

Die Kunst der taktischen Prozessführung

von Christian Brückner, Basel

Erschienen in "Plädoyer" 2002, Heft 6, S. 26-35

INHALT

1. ALLGEMEINE REGELN	1
2. BEWEISFÜHRUNG	4
a) Beweiserhebung im Verhältnis zwischen Klient und Anwalt	4
b) Zeitpunkt der richterlichen Überzeugungsbildung	4
c) Verhältnis zwischen Instruktionsrichter und Kammer	6
d) Wirkungsweise verschiedener Beweismittel	6
e) Das Kontinentaleuropäische Verbot der Beeinflussung von Zeugen	7
f) Vorsicht mit Phantom-Beweisanträgen	8
g) Prozessuale Wahrheit (formelle Verfahrenswahrheit) und private Überzeugung	10
h) Keine Eigentore	12
3. KLAGEANTWORT	14
4. VORBEREITUNG DER HAUPTVERHANDLUNG	14
a) Vorbereitung der Parteien	14
b) Vorbereitung der Zeugen	14
c) Vorbereitung des Anwaltes	16
5. DIE HAUPTVERHANDLUNG	16
6. EINZELFRAGEN	17
a) Umgang mit Experten	17
b) Der Hind-Sight-Effekt	18
c) »Von Amtes wegen«	19

Emotionale Einfühlung in die Situation der Richterinnen und Richter sowie Wissen über die Arbeitsweise der Gerichte sind wichtige Faktoren für den Erfolg im Zivilprozess. So ist es zum Beispiel entscheidend, dass der Anwalt möglichst im ersten Parteivortrag beweiswirksam wird. Denn der Instruktionsrichter bildet sich früh schon eine Meinung, zwar nur provisorisch, doch gehört diese Meinungsbildung zu den «provisoires qui durent».

Prozessieren spielt sich in einem menschlichen Beziehungsnetz ab und ist people's business. Die Gerichte funktionieren nicht wie Automaten. Dazu einleitend ein paar allgemeine Regeln.

1. ALLGEMEINE REGELN

Prozessieren ist eine eminent didaktische Tätigkeit. Der Anwalt muss seine Botschaft hinüberbringen. Dabei hat er nicht nur den Widerstand der Gegenpartei zu überwinden, sondern, was wichtiger und schwieriger ist, die immanenten Widerstände beim Gericht. Richter sind notorisch überlastet, zuweilen unaufmerksam, zuweilen ermüdet. Trotzdem muss der Anwalt sich bemühen, die Richter mit den wichtigsten Elementen seiner Botschaft zu erreichen. Ich gebe dazu einleitend drei Ratschläge:

- *Rechtsschriften müssen gut lesbar, klar, ja kurzweilig und spannend sein.*
- *Sie müssen juristisch stimmig sein, soweit dies möglich ist.*
- *Sie müssen emotionell gewinnend (sympathisch) wirken.*

Lesbare Rechtsschriften: Wichtig ist gute Leserführung. Eine Rechtsschrift von mehr als 15 Seiten sollte nach der Titelseite ein Inhaltsverzeichnis haben.

Die Rechtsschrift sollte durch aussagekräftige Zwischenüberschriften gegliedert sein. Die Zwischenüberschriften sollen Aussagen zur Sache enthalten, nicht bloss abstrakte Begriffe wie «Formelles», «Materielles». Vielmehr soll der Leser bei einem Blick über die Zwischenüberschriften schlagwortartig den Gedankengang der Rechtsschrift und die Botschaft erkennen, die der Autor hinüberbringen will. Sachverhaltsdarstellungen sollen chronologisch sein.

Am Anfang der Rechtsschrift steht ein Überblick von etwa einer halben Seite, wo in wenigen Sätzen der Kern der Botschaft zusammengefasst ist und die Leserin für die bevorstehende Lektüre konditioniert wird, im Sinne: *«Im vorliegenden Streit geht es um den Anspruch des Klägers aus unerlaubter Handlung: Am Datum D ereignete sich am Orte O der Unfall U, und zwar aufgrund einer Gefahrenlage, für die der Beklagte verantwortlich ist. Der Beklagte hat seine Haftung bis heute bestritten mit der unbehelflichen Behauptung, nicht er, sondern X habe die Gefahrenlage zu vertreten gehabt.»*

Am Schluss steht eine Zusammenfassung, welche die Angelpunkte der Argumentation - tatbeständlich und rechtlich - nochmals rekapituliert im Sinne: *«Weil die Fakten A und B gegeben und die Normen C und D anwendbar sind, deshalb ist die Haftung des B gegeben und die Klage gutzuheissen.»* - Die Zusammenfassung sollte Rückverweise zu den betreffenden Abschnitten enthalten, so dass die eilige Leserin den Einstieg in die Argumentation auch dann findet, wenn sie von hinten nach vorne liest, d.h. mit der Zusammenfassung beginnt und sich gestützt auf die dortigen Querverweise über die Einzelheiten informiert.

Die Rechtsschrift soll sich insgesamt auf das Wichtige beschränken.

Juristisch stimmige Rechtsschriften: Die Anspruchsgrundlage muss juristisch tragfähig sein.

Es ist nicht unbedingt nötig, die juristischen Elemente der Anspruchsgrundlage schulmässig vor den Augen des Gerichts auszubreiten. Zuweilen ist es besser, dem Gericht die Möglichkeit offen zu halten, die juristischen Aspekte selber zu finden. Jedes Gericht hat die Tendenz, kreativ zu sein und «von oben herab» den Parteien und ihren Anwälten das Recht zu verkünden. Nur ungern folgen Richter den rechtlichen Ausführungen einer Partei sklavisch. Die Gerichte wollen im-

Plädoyer Heft 6/2002, S. 27

mer noch etwas Eigenes beifügen, selber einen juristischen «Mehrwert schaffen».

Aber auch wenn man die Anspruchsgrundlage nicht schulmässig herunterdoziert, muss man beim Verfassen der Rechtsschrift doch diese Anspruchsgrundlage klar vor Augen haben. Der Sachverhalt muss sich über das Gestänge der juristischen Anspruchsgrundlage sinnvoll drüberbreiten, darauf aufgespannt sein. Identifiziert der Anwalt in der Anspruchsgrundlage allzu grosse, in keiner Weise überbrückbare Lücken, so muss er dem Klienten das Prozessieren ausreden.

Es gibt jedoch in den meisten Fällen nicht eine einzige Anspruchsgrundlage, die entweder vorhanden ist oder fehlt, sondern mit kreativem Denken kann die Anspruchsgrundlage auch dort erkannt werden, wo sie auf ersten Blick nicht vorhanden zu sein schien. Auch eine reichlich konstruierte und weit hergeholte Anspruchsgrundlage liest sich im Nachhinein zuweilen

ganz elegant und einleuchtend, wenn sie einmal ausgedacht und didaktisch gut vorgetragen wurde.

Emotionalisierende Rechtsschriften: *Beim Schreiben von Rechtsschriften und beim Plädieren muss der Anwalt versuchen, die Emotionen der Richter für sich zu mobilisieren. Das geschieht dann am besten, wenn der Anwalt ohne Aggressivität auftritt - weder aggressiv gegen die Gegenpartei noch gegen den Gegenanwalt, und erst recht nicht aggressiv gegen das Gericht.* Suaviter in modo, fortiter in re, lautet die Regel. Zu Deutsch: Sanft im Tonfall, stark in der Sache. Der Anwalt äussert sich wenn immer möglich «low key», d.h. er spricht höchstens in einem Mezzoforte. In einer langen Rechtsschrift darf er höchstens an zwei Orten ins Forte hochgehen, an einem einzigen Ort Fortissimo.

Dem rhetorischen Mezzoforte entspricht, dass gewisse Ausdrücke vermieden werden. Man sagt nicht: «Die Klägerin lügt». Auch nicht: «Die Klägerin sagt die Unwahrheit». Vielmehr heisst es: «Diese Ausführungen der Klägerin sind unzutreffend» oder «... gehen ins Leere» oder «... sind sachfremd und beweismässig nicht erhärtet».

Statt «überhaupt nicht» oder «keineswegs» schreibt der Anwalt lediglich «nicht». Statt «völlig absurd» oder «absurd» schreibt man «abwegig». Statt «Die Rechtlichen Auffassungen der Klägerin sind platter Unsinn» schreibt man «verfangen nicht».

Wichtig ist es, die Helfer- und Beschützerinstinkte der Richter nicht zugunsten der Gegenpartei zu aktivieren. Der gute Anwalt vermeidet also den argumentativen «Overkill». Wer einen sicheren Rechtsstandpunkt und gute Argumente hat, soll seine guten Karten mit grosser Bescheidenheit und Zurückhaltung ausspielen, nicht mit dem Triumphgeheul siegreicher Kannibalen. Sonst bekommt der Richter Mitleid mit der Gegenpartei und beginnt instinktiv, ihr zu helfen, beginnt seine Fragebefugnis einzusetzen, um die Lücken im Behauptungsfundament der betreffenden Eingaben nachträglich noch zu schliessen und der in die Ecke gedrängten Partei auf den Sprung zu helfen.

Unbeliebt bei den Gerichten ist juristische Rechthaberei und subtile Dogmatik. Das wird als anwaltliche Besserwisserei übelgenommen.

Zur Psychologie der Richter: Wir dürfen davon ausgehen, dass die Richter in der Schweiz mehrheitlich Idealisten sind und das Gute wollen. Sie unterliegen aber den Auswirkungen grosser Arbeitslast und der Scheu vor oberen Instanzen, d.h. der Scheu, sich um der Gerechtigkeit willen «aus dem Fenster zu lehnen».

