

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Band: 73 (1954)

Artikel: Einführung und Feststellung des Streitstoffes in den besonderen Prozessarten des Kantons Graubünden

Autor: Schucany, Giovanni

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895798>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 04.10.2024

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Einführung und Feststellung des Streitstoffes in den besondern Prozeßarten des Kantons Graubünden

Von Dr. Giovanni Schucany, Rechtsanwalt, Zürich

1.

Das ordentliche Verfahren der bündnerischen Zivilprozeßordnung ist von der strengen Eventualmaxime des gemeinen Rechtes beherrscht; PKG 1949, Nr. 11 E. 1, 1948 Nr. 32 E. 1. Alle prozessualen Anbringen, Anträge, Tatsachenbehauptungen und Beweisofferten können nur in dem für sie vorgesehenen speziellen Prozeßabschnitt vorgebracht werden; vgl. auch Rosenberg, 4. Aufl. S. 276; Caflisch, Kommentar zur Bündnerischen Zivilprozeßordnung vom 1. Juni 1871, S. 9/10. Generelle Milderungen dieses

Abkürzungen:

GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Graubünden.
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden.
aZPO	Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechts-sachen vom 3. November 1907.
ZPO	Zivilprozeßordnung des Kantons Graubünden vom 20. Juni 1954, tritt am 1. Januar 1955 in Kraft.
GAB/SchKG 1948	Ausführungsbestimmungen zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 24. Mai 1948.
GAB/SchKG	Ausführungsbestimmungen zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 25. November 1954, treten zusammen mit der ZPO in Kraft.
KV	Verfassung für den Kanton Graubünden vom 2. Oktober 1892 mit Änderungen bis 1949.

strengen Grundsatzes, wie sie etwa das zürcherische Prozeßrecht kennt (Sträuli, Anm. 1 B zu § 134), bestehen nicht.

In die Eventualmaxime ist im bündnerischen Zivilprozeßrecht die Verhandlungsmaxime eingebaut. Sie bedeutet, daß es Sache der Parteien ist, «den Streitstoff in den Prozeß einzuführen, über seine Feststellungsbedürftigkeit zu entscheiden und seine Feststellung zu betreiben»; vgl. Rosenberg, 4. Aufl. S. 262/63. Nach der bündnerischen ZPO müssen sowohl Tatsachenbehauptungen sowie Beweisofferten in den Rechtsschriften vorgebracht werden. Spätere Ergänzungen des Prozeßstoffes sind, abgesehen von den nachfolgenden Ausnahmen, im ordentlichen Verfahren nicht mehr zulässig.

Dieser Grundsatz hat im bündnerischen Zivilprozeß absolute Geltung. Was von den Parteien nicht (in den Rechtsschriften als hiezu einzig bestimmten Prozeßabschnitt) behauptet wird, kann nicht Grundlage des Urteils bilden, geschweige denn Gegenstand einer Beweiserhebung sein; PKG 1946 Nr. 8, Art. 126 III aZPO, Art. 132 II ZPO. Auch die nicht in den Rechtsschriften bezeichneten und dennoch zulässigen Beweismittel, in der Hauptverhandlung eingelegte Urkunden (Art. 116 aZPO, 122 ZPO) sowie Expertise (Art. 200 aZPO, 212 ZPO), Augenschein (Art. 209 aZPO, 220 ZPO) und richterliche Befragung (Art. 214 aZPO, 225 ZPO) von Amtes wegen, können sich nur auf in den Rechtsschriften behauptete Tatumstände beziehen. Eine Durchbrechung dieses Prinzips, wie dies etwa der § 99 der zürcherischen ZPO ausdrücklich gestattet, ist ausgeschlossen.

Dieser strenge Grundsatz der Eventualmaxime, wie er letztmals in PKG 1946 Nr. 8, wie man damals annehmen mußte, geradezu unwiderruflich kanonisiert worden war, scheint, noch unter der Herrschaft der aZPO, in PKG 1952 Nr. 6 nun doch eine Einschränkung erfahren zu haben. Aus Raumgründen kann auf diesen Entscheid nicht näher eingegangen werden. Sollte er ein Ansatzpunkt sein für eine Praxis, die im Falle von erst in der Duplik aufgestellten

neuen Tatsachenbehauptungen und neuen Einreden dem Kläger eine zusätzliche Rechtsschrift bewilligt (was u. E. vollkommen unverständlicher Weise weder gemäß Art. 100 aZPO noch Art. 103 ZPO der Fall ist), so wird man sich eher mit ihm abfinden können. Grundlage der nachfolgenden Betrachtungen ist ausschließlich PKG 1946 Nr. 8.

Zahlreiche Prozeßarten weichen von diesen Grundsätzen ab. Die wichtigsten hievon werden hier unter dem Gesichtspunkte der Einführung und Feststellung des Streitstoffes, somit der Tatsachenbehauptungen, Beweisverstellungen und Beweiserhebungen behandelt.

2.

Im Verfahren vor dem Einzelrichter (Art. 91 ff. ZPO) kann jeder gesetzlich vorgesehene Beweis von Amtes wegen abgenommen werden. Eine Pflicht des Richters hierzu besteht schon in Ansehung des gegenüber dem ordentlichen Verfahren niedrigeren Streitwertes nicht; GVP III Kantonsgericht Nr. 13, PKG 1943 Nr. 26. Ferner dürfen Beweise nur über behauptete Sachverhalte erhoben werden, da die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens sinngemäß Anwendung finden; Art. 95 ZPO, PKG a. a. O.

Gemäß Art. 92 I aZPO hatte der Einzelrichter die Befugnis, angetragene Beweise nicht nur auf Relevanz, sondern auch auf Tauglichkeit und rasche Erhebbarkeit hin vorfrageweise zu überprüfen. Art. 94 ZPO sagt dies nicht mehr ausdrücklich, sondern sieht im Gegenteil den Fall vor, daß sich in der Hauptverhandlung die Notwendigkeit weiterer Beweiserhebungen herausstellt.

Das Verfahren vor dem Einzelrichter ist zweifellos ein beschleunigtes im Sinne von Art. 150 ZPO. Somit gilt hinsichtlich der Pflicht des Richters, angetragene relevante Beweise abzunehmen, sinngemäß Art. 151 Ziff. 3 ZPO. Selbstverständlich kann im einzelrichterlichen Verfahren bei der Beurteilung der Relevanz und der raschen Erhebbarkeit eines Beweises ein rigoroserer Maßstab angelegt

werden als im beschleunigten Verfahren vor einem Kollegialgericht; vgl. Ziff. 4 hiernach.

3.

Das beschleunigte Verfahren in SchKG-Sachen wurde unter der Herrschaft der aZPO von der GAB/SchKG 1948 geordnet; in andern Materien gab es kein beschleunigtes Verfahren im technischen Sinne. Auch die neue GAB/SchKG, die mit der neuen ZPO zusammen in Kraft tritt, beruht nur auf einem Großratsbeschuß gemäß Art. 15 III KV. Hieraus sowie aus Art. 2 Ziff. 4 KV ergibt sich, daß der Große Rat die GAB/SchKG als eine notwendige Folge des SchKG betrachtet und sich demgemäß zu deren Erlaß kompetent hielt. Diese Auffassung ist irrtümlich. Die GAB/SchKG stellt ohne weiteres ein organisches Gesetz im Sinne von Art. 2 Ziff. 3 lit. a KV dar. Sie hätte daher auch formell als Gesetz bezeichnet und der Volksabstimmung unterbreitet werden müssen. Wäre auf diesem Wege eine Anpassung der aZPO an Art. 25 SchKG tatsächlich nicht möglich gewesen, nur dann wäre eine zweifelsfreie Kompetenz des Großen Rates zum Erlaß einer dieser bundesrechtlichen Norm entsprechenden kantonalen Spezialbestimmung vorhanden gewesen; vgl. Seiler, Die Organe der Rechtssetzung im Kanton Graubünden, Zü. Diss. 1939, S. 92 ff.

