestaltung der Protokollierungspflicht vor. So hielt Art. 167 Abs. 1 VE ZPO lediglich das Folgende fest: «Die Aussagen der Zeuginnen und Zeugen werden zu Protokoll genommen oder aufgezeichnet. Zu Protokoll genommen werden auch abgelehnte Ergänzungsfragen der Parteien.» Gemäss dem Bericht zum Vorentwurf sollte gestützt auf das Protokoll nachvollzogen werden können, was der Zeuge in Bezug auf die prozessrelevanten Tatsachen ausgesagt hat – die Frage, ob diese Aussagen auf Tonband festgehalten, niedergeschrieben oder sonst wie fixiert werden müssen und ob die Protokollierung wortwörtlich oder nur sinngemäss vorzunehmen ist, sei hingegen eine eher (technische) Angelegenheit, «bei der die Gerichte Spielraum haben sollen». ⁸³¹

Demgegenüber bestimmt die Botschaft⁸³² ausdrücklich, dass kein «sog. 364 Wortprotokoll» geführt werden muss. Die Aussagen der Zeugen seien «*nicht wortwörtlich, sondern nur ihrem wesentlichen Inhalt nach*» festzuhalten. Dies entspreche einerseits der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und komme anderseits einem Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmer entgegen. ⁸³³

In der Lehre wird jedoch zum Teil die Auffassung vertreten, dass für eine 365 sorgfältige Beweismwürdigung ein Wortprotokoll unabdingbar ist.⁸³⁴ Demnach sollte das Protokoll im Detail wiedergeben, wie sich der wesentliche Inhalt einer Parteiaussage entwickelt hat, wie sie im Einzelnen korrigiert oder ergänzt worden ist sowie welches nonverbale und emotionale Aussageverhalten⁸³⁵ die befragte Partei an den Tag legte. Trotz dieser berechtigten Bedenken ist aber gestützt auf den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut und die Materialien davon auszugehen, dass die Aussagen *de lege lata* nicht wortwörtlich,

⁸³¹ Bericht VE ZPO, S. 84 f.

⁸³² Botschaft ZPO, S. 7322.

⁸³³ Vgl. jedoch MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 176 N 5, wonach die von der Botschaft erwähnten Bundesgerichtsentscheide nicht zielführend sind.

⁸³⁴ Vgl. insbesondere LEUENBERGER, Protokoll, S. 20. So auch HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 193 N 3; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 176 N 5; BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 193 N 6.

⁸³⁵ Stottern, Stocken, Schweigen, Ausschweifen, Ausweichen, Gestik, Mimik, Gesichtsausdruck usw. Vgl. BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 193 N 6.

sondern nur ihrem wesentlichen Inhalt nach im Protokoll festgehalten werden müssen. Die Parteien haben folglich keinen Anspruch auf das Führen eines Wortprotokolls.⁸³⁶

- 366 Nebst dem wesentlichen Inhalt der Parteiaussage muss aus dem Protokoll klar ersichtlich sein, welche Form der Parteiaussage abgenommen wurde (Parteibefragung oder Beweisaussage). Überdies sollten Zeitpunkt, Gegenstand und Umfang der gerichtlichen Aufklärung im Sinne von Art. 161 ZPO im Protokoll ausdrücklich festgehalten werden.⁸³⁷ Insbesondere die Ermahnung zur Wahrheit und die diesbezüglichen Hinweise auf die disziplinar- oder strafrechtlichen Sanktionen gemäss Art. 191 Abs. 2 und Art. 192 Abs. 2 ZPO sollten möglichst wortgetreu vermerkt werden. Zudem sind allfällige abgelehnte Ergänzungsfragen auf Verlangen einer Partei zu protokollieren.⁸³⁸ Weiter hält eine ordnungsgemässe Protokollierung zudem Ort und Zeit der Befragung, die Zusammensetzung des Gerichts sowie die Anwesenheit der Parteien und ihrer Vertretungen fest.⁸³⁹
- 367 Das Protokoll der Parteiaussage ist wie beim Zeugnis von der befragten Partei zu unterzeichnen. Das Unterschriftserfordernis stellt dabei eine Gültigkeitsvoraussetzung für die Verwertung des Protokolls bzw. der Aussagen als Beweismittel dar.⁸⁴⁰ Sofern die Aussagen jedoch mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden, kann das Gericht gemäss Art. 193 i.V.m. Art. 176

⁸³⁶ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 193 N 3.

⁸³⁷ Vgl. zur gerichtlichen Aufklärungspflicht vorne Rz. 309 ff.

⁸³⁸ Vgl. zum Ganzen MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 193 N 4; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 193 N 2 ff.

⁸³⁹ Vgl. Art. 235 Abs. 1 lit. a–c ZPO. Vgl. HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 193 N 6.

⁸⁴⁰ OGer ZH, 08.06.2017, PQ170033, E. 2.3.1 (abgedruckt in Fn. 362). So auch MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 176 N 12; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 176 N 10; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 176 N 11; REINERT, Stämpfli Handkomm. ZPO, Art. 176 N 2. A.M. BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 176 N 12, GASSER/RICKLI, Kurzkomm. ZPO, Art. 176 N 3, wonach das Unterschriftserfordernis eine blosser Ordnungsvorschrift darstellt, weshalb eine mangelnde Unterschrift nicht zur Ungültigkeit führt, aber den Beweiswert mindert.