Wenn der Anwalt sich über einen Richter ärgert, dann gilt der Satz: «Never argue with the judge». Wenn also ein Richter auf Eingaben oder Argumente der Gegenpartei eintritt, die nach der Meinung des Anwalts prozessual unzulässig sind, dann darf der Anwalt nicht wütend werden, oder zumindest seine Wut gegenüber dem Instruktionsrichter nicht zeigen.

Unproblematisch ist die Ergreifung förmlicher Rechtsmittel. Die Richter dürfen das nicht übernehmen und tun es in der Regel auch nicht. Aber mündliche Ausfälligkeiten des Anwaltes (zum Beispiel «Für mich ist absolut schleierhaft, wie der Instruktionsrichter dieses Beweismittel zulassen konnte») sind allemal deplatziert und dienen der Sache des eigenen Klienten nicht.

Ergänzend ist beizufügen, dass die meisten Anwälte in ihrer Ängstlichkeit, die Gerichte zu verärgern, zu weit gehen und allzu schüchtern sind. Ein korrekt vorgetragenes und sachlich begründetes «So nicht, Herr Instruktionsrichter!» bewirkt in der Regel keine Parteilichkeit des

Richters zugunsten der Gegenpartei. Die Richter in der Schweiz wollen grossmehrheitlich nicht befangen erscheinen und sind gerade gegenüber arrogant auftretenden Anwälten bei der materiellen Entscheidungsfindung besonders korrekt.

2. BEWEISFÜHRUNG

a) Beweiserhebung im Verhältnis zwischen Klient und Anwalt

Hier liegt eine Hauptarbeit für den Anwalt. *Leisten Sie dem Klienten von Anfang an «Beweiswiderstand»! Stellen Sie sich dumm und sagen Sie dem Klienten, der Ihnen merkwürdige Dinge erzählt: «Das begreife ich nicht», «das leuchtet mir nicht ein».*

Die Klienten sind zuweilen arrogant oder neunmalklug und erwarten von ihren Anwälten, dass diese leicht von Begriff sind oder dass sie die Auffassungen der Klientschaft ohne weiteres übernehmen.

Plädoyer Heft 6/2002, S. 28

Wenn der Klient mit Branchenkenntnissen daherkommt, muss sich der Anwalt als Laie zu erkennen geben. Er muss sich bezüglich den Regeln der Baukunst, der Chirurgie, der Informatik, der Elektronik etc. gegenüber dem Klienten als Laie darstellen und sagen, dass auch das Gericht aus lauter Laien besteht, denen die Belange der betreffenden Branchen laienverständlich klargemacht, die Botschaft hinübergebracht werden muss. Branchenkundige Klienten nehmen vieles als selbstverständlich an, was für die Juristen nicht selbstverständlich ist. Hinzu kommt, dass die Klienten manche Aspekte, die ihrem Rechtsstandpunkt im Wege stehen, mit psychologischer Raffinesse verdrängen, über die Beweislücken hinwegsehen und sich in guten Treuen einreden, sie hätten einen starken Standpunkt, wo das Gegenteil der Fall ist.

Der Anwalt tut gut daran, die Schwächen des Klientenstandpunktes von Anfang an schonungslos aufzudecken und sich entsprechend zu distanzieren. Mit etwas Zynismus wird zuweilen gesagt: *«Il faut culpabiliser le client».* Dies gilt jedenfalls bezüglich der Lücken in der Beweislage, die einem sauberen Aufbau der Anspruchsgrundlage im Wege stehen. Solche Lücken sind das Problem des Klienten, nicht das Verschulden des Anwalts. Wenn der Anwalt die Beweislücken seiner Mandanten zu seinen eigenen Problemen macht, so wird er schlecht schlafen und früh sterben.

b) Zeitpunkt der richterlichen Überzeugungsbildung

In welchem Verfahrensstadium werden die richterlichen Meinungen festgelegt? - Tendenziell: früh - oft viel zu früh. Dies rührt von der allgemeinen Schwierigkeit her, sich die Dinge in einem Feld der Ungewissheit und der Variantenvielfalt einzuprägen und beim Denken gleichzeitig mehreren Varianten mitzuziehen.

Der Durchschnittsbürger denkt nicht gerne in Varianten, sondern hat die allgemein menschliche Tendenz, sich rasch auf eine einzige Version festzulegen, an die er sich für alles Weitere halten kann. Richter sind nicht anders als alle anderen Menschen. Dies bedeutet, dass man bei der Prozessführung möglichst früh beweiswirksam werden muss. Man muss versuchen, das Heu bereits im ersten Parteivortrag (das heisst im ersten Schriftenwechsel) in die Scheune zu fahren.

In diesem Verfahrensstadium stehen die Anwälte einem einzigen Leser gegenüber, dem Instruktionsrichter oder Referenten.

Der typische Ablauf geht so, dass der Instruktionsrichter die eingereichte Klage vorerst nur summarisch durchblättert und die Klageschrift auf die Zulässigkeit der Klage bezüglich formeller Aspekte prüft und sich ein Bild macht, ob vorsorgliche Sofortmassnahmen angebracht sind. Trifft dies nicht zu, dann verfügt der Instruktionsrichter die Zustellung der Klage an die beklagte Partei und setzt Frist für die Klagebeantwortung. Ein eigentliches Studium der Klageschrift in materieller Hinsicht und eine Beachtung oder gar Überprüfung der eingereichten Beweise findet vorerst nicht statt.

Geht einige Monate darauf die Klagebeantwortung ein, so überfliegt der Instruktionsrichter dieses Schriftstück ebenfalls bloss summarisch und überlegt sich, wie das Verfahren weitergehen soll. Ist die Sache kompliziert und ist die Klagebeantwortung mit umfangreichen Beweismitteln unterlegt, zu denen die Klagpartei nochmals Stellung nehmen sollte, dann ordnet der Gerichtspräsident den zweiten Schriftenwechsel an, ohne die Papiere des ersten Schriftenwechsels vertieft zu studieren.

Kommt bereits der Abschluss des Schriftenwechsels in Frage, dann macht sich der Instruktionsrichter irgendwann vertieft an die Arbeit und beginnt, Klage- und Klagebeantwortung mit samt einzelner Beilagen dazu genauer zu studieren. Sieht er schon in diesem Verfahrensstadium erhebliche Chancen eines Vergleichs, so ordnet er ein Vermittlungsverfahren an. Gewisse Prozessordnungen schreiben eine Referentenaudienz zwingend vor. Im Hinblick auf diese Verhandlung, die für den Richter wie ein mündliches Examen ist, wird er den bis dahin ergangenen Prozessstoff erstmals einigermassen gründlich studieren.

Bei diesem erstmaligen vertieften Studium pflegt der Richter sich festzulegen, zwar nur provisorisch - aber diese erste richterliche Meinungsbildung gehört zu den «provisoires qui durent».

Anwälte übersehen gerne, dass die Richter etwa zehnmal mehr Fälle nebeneinander zu betreuen haben als ein Anwalt Mandate hat. Es gibt ja wohl auch mindestens zehnmal mehr praktizierende Rechtsanwälte als vollamtliche Richter.

Die grosse Zahl von Dossiers, mit denen ein Richter befasst ist, macht eine Arbeitsweise nötig, bei welcher der Richter bei jedem Dossierkontakt seine Gedanken und Überlegungen notiert. Der Richter kommt mit dem Dossier nur punktuell in Kontakt und möchte das nächste Mal, wenn er das Dossier wieder zur Hand nimmt, nicht mit Lektüre und Überlegungen von vorne beginnen. Also schreibt er sich beim ersten gründlichen Studium des Dossiers alles auf, was ihm wichtig scheint. Manche Richter tun das selber an einer Schreibmaschine, heute am Bildschirm. Solche Exposés begleiten den Richter während der weiteren Bearbeitung des Falles und bilden im günstigen Falle bereits den Kern des Urteils.

Richter müssen mehr lesen und weniger schreiben als Anwälte. Die richterliche Meinungsbildung erfolgt schubweise, punktuell und, wegen der grossen Anzahl von Fällen, oft oberflächlich.

Plädoyer Heft 6/2002, S. 29

Dies führt zum Ratschlag, dass der Kläger nicht enzyklopädisch daherkommt und nicht allzu breit Beweis führen soll. Eine Klageschrift von 70 Seiten Länge ist wohl das obere Mass, was von einem Richter bewältigt werden kann. Zu einer solchen Rechtsschrift kann ein einziger Ringordner von Beilagen beigelegt werden. Die Richter sind gewohnt, in einem solchen Ringordner eines oder zwei Dokumente herauszufischen, die entscheidungswesentlich sind, und den Rest summarisch durchzublätern oder überhaupt nicht anzuschauen.

c) Verhältnis zwischen Instruktionsrichter und Kammer

Die provisorische Meinung des Instruktionsrichters hat für das Urteil der Kammer eine stark präjudizierende Wirkung. Zwar nehmen einzelne Kammermitglieder das Aktenstudium sehr genau und bilden sich unabhängige eigene Meinungen. Trotzdem ist es in den meisten Fällen so, dass der Antrag des Instruktionsrichters in der Urteilsberatung durchdringt, womit das erwähnte «provisoire qui dure» meist unangeändert zum Endurteil wird.

