

Prof. Dr. Dr. h.c. Christoph Leuenberger, LL.M.  
Kantonsrichter, Präsident des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen,  
Titularprofessor an der Universität St. Gallen

# Behaupten, Bestreiten und Beweis

SVRH Schweizer Verband der Richter in Handelssachen

Tagung vom 8. November 2007 in Aarau

## Inhaltsübersicht

I.	Tatsachenbehauptungen .....	1
1.	Behauptungslast des Klägers .....	1
2.	Bestreitungs- und eigene Behauptungen des Beklagten .....	3
3.	Fragepflicht oder Fragerecht des Gerichts .....	4
II.	Beweis .....	5
1.	Antrag auf Beweisabnahme, ausnahmsweise Beweiserhebung von Amtes wegen ..	5
2.	Anordnung und Zeitpunkt der Beweisabnahme .....	5
3.	Beweismittel .....	7
a)	Urkunde .....	7
b)	Augenschein .....	7
c)	Gutachten .....	8
d)	Zeugen .....	10
e)	Parteibefragung und Beweisaussage .....	10
4.	Mitwirkungspflichten bei der Beweisführung, Schutz von Geheimhaltungsinteressen und Verweigerungsrechte .....	11
a)	Mitwirkungspflichten von Parteien und Dritten .....	11
b)	Schutzmassnahmen bei Geheimnissen .....	12
c)	Verweigerungsrechte .....	12
5.	Beweismass .....	12
6.	Beweiswürdigung .....	13
a)	Frei gebildete Überzeugung .....	13
b)	Unterschiedliche Aspekte für die Bewertung der verschiedenen Beweismittel ..	13
c)	Nicht behauptete Beweisergebnisse .....	15

## I. Tatsachenbehauptungen

### 1. Behauptungslast des Klägers

Im ordentlichen Prozess, der vor den Handelsgerichten anwendbar ist, hat der Kläger die Tatsachen, auf die er seinen Anspruch stützt, zu behaupten. Das Gericht stellt grundsätzlich nur auf Tatsachen ab, die im Prozess behauptet worden sind. Man bezeichnet diese Regel

als Verhandlungsgrundsatz<sup>1</sup>. Im Gegensatz dazu hat das Gericht in verschiedenen Sozialprozessen den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, was heisst, dass das Gericht darauf hinzuwirken hat, dass die Parteien den Sachverhalt vervollständigen, wenn dies als notwendig erscheint. In den Prozessen vor Handelsgericht bedarf es in der Regel solcher Hilfestellungen durch das Gericht nicht, weil davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien, die den Sachverhalt ohnehin am besten kennen, auch in der Lage sind, die notwendigen Tatsachenbehauptungen aufzustellen.

Dass die Parteien die Tatsachen mit allgemeinen Umschreibungen behaupten oder gar nur auf die Beilagen verweisen, reicht nicht. Die Tatsachen müssen vielmehr, wie man im Prozessrecht sagt, *substantiiert* behauptet werden<sup>2</sup>. Dies heisst, dass die Tatsachen in Einzeltatsachen aufgegliedert behauptet werden müssen<sup>3</sup>. Dies ist darum notwendig, weil nur so darüber Beweis abgenommen werden kann. Mit den Anforderungen an die Substantiierung darf aber auch nicht übertrieben werden. Man darf nämlich vom Kläger nicht verlangen, dass er jedes Detail behauptet. Es muss reichen, dass er den Kern eines Sachverhalts behauptet. Zudem gibt es Tatsachen, die vorausgesetzt werden und darum (ohne ausdrückliche Behauptung) als implizit behauptet gelten. Auch offenkundige, d.h. allgemein bekannte Tatsachen brauchen nicht behauptet zu werden.

Die Substantiierung kann an folgendem Beispiel verdeutlicht werden: Man darf in einem Bauprozess nicht einfach behaupten, der Unternehmer habe eine mangelhafte Arbeit abgeliefert und es seien für die Ersatzvornahme durch einen anderen Unternehmer Kosten von Fr. 200'000.-- entstanden. Es ist vielmehr im Detail und eben substantiiert zu behaupten,

- dass die Parteien einen Vertrag abgeschlossen haben,
- dass sich der Beklagte darin zu den Leistungen a, b, c, d, verpflichtet habe,
- dass die Leistungen a, b, c, d, mangelhaft erbracht worden seien,
- dass man die Mängel fristgerecht gerügt habe,
- dass die Voraussetzungen der Ersatzvornahme durch einen Dritten gegeben seien,
- dass dieser Dritte die Mängel zu Konkurrenzpreisen für Fr. E, F, G, und H, insgesamt für Fr. 200'000.-- erbracht habe.

---

<sup>1</sup> SABINE ASPRION, Die Tücken der Verhandlungsmaxime, plädoyer 2007, S. 30 ff.

<sup>2</sup> BGE 105 II 143 ff., 115 II 1 ff.

<sup>3</sup> C. JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Bern 1989, S. 23 ff. und 165 ff.

Über diese Einzelfactsachen kann Beweis abgenommen werden, während über die pauschale und allgemeine Behauptung, der Unternehmer habe schlecht gearbeitet, nicht Beweis geführt werden kann.