Glücklicherweise scheint die neue GAB/SchKG keine Abweichungen von der ZPO zu Lasten der Parteien mehr aufzuweisen, wie dies bei der GAB/SchKG 1948 noch in erheblichem Maße der Fall war. Es dürfte sich daher die Frage der Verfassungsmäßigkeit erübrigen.

Für das Verfahren in beschleunigten SchKG-Angelegenheiten verweist Art. 20 GAB/SchKG auf Art. 150 ZPO. Beschleunigte SchKG-Angelegenheiten werden also genau gleich behandelt wie alle übrigen Materien, die im beschleunigten Verfahren erledigt werden. Es kann auf die Ausführungen unter der nächsten Ziffer verwiesen werden.

4.

Das beschleunigte Verfahren gemäß ZPO, wie in deren Art. 151 geregelt, umfaßt außer den bereits unter Ziff. 2 und 3 hievor besprochenen einzelrichterlichen und beschleunigten SchKG-Verfahren die in Ziff. 1—4 von Art. 150 ZPO aufgeführten Materien.

Für die Frage der Einführung des Streitstoffes in den Prozeß sowie für dessen Feststellung ist Ziffer 3 von Art. 151 beachtlich. Nach dieser Bestimmung schließt der Gerichtspräsident innert 10 Tagen nach Schluß des Schriftenwechsels durch Beweisverfügung von den angetragenen Beweismitteln nicht nur, wie im ordentlichen Verfahren, die unerheblichen, sondern auch diejenigen aus, «die innert 20 Tagen nicht erhoben werden können, sofern diese für die Entscheidung nicht unerläßlich sind».

Diese Bestimmung ist weder dem Inhalte nach noch in ihrer Form glücklich, da sie sich in den meisten Fällen als Widerspruch in sich selbst erweisen dürfte. Denn, entweder ist ein Beweismittel relevant, dann ist es aber für den Entscheid unerläßlich, und die Frage der Dauer der Erhebbarkeit darf dann folgerichtig ebenfalls keine Rolle spielen. Praktisch dürfte diese Bestimmung nur da Bedeutung erlangen, wo ein behaupteter Sachverhalt durch andere Beweismittel oder unumstößliche Gegenbeweise bereits erstellt ist, so daß auf zusätzliche Beweise, die innert der genannten Frist nicht erhoben werden könnten, unbedenklich verzichtet werden kann.

Bei der vorfrageweisen Abklärung der Relevanz und der raschen Erhebbarkeit eines Beweismittels ist aber größte Zurückhaltung am Platze. Ein solcher Entscheid darf nicht auf Grund von Wahrscheinlichkeiten oder Vermutungen oder gar von Vorurteilen ergehen. Denn dies könnte sehr wohl dazu führen, daß eine Rechtsmittelinstanz feststellen müßte, es wäre ein Versuch zur Beweiserhebung wohl der Mühe wert gewesen, es könne aber im Rechtsmittelstadium, wo sich beispielsweise die sechsmonatige Frist des Art. 25

SchKG ohnehin meist dem Ende nähern wird, aus zeitlichen Gründen nicht mehr darauf zurückgekommen werden. Damit wird dem Art. 25 SchKG zwar formell Genüge getan, die Interessen der beweisführenden Partei werden aber verletzt, und es wird ihr materiell Recht verweigert.

Der letzte Absatz von Art. 151 ZPO erklärt auch für das beschleunigte Verfahren die Vorschriften über das ordentliche sinngemäß anwendbar. Die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens über die rogatorische Beweiserhebung weisen daher den Weg zur Lösung des Problems. Im ordentlichen Verfahren bleiben auswärtige Beweise, die nicht innert sechs Monaten eingehen, unberücksichtigt; Art. 195 und 209 ZPO. Nach Maßgabe von Art. 151 Ziff. 4 ZPO ist die Hauptverhandlung auf vier Wochen seit Erlaß der Beweisverfügung anzusetzen. Beweise, deren versuchte Erhebung bis dahin kein Resultat gezeitigt hat, können als nicht erbracht gelten. Später eintreffende rogatorische Beweiserhebungen sind, in Analogie zu Art. 255 ZPO, in appellatorio noch zu berücksichtigen.

Gemäß Art. 151 Ziff. 5 ZPO kann die Ansetzung der Hauptverhandlung um 10 Tage verschoben werden. Man gelangt so, bei zwei Schriftenwechseln und 10 Tagen für den Erlaß des Beweisbeschlusses, zu einem Zeitlauf von 110 bis 120 Tagen von der Anhängigmachung der Klage bis zur Hauptverhandlung und von etwa 120 bis 130 Tagen bis zur Urteilsfällung. Es bleiben also immer noch etwa 50 Tage für das Rechtsmittelverfahren. Damit wird einmal erreicht, daß die zeitliche Beschleunigung, insbesondere in SchKG-Angelegenheiten in Rücksicht auf Art. 25 SchKG, richtig gewahrt ist. Ferner fällt die Dauer des Verfahrens, einschließlich vor Appellationsinstanz, mehr oder weniger mit der sechsmonatigen Frist von Art. 195/209 ZPO zusammen. Dies bietet Gewähr dafür, daß im beschleunigten Verfahren in appellatorio die Beweisakten zum mindesten so vollständig sind, wie in ordinario nach Abschluß des erstinstanzlichen Verfahrens.

5.

Im Verfahren vor dem Bezirksgerichts- und Kreispräsidenten zum Erlaß von Verfügungen und Anordnung von Maßnahmen gemäß ZGB soll die erste Instanz und kann die zweite von Amtes wegen die nötigen Erhebungen vornehmen.

Worauf beziehen sich diese Erhebungen? Soll bzw. darf der Präsident nur nicht angetragene Beweise über behauptete Tatsachen erheben, oder erstreckt sich seine Erhebungsbefugnis auch auf nicht relevierte Tatumstände? Die ZPO von 1907, Art. 92, sowie die GAB/SchKG von 1948, Art. 25 III, sprechen von Ergänzung der Beweismittel und von Beweiserhebungen. Es kann nicht angenommen werden, beim Wortlaut des EG/ZGB vom Jahre 1944 (sowie vom Jahre 1911, Art. 5), das von Erhebungen schlechthin spricht, handle es sich um einen bloßen Zufall, dem keine Bedeutung zukomme. Zudem führt Art. 4 EG/ZGB aus, der Präsident habe die nötigen Erhebungen zu machen. Es muß demnach davon ausgegangen werden, daß in diesem Verfahren der Richter in der Ergänzung des Prozeßstoffes freier ist als im einzelrichterlichen und im beschleunigten SchKG-Verfahren gemäß GAB/SchKG 1948, die Prozeßstoffergänzung sich nicht auf Beweismittel beschränkt, sondern auf nicht vorgebrachte Tatumstände ausdehnen kann.

