

Dr. Mark Schweizer / Dr. Christian Eichenberger

Schriftliche Zeugenaussagen

Der Beitrag geht der Frage nach, ob und wie unterzeichnete schriftliche Aussagen eines Zeugen, die Aufschluss über tatsächliche Verhältnisse geben und im Hinblick auf einen Zivilprozess abgegeben wurden («witness statements»), als Beweismittel unter der schweizerischen ZPO gewürdigt werden können. Er kommt zum Schluss, dass solche schriftlichen Zeugenaussagen unter den Begriff der Urkunde im Sinne von Art.177 ZPO fallen und als solche gewürdigt werden können. Ihre praktische Bedeutung haben sie im Massnahmeverfahren, bei welchem die Einvernahme von Zeugen grundsätzlich ausgeschlossen ist. Dort, Glaubwürdigkeit ihres Ausstellers vorausgesetzt, können sie geeignet sein, zusammen mit anderen Beweismitteln einen Sachverhalt glaubhaft zu machen.

Rechtsgebiet(e): Beiträge; Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Mark Schweizer / Christian Eichenberger, Schriftliche Zeugenaussagen, in: Jusletter 28. Februar 2011

Inhaltsübersicht

1. Zeugnisurkunden oder «witness statements»
2. Rechtliche Qualifikation von schriftlichen Zeugenaussagen
 - 2.1 Schriftliche Auskunft im Sinne von Art. 190 Abs. 2 ZPO?
 - 2.2 Urkunde im Sinne von Art. 177 ZPO?
 - 2.3 Urkunde im strafrechtlichen Sinn?
3. Rechtliche Qualifikation von «eidesstattlichen Erklärungen» oder «Affidavits» ausländischen Rechts
4. Beweiskraft von schriftlichen Zeugenaussagen
5. Zusammenfassung

1. Zeugnisurkunden oder «witness statements»

[Rz 1] Unter «*witness statement*» wird eine unterzeichnete schriftliche Aussage eines Zeugen verstanden, die Aufschluss über tatsächliche Verhältnisse gibt und im Hinblick auf einen (Schieds-)prozess abgegeben wird.¹ Gemäss schweizerischer Terminologie werden Aufzeichnungen einer Person über ihr Wissen um Tatsachen als *Zeugnisurkunden* bezeichnet,² wobei dieser Begriff insofern weiter ist als der des «*witness statement*», da Zeugnisurkunden nicht in Hinblick auf einen Prozess erstellt sein müssen.³ Die UNCITRAL Arbitration Rules lassen schriftliche Zeugenaussagen zu;⁴ ebenso die Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit der International Bar Association (IBA).⁵ In Frankreich wurden schriftliche Zeugenaussagen («*attestation témoignage en justice*») 1959 durch Ministerialverordnung anerkannt und 1973 in der Zivilprozessordnung (Art. 199–203 FR-ZPO) verankert.⁶ In Grossbritannien sind «*witness statements*» 1981 zugelassen und 1999 in den «*Civil Procedural Rules*» kodifiziert worden.⁷ Unter den britischen Regeln des Zivilprozesses gelten schriftliche Zeugenaussagen in allen Verfahrensstadien als Beweismittel ausser in der Hauptverhandlung (*trial*), wo sie grundsätzlich nur beachtet werden, wenn der Zeuge gerufen wird.⁸ Es wäre aber falsch zu glauben, schriftliche Zeugen-

aussagen seien eine neue Errungenschaft: im römischen Zivilprozess (Formularprozess) konnten aussergerichtlich abgegebene Zeugenaussagen, die in einer Zeugnisurkunde festgehalten worden waren, vor Gericht vorgelesen werden; sie wurden aber als weniger glaubwürdig als die unmittelbare Zeugenaussage vor Gericht eingestuft.⁹

[Rz 2] Verschiedene Rechtsordnungen kennen zudem Formen der «eidesstattlichen Erklärung» oder des «*Affidavits*».¹⁰ In der Schweiz werden notariell beglaubigte schriftliche Aussagen, die in Hinblick auf eine Zivilstreitigkeit getroffen werden, abgelehnt, da dadurch die Grenzen von nicht-streitiger und streitiger Gerichtsbarkeit verwischt würden.¹¹

[Rz 3] Gewisse kantonale Zivilprozessordnungen standen schriftlichen Zeugenaussagen, die in Hinblick auf einen Prozess abgegeben werden, grundsätzlich ablehnend gegenüber (z.B. Art. 111 Abs. 1 ZPO-SG).¹² Die herrschende Lehre und kantonale Rechtsprechung sind skeptisch bis ablehnend.¹³ Das Bundesgericht schliesst die Würdigung von Zeugnisurkunden, die im Hinblick auf einen Prozess erstellt wurden, jedoch nicht grundsätzlich aus; ihnen komme zwar nicht ohne weiteres [sc. volle] Beweiskraft zu, aber in Verbindung mit anderen Beweismitteln könnten sie für Tatsachenbehauptungen durchaus Beweis erbringen.¹⁴

Stand März 2010).

⁹ Max Kaser/Karl Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1996, 368.

¹⁰ In Deutschland siehe § 156 DE-StGB («Falsche Versicherung an Eides statt»); in den USA 18 U.S. Code § 1621 («Perjury generally») und 18 U.S. Code § 1623 («False declarations before grand jury or court»). Vgl. im Übrigen Rz. 22 hiernach.

¹¹ Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, § 64 Rz. 1620 sowie § 42 Notariatsverordnung ZH (LS 242.2): «Begehren um Ausstellung von Urkunden über tatsächliche Verhältnisse oder Vorgänge soll der Notar nur entsprechen, wenn es sich um ausser Streit liegende Gegenstände handelt [...]».

¹² Die Kantone, welche schriftliche Zeugenaussagen in ihren Zivilprozessordnungen ausdrücklich ausschlossen, waren allerdings klar in der Minderheit. In der Mehrheit der kantonalen Zivilprozessordnungen fehlte ein ausdrücklicher Ausschluss von schriftlichen Zeugenaussagen, womit in diesen Kantonen ein Ausschluss, wenn überhaupt, nur gestützt auf Richterrecht erfolgen konnte.

¹³ OGer ZH, ZR 106 (2007), Nr. 14, E. 5c; Guldener (wie Fn. 2), 332; Peter Hafner in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (Basler Kommentar), Basel 2010, Art. 168 N 7; Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. Zürich 1997, § 168 N 2; Vogel/Spühler (Fn. 2), 10. Kap. Rz. 109; Heinrich Weibel/Sabina Nägeli in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 190 N 7. Vgl. aber Peter Reetz, Zivilprozessrecht mit einer Übersicht über die wichtigsten Neuerungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2010, 20, der meint, dass die Praxis zu klären haben werde, ob die Einreichung von *witness statements* gegenüber bisherigem Recht unter der ZPO erleichtert werden würde; Schmid (wie Fn. 2), Art. 190 N 1; und für das summarische Verfahren Annette Dolge in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.) (wie Fn. 13), Art. 177 N 12.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 5P.352/2001 vom 17. Januar 2002, E. 4b.

