

# LU\_GERICHTE 22 03 20 vom 13. Mai 2003

LU Gerichte, 2003-05-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu\\_gerichte\\_22\\_03\\_20](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_22_03_20)

FR: LU\_GERICHTE 22 03 20 du 13 mai 2003

IT: LU\_GERICHTE 22 03 20 del 13 maggio 2003

## Regeste

§§ 228 und 232 Abs. 1 ZPO; Art. 29 Abs. 2 BV. Verletzung des rechtlichen Gehörs. Im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisabnahme ist die Gegenpartei grundsätzlich anzuhören; der Entscheid ist zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. | Zivilprozessrecht

## Volltext

Luzern Kantonsgericht sonstige 13.05.2003 22 03 20 (2003 I Nr. 44)

§§ 228 und 232 Abs. 1 ZPO; Art. 29 Abs. 2 BV. Verletzung des rechtlichen Gehörs. Im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisabnahme ist die Gegenpartei grundsätzlich anzuhören; der Entscheid ist zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. | Zivilprozessrecht

Rechtsprechung Luzern Instanz: Obergericht Abteilung: II. Kammer Rechtsgebiet: Zivilprozessrecht Entscheiddatum: 13.05.2003 Fallnummer: 22 03 20 LGVE: 2003 I Nr. 44  
Leitsatz: §§ 228 und 232 Abs. 1 ZPO; Art. 29 Abs. 2 BV. Verletzung des rechtlichen Gehörs. Im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisabnahme ist die Gegenpartei grundsätzlich anzuhören; der Entscheid ist zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Rechtskraft: Diese Entscheidung ist rechtskräftig.  
Entscheid: §§ 228 und 232 Abs. 1 ZPO; Art. 29 Abs. 2 BV. Verletzung des rechtlichen Gehörs. Im Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisabnahme ist die Gegenpartei grundsätzlich anzuhören; der Entscheid ist zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. =====

===== Zwischen den Parteien ist ein  
Vaterschaftsprozess hängig. Am 19. Juni 2002 beantragte der Gesuchsteller eine vorsorgliche Beweisabnahme mittels Abstammungsabklärung (DNA-Gutachten), da das Beweismittel durch den Tod des Gesuchsgegners zunichte gemacht werden könnte. Dieser sei ernstlich krank und stehe in relativ hohem Alter. Der erstinstanzliche Instruktionsrichter forderte den Gesuchsgegner mit "Beweisverfügung" vom 29. Januar 2003 - ohne Einholung einer Vernehmlassung - auf, sich zwecks Entnahme einer Speichelprobe im Hinblick auf ein Vaterschaftsgutachten beim zuständigen Amtsarzt zu melden. Das Obergericht hob diesen Entscheid, d.h. die "Beweisverfügung" auf Rekurs des Gesuchsgegners hin auf. Aus den Erwägungen: 3.2. Vorab ist zu prüfen, ob dem Gesuchsgegner der verfassungsrechtliche Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verweigert worden ist. (...). Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern und an der

Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 54, 56; 124 I 241, 242). Bei der sich aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör ergebenden Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen, geht es darum, dass der Betroffene sich über dessen Tragweite ein Bild machen und ihn in voller Kenntnis der Sache gegebenenfalls bei der oberen Instanz anfechten kann (dazu BGE 126 I 97, 102 f. m.H.). Aufgrund der formellen Natur der Verfahrensgarantie führt die Verletzung des rechtlichen Gehörs ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 126 V 130, 132 m.H.). Die Verletzung kann jedoch dadurch geheilt werden, dass die Anhörung vor der oberen Instanz nachgeholt wird. Eine solche Heilung ist dann möglich, wenn die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Überprüfungsbefugnis ausgestattet ist wie die vorhergehende Instanz und sich der Rekurrent vor ihr in Kenntnis aller wesentlichen Tatsachen umfassend äussern kann. Die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs setzt allerdings voraus, dass der Rekurrent ein Rechtsmittel ergreift. Überdies geht ihm dadurch eine Instanz verloren. Auch birgt dieses durch die Rechtsprechung geschaffene Institut die Gefahr, dass sich untere Gerichtsstufen über den elementaren Grundsatz des rechtlichen Gehörs hinwegsetzen und darauf vertrauen, dass Verfahrensmängel in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren behoben werden (BGE 116 V 182, 187 E. 3c). Die Heilung muss deshalb die Ausnahme bleiben und kann nur in Bezug auf nicht besonders schwerwiegende Mängel angenommen werden (BGE 126 I 68, 72 E. 2 m.H.). Was letztlich die fehlende Rechtsmittelbelehrung betrifft, stellt deren Fehlen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Mangel dar, aus welchem den Parteien kein Rechtsnachteil erwachsen darf, wenn sich das zur Verfügung stehende Rechtsmittel nicht ohne weiteres aus dem Gesetz ergibt, das dem Betroffenen oder seinem Anwalt bekannt sein musste (BGE vom 6.11.2002 [1P.279/2002] E. 2 m.H.). Dies bedeutet zum Beispiel, dass um eine Wiederherstellung gegen die Folgen einer Fristversäumnis nachgesucht werden kann, wobei der Betroffene indessen nicht längere Zeit einfach untätig bleiben kann. Wer einen Entscheid ohne Rechtsmittelbelehrung erhält und diesen anfechten will, muss sich deshalb bei seinem Anwalt oder bei der entscheidenden Behörde ohne Verzug erkundigen, innert welcher Frist der Entscheid angefochten werden kann (Hauser/Schweri, Komm. zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 16 zu § 188 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; BGE 119 IV 330, 334 = Pra 1995 Nr. 239 S. 783 f.). In diesem Sinn hat das Bundesgericht auch im Urteil vom 9. April 2003 (Verfahren 5P.58/2003) entschieden. 3.2.1. Gemäss § 111 Abs. 1 ZPO ist ein rekurrabler Entscheid, und dazu gehört die im summarischen Verfahren ergehende vorsorgliche Beweisabnahme (§ 228 i.V.m. § 258 Abs. 1 lit. b ZPO), zwingend mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Eine solche fehlt in der angefochtenen Beweisverfügung vom 29. Januar 2003. Daraus ist dem Gesuchsgegner jedoch insofern kein Nachteil erwachsen, als er fristgerecht und in prozessualer Hinsicht korrekt das vorliegend gegebene Rechtsmittel des Rekurses einreichen konnte. 3.2.2. Das prozessrechtliche Institut der sogenannten vorsorglichen Beweisabnahme ist in der Luzerner Zivilprozessordnung in § 228 als summarisches Verfahren (vgl. Titel zu §§ 225 ff. ZPO) geregelt. Ausser zur Abwendung einer dringenden Gefahr (§ 231 ZPO) ist die Gegenpartei zur Wahrung des rechtlichen Gehörs anzuhören (§ 232 ZPO). Eine dringende Gefahr, die eine dringliche Anordnung ohne vorgängige Anhörung des Gesuchsgegners gerechtfertigt hätte (§ 231 Abs. 1 ZPO), lag hier nicht vor und wird auch nicht geltend gemacht. Demnach war der erstinstanzliche Instruktionsrichter

verpflichtet, den Gesuchsgegner vor seiner Entscheidung anzuhören (vgl. § 224 ZPO BE). Da er dies unterlassen hat, verweigerte er dessen Anspruch auf rechtliches Gehör. 3.2.3. Die vorsorgliche Beweisabnahme gemäss § 228 ZPO stellt eine Entscheidung dar, der zu begründen ist (§ 109 Abs. 1 lit. e ZPO; Art. 29 Abs. 2 BV). Wohl ist unter bestimmten Voraussetzungen ein Verzicht auf eine ausführliche Begründung möglich. In diesem Fall hat der erstinstanzliche Richter die Parteien auf die Regelung von § 110 Abs. 2 ZPO hinzuweisen, wenn er ihm bloss das Entscheiddispositiv zustellt. Das war vorliegend nicht der Fall, weshalb vom Gesuchsgegner nicht erwartet werden konnte, innerhalb von zehn Tagen eine Begründung für die Beweisverfügung vom 29. Januar 2003 zu verlangen. Auch hier wurde durch das Vorgehen der Vorinstanz das rechtliche Gehör des Gesuchsgegners verletzt. 3.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorsorgliche Beweisabnahme vom 29. Januar 2003 zufolge Verweigerung des rechtlichen Gehörs aufzuheben ist (§ 61 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV). Der Mangel rechtfertigt angesichts der konkreten Umstände (mangelnde Vernehmlassung und keinerlei Begründung) nicht, dass das Obergericht mit der ihm in diesem Rekursverfahren zustehenden vollen Kognition die Gehörsverletzung heilt (vgl. E. 3.2). II. Kammer, 13. Mai 2003 (22 03 20)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.