

# Der Gehörsanspruch im erstinstanzlichen Zivilprozeß; verfassungsrechtliche Minimalanforderungen

von PD Dr. iur. ALFRED KOLLER, Lausanne  
Bundesgerichtssekretär

Das Bundesgericht faßt in seiner Rechtsprechung zu Art. 4 BV eine Vielzahl von Parteirechten, welche einen unparteiischen und gerechten Entscheid garantieren sollen<sup>1</sup>, als Teilaspekte des Anspruchs auf rechtliches Gehör auf, so namentlich das Recht auf Abnahme rechtserheblicher Beweise, das Recht auf Akteneinsicht, das Recht, sich im Prozeß vertreten zu lassen, sowie das Recht auf Anhörung durch den Richter. Im folgenden soll nur von diesem letzteren Recht<sup>2</sup>, dem Gehörsanspruch im engen Sinne<sup>3</sup>, gesprochen werden. Dabei beschränke ich mich auf den erstinstanzlichen Zivilprozeß<sup>4</sup>. Zudem untersuche ich im wesentlichen nur den durch Art. 4 BV garantierten Minimalanspruch, ich lasse also den Gehörsanspruch nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK ebenso außer Betracht<sup>5</sup> wie die besonderen Garantien gemäß den kantonalen Zivilprozeßordnungen bzw. der Bundeszivilprozeßordnung<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Überblick über diese Rechte in BGE 109 I 233, 105 Ia 290 f., 101 Ia 196 E. 1 d; VOGEL, Grundriß des Zivilprozeßrechts, Bern 1984, S. 119; HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern 1985, S. 135 ff.

<sup>2</sup> Im Französischen kommt das Recht auf Anhörung im Terminus für den Gehörsanspruch (*droit d'être entendu*) noch unmittelbar zum Ausdruck. Ebenso im Italienischen, wo der Anspruch «*diritto di essere sentito*» heißt oder, weniger gebräuchlich, «*diritto di essere udito*».

<sup>3</sup> Vgl. z. B. BGE 109 Ia 233 E. 5c (Gehörsanspruch im engen Sinne) im Unterschied zu BGE 109 Ia 135 (Gehörsanspruch im weiten Sinne).

<sup>4</sup> Zum Gehörsanspruch im Rechtsmittelverfahren vgl. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, Zürich 1979, S. 176; WALDER-BOHNER, Zivilprozeßrecht, Zürich 1983, S. 245.

<sup>5</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 109 Ia 178) verschafft Art. 6 Abs. 1 EMRK keine weitergehenden Rechte als Art. 4 BV. – Zum Gehörsanspruch nach Art. 6 Abs. 1 EMRK vgl. MATSCHER, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht 1980, S. 23 ff.

<sup>6</sup> Einen Überblick über die einschlägigen kantonalen Bestimmungen gibt VOGEL, a. a. O. (Anm. 1), S. 118 Nr. 72.

## I. Inhalt des Anspruchs

### A. Allgemeines

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (im engen Sinne) umfaßt zwei Elemente: Einmal das Recht, sich im Prozeß zu äußern, andererseits das Recht auf Kenntnisnahme der Äußerungen durch den Richter (BGE 87 I 110 unten). Beide Rechte, das Äußerungsrecht und das Recht auf Kenntnisnahme, bilden eine Einheit. Denn «Gehör genießt (nur) derjenige, dessen Äußerungen von einem andern (im vorliegenden Zusammenhang: vom Richter) beachtet werden»<sup>7</sup>. Das Äußerungsrecht als solches würde den Parteien wenig nützen. Denn damit allein kann die Entscheidungsfindung nicht beeinflußt werden. Gerade diese Beeinflussungsmöglichkeit ist aber der Zweck, jedenfalls der primäre Zweck des Gehörsanspruchs<sup>8</sup>. Das Recht, sich im Prozeß zu äußern, findet also seine notwendige Ergänzung im Recht auf Kenntnisnahme und Berücksichtigung der Äußerungen durch den Richter.

Der Gehörsanspruch in diesem Doppelsinne bezieht sich zumindest dem Grundsatz nach nur auf den *Prozeßgegenstand*, d. h. auf das im Streite liegende Rechtsverhältnis, *nicht* auch auf die *Prozeßleitung*<sup>9</sup>. Die Parteien haben mithin keinen Anspruch darauf, sich zu prozeßleitenden Entscheiden zu äußern. Dementsprechend ist der Richter nicht verpflichtet, die Parteien zu solchen Entscheiden anzuhören. Er kann also z. B. eine Tagfahrt oder eine Frist ansetzen, ohne die Parteien zu einer Stellungnahme einzuladen. Ferner kann er etwa Kauttionen auferlegen, Prozesse sistieren, trennen oder vereinigen, ohne daß er den Parteien Gelegenheit zur Vernehmlassung geben müßte.

<sup>7</sup> TINNER, Das rechtliche Gehör, ZSR 1964, II, S. 327; im gleichen Sinne auch J. P. MÜLLER/S. MÜLLER, Grundrechte/Besonderer Teil, Bern 1985, S. 239 f., mit weiteren Hinweisen; vgl. auch COTTIER, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV), recht 1984, S. 10.