¹ UNCITRAL Arbitration Rules (1976), Art. 25 Ziff. 5 (erhältlich unter www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf).

² Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 332; Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, 10. Kap. Rz. 109; Hans Schmid in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, Basel 2010, Art. 177 N 3.

³ In diesem Aufsatz wird der Begriff der Zeugnisurkunde und jener der schriftlichen Zeugenaussage synonym verwendet.

⁴ UNCITRAL Arbitration Rules (1976), Art. 25 Ziff. 5 (Fn. 1).

⁵ IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit (Stand 18. Mai 2006), Art. 4 Ziff. 4 (erhältlich unter www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

⁶ Louis Gaillard, Preuve et droit à l'information, in: Unification de la procédure civile, Journée en l'honneur du Professeur François Perret, Zürich 2004, 73-90, 75.

⁷ Gaillard, a.a.O., 76.

⁸ Civil Procedure Rules, Rule 32.5(1) (erhältlich unter www.justice.gov.uk -> Procedure rules -> Civil Procedure Rules -> Rules & Practice Directions;

[Rz 4] Praktische Bedeutung haben schriftlichen Zeugenaussagen im schweizerischen Prozessrecht vor allem im Massnahmeverfahren, das ein summarisches Verfahren ist (Art. 248 lit. d ZPO).¹⁵ Es gilt das reduzierte Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 261 Abs. 1 ZPO) und eine Beweismittelbeschränkung: gemäss Art. 254 Abs. 1 ZPO ist der Beweis durch Urkunden zu erbringen. Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern oder es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 Abs. 2 lit. a–c ZPO). Die Einvernahme von Zeugen wird nicht immer, aber oft zu wesentlichen Verfahrensverzögerungen führen. Zwar ist es möglich, dass die beweisbelastete Partei Zeugen an die Verhandlung mitbringt, so dass diese ohne Verfahrensverzögerungen einvernommen werden können.¹⁶ Allerdings ist ein glaubwürdiger Zeuge ein Zeuge, der kein Interesse am Ausgang des Verfahrens hat und keiner Partei verpflichtet ist. Dass ein solcher Zeuge einen halben Tag auf dem Flur eines Gerichtes wartet, ohne dazu verpflichtet zu sein – er wurde ja nicht als Zeuge geladen – und ohne zu wissen, ob er überhaupt angehört wird, dürfte selten sein. Ein Massnahmekläger, der einen Sachverhalt nur mittels Zeugen beweisen kann, wird entsprechend häufig den Sachverhalt im Massnahmeverfahren nicht glaubhaft machen können – obwohl der tatsächliche Sachverhalt seinen Anspruch begründet. Durch die Beweismittelbeschränkung – im Sinne der Verfahrensbeschleunigung durchaus geboten – werden Entscheidungen verursacht, die mit der materiellen Wahrheit nicht in Übereinstimmung stehen.

[Rz 5] In diesem Aufsatz gehen wir der Frage nach, ob und in welcher Form schriftliche Zeugenaussagen als Beweismittel ins Massnahmeverfahren eingeführt werden können. Wenn es möglich ist, sie als Beweismittel zu berücksichtigen, stellt sich die Anschlussfrage, welche Beweiskraft solche schriftlichen Aussagen über eigene Wahrnehmungen oder Handlungen haben, die in Hinblick auf ein streitiges Verfahren gemacht wurden. Dabei wird immer vorausgesetzt, dass die schriftliche Aussage von einer Person gemacht wird, die im anschliessenden Hauptverfahren als Zeuge einvernommen werden kann, d.h. nicht Partei ist (vgl. Art. 169 ZPO).

Dieses Urteil gilt es allerdings insofern zu relativieren, als es eine besondere Konstellation betraf: Es ging um eine Art Arztzeugnis (Homöopathie), wobei Arztzeugnissen gemäss diesem Entscheid «anerkanntermassen Beweisfunktion» zukommt. Zusätzlich wurde das «Arztzeugnis» auf Verfügung des Gerichts als schriftliche Auskunft und damit als formelles Beweismittel eingereicht.

¹⁵ In diesem Aufsatz wird die schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 als «ZPO» bezeichnet, während kantonale Zivilprozessordnungen mit dem Kantonskürzel ergänzt werden, also z.B. «ZPO-BE».

¹⁶ Stephan Mazan, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.) (wie Fn. 13), Art. 254 N 6.

2. Rechtliche Qualifikation von schriftlichen Zeugenaussagen

[Rz 6] Die schweizerische Zivilprozessordnung kennt einen «*numerus clausus*» der Beweismittel;¹⁷ d.h. Art. 168 Abs. 1 ZPO zählt die zulässigen Beweismittel abschliessend auf.¹⁸ Zulässige Beweismittel sind Zeugnis, Urkunde, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft, Parteibefragung und Beweisaussage. Nicht zu übersehen ist, dass ein geschlossenes Beweismittelsystem in einem Spannungsverhältnis zum Aspekt der Verwertungsfreiheit der freien Beweiswürdigung steht.¹⁹ Die herrschende Lehre zum bisherigen Recht hat, sei es aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung²⁰ oder aus dem Recht auf Beweis,²¹ einen Anspruch auf den «*einmalige[n]* Gebrauch sämtlicher rationaler Beweismitteltypen»²² abgeleitet und entgegenstehende kantonale Beweisverwertungsverbote für bundesrechtswidrig erachtet.²³ Der Gesetzgeber hat sich dennoch für ein geschlossenes Beweismittelsystem entschieden – man kann dies bedauern, aber aufgrund des klaren gesetzgeberischen Willens können unter der schweizerischen ZPO nur Beweise gewürdigt werden, die gesetzlich vorgesehen sind.²⁴ Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) sollte

¹⁷ Franz Hasenböhler, Beweisrecht, vorsorgliche Massnahmen und Schutzschrift, in: Thomas Sutter-Somm/ Franz Hasenböhler (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung. Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich/Basel/Genf 2003, 25-49, 28. Der Freibeweis ist in Familienrechtsprozessen zulässig, wenn es um Kinderbelange geht, an Stelle vieler Hasenböhler, a.a.O., 29.

¹⁸ Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7320; Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht: nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen - unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich 2008, § 18 Rz. 86.

