

Recht auf Beweis; antizipierte Beweiswürdigung; schriftliche Zeugenerklärungen – Art. 152, Art. 157 und Art. 168 ZPO.

Bei einem offenen Beweisergebnis darf in antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme eines offerierten Beweises wegen subjektiver Untauglichkeit nur verzichtet werden, wenn aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich ist, dass von der Beweisabnahme keine relevanten Erkenntnisse zu erwarten sind (E. 3.4.4).

Dass Zeugen vorprozessual kontaktiert wurden und sich bereits schriftlich geäußert haben, genügt für sich allein nicht, um bei einem offenen Beweisergebnis auf deren Einvernahme in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten (E. 3.5.5).

Für Prozesszwecke erstellte schriftliche Erklärungen von potentiellen Zeugen sind keine zulässigen Beweismittel nach Art. 168 ZPO. Sie sind nicht geeignet, die Richtigkeit von darin festgehaltenen Wahrnehmungen zu beweisen und können eine formelle Zeugenbefragung nicht ersetzen (E. 4).

OGE 10/2019/15 vom 23. Februar 2021

Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

A. stürzte auf einer Treppe in einem Restaurant. Sie klagte vor Kantonsgericht gegen die Restaurantbetreiberin auf Genugtuung. Unter anderem behauptete sie, die Treppe sei besonders rutschig gewesen bzw. es habe ein von der Restaurantbetreiberin zu vertretender Gefahrenzustand vorgelegen. Das Kantonsgericht auferlegte A. dafür die Beweislast, verzichtete aber in antizipierter Beweiswürdigung darauf, sie und die von ihr offerierten Zeugen einzuvernehmen. Dementsprechend erachtete es den Beweis als nicht erbracht und wies die Klage ab. A. erhob Berufung beim Obergericht und machte im Wesentlichen geltend, das Kantonsgericht habe zu Unrecht die von ihr offerierten Zeugen zum Zustand der Treppe nicht einvernommen.

Das Obergericht hiess die Berufung teilweise gut und wies die Sache an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen

3.4. Das Recht auf Beweis ist in Art. 152 ZPO verankert, wird auch aus Art. 8 ZGB abgeleitet und ist Teilgehalt des Gehörsanspruchs nach Art. 29 Abs. 2 BV (BGer 4A_285/2019 vom 18. November 2019 E. 4.1). Es gewährleistet den Parteien, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, sofern das beantragte Beweismittel tauglich ist, sowie form- und fristgerecht

vorgebracht wurde (Art. 150 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 152 Abs. 1 ZPO; BGer 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 4.2). Das Recht auf Beweis schliesst eine antizipierte Würdigung von Beweisen jedoch nicht aus (BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332; BGer 4A_285/2019 vom 18. November 2019 E. 4.1).

3.4.1. Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt vor, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich taugliches Beweismittel vermöge seine aufgrund der bereits abgenommenen Beweise gewonnene Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer strittigen Tatsache nicht zu erschüttern. Von einer antizipierten Beweiswürdigung ist ebenfalls die Rede, wenn das Gericht losgelöst von seiner Überzeugung hinsichtlich der Verwirklichung einer zu erstellenden Tatsache – also auch bei offenem Beweisergebnis – auf die Abnahme eines beantragten Beweismittels verzichtet, weil es ihm die Tauglichkeit abspricht, die betreffende Tatsachenbehauptung zu beweisen (vgl. BGer 4A_255/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 6.3.2; BGer 4A_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.1.1 f.; BGer 4A_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1.1). Oftmals liegt eine Kombination der beiden Varianten vor, indem einem Beweismittel mit zweifelhafter Tauglichkeit die Eignung abgesprochen wird, eine aufgrund anderer Beweismittel bereits gewonnene Überzeugung noch erschüttern zu können. Je fraglicher also die Tauglichkeit eines Beweismittels erscheint, desto weniger ist dieses auch geeignet, Zweifel an einer bereits gewonnenen Überzeugung zu wecken (BGer 4A_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1.1).

