

Romina Carcagni Roesler | Hans Schinz

Dos & Don'ts

Private Befragungsprotokolle im Arbeitsprozess



I. Einleitung

Bei Verdacht auf ein Fehlverhalten im Betrieb trifft die Arbeitgeberin oft Abklärungen, um der Sache auf den Grund zu gehen. Art, Umfang und Format solcher Abklärungen können sehr unterschiedlich sein; ebenso wie ihre Beweggründe und Zielsetzung. Geht die Arbeitgeberin systematisch und strukturiert vor, ist häufig von einer «internen Untersuchung» die Rede.

Ob Untersuchung oder «einfache Sachverhaltsabklärung»: Eine wichtige Erkenntnisquelle sind oft Aussagen involvierter Personen, typischerweise Angestellte der Arbeitgeberin. Aufgrund der arbeitsrechtlichen Treuepflicht sind sie in der Regel verpflichtet, die Abklärungen der Arbeitgeberin zu unterstützen, indem sie über eigene Wahrnehmungen wahrheitsgemäss Auskunft erteilen.¹

Die Erklärungen, die im Rahmen von Befragungen erfolgen, werden oft in mehr oder weniger ausgefeilten Protokollen schriftlich festgehalten.² Kommt es zum Streit, werden solche Protokolle, soweit es nötig und angebracht scheint, dem Gericht als Beweis offeriert – entweder für sich allein oder als Teil und Grundlage eines Untersuchungsberichts.

Nicht selten präsentiert die Arbeitgeberin «ihr» Protokoll vor Gericht selbstsicher und siegesgewiss. Sie hat den Sachverhalt – vielleicht unter Beizug externer Spezialisten und ohne Kosten zu scheuen – sorgfältig überprüft, die möglichen Zeugen befragt und deren Aussagen sauber dokumentiert. Basierend auf den so erstellten Fakten hat

sie einen Personalentscheid gefällt (z.B. den Beschuldigten entlassen), der aus ihrer Sicht rechtens ist.

Was aber zu bedenken ist: Welcher Wert einem privaten Befragungsprotokoll vor Gericht zukommt, ist schwer voraussehbar. Nicht nur, weil sich jeder Fall und jedes Protokoll unterscheiden, sondern auch, weil die Befragung durch Private gesetzlich nicht geregelt ist; weder im materiellen Recht noch im Prozessrecht.³ Wie ein solches Protokoll zivilprozessual einzuordnen ist, bleibt damit unklar.

Zu diesem Themenkreis werden nachfolgend einzelne rechtliche und praktische Überlegungen angestellt. Der Fokus liegt dabei auf Protokollen aus der Befragung möglicher Zeugen, nicht auf Protokollen aus der Befragung der beschuldigten Person und späteren Prozesspartei.⁴ Obwohl von einer arbeitsrechtlichen Konstellation ausgegangen wird, können sich dieselben Themen auch in anderen Zivilprozessen stellen.⁵

II. Zivilprozessuale Einordnung: Protokoll als Urkundenbeweis?

Offeriert eine Partei das Protokoll aus einer privaten Befragung als Beweis, fragt sich, welche Qualität diesem zukommt. Das Gesetz nennt in Art. 168 Abs. 1 ZPO abschliessend die zulässigen Beweismittel, mithilfe welcher die Parteien rechtserhebliche, streitige Tatsachen beweisen können. Es sind dies Zeugnis, Urkunde, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft sowie Parteibefragung und

¹ Art. 321a OR. Weiterführend dazu: ROGER RUDOLPH, Interne Untersuchungen: Spannungsfeld aus arbeitsrechtlicher Sicht, SJZ 2018, 385 ff.

² Denkbar ist, dass die Befragung (zusätzlich oder ausschliesslich) mit Bild-, Tonträger oder als elektronische Datei festgehalten wird. Bei diesen Formaten stellen sich dieselben zivilprozessualen Fragen wie beim Schriftstück. Der hiernach beleuchtete Urkundenbegriff nach Art. 177 ZPO ist weit gefasst und umfasst auch «Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen».

³ Als Folge der auf den 1. Januar 2025 in Kraft tretenden ZPO-Revision gelten Privatgutachten zukünftig nicht mehr als blosser Parteibehauptungen, sondern als Urkunden (Art. 177 nZPO). Befragungsprotokolle sind in der Regel aber keine Gutachten von Sachverständigen, weshalb diese Neuerung nicht (direkt) einschlägig ist.

⁴ Bei der Befragung der beschuldigten Person als künftige Prozesspartei und/oder potentiell Beschuldigte im Strafverfahren können sich auch mit dem Strafprozess verbundene Fragen stellen. Dazu weiterführend: RUDOLPH (FN 1), SJZ 2018, 385 ff.; mit Fokus auf das Strafverfahren: DAVID MÜHLEMANN, Fairness und Verwertbarkeit unternehmensinterner Untersuchungen, AJP 2018, 468 ff., 475 f.