Das führt zur Frage der

d) Wirkungsweise verschiedener Beweismittel

Früh wirksam sind jene Dokumente, die als Beilagen mit der Klage und der Klagebeantwortung eingereicht werden. Sie prägen die richterliche Meinungsbildung in deren Embryonalstadium und sind gerade dann wirksam, wo die Wirkung besonders wichtig ist.

Die übrigen Beweismittel - Zeugenbeweis, Befragung der Parteien, gerichtliche Expertisen und Erkundigungen sowie Augenschein - wirken erst in einem späten Verfahrensstadium, meistens zu spät, um an der provisorisch gefassten Meinung des Instruktionsrichters noch etwas zu ändern.

Auch wenn der Instruktionsrichter nach dem Selbststudium von Klage und Klagebeantwortung und den schriftlichen Beilagen eine zentrale Einzelfrage vielleicht noch offen lässt (beispielsweise den Kausalzusammenhang in einem Haftpflichtfall wegen Verletzung einer branchenspezifischen Sorgfaltspflicht) und wenn der Instruktionsrichter sich selber und den Parteien in der Vermittlungsverhandlung sagt, nur der Experte könne die Frage des Kausalzusammenhangs definitiv beantworten, pflegt sich der Instruktionsrichter aufgrund von Klage und Klagebeantwortung (und den schriftlich eingereichten Beilagen) eine provisorische Meinung auch zu solchen Expertenthemen zu bilden. Er sagt dann in der Vermittlungsverhandlung: «Aufgrund meiner persönlichen Beurteilung, die natürlich keine fachmännische Beurteilung ist und unter dem Vorbehalt einer abweichenden Expertenmeinung, scheint mir doch, dass eine wichtige Sorgfaltspflicht gravierend verletzt worden ist und dass die beklagte Partei ihre Haftung dem Grundsatz nach anerkennen sollte ...».

In der Vergleichsphase haben also die Initial-Beweismittel, die mit Klage und Klagebeantwortung eingereicht wurden, volles Gewicht, während die fachmännische Expertise erst und nur dann zum Zuge kommt, wenn der Vergleich scheitert und die Sache auf ein erstinstanzliches Urteil hinsteuert.

Viele Klienten und namentlich die hinter den Klienten stehenden Haftpflichtversicherungen lassen sich durch solche Meinungsäußerungen von Instruktionsrichtern in Vermittlungsverfahren und Referentenaudienzen zutiefst beeindrucken und werden aufgrund solcher Meinungsäußerungen vergleichswillig.

Also ist es wichtig, die Meinung des Instruktionsrichters im ersten Schriftenwechsel und mit den beigelegten dokumentarischen Initialbeweismitteln so weitgehend wie möglich für den Standpunkt der eigenen Klientschaft zu vereinnahmen.

Der Verfasser kennt Richter, die zu den Bestätigungsverhandlungen bei vorsorglichen Verfügungen, aber auch zu den Hauptverhandlungen, die in Basel mit dem Beweisverfahren (Zeugeneinvernahmen und während der anwaltlichen Plädoyers machen diese Richter dann in ihre maschinengeschriebenen Exposés von Hand noch einige Einträge als Randnotizen, oder sie

streichen da und dort ein Wort oder einen halben Satz. Kommt es dann zur Urteilsberatung, so verlesen sie ihr Exposé ungekürzt. An jenen wenigen Stellen, an denen sie während des Beweisverfahrens und der Plädoyers noch kleine Retuschen angebracht haben, heben sie ihre Augen zur Decke des Gerichtssaals, suchen nach Worten und formulieren spontan einen halben Satz, dann kehren sie mit dem Blick wieder auf ihr Blatt zurück und fahren mit der Vorlesung des Textes fort - eines Textes, den sie als Instruktionsrichter vor Wochen, bei der Vorbereitung der heutigen Verhandlung, zu Papier gebracht haben und zu Beginn der Urteilsberatung nun als Referat verlesen. Das Urteil lautet dann genau so, wie es schon vor Wochen konzipiert wurde. Anwälte und Parteien können bei diesem Ablauf den Eindruck bekommen, die Zeugeneinvernahmen und die Plädoyers seien für die Füchse.

Je mehr ein Gericht unter Überlastung leidet, desto mehr werden die provisorischen Auffassungen der Instruktionsrichter entscheidend. Die anderen Richter haben nicht die Zeit, sich vertieft einzuarbeiten und folgen deshalb den Anträgen der Instruktionsrichter mehr oder weniger stereotyp.

Bei diesem Ablauf des Gerichtsverfahrens sind die Instruktionsrich-

Plädoyer Heft 6/2002, S. 30

ter geneigt, plausible Behauptungen des ersten Schriftenwechsels zu glauben, ohne die Zeugen anzuhören. Die durch blossen Zeugenbeweis gestützten Behauptungen sind, soweit sie plausibel und psychologisch nachvollziehbar sind, nicht einfach weisse Flecken auf der tatbeständlichen Landkarte, die sich vor dem Richter ausbreitet, sondern sie haben in der richterlichen Überzeugungsbildung von Anfang an volles Gewicht.

Die Zeugeneinvernahme kann diesen Zustand nachträglich dann allenfalls kaputtmachen, wenn der Zeuge anderes sagt als das, zu dessen Bestätigung er in der Rechtsschrift angerufen wurde.

e) Das Kontinentaleuropäische Verbot der Beeinflussung von Zeugen

In Kontinentaleuropa ist es verpönt, die Zeugen zu beeinflussen. Prozessanwälte sollen überhaupt keinen persönlichen Kontakt mit den potentiellen Zeugen haben. Den Parteien ist der Kontakt mit den Zeugen nicht verboten, aber auch dies wird von manchen Gerichten ungern gesehen. Zu Beginn der Zeugeneinvernahme wird zuweilen von Gerichtspräsidenten oder von Parteianwälten die Frage an die Zeugen gestellt, ob und wann sie in der vorliegenden Streitsache das letzte Mal mit der Gegenpartei oder deren Anwälten Kontakt gehabt haben. Muss der Zeuge einräumen, dass er gestern Abend das letzte Mal mit einer Partei über den Prozess gesprochen hat, dann beschlägt dies in den Augen hiesiger Richter seine Glaubwürdigkeit.

Diese Auffassung ist nicht selbstverständlich. Wer schon als Schiedsrichter nach angelsächsischer Prozesssuzanz gewaltet hat, weiss, dass dort die Vertrautheit der Zeugen mit dem Prozessstoff geradezu erwartet wird und der Glaubwürdigkeit des Zeugen in keiner Weise Abbruch tut. Auch dass ein Zeuge die relevanten Passagen der Prozessschriften gelesen hat, erweckt im anglo-amerikanischen Prozess kein Befremden. Die Glaubwürdigkeit des Zeugen gewinnt nicht dadurch, dass dieser sich seit Jahren mit der streitigen Angelegenheit gedanklich nicht mehr befasst hat - und sich dementsprechend kaum mehr an jene Vorgänge zu erinnern vermag, zu denen er nun unerwarteterweise plötzlich befragt wird.

Wie dem auch sei: Im schweizerischen Zivilprozess dürfen die Anwälte mit den Zeugen keinen Direktkontakt aufnehmen.

Um nicht durch kontraproduktive Zeugenaussagen nach Jahr und Tag einen gut geführten Prozess zu gefährden, ist es nützlich, die Zeugenaussagen beim Verfahrensbeginn in geeigneter Weise schriftlich festzuhalten. Wo immer dies möglich ist, soll die Partei jene Personen, die sie als Zeugen anzurufen gedenkt, kontaktieren und die betreffenden Vorgänge mit dem potentiellen Zeugen durchsprechen und die Besprechung in Gedächtnisnotizen (Memos) festhalten. Eine Kopie solcher Memos kann den Zeugen zugestellt werden. Es ist auch denkbar, dass der Zeuge das Memorandum im Sinne einer Protokollgenehmigung gegenzeichnet. In ähnlicher Weise kann eine Korrespondenz provoziert werden. Die Partei bestätigt dem Zeugen brieflich eine bestimmte Aussage, oder sie bittet den Zeugen, brieflich einen bestimmten Vorgang so zu schildern, wie der Zeuge den Vorgang erlebt hat.

Solche Schriftstücke können dann als Klage- und Klageantwortbeilagen von Anfang an beigelegt werden. Damit erreicht man die frühe Beweiswirksamkeit der Zeugenaussage. Muss die betreffende Person wider Erwarten ein oder zwei Jahre später im Beweisverfahren vor Gericht auftreten und als Zeuge aussagen, dann kann die Partei das ehemalige Memorandum dem Zeugen vorher nochmals zur Erinnerung zustellen oder in anderer Weise sicherstellen, dass der Zeuge sich ins Frischgedächtnis zurückruft, was er seinerzeit geschrieben hat. Auf diese Weise werden die Zeugenaussagen im Interesse der betreffenden Partei qualitativ wesentlich verbessert und die aleatorischen Risiken, die mit den Aussagen völlig unvorbereiteter Zeugen verbunden sind, etwas reduziert.

Unterlässt man die schriftliche Fixierung der Zeugenaussagen zu Beginn des Verfahrens, so erweist sich immer wieder, dass die Parteien bezüglich «ihrer» Zeugen viel zu optimistisch sind. «X steht ganz auf meiner Seite!», äussert der Klient voller Zuversicht gegenüber seinem Prozessanwalt. Wenn es dann nach Jahr und Tag zur Zeugeneinvernahme kommt, hält sich der Zeuge bedeckt, kann sich angeblich an die relevanten Vorgänge nicht mehr erinnern und äussert sich ausführlich zu Dingen, die gar nicht gefragt sind, was im Endeffekt der prozessualen Position des Klienten zuweilen schadet.