¹⁹ Alfred Bühler, Die Beweiswürdigung, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, 71-92, 74 ff.; Dominik Gasser/Britte Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 168 N 1; Gerhard Walter, Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979, 286 f. vertritt die Auffassung, dass die Verwertungsfreiheit nicht aus der freien Beweiswürdigung abgeleitet werden kann, leitet aber aus dem Recht auf Beweis ab, dass Beweisverwertungsverbote nicht unbeschränkt zulässig sind, Walter, a.o.O., 303 ff., insb. 314.

²⁰ Soweit dieser bundesrechtlich vorgeschrieben ist; z.B. Art. 139 Abs. 1 ZGB, Art. 254 Ziff. 1 ZGB, Art. 274d Abs. 3 OR oder Art. 343 Abs. 4 OR. Durch die Einführung der schweizerischen ZPO wurden diese Normen obsolet.

²¹ So bereits Walter (wie Fn. 19), 303 ff., insb. 314.

²² Sabine KöfmeI, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Bern 1992, 237 f.

²³ Bühler (wie Fn. 19), 75; Andreas Edelmann, Zur Bedeutung des Bundesrechts im Zivilprozessrecht, untersucht insbesondere anhand der neuen aargauischen Zivilprozessordnung, Zürich 1990, 181 f.; Walther Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, Rz. 662; KöfmeI (wie Fn. 22), 236 ff.

²⁴ Ebenso Peter Guyan in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.) (wie Fn. 13), Art. 157 N 4, der darauf hinweist, dass die Verwertungsfreiheit ihre Schranken auf jeden Fall im Erlass findet, der die freie Beweiswürdigung statuiert.

immerhin dazu führen, dass die Kategorien der zulässigen Beweismittel nicht eng ausgelegt werden.²⁵

[Rz 7] Schriftliche Zeugenaussagen sind sicher kein Zeugnis im Sinne von Art. 169 ZPO. Der Zeuge wird vom Gericht vorgeladen (Art. 170 Abs. 1 ZPO) und sagt, nach Hinweis auf die Strafbarkeit falschen Zeugnisses, persönlich vor Gericht²⁶ über eigene Wahrnehmungen aus (Art. 171 ZPO). All dies ist bei einem potentiellen Zeugen, der eine schriftliche Aussage zu Händen des Gerichts abgibt, nicht der Fall. Dass Zeugnisurkunden kein Zeugnis sind, heisst aber nicht, dass sie keine zulässigen Beweismittel sind. Sie können als Beweismittel gewürdigt werden, wenn sie sich unter den Begriff eines der anderen zulässigen Beweismittel, namentlich schriftliche Auskunft oder Urkunde, subsumieren lassen.

2.1 Schriftliche Auskunft im Sinne von Art. 190 Abs. 2 ZPO?

[Rz 8] Art. 190 Abs. 2 ZPO ermächtigt das Gericht, von Privatpersonen schriftliche Auskünfte einzuholen, wenn eine Zeugenbefragung nicht erforderlich erscheint. Die Botschaft erwähnt als Beispiel das Arztzeugnis.²⁷ Die schriftliche Auskunft muss vom Gericht eingeholt werden. Schriftliche Auskünfte, die von einer Partei eingeholt werden, sind daher keine schriftlichen Auskünfte im Sinne der ZPO.²⁸ Die hier in Frage stehenden schriftlichen Zeugenaussagen lassen sich deshalb grundsätzlich nicht als schriftliche Auskünfte gemäss Art. 190 Abs. 2 ZPO qualifizieren.²⁹ Eine Partei kann jedoch unseres Erachtens auch im Massnahmeverfahren den Antrag stellen, es sei eine schriftliche Auskunft einzuholen; bei entsprechend kurz angesetzter Frist zur Beantwortung der Anfrage dürfte die Einholung einer schriftlichen Auskunft

keine wesentliche Verzögerung des Verfahrens im Sinne von Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO bewirken, weshalb schriftliche Auskünfte im Massnahmeverfahren trotz der Beschränkung der zulässigen Beweismittel auf Urkunden zulässig sind.³⁰ Damit bleibt aber selbstverständlich die Frage, wie schriftliche Zeugenaussagen zivilprozessrechtlich zu qualifizieren sind, offen und es ist zu prüfen, ob sie sich unter Art. 177 ZPO subsumieren lassen.

2.2 Urkunde im Sinne von Art. 177 ZPO?

[Rz 9] Die schweizerische Zivilprozessordnung definiert Urkunden in Art. 177 als «Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind, rechts-erhebliche Tatsachen zu beweisen». Entscheidend für die Qualifikation als Urkunde ist also die Beweiseignung; nicht verlangt wird die Beweisbestimmung.³¹

[Rz 10] Eine Urkunde ist (generell-abstrakt)³² zum Beweis geeignet, wenn sie geeignet ist, durch ihren Inhalt Rechts-erhebliches auszusagen, also allein *oder in Verbindung mit anderen Beweismitteln* entweder dem Beweis oder der Glaubhaftmachung einer Tatsache zu dienen,³³ d.h. es genügt, wenn die Gedankenerklärung bei der Überzeugungsbildung mitbestimmend ins Gewicht fallen kann.³⁴ Es ist nicht zu übersehen, dass dieser Begriff der Beweiseignung sehr breit ist und kaum als Abgrenzungskriterium taugt;³⁵ es gibt kaum etwas, das nicht – die richtigen Umstände vorausgesetzt – geeignet sein könnte, auf die Bildung einer Überzeugung bezüglich tatsächlicher Umstände einzuwirken.³⁶ Für den strafrechtlichen Urkundenbegriff wird daher vorausgesetzt, dass das Schriftstück nach Gesetz oder Verkehrsübung als Beweismittel anerkannt ist.³⁷ Diese Einschränkung, die im Strafrecht vorzunehmen ist, um die Strafbarkeit nicht gänzlich

²⁵ Die Lehre betont, dass das Beweismittelsystem zwar geschlossen sei, aber die einzelnen Kategorien – namentlich der Begriff der Urkunde – so weit gefasst seien, dass sich kaum Lücken auftun sollten, Gasser/Rickli (wie Fn. 19), Art. 168 N 1; Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Lehre und Praxis, Zürich 2010, 314; Staehelin/Staehelin/Grolimund (wie Fn. 18), § 18 Rz. 86; Schmid (wie Fn. 2), Art. 157 N 6 kommt zum Schluss, dass die Diskussion um die Verwertungsfreiheit vom praktischen Gesichtspunkt aus ad acta gelegt werden kann, weil die Kategorie der Urkunde so breit gefasst ist.

