

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	32 (1913)
Artikel:	Verhandlungs- und Ofizialmaxime im Eheprozessrecht : Klage auf Untersagung der Eheschliessung, auf Nichtigerklärung, Anfechtung, Scheidung
Autor:	Gisi, Max
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896534

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. 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. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

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. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

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. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 07.02.2026

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

Verhandlungs- und Offizialmaxime im Eheprozessrecht.

(**Klage auf Untersagung der Eheschliessung, auf Nichtigerklärung, Anfechtung, Scheidung.**)¹⁾

Von Dr. MAX GISI in Basel.

Die Ehe ist zunächst und in erster Linie Gegenstand des Einzelinteresses. Sie ist die von Recht und Sitte allein approbierte Weise der Betätigung des Sexual- und des Fortpflanzungstriebes. Die im Eheprinzip liegende dauernde Lebensgemeinschaft von Mann und Frau bewirkt eine gegenseitige Beeinflussung, welche die sittliche Kraft des Einzelnen steigert. Sie ermöglicht eine den speziellen Fähigkeiten angepasste Arbeitsteilung, welche die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöht. Das Einzelinteresse verlangt die weitgehendste Freiheit beim Abschluss der Ehe. Der Einzelne soll die Ehe so abschliessen können, dass die erwähnten Vorteile möglichst gewahrt sind. Das Einzelinteresse verlangt die Freiheit der Eheschliessung, die freie Wahl des Ehegatten. Es verlangt aber auch die Freiheit, die Ehe wieder aufzulösen, welche die Vorteile nicht gewährt. Das Einzelinteresse verlangt die Freiheit der Eheschliessung und der Eheauflösung.

Die Ehe ist weiter und in zweiter Linie auch Gegenstand des Allgemeininteresses. Als die von Recht und Sitte einzig approbierte Art der Fortpflanzung ist sie die Grundlage der kommenden Geschlechter und damit des Staates von morgen. Es ist ein Gebot der Selbsterhaltung des Staates von heute, dafür zu sorgen, dass diese Geschlechter leiblich und sittlich gesund und leistungsfähig sind. Aber auch die Gesundheit und die

¹⁾ Nach einem im Basler Juristenverein gehaltenen Vortrage.

sittliche Kraft der Ehegatten ist für die Allgemeinheit wichtig. Auf ihr basiert die Leistungsfähigkeit des Staates von heute. Das Interesse an der Gesundheit der Nachkommen und der Ehegatten verlangt den Ausschluss der Ehe von Personen, welche derart krank sind, dass eine Lebensgemeinschaft ausgeschlossen und die Erzeugung gesunder Nachkommen unwahrscheinlich ist, der Geisteskranken. Es verlangt den Ausschluss der die Gesundheit der Nachkommen gefährdenden Verwandtenehe. Im Eheprinzip begründet ist schliesslich die Monogamie, welche die Pflege und Erziehung der Kinder durch ihre natürlichen Eltern ermöglicht und garantiert.

Das Einzel- und das Allgemeininteresse an sich laufen einander parallel, soweit sie leibliche und sittliche Stärkung der einzelnen Ehegatten verfolgen, sie können einander entgegenstehen, soweit das Allgemeininteresse sich auf die Nachkommen bezieht.

Der Inhaber des schutzfähigen Interesses, der Träger des dieses Interesse schützenden Rechts ist der natürliche Verwalter und Vertreter dieses Rechts. Dieser Satz erleidet nur dann eine Ausnahme, wenn der Träger von Interesse und Recht zur Verwaltung nicht fähig ist. Dann ist die Verwaltung in fremde Hände gelegt, doch hat dann der fremde Verwalter die Pflicht, das ihm anvertraute Recht nicht nach freiem Belieben, sondern nur nach pflichtgemäßem Ermessen zum Nutzen des vertretenen Trägers zu verwalten und zu vertreten.

Der Einzelne verwaltet und vertritt sein Einzelinteresse nach freiem Belieben. Er disponiert über dieses Interesse in positivem wie in negativem Sinn, wie er will. Er beschliesst, ob es wahrgenommen, geltendgemacht und durchgesetzt werden soll oder nicht.

Das Interesse der Allgemeinheit wird von den Organen des Staates verwaltet. Aber diese Verwalter verwalten hier fremdes, ihnen anvertrautes Gut. Sie verwalten es nicht nach freiem Belieben, sie disponieren nicht positiv und negativ, wie sie wollen. Ihre Verwaltung soll

nur zum Nutzen des Trägers des Interesses, der Allgemeinheit, erfolgen. Sie haben das Interesse, soweit es rechtlich als schutzfähig anerkannt und genehmigt wird, wahrzunehmen, zur Geltung zu bringen und durchzusetzen. Sie disponieren über das Interesse der Allgemeinheit, soweit die Rechtsordnung gestattet, nur in positivem Sinne.

Daraus folgt, dass Allgemeininteresse und Einzelinteresse auch da, wo sie an sich zu einander parallel laufen, praktisch deshalb in Widerstreit geraten können, weil die Verwaltung in verschiedenem Sinne erfolgt, weil z. B. der Einzelne sein Einzelinteresse verkennt und nicht wahrnimmt, ihm vielmehr zuwider handelt. Es handelt sich dann in Tat und Wahrheit nicht mehr um Kollisionen der Interessen selbst, sondern um eine kollidierende Verwaltung an sich parallel laufender Interessen.

Die Disposition über das Interesse, das rechtlich geschützt ist, also über das Recht, tritt praktisch dann am augenfälligsten in Erscheinung, wenn das Interesse mit fremden Interessen in Kollision gerät, und wenn diese Kollision im Wege des Prozesses zu Gunsten des einen oder des andern Interesses behoben werden muss. Darn stellt sich für den Verwalter die Frage, ob er sein unterdrücktes Recht angriffsweise durchsetzen will, ob er sein bestrittenes Recht verteidigen will.

Im Prozess muss sich notwendig die Verschiedenheit in der Verwaltung des Einzelinteresses durch den Einzelnen und des Allgemeininteresses durch das staatliche Organ am schärfsten zeigen. Sie bewirkt dann auch eine grundverschiedene Ausgestaltung des Prozessverfahrens im einen und im andern Fall.

Der Einzelne verfügt frei nach seinem Belieben über sein Einzelinteresse, speziell auch im Prozess. Er bestimmt vor allem, ob er sein Recht überhaupt prozessual durchsetzen bzw. verteidigen will. Der Prozess über sein Einzelinteresse wird durch seine Klage eingeleitet. Nur wenn er klagt, erhält er Rechtsschutz; klagt er nicht

oder zieht er seine Klage zurück, so verzichtet er auf die Geltendmachung seines Rechts. Seine negative Disposition ist für den Richter massgebend und verbindlich. Der Einzelne, der sein Einzelinteresse im Prozess zu verteidigen hat, beschliesst darüber, ob sein Interesse neben dem entgegenstehenden fremden Interesse aufrecht erhalten werden soll.

Anerkennt er die Klage des Gegners, so wird der Prozess als erledigt abgeschrieben. Die Anerkennung des Beklagten gibt dem Kläger ohne weiteres Verfahren denselben Vollstreckungstitel, den das Urteil für ihn darstellt. Kläger und Beklagter können auch über ihre Interessen und Rechte auf dem Wege des Vergleichs disponieren. Der hierin liegende teilweise Klagerückzug durch den Kläger, die teilweise Klageanerkennung durch den Beklagten, erledigen den Prozess ebenso wie der gänzliche Rückzug und die gänzliche Anerkennung.

Der Einzelne befindet nicht nur darüber, ob sein Interesse prozessual überhaupt durchgesetzt bzw. verteidigt werden soll. Er hat auch die Disposition darüber, wie, d. h. mit welcher tatsächlichen Begründung sein Klag- bzw. Antwortbegehren prozessual gestützt werden soll. Der Kläger disponiert darüber, welche Tatsachen zur Substanzierung seiner Klage, der Beklagte darüber, welche Tatsachen zur Begründung der Antwort vom Richter berücksichtigt werden dürfen. Der Kläger disponiert über das Klag-, der Beklagte über das Antwortfundament. Der Richter, der nur über die Rechtsbegehren und innerhalb des Rahmens derselben entscheidet, hat nur die vom Kläger bzw. Beklagten zur Begründung ihrer Begehren angerufenen Tatsachen beim Entscheid zu berücksichtigen.