Der Prozessanwalt soll deshalb den Klienten von Anfang an zur Präzision zwingen mit Fragen wie: «Was genau kann der Zeuge X bezeugen? Wo hat er es selber sinnlich wahrgenommen?»

Wenn die Klage damit steht oder fällt, dass ein Zeuge einen bestimmten Sachverhalt bezeugt, so ist es nützlich, den Klienten von Anfang an zu fragen: «Sind Sie sicher, dass X den Sachverhalt genau so bestätigen wird, wie Sie mir den Sachverhalt nun geschildert haben?» - Wenn der Klient so sicher ist, dann sollte er es über sich bringen, den Zeugen zu kontaktieren und die betreffende Sachverhaltsversion in einem Korrespondenzwechsel oder einem Memorandum schriftlich festzuhalten.

f) Vorsicht mit Phantom-Beweisanträgen

Manche Klagen sind sichtbar da-

Plädoyer Heft 6/2002, S. 31

raufhin zugespitzt, eine Vergleichssumme herauszuschlagen, nicht jedoch es zum erstinstanzlichen Urteil kommen zu lassen. Namentlich bei Haftpflichtprozessen mit komplizierten und branchenspezifischen Sachverhalten wird es nach amerikanischem Vorbild auch in der Schweiz mehr und mehr üblich, sehr hohe Summen einzuklagen und auf einen Vergleich zu hoffen, bei dem eine ansprechende Quote der Klagesumme herauschaut. Solche auf einen Vergleichsabschluss gerichtete Klagen sind oft durch Phantom-Beweisanträge gekennzeichnet, das heisst durch ausladende, üppige Beweisanträge (Gutachten, Zeugen, Augenscheine

etc.), die vom Kläger gar nicht ernst gemeint sind und die, wenn ein Beweisverfahren tatsächlich durchgeführt würde, dem Kläger direkt ins Auge gehen würden. Der Kläger vertraut in solchen Fällen darauf, dass es nie ein Beweisverfahren gibt.

Wer seine Prozesse als Anwalt seriös führt, konzipiert die Klageschrift und die Beweisanträge so, dass sie auch im Beweisverfahren bis zum Endurteil tragfähig bleiben.

Wo die Gegenpartei ohne Versicherungsschutz prozessiert, kann es durchaus vorkommen, dass beklagterseits echte Rechthaberei dazu führt, dass die Beklagte «es wissen will» und einen Vergleich grundsätzlich ablehnt. Dann gehen die Phantom-Beweisanträge der Klägerin ins Auge.

Ist die beklagte Partei haftpflichtversichert, dann ist es allerdings so, dass die Versicherer in der Regel auf einen Vergleichsschluss drängen und darauf tendieren, den Prozess noch vor dem Beweisverfahren durch Vergleich abzuschliessen. In solchen Fällen geht die Rechnung der Klägerin mitsamt ihren Phantom-Beweisanträgen dann auf.

Man muss die volkswirtschaftlichen Gesetzmässigkeiten im Auge behalten, welche die Grundlage der heutigen Haftpflichtindustrie bilden. Zu den natürlichen Risiken des Strassen- und Eisenbahnverkehrs, des Luftverkehrs, der Starkstromleitungen, der Gasröhren, der Chirurgie, des Hoch- und Tiefbaus etc. gesellen sich die Justizrisiken, nämlich die hohen Kosten und die grossen Ungewissheiten (Risiken) der Rechtsverfolgung vor den Gerichten. Die Justizrisiken provozieren ihrerseits eine dritte Kategorie, nämlich die Anspruchsexplosions-Risiken. *Gerade weil die Justiz so ineffizient, teuer und riskant geworden ist und weil keine Gewissheit mehr besteht, dass sich das Recht durchsetzt, ist es rentabel geworden, mit unberechtigterweise aufgeblähten Ansprüchen dreinzufahren und sich vom Beklagten «den Prozess abkaufen» zu lassen.* Natürliche Risiken, Justizrisiken und Anspruchsexplosions-Risiken zusammen sind jenes Risikobündel, das von den Haftpflichtversicherern heute abgedeckt und über die Versicherungsprämien auf die Versicherungsnehmer überwältigt wird. Für die Versicherungswirtschaft sind die Justizrisiken und die Anspruchsexplosions-Risiken grundsätzlich nichts Anstössiges und nichts Negatives. Sie erhöhen die Umsätze der Versicherungswirtschaft.

Aufgrund dieser volkswirtschaftlichen Gegebenheiten kann man von keinem Haftpflichtversicherer erwarten, dass er sich «für das Recht» in die Bresche schlägt und Geld auszugeben bereit ist mit dem Zweck, völlig unberechtigte Ansprecher mit einer Null-Lösung in die Wüste zu schicken. Gegenstand der Versicherung ist schliesslich nicht die Gerechtigkeit, sondern die Haftpflicht oder der Schaden.

Auch die Prozessanwälte leben nicht schlecht bei diesen Gegebenheiten. Wann immer ein Haftpflichtprozess durch Vergleich erledigt wird, erübrigt sich die Frage, ob die beteiligten Anwälte ihre Sache gut oder schlecht gemacht haben. Der Vergleich ist für den Anwalt der bequemste und billigste Weg, über die Qualität seiner anwaltlichen Tätigkeit den diskreten Schleier der Intransparenz zu legen. Wird bis zum erstinstanzlichen Urteil gefochten, so gibt es immer einen Gewinner und einen Verlierer und die Möglichkeit zu einer Manöverkritik, bei der der siegreiche Anwalt als guter Berufsmann, der Verliereranwalt möglicherweise als schlechter Berufsmann dasteht. Bei der Prozesserledigung durch Vergleich brauchen die beteiligten Anwälte keine Fragen an ihre professionelle Qualität zu gewärtigen.

g) Prozessuale Wahrheit (formelle Verfahrenswahrheit) und private Überzeugung

Folgende Anekdote mag zur Einstimmung dienen: In einem Strafverfahren wurde der Angeklagte mangels Beweises freigesprochen. Der Gerichtspräsident verkündete das Urteil und sagte abschliessend zum Angeklagten mit einem Lachen: «Sie haben Glück gehabt!» - Der Angeklagte führte wegen dieser Bemerkung anschliessend erfolgreich eine Ehrverletzungsklage gegen den Gerichtspräsidenten. Warum?

Der Gerichtspräsident hatte mit seiner Bemerkung angedeutet: «Das formelle Beweisergebnis vermochte den Vorwurf der strafbaren Handlung nicht zu stützen. Aber aufgrund unseres persönlichen Eindrucks und aufgrund der Indizien sind alle Mitglieder des Gerichts von Ihrer Schuld überzeugt.»

Es steht dem Gericht nicht an, solche private Überzeugungen im Gerichtssaal öffentlich zum Ausdruck zu bringen. Das ist Ehrverletzung.

Es gibt zuweilen Indizien, die zusammengenommen eine eindeutige subjektive Überzeugung in den Köpfen der Richter hervorrufen, die aber prozessual nicht genügen, um einen Prozessstandpunkt zu stützen. So

Plädoyer Heft 6/2002, S. 32

sind insbesondere die subjektiven Eindrücke, wonach eine Partei oder ein Zeuge ein Schlitzohr ist und bei Bedarf hemmungslos lügt, nicht geeignet, in die formelle Wahrheitsfindung einzufliessen.

Dazu ein Beispiel: Ein leitender Mitarbeiter, Chef der technischen Entwicklung einer kleinen Unternehmung, hatte in seinem Arbeitsvertrag ein Konkurrenzverbot. Eines Tages kündete er überraschend. Der bisherige Arbeitgeber erfuhr durch einen Informanten, dass der Mitarbeiter einen Konkurrenzbetrieb in aller Heimlichkeit aufgebaut und sich in die Startlöcher gestellt hatte, um unmittelbar nach seinem Ausscheiden aus der Firma mit voller Kraft selber konkurrenzierend auf den Markt zu kommen. Der Arbeitgeber wollte dem treulosen Arbeitnehmer die konkurrenzierende Tätigkeit gerichtlich verbieten lassen und suchte zu diesem Zweck den Arbeitsvertrag - und konnte ihn plötzlich nirgends mehr finden. Es erwies sich: Der Chef der Arbeitgeberfirma hatte die Personalakten samt den Arbeitsverträgen der leitenden Mitarbeiter an einem bestimmten Ort in seinem Schreibtisch aufbewahrt. Jeder Arbeitsvertrag der Angestellten der Firma war in zwei Exemplaren ausgefertigt, wobei jeweils das eine Exemplar beim Arbeitnehmer, das andere beim Arbeitgeber war. In casu entstand der Verdacht, der treulose Mitarbeiter habe das Arbeitgeber-Doppel zu einem bestimmten Zeitpunkt aus der Schreibtischschublade des Chefs entwendet.

Der Arbeitgeber bat um Überlassung einer Fotokopie des Arbeitnehmerdoppels. Der Arbeitnehmer schrieb zurück, er habe nie ein Arbeitnehmerdoppel gehabt. Der Arbeitsvertrag sei nach seiner Erinnerung in einem einzigen Exemplar unterzeichnet worden, das beim Chef geblieben sei. Nicht einmal eine Fotokopie habe man ihm seinerzeit ausgehändigt.

