

Philipp Haberbeck

Abgrenzung der zulässigen antizipierten Beweiswürdigung von der Verletzung des Rechts auf Beweis im Zivilprozess

Auch nach Inkrafttreten der ZPO setzt das Bundesgericht seine konstante Praxis fort, dass eine antizipierte Beweiswürdigung durch die kantonalen Sachrichter grundsätzlich zulässig ist. Im Beitrag wird die Frage beleuchtet, wie das Bundesgericht bezüglich Zivilverfahren die zulässige richterliche antizipierte Beweiswürdigung von der Verletzung des Rechts auf Beweis abgrenzt. Zudem legt der Autor abschliessend seinen Standpunkt hinsichtlich der in der Lehre nicht unumstrittenen Frage der Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung dar.

Rechtsgebiet(e): Zivilprozessrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Abgrenzung der zulässigen antizipierten Beweiswürdigung von der Verletzung des Rechts auf Beweis im Zivilprozess, in: Jusletter 3. Februar 2014

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Formale Voraussetzung der zulässigen richterlichen antizipierten Beweiswürdigung
3. Wann greift das Bundesgericht in die antizipierte Beweiswürdigung der kantonalen Vorinstanz ein?
 - 3.1 Vorbehalt der Willkür: Allgemeines
 - a. Willkürbegriff betreffend die antizipierte Beweiswürdigung
 - b. Vorgehen des Bundesgerichts bei der Willkürprüfung
 - 3.2 Mögliche Konstellationen im Besonderen
 - a. Vom Bundesgericht als willkürlich qualifizierte antizipierte Beweiswürdigungen
 - b. Vom Bundesgericht als nicht willkürlich qualifizierte antizipierte Beweiswürdigungen
4. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

1. Einleitung

[Rz 1] Das Recht auf Beweis, auch als Beweisanspruch bezeichnet¹, gemäss dem «*der Richter rechtzeitig und formrichtig angebotene erhebliche Beweismittel grundsätzlich abnehmen muss*»², wird auf Verfassungsstufe aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV)³ abgeleitet, und ist nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) auf Gesetzesstufe direkt⁴ in Art. 152 Abs. 1 ZPO verankert.⁵

[Rz 2] Wie aus der oben zitierten Definition des Beweisanspruchs hervorgeht, haben die Parteien an einem Zivilprozess keinen voraussetzungslosen Anspruch darauf, dass das Gericht von ihnen beantragte Beweismittel abnimmt. Dies war bereits unter den früheren kantonalen Zivilprozessordnungen der Fall, und auch Art. 152 Abs. 1 ZPO erwähnt ausdrücklich, dass Beweismittel form- und fristgerecht angeboten werden und auch tauglich sein müssen.

[Rz 3] Das erwähnte Tatbestandsmerkmal der Tauglichkeit steht im Kontext der sogenannten vorweggenommenen oder antizipierten Beweiswürdigung, die nach Auffassung des Autors darin besteht⁶, dass ein Gericht einen Beweismittelantrag

ablehnt, weil (i) es diesen Antrag im Lichte vorliegender Beweise als ungeeignet erachtet, an dem bereits feststehenden Beweisergebnis noch etwas zu ändern⁷; oder weil (ii) es den beantragten Beweis von vornherein für ungeeignet hält, die relevante Tatsache zu beweisen⁸.

[Rz 4] Nach Inkrafttreten der ZPO kann man das Recht zur antizipierten Beweiswürdigung ableiten aus Art. 152 Abs. 1 ZPO, also aus dem dort aufgeführten Merkmal der Tauglichkeit⁹, oder aus Art. 157 ZPO¹⁰, der den Grundsatz der freien Beweiswürdigung festhält.¹¹

[Rz 5] Unabhängig von der vorstehend erwähnten Frage der gesetzlichen Grundlage der antizipierten Beweiswürdigung¹²

Lehre und Rechtsprechung über die Definition des Begriffs der antizipierten Beweiswürdigung unterschiedliche Auffassungen bestehen (a.a.O., S. 169 ff.). Die hier vertretene Definition des Begriffs der antizipierten Beweiswürdigung deckt sich mit der Auffassung BRÖNNIMANN (a.a.O., S. 175). Ebenso MICHAEL NONN, Die Beweiswürdigung im Zivilprozess: unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Basel-Landschaft, Diss. Basel 1996, S. 71.

⁷ Siehe etwa BGE 90 II 219 E. 4.b S. 224 sowie das Urteil des Bundesgerichts 4A_23/2010 vom 12. April 2010, E. 2.1.2. Siehe auch JÜRGEN BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 170, und MICHAEL NONN, a.a.O., S. 72 f.

⁸ Siehe etwa die Urteile des Bundesgerichts 4A_216/2008 vom 20. August 2008, E. 4.2 («*Es bleibt dem Sachgericht [...] unbenommen, von beantragten Beweiserhebungen deshalb abzusehen, weil es sie zum vornherein nicht für geeignet hält, die behaupteten Tatsachen zu beweisen, oder weil es seine Überzeugung bereits aus anderen Beweisen gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgeblichen Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermöchten [...]*»); 4P.143/2005 vom 18. August 2005, E. 2.2 («*Nach der Rechtsprechung kann der Richter das Beweisverfahren schliessen, wenn die Beweisanträge [...] offensichtlich untauglich sind oder wenn er auf Grund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde.*»); 4P.288/2006 vom 9. Mai 2007, E. 3.1; 4P.113/2000 vom 21. August 2000, E. 2a; 4C.286/2001 vom 22. Januar 2002, E. 2a. Siehe auch JÜRGEN BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 170 f., und MICHAEL NONN, a.a.O., S. 73.

⁹ So CHRISTIAN LEU, in: ZPO Kommentar, Alexander Brunner / Dominik Gasser / Ivo Schwander (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2011, insbesondere Rz. 20 zu Art. 152 ZPO.

¹⁰ Art. 157 ZPO lautet: «*Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise.*»

¹¹ Siehe die Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006 (BBI 2006 7221), S. 7312; PETER GUYAN, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 152 ZPO, S. 827, und Rz. 14 zu Art. 157 ZPO, S. 854. Dieser ist bezüglich dieser Auffassung jedoch kritisch und ist der persönlichen Meinung, dass das Recht auf antizipierte Beweiswürdigung nicht im Recht auf freie Beweiswürdigung enthalten ist (a.a.O., Rz. 14 zu Art. 157 ZPO, S. 855). Kritisch ist auch SABINE KOFMEL, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Diss. Bern 1992, S. 262 f. JÜRGEN BRÖNNIMANN geht grundsätzlich von der Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung aus, vertritt aber einen differenzierenden Ansatz (a.a.O., S. 177 ff.). Differenzierend ebenso MICHAEL NONN, a.a.O., S. 75 ff. Die grundsätzliche Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung bejaht hat MAX GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast, Zürich 1955, S. 16.

¹² Das Bundesgericht scheint dahin zu tendieren, das Tatbestandsmerkmal der Tauglichkeit in Art. 152 Abs. 1 ZPO als objektive Tauglichkeit aufzufassen (siehe das Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2013 vom 27. August 2013, E. 3.1 («*[...] nicht offensichtlich beweisuntauglich sind [...]*»)).

¹ Siehe die Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006 (BBI 2006 7221), S. 7312.

² Urteil des Bundesgerichts 5P.456/2006 vom 23. März 2007, E. 2.2.3.

³ «*Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör*».

⁴ Vor Inkrafttreten der ZPO wurde der Beweisführungsanspruch auf bundesrechtlicher Gesetzesstufe aus Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) abgeleitet, der primär die zivilrechtliche Grundregel zur Beweislastverteilung enthält («*Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.*»).

