

Philipp Haberbeck

## Plädoyer für eine grosszügige Zulassung von Ergänzungsfragen nach Art. 173 ZPO

---

Die Lehre vertritt hinsichtlich Ergänzungsfragen im Sinne von Art. 173 ZPO eine überwiegend restriktive Linie. Nach der in diesem Beitrag dargelegten Auffassung des Autors sprechen jedoch die ratio legis von Art. 173 ZPO sowie der verfassungsmässige Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör für eine grundsätzlich extensive Zulassung von Ergänzungsfragen bis hin zu regelrechten Kreuzverhören.

---

Beitragsarten: Science

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Plädoyer für eine grosszügige Zulassung von Ergänzungsfragen nach Art. 173 ZPO, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2014/2

## Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Lehrmeinungen über die Frage der Zulässigkeit von Kreuzverhören unter Art. 173 ZPO
- 3 Eigener Standpunkt: Plädoyer für eine grosszügige Zulassung von Ergänzungsfragen nach Art. 173 ZPO
  - 3.1 Der Wortlaut von Art. 173 ZPO beantwortet die Frage nicht
  - 3.2 Auch eine historische Auslegung führt in casu nicht zum Ziel
  - 3.3 Die ratio legis von Art. 173 ZPO
  - 3.4 Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör
- 4 Zusammenfassung

## 1 Einleitung

[Rz 1] Schweizer Anwältinnen und Anwälte<sup>1</sup>, die im angelsächsischen Rechtsraum studiert oder gearbeitet haben, oder die auf dem Gebiet internationaler Schiedsverfahren tätig sind<sup>2</sup>, sind mit der angelsächsischen Tradition in Berührung gekommen, in Zivilverfahren Zeugen ins Kreuzverhör<sup>3</sup> zu nehmen. Diese sogenannten «cross-examinations»<sup>4</sup> von Zeugen unterscheiden sich fundamental von der Einvernahme von Zeugen in schweizerischen Zivilprozessen, in denen einzuvernehmende Zeugen nicht von den Parteivertretern ins Kreuzverhör genommen, sondern primär vom Gericht befragt werden.<sup>5</sup>

[Rz 2] Es liegt auf der Hand, dass in der Schweiz ausgebildete und praktizierende Anwälte in aller Regel viel weniger mit den Techniken von *cross-examinations*<sup>6</sup> vertraut sind als ihre angelsächsischen Kollegen, die sich hiermit bereits in ihrer Ausbildung auseinandersetzen.<sup>7</sup> Trotzdem dürften sich schon viele in diesem Sinne schweizerische Prozessanwälte bei Zeugeneinvernahmen

---

<sup>1</sup> Hiernach wird bei Begriffen der Einfachheit halber die männliche Form verwandt, wobei das weibliche Pendant jeweils mitgemeint ist.

<sup>2</sup> «*Cross-examination is a standard feature of international arbitration.*» (LAWRENCE W. NEWMAN / BEN H. SHEPPARD, JR., in: *Take the Witness: Cross-Examination in International Arbitration*, Lawrence W. Newman/ Ben H. Sheppard, Jr. [Herausgeber], USA 2010 [hiernach: «**Take the Witness**»], S. xxix).

<sup>3</sup> In der Datenbank «Leo» wird «cross-examination» übersetzt mit «Kreuzverhör» (siehe [http://dict.leo.org/ende/index\\_de.html#/search=cross-examination&searchLoc=0&resultOrder=basictiwordShowSingle=on](http://dict.leo.org/ende/index_de.html#/search=cross-examination&searchLoc=0&resultOrder=basictiwordShowSingle=on)), und dem Duden lässt sich zur Herkunft des Begriffs «Kreuzverhör» entnehmen, es handle sich um eine «*Lehnübersetzung von englisch cross-examination*» (siehe <http://www.duden.de/rechtschreibung/Kreuzverhoer>). Im deutschen Strafrecht bezeichnet der Begriff «Kreuzverhör»: «*Mit Kreuzverhör bezeichnet man eine in der Hauptverhandlung eines Strafverfahrens stattfindende Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen durch Staatsanwalt und Verteidiger anstatt durch den vorsitzenden Richter [...]*» (siehe <http://www.lexexakt.de/glossar/kreuzverhoer.php>). Diese und alle übrigen Links wurden zuletzt besucht am 10. April 2014.

<sup>4</sup> Zu *cross-examinations* gibt es in den angelsächsischen Rechtsordnungen eine schier unüberblickbare Zahl von Definitionen, Literatur und Judikatur. Stark vereinfacht, handelt es sich bei *cross-examination* um die Befragung von Zeugen durch den Gegenanwalt, also den Anwalt der Partei, die den Zeugen nicht offeriert hat (siehe z.B. folgende, im Internet gefundene Definition: «*Cross examination is the questioning of a witness at a trial or hearing by the opposing party who called the witness to testify. The purpose of cross-examination is to ascertain the credibility of a witness before the fact-finder and to bring out contradictions and improbabilities in his/her earlier testimony, by putting leading questions thus by trapping the witness into admissions that weaken the testimony.*» [gefunden auf: <http://definitions.uslegal.com/c/cross-examination/>]).

