

ZK 11 220, publiziert September 2011

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 8. Juli 2011

Besetzung

Oberrichter Bähler, Oberrichterin Apolloni Meier und Oberrichter Messer
Gerichtsschreiberin Holzapfel Pürro

Verfahrensbeteiligte

X. GmbH,

Gesuchsgegnerin/Beschwerdeführerin

gegen

Y. AG,

Gesuchstellerin/Beschwerdegegnerin

Gegenstand

provisorische Rechtsöffnung

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 24. März 2011

Regeste:

- 1) Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Anspruch auf rechtliches Gehör, Replikrecht.
- 2) Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, wenn eine anwaltlich vertretene Partei eine vom Gericht versandte Replik der Gegenpartei nicht erhielt, ihr Anwalt aber mit einem Kollegendoppel bedient wurde.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

In einem Rechtsöffnungsverfahren stellte die Vorinstanz die unaufgefordert eingereichte Replik der Gläubigerin Y. AG (Beschwerdegegnerin) der Schuldnerin X. GmbH (Beschwerdeführerin) mit Übermittlungszettel mit normaler Post „zur Kenntnis“ zu, der Beweis der erfolgreichen Zustellung konnte jedoch nicht erbracht werden. Indessen erhielt der Anwalt der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen ein Kollegendoppel jener Replik. Die Beschwerdeführerin verlangt die Aufhebung der ausgesprochenen Rechtsöffnung mit der Begründung, sie sei in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden, weil die Vorinstanz entschieden habe, ohne ihr Gelegenheit zur Duplik zu geben. Die Kammer weist die Beschwerde ab.

Auszug aus den Erwägungen:

Erwägungen:

I.

(...)

II.

(...)

III.

(...)

IV.

Zum Recht auf Stellungnahme

1. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör, und zwar in allen Verfahren, die rechtsanwendenden Charakter haben (MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, 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 (STEINMANN, in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar Art. 1-93, 2. Auflage, N 24 zu Art. 29 BV; SCHINDLER, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBI) 2005, S. 171).
2. 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 ihre Rechtsstellung eingreifenden Verfügung äussern zu können (BGer 1P. 654/2005, E. 2.1; MÜLLER, a.a.O., S. 520; STEINMANN, a.a.O., N 27 zu 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 (VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 313). Äusserungsmöglichkeit besteht somit für Tatsachen, die für die Verfügung oder den Entscheid wesentlich sind (STEINMANN, a.a.O., N 28 zu Art. 29 BV), inexistent ist jedoch das Recht, sich zur rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts zu äussern (KIENER/KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 420).
3. In einem neueren Entscheid hielt das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör Folgendes fest (BGer 2C_356/2010 E. 2.1, Urteil vom 18. Februar 2011):

„Als Teilaspekt eines gerechten Verfahrens im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) insbesondere, dass die Gerichte die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien anhören und bei der Entscheidfindung berücksichtigen (vgl. BGE 124 I 241 E. 2 S. 242 f.). Der Anspruch umfasst das Recht, von jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können (vgl. BGE 133 I 98 E. 2 S. 99 f.; 133 I 100 E. 4.5 und 4.6 S. 103 f.; sowie 132 I 42 E. 3.3.3 S. 46 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte), unabhängig davon, ob diese neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag (vgl. BGE 133 I 98 E. 2.1 S. 99; 133 I 100 E. 4.3-4.6 S. 102 ff.; siehe auch BGE 126 I 172 E. 3c S. 175 f.; 125 Ia 113 E. 2a S. 115; mit Hinweisen). Denn es steht in erster Linie der Partei und nicht dem Richter zu, darüber zu befinden, ob neu beigebrachte Unterlagen eine Stellungnahme rechtfertigen (vgl. Urteil 2C_688/2007 vom 11. Februar 2008 E. 2.2 mit Hinweisen). In dem Sinne besteht aufgrund von Art. 29 Abs. 2 BV ein eigentliches Replikrecht, und zwar in sämtlichen Gerichtsverfahren, d.h. selbst in jenen, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen (vgl. BGE 133 I 98 E. 2.1 S. 99).“

4. Damit steht fest, dass nach Art. 6 EMRK und der Praxis des EGMR sowie des Bundesgerichts die Beschwerdegegnerin vorliegend eine Replik einreichen durfte. Diese musste vom Gericht entgegen genommen werden. Die Beschwerdeführerin musste sodann die Möglichkeit haben, auf die Replik zu antworten, sie musste demnach Kenntnis von der Replik erhalten.