In der Folge fand der Arbeitgeber die Kopie eines Begleitbriefes, der die Übersendung des Arbeitnehmerdoppels an den Arbeitnehmer belegte. Er konfrontierte den treulosen Arbeitnehmer mit diesem Begleitbrief. Nun replizierte der Arbeitnehmer, er könne sich an den Empfang dieses Briefes und seiner Beilage nicht erinnern. Wenn er die Sendung je erhalten haben sollte, so müsse er das Arbeitnehmerdoppel beim letzten Wohnungsumzug verloren haben. Jeden-

falls könne er sich an kein Konkurrenzverbot erinnern und er sei überzeugt, dass er ein solches auch niemals unterschrieben haben würde.

Der Arbeitgeber konnte eine intakte Sammlung von Arbeitsverträgen (Arbeitgeberdoppeln) für alle leitenden Mitarbeiter nach einheitlichem Vertragsmuster, durchwegs mit Konkurrenzverboten, nachweisen. Bloss fehlte gerade dasjenige des treulosen Mitarbeiters, der nun konkurrenzierte.

Bei dieser Beweislage muss jeder vernünftige Mensch aufgrund der Indizien und aufgrund des ausweichenden und teilweise widersprüchlichen Verhaltens des treulosen Arbeitnehmers zur subjektiven Überzeugung gelangen, dass ein Arbeitsvertrag mit Konkurrenzverbot bestanden hatte und vom Arbeitnehmer entwendet worden war.

Für die formelle Wahrheit im Prozess kann diese natürliche Evidenz aber nicht genügen, weil sich der dubiose Eindruck, den der treulose Arbeitnehmer macht, nicht in einen Baukastenstein der prozessualen Wahrheitsfindung umformen lässt und gewissermassen ausserhalb des Gerichtssaals bleibt.

Das Gericht musste in casu also die Unterlassungsklage abweisen, so weit sie sich auf das vertragliche Konkurrenzverbot stützte. Hingegen konnte das Gericht dem Kläger entgegenkommen durch eine grosszügig-extensive Auslegung von Art. 321a Abs. 4 OR, das heisst die Unterlassung konkurrenzierender Tätigkeit anordnen, indem es die Verwendung von Geschäftsgeheimnissen des bisherigen Arbeitgebers bejahte und die Verletzung der «berechtigten Interessen des (bisherigen) Arbeitgebers» bejahte. Hätte der treulose Arbeitnehmer vor dem Gericht nicht einen derart schlechten Eindruck gemacht, wäre das Gericht bei der Auslegung des Gesetzes weniger weit gegangen.

In diesem Falle war es die optimale Prozesstaktik, die Story mit dem entwendeten Arbeitsvertrag in aller Länge zu behaupten und den diesbezüglichen Beweisversuch anzutreten. Als Anspruchsgrundlage musste sowohl der abhandengekommene Arbeitsvertrag als auch Art. 321a Abs. 4 genannt werden.

Auf diese Weise wurden die nötigen Türen geöffnet, damit das Gericht der allgemein verbreiteten gerichtlichen Manie frönen konnte, jeder Partei etwas zu geben und gleichzeitig das Gute zu wirken: Dem Beklagten gab das Gericht die Genugtuung, dass der abhandengekommene Arbeitsvertrag als Klagegrundlage nicht genügte. Dem Kläger gab das Gericht materiell fast alles, was er verlangte, aber gestützt aufs Gesetz, nicht gestützt auf den Vertrag.

Als Exkurs sei hier auf die erwähnte gerichtliche Manie oder Schwäche hingewiesen, jeder Partei etwas zu geben. Während grundsätzlich gilt, dass der Kläger sich aus Kostengründen nicht überklagen soll, sondern die Klagebegehren strikt auf jene Punkte zusammenkürzen soll, die mit hoher Wahrscheinlichkeit gutgeheissen werden, ist doch daran zu denken, dass sich viele Richter schwer tun, einer Partei umfassend zu geben, was sie verlangt und der Gegenpartei nichts zu geben. Will man also 100 erhalten, dann kann es klug sein, 125 einzuklagen und dem Richter die Mög-

Plädoyer Heft 6/2002, S. 33

lichkeit zu offerieren, die Klage im Umfang von 100 gutzuheissen (Teilgutheissung), im Umfang von 25 abzuweisen. Durch ein solches Urteil kann der Richter nicht nur jeder Partei et-

was geben, sondern er dokumentiert gleichzeitig vor den Parteien und vor sich selber, dass er klüger, neutraler und gerechter ist als die Klagpartei.

Wenn das Gericht nämlich den Prozessstandpunkt einer Partei umfassend stützt und denjenigen der andern Partei ebenso umfassend abweist, läuft das auf das Anerkenntnis des Gerichtes hinaus, dass das Gericht nicht gescheiter ist und nichts anderes weiss, als was die obsiegende Prozesspartei dargelegt hat. Einer Prozesspartei umfassend zu folgen, kann am Selbstwertgefühl und am Selbstverständnis des Gerichtes nagen.

Zur hohen Schule gehört es, einen klarerweise begründeten Rechtsstandpunkt mit einer rechtlichen Begründung anwaltlich zu vertreten, die in einzelnen Punkten abwegig ist. Hat man ein Gericht mit guten Juristen gegenüber, so kann man dieses Spiel unter Umständen wagen und dem Gericht die Möglichkeit geben, die Klage materiell umfassend zuzusprechen, in der Urteilsbegründung aber der obsiegenden Partei oder ihrem Anwalt Schelte zu erteilen wegen einer abwegigen rechtlichen Begründung, die durch das Gericht dann durch die besser tragfähige Urteilsbegründung ersetzt werden musste.

Verlassen wir nun diese Exkurs und kehren wir nochmals zurück zur Diskrepanz zwischen formeller Verfahrenswahrheit und subjektiver Überzeugung der Richter.

Die formelle Verfahrenswahrheit obsiegt meist auch dann, wenn ärztliche Gutachten eine entscheidende Rolle spielen, beispielsweise die ärztliche Bescheinigung, dass ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig sei oder im Zeitpunkt der Kündigung bereits arbeitsunfähig gewesen sei. Auch wenn bestimmte Ärzte dafür bekannt sind, dass sie hemmungslos Gefälligkeitsgutachten ausstellen, tun sich die Gerichte sehr schwer, einen solchen «Experten» als unglaubwürdig abzuqualifizieren. Es ist für die Gerichte risikoloser und ihre Urteile sind eher immun gegen Berufungen, wenn sie auf solche ärztliche Bestätigungen gemäss deren Wortlaut abstellen, ohne die Glaubwürdigkeit des Autors zu hinterfragen.

Wegen der Bedeutung der formellen Verfahrenswahrheit haben Gefälligkeitsatteste aller Art, einschliesslich Gefälligkeitsgutachten, im Prozess ein grösseres Gewicht als sie in der subjektiven Wahrheitsfindung intelligenter Personen haben könnten, die die Fakten mit gesundem Menschenverstand beurteilen.

h) Keine Eigentore

Anwälte, die sich keine Eigentore schiessen und die Fehler der Gegenpartei gut ausnützen, erhöhen die Erfolgchancen für ihre Klientschaft signifikant. *Oft behauptet man zuviel und schreibt Dinge, die unnötig sind und der Gegenpartei Ansatzpunkte bieten, Irrtümer und Widersprüche nachzuweisen oder einen bei Dingen zu behaften, bei denen man besser nicht behaftet worden wäre. Eine wichtige Tugend ist es deshalb, die Rechtsschriften schlank zu halten und sich nicht zu exponieren, wo es nicht nötig ist.*

Oft holt ein Anwalt zur Verdeutlichung und Unterstreichung seines Standpunktes oder zur Gewinnung zusätzlicher Plausibilität weit aus und behauptet Details, die zu erwähnen nicht wirklich nötig gewesen wären und die dann in einem späteren Verfahrensstadium zum Bumerang werden.

Eine heilsame Übung ist es, nach der Abfassung des Klageentwurfs selber oder durch einen Mitarbeiter oder Volontär des eigenen Büros den Entwurf zur Klageantwort schreiben zu lassen. Gewiss denkt man beim Verfassen einer Klageschrift Schritt für Schritt daran, ob und wie die Gegenpartei bestreiten und widerlegen kann. Aber man macht sich kaum die Überle-

gung, welche Schwächen die Klageschrift in ihrem Gesamtzusammenhang bietet. Sobald man sich während einiger Tage mit Haut und Haar ins «gegnerische Lager» begibt und sich bemüht, den eigenen Klageentwurf zu löchern, werden einem Schwächen bewusst, die man zuvor nicht gesehen hat.

Der Verfasser hat diesen Versuch in seiner Karriere ein einziges Mal gemacht mit dem Effekt, dass der Klageentwurf anschliessend erheblich abgespeckt werden musste. Gewiss war die Wirkung der Klageschrift anschliessend dünner und dürftiger als in der ersten Version, aber es fehlten vor allem die Ansatzpunkte, an denen die beklagte Partei hätte ansetzen können bei ihren Bestreitungen und Widerlegungen.

Anwälte sagen dreimal etwas zu viel und einmal etwas zu wenig.

Das gleiche trifft zu für die eingereichten Beweismittel, und zwar bereits für die Klagebeilagen und Klageantwortbeilagen. Manches Dokument bezeugt das, was der Anwalt beweisen möchte. In anderen, vielleicht nebensächlich scheinenden Passagen enthält das Dokument aber Dinge, die bei genauer Lektüre ein gefundenes Fressen für die Gegenpartei sind. Bloss unterlässt es der Anwalt, das Dokument in seinem Gesamtzusammenhang Satz für Satz daraufhin zu überprüfen, ob darin Eigentore angelegt sind.