⁵ Art. 152 ZPO lautet: «*Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt [Absatz 1]. Rechtswidrig beschaffte Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt [Absatz 2].*» Siehe zum Recht auf Beweis z.B. PETER GUYAN, Basler Kommentar zur ZPO, Basel 2013, Art. 152 ZPO, S. 825 ff. Siehe zur Situation vor dem Inkrafttreten der ZPO JÜRGEN BRÖNNIMANN, Beweisanspruch und antizipierte Beweiswürdigung, in: Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht: Festschrift für Oscar Vogel, Ivo Schwander / Walter A. Stoffel (Hrsg.), Freiburg 1991, S. 162 ff.

⁶ JÜRGEN BRÖNNIMANN erläutert in seinem in Fussnote 5 erwähnten Aufsatz zum Beweisanspruch und zur antizipierten Beweiswürdigung, dass in der

ist festzuhalten, dass das Bundesgericht auch nach Inkrafttreten der ZPO die grundsätzliche Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung bejaht.¹³

[Rz 6] In diesem Artikel wird die Frage beleuchtet, wie das Bundesgericht bezüglich Zivilverfahren die zulässige richterliche antizipierte Beweiswürdigung von der Verletzung des Rechts auf Beweis abgrenzt. Zudem legt der Autor abschliessend seinen Standpunkt hinsichtlich der in der Lehre nicht unumstrittenen Frage der Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung dar.

2. Formale Voraussetzung der zulässigen richterlichen antizipierten Beweiswürdigung

[Rz 7] Als formale Voraussetzung muss das kantonale Sachgericht zumindest implizit darlegen, weshalb es einen Beweisanspruch aufgrund antizipierter Beweiswürdigung ablehnt.¹⁴ Andernfalls verletzt es den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör.¹⁵ Zudem kann das Bundesgericht ohne Begründung nicht prüfen, ob die kantonale Vorinstanz den oben erwähnten Beweisanspruch gemäss Art. 152 ZPO respektiert oder verletzt hat.

3. Wann greift das Bundesgericht in die antizipierte Beweiswürdigung der kantonalen Vorinstanz ein?

3.1 Vorbehalt der Willkür: Allgemeines

a. Willkürbegriff betreffend die antizipierte Beweiswürdigung

[Rz 8] Wie erwähnt, bejaht das Bundesgericht auch nach Inkrafttreten der ZPO die Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung.¹⁶ Diese grundsätzliche Zulässigkeit steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass die antizipierte Beweiswürdigung nicht willkürlich ist.¹⁷

[Rz 9] Im Hinblick auf die antizipierte Beweiswürdigung hat das Bundesgericht seinen allgemeinen Willkürbegriff bezüglich vorinstanzlicher Entscheide¹⁸ folgendermassen spezifiziert (siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts 4A_431/2011 vom 6. Februar 2012, E. 2.1):

«Das Bundesgericht greift in eine antizipierte Beweiswürdigung nur ein, wenn sie willkürlich und damit offensichtlich unhaltbar ist, namentlich wenn sie eine prozessuale Vorschrift oder einen unumstrittenen Grundsatz des Beweisrechts krass verletzt oder sonst wie in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft [...]»

[Rz 10] Hinsichtlich der von der kantonalen Vorinstanz vorgenommenen und vor dem Bundesgericht angefochtenen antizipierten Beweiswürdigung fragt sich das Bundesgericht somit, ob die von der kantonalen Vorinstanz vorgenommene antizipierte Beweiswürdigung *offensichtlich unhaltbar* ist. Wenn ja, ist diese Beweiswürdigung willkürlich und damit unzulässig.¹⁹

Siehe zur Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Untauglichkeit etwa PETER GUYAN, a.a.O., Rz. 6 f. zu Art. 152 ZPO, S. 827 f.

¹³ Siehe etwa die Urteile des Bundesgerichts 4A_414/2013 vom 28. Oktober 2013, E. 4.3; 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 4.2; 5A_555/2011 vom 16. März 2012, E. 2.2.1.

¹⁴ Siehe BGE 114 II 289 E. 2.b; siehe auch die Urteile des Bundesgerichts 5A_574/2007 vom 11. März 2008, E. 2.2 («Im Falle vorweggenommener Beweiswürdigung muss sich aus dieser zumindest implicite ergeben, weshalb das Gericht dem nicht abgenommenen Beweismittel jede Erheblichkeit oder Tauglichkeit abspricht [...]»); 5A_64/2011 vom 20. Mai 2011, E. 2.3.2 («[...] es ergibt sich [aus] dem Urteil zumindest sinngemäss, dass sich an der gewonnenen Überzeugung auch durch weitere Beweiserhebungen nichts ändern würde. Mit Bezug auf die weiteren vom Beschwerdeführer beantragten Beweise liegt somit im Ergebnis antizipierte Beweiswürdigung vor.»); 4P.133/2002 vom 17. September 2002, E. 3.2 («Même si elle ne le dit pas expressément, il ressort de son raisonnement qu'elle ne voit pas quelles personnes pourraient être susceptibles de l'éclairer sur la réelle intention des parties. Cette appréciation échappe au grief d'arbitraire.»); siehe auch 4P.28/2007 vom 15. Mai 2007, E. 4.4.1.

¹⁵ Siehe Art. 29 Abs. 2 BV («Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.»); vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 4P.142/2002 vom 8. Oktober 2002, E. 2.3.1.

¹⁶ Siehe zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung bis ca. 1991 JÜRGEN BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 172 ff.

¹⁷ Siehe etwa die Urteile des Bundesgerichts 5A_505/2013 vom 20. August 2013, E. 5.2.3 («Die antizipierte Beweiswürdigung ist Teil der Beweiswürdigung, die vom Bundesgericht nur auf Willkür (Art. 9 BV) hin überprüft werden kann [...]»); 5A_795/2012 vom 21. Februar 2013, E. 3 («[...] erst wenn die antizipierte Beweiswürdigung nicht vor dem Willkürverbot standhielte [...], stellt sich die Frage des rechtlichen Gehörs [...]»); 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 4.2 («Das Bundesgericht greift in eine antizipierte Beweiswürdigung nur ein, wenn sie willkürlich und damit offensichtlich unhaltbar ist [...]»).

¹⁸ Siehe z.B. BGE 134 I 140 E. 5.4 S. 148 («Nach der bundesgerichtlichen Praxis liegt Willkür vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist; dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht [...]»).

¹⁹ Siehe etwa die Urteile des Bundesgerichts 4A_633/2012 vom

[Rz 11] Konkret geht es insbesondere um folgende Konstellation: Im vorinstanzlichen Verfahren liegt ein in zeitlicher, inhaltlicher sowie formaler Hinsicht zulässiger Beweisantrag vor. Wenn der zuständige Richter²⁰ im Lichte bereits offerierter und abgenommener Beweise willkürfrei zum Schluss kommt, das relevante Beweisergebnis stehe fest und könne durch das zusätzliche Beweismittel nicht mehr verändert werden, darf dieser Beweisantrag zurückgewiesen werden.

[Rz 12] Folgendes unproblematisches Beispiel zur Illustration: Nehmen wir an, die relevante Tatfrage sei, ob sich der Beklagte an einem gewissen Datum und zu einer gewissen Zeit an einem gewissen Ort aufgehalten hat. Als Beweise wurden vom Richter bereits abgenommen: die Kopie eines auf den Beklagten ausgestellten Flugtickets; die Kopie einer auf den Beklagten lautenden Hotelrechnung; die Aussage von zwei Zeugen, die bestätigten, den Beklagten zur betreffenden Zeit am fraglichen Ort gesehen zu haben. Nun wird vom Beklagten der Gegenbeweisantrag gestellt, es sei die Zeugin A, seine Freundin, einzuvernehmen, die bezeugen könne, dass er, der Beklagte, sich am betreffenden Datum und zur relevanten Zeit bei ihr, also an einem anderen als dem von der Gegenpartei behaupteten Ort aufgehalten habe. Es ist nachvollziehbar, wenn der Richter in einer solchen Konstellation zum Ergebnis kommt, das vom Beklagten angerufene Gegenbeweismittel könne an seiner Überzeugung, dass sich der Beklagte tatsächlich zur betreffenden Zeit am fraglichen Ort aufgehalten hat, nichts mehr ändern.²¹

[Rz 13] Wie unter Ziffer 1 oben erwähnt, kann die zulässige antizipierte Beweiswürdigung auch darin bestehen, dass ein Gericht einen Beweismittelantrag ablehnt, weil es den beantragten Beweis von vornherein für untauglich hält, die relevante Tatsache zu beweisen.

