

[Rechtliches Gehör / Heilung von Gehörsverletzungen **]**

Art. 29 Abs. 2 BV

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann im Rechtsmittelverfahren bei eingeschränkter Kognition der Rechtsmittelinstanz nicht geheilt werden. [69]

KGer VS (Kassationsbehörde), Entscheid vom 10. Dezember 2008, ZWR 2009, 133

In einem Arrestverfahren hatte die betroffene Drittschuldnerin, eine Bank, dem Betreibungsamt eine Faxmitteilung eingereicht. Der Arrestrichter hatte den Arrestgläubiger zwar telefonisch darauf aufmerksam gemacht, ihm aber die Faxmitteilung nicht zu- und ihm auch nicht Frist angesetzt,

um vor der Entscheidung schriftlich dazu Stellung zu nehmen. Er hatte keine Notiz über sein Telefonat mit dem Arrestgläubiger angefertigt, so dass ungeklärt blieb, was genau mitgeteilt oder besprochen wurde.

Der Arrestgläubiger erhob gegen den Arrestentscheid Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 226 ZPO VS. Er rügte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil er nicht über sämtliche Akten orientiert gewesen war und keine schriftliche Stellungnahme zu einem aktenkundigen Faxschreiben der Bank hatte abgeben können.

Das Kantonsgericht hielt fest, dass der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte Anspruch auf rechtliches Gehör insbesondere das Recht des Betroffenen umfasse, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 129 II 497 E. 2.2; 127 I 54 E. 2.b; 126 I 15 E. 2.a.aa; 124 I 49 E. 3.a; 124 I 241 E. 2). Obwohl der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur sei, könne nach der Praxis eine nicht besonders schwerwiegende (BGE 127 V 431 E. 3.d.aa) Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz, die eine Rechtsfrage zu prüfen hat, über die gleiche Kognition wie ihre Vorinstanz verfüge (BGE 126 I 71 E. 2).

Das Gericht bewertete den Umstand, dass die Gesuchstellerin zum Faxschreiben der Bank nicht hatte Stellung nehmen können, als Verletzung des rechtlichen Gehörs. Da die Kognition im Nichtigkeitsverfahren gemäss Art. 228 ZPO VS eingeschränkt sei, hielt es fest, dass die Verletzung im Rechtsmittelverfahren nicht geheilt werden könne. Es hob daher den angefochtenen Entscheid auf.

Die Kognition der Kassationsbehörde ist nach der ZPO VS umfassend, wenn die Verletzung eines Verfahrensgrundsatzes gerügt wird (Art. 228 Abs. 1 ZPO VS). Das Kantonsgericht hätte sich folglich mit der Frage, ob ihr in den stritten Punkten die gleiche Kognition wie der Vorinstanz zukommt, auseinandersetzen müssen.

Im Ergebnis erscheint der Entscheid aber trotzdem richtig: Die Praxis zur Heilung von Gehörsverletzungen geht sehr weit und sollte nur in Ausnahmefällen angewendet werden. Vorliegend wäre dem Arrestgläubiger bei Bejahung der Heilbarkeit der Gehörsverletzung in ungerechtfertigter Weise eine Instanz entzogen worden.

Allgemein stellt sich die Frage, inwieweit die bundesgerichtliche Praxis zur Heilung von Gehörsverletzungen gerechtfertigt ist. Die Lehre äussert sich seit jeher mehrheitlich kritisch und betont den formellen Charakter des Gehörsanspruchs. Gerade im kontradiktorischen Verfahren, das den Zivilprozess beherrscht, ist es angezeigt, dass die Parteien Gelegenheit erhalten, sich vor jeder Instanz zum gesamten Prozessstoff zu äussern. Die Tendenz, die als Ausnahme deklarierte Heilung von Gehörsverletzungen zur Regel werden zu lassen, ist verfehlt. Sie hat zur Folge, dass einer Partei, deren Gehörsanspruch verletzt wurde, regelmässig eine (Rechtsmittel-) Instanz entzogen wird. Die Heilung von Gehörsverletzungen muss die Ausnahme bleiben, der – zentrale – Anspruch auf rechtliches Gehör mit anderen Worten prozessökonomischen Überlegungen vorgehen.

Christian Oetiker

Kommentar

Der Entscheid folgt der bundesgerichtlichen Praxis zur Heilung von Gehörsverletzungen. Das Kantonsgericht verneinte die Heilbarkeit der Gehörsverletzung unter Verweis auf seine (allgemein) eingeschränkte Kognition im Verfahren der Nichtigkeitsklage. Die Bundesgerichtspraxis lässt freilich eine Heilung – jedenfalls ausnahmsweise – auch dann zu, wenn die Rechtsmittelinstanz zwar gegenüber der Vorinstanz über eine eingeschränkte Kognition verfügt, die vorgebrachten Rügen aber im Bereich ihrer Prüfungsbefugnis liegen (BGE 116 Ia 94 E. 2). Ob die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition wie die Vorinstanz hat, ist deshalb mit Blick auf die konkret vorgetragenen Rügen zu prüfen.