<sup>5</sup> Siehe allgemein zur Beweisführung durch Befragung von Zeugen und Parteien PETER HAFTER, *Strategie und Technik des Zivilprozesses*, 2. Auflage, Zürich 2011, Rz. 2230 ff.

<sup>6</sup> Aus der unübersichtlichen Fülle angelsächsischer Literatur zur Technik von *cross-examinations* sei hier verwiesen auf STEPHEN D. EASTON, *Irving Younger's Ten Commandments of Cross-Examination: A Refresher Course, With Additional Suggestions*, *American Journal of Trial Advocacy*, Heft 26:2 (Herbst 2002), S. 277 ff.

<sup>7</sup> Siehe etwa LAWRENCE W. NEWMAN / BEN H. SHEPPARD, JR., *Take the Witness*, S. xxix, und BEN H. SHEPPARD, JR., *Take the Witness*, S. 3.

in schweizerischen Zivilprozessen gefragt haben, zu welchen Resultaten es führen könnte, wenn ein von der Gegenpartei offerierter Zeuge einer ausgedehnten Befragung durch den gegnerischen Anwalt unterzogen werden dürfte.

[Rz 3] Dieser Beitrag beschäftigt sich vor obigem Hintergrund mit der in der Lehre umstrittenen Frage, inwieweit Kreuzverhöre im Lichte von Art. 172 und 173 ZPO<sup>8</sup> zulässig sind.

## 2 Lehrmeinungen über die Frage der Zulässigkeit von Kreuzverhören unter Art. 173 ZPO

[Rz 4] Wie bereits erwähnt, werden in schweizerischen Zivilprozessen Zeugen primär vom Gericht befragt, nicht von den Parteien bzw. deren Anwälten. Dies geht aus Art. 172 ZPO<sup>9</sup> hervor.

[Rz 5] Die Parteien und ihre Prozessanwälte sind bei der Zeugeneinvernahme jedoch nicht zwingend zur Passivität verdammt, denn Art. 173 ZPO hält fest, dass «[d]ie Parteien [...] Ergänzungsfragen beantragen oder sie mit Bewilligung des Gerichts selbst stellen [können]».

[Rz 6] Es fragt sich nun, wie ausgedehnt eine solche Befragung durch Ergänzungsfragen im Sinne von Art. 173 ZPO ausfallen darf.

[Rz 7] In der Lehre scheint eine restriktive Haltung zu überwiegen, die insbesondere von HEINRICH ANDREAS MÜLLER vertreten wird, der sich dezidiert gegen die Zulässigkeit von Kreuzverhören unter Art. 173 ZPO ausspricht.<sup>10</sup> Diese Auffassung wird (mehr oder weniger dezidiert) insbesondere geteilt von (in alphabetischer Reihenfolge) JOËLLE LENDENMANN<sup>11</sup>, ANDREAS LIENHARD<sup>12</sup>, ISAAK MEIER<sup>13</sup>, PETER REINERT<sup>14</sup>, HANS SCHMID<sup>15</sup> und ADRIAN STAEHELIN / DANIEL STAEHELIN / PASCAL GROLIMUND<sup>16</sup>.

---

<sup>8</sup> SR 272.

<sup>9</sup> Art. 172 ZPO («Inhalt der Einvernahme») lautet: «Das Gericht befragt die Zeuginnen und Zeugen über: [lit. a] ihre Personalien; [lit. b] ihre persönlichen Beziehungen zu den Parteien sowie über andere Umstände, die für die Glaubwürdigkeit der Aussage von Bedeutung sein können; [lit. c] ihre Wahrnehmungen zur Sache.»

<sup>10</sup> HEINRICH ANDREAS MÜLLER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Alexander Brunner / Dominik Gasser / Ivo Schwander (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 13 zu Art. 173 ZPO («Die Ergänzungsfragen dürfen namentlich, dass der Zeuge einem eigentlichen unterzogen wird. Ein solches sieht das Gesetz nicht vor. Das, der auf der richterlichen Prozessleitung [...] und nicht auf dem Parteibetrieb beruht, . Bei einem Kreuzverhör gibt das Gericht die Befragung aus der Hand, was unzulässig ist. Art. 173 ZPO kann es den Parteien nur erlauben, einzelne Ergänzungsfragen zu stellen.»).

<sup>11</sup> JOËLLE LENDENMANN, in: ZPO Kommentar, Myriam A. Gehri / Michael Kramer (Hrsg.), Zürich 2010, Rz. 2 zu Art. 173 ZPO («Jedoch sind die Parteien und ihre Vertreter grundsätzlich nicht befugt, direkt Fragen an die Zeugen zu richten (etwa i.S. eines Kreuzverhörs), da direktes Fragen verfänglich sein kann (Suggestivfragen). Vielmehr sollen die Fragen dem Gericht unterbreitet werden, das die Fragen gegebenenfalls filtert». Wo jedoch keine Gefahr von Suggestivfragen besteht, kann das Gericht ausnahmsweise direkte Fragen zulassen [...]).

