

Schriftliche Aussagen und Zeugenbefragung im Kreuzverhör auch im österreichischen Zivilprozess?

Zugleich ein Beitrag zu Do's und Dont's der Cross-Examination

Irene Welser,¹⁾ Wien

Die Jubilarin hat im Zuge der COVID-Pandemie mit der Aussage, dass Gerichtsverfahren keine Online-Yogastunde sind, aufhören lassen. Völlig zu Recht hat sie darauf hingewiesen, dass ein Gerichtsverfahren etwas Hoheitliches ist und der Eindruck des Gerichts auf Zeugen und Parteien eine zentrale Rolle spielt.

Dasselbe gilt aber natürlich auch „umgekehrt“: Zeugen, die dem Richter in Person gegenüber sitzen und von den Anwälten beider Parteien „peinlich befragt“ werden können, geben dem Gericht eine wesentlich bessere Beurteilungsgrundlage als jemand vor einem Computerbildschirm im Home-Office. Sie können keine verbotenen Hilfsmittel benutzen, keine vorbereiteten „Gedächtnisstützen“ ablesen und auch nicht per Videochat oder WhatsApp kurzfristig von der betroffenen Partei auf einen allfälligen Korrekturbedarf ihrer soeben angelegten Aussage hingewiesen werden. Daher bricht auch die Verfasserin dieses Beitrags eine Lanze für reale Verhandlungen im Gerichtssaal.

Aber ist damit wirklich alles gesagt? Sollte nicht der Impetus, den der Online-Approach mit sich gebracht hat, auch dazu genutzt werden, Herkömmliches zu hinterfragen und Techniken, die sich etwa in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gut bewährt haben, verstärkt auch in „klassischen“ österreichischen Gerichtsverfahren, seien sie online oder nicht, einzusetzen?

Der vorliegende Beitrag versucht eine Standortbestimmung und wirft die provokante Frage auf, ob die Rolle der Advokatur in komplexen Zeugenbefragungen nicht aktiver gestaltet werden könnte, und zwar zum Vorteil aller. Dabei sollen ganz bewusst praktische und internationale Erfahrungen im Vordergrund stehen und nicht eine wissenschaftlich-akribische Aufarbeitung der umfassenden, zu diesen Themen ganze Bibliotheken füllenden Literatur.

1) Die Verfasserin dankt ihrem Kollegen Rechtsanwalt Mag. Daniel Dibon sehr herzlich für die produktive und kritische Diskussion des vorliegenden Beitrags sowie die Unterstützung bei der Zusammenstellung des umfangreichen Fußnotenapparates.

Übersicht:

- I. Ausgangspunkt: Die Pflicht zur materiellen Wahrheitsfindung und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung
- II. Die Zeugenvernehmung nach der ZPO
- III. Das Verbot schriftlicher Zeugenaussagen
- IV. Vorhandene Durchbrechungen des Mündlichkeitsgebotes und des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im österreichischen Zivilprozess
- V. Die Praxis in Schiedsverfahren: Schriftliche Zeugenaussagen und ihr Zustandekommen
 - A. Die IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration
 - B. Die „Prague Rules“
 - C. Die Zulässigkeit der „Zeugenvorbereitung“ und ihre Grenzen
 - D. Die Erstellung schriftlicher Zeugenaussagen in der Praxis
 - E. Schriftliche Zeugenaussagen im gerichtlichen Zivilprozess?
- VI. Die Reaktion auf schriftliche Zeugenaussagen: Das Kreuzverhör
 - A. Grundzüge eines Kreuzverhörs
 - B. Das Kreuzverhör als Teil der Zeugenbefragung
 - C. Die Vorbereitung des Kreuzverhörs
 - D. Grenzen und Fehler
- VII. Möglichkeiten und Zulässigkeit nach der ZPO
- VIII. Vom Sinn, die Parteienvertreter stärker und aktiver in die Verfahrensführung einzubinden
- IX. Vom Sinn, leading questions zu stellen
- X. Von den Grenzen durch die Judikatur, die das Verbot der Einsendung schriftlicher Aussagen mehrmals bekräftigt hat
- XI. Ein Schlussplädoyer für mehr Flexibilität und Advokatur auch unter dem geltenden Recht

I. Ausgangspunkt: Die Pflicht zur materiellen Wahrheitsfindung und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung

Bekanntlich hat das Gericht gem § 272 ZPO „unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.“ Ziel des Zivilprozesses ist daher die materielle Wahrheitsfindung.²⁾ Soweit die Parteien keine Außerstreitstellungen vornehmen,³⁾ ist das Gericht zur materiellen Wahrheitsfindung verpflichtet, und dabei kommt ihm ein breiter Ermessensspielraum zu.

Die freie Beweiswürdigung des Richters spielt daher im Zivilprozess eine ganz entscheidende Rolle. Der Richter ist grundsätzlich in der Beurteilung der Beweisergebnisse frei und nicht an feste Beweisregeln gebunden.⁴⁾ Bei mehreren widersprechenden Deutungen darf (und soll) sich der Richter selbstverständlich für eine entscheiden.⁵⁾ Sein persönlicher Eindruck, seine Kenntnis der Lebensvorgänge, seine Erfahrungen und seine Menschenkenntnis sind dabei eine we-

2) Siehe zur materiellen Wahrheitsfindung und zur freien Beweiswürdigung ausführlich *Rassi*, Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess (2020) 59 ff.

3) *Klausner/Kodek*, JN – ZPO¹⁸ § 272 ZPO E 24/4.

4) Vgl OLG Wien 19. 3. 2009, 1 R 44/09m; *Rassi*, Kooperation 60, Beweisregeln im Bereich des Urkundenbereichs und das Verhandlungsprotokoll mangels Widerspruchs als Ausnahme dieses Grundsatzes anführt.

5) Vgl LGZ Wien 2. 5. 2017, 42 R 44/17g; LG Linz 25. 3. 2015, 15 R 4/15m; LGZ Wien 14. 4. 2015, 44 R 571/14t

sentliche Grundlage.⁶⁾ Bei dieser „Überzeugungsbildung“ ist der Richter nicht auf die aufgenommenen Beweise beschränkt, sondern kann in seine Beurteilung das vorprozessuale und prozessuale Verhalten der Prozessbeteiligten, das Vorbringen der Prozessbeteiligten sowie die Vorkommnisse in der gesamten Verhandlung berücksichtigen und miteinbeziehen.⁷⁾ Dabei kann der Richter ua auch berücksichtigen, wenn eine Partei die Beantwortung von Fragen verweigert, die an sie gestellt werden.⁸⁾ Die Wahrheitsfindung des Richters geht daher über eine bloße „Beweis“-würdigung hinaus.⁹⁾

Dieser freien Beweiswürdigung des Gerichts kommt in der Praxis sehr große Bedeutung zu. Zwar gibt es den Berufungsgrund der „unrichtigen Tatsachenfeststellung und unrichtigen Beweiswürdigung“. Nach den Erfahrungen der Verfasserin in ihrer mehr als dreißigjährigen Tätigkeit als Rechtsanwältin ist eine solche Tatsachenrüge dann, wenn die richterliche Beweiswürdigung gut begründet ist, in weniger als 1 % aller Fälle erfolgreich. Es ist daher von fundamentaler Wichtigkeit, dass das Gericht wirklich den „richtigen“ Eindruck von den Zeugen gewinnt, auf deren Aussagen es dann seine Feststellungen stützt. Denn diese Feststellungen sind schon in der Berufung kaum bekämpfbar und bilden das Fundament für die rechtliche Beurteilung.

II. Die Zeugenvernehmung nach der ZPO

Nach der ursprünglichen Konzeption der ZPO gilt die Beeidigung von Zeugen als Regelfall.¹⁰⁾ Nur ausnahmsweise sind Zeugen vor ihrer Vernehmung nicht zu beeiden.

