

Separatum aus

**Tatsachen
Verfahren
Vollstreckung**

Festschrift für Isaak Meier

Herausgegeben von

Peter Breitschmid
Ingrid Jent-Sørensen
Hans Schmid
Miguel Sogo

Tatsachen Verfahren Vollstreckung

Festschrift für Isaak Meier
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Peter Breitschmid
Ingrid Jent-Sørensen
Hans Schmid
Miguel Sogo

Schulthess § 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2015

ISBN 978-3-7255-7090-4

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

KERN ALEXANDER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

European Central Bank's Single Supervisory Mechanism1

RUTH ARNET

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Zürich

NICOLE ROTH

MLaw, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich

Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736

Abs. 1 ZGB23

MARTIN BERNET

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

JÖRN ESCHMENT

Dr. iur., LL.M., M.A., Rechtsanwalt bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

Die Haftung des Schiedsrichters nach Schweizer Recht41

PETER BREITSCHMID

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

Zeit im Prozess, der Prozess in der Zeit und die Zeit und das Personal, das

Prozesse brauchen ... nebst dem Geld, das man für den Prozess braucht..... 57

ALEXANDER BRUNNER

Prof. Dr. iur., CEDR Accredited Mediator (London), Titularprofessor für
Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität
St. Gallen, Obergericht am Handelsgericht des Kantons Zürich und ne-
benamtlicher Bundesrichter (Lausanne)

Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht.....69

FELIX DASSER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich,
Rechtsanwalt und Partner bei Homburger AG in Zürich

Bern, Lugano, Brüssel oder doch lieber Den Haag? – Ein Ausflug zu den

Rechtsquellen für Gerichtsstandsvereinbarungen89

PETER DIGGELMANN

lic. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich

Das Kind ist rot zu schreiben 103

TANJA DOMEJ

Prof. Dr. iur., ausserordentliche Professorin an der Universität Zürich

Prozessführungsbefugnis bei Abtretung einer streitbefangenen Forderung 113

ANDREAS DONATSCH

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

MISCHA DEMARMELS

MLaw, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich

Der Beizug von Gutachten und Zeugenaussagen aus Zivilverfahren im
Strafprozess..... 125

CHRISTIAN EXNER

lic. iur., Rechtsanwalt bei Wenger Plattner in Küsnacht-Zürich

Rechtsbehelfe des Betriebenen bei ungerechtfertigten Betreibungen..... 139

EUGEN FRITSCHI

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Bühlmann & Fritschi Rechtsanwälte
in Zürich

Die Beschwerde gegen Konkurseröffnungsentscheide..... 157

MYRIAM ANNA GEHRI

Dr. iur., LL.M., Solicitor, Rechtsanwältin, Handelsrichterin am Handels-
gericht des Kantons Zürich

Are you ready for E-technology?..... 173

REINHOLD GEIMER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität München,
Notar a.D. in München

Das Haager Gerichtsstandsübereinkommen 2005 185

<p>ROGER GIROUD Prof. Dr. iur., LL.M., Dozent an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Rechtsanwalt und Partner bei Giroud & Anderes in Küsnacht-Zürich Tilgung oder Hinterlegung des geschuldeten Betrages beim Weiterzug der Konkursöffnung.....</p>	217
<p>TARKAN GÖKSU Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Freiburg i.Ü., Rechtsanwalt und Partner bei Zaehringen Rechtsanwälte AG in Freiburg i.Ü. Auslegung und Ergänzung des Schiedsverfahrens</p>	233
<p>PETER GOTTWALD Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Regensburg Insolvenzzrechtliche Annexverfahren im Verhältnis Deutschland – Schweiz</p>	249
<p>ALAIN GRIFFEL Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Auswirkungen der Rechtsweggarantie auf die Entscheidbefugnis eines Gerichts.....</p>	263
<p>PASCAL GROLIMUND Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel</p>	
<p>EVA BACHOFNER MLaw, Gerichtsschreiberin am Zivilgericht Basel-Stadt Schweizer Zuständigkeit über im EU-Raum belegene Liegenschaften im Lichte der EU-Erbrechtsverordnung.....</p>	279
<p>ULRICH HAAS Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich</p>	
<p>Yael STRUB Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberassistentin an der Universität Zürich Rechtsprechungstätigkeit zwischen Verfahrens- und materiellem Recht.....</p>	293

STEFAN HEIMGARTNER

PD Dr. iur., Privatdozent an der Universität Zürich,
Staatsanwalt bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

DIEGO R. GFELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in
Zürich

Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Adhäsionsprozess.....311

KARL HOFSTETTER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich, exekuti-
ves Mitglied des Verwaltungsrats der Schindler Holding AG in Hergiswil

Unternehmen als „Prügelknaben“ des Wirtschaftsrechts?.....327

YASMIN IQBAL

Dr. iur., Lehrbeauftragte an der Universität Zürich,
Rechtsanwältin in Zürich

Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren.....351

TOBIAS JAAG

Prof. Dr. iur., LL.M., emeritierter Professor an der Universität Zürich,
Rechtsanwalt und Konsulent bei Umbricht Rechtsanwälte in Zürich

Der Staat als Gläubiger363

MARTIN KILLIAS

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., lic. phil., ständiger Gastprofessor an der Universität
St. Gallen und emeritierter Professor an der Universität Zürich

Die Rechtlosstellung der Opfer von Straftaten durch die neue StPO und ZPO373

ANGELOS KORNILAKIS

Prof. Dr. iur., Assoc. Professor an der Universität Thessaloniki

Privatautonomie, Treu und Glauben und „effiziente“ Vertragsauslegung.....381

ACHILLES G. KOUTSOURADIS

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Thessaloniki

Allgemeine Bemerkungen zum modernen griechischen Familienrecht403

DIETER LEIPOLD	
Prof. Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br.	
Anordnung der Urkundenvorlage von Amts wegen ohne Vorlagepflicht der Partei?	421
MATTHIAS MAHLMANN	
Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
Theorie und Verfahren	437
KALLIOPI MAKRIDOU	
Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Thessaloniki	
Speeding up civil litigation in Greece through ADR methods	449
ARNOLD MARTI	
Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Zürich, Vizepräsident des Obergerichts des Kantons Schaffhausen	
Zwei interessante Zivilprozesse mit öffentlich-rechtlichen Nebenaspekten um Kulturgüter in Schaffhausen.....	471
HEINRICH ANDREAS MÜLLER	
Dr. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich	
Beweisen nach der ZPO.....	487
PETER NOBEL	
Prof. Dr. rer. publ., em. Professor an den Universitäten Zürich und St. Gallen, Rechtsanwalt und Partner, Nobel & Hug Rechtsanwälte in Zürich	
Iura novit curia.....	507
WOLFGANG PORTMANN	
Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
RAHEL NEDI	
MLaw, LL.M., wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich	
Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing	525

