

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Wüthrich-Meyer (Referentin), Oberrichterin Apolloni Meier und Oberrichter Messer sowie Kammerschreiberin Schmidt

vom 28. April 2009

in der Streitsache zwischen

A. D.

Nichtigkeitsklägerin

B. D.

Nichtigkeitskläger

beide vertreten durch Rechtsanwalt X.

und

Z. AG

vertreten durch Fürsprecher Y.

Nichtigkeitsbeklagte

Regeste:

1) Art. 29 Abs. 2 BV; Verletzung des rechtlichen Gehörs

2) Der Anspruch auf rechtliches Gehör konkretisiert sich im Anspruch der Betroffenen, von den Behörden alle notwendigen Informationen zu erhalten und sich zu allen wesentlichen Punkten in einem Verfahren vor Erlass einer in ihre Rechtsstellung eingreifenden Verfügung zu äussern. Äusserungsmöglichkeit besteht für Tatsachen, die für die Verfügung oder den Entscheid wesentlich sind.

Den Nichtigkeitsklägern wurde nicht die Möglichkeit eingeräumt, sich zu der von der Nichtigkeitsbeklagten eingereichten Kostennote und deren Antrag um richterliche Bestimmung der Parteikosten (Art. 155 Abs. 2 ZPO) zu äussern.

In diesem Vorgehen ist eine Gehörsverletzung zu erblicken, die vor oberer Instanz nicht geheilt werden kann (da diese nicht die gleiche Kognition hat wie die Vorinstanz).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der Gerichtspräsident auferlegte in casu A.D. und B.D. die Kosten des Aussöhnungsversuches, da sie die Klage nicht innert der 6-monatigen Klagefrist einreichten. A.D. und B.D. rügen im Rechtsmittelverfahren (Nichtigkeitsklage), ihnen sei das rechtliche Gehör verweigert worden, sie hätten zu keinem Zeitpunkt Gelegenheit erhalten, sich zum Gesuch nach Art. 155 Abs. 2 ZPO der Z. AG vernehmen zu lassen. Die Z. AG beantragte die Abweisung der Nichtigkeitsklage, eine Einvernahme der Gegenpartei zur Kostenbestimmung

sei nach erfolgter Prüfung des Sachverhaltes (nämlich ob ein Aussöhnungsversuch stattgefunden habe) gemäss dem einschlägigen Kommentar LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N. 2b zu Art. 155 ZPO nicht nötig. Daher liege keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. In seinem Bericht gemäss Art. 362 ZPO brachte der Gerichtspräsident vor, eine Stellungnahme der Gegenpartei zur Kostenbestimmung sei nicht nötig, weshalb die Nichtigkeitsklage abzuweisen sei.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

(...)

III.

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör, und zwar in allen Verfahren, die rechtsanwendenden Charakter haben (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, S. 513). Die wichtigsten Teilgehalte dieses verfassungsmässigen Rechts sind Ansprüche auf vorgängige Orientierung und Äusserung, Akteneinsicht, Mitwirkung im Beweisverfahren, Begründung, Prüfung und Eröffnung des Entscheids und das Recht, sich vertreten zu lassen (HOTZ, in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, N 24 ad Art. 29 BV; SCHINDLER, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 04/2005, S. 171).

Die Garantie eines fairen Verfahrens konkretisiert sich im Anspruch der Betroffenen, von den Behörden alle notwendigen Informationen zu erhalten und sich zu allen wesentlichen Punkten in einem Verfahren vor Erlass einer in seine Rechtsstellung eingreifenden Verfügung äussern zu können (BGE 1P.654/2005, E. 2.1; JÖRG PAUL MÜLLER, a.a.O., S. 520; HOTZ, a.a.O., N 27 ad Art. 29 BV). Eine Stellungnahme zur gegnerischen Eingabe soll zumindest dann möglich sein, wenn sich das Gericht in der anschliessenden Verfügung auf Umstände stützt, welche in jener Eingabe vorgetragen wurden (vgl. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, S. 313). Äusserungsmöglichkeit besteht somit für Tatsachen, die für die Verfügung oder den Entscheid wesentlich sind (vgl. HOTZ, a.a.O., 28 ad Art. 29 BV) inexistent ist

jedoch das Recht, sich zur rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts zu äussern (vgl. KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 420).