Der „Normalfall“ sieht in der Praxis selbstverständlich ganz anders aus: Zeugen werden in aller Regel unbeeidet vernommen. Nur in absoluten Ausnahmefällen, wenn eine Partei dies beantragt, werden Zeugen beeidet. Der Richter beginnt mit der Vernehmung und gibt den Zeugen dabei die Möglichkeit, ihre Sicht der Dinge gesamtheitlich zu schildern: Sie erzählen also, geleitet durch das Gericht, „ihre“ Geschichte. Der Richter hält ihnen ggfs. Dokumente vor und konfrontiert sie mit den Aussagen anderer Zeugen. Dann erhalten die Parteien das Fragerecht.¹¹⁾ Dabei ist es – aus advokatorischer Sicht – ein „Anfängerfehler“, Zeugen, mit deren Aussage man unzufrieden ist, mehrmals dieselbe Frage aus verschiedenen Perspektiven zu stellen und zu hoffen, der Zeuge werde sich nun besinnen und eine für den eigenen Standpunkt günstigere Aussage machen. IdR ist das Gegenteil der Fall: Der Zeuge schießt sich immer mehr auf das schon bisher Gesagte ein, und die unvorteilhafte Antwort findet sich nun gleich mehrmals im Protokoll.

Dem kann normalerweise auch durch eine Beeidigung nach §§ 336 ff ZPO nicht entgegengewirkt werden. Die Verfasserin hatte erst vor kurzem, nach drei-

6) OGH 19. 3. 2002, 10 Ob S69/02y; OLG Innsbruck 18. 1. 2023, 3 R 150/22s; OLG Wien 19. 3. 2009, 1 R 44/09m; LG Eisenstadt 22. 1. 2008, 37 R 4/08z; LG Eisenstadt 20. 12. 2006, 37 R 18/06f; OLG Linz 19. 9. 2003, 11 Rs 81/03; OLG Wien 30. 8. 1984, 31 R 195/84; vgl zur Zeugenaussagen diesbezüglich § 327 ZPO.

7) OGH RIS-Justiz RS0040127; OLG Innsbruck 18. 01. 2023, 3 R 150/22s.

8) Das Gericht kann den Zeugen gem § 325 ZPO auch von Amts wegen durch Geldstrafen von jeweils bis zu € 100.000,– oder durch Haft zur Aussage verhalten.

9) *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 272 Rz 1.

10) Siehe hierzu *Frauenberger* in *Fasching/Konecny* III/1³ § 336 ZPO Rz 1.

11) § 289 ZPO.

Bigjähriger Tätigkeit als Anwältin, erstmals das Vergnügen, an einer solchen Beeidigung teilnehmen zu dürfen. Der gegnerische Anwalt machte ihr die Freude, die Beeidigung zweier von ihr geführter Zeugen zu beantragen. Die Atmosphäre wurde richtig feierlich, als die Richterin des BG Josefstadt die – doch vorhandenen – Kerzen anzündete, mit bewundernswerter Gewandtheit die Beeidigungsformel auswendig vortrug und die Zeugen dann schwören ließ, dass sie die reine und volle Wahrheit und nichts als die Wahrheit aussagen.¹²⁾ Auch die Zeugen waren von dieser „Extraeinlage“ durchaus beeindruckt. Mit selbstverständlicher Festigkeit machten sie ihre Aussage – ganz im Sinne des Standpunktes der Partei, für die sie die Verfasserin beantragt hatte.

Sagt ein Zeuge schon „normalerweise“, also unbeeidet, unter Wahrheitspflicht aus, weil er sich durch eine Falschaussage ohnehin bereits des Vergehens nach § 288 Abs 1 StGB schuldig machen würde, so ist eine unter Eid gemachte Aussage, welche vom Gesetz noch strenger bestraft wird,¹³⁾ natürlich „unschlagbar“. Sie hat idR noch höhere Beweiskraft, weil der Zeuge bei einer solchen vereidigten Aussage ja nach der Lebenserfahrung „ganz sicher nicht lügen wird“. Das Gericht tut sich daher besonders leicht, einem derart verlässlich aussagenden Zeugen gerade bei seiner Beeidigung vollen Glauben zu schenken und dies als besonders bekräftigenden Umstand in seiner schriftlichen Beweiswürdigung festzuhalten: Wenn der Zeuge etwas sogar unter Eid ausgesagt hat, muss es wohl jedenfalls der Wahrheit entsprechen.

Die gegnerischen Zeugen zu beeiden, um sie von einer zuvor gemachten Aussage dann unter Eid wieder abgehen zu lassen, ist also im Normalfall keine taktisch besonders gute Idee, weil dies mit ziemlicher Sicherheit nicht passieren wird. Will man als Anwalt die formal höhere Beweiskraft einer eidlich bekräftigten Aussage nutzen, so empfiehlt es sich schon eher, die eigenen Zeugen zu beeiden. Üblich ist das dennoch nicht, und würde es zur ständigen Praxis, so ginge damit sicherlich auch ein gewisser Gewöhnungseffekt einher.

III. Das Verbot schriftlicher Zeugenaussagen

Schriftliche Zeugenaussagen sind der österreichischen Zivilprozessordnung bekanntlich fremd: Nach Ansicht des OGH laufen schriftliche Zeugenaussagen sowohl dem Grundsatz der Unmittelbarkeit als auch dem Gebot der Mündlichkeit zuwider und sind somit als Beweismittel unzulässig.¹⁴⁾ Der Zeuge muss also – und sei es unter Verhängung einer Ordnungsstrafe und zwangsweisen Vorführung durch die Polizei¹⁵⁾ – persönlich vor Gericht erscheinen und seine Aussage machen.

Ob das unter allen Umständen sinnvoll ist, darf hinterfragt werden. Da gibt es zunächst einmal den – eher seltenen – Fall, dass ein Zeuge zu dem Thema, zu dem er geführt wird, gar nichts beitragen kann (etwa, weil die ihn beantragende

12) § 1 des Gesetzes vom 3. 5. 1868 zur Regelung des Verfahrens bei den Eidesablegungen vor Gericht (RGBI 1868/33).

13) Die Strafdrohung beträgt in diesem Fall sechs Monate bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe: § 288 Abs 2 StGB.

14) OGH RIS-Justiz RS0036711; RS0040532; 20. 2. 2018, 4 Ob 26/18d; 6. 4. 2016, 7 Ob 46/16i. Insb bei „öffentlichen Stellen“ sind aber auch schriftliche Angaben zulässig: vgl 22. 10. 2015, 1 Ob 39/15i.

15) § 333 Abs 1 ZPO.

Partei über seine Involvierung in den Fall irrt). Wäre es da nicht jedenfalls ausreichend, wenn der Zeuge dies dem Gericht schriftlich bekanntgibt?¹⁶⁾ Schon häufiger ist der Fall, dass ein Zeuge von seiner gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht nicht entbunden wird. Die herrschende Praxis ist es hier, dass ein solcher Zeuge extra zu Gericht anreisen muss (und dafür auch Zeugengebühren beantragen kann), um eben diesen Umstand dem Gericht „Auge in Auge“ mitzuteilen.¹⁷⁾ Im besten Fall ist er nach dieser Übung wieder entlassen, im schlechtesten Fall stellt ihm das Gericht Frage um Frage und lässt ihn zu jeder einzelnen die Aussage wiederholen, dass er dazu eben – wie bereits anfangs mitgeteilt – bekanntlich nicht entbunden ist.¹⁸⁾

Die dem Gesetzgeber vorschwebende Vorstellung, dass sich das Gericht unter allen Umständen einen persönlichen Eindruck vom Zeugen und seiner Glaubwürdigkeit machen muss, tritt in solchen Fällen vollkommen in den Hintergrund.

Es gibt aber auch noch andere Situationen, in denen eine schriftliche Aussage sinnvoll sein kann. Dies ist insb dann der Fall, wenn eine Person aus objektiven Gründen einfach nicht zu Gericht kommen kann. Hier mag zwar die – dann doch vorzuziehende – Möglichkeit einer Videovernehmung Abhilfe bieten, dies ist aber nicht immer der Fall. Befindet sich ein Zeuge etwa im Kriegsgebiet (eine noch vor kurzem undenkbare Vorstellung, die zuletzt erschreckend an Realität gewonnen hat), dann ist es doch sinnvoller, seine schriftliche Aussage zu haben, als gar keine. Selbstverständlich kann das Gericht (auch) diese frei würdigen, wie es das ja auch mit sonstigen vorgelegten Urkunden tun darf. Es ist eigentlich kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, dass jegliche Urkunden – zB auch einseitige Aktenvermerke, die über Besprechungen von Zeugen angefertigt wurden – ohne weiteres als Urkunden vorgelegt werden dürfen, auch wenn diese uU erst weit nach der Besprechung, etwa zur Vorbereitung eines Prozesses, angefertigt wurden, gerade schriftliche Zeugenaussagen aber nicht.