²⁶ Oder einer Delegation des Gerichts, Art. 155 Abs. 1 ZPO. Eine «private Zeugenbefragung» ausserhalb des Gerichtsverfahrens kennt die schweizerische ZPO nicht, OGer ZH, ZR 106 (2007), Nr. 14, E. 5c.

²⁷ Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7325; zur Qualifikation des durch eine Partei eingebrachten Arztzeugnisses im Zivilverfahren Oliver Kälin, Das Arztzeugnis als Beweismittel bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, ZZZ 2006, 335–343; Roland Müller, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP 2010, 167–175.

²⁸ Vgl. aber Weibel/Nägeli in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), (wie in Fn. 13), Art. 190 N 7, welche unter Hinweis auf ZR 54 Nr. 10 S. 44 festhalten, dass ausnahmsweise dann ein von einer Partei eingereichter schriftlicher Bericht einer Drittperson als schriftliche Auskunft im Sinn von Art. 190 ZPO gelten könne, wenn der Inhalt von der Gegenpartei anerkannt worden sei.

²⁹ Schmid (wie Fn. 2), Art. 190 N 1.

³⁰ Schmid (wie Fn. 2), Art. 190 N 8, mahnt zur Zurückhaltung, wo die schriftliche Auskunft die Zeugenaussage ersetzt und das einzige Beweismittel ist.

³¹ Staehelin/Staehelin/Grolimund (wie Fn. 18), § 18 Rz. 98.

³² Mit «Beweiseignung» im Sinne von Art. 177 ZPO ist nicht die konkrete Beweiskraft im Einzelfall gemeint – diese ist im Stadium der Beweiswürdigung zu bestimmen, nicht bei der Zulassung der Beweismittel, Annette Dolge in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.) (wie Fn. 13), Art. 177 N 3.

³³ Frank Zieschang in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 12. Aufl., Berlin 2009, § 267 N 77.

³⁴ Markus Boog in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I (Basler Kommentar), 2. Aufl., Basel 2007, Art. 110 N 28; ebenso Thomas Fischer, Strafgesetzbuch (Beck'scher Kurz-Kommentar), 57. Aufl., München 2010, § 267 N 10.

³⁵ Dolge (wie Fn. 32), Art. 177 N 3-5, plädiert dafür, auf das Kriterium der Beweiseignung zu verzichten, da es abstrakt verstanden keine Einschränkung bringt.

³⁶ Boog (wie Fn. 34), Art. 110 N 28.

³⁷ Ständige Rechtsprechung, z.B. BGE 132 IV 57, 59, E. 5.1; 129 IV 130, 135, E. 2.2. Vgl. dazu auch Rz. 15 ff. hiernach.

aussern zu lassen, muss im Zivilprozessrecht jedoch nicht nachvollzogen werden: nach dem gesetzgeberischen Willen ist für den zivilprozessualen Begriff der Urkunde einzig die «Eignung als Erkenntnisquelle» relevant.³⁸ Dem Gericht soll, dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung entsprechend, nicht verwehrt sein, ein Schriftstück bei seiner Überzeugungsbildung zu berücksichtigen, auch wenn dies möglicherweise nicht der «Verkehrsübung» entspricht.³⁹

[Rz 11] Von der (abstrakten) Beweiseignung zu unterscheiden ist die Beweiskraft im Einzelfall: dass etwas grundsätzlich geeignet sein kann, eine Tatsache zu beweisen, heisst nicht, dass es im Einzelfall die Überzeugung des Gerichts massgebend beeinflussen muss. Umgekehrt bedeutet fehlende Beweiskraft nicht fehlende Beweiseignung.⁴⁰

[Rz 12] Einer privaten Zeugniskunde kann die abstrakte Eignung, die Überzeugungsbildung des Gerichts mitzubestimmen, nicht abgesprochen werden. Sie ist daher eine Urkunde im Sinne von Art. 177 ZPO und als solche zu würdigen.⁴¹ Eine andere Frage ist, welche Beweiskraft solchen privaten Zeugniskunden zukommt, dazu hinten Rz. 25 ff.

[Rz 13] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die nach einem kontroversen Entscheid (BGE 132 III 83, 87 f., E. 3.3 f.) festhält, dass Privatgutachten nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern nur die Bedeutung von Parteibehauptungen haben, steht dem nicht entgegen. Der Entscheid im 132. Band der BGE führte dazu, dass Art. 182 VE ZPO, welcher Parteigutachten zumindest in die Nähe von Beweismitteln rückte, aufgrund entsprechender Kritik in der Vernehmlassung gestrichen wurde.⁴² Vor diesem Hintergrund kann das Fehlen von Parteigutachten in der Aufzählung der Beweismittel gemäss Art. 168 ZPO als qualifiziertes Schweigen verstanden werden; dieses erstreckt sich aber nicht auf schriftliche Zeugenaussagen. Kommt hinzu, dass die in BGE

132 III 83 enthaltene Aussage zur Beweismittelqualität von Parteigutachten auch insofern zu relativieren ist, als Parteigutachten, sofern sie eine ernsthafte Auseinandersetzung einer fachlich kompetenten Person mit der Materie darstellen, anerkanntermassen doch bei der Beweiswürdigung zu beachten sind und sie bei der Beweiswürdigung von gerichtlichen Gutachten faktisch den Stellenwert eines Gegenbeweismittels erlangen.⁴³

2.3 Urkunde im strafrechtlichen Sinn?

[Rz 14] Gemäss der Legaldefinition von Art. 110 Abs. 4 StGB sind Urkunden im strafrechtlichen Sinn Schriften, die bestimmt und geeignet sind, oder Zeichen, die bestimmt sind eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen. Rechtlich erheblich sind dabei gemäss BGE 113 IV 77, 80, E. 3a einerseits Tatsachen, welche allein oder in Verbindung mit anderen Tatsachen die Entstehung, Veränderung, Aufhebung oder Feststellung eines Rechts bewirken, andererseits Indizien, welche den Schluss auf erhebliche Tatsachen zulassen, sowie Hilfstatsachen, welche für die Beurteilung des Werts oder der Beweiskraft eines Beweismittels von Bedeutung sind. Damit ist auch gesagt, dass im strafrechtlichen ebenso wenig wie im zivilprozessrechtlichen Kontext erforderlich ist, dass der Urkunde Beweiskraft zukommt.⁴⁴ Vorausgesetzt sind aber Beweisbestimmung und Beweiseignung.

[Rz 15] Das Tatbestandselement der Beweisbestimmung ist bei schriftlichen Zeugenaussagen regelmässig erfüllt, wenn diese im Hinblick auf einen Prozess erstellt werden, da sie ja gerade in der Absicht verfasst werden, bestimmte eigene Wahrnehmungen oder Handlungen in der Form eines Beweismittels in den Prozess einzubringen.

