



PHILIPP HABERBECK

Genereller Ausschluss der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO, wenn eine Partei überhaupt kein Beweismittel offeriert?

I. Einleitung

Im Grundsatz wird das schweizerische Zivilprozessrecht von der sogenannten Verhandlungsmaxime¹ beherrscht, wonach die Prozessparteien dem Gericht das Tatsächliche darzulegen sowie die Beweismittel anzugeben haben (Art. 55 Abs. 1 ZPO²).³

Von der Verhandlungsmaxime gibt es verschiedene Ausnahmen. Eine Ausnahme stellt die direkt im Anschluss an Art. 55 Abs. 1 ZPO in Art. 56 ZPO⁴ verankerte allgemeine⁵ gerichtliche Fragepflicht dar.⁶

Eine richterliche Fragepflicht kannten vor⁷ dem Inkrafttreten der ZPO die meisten kantonalen Zivilpro-

zessordnungen, so z.B. die Zürcher Zivilprozessordnung (§ 55 ZPO/ZH⁸).

In diesem Beitrag wird die Frage untersucht, ob die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO in keinem Fall zum Tragen kommen kann, wenn eine Partei gar kein Beweismittel offeriert hat.

II. Diskussion und eigener Standpunkt

A. Lehrmeinungen und Rechtsprechung des Bundesgerichts

In der Lehre ist umstritten, ob die in Art. 56 ZPO vorgesehene allgemeine gerichtliche Fragepflicht greift, wenn eine Partei nicht zumindest in rudimentärer Form auf ein Beweismittel hingewiesen hat, sondern überhaupt keinen Beweis offeriert hat.

Gegen eine Anwendung der richterlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO, wenn eine Partei gar kein Beweismittel für eine relevante Behauptung offeriert hat, sprechen sich etwa CLAUDIA M. MORDASINI-ROHNER⁹,

PHILIPP HABERBECK, Rechtsanwalt, Eversheds AG, Zürich.

¹ Siehe zur Verhandlungsmaxime allgemein etwa CLAUDIA M. MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2013, 3 ff.

² Art. 55 Abs. 1 ZPO lautet: «Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben.»

³ Siehe etwa BGE 137 III 617 E. 5.2 S. 621 («Unter der Verhandlungsmaxime haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und ihre Beweismittel anzugeben [...]»).

⁴ Art. 56 ZPO lautet: «Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung.»

⁵ Gegenüber der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht von Art. 56 ZPO, die im ordentlichen und (mit gewissen Ausnahmen) auch im summarischen Verfahren zum Tragen kommt, besteht im vereinfachten Verfahren eine verstärkte gerichtliche Fragepflicht (Art. 247 Abs. 1 ZPO), die nicht Gegenstand dieses Beitrags ist.

⁶ Siehe bezüglich einschlägiger Literatur nach Inkrafttreten der ZPO etwa MORDASINI-ROHNER (FN 1), 27 ff.; STÉPHANIE WILDHABER BOHNET, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in: Jusletter 23. September 2013.

⁷ Siehe bezüglich einschlägiger Literatur vor Inkrafttreten der ZPO etwa WALTER FELLMANN, Gerichtliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Walter

Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Zürich 2009, 69 ff.; MARTIN SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 2002.

⁸ § 55 der Zürcher ZPO (mit dem Titel: «Richterliche Fragepflicht») lautete: «Bleibt das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, so ist ihr Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung.»

⁹ MORDASINI-ROHNER (FN 1), 73 («Liegt lediglich eine behauptete Tatsache vor, ist es dem Gericht – anders als im Rahmen der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht – demnach nicht gestattet, auf die Nennung des fehlenden Beweismittels hinzuwirken, welches die behauptete Tatsache beweisen könnte.») und DIES., 84 («Hingegen darf das Gericht nicht nachfragen, wenn eine Partei ein erforderliches Beweismittel überhaupt nicht nennt, weil Art. 56 ZPO m.E. fordert, dass das konkret der Fragepflicht unterworfen, mangelhafte Vorbringen zumindest in einer rudimentären Art und Weise vorliegen muss.»).

STÉPHANIE WILDHABER BOHNET¹⁰ und DANIEL GLASL¹¹ aus. Eine weniger restriktive Anwendung von Art. 56 ZPO vertreten insbesondere PAUL OBERHAMMER¹² und CHRISTOPH HURNI¹³.