5. Weiter kann auf Grund der Rechtsprechung des Bundesgerichts (siehe oben zitierten Entscheid) von Folgendem ausgegangen werden (E. 2.1., 2. Absatz):

„Für die Wahrung des Rechtsanspruchs muss nicht zwingend ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet oder eine Frist zur Stellungnahme angesetzt werden; vielmehr genügt es in der Regel, eine neu eingegangene Eingabe der Partei zur Kenntnisnahme zu übermitteln und noch eine kurze Weile mit der Entscheidung zu warten, damit diese die Möglichkeit hat, sich nochmals zu äussern, wenn sie das möchte (vgl. BGE 133 I 98 E. 2.2 S. 99 f.). Das Gericht verletzt diesen Gehörsanspruch, wenn es bei der Zustellung einer Vernehmlassung an die beschwerdeführende Partei zum Ausdruck bringt, der Schriftenwechsel sei abgeschlossen, oder wenn die Eingabe mit einer Bemerkung übermittelt wird, aus der die Partei schliessen muss, dass sie keine Stellungnahme mehr abgeben dürfe oder eine ungebetene Stellungnahme unerwünscht sei (vgl. BGE 133 I 100 E. 4.8 S. 105; 132 I 42 E. 3.3.2 S. 46; sowie die Urteile 2C_688/2007 vom 11. Februar 2008 E. 2.2, 1C_3/2009 vom 8. Juni 2009 E. 2.1 u. 2C_203/2009 E. 3.2).“

6. Einem neueren Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist zu entnehmen, dass neue Unterlagen und Stellungnahmen (unter der Präzisierung, dass kein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wird) den anderen Parteien zur Kenntnisnahme zuzustellen sind und sie auf die Möglichkeit hingewiesen werden müssen, allfällige Bemerkungen dazu einzureichen (so namentlich das Urteil Nr. 41718/05 i.S. Schaller-Bossert gegen die Schweiz vom 28. Oktober 2010, E. 42): *« Par ailleurs, contrairement à ce que prétend le Gouvernement, la Cour n'est pas convaincue que la requérante, non représentée par un avocat devant le Tribunal fédéral, aurait dû*

répondre de manière spontanée aux observations litigieuses déposées devant cette instance pour ne pas renoncer à ses droits découlant de l'article 6 § 1. A cet égard, la Cour rappelle que le courrier par lequel les observations litigieuses ont été adressées à la requérante indiquait clairement la mention « pour information », apposée par tampon, et que la loi était également sans équivoque, l'article 93, alinéa 3, de l'OJ ne prévoyant un deuxième échange d'écritures qu'à titre exceptionnel [...]». In diese Richtung deuten auch BGer 5A_779/2010, E. 2.2 und 9C_996/2010, E. 3.1.2. Im Entscheid Schaller-Bossert wurde jedoch ausdrücklich erwähnt, dass die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht *nicht* anwaltlich vertreten war. In casu ist die Beschwerdeführerin indessen anwaltlich vertreten, womit von ihrem Rechtsvertreter hätte erwartet werden können, dass er selber und unaufgefordert eine Duplik einreicht, das Gericht diesbezüglich um Fristansetzung ersucht oder Akteneinsicht verlangt. Daher ist die neuere Entwicklung der Rechtsprechung vorliegend nicht näher zu berücksichtigen.

7. Zusammenfassend kann somit zunächst festgehalten werden, dass unter der Voraussetzung, dass die Beschwerdeführerin die Replik in genügender Weise zur Kenntnis erhielt, das Gericht vor dem Erlass des Entscheids, der mehr als einen Monat nach Eingang der Replik erfolgte, nichts weiter unternehmen musste. Vielmehr hätte die Beschwerdeführerin bzw. deren Anwalt aktiv werden müssen.