[Rz 16] Beweiseignung kommt einer Schrift gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu, wenn ihr diese Eigenschaft durch Gesetz oder Verkehrsübung zuerkannt wird.⁴⁵ Der Urkundencharakter eines Schriftstücks ist relativ. Es kann mit Bezug auf bestimmte Aspekte Urkundencharakter haben, mit Bezug auf andere nicht. So können Rechnungen unabhängig davon, ob sie inhaltlich richtig sind, Urkunden für den Beweis der Tatsache darstellen, dass die entsprechende Erklärung durch den Rechnungssteller abgegeben worden ist.⁴⁶ Schriftliche Bestätigungen zuhanden eines Gerichts erbringen unstrittig den Beweis dafür, dass die Erklärung, so wie sie aus dem Schriftstück hervorgeht, vom erkennbaren

³⁸ Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7322.

³⁹ Im deutschen Zivilprozessrecht ist anerkannt, dass private Zeugniskunden Urkunden im Sinne der DE-ZPO sind, die gewürdigt werden dürfen, Klaus Schreiber in: Thomas Rauscher/Peter Wax/Joachim Wenzel (Hrsg.), Zivilprozessordnung (MünchKommZivilP), 3. Aufl., München 2008, § 416 N 8; allerdings verlangt der zivilprozessuale Begriff der Urkunde in Deutschland keine Beweiseignung, sondern jede *schriftlich verkörperte Gedankenäusserung* ist eine Urkunde im Sinne des Zivilprozessrechts, Dieter Leipold in: Friedrich Stein/ Martin Jonas (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Tübingen 2006, § 415 N 1.

⁴⁰ Boog (wie Fn. 34), Art. 110 N 28; Zieschang (wie Fn. 33), § 267 N 79.

⁴¹ Schmid (wie Fn. 2), Art. 190 N 1; auch das OGer ZH, ZR 106 (2007) Nr. 14, E. 5e, das private Zeugenbefragungen ablehnt, sah die Frage «welches der Beweiswert der im Rahmen der «privaten Zeugenbefragung» hergestellten Urkunden sei», als eine Frage der Beweiswürdigung nach § 148 ZPO-ZH an. M.a.W. werden schriftliche Zeugenaussagen als Urkunden, d.h. der Beweiswürdigung zugänglich Beweismittel, betrachtet. A.M. unter der ZPO Hafner in: Spühler/ Tenchio/ Infanger (Hrsg.), (wie in Fn. 13), Art. 168 N 7.

⁴² Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7325; Paola Wullschlegler in: Myriam A. Gehri/ Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Vorbemerkungen zu ZPO 183-ZPO 188 N 3.

⁴³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_193/2008 vom 8. Juli 2008, E. 4.1; Kilian Perroulaz in: Baker & Mc Kenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, Art. 183 N 4; Franz Müller/ Simon Zingg, Der Beizug von Sachverständigen im Zivilprozess aus anwaltlicher Sicht, ZBJV 2009, 619-652, 648 ff., welche auch eine Qualifikation von Parteigutachten als Urkunde erwägen.

⁴⁴ BGE 100 IV 23, 25, E. 1.

⁴⁵ An Stelle vieler vgl. die in Fn. 37 hiervoor zitierten Urteile.

⁴⁶ BGE 123 IV 61, 63, E. 5a.

Aussteller stammt (sog. formelle Beweiskraft).⁴⁷ In Bezug darauf, dass die Erklärung tatsächlich vom erkennbaren Aussteller stammt, weisen sie daher Urkundencharakter auf; unabhängig davon, ob man ihnen auch für die materielle Richtigkeit der Erklärung Urkundencharakter zugesteht.⁴⁸

[Rz 17] Schriftliche Zeugenaussagen, die in einem summarischen Verfahren gestützt auf Art. 177 ZPO als Urkunden gewürdigt werden müssen, fallen somit regelmässig auch unter den strafrechtlichen Urkundenbegriff gemäss Art. 110 Abs. 4 StGB i.V.m. Art. 251 StGB Ziff. 1, Variante Urkundenfälschung.

[Rz 18] Für die Beweiskraft einer schriftlichen Zeugenaussage wichtig ist, ob derjenige, der wissentlich eine falsche Aussage in Hinblick auf einen Zivilprozess schriftlich festhält, sich der Falschbeurkundung strafbar macht, oder ob er nur eine (nicht strafbare) einfache schriftliche Lüge begeht. Die Anforderungen an eine Urkunde, die Objekt einer Falschbeurkundung sein kann, sind bekanntlich höher als die Anforderungen an eine «gewöhnliche» Urkunde. Das Bundesgericht verlangt, dass «allgemeingültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gewährleisten», wie sie u.a. in der Prüfungspflicht einer Urkundsperson und in gesetzlichen Vorschriften gefunden werden können, die gerade den Inhalt bestimmter Schriftstücke näher festlegen.⁴⁹ Blosser Erfahrungsregeln hinsichtlich der Glaubwürdigkeit irgendwelcher schriftlicher Äusserungen genügen selbst dann nicht, wenn sich der Geschäftsverkehr in gewissem Umfang auf die entsprechenden Angaben verlässt.⁵⁰ Die «allgemeingültigen objektiven Garantien für die Wahrheit der Erklärung» können sich jedoch aus einem besonderen Vertrauensverhältnis, einer garantenähnlichen Stellung des Ausstellers gegenüber dem Adressaten der Erklärung ergeben.⁵¹

[Rz 19] Nach derzeitiger Verkehrsauffassung steht ein

potentieller Zeuge, der zu Händen des Gerichts eine schriftliche Aussage macht, nicht in einem besonderen Vertrauensverhältnis zum Gericht, das eine garantenähnliche Stellung begründen würde.⁵² Jedoch ist die Zirkularität der bundesgerichtlichen Argumentation nicht zu übersehen:⁵³ wenn Gerichte schriftlichen Zeugenaussagen erst einmal vertrauen und diese zu regelmässig verwendeten Instrumenten der Prozessführung werden, kann auch ein besonderes Vertrauensverhältnis begründet werden. Dies insbesondere dann, wenn der Aussteller durch die formelle Gestaltung seiner Aussage erhöhte Aufmerksamkeit erheischt und eine besondere Glaubwürdigkeit suggeriert, indem er das entsprechende Dokument mit «Schriftliche Zeugenaussage» überschreibt, ausdrücklich die Wahrheit seiner Aussage bekräftigt und den Hinweis anbringt, dass er mit einer Verwendung vor Gericht einverstanden ist. Hinzuweisen ist auch auf die Tendenz des Bundesgerichts, Falschbeurkundung eher zu bejahen, wenn der Täter eine Schrift ausstellt, mit der er Sachverhalte bestätigt, die Dritte betreffen, als wenn er eine nur ihn selbst betreffende Erklärung abgibt.⁵⁴ Schriftliche Zeugenaussagen werden regelmässig Tatsachen bestätigen, die einen Dritten betreffen.

