

# ius.focus

## Zivilprozessrecht

### Verzicht auf das Replikrecht

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 47 Abs. 2 lit. d ZPO

**Macht eine Partei von ihrem Replikrecht nicht Gebrauch, so darf das Gericht nach einer gewissen Zeit von einem Verzicht ausgehen. Richter sind nicht bereits deshalb befangen, weil sie bei der Beurteilung eines Gesuchs um aufschiebende Wirkung die Prozessaussichten als gering einschätzen.** [126]

BGer 4D\_27/2014 vom 26. August 2014

Die Klägerin war Unterpächterin einer Parzelle eines Pflanzareals im Eigentum der Stadt Luzern gewesen, welche der Beklagte, ein Gärtnerverein, von der Stadt gepachtet hatte. Der Beklagte hatte der Klägerin den Unterpachtvertrag gekündigt. An der darauf folgenden Generalversammlung hatten die Mitglieder des Beklagten einstimmig den Ausschluss der Klägerin aus dem Verein beschlossen. Mittels Klage hatte die Klägerin unter anderem beantragt, die Nichtigkeit des Beschlusses festzustellen. Das erstinstanzliche Gericht und die Rechtsmittelinstanz hatten ihre Beglehen abgewiesen, soweit sie darauf eingetreten waren.

In der Folge erhob die Klägerin subsidiäre Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht, da der erforderliche Streitwert für eine Beschwerde in Zivilsachen nicht erreicht war.

Die Klägerin rügte zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Verschiedene Eingaben des Beklagten seien ihr lediglich «zur Orientierung» zugestellt worden. Indem es die Vorinstanz unterlassen habe, ihr jeweils eine Frist zur Replik anzusetzen, habe sie ihr rechtliches Gehör verletzt.

Das Bundesgericht führte dazu aus, dass der Klägerin nach erfolgter Zustellung der Beschwerdeantwort des Beklagten zweifellos ein Replikrecht nach der bekannten Rechtsprechung des EGMR zugestanden hätte. Indem der damalige Rechtsvertreter dieses für sie jedoch nicht wahrgenommen hatte, habe die Vorinstanz zu Recht davon ausgehen dürfen, dass sie darauf verzichtet habe. Dass das Gericht ausdrücklich eine Frist zur Replik ansetze, sei nicht erforderlich.

Die Klägerin rügte ausserdem die Befangenheit der vorinstanzlichen Richterinnen bei der Beurteilung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde, da die Richterinnen die Prozessaussichten als «eher gering» beurteilt habe und somit der finale Verfahrensausgang nicht mehr offen gewesen sei.

Das Bundesgericht erinnerte daran, dass die Mitwirkung bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen für sich allein kein Ausstandsgrund sei (Art. 47 Abs. 2 lit. d ZPO). Auch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gelte als vorsorgliche Massnahme. Anstatt eine pauschale Behauptung aufzustellen, hätte die Klägerin darlegen müssen, inwiefern konkrete Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass sich die Richterinnen bei der Beurteilung bereits derart festgelegt habe, dass sie keiner anderen Beurteilung der Sach- und Rechtslage mehr zugänglich sei.

Das Bundesgericht wies daher die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

#### Kommentar

Das Bundesgericht hat mit dieser Entscheidung seine bekannte Rechtsprechung zum Replikrecht gefestigt. Bereits in früheren Entscheidungen hielt es formelartig fest, dass nicht vor Ablauf von zehn Tagen, jedenfalls aber nach zwanzig Tagen, von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden dürfe (BGer 5A\_155/2013 vom 17. April 2013, E. 1.4). Wenn es nun eine Zeitspanne von 19 Tagen, innerhalb welcher eine anwaltlich vertretene Partei weder eine Fristansetzung beantragt noch eine Replik eingereicht hat, als impliziten Verzicht erachtet, ist dies angemessen. Weiterhin einzelfallabhängig bleibt damit die Rechtzeitigkeit von Repliken, die innerhalb von zehn bis 19 Tagen nach Erhalt der jeweiligen Eingabe eingereicht werden.

Ein Richter ist nicht *per se* befangen, wenn er die Prozessaussichten im Rahmen eines Gesuchs um aufschiebende Wirkung im Rechtsmittelverfahren als gering beurteilt. Der vom Gericht angeordnete Vollstreckungsaufschub ist eine vorsorgliche Massnahme *sui generis* (vgl. STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, § 22 N 3a). Sieht ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung vor, so kommt ein Gericht aus prozessökonomischen Überlegungen bei der Beurteilung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung nicht darum herum, eine Hauptsachenprognose hinsichtlich des Klageerfolgs zu erstellen. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung würde ausserdem den berechtigten Interessen der obsiegenden Partei an der Vollstreckung des Urteils widersprechen. Zur Beurteilung der Befangenheit einer Gerichtsperson gelten nach wie vor ausschliesslich die in Art. 47 ZPO festgelegten Ausstandsgründe.