<sup>8</sup> Das ist freilich nicht unbestritten: vgl. TINNER, a. a. O. (Anm. 7), S. 311 f., b. Nach bundesgerichtlicher Auffassung ist der Anspruch auf rechtliches Gehör einerseits «un moyen d'instruire l'affaire» und andererseits «un droit de la partie – en rapport avec la personnalité – de participer au prononcé de décisions qui lésent sa situation juridique» (BGE 109 Ia 233, 106 Ia 5); das gilt für den Gehörsanspruch im weiten Sinne ebenso wie für den Anspruch im engen Sinne.

<sup>9</sup> GULDENER, a. a. O. (Anm. 4), S. 176; HABSCHIED, Droit judiciaire privé suisse, 2. Aufl., Genf 1981, S. 361; vgl. den im JT 1939 III, S. 100, referierten Entscheid.

## B. Das Äußerungsrecht<sup>10</sup> im einzelnen

Das Recht der Parteien, sich zum Prozeßgegenstand zu äußern, zerfällt in verschiedene Teilrechte:

### a. Recht auf Klagebeantwortung

Der in einem Zivilprozeß Beklagte hat von Verfassungs wegen grundsätzlich Anspruch darauf, zur Klage Stellung zu nehmen, und zwar *vor* Ergehen eines Urteils (z. B. BGE 106 I a 162 E. 2 b, 105 I a 195 E. 2 b mit Hinweisen). Ausnahmen bestehen namentlich in zweierlei Richtung:

- Einmal kann von der Anhörung des Beklagten dann abgesehen werden, wenn feststeht, daß auf die Klage nicht einzutreten oder daß sie ohne weiteres als unbegründet abzuweisen ist<sup>11</sup>. Denn in diesen beiden Fällen besteht *kein rechtserhebliches Anhörungsinteresse* des Beklagten<sup>12</sup> (vgl. BGE 105 I 197). Keine Bedenken erweckt es daher unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, wenn z. B. Art. 308 der Berner Zivilprozeßordnung vorsieht, daß der Richter im summarischen Verfahren den Beklagten nur dann zur Vernehmlassung einlädt, wenn die Klage «nicht von vornherein als unbegründet erscheint»<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Darin beinhaltet ist auch das Recht, sich zu den sich stellenden Rechtsfragen zu äußern (BGE 75 I 227 E. 4, unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts i. S. S. vom 11. Februar 1982, S. 11; GULDENER, a. a. O. [Anm. 4], S. 175). Indes ist der Richter nicht gehalten, die Parteien auf jeden allenfalls zu berücksichtigenden rechtlichen Gesichtspunkt aufmerksam zu machen und sie einzuladen, dazu Stellung zu nehmen (BGE 108 I a 295). Eine Ausnahme wäre höchstens dann in Betracht zu ziehen, wenn auf einen Rechtsatz abgestellt werden soll, an den die Parteien nach der Aktenlage gar nicht denken konnten (unveröffentlichte E. 2 von BGE 105 I a 157 ff.; m. E. zweifelhaft); zu denken ist wohl namentlich an den Fall einer Praxisänderung.

<sup>11</sup> TINNER, a. a. O. (Anm. 7), S. 332 Anm. 21. Abweichend mit Bezug auf den letztern Fall (Klageabweisung): GULDENER, a. a. O. (Anm. 4), S. 175; WALDER-BOHNER, a. a. O. (Anm. 4), S. 243 f. – Nicht zu prüfen ist hier, ob dem Beklagten unter andern Gesichtspunkten als demjenigen des Gehörsanspruchs ein Recht auf Klagebeantwortung zusteht (vgl. KUMMER, ZBJV 1975, S. 234 ff., v. a. 236).

<sup>12</sup> Vgl. WALDER-BOHNER, Zur Bedeutung des rechtlichen Gehörs im schweizerischen Zivilprozeßrecht, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 410.

<sup>13</sup> Ebenso z. B. Art. 363 ZPO/FR.

- Anders als eine Klageabweisung, die für den Beklagten unproblematisch ist, kommt eine *Klagegutheißung* ohne Anhörung des Beklagten grundsätzlich nicht in Frage. Ausnahmen sind nur in ganz engem Rahmen zulässig. Hauptausnahme bildet die sog. *superprovisorische Verfügung*. Darunter ist der Erlaß einer vorsorglichen Maßnahme ohne Anhörung des Gegners (des Beklagten) zu verstehen. Superprovisorische Verfügungen sind nur in dringlichen Fällen zulässig oder dann, wenn der Zweck der Maßnahme eine vorherige Anhörung des Gegners ausschließt (BGE 106 Ia 6)<sup>14</sup>. Nach Erlaß der superprovisorischen Verfügung ist der Gegner anzuhören, und hierauf hat der Richter über die Aufrechterhaltung der vorsorglichen Maßnahme zu entscheiden<sup>15</sup>. An einem praktisch bedeutsamen Beispielfall sei das Gesagte illustriert, an der superprovisorischen Anordnung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts<sup>16</sup>. Nach Art. 839 Abs. 2 ZGB muß das Bauhandwerkerpfandrecht drei Monate nach Arbeitsvollendung im Grundbuch eingetragen sein, wobei eine provisorische Eintragung gemäß Art. 961 ZGB genügt. Stellt nun der Unternehmer das Begehren um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts erst kurz vor Ablauf der Dreimonatsfrist, so bleibt oft keine Zeit mehr zur Anhörung des Werkbestellers. Für solche Fälle sehen die meisten Prozeßordnungen vor, daß der Richter ohne Anhörung des Bestellers die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts verfügen kann<sup>17</sup>. Nach Erlaß dieser (superprovisorischen) Verfügung wird dann der Besteller angehört, und in der Folge entscheidet der Richter, ob die vorläufige Eintragung bestehen bleibt oder nicht.