Es stellt sich die Frage, wie weit eine Pflicht des erstinstanzlichen Präsidenten zur Erforschung des Sachverhaltes und zur Erhebung von Beweisen von Amtes wegen geht. Die bisher publizierte Praxis bietet keinen Anhaltspunkt. In PKG 1948 Nr. 58 wird ausgeführt, der Bezirksgerichtspräsident müsse bei Klage der Ehefrau auf Wiederherstellung der Schlüsselgewalt davon ausgehen, die Ehefrau habe denselben Wohnsitz wie der Ehemann, sofern die Petentin nichts anderes ausführe. Auf Grund der Anbringung der Klage an einem andern Orte als am ehelichen Domizil allein sei der Richter nicht gehalten, Erhebungen über einen eventuellen selbständigen Wohnsitz der Im-

petrantin anzustellen. Obwohl es grundsätzlich zutreffe, daß im vorliegenden Verfahren (sc. Matrimonialangelegenheit) die Offizialmaxime herrsche und daß der Richter gehalten sei, seine Zuständigkeit von Amtes wegen zu überprüfen, könne nicht gefordert werden, daß er der Frage nach einem eventuellen Bestehen eines selbständigen Wohnsitzes der Ehefrau nachgehe, sofern diese, wie in casu, selbst als Petentin nicht einmal den Versuch unternommen habe, den Nachweis für das Bestehen eines solchen Ausnahmezustandes zu erbringen.

Dieser Entscheid ist aus verschiedenen Gründen nicht geeignet, zur obigen Frage beizutragen. Denn einmal beschlägt er die Abklärung einer für die Zuständigkeit maßgeblichen Verumständung, also nicht eines Teils des Prozeßstoffes, der durch Sachurteil zu behandeln ist, sondern einer Prozeßvoraussetzung, über die ein vorfrageweises stillschweigendes positives oder ausdrückliches negatives Prozeßurteil ergeht. Ermangelt es nun an der Substanziierung hinsichtlich der Prozeßvoraussetzungen durch eine rechtssuchende Partei, so ergeht ein negatives Prozeßurteil, wodurch deren Begehren höchstens verzögert, keineswegs aber materiell unrichtig präjudiziert wird. Die in Art. 4 EG/ZGB genannten «nötigen Erhebungen» können aber nur den Zweck haben, in Ansehung der Wichtigkeit der Streitgegenstände und der Art des Verfahrens Urteile auf Grund einer materiell unrichtigen Aktenlage nach Möglichkeit zu verhüten. Der angezogene Entscheid des Kantonsgerichtspräsidiums besagt somit nichts über das Verfahren für die Feststellung des Streitstoffes. Zudem handelt es sich ganz offensichtlich um einen Fall, da die rechtssuchende Partei ihrer Substanziierungspflicht dermaßen ungenügend nachgekommen war, daß an den Richter über das erträgliche Maß hinausgehende Anforderungen hinsichtlich der Tatbestandserforschung gestellt worden wären, so daß Erhebungen auch dann hätten unterbleiben können, wenn der eigentliche Streitstoff der Feststellung bedürft hätte.

Es bleibt somit beim klaren Wortlaut des Gesetzes, der, wie dargelegt, die erste Instanz zur selbständigen Sammlung des Streitstoffes von Amtes wegen anzuhalten scheint. Eine vernünftige Lösung der Frage, wie weit die Pflicht des erstinstanzlichen Richters zur Sammlung des (auch nicht durch die Parteien eingeführten) Streitstoffes geht, ergibt sich auf Grund einer kritischen Würdigung der Art des Verfahrens sowie der Prozeßgegenstände.

Der Katalog der Art. 1 und 2 EG/ZGB enthält Prozeßgegenstände, die ihrem Wesen nach ins ordentliche, ins summarische oder ins nichtstreitige Verfahren gehören. Mit andern Worten ergibt sich nach der Lage des materiellen Rechtes, daß die Streitsache definitiv zu entscheiden ist oder ohne Schaden vorläufig nach dem prima-facie-Rechtsschein geordnet werden kann, oder daß es sich um eine Materie handelt, bei der vorderhand ein kontradiktorisches Verfahren, in Ermangelung von Parteien im prozessualen Sinne, gar nicht möglich ist. Die prozessuale singuläre Zuständigkeit kann nun nicht dazu führen, ein anderes Verfahren da Platz greifen zu lassen, wo die Art der Materie einen Entscheid erfordert, der in jeder sonstigen Hinsicht, insbesondere bezüglich der materiellen Rechtskraft, ein normales, das heißt ein dem ordentlichen Zivilprozeß entsprechendes Verfahren erfordert. Vgl. hierüber die ausführlichen Darlegungen bei Guldener, I S. 36 ff., II S. 429 ff.

Mit dieser Feststellung läßt sich der Anwendungsbereich des Begriffes der «notwendigen Erhebungen» des Art. 4 EG/ZGB zunächst einmal einschränken. Alle diejenigen Materien im Kataloge der Art. 1 und 2 EG/ZGB, die eine definitive Regelung erfordern, wo eine solche auch möglich und angezeigt ist, gehören im Prinzip ins ordentliche Verfahren, und das Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten ist entsprechend auszugestalten. Dies bedeutet, daß sich Beweiserhebungen auf Tatumstände beschränken, die von den Parteien behauptet worden sind. Und insofern läßt sich sagen, daß die Obliegenheit des Gerichtspräsidenten, die «notwendigen Erhebungen» zu machen, wenigstens da, wo

es sich um Prozeßgegenstände handelt, die ihrer Natur nach ins ordentliche Verfahren gehören, nicht bedeuten kann, daß der Richter den Parteien die Obliegenheit, den Streitstoff in den Prozeß einzuführen, abnehmen muß. Für diese Verfahrensart gilt ohne weiteres Art. 94 bzw. 152 ZPO.

Bei Verfahren in Matrimonialangelegenheiten gilt die «Offizialmaxime» des Art. 12 EG/ZGB, worüber noch zu sprechen sein wird. An dieser Stelle sei auf PKG 1949 Nr. 57 verwiesen, wo das Kantonsgerichtspräsidium sehr zutreffend ausführt, im Eheschutzverfahren, selbst wenn nur Mahnungen ergangen seien, sei ein Weiterzug gegeben, da solche Mahnungen in einem späteren Scheidungsprozeß in der Regel zum Beweis für ein ehewidriges Verhalten herangezogen würden. Aus dieser Entscheidung ergibt sich, daß auch in einem Verfahren, das seiner Natur nach rasch durchgeführt werden muß und das wohl am freiesten gestaltet werden kann, gewisse Grundsätze des gleichen rechtlichen Gehörs und der Wahrung der Parteiinteressen beachtet werden müssen. Er steht in wohlthuendem Gegensatz beispielsweise zur zürcherischen Regelung, die den Eheschutz ins summarische Verfahren verweist (§ 287 Ziff. 2 ZPO), wo ein unbedingter Anspruch auf Protokollierung nicht besteht (GVG § 163), oder zu einer Meinungsäußerung in ZBJV 89 S. 214 ff. Ganz allgemein läßt sich in diesem Zusammenhange sagen, daß auch in den Fällen des Kataloges von Art. 1 und 2 EG/ZGB, die ihrer Natur nach eine rasche Erledigung erfordern, immer peinlich zu prüfen ist, ob die Interessen einer Partei nicht durch eine allzu «freie» Prozedur präjudiziert würden.