Aus dieser Dispositionen der Partei über Rechtsbegehren und Tatsachen ergibt sich das folgende:

Was beide Parteien, Kläger und Beklagte, an Prozessstoff in gleichem Sinne vorbringen, ist vom Richter grundsätzlich in deren Sinne zu berücksichtigen und

dem Entscheid zugrunde zu legen. Die richterliche Untersuchung des Tatbestandes beginnt erst dann, wenn die Parteien über den Prozessstoff nicht in übereinstimmendem Sinn disponieren, wenn die eine Partei behauptet, die andere bestreitet.

Der Einzelne beschliesst schliesslich bis zu einem gewissen Grade darüber, ob und mit welchen Beweismitteln die bestrittenen Tatsachen bewiesen werden. Und nur die von ihm angerufenen Beweismittel darf der Richter bei der Feststellung darüber verwenden, welche Partei-behauptung mit der materiellen Wahrheit in Einklang steht. Beweismittel, die dem Richter nicht angeboten werden, darf er grundsätzlich nicht verwenden.

Demnach ergibt sich: Wenn und soweit das Einzelinteresse Prozessgegenstand ist, gilt natürlicherweise für den Richter das Prinzip der Parteidisposition. Mit dieser Parteidisposition ist auch gegeben, dass der Einzelne als Partei den Prozessstoff, den er bestimmt, auch beschafft. Würde der Prozessstoff von anderer Seite, speziell vom Richter beschafft, so würde der Disposition des Einzelnen vorgegriffen. Dieses Prinzip der Parteiinitiative oder des Parteibetriebes enthält das weitere der Behauptungspflicht und der Beweispflicht des Einzelnen. Der Einzelne hat als Partei die ihm günstigen, d. h. zur Begründung seines Rechtsstandpunktes dienenden Tatsachen, und zwar als Kläger die zur Substanzierung der Klage, als Beklagter die zur Substanzierung der Antwort gehörenden Tatsachen anzuführen, und wenn bestritten, zu beweisen.

Beide Prinzipien, Parteidisposition und Parteiinitiative, bilden zusammen die Verhandlungsmaxime. Es ergibt sich somit: da die Verwaltung des Einzelinteresses durch seinen Träger, den Einzelnen, nach seinem Belieben erfolgt, muss die prozessuale Verfechtung notwendig nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime vor sich gehen.

II.

Ganz anders das Allgemeininteresse. Hier erfolgt, wie bereits erwähnt, die Disposition durch staatliche Organe. Es handelt sich, vom Standpunkt dieser Organspersonen aus gesprochen, um die Verwaltung eines fremden, ihnen anvertrauten Interesses. Die Organe haben nicht nach freiem Belieben zu verwalten, wie der Einzelne beim Einzelinteresse, sie haben das Allgemeininteresse überall da wahrzunehmen und durchzusetzen, wo es von der Rechtsordnung als schutzfähig anerkannt und geschützt ist. Ihre Verwaltung und Disposition über das Interesse geschieht in diesem Rahmen immer in positivem Sinne, d. h. im Sinne der Geltendmachung des Interesses. Speziell im Prozess ist das Allgemeininteresse, soweit rechtlich geschützt, unbedingt gegen entgegenstehende Einzelinteressen durchzusetzen und zu verteidigen.

Es ist nun denkbar und bei grosser Wichtigkeit des in Frage stehenden Allgemeininteresses auch zweckmässig, dass ein staatliches Organ zu seiner Wahrung im Prozess in Parteistellung dem das entgegenstehende Einzelinteresse verfechtenden Einzelnen gegenübertritt. Das tut der Staatsanwalt. Allein neben diesem speziellen Parteiorgan ist stets auch der Richter verpflichtet, selbst und aus eigener Initiative, soweit es sein Richteramt gestattet, das Allgemeininteresse wahrzunehmen. Er ist immer und unter allen Umständen neben seiner Richterstellung Wahrer des Allgemeininteresses, und er hat in dieser Eigenschaft die Anträge, welche zur Durchführung des Schutzes des Allgemeininteresses nötig sind, nicht erst abzuwarten, sondern von sich aus selbst aufzustellen und zu berücksichtigen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur dann und nur insoweit gegeben, als das weitere das Allgemeininteresse in Parteistellung wahrzunehmende staatliche Organ, der Staatsanwalt, mit dem Klagemonopol ausgerüstet ist.

Der Richter hat den zur Substanzierung der in Wahrung des Allgemeininteresses gestellten Anträge dienenden Tatbestand von sich aus zu beschaffen und, soweit es bestritten wird, den zu seiner prozessualen Erstellung dienenden Beweis von sich aus zu erheben. Was der Einzelne als Partei in dieser Beziehung vorbringt, bindet den Richter nicht, hat vielmehr bloss den Charakter der Anregung und Wegleitung. Der Richter beschafft den zur Wahrung des Allgemeininteresses dienenden Prozessstoff, Anträge, Tatsachen und Beweismaterial, selbst von Amtswegen.

Daraus folgt: Es existiert für den Verwalter des Allgemeininteresses weder Klage noch Antwort, weder Klagentzug noch Klaganerkennung noch Vergleich, es gibt keine Geständnisse, keine Präklusion irgend welcher Anträge und Beweismittel, keine Behauptungs- und keine Beweispflicht im Sinne der Verhandlungsmaxime. Es gilt Offizialmaxime.

Das Allgemeininteresse kann seiner Natur nach prozessual nur auf dem Wege der Offizialmaxime geltend gemacht werden.

Es ist wohl denkbar, dass die Wahrung der Allgemeininteressen in minder wichtigen Fällen, statt dem staatlichen Organ, dem Einzelnen, der ein parallellaufendes Einzelinteresse vertritt, anvertraut wird. In diesem Falle gilt für den Richter auch, soweit der Einzelne das Allgemeininteresse verwaltet, Offizialmaxime.

III.

Bei der Ehe sind nun, wie eingangs ausgeführt, beide Interessen, sowohl dasjenige des Einzelnen wie dasjenige der Allgemeinheit, von Bedeutung. Es ergibt sich daher für den Gesetzgeber das Problem, beide Interessen gegen einander abzugrenzen, es ergibt sich aber das weitere Problem, bei allen denjenigen Prozessverfahren, welche sich an die Ehe knüpfen, und in welchen diese beiden

Interessen geltend gemacht werden, Verhandlungsmaxime und Offizialmaxime derart zu kombinieren, dass für das Allgemeininteresse die letztere, für das Einzelinteresse soweit möglich die erstere gilt. Das erste Problem ist ein solches des materiellen Rechts, und soll hier nur so weit erörtert werden, um festzustellen, wie weit das Einzelinteresse und wieweit das Allgemeininteresse im positiven Recht geschützt sind. Das zweite Problem ist ein prozessuales und soll der eigentliche Gegenstand dieser Arbeit sein.

IV.

Das Einzelinteresse an der Eheschliessung wird zunächst grundsätzlich durch Art. 54 der BV anerkannt und geschützt. Dieser Artikel statuiert ein Individualrecht des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt auf die Freiheit der Eheschliessung. Entsprechend der BV basiert das ZGB in Art. 117 die Eheschliessung auf die übereinstimmende Willenserklärung der Nupturienten. Durch diese Willenserklärungen kommt die Ehe zustande, ohne sie ist sie nicht denkbar. Jeder Zwang auf den Einzelnen zur Eheschliessung und jede Verhinderung der Eheschliessung ist gesetzlich unzulässig. Der einzelne Nupturient disponiert über den Abschluss seiner Ehe selbst und nach freiem Belieben in positivem wie in negativem Sinn. Art. 91 ZGB führt diesen Satz nur weiter aus, wenn er das Verlöbnis nicht mit den Wirkungen ausstattet, welche das pactum de contrahendo im Allgemeinen hat, mit der rechtlich exequierbaren Verpflichtung den Hauptvertrag, in casu die Ehe, abzuschliessen bzw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu leisten. Das Verlöbnis ist eine naturalis obligatio. Es enthält keine rechtliche Erfüllungspflicht, weder eine solche zur Realerfüllung, noch eine solche zum Schadenersatz. Die Konventionalstrafe ist ausgeschlossen. Der Verlöbnisbruch an sich begründet keine Schadenersatzpflicht. Allerdings wenn er unter speziellen Umständen erfolgt, dann begründen

diese Umstände in Verbindung mit dem Verlöbnis die Ansprüche des Art. 93 und 94 ZGB.

