

5. Schuldbetreibung und Konkurs

3637

Replikrecht. Darstellung der geltenden Rechtsprechung sowie der Praxis im Kanton Appenzell Ausserrhoden.

Aus den Erwägungen:

4.1 Das Rechtsöffnungsverfahren ist nach dem Willen des Gesetzgebers ein rasches Verfahren. Der geforderten Raschheit entspricht, dass die eidgenössische Zivilprozessordnung die Rechtsöffnung in das Summarium verweist (Art. 251 lit. a ZPO). Der Richter hat dem Betriebenen sofort nach Eingang des Gesuches Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und danach innert fünf Tagen seinen Entscheid zu eröffnen (Art. 84 Abs. 2 SchKG). Der Gesetzeswortlaut sieht folglich keine Replik des Gläubigers vor (*Daniel Staehelin*, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2010, N 49 zu Art. 84).

4.2 Indessen stellt Art. 84 Abs. 2 SchKG bloss eine Ordnungsvorschrift dar, welche vom Rechtsöffnungsrichter zwar Handeln ohne Aufschub verlangt, jedoch weder Replik noch Duplik in grundsätzlicher Weise verbietet. Vielmehr ist auch im Rechtsöffnungsverfahren der sich aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergebende Gehörsanspruch der Parteien zu wahren (Urteil BGer 5A_42/2011, E. 2.4). Dieser gebietet, dass die Parteien von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis nehmen und sich dazu äussern können (BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGE 133 I 100 E. 4.5). Dieses sogenannte Replikrecht gelangt auch dort zur Anwendung, wo das Prozessrecht lediglich einen einfachen Schriftenwechsel vorsieht (Urteil BGer 5A_42/2011, E. 2.2.2). Das Replikrecht ist auch unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten (Urteil BGer 9C_367/2013, E. 3.1). Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht (BGE 138 I 484 E. 2.1).

Zur Umsetzung des Replikrechts hat sich das Bundesgericht wie folgt geäussert (Urteil BGer 9C_367/2013, E. 3.2; ähnlich: Urteile BGer 5D_112/2013, E. 2.2.1 f., 5A_155/2013, E. 1.4, 1C_142/2012, E. 2.1 ff.):

„Es ist Aufgabe des Gerichts, in jedem Einzelfall ein effektives Replikrecht der Parteien zu gewährleisten. Hierzu kann es einen zweiten Schriftenwechsel

sel anordnen oder den Parteien Frist für eine allfällige Stellungnahme ansetzen. Es kann Eingaben aber auch lediglich zur Kenntnisnahme zustellen, wenn von den Parteien erwartet werden kann, dass sie umgehend unaufgefordert Stellung nehmen oder eine Stellungnahme beantragen, was namentlich bei anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen der Fall ist (BGE 138 I 484 E. 2.2; BGE 133 I 98 E. 2.2).“

Hinsichtlich der Zustellung von Eingaben an juristische Laien hat sich das Bundesgericht am Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Sachen Schaller-Bossert vom 28. Oktober 2010 orientiert. Gemäss diesem Urteil ist Art. 6 EMRK verletzt, wenn der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin nicht klar sein konnte, dass sie auf eine „zur Kenntnisnahme“ zugestellte Vernehmlassung hätte reagieren müssen, wenn sie ihr Recht auf Replik nicht verlieren wollte. Anzumerken ist, dass das Bundesgericht seine eigene Praxis bereits vor rund drei Jahren angepasst hat (Urteil BGER 5A_779/2010, in: Pra 2012 Nr. 1, E. 2.2 am Schluss).

Hunsperger/Wicki (Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, in: AJP 2013, S. 97), Frank Schürmann (Rechtliches Gehör, Waffengleichheit, Zustellung von Eingaben – Präzisierung der Rechtsprechung, in: ZBJV 2013, S. 292) und Yvo Hangartner (Besprechung des Urteils des BGER 1C_142/2012, in: AJP 2013, S. 622 Bemerkung I./2) sind der Meinung, bei rechtsunkundigen Personen, die nicht anwaltlich vertreten seien, sei die blossе Zustellung zur Kenntnisnahme ohne Hinweis auf das Bestehen eines Replikrechts nicht genügend (zustimmend wohl auch *Christoph Leuenberger*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2011, in: ZBJV 2013, S. 234 f.).

Für Markus Lanter (Formeller Charakter des Replikrechts – Herkunft und Folgen, in: ZBI 2012, S. 174 ff.) liegt eine Verletzung des Replikrechts vor, wenn eine Partei zwar theoretisch die Möglichkeit hätte, Stellung zu nehmen, dies jedoch nicht weiss. Bei Laien sei davon auszugehen, dass die blossе Zustellung zur Kenntnisnahme das Recht auf Stellungnahme nicht effektiv gewährleiste. Es müsse jedoch im Einzelfall geprüft werden, ob die betroffene Partei Kenntnis von ihrem Recht habe oder haben müsste. Dann könne sie sich nicht auf eine Verletzung des Replikrechts berufen. Zu denken sei dabei etwa an Verfahren, in welchen sich bereits die Gegenpartei auf ihr Recht auf Stellungnahme berufen habe.

4.3 Das Obergericht Appenzell Ausserrhoden folgt der Rechtsprechung des Bundesgerichts seit mehr als einem Jahr. Es ist kein Grund ersichtlich, eine Praxisänderung vorzunehmen. Mithin haben die ausserrhodischen Gerichte bei schriftlichen Eingaben entweder einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen oder den Parteien Frist für eine allfällige Stellungnahme anzusetzen. Bei anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen können Eingaben aber auch lediglich zur Kenntnisnahme zugestellt werden. Obwohl Art. 29 BV und Art. 6 EMRK auch im Rahmen vorsorglicher Massnahmen (im weiteren Sinne)

Anwendung finden, sind Situationen denkbar, in denen wegen zeitlicher Dringlichkeit vom skizzierten Vorgehen abgewichen werden darf (Urteil BGer 2C_293/2013, in: Pra 2013 Nr. 112, E. 3).

4.4 Der Beschwerdeführer ist nicht anwaltlich vertreten und muss mangels anderer Hinweise in den Akten als rechtsunkundig gelten. Ebenso fehlen Hinweise darauf, dass er aus einem anderen Verfahren von seinem Replikrecht trotz blosser Zustellung „zur Kenntnisnahme“ gewusst hätte. Bei dieser Sachlage sind Art. 29 BV und Art. 6 EMRK verletzt worden, als dem Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren die Gesuchsantwort ohne Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zugestellt worden ist.

4.5 Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; Entscheid OGer TG BR.2011.38, publiziert in: RB OG TG 2011, Nr. 1, S. 89).

Entscheide im Rechtsöffnungsverfahren sind gemäss Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO nicht berufungsfähig und können nur mit Beschwerde angefochten werden. Die Beschwerde ist nach Art. 320 ZPO lediglich im Hinblick auf Rügen bezüglich unrichtiger Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) ein vollkommenes Rechtsmittel; in tatsächlicher Hinsicht ist die Kognition auf die Prüfung offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhalts beschränkt (Art. 320 lit. b ZPO). Da es sich insofern bei der Beschwerde nicht um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt, ist die Heilung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren nicht möglich (Entscheid OGer TG BR.2011.38, RB OG TG 2011, S. 89). Der angefochtene Entscheid ist folglich aufzuheben, ohne dass es erforderlich ist, die weiteren vom Beschwerdeführer erhobenen Rügen zu prüfen. Gestützt auf Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (*Freiburghaus/Afheldt*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N 11 zu Art. 327).

OGP, 01.07.2014