5. Den Nichtigkeitsklägern wurde in casu nicht die Möglichkeit eingeräumt, sich zu der von der Nichtigkeitsbeklagten eingereichten Kostennote und deren Antrag um richterliche Bestimmung der Parteikosten zu äussern. Das Schreiben wurde ihnen von der Gegenpartei wohl zugestellt, sie wurden jedoch nicht aufgefordert, dazu Stellung zu nehmen. Sie nahmen an, sie könnten sich nach dem Eingang des Gerichtskostenvorschusses noch zum Antrag der Nichtigkeitsbeklagten äussern. Nach Eingang des Gerichtskostenvorschusses entschied der Gerichtspräsident über den Antrag. Damit konnten die Nichtigkeitskläger keine Einwände in sachverhaltlicher Hinsicht einbringen, welche auf die Höhe der gesprochenen Parteikosten einen Einfluss haben könnten. Mit der Auferlegung von Fr. 839.30 an die Nichtigkeitskläger ohne sie anzuhören, wurde in ihre Rechtsstellung eingegriffen, ohne dass sie die Möglichkeit hatten, sich äussern zu können. Zumindest in einer solchen Konstellation ist in diesem Vorgehen eine Gehörsverletzung zu erblicken. Daran vermögen auch die Ausführungen der Nichtigkeitsbeklagten und des Gerichtspräsidenten (...) nichts zu ändern, die zitierte Textstelle muss, im Lichte der strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum rechtlichen Gehör als nicht mehr aktuell angesehen werden.
6. Grundbedingung für eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist, dass die Rechtsmittelinstanz im Streitpunkt über dieselbe Kognition in Sachverhalts- und Rechtsfragen verfügt wie die Vorinstanz (vgl. Schindler, .a.a.O., S. 175, mit Verweis auf BGE 127 V 431 E. 3d/aa, BGE 126 I 68 E. 2, BGE 1P.544/2003 E. 2.1; vgl. Kiener/Kälin, Grundrechte, S. 409). Für die Festsetzung der Höhe der Parteikosten der Beklagten verfügt der Appellationshof indes im Vergleich zur ersten Instanz über eine eingeschränkte Kognition (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N 1a ad Bem. vor Art. 359 ZPO), weshalb zum vornherein eine Heilung ausscheidet.
7. Ist das rechtliche Gehör verletzt, liegt ein Nichtigkeitsgrund i.S.v. Art. 359 Ziff. 3 ZPO vor. Es ist unerheblich, ob die Verletzung des rechtlichen Gehörs vollständig war und sich die Verletzung auf die Verfügung ausgewirkt hat (vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 6b ad Art. 359; N 4 ad Bem. vor Art. 359 ZPO). Die Prüfung weiterer Rügen bzw. Nichtigkeitsgründe erübrigt sich, da mit dem Vorliegen eines einzigen Nichtigkeitsgrundes die gesamte angefochtene Verfügung für nichtig zu erklären ist (vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 1 ad Art. 364 ZPO).
8. Wird das Urteil nichtig erklärt, so wird der Streit in die gleiche Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor dem nichtigen Urteile befand (Art. 364 ZPO). Nur beim alleinigen Vorliegen des Nichtigkeitsgrundes der Verletzung klaren Rechts (vgl. Art. 360 Ziff. 2 ZPO), könnte der Appellationshof an Stelle des aufgehobenen Urteils ein neues Urteil setzen (vgl. Art. 365 ZPO, 1 Satz; vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 1 ad Art. 365, N 6b ad Bem. vor Art. 359 ZPO). Mit der Aufhebung ist der Rechtsstreit in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor der nichtig erklärten Verfügung befand, mithin ist er

vor dem erstinstanzlichen Richter rechtshängig, der den Nichtigkeitsklägern nunmehr das rechtliche Gehör zu gewähren hat (vgl. Art. 365 ZPO, 2. Satz).

(...)

Hinweis:

Dieser Entscheid ist rechtskräftig.