Das Bundesgericht hat sich in einem Entscheid vom Februar 2014 ausdrücklich der restriktiven Lehrmeinung angeschlossen, dass die gerichtliche Fragepflicht von Art. 56 ZPO nicht greife, wenn eine Partei überhaupt kein Beweismittel offeriert hat.¹⁴

B. Eigener Standpunkt

1. Grammatikalische Auslegung von Art. 56 ZPO

Ausgangspunkt der Auslegung von Gesetzesbestimmungen bildet gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Wortlaut.¹⁵

¹⁰ WILDHABER BOHNET (FN 6), Rz. 38 («*Le devoir d'interpellation n'entrera toutefois pas en ligne de compte lorsque les parties ne proposent aucune preuve à l'appui de leurs allégués [...]. Il ne joue en effet aucun rôle dans la proposition et l'appréciation des preuves.*»).

¹¹ DANIEL GLASL, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Alexander Brunner et al. (Hrsg.), Zürich 2011, N 16 zu Art. 56 («*Umstritten ist, ob die gerichtliche Fragepflicht auf auch [sic] Beweisofferten anwendbar ist. Im Bereich der Verhandlungsmaxime [...] ist hier Zurückhaltung angezeigt. Die Fragepflicht dient primär der Klärung und Vollständigung des behaupteten (rechtserheblichen) Tatsachensfundaments, nicht aber der Hilfestellung beim Beweisen. Daher greift sie nicht, wenn eine Partei für wesentliche Behauptungen kein Beweismittel offeriert. Die Beurteilung der Beweiskraft eines zur Untermauerung einer bestimmten Parteibehauptung eingereichten Beweismittels ist Beweismittelwürdigung und kann nicht Gegenstand der richterlichen Fragepflicht sein.*»).

¹² PAUL OBERHAMMER, in: ZPO, Paul Oberhammer (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2014, N 9 zu Art. 56 («*Dass die Ergänzung des tatsächlichen Vorbringens (und in der Konsequenz der sich darauf beziehenden Beweisofferten) auch Gegenstand der richterlichen Fragepflicht ist, ergibt sich im Übrigen auch schon klar aus dem Wortlaut des Art. 56. Natürlich darf dieser Aspekt der Fragepflicht nicht überspitzt gehandhabt werden – im Allgemeinen ist den Parteien ja klar, dass sie für ihre Behauptungen den Beweis antreten müssen; darauf ist daher i.d.R. in der Tat nicht hinzuweisen.*»).

¹³ CHRISTOPH HURNI, in: Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2012, N 21 zu Art. 56 («*Offensichtlich unvollständig kann auch das Beweisangebot sein. Das ist namentlich der Fall, wenn überhaupt keine Beweismittel bezeichnet werden oder die Lückenhaftigkeit des Beweisangebots sonst wie die Entscheidungsfindung erschwert [...].*»).

¹⁴ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4A_444/2013 vom 5. Februar 2014, E. 6.3.3 («*Die gerichtliche Fragepflicht trägt dem Richter freilich nicht auf, einer Partei bei der Beweisführung behilflich zu sein [...]. Voraussetzung ist allemal ein im Sinne von Art. 56 ZPO mangelhaftes Parteivorbringen. Deshalb greift die gerichtliche Fragepflicht nicht, wenn eine Partei für eine wesentliche Behauptung überhaupt kein Beweismittel offeriert [...].*»); siehe auch das Urteil 5A_586 vom 20. Oktober 2011, E. 2.4.1 in fine («*Aus der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten, denn diese trägt dem Richter nicht auf, einer Partei bei der Beweisführung behilflich zu sein.*»).

¹⁵ Siehe etwa das Bundesgerichtsurteil B 10/99 vom 18. Juli 2002, E. 5a («*Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen.*»).

Eine rein grammatikalische Auslegung von Art. 56 ZPO führt hinsichtlich der hier interessierenden Frage nicht zum Ziel, da der Wortlaut von Art. 56 ZPO die Frage, ob die gerichtliche Fragepflicht auch dann besteht, wenn eine Partei gar kein Beweismittel für eine relevante Behauptung offeriert hat, nicht explizit beantwortet. Immerhin steht nach der hier vertretenen Auffassung der Wortlaut einem mit anderen Auslegungskriterien gefundenen Ergebnis, dass die gerichtliche Fragepflicht grundsätzlich auch greife, wenn eine Partei gar kein Beweismittel für eine relevante Behauptung offeriert hat, zumindest nicht entgegen.

Zwar könnte man den in Art. 56 ZPO verwendeten Begriff «Vorbringen» so auffassen, dass er sich in technischer Weise ausschliesslich auf Parteibehauptungen zum Sachverhalt bezieht.¹⁶ Nach hier vertretener Auffassung sprechen jedoch im Kontext von Art. 56 ZPO verschiedene Gründe gegen eine solche Auslegung des Begriffs «Vorbringen».