Abs. 3 ZPO darauf verzichten, der Partei das Protokoll vorzulesen bzw. zum Lesen vorzulegen und von ihr unterzeichnen zu lassen.⁸⁴¹

V. **Stellungnahme zum Beweisergebnis**

Nach der Beweisabnahme ist den Parteien gemäss Art. 232 Abs. 1 ZPO Gelegenheit zur Stellungnahme⁸⁴² zum Beweisergebnis einzuräumen. Dieses Recht ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör.⁸⁴³ Die Stellungnahmen können entweder mündlich im Anschluss an die Beweisabnahme stattfinden oder bei entsprechendem Antrag seitens der Parteien schriftlich erfolgen (Abs. 2). Anschliessend tritt der Prozess in die Entscheidphase, welche im Rahmen der Urteilsberatung insbesondere auch die Beweiswürdigung umfasst.⁸⁴⁴ 368

⁸⁴¹ Diese Bestimmung ist seit dem 1. Mai 2013 in Kraft. Vgl. dazu eingehend MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 176 N 23 ff. m.w.H.

⁸⁴² Die Stellungnahmen zum Beweisergebnis werden auch als sog. Schlussvorträge bezeichnet, vgl. die Marginalie zu Art. 232 ZPO.

⁸⁴³ Vgl. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO. Vgl. dazu WILLISEGGER, Basler Komm. ZPO, Art. 232 N 2.

⁸⁴⁴ WILLISEGGER, Basler Komm. ZPO, Art. 232 N 2. Zur Würdigung der Parteiaussage vgl. sogleich Rz. 379 ff.

§ 16 Würdigung der Parteiaussage

I. Allgemeines

Um zu beurteilen, ob der Beweis für eine Tatsachenbehauptung erbracht ist, muss das Gericht die erhobenen Beweismittel nach der Erhebung bewerten. Dieser Vorgang wird als *Beweiswürdigung* bezeichnet. Er besteht darin, dass das Gericht zunächst jedem einzelnen Beweismittel ein bestimmtes Gewicht (Beweiswert) beimisst und sich sodann aufgrund aller erhobenen und entsprechend bewerteter Beweise eine Meinung darüber bildet, ob eine Tatsachenbehauptung wahr ist oder nicht.⁸⁴⁵ Erst nachdem die Beweiswürdigung erfolgt ist, hat das Gericht nach dem Grundsatz *iura novit curia*⁸⁴⁶ die rechtlichen Schlussfolgerungen aus dem Tatsächlichen zu ziehen. 369

Im Rahmen der Beweiswürdigung bildet sich das Gericht in einem inneren, subjektiven Vorgang eine Meinung darüber, ob der Beweis einer Tatsache als erbracht oder misslungen angesehen werden kann.⁸⁴⁷ Die Bewertung der einzelnen Beweismittel hat dabei in objektiv nachvollziehbarer und begründbarer Weise zu geschehen, wobei das Gericht die grundlegenden Denk- und Naturgesetze sowie die allgemein anerkannten Erfahrungssätze und die Lebenserfahrung zu beachten hat.⁸⁴⁸ In welchem Ausmass bzw. mit welcher Intensität das Gericht überzeugt werden muss, bestimmt sich nach dem anwendbaren Beweismass.⁸⁴⁹ 370

⁸⁴⁵ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 5.1.

⁸⁴⁶ Vgl. Art. 57 ZPO; BGer, 18.05.2012, 5A_250/2012, E. 7.4.1. Vgl. statt vieler GRÖNER, Beweisrecht, S. 120.

⁸⁴⁷ BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 157 N 5.

⁸⁴⁸ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 5.7; BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 157 N 5 und 16; LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 157 N 48; TANNER, AJP 2015, S. 742 f.

⁸⁴⁹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.159; KAUFMANN, Beweisführung, S. 185 f.; SUTTER-SOMM, Zivilprozessrecht, Rz. 897.

II. Beweiswert der Parteiaussage

A. Allgemeines

- 371 Obwohl die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen die Parteiaussage bereits lange Zeit vor dem Inkrafttreten der ZPO in irgendeiner Form als Beweismittel kannten,⁸⁵⁰ wurde dem «Zeugnis in eigener Sache» bis ins späte 20. Jahrhundert lediglich ein verminderter Beweiswert beigemessen.⁸⁵¹ Dabei wurde generell unterstellt, dass jede Partei nötigenfalls dazu bereit sei, zu ihren eigenen Gunsten die Unwahrheit zu sagen und einer Parteiaussage daher von vornherein keine volle Überzeugungskraft zukommen könne.⁸⁵² Unter Geltung der ZPO ist jedoch zu beachten, dass sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise bilden muss⁸⁵³ und es nicht zulässig ist, einem gesetzlich vorgesehenen Beweismittel von vornherein einen verminderten Beweiswert beizumessen.⁸⁵⁴

B. Grundsatz der freien Beweiswürdigung

- 372 Gemäss Art. 157 ZPO bildet sich das Gericht seine Überzeugung *nach freier Würdigung der Beweise*. Frei ist die Beweiswürdigung, wenn das Gericht die Bewertung der einzelnen Beweismittel und die Gewichtung ihres gegenseitigen Verhältnisses nach seiner eigenen, frei gebildeten Überzeugung vornehmen darf und muss.⁸⁵⁵ Das Gericht ist dabei grundsätzlich⁸⁵⁶ nicht an Be-

⁸⁵⁰ Zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten der ZPO vgl. Rz. 95 ff.