#### b. Recht auf Replik, Duplik?

Macht der Beklagte von seinem Recht auf Klagebeantwortung Gebrauch, stellt sich die Frage, ob der Kläger berechtigt ist, auf

<sup>14</sup> Vgl. auch BGE 107 III 30f. betr. das Arrestbewilligungsverfahren und KOLLER, Hinweise auf redaktionelle Mängel unserer (sc. der Schwyzer) ZPO, in: Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz (EGV-SZ) 1981, S. 116.

<sup>15</sup> Vgl. STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., Zürich 1982, N. 35 zu § 110.

<sup>16</sup> Zum folgenden siehe SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Aufl., Zürich 1982, Nr. 721 ff.; betr. das schwyzerische Recht vgl. KOLLER, a. a. O. (Anm. 14), S. 116f.

<sup>17</sup> Vgl. demgegenüber die Regelung des Kantons Genf, dargestellt bei SCHUMACHER, a. a. O. (Anm. 16), Nr. 727.

die Klageantwort zu replizieren. Ein solches Recht findet sich zumal in bezug auf den ordentlichen Zivilprozeß in den meisten Verfahrensordnungen. Hinsichtlich des Umfangs und der Voraussetzungen bestehen allerdings Unterschiede<sup>18</sup>. Zum Teil ist vorgesehen, daß der Kläger zwar zu rechtshindernden und rechtsaufhebenden Tatsachen und Einreden, die der Beklagte geltend macht, Stellung nehmen kann, nicht hingegen berechtigt ist, neue klagebegründende Tatsachen vorzubringen<sup>19</sup>. Andere Prozeßgesetze sehen ein unbeschränktes Replikrecht vor. Dazwischen gibt es mittlere Lösungen. All diese Regelungen sind, was den ordentlichen Prozeß anbelangt, mit dem aus Art. 4 BV fließenden Gehörsanspruch vereinbar. Aus der genannten Bestimmung läßt sich im wesentlichen nur ableiten, daß ein Replikrecht insoweit besteht, als der Beklagte in der Klageantwort rechtshindernde bzw. rechtsaufhebende Tatsachen<sup>20</sup> behauptet. Zu solchen Vorbringen muß der Kläger replicando Stellung nehmen können, ebenso zu rechtshindernden oder rechtsaufhebenden Einreden. Dies gilt auch für den Fall, daß sich der Kläger zu den betreffenden Tatsachen (Einreden) – z. B. weil sie ihm im Rahmen von Vergleichsverhandlungen zur Kenntnis gebracht wurden – schon in der Klageschrift hätte äußern können<sup>20a</sup>. Denn «daß der Kläger, schon bevor der Beklagte seinen Standpunkt dargelegt hat, sich darüber auss-

<sup>18</sup> Zum Folgenden vgl. GULDENER, a. a. O. (Anm. 4), S. 181 ff.

<sup>19</sup> Eventualmaxime (GULDENER, a. a. O. [Anm. 4], S. 182).

<sup>20</sup> Selbstverständlich müssen diese Tatsachen rechtserheblich sein. Trifft dies nicht zu, so hat der Kläger kein schützenswertes Interesse, zu den betreffenden Tatsachen Stellung zu nehmen und ist daher nicht replikberechtigt. Das sei an einem Beispiel illustriert: Der Kläger bringt in der Klage vor, er habe dem Beklagten ein Darlehen von Fr. 1000.– gegeben, das vor Wochen zur Rückzahlung fällig geworden sei. Der Beklagte bestreitet dies in der Klageantwort nicht, hingegen macht er geltend, er habe keinen Pfennig mehr, die Rückzahlung des Darlehens sei ihm daher völlig unmöglich, das habe die Aufhebung der Darlehensschuld zur Folge. In einem solchen Fall besteht zumal von Verfassungs wegen kein Replikrecht des Klägers. Denn die angebliche Mittellosigkeit des Beklagten ist offensichtlich ohne Einfluß auf die Darlehensschuld und damit rechtlich unerheblich. (Es gilt der Satz, «daß man Geld schlechtweg zu haben hat und daß Geldmangel unter keinen Umständen ein Grund sein kann, die Verbindlichkeit in Frage zu stellen»; v. BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 392.) Ein Replikrecht würde hingegen z. B. dann bestehen, wenn der Beklagte vorbrächte, er habe das Darlehen längst zurückbezahlt. Denn diese Behauptung würde unmittelbar den Bestand der Darlehensschuld beschlagen.