Ob der Kläger genügend behauptet und substantiiert hat, ist von entscheidender Bedeutung. Man spricht hier von der Behauptungs- und Substantiierungslast. Eine Last wird im Prozess bekanntlich nicht erzwungen. Wenn eine Partei ihr aber nicht nachkommt, erleidet sie Nachteile: Wenn die Behauptungen des Klägers nicht genügend und nicht genügend detailliert sind, riskiert er, dass die Klage im betreffenden Punkt mangels Behauptung oder Substantiierung abgewiesen wird und eine zweite Klage über die selbe Forderung zufolge Rechtskraft nicht mehr möglich ist.

## **2. Bestreitungslast und eigene Behauptungen des Beklagten**

Die beklagte Partei hat die Behauptungen des Klägers zu bestreiten. Dies ist ebenfalls von erheblicher Bedeutung. Man spricht hier von Bestreitungslast. Wenn die beklagte Partei eine Behauptung nicht bestreitet, gilt diese als unbestritten, was zur Folge hat, dass die betreffende Tatsache dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden kann, denn über nicht bestrittene Tatsachen braucht nicht Beweis geführt zu werden.

Es stellt sich immer wieder die Frage, ob es genügt, wenn eine Partei generell alle Behauptungen des Klägers bestreitet, soweit sie nicht zugestanden sind, oder ob die beklagte Partei detaillierter, d.h. substantiiert bestreiten muss. Die Prozessordnungen und die Rechtsprechung in den verschiedenen Kantonen sind hier unterschiedlich<sup>4</sup>. Das Bundesgericht hat aber gesagt, es sei von Bundesrechts wegen zulässig, dass die Gerichte von der beklagten Partei verlangen, dass sie, wenn die klagende Partei detaillierte Behauptungen aufgestellt hat, im Detail angibt, was sie bestreitet und was sie allenfalls anerkennt<sup>5</sup>. Die Schweizerische Zivilprozessordnung liegt ebenfalls auf dieser Linie (Art. 219 E-ZPO). Man wird daher auch in den Kantonen Aargau und St. Gallen, wo eine so genannte Generalbestreitung als genügend gilt<sup>6</sup>, in Zukunft die Behauptungen des Klägers im Detail bestreiten müssen. Die so genannte Generalbestreitung ist somit ein Auslaufmodell.

---

<sup>4</sup> MARCO BUNDI/DANAE SONDEREGGER, Die Bestreitungslast im Zivilprozess, SJZ 2006, S. 406 ff., 407.

<sup>5</sup> BGE 117 II 113.

<sup>6</sup> ALFRED BÜHLER/ANDREAS EDELMANN/ALBERT KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N 10 zu § 75; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 2a bb zu Art. 56.

Auch wenn eine substantiierte Bestreitung von der beklagten Partei erwartet werden darf, wäre es unzulässig, wenn das Gericht von ihr verlangen würde, auch noch zu sagen, *warum* eine Behauptung des Klägers bestritten wird. Es ist nach der Beweislastverteilung in der Regel Sache des Klägers zu beweisen, dass seine Behauptungen wahr sind, und man darf nicht vom Beklagten verlangen, dass er aufzeigt, *warum* die klägerischen Behauptungen nicht zutreffen<sup>7</sup>.

Neben den Bestreitungen hat der Beklagte selbstverständlich die Möglichkeit, eigene Behauptungen aufzustellen, um damit die klägerischen Behauptungen zu erschüttern. Auch diese Behauptungen sind substantiiert vorzutragen, damit das Gericht darüber Beweis abnehmen kann. Dieser Beweis hat den Zweck, den Hauptbeweis des Klägers nicht gelingen zu lassen. Man spricht hier vom Gegenbeweis.

### 3. Fragepflicht oder Fragerecht des Gerichts

Als Korrektiv zum Verhandlungsgrundsatz haben die Gerichte das Recht oder die Pflicht, bei ungenügenden Behauptungen den Parteien durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Verbesserung zu geben. Im Kanton Zürich und wohl auch im Kanton Bern ist es eine *Fragepflicht*; in den Kantonen Aargau und St. Gallen wird (etwas weniger weitgehend) von *Fragerecht* gesprochen. Die Fragepflicht oder das Fragerecht besteht zunächst, wenn das Vorbringen unklar oder unbestimmt ist. Insoweit stimmen die Prozessordnungen der vier Handelsgerichtskantone überein. Im Übrigen ist aber Art. 57 der st. gallischen ZPO am restriktivsten formuliert, da er bei Unvollständigkeit eines Vorbringens keine gerichtlichen Fragen vorsieht. Weiter gehen hier § 75 Abs. 3 der aargauischen und § 55 der zürcherischen ZPO, die Fragen auch bei unvollständigen Ausführungen vorsehen. Am weitesten geht wohl Art. 89 der bernischen ZPO, der das Gericht generell anweist, auf eine möglichst vollständige Sachdarstellung hinzuwirken (sog. Richterpflicht)<sup>8</sup>.