Die auf Eheschliessung gerichtete Willenserklärung wird auch beim Entmündigten beachtet. Die allgemeinen Grundsätze über Handlungsunfähigkeit bzw. beschränkte Handlungsfähigkeit sind hier insofern zum Schutze der Selbstverwaltung des Einzelinteresses durch den Einzelnen durchbrochen, als der Mündel, der den Ehewillen mit Zustimmung des Vormundes erklärt, die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde und in letzter Linie des Bundesgerichts nachsuchen kann, wenn der Vormund seine Zustimmung verweigert. Der Unmündige ist an die Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter gebunden. Der gesetzliche Vertreter hat sich aber bei der Abgabe dieser Erklärung immer vom Interesse des Mündels leiten zu lassen.

Fehlt der auf Eheschliessung gerichteten Willenserklärung des Nupturienten der wirkliche Wille im Moment der Trauung (Fall der Urteilsunfähigkeit), dann ist die Ehe nichtig (Art. 120 Ziff. 2). Tritt nachträglich die Urteilsfähigkeit ein, so entfällt die Nichtigkeit, wenn der urteilsfähig gewordene Ehegatte durch Unterlassung der Nichtigkeitsklage ratifiziert und der andere Ehegatte diese Ratifikation ebenfalls durch Unterlassen der Klage annimmt.

Stimmen Wille und Erklärung infolge Irrtums, Betrugs oder Drohung nicht überein, so wird allerdings mit Rücksicht auf das hier entgegenstehende Allgemeininteresse in nicht so weitgehender Weise wie im allgemeinen Vertragsrecht der Wille gegenüber der Erklärung berücksichtigt. Art. 124 ZGB berücksichtigt den Irrtum, wenn error in persona oder in negotio vorliegt, oder wenn sich der Irrtum auf eine Eigenschaft bezieht, welche so bedeutsam ist, dass bei deren Fehlen die eheliche Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf. Diese Bedeutsamkeit ist offenbar nur dann anzunehmen, wenn das Fehlen der Eigenschaft eine so tiefe Zerrüttung der Ehe begründet.

den kann, dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nach Art. 142 ZGB nicht zugemutet werden darf. Art. 125 lässt den Betrug als Grund zur Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dann zu, wenn er sich auf die Ehrenhaftigkeit oder auf Krankheiten bezieht, welche die Gesundheit des Betrogenen oder seiner Nachkommen gefährden. Irrtum, Betrug und Drohung verjähren sechs Monate nach Entdeckung und fünf Jahre nach der Eheschliessung.

Das Recht des Einzelnen auf Auflösung seiner Ehe ist anerkannt durch die Art. 137 bis 142 des ZGB. Zwar handelt es sich hier nicht wie bei der Eheschliessung um ein Individualrecht gegenüber der Staatsgewalt, vielmehr ist das Recht bloss als privatrechtlicher Anspruch gegenüber dem anderen Ehegatten aufgefasst. Gegenüber dem Staat hat der die Scheidung bzw. Trennung seiner Ehe verlangende Ehegatte bloss den allgemeinen Rechtsschutzanspruch.

Das Privatrecht des Einzelnen auf Scheidung bzw. Trennung ist grundsätzlich der freien Disposition anheimgegeben. Der Einzelne kann sich scheiden bzw. trennen lassen oder nicht. Er bestimmt positiv und negativ über sein Scheidungs-, bzw. Trennungsrecht.

Die negative Disposition wird von der Rechtsordnung unbedingt anerkannt. Jedermann kann jederzeit auf die Ausübung des Scheidungs- bzw. Trennungsrechtes verzichten. Er kann aber auch bei vorhandenem Scheidungsrecht sich mit der blossen Trennung begnügen. Der erste Satz ist selbstverständlich und allgemein anerkannt, er ergibt sich übrigens auch aus dem Wörtlein „kann“, in den Art. 137 ff. ZGB („Hat ein Ehegatte einen Ehebruch begangen, so kann usw.“). Der zweite Satz findet sich ausdrücklich ausgesprochen in Art. 146 Abs. 2 ZGB.

Die positive Disposition des Einzelnen über sein Scheidungs- bzw. Trennungsrecht ist dagegen wiederum mit Rücksicht auf das entgegenstehende Allgemeininteresse nur bedingt anerkannt. Das Recht der Trennung

ist an die Existenz eines sogenannten „Scheidungsgrundes“ geknüpft, nämlich an das Vorhandensein einer der Tatbestände der Art. 137 bis 142 ZGB, des Ehebruchs (Art. 137), der Nachstellung nach dem Leben, der schweren Misshandlung oder Ehrenkränkung (Art. 138), des entehrenden Verbrechens, oder des derart unehrenhaften Lebenswandels, dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 139), der $2\frac{1}{2}$ Jahre dauernden böswilligen Verlassung (Art. 140), der 3 Jahre dauernden unheilbaren Geisteskrankheit (Art. 141) und der vom berechtigten Ehegatten nicht oder wenigstens nicht in erster Linie verschuldeten derart tiefen Zerrüttung, dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf (Art. 142).

Das Recht auf Scheidung ist an die Existenz eines dieser Scheidungsgründe in Verbindung mit der weiteren negativen Tatsache der Aussichtslosigkeit der Wiedervereinigung geknüpft (Art. 146 Abs. 3 ZGB). Nur sofern einer dieser Tatbestände vorliegt, ist das Interesse des Einzelnen an der Auflösung der Ehe geschützt.

V.

Das sind die materiellen, das Recht des Einzelnen auf Schliessung und Auflösung der Ehe begründenden Rechtsätze. Die Aufstellung der prozessualen Grundsätze zur Realisierung dieser materiellen Rechte ist nach Art. 64 Abs. 3 der BV grundsätzlich Sache der Kantone. Diese Grundsätze sind demnach in den kantonalen Prozessordnungen enthalten. Doch hat das ZGB auch gewisse prozessuale Grundsätze, welche mit dem materiellen Recht in engstem Zusammenhang stehen, sei es selbst aufgestellt, sei es durch die Gestaltung und Formulierung des materiellen Rechts präjudiziert. Speziell gilt das bezüglich der uns beschäftigenden Frage des Verhältnisses von Verhandlungs- und Offizialmaxime. Wie bereits ausgeführt, liegt schon in der Statuierung des materiellen

Rechts des Einzelnen und in der Unterstellung desselben unter die Verfügungsgewalt des Einzelnen die grund- sätzliche Statuierung der Verhandlungsmaxime in An- sehung der Geltendmachung dieses Rechts im Prozess. Das ZGB hat mit der Normierung des materiellen Rechts implicite die prozessuale Verfolgung im Wege der Ver- handlungsmaxime normiert.

Das ZGB kennt drei Prozessverfahren, welche sich an die Ehe knüpfen und das Recht des Einzelnen auf Schliessung bzw. Auflösung der Ehe zum Gegenstand haben.

a) Die Klage des Einsprechers gegen den Nupturien- ten auf Untersagung des Eheabschlusses wegen eines gesetzlichen Ehehindernisses (Art. 111 des ZGB).

b) Die Klage auf Anfechtung der geschlossenen Ehe wegen Irrtums, Betrugs, Drohung oder mangelnder Ehefähigkeit und vorübergehender Urteilsunfähigkeit zur Zeit der Trauung (Art. 124 bis 126, 128, 129 des ZGB).

c) Die Klage auf Nichtigerklärung wegen Geistes- krankheit oder Urteilsunfähigkeit, wenn die Geisteskrank- heit bzw. Urteilsunfähigkeit seit der Trauung gehoben worden ist.

d) Die Scheidungs- bzw. Trennungsklage.