[Rz 14] Bezüglich dieser Variante der antizipierten Beweiswürdigung dürfte folgende Perspektive relevant sein (siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts 5A_283/2007 vom 15. November 2007, E. 2.2.1):

«Bei der Beweiswürdigung fällt Willkür [...] in Betracht,

wenn die kantonale Instanz Sinn und Tragweite eines Beweismittels, das geeignet gewesen wäre, zu einem andern Resultat zu führen, unberücksichtigt gelassen [22] [...] hat [...]»²³

[Rz 15] Im Unterschied zur vorstehend diskutierten Variante hat der Richter bei dieser in der Praxis wohl seltener vorkommenden Konstellation unter Umständen noch gar keine Beweiserhebung durchgeführt, kommt jedoch bezüglich des (allenfalls einzigen) offerierten Beweismittels zum Schluss, dass dieses in jedem Fall untauglich ist, die betreffende behauptete Tatsache zu beweisen.²⁴ Eine solche Situation kann zum Beispiel vorliegen, wenn eine beweisbelastete Partei als Beweis einen urteilsunfähigen Zeugen offeriert.²⁵

b. Vorgehen des Bundesgerichts bei der Willkürprüfung

[Rz 16] Wird vor dem Bundesgericht eine willkürliche antizipierte Beweiswürdigung gerügt, prüft das Bundesgericht *im Lichte der konkreten Umstände*, ob die Beweiswürdigung des vorinstanzlichen Sachrichters nachvollziehbar und nicht im Gegenteil offensichtlich unhaltbar erscheint.²⁶

²² Anstatt «unberücksichtigt gelassen» zutreffender wohl «offensichtlich missverstanden», so etwa im Urteil des Bundesgerichts 5A_714/2013 vom 4. November 2013, E. 4.3.1 («Il n'intervient, du chef de l'art. 9 Cst., que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve [...]»).

²³ Siehe auch die Urteile des Bundesgerichts 5A_54/2012 vom 1. Juni 2012, E. 2.1, und 4P.288/2006 vom 9. Mai 2007, E. 4.1.

²⁴ Siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts 4D_6/2007 vom 7. Juni 2007, E. 2.4 («Par ailleurs, la Présidente du Conseil de Prud'hommes a exposé que le témoin A. ne pouvait pas apporter d'élément sur la contestation du décompte horaire personnel du demandeur, pouvant tout au plus s'exprimer au sujet des difficultés qu'il aurait lui-même rencontrées avec son employeur. Ce faisant, elle a procédé à une appréciation anticipée des preuves [...], dont le recourant ne démontre pas qu'elle serait arbitraire.»).

²⁵ Siehe zur Zeugnisfähigkeit z.B. Joëlle Lendenmann, in: ZPO Kommentar, Myriam A. Gehri / Michael Kramer (Hrsg.), Zürich 2010, Rz. 5 ff. zu Art. 169 ZPO.

²⁶ Siehe z.B. die Urteile des Bundesgerichts 4A_347/2012 vom 5. November 2012, Tatbestand B («[Le Tribunal Fédéral] a relevé en particulier que l'audition de ce témoin ne pouvait être refusée sur la base d'une appréciation anticipée des preuves, car les circonstances de l'espèce [...] ne permettaient pas de conclure, sans verser dans l'arbitraire, que l'absence de remise de dette était d'emblée prouvée.»), das auf das Urteil 4A_544/2010 vom 8. Dezember 2010, E. 2.4, verweist; BGE 96 II 314 E. 7 S. 324 («Im vorliegenden Prozess hat das serostatistische Gutachten, an dessen Richtigkeit nicht zu zweifeln ist, zu einem für die Gerichtspraxis genügend sicheren Ergebnis geführt und die Vaterschaft des Beklagten mit einem so hohen Wahrscheinlichkeitsgrad bejaht, dass ein AEG keinen schlüssigen Gegenbeweis mehr erbringen könnte. [...] Wenn deshalb die Vorinstanz durch antizipierte Beweiswürdigung die Einholung eines AEG als überflüssig ablehnte, so hat sie damit nicht Bundesrecht verletzt.»); 5A_505/2013 vom 20. August 2013, E. 5.3 («Gestützt auf dieses Sachverhaltsfeststellungen durfte das Obergericht vorliegend in antizipierter Beweiswürdigung auf eine (erneute) Begutachtung von Y. verzichten [...]»); 5A_911/2012 vom 14. Februar 2013, E. 6.4.3 und 6.4.4 («Was den Einwand des Beschwerdeführers betrifft, das Gutachten vom 1. Oktober 2010 sei im Zeitpunkt des obergerichtlichen Urteils zwei Jahre alt und damit

21. Februar 2013, E. 6.3, und 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 4.2.

²⁰ Der Einfachheit halber wird bei entsprechenden Begriffen jeweils nur die maskuline Form verwendet.

²¹ Vgl. das Urteil des Bundesgerichts 4A_510/2011 vom 22. März 2012, E. 4.2 («Die Vorinstanz hat ausgeführt, als einziges Beweismittel für den behaupteten Geldfluss und insbesondere die Weiterleitung der Mittel an die A. AG verbleibe die beantragte Zeugenbefragung von B., nachdem sich aus den anderen eingereichten Beweismitteln nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers ableiten lasse. B. habe ein erhebliches eigenes Interesse daran zu behaupten, er habe die Mittel an die A. AG weitergeleitet, da er ansonsten riskieren würde, selbst vom Beschwerdeführer belangt zu werden. Er entlaste sich durch eine entsprechende Aussage auch moralisch. Einer Aussage im Sinne des Beschwerdeführers käme unter diesen Umständen nur ein sehr beschränkter Beweiswert zu, weshalb auf sie zum Vornherein nur in Verbindung mit weiteren in die gleiche Richtung weisenden Indizien abgestellt werden könnte. Solche Indizien mit objektivem Beweiswert lägen indessen nicht vor.»).

[Rz 17] Die Hürde des Nachweises einer willkürlichen bzw. offensichtlich unhaltbaren Beweiswürdigung ist sehr hoch, was der folgende Bundesgerichtsentscheid illustriert (Urteil des Bundesgerichts 5A_231/2012 vom 21. Mai 2012, E. 3 und 4; Hervorhebungen zusätzlich):

«Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung. [...] Das Obergericht hat sich in erster Linie auf die verschiedenen in ihrer Aussage übereinstimmenden ärztlichen Zeugnisse abgestellt. Dies könnte allein dann als willkürlich erscheinen, wenn die Fakten **schlichtweg nichts anderes als den zwingenden Schluss** zulassen würden, dass die Zeugnisse **offensichtlich** falsch wären. [...] Zwar könnte aus den von der Gläubigerin erwähnten Elementen für sich genommen **durchaus auch der Schluss gezogen werden**, dass es dem Schuldner in der relevanten Zeit hätte möglich sein müssen, die Tragweite des Zahlungsbefehles zu erkennen und Rechtsvorschlag zu erheben, zumal es sich dabei nicht um eine komplexe Angelegenheit handelt. **Vorliegend geht es indes nicht um diese Frage, sondern allein darum, ob die betreffenden Vorbringen dergestalt sind, dass es als geradezu willkürlich erscheint**, wenn das Obergericht vor dem Hintergrund des offensichtlich schweren Alkoholabusus und der wiederholten Hospitalisation des Schuldners nicht von den ärztlichen Zeugnissen, welche eine durchgängige Handlungsunfähigkeit mit Bezug auf administrative Angelegenheiten auch zwischen den beiden Klinikaufenthalten attestieren, abwich und in tatsächlicher Hinsicht das Gegenteil als erwiesen erachtete. Diese Frage ist zu verneinen.»