preche, inwiefern sich rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen verwirklicht haben oder nicht, kann von ihm nicht verlangt werden. Seine Darlegungen müßten geradezu ins Uferlose gehen, wollte von ihm verlangt werden, daß er sich von vornherein über alle nur möglichen rechtlichen Hindernisse seines Anspruchs äußere.»<sup>21</sup>

Das umschriebene verfassungsmäßige Replikrecht besteht grundsätzlich bei jeder Art Zivilprozeß. Im Rahmen summarischer Verfahren kann es aber beschränkt sein, ohne daß deshalb notwendig ein Verfassungsverstoß vorliegen müßte. Beispiel: § 176 Ziff. 2 ZPO/SZ sieht ein summarisches Verfahren «zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei ... sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen» vor. Erweist sich, daß die rechtlichen Verhältnisse nicht klar oder die tatsächlichen Verhältnisse nicht sofort beweisbar sind, so hat der Kläger das ordentliche Verfahren zu beschreiten. Kann auf ein Begehren i. S. des § 176 Ziff. 2 ZPO/SZ eingetreten werden, so setzt der Richter eine mündliche Verhandlung an oder gibt dem Beklagten Gelegenheit zur schriftlichen Klagebeantwortung (§ 167 ZPO/SZ). In diesem letzteren Fall besteht kein Recht auf Replik; auch dann nicht, wenn in der Klageantwort rechtsaufhebende und rechtshindernde Tatsachen und Einreden vorgebracht werden. Diese Regelung ist m. E. nicht verfassungswidrig, da der Kläger im Falle des Unterliegens immer noch die Möglichkeit hat, den ordentlichen Prozeßweg zu beschreiten, wo er zu rechtserheblichen Vorbringen des Beklagten in umfassender Weise Stellung nehmen kann<sup>22</sup>.

Was vorstehend zum Replikrecht gesagt wurde, gilt mutatis mutandis für das Duplikrecht des Beklagten. Jedenfalls im ordentlichen Prozeß besteht also ein solches Recht insoweit, als der Kläger auf die in der Klageantwort vorgebrachten rechtsaufhebenden und rechtshindernden Tatsachen und Einreden mit Gegeneinwendungen und Gegeneinreden replizierte. Die Duplik macht unter Umständen eine Triplik nötig, wobei das Gesagte wiederum entsprechend gilt<sup>23</sup>.

<sup>20a</sup> Es ist daher zumindest irreführend, wenn in der Literatur (neuerdings z. B. HAEFELIGER, a. a. O. [Anm. 1], S. 137 unten) gesagt wird, ein Recht auf Replik bestehe nur dann, wenn in der Klageantwort *neue* erhebliche Argumente vorgebracht würden.

<sup>21</sup> GULDENER, a. a. O. (Anm. 4), S. 176 unten/177.

<sup>22</sup> Vgl. demgegenüber STRÄULI/MESSMER, a. a. O. (Anm. 15), N 5 zu § 206 ZPO/ZH, und ZR 1980, Nr. 84.

## c. Recht, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen

Neben dem Anspruch auf Klageantwort, Replik, Duplik usw. umfaßt der Gehörsanspruch (im engen Sinne) auch das *Recht, zu den vom Gericht abgenommenen Beweisen Stellung zu nehmen*. Den Parteien muß also die Möglichkeit gewährt werden darzutun, inwieweit sie das Beweisergebnis für entscheiderelevant halten. Dieses Recht besteht von Verfassungswegen (BGE 109 Ia 233, 105 III 34, 104 Ia 70f.)<sup>24</sup> und ist im übrigen allgemein anerkannt, wenigstens dem Grundsatz nach. In Einzelheiten gehen die Meinungen hingegen auseinander. So ist insbesondere umstritten, ob im Entscheid auf Urkunden abgestellt werden darf, die (z. B. aus Gründen der Staatssicherheit oder zum Schutz einer Auskunftsperson) geheim zu halten sind und deshalb den Parteien nicht zur Einsicht und Stellungnahme vorgelegt werden dürfen (zum Stand der Kontroverse vgl. BGE 100 Ia 103 E. 5c). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 BV (grundlegend BGE 100 Ia 103f. E. 5d, vgl. auch BGE 105 Ib 185) dürfen solche Urkunden nur berücksichtigt werden, wenn den Parteien der wesentliche Inhalt bekanntgegeben wird, damit sie sich vorgängig des Entscheids dazu äußern können<sup>25</sup>. Ist dies nicht möglich (zu denken ist etwa an ein Arztzeugnis, das einer Partei in ihrem eigenen Interesse nicht zur Kenntnis gegeben werden darf, BGE 100 Ia 104), so ist die betreffende Urkunde aus dem Recht zu weisen. In solchen Fällen stellt sich die – vom Bundesgericht bis dato nicht entschiedene – Frage, ob die Richter, die über die Urkundenvorlegung befunden haben, in den Ausstand treten sollen; damit

<sup>23</sup> Vgl. z. B. HABSCHIED, a. a. O. (Anm. 9), S. 360; WALDER-BOHNER, a. a. O. (Anm. 12), S. 406f.

