



Datum 15. November 2018

Die Protokollierung von Aussagen¹

1. In der Theorie

Weder das ZGB noch das EGZGB sehen spezielle Regeln zu dieser Frage vor. Deshalb ist die Zivilprozessordnung heranzuziehen, welche als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung kommt (Art. 450f ZGB). Artikel 235 Abs. 3 ZPO sieht ausdrücklich eine Protokollberichtigung vor, während oder nach der Verhandlung. Es sind jedoch die Artikel 176 ZPO (Zeugen) und 193 ZPO (Parteien) welche die Protokollierung der Aussagen als solche bestimmen. Denn diese Bestimmungen setzen voraus, dass ein Protokoll, mehr oder weniger vollständig, (Schweizer, Art. 176 ZPO N6) jedoch nicht zwangsläufig wortgetreu (siehe auch BK- Rüetschi, Art. 176 ZPO N 3 mit Hinweisen) während der Verhandlung aufgenommen und von den Betroffenen unterzeichnet wird (ob die Unterschrift ein Gültigkeitsmerkmal darstellt, ist umstritten). Die Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (nachfolgend ZPO) schreibt die Hinterlegung eines Protokolls der Zeugenaussagen vor, ebenso wie der Anhörungen und der Beweisaussagen. Die abgelehnten Ergänzungsfragen (Art. 176 Abs. 1 ZPO) sowie neue Ausführungen tatsächlicher Natur, die nicht in den Schriftsätzen enthalten sind, müssen ebenfalls protokolliert werden (Art. 235 Abs. 2 ZPO).

2. Die gesetzlichen Grundlagen

Artikel 176 Absatz 1 ZPO verfügt: *"Die Aussagen werden in ihrem wesentlichen Inhalt zu Protokoll genommen, der Zeugin oder dem Zeugen vorgelesen oder zum Lesen vorgelegt und von der Zeugin oder dem Zeugen unterzeichnet. Zu Protokoll genommen werden auch abgelehnte Ergänzungsfragen der Parteien, wenn dies eine Partei verlangt."*

Artikel 193 ZPO sieht vor: *"Für das Protokoll der Parteibefragung und der Beweisaussage gilt Artikel 176 sinngemäss."*

3. Die verfolgten Ziele

Die Ziele der Protokollierung sind in den Entscheiden des Bundesgerichts dargelegt und in der Botschaft aufgeführt worden (BBI 2006 7221; im Strafrecht BGE 129 I 85; BGE 126 I 15, JT 2000 III 11 gefolgt von einer Anmerkung von Moreillon und Tappy über die Protokollierung der Aussagen der Parteien, der Zeugen oder der Sachverständigen im Strafverfahren und im Zivilverfahren; BGE 124 V 389 im Verwaltungsverfahren).

Gemäss Bundesgericht verleiht der Anspruch auf rechtliches Gehör in Artikel 29 der Bundesverfassung den Parteien das Recht zu erwirken, dass die Aussagen der Parteien, der Zeugen oder der Sachverständigen, die für den Ausgang der Streitsache wichtig sind, mindestens in ihrem wesentlichen Inhalt in ein Protokoll aufgenommen werden. Was den Zeugenbeweis betrifft, so erlaubt dessen Aufnahme in ein Protokoll den Parteien an der Beweiserhebung teilzunehmen und sich zu deren Resultat zu äussern. Auch das Recht auf Akteneinsicht gehört zum Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses kann nur ausgeübt werden, wenn alle sachdienlichen Elemente darin enthalten sind. Das Recht auf Protokollierung erscheint somit wie die Ergänzung der Pflicht des Richters seinen Entscheid so zu begründen, dass er vom Betroffenen verstanden wird und von ihm gegebenenfalls angefochten werden kann. Schliesslich muss ein Protokoll der relevanten Aussagen es der Rekursbehörde ermöglichen zu prüfen, ob die Tatsachen richtig festgestellt wurden und ob das Recht sachgemäss angewendet wurde.