veraltet gewesen, entzieht sich die Frage des Kindeswohls einer starren Beurteilung und ist stets im Hinblick auf die aktuellen Verhältnisse zu beantworten. Dies kann dazu führen, dass das befassende Sachgericht gegebenenfalls weitere Beweise zu erheben, namentlich ein weiteres Gutachten einzuholen hat. Massgeblich ist dabei, ob neue Erkenntnisse zu erwarten oder ob die Ergebnisse der früheren Untersuchungen nach wie vor aktuell sind [...]. Liegen demnach seit dem Gutachten vom 1. Oktober 2010 keine neuen Erkenntnisse oder veränderten Umstände vor und äussert sich das Gutachten vom 1. Oktober 2010 zu den nach wie vor massgeblichen Verhältnissen, durfte das Obergericht auf ein weiteres Gutachten verzichten [...].»); 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 4.2 («Die Beschwerdeführerin tut nicht dar, inwiefern die Einholung der IV-Akten zwingend geboten gewesen wäre bzw. was der Beizug der IV-Akten für den Nachweis der Arbeits(un)fähigkeit des Beschwerdegegners bewirkt hätte. Ihre pauschale Behauptung, der Beizug der IV-Akten hätte «durchaus zur Klärung des Prozessstoffes beigetragen» reicht nicht aus, um die von der Vorinstanz vorweggenommene Beweiswürdigung als willkürlich auszuweisen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist weder dargetan noch ersichtlich.»); 4A_633/2012 vom 21. Februar 2013, E. 7.3 («Der Beschwerdeführer legt jedoch nicht rechtsgenügend dar, inwiefern das Obergericht in Willkür verfallen sein soll, wenn es hinsichtlich des Zeitpunkts des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers im Monat März des Jahres 2009 auf das Arztzeugnis von Dr. C. vom 17. März 2009 und nicht auf die Telefonnotiz der SUVA vom 5. Mai 2009 abstellte.»).

[Rz 18] Zu beachten ist im vorliegenden Kontext, dass das Bundesgericht den kantonalen Vorinstanzen im Rahmen der Beweiswürdigung einen weiten Ermessensspielraum einräumt, in den das Bundesgericht nur bei «geradezu unhaltbaren» Ergebnissen eingreift.²⁷

3.2 Mögliche Konstellationen im Besonderen

a. Vom Bundesgericht als willkürlich qualifizierte antizipierte Beweiswürdigungen

[Rz 19] Willkürlich ist eine antizipierte Beweiswürdigung unter Umständen insbesondere dann, wenn die kantonale Vorinstanz eine Beweisabnahme ablehnt, ohne dass über die entscheidungsrelevante²⁸ Tatsache irgendein Beweis abgenommen worden ist²⁹, gegebenenfalls aufgrund unzutreffender rechtlicher Überlegungen³⁰.

²⁷ Siehe etwa die Urteile des Bundesgerichts 5D_48/2011 vom 16. Mai 2011, E. 3.3.2 («Es erscheint schliesslich auch nicht als geradezu unhaltbar, auf die Einholung der verlangten Bankbescheinigungen zu verzichten. Die Sachgerichte geniessen in der Beurteilung, ob aus weiteren Beweismassnahmen wesentliche Erkenntnisse gewonnen werden können, über Ermessensspielraum.»); 4D_33/2010 vom 13. April 2010, E. 3.3 («Dem kantonalen Gericht steht bei der Würdigung von Beweisen ein weiter Ermessensspielraum zu.»); 4P.134/2002 vom 30. Oktober 2002, E. 4.2 («[...] compte tenu du large pouvoir d'appréciation [...]»); 5A_647/2008 vom 14. November 2008, E. 4.3.3 («Zudem wäre eine willkürliche antizipierte Beweiswürdigung nicht schon dann gegeben, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erschiene, sondern nur dann, wenn das Ergebnis schlechterdings mit vernünftigen Gründen nicht zu vertreten wäre [...]»); 5P.88/2001 vom 4. Mai 2001, E. 3c («Willkürliche Beweiswürdigung liegt nur vor, wenn der Richter seinen erheblichen Ermessensspielraum bei der Würdigung der Beweise offensichtlich missbraucht hat, wenn das Beweisergebnis geradezu unhaltbar ist oder wenn es auf einem offenkundigen Versehen beruht. Der Richter muss z.B. die Beweise krass einseitig zu Ungunsten einer Partei gewürdigt oder wichtige Beweise völlig ausser Acht gelassen haben [...]»).

²⁸ Die zu beweisende Tatsachenbehauptung muss dahingehend relevant sein, dass sich deren Vorhanden- oder Nichtvorhandensein auf das Ergebnis des Entscheids auswirkt (siehe z.B. das Urteil des Bundesgerichts 5A_747/2010 vom 23. Februar 2011, E. 4.5: «Das obergerichtliche Ergebnis ist nach dem Gesagten selbst dann richtig, wenn die Tatsachenbehauptungen, welche die Beschwerdeführerin im kantonalen Verfahren hat zum Beweis vorstellen wollen, zutreffen. An der Beurteilung ihrer Rüge, das Obergericht habe Art. 8 ZGB verletzt [...], besteht deshalb kein schutzwürdiges Interesse [...]»).

²⁹ Siehe BGE 91 II 159 E. 5.d S. 168 f. («Wenn, wie im vorliegenden Falle, das Ergebnis des AEG gänzlich ungewiss ist, kommt nicht in Frage, den vom Beklagten angetretenen Beweis durch antizipierte Beweiswürdigung als aussichtslos zu erklären. Anders könnte es sich allenfalls beim Vorliegen übereinstimmender auffälliger Merkmale des Kindes und des Beklagten verhalten. Selbst in einem solchen Falle dürfte sich übrigens gewöhnlich die Befragung eines erbbiologischen Experten empfehlen, sofern nicht auszuschliessen ist, dass das Kind von einem Rassen- oder Familienmitglied des Beklagten stammt [...]»); Urteil des Bundesgerichts 5C.76/2006 vom 29. August 2006, E. 3.1 («Der Beweisführungsanspruch ist insbesondere dann verletzt, wenn der kantonale Richter über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt.»).

³⁰ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_555/2011 vom 16. März 2012, E. 3 («Sous le couvert d'une «appréciation anticipée des preuves»,

[Rz 20] Willkürlich ist eine antizipierte Beweiswürdigung in der Regel dann, wenn eine gesetzliche Norm die Abnahme eines bestimmten Beweises vorschreibt, hierauf aber vom Gericht verzichtet wird, zum Beispiel auf die in Art. 298 Abs. 1 ZPO vorgeschriebene Anhörung des Kindes in eherechtlichen Verfahren.³¹

[Rz 21] Das Bundesgericht hat es auch als willkürlich qualifiziert, die vom Arbeitnehmer begehrte Einvernahme seines Hausarztes in antizipierter Beweiswürdigung aufgrund der Überlegung abzulehnen, Aussagen von Hausärzten fehle von vornherein jede Glaubwürdigkeit.³²

b. Vom Bundesgericht als nicht willkürlich qualifizierte antizipierte Beweiswürdigungen

[Rz 22] Nicht willkürlich ist die Ablehnung eines beantragten Beweismittels insbesondere dann, wenn es an einer substantiiert aufgestellten Behauptung fehlt, über die Beweis abgenommen werden könnte.³³

l'autorité précédente a, en définitive, refusé d'ordonner une preuve portant sur un fait pertinent, en s'appuyant sur des motifs juridiques dépourvus de pertinence. Elle n'a pas attribué de force probante à d'autres éléments qui eussent rendu superflète l'expertise réclamée par le recourant [...]. Quoiqu'il en soit sous l'angle de l'art. 8 CC, l'arrêt déféré doit de toute manière être annulé, car une décision prise sans que les faits nécessaires à l'application de la loi aient été constatés est contraire au droit fédéral [...].»