Der Schreibende hat in einem Haftpflichtprozess wegen eines Invaliditätsschadens die Behauptung der Klagpartei gesehen, die betreffende Person sei während ihrer Aktivitätsdauer in leitender Stellung mit grossem Einkommen gewesen und hätte kurz vor dem Unfall noch einen entscheidenden Einkommenssprung nach oben vor sich gehabt. Als einziges Beweismittel wurden

Plädoyer Heft 6/2002, S. 34

Korrespondenzen über die neuen Anstellungsbedingungen bei einem in Aussicht gestellten neuen Job in leitender Funktion eingereicht. Der klägerische Anwalt hat in anderem Zusammenhang, nämlich bei der Schadensquantifizierung, die IV-Rente in Abzug gebracht und die Höhe dieser Rente belegt mit einer Rentenverfügung der IV. Aus diesem Blatt war in einer kleingedruckten Zeile die Beitragsdauer und der während der Beitragsdauer durchschnittliche beitragspflichtige Lohn ersichtlich. Es ergab sich daraus, dass die Klägerin in den Jahren vor dem Unfall in einer untergeordneten Stellung gearbeitet hatte mit einem Lohn, wie er für unqualifizierte Sekretärinnen ortsüblich war.

Hier hätte der klägerische Anwalt besser daran getan, die laufende IV-Rente durch einen blossen Überweisungsbeleg eines Monatsbetroffnisses nachzuweisen. Das hätte der Gegenpartei nicht erlaubt, auf Anhieb über den Umweg der Beitragsdauer und der Rentenhöhe den ehemals beitragspflichtigen Lohn auszurechnen. Mit der eingereichten Rentenverfügung hat sich der klägerische Anwalt ein Eigentor geschossen.

Wenn eine Partei mit eingereichten Protokollen beweisen will, dass in einer Sitzung zu einem bestimmten Traktandum dies und jenes gesagt wurde, lohnt es immer, die eingereichten Protokolle Seite für Seite gegen das Licht zu halten und zu prüfen, ob Randstellung, Schriftgrösse und Umbruch auf den relevanten Seiten gleich sind wie im übrigen Protokoll. Immer wieder erliegen Parteien nämlich der Versuchung, Protokolle für Prozesszwecke im Nachhinein noch etwas zu verdeutlichen und auf den relevanten Seiten die entsprechenden Passagen nochmals zu formulieren. Solche Urkundenfälschungen können manchmal auf ganz einfache Weise erkannt werden. Auch als Anwalt sollte man sich zur Pflicht machen, die Dokumente, die man von der eigenen Klientschaft für die prozessuale Beweisführung ausgehändigt erhält,

in dieser Hinsicht genau anzuschauen. Kann die Gegenseite nämlich die Urkundenfälschung glaubhaft machen, dann ist der Prozess so gut wie verloren.

Der Verfasser hat schon erlebt, dass ein Gegenanwalt bestimmte Dokumente nicht im vollen Wortlaut, sondern nur die Exzerpte der prozessrelevanten Passagen eingereicht hat und diese fragmentarische Präsentation der Dokumente mit der Ausrede begründet hat, die Klägerin wolle die Prozessunterlagen nicht unnötig aufblähen. In der Klagebeantwortung war dann mit Nachdruck geltend zu machen, wer ein Dokument nur fragmentarisch einreiche, habe offenbar etwas zu verbergen. Die Exzerpte seien aus dem Recht zu weisen. Der Instruktionsrichter hat sich bezüglich der Zulässigkeit solcher Beweisführung bedeckt gehalten, hat aber in der Vergleichsverhandlung mit ganz anderen Begründungen erklärt, er sehe wenig Chancen, dass die Klägerin mit ihrem Rechtsstandpunkt durchdringen könne.

3. KLAGEANTWORT

Die Klagebeantwortung dient dazu, die Klage zu löffern, das heisst das Klagefundament zu bestreiten und zu widerlegen.

Die beklagte Partei kann versucht sein, der Bestreitung zusätzliche Plausibilität zu verleihen dadurch, dass sie eine andere Sachverhaltsversion positiv behauptet und beweist. Dabei ist aber Zurückhaltung geboten. Andere Sachverhaltsversionen, die mitsamt plausibilitätsfördernden Begleitumständen behauptet werden, können ihrerseits mit Beweislücken und Widersprüchen behaftet sein. *Abweichende Sachverhaltsvarianten sollten also nur dann vorgetragen werden, wenn sich die beklagte Partei ihrer Sache sicher ist. Die abweichende Version muss evident und lupenrein sein. Ist sie dies nicht, dann empfiehlt sich eher, sich auf die Bestreitung und Widerlegung der Klage zu beschränken.*

Man sollte vermeiden, Beweisanträge zu stellen, die mit denjenigen der Gegenpartei übereinstimmen. Was übereinstimmend beantragt ist, ermöglicht dem Gericht, ohne das Risiko eines Verfahrensfehlers den betreffenden Beweis abzunehmen. Was übereinstimmend beantragt ist, ermöglicht dem Gericht, ohne das Risiko eines Verfahrensfehlers den betreffenden Beweis abzunehmen, auch wenn er kostspielig, zeitraubend und nicht entscheidungsrelevant ist. Gerade dadurch kann der Richter den Parteien Verfahrenswiderstand leisten und sie zum Vergleichsschluss drängen. Er kann sich bis auf weiteres der eigenen Hausaufgabe der Urteilsfindung und Urteilsredaktion entziehen und stattdessen auf Kosten der Parteien eine teure Beweisrunde einschalten, in der begründeten Hoffnung, die Parteien kämen zur Räson, bevor der Richter ein Urteil erlassen und begründen muss.

4. VORBEREITUNG DER HAUPTVERHANDLUNG

a) Vorbereitung der Parteien

Es obliegt dem Prozessanwalt, seine Partei, bei juristischen Personen alle Organe und Angestellten, die im Beweisverfahren vom Gericht angehört werden, kurz vor dem Beweisverfahren sorgfältig auf das vorzubereiten, was zu gewärtigen ist. Es ist nützlich, die Aussagen dieser Leute in Rollenspielen durchzuexerzieren und vorgängig zu überlegen, wie das Beweisverfahren ablaufen, welche Fragen gestellt werden könnten und wie darauf zu reagieren ist. Wichtig ist namentlich, den eigenen Leuten einzuschärfen, was sie nicht sagen sollen.

Plädoyer Heft 6/2002, S. 35

b) Vorbereitung der Zeugen

Dem schweizerischen Rechtsanwalt steht die Standesregel im Weg, wonach er mit den Zeugen keinen direkten Kontakt aufnehmen darf. *Der Partei ist diese Kontaktnahme aber nicht untersagt und es kann zweckmässig, ja entscheidend sein, dass die Partei mit dem aufgebotenen Zeugen kurz vor dem Beweisverfahren Kontakt aufnimmt und mit dem Zeugen rekapituliert, was dieser früher zugunsten der Partei ausgesagt hatte.*

Manche schweizerischen Gerichte schätzen es nicht, dass Zeugen kurz vor dem Beweisverfahren mit den Parteien im Gespräch waren und sich auf die Verhandlung vorbereitet haben. Solche Richter sind der Meinung, mit der Glaubwürdigkeit des Zeugen sei es nicht mehr weiter.

Trotzdem ist die Vorbereitung der Zeugen auf die Beweisverhandlung wichtig. Soweit Einfluss genommen werden kann, sollte darauf hingewiesen werden, dass sich die Zeugen anlässlich der Zeugeneinvernahme nicht allzu genau an nebensächliche Details erinnern sollen, da dies nach Jahr und Tag als Plausibilitätshascherei erscheint und vom Gericht in negativer Weise als Zeugenpräparation wahrgenommen wird.

Zuweilen lässt ein Gegenanwalt fragen oder fragt ein Richter spontan, ob der Zeuge in jüngster Zeit Kontakt mit Parteien oder Parteianwälten gehabt hat. Wird diese Frage bejaht, dann ist dies nicht dramatisch. Schlechter ist es, wenn der Zeuge die Frage bejaht, ob er die Rechtschriften gelesen hat. Es empfiehlt sich also nicht, den potentiellen Zeugen die Rechtschriften ganz oder auszugsweise zur Lektüre zu überlassen.

Zeugen enttäuschen meist jene Partei, die sie anruft. In der Zeugeneinvernahme entsteht eine Situation mit eigener Gruppendynamik. Die Zeugen haben Harmoniebedürfnis, zuweilen auch Geltungsbedürfnis gegenüber dem Gericht. Dies führt zu ausschweifenden Aussagen, zu Geplauder und zu Äusserungen, die anderes beinhalten als was die Partei ein oder zwei Jahre zuvor im persönlichen Kontakt vom Zeugen verstanden hatte. Hinzu kommt, dass Parteien im ersten Stadium des Prozesses bei der Befragung ihrer Gewährsleute aus parteilichem Wunschdenken heraus oft eine Zustimmung oder eine Unterstützungsbereitschaft heraushören, die in dieser Weise bei den potentiellen Zeugen gar nicht vorhanden ist.

Im Beweisverfahren macht sich auch die mangelnde Zivilcourage bemerkbar. Nach Jahr und Tag wollen sich die Zeugen nicht in fremde Händel mischen, niemandem zulieb und zuleide reden, woraus dann eben jene Enttäuschung entspringt, die mit den Zeugeneinvernahmen so häufig verbunden sind.