[Rz 20] Wir halten es daher nicht für ausgeschlossen, dass die bewusste Ausstellung einer schriftlichen Zeugniskunde über Sachverhalte, die Dritte betreffen, als Falschbeurkundung angesehen werden wird, wenn sich die Verwendung schriftlicher Zeugenaussagen im Zivilprozess erst einmal etabliert hat.

3. Rechtliche Qualifikation von «eidesstattlichen Erklärungen» oder «Affidavits» ausländischen Rechts

[Rz 21] Unter «eidesstattlichen Erklärungen» oder «Affidavits» ausländischen Rechts sind schriftlich niedergelegte Erklärungen von Tatsachen zu verstehen, die von einem zuständigen Beamten im Ausland in einem bestimmten Verfahren unter besonderer, strafrechtlich sanktionierter Bekräftigung der Wahrheit zuhanden eines Gerichts oder einer Behörde abgenommen werden.⁵⁵ Insbesondere in

⁴⁷ Siehe die in Fn 63. zitierten Autoren; umstritten ist die Frage der Beweiskraft für die Richtigkeit des Inhalts, siehe hinten, Rz. 26.

⁴⁸ Die gleiche Meinung hat das Bundesgericht in BGE 102 IV 29, 34 E. 2b. vertreten, in welchem es festgestellt hat, dass die bernische Zivilprozessordnung jede Aufzeichnung über Tatsachen grundsätzlich als Urkunde, d.h. als taugliches Beweismittel, anerkenne und lediglich ihre Beweiskraft von der richterlichen Würdigung abhängig mache. Dasselbe gelte auch für das bernische Strafverfahren. Entsprechend sei davon auszugehen, dass im Kanton Bern privatschriftliche Aufzeichnungen Dritter über eigene Wahrnehmungen als Beweismittel gelten würden, weshalb das Gericht der streitgegenständlichen schriftlichen Erklärung kraft kantonalen Verfahrensrechts Beweiseignung im strafrechtlichen Sinn zusprach; anders BGE 103 IV 27, 1 E. 10a. 32 f.

⁴⁹ BGE 120 IV 25, 27 E. 3c. mit Hinweisen. Kritisch zum Erfordernis der garantenähnlichen Stellung insbesondere Hans Vest, Probleme des Urkundenstrafrechts, AJP 2003, 883–881, 885, wo darauf hingewiesen wird, dass die garantenähnliche Stellung sowohl dem Grundsatz nach wie in der Reichweite stark umstritten ist und sich als reine Einzelfallbetrachtung erweist, die sich einer sinnvollen Generalisierung entzieht, weshalb dieses Kriterium aufgegeben werden sollte.

⁵⁰ BGE 119 IV 54, 57, E. 2c bb; 120 IV 25, 27 f., E. 3c.

⁵¹ 120 IV 25, 27 f., E. 3c.

⁵² Vgl. auch BGE 103 IV 27, 32 f., E. 10a, der zum Schluss kommt, dass durch inhaltlich falsche einfache schriftliche Erklärungen zu Händen eines Gerichts keine Falschbeurkundung begangen werden kann; ebenso die aktuelle herrschende Lehre, welche inhaltlich falsche schriftliche Zeugenaussagen als grundsätzlich straflose, einfache schriftliche Lügen qualifiziert vgl. Weibel/Nägeli in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), (wie in Fn. 13), Art. 190 N 8.

⁵³ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Abgrenzung von (strafloser) schriftlicher Lüge und strafbarer Falschbeurkundung bleibt letztlich kasuistisch, BGE 123 IV 61, 65, E. 5b.

⁵⁴ Stefan Trechsel/ Lorenz Erni, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxis-Kommentar, Zürich/St.Gallen 2008, Vor Art. 251 N 10 m.H.a. BGE 123 IV 61, 68, 125 IV 273, 279 f.

⁵⁵ Dorethee Schramm, Entwicklungen bei der Strafbarkeit von privaten

immateriälgüterrechtlichen Prozessen vor Schweizer Gerichten werden von U.S.-amerikanischen Parteien schriftliche Zeugenaussagen häufig in Form von Affidavits geltend gemacht.⁵⁶

[Rz 22] Unseres Erachtens kann eidesstattlichen Erklärungen und Affidavits ausländischen Rechts die abstrakte Eigenschaft, die Überzeugungsbildung des Gerichts mitzubestimmen, nicht abgesprochen werden, weshalb sie wie private Zeugniskunden als Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO oder, falls die Voraussetzungen für eine Anerkennung in der Schweiz erfüllt sind, als öffentliche Urkunden gemäss Art. 179 ZPO zu würdigen sind.

[Rz 23] Unter den Begriff der öffentlichen Urkunde im Sinne von Art. 179 ZPO fallen zwar grundsätzlich nur öffentliche Urkunden des Bundesprivatrechts und (im Unterschied zu Art. 9 ZGB) des kantonalen Rechts.⁵⁷ Im Ausland errichtete öffentliche Urkunden können in der Schweiz aber, vorbehaltlich einschlägigen Staatsvertragsrechts, gemäss Art. 31 IPRG anerkannt werden, falls die Voraussetzungen von Art. 25 bis 29 IPRG erfüllt sind. Diese Voraussetzungen sind insbesondere dann erfüllt, wenn die Urkundsperson, welche die Urkunde ausstellte, zuständig gewesen ist, die Beurkundung rechtsgültig abgeschlossen wurde und die Anerkennung nicht dem schweizerischen *ordre public* widerspricht.⁵⁸ Gleichzeitig müssen die Fundamentalgrundsätze des schweizerischen Beurkundungsrechts, wie sie sich namentlich aus der Wahrheitspflicht⁵⁹ ergeben, eingehalten sein.⁶⁰ So musste die ausländische Urkundsperson verpflichtet sein, bei der Bezeugung ihrer Feststellungen in der Urkunde nach bestem Wissen und Gewissen inhaltliche Richtigkeit

anzustreben, der Inhalt musste den Urkundsparteien in Gegenwart der Urkundsperson bekannt gegeben worden sein und die Urkundsparteien mussten den Inhalt der Urkunde gegenüber der Urkundsperson ausdrücklich genehmigen.⁶¹