⁵ Die Autoren liessen sich für diesen Beitrag von Erfahrungen aus der eigenen Praxis leiten, weshalb die Themenwahl willkürlich anmuten mag. Für einen umfassenden, systematischen Blick auf das Thema: STEFAN FINK, Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 179, Zürich/Basel/Genf 2015.

Romina Carcagni Roesler, lic. iur., LL.M.,
Rechtsanwältin.

Hans Schinz, MLaw, Rechtsanwalt.

Beweisaussage. Wie ist das private Befragungsprotokoll hier einzuordnen?

Ausgeschlossen ist die Qualifikation als schriftliche Auskunft im Sinne von Art. 190 Abs. 2 ZPO, denn eine solche wird nach klarem Wortlaut des Gesetzes vom Gericht eingeholt.⁶ Das Protokoll dokumentiert auch kein Zeugnis (Art. 169 ff. ZPO), denn dieses entsteht einzig durch mündliche Aussage vor Gericht, unter Einhaltung von Verfahrens- und Formvorschriften, so insbesondere nach Ermahnung zur Wahrheit und unter Hinweis allfälliger Straffolgen.⁷ Ein

Die Gerichte begegnen privaten Bescheinigungen, die erwiesenermassen im Hinblick auf einen Prozess eingeholt wurden, mit grosser Zurückhaltung. Die Beweisqualität von Zeugenbescheinigungen wird teilweise kategorisch verneint.

Gutachten ist das Befragungsprotokoll offensichtlich auch nicht, womit sich die Frage aufdrängt: Ist ein privates Protokoll eine Urkunde im Sinne von Art. 177 ZPO? Oder ist ein solches Protokoll als reine Parteibehauptung zu bewerten, da es auf Initiative und unter Mitwirkung einer Partei zustande gekommen ist? Muss das Protokoll unbeachtlich bleiben, weil sonst der Zeugenbeweis vor Gericht umgangen würde? Wird eine potentielle Zeugin mit dem vorprozessualen Kontakt und dem Dokumentieren ihrer Aussagen derart beeinflusst, dass sie vor Gericht gar keine authentische und glaubhafte Zeugenaussage mehr leisten kann? Darf das Gericht deshalb in antizipierter Beweiswürdigung auf eine ergänzend offerierte Zeugenbefragung verzichten?

Auf diese Fragen geben Lehre und Rechtsprechung keine allgemeingültigen Antworten. Die Gerichtspraxis zur sog. Zeugenbescheinigung zeigt aber, dass die Fragen durchaus ihre Berechtigung haben, und liefert eine gewisse Orientierung. Diese Praxis wird nachfolgend beleuchtet. Vorab sei jedoch geklärt, was unter einer Zeugenbescheinigung zu verstehen ist und worin ihre Verwandtschaft mit dem Befragungsprotokoll liegt.

III. Zeugenbescheinigung und Befragungsprotokoll: Unterschiede und Gemeinsamkeiten

Mit «Zeugenbescheinigung» ist in der Regel eine schriftliche Erklärung gemeint, mit der eine Person, die als Zeugin in einem Gerichtsverfahren in Frage kommt, im Hinblick auf einen bereits laufenden oder potentiellen Prozess ihre Wahrnehmung zu einem verfahrensrelevanten Streitpunkt abgibt.⁸ Typisch für solche Bescheinigungen ist, dass die Auskunft, die darin dokumentiert ist, nicht spontan erteilt wird, sondern auf die Anfrage einer Streitpartei zurückgeht, der es (vermutungsweise) darum geht, einen strittigen Sachverhalt besser abzustützen.⁹

Zeugenbescheinigungen schlägt vor Gericht oft grosses Misstrauen entgegen – das zeigen die nachfolgenden Beispiele aus der Praxis. Doch ist es gerechtfertigt, diese mit Bezug auf Befragungsprotokolle im arbeitsrechtlichen Kontext überhaupt zu thematisieren?

Aus Sicht der Autoren ist dieser Seitenblick angebracht, denn Befragungsprotokolle haben mit der Zeugenbescheinigung einiges gemeinsam: Auch Befragungsprotokolle werden – vom späteren Arbeitsprozess her betrachtet – von einer Prozesspartei initiiert. Und selbst wenn die Arbeitgeberin die Abklärungen mit einer ergebnisoffenen Haltung, fair und korrekt durchführt,¹⁰ bleiben sie doch durch die Sicht und die Interessenlage der Arbeitgeberin geprägt.¹¹ Oft ist absehbar, dass ein einschneidender Personalentscheid in Frage kommt, wenn sich die Verdachtsmomente im Laufe der Abklärungen erhärten, womit ein späterer Zivilprozess zumindest als möglich angesehen werden muss.