Zeugen können ihre Agenden mitbringen, um darin nachzuschlagen, wann sie wo gewesen sind. Schlecht ist, wenn Zeugen schriftliche Erklärungen verlesen wollen. Geübte Gerichtspräsidenten unterbrechen die Zeugen und stellen solches gleich von Anfang an ab.

Zuweilen kommen Zeugen auch mit schriftlichen Dokumentationen daher, mit Verträgen, Statuten und dergleichen, und legen diese dem Gerichtspräsidenten auf den Tisch. Der geübte Gerichtspräsident weist solche Dokumente aus dem Recht und gibt sie dem Zeugen sogleich wieder zurück, ohne in das Papier hineinzuschauen. Fehlt dem Richter diese Routine, dann ist es Sache des entsprechenden Anwalts, in aller Höflichkeit darauf hinzuweisen, dass der Prozessstoff nicht in diesem Verfahrensstadium durch neue Dokumente angereichert werden darf und dass der Zeuge die mitgebrachten Dokumente bitte wieder einpacken möge.

Nicht tunlich, weil nicht üblich ist im schweizerischen Zivilprozess das Abblocken von Zeugenaussagen nach der amerikanischen Manier «I object». Im schweizerischen Zivilprozess wird der Zeuge durch den Gerichtspräsidenten, nicht durch die Parteianwälte, einvernommen.

Die Gerichte haben es nicht gern, wenn die Anwälte den Zeugen Mundkörbe umhängen wollen. Wenn der Zeuge einmal am Reden ist und Dinge erzählt, die dem Gericht interessant erscheinen, dann wollen die Gerichte den Zeugen bis zum Ende anhören, ganz unabhängig davon, ob die Zeugenaussagen innerhalb dessen bleiben, was in den Rechtsschriften behauptet wurde, oder ob sie darüber hinausgehen.

Der Prozessanwalt kann den Versuch machen, die über den Prozessstoff hinausgehenden Zeugeneinvernahmen aus dem Gerichtsprotokoll fernzuhalten. Er muss aber rasch reagieren, nämlich in den Bericht des Zeugen einfallen und kurz den Antrag stellen, dass das, was der Zeuge jetzt gerade sagt, nicht ins Protokoll aufgenommen wird, weil es ausserhalb des Prozessstoffes liegt. Ist die Zeugenaussage vom Gerichtsschreiber bereits notiert worden, dann ist das Rennen gelaufen und die Sache nicht mehr rückgängig zu machen. Im Plädoyer kann man dann darauf hinweisen, dass bestimmte Zeugenaussagen nicht zur Sache gehören und gemäss prozessualen Regeln nicht berücksichtigt werden dürfen.

Allerdings müssen sich Anwälte und Parteien immer bewusst sein, dass die formellen Regeln über die zivilprozessuale Wahrheitsfindung keinen Richter davon abhalten, plausible Zeugenaussagen zu berücksichtigen, wenn sie im Protokoll festgehalten wurden.

c) Vorbereitung des Anwaltes

Der Anwalt muss sich selber auf das Beweisverfahren sehr genau vorbereiten. Im Beweisverfahren bewährt sich, wenn der gleiche Anwalt von Anfang bis zum Ende des Verfahrens

Plädoyer Heft 6/2002, S. 36

die Verantwortung trägt, selber alle Rechtsschriften schreibt, selber am Beweisverfahren teilnimmt und die Plädoyers hält.

Anwälte, die arbeitsteilig prozessieren, sich von jüngeren Mitarbeitern die Rechtsschriften schreiben lassen und lediglich bei den Vergleichsverhandlungen und bei den Plädoyers in patronaler Attitüde eine Selbstinszenierung veranstalten, können die Klienteninteressen im Prozess nicht optimal wahren. Bei den Partei- und Zeugenbefragungen anlässlich des Beweisverfahrens gibt es Nuancen, Nebensächlichkeiten, die hellhörig machen und zum Nachfassen veranlassen, sofern der Anwalt den Prozessstoff durch und durch selber im Kopf hat - Nuancen, die unbeachtet vorbeigehen an dem Seniorpartner, der nur fürs Verhandeln und Plädieren kommt, das Schreiben der Rechtsschriften aber an jüngere Mitarbeiter delegiert.

5. DIE HAUPTVERHANDLUNG

Der Anwalt soll den Parteien und den Zeugen klarmachen, dass ihre Aussagen im Beweisverfahren protokolliert werden, dass also das gesprochene Wort anschliessend zu einem protokollierten Text «einfriert» und in dieser irreversibel gefrorenen Form für das weitere Verfahren Bedeutung behält.

Während des Beweisverfahrens tut der Anwalt gut daran, die Mimik und das Verhalten des Gerichts genau zu beobachten. Es gibt Richter, die mit eiserner Selbstdisziplin ein Pokergesicht zeigen und sich nicht anmerken lassen, bei welchen Aussagen und Argumenten sie Sympathie, bei welchen sie Skepsis empfinden. Andere Gerichtspersonen beobachten keine solche Disziplin.

Zur Beobachtung des Gerichtes gehört auch ein aufmerksames Auge auf den Wachheitszustand. Wenn einzelne Gerichtspersonen einzuschlafen beginnen, muss der Prozessanwalt

durch einen Witz oder durch andere Gags wieder die Aufmerksamkeit des Auditoriums zurückzugewinnen versuchen, notfalls ein ZGB oder ein Lineal auf den Boden fallen lassen und sich dafür entschuldigen.

Während des Beweisverfahrens und während des Plädoyers des Gegenanwaltes ist das eigene Plädoyer laufend anzupassen. Es empfiehlt sich deshalb, das Plädoyer als eine Sammlung loser Blätter mit lauter Stichwörtern mitzubringen und an den entsprechenden Stellen zusätzliche Blätter einzufügen.

Das Plädoyer hat dann die beste Wirkung auf das Gericht (im Sinne von Überzeugungsbildung), wenn es möglichst spontan gehalten wird. Der Anwalt soll die Richter reihum immer wieder direkt anschauen, allerdings ohne einzelne Richter allzu lange zu fixieren. Das Gericht sollte im optimalen Fall das Gefühl haben, dass der Anwalt persönlich zu jedem Richter spricht.

Um diesen Effekt zu erreichen, darf nicht ein vorbereitetes, vollständig ausformuliertes Plädoyer heruntergelesen werden. Das ist ungefähr das Schlechteste, was man tun kann. Es ist für das Gericht viel ansprechender und belebender, wenn der Anwalt aufgrund von Stichwörtern laufend seine Formulierungen sucht, wenn er nach passenden Vergleichen ringt, auf die Mimik des Gerichtes allenfalls mit Bemerkungen reagiert (»Sie scheinen skeptisch zu sein - ich will nochmals versuchen, mich deutlicher auszudrücken ...«).

Selbstverständlich darf das Plädoyer nicht zu lange sein. Wenn möglich, sollte man zwanzig Minuten nicht überschreiten.

Symmetrische Länge der Plädoyers ist nicht nötig. Wenn der klägerische Anwalt das Gericht mit einem vorgelesenen Plädoyer von dreiviertel Stunden langweilt, kann es dem beklagischen Anwalt sehr wohl anstehen, mit einer lebhaft gestalteten persönlichen Ansprache an ds Gericht binnen zwanzig Minuten die wesentlichen Punkte herauszugreifen.

6. EINZELFRAGEN

a) Umgang mit Experten

Will man eine komplizierte Sachfrage schon in einem frühen Verfahrensstadium in die instruktionsrichterliche Überzeugungsbildung einfließen lassen, ist die Einreichung eines Parteigutachtens gleichzeitig mit der Klageschrift unerlässlich.

Parteexperten sind sorgfältig auszuwählen und zu instruieren. Zweckmässigerweise veranstaltet der Parteianwalt zusammen mit der Klientin eine persönliche Besprechung mit dem in Aussicht genommenen Experten, um ihm den Konflikt und die vom Experten gewünschten Aussagen mündlich vorzutragen. Nur wenn der Experte von Anfang an positiv zusagt, er werde das Gewünschte voraussichtlich bestätigen können, soll man ihn engagieren.

Anschliessend folgt die förmliche Instruktion des Experten. Dies soll schriftlich so geschehen, dass der Experte nötigenfalls das Instruktionsschreiben des Parteianwalts seinem Gutachten als Beilage beifügen kann. Mit dem Experten zusammen ist die Struktur des Gutachtens festzulegen. Zweckmässigerweise beginnt es mit der Rekapitulation der Expertenfragen, einer Zusammenfassung des Sachverhaltes, mit einer vollständigen Liste aller vom Experten einbezogenen Unterlagen, anschliessend mit den Erörterungen des Experten und mit seinen Schlussfolgerungen.

Gewisse Experten haben die Tendenz, zu viel zu sagen, namentlich sich zu Dingen zu äussern, zu denen sie nicht gefragt sind. Der Prozess-

Plädoyer Heft 6/2002, S. 37

anwalt sollte in solchen Fällen unerbittlich darauf achten, dass das Gutachten überarbeitet wird, namentlich dass die nötigen Kürzungen vorgenommen werden und sich aus dem Gutachten keine Eigentore für die Partei ergeben.