Wie sehr das Verfahren gemäß Art. 4 EG/ZGB in Fällen, da eine endgültige Entscheidung zu treffen ist, dem ordentlichen Verfahren gleichkommt, ersieht man aus Art. 8 EG/ZGB. Hier wird, nicht nur für den Erlaß von Verfügungen, sondern auch für die Anordnung von Maßnahmen (die doch begriffsnotwendig immer nur vorübergehender Natur sein können), eine förmliche gerichtliche Verhandlung vorgeschrieben. Art. 8 EG/ZGB verweist viel

eindeutiger und zwingender auf ein kontradiktorisches, dem ordentlichen gleichwertiges Verfahren, als Art. 4. Betrachtet man nun die in Art. 8 geregelten Materien, so ergibt sich, daß diese ohne weiteres in den Katalog von Art. 1 und 2 hätten aufgenommen werden können. Art. 8 schreibt einerseits eine förmliche gerichtliche Verhandlung vor, andererseits erklärt er die Verfahrensvorschriften von Art. 4 als anwendbar. Ein prinzipieller Unterschied im Verfahren kann demnach in den angezogenen Fällen überhaupt nicht bestehen. Es mag dies auf einem Zirkelschluß beruhen; das hat aber in der nicht gerade besonders glücklichen Fassung und Systematik des EG/ZGB seinen Grund. Wir werden durch all diese Verumständungen in der Auffassung bestärkt, daß bei entsprechender Materie das Verfahren gemäß Art. 4 EG/ZGB nicht wesentlich vom ordentlichen Verfahren abweichen kann.

Zahlreiche dem Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten vorbehaltenen Gegenstände sind, obschon das Gesetz dies nicht ausdrücklich statuiert, im summarischen Verfahren zu erledigen. Dies deshalb, weil der Entscheid des Gerichtspräsidenten, wie im Amtsbefehlsverfahren, einer späteren definitiven Regelung nicht vorgreift. Solchen Entscheiden kommt keine materielle Rechtskraft zu; vgl. PKG 1945 Nr. 32. Natürlich sind auch Fälle denkbar, wo dem Entscheid zwar insofern eine nur beschränkte materielle Rechtskraft eignet, so daß nur auf Grund neuer Verumständungen das Verfahren vor derselben Instanz wieder aufgenommen werden kann und andernfalls die Einrede der abgeurteilten Sache gegeben wäre. Wo hier die genaue Abgrenzung liegt, und insbesondere, ob im einzelnen Falle sich die Möglichkeit der erneuten rechtlichen Behandlung aus dem Wesen des Anspruches oder aus dem Wesen des Verfahrens ergibt, dies zu untersuchen, würde den Rahmen dieser Ausführungen sprengen. Indessen läßt sich sagen: Wo es sich um ein richtiges summarisches Verfahren handelt, wo also der Entscheid auf Grund sofort eruierbarer Sachlagen, eventuell in Zusammenhang mit gesetzlichen

Rechtsvermutungen ergehen muß, sowie da, wo gemäß der Natur des Anspruches eine Korrektur jederzeit möglich und nicht die Präjudizierung von schwerwiegenden Parteiinteressen zu besorgen ist, und wo der sofortige Schutz glaubhaft gemachter Interessen durch das Gesetz selbst angestrebt wird, darf und muß das Verfahren ein summarisches sein. Summarisch in dem Sinne, daß es sich die Parteien gefallen lassen müssen, daß auf Grund des Rechtscheines entschieden wird, sofern sie nicht diesen Anschein sofort durch zweifelsfreie Beweismittel umstoßen. In diesen summarisch zu beurteilenden Fällen ist die Vorschrift, der Richter habe die «nötigen Erhebungen» vorzunehmen, ohne Bedeutung. Gemäß Art. 153 Ziff. 4 sind als Beweismittel nur Urkunden, Augenschein, Expertise und richterliche Befragung zulässig. Alle diese Beweise können aber auch von Amtes wegen erhoben werden. Eine Erforschung durch die Parteien nicht behaupteter Sachverhalte durch richterliche Erhebungen ist indessen u. E. nicht zulässig.

Abgesehen von diesen, durch die Natur der Prozeßstoffe gegebenen Verfahrensarten, nehmen diejenigen Materien, die ihrem Wesen nach ein nichtstreitiges Verfahren erfordern, innerhalb des Kataloges von Art. 1 und 2 EG/ZGB einen großen Raum ein. Im Gegensatz zu den beiden vorhin dargelegten Verfahrensarten gibt es keine Parteien, sondern nur Beteiligte. Es findet demgemäß kein kontradiktorisches Verfahren statt, sondern der Gerichtspräsident entscheidet auf einseitigen Antrag. Das schließt selbstverständlich nicht aus, daß ein bekannter Beteiligter zur Vernehmung zugelassen wird. Im Prinzip kommt es dabei aber nicht darauf an, ob ein materieller Anspruch eines Beteiligten gegen einen andern besteht, sondern es wird nur geprüft, ob der vom Ansprecher behauptete Sachverhalt, der den Richter zum Handeln verpflichten würde, sich verwirklicht hat. Daß einem solchen Entscheid keine materielle Rechtskraft zukommt, versteht sich von selbst; insbesondere wenn man in Betracht zieht, daß ungewisse bzw. unbekannte Beteiligte im Verfahren gar nicht zu Worte

kommen bzw. kommen können. Vgl. Guldener, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, S. 1—8.

Hier erhält die Vorschrift, der Gerichtspräsident habe die «nötigen Erhebungen» von Amtes wegen zu machen, einen plausibeln Sinn und einen praktisch bedeutsamen Anwendungsbereich. Art. 4 EG/ZGB deckt sich denn auch mit Art. 154 II ZPO, der offensichtlich das nichtstreitige Verfahren visiert; vgl. Guldener, *op. cit.* S. 28 ff. und 55 ff. Der Richter wird sich klar darüber sein, daß, auch wenn die Voraussetzungen für den Erlaß einer Verfügung in einer nichtstreitigen Rechtssache an sich erfüllt sind, eine solche Verfügung unter Umständen nicht unbeträchtlich in die Rechtssphäre eines Beteiligten eingreifen kann. Ob ein solcher weiterer Beteiligter vorhanden ist, steht oft nicht fest und soll erst durch den Erlaß bzw. die Publikation der Verfügung abgeklärt bzw. die Abklärung provoziert werden. Es ist daher ein Gebot der Billigkeit und der Vermeidung von Willkür, daß keine nichtstreitigen Verfügungen erlassen werden, bevor der Richter nicht das ihm Zumutbare getan hat, um *ex officio* abzuklären, ob nicht Sachverhalte vorliegen, die einem Erlaß des nichtstreitigen Entscheides entgegenstehen. Ebenso ist der Gerichtspräsident u. E. verpflichtet, wenigstens den Versuch zu unternehmen, präsumtive weitere Beteiligte zu ermitteln, um diesen Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben. Als Beispiel möge ein Entscheid in SJZ XX S. 202 dienen.

Wir haben anfangs dieses Abschnittes gesehen, daß der Wortlaut von Art. 4 I EG/ZGB hinsichtlich der Einführung des Prozeßstoffes und dessen Feststellung über die Vorschriften betreffend das ordentliche Verfahren hinauszugehen scheint. Daß dies nur in nichtstreitigen Rechtssachen der Fall ist und nur da Geltung hat, findet seine innere Berechtigung in der konkreten materiellrechtlichen Situation. Diese Feststellung kann als Zusammenfassung des bisher über das Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten zum Erlaß von Verfügungen und Anordnung von Maßnahmen gemäß ZGB Gesagtem gelten.