Ein weiterer Fall, in dem die Vorlage einer schriftlichen Aussage wirklich sinnvoll sein kann, betrifft Zeugen, die so krank sind, dass sie die Strapazen einer kontradiktorischen Befragung nicht gut „aushalten“. Dabei sind die Grenzen bis zur echten „Wiedergabeunfähigkeit“¹⁹⁾ natürlich fließend. Aber, bevor der Zeuge dann gar nicht aussagt, wäre es doch viel sinnvoller, ihm die Erleichterung einer schriftlichen Zeugenaussage zu gestatten. Ob und inwieweit diese glaubwürdig ist oder nicht, liegt dann ohnedies in der freien gerichtlichen Beweiswürdigung.

16) Zu denken ist hier an § 348 ZPO, wonach ua „Anzeigen“ und „Gesuche“ eines Zeugen mittels Schriftsatzes angebracht oder mündlich zu gerichtlichen Protokoll erklärt werden.

17) Selbst wenn der Zeuge gem § 323 ZPO schon vor der zu seiner Vernehmung bestimmten Tagsatzung die Gründe der Weigerung dem Gericht mitteilt – was in der Praxis so gut wie nie vorkommt – würde dies den Zeugen nicht von seiner Pflicht, zur Verhandlung zu erscheinen, befreien: *Frauenberger in Fasching/Konecny* III/1³ § 324 ZPO Rz 1.

18) Dies deshalb, weil nach hA die Verweigerungsgründe in § 321 Abs 1 ZPO kein vollständiges Aussageverweigerungsrecht gewähren, sondern nur das Recht die Beantwortung einzelner Fragen zu verweigern: s statt vieler *Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ §§ 321–322 Rz 1; OGH 27. 7. 2017, 2 Ob 162/16m; 25. 5. 2000, 1 Ob 341/99z; 23. 11. 1999, 1 Ob 254/99f.

19) § 320 Z 1 ZPO.

Bestehen wirkliche Bedenken, dass ein Zeuge später nicht mehr aussagen kann, so ist es natürlich möglich, dass dieser etwa in Briefform an die Verfahrenspartei oder deren Rechtsanwalt seine Erinnerungen zusammenfasst. Ein solches Schreiben ersetzt zwar nicht die reale Zeugenvernehmung, stellt aber eine sonstige Urkunde dar, deren Vorlage im Verfahren an sich nicht unzulässig ist. Die Verfasserin hat es auch schon erlebt, dass Gerichte solche Schreiben „unter Vorbehalt“ zum Akt nehmen und zunächst doch auf die Möglichkeit einer persönlichen Einvernahme hoffen. Ist diese dann nicht mehr möglich – im schlimmsten Fall, weil der Zeuge verstirbt – so wird das Schreiben dennoch gewürdigt.²⁰⁾

Ein solches Schreiben kommt einer schriftlichen Zeugenaussage schon sehr nahe. Seine Zulässigkeit sollte nun wirklich nicht vom Eintritt des Todesfalls abhängig gemacht werden müssen oder gar dürfen.

IV. Vorhandene Durchbrechungen des Mündlichkeitsgebotes und des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im österreichischen Zivilprozess

Hervorzuheben ist, dass sowohl der Mündlichkeits- als auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz schon nach geltendem Recht nicht lückenlos „durchgezogen“ werden, ohne dass dadurch die Treffsicherheit oder gar die Rechtssicherheit unserer Gerichtsentscheidungen beeinträchtigt zu sein scheint.²¹⁾

So sind etwa in Provisorialverfahren eidesstattige Erklärungen der Auskunftspersonen²²⁾ der Regelfall, und eine mündliche Vernehmung, bei der die Auskunftspersonen zusätzlich auch noch vor dem entscheidenden Richter erscheinen und von ihm oder sogar auch noch von den Parteienvertretern befragt werden, die absolute Ausnahme. Auch wenn nicht verkannt werden darf,²³⁾ dass bekanntlich in Verfahren über einstweilige Verfügungen eine bloße Bescheinigung des maßgeblichen Sachverhalts ausreichend ist, es also nicht der „vollen Überzeugung“²⁴⁾ des erkennenden Gerichts bedarf, sondern eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend ist,²⁵⁾ so macht diese Abstufung in der Praxis nach der Erfahrung der Verfasserin keinen nennenswerten Unterschied: In den wenigen Fällen, in denen es tatsächlich nach Abschluss des Provisorialverfahrens auch noch zur Durchführung eines vollen Hauptverfahrens mit „echten“ Zeugeneinvernahmen nach den Grundsätzen der ZPO kommt, weicht deren Ergebnis, soweit der festgestellte Sachverhalt betroffen ist, meist gar nicht oder nur wenig von dem im Provisorialverfahren mit Hilfe der schriftlichen eidesstattigen Erklä-

20) Vgl dazu OGH RIS-Justiz RS0040251 = 29. 12. 1930, 2 Ob 1255/30; vgl auch § 383 ZPO.

21) Auch die Rsp hat Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz akzeptiert: OGH 22. 10. 2015, 1 Ob 39/15i (OeNB Prüfbericht); schriftliche Beantwortung durch öffentliche Stellen (Bittner in *Fasching/Konecny* III/1³ § 292 ZPO Rz 44). Der Grundsatz der Unmittelbarkeit ist „kein Selbstzweck“ (OGH RIS-Justiz RS0056185) und „verzichtbar“ (OGH RIS-Justiz RS0041499).

22) OGH 16. 3. 2004, 4 Ob 40/04; 14. 7. 1993, 3 Ob 529/93; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ (2022) Rz 6.47.

23) Nach der Rsp des OGH gilt bei der Glaubhaftmachung der Grundsatz der Unmittelbarkeit nicht: OGH RIS-Justiz RS0040293.

24) Vgl etwa OGH 19. 2. 2004, 6 Ob 145/03x; LGZ Wien 31. 3. 2020, 44 R 90/20s EFSlg 165.718; OGH RIS-Justiz RS0040129.

25) OGH 16. 11. 2021, 1 Ob 168/21v; *König/Weber*, Einstweilige Verfügungen⁶ Rz 6.46/1.

rungen bescheinigten Sachverhalt ab. *Quod erat demonstrandum*: Es geht also auch mit schriftlichen Aussagen.

Auch bei Rechtshilfevernehmungen besteht die Möglichkeit, Beweisaufnahmen durch den ersuchten Richter durchzuführen (§ 328 ZPO), sodass der tatsächlich entscheidende Richter bloß eine schriftliche Aussage des Zeugen in Form des Rechtshilfeprotokolls bekommt, auf die er seine Beweiswürdigung aufbaut. Dies selbstverständlich, ohne dass er den Richter, der diese Vernehmung persönlich durchgeführt hat, mit der Frage kontaktiert, ob der im Rechtsweg vernommene Zeuge denn glaubwürdig gewesen sei oder nicht. *Quod erat demonstrandum II*: Nicht einmal ein unmittelbarer persönlicher Eindruck des entscheidenden Richters ist nach geltendem Recht wirklich unter allen Umständen zwingend erforderlich.

Um an dieser Stelle keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: Die Verfasserin möchte nicht etwa eine Lanze dafür brechen, künftig auf mündliche Verhandlungen samt Zeugeneinvernahmen überhaupt zu verzichten. In manchen Ländern sind selbst handelsgerichtliche Verfahren nahezu reine Urkundenverfahren, in denen niemand mehr vernommen wird. Dies führt nicht nur zu einem echten Verlust an Advokatur, sondern ist auch schade und entspricht sicherlich nicht „unserem“ Konzept eines guten und effektiven Zivilverfahrens. Was man aber überlegen sollte, ist, ob nicht einerseits schriftliche Zeugenaussagen als Ausgangspunkt für eine effektivere Zeugenbefragung genutzt werden könnten. Denn solche Aussagen erleichtern die Verhandlungsvorbereitung sowohl für das Gericht als auch für die Parteienvertreter, sie machen die Verhandlung kürzer und effizienter und können – eben in Entsprechung des Mündlichkeitsgebotes – ja in der dennoch stattfindenden mündlichen Streitverhandlung durchaus kritisch hinterfragt werden.