⁸⁵¹ WEIBEL, FS Rutz, S. 234; LEUENBERGER, HAUSER, FS Kummer, S. 618 ff.; LEUENBERGER, FS Bühler, S. 50 f. m.w.H.

⁸⁵² SUTTER-SOMM, ZZP 2000, S. 344. Vgl. hierzu auch die Hinweise bei LEUENBERGER, FS Bühler, S. 50 f., und BÜHLER, FS Walter, S. 466.

⁸⁵³ Vgl. dazu sogleich Rz. 382 ff.

⁸⁵⁴ BGE 84 IV 171, E. 2.

⁸⁵⁵ HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 5.4.

⁸⁵⁶ Ausnahmsweise bestehen feste Beweisregeln, wie z.B. die erhöhte Beweiskraft öffentlicher Register und Urkunden (Art. 179 ZPO und Art. 9 ZGB); vgl. statt vieler GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 157 N 2; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.143 f.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 44 Rz. 96 ff.

weisregeln gebunden.⁸⁵⁷ Als Beweisregeln werden gesetzliche Regelungen verstanden, welche entweder bestimmte Beweismittel ausschliessen (Beweisverbote) oder den Beweiswert eines Beweismittels genau festlegen (Beweiskraftvorschriften).⁸⁵⁸ Solche Regeln sind nicht vereinbar mit der Würdigungsfreiheit, weil damit die freie gerichtliche Überzeugungsbildung eingeschränkt würde.⁸⁵⁹ Die Beweiswürdigung soll dabei jedoch nicht nach rein subjektivem Empfinden erfolgen, sondern nach pflichtgemäsem Ermessen, d.h. begründet und nachvollziehbar.⁸⁶⁰

Der Beweiswert eines einzelnen Beweismittels ist nicht messbar, sondern muss vom Gericht im Einzelfall bestimmt und mit anderen Beweismitteln verglichen bzw. abgewogen werden.⁸⁶¹ Den in Art. 168 Abs. 1 ZPO aufgeführten Beweismitteln wird dabei kein bestimmter Beweiswert zugemessen, da dies auf feste Beweisregeln hinauslaufen würde, was mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung unvereinbar wäre.⁸⁶² Auch wenn in der Praxis gewisse Beweismittel erfahrungsgemäss verlässlicher sind als andere, muss

⁸⁵⁷ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.142; GUYAN, Basler Komm. ZPO, Art. 157 N 1 f.; GUYAN, Beweisverfahren, S. 28; BÜHLER, Beweiswürdigung, S. 72; LEU, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 157 N 7; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 44 Rz. 88; GRONER, Beweisrecht, S. 101.

⁸⁵⁸ BÜHLER, Beweiswürdigung, S. 72; FINK, Private Zeugenbefragung, Rz. 378; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 44 Rz. N 94.

⁸⁵⁹ BÜHLER, Beweiswürdigung, S. 74; BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 157 N 17; HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 157 N 12.

⁸⁶⁰ Statt vieler HASENBÖHLER, ZPO Komm., Art. 157 N 11; GRONER, Beweisrecht, S. 105 f. Vgl. auch FINK, Private Zeugenbefragung, Rz. 380, wonach eine Beweiswürdigung ohne Begründung gerade dasjenige Vertrauen zerstöre, welches dem Gericht historisch betrachtet mit der Abschaffung von starren Beweisregeln hin zur Möglichkeit der freien Beweiswürdigung eingeräumt wurde.

⁸⁶¹ FINK, Private Zeugenbefragung, Rz. 381; NONN, Zivilprozess, S. 43; BÜHLER, Beweiswürdigung, S. 87; LEU, ZPO Komm., Art. 157 N 20.

⁸⁶² BGer, 18.05.2012, 5A_250/2012, E. 7.4.1: «Gemäss Art. 157 ZPO bildet sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise. [...] Demnach hat das Gericht die Beweise frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, zu würdigen. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung wird etwa verletzt, wenn bestimmten Beweismitteln im Voraus in allgemeiner Weise die Beweiseignung abgesprochen wird oder wenn das Gericht bei der Würdigung der Beweise im Ergebnis nicht seiner eigenen Überzeugung folgt.» Vgl. auch BRÖNNIMANN, Berner Komm. ZPO II, Art. 157 N 17.

das Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bestimmen, wie es sich mit solch generellen Aussagen im Einzelfall verhält.⁸⁶³ So kann im Einzelfall eine Zeugenaussage auch glaubhafter sein als eine Urkunde, wenn der Zeuge beispielsweise schlüssig erklärt, warum der Inhalt einer Urkunde gerade nicht zutreffend ist.

- 374 Im Rahmen der Beweiswürdigung müssen oftmals sich widersprechende Beweisergebnisse bewertet werden, wobei die verschiedenen Beweismittel in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind.⁸⁶⁴ Daraus folgt, dass das Gericht im Einzelfall u.U. auf ein einzelnes – anderen Beweismitteln widersprechendes – Beweismittel abstellen darf, wenn dieses Beweismittel die gerichtliche Überzeugung im Sinne des erforderlichen Beweismasses zu begründen vermag.

