

**Art. 191 f. ZPO, Befragung der Partei als Beweismittel, Art. 152 ZPO, Anspruch auf Abnahme offerierter Beweismittel.** *Es ist nicht ausgeschlossen, einen Beweis durch die Befragung einer Partei und ohne weitere Beweismittel zu erbringen.*

(Erwägungen des Obergerichts:)

4. Der Kläger behauptet, er habe dem Beklagten ein ausdrückliches Verbot erteilt, Biopsien zu entnehmen. Aufgrund der dazu eingereichten Urkunden und einer antizipierten Würdigung der übrigen klägerischen Beweisofferten - Parteibefragung und zwei Zeuginnen aus dem nahen Umfeld - kam die Vorinstanz zum Schluss, dem Kläger sei dieser Nachweis nicht gelungen.

a) Einziges direktes Beweismittel zum Verlauf des Gesprächs zwischen den Parteien am 3. Dezember 2001 sind die Aussagen der Parteien. Beide Parteien haben dazu ihre persönliche Befragung angeboten.

Gestützt auf die Botschaft und eine Lehrmeinung, welche diesem in der Schweizerischen Zivilprozessordnung gegenüber dem früheren kantonalen Recht aufgewerteten Beweismittel zurückhaltend gegenübersteht, hielt die Vorinstanz fest, auf eine Parteibefragung könne nur dann abgestellt werden, wenn die Beweissituation - Glaubwürdigkeit der Beteiligten, weitere Beweismittel, namentlich Urkunden - dies nahe lege. Auch mit einer Beweisaussage könnten nur letzte Zweifel des Gerichts ausgeschlossen werden (act. 82 S. 25 E. 2.3.3 m. H. auf Botschaft ZPO S. 7326 und Müller, DIKE-Komm-ZPO Art. 191 N 32 ff. und Art. 192 N 5 ff.).

Die Vorinstanz hielt dafür, diese Voraussetzungen seien nicht erfüllt, denn die übrigen Umstände sprächen gegen die klägerische Darstellung. So würden behauptete Schwierigkeiten nach einer früheren Magenspiegelung mit Biopsien, welche als Grund für das Biopsieverbot angeführt werden, in den Akten nirgendwo erwähnt. Der Kläger belasse es bei der Beweisführung durch parteinahe Beweismittel und verzichte auf die Anrufung weiterer Zeugen. Ausserdem erscheine naheliegend, dass der Beklagte bei einem ausdrücklichen Biopsieverbot den Auftrag abgelehnt hätte. Es sei daher nicht angezeigt, allein auf die persönliche Befragung / Beweisaussage des Klägers abzustellen, und es sei deshalb auf deren Abnahme zu verzichten.

Neben der Funktion eines sogenannten Beweiszuschusses um einen noch nicht voll erbrachten Beweis zu ergänzen oder einen noch nicht voll gescheiterten Beweis zu widerlegen (Weibel / Naegeli, ZK, Art. 191 ZPO N 4), auf welchen sich die Vorinstanz gestützt auf die Botschaft ausschliesslich bezieht, führt die Lehre als weiteren Grund für die Zulassung der Parteibefragung und der Beweisaussage als vollwertiges Beweismittel Konstellationen an, in denen keine anderen Beweismittel vorhanden sind, weil innere Tatsachen zu beweisen sind oder der Entscheid davon abhängt, was die Parteien in sogenannten Vier-Augen-Gesprächen miteinander besprochen haben (Bühler, BK, Art. 191 und Art. 192

ZPO N 16a; Hafner, BSK, Art. 191 ZPO N 7; Weibel / Naegeli, Art. 191-192 ZPO N 4). Jene Tatbestandsvariante liegt hier vor.

Ein Verzicht auf die Abnahme der Parteibefragung ist zum einen dann zulässig, wenn sich das Gericht bereits ohne dieses Beweismittel eine Überzeugung gebildet hat (KUKO ZPO-Schmid, Art. 191-193 N 14). Das war hier nicht der Fall, sondern die Vorinstanz ging von Beweislosigkeit aus und entschied zulasten des Klägers, weil sie annahm, die Parteibefragung würde daran ohnehin nichts ändern. Zum ändern ist ein Verzicht auf Abnahme der Parteibefragung dann zulässig, wenn direkte oder indirekte Wahrnehmungen der Parteien für die rechtliche Würdigung des streitigen Sachverhalts entweder unerheblich oder untauglich sind (Bühler, BK-ZPO, Art. 191 ZPO N 67). Auch dieser Sachverhalt liegt nicht vor, wenn der Inhalt eines Gesprächs zwischen den Parteien Beweisgegenstand ist.