¹ Quelle: Rundschreiben des Kantonsgerichts des Kantons Waadt an die Gerichtsmagistraten des Kantons Waadt; Rechtsgutachten von Professor Philippe Meier

4. Die Form

Der wesentliche Inhalt der Zeugenaussagen in der Verhandlung muss ins Protokoll aufgenommen werden, welches vom Zeugen zu unterschreiben ist. Die Botschaft präzisiert, dass eine wortgetreue Wiedergabe im Protokoll nicht erforderlich ist. Der wesentliche Inhalt genügt. Diese Regel entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichts. (BGE 129 I 85 und 126 I 15). Es handelt sich dabei gemäss Hofmann und Lüscher weder um eine Umschreibung noch um eine zu starke Zusammenfassung der Zeugenaussage (Le code de procédure civile, Bern 2009, S. 90). Die Botschaft weist darauf hin, dass angesichts der sehr unterschiedlichen Praxis in den Kantonen und der technischen Entwicklung diese Bestimmung sehr flexibel ausgestaltet wurde.

Die Aussagen können, nebst der Aufnahme ins Protokoll, zusätzlich auf Tonband oder auf Video aufgezeichnet werden (Art. 176 Abs. 2 ZPO). Die Parteien können, in Anwendung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, darauf zugreifen (Art. 53 ZPO).

5. Andere Fälle von Protokollierungen

Das Gesetz sieht vor, dass auch andere Arten von Interventionen protokolliert werden müssen:

- **Die Parteien**

Die Anhörung der Parteien kann ein Beweismittel darstellen, wenn dabei die Vorschriften des Artikels 191 ZPO für die Parteibefragung bzw. des Artikels 192 ZPO für die Beweisaussage eingehalten werden.

Die Botschaft verdeutlicht, dass die Aussagen, welche von den Parteien in den verschiedenen Stadien des Prozesses gemacht werden, nicht die gleiche Tragweite haben. Jene welche beim Schlichtungsversuch gemacht werden, müssen nicht ins Protokoll aufgenommen werden und dürfen im Entscheidverfahren nicht verwendet werden (Art. 205 ZPO). Jene welche in der Phase der Parteivorbringungen gemacht werden (Art. 56 ZPO; Instruktionsverhandlungen Art. 226 ZPO; erste Parteivorträge im ordentlichen Prozess Art. 228 ZPO; erste Befragung im vereinfachten Verfahren Art. 245 ZPO) haben keinen Beweiswert. Sie dienen jedoch der Ermittlung der Tatsachen, um zu unterscheiden was bestritten ist und was nicht.

Somit werden erst im Beweisverfahren, welches durch eine Beweisverfügung eröffnet wird, die Anhörung oder die Beweisaussage im Protokoll erfasst.

Die Befragung der Parteien ist die einfache und moderate Form. Die Parteien werden ermahnt wahrheitsgemäss zu antworten, wobei das Gericht eine Disziplinarstrafe aussprechen kann, wenn mutwillig gelogen wird. Jede Partei kann verlangen, befragt zu werden. Laut Botschaft haben solche Erklärungen nur einen schwachen Beweiswert und müssen durch ein anderes Beweismittel bestätigt werden.

Die Beweisaussage ist die qualifizierte Form der Befragung. Die Aussage, welche eine strafrechtliche Sanktion nach sich ziehen kann, kann vom Gericht nur von Amtes wegen angeordnet werden. Es handelt sich dabei nicht um ein zusätzliches Beweismittel, wie es in gewissen kantonalen Prozessordnungen vorgesehen war. Allerdings empfiehlt die Botschaft nur davon Gebrauch zu machen, um letzte Zweifel auszuräumen.

Artikel 193 ZPO verweist auf Artikel 176 ZPO, um die Protokollierung der Anhörung und der Beweisaussage anzuordnen. Dies schliesst mit ein, dass der wesentliche Inhalt der Aussagen zu Protokoll genommen wird, diese können zudem auf Tonband oder auf Video aufgezeichnet werden.

- **Die sachverständigen Personen**

Die Gutachten von sachverständigen Personen können mündlich oder schriftlich erstattet werden. Werden sie mündlich vorgetragen, werden sie ins Protokoll aufgenommen, in analoger Anwendung von Artikel 176 ZPO (Art. 187 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann überdies anordnen, dass die sachverständige Person das schriftliche Gutachten in der Verhandlung erläutert (Art. 187 Abs. 1 ZPO; es liegt somit nahe, dass der wesentliche Inhalt dieser Erläuterungen ebenfalls zu Protokoll genommen wird).