Wie weit man mit gerichtlichen Fragen gehen darf, wenn Vorbringen unvollständig sind, ist nicht immer leicht zu entscheiden. Man muss sich hier aber immer bewusst sein, dass nach dem Verhandlungsgrundsatz im Wesentlichen die Parteien die Tatsachen zu behaupten haben. Darum kann es kaum angehen, den Sachverhalt durch richterliche Fragen zu ergänzen wenn, substantiierte Behauptungen in einem grösseren Umfang fehlen. Wenn eine

---

<sup>7</sup> BGE 117 II 113 f.

<sup>8</sup> GEORG LEUCH/OMAR MARBACH/Franz KELLERHALS/MARTIN STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000, N 2b zu Art. 89.

Tatsache zwar (zumindest rudimentär) behauptet worden ist, aber nicht in der notwendigen Vollständigkeit, ist eine gerichtliche Frage sicher angezeigt. Gerichtliche Fragen dürfen im Allgemeinen in einem etwas grösseren Umfang gestellt werden, wenn eine Partei nicht rechtskundig vertreten ist. Auch dürfen Fachrichter bei eigentlichen Fachfragen etwas weitergehend Fragen stellen, da auch ein Gutachter gewisse zusätzliche Auskünfte einholen dürfte. Die Schweizerische ZPO wird bei den gerichtlichen Fragen eine etwas mittlere Linie verfolgen: Gerichtliche Fragen werden zu stellen sein bei *offensichtlich* unvollständigen Vorbringen, d.h. bei klaren Mängeln der Parteivorbringen (Art. 54 E-ZPO)<sup>9</sup>. Die St. Galler Richter werden unter dem neuen Recht etwas mehr fragen müssen und die Berner Richter wahrscheinlich etwas weniger.

## **II. Beweis**

### **1. Antrag auf Beweisabnahme, ausnahmsweise Beweiserhebung von Amtes wegen**

Grundsätzlich haben die Parteien für die bestrittenen Behauptungen Beweismittel zu nennen, und zwar muss angegeben werden, mit welchem Beweismittel welche Behauptung bewiesen werden soll. Nicht genügend wäre es, wenn nach Behauptungen von einigen Seiten am Schluss eine Anzahl Zeugen genannt wird. Ausnahmsweise kann das Gericht aber, bei genügenden Behauptungen, auch ohne Parteiantrag Beweis erheben (§ 202 Abs. 2 und 3 ZPO AG, Art. 197 Abs. 1 und 214 ZPO BE, § 142 Abs. 2 ZPO ZH, Art. 93 Abs. 2 und 3 ZPO SG).

### **2. Anordnung und Zeitpunkt der Beweisabnahme**

Wenn das Gericht Beweisabnahmen für notwendig hält, beschliesst es, grundsätzlich an der Hauptverhandlung diese Beweise abzunehmen. Der Kanton Zürich kennt das etwas komplizierte Verfahren mit dem Beweisaufgabebeschluss und dem nachfolgenden Beweisabnahmebeschluss (§ 136 ff. ZPO ZH). In den anderen Kantonen (sowie nach der künftigen Schweizerischen ZPO) werden die Beweisabnahmen unmittelbar, d.h. ohne vorangehende Beweisaufgabe, mit einem Beweisbeschluss oder einer Beweisverfügung angeordnet (§ 205 ZPO AG, Art. 197 ZPO BE, Art. 99 ZPO SG).

---

<sup>9</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7275.

Vom Grundsatz, dass das Gericht die Beweisabnahme an der Hauptverhandlung beschliesst, wird aber meistens erheblich abgewichen, indem bereits vor der Hauptverhandlung im grossen Umfang Beweis angeordnet und abgenommen wird.

- Im Kanton Aargau erhebt der handelsgerichtliche Instruktionsrichter an der Vermittlungsverhandlung Beweis (§ 410 ZPO AG), der allenfalls an der Hauptverhandlung vor dem Handelsgericht wiederholt oder ergänzt werden kann<sup>10</sup>.
- Im Kanton Bern kann der Instruktionsrichter im Vorbereitungsverfahren Urkunden edieren lassen, schriftliche Berichte einholen, Rogatorialeinvernahmen veranstalten, einen Augenschein vornehmen und Sachverständige abhören oder Gutachten einholen (Art. 179 ZPO BE). Unzulässig sind hier einzig Zeugeneinvernahmen und Parteiverhöre<sup>11</sup>.
- Auch im Kanton St. Gallen kann das Verfahren abgekürzt werden, indem an einer Vorbereitungsverhandlung nach dem ersten oder zweiten Schriftenwechsel Beweise abgenommen werden. Dazu braucht es allerdings das Einverständnis der Parteien<sup>12</sup>.
- Im Kanton Zürich dient die Referentenaudienz nach § 118 ZPO ZH nicht der Beweisabnahme. Nur ein Augenschein kann durchgeführt werden. Nach § 134 Abs. 1 ZPO ZH wird das Beweisverfahren grundsätzlich nach dem Hauptverfahren durchgeführt. Das Gericht kann aber schon während des Hauptverfahrens Beweis erheben, wenn sich damit das Verfahren vereinfachen lässt. So können Zeugen oder Experten schon zur Hauptverhandlung vorgeladen werden<sup>13</sup>. Die Beweisabnahme kann im Übrigen nur im Einverständnis der Parteien einem Referenten delegiert werden (§ 144 ZPO ZH).