Primär ist darauf hinzuweisen, dass die französische Version von Art. 56 ZPO die Begriffe «*actes ou déclarations*» verwendet, was im Kontext von Art. 56 ZPO für eine extensive und nicht technisch-limitierte Bedeutung von «Vorbringen» spricht, also für einen allgemeinen Wortsinn von Vorbringen, im Sinn von etwas vortragen oder geltend machen.¹⁷

Gegen einen technisch-limitierten Sinn des in Art. 56 ZPO verwendeten Begriffs «Vorbringen» im Sinne von Sachverhaltsvorträgen (exklusive Beweisofferten) spricht auch der Umstand, dass der Begriff «Vorbringen» in der ZPO nur ein einziges weiteres Mal verwendet wird, und zwar in Art. 234 Abs. 1 ZPO¹⁸. Dass der Begriff «Vorbringen» insgesamt nur zwei Mal in der ganzen ZPO verwendet wurde, spricht dagegen, dass der Gesetzgeber diesem Begriff einen juristisch-technischen Sinn beimessen wollte. Zudem erfasst er im Kontext von Art. 234 Abs. 1 ZPO nicht nur Vorträge zum Sachverhalt, sondern auch Beweisofferten. Es widerspräche somit der ratio legis, dem Wort «Vorbringen» im Kontext von Art. 234 Abs. 1 ZPO einen dahingehenden Sinn beizumessen, dass der Richter bei Säumnis einer Partei an der Hauptverhandlung nur die Sachvorträge, aber nicht auch die nach Art. 229 ZPO zulässigen Beweisofferten der anwesenden Partei berücksichtigen dürfe.

¹⁶ Hierauf deutet etwa eine Abfrage im Internet hin, wo es zum Begriff «Vorbringen» heisst (siehe <http://www.fremdwort.de/suchen/bedeutung/Vorbringen>): «*Das Vorbringen oder der Vortrag einer Prozesspartei (Parteivortrag) stellt die Gesamtheit der Behauptungen dar, die eine Partei im Prozess vorbringt.*» Dieser und alle übrigen Links wurden zuletzt besucht am 14. Mai 2014.

¹⁷ Siehe zum allgemeinen Wortsinn von «Vorbringen» etwa <http://www.fremdwort.de/suchen/bedeutung/Vorbringen>: «*[...] zur Sprache, zum Ausdruck bringen, sagen, mitteilen [...].*»

¹⁸ Art. 234 Abs. 1 ZPO lautet: «*Bei Säumnis einer Partei berücksichtigt das Gericht die Eingaben, die nach Massgabe dieses Gesetzes eingereicht worden sind. Im Übrigen kann es seinem Entscheid unter Vorbehalt von Artikel 153 die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei zu Grunde legen.*»

Gegen ein enges Verständnis des Begriffs «Vorbringen» im Kontext von Art. 56 ZPO spricht auch, dass im Bundesgerichtsgesetz¹⁹ der Begriff «Vorbringen» vom Gesetzgeber eindeutig so verwendet wurde, dass dieser sowohl Tatsachenbehauptungen als auch Beweismittel umfasst²⁰, was partiell auch auf das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess²¹ zutrifft²².

Auch misst das Bundesgericht dem Wort «Vorbringen» im zivilprozessualen Kontext verschiedentlich nicht einen limitierten, sondern einen Sachbehauptungen und Beweisofferten umschliessenden Sinn bei²³, und verwendet es den Begriff nicht nur im Zusammenhang mit Tatsachenbehauptungen, sondern auch bezüglich Beweisofferten²⁴.

¹⁹ BGG (SR 173.110).

²⁰ Siehe Art. 99 Abs. 1 BGG, der unter dem Titel «Neue Vorbringen» steht und folgendermassen lautet (Hervorhebung zusätzlich): «Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt.»

²¹ BZP (SR 273).

²² Siehe Art. 19 BZP, der folgendermassen lautet (Titel: «Vorbringen der Angriffs- und Verteidigungsmittel»; Hervorhebungen zusätzlich): «[Absatz 1] Die Parteien sollen sämtliche Angriffs- oder Verteidigungsmittel auf einmal vorbringen. Vorbehalten bleibt Artikel 30 Absatz 1. [Absatz 2] Tatsachen und Beweismittel können zur Ergänzung noch im allfälligen weiteren Schriftenwechsel und mündlich in der Vorbereitungsverhandlung bis zum Beginn der Beweisführung vorgebracht werden; später nur, wenn die Verspätung entschuldbar ist sowie wenn das Vorbringen im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 von Amtes wegen berücksichtigt werden kann. Die gleiche Beschränkung gilt, wenn eine Partei die Frist zur Einreichung einer Rechtsschrift versäumt hat. [Absatz 3] Die durch nachträgliche Ergänzung entstehenden Mehrkosten des Verfahrens sind von der Partei zu tragen, sofern sie zu rechzeitigem Vorbringen in der Lage war.»