<sup>24</sup> Auch wo der Sachverhalt bloß glaubhaft zu machen ist, haben die Parteien Anspruch darauf, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen (Kassationsgericht Zürich in SJZ 1984, S. 200f., mit Hinweisen auf abweichende Meinungen und Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung [BGE 88 I 201, 106 Ia 6]).

<sup>25</sup> Der Entscheid betrifft allerdings das Verwaltungsverfahren. Für gerichtliche Verfahren, namentlich den Zivilprozeß, dürfte indes Entsprechendes gelten. – BGE 100 Ia 103f. ist in der Literatur (z. B. SALADIN, Das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes, Basel/Stuttgart 1979, S. 133, 139, 141; HAEFLIGER, a. a. O. [Anm. 1], S. 145f.; KNAPP, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Basel/Frankfurt a. M. 1983, Nr. 390; KÖLZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, N 29 zu § 8) auf Zustimmung gestoßen, m. E. zu Recht. Kritisch FISCHLI, Die Akteneinsicht im Verwaltungsprozeß, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 291 ff., v. a. 293.

könnte nicht nur jede Beeinflussung des Entscheids durch das «verbotene Material», sondern auch der bloße Schein einer solchen Beeinflussung vermieden werden<sup>26</sup>.

Nicht zum Gehörsanspruch im engen Sinne gehört das Recht, bei der Beweisabnahme dabei zu sein, wiewohl dieses Recht mit demjenigen auf Stellungnahme zum Beweisergebnis eng verwandt ist. (Das Recht etwa, zu einem Augenschein Stellung zu nehmen, ist ohne das Recht, beim Augenschein dabei zu sein, kaum denkbar.)<sup>27</sup>

## II. Form der Gehörsgewährung

In welcher Form der Anspruch auf rechtliches Gehör auszuüben ist, richtet sich grundsätzlich nach dem anwendbaren Prozeßrecht<sup>28</sup>. Dieses bestimmt namentlich, ob der Anspruch schriftlich oder mündlich und in welcher Sprache er auszuüben ist (BGE 108 Ia 191)<sup>28a</sup>. Immerhin ergibt sich aus dem verfassungsmäßigen Recht der Sprachenfreiheit, daß eine Prozeßpartei unter Umständen berechtigt ist, sich in ihrer Muttersprache zu äußern. Das Bundesgericht hat hierzu in BGE 106 Ia 299 ff. was folgt festgehalten:

Werden in einem Gerichtsbezirk zwei oder mehrere Sprachen gesprochen, so ist der Kanton, in dem der Bezirk liegt, grundsätzlich nicht gehalten, all die betreffenden Sprachen als Gerichtssprachen anzuerkennen. Vielmehr ist er befugt, allein

<sup>26</sup> Vgl. FISCHLI, a. a. O. (Anm. 25), S. 294 unten/295.

<sup>27</sup> Die beiden Rechte sind jedoch klar auseinanderzuhalten. Sie unterliegen je eigenen Regeln. Namentlich kann das Recht, an einer Beweisabnahme teilzunehmen, in weitergehendem Umfange eingeschränkt werden als das Recht, zu den abgenommenen Beweismitteln Stellung zu nehmen. Vgl. z. B. BGE 104 Ia 70 f.: Ein Recht des Beschwerdeführers, zu Lärmessungen beigezogen zu werden, wurde verneint, wogegen ihm das Recht eingeräumt wurde, zum Ergebnis der Lärmessungen Stellung zu nehmen. – Ferner: «Aus Art. 4 BV ergibt sich für eine Partei nicht die Befugnis, einer jeden Zeugeneinvernahme beizuwohnen. Im allgemeinen genügt es, wenn sie die Möglichkeit hat, anhand des Protokolls zu den Zeugenaussagen Stellung zu nehmen» (HAEFLIGER, a. a. O. [Anm. 1], S. 141). – Eingehend zum Recht, Beweiserhebungen beizuwohnen: GULDENER, a. a. O. (Anm. 4), S. 177 f.

<sup>28</sup> Z. B. DARBELLAY, Le droit d'être entendu, ZSR 1964, II, S. 568.

<sup>28a</sup> Nach MÜLLER/MÜLLER, a. a. O. (Anm. 7), gewährleistet Art. 4 BV «dem Betroffenen eine ausreichende und angemessene Möglichkeit der Äußerung». Nach den konkreten Umständen des Einzelfalls könne «dies *Mündlichkeit* und *Unmittelbarkeit* erfordern», in andern Fällen werde «allein die *Schriftform* hinreichend sein» (S. 243).



die Mehrheitssprache als Gerichtssprache zu bezeichnen. Wenn sich aber die Minderheitssprache oder eine der Minderheitssprachen der 50%-Grenze nähert, so wäre es nach dem zitierten Entscheid «nicht mehr gerechtfertigt, die Mehrheitssprache als einzige Gerichtssprache zu bezeichnen und damit die sprachliche Minderheit im Gebrauch ihrer Muttersprache einzuschränken» (BGE 106 Ia 305). Alsdann besteht unmittelbar von Verfassungs wegen das Recht, vor Gericht die Minderheitssprache zu verwenden.