WALTER H. RECHBERGER
Prof. Dr. iur. DDr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Wien
LGVÜ 2007 und Brüssel Ia-VO545

HANS REISER
Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich
Der Vergleich und seine Anfechtung.....557

ARNOLD RUSCH
PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich
Will das Recht, dass man klagt?569

PETER SCHLOSSER
Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität München
Brüche im EuGVVO-LugÜ-Gefüge?587

ERNST F. SCHMID
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner bei Niederer Kraft & Frey AG
in Zürich
Die Nebenfolgen bei vorsorglicher Beweisführung – Belohnung des wider-
spenstigen Gesuchsgegners? 605

HANS SCHMID
Dr. iur., alt Obergerichter am Obergericht und am Handelsgericht des Kantons
Zürich, Konsulent Roesle Frick & Partner in Zürich
Der Gesuchsgegner im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung aus
schutzwürdigem Interesse..... 621

JÜRIG SCHMID
alt Notariatsinspektor des Kantons Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich
Zur Liquidation juristischer Personen nach Art. 230a SchKG639

ANTON K. SCHNYDER Prof. Dr. iur., LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Ausgewählte Exponenten des Internationalen Zivilverfahrensrechts an der Universität Zürich.....	655
ROLF A. SCHÜTZE Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität Tübingen, Rechtsanwalt in Stuttgart Armut im Prozess.....	667
KURT SIEHR Prof. Dr. iur. Dr. h.c., M.C.L., emeritierter Professor an der Universität Zürich Deutsch-schweizerische Erbfälle nach Inkrafttreten der EuErbVO.....	681
MIGUEL SOGO PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich Vermögenswerte Unterlassungsansprüche im Konkurs des Unterlas- sungsverpflichteten	697
ADRIAN STAEHELIN Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter a.o. Professor an der Universität Basel, alt Appellationsgerichtspräsident des Kantons Basel-Stadt Zur Geschichte der Konkursprivilegien.....	711
DANIEL STAEHELIN Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat, Notar und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel	
LUKAS BOPP Dr. iur., LL.M., Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel Wider das Erfordernis der Binnenbeziehung beim Staatenarrest	723
ROLF STÜRNER Professor Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br.	
BEATRICE STAPF Assessorin in Freiburg i. Br. Grundzüge des rechtlichen Gehörs im spanischen Zivilprozess.....	739

UELI VOGEL-ETIENNE

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in Zürich, Mediator SAV/SKWM

ANNEGRET LAUTENBACH-KOCH

lic. iur., Rechtsanwältin und Partnerin bei Peyer Partner Rechtsanwälte in Zürich, Mediatorin SAV

Vom Diener am Recht zum Beauftragten Mediator757

ROLF H. WEBER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich, Visiting Professor an der Hong Kong University und Rechtsanwalt in Zürich

RAINER BAISCH

Dipl.-Kfm. univ., MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich

Optimierung der Rechtsdurchsetzung.....775

RENATE WENNINGER SCHMID

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin in Zürich

Der sorgfältige Nachweis fremden Rechts.....793

MATTHIAS WIGET

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt bei Pestalozzi in Zürich

Ausgewählte Streitfragen zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte 811

THOMAS WINKLER

lic. iur., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Leiter Stadttammannamt und Betreibungsamt Dietikon

Wiedereröffnung des Konkurses, Nachkonkurs oder Einzelzwangsvollstreckung?825

Schrifttumsverzeichnis.....843

Der Beizug von Gutachten und Zeugenaussagen aus Zivilverfahren im Strafprozess

Die Staatsanwaltschaft und das Gericht sind gemäss Art. 194 Abs. 1 StPO berechtigt und verpflichtet, Akten aus anderen Verfahren – entsprechend auch aus Zivilverfahren – beizuziehen. Im vorliegenden Beitrag wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen ein derartiger Beizug von in Zivilverfahren erhobenen Gutachten und Zeugenaussagen im Strafverfahren zulässig ist.

Sowohl im Falle des Beizugs eines zivilprozessualen Gutachtens wie auch der Protokolle von Zeugenaussagen ist in erster Linie darauf zu achten, dass die im Strafprozessrecht garantierten Teilnahme- und Mitwirkungsrechte der Parteien – namentlich der beschuldigten Person – beachtet werden. Nötigenfalls sind diese im Rahmen des Strafverfahrens nachzuholen. Die Untersuchung zeigt, dass weitere Unterschiede in den Regelungen der beiden Prozessordnungen im Strafverfahren zu berücksichtigen sind. Entsprechende Lösungsansätze werden aufgezeigt. Eine Besonderheit stellt das Adhäsionsverfahren dar, weil in diesem zivilrechtliche Ansprüche im Strafverfahren geltend gemacht werden können.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung.....	125
2. Gesetzliche Grundlage und Gegenstand des Aktenbeizugs im Strafverfahren	126
3. Beizug von im Rahmen eines Zivilverfahrens erstellten Gutachten im Strafprozess.....	127
A. Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei zivil- und strafprozessualen Gutachten	127
B. Folgerungen für den Beizug von Sachverständigengutachten	129
4. Beizug von in Zivilverfahren erhobenen Zeugenbefragungen	132
A. Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei zivil- und strafprozessualen Zeugenaussagen	132
B. Folgerungen für den Beizug von Zeugenaussagen	135
5. Überblick über die Möglichkeit der Geltendmachung von Zivilansprüchen im Strafprozess (Adhäsionsverfahren)	136

1. Einleitung

ISAAK MEIER hat den ersterwähnten Autor in seiner damaligen Funktion als Hilfsassistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. HANS ULRICH WALDER im Rahmen von Tutoraten Mitte der 1970er Jahre im Zivilprozessrecht betreut. Daraus wird er-

sichtlich, dass er das Lehren schon als Student im Blut hatte. Bereits damals hat er bekannt gegeben, sein Ziel sei es, Professor an der Universität Zürich zu werden. ISAAK MEIER hat dieses Ziel erreicht. Ein Vierteljahrhundert hat er angehende Juristinnen und Juristen in seinem Fachgebiet gekonnt instruiert und – wenn er es als nötig erachtete – die Belange des Zivilprozess- sowie des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in der Fakultät mit grossem Engagement vertreten.