³¹ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5A_160/2011 vom 29. März 2011, E. 5.2.1, das noch zu Art. 144 Abs. 2 ZGB erging, der durch Art. 298 Abs. 1 ZPO ersetzt wurde («Sind die Voraussetzungen für die Anhörung des Kindes gegeben, lässt sie sich nicht durch antizipierte Beweiswürdigung umgehen (Urteil des Bundesgerichts 5A_536/2007 vom 24. Januar 2008 E. 2.1).»); siehe auch 5A_89/2010 vom 3. Juni 2010, E. 4.2.2 («Sind die Voraussetzungen nach Art. 314 Ziff. 1 ZGB für die Anhörung des Kindes gegeben, so lässt sie sich nicht durch antizipierte Beweiswürdigung umgehen.»), und 5A_50/2010 vom 6. Juli 2010, E. 2.4. Siehe zu Ausnahmen von der grundsätzlichen Pflicht, Kinder persönlich anzuhören, das Urteil 5A_467/2011 vom 3. August 2011, E. 6.1.

³² Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4P.254/2005 vom 21. Dezember 2005, E. 4.2 («Den Berichten eines Hausarztes kann nicht von vornherein jede Glaubwürdigkeit abgesprochen werden. Ein solches Vorurteil ist vielmehr offensichtlich willkürlich.»).

³³ Siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts 4A_541/2011 vom 28. März 2012, E. 3.2.1 («Die Vorinstanz hat ausgeführt, mit Beweisanträgen könnten fehlende Substanziierungen nicht nachgeholt werden, da Beweiserhebungen schlüssige Vorbringen voraussetzen. Die Beschwerdeführer seien vom erstinstanzlichen Gericht aufgefordert worden, zur Behauptung des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen, wonach die gewünschten ausländischen Fernsehprogramme mit alternativen technischen Vorrichtungen empfangen werden könnten. Trotz dieser Aufforderung hätten die Beschwerdeführer ihre Vorbringen nicht substantiiert, sondern bloss pauschal bestritten, dass die ägyptischen und japanischen Fernsehprogramme auch ohne Satellitenschüssel empfangen werden könnten. Selbst nachdem der Beschwerdegegner konkret alternative Empfangsmöglichkeiten aufgeführt habe, seien die Beschwerdeführer inhaltlich oberflächlich geblieben und hätten sich mit den genannten Alternativen kaum auseinandergesetzt. Unter diesen Umständen habe das erstinstanzliche Gericht zu Recht auf eine Expertise verzichtet.»). Der Autor ist sich bewusst, dass dieser Entscheid und gewisse andere hier

[Rz 23] Ebenfalls grundsätzlich nicht willkürlich ist die Ablehnung einer Beweisabnahme, die nicht eine entscheidrelevante Tatsache selbst, sondern nur ein Indiz für eine solche Tatsache betrifft.³⁴

[Rz 24] Dies trifft auch zu auf beantragte Beweisabnahmen, die das Vorliegen von Tatsachen zum Gegenstand haben, die nach willkürfreier Auffassung des Sachgerichts den geforderten Beweis nicht erbringen können.³⁵ Geht es zum Beispiel darum, den Beweis dafür zu erbringen, dass eine Marke zum Freizeichen geworden ist, dann reicht es nicht aus, einen Zeugen für die Behauptung zu offerieren, dieser Zeuge habe die betreffende Marke unbefugt genutzt, denn dies ist in jedem Fall untauglich, den Beweis dafür zu erbringen, dass alle beteiligten Verkehrskreise das Zeichen nicht mehr als Marke verstehen.³⁶

[Rz 25] Nicht willkürlich ist es in der Regel weiter, Parteibefragungen oder Aussagen von dem Beweisführer nahe stehenden Zeugen in antizipierter Beweiswürdigung eine geringe Beweiskraft zuzumessen.³⁷ Dies gilt auch für angerufene

aufgeführten Entscheide strenggenommen nicht der unter Ziffer 1 dieses Aufsatzes vertretenen Definition der antizipierten Beweiswürdigung entsprechen. Da das Bundesgericht entsprechende Konstellation jedoch im Zusammenhang mit dem Institut der antizipierten Beweiswürdigung behandelt hat, werden solche Entscheide der Vollständigkeit halber hier aufgeführt.

³⁴ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4A_753/2011 vom 16. Juli 2012, E. 4.4 («Da selbst die Beschwerdeführerin das mögliche Fehlen von Spuren der an K. geleisteten Zahlungen in der Buchhaltung der Beschwerdegegnerin bloss als Indiz für die unterlassene Abrechnung qualifiziert, ist die Vorinstanz offensichtlich nicht in Willkür verfallen, wenn es die Edition der Buchhaltung als nicht beweistauglich ansah. Dasselbe gilt bezüglich der verlangten Bankunterlagen, zumal auch eine Verrechnung denkbar ist, welche keine Banktransaktion erfordert.»).

³⁵ Siehe die Urteile des Bundesgerichts 5P.195/2003 vom 16. Oktober 2003, E. 2 («Das Obergericht hat auf die Einvernahme von U., in dessen Liegenschaft der Beschwerdegegner teilweise gewohnt hatte, verzichtet mit der Begründung, es sei für den Ausgang des Verfahrens irrelevant, ob dieser bestätigen könne, dass der Beschwerdegegner einmal seine Tochter erkannt, aber nicht gegrüsst habe.»); 4P.237/2004 vom 1. Februar 2005, E. 1.3 («Il s'ensuit que l'une des deux conditions pour l'ouverture du droit à la preuve, à savoir la pertinence des faits allégués, n'était pas remplie. La cour cantonale pouvait donc, sans violer l'art. 196 LPC/GE ni tomber dans l'arbitraire, procéder à l'appréciation anticipée des preuves et rejeter l'offre de preuves de la recourante.»).

³⁶ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4P.129/2003 vom 3. November 2003, E. 2.2.2 («Diese antizipierte Beweiswürdigung ist offensichtlich nicht willkürlich, wenn davon auszugehen ist, dass eine Marke nicht bereits dann zum Freizeichen degeneriert ist, wenn sie - unbefugt - auch durch Dritte benützt wird, sondern erst dann, wenn alle beteiligten Verkehrskreise das Zeichen nicht mehr als Marke verstehen. Dieser Beweis kann, wie das Obergericht willkürfrei festhält, allein mit dem Nachweis einer - selbst ungeahndeten - Verwendung des Zeichens durch verschiedene Personen oder Unternehmen nicht erbracht werden.»).