Nur wegen Zweifeln an der Glaubwürdigkeit, die mit ihrer Rolle im Verfahren zusammenhängen, aber ohne konkrete Verdachtsgründe von der Befragung einer Partei abzusehen, geht nicht an. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit setzt grundsätzlich eine Anhörung voraus (vgl. dazu KUKO ZPO-Schmid, Art. 152 ZPO N 7). Vorliegend hatte eine solche Anhörung auch im Rahmen des Hauptverfahrens nicht stattgefunden, weil das Gericht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet und so die Gelegenheit verpasst hatte, sich im Rahmen einer informativen Befragung der Parteien einen unmittelbaren (ersten) Eindruck zu verschaffen (vgl. dazu Bühler, BK-ZPO, Art. 191 und 192 N 22; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 191 N 35 ff.).

Dass die Parteibefragung oft nur zusammen mit anderen Beweismitteln den Beweis zu erbringen vermag, ist eine Erfahrungstatsache, die allerdings auch für andere Beweismittel gilt. Indem die Vorinstanz - beeinflusst durch die unvollständige Darstellung der Botschaft (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7236) - daraus eine Beweisregel macht und deswegen von vornherein auf die Abnahme dieses Beweismittels verzichtet, verstösst sie gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) und verletzt sein Recht auf Beweis (Art. 152 Abs. 1 ZPO), wie der Kläger zu Recht rügt.

Hinzu kommt noch etwas: Die Vorinstanz übersieht, dass als weiteres Beweismittel die Parteibefragung des Beklagten angeboten war. Zwar hatte nicht der Kläger, sondern der Beklagte einen entsprechenden Antrag gestellt. Beweismittel werden jedoch mit ihrer Abnahme gemeinschaftlich. Das bedeutet, von einer Partei angerufene Beweismittel können auch zugunsten der Gegenseite in die Würdigung einfließen. Aus dem Umstand, dass das Gericht die Parteien von Amtes wegen zur Beweisaussage verpflichten kann (Art. 192 Abs. 1 ZPO), leitet ein Teil der Lehre zudem ab, dass auch die Parteibefragung als Vorbereitung der Beweisaussage von Amtes wegen angeordnet werden könne (Bühler, BK-ZPO, Art. 191 und Art. 192 N 59; BSK ZPO-Hafner, Art. 191 ZPO N 3 und 8; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 191 N 42). Da ein entsprechender Antrag vorlag, kann offen bleiben, wie es sich damit verhält.

Wenn die Vorinstanz eine antizipierte Beweiswürdigung vornahm, durfte sie diese Beweismittel daher nicht isoliert betrachten (vgl. act. 80 S. 14 E. 12.6.1, wo der Kläger der Vorinstanz eine Eliminationswürdigung vorwirft und stattdessen eine Gesamtbetrachtung fordert). Gerade wo die Parteieinvernahme bei sonst dürftiger Beweislage unverzichtbar ist, kann die Aussage bloss einer Partei ohne Anhörung auch der anderen schwer zu bewerten sein (Weibel / Naegeli, ZK, Art. 191-192 ZPO N 8). Selbst wenn beide Parteien an ihrem gegensätzlichen Standpunkt festhalten, kann die Art und Weise, wie sie das tun, doch dazu beitragen, dass sich das Gericht aufgrund dieses Beweismittels eine Überzeugung zugunsten der einen oder anderen Seite bilden kann, so dass keine Beweislosigkeit eintritt.

Die Vorinstanz durfte demnach nicht aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung auf die Abnahme der persönlichen Befragung der Parteien, insbesondere des Klägers, verzichten und gestützt auf die Beweislast entscheiden. Die Berufung ist in diesem Punkt begründet.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 15. Januar 2015  
Geschäfts-Nr.: LB140032-O/U