2. Gesetzliche Grundlage und Gegenstand des Aktenbeizugs im Strafverfahren

Der Beizug von Akten aus einem anderen Verfahren ist in Art. 194 Abs. 1 StPO geregelt. Nach dieser Bestimmung sind die Staatsanwaltschaft und die Gerichte verpflichtet, Akten beizuziehen, „*wenn dies für den Nachweis des Sachverhalts oder die Beurteilung der beschuldigten Person erforderlich ist.*“

Da Staatsanwaltschaft und Gericht zum Aktenbeizug berechtigt und verpflichtet sind, setzt ein solcher Beizug die Eröffnung eines Strafverfahrens i.S. von Art. 309 Abs. 1 und 3 StPO voraus. Die Begründung dafür liegt darin, dass der Aktenbeizug eine Untersuchungshandlung darstellt, welche im Verlaufe der Strafuntersuchung zu tätigen ist.¹ Daraus folgt, dass ein Aktenbeizug mit dem Ziel abzuklären, ob eine Strafuntersuchung zu eröffnen ist, nicht auf Art. 194 StPO abgestützt werden kann. Dies gilt selbst dann, wenn die Staatsanwaltschaft der Polizei in Anwendung von Art. 309 Abs. 2 StPO einen Ermittlungsauftrag erteilt.²

Zu den Verfahren, aus welchen gegebenenfalls Akten beizuziehen sind, gehören andere Strafverfahren – beispielsweise solche aus einem separat geführten Strafverfahren gegen eine mitbeschuldigte Person oder Vorakten³ – wie auch Zivilverfahren und öffentlich-rechtliche Prozesse, u.a. auch Verfahren im Zusammenhang mit Schuldbetreibung und Konkurs.⁴

Zuständig zum Beizug von Akten – im vorliegenden Zusammenhang Gutachten und Zeugenbefragungen – sind ausschliesslich die Staatsanwaltschaft und die

¹ BGer vom 8.2.2013, 1B_731/2012, E. 2.

² BGer vom 12.12.2013, 6B_641/2013, E. 3.2.

³ Vgl. BÜRGISSER MARTIN, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), 2. Aufl., Basel 2014 [zit. BSK-BEARBEITER/IN], Art. 194 StPO N 1.

⁴ BGer vom 14.3.2013, 6B_635/2012, E. 1.3; BGer vom 12.12.2013, 6B_641/2013, E. 3.2; BSK-BÜRGISSER (FN 3) Art. 194 StPO N 1; DONATSCH ANDREAS, in: DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014 [zit. ZK-BEARBEITER/IN], Art. 194 StPO N 4.

Gerichte. Organe der Polizei können als solche keine Akten im erwähnten Sinne beiziehen; vorbehalten sind gewisse polizeiliche Akten.⁵

Aufgrund dieser Rechtslage ergibt sich, dass die in Art. 182 Abs. 1 StPO normierte Pflicht der Staatsanwaltschaft und der Gerichte, in den dort umschriebenen Konstellationen sachverständige Personen beizuziehen, durch Art. 194 Abs. 1 StPO eingeschränkt wird. Entsprechend ist beispielsweise auf im Strafverfahren zu erstellende Sachverständigengutachten dann zu verzichten, falls auf ein taugliches Gutachten aus einem anderen Verfahren, beispielsweise aus einem Zivilverfahren, abgestellt werden kann.⁶

3. Beizug von im Rahmen eines Zivilverfahrens erstellten Gutachten im Strafprozess

A. Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei zivil- und strafprozessualen Gutachten

Fehlen dem Staatsanwalt und/oder dem Gericht in einem Strafverfahren die Kenntnisse und Fähigkeiten zur Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts, so haben diese in Anwendung von Art. 182 StPO ein Gutachten einzuholen. Daraus folgt, dass im Strafverfahren insbesondere Rechtsfragen ausschliesslich durch das Gericht zu beantworten sind.⁷ In Art. 183 Abs. 1 ZPO werden die Voraussetzungen für die Einholung von Gutachten nicht explizit erwähnt. Aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich aber, dass auch im Zivilverfahren durch das Gutachten Fachwissen in den Prozess eingebracht werden soll.⁸ Eine Art. 183 Abs. 3 ZPO vergleichbare Regelung, wonach das Gericht eigenes Fachwissen zur Anwendung bringen kann, nachdem es den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat, findet sich in der StPO nicht.

⁵ ARMBRUSTER THOMAS/VERGÈRES OLIVIER, Sachliche Beweismittel (Art. 192-195), in: ALBERTINI GIANFRANCO/FEHR BRUNO/VOSER BEAT (Hrsg.), *Polizeiliche Ermittlung: Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zürich 2008, 298.

⁶ Vgl. z.B. BGE 140 III 26 f.

⁷ Zu Fragen der Anwendung ausländischen Rechts dürften nach hier vertretener Auffassung demgegenüber Gutachten in Auftrag gegeben werden, vgl. ZK-DONATSCH (FN 4) Art. 182 StPO N 23; BSK-HEER (FN 3) Art. 182 StPO N 5; PIQUEREZ GÉRARD/MACALUSO ALAIN, *Procédure pénale suisse*, 3. Aufl., Zürich 2011, N 1110; für die ZPO vgl. STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 2. Aufl., Zürich 2013, § 18 N 117.

⁸ MEIER ISAAK, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich/Basel/Genf 2010, 320.

Der Umstand, dass das Gutachten nach Art. 182 StPO regelmässig von Amtes wegen einzuholen ist, gemäss Art. 183 Abs. 1 ZPO demgegenüber von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei, ist im vorliegenden Zusammenhang unbeachtlich, weil es danach darum geht zu prüfen, unter welchen Umständen auf eine bestehende, im Zivilverfahren in Auftrag gegebene Expertise abgestellt werden kann. Abgesehen davon können im Strafverfahren selbstverständlich auch die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft (Art. 184 Abs. 7 StPO) ein Gutachten beantragen.

Die Ausstandsgründe der StPO (Art. 183 Abs. 3 i.V.m. Art. 56 StPO) entsprechen weitgehend denjenigen der ZPO (Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 ZPO). Ein wesentlicher Unterschied besteht darin, dass als Partei im Strafverfahren nicht nur die Privatklägerschaft und die beschuldigte Person (Beklagte) gelten (vgl. Art. 66 ZPO), sondern – im Haupt- und Rechtsmittelverfahren – auch die Staatsanwaltschaft (Art. 104 Abs. 1 StPO).