³⁷ Siehe die Urteile des Bundesgerichts 4A_182/2009 vom 13. Mai 2009, E. 4.3 («So sei die offerierte persönliche Befragung der Beschwerdeführer unzulässig bzw. jedenfalls von geringem Beweiswert, da absehbar sei, dass sie zu ihren eigenen Gunsten aussagen würden. Auch der Beweiswert der Aussagen der als Zeugen angerufenen C.E. und D.E. wäre angesichts

Zeugen, die ein Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens haben³⁸, oder für Zeugen, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zu der sie anrufenden Prozesspartei stehen³⁹. In solchen Fällen beruht die Ablehnung des Beweismittels nach Auffassung des Autors grundsätzlich auf sachlichen Gründen, womit eine willkürliche Beweiswürdigung im Prinzip nicht anzunehmen ist.⁴⁰

deren Nähe zu den Beschwerdeführern gering. Ebenso könne auf die persönliche Befragung der Beschwerdegegnerinnen verzichtet werden, da auch bei ihnen absehbar wäre, dass sie nicht zu ihren eigenen Ungunsten aussagen würden. [...] Die Beschwerdeführer vermögen diese plausiblen Erwägungen nicht als willkürlich auszuweisen [...]»); 4A_480/2007 vom 27. Mai 2008, E. 2.4 («Entgegen der Annahme des Beschwerdeführers hat das Obergericht nicht auf die Befragung von C. verzichtet, weil er mit dem Beschwerdeführer verwandt ist, sondern weil er für ihn die Vertragsverhandlungen führte. Daraus ergibt sich offensichtlich, dass die beiden Brüder in Bezug auf den Prozessgegenstand in einer engen Beziehung zueinander standen, weshalb das Obergericht nicht in Willkür verfiel, wenn es annahm, seine Aussage könnte nur als Parteibehauptung gewürdigt werden.»); siehe auch 4P.37/2007 vom 26. Juni 2007, E. 4.2; 4P.157/2004 vom 7. Oktober 2004, E. 3.1.; 4P.48/2004 vom 18. Mai 2004, E. 3.4.

³⁸ Siehe z.B. die Urteile des Bundesgerichts 4D_93/2010 vom 27. Oktober 2010, E. 3.2 («Inwiefern diese antizipierte Beweiswürdigung willkürlich sein soll, legt die Beschwerdeführerin nicht hinreichend dar und ist auch nicht ersichtlich. Auf die Einvernahme von Z. als Zeugen konnte die Vorinstanz ohne Willkür verzichten, da dieser ein offensichtliches Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens hat, riskiert er doch, bei Doppelzahlung von der Beschwerdeführerin in Anspruch genommen zu werden.»); 5A_11/2009 vom 31. März 2009, E. 2.5 («Quant à l'audition de l'époux de la recourante, il n'était à l'évidence pas arbitraire de considérer qu'elle était inutile, vu l'intérêt de cette personne à soustraire une partie de ses actifs aux saisies dont il faisait l'objet.»); 4A_10/2007 vom 18. April 2007, E. 2.9 («Im Übrigen ist es nicht willkürlich bei der antizipierten Beweiswürdigung das Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens der offerierten Zeugen zu berücksichtigen.»); 4P.143/2005 vom 18. August 2005, E. 2.2 («So wurde ausgeführt, dass die Zeugin als Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin nicht neutral sei und sich durch ihre Aussage selbst belasten könnte, weshalb auf ihre Aussagen ohnehin nicht entscheidend abgestellt werden könnte. Diese antizipierte Beweiswürdigung ist nicht willkürlich.»).

³⁹ Siehe die Urteile des Bundesgerichts 4P.28/2006 vom 3. April 2006, E. 2.5 («Unter diesen Umständen konnte das Obergericht willkürfrei annehmen, auch mögliche Aussagen der von der Beschwerdeführerin zusätzlich beantragten Zeugen E. und D. könnten am Beweisergebnis nichts mehr ändern, zumal seit dem Materialeinbruch über zehn Jahre vergangen sind und die Zeugen in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Bauherrschaft stehen, was nach der zutreffenden Annahme des Obergerichts die Beweiskraft ihrer Aussagen reduziert.»); 4P.151/2004 vom 1. Oktober 2004, E. 3.2 («Vielmehr hat [der kantonale Richter] in antizipierter Beweiswürdigung dafür gehalten, dass die Befragung der Zeugen seine aufgrund der eingereichten Urkunden erlangte Überzeugung nicht umzustossen vermöchte, zumal die Beweiskraft von deren Aussagen infolge des Abhängigkeitsverhältnisses zur Beschwerdeführerin nicht entscheidend sein könne. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist die so begründete antizipierte Beweiswürdigung auch hinsichtlich zum Gegenbeweis angebotener Beweismittel grundsätzlich zulässig [...]»); 5A_714/2013 vom 4. November 2013, E. 4.3.2 («En l'espèce, [...] l'autorité cantonale a jugé que le témoignage sollicité par le recourant, du fait des vraisemblables liens hiérarchiques entre celui-ci et la potentielle témoin, n'était pas de nature à pouvoir apporter, en toute objectivité, la preuve qu'il avait respecté le délai pour former opposition.»).

⁴⁰ Vgl. BGE 114 II 289 E. 2a e contrario («[...] weil einem Beweismittel zum

[Rz 26] Bezüglich der antizipierten Würdigung einer Zeugenaussage ist es nicht willkürlich, einer potentiellen Zeugenaussage, die sich in völligem Widerspruch zu früheren schriftlichen Äusserungen dieses Zeugen setzen würde, eine geringe Beweiskraft beizumessen und auf die Einvernahme dieses Zeugen zu verzichten.⁴¹

[Rz 27] Es ist grundsätzlich auch nicht willkürlich, in antizipierender Beweiswürdigung auf die Einvernahme eines an einem Unfall nicht direkt beteiligten Zeugen zu verzichten, insbesondere wenn bereits direkt beteiligte Unfallzeugen einvernommen wurden.⁴²

[Rz 28] Als nicht willkürlich wurde es vom Bundesgericht qualifiziert, dass die kantonale Vorinstanz nach der Einvernahme von fünf Zeugen, von denen vier eine bestimmte Tatsache bestätigten und damit einem der Zeugen widersprachen, in antizipierter Beweiswürdigung auf die Einvernahme eines weiteren Zeugen verzichtete, der das 4:1-Verhältnis in ein 4:2-Verhältnis hätte verwandeln können.⁴³

[Rz 29] Wenn ein Vertrag (in casu ein Kreditvertrag) eindeutig abgefasst ist und für eine vom eindeutigen Wortlaut abweichende Auslegung keine gewichtigen Indizien aufgezeigt werden, darf das Sachgericht – ohne in Willkür zu verfallen – hinsichtlich der Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens

vornherein jede Erheblichkeit oder Tauglichkeit abgesprochen wird, ohne dass dafür sachliche Gründe angegeben werden können [...]»).

⁴¹ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4P.126/2006 vom 11. September 2006, E. 3.2 («Falls der Zeuge das behauptete Treuhandverhältnis bestätigen würde, stünde dies in völligem Widerspruch zu seiner Korrespondenz und den übrigen Prozessakten. Bei einer Würdigung solcher sich widersprechenden Beweise würde das Gericht klar auf die im Anschluss an die Kapitalerhöhung erfolgte Vereinbarung vom 20. Februar 1989 und das anschliessende Verhalten der Parteien abstellen. Da im Umfeld der Kapitalerhöhung nie von einer treuhänderischen Aktienzeichnung die Rede gewesen sei, könnte eine 17 Jahre später erfolgte andere Aussage des Zeugen seine frühere Darstellung in den Briefen nicht entkräften.»).

⁴² Siehe das Urteil des Bundesgerichts 5P.67/2004 vom 7. Juni 2004, E. 6.1 («Es ist haltbar, eine Zeugin nicht einzuvernehmen, welche den Unfall unstrittig nicht aus eigener Wahrnehmung schildern kann, zumal die direkt Beteiligten (insbesondere [...]) angehört worden sind.»). Siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 4P.61/2005 vom 1. April 2005, E. 6.2 («Or, le recourant n'a pas allégué que les deux témoins proposés par lui eussent participé, d'une quelconque façon, au dépôt de la cédule hypothécaire pré-tendument effectué avant le 21 août 1995. Leurs déclarations ne pouvaient donc pas, selon toute vraisemblance, exercer une influence déterminante sur l'issue du procès. Dans ces conditions, le refus opposé au recourant est compatible avec la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu et il ne consacre pas non plus une application arbitraire du droit cantonal.»).