3.4.2. Vorliegend kommt nur die zweite der erwähnten Varianten in Frage. Denn das Kantonsgericht hat es weder als erwiesen noch als widerlegt erachtet, dass die Treppe rutschig war bzw. dass ein Gefahrenzustand vorlag, womit es von einem offenen Beweisergebnis ausging. Damit ist näher zu prüfen, wann bei einem offenen Beweisergebnis von einem untauglichen Beweismittel ausgegangen werden darf – insbesondere, ob die Untauglichkeit objektiv sein muss oder ob es genügt, wenn sie bloss subjektiv ist. Dabei ist ein Beweismittel objektiv untauglich, wenn es seiner Natur nach den Beweis für eine behauptete Tatsache nicht erbringen kann. Demgegenüber ist es bloss subjektiv untauglich, wenn es seiner Natur nach zur Erbringung des Beweises geeignet wäre, das Gericht aber dessen Beweiskraft im konkreten Fall als nicht ausreichend erachtet (vgl. Christian Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 152 N. 29 f., S. 1142 f.). Beispielsweise geht ein Gericht davon aus, ein Zeuge könne sich infolge Zeitablaufs nicht mehr genügend erinnern oder sei von vornherein unglaubwürdig (Martin Tanner, Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2015 735 ff., S. 744 f.).

3.4.3. Das Bundesgericht hat in neueren Entscheiden wiederholt ausgeführt, dass eine Verletzung des Rechts auf Beweis vorliegt, wenn das Gericht objektiv taugliche und formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl es die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet (BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332 f.; BGer 5A_550/2019 vom 1. September 2020 E. 9.1.3.1; BGer 5A_1015/2019 vom 10. Juni 2020 E. 5.2.2). Daraus könnte geschlossen werden, dass gemäss Bundesgericht bei einem offenen Beweisergebnis nur auf die Abnahme eines formgültig beantragten Beweises zu rechtserheblichen Tatsachen verzichtet werden darf, wenn dieser objektiv untauglich ist. Allerdings ist die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht immer eindeutig und nimmt das Bundesgericht soweit ersichtlich keine ausdrückliche Abgrenzung zwischen objektiver und subjektiver Tauglichkeit vor (vgl. beispielsweise BGer 4A_70/2018 vom 20. August 2018 E. 4.2; BGer 4A_154/2018 vom 9. Juli 2018 E. 4; BGer 4A_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5 ff.).

3.4.4. Sachgerecht erscheint, dass – entsprechend Lehre und kantonaler Rechtsprechung – unter bestimmten Voraussetzungen auch bei einem offenen Beweisergebnis auf die Abnahme eines Beweismittels wegen subjektiver Untauglichkeit verzichtet werden kann. Dies kategorisch auszuschliessen würde die Gefahr von verfahrensrechtlichen Leerläufen bergen und dem Umstand nicht gerecht werden, dass die Grenze zwischen objektiver und subjektiver Untauglichkeit bisweilen schwierig zu ziehen ist. Allerdings ist dies nur mit Zurückhaltung zuzulassen, nämlich wenn aufgrund der konkreten Umstände von einem offerierten Beweismittel zweifelsfrei keine relevanten Erkenntnisse zu erwarten sind, ein Beweismittel mithin offensichtlich untauglich ist (vgl. BGer 4A_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1.1; KGer SG BO.2017.30 vom 2. Oktober 2018 E. III. 4a; OGer ZH NP160022 vom 10. Februar 2017 E. II. 5.6; Franz Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 152 N. 22 f., S. 1139; Leu, Art. 152 N. 32, S. 1144).

3.5. Zu Recht erachtete das Kantonsgericht die von der Berufungsklägerin offerierten Zeugnisse nicht als ihrer Natur nach untauglich, den relevanten Zustand der Treppe zu beweisen. Vielmehr stufte es deren Beweiswert vorweg als zu gering ein, um den diesbezüglichen Beweis erbringen zu können, womit es sie als subjektiv untauglich qualifizierte. Da das Kantonsgericht zudem von einem offenen Beweisergebnis ausging (s. oben E. 3.4.2), war der Verzicht auf die Beweisabnahme in antizipierter Beweiswürdigung nur unter den eben beschriebenen besonderen Voraussetzungen zulässig.

3.5.1. Das Kantonsgericht begründete seine antizipierte Beweiswürdigung insbesondere damit, dass sich die Zeugen bereits schriftlich geäußert hätten und sie

vorprozessual mit der Berufungsklägerin oder ihrem Vertreter Kontakt gehabt hätten, weshalb der Beweiswert ihrer Aussagen reduziert sei und diese den vollen Beweis nicht mehr erbringen könnten.