Die Rechte und Pflichten der sachverständigen Person sowie ihre Ernennung und die Auftragserteilung sind gemäss ZPO (Art. 184 ff. ZPO) vergleichbar mit denjenigen nach StPO (Art. 184 f. StPO). Anders als gemäss StPO (Art. 184 Abs. 2 StPO) kann die Erteilung des Auftrags gemäss ZPO mündlich erfolgen. Zwar findet sich in der ZPO kein Art. 184 Abs. 2 lit. b und Art. 185 Abs. 1 StPO entsprechender Hinweis auf die persönliche Verantwortlichkeit des Sachverständigen, jedoch ergibt sich diese aus dem Umstand, dass die sachverständige Person zur Wahrheit verpflichtet und als solche auf die Folgen eines unwahren Gutachtens gemäss Art. 307 StGB aufmerksam zu machen ist (Art. 184 Abs. 1 und 2 ZPO). Der Hinweis auf die Wahrheitspflicht stellt für die Verwertung des Gutachtens ein Gültigkeitserfordernis dar.⁹ Der Mangel einer unterbliebenen Belehrung kann geheilt werden, wenn diese nachgeholt wird und die sachverständige Person

⁹ DOLGE ANNETTE, in: SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 [zit. BSK-BEARBEITER/IN], Art. 184 ZPO N 6, 8, 16; RÜETSCHI SVEN, in: HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150-352 ZPO, Art. 400-406 ZPO, Bern 2012 [zit. BK II-BEARBEITER/IN], Art. 184 ZPO N 6, 9; SCHMID HANS, in: OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014 [zit. KuKo-BEARBEITER/IN], Art. 184 ZPO N 1, 2; WEIBEL THOMAS, in: SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013 [zit. ZK-BEARBEITER/IN], Art. 184 ZPO N 4; a.M. BÜHLER ALFRED, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in: HEER MARIANNE/SCHÖBI CHRISTIAN (Hrsg.), Gericht und Expertise, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter, SWR Band 6, Bern 2005, 52 f.; PERROULAZ KILIAN, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Handkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010 [zit. SHK-BEARBEITER/IN], Art. 184 ZPO N 10.

durch schriftliche Bestätigung oder mündliche Protokollerklärung die nachträgliche Belehrung bestätigt und zugleich am erstellten Gutachten festhält.¹⁰

Im Zivilprozess kann der Sachverständige mit Zustimmung des Gerichts einfache Abklärungen zum Sachverhalt vornehmen (Art. 186 Abs. 1 ZPO).¹¹ Die diesbezüglichen Kompetenzen gemäss StPO sind weiter gefasst, können danach doch ausdrücklich auch Personen befragt werden, und dies unter Einschluss einer polizeilichen Vorführung (Art. 185 Abs. 4 und 5 StPO).

Die gesetzliche Regelung von Art. 182 ff. StPO und Art. 183 ff. ZPO bezieht sich ausschliesslich auf amtliche Gutachten, nicht aber auf Privatgutachten. Nach beiden Prozessordnungen wird einem Privatgutachten lediglich der Beweiswert von Parteivorbringen beigemessen. Die Qualität eines besonderen Beweismittels kommt Privatgutachten nach herrschender Auffassung nicht zu.¹² Allerdings muss von einem Parteigutachten Kenntnis genommen werden, sofern dieses eingereicht oder beigezogen wird.¹³ Im Vergleich zum amtlichen Gutachten ist ein solches gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit Zurückhaltung zu würdigen.¹⁴

B. Folgerungen für den Beizug von Sachverständigengutachten

Da das Gericht im Strafverfahren grundsätzlich nicht auf eigenes Fachwissen abstellen darf, an welchem es Richtern im Allgemeinen mangelt,¹⁵ dürfen Er-

¹⁰ SHK-PERROULAZ (FN 9) Art. 184 ZPO N 10; BK II-RÜETSCHI (FN 9) Art. 184 ZPO N 7; KuKOSCHMID (FN 9) Art. 184 ZPO N 1.

¹¹ MEIER (FN 8) 321; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 7) § 18 N 125.

¹² BGE 132 III 87 f.; BGer vom 27.1.2014, 6B_215/2013, E. 1.2; BGer vom 4.11.2014, 6B_619/2014, E. 1.4; vgl. weiter BGE 97 I 325; 127 I 82; 132 III 83; BGer vom 4.4.2011, 6B_49/2011, E. 1; MEIER (FN 8) 320; kritisch SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 [zit. Praxiskommentar-BEARBEITER/IN], Art. 182 StPO N 7. Einzig wenn die Parteien in einem Zivilverfahren gemeinsam ein Privatgutachten in Auftrag gegeben haben, ist dieses gemäss der Rechtsprechung einem gerichtlichen Gutachten gleichzustellen, BGE 86 II 129, E. 3; OGer ZH vom 11.4.2012, LF110134, E. 7.2.

¹³ BGer vom 12.7.2012, 6B_715/2011, E. 4.3; ZK-DONATSCH (FN 4) Art. 182 StPO N 13; HELFENSTEIN MARC, Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 25, Diss. Zürich 1978, 259; PIETH MARK, Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Diss. Basel 1983, 236; teilweise a.M. BSK-HEER (FN 3) Art. 189 StPO N 6 f.

¹⁴ BGE 122 V 161; BGer vom 27.1.2014, 6B_215/2013, E. 1.2; vgl. auch ZR 1971 Nr. 21, 68; ZR 1989 Nr. 5, 13.

¹⁵ ZK-DONATSCH (FN 4) Art. 182 StPO N 26; DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der Schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2008, 171; BSK-HEER (FN 3) Art. 182 StPO N 8; Praxiskommentar-SCHMID (FN 12) Art. 182 StPO N 4; VUILLE JOËLLE, in: KUHN ANDRÉ/JEANNERET YVAN (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2010 [zit. CR-BEARBEITER/IN], Art. 182 StPO N 24.

kenntnisse, bei welchen die Zivilrichter im Einverständnis mit den Parteien oder unter deren Mitwirkung auf ihr Sonderwissen zugegriffen haben, im Strafverfahren nicht eo ipso verwertet werden. Zu den betreffenden Fragen, welche gestützt auf Sonderwissen eines Richters bzw. des Gerichts beantwortet worden sind, müssen zwingend gutachterliche Stellungnahmen eingeholt werden, sofern diese aus strafrechtlicher Sicht relevant sind. Wird trotz fehlender Sachkunde und entgegen einem gestellten Antrag auf die Bestellung eines Sachverständigen verzichtet, ist nicht nur Art. 182 StPO, sondern auch der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.¹⁶ Allerdings steht der Staatsanwaltschaft und dem Richter bei der Beurteilung der Frage, ob aufgrund der konkreten Umstände eine Begutachtung notwendig ist, ein Ermessensspielraum zu.¹⁷

Stellt das Gericht im Strafverfahren auf ein gemäss ZPO erstelltes Gutachten ab, so muss es den Parteien Gelegenheit geben, sich zur Person des Sachverständigen zu äussern.¹⁸ In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass nicht nur die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft Parteistellung haben, sondern auch die Staatsanwaltschaft. Es kann ausserdem sein, dass die Parteien die Frage des Ausstands in einem Zivilverfahren bei denselben Personen anders beurteilen als in einem Strafverfahren.