Nach der zukünftigen Schweizerischen ZPO wird der Instruktionsrichter die Möglichkeit haben, ohne weiteres an einer Instruktionsverhandlung auch schon nach dem ersten Schriftenwechsel Beweise abzunehmen (Art. 152 Abs. 1 und 223 E-ZPO). Damit wird die besonders im Kanton Zürich, aber auch im Kanton St. Gallen betonte Trennung von Hauptverfahren und Beweisverfahren etwas aufgelöst, so wie es in den Kantonen Aargau und Bern bereits heute gehandhabt wird.

---

<sup>10</sup> BÜHLER/EDELMANN/ KILLER (FN 5), N 1 Vorbemerkungen zu §§ 407-412, N 3 zu § 409.

<sup>11</sup> LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (FN 6), N 1 zu Art. 179.

<sup>12</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 5), N 1 ff. zu Art. 99.

<sup>13</sup> RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 1 zu § 134.

### 3. Beweismittel

Die meisten Zivilprozessordnungen kennen einen festen Katalog von Beweismitteln. Dadurch wird die Beweisführung aber kaum beschränkt, denn alle Erkenntnisquellen haben in der Regel in den verschiedenen, nachfolgend beschriebenen Beweismitteln Platz.

#### a) *Urkunde*

Die Urkunden sind in den verschiedenen Prozessordnungen nicht gleich umschrieben. In der Regel wird aber von einem weiten Urkundenbegriff ausgegangen. Als Urkunden gelten nämlich nicht nur Schriftstücke, Pläne und Zeichnungen, sondern auch Fotos, bewegte Bilder, Tonaufnahmen und elektronische Dateien (§ 233 ZPO AG; Art. 103 und 105 ZPO SG)<sup>14</sup>. Auch die Schweizerische ZPO geht von diesem weiten Urkundenbegriff aus (Art. 174 E-ZPO).

Für die Einreichung der Urkunden gilt im Weiteren Folgendes:

- Urkunden können in Fotokopie eingereicht werden. Von diesem Recht wird auch häufig Gebrauch gemacht. Eine Partei kann die Einreichung des Originals oder einer amtlich beglaubigten Kopie verlangen, wenn begründete Zweifel an der Echtheit bestehen (§ 235 Abs. 1 ZPO AG, Art. 229 Abs. 1 ZPO BE, § 185 Abs. 1 ZPO ZH, Art. 103 Abs. 1 ZPO SG; so auch Art. 177 Abs. 1 E-ZPO).
- Bei fremdsprachigen Urkunden besteht die Regel, dass zu diesen eine Übersetzung eingereicht werden muss, wenn die Gegenpartei oder das Gericht dies verlangt (§ 235 Abs. 2 ZPO AG, Art. 122 ZPO BE, § 185 Abs. 2 ZPO ZH, Art. 103 Abs. 2 ZPO SG). Englischsprachige Urkunden sind heute allerdings gerade in Prozessen vor Handelsgericht verhältnismässig häufig und müssen nicht immer übersetzt werden.

#### b) *Augenschein*

An einem Augenschein kann das Gericht mit den eigenen Sinnesorganen feststellen, ob eine behauptete Tatsache wahr ist oder nicht. Der Augenschein bezieht sich nicht nur auf das, was man sieht, sondern auch auf das, was man riechen, hören oder ertasten kann. In diesem Sinn ist der Augenschein ein eigentliches Beweismittel (§ 244 ZPO AG, Art. 260 ZPO BE, § 169 ZPO ZH, Art. 106 ZPO SG).

---

<sup>14</sup> LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (FN 6), N 1b zu Art. 229; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 12), N 1 f. Vorbemerkungen zu § 183 ff.

Daneben kann der Augenschein aber als Informationsmittel auch bei einem unbestrittenen Sachverhalt eingesetzt werden, denn die Besichtigung einer örtlichen Situation oder eines Gegenstandes ergibt häufig ein besseres Bild als eine Dokumentation in den Rechtsschriften.

### c) *Gutachten*

Das Gericht hat ein Gutachten anzuordnen, wenn es nicht über die notwendige Sachkunde verfügt, um bestimmte Tatsachen festzustellen oder zu beurteilen (§ 253 Abs. 1 ZPO AG, Art. 264 ff. ZPO BE, § 171 ff. ZPO ZH, Art. 112 ff. ZPO SG). Dem Gutachter sind damit Tatfragen zu stellen, aber keine Rechtsfragen. Als Gutachter wird eine Person betraut, welche die notwendigen Fähigkeiten besitzt, um die zu stellenden Fragen zu beantworten. Es wird immer eine natürliche Person als Gutachter bestellt, auch wenn sie in einer Unternehmung eingebunden ist. Der Gutachter kann aber Hilfspersonen beiziehen.