Die Fälle der eigentlichen Nichtigkeitsklage (Art. 120 und 121 des ZGB) werden von dem Allgemeininteresse, nicht vom Einzelinteresse beherrscht.

Bei der Scheidungs- bzw. Trennungsklage ergibt sich die prozessuale Disposition des Einzelnen darüber, ob sein Recht auf Scheidung bzw. Trennung Gegenstand des Prozesses sein soll oder nicht, aus der Formulierung der Scheidungsartikel (Art. 137 bis 142 ZGB). Alle diese Artikel geben dem Einzelnen nicht sowohl das materielle Recht auf Scheidung, das sie voraussetzen, als vielmehr das prozessuale Klagerecht. Aus der Fassung „der be- rechtigte Ehegatte kann auf Scheidung klagen“ ergibt sich ferner die freie Disposition des Einzelnen über dieses Klagerecht, sowohl in negativem, als auch in positivem

Sinne. Der Einzelne, der klagt, bestimmt nach seinem Belieben darüber, ob die Klage erhoben und fortgesetzt oder zurückgezogen werden soll. Der Richter ist an diese Disposition gebunden. Die negative Disposition des Einzelnen über sein Scheidungsrecht findet sich noch speziell anerkannt in Art. 146 Abs. 2 ZGB. Entschliesst sich der Einzelne trotz Vorhandensein des Scheidungsgrundes nicht zu scheiden, sondern bloss zu trennen, dann darf nur die Trennung ausgesprochen werden. Kann aber der Einzelne darüber disponieren, ob er bei vorhandenem Scheidungsgrund statt geschieden bloss getrennt sein will, so kann er noch vielmehr darüber disponieren, ob er bei vorhandenem Scheidungsgrund überhaupt geschieden oder getrennt sein will oder nicht, und ob er bei vorhandenem Trennungsgrund getrennt sein will oder nicht. An die Disposition des Einzelnen im Sinne der Fortsetzung der Ehe ist der Richter unter allen Umständen gebunden.

Daraus folgt nun, dass kraft Bundesrechts jede Scheidung durch den Einzelnen im Wege der Klaganhebung veranlasst werden muss. Die Scheidung ist nur dann möglich und der Scheidungsprozess ist nur dann und nur solange fortzusetzen, als diese Klage vorliegt. Der Einzelne disponiert über Klage, über Klagerückzug, über Klageänderung in für den Richter verbindlicher Weise. Für diejenige Partei im Scheidungsprozess, welche die Scheidung anstrebt, deren Scheidungsrecht also Gegenstand des Prozesses ist, für den Scheidungskläger gilt somit jedenfalls hinsichtlich seiner Anträge, seiner Rechtsbegehren kraft Bundesrechts Verhandlungsmaxime. Ein Vorgehen des Richters *ex officio* im Sinne der Herbeiführung einer Scheidung gegen den Willen der scheidungsberechtigten Einzelnen wäre bundesrechtswidrig.

Ganz das Gleiche gilt auch hinsichtlich der Anfechtungsklage. Die Art. 123 bis 126 ZGB statuieren nicht nur das materielle Anfechtungsrecht, sondern auch das dazu gehörige Klagerecht der Einzelnen. Sie stellen

ferner dieses Klagerecht ausschliesslich unter die Disposition des Einzelnen. Der Einzelne kann die Ehe anfechten. Ob er von diesem Recht Gebrauch machen will, ist seine Sache. Auch der Anfechtungsprozess setzt kraft Bundesrechtes die Klage des berechtigten Ehegatten voraus und wird gegenstandslos, wenn diese Klage infolge Rückzugs dahinfällt. Der Richter hat sich auch hier an die Dispositionen des die Anfechtung anstrebenden Einzelnen zu halten. Ein Vorgehen *ex officio* wäre bundesrechtswidrig. Es ergibt sich somit: Für den Anfechtungskläger gilt ganz wie für den Scheidungskläger jedenfalls hinsichtlich der Anträge, der Rechtsbegehren über das Anfechtungsrecht Verhandlungsmaxime.

Ganz gleich zu behandeln ist auch der erwähnte Fall der Nichtigkeitsklage. Erfolgt der Eheabschluss zwischen Ehegatten, von denen der eine urteilsunfähig oder geisteskrank war, und wird während der Dauer der derart abgeschlossenen Ehe die Urteilsunfähigkeit bzw. die Geisteskrankheit behoben, dann wird das Allgemeininteresse durch diese Ehe nicht mehr alteriert. Denn es ist dann eine Ehe nicht eines Geisteskranken oder Urteilsunfähigen, sondern eines Gesunden vorhanden. Das Allgemeininteresse steht aber nur der gegenwärtigen Geisteskrankheit entgegen, nicht der in der Vergangenheit liegenden.

Wohl aber hat jeder der beiden Ehegatten ein Einzelinteresse, die unter einem Willensmangel zustande gekommene Ehe aufzuheben, der ehemals Geisteskranke bzw. urteilsunfähige Ehegatte, weil er die zur Eheschliessung nötige Willenserklärung überhaupt noch nicht abgegeben hat und also unter Umständen in einer Ehe lebt, die er gar nicht will, und der andere Ehegatte, weil seine Willenserklärung beim Eheabschluss nicht angenommen und erwidert worden und infolgedessen ebenfalls noch nicht massgebend ist.

Die Nichtigkeitsklage im Falle des Art. 122 Abs. 2 des ZGB ist daher juristisch keine eigentliche Nichtig-

keitsklage mehr, sondern blosse Anfechtungsklage und prozessual jedenfalls wie die letztere zu behandeln.

Der Einzelne disponiert auch hier über sein Anfechtungsrecht. Seine Klage leitet die Anfechtung ein und ist Voraussetzung für Beginn und Fortsetzung des Anfechtungsprozesses. Dieser Prozess fällt mit dem Klagerückzug des Einzelnen dahin.

Bei der Klage auf Untersagung der Eheschliessung steht das Einzelinteresse auf Eheschliessung nicht in der Angriffs-, sondern in der Verteidigungsstellung. Der Einsprecher greift es durch seine Klage an, der Inhaber des Rechts hat es gegen diesen Angriff zu verteidigen. Genau gleich wie der Einzelne bei der Scheidungs- und Anfechtungsklage über die Klage disponiert, genau gleich disponiert er hier über die Antwort. Anerkennt er die Klage, so lässt er die geplante Eheschliessung fallen und es besteht kein Grund mehr, den Prozess weiterzuführen. Es kann sich nur noch fragen, wie weit die Rechtskraft der Anerkennung wirkt, ob für die betreffende Verkündung oder weiter. Die Frage beantwortet sich gleich wie die Frage nach der Rechtskraft des Urteils in diesem Einspruchsverfahren. Sie entscheidet sich darnach, ob die Klage auf Untersagung der Eheschliessung nach Art. 111 eine blosse Inzidentklage im Verkündigungsverfahren oder eine materiellrechtliche Verbotsklage ist. Ihre Lösung liegt ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit. Für uns ist nur wichtig, dass der Einzelne als Beklagter in diesem Verfahren über sein Antwortbegehren disponiert und dass diese Disposition und speziell die Anerkennung den Richter bindet. In dieser Beziehung herrscht auch bei der Einspruchsklage von Bundes wegen Verhandlungsmaxime.

Allein auch hinsichtlich der Substanzierung der Rechtsbegehren hat das ZGB die Frage, ob Verhandlungs- oder Offizialmaxime, jedenfalls präjudiziert.