²³ Siehe etwa BGE 123 III 485 E. 1 S. 487 (Hervorhebungen zusätzlich: «Während das Novenverbot des allgemeinen Berufungsverfahrens [...] die Parteien daran hindert, von der Vorinstanz nicht festgestellte oder im kantonalen Verfahren nicht prozesskonform behauptete Tatsachen vorzubringen, gibt ihnen Art. 67 Ziff. 2 und 3 OG im Patentprozess die Möglichkeit, neue Tatsachen und Beweismittel, welche sich auf technische Verhältnisse beziehen, vorzubringen, wenn sie dieselben im kantonalen Verfahren nicht geltend machen konnten oder dazu kein Grund bestand. An die Voraussetzungen dieses Novenrechts legt das Bundesgericht angesichts des Ausnahmecharakters der Bestimmung und im Interesse der Verfahrensbeschleunigung einen strengen Massstab an [...]. Die Zulassung neuer Tatsachen oder Beweismittel setzt danach voraus, dass die betreffende Partei ohne ihr Verschulden daran gehindert war, die Vorbringen rechtzeitig in das kantonale Verfahren einzubringen.») und das Urteil des Bundesgerichts 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 2.3 (Hervorhebungen zusätzlich: «Im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht gilt Art. 99 Abs. 1 BGG, wonach neue Tatsachen und Beweismittel nur so weit vorgebracht werden dürfen, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt. Zulässig sind neue Vorbringen, die durch den Entscheid der Vorinstanz rechtswesentlich werden [...]. Inwiefern die Voraussetzung für ein nachträgliches Vorbringen von Tatsachen und Beweismitteln erfüllt sein soll, ist in der Beschwerde darzutun [...].»).

²⁴ Siehe etwa BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 (Hervorhebung zusätzlich: «Zum Prozesssachverhalt gehören namentlich die Anträge der Parteien, ihre Tatsachenbehauptungen, rechtlichen Erörterungen [...], Prozessklärungen und Beweisvorbringen

Als Zwischenfazit lässt sich nach Auffassung des Autors somit festhalten, dass der Begriff «Vorbringen» im Kontext von Art. 56 ZPO nicht so auszufassen ist, dass er sich in technischer Weise ausschliesslich auf Parteibehauptungen zum Sachverhalt bezieht. Im Gegenteil spricht nach der hier vertretenen Auffassung mehr dafür, dass von «Vorbringen» in Art. 56 ZPO nicht nur Tatsachenbehauptungen, sondern auch Beweisofferten erfasst sind.²⁵

Weiter lässt der Wortlaut von Art. 56 ZPO nach hier vertretener Auffassung eine Auslegung zu, nach der unter «Vorbringen» der Gesamtvortrag einer Partei verstanden wird, der insbesondere bezüglich zu offerierender Beweismittel «*offensichtlich unvollständig*» sein kann. Mit anderen Worten lässt sich Art. 56 ZPO sprachlich auf folgenden, im vorliegenden Kontext relevanten Wortlaut komprimieren: «Ist das Vorbringen einer Partei offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Ergänzung». Nach Auffassung des Autors lässt sich dieser Wortlaut aus sprachlicher Optik so interpretieren, dass auch gänzlich fehlende Beweisofferten als Unvollständigkeit der Vorbringen einer Partei aufgefasst werden können.

Abschliessend lässt sich nach hier vertretener Auffassung schlussfolgern, dass der Wortlaut von Art. 56 ZPO die hier diskutierte Frage zwar nicht direkt beantwortet, aber dem Auslegungsergebnis, dass die gerichtliche Fragepflicht grundsätzlich auch greife, wenn eine Partei gar kein Beweismittel für eine relevante Behauptung offeriert hat, zumindest nicht entgegensteht.

2. Historische Auslegung von Art. 56 ZPO

Führt eine grammatikalische Gesetzesauslegung nicht zum Ziel, weil der Wortlaut der zu interpretierenden Bestimmung unklar ist, ist aufgrund des Prinzips der Gewaltenteilung²⁶ in einem weiteren Schritt nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu fragen.²⁷

[...], der Inhalt einer Zeugenaussage, einer Expertise oder die Feststellungen anlässlich eines Augenscheins [...].») und das Urteil des Bundesgerichts 5P.225/2004 vom 5. Januar 2005, E. 3.1 (Hervorhebung zusätzlich: «Im Übrigen hätten die anwaltlich vertretenen Parteien auch keine brauchbaren Beweisofferten für weitere Abklärungen vorbringen können, solche seien auch nicht ersichtlich.»).