#### aa) Unbefangenheit des Gutachters

Der Gutachter muss gegenüber den Parteien unbefangen sein. Es gelten für diese Unbefangenheit die gleichen Regeln wie für das Gericht selber: Der Gutachter darf mit einer Partei weder besonders befreundet noch verfeindet sein, und es ginge nicht an, wenn er z.B. mit einer Partei in einem laufenden vertraglichen Verhältnis stehen würde. Das Gericht hat auch darauf hinzuwirken, dass der Gutachter sich so verhält, dass nicht im Laufe des Prozesses eine Befangenheit entsteht. Der Gutachter soll insbesondere nicht mit einer Partei alleine einen Augenschein durchführen und er soll am besten auch nicht mit einer Partei telefonieren. Wenn er von einer Partei eine Auskunft einholen will, soll er dies schriftlich tun mit Kopie an die Gegenpartei<sup>15</sup>. Das Bundesgericht hat kürzlich einen Experten für befangen erklärt, als dieser mit dem Anwalt einer Partei nach dem Augenschein zu einem Umtrunk ging<sup>16</sup>. Der Gutachter hatte geltend gemacht, er habe mit diesem Anwalt studiert, diesen aber während 20 Jahren nicht mehr gesehen. Das Bundesgericht liess dies nicht gelten und führte aus, das halbstündige Gespräch des Experten mit dem Vertreter einer Partei ohne Anwesenheit der Gegenpartei im unmittelbaren Anschluss an den Augenschein und vor Erstellung des Gutachtens sei objektiv geeignet gewesen, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Experten zu wecken, selbst wenn der Gegenstand des Gesprächs keinen Bezug zum Gutachten gehabt haben sollte.

---

<sup>15</sup> ALFRED BÜHLER, Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, AJP 1999, 567 ff. 571.

<sup>16</sup> Urteil 4P.254/2006 vom 6. Dezember 2006, teilweise publiziert in SZPP 2007, 126 ff.



#### bb) Parteigutachten

Ab und zu reichen die Parteien so genannte Parteigutachten ein. Das sind Gutachten, die eine Partei selber in Auftrag gegeben und bezahlt hat. Parteigutachten sind grundsätzlich Parteibehauptungen. Nach der aargauischen und der st. gallischen ZPO (§ 262 ZPO AG, Art. 118 ZPO SG) sind Parteigutachten aber frei zu würdigen<sup>17</sup>. Es kann damit durchaus sein, dass das Gericht in einem Parteigutachten nützliche Anhaltspunkte für den Entscheid findet. Es kommt dabei natürlich immer auf die Qualität dieses Parteigutachtens an. Insbesondere muss die Fragestellung sichtbar sein, und es muss sich beim Privatgutachter um eine anerkannte Fachperson handeln. Aber es ist klar, dass man im ordentlichen Verfahren kaum auf ein Privatgutachten allein wird abstellen können, da das Privatgutachten eben nicht vom Gericht in Auftrag gegeben worden ist, und der Gutachter auch nicht unter der Wahrheitspflicht das Gutachten verfasst hat. Die bundesgerichtliche Praxis ist in Bezug auf die Privatgutachten eher strenger<sup>18</sup>, aber niemand ist offenbar so streng wie das Zürcher Handelsgericht, das Privatgutachten nach einem jüngsten Entscheid nicht einmal liest und unberührt zu den Akten legt<sup>19</sup>.

#### cc) Sachkunde eines Fachrichters an Stelle eines Gutachtens

In den Handelsgerichten stellt sich immer wieder die Frage, ob von einem Gutachten abgesehen werden darf, wenn auf die Sachkunde eines Fachrichters abgestellt werden kann. Dies ist zulässig, doch muss sichergestellt sein, dass der betreffende Richter genügend fachkundig ist. Sein Votum muss nach den kantonalen Prozessordnungen protokolliert werden, damit die Parteien dazu Stellung nehmen können (§ 253 Abs. 2 ZPO AG, § 145 Abs. 2 GVG ZH, Art. 117 Abs. 2 ZPO SG)<sup>20</sup>. Dies wird sich auch unter der Schweizerischen ZPO nicht ändern (Art. 180 Abs. 3 E-ZPO). Auf diese Weise referiert der Fachrichter gleichsam anstelle eines Gutachters. Dies kommt nach meiner Erfahrung aber verhältnismässig wenig vor.

Die St. Galler ZPO sagt in Art. 117 Abs. 2, das Fachrichter Votum müsse protokolliert werden, wenn es "entscheidtragende Äusserungen" enthalte. Damit wird gleichzeitig gesagt, dass eine Protokollierung nicht notwendig ist, wenn die Fachrichter ihr Fachwissen etwas unter der Stufe eines Gutachtens in den Prozess einbringen, was ohnehin häufiger geschieht. So kommt das Fachwissen auf informellere Weise in der Vergleichsverhandlung zum Tragen.

---

<sup>17</sup> ALFRED BÜHLER, Gerichts- und Privatgutachten im Immaterialgüterprozess, sic! 2007, S. 607 ff., 610 ff.

<sup>18</sup> BGE 132 III 83.

<sup>19</sup> ZR 2006 Nr. 77.

<sup>20</sup> ALFRED BÜHLER, Gerichts- und Privatgutachten im Immaterialgüterprozess (FN 16), 613.

Auch beim Verstehen und Bewerten von komplizierten, von den Parteien behaupteten Sachverhalten ist das Fachwissen von Bedeutung. Schliesslich braucht es häufig Fachwissen, um ein Gutachten richtig zu verstehen und zu würdigen. Manchmal ist bereits Fachwissen notwendig, um einem Gutachter die richtigen Fragen zu stellen.