Die Art. 137 bis 142 ZGB gewähren dem Einzelnen das Recht auf Scheidung bzw. Trennung auf Grund einer

Reihe von Tatbeständen. Aus jedem dieser Tatbestände fliesst ein besonderes subjektives Recht auf Scheidung bzw. Trennung. Der Einzelne hat kein allgemeines Scheidungs- bzw. Trennungsrecht, sondern eine Reihe solcher Rechte, jedes mit besonderen Voraussetzungen. Die Disposition des Einzelnen bezieht sich daher auch nicht auf Scheidung bzw. Trennung schlechthin, sondern auf eins der speziellen Scheidungsrechte. Er kann nach seinem freien Belieben das eine oder das andere dieser Rechte geltend machen oder auf die Geltendmachung von Rechten verzichten. Er disponiert positiv und negativ über die Substanzierung seines Scheidungsantrages, seines Scheidungsbegehrens, er disponiert über den Scheidungsgrund. Daraus folgt, dass der Einzelne sich in seiner Klage darüber erklären muss, auf Grund welchen Tatbestandes er geschieden sein will. Er muss natürlich nicht notwendig den betreffenden Artikel zitieren, aber er muss den diesem Artikel zu Grunde liegenden Tatbestand wenigstens in seinen Grundelementen nennen. Tut er das nicht, so ist seine Klage nicht substanziert, sie gibt darüber keine Auskunft, welches Scheidungs- bzw. Trennungsrecht geltend gemacht ist, sie nennt das Recht nicht, das ihr Gegenstand ist. Es liegt dann überhaupt keine richtige Klage vor. Der Antrag, das Rechtsbegehren macht sie noch nicht aus. Es fehlt sowohl die Individualisierung des Rechts, als auch die Substanzierung des Rechtsgrundes.

Ferner ist auch eine nachträgliche Disposition des Einzelnen nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime zulässig und für den Richter verbindlich, speziell nimmt das Fallenlassen eines bestimmten Scheidungsgrundes dem Richter das Recht, die Scheidung aus diesem Grund auszusprechen.

Die Art. 124 bis 127 ZGB gewähren dem Einzelnen das Recht auf Anfechtung wiederum auf Grund von mehreren Tatbeständen. Wiederum existiert auf Grund eines jeden dieser Tatbestände ein besonderes subjektives Anfechtungsrecht, über das der Einzelne nach

freiem Belieben in positivem wie negativem Sinne verfügen kann. Auch hier hat er sich in der Klage zu erklären, welches Anfechtungsrecht er geltend macht, auf Grund welchen Anfechtungstatbestandes die Ehe ungültig erklärt werden soll.

Bei der Einspruchsklage ist der berechtigte Einzelne der Beklagte, er hat in erster Linie bloss die Klagvorbringen zu bestreiten. Allein auch hier kann er darüber disponieren, welche Tatbestände er ausdrücklich zugestehen oder wenigstens nicht bestreiten will und welche er bestreiten will. An diese Disposition ist der Richter gebunden. Die zugestandenen und die nicht bestrittenen Tatsachen gelten als wahr und brauchen nicht bewiesen zu werden, die übrigen bedürfen des Beweises. Zugeständnisse von Tatsachen binden den Richter in gleicher Weise wie die Anerkennung der ganzen Klage.

In allen diesen Beziehungen gilt in Ansehung der Rechtsbegehren wie der Substanzierung derselben Verhandlungsmaxime. Bei der Scheidungs- und Trennungsklage und bei der Anfechtungsklage gilt sie für den Kläger, bei der Einspruchsklage für den Beklagten. Insoweit ist sie schon durch die Bestimmungen des ZGB implicite statuiert und somit bundesrechtlich den Kantonen vorgeschrieben.

Nicht bundesrechtlich vorgeschrieben ist die Verhandlungsmaxime hinsichtlich der Beweisführung und speziell hinsichtlich der Beweismittel. Sie ist allerdings durch die Disposition über die Tatsachen mehr oder weniger gegeben. Dieses Dispositionsrecht der Partei verlangt die Parteiinitiative und somit auch die Beweispflicht. Die Verkettung dieser Prinzipien, so natürlich sie sein mag, ist aber keine juristisch notwendige. Es wäre an und für sich denkbar, dass bezüglich der bestrittenen Tatsachen der Beweis *ex officio* von den staatlichen Organen erhoben würde.

Die kantonale Prozessgesetzgebung von Basel-Stadt hat auf das Scheidungsverfahren und das Eheungültig-

erklärungsverfahren in § 183 die Vorschriften des ersten Teiles der ZPO für anwendbar erklärt. Es sind dies die Vorschriften für den Forderungsprozess. Damit gilt die Verhandlungsmaxime mit den bekannten Einschränkungen der amtlichen Erkundigung und Parteibefragung auch für diese familienrechtlichen Verfahren. § 188 der ZPO, der den Grundsatz der Verhandlungsmaxime noch weiter durchbricht, ist, wie sich im folgenden zeigen wird, in Ansehung der Scheidungs-, der Ungültigerklärungs- und wohl auch der Einspruchsklage nach Art. 111 ZGB aufgehoben.

Es gilt somit zwar nicht von Bundes wegen, wohl aber auf Grund der kantonalen ZPO auch bezüglich der Beweisführung Verhandlungsmaxime für den Scheidungs- und Anfechtungskläger und für den Einspruchsbeklagten.

VI.

Auch das Allgemeininteresse wird vom ZGB in ausgedehntem Masse geschützt. Dieses Interesse besteht, wie bereits erwähnt, darin, dass nur Ehen zugelassen werden, welche die physische und moralische Gesundheit der Ehegatten und ihrer Nachkommen nicht gefährden und speziell dem monogamischen Eheprinzip nicht zuwiderlaufen, und dass Ehen, welche diesen Erfordernissen nicht entsprechen, verhindert bzw. wenn schon geschlossen, aufgelöst werden.

Zum Schutz der monogamischen Ehe verlangt Art. 101 des ZGB vom Nupturienten den Nachweis, dass eine früher von ihm abgeschlossene Ehe entweder durch Tod aufgelöst oder ungültig erklärt oder geschieden worden ist. Demgemäß verpflichtet Art. 107 ZGB den Zivilstandsbeamten, die Verkündung zu verweigern, wenn die früher abgeschlossene Ehe nicht aufgelöst ist. Art. 120 erklärt schliesslich die bereits abgeschlossene Ehe für nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschliessung schon verheiratet war.

Im Interesse der Gesundheit der Ehegatten und ihrer Nachkommen verbietet ZGB Art. 97 Ziff. 2 die Ehe von Geisteskranken auch für den Fall, dass die zur Eheschliessung erforderliche Willensäusserung in einem lucidum intervallum zustande gekommen sein sollte. Art. 107 ZGB verpflichtet auch hier den Zivilstandsbeamten zur Ablehnung der Verkündung und Art. 120 Ziff. 2 ZGB erklärt die von und mit einer geisteskranken Person abgeschlossene Ehe für nichtig. Art. 100 ZGB verbietet ferner die Ehe innerhalb gewisser Verwandtschaftsgrade und Art. 107 ZGB verpflichtet den Zivilstandsbeamten, bei solcher Verwandtschaft die Verkündung zu verweigern. Art. 120 Ziff. 3 erklärt endlich die Ehe von Verwandten und Verschwägerten für nichtig.

Im Interesse der Allgemeinheit besteht schliesslich auch das Eheverbot für die Dauer der Wartefristen (Art. 103 und 104 ZGB) und zwischen Personen, welche zu einander im Verhältnis der Kindesannahme stehen, und die in Art. 108 ZGB enthaltene Pflicht des Zivilstandsbeamten, die Verkündung zu verweigern. Die bereits abgeschlossene Ehe ist in diesen beiden Fällen allerdings gültig (Art. 129 und 130 ZGB).