²⁵ Gleicher Meinung sind MORDASINI-ROHNER (FN 1), 71 («Bei einem Vorbringen handelt es sich um alle Äusserungen der Parteien, die im Prozess zur Stützung des jeweiligen Standpunktes eingebracht werden [...].») und DIESELBE (FN 1), 85 («[...] Art. 56 ZPO spricht von «Vorbringen» ohne zwischen Sachchenausführungen, Beweismittel und Rechtsbegehren zu differenzieren.»), und GLASL (FN 11), N 17 zu Art. 56 («Art. 56 ZPO spricht indessen generell von Vorbringen einer Partei, und gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO umfasst das Parteivorbringen die Angabe der Beweismittel.»).

²⁶ Siehe BGE 133 III 257 E. 2.5.4 S. 271 («Ob diese rechtspolitische Kritik berechtigt ist, haben gemäss dem Prinzip der Gewaltenteilung die gesetzgebenden und nicht die rechtsanwendenden Behörden zu entscheiden [...].»).

²⁷ Siehe etwa BGE 133 III 257 E. 2.4 S. 265 («Die Auslegung des Gesetzes ist auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten [...].»), BGE 131 III 33 E. 2 S. 35 («Es können auch die Ge-

Hinsichtlich der hier interessierenden Frage, ob die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO in keinem Fall zum Tragen kommen kann, wenn eine Partei gar kein Beweismittel offeriert hat, lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien keine Regelungsabsicht des Gesetzgebers entnehmen.

Weder in der Botschaft zur ZPO²⁸ noch in den einschlägigen parlamentarischen Beratungen²⁹ wurde die erwähnte Frage thematisiert.³⁰

3. Systematische Auslegung von Art. 56 ZPO

Die Stellung der hier untersuchten Bestimmung in der ZPO führt hinsichtlich der einschlägigen Fragestellung nach Auffassung des Autors ebenfalls nicht weiter. Die gerichtliche Fragepflicht ist einer der grundlegenden Verfahrensgrundsätze und schliesst sich in sachlogisch korrekter Weise an den Grundsatz der Verhandlungsmaxime (Art. 55 ZPO) an, dessen Tragweite die richterliche Fragepflicht beschränkt. Hieraus lässt sich bezüglich der Frage, ob Art. 56 ZPO nicht zum Tragen kommt, wenn eine Partei gar kein Beweismittel offeriert hat, jedoch nichts ableiten.

4. Die ratio legis von Art. 56 ZPO

Da die grammatikalische, historische und systematische Auslegung nach hier vertretener Auffassung vorliegend nicht zum Ziel führt, ist nach der ratio legis von Art. 56 ZPO zu forschen³¹, also nach dem Normzweck von Art. 56 ZPO³² und der Idee, die dieser Bestimmung zu Grunde liegt³³.

Nach Auffassung des Autors ergibt sich die Stossrichtung oder «raison d'être» von Art. 56 ZPO aus der Funktion des Zivilprozesses: Das Zivilprozessrecht hat eine dienende Funktion; es hat den Zweck und ist darauf ausgerichtet, die Durchsetzung materiell-rechtlicher

setzesmaterialien beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben und dem Richter damit weiterhelfen [...]» und auch BGE 121 III 219 E. 1 daa S. 224 f.

²⁸ Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, insbesondere S. 7275.

²⁹ Siehe die parlamentarischen Beratungen zur Geschäftsnummer 06.062, abrufbar im Internet (<http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/amtliches-bulletin.aspx>).

³⁰ So auch MORDASINI-ROHNER (FN 1), 59 f.

³¹ Siehe etwa das Bundesgerichtsurteil 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.»).

³² Siehe etwa BGE 133 V 524 E. 5.2 S. 527 («Nach dem Grundsatzurteil [...] besteht die ratio legis des Art. [...] darin [...]. Diese Interpretation des Normzwecks greift allerdings zu kurz.»).

³³ Siehe etwa BGE 101 II 321 E. 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.»).

Ansprüche zu ermöglichen.³⁴ 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.

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.³⁵

Um einen Streitfall im materiell-rechtlichen Sinne richtig zu entscheiden, muss das Gericht nicht nur die einschlägige Rechtslage richtig eruieren, sondern auch den zu subsumierenden Sachverhalt korrekt erfassen. Mit anderen Worten hat sich das Gericht im Lichte der vorstehend erwähnten Zweck- und Zielsetzung des Zivilprozessrechts bezüglich der Erstellung des Sachverhalts zu bemühen, grundsätzlich (also im Rahmen des im Prinzip geltenden Verhandlungsgrundsatzes sowie unter Berücksichtigung von anderen Zielen, wie Persönlichkeitsschutz und Prozessökonomie) den relevanten Sachverhalt so genau wie möglich zu erfassen.