<sup>12</sup> ANDREAS LIENHARD, Übungsbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2012, S. 185 («Die Parteien können dem Gericht lediglich Ergänzungsfragen beantragen oder die Zeugen mit Bewilligung des Gerichts selber befragen [...]. Folglich ist das sog. Kreuzverhör, bei dem die Zeugen von den Parteivertretern direkt befragt werden, der ZPO grundsätzlich fremd.»).

<sup>13</sup> ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht – eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010, S. 316 («Ein Kreuzverhör, wie es für das angelsächsische Recht typisch ist, kommt somit nur in engen Grenzen in Frage.»).

<sup>14</sup> PETER REINERT, in: Stämpfli's Handkommentar zur ZPO, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2010, Rz. 4 zu Art. 173 ZPO («Ein Kreuzverhör, wie es etwa im angelsächsischen Prozess üblich ist, ist ausgeschlossen.»).

<sup>15</sup> HANS SCHMID, in: Kurzkommentar ZPO, Paul Oberhammer / Tanja Domej / Ulrich Haas (Hrsg.), 2. Auflage, Basel 2014, Rz. 6 zu Art. 173 ZPO, S. 827 («Ein Kreuzverhör findet nicht statt.»).

<sup>16</sup> ADRIAN STAEHELIN / DANIEL STAEHELIN / PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich/Basel 2008, § 18, Rz. 94 («Eigentliche Zeugenbefragungen durch die Anwälte der Parteien im Stile US-amerikanischer Discovery»).

[Rz 8] Anderer Meinung sind DOMINIK GASSER / BRIGITTE RICKLI, die ein Kreuzverhör unter Art. 173 ZPO für zulässig halten.<sup>17</sup> Auch PETER GUYAN schliesst nicht aus, dass Kreuzverhöre unter Art. 173 ZPO vom Gericht ausnahmeweise bewilligt werden können.<sup>18</sup> Eine grosszügige Handhabung von Art. 173 ZPO vertritt auch PHILIPPE SCHWEIZER, wenn auch nicht explizit mit Bezug auf Kreuzverhöre.<sup>19</sup>

[Rz 9] Soweit ersichtlich, hat sich das Bundesgericht zur obigen Kontroverse – namentlich im Zusammenhang mit einer Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV<sup>20</sup> bzw. Art. 6 EMRK<sup>21</sup>, aus dem das Recht, den vom Gericht befragten Personen Ergänzungsfragen stellen zu dürfen, abgeleitet wird<sup>22</sup> – noch nicht geäussert.

[Rz 10] Die Frage, wie ausgedehnt eine Befragung von Zeugen oder den Parteien<sup>23</sup> durch Ergänzungsfragen im Sinne von Art. 173 ZPO ausfallen darf, wird nachfolgend untersucht.

### 3 Eigener Standpunkt: Plädoyer für eine grosszügige Zulassung von Ergänzungsfragen nach Art. 173 ZPO

#### 3.1 Der Wortlaut von Art. 173 ZPO beantwortet die Frage nicht

[Rz 11] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Gesetze in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen.<sup>24</sup> Eine rein grammatikalische Auslegung von Art. 173 ZPO führt hinsichtlich der hier interessierenden Frage jedoch nicht zum Ziel, da sich dem Wortlaut von Art. 173 ZPO keine Hinweise darauf entnehmen lassen, wie umfangreich eine Befragung durch Ergänzungsfragen ausfallen darf.

[Rz 12] Mit anderen Worten bestimmt Art. 173 ZPO, dass die Parteien an einem Zivilprozess den Zeugen mit Bewilligung des Gerichts direkt Ergänzungsfragen stellen dürfen. Aus dem Begriff

---

*Verfahren [...] sind dem Schweizer Prozessrecht indes nicht geläufig.»).*

<sup>17</sup> DOMINIK GASSER / BRIGITTE RICKLI, Kurzkommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010, Rz. 3 zu Art. 171 ZPO («Das (dadurch wird Suggestion durch die Parteien verhindert). Auch allfällige Ergänzungsfragen (Art. 173) der Parteien sind indirekt über das Gericht zu stellen. Doch darf das Gericht direktes Fragen gestatten – und sei dies gar in Form eines klassischen Kreuzverhörs.»).

<sup>18</sup> PETER GUYAN, in: Basler Kommentar zur ZPO, 2. Auflage, Karl Spühler / Luca Tenchio / Dominik Infanger (Hrsg.), Basel 2013, Rz. 4 zu Art. 173 ZPO («Bei weiter Auslegung von Art. 173 ist im Bereich der Ergänzungsfragen gar ein Kreuzverhör, die bewilligte, abwechselnde Befragung des Zeugen durch die Parteien, denkbar [...]. Einerseits befragt aber grundsätzlich das Gericht den Zeugen, wodurch der Raum für Ergänzungsfragen im Regelfall stark minimiert wird bzw. verschwinden sollte. Andererseits ist eine Beeinflussung des Zeugen zu vermeiden, was Zurückhaltung bei der Erteilung der Bewilligung zur direkten Befragung sowie nach Möglichkeit Prüfung auf minimales Risiko von Suggestion bedeutet. Ein Kreuzverhör bildet demnach die Ausnahme, auch wenn möglich scheint, dass sich die Praxis zunehmend dahin entwickeln könnte.»).