#### *d) Zeugen*

Zeugen sind Personen, die zur Feststellung von Tatsachen über eigene Wahrnehmungen einvernommen werden. In der Regel sind Zeugen Drittpersonen und mit der Partei nicht identisch (§ 216 und 264 ZPO AG, Art. 243 ZPO BE, Art. 108 ff. ZPO SG). Im Kanton Zürich werden auch Organe von juristischen Personen als Zeugen einvernommen (§ 157 Abs. 2 ZPO ZH), während in den anderen Kantonen Organe als Parteien angehört werden. Dies wird im Übrigen auch unter der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung gelten (Art. 156 und 166 E-ZPO). Zeugen sind vor der Einvernahme auf die Wahrheitspflicht und auf die Strafandrohung bei falschem Zeugnis hinzuweisen.

Von Amtsstellen kann in der Regel eine schriftliche Auskunft, d.h. ein Amtsbericht eingeholt werden (§ 232 ZPO AG, Art. 168 ZPO ZH, Art. 111 Abs. 2 ZPO SG). Amtspersonen unterstehen bei Erstattung eines Amtsberichts der Amtspflicht. Darum ist hier eine Zeugenaussage in der Regel entbehrlich. Ausnahmsweise kann auch von Privatpersonen eine schriftliche Auskunft eingeholt werden, so z.B. von einem Arbeitgeber über den Lohn oder von einem Arzt über den Gesundheitszustand, wobei hier natürlich eine Entbindung vom Arztgeheimnis vorliegen muss. Solche vereinfachten Auskünfte stehen aber immer unter dem Vorbehalt, dass die betreffende Person auch als Zeuge befragt werden kann.

#### *e) Parteibefragung und Beweisaussage*

Die Prozessordnungen der Handelsgerichtskantone kennen alle die Möglichkeit, auch eine Partei selber im Sinne der Beweiserhebung zu befragen. Im Kanton St. Gallen ist die Parteiaussage ein Beweismittel, das ohne Einschränkung abgenommen werden kann und frei zu würdigen ist wie eine Zeugenaussage (Art. 120 ZPO SG). In den andern drei Handelsgerichtskantonen ist die Befragung der Parteien im Sinne eines Beweismittels in verschiedener Hinsicht beschränkt, offenbar weil man diesem Beweismittel weniger traut und die freie Beweiswürdigung damit auch etwas einschränkt (§ 263 ff. ZPO AG, Art. 273 ff. ZPO BE, § 149 f. ZPO ZH). In diesen drei Kantonen geht man zweistufig vor, indem zuerst eine informelle Parteibefragung durchgeführt wird, um dann allenfalls zu einer formellen Parteiaussage unter Strafandrohung zu gelangen. Die qualifizierte Parteiaussage ist damit

*subsidiär* zu den anderen Beweismitteln. Sie wird am Schluss, wenn alle anderen Beweismittel abgenommen sind, durchgeführt<sup>21</sup>. In Zürich und Bern kann aber jeweils nur eine Partei zur formellen Parteiaussage zugelassen werden, und zwar diejenige, für welche die Beweislage auf Grund der übrigen Beweismittel eher spricht<sup>22</sup>. Im Kanton Aargau werden immerhin beide Parteien zur qualifizierten Parteiaussage zugelassen, aber ebenfalls erst nach Abnahme der übrigen Beweismittel<sup>23</sup>. Zudem bildet die einfache Parteiaussage im Kanton Zürich (anders als in den Kantonen Aargau und Bern) noch keinen Beweis für eine Behauptung der Partei selber (§ 149 Abs. 3 ZPO ZH). Die Partei kann mit andern Worten mit der einfachen Parteiaussage im Kanton Zürich nur ein Zugeständnis machen. Die Schweizerische Zivilprozessordnung wird hier etwas vereinheitlichen: Es wird eine einfache Parteibefragung geben und eine formelle Beweisaussage, wobei aber auch die einfache Parteibefragung den Beweis für die befragte Partei erbringen kann, und beide Parteien zur formellen Beweisaussage zugelassen werden können (Art. 188 f. E-ZPO). Dies ist zu begrüssen, denn die Parteien kennen in der Regel den Sachverhalt am besten. Es ist aber natürlich Sache des Gerichts, die richtigen Fragen zu stellen und die Aussagen zu würdigen.

#### **4. Mitwirkungspflichten bei der Beweisführung, Schutz von Geheimhaltungsinteressen und Verweigerungsrechte**

##### *a) Mitwirkungspflichten von Parteien und Dritten*

Im Beweisverfahren haben sowohl Parteien als auch Dritte mitzuwirken. Sie haben als Partei oder Zeuge auszusagen, Urkunden einzureichen oder einen Augenschein zu dulden. Bei Parteien wird die Mitwirkungspflicht in der Regel nicht erzwungen. Wenn eine Partei nicht aussagt oder eine Urkunde nicht herausgibt, wird dies aber zu ihren Ungunsten bei der Beweiswürdigung berücksichtigt. Bei Dritten hingegen kann die Mitwirkung erzwungen werden, z.B. indem sie bei Nichtmitwirken gebüsst werden (§ 225 Abs. 1 ZPO AG, § 163 ZPO ZH, Art. 130 ZPO SG).