Nach hier vertretener Auffassung dient die richterliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO diesem Gedanken ei-

³⁴ Siehe die Bundesgerichtsurteile 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.

³⁵ 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 [...]»).

ner im vorerwähnten Sinne grundsätzlich möglichst guten Erfassung des Sachverhalts durch das Gericht. Denn wenn die Sachverhaltsermittlung durch eine strikte Verhandlungsmaxime ausschliesslich den Parteien obläge, ohne Interventionsmöglichkeit des Gerichts, wäre die Sachverhaltseruierung erfahrungsgemäss in zahlreichen Fällen in einem relevanten Ausmass suboptimal, wodurch das Ziel, Streitfälle im materiell-rechtlichen Sinne richtig zu entscheiden, verfehlt würde.³⁶

Im Lichte dieses Ziels einer grundsätzlich möglichst korrekten gerichtlichen Sachverhaltserfassung ist nicht ersichtlich, welche Gründe dagegen sprächen, einem Gericht unter bestimmten Umständen die auf Art. 56 ZPO gestützte Frage nach einer fehlenden Beweismittelferte zu erlauben.

Es dürfte unumstritten sein, dass die Ausübung der richterlichen Fragepflicht von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängt.³⁷ Nach hier vertretener Auffassung sind Umstände denkbar, in denen es gerechtfertigt wäre, dahingehend vom Fragerecht nach Art. 56 ZPO Gebrauch zu machen, dass eine Partei auf eine fehlende Beweisofferte hingewiesen wird.

Nehmen wir zu Illustrationszwecken an, in einem Prozess stünden sich ein nicht von einem Anwalt vertretener und mit Zivilverfahren völlig unerfahrener Handwerker (Kläger) und ein von einem erfahrenen Prozessanwalt vertretener Auftraggeber (Beklagter) gegenüber. Bezüglich der Verjährungseinrede des Auftraggebers hat der nicht anwaltlich vertretene sowie unerfahrene Handwerker geltend gemacht, den Auftraggeber für die eingeklagte Forderung betrieben zu haben, nur hat der Handwerker bezüglich dieser Behauptung kein Beweismittel eingereicht, wie z.B. eine Kopie des Betreibungsbegehrens oder Zahlungsbefehls. Würde dies nicht korrigiert, müsste das Gericht die Klage wegen Verjährung abweisen. Hat der Handwerker den Auftraggeber in der Tat betrieben, stünde ein entsprechendes Urteil in Widerspruch zur materiellen Rechtslage und würde damit

der Zielsetzung des Zivilprozessrechts, die Durchsetzung materiell-rechtlicher Ansprüche zu ermöglichen, widersprechen.

Nach hier vertretener Auffassung spricht die primäre Funktion des Zivilprozessrechts, materiell-rechtlichen Ansprüchen zum Durchbruch zu verhelfen, dafür, in einer solchen Konstellation dem Gericht zu gestatten, den (im vorstehenden hypothetischen Beispiel) Kläger zu fragen, ob er seine angebliche Betreibung belegen könne. Im vorliegenden Zusammenhang kann auch das Bundesgericht zitiert werden, das festgehalten hat, die dienende Funktion des Prozessrechts bestimme auch dessen Auslegung.³⁸

Nach Auffassung des Autors kann sich die gegenteilige Auslegungshypothese, wonach gerichtliche Fragen bezüglich nicht offerierter Beweismittel in jedem Fall ausgeschlossen wären, unter Umständen als sehr unbefriedigend erweisen, was ebenfalls gegen eine solche spricht.³⁹

Im Zusammenhang mit der gerichtlichen Fragepflicht wird darauf hingewiesen, diese stehe in einem Spannungsverhältnis zum Gebot der gerichtlichen Neutralität.⁴⁰

Der aus Art. 29 Abs. 1 BV⁴¹, Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV⁴² sowie Art. 6 Ziff. 1 Satz 1 EMRK⁴³ fliessende Anspruch auf gerichtliche Neutralität einerseits und die gerichtliche Fragepflicht, mit der ja in jedem Fall eine Hilfestellung verbunden ist, andererseits, stehen jedoch nur scheinbar im Widerspruch zueinander. Mit der Einführung der gerichtlichen Fragepflicht wurde die Vorstellung einer strikten gerichtlichen Neutralität im Sinne einer passiv-beobachtenden Behörde, die sich ohne Intervention ihrerseits von den Parteien den Sachverhalt