<sup>19</sup> PHILIPPE SCHWEIZER, in: Code de procédure civile commenté, François Bohnetet al. (Hrsg.), Basel 2011, S. 687.

<sup>20</sup> SR 101.

<sup>21</sup> SR 0.101.

<sup>22</sup> Siehe etwa HEINRICH ANDREAS MÜLLER, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 173 ZPO.

<sup>23</sup> Die ZPO enthält keine Bestimmungen, wie die Parteibefragung durchzuführen ist (siehe Art. 191 ff. ZPO). Insbesondere fehlt eine Art. 173 ZPO entsprechende Bestimmung bezüglich Ergänzungsfragen. Es dürfte jedoch kein Zweifel daran bestehen, dass das Gericht zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien diesen bzw. ihren Prozessanwälten analog zu Art. 173 ZPO gestatten kann, der Gegenpartei Ergänzungsfragen zu stellen, allenfalls auch direkt (vgl. HEINRICH ANDREAS MÜLLER, a.a.O., Rz. 17 und 23 zu Art. 191 ZPO). Handelt es sich bei einer Partei um eine juristische Person, sind deren Organe als Partei einzuvernehmen, nicht als Zeugen (Art. 159 ZPO; vgl. HANS SCHMID, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 191–193 ZPO).

<sup>24</sup> Siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts B 10/99 vom 18. Juli 2002, E. 5a («Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen.»).

«Ergänzungsfragen» geht zwar hervor, dass die Parteien den Zeugen nur Fragen in Ergänzung zur richterlichen Befragung stellen dürfen, also nachdem das Gericht die Befragung gemäss Art. 172 ZPO durchgeführt hat. Eine nähere Bestimmung solcher Ergänzungsfragen, insbesondere in quantitativer Hinsicht, lässt sich dem Wortlaut von Art. 173 ZPO jedoch nicht entnehmen.

### 3.2 Auch eine historische Auslegung führt in casu nicht zum Ziel

[Rz 13] Führt eine grammatikalische Gesetzesauslegung nicht zum Ziel, weil der Wortlaut der zu interpretierenden Bestimmung unklar ist, ist nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu fragen.<sup>25</sup>

[Rz 14] Bezüglich Art. 173 ZPO bzw. der hier interessierenden Frage, wie ausgedehnt eine Befragung von Zeugen oder Parteien durch Ergänzungsfragen im Sinne von Art. 173 ZPO ausfallen darf, lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien nach Auffassung des Autors keine eindeutige Regelungsabsicht des Gesetzgebers entnehmen.

[Rz 15] Die Botschaft zur ZPO hält zwar fest, dass die Parteien und ihre Vertretungen grundsätzlich nicht das Recht haben, direkt Fragen an die Zeugen zu richten, weil direktes Fragen verhänglich sein könne.<sup>26</sup> Dies wird jedoch nicht absolut, sondern nur im Sinne eines Grundsatzes formuliert, von dem das Gericht Ausnahmen gestatten könne.<sup>27</sup> Wie grosszügig das Gericht bei der Gewährung von direkten Ergänzungsfragen sein darf, wird in der Botschaft zur ZPO aber nicht erläutert, und auch in den Beratungen der Räte betreffend Art. 170 des Entwurfs der ZPO, der wortgleich dem heutigen Art. 173 ZPO entspricht<sup>28</sup>, wurde diese Fragestellung nicht thematisiert.

### 3.3 Die ratio legis von Art. 173 ZPO

[Rz 16] Vorstehend wurde dargelegt, dass eine grammatikalische und historische Auslegung von Art. 173 ZPO nicht beantwortet, wie ausgedehnt eine Befragung von Zeugen oder den Parteien durch Ergänzungsfragen im Sinne von Art. 173 ZPO ausfallen darf. In einem solchen Fall ist nach der ratio legis dieser Bestimmung zu forschen<sup>29</sup>, also nach dem Normzweck von Art. 173 ZPO<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Siehe etwa BGE 121 III 219E. 1daa S. 224 f.

<sup>26</sup> Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7321 («Das Gericht oder eine Delegation führt die Befragung selber durch [...]. Die Parteien und ihre Vertretungen haben das Recht, an der Befragung teilzunehmen [...], doch sind sie grundsätzlich nicht befugt, direkt Fragen an die Zeuginnen und Zeugen zu richten (etwa im Sinne eines Kreuzverhörs). Direktes Fragen kann verhänglich sein (Suggestivfragen).»).

<sup>27</sup> Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7321 («Das Gericht kann jedoch dort Ausnahmen gestatten, wo diese Gefahr nicht besteht. Die Parteien haben ferner – ein weiterer Aspekt des rechtlichen Gehörs [...] – das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen [...].»).

<sup>28</sup> Siehe den Entwurf der ZPO, BBl 2006 7413, S. 7451.

<sup>29</sup> Siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts B 10/99 vom 18. Juli 2002, E. 5a («Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zu Grunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt.»).

<sup>30</sup> Siehe etwa BGE 133 V 524E. 5.2 S. 527 («Nach dem Grundsatzurteil [...] besteht die ratio legis des Art. [...] darin [...]. Diese Interpretation des Normzwecks greift allerdings zu kurz.»).

und der Idee, die dieser Bestimmung zu Grunde liegt<sup>31</sup>.