Soweit die Entscheide gemäß Art. 1 und 2 EG/ZGB weiterziehbar sind, kann der Kantonsgerichtspräsident gemäß Art. 5 III EG/ZGB von Amtes wegen Erhebungen vornehmen. «Im übrigen ist Art. 240 ZPO (heute Art. 263 ZPO) anwendbar.» Diese Regelung war, unter der Herrschaft des EG/ZGB 1911, dessen Art. 6 im wesentlichen mit Art. 5 EG/ZGB übereinstimmt, Gegenstand des Entscheides GVP II Kantonsgericht Nr. 23. Der Entscheid führt aus, das Recht zu Erhebungen von Amtes wegen bedeute, daß sowohl Tatbestands- als auch Rechtsfragen frei überprüft werden könnten. Richtig ist an diesen Feststellungen ohne weiteres, daß die Verweisung auf Art. 240 aZPO, heute Art. 263 ZPO, der nur den Schriftenwechsel regelt, nicht bedeutet, die Überprüfungsmöglichkeit der Rechtsmittelinstanz beschränke sich auf Gesetzesverletzung. Da feststeht, daß die Rechtsmittelinstanz Erhebungen vornehmen kann, ist klar, daß das Weiterzugsverfahren sogar noch über die Appellation im ordentlichen Verfahren hinausgeht, da nämlich dort keine neuen Beweismittel zulässig sind. Und diese erweiterte materielle Appellation mit neuen Beweismitteln, über deren Erhebung freilich der Kantonsgerichtspräsident nach freiem Ermessen entscheidet, greift auch da Platz, wo dem Streitwerte nach eine Appellation nicht gegeben wäre.

Es bleibt die Frage, ob sich die Erhebungen der Rechtsmittelinstanz auch auf nicht oder erst in appellatorio aufgestellte Behauptungen erstrecken können. Es gilt hier sinngemäß das bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens Gesagte. Im Prinzip sind überall da nachträglich aufgestellte Behauptungen zuzulassen bzw. hat der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen, wo dies wegen der Art des Verfahrens und des Wesens der Materie notwendig erscheint. Ebenso ist u. E. das Litiskontestationsprinzip nicht anwendbar. Das bedeutet, daß alle bis zur Urteilsfällung verwirklichten Sachverhalte berücksichtigt werden müssen: in weiterziehbaren Fällen auch solche Tatsachen, die sich erst nach Ausfällung des erstinstanz-

lichen Entscheides ereignet haben. Hierüber mehr unter Ziffer 10.

6.

Das Verfahren vor dem Kreispräsidenten zum Erlaß von Verfügungen und Anordnung von Maßnahmen gemäß OR ist in den Großrätlichen Verordnungen vom 11. November 1911 (AS VII 46), vom 23. Mai 1939 (AS IX 365) und vom 27. November 1942 (AS IX 597) geregelt. Wie die GAB/SchKG, stehen auch diese Verordnungen auf verfassungsrechtlich zweifelhaften Füßen.

Alle drei Verordnungen erklären für das erstinstanzliche Verfahren Art. 5 EG/ZGB 1911, nunmehr Art. 4 EG/ZGB, anwendbar. Der Weiterzug richtet sich gemäß den beiden älteren Verordnungen ebenfalls nach den Vorschriften des EG/ZGB, wobei zu bemerken ist, daß die zweite Verordnung, im Gegensatz zur ersten und zum EG/ZGB eine Frist von nicht zehn, sondern von 14 Tagen statuiert. Demgegenüber erklärt die neueste Verordnung für den Weiterzug den Bezirksgerichtsausschuß als zuständig und Art. 294 aZPO somit die Vorschriften über den Rekurs gegen Amtsbefehle für anwendbar. Heute gilt Art. 172 ZPO; der Rekurs geht an das Bezirksgerichtspräsidium, die Rekursfrist beträgt zehn Tage. Störend und systemwidrig ist hiebei, daß sich das erstinstanzliche Verfahren nach Art. 4 EG/ZGB richtet, wo dem Richter ein umfangreicheres Recht zur Erforschung des Tatbestandes ex officio zusteht als im Amtsbefehlsverfahren, während es im Weiterzugsverfahren bei einer einfachen Rechtsrüge, unter Ausschluß selbst von sich auf die Akten stützenden materiellen Einreden (PKG 1946 Nr. 35), sein Bewenden hat. Die zweifelhafte verfassungsmäßige Grundlage der Verordnung muß dazu führen, daß sich das Weiterzugsverfahren nach Art. 5 EG/ZGB richtet, trotzdem die Verordnung auf das Rekursverfahren gegen Amtsbefehle verweist.

7.

Für das Verfahren in Ehesachen erklärt das Marginale von Art. 12 EG/ZGB die «Offizialmaxime» als anwendbar. Wie zwei Untersuchungen von Kehl in SJZ XLIII 184 und XLVI 290 zeigen, ist mit diesem Begriffe allein nicht allzuviel anzufangen. Zudem ist bei den Marginalien des EG/ZGB eine gewisse Zurückhaltung am Platze, lautet doch dasjenige von Art. 20 EG/ZGB «beschleunigtes Verfahren», während der Text des Artikels ausführt, Vaterschaftsprozesse (für die auch die «Offizialmaxime» gilt) seien mit tunlichster Beschleunigung durchzuführen.

Art. 12 EG/ZGB bestimmt, dem Richter obliege von Amtes wegen die Erforschung der materiellen Wahrheit. Um Unklarheiten zu vermeiden, ist hier genauestens auseinanderzuhalten, welche Verfahrensgrundsätze von Bundesrechts wegen gelten und welche kantonalen Bestimmungen über dieses hinausgehen.

Als bundesrechtliche Verfahrensvorschrift sei nur ganz kurz auf die Pflicht des Gerichtes zur Überprüfung der Scheidungsgründe von Amtes wegen gemäß Art. 158 Ziff. 1 ZGB verwiesen, aus welcher Bestimmung die Praxis das Verbot der Präkludierung von Vorbringen in favorem matrimonii entwickelt hat. Die frühere bündnerische Praxis, die nicht notwendige Nebenfolgen der Scheidung bei Ermangelung eines speziellen Leitscheinbegehrens ad separatum verwies, ist durch BGE 77 II 18 überholt. Weitere Grundsätze der bundesrechtlichen Regelung anzuführen, würde den Rahmen dieser Untersuchung übermarchen.

Die kantonale Vorschrift schießt weit über die bundesrechtliche hinaus. Der erste Satz von Art. 12 EG/ZGB besagt, daß das Gericht auch Tatsachen, die von den Parteien nicht vorgebracht wurden, erforschen und hierüber Beweise erheben muß. Alle weiteren Sätze des Art. 12 EG/ZGB sind, wie sich schon aus dem Worte «insbesondere» ergibt, nicht mehr als eine namentliche Anleitung an den Richter. Diese hier vertretene Ansicht kann sich nicht auf

die Praxis stützen; ganz im Gegenteil scheint diese *prima vista* einen andern Standpunkt einzunehmen, PKG 1948 Nr. 11 E. 2 Absatz 9. Eine nähere Prüfung dieses Entscheides ergibt aber sogleich, daß das Kantonsgericht bei der damaligen Situation gar keine Veranlassung hatte, die Tragweite des Art. 12 EG/ZGB bis ins letzte zu untersuchen. Es handelte sich nur um die Frage, ob Tatsachen, die nach Ausfällung des kantonsgerichtlichen Urteils, aber vor Abschluß des Berufungsverfahrens vor Bundesgericht eingetreten waren, *noven* im Sinne des kantonalen Offentliches darstellten. Dies war aber nach Ansicht des Kantonsgerichtes, obwohl es sich um Tatsachen handelte, die gemäß Art. 158 Ziff 1 ZGB von Amtes wegen abzuklären sind, nicht der Fall. Endlich erklärt der Entscheid, die als *noven* geltend gemachten Tatsachen seien, selbst wenn sie aus chronologischen Gründen berücksichtigt werden müßten, nicht so beschaffen, daß sie auf die Beurteilung der Streitsache von wesentlichem Einfluß sein könnten. Bei dieser Sachlage erscheint es als angebracht, auf die Äußerung des Kantonsgerichtes, Art. 12 EG/ZGB sei vor allem aufgestellt worden, um dem Gericht die Möglichkeit zu geben, Art. 158 Ziff. 1 ZGB nachzuleben, zurückzukommen.