⁶ Vgl. KGer GR, ZK1 2013 27, 29.4.2013, E. 2c.

⁷ Ein falsches Zeugnis kann mit Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft werden (Art. 307 Abs. 1 StGB). Das Gericht weist den Zeugen vor der Einvernahme auf diese Straffolgen hin (Art. 171 Abs. 1 ZPO).

⁸ Wobei der Begriff in Lehre und Praxis nicht einheitlich verwendet wird; vgl. Hinweise und Definition in: JEAN-DANIEL SCHMID, Die Zeugenbescheinigung im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung, ZZZ 2020, 224 ff., 235.

⁹ Vgl. STEFAN FINK/STEPHAN KESSELBACH, Beweisverfahren, N 20.147, mit Praxishinweis, in: Ulrich Haas/Reto Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2020.

¹⁰ Ansonsten sich unter Umständen die Frage stellt, ob das Protokoll wegen Verletzung materiellen Rechts (z.B. wegen Datenschutz- oder anderen Persönlichkeitsverletzungen) nicht verwertbar ist (vgl. Art. 152 Abs. 2 ZPO).

¹¹ Eine Pflicht zu Abklärungen kann sich aus unterschiedlichsten Gründen ergeben; beispielsweise aus regulatorischen Vorgaben. Doch auch aus Arbeitsrecht kann es (mindestens im Sinne einer Obliegenheit) geboten sein, dass die Arbeitgeberin Abklärungen tätigt, um einem Verdacht nachzugehen. So z.B. um der Fürsorgepflicht gegenüber Mitarbeitenden gerecht zu werden oder um die Grundlage dafür zu schaffen, dass das Kündigungsrecht später rechtskonform ausgeübt werden kann. Kündigt die Arbeitgeberin beispielsweise leichtfertig auf blossen Verdacht hin, ohne zumutbare Abklärungen zu tätigen, ist die Kündigung in der Regel missbräuchlich (vgl. exemplarisch BGer, 4A_419/2015, E. 2.1.2).

Diese Eventualität ist oft mit ein Grund dafür, wieso die Arbeitgeberin die Befragungen schriftlich dokumentiert.

Anders als bei der Zeugenbescheinigung, die in der Regel beschafft wird, weil die anfragende Partei darauf vertrauen kann, dass die Auskunft den gewünschten Inhalt aufweist, ist der Inhalt eines Befragungsprotokolls meist weniger oder kaum voraussehbar – zumindest dann, wenn man von einer korrekt agierenden Arbeitgeberin ausgeht, welche die befragte Person nicht gezielt beeinflusst oder gar unter Druck setzt. Auch ist im Moment, in dem Personen als mögliche Zeugen befragt werden, oft noch nicht klar, welche Aussagen sich schliesslich als verfahrensrelevant erweisen, und die Befragungen finden meist nicht unter der Prämisse eines laufenden Verfahrens statt.¹² Das sind gewichtige Unterschiede, die es bei Vorliegen weiterer Umstände (insbesondere professionelles, faires Vorgehen, Ergebnisoffenheit, Verzicht auf Suggestivfragen etc.) rechtfertigen können, einem Befragungsprotokoll mit weniger Misstrauen zu begegnen als dies die Gerichte gegenüber Zeugenbescheinigungen regelmässig tun.¹³

Je nach Betrachtung und Einzelfall erscheinen die Unterschiede zwischen Zeugenbescheinigung und Befragungsprotokoll kleiner oder grösser. Eine Verwandtschaft besteht aber durchaus, weshalb es ratsam ist, sich die Praxis der Gerichte zur Zeugenbescheinigung vor Augen zu führen. Das kann den Prozessvertreter davor bewahren, allzu leichtfertig auf Befragungsprotokolle als Beweisgrundlage zu vertrauen.

IV. Strenge Gerichtspraxis zur Zeugenbescheinigung – umstrittene Urkundenqualität

Die Gerichte begegnen privaten Bescheinigungen, die erwiesenermassen im Hinblick auf einen Prozess eingeholt wurden, mit grosser Zurückhaltung. Die Beweisqualität von Zeugenbescheinigungen wird teilweise kategorisch verneint. So hielt das Obergericht Schaffhausen beispielsweise fest: *«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 [Literaturhinweise].»¹⁴

Die Meinung, dass privat eingeholte Zeugenerklärungen gar kein zulässiges Beweismittel sein können, ist u.E. nicht korrekt. Soweit ersichtlich gibt es dazu auch keine herrschende Lehre oder Praxis.¹⁵ Die Verweise des Schaffhauser Gerichts auf angeblich einschlägige Bundesgerichtsurteile erwecken diesbezüglich einen falschen Eindruck:

- In BGer, 5A_117/2015, E. 2.4.2 ist zwar erwähnt, dass die kantonale Vorinstanz erwogen habe, dass eine Zeugenbescheinigung kein Beweismittel nach Art. 168 ZPO sei. Das Bundesgericht bewertete diese Überlegung jedoch nicht weiter, da die Beweisofferte ohnehin als verspätet erachtet wurde.
- In BGer, 5A_393/2020, E. 3.1 wurde das Thema ebenfalls nur gestreift: Es ging um den Vorwurf, das Gericht habe von sich aus eine schriftliche Auskunft eingeholt, was sich als unzutreffend erwies. Da es sich um eine familienrechtliche Angelegenheit über Kinderbelange handelte, erinnerte das Bundesgericht daran, dass das Gericht nicht an den numerus clausus der Beweismittel von Art. 168 Abs. 1 ZPO gebunden war (vgl. Art. 168 Abs. 2 ZPO). Zur Frage, ob eine privat eingeholte Zeugenerklärung überhaupt ein zulässiges Beweismittel sein kann, fehlt auch hier eine klare Antwort.

Richtig ist allerdings, dass das Bundesgericht in anderen Entscheiden Zeugenbescheinigungen wiederholt als untaugliche Beweismittel qualifiziert und aus dem Prozess verwiesen hat.¹⁶ Nicht immer ist dabei klar, wie das Bundesgericht dogmatisch vorgeht. Teils scheint das Gericht auf der Ebene des Urkundenbegriffs anzusetzen und zu argumentieren, Zeugenbescheinigungen seien ihrer Natur nach nicht geeignet, für die rechtserhebliche Tatsache den Beweis zu erbringen, womit sie auch keine Urkunden im Sin-

¹² Unter Umständen kann es für eine Partei in einem bereits laufenden Arbeitsprozess auch sinnvoll sein, erst nachträglich und zielgerichtet schriftliche Auskünfte von Personen einzuholen, die als Zeugen in Frage kommen. In diesem Fall liegt eine eigentliche Zeugenbescheinigung vor.

¹³ Vgl. DAVID RAEDLER, Les enquêtes internes dans un contexte suisse et américain, Instruction de l'entreprise ou Cheval de Troie de l'autorité ?, Lausanne 2018 (= CEDIDAC 101), 601 f. Der Autor geht ohne weiteres davon aus, dass Befragungsprotokolle Urkunden nach Art. 177 ZPO darstellen und sieht nur beim Untersuchungsbericht die Unschärfe zur Parteibehauptung.

¹⁴ OGer SH, OGE 10/2019/15, 23.2.2021, E. 4 (Amtsbericht 2021, 69 ff.).

¹⁵ Gegenbeispiele aus der Praxis, in denen die Urkundenqualität schriftlicher Erklärungen von Zeugen anerkannt wurde: BPatGer, S2022_003, 3.1.2023, E. 10 und 11 (sic! 2023, 416 ff.); HGer ZH, HG200221, 16.2.2023, E. 3.2.2.2; OGer ZH, LE190039, 6.2.2020, E. I/3.2 (zum Nachweis der Rechtzeitigkeit einer Postaufgabe).

¹⁶ Die nachfolgende Darstellung von Bundesgerichtsentscheiden erhebt nicht Anspruch auf Vollständigkeit.

ne von Art. 177 ZPO seien.¹⁷ Teils scheint der Ausschluss auf der Ebene der Beweiswürdigung zu erfolgen. Der Zeugenbescheinigung wird nicht die Urkundenqualität, aber der Beweiswert abgesprochen. Andernorts wird die Bescheinigung mit Verweis auf eine antizipierte Beweiswürdigung ausser Acht gelassen.

So hielt das Bundesgericht, noch unter der Geltung von § 149 ZPO/LU, aber in allgemeiner Weise fest, dass die schriftliche Erklärung eines Zeugen, die im Hinblick auf einen kommenden Prozess ausgestellt werde, keine Beweisqualität habe und vom Prozess ausgeschlossen werden könne: «Da Personen als Zeugen vernommen oder als Parteien verhört werden müssen, stellen Zeugnisurkunden im Allgemeinen keine tauglichen Beweismittel dar.»¹⁸ Demgegenüber sei eine schriftliche Erklärung, die nicht für das Gerichtsverfahren erstellt wurde, als Urkunde zuzulassen.¹⁹

In einem Entscheid unter der Schweizerischen ZPO führte das Bundesgericht mit Blick auf ein sog. Witness Statement nach englischem Recht aus, dass schriftliche

Der Ansatz, wonach Zeugenbescheinigungen in der Regel als Urkunden zu qualifizieren sind, ist aus unserer Sicht überzeugend.