3.5.2. Es trifft zu, dass ein vorprozessualer Kontakt eines Anwalts oder einer Partei mit einem potentiellen Zeugen und schriftliche Zeugenerklärungen den Beweiswert einer späteren Zeugenaussage beeinträchtigen können (vgl. Heinrich Andreas Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 172 N. 9, S. 1402 und Art. 177 N. 8, S. 1439). Das ändert aber nichts daran, dass das Zeugnis der freien Beweiswürdigung unterliegt. Weder ein vorprozessualer Zeugenkontakt noch eine schriftliche Zeugenerklärung schliessen von vornherein ein wahrheitsgetreues und glaubhaftes Zeugnis aus. Es ist stets aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen, ob bzw. inwiefern ein Zeugenkontakt und eine allfällige schriftliche Zeugenerklärung den Beweiswert einer späteren Zeugenaussage tangieren (vgl. Müller, Art. 172 N. 9, S. 1402 und N. 13, S. 1404; Stefan Fink, Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 179, Zürich/Basel/Genf 2015, N. 396 ff., S. 182 ff.; Schweizer/Eichenberger, Schriftliche Zeugenaussagen, in: Jusletter 28. Februar 2011, N. 28, S. 8). Soweit sich dies nicht bereits aus den Akten ergibt, ist im Rahmen der Zeugenbefragung abzuklären, ob der Zeuge ein Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, wann und wie der Zeuge vorprozessual mit einer Partei oder deren Rechtsvertreter Kontakt hatte, was anlässlich eines solchen Kontaktes besprochen wurde, ob bzw. welche Unterlagen der Zeuge bereits gesehen hatte und wie eine allfällige schriftliche Zeugenerklärung zustande gekommen ist (vgl. Art. 172 lit. b ZPO; Sven Rüetschi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Art. 172 N. 2 f., S. 1839; Weibel/Walz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 172 N. 3, S. 1314; Fink, N. 401, S. 185). Im Lichte der gewonnenen Erkenntnisse ist der Zeuge sodann zur Sache zu vernehmen (Art. 172 lit. c ZPO). Eine geschickte Befragung durch den Richter kann erfahrungsgemäss ein gutes Mittel sein, die Wahrheit zu erforschen, wenn der Zeuge eindringlich vernommen wird und auf unerwartete Fragen Antwort geben muss, wobei der Richter dabei auch einen persönlichen Eindruck vom Zeugen gewinnen kann. Dabei steht nicht die Glaubwürdigkeit als persönliche Eigenschaft, sondern die Glaubhaftigkeit der konkreten vor Gericht gemachten Aussagen im Vordergrund (vgl. BGer 5A_550/2019 vom 1. September 2020 E. 9.1.3.1 m.H.). Liegt bereits eine schriftliche Äusserung eines Zeugen vor, ist auch zu berücksichtigen, ob die Aussagen vor Gericht frei und authentisch sind oder mechanisch dem Wortlaut der schriftlichen Erklärung verpflichtet zu sein scheinen (vgl. Schweizer/Eichenberger, N. 28, S. 8). Der Beweiswert eines Zeugnisses kann nach dem Gesagten in der Regel

erst nach erfolgter Einvernahme zuverlässig beurteilt werden (vgl. OGer ZH NP160022 vom 10. Februar 2017 E. II. 5.6).

3.5.3. Klar erscheint vorliegend, dass zumindest zur Einholung der Zeugenerklärungen ein gewisser Kontakt zwischen der Berufungsklägerin bzw. ihrem Vertreter und den offerierten Zeugen stattgefunden hat. Es ist aber unbekannt, wie sich dieser Kontakt jeweils konkret abgespielt hatte, welche Informationen geflossen sind und wie vertieft der Fall besprochen wurde. Das alles ist aber entscheidend, um zu eruieren, ob bzw. wie gross die Gefahr von einer (evtl. unbeabsichtigten) Beeinflussung war. Wie gezeigt, kann zudem in der Regel erst aufgrund der konkreten Aussagen anlässlich der gerichtlichen Einvernahme zuverlässig beurteilt werden, ob ein Zeugnis frei, authentisch und schlüssig ist. Nur weil die Zeugen vorprozessual kontaktiert worden sind und sich bereits schriftlich geäussert haben, kann damit nicht pauschal ein wahrheitsgetreues und glaubhaftes Zeugnis ausgeschlossen werden. Gerade vorliegend ist zudem zu beachten, dass vorab kein Grund ersichtlich ist, weshalb die Zeugen eine bewusste Falschaussage machen sollten. Alle drei Zeugen haben soweit ersichtlich vor dem Unfall die Berufungsklägerin nicht gekannt und haben auch sonst keine erkennbaren Interessen am Ausgang des Prozesses. Ihre schriftlichen Äusserungen sind sodann grundsätzlich mit den Behauptungen der Berufungsklägerin bezüglich des Zustands der Treppe vereinbar, womit sie sich mit einer entsprechenden Aussage auch nicht in Widerspruch zu ihren schriftlichen Ausführungen setzen würden (vgl. BGer 4P.126/2006 vom 11. September 2006 E. 3.2). Zumindest bei dieser Ausgangslage kann der Beweiswert von drei unabhängigen Zeugen nicht vorweg und pauschal aufgrund der Tatsache, dass diese vorprozessual kontaktiert wurden und sich bereits schriftlich geäussert haben, als zu gering eingestuft werden. Die Zeugen hätten daher zu den Umständen des vorprozessualen Kontaktes sowie zur Sache einvernommen und ihre konkreten vor Gericht gemachten Aussagen gewürdigt werden müssen, soweit nicht andere Umstände dagegen sprechen.