Wollte man auf das Marginale «Offizialmaxime» abstellen, so ließe sich die These, Art. 12 EG/ZGB gehe nicht über Art. 158 Ziff. 1 ZGB hinaus, vielleicht insofern halten, als im bündnerischen Gerichtssprachegebrauch dieses Wort (ohne daß dies u. W. in einem publizierten Entscheid seinen kategorischen Niederschlag gefunden hätte) das Recht des Richters bedeutet, auch nicht angetragene Beweise *ex officio* zu erheben, wie dies im Verfahren vor Einzelrichter der Fall ist; vgl. Der Freie Rhätier, vom 14. Juni 1954, Abschied ZPO S. 3, SJZ L S. 285 unten. Der erste Satz von Art. 12 EG/ZGB besagt aber zweifelsfrei mehr; er statuiert die Pflicht des Richters, die materielle Wahrheit von Amtes wegen zu erforschen. Auch der italienische und der surselvische Text lassen an Deutlichkeit nichts zu wünschen

übrig. Dieser Grundsatz entspricht aber dem Begriff der Untersuchungsmaxime, wie sie beispielsweise der § 182 der thurgauischen ZPO (vgl. Böckli S.129 ff.) sowie die deutsche Prozeßordnung (vgl. Rosenberg, 4. Auflage, S. 266) statuieren.

Es zieht sich zwar durch die Literatur und Judikatur wie ein roter Faden der Standpunkt, es sei dem Gericht unmöglich, nach nicht dargelegten Tatsachen zu fahnden, da ja gar nicht abgeschätzt werden könne, wo die Untersuchung anzusetzen sei. Ein Vorgehen gemäß beispielsweise § 185 der ZPO des Kantons Thurgau würde indessen in jedem Falle auch dem bündnerischen Richter greifbare Anhaltspunkte für weitere Erhebungen liefern. Die Praxis zeigt, daß selbst spärlichste Akten schon nach Abschluß des Schriftenwechsels Gelegenheit und Anlaß zu weiteren Erhebungen geben. Aber auch die Parteien selbst werden oft erst nach Abschluß des Schriftenwechsels bzw. nach Erhebung der Parteibeweise neue Anhaltspunkte finden, die sie veranlassen können, ihrerseits nicht nur neue Beweise für bisher Behauptetes, sondern auch neue Tatsachen vorzubringen, die ihnen erst durch die Akten bekannt bzw. feststellbar geworden sind oder deren Irrelevanz sie bisher annehmen durften. Ganz in diesem Sinne äußert sich auch der Abschied EG/ZGB S. 3 (vgl. auch PKG 1945 Nr. 13). Eine sehr leicht zu handhabende Anleitung, wie das Gericht, in Gemäßheit der Untersuchungsmaxime, die Akten ergänzen kann, liefert der § 184 der thurgauischen ZPO. Selbst in Übertretungsstraffällen werden weitgehende Erhebungen angestellt (PKG 1948 Nr. 47), und es ist dem Gericht durchaus möglich und zumutbar, dies auch im Rahmen eines Zivilprozesses zu tun; vgl. Egger in ZSR 73 S. 97/98.

Daß Art. 12 EG/ZGB nicht nur so weit gehen kann, die strikte Befolgung von Art. 158 Ziff. 1 ZGB zu gewährleisten, ergibt sich aus PKG 1945 Nr. 13, wo ausgeführt wird, die Einvernahme eines Zeugen der klagenden Part nach der Hauptverhandlung sei nicht nur zulässig, sondern

im konkreten Falle sogar geboten. Diese — richtige — Feststellung hat aber im Prinzip nichts mehr mit der Überprüfung der Verwirklichung des Scheidungsgrundes zu tun, sondern es handelt sich, wie das Gericht wörtlich ausführt, um die Erforschung der materiellen Wahrheit von Amtes wegen. Zudem: Hätte der kantonale Gesetzgeber tatsächlich nicht über Art. 158 Ziff. 1 ZGB hinausgehen wollen, so wäre Art. 12 EG/ZGB gar nicht nötig gewesen. Art. 166 aZPO, Fassung gemäß Großrätlicher Verordnung betreffend Ineinklangsetzung der aZPO mit dem ZGB vom 24. November 1915, hätte durchaus genügt. Auch die neue ZPO enthält, trotz Art. 12 EG/ZGB, den Abs. III von Art. 180 ZPO, der wohl Art. 158 Ziff. 1 ZGB entspricht, hingegen weit hinter Art. 12 EG/ZGB zurückbleibt.

Mehr der Vollständigkeit halber sei noch auf einen ganz bemerkenswerten Umstand hingewiesen: Anlässlich der ersten Lesung zum Entwurf der rev. ZPO wurde folgende Fassung der Vorberatungskommission genehmigt (Großratsprotokoll der außerordentlichen Session Januar/Februar 1951, S. 29):

«In Ehe-, Vaterschafts- und Erbteilungssachen gilt die
Offizialmaxime des EG zum ZGB.»

Der Wortlaut der Botschaft 1950 hatte die Worte «des EG zum ZGB» noch nicht enthalten. Man könnte hieraus sehr wohl folgern, daß diese Fassung auf einer Absicht des Gesetzgebers beruht, dieser somit davon ausgegangen sein muß, daß es verschiedene Arten von «Offizialmaximen» gibt. Die «Offizialmaxime des EG zum ZGB» würde sich demnach unterscheiden und nicht identisch sein mit der «Offizialmaxime» des einzelrichterlichen sowie des beschleunigten SchKG-Verfahrens gemäß GAB/SchKG 1948, von welcher Gegenüberstellung bereits die Rede war. Ob man diese Verumständung als Argument verwenden kann, wird davon abhängen, ob der Annahme der Fassung gemäß Kommissionsentwurf eine luzide Überlegung oder ein redaktioneller Zufall unterstellt wird. Daß die besagte Bestim-

mung, heute Art. 178 II ZPO, im Abschnitt über die Beweismittel und die Beweiswürdigung steht, ändert nichts an ihrer potentiellen Bedeutung für die Auslegung von Art. 12 EG/ZGB.

Wie wir noch zeigen werden, gilt die Untersuchungsmaxime auch in Vaterschafts- und Erbteilungssachen. Schon daraus ergibt sich, daß Art. 12 EG/ZGB nicht als technische Anwendungsbestimmung von Art. 158 Ziff. 1 ZGB aufgefaßt werden kann, sondern eine Pflicht des Gerichtes statuiert, den gesamten Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen. In Rücksicht darauf, daß die Untersuchungsmaxime auch in gewissen rein vermögensrechtlichen Streitigkeiten Anwendung findet, sowie in Ansehung von BGE 77 II 18 muß sogar gefolgert werden, daß sich die Untersuchungsmaxime nicht nur auf die Frage der Scheidung an sich und deren notwendige Folgen, sondern auch auf die nicht notwendigen Folgen wie vermögensrechtliche Leistungen aus Art. 151—153 sowie allenfalls auch die güterrechtliche Auseinandersetzung bezieht.