[Rz 24] Was im Falle einer Anerkennung der ausländischen öffentlichen Urkunde Gegenstand der verstärkten Beweiskraft gemäss Art. 179 ZPO ist und welche Inhalte der Urkunde vom Richter frei gewürdigt werden können, muss im Einzelfall unter Einbezug der Prüfungs- und Belehrungspflicht der Urkundsperson bestimmt werden. Dabei dürfte die Urkundsperson gemäss ausländischem Recht kaum je verpflichtet sein, die inhaltliche Wahrheit der im Affidavit festgehaltenen, schriftlichen Aussage zu überprüfen. Entsprechend dürfte sich die verstärkte Beweiskraft insbesondere beziehen auf die in der Urkunde angegebene Identität des Zeugen, den in der Urkunde festgehaltenen Zeitpunkt der Erklärung, die Tatsache, dass die in der Urkunde enthaltene Aussage vom Zeugen gemacht wurde und darauf, dass die in der Urkunde festgehaltenen Sachumstände, die sich auf den beurkundungsrechtlichen Verfahrensablauf beziehen, der Wirklichkeit entsprechen.⁶²

4. Beweiskraft von schriftlichen Zeugenaussagen

[Rz 25] Schriftliche Zeugenaussagen haben sicherlich nicht die gleiche Beweiskraft wie das unter der Strafdrohung von Art. 307 StGB vor dem Gericht abgelegte Zeugnis. Nicht nur die fehlende Strafdrohung unterscheidet die schriftliche Zeugenaussage vom Zeugnis, sondern v.a. auch der fehlende persönliche Eindruck des Zeugen auf das Gericht und die fehlende Möglichkeit der anderen Partei, dem Zeugen Ergänzungsfragen zu stellen (vgl. Art. 173 ZPO) und dadurch seine Darstellung zu erschüttern – oder eben nicht.

[Rz 26] Echtheit und Unverfälschtheit der Urkunde vorausgesetzt, wird die private Zeugniskunde in der Regel den vollen Beweis dafür erbringen, dass die in ihr enthaltene Erklärung vom Aussteller abgegeben worden ist (sog. «formelle Beweiskraft»)⁶³. Die materielle Beweiskraft einer privaten Zeugniskunde, d.h. die Frage, ob die Erklärung der Wahrheit entspricht und welche Auswirkung dies auf die glaubhaft zu machende Behauptung hat,⁶⁴ ist nach den gesamten Umständen des Einzelfalls im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu bestimmen;⁶⁵ die Zeugniskunde ist

Zeugenbefragungen in der Schweiz durch Anwälte für ausländische Verfahren, AJP 2006, 491–500, 499; Friedrich Zündel, Das Affidavit nach angelsächsischem Recht, SJZ 1944, 113–116, 114. Nach ausländischem Prozessrecht kommt solchen Affidavits regelmässig kein voller Beweiswert zu, sondern es handelt sich nur (aber immerhin) um vorläufige Beweismittel zur Glaubhaftmachung, welche die Gegenpartei durch Gegenaffidavits entkräften kann, Christian Brückner, Die Beurkundung von Affidavits in der Schweiz, in: Peter Ruf/Roland Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, 70 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁶ Thomas Ritscher, Affidavits und andere Erklärungen (zu Artikel 117 (1) g und Regel 72 (3) EPÜ), sic! 2001, 693–694, 693.

⁵⁷ Vgl. Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7323.

⁵⁸ Vgl. Werner Ritter/ Leo Gehrer, Beurkundungsrecht für Praktiker dargestellt am Beispiel des Kantons St. Gallen – ohne Grundbuchsachen, Basel 2007, 145 f. welche auch noch darauf hinweisen, dass ausländische öffentliche Urkunden durch die zuständigen schweizerischen Behörden in formeller Hinsicht nur anerkannt werden können, wenn sie entweder gemäss Art. 3 ff. des Haager Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung oder mit Superlegalisation der ausländischen Regierung sowie der zuständigen diplomatischen oder konsularischen Vertretung der Schweiz versehen sind.

⁵⁹ Dazu eingehend Christian Eichenberger, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, Diss. Bern 2009 = Schriften des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis (INR) 10, passim.

⁶⁰ Michel Mooser, Le droit notarial en Suisse, Bern 2005, Rz. 500.

⁶¹ Ritter/ Gehrer (wie in Fn 58), 146.

⁶² Vgl. Eichenberger (wie in Fn. 59), 301, dessen Aussagen zu Art. 9 ZGB sich mutatis mutandis auf Art. 179 ZPO übertragen lassen.

⁶³ In Deutschland ist dies, anders als in der Schweiz, in § 416 DE-ZPO gesetzlich geregelt; dazu Leipold (wie Fn. 39), § 416 N 11.

⁶⁴ Leipold (wie Fn. 39), § 416 N 13.

⁶⁵ Leipold (wie Fn. 39), vor § 415 N 19.

für die Wahrheit ihres Inhalts ein Indiz⁶⁶ – nicht mehr, aber auch nicht weniger.⁶⁷ Die materielle Beweiskraft hängt dabei wesentlich von der Glaubwürdigkeit des Ausstellers ab;⁶⁸ diese wiederum von seiner Stellung zu den Parteien und seinem Interesse am Ausgang des Streites, resp. am Interesse, die Zeugenaussage im Sinne einer Partei abzugeben.⁶⁹ Ist der Aussteller unabhängig und hat er keinerlei Interesse am Ausgang des Streites, so kann eine schriftliche Aussage von ihm zu Händen des Gerichts durchaus geeignet sein, eine Behauptung zumindest glaubhaft zu machen.⁷⁰ Dies gilt insbesondere im Massnahmeverfahren, wo Lebenserfahrung, Erfahrungssätze und Plausibilität neben den gesetzlichen Beweismitteln eine grössere Rolle spielen.⁷¹

[Rz 27] Im anschliessenden Hauptverfahren kann der Aussteller der Zeugniskunde als Zeuge einvernommen werden, und sollte das Gericht nach der Einvernahme von der Wahrheit der von ihm gemachten Aussagen nicht überzeugt sein, so kann es den Massnahmeentscheid aufheben. Die Gesuchstellerin haftet diesfalls für den Schaden, den der Gesuchsgegnerin aus der ungerechtfertigten Massnahme entstanden ist, es sei denn, die Gesuchstellerin kann nachweisen, dass sie ihr Gesuch in guten Treuen gestellt hat (Art. 264 Abs. 2 ZPO). Dieses Haftungsrisiko sollte auch eventuelle Bedenken zerstreuen, dass Parteien irreführende Zeugniskunden ins Recht legen.