Zur Zustellung

8. Gemäss einem den erstinstanzlichen Gerichten mitgeteilten Beschluss des Plenums der Zivilabteilung vom 10. April 2008 ist nach Eingang der Vernehmlassung in Summarverfahren wie folgt vorzugehen:
 1. *Die Vernehmlassung ist der Gegenpartei durch das Gericht zuzustellen; auch wenn sie bereits durch die andere Partei mit einer Kopie bedient worden ist.*
 2. *Die Zustellung erfolgt durch Verfügung, ohne Fristansetzung.*
 3. *Die Zustellung erfolgt mittels eingeschriebenen Brief (R), nicht GU. Damit die 7-tägige Frist bis zur Zustellfiktion nicht abgewartet werden muss, kann die Verfügung zusätzlich per A-Post zugestellt werden.*
 4. *Die „Reaktionszeit“ ist abhängig von der Natur der Sache. Eine sofortige Reaktion muss aber möglich sein. Es ist mit der Entscheidungsfällung zuzuwarten, bis man annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (vgl. dazu BGE 133 I 98).*
 5. *Eine allfällige Vernehmlassung kann der anderen Partei - zumindest wenn sie obsiegt - dann direkt mit dem Entscheid zur Kenntnisnahme zugestellt werden. Bei zulässigen echten Noven, deren Berücksichtigung in Frage stehen kann, ist die Vernehmlassung der anderen Partei vor der Entscheidungsfällung nochmals zuzustellen.*
 6. *Bei Rechtsöffnungs- oder Eheschutzverfahren ist i.d.R. mit der Entscheidungsfällung 10 Tage zuzuwarten.*
9. Da das Recht auf Stellungnahme bei jedem neuen Schriftstück besteht, muss diese Vorgehensweise bezüglich allen neu eingelangten Schriftstücken (Repliken, Dupliken, Beweisstücke) gelten.

10. Vorliegend hielt sich das Regionalgericht nach Eingang der Vernehmlassung an diese Vorgaben. Die in den Akten dokumentierte Zustellung der Replik erfolgte hingegen mit gewöhnlicher Post unter Beilage eines Übermittlungszettels (pag. 39). In der Beschwerde ist keine Zustellung der Replik seitens des Gerichts erwähnt. Zugunsten der Beschwerdeführerin ist von der Hypothese auszugehen, dass dies darauf zurückzuführen ist, dass sie das Dokument nicht erhalten hat, und es deshalb nicht erwähnen konnte. Die Beweislast für die Zustellung trägt die Behörde (BGE 129 I 8, BGer 2C_780/2010, 5A_264/2007).
11. Nach dem Beweisergebnis ist das Gericht seiner Verpflichtung, die Replik zuzustellen, somit nicht nachgekommen. Die Beschwerdeführerin ist jedoch durch die Gegenpartei von der Replik informiert worden.
12. Zu prüfen bleibt, ob diese informelle Kenntnissgabe von dritter Seite den Mangel der fehlenden Zustellung durch das Gericht heilt.
13. Nach dem Beschluss der Zivilabteilung entbindet die Zustellung eines Kollegendoppels das Gericht nicht davon, das Schriftstück selbst auch noch zuzustellen. Damit ist allerdings noch nichts über die Folgen gesagt, wenn dies nicht geschieht. Es ist nicht zwingend, dass in einem solchen Fall ein tatsächlich erhaltenes Kollegendoppel nicht berücksichtigt wird. Soweit ersichtlich besteht keine bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Problematik.
14. In BGer 4D_111/2010 war der Beschwerdeführer darüber orientiert worden, dass das Gericht eine Klageantwort einholt. Diese traf in der Folge ein, wurde ihm aber nicht zugestellt, und das Gericht fällte ein Urteil. Das Bundesgericht führte aus, der Beschwerdeführer sei nicht verpflichtet gewesen nachzufragen, ob die Klageantwort eingelangt sei. Dieser Fall ist jedoch nicht ohne Weiteres vergleichbar mit dem vorliegenden, wo der Anwalt - wenn auch nicht über das Gericht - tatsächlich in den Besitz der Eingabe gelangt ist.
15. Eher ist eine Analogie zu ziehen zur Rechtsprechung zu den Folgen unrichtiger oder fehlender Rechtsmittelbelehrungen. In diesen Fällen begeht das Gericht einen Fehler im Bereich des rechtlichen Gehörs. Von der betroffenen Person bzw. deren Anwältin wird jedoch erwartet, dass sie aktiv wird, wenn sie das richtige Vorgehen kannte oder kennen musste.