Und andererseits sollte man überlegen, ob nicht die Zulassung direkterer, auch „leitender“ Fragen oder Suggestivfragen – um den hässlichen und wohl auch unzutreffenden Ausdruck „Fangfragen“ zu vermeiden – durch die Parteienvertreter ein nützliches und probates Mittel zur Sachverhaltsermittlung auch im österreichischen Zivilprozess sein könnte und sollte.

V. Die Praxis in Schiedsverfahren: Schriftliche Zeugenaussagen und ihr Zustandekommen

A. Die IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration

Ganz anders als in Gerichtsverfahren geht die Zeugenbefragung nach den herrschenden „best practises“ vor sich: In Anlehnung an die bekannten „IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration“²⁶⁾ die insb in Art 4 und 8 die Zeugenvernehmung regeln, werden von den Zeugen schriftliche Aussagen abverlangt, die jeweils zugleich mit den wechselseitigen vorbereitenden Schriftsätzen an das Schiedsgericht einzubringen sind.

Nach den geschriebenen IBA Regeln hat jede Partei zunächst die Zeugen, auf deren Aussage sie sich zu stützen beabsichtigt und den Gegenstand der Aussage zu bezeichnen. Dies passiert in der Praxis aber so gut wie nie, weil Schiedsgerichte schon in ihrer prozessleitenden Verfügung Nr 1, die den weiteren Verfah-

26) Siehe dazu etwa *Zuberbühler/Hofmann/Oetiker/Rohner*, IBA Rules of Evidence (2011).

rensablauf regelt, idR vorsehen, dass schriftliche Zeugenaussagen ihrer Zeugen gemeinsam mit den jeweiligen Schriftsätzen vorzulegen sind. Daraufhin teilt in der Praxis die gegnerische Partei mit, welche Zeugen (und Sachverständigen) in der mündlichen Beweisverhandlung erscheinen sollen, weil sie sie ins Kreuzverhör nehmen möchte. Theoretisch kann auch die Partei, die den Zeugen geführt hat, das Erscheinen des Zeugen verlangen, wenn dieser für sie von besonderer Wichtigkeit ist. Jeder Zeuge, dessen Erscheinen eine Partei oder das Schiedsgericht verlangt, hat in der Beweisverhandlung auch zur Aussage zu erscheinen. Bleibt ein so beantragter Zeuge der Beweisverhandlung ohne triftigen Grund fern, sind auch dessen schriftliche Zeugenaussagen idR unbeachtlich.²⁷⁾

Also kurze Übersicht: Die Zeugenbefragung selbst beginnt mit einer Fragestellung durch die Partei, die den Zeugen namhaft gemacht hat. Bei dieser direkten Befragung der „eigenen“ Zeugen dürfen keine „unangemessenen Suggestivfragen“ gestellt werden. Danach erhält die andere Partei Gelegenheit, die Zeugen der anderen Partei in einem „Kreuzverhör“ zu befragen. Hierbei sind auch „leading questions“ oder Suggestivfragen erlaubt. Abschließend darf die Partei, die den Zeugen namhaft gemacht hat, den Zeugen noch einmal Fragen beschränkt auf die Streitpunkte des Kreuzverhörs stellen.

B. Die „Prague Rules“

Den IBA Rules on the Taking of Evidence kommt in der derzeitigen Schiedspraxis enorme Bedeutung zu. Versuche einer anderen international zusammengesetzten Arbeitsgruppe, im Jahr 2018, mit den sog. „Prague Rules“ mehr inquisitorisch dominierte Beweiserhebungsregeln in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit populär zu machen, müssen heute wohl als wenig erfolgreich angesehen werden. Nach deren Art 5 „Fact Witnesses“ müsste eine Partei, die einen Zeugen namhaft machen möchte, zuerst die Erlaubnis des Schiedsgerichts einholen. Dazu muss sie dem Schiedsgericht erklären, wie der konkrete Zeuge zum Beweis der für den Streit relevanten Umstände beitragen kann. Ein solcher Antrag muss bereits relativ am Beginn des Verfahrens gestellt werden. Nach Anhörung der gegnerischen Partei kann das Schiedsgericht die Stelligmachung des Zeugen zulassen und der Partei die Vorlage einer schriftlichen Zeugenaussage freistellen. Wenn eine solche vorgelegt wird, kann sich das Tribunal – wiederum nach Anhörung der anderen Seite – auch noch gegen die Einvernahme des Zeugen entscheiden und sich mit der schriftlichen Aussage begnügen. Wird der Zeuge doch einvernommen, geschieht dies „unter der vollen Kontrolle des Schiedsgerichts“. Dieses kann das Fragerecht der Parteien beschränken, wenn es die entsprechenden Fragen für irrelevant hält und nach freiem Ermessen auch andere Einschränkungen, etwa in Bezug auf die Fragezeit oder die Fragenart vorsehen.

Diese dominante Rolle des Schiedsgerichts ist weitaus strenger und einschneidender als in einem staatlichen österreichischen Gerichtsverfahren. Kein Wunder, dass sich die Prager Regeln nicht durchgesetzt haben.

27) Vgl. dazu weitergehend Welser/De Berti, Best Practices in Arbitration: A Selection of Established and Possible Future Best Practices, in: Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowicz/Power/Welser/Zeiler, Austrian Yearbook on International Arbitration 2010 (2010) 79 ff.

C. Die Zulässigkeit der „Zeugenvorbereitung“ und ihre Grenzen

In der Praxis werden schriftliche Zeugenaussagen, wie sie in Schiedsverfahren bereits gemeinsam mit dem Schriftsatz, zu dessen „Stützung“ sie dienen sollen, einzubringen sind, von den einschreitenden Anwaltskanzleien zwar in – hoffentlich enger – Abstimmung mit den Zeugen textiert. Die Formulierung liegt aber idR doch in den Händen der Anwälte. Ist dadurch zu befürchten, dass die Zeugenaussage an Authentizität verliert?

Ja und nein. Selbstverständlich wird der formulierende Jurist versuchen, für den Standpunkt dessen, dem die Aussage „dienen“ soll, die richtigen Worte zu finden. Dies ist nach Ansicht der Verfasserin auch legitim, solange der wahre Gehalt der Aussage nicht verändert wird.

Nach österreichischem Ständesrecht ist es ja auch keineswegs unzulässig, die Zeugen vor der Verhandlung zu treffen und gerade auf ihren persönlichen Wahrnehmungen die eigenen Schriftsätze aufzubauen, also den Wortlaut der Schriftsätze mit dem abzustimmen, was der Zeuge sagt. Nach § 8 RL-BA („Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes“) ist „der Kontakt mit Zeugen vor und auch während eines anhängigen Verfahrens zulässig; jedoch muss jede Form der unzulässigen Beeinflussung vermieden werden“. In der Tat ist es ja häufig so, dass gerade und nur die Zeugen die einzigen Erkenntnisquellen sind, auf die der Anwalt den Fall seiner Partei überhaupt aufbauen kann. Denn dass die Geschäftsführung oder der Vorstand selbst alle entscheidenden Gespräche selbst geführt und bei allen entscheidenden Ereignissen persönlich anwesend war, ist doch eher der Ausnahmefall.

Wenn aber ohnehin schon die Angaben in Klage, Klagebeantwortung und den sonstigen Schriftsätzen von dem geprägt sind, was die Zeugen dem Rechtsanwalt mitgeteilt haben und es ebenso zulässig ist, dass der Anwalt den Zeugen sagt, was sie ungefähr bei der Verhandlung zu erwarten haben – s. eben § 8 RL-BA –, dann ist es auch nicht grundsätzlich unzulässig, dass der Anwalt die Zeugen bei der Formulierung ihrer schriftlichen Aussagen unterstützt, solange der Wahrheitsgehalt dadurch nicht verfälscht wird. Bei den bereits erwähnten eidesstattigen Erklärungen in Provisorialverfahren ist dies jedenfalls Gang und Gäbe und wird von niemandem beanstandet.