[Rz 17] Das Zivilprozessrecht ist kein Selbstzweck, sondern hat eine dienende Funktion; es hat den Zweck und ist darauf ausgerichtet, materiell-rechtliche Ansprüche durchzusetzen.<sup>32</sup> Mit anderen Worten soll derjenige, der aus materiell-rechtlicher Sicht Recht hat, im Streitfall auch Recht bekommen, wobei es eine materiell-rechtlich objektive Sicht allenfalls im theoretisch-abstrakten, nicht jedoch in einem praktischen Sinne gibt, denn objektiv gilt im Streitfall das, was durch Gerichte entschieden wird. Der Anspruch der Zivilgerichte muss im Lichte dieser Zwecksetzung des Zivilprozessrechts somit sein, einen Streitfall im materiell-rechtlichen Sinne richtig zu entscheiden.

[Rz 18] Die Rechtsprechungstätigkeit der Gerichte besteht, vereinfacht ausgedrückt, darin, den Sachverhalt zu erstellen und dann Recht zu sprechen. Mit anderen Worten operieren Gerichte mit dem sogenannten Rechtsanwendungssyllogismus, in dem sie die tatsächliche Grundlage einer Streitsache erstellen und danach den erstellten Sachverhalt unter die relevanten Rechtsnormen subsumieren.<sup>33</sup>

[Rz 19] Hinsichtlich der vorstehend erwähnten Zweck- und Zielsetzung des Zivilprozessrechts muss sich das Gericht hinsichtlich der Erstellung des Sachverhalts bemühen, grundsätzlich (also unter Berücksichtigung von anderen Zielen, wie Persönlichkeitsschutz und Prozessökonomie) den relevanten Sachverhalt richtig zu erfassen. In Bezug auf den Zeugenbeweis bedeutet dies nach Auffassung des Autors, dass der Richter in erster Linie den Wahrheitsgehalt einer Zeugenaussage<sup>34</sup> und deren Beweiskraft eruieren muss<sup>35</sup>.

[Rz 20] Dies spricht nach Auffassung des Autors für eine grundsätzlich grosszügige Zulassung von Ergänzungsfragen gemäss Art. 173 ZPO, aus folgenden Gründen:

- (i) Eine Kernfunktion des Kreuzverhörs besteht darin, die Glaubwürdigkeit von Zeugen und deren Aussagen zu testen, was für die Würdigung der Zeugenaussagen wesentlich ist (vgl. Art. 172 lit. b ZPO<sup>36</sup>). In internationalen Schiedsverfahren dient die *cross-examination* pri-

---

<sup>31</sup> Siehe etwa BGE 101 II 321E. 3 S. 321 («Selon le Tribunal fédéral, l'art. 60 al. 2 CO repose sur l'idée qu'il serait illogique que le lésé perde ses droits contre l'auteur responsable aussi longtemps que ce dernier demeure exposé à une poursuite pénale, généralement plus lourde de conséquences pour lui.»).

<sup>32</sup> Siehe die Urteile des Bundesgerichts 4A\_346/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.4.3.3 («Zivilprozessrecht hat eine dienende Funktion. Es ist darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Seine dienende Funktion bestimmt auch die Auslegung des Prozessrechts [...]»); 5A\_221/2011 vom 31. Oktober 2011, E. 4.3 («Die dargelegte gesetzssystematische Einordnung der Schuldneranweisung als Vollstreckungsmassnahme lässt mithin den Schluss zu, dass dem in Art. 291 ZGB vorgesehenen Rechtsbehelf die dienende Funktion eignet, die das Vollstreckungsrecht als Teil des Prozessrechts ganz allgemein auszeichnet [...]»); 5A\_449/2007 vom 25. Oktober 2007, E. 3 («[...] insofern hat das kantonale Zivilprozessrecht eine der Durchsetzung des Bundesprivatrechts dienende Funktion [...]»); 4C.208/2001 vom 29. Oktober 2001, E. 1 («Die Durchsetzung materiellen Bundesrechts wird durch das Erfordernis der Begründung einer kantonalen Appellation nicht erschwert und die Vorinstanz hat die dienende Funktion des Verfahrensrechts nicht verkannt [...]»); siehe auch etwa KARL SPÜHLER / ANNETTE DOLGE / MYRIAM A. GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts – Neunte Auflage des von Oscar Vogel begründeten Werkes, Bern 2010, § 1, Rz. 1, sowie § 2, Rz. 15.

<sup>33</sup> Siehe etwa BGE 133 IV 293, Regeste («Ein Urteil ohne die zur Subsumtion notwendigen tatsächlichen Grundlagen ist bundesrechtswidrig. Ist ein Sachverhalt in diesem Sinne lückenhaft und kann deshalb die Gesetzesanwendung nicht nachgeprüft werden, so ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur ergänzenden Tatsachenfeststellung und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen [...]»).

<sup>34</sup> Siehe HANS SCHMID, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 169 ZPO.