³⁶ Siehe auch die Botschaft zur ZPO (FN 28), 7251, in der darauf hingewiesen wird, dass der Entwurf der ZPO eine aktivere Rolle des Gerichts vorsieht, die u.a. «der materiellen Wahrheitsfindung [dient]». Ebenso etwa MORDASINI-ROHNER (FN 1), 61 («[...] damit ein möglichst mit der materiellen Wahrheit übereinstimmender Entscheid erzielt werden kann.») sowie DIESELBE (FN 1), 61 f. («Insofern dient die allgemeine gerichtliche Fragepflicht auch der Wahrheitsermittlung, der Waffengleichheit und der Erfüllung der gerichtlichen Fürsorgepflicht [...].»), und auch MYRIAM A. GEHRI/BETTINA FLÜTSCH, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar, Zürich 2010, Rz. 1 zu Art. 56 ZPO («Die Ausübung der richterlichen Fragepflicht steht im Interesse der Wahrheitsfindung [...]. Das Gericht soll im Rahmen seiner materiellen Prozessleitung für eine materiell sachgerechte Streiterledigung sorgen und entsprechend Urteile fällen, welche mit der materiellen Rechtslage übereinstimmen [...].»).

³⁷ Siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts 4D_57/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.2 («Le devoir d'interpellation du juge dépend des circonstances concrètes, notamment de la difficulté de la cause, du niveau de formation des parties et de leur représentation éventuelle par un mandataire professionnel [...].»).

³⁸ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4A_346/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.4.3.3 (Hervorhebung zusätzlich: «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 [...].»).

³⁹ Siehe BGE 136 II 187 E. 7.3 S. 194 («Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis.»).

⁴⁰ Siehe etwa das Obergericht des Kantons Zürich, 23. Oktober 2012, Geschäftsnummer RT120112 («Die richterliche Fragepflicht steht jedoch auch immer in einem Spannungsverhältnis zum Gebot der gerichtlichen Unparteilichkeit bzw. Neutralität.»), gefunden auf: http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/RT120112.pdf.

⁴¹ Art. 29 Abs. 1 BV (SR 101) lautet: «Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.»

⁴² Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV lautet: «Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht.»

⁴³ Art. 6 Ziff. 1 Satz 1 EMRK (SR 0.101) lautet: «Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.»

darlegen lässt und hierauf das Urteil fällt, vom Gesetzgeber aufgegeben, und dies nicht nur mit der Einführung einer gerichtlichen Fragepflicht, sondern u.a. auch mit der «Möglichkeit zur Durchführung von Instruktionsverhandlungen [gemäss Art. 226 ZPO⁴⁴] zwecks formloser Erörterung und Ergänzung des Streitgegenstandes»^{45, 46}

Der moderne Ansatz, dem Gericht im Zivilprozess eine aktivere Rolle einzuräumen, wurde übrigens nicht nur vom Schweizer Gesetzgeber, sondern auch im europäischen Ausland, insbesondere in Deutschland, verfolgt.⁴⁷ So ist in der deutschen Zivilprozessordnung heute eine weitgehende Erörterungspflicht des Gerichts vorgesehen, die explizit auch die Benennung von Beweismitteln einschliesst.⁴⁸

Vom Gericht wird nach den erwähnten Bestimmungen in der Bundesverfassung und der EMRK zu Recht Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verlangt, nicht aber vollständige Passivität, wenn Parteivorbringen «unklar, widersprüchlich, unbestimmt» oder eben auch «offensichtlich unvollständig» (Art. 56 Abs. 1 ZPO) sind. Mit Nachfragen allein verliert das Gericht seine Unparteilichkeit nicht; daran, dass die Parteien im Prozess unmissverständliche Positionen einnehmen und unklare Vorbringen präzisieren, dass im kontradiktorischen Verfahren somit Positionen bezogen werden, daran muss bei einer Prozessführung nach Treu und Glauben auch grundsätzlich die Gegenpartei ein Interesse haben. Nachdem eine strikte Passivität des Gerichts von der ZPO weder verlangt noch vorgesehen ist, geht es somit um eine Frage des Masses bzw. darum, wie weit das Gericht bei der Ausübung der Fragepflicht nach Art. 56 ZPO gehen darf, ohne seine Unparteilichkeit aufzugeben. Ob das Zivilprozessgesetz die Verhandlungsmaxime oder die Untersuchungsmaxime zum Ausgangspunkt nimmt, ist unter den Gesichtspunkten der Rechtsstaatlichkeit und der Fairness, wie sie in der EMRK und der Bundesverfassung verankert sind, irrelevant; folglich können auch Regeln