Probleme ergeben sich dann, wenn eine Partei nicht fähig ist, den Gehörsanspruch in der vorgeschriebenen Form auszuüben. Zu denken ist beispielsweise an den Fall, daß ein Analphabet eine Rechtsschrift einreichen sollte oder daß eine Partei eine Rechtsschrift in einer Sprache verfassen sollte, der sie nicht mächtig ist. In bezug auf diesen letztern Fall hat das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung<sup>29</sup> entschieden, daß es der betreffenden Partei obliegt, auf eigene Kosten einen Übersetzer beizuziehen. Ist sie dazu nicht imstande, namentlich aus finanziellen Gründen, so kann sie gestützt auf Art. 4 BV verlangen, daß ihr vom Gericht ein Übersetzer unentgeltlich bestellt wird<sup>30</sup>. Damit ist freilich nicht gesagt, daß die Übersetzungskosten definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Vielmehr können diese Kosten im Urteil der sprachunkundigen Partei auferlegt werden, und zwar unabhängig vom Verfahrensausgang<sup>31</sup>. Das gilt jedenfalls von Verfassungs wegen, die Prozeßordnungen können selbstverständlich eine parteienfreundlichere Regelung vorsehen.

### III. Erlöschen des Gehörsanspruchs

«Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet die *Gelegenheit zur Äußerung*, erfordert dagegen nicht, daß sich die Partei tatsächlich geäußert haben muß.» Diese Bemerkung, welche SCHWAB/GOTTWALD<sup>32</sup> in bezug auf verschiedene ausländische Rechte machen, gilt auch für das schweizerische Recht. Die

<sup>29</sup> Entscheid vom 31. März 1982, publiziert im ZBl 1982, S. 363, dd.

<sup>30</sup> Bundesgerichtsentscheid vom 31. März 1982, publiziert im ZBl 1982, S. 363, dd; unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid i. S. G. vom 12. Juni 1979, S. 6; HAEFLIGER, Die Sprachenfreiheit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, S. 84f.

<sup>31</sup> Vgl. ZR 1963, S. 318.

<sup>32</sup> Verfassung und Zivilprozeß, Bielefeld 1984, S. 55.

gegenteilige Auffassung hätte zur Konsequenz, daß die Parteien die Durchführung eines Zivilprozesses durch Nichtausüben ihres Gehörsanspruchs endlos hinausschieben könnten. Die Zivilprozeßordnungen müssen daher vorsehen können, daß der Anspruch erlischt, wenn er nicht innert bestimmter Frist geltend gemacht wird. Von dieser Möglichkeit haben denn auch alle Prozeßordnungen Gebrauch gemacht, wenn auch in unterschiedlicher Weise. So ergibt sich z. B. aus Art. 12 der Bundeszivilprozeßordnung (BZPO), daß der Beklagte, der innert angesetzter Frist keine Klageantwort einreicht, das Recht zur Klagebeantwortung ohne weiteres verliert<sup>33</sup>. Demgegenüber sieht z. B. die ZPO/VS Folgendes vor: Wird die Klageantwort innert Frist nicht eingereicht, so ist eine Nachfrist anzusetzen. Erst wenn der Beklagte auch diese ungenutzt verstreichen läßt, ist er mit der Klageantwort ausgeschlossen (Art. 113 f.)<sup>34, 35</sup>.

#### IV. Verletzung des Gehörsanspruchs und deren Folgen

Zum Abschluß gehe ich der Frage nach, welches die Folgen einer Verletzung des rechtlichen Gehörs sind. Um diese Folgen darzustellen, ist es zweckmäßig, vorerst die unterschiedlichen Verletzungstatbestände aufzuzeigen.

##### A. Verletzung durch Zwischenentscheid und durch Endentscheid

Der Gehörsanspruch einer Partei kann einmal durch einen *selbständigen prozeßleitenden Zwischenentscheid* verletzt werden. Beispiele: Der Richter lehnt zu Unrecht ein Begehren um Replik ab, oder er weist eine Rechtsschrift aus dem Recht mit der unzutreffenden Begründung, sie hätte in einer andern

<sup>33</sup> Ebenso z. B. Art. 35 ZPO/VD.

<sup>34</sup> Ebenso z. B. § 112 ZPO/SZ.

<sup>35</sup> Der Anspruch auf rechtliches Gehör kann nicht bloß durch Fristablauf erlöschen, sondern auch durch Verzicht des Berechtigten (BGE 101 Ia 313). Ein solcher Verzicht ist gültig (GULDENER, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 86; NEIDHARDT, Das rechtliche Gehör in Verwaltungssachen, Diss. Zürich 1968, S. 254, 96; SALADIN, a. a. O. [Anm. 25], S. 137). Beispiel: Eine Partei verzichtet darauf zu replizieren, obwohl sie dazu nach dem anwendbaren Prozeßrecht berechtigt wäre.