---

<sup>21</sup> FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 12), N 2 zu § 150; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (FN 6), N 1a zu Art. 279; BÜHLER/EDELMANN/KILLER (FN 5), N 1 f. zu § 268.

<sup>22</sup> LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (FN 6), N 1a und 2 zu Art. 279 ZPO BE; FRANK/STRÄULI/MESSMER (FN 12), N 3a zu § 150.

<sup>23</sup> BÜHLER/EDELMANN/KILLER (FN 5), N 3 zu § 268.

*b) Schutzmassnahmen bei Geheimnissen*

Wenn eine Partei oder ein Dritter durch seine Aussage oder durch die Edition von Urkunden Geheimnisse preisgeben müsste, und dies durch das Interesse an der Wahrheitsfindung nicht zu rechtfertigen ist, kann das Gericht Schutzmassnahmen treffen, indem z.B. eine Urkunde nicht ganz, sondern nur in einem relevanten Auszug der Gegenpartei bekannt gegeben wird (§ 206 Abs. 2 ZPO AG, Art. 229 Abs. 2 ZPO BE, § 145 ZPO ZH, Art. 96 ZPO SG).

*c) Verweigerungsrechte*

Dritte haben das Recht, unter verschiedenen Voraussetzungen ihre Mitwirkung bei der Beweisabnahme zu verweigern, d.h. sie können eine Aussage oder die Herausgabe einer Urkunde verweigern. Sie haben ein solches Verweigerungsrecht, z.B. wenn sie sich selber belasten müssten oder wenn sie selber durch ein Geheimnis gebunden sind, wie der Arzt oder der Anwalt. Die Parteien selber haben in einem kleineren Umfang Verweigerungsrechte, die allerdings nicht in allen Prozessordnungen gleich umschrieben sind.

## **5. Beweismass**

Die erheblichen und bestrittenen Tatsachen müssen grundsätzlich zur vollen Überzeugung des Gerichts gebracht werden. Man spricht hier vom strikten Beweis. Nur bei Sachverhalten, bei denen ein strikter Beweis der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, lässt das Bundesgericht ein etwas tieferes Beweismass, nämlich die überwiegende Wahrscheinlichkeit, gelten<sup>24</sup>. Dies sind Fälle, in denen Beweisschwierigkeiten typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten und nicht etwa Konstellationen, in denen einer Partei im konkreten Fall die Beweismittel fehlen für eine Tatsache, die grundsätzlich bewiesen werden könnte. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist nach der Rechtsprechung ausreichend beim Nachweis des Kausalzusammenhanges und der Unfreiwilligkeit des Eintritts des Versicherungsfalles.

Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist zu unterscheiden vom Glaubhaftmachen, das bei den vorsorglichen Massnahmen zur Anwendung kommt. Bei vorsorglichen Massnahmen genügt es, dass die Voraussetzungen, d.h. der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil und die Chancen im Hauptprozess, glaubhaft gemacht werden. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn dafür eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht.

---

<sup>24</sup> BGE 130 III 321.

Damit ist das Glaubhaftmachen einiges tiefer einzustufen als die überwiegende Wahrscheinlichkeit.

## 6. Beweiswürdigung

### a) *Frei gebildete Überzeugung*

Das Gericht befindet nach seiner frei gebildeten Überzeugung, ob der Beweis für eine Tatsache erbracht ist oder nicht. Es ist grundsätzlich nicht an Beweisregeln über den Wert oder den Ausschluss von Beweismitteln gebunden. Die freie richterliche Beweiswürdigung ist das Produkt eines psychischen Vorganges<sup>25</sup>. Das Gericht hat die Beweise aufgrund von Denk- und Naturgesetzen, Erfahrungswissen etc. zu werten und zu gewichten und darf Zweifel nicht unterdrücken. Zweifel müssen ausgeräumt werden können, sonst kann der Beweis nicht als erbracht gelten. Auch Indizien und das Verhalten einer Partei im Prozess können in die Beweiswürdigung einbezogen werden. Ergibt sich ein Beweis erst aus verschiedenen Elementen, reicht es nicht, dass alle Elemente isoliert betrachtet werden. Erforderlich ist vielmehr, dass auch das Zusammenspiel dieser Elemente, d.h. von Zeugenaussagen, Urkunden oder Expertisen, sich zu einem einstimmigen Gesamtbild zusammenfügen<sup>26</sup>. Eine im Entstehen begriffene subjektive Überzeugung hat der Richter immer wieder anhand von objektiven Kriterien zu überprüfen. Wenn das Gericht zur Überzeugung kommt, dass der Beweis für eine Tatsache erbracht oder gescheitert ist, ist diese Überzeugung anhand objektiver Kriterien zu bilden und im Einzelnen zu begründen.

Ergibt sich der Beweis aus Indizien und der Lebenserfahrung, so dass angenommen werden muss, es könne sich nach allen Regeln nicht anders verhalten haben, spricht man von einer natürlichen Vermutung. Hier ist aber zu beachten, dass die Gegenpartei diese Vermutung bereits mit ernsthaften Zweifeln, d.h. mit einem Gegenbeweis, erschüttern kann.