Ebenso müssen sich die Parteien im Strafverfahren zu den Fragen äussern können, welche dem Sachverständigen im Zivilverfahren gestellt worden sind und welche entsprechend in diesem Gutachten beantwortet werden. Im Strafverfahren kann der Blickwinkel oder der Bedarf an Detailierungsgrad ein anderer sein. Aus demselben Grund ist den Parteien im Strafverfahren Gelegenheit zum Antrag zu geben, es seien für das Strafverfahren relevante zusätzliche Fragen zu beantworten. Aus dem Umstand allein, dass im Zivilverfahren (teilweise) andere Fragen zu entscheiden sind als im Strafprozess, lässt sich jedoch keinesfalls der Schluss ziehen, im Zivilverfahren erstellte Gutachten dürften im Strafprozess generell nicht berücksichtigt werden.¹⁹

Dem Sachverständigen sind im Zusammenhang mit der Auftragserteilung die für die Erstellung des Gutachtens im Zivilverfahren nötigen Tatsachen bekanntgegeben worden (Anknüpfungstatsachen).²⁰ Wird das gestützt darauf ausgearbeitete Gutachten in einem Strafverfahren beigezogen, so ist darauf zu achten, dass weder im Auftrag noch in der gutachterlichen Stellungnahme Feststellungen ent-

¹⁶ BGE 117 Ia 270.

¹⁷ ZK-DONATSCH (FN 4) Art. 182 StPO N 29; BGer vom 12.3.2013, 6B_681/2012, E. 3.2; BGer vom 27.5.2013, 6B_297/2013, E. 1.4.1; BGer vom 8.5.2014, 6B_837/2013, E. 1.2.

¹⁸ Analog BGE 140 III 27.

¹⁹ Vgl. analog BGer vom 22.5.2008, 4A_5/2008, E. 2.5.

²⁰ BSK-HEER (FN 3) Art. 182 StPO N 3; RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht, unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich 2011, N 1211.

halten sind, mit welchen gegen die Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 14 Ziff. 2 IPBPR) verstossen wird. Falls Tatsachen im Gutachten Erwähnung finden, die der Sachverständige anlässlich oder im Zusammenhang mit der Ausführung seines Auftrages erfahren hat, zu deren Feststellung aber keine besondere Sachkunde erforderlich ist (Zusatztatsachen),²¹ so dürfen diese im Strafverfahren nicht als Bestandteile des Gutachtens verwertet werden. Das gilt insbesondere für ein allfälliges Geständnis der parallel zum Zivilverfahren oder später im Strafverfahren beschuldigten Person. Dazu könnte der Sachverständige als Zeuge befragt werden.

Es ist denkbar, dass das im Zivilverfahren in Auftrag gegebene Gutachten (teilweise) auf Aussagen einer Partei beruht, die anschliessend beschuldigte Person im Strafverfahren wird, in welchem das Gutachten beigezogen wird. Hat sich die beschuldigte Person zuvor im Zivilverfahren mit Blick auf den anschliessenden Strafprozess selbst belastet, so dürfen diese Aussagen und damit die darauf basierenden Teile des Gutachtens nur dann verwertet werden, wenn die beschuldigte Person entweder bereits im Zivilverfahren auf ihre strafprozessualen Rechte aufmerksam gemacht worden ist oder aber wenn sie im Strafverfahren nach erfolgter Belehrung über das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht ihre früheren Aussagen bestätigt. Selbstverständlich wird in jedem Fall vorausgesetzt, dass der betreffende Beweis in Anwendung der Regeln nach Art. 140 f. StPO verwertbar ist.

Was schliesslich die eigenen Abklärungen des Sachverständigen mit Blick auf das Gutachten im Zivilverfahren anbelangt, so ist im Falle eines Beizugs desselben im Strafverfahren zu prüfen, ob die Teilnahmerechte der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung gewährleistet sind. Ist im Rahmen der Gutachtenserstellung eine Person befragt worden, deren Aussagen geeignet sind, die beschuldigte Person (in deren Verfahren die Expertise beigezogen wird) zu belasten, so haben diese und ihre Verteidigung gemäss Art. 147 Abs. 1 und 3 StPO sowie nach Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. e IPBPR grundsätzlich an sich das Recht, bei der Befragung anwesend zu sein und jedenfalls Ergänzungsfragen zu stellen.²² Nötigenfalls ist die Befragung solcher Personen zu wiederholen.

Nach den allgemeinen Regeln beurteilt sich die Frage, ob auf das beigezogene Sachverständigengutachten abgestellt werden kann, weil zwischen dessen Erstellung im Zivil- und dem Beizug im Strafverfahren einige Zeit verstrichen ist.

²¹ BSK-HEER (FN 3) Art. 182 StPO N 3; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD (FN 20) N 1213.

²² BSK-HEER (FN 3) Art. 185 StPO N 36; JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, Précis de procédure pénale, Bern 2013, N 13011, 13013; MOREILLON LAURENT/PAREIN-REYMOND AUDE, Petit Commentaire, CPP – Code de procédure pénale, Basel 2013 [zit. PC-BEARBEITER/IN], Art. 185 StPO N 22, 27; a.M. offenbar Praxiskommentar-SCHMID (FN 12) Art. 185 StPO N 10; CR-VUILLE (FN 15) Art. 185 StPO N 19.

Grundsätzlich gilt, dass auf ein amtliches Gutachten abgestellt werden darf, falls sich die Verhältnisse seit dessen Erstellung nicht geändert haben.²³ Wenn Zweifel an dessen Aktualität bestehen, kann es genügen, ein Ergänzungsgutachten einzuholen.²⁴

Was schliesslich die Würdigung des im Rahmen eines Zivilverfahrens erstellten Gutachtens anbelangt, so ist grundsätzlich das Prinzip der freien Beweiswürdigung zu beachten.²⁵ Das Gericht entscheidet somit in Ausübung pflichtgemässen Ermessens, ob die Feststellungen und Schlussfolgerungen einer kritischen Würdigung standhalten. Verneint es diese Frage, so muss entweder das bestehende Gutachten ergänzt oder ein weiteres Gutachten eingeholt werden.²⁶ Sofern das Gericht demgegenüber zur Auffassung gelangt, das Sachverständigengutachten sei für die Belange des Strafverfahrens tauglich, besteht kein Rechtsanspruch der Parteien auf Erstellung eines weiteren Gutachtens nach den Normen gemäss Art. 182 ff. StPO.