C. Beweiskraft der Parteiaussage

- 375 Aufgrund der Gleichrangigkeit mit den anderen Beweismitteln handelt es sich bei der Parteiaussage um ein vollwertiges Beweismittel, das wie alle anderen Beweismittel der freien Beweiswürdigung unterliegt.⁸⁶⁵ Folglich kann unter Umständen auch allein gestützt auf eine Parteiaussage eine bestimmte Tatsache für bewiesen bzw. widerlegt angesehen werden.⁸⁶⁶ Im Unterschied zu früheren kantonalen Zivilprozessordnungen⁸⁶⁷ kann eine

⁸⁶³ Vgl. HASENBÖHLER, Beweisrecht, Rz. 5.20 m.w.H., wonach beispielsweise einer Urkunde oder einem Augenschein in der Regel ein stärkeres Gewicht beigemessen wird als Zeugen- oder Parteiaussagen.

⁸⁶⁴ BÜHLER, Beweiswürdigung, S. 87.

⁸⁶⁵ OGer ZH, 21.10.2014, LE140006, E. 4.4. Statt vieler HAFNER, Basler Komm. ZPO, Art. 191 N 4; DOLGE, Beweisverfahren, S. 44; WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 6.

⁸⁶⁶ BGer, 03.02.2015, 4A_498/2014, E.3.3; OGer ZH, 21.12.2016, NP160031, E. 2, wonach allein aufgrund der Parteibefragung eine bestimmte Tatsache für bewiesen oder widerlegt angesehen werden kann. So auch MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 34. A.M. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, S. 299, und MEIER, Zivilprozessrecht, S. 317 f., der dafür hält, dass das Gericht dann, wenn es beweismässig massgeblich auf die Aussage einer Partei abstellen wolle, die Beweisaussage gemäss Art. 192 ZPO anzuordnen habe.

⁸⁶⁷ Die früheren kantonalen Zivilprozessordnungen sahen teilweise vor, dass Aussagen zugunsten der befragten Partei keinen Beweis bilden konnten, vgl. z.B. § 149 Abs. 3 ZPO/ZH, vgl. dazu vorne Rz. 116.

Parteiaussage überdies in alle Richtungen – und damit sowohl zugunsten als auch zulasten der aussagenden Partei – berücksichtigt werden.⁸⁶⁸

Die diesbezüglichen Erläuterungen in der Botschaft sind jedoch unglücklich abgefasst.⁸⁶⁹ So führt der Bundesrat im Zusammenhang mit der Parteibefragung aus, dass jede Partei auch für sich selber eine Parteibefragung beantragen kann und sogar Aussagen zu eigenen Gunsten zu berücksichtigen sind, «doch liegt auf der Hand, dass ihr Beweiswert auf Grund der Selbstbefangenheit der Partei meist gering und daher mit einem zusätzlichen Beweismittel zu unterlegen ist».⁸⁷⁰ 376

Wie BÜHLER⁸⁷¹ zu Recht feststellt, steht die vom Bundesrat postulierte Herabsetzung der Beweiskraft der Parteiaussage im Widerspruch zum Recht auf Beweis und zur freien Beweiswürdigung. So misst das Recht auf Beweis allen zugelassenen Beweismitteln grundsätzlich eine gleich grosse Beweiskraft zu und eine Beweisregel, nach der einem bestimmten Beweismittel generell nur eine geringere oder gar keine Beweiskraft zukommen soll, wird durch die freie Beweiswürdigung gerade ausgeschlossen.⁸⁷² 377

Dieser Auffassung folgt auch das Bundesgericht, indem es erst kürzlich in BGE 143 III 297 ausdrücklich festgehalten hat, dass der Grundsatz, wonach 378

⁸⁶⁸ MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 32. A.A. SCHWEIZER, Comm. CPC, Art. 192 N 3, welcher der Parteibefragung nur dann Beweiskraft beimessen will, wenn sich die aussagende Partei belastet.

⁸⁶⁹ So auch BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 10 ff.

⁸⁷⁰ Botschaft ZPO, S. 7326. In diesem Sinn auch KGer GR, 24.04.2017, ZK2 15 14, E. 3c): «Es ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich bei der Parteibefragung und der Beweisaussage letztlich immer noch nur um eine Parteiaussage handelt [...]. Aussagen einer Partei zu eigenen Gunsten können zwar grundsätzlich berücksichtigt werden. Es ist jedoch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Parteien naturgemäss befangen sind. Bei der Parteibefragung handelt es sich vor diesem Hintergrund um ein Beweismittel mit bloss geringem Beweiswert, welches daher mit einem zusätzlichen Beweismittel zu unterlegen ist [...]. Eine erfahrene Partei ist denn auch gehalten, um klare Verhältnisse zu schaffen, Verträge schriftlich zu fixieren und kann sich im Prozessfall nicht einfach auf die Parteibefragung oder Beweisaussage verlassen, um ihren Beweisschwierigkeiten zu entgehen [...]».

⁸⁷¹ BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 10 f. m.w.H.