3.5.4. Bezüglich Zeuge X. führte das Kantonsgericht zusätzlich zur vorprozessualen Kontaktaufnahme aus, dass die Glaubhaftigkeit seiner Aussage von vornherein reduziert sei, weil er in seiner ersten Stellungnahme davon spreche, dass er selber beinahe auf der Treppe ausgerutscht sei und erst in der zweiten Stellungnahme von einem Putzmann und einem rutschigen Toilettenboden, der mit zu viel Seife gereinigt worden sei. Es wirft zwar Fragen auf, weshalb vom rutschigen Toilettenboden und vom Putzmann erst in der zweiten Stellungnahme berichtet wurde. Einen Widerspruch zur ersten Stellungnahme stellt dies aber noch nicht dar und schliesst ein glaubhaftes Zeugnis nicht aus. Die Vorinstanz hätte daher die Unklarheit, weshalb der Zeuge X. diese Ausführungen erst in seiner zweiten Stellung-

nahme gemacht hatte, in der Zeugenbefragung ergründen und daraus die entsprechenden Schlüsse ziehen müssen, statt einfach vorweg Annahmen zu treffen (vgl. Weibel/Walz, Art. 172 N. 7, S. 1316).

Weshalb auf die Einvernahme von Y. in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden konnte, wird vom Kantonsgericht zudem kaum begründet. Es wird lediglich auf die Gesamtwürdigung verwiesen, wo pauschal festgehalten wird, dass die Zeugen vorprozessual kontaktiert worden seien und deshalb den vollen Beweis nicht mehr erbringen könnten. Dass dies nicht genügt, wurde bereits aufgezeigt (s. oben E. 3.5.3). An dieser Stelle sei anzumerken, dass eine antizipierte Beweiswürdigung generell nur zulässig sein kann, wenn sie hinreichend begründet wird.

Auch bei Z. wurde die antizipierte Beweiswürdigung letztlich pauschal damit begründet, dass sie vorprozessual kontaktiert worden sei. Das Kantonsgericht fügte noch an, dass wohl kaum zwischen den Erinnerungen von Z. und ihrem Mann Y. unterschieden werden könne und zudem Z. sich an eine Reinigungsperson erinnern könne, während Y. zu einem früheren Zeitpunkt die Treppe bereits als rutschig empfunden habe, sich aber nicht an eine Reinigungsperson zu erinnern vermöge. Dazu sei bemerkt, dass lediglich die Tatsache, dass zwei Zeugen miteinander verheiratet sind, es nicht zulässt, diese vorweg als untauglich einzustufen. Daran ändert nichts, dass anlässlich einer Einvernahme zu beurteilen wäre, ob die Aussagen auf eigenen Wahrnehmungen beruhen oder nicht (vgl. Art. 169 und Art. 172 lit. c ZPO). Dass sich zudem Z., nicht aber ihr Mann, an eine Reinigungsperson erinnern kann, lässt vorweg keine Schlüsse bezüglich der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen zu.