Die Art. 137 bis 142 des ZGB gestatten die Scheidung und die Trennung einer Ehe unter der Voraussetzung, dass die Scheidungsgrundtatsachen auch wirklich vorliegen, welche eine gewisse Zerrüttung indizieren, so dass auch die Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung der Ehe kein Interesse mehr hat. Art. 137 verlangt den Tatbestand des nicht verjährten und nicht verziehenen Ehebruchs, Art. 138 denjenigen der nicht verjährten Nachstellung nach dem Leben, der nicht verjährten schweren Misshandlung oder Ehrenkränkung, Art. 139 denjenigen des entehrenden Verbrechens oder des die eheliche Gemeinschaft ausschliessenden lasterhaften Lebenswandels, Art. 140 denjenigen der böswilligen Verlassung während $2\frac{1}{2}$ Jahren, Art. 141 der unheilbaren Geisteskrankheit, Art. 142 der die eheliche Gemeinschaft ausschliessenden tiefen Zerrüttung.

Jeder dieser Tatbestände, ausgenommen derjenige der unheilbaren Geisteskrankheit, berechtigt an sich nur zur Trennung. Zur Scheidung muss noch die weitere Tatsache der Aussichtslosigkeit einer Wiedervereinigung hinzutreten. Die unheilbare Geisteskrankheit berechtigt an sich schon zur Scheidung, weil die Aussichtslosigkeit der Wiedervereinigung in diesem Tatbestand schon enthalten ist.

Die Trennung bzw. die Scheidung darf nur erfolgen, wenn der Trennungs- bzw. Scheidungsgrund wirklich vorhanden ist. An diesem wirklichen Vorhandensein hat nicht nur der andere Ehegatte, gegen den die Scheidung verlangt wird, sondern auch die Allgemeinheit ein schutzfähiges Interesse, deren Recht auf Fortbestehen und auf Schutz der nicht zerrütteten Ehe verletzt wird, wenn die Scheidung bzw. Trennung erfolgt, ohne dass der Grund wirklich vorliegt. Die Feststellung, ob der behauptete Scheidungs- oder Trennungsgrund vorliegt, erfolgt daher sowohl im Interesse des scheidungsbeklagten Ehegatten als auch im Interesse der Allgemeinheit, die grundlose Scheidung verletzt sowohl das Einzelinteresse dieses Ehegatten, als auch das Allgemeininteresse.

Die Art. 123 bis 126 des ZGB gestatten in gleicher Weise die Anfechtung wegen Willensmängeln nur dann und nur unter der Voraussetzung, dass diese Willensmängel wirklich vorhanden sind. Auch hier erfolgt die Feststellung darüber nicht nur im Interesse des anfechtungsbeklagten Ehegatten, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit. Wird die Anfechtung für begründet erklärt, trotzdem ein Willensmangel nicht besteht, so wird auch das Recht der Allgemeinheit am Fortbestand der richtig abgeschlossenen Ehe verletzt.

Dasselbe gilt auch bezüglich der uneigentlichen Nichtigkeitsklage des Art. 122 Abs. 2. Diese Klage des Ehegatten, der geisteskrank oder urteilsunfähig eine Ehe abgeschlossen hat, seither aber wieder gesund geworden ist, oder mit dem ein Geisteskranker oder Urteilsunfähiger

die Ehe abgeschlossen hat und seither wieder gesund geworden ist, setzt das wirkliche Vorhandensein der Geisteskrankheit im Moment der Trauung voraus. Würde sie ohne diesen Tatbestand gutgeheissen, so würde eine richtig geschlossene Ehe grundlos aufgelöst und die Interessen der Allgemeinheit dadurch verletzt. Auch hier verlangt das Allgemeininteresse die Feststellung, ob der Nichtigkeitstatbestand wirklich vorliegt.

Auch bei der eigentlichen Nichtigkeitsklage wegen Bigamie, Geisteskrankheit und Verwandtschaft verlangt das Allgemeininteresse einerseits, dass nur richtig erklärt wird, wenn diese Tatbestände wirklich vorliegen, und andererseits, dass, wenn sie vorliegen, auch sofort nichtig erklärt wird. Es duldet so wenig ein Unterlassen der Nichtigkeitsklärung bei vorhandenem Nichtigkeitsgrund, als eine Nichtigkeitsklärung bei fehlendem Nichtigkeitsgrund.

Entsprechend dieser intensiven Berücksichtigung des Allgemeininteresses gilt auch im Prozessrecht überall da, wo dieses Interesse Prozessgegenstand ist, die Offizialmaxime und nicht die Verhandlungsmaxime.

Die Offizialmaxime ist auch hier bundesrechtlich vorgeschrieben. Sie ist schon durch den Charakter der materiellen Rechtssätze gegeben. Das Allgemeininteresse muss, soweit es von der Rechtsordnung geschützt wird, von seinem Verwalter, dem staatlichen Organ, unbedingt zur Geltung gebracht und durchgesetzt werden. Ein Verzicht des Verwalters auf diese Geltendmachung, eine Disposition in negativem Sinne, ist nicht zulässig. Das Interesse muss *ex officio* vom Richter wahrgenommen werden.

Das ZGB hat im Gegensatz zum früheren Zivilstandsgesetz, das über das Prozessverfahren nichts enthielt, ausdrückliche Bestimmungen im Sinne der Offizialmaxime aufgestellt. Die wichtigste ist Art. 158 Ziff. 1 und Ziff. 3. Die Bestimmung gilt sowohl für das Scheidungs- und Trennungsverfahren, als auch für das Verfahren betreffend Ungültigerklärung der Ehe (Art. 136 ZGB).

Ziffer 1 bestimmt, dass der Richter die Tatsachen, welche die Klage auf Scheidung und Trennung, und auch diejenigen, welche eine Klage auf Ungültigerklärung begründen, auf ihre materielle Richtigkeit zu prüfen hat. Daraus folgt die Offizialmaxime hinsichtlich der Überprüfung dieser die Scheidung oder Ungültigerklärung begründenden Tatsachen. Es sind das alle diejenigen Tatsachen, welche den sogenannten Scheidungsgrund bilden, d. h. welche ihn bejahen, im Gegensatz zu denjenigen Tatsachen, welche den Scheidungsgrund ausschliessen, also verneinen, den Bestreitungstatsachen. Die den Scheidungsgrund bejahenden Tatsachen sind von dem die Scheidung verlangenden Ehegatten nach den Regeln der Verhandlungsmaxime vorzubringen, zu behaupten und zu beweisen. Es handelt sich hier um die Substanzierung des subjektiven Scheidungsrechts dieses Ehegatten, über welche wie über das Recht selbst der Scheidungskläger allein nach freiem Belieben disponiert.

Für das Vorbringen und den Rückzug, für die Behauptung und den Beweis der den Scheidungsgrund bildenden Tatsachen hat der Scheidungskläger zu sorgen. Für seine bezüglichen Dispositionen muss unbeschränkte Verhandlungsmaxime gelten.

Der Richter hat aber *ex officio* die materielle Richtigkeit dieser Tatsachen festzustellen. Dies geschieht in zweierlei Weise.

Der Richter hat alle den Scheidungsgrund bildenden Tatsachen *ex officio* als bestritten zu behandeln und den Scheidungskläger zum Beweis zu veranlassen, auch wenn der scheidungsbeklagte Ehegatte sie nicht bestreitet oder gar ausdrücklich zugesteht. Zugeständnisse solcher Tatsachen entbinden den Richter so wenig der eigenen Prüfung wie die Anerkennung des Scheidungsbegehrens schlechthin. Zugeständnisse bezüglich Tatsachen, welche den Scheidungsgrund bilden, und die Anerkennung des Scheidungsbegehrens durch den Scheidungskläger existieren nicht. Sie sind wirkungslos, prozessual ein *nil actum*.

Das Allgemeininteresse, laut welchem nur geschieden werden darf, wenn der Scheidungsgrund vorliegt, verlangt die Prüfung und die Beweisabnahme unter allen Umständen. Ob das Einzelinteresse des Scheidungsbeklagten sie auch verlangt, und ob es in diesem Sinn geltend gemacht wird oder nicht, ist gleichgültig. Das Verhalten des Beklagten ist für den Richter bloss eine Wegleitung, es bindet ihn nicht. Immerhin sind die Bestreitungen des Beklagten ein wertvolles Material bei der Offizialprüfung der den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen. Daher sind diese Bestreitungen nie verspätet, sie sind bis zum Aktenschluss anzunehmen und zu berücksichtigen. Denn auch ohne ein ausdrückliches Vorbringen des Beklagten muss der Richter über alle den Scheidungsgrund bildenden Tatsachen die Beweise abnehmen.