⁸⁷² Vgl. dazu vorne Rz. 39, 227 und 382 ff. Vgl. auch BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 10 ff. m.w.H.

es nicht zulässig ist, einem bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Beweismittel von vornherein jeden Beweiswert abzusprechen, auch für die Parteiaussage gilt.⁸⁷³ Im erwähnten Entscheid wurde seitens des Beschwerdeführers vorgebracht, dass er infolge der eingeklagten Medienberichterstattung psychische bzw. seelische Beeinträchtigungen erlitten habe und dies in der Klageschrift substantiiert dargelegt und dafür frist- und formgerecht seine Befragung und Beweisaussage angeboten habe. Die Vorinstanz führte diesbezüglich aus, «die immaterielle Unbill lasse sich nicht allein durch eine Parteibefragung beweisen, sondern erfordere zusätzliche Beweise, die zu beantragen der Beschwerdeführer versäumt habe». Das Bundesgericht hielt hierzu jedoch das Folgende entgegen:⁸⁷⁴ «Entgegen dem, was der angefochtene Entscheid unterstellt, sind Parteibefragung und Beweisaussage gesetzlich vorgesehene (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO), objektiv taugliche Beweismittel. Der Richter bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Daraus folgt das Verbot fester Beweisregeln [...]. Soweit diese gesetzliche Pflicht zur freien Beweiswürdigung Platz greift, ist es nicht zulässig, einem bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Beweismittel von vornherein jeden Beweiswert, also jede Überzeugungskraft abzusprechen [...]. Dies gilt auch für die Parteibefragung und Beweisaussage im Sinn von Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO. Eine geschickte Befragung durch den Richter kann erfahrungsgemäss durchaus ein gutes Mittel sein, die Wahrheit zu erforschen, wenn der Befragte – zumal in Konfrontation mit der Gegenpartei – eindringlich verhört wird und auf unerwartete Fragen Antwort geben muss, vor allem aber, weil der Richter, der die Befragung durchführt, dabei einen persönlichen Eindruck gewinnt, der ihm gestatten kann, die Glaubwürdigkeit des Befragten zu beurteilen [...]. Zu Recht wird im Schrifttum gefordert, dass diese bundesgerichtlichen Überlegungen auch unter der Herrschaft der Schweizerischen Zivilprozessordnung gelten [...]. Daran ändert auch der vorinstanzliche Hinweis auf die bundesrätlichen Erörterungen zur Schweizerischen Zivilprozessordnung nichts. Zwar ist dort davon die Rede, dass der Beweiswert der Parteibefragung aufgrund der «Selbstbefangenheit» der Partei «meist gering und daher mit einem zusätzlichen Beweismittel zu unterlegen» sei [...]. Auch zur Schlussfolgerung, dass der Beweiswert einer Parteiaussage

⁸⁷³ BGE 143 III 297, E. 9.3.2.

⁸⁷⁴ BGE 143 III 297, E. 9.3.2.

ge «zu eigenen Gunsten» für sich allein genommen im konkreten Fall als gering einzustufen ist, kann der Richter erst kommen, wenn er diesen Beweis abgenommen hat.»

Das Gericht darf daher einer Parteiaussage nicht zum vornherein jeglichen Beweiswert absprechen, andernfalls verletzt es das Recht auf Beweis und den Grundsatz der freien Beweiswürdigung.⁸⁷⁵ So darf das Gericht insbesondere nicht pauschal davon ausgehen, dass jede Partei bereit sei, zu ihren eigenen Gunsten die Unwahrheit zu sagen. Wie der Beweiswert einer Parteiaussage einzustufen ist, kann das Gericht vielmehr erst dann beurteilen, wenn es die Befragung durchgeführt hat. Dabei sind nach LEUENBERGER/UFFER-TOBLER insbesondere die folgenden Elemente zu berücksichtigen:⁸⁷⁶ (i) die Möglichkeit von Wahrnehmungs- und Erinnerungsfehlern; (ii) die Motivationslage (Befangenheit) der befragten Partei; (iii) das Aussageverhalten der befragten Partei⁸⁷⁷ sowie (iv) die inhaltliche Glaubwürdigkeit und Stimmigkeit der Aussage (Detaillierung, Individualität, Verflechtung, Konstanz im Kerngeschehen).

Dass die Parteien regelmässig ein Interesse am Ausgang des Prozesses haben und damit in einem gewissen Sinn «befangen» sind, ist vom Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen.⁸⁷⁸ Ferner dürfen auch aus der unterschiedlichen Schwere der Sanktionsandrohungen keine allgemeinen Rückschlüsse auf die Beweiskraft gezogen werden. So kann nicht von vornherein gesagt werden, dass der Beweiswert einer Parteibefra-

⁸⁷⁵ So auch OGer ZH, 15.01.2015, LB140032, E. 4a: «Dass die Parteibefragung oft nur zusammen mit anderen Beweismitteln den Beweis zu erbringen vermag, ist eine Erfahrungstatsache, die allerdings auch für andere Beweismittel gilt. Indem die Vorinstanz – beeinflusst durch die unvollständige Darstellung der Botschaft [...] – daraus eine Beweisregel macht und deswegen von vornherein auf die Abnahme dieses Beweismittels verzichtet, verstösst sie gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) [...]»