- **Die Kinder**

Kinder müssen durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson persönlich und in geeigneter Weise angehört werden, sofern ihr Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen (Art. 298 Abs. 1 ZPO). In Abweichung von Artikel 176 Absatz 1 ZPO sieht Artikel 298 Absatz 2 ZPO vor, dass nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse im Protokoll festgehalten werden.

6. Einige Werkzeuge

- **Ablehnung des Zeugenbeweises**

Der Zeugenbeweis muss abgelehnt werden, wenn dieser nicht bereits in der Eingabe vorgeschlagen wird. Im ordentlichen Verfahren muss das Begehren für jede Behauptung die vorgeschlagenen Beweismittel enthalten (Art. 221 Abs. 1 Bst. e ZPO). Im vereinfachten Verfahren gibt es diese Anforderung im Zeitpunkt der Hinterlegung des Begehrens nicht (Art. 244 ZPO). Der Richter kann jedoch von den Parteien verlangen, die Beweismittel zu bezeichnen (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Folglich könnte jeder Antrag auf Zeugeneinvernahme, welche nicht als Beweismittel bezeichnet worden ist, abgelehnt werden. Zudem schliesst Artikel 229 ZPO neue Beweismittel im Grundsatz aus.

Ausserdem ist der Zeugenbeweis im summarischen Verfahren nur ausnahmsweise zulässig (Art. 254 ZPO), namentlich, wenn dadurch ein Endentscheid herbeigeführt werden kann oder wenn die Anhörung das Verfahren nicht wesentlich verzögert. Von da an gibt es grundsätzlich keine Zeugenaussagen mehr, beispielsweise bei der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen.

- **Ablehnung der Zeugenaussage einer Person welche die Tatsachen nicht unmittelbar wahrgenommen hat**

Artikel 169 ZPO lässt die Zeugenaussage nur über Tatsachen zu, die der Zeuge unmittelbar wahrgenommen hat. Diese Regelung ist vermutlich strenger als die früher geltenden Bestimmungen und sollte dazu führen, dass der Richter die Anhörung eines Zeugen vom Hörensagen ablehnt.

- **Beschränkung der Anzahl Zeugen**

Es empfiehlt sich anerkanntermassen, nicht allen Anträgen der Parteien um Anhörung von Zeugen stattzugeben, auch wenn man Gefahr läuft, die Instruktion nach den ersten Parteivorträgen nicht abschliessen zu können, falls sich andere Zeugenaussagen als nötig erweisen sollten.

- **Strenge Durchführung der antizipierten Beweiswürdigung**

Gemäss geltender Rechtsprechung gehört zum Anspruch auf rechtliches Gehör für den Rechtsuchenden das Recht Beweise vorzulegen, die geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen. Das Recht auf Teilnahme an der Beweiserhebung, die Beweise zur Kenntnis zu nehmen und sich darüber zu äussern (Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse vom 18. April 1999, N 6 zu Art. 29 BV; BGE126 I 15 c. E 2a/aa). Es enthält nicht notwendigerweise das Recht mündlich angehört zu werden oder dass einem Gesuch auf Durchführung einer Zeugeneinvernahme zugestimmt wird. Die Behörde kann daher die Instruktion abschliessen, wenn sie aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in antizipierter Beweiswürdigung annehmen kann, dass diese Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 130 II 425 E 2.1 mit Hinweisen).

Unter diesen Umständen sollte das Gericht eine Zeugeneinvernahme ablehnen können, ohne den Anspruch auf rechtliches Gehör zu verletzen und ohne willkürlich vorzugehen, wenn:

- der Beweis mit anderen Mitteln erbracht werden kann, die der Richter von Amtes wegen anordnen könnte;
- die Tatsachen zu denen er angehört werden muss, unbestritten sind, bekannt sind oder diese keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben;
- die Behörde überzeugt ist, dass eine Zeugeneinvernahme ihre Überzeugung nicht ändern würde, aufgrund der bereits erhobenen Beweise;
- in Anwendung der Regeln der Beweislast es der Partei, welche die Zeugeneinvernahme beantragt hat, nicht zusteht die Tatsachen zu welchen sie als Zeuge aussagen müsste zu ermitteln.