Trotz alledem wird die Erforschung nicht behaupteter Sachverhalte kaum eine große Rolle spielen können. Indessen führt Art. 12 EG/ZGB dazu, daß alle, in jedem Stadium des Verfahrens, also auch nach dem Schriftenwechsel vorgebrachten Behauptungen abgeklärt werden müssen. Ebenso sind auch außerhalb der Rechtsschriften angemeldete Beweisofferten immer zu berücksichtigen. Böckli stellt in Anm. 1 zu § 184 der ZPO des Kantons Thurgau fest, daß im Untersuchungsverfahren eine Präkludierung wegen Fristversäumnis nicht eintritt. Dies entspricht der Untersuchungsmaxime des bündnerischen Scheidungsverfahrens. Der erste Satz von Art. 12 EG/ZGB, insbesondere auch der italienische und der surselvische Text, lassen eine andere Interpretation nicht zu.

Selbstverständlich ist, daß sich Beweiserhebungen nur auf relevante Sachverhalte beziehen müssen. Die Abnahme nicht offerierter Beweise ist im Scheidungsprozeß, im Gegensatz zum einzelrichterlichen sowie im beschleunigten

SchKG-Verfahren gemäß GAB/SchKG 1948, nicht nur eine Befugnis des Gerichtes, sondern eine klare Pflicht.

Die konsequente Anwendung der Untersuchungsmaxime bietet zudem auch erhebliche prozeßökonomische Vorteile, indem Fragen der Nebenfolgen, die grundsätzlich vom Schicksal des Scheidungsbegehrens abhängen, sowohl von seiten der Prozeßparteien als auch durch das Gericht so lange nicht erschöpfend releviert bzw. abgeklärt werden müssen, bis der Entscheid über das Scheidungsbegehren *grosso modo* voraussehbar ist. Mit andern Worten, ist es u. E. zulässig, bei der Einführung des Streitstoffes in den Prozeß und dessen Feststellung eine Zweiteilung vorzunehmen, den Prozeß schrittweise zu instruieren; vgl. ZR L III Nr. 210 und 211 sowie Kehl daselbst.

8.

Für das Verfahren in Vaterschaftssachen bestehen keine bundesrechtlichen Vorschriften. Gemäß Art. 12 EG/ZGB ist auch hier die Untersuchungsmaxime anwendbar. Trotz Fehlens bundesrechtlicher Vorschriften über eine Abweichung von der Eventual- und Dispositionsmaxime ist es nun gerade dieses Verfahren, das einer eingehenden Persönlichkeitserforschung der Parteien nicht entraten kann. In diesem Verfahren wird sozusagen immer mit dem Parteieneid operiert. Damit nun eine Partei, zumeist die klagende, zum Eid überhaupt zugelassen werden kann, muß ihre ganze Persönlichkeit erforscht werden; dies geschieht in erster Linie durch Erhebung eines Leumundsberichtes. Wird die klagende Partei nicht zum Eid zugelassen und nur deren richterliche Befragung vorgenommen (PKG 1950 Nr. 6, 1952 Nr. 12), so stellt sich die Frage der Würdigung des Beweisergebnisses sowie der Zulassung der beklagten Partei zum Eid erst recht. Auch dies kann nicht geschehen ohne eingehende Persönlichkeitserforschung beider Parteien. Daß die materielle Wahrheit in jeder Hinsicht von Amtes wegen untersucht werden muß, und nicht

nur da, wo die Beweislage dies erfordert, ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes. Daß dem Marginale von Art. 20 EG/ZGB keine prozeßtechnische, sondern nur eine zeitliche Bedeutung zukommt, wurde unter Ziffer 7 bereits erwähnt.

9.

Beim Verfahren in Erbteilungssachen trifft der Gerichtspräsident von Amtes wegen die zur Abklärung des Sachverhaltes erforderlichen Anordnungen, Art. 105 II EG/ZGB. Hier steht die Frage im Vordergrund, ob die Feststellung des Nachlasses über die Parteivorbringen hinaus zu den Pflichten des Gerichtes gehört.

Schon unter der Herrschaft des EG/ZGB 1911, das eine Vorschrift wie die von Art. 105 II EG/ZGB nicht kannte, war es üblich, bei Klage auf Teilung immer auch auf Feststellung des Nachlasses zu klagen (GVP IV Nr. 131, heute PKG 1951 Nr. 3). Man kann für die Zeit der Herrschaft des EG 1911 von einer gewohnheitsrechtlichen Observanz sprechen. In SJV XLVIII 37 lehnt Kehl ein solches Vorgehen der Parteien, nämlich auf Feststellung des Nachlasses zu klagen, als überflüssig, unnötig und daher unzulässig ab. Es sei in diesem Zusammenhange auf einen unveröffentlichten prozeßleitenden Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abt. Nr. 2459/1949, vom 21. Juni 1950, verwiesen, der sich bewußt in Gegensatz zu BGE 75 II 115 setzt und den Standpunkt vertritt, es sei unbedingt zu fordern, daß der Bestand des gesamten Nachlasses von Amtes wegen festgestellt werde, da ohne dies eine richtige Teilung nicht möglich sei, «weil es Fragen gibt, die nur bei Kenntnis des gesamten Nachlasses beurteilt werden können». Vgl. auch über das Problem Vorfrage oder selbständiges Feststellungsbegehren die Judikatur über Klagen des Unterakkordanten gegen den Grundstückeigentümer auf Errichtung eines definitiven Bauhandwerkerpfandrechtes: BGE 66 II 107, 72 II 347, SJZ XXXII 286, XLVIII 238. Zu was für unhaltbaren Zuständen es führen kann, wenn

Aktiven bei der Teilung nicht mitberücksichtigt werden und diese in Erbengemeinschaft verbleiben, zeigt PKG 1950 Nr. 10. Die Feststellung des Nachlasses als Gegenstand eines selbständigen petitums war daher bereits unter der Herrschaft des alten EG/ZGB sehr begründet.

Der Gerichtspräsident stellt also immer zuerst von Amtes wegen den Nachlaß fest, sowohl in gegenständlicher als in rechnerischer Hinsicht. Bei der Frage, ob etwas zum Nachlaß gehört, in welchem Umfange und zu welchem Berechnungswerte, ergeben sich meist zahlreiche zusätzliche Probleme tatsächlicher und rechtlicher Natur, die auch von Amtes wegen abzuklären sind. Der «Sachverhalt», von dem die eigentliche Erbteilung ausgehen muß und allein ausgehen kann (es verbleibt dann meist nur noch die streitige Frage, ob und wie nach Testament oder Gesetz, eventuell nach welchem, zu teilen sei), ist im Prinzip identisch mit dem Stand und der konkreten Beschaffenheit des reinen Nachlasses.