⁸⁷⁶ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.147. Vgl. auch LEU, DIKE-Komm. ZPO, Art. 157 N 41.

⁸⁷⁷ Vgl. dazu auch SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 157 N 4 und 10 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.154; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Zivilprozessrecht, § 44 Rz. 92 f.

⁸⁷⁸ GASSER/RICKLI, Kurzkomm. ZPO, Art. 191 N 4.

gung schwächer ist als jener einer Beweis- oder Zeugenaussage.⁸⁷⁹ Ob eine Aussage im Rahmen einer Parteibefragung oder einer Beweisaussage erfolgt, macht sie daher nicht per se mehr oder weniger glaubhaft – entscheidend ist vielmehr ihr Inhalt.⁸⁸⁰

- 381 Unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung ist die Parteiaussage daher nicht nur als Ergänzung zu den übrigen Beweismitteln, sondern auch für sich allein grundsätzlich voll beweistauglich, vorausgesetzt, dass sie der gerichtlichen Beweismwürdigung im Rahmen der gesamten Beweislage standhält.⁸⁸¹

III. Überschiessendes Beweisergebnis

A. Allgemeines

- 382 Gelegentlich kommen im Rahmen der Beweisabnahme Tatsachen zum Vorschein, die seitens der Parteien nicht bzw. nicht in dieser Weise behauptet worden sind. Solche *überschiessenden Beweisergebnisse* können beispielsweise dann entstehen, wenn ein Gutachter Ergebnisse liefert, an die keine Partei gedacht hat und die entsprechend auch nicht behauptet worden sind.⁸⁸²
- 383 In den kantonalen Zivilprozessordnungen wurde die Berücksichtigung von nicht behaupteten Beweisergebnissen unterschiedlich gehandhabt.⁸⁸³ Unter

⁸⁷⁹ So jedoch SCHMID, Kurzkomm. ZPO, Art. 191–193 N 14.

⁸⁸⁰ SCHWANDER, FS Sutter-Somm, S. 578. A.A. EBNETER, Prozessbetrug, Rz. 528.

⁸⁸¹ WEIBEL/WALZ, ZPO Komm., Art. 191–192 N 5; MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 32 mit Kritik an SCHWEIZER, Comm. CPC, Art. 192 N 3, welcher der Parteibefragung nur dann Beweiskraft zuweisen will, wenn sich die aussagende Partei belastet. Vgl. auch OGer ZH, 10.02.2017, NP160022, E. 5.6: «Während die Zürcherische Zivilprozessordnung die Parteiaussagen, welche zugunsten der befragten Partei lauteten, noch nicht als Beweis zulässt (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH), lässt die Schweizerische Zivilprozessordnung die Parteibefragung und Beweisaussage ohne Einschränkung als voll- und der Zeugenbefragung gleichwertiges Beweismittel zu.»

⁸⁸² LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, Rz. 9.149.

⁸⁸³ FRANK/STRÄULI/MESSMER, Komm. aZPO/ZH, § 54 N 3 mit Hinweis auf GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 239. Vgl. auch die Hinweise in BGer, 27.11.2014,

der ZPO äussert sich die Lehre differenziert: Zum Teil wird die Verwertung ohne weitere Begründung generell als unzulässig erachtet.⁸⁸⁴ Nach anderer Auffassung ist die Verwertung zwar grundsätzlich unzulässig, jedoch müsse der Sachverhalt dann regelmässig als «offensichtlich unvollständig» im Sinne von Art. 56 ZPO qualifiziert werden, weshalb das Gericht verpflichtet sei, durch Ausübung seines Fragerechts darauf hinzuwirken, dass die Parteien den unvollständigen Sachverhalt ergänzen.⁸⁸⁵ In Anlehnung an die frühere zürcherische Praxis und § 115 Ziff. 2 aZPO/ZH wird die Verwertung von nicht behaupteten Beweisergebnissen von einem Teil der Lehre als zulässig erachtet, wenn die nicht behaupteten Beweisergebnisse zumindest noch im Rahmen dessen liegen, was behauptet wurde⁸⁸⁶ oder wenn die damit bewiesene Rechtsfolge vom geltend gemachten Anspruch abgedeckt ist.⁸⁸⁷

Das Bundesgericht hatte erst kürzlich einen Fall zu beurteilen, in dem das Appellationsgericht des Kantons Tessin gestützt auf eine bei den Akten liegende Urkunde die Nichtigkeit eines Mäklervertrages aufgrund eines Doppelauftrages festgestellt hatte.⁸⁸⁸ Dass der Makler sich in Verletzung von Art. 415 OR auch von der anderen Seite hatte Lohn versprechen lassen, wurde im Prozess nicht behauptet. Dieser Umstand durfte nach den Ausführungen des Bundesgerichts daher nicht berücksichtigt werden. Eine Berücksichtigung eines solchen überschüssenden Beweisergebnisses ist nach dem Bundesgericht nur dann zulässig, wenn die betreffende Tatsache im Rahmen dessen gelegen hätte, was behauptet worden war bzw. von den Behauptungen gedeckt gewesen wäre. Nach dem Bundesgericht gestattet Art. 56 ZPO dem

4A_195/2014, E. 7.2, nicht publ. in BGE 140 III 602 mit Hinweis auf LEUENBERGER, FS Kellerhals, S. 314 f.