Persönlichkeiten, die häufig Expertisen machen oder geradezu davon leben, sind dozil und gefügig. Leute, die sehr selten Expertisen machen und finanziell überhaupt nicht darauf angewiesen sind, ja sich durch diese Arbeit eher belästigt fühlen, verhalten sich hohepriesterlich-sperrig und sind zuweilen nicht bereit, an ihrem geschriebenen Text noch irgendetwas zu ändern. Hat man es mit solchen Leuten zu tun, so bleibt schlimmstenfalls nur, das bereits bezahlte Gutachten zu schubladisieren. *Man muss vermeiden, mit Expertisen, die kontraproduktive Passagen enthalten, Eigentore zu schiessen. Besser ist es dann, die betreffenden Sachverhaltsfragen einer gerichtlichen Expertise zu überlassen und die zu begutachtenden Sachfragen in der Rechtsschrift vorerst so laienverständlich als möglich plausibel zu machen.*

Jedenfalls muss der Prozessanwalt das Gutachten, wenn es bei ihm eintrifft, sorgfältig von vorn bis hinten durchkontrollieren.

Bei **gerichtlichen Expertisen** beginnt die Sache mit der Expertenbenennung. Beide Parteien bedienen sich dabei normalerweise der gleichen Mätzchen. Jene Persönlichkeit, die man als Favorit unbedingt haben möchte, darf man bei der ersten Nennung möglicher Experten nicht zuoberst hinschreiben. Eine Person, die man sicher nicht möchte, kann zuoberst hingeschrieben werden, eventuell noch mit einer Begründung, weshalb man diese Person als besonders qualifiziert (!) schätzt - eine Begründung, die in den Augen der Gegenpartei a priori den Anschein der Befangenheit der betreffenden Person erweckt, womit man diesen Namen dann vom Tische hat. Es ist immer leichter, unerwünschte Kandidaten streichen zu lassen als jenen Kandidaten hereinzubringen, den man selber am liebsten haben möchte.

Weiter geht es mit dem Fragenkatalog. Manche Richter bitten die Parteien um Vorschläge für die Expertenfragen und formulieren dann selber den gerichtlichen Fragenkatalog. Andere Instruktionsrichter machen selber den ersten Entwurf des Fragenkatalogs und diskutieren diesen dann mit den Parteien. Der Prozessanwalt wird Gewicht darauf legen, alle Fragen, die über den in den Rechtsschriften behaupteten Stoff hinausgehen und im Ergebnis der Gegenpartei nützen könnten, aus der Fragenliste herausstreichen zu lassen. Manchmal gelingt es, selber versäumte Behauptungen durch eine geschickte Formulierung der Expertenfragen im Nachhinein noch in den Prozessstoff einzuschleusen.

Experten verhalten sich branchentypisch. Ärzte haben noch heute eine gewisse Standesolidarität und attestieren ihren Kollegen Kunstfehler nur mit grosser Zurückhaltung. Revisionsgesellschaften verhalten sich umgekehrt. Mit missionarischem Eifer attestieren sie ihren Konkurrentinnen fehlerhafte Berufsausübung.

b) Der Hind-Sight-Effekt

Namentlich bei der Ermittlung von Sorgfalts-Standards, aber auch bei Adäquanztests bezüglich kausaler Schadensverursachung ist die allgemein-menschliche Tendenz, sich selber für möglichst klug zu halten, auch im Zivilprozess wirksam. Dinge, an die im relevanten Zeitpunkt kein Mensch gedacht hat, werden nach Jahr und Tag, wenn Parteien und Gerichte sich

am grünen Tisch lange genug mit dem Vorgang, seinen Folgen und den und den relevanten Gesetzmässigkeiten befasst haben, zu Selbstverständlichkeiten. Ein Gericht ist dann leicht geneigt, «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und allgemeiner Lebenserfahrung» einen Kausalzusammenhang als nahe liegend zu betrachten, der aus der historischen Situation heraus keineswegs nahe lag. Das Gleiche gilt bei der Beurteilung des Verschuldens, das heisst bei der Frage nach den fahrlässig verletzten Sorgfaltspflichten.

Das sei an einem Beispiel deutlich gemacht: Eine Hochzeitsgesellschaft liess in Muttenz in der Nähe von Basel nach der kirchlichen Trauung des jungen Paares in einem nahegelegenen Park einen selber konstruierten Heissluftballon aufsteigen. Es handelte sich um ein mit Seidentuch überspanntes, würfelförmiges Drahtgestell, an welchem unten eine Gamelle mit einem paraffinölgetränkten Lappen angebracht war. Ferner waren in einem leichten Korb Hochzeitsgrüsse mit retouradressierten Kuverts angehängt. Der paraffinölgetränkte Lappen wurde angezündet. Eine ruhige Flamme füllte nun den Innenraum des Ballons mit heisser Luft, worauf sich das Ding vom Boden abhob und langsam immer höher stieg, unter dem Applaus der begeisterten Hochzeitsgesellschaft.

Man hoffte, dass das Ding irgendwo jenseits des Jura zu Boden gehen würde, wenn das Paraffinöl aufgebraucht sein würde, und dass jemand die Briefe finden und zurückschicken würde. Das Gestell erhob sich über 1000 Meter in die Höhe. Am Schluss sah man es nur noch als kleines Pünktchen am weiten Himmel. Nun flog ein Privatjet, von Mailand kommend, von Süden herbei. Er befand sich im Landeanflug zum Flugplatz Basel-Mülhausen. Jemand von der Hochzeitsgesellschaft stellte nun die bange Frage, was passiere, wenn das Flugzeug mit dem Hochzeitsballon kollidiert.

Die Kollision hat nicht stattgefunden. Hätte sie es, dann wäre

Plädoyer Heft 6/2002, S. 38

denkbar gewesen, dass die Gamelle oder dass andere Teile des Ballons ins Triebwerk gekommen wären und zum Absturz des Flugzeuges geführt hätten.

Während des Starts des Gerätes dachte kein Mensch an ein solches Risiko. Auch ein Richter oder ein Experte, den man dort in der Hochzeitsgesellschaft mit dabeigehabt hätte, würde kaum interveniert haben. Jedermann fand die Sache amüsant und harmlos. *Ist der Unfall aber einmal passiert und hat man in Rechtsschriften lange genug von Anflugschneisen zum Flugplatz Basel-Mülhausen geredet und diese kartographisch visualisiert, hat man lange genug über die Physik von Flugzeugmotoren geredet und dem Gericht bewusst gemacht, bei welchen Geschwindigkeiten welche Fremdkörper im Flugzeugmotor zum Totalschaden oder zur Explosion führen, dann ist der Richter geneigt, dieses ganze Wissen, das er während des Prozesses sukzessive erwirbt, als Allgemeinwissen jedes Zeitgenossen zu betrachten, und zwar im angenehmen Gefühl, selber ein solcher «objektiver Betrachter» zu sein. Aus diesem Wissen heraus bejaht er alsdann sowohl die adäquate Verursachung wie auch das Verschulden jener Personen, die den Hochzeitsballon in die Luft steigen liessen, nach dem Motto: «So etwas weiss man doch ...»*

c) »Von Amtes wegen«

Die Parteien müssen jene Beweismittel, die für sie zugänglich sind und die sie mit einem zumutbaren Aufwand selber beschaffen können, auch tatsächlich selber beschaffen und ins Recht legen. Beschränken sich die Parteien statt dessen darauf, dem Gericht eine amtliche Erkundigung zu beantragen, so haben sie ihre Beweisführungspflicht nicht erfüllt.

Wenn eine Partei also den Kontensaldo gemäss ihrer Buchhaltung beweisen will, dann ist sie gehalten, Kontenblätter, Computerausdrucke von Konten und Buchhaltungsbelege zu produzieren und auf diese Weise zu zeigen, dass der relevante Saldo gemäss Buchhaltung stimmt. Ungenügend ist es in einem solchen Falle, überhaupt nichts zu zeigen und statt dessen zu beantragen, das Gericht habe die Wahrheit der Behauptung durch eine Expertisierung der eigenen Buchhaltung der Partei zu ermitteln.

Wenn sich die Tochtergesellschaft bei einem Prozess gegen Dritte auf Fakten beruft, die im Bereiche ihrer Konzernmuttergesellschaft liegen, dann ist sie gehalten, die entsprechenden Beweise selber zu produzieren. Angesichts ihres Nahestehens zur Muttergesellschaft kann sie nicht beim Gericht die amtliche Erkundigung bei der Muttergesellschaft beantragen. Ein solcher Antrag wäre nicht zu hören.

Der Sprechende hat schon Fälle erlebt, wo solche Beweisanträge auf amtliche Erkundigung ihren Grund darin hatten, dass das Gegenteil wahr war und die betreffende Partei auf die konkrete Beweisführung verzichten musste (weil die Tatsachen anders lagen), zur Übertünchung dieser Beweislücke aber eine amtliche Erkundigung beantragte, und dies zweifellos im Wissen, dass eine solche Erkundigung nicht stattfinden würde.

Analoges gilt für die Editionsofferten. Einzeldokumente, die ohne Verletzung fremder Geheimhaltungsinteressen dem Gericht eingereicht werden können, müssen dies auch, sei es im Original oder in Fotokopie. Eine Partei verwirkt ihren Beweisanspruch, wenn sie solche Dokumente zurückhält und lediglich deren Edition offeriert.

Bestimmte Tatsachen wie beispielsweise die Ordnungsgemässheit einer Buchhaltung kann selbstverständlich weder durch Aktenedition noch durch einen direkten Beweis erhärtet werden. Hier wird die beweisbelastete Partei das Attest ihrer eigenen Revisionsstelle einreichen und nötigenfalls eine gerichtliche Expertise der eigenen Buchhaltung beantragen. Lediglich durch eine Expertise können negative Tatsachen bewiesen werden, beispielsweise der Umstand, dass während eines bestimmten Zeitraums ein bestimmter Geldbetrag nicht durch die Buchhaltung der Prozesspartei hindurchgeflossen ist.