Es gilt dies nicht nur bezüglich der nackten Bestreitung, sondern auch bezüglich der substanzierten Bestreitung, d. h. bezüglich der Tatsachen, welche mit den Scheidungsgrundtatsachen in Widerspruch stehen, sie verneinen. Sie sind vom Richter stets anzunehmen und die für sie angerufenen und gegebenen Beweise *ex officio* zu erheben. Es ist für den Richter ganz gleichgültig, wer die Beweise verlangt, ob der Beklagte sie geltend macht, oder ob sie sich dem Richter von selbst aufdrängen. Sobald der Richter diese Tatsachen kennt, hat er *ex officio* über ihre Richtigkeit die Beweise zu erheben und sie wenn wahr, zu berücksichtigen. Gleichgültig ist auch, wann die Tatsachen dem Richter zur Kenntnis kommen, es existiert für sie keine Verhandlungsmaxime, keine Eventualmaxime. Solange als irgendwie angängig, sind sie anzunehmen und *ex officio* zu berücksichtigen.

Die den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen sind prozessual ganz gleich zu behandeln, wie die be- und entlastenden Tatsachen im Strafprozessrecht. Es gibt keine Präklusion. Der Richter kann im Interesse der materiellen Wahrheit froh sein, dass ihm diese Tatsachen zur Kenntnis gebracht werden.

Es scheint uns daher durchaus unrichtig zu sein, wenn die Antwort des scheidungsbeklagten Ehegatten, welche solche substanzierte Bestreitungen, also den Scheidungsgrund verneinende Tatsachen enthält, und welche eine Widerklage, weder im Rechtsbegehren, noch in der Begründung aufweist, weil verspätet, aus dem Recht gewiesen wird. Der Richter, der das tut, sündigt schwer gegen das Gebot der Ziffer 1 von Art. 158, die Scheidung begründenden, den Scheidungsgrund bejahenden Tatsachen auf ihre materielle Richtigkeit zu prüfen.

Man denke an folgendes praktisches Beispiel: Ein Ehegatte klagt wegen Ehebruchs auf Scheidung, er beruft sich für die Tatsache des Ehebruchs auf einen Zeugen; der andere Ehegatte reicht verspätet eine Antwort ein, in der er in liquider Weise den Alibibeweis leistet. Der Richter wirft die Antwort in den Papierkorb, hört den Zeugen ab, der auf Grund einer Verwechslung oder vom Kläger aufgestiftet, den angeblichen Ehebruch bezeugt. Die Ehe wird geschieden, trotzdem der Scheidungsgrund nicht besteht. Das Allgemeininteresse, das darin besteht, dass die Scheidung an die Voraussetzung des Ehebruchs geknüpft ist, und das in Art. 137 ZGB geschützt ist, wird offensichtlich verletzt.

Die Prüfung der den Scheidungsgrund bejahenden, vom Kläger vorgebrachten Tatsachen verlangt nicht nur jederzeitige Annahme der allgemeinen und der substanzierten Bestreitungen des Beklagten; sie verpflichtet den Richter auch nach den Umständen, von sich aus den Scheidungsgrund verneinende Tatsachen in den Prozess einzuführen und soweit erwiesen, zu berücksichtigen. Dass der Beklagte diese Tatsachen nicht vorbringt, entbindet den Richter nicht von der Pflicht, ihnen *ex officio* nachzugehen. Die Vorbringen des Beklagten sind für ihn bloss ein Anlass, nicht die Voraussetzung zu seiner Tätigkeit. Es ist natürlich klar, dass der Richter den, den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen nicht nachzuspüren braucht, wie der Untersuchungsrichter nach dem

Belastungs- und Entlastungsmaterial. Eine so intensive Offizialtätigkeit rechtfertigt das Allgemeininteresse am Bestand der Ehe nicht. Dagegen soll er immerhin solchen Tatsachen, soweit sie sich ihm aufdrängen, nachgehen. Zu ihrer Erhebung hat er vor allem die Mittel der Parteibefragung und der amtlichen Erkundigung anzuwenden, die ihm die baselstädtische Prozessordnung auch da zur Verfügung stellt, wo Verhandlungsmaxime gilt. Daneben hat er aber die Beweismittel zu gebrauchen, die ihm die ZPO sonst gibt: Edition von Belegen, Einvernahme von Zeugen usw. Die Mittel der Strafprozessordnung, wie Haussuchung, Beschlagnahme oder gar Verhaftung, stehen ihm allerdings nicht zur Verfügung. Das Allgemeininteresse am Bestand der Ehe ist auch nicht so wichtig, dass es so tief in die Interessensphäre des Einzelnen eingreifende Massregeln rechtfertigen würde.

Das Verhalten des Klägers gegenüber den von Beklagten vorgebrachten oder vom Richter ex officio in den Prozess eingeführten Tatsachen berührt das Allgemeininteresse nicht, wohl aber das Einzelinteresse des Klägers. Es besteht hier kein Grund für die Offizialmaxime, vielmehr ist die Verhandlungsmaxime am Platz. Der Kläger kann die den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen replicando zugestehen oder bestreiten. Beides ist für den Richter massgebend. Die zugestandenen, den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen gelten als wahr und sind nicht mehr beweisbedürftig, die Bestreitung veranlasst zum Beweis ex officio. Die Bestreitung ist nach der Verhandlungsmaxime und dem Eventualprinzip rechtzeitig anzubringen; ist sie verspätet, so darf sie nicht mehr berücksichtigt werden. Auch hat der Kläger für solche zum Gegenbeweise gegen die den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen vorgebrachten Bestreitungstatsachen wie für die den Scheidungsgrund bejahenden Tatsachen allein die Beweislast; er wird im Beweis vom Richter in keiner Weise unterstützt. Richtiger Ansicht nach handelt es sich ja auch hier in Tat und Wahrheit um Tatsachen,

die mittelbar wenigstens den Scheidungsgrund bejahen. Wer die Bestreitung einer Tatsache wieder bestreitet, behauptet im Grunde genommen bloss die bestrittene Tatsache von Neuem, gleich wie, wer die Bestreitung einer Tatsache zugesteht, damit diese Tatsache fallen lässt.

Es ergibt sich demnach für die Scheidungsklage folgendes Bild:

Die den Scheidungsgrund bejahenden Tatsachen unterstehen der Verhandlungsmaxime und zwar, da sie gleichzeitig die das Klagefundament der Scheidung bildenden Tatsachen sind, der Disposition des Scheidungsklägers, sind daher auch von diesem zu beweisen.

Die den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen sind als Bestreitungen des Scheidungsgrundes vom Richter ex officio zu erheben, daher keine Präklusion und keine Beweislast des Beklagten.

Die gegen die den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen vorgebrachten Bestreitungstatsachen sind als den Scheidungsgrund bejahende Tatsachen von der Verhandlungsmaxime beherrscht, und, weil zum Klagfundament gehörend, vom Kläger zu beweisen.

Damit ergibt sich das auf den ersten Blick etwas befreimliche Resultat, dass im Scheidungsprozess die eine Partei, der Kläger, für seine Tatsachen die Beweislast hat, die andere Partei, der Beklagte, für die seinigen dagegen nicht. Diese Ungleichheit erklärt sich aber ohne weiteres dadurch, dass der Kläger eben gegen zwei Fronten kämpft, gegen den Beklagten, der sein Einzelinteresse vertritt, und gegen das das Allgemeininteresse vertretende staatliche Organ. Beides, sowohl das Einzelinteresse des Beklagten, als auch das Allgemeininteresse stellen sich seinem Scheidungsbegehr in den Weg. Er hat seine Beweispflicht voll zu leisten, dem Beklagten wird die seine vom Vertreter des Allgemeininteresses abgenommen.