D. Die Erstellung schriftlicher Zeugenaussagen in der Praxis

Das Korrektiv ist dann sowieso die „Cross-Examination“, also das Kreuzverhör. Daher „bringt“ es auch gar nichts, wenn dem Zeugen womöglich – entgegen § 8 RL-BA – Aussagen in den Mund gelegt werden sollten, die er dann in seiner mündlichen Befragung nicht aufrecht hält oder so nicht bestätigen kann. Ebenso wenig ist es sinnvoll, komplizierte Worte oder „geschraubte“ Sätze zu verwenden, bei denen auf den ersten Blick erkennbar ist, dass der Zeuge sie so selbst nie gesagt hätte. Bei der Textierung schriftlicher Zeugenaussagen gemeinsam mit dem beratenden Rechtsanwalt ist daher wirklich und ehrlich darauf zu achten, dass die Aussage immer die des Zeugen bleibt, dass er sich zu 100% mit ihr identifiziert und sie auch vor Unterfertigung und Einbringung persönlich, aus voller Überzeugung und nicht nur formal durch seine Unterschrift „absegnet“.

Jede einzelne Zeugenaussage ist daher individuell und unbedingt mit dem Zeugen persönlich zu erstellen; „copy and paste“ fremder Aussagen aus Zeitersparnisgründen ist nicht nur gefährlich, sondern dazu auch noch ein echter

Kunstfehler und hat unter allen Umständen zu unterbleiben, sonst geht der Zeuge im Kreuzverhör unter. Um – erneut – an ein persönliches Erlebnis der Verfasserin aus einem jüngsten Schiedsverfahren anzuknüpfen:

Bei der Vorbereitung des Kreuzverhörs der gegnerischen Zeugen fiel auf, dass ganz offensichtlich zwei Zeugenaussagen in langen Passagen wortgleich waren. Was nun folgte, war ein Vergnügen: Nachdem der Zeuge über ausdrückliche Nachfrage beschwörend ausgesagt hatte, die schriftliche Zeugenaussage stelle wirklich sein ganz persönliches Werk dar und er habe sie auch vollständig alleine verfasst, kam, was kommen musste: Konfrontiert damit, dass aber – zufällig? – ein anderer Zeuge zu wörtlich genau derselben Aussage gefunden hatte, musste der Zeuge zugeben, er habe sein schriftliches Statement „doch nicht ganz allein verfasst“, sondern sei mit dem Kollegen zusammengesessen, und sie hätten eine „Teamaussage“ gemeinsam erstellt. Schon das war kein guter Beginn. Bei weiteren Fragen zum Inhalt der „gemeinsamen“ Aussage wurde dann aber noch offenbar, dass der Zeuge bei etlichen von ihm beschriebenen Treffen gar nicht dabei war, und zuletzt ging es um „die Mangelanzeige“, welche einen ganz zentralen Punkt des gesamten Verfahrens betraf. Im Verfahren gab es aber etliche Mangelanzeigen, und der Zeuge konnte in der Tat die Frage nicht beantworten, welche Mangelanzeige er denn mit „die Mangelanzeige“, die nach seiner schriftlichen Darstellung Grund für den Rücktritt von einem Vertrag im Umfang von zig Millionen gewesen sein soll, überhaupt gemeint hatte.

Die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen war dahin.

Was ergibt sich daraus in der Praxis für die Erstellung schriftlicher Zeugenaussagen? Auch wenn der Anwalt den Zeugen bei der genauen Formulierung ganz wenig unterstützt, ist es unumgänglich, dass die Aussage letztlich vom Zeugen selbst stammt, in seinen Worten geschrieben ist, er sich hundertprozentig mit ihr identifiziert und sie auch selbst versteht und in eigenen Worten wiedergeben kann, wenn er dazu befragt wird. „Standardisierte“ gleichlautende Aussagen mehrerer Zeugen darf es nicht geben, wenn der Zeuge auch im Kreuzverhör bestehen soll.

E. Schriftliche Zeugenaussagen im gerichtlichen Zivilprozess?

Und was kann man daraus für den gerichtlichen Zivilprozess schließen? Erstens, dass schriftliche Aussagen per se nicht von vornherein unzulässig sein sollten, weil ja aufgrund des Mündlichkeitsgebotes immer die Möglichkeit besteht, den Zeugen persönlich dazu zu fragen. Zweitens, dass das Gericht auch bei vorbereitenden schriftlichen Aussagen, nicht seiner Möglichkeit zur Evaluierung der Glaubwürdigkeit des Zeugen und der freien Beweiswürdigung, die selbstverständlich in keiner Weise beschnitten werden darf, beraubt ist. Denn diese können die Verhandlung nach Ansicht der Autorin effizienter gestalten und auch dem Richter die Vorbereitung erleichtern, weil er sich schon ein Bild machen kann, was Thema der Aussage ist. Und drittens, dass Parteienvertreter, die den Akt manchmal sogar in mehr Details kennen als das Gericht vor der Verhandlung, das Gericht bei der Wahrheitsfindung wirklich unterstützen können. Denn gem § 327 ZPO hat das Gericht *alle Umstände*, welche auf die Unbefangenheit des Zeugen und die Glaubwürdigkeit seiner Aussage von Einfluss sind, nach freier Überzeugung sorgfältig zu würdigen. Und dazu gehört eben auch die Art und Weise, wie er auf Fragen des „gegnerischen“ Anwalts reagiert und – soweit zulässig –

auch der Umgang mit und die Auslegung einer von ihm vorher erstatteten schriftlichen Stellungnahme.

VI. Die Reaktion auf schriftliche Zeugenaussagen: Das Kreuzverhör

Wie man ein Kreuzverhör richtig anlegt und ausführt, gehört im Anglo-Amerikanischen Raum wohl zur Grundausbildung jedes Juristen. Dabei bestehen etwa auch zwischen den Vereinigten Staaten und Großbritannien gewisse Unterschiede; so genügt es nach amerikanischem Recht meist, dem Zeugen solche Fragen zu stellen, aus deren Beantwortung das Gericht selbst auf die relevante Tatsache schließen kann, während im Vereinigten Königreich idR auch die „Conclusio“ des Gesagten zum Abschluss extra abgefragt wird.

„Kontinentaleuropäische“ Anwälte müssen sich mit dieser Technik erst vertraut machen, was aber auch durch Führung internationaler Schiedsverfahren geschehen kann, wo nach den IBA Rules on the Taking of Evidence, wie oben bereits gezeigt, schriftliche Zeugenaussagen²⁸⁾ samt anschließendem Kreuzverhör den Regelfall darstellen. Das ist zunächst gar nicht einfach, denn wir sind es ja in Österreich gewöhnt, dass das Gericht im Rahmen „offener“ Fragen den Zeugen die Möglichkeit gibt, ganz „ihre“ Geschichte zu erzählen und ihre Sicht der Dinge darzulegen. Erst danach – wobei ein optimal vorbereiteter Richter zu diesem Zeitpunkt womöglich schon alles Relevante selbst gefragt hat – kommen die Parteien dran (§ 341 iVm § 289 ZPO). (Nur) Fragen, die dem Richter unangemessen scheinen, hat er zurückzuweisen (§ 289 Abs 1 letzter Satz ZPO).