⁴³ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4A_321/2007 vom 3. Dezember 2007, E. 5.2 («En l'occurrence, dans le cadre des enquêtes conduites devant les premiers juges, trois témoins directs et un témoin indirect ont déclaré de concert, contredisant un témoin isolé [...]. Il appert, dans ce contexte, que l'audition d'un unique témoin supplémentaire n'était pas à même de faire basculer la conviction des premiers juges, laquelle reposait de toute manière sur les dires d'une majorité de témoins, comme l'ont bien vu les juges cantonaux. Le grief pris d'une violation du droit d'être entendu est sans consistance.»).

eine offerierte Parteibefragung und Zeugeneinvernahme ablehnen.⁴⁴

[Rz 30] Auch darf auf die Einvernahme von Zeugen verzichtet werden, wenn ein relevanter Umstand durch ein Dokument, das von der Gegenpartei nicht in Zweifel gezogen wurde, belegt wird.⁴⁵

[Rz 31] Das Sachgericht darf weiter in antizipierender Beweiswürdigung auf die Einholung einer zweiten Gerichtsexpertise verzichten, wenn die relevante technische Frage bereits von einem Partei- und einem Gerichtsgutachten gleichlautend beantwortet wurde.⁴⁶ Auch besteht kein Anspruch auf die Einholung einer Gegen-Expertise, wenn die eingeholte Expertise gewissen Anforderungen genügt.⁴⁷

[Rz 32] Weiter ist es unter Umständen nicht willkürlich, im Rahmen der antizipierten Beweiswürdigung auf Beweisabnahmen, insbesondere Zeugenaussagen, zu verzichten, die bereits in einem Strafverfahren durchgeführt wurden und dem Zivilrichter in Form der Strafakte zugänglich sind.⁴⁸

4. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

[Rz 33] Auch nach Inkrafttreten der ZPO setzt das Bundesgericht seine konstante Praxis fort, dass eine antizipierte Beweiswürdigung durch die kantonalen Sachrichter grundsätzlich zulässig ist.

[Rz 34] Wird vor dem Bundesgericht eine willkürliche

antizipierte Beweiswürdigung gerügt, prüft das Bundesgericht *im Lichte der konkreten Umstände*, ob die Beweiswürdigung des vorinstanzlichen Sachrichters nachvollziehbar und nicht im Gegenteil offensichtlich unhaltbar erscheint.

[Rz 35] Diesbezüglich konzidiert das Bundesgericht dem kantonalen Sachrichter einen weiten Ermessensspielraum, in den es nur bei *«geradezu unhaltbaren»*⁴⁹ Ergebnissen eingreift. Entsprechend hoch ist die Hürde des Nachweises einer willkürlichen bzw. offensichtlich unhaltbaren Beweiswürdigung.

[Rz 36] Das vom Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung geschützte Institut der antizipierten Beweiswürdigung ist in der Lehre nicht unumstritten.⁵⁰ Nach Auffassung des Autors ist jedoch die von Richtern vorgenommene antizipierte Beweiswürdigung dem Prinzip der freien Beweiswürdigung⁵¹ immanent, und ist auch notwendig, um dem verfassungsrechtlich⁵² verankerten Beschleunigungsgebot⁵³ Nachachtung zu verschaffen.

[Rz 37] Das Prinzip der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass sich der Richter im Prinzip – also unter Vorbehalt von allfälligen Beweisregeln⁵⁴ – seine Meinung über das Voroder Nichtvorliegen einer umstrittenen Tatsachenbehauptung durch eine dahingehend freie Beurteilung sämtlicher verfügbarer Beweismittel bildet, dass dieser Prozess nicht durch starre Beweiswürdigungsregeln vorgespurt bzw. determiniert ist.⁵⁵

[Rz 38] Wann sich beim Richter die Überzeugung vom Voroder Nichtvorliegen einer Tatsachenbehauptung einstellt, lässt sich nicht generell oder schematisch festlegen, da dieser Vorgang von allen Umständen des konkreten Einzelfalles abhängt.

[Rz 39] Diesem Prozess der freien Beweiswürdigung ist nach Auffassung des Autors immanent, dass der Richter in seinem Meinungsbildungsprozess einen Punkt erreicht, an dem er davon überzeugt ist, dass seine Meinung über das Voroder Nichtvorliegen einer Tatsachenbehauptung feststeht und durch die Abnahme des (weiteren) offerierten Gegenbeweismittels nicht mehr beeinflusst werden kann. So leuchtet es ein, dass es Konstellationen gibt, in denen man zu dem Schluss kommen muss, dass ein (weiteres) offeriertes

⁴⁴ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4P.201/2006 vom 20. Dezember 2006, E. 5.

⁴⁵ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4P.111/2002 vom 8. Oktober 2002, E. 2.2.2 (*«Devant cette preuve documentaire, contre laquelle les défenderesses ne se sont jamais inscrites en faux, la Chambre d'appel pouvait sans le moindre arbitraire considérer qu'il était établi que, depuis le mois de novembre 1999, les intimées étaient devenues les locataires de l'arcade dans laquelle est exploité le snack-bar thaï, de sorte que, par une appréciation anticipée des preuves offertes, il n'était plus nécessaire d'entendre sur ce point des témoins.»*).

⁴⁶ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4P.147/2004 vom 15. Dezember 2004, E. 4.2 (*«[...] dans la mesure où deux experts qualifiés ont exprimé la même opinion s'agissant des problèmes d'humidité, les juges pouvaient, en procédant à une appréciation anticipée des preuves, considérer sans arbitraire que les faits pertinents démontrant que l'architecte ne s'était pas conformé aux règles de l'art étaient établis et qu'il n'y avait aucune nécessité de procéder à une nouvelle expertise sur le sujet.»*). Siehe auch das Urteil 5A_540/2012 vom 5. Dezember 2012, E. 2.1, in dem das Bundesgericht darauf hinweist, dass sich aus Bundesrecht grundsätzlich kein Anspruch auf ein zweites Gutachten ergibt.

⁴⁷ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4A_206/2007 vom 29. Oktober 2007, E. 5.2 (*«[Le droit à la preuve selon l'art. 29 al. 2 Cst.] ne confère [...] pas à une partie le droit d'obtenir une contre-expertise, à moins qu'il apparaisse que le premier expert ne disposait pas des connaissances nécessaires ou qu'il était manifestement prévenu, ou que ses conclusions ne soient pas claires ou pas convaincantes [...]»*).

⁴⁸ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4A_90/2008 vom 10. Juni 2008, E. 3.6.

⁴⁹ Siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts 5D_48/2011 vom 16. Mai 2011, E. 3.3.

⁵⁰ Siehe Fussnote 11 oben.

⁵¹ Art. 157 ZPO (*«Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise.»*).

⁵² Art. 29 Abs. 1 BV (*«[...] Beurteilung innert angemessener Frist.»*).

⁵³ Art. 124 Abs. 1 Satz 2 ZPO (*«[Das Gericht] erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens.»*).

⁵⁴ Siehe zu Beweisregeln etwa CHRISTIAN LEU, a.a.O., Rz. 8 ff. zu Art. 157 ZPO.

⁵⁵ Vgl. CHRISTIAN LEU, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 157 ZPO.

Gegenbeweismittel die gebildete Überzeugung nicht mehr beeinflussen wird.