<sup>35</sup> Siehe HANS SCHMID, a.a.O., Rz. 8 f. zu Art. 169 ZPO.

<sup>36</sup> Das Gericht befragt die Zeuginnen und Zeugen über [...] ihre persönlichen Beziehungen zu den Parteien sowie über andere Umstände, die für die von Bedeutung sein können [...].

mär der kritischen Prüfung der vorgängig schriftlich in Form von «witness statements»<sup>37</sup> eingereichten schriftlichen Zeugenaussagen.<sup>38</sup> Dies kann in schweizerischen Zivilprozessen anhand der Rechtsschriften analog durchgeführt werden, da Zeugen zu bestimmten Behauptungen offeriert werden (vgl. bezüglich Klagen Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO<sup>39</sup>).<sup>40</sup> Mit anderen Worten kann ein Kreuzverhör die wichtige Funktion erfüllen, die Glaubwürdigkeit von Behauptungen in Rechtsschriften, zu denen ein Zeuge als (unter Umständen einziges) Beweismittel offeriert wurde, zu testen, indem ein Zeuge in einem Kreuzverhör diesbezüglich genauer befragt wird, insbesondere durch Konfrontation mit Urkunden.<sup>41</sup> Natürlich könnte das vorstehend erwähnte «Bohren» auch vom Gericht vorgenommen werden. Nach Erfahrung des Autors sind Gerichte jedoch häufig nicht erpicht darauf, dies konsequent zu tun<sup>42</sup>, was dann kein Problem darstellt, wenn dies durch die grosszügige Zulassung von Ergänzungsfragen von den Parteien bzw. deren Prozessanwälten vorgenommen wird.

(ii) Wenn Kreuzverhöre durch die Parteien oder deren Anwälte durchgeführt werden, kann sich das Gericht besser auf die Würdigung der Zeugenaussagen konzentrieren. So schrieb das Bundesamt für Justiz im Begleitbericht zum Vorentwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung nach Auffassung des Autors richtig und auch auf Zivilverfahren zutreffend: «[D]er Verfahrensleitung [fällt es] leichter, den Beweis- und Wahrheitswert der Aussagen zu erkennen, wenn sie nicht selbst durch die Vornahme der Befragung absorbiert ist.»<sup>43</sup> Ob eine Zeugenaussage z.B. detailliert und konstant oder aber konstruiert und farblos ist<sup>44</sup>, dürfte sich besser einschätzen lassen, wenn man sich nicht auf das Stellen von Fragen konzentrieren muss, sondern den gestellten Fragen und gegebenen Antworten als Beobachter folgen kann.

(iii) Durch ihre intensive Befassung mit dem Rechtsstreit, insbesondere beim Verfassen der Rechtsschriften und der Vorbereitung auf Zeugeneinvernahmen, gewinnen Prozessanwälte über den Prozessstoff sehr vertiefte Kenntnisse. Nicht immer erreichen Gerichte im Stadium der Zeugeneinvernahme ein ebenso tiefes Verständnis des Prozessstoffes, insbesondere bei hoher Auslastung. Nach Auffassung des Autors besteht darin ein Potenzial für eine vertiefte Abklärung und ein vertieftes Verständnis des Sachverhalts, das nach der hier vertretenen Meinung ausgeschöpft werden sollte, was nach Auffassung des Autors bei einer restriktiven

---

<sup>37</sup> Siehe bezüglich *witness statement* etwa Art. 4, Ziffern 4-5, der IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

<sup>38</sup> Siehe etwa BEN H. SHEPPARD, JR., *Take the Witness*, S. 5.

<sup>39</sup> Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO lautet (Hervorhebung zusätzlich): «Die Klage enthält [...] die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel [z.B. Zeugen] behaupteten Tatsachen [...].»

<sup>40</sup> Siehe etwa GEORG NAEGELI / ROMAN RICHERS, *Kurzkommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zürich 2010, Rz. 30 zu Art. 221 ZPO («Die einzelnen Beweisanträge sind den von der beweisführenden Partei, damit ersichtlich ist, welche Tatsachen sie durch welche Beweismittel beweisen möchte [...]). Siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 4A\_452/2013 vom 31. März 2014, E. 2.

<sup>41</sup> Hans Schmidie *Konfrontation des Zeugen mit weiterem Aktenmaterial (Urkunden, bereits vorliegende Zeugenaussagen)* HANS SCHMID

<sup>42</sup> PETER HAFTER

<sup>43</sup> Bundesamt für Justiz, *Begleitbericht zum Vorentwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung*, Bern 2001, S. 227.

<sup>44</sup> Vgl. diesbezüglich CHRISTOPH LEUENBERGER, *Behaupten, Bestreiten und Beweis*, Schweizer Verband der Richter in Handelssachen, Tagung vom 8. November 2007, S. 14 (gefunden auf: [http://www.handelsrichter.ch/download/Referat\\_Christoph\\_Leuenberger.pdf](http://www.handelsrichter.ch/download/Referat_Christoph_Leuenberger.pdf)); siehe für «Wahrheits-» und «Lügensignale» bezüglich Zeugenaussagen auch PETER HAFTER, a.a.O., Rz. 2404 ff.