⁸⁸⁴ GEHRI, Basler Komm. ZPO, Art. 55 N 5.

⁸⁸⁵ Vgl. OBERHAMMER, Kurzkomm. ZPO, Art. 55 N 10 ff., wonach einem Entscheid die materiell richtigen Tatsachen zugrunde zu legen sind, auch wenn sie unter Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes festgestellt wurden.

⁸⁸⁶ LEUENBERGER, FS Kellerhals, S. 322; HURNI, Berner Komm. ZPO I, Art. 55 N 36; MARKUS/HUBER-LEHMANN, ZBJV 154/2018, S. 276; MORET, Aktenschluss, Rz. 635 f. Vgl. auch BGer, 29.08.2017, 4A_204/2017, E. 8.2.2.

⁸⁸⁷ SCHENKER, Stämpfli's Handkomm. ZPO, Art. 55 N 12. Vgl. hierzu auch BGer, 27.11.2014, 4A_195/2014, E. 7.2, nicht publiziert in BGE 140 III 602.

⁸⁸⁸ BGE 142 III 462, E. 4 = Pra 106 (2017) Nr. 70. Vgl. auch LEUENBERGER, ZBJV 2018, S. 334.

Gericht überdies weder, die Parteien auf Tatsachen aufmerksam zu machen, die sie ausser Acht gelassen haben, noch ihnen zu helfen, den Fall besser darzulegen oder ihnen treffende Argumente vorzuschlagen, mit denen sie obsiegen können.

B. Überschiessende Parteiaussagen

- 385 Ein überschüssendes Beweisergebnis kann grundsätzlich auch bei der Beweiserhebung mittels Parteiaussage entstehen. So stellt die Verwertung von überschüssenden Parteiaussagen nicht per se eine Verletzung der Behauptungs- und Substanziierungslast dar. Unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁸⁸⁹ sollten daher überschüssende Parteiaussagen über Tatsachen, die von den Parteien zwar nicht exakt so behauptet und substantiiert worden sind, aber im Rahmen dessen liegen, was behauptet worden ist, vom Gericht berücksichtigt werden können.
- 386 Dies gilt insbesondere für nicht behauptete, aber mittels Parteiaussage erwiesene Tatsachen, die den behaupteten Tatsachen *im Ergebnis* gleichzusetzen sind,⁸⁹⁰ so zum Beispiel, wenn seitens einer Partei ursprünglich ein ausdrücklich erfolgter Vertragsabschluss behauptet wurde, im Rahmen der Beweiserhebung jedoch ein solcher durch konkludentes Verhalten nachgewiesen wurde.⁸⁹¹ Wie BÜHLER zu Recht feststellt, besteht denn auch der Zweck der Behauptungs- und Substanziierungslast nicht darin, jede Ergänzung oder Änderung des Beweisthemas im Rahmen der Parteiaussage komplett auszuschliessen. Vielmehr soll damit der Gegenpartei ermöglicht werden, konkret zu den behaupteten Sachvorbringen Stellung zu nehmen, diese ihrerseits substantiiert zu bestreiten und den Gegenbeweis anzutreten.⁸⁹² Es würde dem Interesse an der materiellen Wahrheitsfindung zuwiderlaufen, wenn das Gericht bewiesene (rechtserhebliche) Tatsachen unberücksichtigt lassen müsste, die in einem qualifizierten Kontext zum bereits Behaupteten stehen.

⁸⁸⁹ Vgl. dazu vorne Rz. 396.

⁸⁹⁰ GULDENER, Zivilprozessrecht, S. 165.

⁸⁹¹ Vgl. auch die Beispiele bei LEUENBERGER, FS Kellerhals, S. 318; HURNI, Berner Komm. ZPO I, Art. 55 N 36.

⁸⁹² BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 81a.

Das überschliessende Beweisergebnis darf aber auf keinen Fall dazu führen, dass die Parteiaussage zur Umgehung des Novenverbots gemäss Art. 229 ZPO missbraucht wird.⁸⁹³

⁸⁹³ So auch MÜLLER, DIKE-Komm. ZPO I, Art. 191 N 25. A.M. BÜHLER, Berner Komm. ZPO II, Art. 191–192 N 80, wonach dem übergeordneten Ziel des Beweisverfahrens, der materiellen Wahrheit möglichst nahezukommen, der Vorrang gebührt gegenüber der dem Novenverbot inhärenten formellen Wahrheit.

§ 17 Zusammenfassung

Die Abnahme einer Parteiaussage setzt unter Geltung der Verhandlungsma- 387
xime einen entsprechenden Beweisantrag seitens der Parteien voraus. Dies
gilt für beide Formen der Parteiaussage, wobei seitens der Parteien sowohl
die eigene Befragung wie auch die Befragung der Gegenpartei beantragt
werden kann. Nach dem aufgezeigten Lösungsansatz sollten die beiden Be-
weismittel der Parteiaussage jeweils gemeinsam beantragt werden. Der Ent-
scheid, in welcher Form und mit welcher Sanktionsandrohung eine Partei
anschliessend einvernommen wird, obliegt indessen dem Gericht. Ob das
Gericht in der Folge eine Parteibefragung, eine Beweisaussage oder beide
Beweismittel anordnet, hängt insbesondere davon ab, welches Beweismittel
das Gericht als Mittel zur Wahrheitsfindung als geeignet ansieht und ob es
der Abnahme dieses Beweismittels nach Massgabe der Beweislage für die
Meinungsbildung überhaupt noch bedarf. Dabei gilt es speziell zu berück-
sichtigen, dass die Anordnung einer Beweisaussage keine vorgängige Partei-
befragung voraussetzt.

