



AR GVP 35/2023 Nr. 3863

Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO). Wird ein Augenscheinprotokoll den Parteien erst zusammen mit dem begründeten Urteil zugestellt, wird das rechtliche Gehör der Parteien verletzt. Die Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren ist nicht möglich.

Urteil des Einzelrichters des Obergerichts, 05.09.2023, ERZ 23 36

Aus den Erwägungen:

4.1 Die Beschwerdeführerin bemängelt, das Augenscheinprotokoll sei erst zusammen mit dem begründeten Urteil versandt worden. Die Parteien hätten deshalb keine Möglichkeit gehabt, sich zum Augenscheinprotokoll zu äussern. Damit sei der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Eine Heilung im Rechtsmittelverfahren sei wegen der beschränkten Kognition nicht möglich.

Dem hält der Beschwerdegegner entgegen, die Parteien hätten sich unmittelbar nach dem Augenschein anlässlich der Hauptverhandlung zum Ergebnis des Augenscheins äussern können. Das rechtliche Gehör sei nicht verletzt worden.

4.2 Die Vorinstanz hat einen Augenschein durchgeführt. Hervorzuheben ist, dass erst das Protokoll das Ergebnis des Augenscheins aktenkundig und zu einem im Verfahren verwertbaren Beweismittel macht. Nur das im Protokoll Dokumentierte bildet Bestandteil der Beweiswürdigung und darf im Urteil berücksichtigt werden (ALFRED BÜHLER, Berner Kommentar, ZPO, 2012, N. 3 zu Art. 182 ZPO; WEIBEL/WALZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 182 ZPO). Augenscheine sind deshalb zu protokollieren. Art. 182 ZPO statuiert eine entsprechende Pflicht (vgl. auch die generelle Pflicht zur Protokollierung jeder Art von Verhandlung in Art. 235 ZPO). Eine Protokollierungspflicht ergibt sich zudem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art 29 Abs. 2 Bundesverfassung (SR 101; BGE 142 I 86 E. 2.2).

Die Vorinstanz hat den Augenschein zwar protokolliert, das Protokoll den Parteien aber erst zusammen mit dem begründeten Urteil zugestellt. Damit war den Parteien die Möglichkeit genommen, sich vor der Urteilsfällung zum Protokoll zu äussern und insbesondere allfällige Berichtigungen zu verlangen (vgl. BGE 142 I 86 E. 2.3; SUTTER-SOMM/SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, N. 9 zu Art. 182 ZPO; SCHMID/BAUMGARTNER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 5 zu Art. 181/182 ZPO; ANNETTE DOLGE, in: Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 2 zu Art. 182 ZPO; FRANZ HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, 2015, Rz. 3.140; ROGER GRONER, Beweisrecht, 2011, S. 320). Die Protokollierungsregeln im Zivilprozess (und auch im Strafprozess; vgl. Art. 76 ff. Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0) lassen Ausnahmen, wie sie vom Bundesgericht in BGE 142 I 86 E. 2.4 für das Verwaltungsgerichtsverfahren angeführt worden sind, nicht zu.

Durch ihre Vorgehensweise hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör (Art. 53 ZPO) der Beschwerdeführerin verletzt.

4.3 Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Grundsätzlich führt die Verletzung des rechtlichen Gehörs ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2 mit Hinweis). 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 des Obergerichts Thurgau BR.2011.38 vom 13. Juli 2011, RB OG TG 2011 S. 89). Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinn einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; 137 I 195 E. 2.3.2).

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 des Obergerichts Thurgau BR.2011.38 vom 13. Juli 2011, RB OG TG 2011 S. 89). Der angefochtene Entscheid ist folglich aufzuheben, ohne dass es erforderlich wäre, die weiteren von der Beschwerdeführerin 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, 3. Aufl. 2016, N. 11 zu Art. 327 ZPO). Diese muss den Parteien Gelegenheit einräumen, eine Berichtigung des Protokolls zu verlangen (Art. 235 Abs. 3 ZPO) und anschliessend zum Ergebnis des Augenscheins Stellung zu nehmen. Erst danach hat die Vorinstanz neu zu entscheiden.