A. Grundzüge eines Kreuzverhörs

„Suggestivfragen“ oder „leitende Fragen“, die der Zeuge bloß mit „ja“ oder „nein“ beantworten soll, sind in österreichischen Gerichtssälen unerwünscht, stoßen bei Richtern regelmäßig auf Widerstand und werden in der Praxis auch manchmal explizit nicht zugelassen. Im Gegensatz dazu sind sie im Kreuzverhör der absolute Regelfall und jedenfalls „state of the art“.²⁹⁾ Dies hängt mit Sinn und Zweck des Kreuzverhörs zusammen:

Das wichtigste Ziel des Kreuzverhörs ist es nämlich, ausgehend von der schriftlichen Zeugenaussage entweder zu versuchen, den gegnerischen Zeugen uninformiert oder unglaublich erscheinen zu lassen oder aber, im besten Fall, seine Aussage so zurechtzurücken, dass sie für eigene Zwecke genutzt werden kann. Provokative Stimmen haben sogar mit der Behauptung aufhorchen lassen, bei der Cross Examination gehe es überhaupt nicht um die Findung der materiellen Wahrheit, sondern darum, das Selbstbewusstsein des Zeugen zu zerstören, alle Anzeichen seiner Befangenheit aufzuzeigen, seine Inkompetenz zu betonen und ihn insgesamt zu diskreditieren.

Das ist sicherlich in dieser Form unzutreffend. Worum es aber schon geht, ist, für den eigenen Standpunkt schlechte Aussagen zu neutralisieren, indem etwa gezeigt wird, dass der Zeuge „gar nicht dabei“ war, bloße Schlüsse gezogen hat

28) Dazu auch Welser/De Berti in Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler, Yearbook 2010, 79 (89).

29) Vgl dazu Mauet/Easton, Trial Techniques and Trials¹¹ (2021) 199 ff; Wellmann, The Art of Cross-Examination (1908) 1ff; Newmann/Sheppard, Take the Witness: Cross-Examination in International Arbitration (2010) 3 ff.

oder sogar zugibt, dass er Teile seiner schriftlichen Aussage so nicht mehr aufrecht hält. All das hat die Verfasserin in ihrer Schiedsgerichtspraxis schon erlebt. Und dazu kommt es eben vor allem dann, wenn man zuerst eine schriftliche Aussage hat, die man vor der Befragung genau analysieren und dann die passenden Fragen finden kann.

Die Technik des Kreuzverhörs ist natürlich von der Ausbildung und Erfahrung des einschreitenden Juristen abhängig. Als Grundregel gilt: „Stelle nur eine Frage, von der Du weißt, wie der Zeuge sie beantworten wird.“ Das funktioniert aber natürlich nicht immer. Auch wenn – wieder als Grundregel – leitende Fragen gestellt werden sollten, also Fragen, die der Zeuge mit „Ja“ oder „nein“ beantwortet, wissen gut vorbereitete „widerspenstige“ Zeugen darum natürlich genau Bescheid und versuchen alles, entweder die Frage irgendwie zu umgehen, sie unbeantwortet zu lassen oder doch „ihre eigene Geschichte zu erzählen“.

Zeugen im Kreuzverhör werden idR vom befragenden Anwalt vor allem auch mit Urkunden und sonstigen Beweismitteln konfrontiert, die ihrer eigenen Darstellung widersprechen, dies aus zwei Beweggründen: Zum einen wirkt der Zeuge natürlich wenig glaubwürdig, wenn seine schriftliche Aussage Vertragsdokumenten, Briefen oder sonstigen im Akt befindlichen Unterlagen direkt widerspricht. Zum anderen aber – und das ist ein ebenso wichtiger Aspekt – wird die Aufmerksamkeit des Schiedsgerichts durch die unmittelbare Präsentation solcher Unterlagen in der Verhandlung gerade auf diese gelenkt, also auf Urkunden, die sonst im Akt „untergegangen“ wären. Besonders hilfreich ist in diesem Zusammenhang die nicht erst seit COVID³⁰⁾ geübte – und auch im modernen Gerichtssaal mögliche Praxis, wichtige Unterlagen auch direkt am Bildschirm zu zeigen, weil so wirklich gesichert ist, dass auch das (Schieds-)Gericht einen Blick darauf wirft.

B. Das Kreuzverhör als Teil der Zeugenbefragung

Das Kreuzverhör ist idR auf Fragen beschränkt, die auch in den schriftlichen Zeugenaussagen bereits enthalten sind. Begonnen wird es meist nicht vom Schiedsgericht, sondern mit einer Einleitung durch jene Partei, die den Zeugen führt, in deren Rahmen sehr wohl „offene“ Fragen gestellt werden,³¹⁾ um allen zu präsentieren, welche Rolle der Zeuge – sehr allgemein – im zugrundeliegenden Sachverhalt gespielt hat. Es folgt das eigentliche Kreuzverhör, wie oben beschrieben. Dafür gibt es idR einen genauen Zeitplan, wobei die jeweiligen Zeugen beider Parteien etwa gleich lang befragt werden; manche Schiedsgerichte wenden sogar „Chess-clock Principles“ an, sodass beide Parteien nur insgesamt gleich lang fragen dürfen, aber bei der Zuteilung auf die Fragezeit der einzelnen Zeugen eher frei sind.

Nach der – hoffentlich nicht zerstörerischen – Cross-Examination durch die andere Partei versucht die Partei, die den Zeugen geführt hat, im Rahmen einer erneuten direkten Befragung (sog. „re-direct“-examination), „zu retten, was zu retten ist“. Das heißt, sie versucht dort freundlich nachzufragen, wo der Zeuge eventuell unsicher war oder für den „eigenen“ Standpunkt nicht so optimal aus-

30) Zu den Auswirkungen auf Schiedsverfahren ausführlich Welser, Wie COVID-19 Schiedsverhandlungen verändert hat – Gekommen, um zu bleiben, GesRZ-Spezial 10/2022 (Festheft für Günther J. Horvath) 77 ff.

31) Vgl dazu auch Art 8 Abs 3 der IBA Rules on the Taking of Evidence.

gesagt hat. Diese Befragung ist strikt auf das beschränkt, was im Kreuzverhör vorgekommen ist und überschreitet idR nach den vorweg festgelegten Zeitplänen nicht 10–15 Minuten. Dann kommt es zu einer eben solchen „re-cross“-examination, die wieder nur eine Reaktion auf die unmittelbar vorangehende direkte Befragung sein darf.

Im Kreuzverhör steht der Zeuge also „unter der Kontrolle“ der Partei, die das Fragerecht ausübt; „the witness is under your control“. Dennoch kann das Gericht – wie auch in den IBA-Regeln³²⁾ niedergelegt – jederzeit dazwischenfragen und ist dabei natürlich nicht an einen bestimmten Fragestil (offene oder leitende Fragen) gebunden.

C. Die Vorbereitung des Kreuzverhörs

Die Vorbereitung eines guten Kreuzverhörs nimmt beträchtliche Zeit in Anspruch. Denn man muss den Akt und alle Beilagen wirklich ganz genau kennen, um zu wissen, durch den Vorhalt welcher Beilagen man den Zeugen vielleicht erschüttern kann. Es gehört dazu, die schriftliche Zeugenaussage Punkt für Punkt durchzugehen und zu überlegen, welche Statements man vielleicht erschüttern kann und auf welche Fragen man voraussichtlich so „starke“, für den eigenen Standpunkt ungünstige Aussagen des Zeugen erwartet, dass man die entsprechenden Fragen lieber erst gar nicht stellt. Während sehr, sehr erfahrene anglo-amerikanische Anwälte zur Befragung womöglich nur eine Checkliste der Resultate vorbereiten, die sie durch die Befragung im Kreuzverhör erzielen wollen, sind kontinentaleuropäische Anwälte besser bedient, eine präzise Fragenliste unter Anschluss der Urkunden vorzubereiten, die sie dem Zeugen dann vorhalten wollen. Denn diese müssen „auf Knopfdruck“ verfügbar sein und auf den Bildschirm geworfen werden; der Beginn einer Suche im Akt nach dem Motto „Wo ist sie denn?“ ist weder angebracht noch möglich.