Sprache abgefaßt werden müssen. Ein drittes Beispiel: Der Richter lehnt gesetzwidrig ein Gesuch um Erstreckung der Frist zur Klagebeantwortung ab und entzieht damit der gesuchstellenden Partei die Möglichkeit, sich zur Klage zu äußern.

Meist wird allerdings der Gehörsanspruch nicht durch einen selbständigen Zwischenentscheid, also durch positives Tun, verletzt, sondern durch ein *Unterlassen*: indem nämlich der Richter den Endentscheid fällt, ohne vorher den Parteien rechtliches Gehör im vorgeschriebenen Umfang gewährt zu haben. Man kann hier von einer Verletzung des Gehörsanspruchs durch den *Endentscheid* sprechen. Beispiel: Der Richter heißt eine Klage gut, ohne eine Klageantwort eingeholt zu haben; dabei stellt er nicht durch selbständigen Zwischenentscheid fest, die Einholung einer Klageantwort erübrige sich, sondern erläßt gleich den Endentscheid.

Im Einzelfall ist auch eine *doppelte Verletzung des Gehörsanspruchs* möglich. Dadurch, daß der Richter vorerst den Anspruch auf rechtliches Gehör durch einen Zwischenentscheid verletzt und hierauf den Endentscheid fällt, ohne auf den Zwischenentscheid zurückzukommen und rechtliches Gehör im vorgeschriebenen Umfang zu gewähren.

### *B. Folgen der Verletzung*

Der Unterscheidung, ob der Gehörsanspruch durch einen Zwischenentscheid oder durch den Endentscheid verletzt ist, kommt Bedeutung zu für die Frage, ob überhaupt und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Anfechtungsmöglichkeit besteht. Das gilt sowohl auf kantonaler Ebene<sup>36</sup> wie auch auf Bundesebene. Im folgenden beschränke ich mich auf die Bundesebene:

- Wird der (aus Art. 4 BV fließende) Gehörsanspruch durch einen *Zwischenentscheid* verletzt, so steht auf bundesrechtli-

<sup>36</sup> Zur Illustration sei auf die Regelung im Kanton Schwyz hingewiesen: Zwischenentscheide, mit denen der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wird, sind nur anfechtbar, wenn ein schwer wiedergutzumachender Nachteil droht oder wenn allenfalls ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann (§ 214 ZPO/SZ). Ist die Anfechtbarkeit nicht gegeben, so kann die Gehörsverletzung erst im Anschluß an den Endentscheid gerügt werden, sofern sie nicht bereits vor Ergehen des Endentscheids beseitigt wurde.

cher Ebene höchstens die *staatsrechtliche Beschwerde* offen, nicht hingegen die Berufung oder zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde<sup>37</sup>. Die staatsrechtliche Beschwerde aber setzt voraus, daß der Zwischenentscheid letztinstanzlich ist (Art. 86 Abs. 2 OG; Näheres weiter unten). Zudem muß er für den Betroffenen einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken<sup>38</sup> (Art. 87 OG)<sup>39</sup>. Das trifft z. B. für Entscheide hinsichtlich der Gerichtssprache nicht zu (BGE 106 Ia 30). Wenn daher im Prozeß eine in deutsch eingereichte Klageantwort vom Richter zur Neueinreichung in französisch zurückgewiesen wird, so kann der Beklagte, der sich in seinem rechtlichen Gehör verletzt glaubt, den Rückweisungsentscheid nicht mittels staatsrechtlicher Beschwerde anfechten<sup>40</sup>, und dies unabhängig von dessen Letztinstanzlichkeit (vgl. BGE 106 Ia 301). Es bleibt ihm nichts anderes übrig, als den Endentscheid abzuwarten, um im Anschluß an diesen die angeblich unzulässige Rückweisung der Rechtsschrift zu rügen (vgl. Anm. 36).

- Wird der Gehörsanspruch durch den *Endentscheid* verletzt, so kann dies auf bundesrechtlicher Ebene wiederum nur mit *staatsrechtlicher Beschwerde* gerügt werden. Beschwerdevoraussetzung ist die Letztinstanzlichkeit des angefochtenen Entscheids. D. h. es müssen alle kantonalen Rechtsmittel

<sup>37</sup> Ist allerdings der verfassungsmäßige Gehörsanspruch in einer Norm des Bundesprivatrechts (vgl. z. B. Art. 28 lit. d Abs. 1 und 2 ZGB) konkretisiert, so steht allenfalls die Berufung offen.

<sup>38</sup> Wird allerdings nicht nur eine Verletzung des Art. 4 BV gerügt, sondern gleichzeitig auch die Verletzung anderer verfassungsmäßiger Rechte (z. B. der Sprachenfreiheit), so sind Zwischenentscheide – mit gewissen Einschränkungen – anfechtbar, ohne daß ein nicht wiedergutzumachender Nachteil gegeben sein müßte (BGE 106 Ia 231, 99 Ia 250).