7. In der Praxis

In gewissen KESB gibt es weder Systeme für die Erfassung von Anhörungen, noch für die Erfassung der vom Präsidenten der Behörde in laufender Sitzung diktieren Protokolle (gewisse Räume verfügen über keine Monitore, welche ein solches Vorgehen erlauben würden, bei dem der Präsident das Protokoll während dessen Entstehung laufend kontrollieren könnte).

Das Protokoll kann von der Sekretärin getippt werden (die im Voraus vorbereiteten Fragen können vor der Zeugeneinvernahme darin eingefügt werden), dann kann das Protokoll nach der Einvernahme vom Schreiber überarbeitet und vom Präsidenten bestätigt werden, um schliesslich den Parteien zugestellt zu werden. Diese können sodann ihre Beanstandungen anbringen.

Diese Vorgehensweise erweist sich als sehr problematisch, einerseits kann es zu Verzögerungen in der Übermittlung des Protokolls kommen, andererseits kann es schwierig sein, gewisse Passagen mehrere Tage oder gar Wochen nach der Anhörung noch zu korrigieren.

Diese Methode ist nicht tadelnswert aber sie scheint namentlich in komplexen Fällen ungenügend zu sein (beispielsweise im Verhältnis zu den bestrittenen Tatsachen, den relevanten juristischen Fragen oder gar angesichts des Ausmasses und der Zusammensetzung eines zu schützenden Vermögens). Ein direktes Erfassungssystem oder zumindest ein Tonaufnahmesystem oder sogar ein Videoaufnahmesystem sollte zusätzlich zur Protokollierung eingeführt werden (diese Mittel können das geschriebene Protokoll nicht ersetzen, aber sie können dieses ergänzen, BK-Rüetschi, Art. 176 ZPO N 11 mit Hinweisen). Man wird feststellen, dass die Protokollierung von nonverbalen Vorgängen (Verhaltensweisen) in einem Protokoll vollkommen zulässig ist und dass diese die Protokollierung von Aussagen auf nützliche Weise ergänzen können (BK-Rüetschi, Art. 176 ZPO N 4).

Selbstverständlich gibt es einen Ermessenspielraum, wie dies in der Praxis umgesetzt werden soll. Gewiss ist jedoch, dass das Gericht entscheidet, was ins Protokoll aufgenommen wird; dieses kann auf Gesuch hin berichtigt werden (Art. 235 Abs. 3 ZPO). Über solche Gesuche entscheidet das Gericht durch eine prozessleitende Verfügung (Botschaft BBI 2006 7344).

Die Erfahrung zeigt jedoch, dass die fortlaufende Protokollierung der relevanten Aussagen eines Zeugen, einer Partei oder eines Sachverständigen wirkungsvoller ist. Es ist jedoch nicht nötig, die Fragen des Richters/Präsidenten zu übertragen. Die Frage, ob der Schreiber das Protokoll allein oder nach Diktat des Präsidenten verfassen soll, entscheidet jede Magistratsperson selbst und wählt die für sie passende Methode.

Wie diese Ausführungen zeigen, sollte eine direkte Protokollierung der Aussagen bevorzugt werden. Zudem sollte ein zweiter Computerbildschirm im Gerichtssaal aufgestellt werden, damit die Redaktion des Protokolls fortlaufend kontrolliert werden kann.

8. Anforderungen der Aufsichtsbehörde

Von den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden wird erwartet, dass:

1. die Protokolle **während der Anhörung** und nicht erst später erstellt werden;
2. die Protokolle am Ende der Anhörung den Parteien übergeben werden, damit diese sie gegenlesen können und sofort ihre Beanstandungen oder ihre Forderung nach Korrekturmassnahmen anbringen können;
3. die Protokolle nach dem Gegenlesen systematisch von den Parteien und den Mitgliedern der KESB unterzeichnet werden, um spätere Streitigkeiten zu vermeiden;
4. in den Protokollen, falls diese eine Zusammenfassung der Erklärungen der Parteien enthalten, der Inhalt der ausgetauschten Stellungnahmen getreu wiedergegeben wird.

Dieses Rundschreiben annulliert und ersetzt das Rundschreiben über die Protokollierung von Aussagen vom 7. August 2018.