Zeugenaussagen «als Beweismittel in der Regel nicht tauglich» und «daher im Rahmen zulässiger antizipierter Beweiswürdigung auszuschliessen» seien. Den offerierten, schriftlichen Zeugenaussagen wurde jede Beweisqualität abgesprochen und es wurde auf das Beweismittel der Zeugeneinvernahme verwiesen.²⁰

Eine Zeugenbescheinigung «vermag die Anhörung als Zeugen nicht einfach zu ersetzen», hielt das Bundesgericht in einem weiteren Entscheid fest.²¹ Das Einreichen von Zeugnisurkunden soll den gesetzlich geregelten Zeugenbeweis nicht aushebeln; das betont auch die herrschende Lehre.²²

In zwei jüngeren Entscheiden bestätigte das Bundesgericht, dass Zeugenbescheinigungen Urkunden nach Art. 177 ZPO seien, erklärte aber wiederum etwas strenger: «Indes ist der Beweiswert einer solchen Urkunde je nach Verfahren begrenzt und kann keinesfalls eine formelle Zeugen- oder Parteiaussage ersetzen.»²³

Es gibt im Übrigen Entscheide kantonaler Gerichte und des Bundespatentgerichts, welche die Zulässigkeit der Zeugniserklärung als Urkundenbeweis ausdrücklich bestätigen und sich als Fortsetzung der Bundesgerichtspraxis und Bestätigung der herrschenden Lehre verstehen.²⁴

V. Zwischenfazit: Urkunde, aber beschränkter Beweiswert

Der Ansatz, wonach Zeugenbescheinigungen in der Regel als Urkunden im Sinne von Art. 177 ZPO zu qualifizieren sind, ist aus unserer Sicht überzeugend. Zeugenbescheinigungen generell die Beweiseignung abzusprechen, wäre verfehlt und unter dem Beweisführungsanspruch von Art. 152 ZPO problematisch. Solche Dokumente können durchaus geeignet sein, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen und der breit gefasste Urkundenbegriff von Art. 177 ZPO lässt eine Zuordnung als Beweismittel auch zu.²⁵ Den berechtigten Bedenken gegenüber Zeugenbescheinigungen ist bei der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen.²⁶

Das Handelsgericht Zürich führte dazu zutreffend aus: «Zeugnisurkunden ist grundsätzlich mit einer gewissen Zurückhaltung zu begegnen; mit ihnen kann bloss nachgewiesen werden, dass sich der Verfasser der Urkunde im Sinne der Urkunde geäußert hat. Jedoch gibt die Prozessordnung keine Handhabe dafür, solchen Urkunden die Beweiskraft abzusprechen. Sie unterliegen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht, wobei bei der Frage nach deren Beweiskraft die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.»²⁷

Die Qualifikation als Urkunde ist auch deshalb stimmig, weil mit der ZPO-Revision neu ausdrücklich geregelt

17 Für eine Übersicht der Lehrmeinungen zum Urkundenbegriff unter dem Aspekt der Beweiseignung siehe BSK ZPO-DOLGE, Art. 177 N 3 ff., in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN).

18 BGer, 5P.489/2006, E. 2.2.1; so auch in gleicher Sache: BGer, 5C.298/2006, E. 4.2.

19 BGer, 5P.489/2006, E. 2.2.2.

20 BGer, 5A.723/2017, E. 7.4.2.

21 BGer, 5A.619/2014, E. 3.2.3, mit Praxis- und Literaturhinweisen.

22 Vgl. bspw. BSK ZPO-DOLGE (FN 17), Art. 177 N 12; THOMAS WEIBEL, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 177 ZPO N 15.

23 BGer, 5A.907/2020, E. 2.4.1; bestätigt in BGer, 4A.595/2021, E. 7.4.4.2.

24 Vgl. CJ GE, ACJC/321/2021, 2.3.2021, E. 3.2; HGer ZH, HG200221, E. 3.2.2.2; BPatGer, S2022.003, E. 10 (sic! 2023, 415 ff.), mit Hinweis auf die Bedeutung von Zeugenbescheinigungen für die Glaubhaftmachung im auf den Urkundenbeweis beschränkten Summarverfahren.

25 So insbesondere FINK (FN 5), N 337, mit zahlreichen weiteren Hinweisen. Die Qualifikation als Urkunde ist insbesondere für Verfahren, bei denen die Beweisführung auf den Urkundenbeweis beschränkt ist, praxisrelevant; vgl. Summarverfahren nach Art. 254 ZPO sowie Art. 81 Abs. 1 und Art. 85 SchKG. Mehr dazu: SCHMID (FN 8), ZZZ 2020, 224 ff.

26 Vgl. SCHMID (FN 8), ZZZ 2020, 224.

27 HGer ZH, HG200221, 16.2.2023, E. 3.2.2.2.

ist, dass das Privatgutachten (ein weiterer «Verwandter» des Befragungsprotokolls) zukünftig nicht mehr als blosse Parteibehauptung, sondern als Urkunde anzusehen ist (Art. 177 nZPO).