Zur Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Beweiserhebung mittels Partei- 388
aussage gehört insbesondere die Pflicht, persönlich und wahrheitsgemäss
über ihre eigenen, sog. unmittelbaren Wahrnehmungen zu einer streitigen,
relevanten Tatsachenbehauptung auszusagen. Darüber sind die Parteien vom
Gericht vor der Befragung aufzuklären. Im Rahmen der Aufklärung hat sie
das Gericht auch auf die Folgen einer allfälligen Verletzung der Mitwir-
kungspflicht und die ihnen zustehenden Verweigerungsrechte hinzuweisen.
Sofern keine Aufklärung über die Verweigerungsrechte erfolgte, dürfen die
erhobenen Beweise vom Gericht grundsätzlich nicht berücksichtigt werden.
Sofern eine Partei ihre Aussage unberechtigterweise verweigert, zum Bei-
spiel mittels Schweigen, so hat das Gericht dieses Verhalten im Rahmen der
Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Ein solches Verhalten hat jedoch we-
der Strafe noch Zwang zur Folge. Sofern eine Partei jedoch die Wahrheits-
pflicht verletzt, kann dies bei der Parteibefragung disziplinar- und bei der
Beweisaussage strafrechtliche Sanktionen zur Folge haben.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 191 f. ZPO kann das Gericht 389
«eine oder beide Parteien» befragen – eine zwingende Befragung beider
Parteien ist somit nicht vorgesehen. Zum Ablauf der Befragung äussert sich

das Gesetz nicht. Das Gericht kann daher insbesondere den Zeitpunkt der Abnahme wie auch die Methode der Befragung bestimmen. Aufgrund des rechtlichen Gehörsanspruchs müssen die Parteien jedoch die Möglichkeit haben, Ergänzungsfragen zu stellen bzw. durch die Rechtsvertretung stellen zu lassen. Die Aussagen der Parteien müssen in ihrem wesentlichen Inhalt zu Protokoll genommen werden, wobei gemäss Art. 193 i.V.m. Art. 176 ZPO die Protokollierungsvorschriften der Zeugeneinvernahme sinngemäss zur Anwendung gelangen.

- 390 Bei der Parteiaussage handelt es sich um ein vollwertiges Beweismittel, das wie alle anderen Beweismittel der freien Beweiswürdigung unterliegt. Folglich kann eine Parteiaussage sowohl zugunsten als auch zulasten der aussagenden Partei berücksichtigt werden. Wie der Beweiswert einer Parteiaussage einzustufen ist, kann das Gericht erst dann beurteilen, wenn es die Befragung durchgeführt hat. Eine allfällige Selbstbefangenheit der befragten Partei hat das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

Lebenslauf

Persönliche Daten

Name	Lorenz
Vorname	Tabea Aurelia Angelika
Geburtsdatum	13.12.1986
Zivilstand	ledig
Bürgerort	Ried-Brig (VS)

Ausbildung

2014 – 2019	Universität St. Gallen Dr. iur. HSG
06/2016	Obergericht des Kantons Zürich Anwaltspatent
2010 – 2012	Universität St. Gallen M.A. HSG in Law and Economics
2006 – 2010	Universität St. Gallen B.A. HSG in Law and Economics
2002 – 2006	Kantonsschule Zofingen Akzentfach: Mathematik Schwerpunktfach: Wirtschaft und Recht

Berufserfahrung

seit 04/2017	Bratschi AG, Zürich Rechtsanwältin
09/2009 – 06/2012 01/2014 – 03/2017	Universität St. Gallen Wissenschaftliche Assistentin / Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Markus Müller-Chen für Privatrecht, internationales Privat- und Handels- recht sowie Rechtsvergleichung
01/2014 – 03/2016	Schellenberg Wittmer AG, Zürich Research Assistant

02/2013 – 12/2013	Reetz Sohm Rechtsanwälte , Küsnacht Substitutin
01/2009 – 09/2012 10/2012 – 01/2013	Wenger Plattner AG , Küsnacht Studentische Mitarbeiterin / Substitutin
09/2011 – 03/2012	KPMG AG , Bern Praktikantin in der Steuerabteilung
04/2010 – 05/2010	Bär & Karrer AG , Zürich Kurzpraktikantin im Team Banken, Versicherungen und Finanzierungen
08/2009 – 09/2009	Homburger AG , Zürich Kurzpraktikantin im Team Prozesse / Verfahren
03/2008 – 11/2008	CMS von Erlach Henrici AG , Zürich Wissenschaftliche Mitarbeiterin für ein Publikationsprojekt im Bankenrecht bei Dr. Kaspar Landolt
11/2008 – 05/2010	Universität St. Gallen, Executive School of Management, Technology and Law Studentische Assistentin im Bereich Management & Law bei Prof. Dr. Leo Staub und Dr. Alexander Jungmeister