4. Beizug von in Zivilverfahren erhobenen Zeugenbefragungen

A. Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei zivil- und strafprozessualen Zeugenaussagen

Gestützt auf Art. 194 StPO können irgendwelche Akten aus anderen Verfahren beigezogen werden, mithin auch Protokolle zu Befragungen von Zeugen.

Nach Art. 169 ZPO ist im Zivilverfahren als Zeuge zu befragen, wer nicht Partei ist und über eigene Wahrnehmungen zum Sachverhalt aussagen kann.²⁷ Diese Definition deckt sich weitgehend mit derjenigen nach Art. 162 i.V.m. Art. 178 StPO. Personen, welche Parteistellung innehaben bzw. sich als Privatklägerschaft konstituiert haben, können weder nach ZPO (Art. 191 Abs. 1 ZPO) noch nach StPO (Art. 178 lit. a StPO) Zeugen sein. Immerhin kann eine geschädigte Person im Strafverfahren Zeugin sein, sofern sie sich nicht als Partei konstituiert (Art. 162 und Art. 166 i.V.m. Art. 178 lit. a StPO).

²³ BGE 108 IV 51; 116 IV 274; 128 IV 248 f.; 134 IV 254.

²⁴ BSK-HEER (FN 3) Art. 182 StPO N 17; OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 805.

²⁵ BGE 129 I 57 f.; 130 III 27; ZK-DONATSCH (FN 4) Art. 189 StPO N 21; OBERHOLZER (FN 24) N 829.

²⁶ BGE 140 III 27; ZK-DONATSCH (FN 4) Art. 189 StPO N 15 ff.

²⁷ MEIER (FN 8) 315.

Sowohl nach Art. 163 Abs. 2 StPO wie auch nach Art. 160 Abs. 1 lit. a ZPO ist der Zeuge zur wahrheitsgemässen Aussage – unter Vorbehalt der Zeugnisverweigerungs- bzw. Verweigerungsrechte – verpflichtet.²⁸

Abklärungen über den Zeugen, welche von Amtes wegen zu erfolgen haben, wie sie in Art. 164 StPO vorgesehen sind, kennt die ZPO (ausgenommen solche im Rahmen der Befragung, Art. 172 lit. b ZPO) nicht.

Anders als nach Art. 162 und Art. 163 Abs. 1 i.V.m. Art. 178 lit. b StPO können im Zivilverfahren Personen als Zeugen einvernommen werden, welche das 14. Altersjahr noch nicht vollendet haben, allerdings ohne Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen eines falschen Zeugnisses gemäss Art. 307 StGB.

Sowohl nach ZPO (Art. 171 Abs. 1 ZPO) als auch nach StPO (Art. 177 Abs. 1 StPO) sind die Zeugen zur Wahrheit zu ermahnen sowie (wie erwähnt ausser bei Zeugen vor Vollendung des 14. Altersjahrs) auf Art. 307 StGB aufmerksam zu machen. Unterbleibt diese Belehrung, so ist die betreffende Zeugenaussage nach Art. 177 StPO nicht verwertbar. Wie es sich diesbezüglich gemäss ZPO verhält, ist nicht ausdrücklich geregelt. Nach der herrschenden Lehre sind die Belehrung zur Wahrheitspflicht sowie der Hinweis auf Art. 307 StGB Gültigkeitserfordernisse.²⁹ Die unterlassene Belehrung bleibt folgenlos, wenn davon ausgegangen werden darf, dass der Zeuge trotz Hinweis auf die Wahrheitspflicht falsch ausgesagt hätte.³⁰

Die Unverwertbarkeit der Zeugenaussage hat nach Art. 177 Abs. 2 StPO auch der zu Unrecht unterbliebene Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht zur Folge, sofern sich der Zeuge darauf beruft. Ebenso verhält es sich nach Art. 161 Abs. 2 ZPO, allerdings nur dann, wenn der Zeuge der Verwertung nicht zustimmt oder die Verweigerung unberechtigt gewesen wäre.³¹ Zudem schadet die fehlende Belehrung nicht, wenn der Zeuge über volle Kenntnis seiner Rechte verfügt und eine Aussage macht.³²

Ein Vergleich der einzelnen Zeugnisverweigerungsrechte und Verweigerungsrechte würde den Rahmen der vorliegenden Abhandlung sprengen. Die Feststel-

²⁸ MEIER (FN 8) 316.

²⁹ Vgl. MEIER (FN 8) 314; BK II-RÜETSCHI (FN 9) Art. 171 ZPO N 2, 4; ZK-WEIBEL/NAEGELI (FN 9) Art. 171 ZPO N 4.

³⁰ BGE 86 I 91 f., E. 2; BK II-RÜETSCHI (FN 9) Art. 171 ZPO N 3.

³¹ ZK-HASENBÖHLER (FN 9) Art. 161 ZPO N 7; MEIER (FN 8) 301; KuKo-SCHMID (FN 9) Art. 161 ZPO N 2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 7) § 18 N 24.

³² BGE 86 I 91, E. 2; BK II-RÜETSCHI (FN 9) Art. 161 ZPO N 7 m.w.H.; a.M. BSK-SCHMID (FN 9) Art. 161 ZPO N 5.

lung, dass diese in der StPO und in der ZPO zwar ähnlich, jedoch nicht identisch geregelt sind, muss genügen.³³

Wie nach Art. 146 StPO müssen die Zeugen gemäss ZPO (Art. 174 ZPO) nicht notwendigerweise mit anderen Zeugen oder den Parteien konfrontiert werden.

Im Strafverfahren gilt schliesslich der zentrale Grundsatz, dass die Parteien das Recht haben, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte – mithin also auch bei der Einvernahme von Zeugen – anwesend zu sein und der befragten Person Fragen zu stellen (Art. 147 Abs. 1 StPO). Sofern der Zeuge die beschuldigte Person durch seine Aussagen belastet, ist das Anwesenheits- und Ergänzungsfragerecht verfassungs- (Art. 29 Abs. 2 und 32 Abs. 2 BV) und konventionsrechtlich (Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK, Art. 14 Ziff. 3 lit. e IPBPR) garantiert.