[Rz 40] Nehmen wir zur Illustration als unproblematisches Beispiel die Situation, in welcher der Richter zu beurteilen hat, ob K am 1. Januar 2011 von V ein bestimmtes Auto gekauft hat. Als Beweismittel liegen dem Richter vor: ein schriftlicher Kaufvertrag über den Kauf des betreffenden Autos, unterzeichnet am 1. Januar 2011 in Bern; Ausdrücke von zwischen V und K ausgetauschten E-Mails betreffend einen Termin für die Unterzeichnung des erwähnten Kaufvertrages in Bern; ein graphologisches Gerichtsgutachten, gemäss dem eine der auf den Kaufvertrag gesetzten Unterschriften von K stammt; eine Zeugenaussage des Angestellten von V, der an der Vertragsunterzeichnung in Bern zugegen war. Nehmen wir an, K offeriere nun die Einvernahme eines Familienmitglieds oder Freundes als Zeugen, welches / welcher bezeugen könne, dass er am 1. Januar 2011 nicht in Bern war, sondern sich den ganzen Tag in Zug aufgehalten hat. Unter solchen Umständen liegt es auf der Hand, dass der Richter zum Schluss kommen wird, dass eine entsprechende Zeugenaussage an seiner Überzeugung, dass K am 1. Januar 2011 den betreffenden Kaufvertrag unterzeichnet hat, nichts änderte.

[Rz 41] Es würde nach Auffassung des Autors dem erwähnten Prinzip der freien Beweiswürdigung, dem ebenfalls erwähnten Beschleunigungsgebot sowie dem Prinzip der Prozessökonomie⁵⁶ widersprechen, wenn der Richter gezwungen würde, trotz für ihn abgeschlossener Meinungsbildung entgegen seiner Überzeugung weitere Beweismittel abzunehmen.

[Rz 42] Wäre der Richter im Sinne einer Verfahrensvorschrift gezwungen, im Prinzip alle offerierten Beweismittel abzunehmen, liessen sich Zivilprozesse durch das Beantragen von zeitintensiven Zeugenbeweisen, gerichtlichen Gutachten sowie Augenscheinen stark in die Länge ziehen.⁵⁷ Der Nachteil in Form von häufig stark verzögerten und teureren Zivilprozessen wäre evident, wobei der angestrebte Vorteil in Form «richtigerer» Urteile – also einer qualitativ verbesserten Urteilsfindung – nach Auffassung des Autors fraglich ist.

[Rz 43] Wird das Institut der antizipierten Beweiswürdigung pflichtgemäss und mit Augenmass angewandt, wird ein Richter die Abnahme eines beantragten Beweismittels nicht in Zweifelsfällen, sondern nur dann ablehnen, wenn er sich seine Meinung fest gebildet hat. Dass ein Richter eine solche fest gebildete Meinung durch die Abnahme des als nicht mehr relevant qualifizierten Beweismittels revidierte, dürfte unwahrscheinlich sein. Beim vorstehend gegebenen

Beispiel dürfte sich der Richter die feste Meinung gebildet haben, dass die offerierte Zeugenaussage die bereits abgenommenen Beweise nicht aufwiegen kann, unabhängig wie überzeugend die betreffende Aussage vorgebracht würde. Dass dieses Beurteilungsergebnis durch eine aufoktroyierte Einvernahme des offerierten Zeugen gekehrt würde, darf doch als sehr unwahrscheinlich bezeichnet werden.

[Rz 44] Weiter ist im vorliegenden Kontext zu bedenken, dass das Bundesgericht eine Qualitätskontrolle ausübt, die zwar nur offensichtlich unhaltbare antizipierte Beweiswürdigungen kantonaler Vorinstanzen sanktioniert, aber immerhin. Zumindest klare Fälle falscher Beweiswürdigung werden somit durch das Bundesgericht zurückgewiesen.

[Rz 45] Es ist nach Auffassung des Autors zweifelhaft, ob in der Praxis eine signifikante Zahl von Fällen denkbar ist, die vom «Willkür-Radar» des Bundesgerichts nicht erfasst werden (also nicht offensichtlich unhaltbar sind), durch eine aufoktroyierte Beweisabnahme aber zu einer anderen materiellen Entscheidung führen würden.

[Rz 46] Im Einzelfall ist eine zwar falsche, aber noch nicht offensichtlich unhaltbare antizipierte Beweiswürdigung, die vom Bundesgericht aufgrund seiner eingeschränkten Willkürprüfung nicht sanktioniert wird, selbstverständlich sehr unbefriedigend. Aus gesetzgeberischer bzw. allgemeiner Perspektive scheinen dem Autor aber die in der Praxis wohl nur seltenen Fälle, die bei einem generellen Verbot bzw. einer restriktiveren Handhabung antizipierter Beweiswürdigung im Ergebnis materiell anders entschieden würden, ein vertretbarer Preis für die Förderung der ebenfalls wichtigen zivilprozessualen Ziele der raschen und kosteneffizienten Streiterledigung zu sein.

[Rz 47] Nach Auffassung des Autors gelten obige Überlegungen für sämtliche Konstellationen der antizipierten Beweiswürdigung, also insbesondere auch für den Fall, dass ein Richter die Abnahme eines Beweismittels wegen subjektiver Untauglichkeit ablehnt, also deshalb, weil der Richter zur Überzeugung gelangt ist, das objektiv grundsätzlich taugliche Beweismittel (zum Beispiel eine Zeugenaussage) werde unter den konkreten Umständen seine gebildete Meinung über das Vor- oder Nichtvorliegen einer Tatsache nicht mehr ändern können.⁵⁸ Selbstverständlich ist die Ablehnung grundsätzlich zulässiger Beweismittel wegen subjektiver Untauglichkeit vom Richter besonders vorsichtig zu handhaben.⁵⁹ Nach Auffassung des Autors gibt es jedoch Situatio-

⁵⁶ Siehe etwa MARTIN KAUFMANN, in: ZPO Kommentar, Alexander Brunner / Dominik Gasser / Ivo Schwander (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 12 zu Art. 124 ZPO («Es soll mit möglichst wenigen und vor allem verhältnismässigen Mitteln eine Lösung des Konfliktes gesucht werden.»).

⁵⁷ Siehe zum einschlägigen Zielkonflikt auch MICHAEL NONN, a.a.O., S. 74 und 78 ff.

⁵⁸ Anderer Meinung insbesondere MICHAEL NONN, a.a.O., S. 79 f., sowie JÜRGEN BRÖNNIMANN, a.a.O., S. 180 ff.

⁵⁹ Laut Bundesgericht muss *offensichtliche* Untauglichkeit vorliegen, um eine entsprechende Beweisabnahme abzulehnen: siehe etwas das Urteil 4A_743/2011 vom 14. Mai 2012, E. 2.2 («Ni le droit d'être entendu, ni l'art. 8 CC, ni la maxime inquisitoire ne s'opposent à ce que le juge procède à une appréciation anticipée des preuves et renonce à ordonner une mesure d'instruction pour le motif qu'elle est manifestement inadéquate, porte sur un fait non pertinent, ou n'est pas de nature à ébranler la conviction que

nen, in denen der Richter willkürfrei zur Auffassung gelangen kann, das objektiv taugliche Beweismittel werde seinen Meinungsbildungsprozess keinesfalls beeinflussen können, namentlich weil die Beweiskraft des betreffenden Beweismittels im Lichte der konkreten Umstände objektiv als äusserst gering eingeschätzt werden muss, zum Beispiel, um zur Illustration ein extremes Beispiel zu geben, die offerierte Aussage eines Zeugen, der nicht nur mit dem Beweisführer verwandt und vom Prozessausgang selbst direkt betroffen ist, sondern darüber hinaus auch mehrfach wegen falschen Zeugnisses gemäss Art. 307 StGB verurteilt wurde. Nach Auffassung des Autors muss es zulässig sein, dass der Richter unter entsprechenden Umständen zum Schluss kommt, dass die Aussage eines solchen Zeugen im Lichte aller relevanten Faktoren des betreffenden Falles keinen Beweiswert hat, und dass deshalb auf die Einvernahme dieses Zeugen insbesondere zwecks Schonung der Staatskasse sowie zur Prozessbeschleunigung zu verzichten ist.

Lic. iur. utr. PHILIPP H. HABERBECK ist Rechtsanwalt bei Eversheds in Zürich.

* * *

le juge a acquise sur la base des éléments déjà recueillis [...]»; Hervorhebung zusätzlich).