(wie die gerichtliche Fragepflicht), welche die einzelne Maxime abmildern und der anderen Maxime annähern, als solche nicht schon problematisch sein.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist Art. 56 ZPO so zu verstehen, dass der dienende Zweck des Zivilprozessrechts, materiell-rechtlichen Ansprüchen zum Durchbruch zu verhelfen, dafür spricht, dass es dem Gericht unter Umständen erlaubt ist, die Fragepflicht auch dann auszuüben, wenn eine Partei gar kein Beweismittel für eine relevante Behauptung offeriert hat. Hierdurch wird die Grenze zur Parteilichkeit nach Auffassung des Autors nicht überschritten, da eine entsprechend aktive Rolle des Gerichts dem Art. 56 ZPO immanent ist, wodurch das Gericht, das diese Rolle im gebotenen Umfang wahrnimmt, nicht als parteilich erscheinen dürfte.

Wie vorstehend erwähnt, geht es vorliegend um eine Frage des Masses, also um die Frage, wie weit das Gericht im Lichte der konkreten Umstände des Einzelfalls bei der Ausübung der Fragepflicht nach Art. 56 ZPO gehen darf. Diesbezüglich sind selbstverständlich auch Konstellationen denkbar, in denen sich das Gericht mit Fragen bezüglich nicht offerierter Beweismittel zurückhalten sollte, z.B. mit Blick auf Parteien, die durch Anwälte vertreten sind.

Die allgemeine Fragepflicht nach Art. 56 ZPO aber hinsichtlich sämtlicher möglichen Konstellationen im Einzelfall soweit zurückzubinden, dass das Gericht nie Fragen nach nicht offerierten Beweismitteln stellen dürfte, wäre jedoch nach hier vertretener Auffassung mit der ratio legis von Art. 56 ZPO nicht vereinbar.

III. Zusammenfassung

Das Bundesgericht hat sich in einem Entscheid vom Februar 2014 ausdrücklich der (in der Lehre nicht unumstrittenen) restriktiven Lehrmeinung angeschlossen, die allgemeine gerichtliche Fragepflicht von Art. 56 ZPO greife nicht, wenn eine Partei überhaupt kein Beweismittel offeriert hat.

Da nach Auffassung des Autors weder eine grammatikalische, historische noch systematische Auslegung bezüglich der in diesem Beitrag untersuchten Frage, ob die vorstehend erwähnte Auffassung zutreffend ist, zu einem eindeutigen Ergebnis führt, ist nach hier vertretener Auffassung bei der Beantwortung der betreffenden Frage die ratio legis von Art. 56 ZPO ausschlaggebend.

Der dienende Zweck des Zivilprozessrechts, materiell-rechtlichen Ansprüchen zum Durchbruch zu verhelfen, spricht dafür, dass es dem Gericht unter Umständen erlaubt ist, die Fragepflicht auch dann auszuüben, wenn eine Partei gar kein Beweismittel für eine relevante Behauptung offeriert hat. Mit anderen Worten ist es nach Auffassung des Autors mit der ratio legis von Art. 56 ZPO nicht vereinbar, die allgemeine gerichtliche Fragepflicht generell, also hinsichtlich sämtlicher möglichen Konstellationen im Einzelfall so zurückzubinden, dass das Gericht Fragen nach nicht offerierten Beweismitteln nie stellen dürfte.

⁴⁴ Art. 226 ZPO lautet: «[Absatz 1] Das Gericht kann jederzeit Instruktionsverhandlungen durchführen. [Absatz 2] Die Instruktionsverhandlung dient der freien Erörterung des Streitgegenstandes, der Ergänzung des Sachverhaltes, dem Versuch einer Einigung und der Vorbereitung der Hauptverhandlung. [Absatz 3] Das Gericht kann Beweise abnehmen.»

⁴⁵ Siehe die Botschaft zur ZPO (FN 28), 7251.

⁴⁶ In Instruktionsverhandlungen pflegen gewisse Gerichte nach Erfahrung des Autors Beweisfragen übrigens durchaus zu erörtern (siehe zu Instruktionsverhandlungen etwa PHILIPP HABERBECK, Praktische Hinweise zur früheren Referentenaudienz bzw. heutigen Vergleichsverhandlung vor dem Handelsgericht Zürich, in: Jusletter 6. Januar 2014).

⁴⁷ Siehe die Botschaft zur ZPO (FN 28), 7250.

⁴⁸ Siehe § 139 Abs. 1 der deutschen Zivilprozessordnung (Hervorhebung zusätzlich): «Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.»