### b) *Unterschiedliche Aspekte für die Bewertung der verschiedenen Beweismittel*

Bei der Bewertung von verschiedenen Beweismitteln sind unterschiedliche Aspekte von Bedeutung:

---

<sup>25</sup> MAX GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, S. 5.

<sup>26</sup> LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 5), N 1c zu Art. 101.

- Die Partei, die sich auf eine Urkunde (bzw. auf eine elektronische Datei) beruft, hat grundsätzlich deren Echtheit zu beweisen. Die Gegenpartei kann ihre Einwendung dagegen aber nicht darauf beschränken, die Urkunde sei gefälscht. Sie hat ihre Bestreitung vielmehr ausreichend zu begründen<sup>27</sup>. Erst wenn solche Zweifel vorgebracht sind, ist über die Echtheit Beweis abzunehmen und das Ergebnis zu würdigen.
- Bei der Würdigung von Zeugen- und Parteiaussagen ist zu berücksichtigen:
  - Wahrnehmungs- und Erinnerungsfehler können den Wahrheitsgehalt beeinträchtigen.
  - Die Motivationslage bzw. die Befangenheit der befragten Person kann die Aussage beeinflussen.
  - Als glaubhaft erscheint die Aussage, wenn sie stimmig, detailliert und im Kerngeschehen konstant ist und wenn sie Verflechtungen mit anderen Geschehensabläufen enthält, die eigentlich nicht erfunden werden können.
  - Unglaubwürdig ist eine Aussage demgegenüber, wenn sie Lücken enthält, konstruiert und farblos wirkt, und wenn der Zeuge nur über das Kerngeschehen aussagt, sonst aber sich an wenig erinnern will.
- Auch das Gutachten ist frei zu würdigen, doch darf das Gericht in Fachfragen seine eigene Meinung nicht an die Stelle derjenigen des Gutachters setzen. Das Gericht hat aber folgende Punkte zu prüfen<sup>28</sup>:
  - Das Gutachten muss vollständig sein und alle gestellten Fragen beantworten.
  - Im Weiteren muss das Gutachten nachvollziehbar sei. Das Gericht muss die Schlussfolgerungen des Gutachtens verstehen.
  - Schliesslich muss das Gutachten schlüssig und widerspruchsfrei sein. Es darf zu den Grundlagen nicht im Widerspruch stehen und muss z.B. auch darlegen, warum es von der von einer Partei oder von einem Parteigutachter vorgetragenen These abweicht.Wenn das Gericht zur Auffassung kommt, das Gutachten sei widersprüchlich begründet, unlogisch und basiere auf einer unrichtigen tatsächlichen Grundlage, so hat es die Sache durch Ergänzungsfragen oder allenfalls durch die Beauftragung eines zweiten (fachkundigeren) Gutachters zu klären.

---

<sup>27</sup> LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI (FN 6), N 1a zu Art. 230; so auch Art. 175 E-ZPO.

<sup>28</sup> ALFRED BÜHLER, Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, in: Jusletter 14. Mai 2007 Rz 4 ff.

c) *Nicht behauptete Beweisergebnisse*

Gelegentlich kommt es vor, dass im Beweisverfahren die Zeugenaussagen oder ein Gutachten zu Ergebnissen führen, die von den Parteien nicht oder nicht so behauptet worden sind. Es stellt sich daher die Frage, ob solche nicht behauptete Beweisergebnisse zu berücksichtigen sind<sup>29</sup>. Hier ist zunächst zu überlegen, dass Tatsachen, die auf den ersten Blick als nicht behauptet erscheinen, immerhin im Bereiche der behaupteten Tatsachen liegen können. Es kann den Parteien nicht immer zugemutet werden, eine Tatsache ganz exakt zu behaupten. Eine Partei weiss ja z.B. nicht immer genau, was ein Zeuge gesehen oder gehört hat. Und wenn ein Gutachten durchgeführt werden muss, ist es den Parteien nicht zuzumuten, genau das zu behaupten, was das Gutachten letztlich ergeben soll. Aus diesen Gründen darf man den Kreis der Behauptung nicht allzu eng ziehen und man muss Tatsachen als mit-behauptet betrachten, wenn sie im Bereiche dessen liegen, was ausdrücklich behauptet worden ist. Ergeben sich aber aus dem Beweisverfahren Tatsachen, die zweifellos nicht behauptet worden sind, dann stellt sich die Frage, ob man solche neuen Tatsachen nach der Prozessordnung noch als Noven in den Prozess einführen kann. Das wird in der Regel nach den entsprechenden Vorschriften zulässig sein, wenn kein Anlass bestanden hat, die betreffende Behauptung früher vorzubringen. Die Gerichte haben hier eine gewisse Tendenz, solche Beweisergebnisse zu berücksichtigen, da ihnen die Verwirklichung der materiellen Wahrheit als wichtiger erscheint als die strenge Einhaltung des Behauptungserfordernisses.

---

<sup>29</sup> Vgl. dazu: CHRISTOPH LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, in: Festschrift Franz Kellerhals, Bern 2005, 313 ff. (mit weiteren Hinweisen).