In Art. 155 Abs. 3 ZPO wird das Recht der Parteien statuiert, an Beweisabnahmen teilzunehmen. Dieses Recht ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO) und zugleich Voraussetzung für Ergänzungsfragen an den Zeugen nach Art. 173 ZPO.³⁴ Wird nun ein Zeuge (unberechtigterweise) in Abwesenheit einer Partei einvernommen, so stellt dies ein formell rechtswidrig erlangtes Beweismittel dar. Allerdings kann das Teilnahmerecht zur Wahrung von schutzwürdigen Interessen nach Art. 156 ZPO eingeschränkt werden.³⁵

Grundsätzlich dürfen widerrechtlich beschaffte Beweise gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO im Zivilverfahren keine Berücksichtigung finden.³⁶ Allerdings können solche Beweise verwertet werden, falls eine Interessenabwägung zwischen dem Wahrheitsfindungs- sowie den Schutzinteressen des bei der Beweiserhebung verletzten Rechtsgutes ergibt, dass das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.³⁷

³³ Z.B. ist das Verweigerungsrecht aufgrund persönlicher Beziehungen gemäss Art. 168 Abs. 4 StPO relativ, nach Art. 165 ZPO demgegenüber absolut. Im Falle einer Entbindung vom Berufsgeheimnis besteht nicht nur für die Anwälte (Art. 171 Abs. 4 StPO, Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO), sondern auch für die Geistlichen (Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO) generell keine Aussagepflicht. Der Ombudsperson sowie dem Mediator kommt gemäss StPO – anders als nach der ZPO (Art. 166 Abs. 1 lit. d ZPO) – kein generelles Zeugnisverweigerungsrecht zu.

³⁴ KuKo-SCHMID (FN 9) Art. 155 ZPO N 3; SHK-PASSADELIS (FN 9) Art. 155 ZPO N 7.

³⁵ BSK-GUYAN (FN 9) Art. 155 ZPO N 14; LEU CHRISTIAN, in: BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 155 ZPO N 19; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 7) § 18 N 25 f.

³⁶ ZK-HASENBÖHLER (FN 9) Art. 152 ZPO N 40; MEIER (FN 8) 315.

³⁷ BGE 140 III 8, E. 3.1; BGer vom 11.10.2013, 5A_313/2013, E. 3.1; BK II-BRÖNNIMANN (FN 9) Art. 152 ZPO N 42; ZK-HASENBÖHLER (FN 9) Art. 152 ZPO N 40; SHK-PASSADELIS (FN 9) Art. 152 ZPO N 12 m.w.H.; vgl. auch MEIER (FN 8) 315, der auf die für das Gericht schwierig vorzunehmende Interessenabwägung verweist und zum Schluss kommt, dass dem Gericht in gewissen Fällen nur die Berücksichtigung solcher Beweismittel offenbleibt.

Ob ein formell rechtswidrig erlangter Beweis unter Art. 152 Abs. 2 ZPO fällt, ist in der Lehre umstritten. Ein Teil der Lehre ist der Meinung, Art. 152 Abs. 2 ZPO beziehe sich nur auf materiell rechtswidrig beschaffte Beweise.³⁸

B. Folgerungen für den Beizug von Zeugenaussagen

Grundsätzlich dürfen Zeugenaussagen, welche im Zivilverfahren erhoben worden sind, gestützt auf Art. 194 Abs. 2 StPO im Strafverfahren verwertet werden. Allerdings ist dabei eine Reihe von Ausnahmen zu beachten.

Falls Zweifel an der Urteilsfähigkeit oder an der psychischen Verfassung eines Zeugen bestehen, welche im Zeitpunkt der Aussage Einfluss auf das Zeugnis gehabt haben können, so muss die Staatsanwaltschaft oder das Gericht von Amtes wegen prüfen (Art. 164 Abs. 2 StPO), ob eine Begutachtung anzuordnen ist, und dies auch dann, wenn im Zivilverfahren von den Parteien keine entsprechenden Einwände vorgebracht worden sind.

Die im Zivilverfahren gemachten Aussagen von Personen, welche das 14. Altersjahr noch nicht zurückgelegt haben, können – wohl unter Vorbehalt von Art. 141 Abs. 2 StPO – nicht als Zeugnisse im Strafverfahren verwertet werden,³⁹ weil Personen dieser Alterskategorie im Strafverfahren keine Aussage- und nur eine beschränkte Wahrheitspflicht haben; sie werden als Auskunftspersonen nicht auf Art. 307 StGB, sondern lediglich auf Art. 303 bis 305 StGB aufmerksam gemacht. Folglich sind Personen dieser Alterskategorie im Strafverfahren als Auskunftspersonen zu befragen.

Im Zivilverfahren erhobene Zeugnisse, bei welchen die Ermahnung zur Wahrheit mit dem Hinweis auf Art. 307 StGB unterblieben sowie zu Unrecht nicht auf ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam gemacht worden ist (auf welches sich der Zeuge beruft), sind im Strafverfahren nicht verwertbar (Art. 177 Abs. 1 und Abs. 3 StPO), und zwar unabhängig davon, ob das Zeugnis trotz eines diesbezüglichen Mangels im Zivilverfahren verwertbar ist.

Schliesslich ist davon auszugehen, dass eine Befragung von Zeugen im Zivilverfahren, an welcher die (später) beschuldigte Person nicht anwesend sein und Ergänzungsfragen stellen konnte, im Strafverfahren grundsätzlich dann nicht

³⁸ Vgl. BSK-GUYAN (FN 9) Art. 152 ZPO N 16; RÜEDI YVES, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Band 1, Diss. St. Gallen 2009, N 259 ff.; SPÜHLER KARL, Verwendung von legal und illegal beschafften Beweismitteln unter besonderer Berücksichtigung des Daten- und Geheimnisschutzes, ZZZ 2004, 148; a.M. SHK-PASSADELIS (FN 9) Art. 152 ZPO N 11; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 7) § 18 N 24, die auch die unter Verletzung von formellem Recht beschafften Beweismittel als rechtswidrig erlangt i.S. von Art. 152 Abs. 2 ZPO erachten.