Handhabung von Art. 173 ZPO aber nicht in vollem Umfang möglich ist.<sup>45</sup>

(iv) Zahlreiche Schweizer Anwälte sind nicht nur als Vertreter in Zivilprozessen, sondern auch in internationalen Schiedsverfahren tätig.<sup>46</sup> Kreuzverhöre bzw. *cross-examinations* von Zeugen sind in solchen Verfahren Standard, auch in Schiedsverfahren, die in der Schweiz stattfinden.<sup>47</sup> Es sind also zahlreiche in der Schweiz als Prozessvertreter tätige Anwälte zumindest ein Stück weit mit der Durchführung von Kreuzverhören vertraut, was nach Auffassung des Autors genutzt werden sollte, um die Qualität der Sachverhaltserstellung zu fördern.

(v) Nach Erfahrung des Autors zeigen Richter nicht selten gewisse «Beisshemmungen», wenn es darum geht, einem Zeugen oder einer Partei «auf den Zahn zu fühlen». Erfahrungsgemäss haben Prozessanwälte diesbezüglich weniger Hemmungen. Angesichts des Ziels, den Wahrheitsgehalt einer Zeugenaussage und deren Beweiskraft korrekt zu eruieren, wäre es nach der hier vertretenen Auffassung suboptimal, Zeugen oder Parteien keiner möglichst kritischen Prüfung zu unterziehen.

### 3.4 Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör

[Rz 21] Ein weiterer Aspekt, der nach Auffassung des Autors für eine grosszügige Zulassung von Ergänzungsfragen spricht, ist die Wahrung des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör.

[Rz 22] Das rechtliche Gehör ist auf Verfassungsstufe in Art. 29 Abs. 2 BV<sup>48</sup> sowie auf Gesetzesstufe insbesondere in Art. 53 Abs. 1 ZPO<sup>49</sup> verankert.

[Rz 23] Im Rahmen eines Zivilprozesses umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör das Recht der Prozessparteien, an der Beweiserhebung mitzuwirken, wozu gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere der grundsätzliche Anspruch auf Teilnahme an Zeugeneinvernahmen zwecks Erhebung von Einwendungen oder Ergänzungsfragen gehört.<sup>50</sup>

[Rz 24] Aufgrund der Verfassungsmässigkeit des Anspruchs auf rechtliches Gehör liesse sich nach Auffassung des Autors argumentieren, eine grosszügige Zulassung von Ergänzungsfragen entspreche einer verfassungskonformen Auslegung<sup>51</sup> von Art. 173 ZPO. Stärker als dieses Argument dürfte jedoch im vorliegenden Kontext die nachfolgend erwähnte Berücksichtigung des Zwecks

---

<sup>45</sup> Vgl. auch GERHARD W. WÄCHTER, Die Tatsacheninstanzen in grossen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der ZPO-Reform, ZZP, 119. Band, Heft 4, 2006, S. 405 f.

<sup>46</sup> Sucht man z.B. in der SAV-Datenbank (<http://anwaltssuche.sav-fsa.ch/>) nach Mitgliedern, die als Tätigkeitsgebiet «Schiedsgerichtsbarkeit» aufführen, erhält man als Suchergebnis insgesamt 518 Anwälte (Abfrage am 8. April 2014).

<sup>47</sup> «*Cross-examination is a standard feature of international arbitration.*» (LAWRENCE W. NEWMAN / BEN H. SHEPPARD, JR., Take the Witness, S. xxix). Dies wird z.B. auch dadurch bestätigt, dass in den weit verbreiteten IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration eine *cross-examination* von Zeugen vorgesehen ist (siehe insbesondere Art. 8, Ziffer 3, lit. b).

<sup>48</sup> Art. 29 Abs. 2 BV lautet: «Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör».

<sup>49</sup> Art. 53 Abs. 1 ZPO lautet (identisch): «Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör».

<sup>50</sup> Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4A\_82/2007 vom 11. September 2007, E. 2.4 («Zur Wahrung ihres Mitwirkungsrechts ist den Parteien zu erlauben, der Einvernahme von Zeugen oder Auskunftspersonen beizuwohnen, damit Einwendungen erhoben oder Ergänzungsfragen gestellt werden können [...]»).

<sup>51</sup> Siehe etwa BGE 137 III 217 E. 2.4.1 S. 222 («Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten entspricht [...]») und BGE 131 II 562 E. 3.5 S. 567 («Si plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution.»).



des Anspruchs auf rechtliches Gehör sein.

[Rz 25] Beim Anspruch auf rechtliches Gehört handelt es sich um einen zentralen verfassungsmässigen Grundsatz, der insbesondere den Zweck verfolgt, die Akzeptanz der Rechtsprechung bei ihren Adressaten zu fördern. Paul Oberhammer fasst dies in der Formel zusammen: «*Legitimation von Bindung durch Partizipation im Verfahren*»<sup>52</sup>.