[Rz 28] Nicht anschliessen können wir uns der Auffassung, dass eine vorgängig abgegebene schriftliche Bestätigung die Beweiskraft der späteren Zeugenaussage generell beeinträchtigt.⁷² Dies wird damit begründet, dass dem potenziellen

Zeugen die innere Freiheit genommen werde, anlässlich einer künftigen gerichtlichen Zeugenbefragung so auszusagen, wie er das ohne die unterzeichnete schriftliche Erklärung getan hätte.⁷³ Dies steht allerdings in einem Wertungswiderspruch zum Strafprozessrecht: dort kann das Gericht Zeugen an der Hauptverhandlung erneut einvernehmen, wenn die persönliche Kenntnis notwendig erscheint (Art. 343 Abs. 3 StPO), obwohl der Zeuge in der Regel bereits durch die Polizei und die Staatsanwaltschaft befragt wurde, seine Aussagen protokolliert wurden und er das Protokoll visiert hat (vgl. Art. 78 Abs. 5 StPO). Wenn dem Zeugen durch eine vorgängige schriftliche Aussage im Zivilverfahren die innere Freiheit genommen wird, vor Gericht anders auszusagen, muss die Frage erlaubt sein, wieso einem Zeugen im Strafverfahren, der seine protokollierte Aussage unterzeichnet hat, diese Freiheit nicht ebenfalls fehlen soll.⁷⁴ Unseres Erachtens ist das Zeugnis eines Zeugen, der bereits eine schriftliche Aussage zu Händen des Gerichts abgegeben hat, wie dasjenige jedes anderen Zeugen frei zu würdigen. Wiederholt er nur mechanisch, was bereits aus seiner Erklärung hervorgeht, wird man ihm keinen Glauben schenken; vermag er andererseits überzeugend darzutun, wie, wo und wann er seine Wahrnehmungen gemacht hat, so spricht die vorgängige schriftliche Aussage nicht gegen ihn.

5. Zusammenfassung

[Rz 29] Unterzeichnete schriftliche Aussagen eines Zeugen, die Aufschluss über tatsächliche Verhältnisse geben und im Hinblick auf einen Zivilprozess abgegeben werden, sind (abstrakt) zum Beweis für die Wahrheit des in ihnen verkörperten Erklärungsinhalts geeignet. Sie sind deshalb Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO. Echtheit und Unverfälschtheit vorausgesetzt, erbringen sie den vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltene Erklärung vom Aussteller abgegeben worden ist. Ob sie auch die Wahrheit der in ihnen enthaltenen Erklärung zu beweisen oder zumindest glaubhaft zu machen vermögen, ist im Rahmen der freien Beweiswürdigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Für die Beweiskraft einer schriftlichen

⁶⁶ Schreiber (wie Fn. 39), § 416 N 8.

⁶⁷ Schmid (wie Fn. 2), Art. 190 N 1 gesteht einer schriftlichen Zeugenaussage einen geringen Beweiswert zu und keinen, wenn die Einvernahme der Drittperson als Zeuge beantragt werden könnte; vgl. auch BGHZ 104, 172 = NJW 1988, 2741: zusammen mit anderen Beweismitteln können private Zeugniskunden den vollen Beweis für die materielle Wahrheit der in ihnen verkörperten Erklärung erbringen.

⁶⁸ Bernhard Wieczorek, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2. Aufl., Berlin 1976, § 415 A III d; Leopold (wie Fn. 39), vor § 415 N 19.

⁶⁹ Der Zeuge, dessen schriftliche Aussage durch das OGer ZH, ZR 106 (2007) Nr. 14, E. 5f, für unglaubhaft erachtet wurde, hatte die schriftliche Aussage gemäss Sachverhalt «Zug um Zug» gegen die Unterzeichnung einer fragwürdigen Schuldanererkennung ausgestellt, was seiner Glaubwürdigkeit schadete.

⁷⁰ Lucas David, Bemerkungen zu BGE 132 III 83 – Dichtmasse, AJP 2006, 759; siehe auch Franz Müller/Simon Zaugg, (wie Fn. 43), 651, zur Qualifikation eines Privatgutachtens als Urkunde; a.M. «im Allgemeinen» Guldener (wie Fn. 2), 332; Vogel/Spühler (wie Fn. 2), 3. Kap. Rz. 109.

⁷¹ Christoph Leuenberger, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozess im Jahre 2006, 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 2008, 185-210, 197, unter Hinweis auf Guldener (wie Fn. 2), 323, Fn. 28; Alfred Bühler/Andreas Edelman/Albert Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau 1998, § 302 N 13; siehe auch David (wie Fn. 70), 759; Dolge in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.) (wie Fn. 13), Art. 177 N 12.

⁷² OGer ZH, ZR 106 (2007) Nr. 14, E. 5f; Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, ZPO SG, Bern 1999, Art. 111 N 1; Weibel/Nägeli in:

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), (wie in Fn. 13), Art. 190 N 7.

⁷³ OGer ZH, ZR 106 (2007) Nr. 14, E. 5f.

⁷⁴ Dem könnte entgegen gehalten werden, dass im Strafprozess die erste Einvernahme von einer neutralen, der Wahrheit verpflichteten Stelle vorgenommen wird, weshalb eine Zeugenbeeinflussung ausgeschlossen sein müsste. Das vermag allenfalls zu begründen, weshalb auf eine zweite Einvernahme des Zeugen verzichtet werden kann; aber nicht, weshalb dem Zeugen bei der Einvernahme durch das Gericht die innere Freiheit nicht fehlen soll, anders als vor der Strafverfolgungsbehörde auszusagen. Die Annahme, dass die Strafverfolgungsbehörde neutral ist, lässt sich im Übrigen empirisch nicht erhärten, siehe Andreas Glöckner/Christoph Engel, Role Induced Bias in Court: An Experimental Analysis, Pre-Prints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn 2010/37 (erhältlich unter www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_37online.pdf).

Zeugnisaussage massgebend ist insbesondere die Glaubwürdigkeit ihres Ausstellers, namentlich dessen Unabhängigkeit und Interessenlosigkeit. Praktische Bedeutung haben schriftlichen Zeugenaussagen im Massnahmeverfahren, wo die Beweismittel (grundsätzlich) auf Urkunden beschränkt sind und ein geringeres Beweismass der Glaubhaftmachung genügt, weshalb sie trotz ihrer gegenüber dem Zeugnis grundsätzlich geringeren Beweiskraft ausschlaggebend sein können.

Dr. iur. Mark Schweizer, LL.M., Rechtsanwalt in Zürich. Dr. iur. Christian Eichenberger, LL.M., Rechtsanwalt in Zürich und Zug.

Die Autoren danken ihren Kollegen bei meyerlustenberger Rechtsanwälte, Zürich, für die interessanten Diskussionen und wertvollen Anregungen.

* * *