³⁹ Vgl. ZK-DONATSCH (FN 4) Art. 178 StPO N 16; vgl. auch SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 927.

verwertbar ist, wenn es sich bei diesem Beweis um den ausschlaggebenden handelt.⁴⁰ Allerdings kann ein Zeugnis selbst in einer derartigen Konstellation unter Würdigung aller Umstände und Gewichtung der massgebenden Interessen im Strafverfahren ausnahmsweise als verwertbar erachtet werden.⁴¹

5. Überblick über die Möglichkeit der Geltendmachung von Zivilansprüchen im Strafprozess (Adhäsionsverfahren)

Im Strafverfahren können gemäss Art. 122 StPO zivilrechtliche Ansprüche adhäsionsweise geltend gemacht werden, wenn behauptet wird, diese hätten ihre Grundlage in der zu beurteilenden Straftat. Aktivlegitimiert sind die geschädigte Person (Art. 122 Abs. 1 StPO) sowie allenfalls Angehörige des Opfers, welche eigene Zivilforderungen, beispielsweise aus Versorgerschaden oder Genugtuung, erheben (Art. 122 Abs. 2 StPO)⁴² oder Angehörige der geschädigten Person, die im Rahmen der Rechtsnachfolge in deren Ansprüche eingetreten sind (Art. 121 StPO).⁴³

Möchten diese Personen Zivilforderungen geltend machen (Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO), so müssen sich sowohl das Opfer bzw. die geschädigte Person wie auch dessen Angehörige als Privatklägerschaft konstituieren (Art. 118 StPO). Dies erfolgt dadurch, dass die genannten Personen schriftlich oder mündlich zu Protokoll erklären, die beschuldigte Person sei zu verfolgen sowie zu bestrafen (Art. 119 Abs. 1 und 2 lit. a StPO).

Als Privatklägerschaft sind die geschädigte Person und Angehörige des Opfers sowie als Rechtsnachfolger die Angehörigen der geschädigten Person zur Ausübung von Parteirechten legitimiert. Sie können Akten einsehen, an Verhandlungen teilnehmen, einen Rechtsbeistand beiziehen, sich zur Sache und zum Verfahren äussern und Beweisanträge stellen (Art. 107 StPO).

Das Adhäsionsverfahren lässt sich als Verfahren charakterisieren, in welchem im Rahmen eines Strafprozesses über zivilrechtliche Ansprüche entschieden

⁴⁰ Z.B. EGMR vom 27.9.1990, *Windisch v. Österreich*, Application no. 12489/86, Ziff. 31; EGMR vom 26.3.1996, *Doorson v. Niederlande*, Application no. 20524/92, Ziff. 76; EGMR vom 23.4.1997, *van Mechelen and others v. Niederlande*, Applications nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, Ziff. 63; EGMR vom 17.5.2001, *Lucà v. Italien*, Application no. 33354/96, Ziff. 40; BGE 133 I 41; BGer vom 14.8.2014, 6B_191/2014, E. 1.3.

⁴¹ Vgl. EGMR vom 15.12.2011, *Al-Khawaja and Tahery v. Grossbritannien*, Applications nos. 26766/05 and 22228/06, Ziff. 159 ff.; EGMR vom 6.12.2012, *Pesukic v. Schweiz*, Application no. 25088/07, Ziff. 44 ff.; BGer vom 28.6.2012, 6B_125/2012, E. 3.3.1; BGer vom 10.5.2013, 6B_75/2013, E. 3.3.1; BGer vom 15.7.2013, 6B_670/2012, E. 4.3.

⁴² BGE 139 IV 91 f., E. 2.2.

⁴³ Vgl. dazu BGE 140 IV 162, E. 4.

wird.⁴⁴ Massgebend sind strafprozessuale Normen. Die Regelung ist grundsätzlich abschliessend.⁴⁵ Allfällige Lücken werden durch sinngemässe Anwendung zivilprozessualer Grundsätze gefüllt.⁴⁶

Was die im vorliegenden Zusammenhang interessierende Verhandlungsmaxime betrifft, so stellt das Gericht im Falle eines Entscheids im Zivilpunkt auf Tatsachen ab, welche gestützt auf die strafprozessuale Instruktionsmaxime für die Beurteilung der Strafsache erhoben worden sind. Dies ergibt sich aus der vorausgesetzten Konnexität zwischen der zu beurteilenden Straftat und den geltend gemachten zivilrechtlichen Ansprüchen (Art. 122 Abs. 1 StPO). Sind demgegenüber Sachverhaltselemente für die Beurteilung der Straftat irrelevant, wohl aber für den Entscheid über die Zivilforderung von Bedeutung, so muss die Privatklägerschaft die Beweisanträge substantiieren und die Beweismittel nennen, welche zur Erstellung des betreffenden Sachverhalts geeignet sind. Entsprechende ungenügende Angaben und Begründungen führen gemäss Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO zur Verweisung auf den Zivilweg.

Aus dem Gesagten folgt, dass auf Gutachten und Zeugenaussagen, welche im Strafverfahren erhoben worden sind, jedenfalls zur Beurteilung der mit der fraglichen Straftat konnexen Zivilansprüche abgestellt werden darf und muss.⁴⁷ Das ist sogar dann der Fall, wenn die Privatklägerschaft im Rahmen ihrer Klagebegründung strafrechtlich verfahrenskonform erwiesene Tatsachen nicht behauptet.⁴⁸ Insoweit kann gesagt werden, dass die im Rahmen des Staates von Amtes wegen vorzunehmenden Untersuchungen der Privatklägerschaft zur Geltendmachung ihrer Ansprüche (im Rahmen der erwähnten Konnexität) gewissermassen „tel quel“ zur Verfügung gestellt werden.⁴⁹

⁴⁴ DOLGE ANNETTE, Beschuldigt im Zivilprozess – Verfahrensgrundsätze bei der Zivilklage im Strafprozess, in: HEER MARIANNE/HEIMGARTNER STEFAN/NIGGLI MARCEL ALEXANDER/THOMMEN MARC (Hrsg.), *Toujours agité – jamais abattu*, Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 735; ZK-LIEBER (FN 4) Art. 122 StPO N 3.

⁴⁵ Praxiskommentar-SCHMID (FN 12) Art. 122 StPO N 4.

⁴⁶ DOLGE (FN 44) 735; ZK-LIEBER (FN 4) Art. 122 StPO N 4.

⁴⁷ BSK-DOLGE (FN 3) Art. 122 StPO N 23; ZK-LIEBER (FN 4) Art. 122 StPO N 4b.

⁴⁸ ZK-LIEBER (FN 4) Art. 122 StPO N 4b; vgl. zum alten Recht: BGer vom 1.2.2007, 6B_521/2007, E. 4.2; DONATSCH ANDREAS/SCHMID NIKLAUS, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2007, § 192 N 52; REHBERG JÖRG, Zum zürcherischen Adhäsionsprozess, in: FORSTMOSER PETER/GIGER HANS/HEINI ANTON/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), *Beiträge zum Familien- und Vormundschaftsrecht, Schuldrecht, Internationales Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Gesellschafts-, und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht*, Festschrift für Max Keller, Zürich 1989, 636 f.

⁴⁹ DOLGE (FN 44) 742.