Der Vorbereitungsaufwand sollte also wirklich nicht unterschätzt werden. Und neben dem Kreuzverhör der gegnerischen Zeugen ist es vielfach auch Praxis geworden, sich vorweg zur „Vorbereitung“ der eigenen Zeugen eine „Mock-Cross-Examination“ für diese mit jenen Fragen auszudenken, die die Gegenseite ihnen vermutlich stellen wird. Es ist ja – wie oben erwähnt – nach § 8 RL-BA durchaus erlaubt, mit den eigenen Zeugen auch während eines Verfahrens zu reden, solange man sie nicht unzulässig beeinflusst. Daher wäre es zwar zulässig, den Zeugen eine Liste möglicher (potentieller, durch einen „Blick in die Glaskugel“ vorausgeahnter) Fragen mitzugeben, über die der Zeuge dann noch nachdenken kann. Die Grenzen des Beeinflussungsverbotes sind allerdings überschritten, wenn man ihm auch gleich die Antworten „vorschreibt“.³³⁾ Oft wird es auch genügen, wenn sich der Zeuge die relevanten Unterlagen und insb auch seine eigenen schriftlichen Zeugenaussagen noch einmal durchliest.

D. Grenzen und Fehler

Wie bereits erwähnt, ist das Kreuzverhör grundsätzlich auf Themen beschränkt, die in den schriftlichen Aussagen enthalten sind. Diese stecken also die

32) Art 8 Abs 4 lit (g) der IBA Rules on the Taking of Evidence.

33) Vgl dazu auch Fischer/Frad, Einbeziehung von Zeugen und Parteien in die Prozessvorbereitung, ecolo 2015, 385.

Grenzen der Befragung ab. Nur das (Schieds-)Gericht, nicht aber die Parteienvertreter dürfen über die dort behandelten Punkte hinausgehen. Dies mag ein Handicap darstellen, wenn etwa eigene Zeugen Fakten behandeln, zu denen man auch den gegnerischen Zeugen befragen möchte. Manchmal wird das zwar toleriert, sicher ist eine solche Gelegenheit jedoch nicht.

Wenn die Parteien jedoch ausdrücklich vereinbaren, dass das Kreuzverhör auch über die schriftlichen Zeugenaussagen hinausgehen kann, so geht diese explizite Vereinbarung den „international best practises“ vor, und das Schiedsgericht wäre³⁴⁾ daran gebunden. Ob eine solche Vorgangsweise aber sinnvoll ist, darf durchaus bezweifelt werden.

VII. Möglichkeiten und Zulässigkeit nach der ZPO

Wie bereits erwähnt, laufen nach herrschender Judikatur³⁵⁾ schriftliche Zeugenaussagen, die ja auch nicht unter der Strafsanktion des § 288 Abs 1 StGB stehen,³⁶⁾ dem Unmittelbarkeitsgebot und dem Mündlichkeitsgebot zuwider und sind daher – hart gesagt – unzulässig. Eine Entscheidung des LG für ZRS Wien aus den 30er Jahren des vorigen Jahrhunderts³⁷⁾ meint sogar, eine Zeugenaussage könne nicht durch die Verlesung eines Schreibens des Zeugen ersetzt werden, und es liege ein Verfahrensmangel vor, wenn ein solches Schreiben doch verwendet werde.

Allerdings muss ein Kreuzverhör nicht absolut zwingend auf einer schriftlichen Aussage aufbauen. Möglich und ZPO-konform wäre es daher jedenfalls, wenn – wie gewohnt – zuerst der Richter den Zeugen „offen“ befragt und dann die Parteienvertreter die Möglichkeit bekommen, den Zeugen „ins Kreuzverhör zu nehmen“, dies durchaus im Sinne der oben dargestellten „Spielregeln“ und unter ausdrücklicher Erlaubnis „leitender“ Fragen. Denn immerhin sind diese nach der ZPO keineswegs ausdrücklich verboten, und auch § 321 ZPO sieht kein Zeugnisverweigerungsrecht auf sog. „Suggestivfragen“ vor. Und, dass solche Fragen so „unangemessen“ wären, dass sie vom Gericht gem § 289 Abs 1 letzter Satz ZPO zurückgewiesen werden könnten, ist ebenfalls zu verneinen. Wenn man möchte, könnte man die Effizienz dadurch noch weiter optimieren, dass man zwischen der Befragung durch den Richter und dem darauffolgenden gezielten Kreuzverhör eine gewisse, eher kurze Vorbereitungszeit schaltet, innerhalb derer das Kreuz-

34) Auch im Sinne der Entscheidung *Flex-n-Gate v Gea*, s dazu *Welser/Minnagh*, An Arbitrator's Imperative – How to Avoid Disappointing the Parties Preventing Surprises and Enabling Efficient and Progressive Arbitral Proceedings, in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Welser/Zeiler*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2021 (2021) 127 (135); *P. Bert*, Arbitrator's Nightmare: When Procedural Orders Backfire – *Flex-n-Gate v. GEA*, *Kluwer Arbitration Blog*, November 20, 2012.

35) OGH RIS-Justiz RS0036711; RS0040532; 20. 2. 2018, 4 Ob 26/18d; 6. 4. 2016, 7 Ob 46/16i.

36) Jedoch können schriftliche Aussagen eines Zeugen § 288 StGB unterfallen, wenn sie durch ausdrückliche Bezugnahme bei der (anschließenden) förmlichen Vernehmung zur Sache zum integrierenden Aussagebestandteil erhoben werden: *Plöchl in Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 288 Rz 26.

37) AnwZ 1930, 332; die Verfasserin gesteht freimütig zu, dass es sich hierbei um ein Sekundärzitat aus *Klauser/Kodek*, JN – ZPO¹⁸ § 340 ZPO E 2 handelt. Die Verwertung schriftlicher Zeugenaussagen bildet einen Verfahrensmangel, der sogar zur Amtshaftung führen kann: OGH 28. 5. 1986, 1 Ob 28/86.

verhör mit dem Protokoll der richterlichen Befragung ebenso effizient vorbereitet werden kann wie mit einer vom Zeugen selbst verfassten schriftlichen Aussage.

Welchen Vorteil hätte eine solche Vorgangsweise? Nach Ansicht der Verfasserin gibt es eine Reihe von Vorteilen, die eine solche Befragung mit sich bringen kann:

VIII. Vom Sinn, die Parteienvertreter stärker und aktiver in die Verfahrensführung einzubinden

Zunächst sprechen schon Grundsätze der Verfahrensökonomie³⁸⁾ dafür, den Parteienvertretern vorrangig das Fragerecht zu geben, selbst ohne vorherige Befragung durch den Richter. Denn – ohne eine stets gewissenhafte Vorbereitung des Gerichts irgendwie bezweifeln oder gar in Abrede stellen zu wollen – kennen die Parteienvertreter oft die Causa, mit der sie sich lange, intensiv und auch bezahlterweise beschäftigt haben, doch etwas besser. Die „Einseitigkeit“ dieser Kenntnis wird dadurch aufgewogen, dass ja auch die andere Seite fragen darf, und zwar unmittelbar im Anschluss, ebenso natürlich das Gericht.

Ein Kreuzverhör durch die lange in den Akt „eingeleseenen“ Rechtsanwälte lässt auch allzu offene Fragen wie „Erzählen Sie mir, was Ihre Rolle in diesem Fall war und was sie darüber wissen.“ der Vergangenheit angehören und steigert daher die Effizienz. Letztlich ist es der Fall der Parteien und – wie oben gezeigt – bleibt es ja gerade bei der richterlichen freien Beweiswürdigung, und auch das Fragerecht des Richters selbst wird dadurch nicht vermindert. Wenn ihm die Parteien dabei helfen, durch gezielte Fragen die Glaubwürdigkeit der Zeugen besser und effektiver beurteilen zu können, kann darin nichts Unzulässiges erblickt werden.

Dasselbe gilt dafür, dass die Parteien im Rahmen des Kreuzverhörs die Gelegenheit erhalten, dem Zeugen vorrangig und als erste jene Urkunden vorzuhalten, die sie als entscheidungswesentlich ansehen. Welches Gericht wollte sich ernstlich dagegen wehren, das Wichtige strukturiert und quasi „auf dem Präsentierteller“ im Zuge einer solchen Befragung „serviert“ zu bekommen?