[Rz 26] Die Legitimation eines Urteils dürfte nicht nur durch eine detaillierte und überzeugende Begründung, sondern auch dadurch erhöht werden, dass den Parteien im Verfahren grosszügige Partizipationsmöglichkeiten gewährt wurden. Demgegenüber dürfte es kontraproduktiv sein, wenn eine Partei im Verfahren den Eindruck gewinnt, das Gericht habe einem Zeugen oder der Gegenpartei unplausible Aussagen einfach «abgekauft» und gleichzeitig ihr bzw. ihrem Prozessvertreter verwehrt, entsprechende Aussagen einer Prüfung durch ein Kreuzverhör zu unterziehen.

## 4 Zusammenfassung

[Rz 27] In schweizerischen Zivilprozessen werden Zeugen primär vom Gericht einvernommen, nicht von den Parteien bzw. ihren Anwälten. Die Parteien bzw. ihre Prozessanwälte sind bei der Zeugeneinvernahme jedoch nicht zwingend zur Passivität verdammt, denn gemäss Art. 173 ZPO können Gerichte Ergänzungsfragen zulassen. In der Lehre scheint eine restriktive Antwort auf die Frage zu überwiegen, wie ausgedehnt eine solche Befragung durch Ergänzungsfragen im Sinne von Art. 173 ZPO ausfallen darf. Nach Auffassung des Autors sprechen jedoch die ratio legis von Art. 173 ZPO sowie der verfassungsmässige Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör für eine grundsätzlich extensive Zulassung von Ergänzungsfragen bis hin zu regelrechten Kreuzverhören.<sup>53</sup> Eine entsprechend grosszügige Handhabung des Rechts auf Ergänzungsfragen nach Art. 173 ZPO in der Gerichtspraxis wäre nach der hier vertretenen Meinung zu begrüssen und dürfte nach Auffassung des Autors nicht nur zur Belebung von Zeugeneinvernahmen<sup>54</sup>, sondern auch zu einem vertieften Verständnis von zwischen den Parteien strittigen Sachverhaltsfragen sowie

---

<sup>52</sup> PAUL OBERHAMMER, in: *Kurzkommentar ZPO*, Paul Oberhammer/ Tanja Domej/ Ulrich Haas (Hrsg.), 2. Auflage, Basel 2014, Rz. 1 f. zu Art. 53 ZPO.

<sup>53</sup> Siehe zu den Grenzen bzw. Zulässigkeitsvoraussetzungen von Zusatzfragen nach Art. 173 ZPO (in willkürlicher Reihenfolge): HANS SCHMID, a.a.O., Rz. 5 zu Art. 173 ZPO, S. 827 («*Das Gericht hat auf drei Dinge zu achten: Dass das Beweisthema nicht überschritten und auf diesem Wege versucht wird, neue Tatsachenbehauptungen und Beweise in den Prozess einzuführen. Ferner darauf, dass nicht mittels Unterstellungen der Sinn der gegebenen Antworten manipuliert wird (Sie haben soeben gesagt, dass...).* Erlaubt ist es, Zeugen auf Widersprüche in ihrer Aussage oder mit anderen Akten hinzuweisen und zur Stellungnahme aufzufordern. Schliesslich, dass ein allfälliges Verweigerungsrecht nicht verletzt wird [...].»); MARTIN KAUFMANN, *Beweisführung und Beweiswürdigung*, Zürich/St. Gallen 2009, S. 120; HEINRICH WEIBEL / SABINA NÄGELI, *Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zürich 2010, Rz. 3 zu Art. 173 ZPO; PETER HIGI, *Die richterliche Zeugenbefragung im Zivilprozess*, AJP/PJA 9/2006, S. 1102 f.; SVEN RÜETSCHI, in: *Berner Kommentar zur ZPO*, Bern 2012, Rz. 5–7 zu Art. 173 ZPO.

<sup>54</sup> Siehe den Begleitbericht des Bundesamts für Justiz zum Vorentwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung, Bern 2001, S. 227, der sich zwar nicht auf Zivilverfahren bezieht, dessen hier zitierte Einschätzung jedoch auch für solche Verfahren gelten dürfte («*Das Kreuzverhör, das gegenwärtig in der Schweiz wenig verbreitet ist, trägt zur Belebung des Beweisverfahrens bei.*»). Siehe auch ROBERT H. SCHMIT, *Cross-Examining Witnesses before Civil Law Arbitrators, Take the Witness*, S. 243 f. («*[...] civil law arbitrators increasingly [...] appreciate cross-examination not only as a tool of advocacy and (perhaps less frequently) engine of truth, but also as something of a guilty pleasure from a foreign and oft-reviled common law legal tradition. I suspect this is so because cross-examination – done well – serves not only to crystallize the parties' positions and shed light on disputed facts, but can also be, quite simply, entertaining as well.*»).

einer in der Regel erhöhten Akzeptanz des Beweisergebnisses<sup>55</sup> führen.

---

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

---

<sup>55</sup> Siehe zur akzeptanzfördernden Wirkung von Zeugenbefragungen allgemein PETER HAFER, a.a.O., Rz. 2238 («Zeugenbefragungen fördern ferner die Akzeptanz des Urteils. Die Erfahrung zeigt, dass eine Partei eher bereit ist, sich mit einem Urteil abzufinden, das ihren Erwartungen nicht entspricht, wenn die von ihr angerufenen Zeugen angehört wurden.») und auch Rz. 2239.