Nach diesen Überlegungen sind auch Befragungsprotokolle grundsätzlich als Urkunden mit ungewissem Beweiswert zu qualifizieren.²⁸ Wurden die Abklärungen und das Protokoll *lege artis* durchgeführt bzw. erstellt, stärkt das gewiss den Beweiswert. Denkbar ist auch, dass aufgrund der Umstände ein erhöhtes Vertrauen in die befragte Person gerechtfertigt ist.²⁹ Im Allgemeinen kann jedoch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die abgegebenen Erklärungen der Wahrheit entsprechen; auch weil die befragten Personen zu den späteren Streitparteien oft in einem komplexen Beziehungs- und Abhängigkeitsverhältnis stehen. Auch mögliche Eigeninteressen der befragten Person sind zu bedenken und mahnen das Gericht zu Vorsicht bei der Beweiswürdigung. Vor diesem Hintergrund ist stets zu prüfen, ob die befragte Person zusätzlich als Zeugin genannt werden soll.³⁰

VI. Kein pauschales Verweigern des Zeugenbeweises in antizipierter Beweiswürdigung

Wird – entlang der voranstehenden Überlegungen – zusätzlich zur Zeugenbescheinigung die Befragung des Zeugen offeriert, kann das Gericht diese Offerte nicht mit dem pauschalen Argument abweisen, der Zeuge habe sich ja bereits schriftlich geäußert, sei durch den vorprozessualen Kontakt mit der Prozesspartei (oder deren Vertreter) beeinflusst und würde ohnehin nur bestätigen, was er bereits schriftlich festgehalten habe. Wie das Obergericht Schaffhausen richtig festhielt, ist eine solche antizipierte Beweiswürdigung nur zulässig, «wenn aufgrund der konkreten Umstände von einem offerierten Beweismittel zweifelsfrei keine relevanten Erkenntnisse zu erwarten sind, ein Beweismittel mithin offensichtlich untauglich ist».³¹

Weiter führte das Gericht zutreffend aus: «Weder ein vorprozessualer Zeugenkontakt noch eine schriftliche Zeugen-

erklärung 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».³²

In diesem Zusammenhang ist an die (u.E. zu strenge) Gerichtspraxis zu erinnern, wonach sich ein Rechtsanwalt beim Kontakt mit Zeugen unter Umständen dem Vorwurf aussetzt, er habe seine Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung (Art. 12 lit. a BGFA) verletzt.³³

VII. Jüngere Gerichtsentscheide zu Befragungsprotokollen

Die zwei nachfolgenden, jüngeren Entscheide sind mit Blick auf das Thema «Befragungsprotokolle im Zivilprozess» erwähnenswert.

Im ersten Entscheid hatte das Bundesgericht eine strittige fristlose Kündigung zu beurteilen.³⁴ Der gekündigte Arbeitnehmer und Beschwerdeführer rügte, das erstinstanzliche Gericht habe seinen Anspruch auf Beweisführung verletzt. Das Gericht habe sich einzig auf Befragungsprotokolle des Arbeitgebers und einen Arztbericht abgestützt, um eine strafrechtlich relevante Tötlichkeit des Beschwerdeführers als erstellt und die Kündigung demzufolge als gerechtfertigt zu erachten. Dabei habe der Beschwerdeführer den Sachverhalt substantiiert bestritten, weshalb das Gericht weitere Beweise hätte abnehmen müssen. Seine Rüge wurde nicht gehört. Dem Beschwerdeführer wurde vorgehalten, dass er die Beweisabnahme durch Zeugenbeweis im Zusammenhang mit den einschlägigen Tatsachenbehauptungen gar nicht angeboten habe.³⁵ Zudem erachtete das Bundesgericht die Erwägungen der Vorinstanz nicht als willkürlich, wonach auf die Parteibefragung des Beschwerdeführers verzichtet werden könne, da seine Schilderungen aufgrund Parteivorträgen und dem Befragungsprotokoll der Arbeitnehmerin bereits bekannt seien.³⁶

Aus dem vom Bundesgericht (mit Willkürkognition) gestützten Verzicht auf die Parteibefragung u.a. aufgrund der von der Arbeitgeberin protokollierten Aussagen könnten gewisse Rückschlüsse auf den Beweiswert von privaten Befragungsprotokollen gezogen werden. Dies wäre nach

²⁸ Zu bedenken ist, dass die Qualifikation als Urkunde nicht für jeden Fall gesichert ist: Hat das Gericht Zweifel, ob ein angebliches Befragungsprotokoll tatsächlich Äusserungen der bezeichneten Person enthält (weil die Gegenpartei dies bestreitet und beispielsweise eine Unterschrift auf dem Dokument fehlt), wird es wohl kaum als Beweismittel zugelassen und als reine Parteibehauptung qualifiziert.

²⁹ Analog zur erhöhten Beweiskraft ärztlicher Auskünfte, zum Beispiel.