Und, ähnlich wie bei den Schriftsätzen und Rechtsmitteln, wo es ja auch Sache der Parteien ist, „ihren“ Fall zu präsentieren, ist eigentlich auch im Rahmen der Zeugenbefragung kein Grund dafür ersichtlich, sie aus der Verantwortung für eine geordnete, effektive und überzeugende Verfahrensführung zu nehmen. Die umfangreichen Bestimmungen der Zeugenbefragung nach der ZPO (§§ 288–291c sowie spezifisch dann §§ 320–350), die tatsächlich schon in etlichen Punkten (auch, aber nicht nur beim Grundsatz der Beeidigung, von der bloß im Einzelfall abgesehen werden kann) nicht mehr der tatsächlichen Handhabung entsprechen, sehen jedenfalls kein Verbot einer solchen Vorgangsweise vor.

Vom Postulat des § 340 ZPO, dass bei der „Abhörung“ der Vorsitzende – und, in Ergänzung durch § 341 ZPO auch die Parteien – „an den Zeugen über diejenigen Tatsachen, deren Beweis durch seine Aussage hergestellt werden soll, sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem das Wissen des Zeugen beruht, die geeigneten Fragen zu stellen hat“, ist ein Kreuzverhör nach Ansicht der Verfasserin jedenfalls mitumfasst.

38) *Welser*, Verfahrensökonomie aus anwaltlicher Sicht, in *Benn-Ibler/Lewisch*, Ökonomie des Verfahrensrechts (2020) 71.

IX. Vom Sinn, leading questions zu stellen

Im Sinne der Pflicht zur materiellen Wahrheitsfindung könnte man bezweifeln, dass die Stellung von leitenden oder Suggestivfragen ein geeignetes Mittel ist. Diese Meinung teilt die Verfasserin nicht:

Wir oben gezeigt, kann durch geschickte Befragung im Kreuzverhör sehr gut herausgefunden werden, ob ein Zeuge wirklich all das miterlebt hat, was er aussagen möchte. Aber es geht noch weiter, und die Stellung leitender Fragen ist tatsächlich nicht auf die Fragen gegnerischer Zeugen beschränkt:

Bekanntlich gibt es nicht nur selbstbewusste, rhetorisch perfekte und mit überzeugender Antworttechnik vertraute Zeugen, sondern auch mehr „in sich gekehrte“, ja scheue Zeugen, denen man – um bei einem Wortbild zu bleiben – „jedes Wort aus der Nase ziehen muss“. Ein Gericht könnte dem überhaupt abgeneigt sein und setzt sich dabei natürlich auch dem Vorwurf aus, Antworten womöglich vorzugeben und damit sein Objektivitätsgebot zu verletzen. Überlässt man das Fragerecht aber beiden Parteienvertretern, in diesem Fall natürlich auch der Seite, die den Zeugen beantragt hat, so kommt man mit Sicherheit der Wahrheit näher.

Weiters ist in diesem Zusammenhang auch an vergessliche, alte oder kranke Zeugen zu denken, denen durch geeignete gezielte Fragen so gut „auf die Sprünge geholfen“ werden kann, dass sie sich dann doch wieder erinnern und eine glaubwürdige und der Wahrheitsfindung dienende Aussage machen können.

Gerade auch dort, wo Fakten isoliert und aus dem Zusammenhang gerissen abgefragt werden, ist ein nicht gerichtserfahrener Zeuge oft überfragt und antwortet nichtssagend und ausweichend oder mit Gegenfragen. Führt man ihn hingegen durch geeignete Fragen genau dorthin, wo er sich wieder erinnert, so ist seine Aussage plötzlich klar, fest und – natürlich – auch richtig „auf den Punkt“. Leading questions sollten daher auch im österreichischen Zivilprozess zugelassen und nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

X. Von den Grenzen durch die Judikatur, die das Verbot der Einsendung schriftlicher Aussagen mehrmals bekräftigt hat

Die Verfasserin war eigentlich der Ansicht, dass das Verbot für einen Zeugen, anstelle seines Erscheinens eine schriftliche Aussage oder Stellungnahme „einzusenden“, irgendwo in der ZPO verankert wäre, so tief hat sich dieses Verbot in ihr Gedächtnis gegraben. Erst anlässlich der Verfassung dieses Beitrags musste sie mit Erstaunen feststellen, dass dies gar nicht so ist; die Unzulässigkeit schriftlicher Zeugenaussagen ist „nur“ ständige Judikatur. Zudem findet sich im Text der derzeit von den Gerichten verwendeten Zeugenladungen der Satz: *„Sie sind gesetzlich verpflichtet, dieser Ladung zu folgen und vor Gericht auszusagen. Ihre Aussage kann durch eine schriftliche Eingabe nicht ersetzt werden.“*

Daher bedürfte es glücklicherweise gar keiner Gesetzesänderung, um schriftliche Aussagen zur Vorbereitung der anschließenden mündlichen Verhandlung doch zuzulassen, sondern „nur“ eines Abgehens von der bisherigen Judikatur und gegebenenfalls einer Änderung des Textes auf den Ladungsformularen. Überlegt man die Vorteile, die ein solches Vorgehen im Sinne einer Effizienzsteigerung und einer „besseren“ Wahrheitsfindung mit sich bringen kann, so sollte es nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

Selbst wenn man eine so radikale Abkehr von der bisherigen Vernehmungspraxis nicht als Regelfall zulassen möchte, wäre es etwa ein Kompromiss, hierüber im konkreten Prozess eine Parteienvereinbarung zuzulassen oder die Entscheidung, ob er einer solchen Vorgangsweise – sei es mit oder ohne Kreuzverhör – eine Chance gibt, in die Hände des im Einzelfall entscheidenden Gerichtes zu legen. Und wenn der Zeuge dann wirklich grundlos nicht bei Gericht erscheint, um sich einer mündlichen Befragung zu entziehen, bliebe es aufgrund der freien Beweiswürdigung durch das Gericht und in Anlehnung an die IBA Rules immer noch möglich, seiner schriftlichen Zeugenaussage weniger Gewicht zuzuerkennen.

XI. Ein Schlussplädoyer für mehr Flexibilität und Advokatur auch unter dem geltenden Recht

Wie oben gezeigt, hat sich die Abhaltung eines Kreuzverhörs mit vorherigen schriftlichen Zeugenaussagen als fixer Bestandteil internationaler Schiedsverfahren etabliert; ein „Wegdenken“ ist nicht mehr möglich, und auch die Prager Regeln haben daran nichts geändert.

Niemand glaubt, dass Schiedsverfahren zu einer „schlechteren“ Wahrheitsfindung führen als unsere Gerichtsverfahren. Andererseits sind die Gerichte überlastet, sodass es durchaus geboten erscheint, die verfahrensführenden Anwälte mehr „in die Pflicht zu nehmen“ und ihnen auch bei der Zeugenbefragung eine aktivere Rolle zuzuerkennen. Gerade jetzt, zu einem Zeitpunkt, zu dem technische Innovationen im Gerichtssaal diskutiert werden, ist es Zeit, auch bei der Zeugenbefragung neue Wege zu gehen. Es wäre sehr zu begrüßen, schriftliche Zeugenaussagen zumindest zur *Vorbereitung* der mündlichen Befragung zuzulassen. Schon nach der bisherigen Gesetzeslage sollte es außerdem möglich sein, es den Parteienvertretern in weiterer Folge freizustellen, ob und mit welcher Fragetechnik sie welche Zeugen befragen wollen. Leitende Fragen dürfen dabei nicht ausgeschlossen werden, sie ist oft der allerbeste Weg, um herauszufinden, ob ein Zeuge glaubwürdig ist, was er wirklich weiß und was er nur „vom Hörensagen“³⁹ kennt.

Jedenfalls kann durch die primäre Überlassung des Fragerechts und die Vorbereitung der Zeugenbefragung unter Verantwortung der einschreitenden Anwälte – Advokatur im besten Sinne! – auch eine substantielle Entlastung der Gerichte und Beschleunigung der Verfahrensführung erreicht werden. Und – um mit einer ganz subjektiven Meinung der Verfasserin zu schließen – ein gutes Kreuzverhör macht außerdem auch noch große Freude!

39) OGH RIS-Justiz RS0114723: Dem Beweis vom Hörensagen ist im Allgemeinen mit Vorsicht zu begegnen; er kann aber herangezogen werden, wenn kein unmittelbarer Beweis zur Verfügung steht und ist dann vom Richter frei zu würdigen.