BGer 5A_621/2010 hielt in diesem Zusammenhang fest: *„Darf eine Partei nicht auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung vertrauen, wenn sie oder ihr Anwalt die Unrichtigkeit kennt oder sie bei genügender Aufmerksamkeit hätte kennen können, so ist auch die Berufung auf eine fehlende Rechtsmittelbelehrung ausgeschlossen, wenn die betroffene Partei oder ihr Anwalt die Weiterziehungsmöglichkeit kannte oder kennen musste. Dies ist bei anwaltlich vertretenen Parteien insbesondere dann anzunehmen, wenn das Rechtsmittel zur Weiterziehung - wie das hier der Fall ist - schon allein durch Konsultierung des massgebenden Gesetzestextes hätte erkannt werden können (vgl. BGE 127 II 198 E. 2c S. 205; Urteil 9C_690/2007 vom 26. November 2007 E. 1.1, in: SVR 2008 AHV Nr. 12 S. 38).“*

16. In casu hatte der Anwalt der Beschwerdeführerin Kenntnis von der Replik. Das Recht, darauf zu antworten, und die Obliegenheit, dies unaufgefordert zu tun, ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetz, aber aus der Rechtsprechung. Abgesehen davon, dass diese einem Anwalt bekannt sein sollte, wurde in der Replik BGer 5A_151/2007 zitiert. Dort steht (E. 3.2): *„Das Bundesgericht hat wiederholt erklärt, die vom Beschwerdeführer angerufene Bestimmung von Art. 29 Abs. 2 BV verleihe - unter Vorbehalt von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen oder berechtigter Interessen Dritter (BGE 130 III 42 E. 3.2.1 S. 44 mit Hinweis) - der Verfahrenspartei den Anspruch, in alle für den Entscheid wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen und sich dazu zu äussern (vgl. BGE 129 I 85 E. 4.1 S. 88 mit Hinweis). Dies bedeutet, dass ein Gericht jede bei ihm eingereichte Stellungnahme den Beteiligten zur Kenntnis zu bringen hat (dazu BGE 133 I 98, E. 2.1 und 2.2 S. 99 f., und 100, E. 4.5 und 4.6 S. 103 f., mit Hinweisen).“*
17. In dem in dieser Passage erwähnten BGE 133 I 98 wird zum Vorgehen Folgendes ausgeführt (E. 2.2): *„Gehen in einem Gerichtsverfahren Vernehmlassungen und Stellungnahmen von Parteien und Behörden ein, so werden diese den übrigen Verfahrensbeteiligten im Allgemeinen zur Kenntnisnahme zugestellt. Diese Zustellung kann verbunden werden mit der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels. Ein solcher wird jedoch nur ausnahmsweise eröffnet (vgl. Art. 93 Abs. 3, Art. 110 Abs. 4 OG, neu: Art. 102 Abs. 3 BGG [SR 173.110]). Ferner kann das Gericht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Eingaben den Verfahrensbeteiligten mit förmlicher Fristansetzung zur freigestellten Vernehmlassung zukommen lassen, was im Bereich des Haftrechts regelmässig der Fall ist. Schliesslich wird eine neu eingegangene Eingabe den Parteien häufig ohne ausdrücklichen Hinweis auf allfällige weitere Äusserungsmöglichkeiten zur (blossen) Kenntnisnahme übermittelt. Kommen Verfahrensbeteiligte, welche eine solche Eingabe ohne Fristansetzung erhalten haben, zum Schluss, sie möchten nochmals zur Sache Stellung nehmen, so sollen sie dies aus Gründen des Zeitgewinns tun, ohne vorher darum nachzusuchen. Nach Treu und Glauben hat dies jedoch umgehend zu erfolgen. Das Bundesgericht wartet bei der letztgenannten Vorgehensweise mit der Entscheidungsfällung zu, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet.“*
18. Der Anwalt, dem ein Kollegendoppel der Replik, welche den Hinweis auf die Rechtsprechung enthielt, zugekommen war, durfte nicht einfach zuwarten, sondern hätte von der Möglichkeit, unaufgefordert eine Duplik einzureichen, Gebrauch machen oder zumindest sich beim Gericht nach dem weiteren Vorgehen erkundigen sollen. Wenn er dies getan hätte, hätte die von ihm vertretene Partei auf die Replik reagieren können.
19. Aus diesen Gründen kommt die Kammer zum Schluss, dass das fehlerhafte Vorgehen des Gerichts in casu den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin nicht beeinträchtigte und deshalb keine Veranlassung zur Aufhebung des Entscheids besteht. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.
20. Nachdem die Beschwerdeführerin ausschliesslich die Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt hat, braucht auf den Inhalt des angefochtenen Entscheids nicht eingegangen zu werden (Rügepflicht, siehe FREIBURGHaus/AFHELDT, ZPO-Kommentar Schulthess, Basel

2010, N 15 zu Art. 321 ZPO). Abgesehen davon erscheinen die Erwägungen des erstinstanzlichen Entscheids überzeugend.

V.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.