³⁰ So auch: RAEDLER (FN 13), 601 f.

³¹ OGer SH, OGE 10/2019/15, 23.2.2021, E. 3.4.4 (Amtsbericht 2021, 69 ff.).

³² OGer SH, OGE 10/2019/15, 23.2.2021, E. 3.5.2 (Amtsbericht 2021, 69 ff.), mit Literaturhinweisen.

³³ Vgl. BGE 136 II 551, bestätigt in BGer, 2C_536/2018; VerwGer ZH, VB.2007.00164, 21.6.2007.

³⁴ BGer, 4A_448/2020.

³⁵ BGer, 4A_448/2020, E. 4.1.3.

³⁶ BGer, 4A_448/2020, E. 4.3.3.

Ansicht der Autoren jedoch verfehlt, zumal eine Auseinandersetzung mit der Qualität des Protokolls selbst nicht erfolgt ist und auf die entsprechende Rüge vorwiegend aus formalen Gründen nicht weiter eingegangen wurde.

Der zweite Entscheid wurde vom Obergericht des Kantons Zug gefällt.³⁷ Wiederum ging es um eine fristlose Kündigung, die wegen angeblich grober Pflichtverletzung, nach Abklärungen der Arbeitgeberin erfolgt war. Die Arbeitgeberin stützte sich auf insgesamt drei Protokolle, die das Gericht differenziert bewertete. Es hinterfragte die Interessenlage der befragten Personen (eine Auskunft schien beispielsweise von Ressentiments gegen den Beschuldigten beeinflusst) und prüfte, wie die Aussagen zustande gekommen und dokumentiert worden waren. Wer hatte die Person befragt, wie war das Protokoll zustande gekommen, war es datiert und von der befragten Person und den Protokollführern unterzeichnet?³⁸

Ein Protokoll, das auf der letzten Seite datiert und von der befragten Person sowie dem Rechtsvertreter der Arbeitgeberin, der die Befragung durchgeführt hatte, unterzeichnet war, wurde ausdrücklich als Zeugenbescheinigung und Urkunde qualifiziert, allerdings mit einem nur schwachen

Sowohl bei der Erstellung als auch bei der Verwendung von privaten Befragungsprotokollen ist Sorgfalt geboten. Eine professionell durchgeführte Befragung und eine sorgfältige Protokollierung sind nötig, um den Beweiswert zu erhalten.

Beweiswert.³⁹ Für die undatierten und nicht unterzeichneten Protokolle stellte das Obergericht Zug die Urkundenqualität ausdrücklich in Frage.⁴⁰ Das Gericht berücksichtigte weiter, dass der Inhalt der Protokolle in keinem Fall durch Zeugenbefragungen bestätigt worden war. Zu einem der Protokolle war eine Zeugenbefragung zwar erfolgt, der Zeuge hatte den Inhalt des Protokolls aber nicht bestätigt. Stattdessen hatte er erklärt, er sei «damals unter Druck gewesen», da er im Konflikt zwischen der Arbeitgeberin und dem Kläger – als seinem Vorgesetzten – gestanden sei.⁴¹ Im Ergebnis konnte die Arbeitgeberin den Nachweis des wich-

tigen Grundes nicht erbringen und die Kündigung war ungerechtfertigt erfolgt.⁴²

Als Blick über den Tellerrand sei auf einen strafrechtlichen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2020 verwiesen.⁴³ Das Bundesgericht äusserte sich darin ausführlich zur Frage, wie weit ein privates Protokoll, das die Arbeitgeberin im Rahmen einer internen Untersuchung erstellt hat, im späteren Strafprozess verwertbar sein soll, wenn bei der protokollierten Befragung die Garantien der StPO nicht eingehalten wurden. Das Bundesgericht gab darauf keine allgemeingültige Antwort. Es antwortete differenziert und hielt zunächst fest, die Arbeitgeberin würde bei internen Untersuchungen nicht die Rolle der Strafverfolgungsbehörden übernehmen und ihre Abklärungen würden deshalb auch nicht denselben verfahrensrechtlichen Vorgaben unterliegen. Gleichzeitig müssten die Strafbehörden die Garantien des Strafprozesses im Auge behalten, so insbesondere das Selbstbelastungsprivileg.

Daraufhin prüfte das Bundesgericht den Beweiswert des fraglichen Protokolls. Der Verfasser des Protokolls war im vorangehenden Zivilprozess offenbar nicht als Zeuge befragt worden und wie das Protokoll zustande gekommen war, blieb unklar. Deshalb wurde der Beweiswert des Protokolls als sehr gering und wie eine Parteibeauptung bewertet.⁴⁴

Mit der Erwägung, dass ein Arbeitgeber keine Strafverfolgungsbehörde sei und deshalb nicht dieselben Verfahrensregeln einhalten müsse, relativierte das Gericht unausgesprochen ein obiter dictum eines früheren arbeitsrechtlichen Entscheids. So hatte das Bundesgericht in BGer, 4A_694/2015, E. 2.4 ausgeführt, der Arbeitgeber müsse einem Mitarbeitenden, der sich mit schweren Vorwürfen konfrontiert sehe, in einer internen Untersuchung Garantien zugestehen, die gegenüber jenen des Strafverfahrens gleichwertig seien. Streitgegenstand war eine Kündigung, die – aufgrund weiterer Erwägungen des Gerichts – als missbräuchlich angesehen wurde.