In der Gesamtwürdigung führte das Kantonsgericht weiter aus, an den Zeugenaussagen würden auch deshalb Zweifel bestehen bleiben und sie würden den Beweis für die rutschige Treppe nicht erbringen können, da mangels substantiierter Behauptung davon ausgegangen werden müsse, dass das Personal nicht gleichentags über die rutschige Treppe informiert worden sei, und da im ersten Arztbericht nur von einem Sturz, nicht aber von einer rutschigen Treppe die Rede sei. Noch grösser würden diese Zweifel, wenn im Rahmen einer Einvernahme, die von der Berufungsbeklagten offerierten Zeugen das von dieser Vorgebrachte bestätigen würden, nämlich, dass die Treppe nicht rutschig gewesen sei. Es mag zutreffen, dass, wenn feststeht, dass niemand gleichentags das Personal über die rutschige Treppe informiert hatte und im ersten Arztbericht nichts von einer rutschigen Treppe steht, dies Indizien sind, die gegen die Vorbringen der Berufungsklägerin sprechen. Diese Indizien schliessen aber keineswegs von vornherein aus, dass drei unabhängige Zeugen mit glaubhaften Aussagen das Gericht vom relevanten Zustand der Treppe überzeugen könnten. Zudem nicht statthaft ist es, wenn das Kantonsgericht nur berücksichtigt, dass die von der Berufungsbeklagten offerierten

Zeugen zu deren Gunsten aussagen könnten. Es ist auch möglich, dass diese Zeugen nicht glaubhaft oder sogar zugunsten der Berufungsklägerin aussagen würden. Da Beweismittel mit ihrer Abnahme gemeinschaftlich werden, würde sich Letzteres in der Beweiswürdigung zugunsten der Berufungsklägerin auswirken.

3.5.5. Zusammenfassend hat die Vorinstanz ihre antizipierte Beweiswürdigung im Wesentlichen pauschal damit begründet, dass die Zeugen vorprozessual kontaktiert worden seien und sich bereits schriftlich geäußert hätten. Zwar ist es möglich, dass aufgrund der stattgefundenen Zeugenkontakte, der schriftlichen Äusserungen und der übrigen Beweise und Indizien die von der Berufungsklägerin offerierten Zeugen den Beweis für die rutschige Treppe bzw. für einen Gefahrenzustand nicht zu erbringen vermögen. Solange die drei soweit ersichtlich unabhängigen Zeugen aber noch nicht einvernommen worden sind, sich das Gericht noch kein eigenes Bild von deren Glaubwürdigkeit machen konnte, die genauen Modalitäten des Zeugenkontaktes noch unbekannt sind und die Glaubhaftigkeit der vor Gericht gemachten Aussagen noch nicht beurteilt werden konnte, steht dies noch nicht mit hinreichender Sicherheit fest. Die Voraussetzungen, unter denen bei einem offenen Beweisergebnis ausnahmsweise in antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme eines subjektiv untauglichen Beweismittels verzichtet werden darf, waren damit nicht erfüllt (s. oben E. 3.4.4). Indem das Kantonsgericht die offerierten Zeugen nicht einvernahm, verletzte es das Recht der Berufungsklägerin auf Beweis.

4. Zu Recht rügt die Berufungsklägerin nicht (zumindest nicht rechtsgenügend), die Vorinstanz hätte bereits gestützt auf die schriftlichen Erklärungen der offerierten Zeugen den Beweis für den rutschigen Zustand der Treppe als erbracht erachten müssen. Eine für Prozesszwecke erstellte schriftliche Zeugenerklärung ist nämlich kein zulässiges Beweismittel nach Art. 168 ZPO (vgl. BGer 5A_117/2015 vom 5. November 2015 E. 2.4.2; ferner BGer 5A_393/2020 vom 17. August 2020 E. 3.1). Selbst als Urkunde qualifiziert, könnte eine schriftliche Zeugenerklärung nur beweisen, dass die in ihr festgehaltene Wahrnehmung geäußert wurde. Als Beweis für die Richtigkeit dieser Wahrnehmung wäre sie jedoch nicht geeignet und könnte eine formelle Zeugenbefragung nicht ersetzen (Annette Dolge, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, Art. 177 N. 12, S. 1003; vgl. auch Thomas Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 177 N. 15, S. 1342). Im Gegensatz zur Zeugeneinvernahme fehlen bei ihr die Ermahnung zur Wahrheit, der Hinweis auf die Straffolgen eines falschen Zeugnisses, der persönliche Eindruck durch das Gericht sowie die Möglichkeit, Ergänzungsfragen zu beantragen (vgl. Schweizer/Eichenberger, N. 25, S. 7).