Die hier durch das materielle Recht gegebene Notwendigkeit, den Nachlaß zuverlässig festzustellen, führt in vielen Fällen von selbst, nach Art. 105 II EG/ZGB aber immer dazu, daß auch außerhalb der Rechtsschriften vorgebrachte Tatsachenbehauptungen und Beweisofferten zu berücksichtigen sind, soweit der Abklärung des Sachverhaltes dienlich. In diesem Sinne hat der letzte Absatz von Art. 105 EG/ZGB keine selbständige Bedeutung. Es besteht kein freies Ermessensrecht des Gerichtspräsidenten, Tatsachen und Beweismittel, die inner- oder außerhalb der Rechtsvorschrift genannt oder auch, falls sie nicht durch die Parteien releviert werden, doch eruierbar sind, zu berücksichtigen oder nicht. Das ganze Verfahren ist in adäquater Entsprechung der materiellrechtlichen Situation darauf angelegt, den Nachlaß festzustellen und diese Feststellung zur Grundlage und zum Ausgangspunkt jedes weiteren Schrittes zu nehmen. Es kann daher dem Abschied EG/ZGB S. 8, wo dem Bezirksgerichtspräsidenten nur die «Befugnis» eingeräumt, nicht aber die Pflicht auferlegt

wird, den ganzen Sachverhalt von sich aus abzuklären, nicht beigestimmt werden. Was alles zum Prozeßstoff gehört, hat der Bezirksgerichtspräsident ausschließlich nach streng materiellrechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Die Gesetzestexte, auch der italienische und der surselvische, lassen eine andere Interpretation nicht zu.

10.

Für das Verfahren nach der *Offizialmaxime* des EG/ZGB stellt sich die Frage der Geltung des *Litiskontestationsprinzips* sowie des Verfahrens in *appellatorio*.

Art. 255 II ZPO stellt *neu expressis verbis* den Grundsatz auf, die *Offizialmaxime* gelte auch in *appellatorio*, sofern dies erstinstanzlich der Fall sei. Dies ist an sich selbstverständlich; bedeutsam ist, daß diese Bestimmung im selben Artikel steht, der in seinem ersten Absatz das Verbot neuer Beweismittel in *appellatorio* im ordentlichen Verfahren aufstellt.

Nach Art. 59 aZPO bzw. 65 ZPO sind einzig Sachverhalte, die sich bis zum Eintritt der *Litispandez* verwirklicht haben, als Grundlage für das Urteil maßgebend. Dieses *Litiskontestationsprinzip* verträgt sich schlecht mit der durch die *Untersuchungsmaxime* geforderten Abklärung der materiellen Wahrheit von Amtes wegen. Die meist zu besorgende Unmöglichkeit einer Korrektur bzw. des Nachholens des hängigen Prozesses erfordert ein prinzipielles und konsequentes Abgehen vom *Litiskontestationsprinzip*. Es kann auf das über die Zulassung und obligatorische Berücksichtigung verspäteter Vorbringen verwiesen werden; Ziffer 7 hievor. Die Praxis hat im Prinzip anerkannt, daß (speziell auch in Ehesachen) auch nach Eintritt der *Litispandez* verwirklichte Sachverhalte selbst bei Festhalten am *Litiskontestationsprinzip* unter Umständen berücksichtigt werden müssen; PKG 1950 Nr. 12 E. 2. Ein nicht von stringenter Analogie getragenes, darum

aber nicht minder plastisches Beispiel von Verwirklichung eines Sachverhaltes in Verbindung mit der Frage des Zeitpunktes dieser Verwirklichung bietet eine Gegenüberstellung von BGE 52 II 189 mit ZR XXXIV Nr. 30.

Die thurgauische ZPO, deren Untersuchungsverfahren, wie bereits gezeigt, mit der «Offizialmaxime», recte Untersuchungsmaxime des EG/ZGB übereinstimmt, kennt für das ordentliche Verfahren auch das Litiskontestationsprinzip; Böckli op. cit. S. 108 lit. e (wenn auch die Praxis sehr weitherzig ist). Guldener I S. 260 Anm. 42 lit. a ist in dieser Hinsicht unvollständig; der a. a. O. N. 42 lit. b angezogene § 174 II der thurgauischen ZPO, wonach ohne Verschulden einer Partei verspätet vorgebrachte Behauptungen und Beweismittel zu berücksichtigen sind, involviert eine Durchbrechung der Eventualmaxime und visiert Tatumstände, die sich vor Eintritt der Litispendenz verwirklicht haben, hat also nichts mit dem Litiskontestationsprinzip zu tun. Nach thurgauischer Praxis sind nun aber auch Tatsachen, die sich nach Eintritt der Litispendenz ereignet haben, in den im Untersuchungsverfahren zu führenden Prozessen zuzulassen; Böckli a. a. O.

Die Appellabilität in Ehe- und Vaterschaftssachen ist neu; sie wurde, abgesehen von der durch die Revision des OG neu geschaffenen Ausgangslage, vor allem deshalb eingeführt, weil sich das Bundesgericht im Berufungsfalle auf den kantonalen Tatbestand muß stützen können; vgl. Abschied EG/ZGB S. 3. Neu ist auch der Art. 12 EG/ZGB, und früher hatte es bei Art. 166 aZPO gemäß Fassung der Großrätlichen Verordnung betreffend Ineinklangsetzung der aZPO mit dem ZGB vom 24. November 1915 sein Bewenden. Der kantonale Gesetzgeber hat also nicht nur die Untersuchungsmaxime eingeführt. Er ist sehr richtig davon ausgegangen, daß die Ermittlung des Tatbestandes in diesem speziellen Verfahren nicht der ersten Instanz allein überlassen werden kann. Beachtlich ist also nicht nur die neu eingeführte Gewährleistung der Appellation, sondern deren Motiv, nämlich die fundamentale Bedeutung des

kantonal letztinstanzlich erstellten Tatbestandes, die Wichtigkeit und die Schwierigkeit, diesen genau zu ermitteln.

Aus dem soeben Gesagten ergibt sich sofort, daß die Appellationsinstanz verpflichtet ist, auch neue Tatsachen und neue Beweismittel zu berücksichtigen; und zwar unabhängig davon, ob sich diese Tatsachen schon vor dem Eintritt der Litispendenz verwirklicht haben und aus welchen Gründen auch immer weder vorgebracht noch von Amtes wegen erforscht wurden, oder ob sie nach Litispendenz, eventuell auch erst nach der Fällung des erstinstanzlichen Urteils eingetreten sind und demgemäß nicht aus den erstinstanzlichen Akten ersichtlich sein können. Wenn der kantonale Gesetzgeber schon den Bezirksgerichten gegenüber mißtrauisch hinsichtlich ihrer Fähigkeiten ist, den Tatbestand richtig zu ermitteln, so käme es einer Farce gleich, die Appellationsinstanz auf die erstinstanzlichen Tatsachen und Beweismittel zu beschränken. Ist es richtig, daß der erstinstanzliche Richter auch nicht Behauptetes und sich nach Eintritt der Litispendenz Verwirklichtes berücksichtigen muß, eben qua Untersuchungsmaxime, dann muß dies auch für die Appellation gelten. (Die thurgauische Praxis spricht sich, gemäß einer Information der thurgauischen Obergerichtskanzlei, ebenfalls für die Berücksichtigung von neu vorgebrachten Tatsachen aus, wenn ein im Untersuchungsverfahren durchzuführender Prozeß zur Appellation gelangt, es mögen sich diese neu vorgebrachten Verumständungen vor oder nach Eintritt der Litispendenz verwirklicht haben. Für vor der Litiscontestation verwirklichte Sachverhalte OGE Thurgau 12. Juli 1949; a. A. M. Müller, Die Berufung im thurgauischen Zivilprozeß, S. 81, lit. e.)