In einem weiteren, sehr aktuellen Entscheid hat sich das Bundesgericht nun dezidiert gegen die analoge Anwendung von strafprozessualen Grundsätzen bei internen Untersuchungen ausgesprochen.⁴⁵ Gleichwohl treffe die Ar-

³⁷ OGer ZG, Z1 2021 11, 25.10.2022.

³⁸ OGer ZG, Z1 2021 11, 25.10.2022, E. 3.7.2.

³⁹ OGer ZG, Z1 2021 11, 25.10.2022, E. 3.7.2.3.

⁴⁰ OGer ZG, Z1 2021 11, 25.10.2022, E. 3.7.2.1.

⁴¹ OGer ZG, Z1 2021 11, 25.10.2022, E. 3.2.3.

⁴² OGer ZG, Z1 2021 11, 25.10.2022, E. 3.16.

⁴³ BGer, 6B_48/2020 und 6B_49/2020.

⁴⁴ BGer, 6B_48/2020 und 6B_49/2020, E. 5.3.

⁴⁵ BGer, 4A_368/2023, E. 4.1. Das Gericht führte aus, in BGer 4A_694/2015 sei nicht festgehalten worden, dass bei einer internen Untersuchung gleichwertige Garantien wie in einer Strafuntersuchung zu gewähren seien, sondern lediglich das entsprechende Schrifttum zitiert worden, ohne dass sich das Bundesgericht diesen Lehrmeinungen angeschlossen hätte. Eine Übernahme strafprozessualer Grundsätze in das Privatrecht

beitgeberin die Obliegenheit, bei Anschuldigungen gegen einen Mitarbeitenden «genügende Abklärungen» zu tätigen. Andernfalls könne eine nachfolgende ordentliche Kündigung als missbräuchlich angesehen werden.⁴⁶

Selbst wenn Abklärungen getätigt und Aussagen möglicher Zeugen dokumentiert werden, bleibt allerdings ungewiss, wie die entsprechenden Protokolle vor Gericht beweisrechtlich bewertet werden – womit wir nach einem kleinen Exkurs wiederum beim Schwerpunkt dieses Beitrags angelangt wären.

VIII. Fazit

Die Beweistauglichkeit und der Beweiswert von privaten Befragungsprotokollen im Zivilprozess sind oft ungewiss. Selbst wenn ein solches Protokoll sorgfältig erstellt, von allen Beteiligten datiert und unterzeichnet ist und als Urkunde qualifiziert wird, bleibt sein Beweiswert beschränkt. Das zeigen die Rechtsprechung zur Zeugenbescheinigung und aktuelle Gerichtsentscheide, die sich zu Protokollen im arbeitsrechtlichen Kontext äussern.

Für die Praxis ergibt sich aus dem Gesagten, dass sowohl bei der Erstellung als auch bei der Verwendung von privaten Befragungsprotokollen Sorgfalt geboten ist. Eine fair und professionell durchgeführte Befragung und eine sorgfältige Protokollierung sind nötig, um den (beschränkten) Beweiswert des Protokolls zu erhalten und zu stärken. Zu prüfen ist stets, ob zusätzlich zum Protokoll das Zeugnis der befragten und/oder der befragenden Person offeriert werden soll. Damit können die Risiken hinsichtlich der Beweistauglichkeit und des Beweiswerts der Protokolle entschärft werden. Der Zeugenbeweis birgt allerdings seine eigenen Tücken und Risiken,⁴⁷ weshalb eine Abwägung im Einzelfall geboten ist.

sei unzulässig. Auch der Umstand, dass die Arbeitgeberin in der streitgegenständlichen internen Untersuchung ihre eigenen reglementarischen Bestimmungen nicht eingehalten hatte, stellt gemäss Bundesgericht «*keinen derart gravierenden Mangel [dar], dass von einer missbräuchlichen Kündigung gesprochen werden müsste*» (E. 4.4.2).

⁴⁶ BGer, 4A_368/2023, E. 4.2.

⁴⁷ Vgl. dazu PETER HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, 391, mit dem Hinweis: «Viel öfter, als man gemeinhin annimmt, geben Zeugen nicht das wieder, was tatsächlich geschehen ist. Oder um es deutlicher zu sagen: Zeugenaussagen entsprechen oft nicht der Wahrheit.»