<sup>39</sup> Berufet sich der Beschwerdeführer auf den kantonalrechtlichen Gehörsanspruch, so muß er eine willkürliche und damit gegen Art. 4 BV verstoßende Verletzung der kantonalen Normen dartun. Mit dieser Rüge wird er wegen Art. 87 OG gleichfalls nur dann gehört, wenn der Zwischenentscheid für den Beschwerdeführer einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat (vgl. BGE 106 Ia 301 f.); der in Anm. 38 erwähnte Vorbehalt gilt entsprechend.

Macht der Beschwerdeführer geltend, ein Zwischenentscheid verletze den Gehörsanspruch gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK, so gilt Art. 87 OG – mit dem in Anm. 38 erwähnten Vorbehalt – analog (vgl. KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1984, S. 286 f., mit Hinweisen auf Judikatur).

<sup>40</sup> So jedenfalls dann, wenn der Beklagte neben der Gehörsverletzung nicht die Verletzung weiterer verfassungsmäßiger Rechte (z. B. Sprachenfreiheit) rügt (Anm. 38).

ergriffen worden sein, auch die außerordentlichen (BGE 109 Ia 89). Präzisierend ist beizufügen, daß nur jene (kantonalen) Rechtsmittel ergriffen worden sein müssen, mit denen die Gehörsverletzung gerügt werden konnte; andererseits genügt es nicht, wenn diese Rechtsmittel ergriffen wurden, vielmehr ist vorausgesetzt, daß die Gehörsverletzung auch tatsächlich gerügt wurde (vgl. BGE 109 Ia 89, 105 Ia 18f.)<sup>41</sup>. Zur Illustration ein Beispiel:

Ein Gericht heißt eine Klage gut, ohne eine Klageantwort einzuholen. Es stützt sich hierfür auf eine schriftliche Schuldanerkennung des Beklagten, aus der sich dessen Schuld klar und ohne Zweifel ergebe. Der Beklagte zieht den Entscheid an die obere kantonale Instanz weiter, vor der er einzig geltend macht, die Schuldanerkennung sei gefälscht. Dieses Argument wird jedoch verworfen und das unterinstanzliche Urteil bestätigt. Nun legt der Beklagte staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht ein mit der Begründung, das untere Gericht habe sein rechtliches Gehör verletzt, indem es keine Klageantwort eingeholt habe. Auf diese Rüge tritt das Bundesgericht nicht ein, falls sie schon vor der kantonalen Oberinstanz hätte erhoben werden können.

### C. Folgen der erfolgreichen Anfechtung

Zu beantworten bleibt schließlich die Frage nach den Konsequenzen einer erfolgreichen Anfechtung des gehörsverletzenden Entscheids. Insoweit sind ein Grundsatz und eine Ausnahme zu unterscheiden.

- Der *Grundsatz*: Die Rechtsmittelinstanz hebt den angefochtenen Entscheid auf, damit die untere Instanz unter Gewährung des rechtlichen Gehörs neu entscheide.
- Die *Ausnahme*: Die Rechtsmittelinstanz holt das nach, was die untere Instanz unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen

<sup>41</sup> Die staatsrechtliche Beschwerde kann im Anschluß an jenes Rechtsmittel ergriffen werden, mit welchem die Gehörsverweigerung auf kantonaler Ebene letztmals gerügt werden konnte. Indes besteht auch die Möglichkeit, vor Anrufung des Bundesgerichts vorerst alle andern kantonalen Rechtsmittel zu ergreifen. Alsdann kann mit dem Entscheid der letzten kantonalen Rechtsmittelinstanz gleichzeitig auch der Entscheid jener Instanz angefochten werden, vor welcher die Gehörsverletzung letztmals geltend gemacht werden konnte (BGE 105 Ia 18f. E. 2; 100 Ia 123).

Gehörs hätte tun sollen und entscheidet in der Sache selbst. Eine solche *Heilung der Gehörsverletzung* ist allerdings nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht ohne weiteres möglich. Grundsätzlich ist sie es nur dann, wenn die obere Instanz mindestens die gleiche Kognition hat wie die untere<sup>42</sup>. Und auch dann ist eine Heilung ausgeschlossen, falls die Rechtsmittelinstanz nur Kassationsbefugnis hat. Daher kommt eine Heilung im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren nicht in Betracht, auch dann nicht, wenn das Bundesgericht die gleiche Kognition besitzt wie die letzte kantonale Instanz (BGE 96 I 188)<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Einzelheiten zur Heilung der Gehörsverletzung z. B. bei IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel/Stuttgart 1976, S. 547f. (zum Teil abweichend); TINNER, a. a. O. (Anm. 7), S. 411 ff.; DARBELLAY, a. a. O. (Anm. 28), S. 437f., 564ff. Kritisch zur Heilung von Gehörsverletzungen: MÜLLER/MÜLLER, a. a. O. (Anm. 7), S. 235.

<sup>43</sup> Vgl. zum Vorstehenden HAEFLIGER, a. a. O. (Anm. 1), S. 133.