Die begriffliche Teilung des Tatbestandes des Scheidungsprozesses in Tatsachen, welche den Scheidungsgrund bejahen und solche, welche ihn verneinen, ist

praktisch dann schwer durchführbar, wenn sowohl Klage als Widerklage auf dem gleichen Scheidungstatbestand aufgebaut werden. Dann sind selbstredend für Klage wie für die Widerklage die Scheidungsgründe verschieden und die sie bejahenden und verneinenden Tatsachen für jede Klage besonders festzustellen. Es wird sich aber sofort ergeben, dass Tatsachen, welche den Scheidungsgrund der Klage bejahen, gleichzeitig den der Widerklage verneinen und umgekehrt, und man wird vor die Frage gestellt, soll man sie der Offizial- oder der Verhandlungsmaxime unterstellen. Geht man von der Hauptklage aus, deren Scheidungsgrund sie bejahen, so wird man Verhandlungsmaxime gelten lassen und den Hauptkläger zum Beweis veranlassen. Geht man aber von der Widerklage aus, deren Scheidungsgrund sie verneint, so muss das Offizialprinzip gelten und die Beweise sind *ex officio* zu erheben. Beides, Verhandlungs- und Offizialmaxime, kann für den Nachweis einer und derselben Tatsache natürlich nicht gelten, entweder beweist der Kläger allein, oder der Richter *ex officio*. Man wird diesen durch die Verbindung der beiden Klagen im gleichen Verfahren entstandenen Konflikt am richtigsten zu Gunsten des Offizialprinzips lösen, deshalb, weil das Allgemeininteresse eben doch vorgeht. Der staatliche Richter wird die Tatsache *ex officio* erheben, weil sie den Scheidungsgrund der Widerklage verneint und damit allerdings dem Hauptkläger den Scheidungsgrund beweisen helfen.

Die Regel des Art. 158 Ziff. 1 wird durch Ziff. 3 des selben Artikels negativ wiederholt. Soweit der Richter die die Scheidungsklage begründenden Tatsachen auf ihre materielle Richtigkeit zu prüfen und daher die den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen *ex officio* zu berücksichtigen hat, soweit sind Parteierklärungen für ihn unverbindlich, soweit herrscht eben Offizialmaxime. Der Wortlaut der Ziffer 3 geht allerdings weiter, darnach ist der Richter überhaupt von jeder Parteierklärung befreit. Das ist aber nicht der Sinn der Bestimmung, damit würde

die Verhandlungsmaxime im Scheidungsverfahren überhaupt ausgeschlossen. Auch für den Scheidungskläger, für sein Rechtsbegehren und für deren Substanzierung, für die seinen Scheidungsgrund bejahenden Tatsachen würde Offizialmaxime gelten. Das widerspricht aber dem Wesen des hier in Frage stehenden Einzelinteresses des Scheidungsklägers, dem Prinzip der freien Disposition desselben; das widerspricht aber auch den Art. 137 bis 142 ZGB, welche ausdrücklich je ein spezielles, der speziellen Verfügung des Scheidungsklägers unterstelltes Scheidungsklagerecht aufstellen.

Es war auch offenbar nicht der Wille des Gesetzgebers, dass der Scheidungskläger seine Klagetatsachen nicht selbst bestimmen und beschaffen darf und soll, dass auch das der Richter *ex officio* tun muss. Eine solche Regelung würde auch weit über das Ziel hinausschliessen, das der Art. 158 verfolgt, das ist: der wirksame prozessuale Schutz des Allgemeininteresses am Bestand der nicht zerrütteten Ehe. Art. 158 Ziff. 3 ist vielmehr bloss die negative Wiederholung dessen, was Ziffer 1 schon sagt. Der Richter, der die materielle Richtigkeit festzustellen hat, ist von Parteierklärungen befreit (anders Gmür, Kommentar zum ZGB, Bd. II S. 234).

Art. 158 Ziff. 1 und 3 gilt nach Art. 136 auch für die Klagen auf Ungültigerklärung und zwar sowohl für die Anfechtungs- wie für die Nichtigkeitsklagen in ganz gleicher Weise wie für die Scheidungs- und Trennungsklagen. Auch hier schützt er das Interesse der Allgemeinheit, dass keine Ehe infolge Anfechtung aufgelöst oder nichtig erklärt wird, ohne dass feststeht, dass wirklich ein Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrund besteht.

Es gilt demnach auch für die Anfechtungsklage:

Die den Anfechtungsgrund begründenden oder bejahenden Tatsachen sind auf ihre materielle Richtigkeit zu prüfen, d. h. die ihn verneinenden Tatsachen sind *ex officio* zu berücksichtigen. Die bejahenden Tatsachen, wie die gegen die verneinenden vorgebrachten Bestrei-

tungstatsachen bestimmt und beweist auch hier der Anfechtungskläger nach den Regeln der Verhandlungsmaxime, da die Art. 123 bis 126 analog den Art. 137 bis 142, spezielle Anfechtungsklagrechte statuieren, von denen jeder der speziellen Disposition des Anfechtungsklägers unterstellt ist. Das Bild ist genau dasselbe wie bei der Scheidung, nur mit dem Unterschied, dass bei der Anfechtungsklage die, die begriffliche Teilung des Tatbestandes komplizierende Widerklage praktisch viel seltener kommt.

Gleich wie die Anfechtungsklage ist auch die un-eigentliche Nichtigklage des Art. 122 Abs. 2 des ZGB zu behandeln. Auch hier bestimmt und beweist der Kläger die, die Urteilsunfähigkeit oder Geisteskrankheit zur Zeit des Eheabschlusses bejahenden Tatsachen nach den Regeln der Verhandlungsmaxime, die verneinenden Tatsachen werden *ex officio* berücksichtigt. Die gegen die verneinenden Tatsachen vorgebrachten Bestreitungstatsachen bestimmt und beweist wiederum der Kläger.

Auch bei der eigentlichen Nichtigkeitsklage greift Art. 158 Platz. Auch hier gilt für den Richter die Pflicht, die den Nichtigkeitsgrund bejahenden Tatsachen auf ihre materielle Richtigkeit zu prüfen, d. h. die den Nichtigkeitsgrund verneinenden Tatsachen *ex officio* festzustellen und zu berücksichtigen. Aber auch die bejahenden Tatsachen selbst sind hier *ex officio* zu erheben und zu berücksichtigen. Es bleibt daher für die Verhandlungsmaxime gar nichts mehr übrig. Es gilt für den ganzen Tatbestand des Nichtigkeitsverfahrens durchweg Offizialmaxime.

Bei diesen Nichtigkeitsklagen verlangt das Allgemeininteresse wie erwähnt nicht nur wie bei den Scheidungs-Trennungs- und Anfechtungsklagen, dass die Auflösung der Ehe nur dann erfolgt, wenn der Grund wirklich vorliegt, dass sie also dann nicht erfolgt, wenn der Grund nicht vorliegt, sondern dazu noch im Gegensatz zu den genannten Klagen, dass die Auflösung dann sofort und unbedingt stattfindet, wenn der Grund vorliegt. Bei der Schei-

dung oder Anfechtung ist es der Allgemeinheit gleichgültig, ob der Einzelne von seinem Scheidungsgrund oder Anfechtungsgrund Gebrauch macht oder nicht. Bei der eigentlichen Nichtigkeitsklage hat sie dagegen ein Interesse, dass, sobald der Nichtigkeitsgrund vorliegt, die Auflösung der Ehe eintritt. Das Allgemeininteresse gestattet keine Bigamie, keine Ehe Geisteskranker oder verwandter Personen. Sind solche Zustände gekommen, so muss die Auflösung herbeigeführt werden.

Daraus folgt, dass der Anstoss zur Auflösung von Amts wegen gegeben werden muss. Das staatliche Organ, das das Allgemeininteresse vertritt, beginnt den Prozess und führt ihn durch, substanziert den Antrag auf Nichtigkeitsklärung und sorgt für die Beweise. Dieser Grundsatz findet sich ausgesprochen in ZGB Art. 121 Abs. 1. In dem Prinzip, dass die Klaganhebung und damit auch die Durchführung des Prozesses grundsätzlich Sache des staatlichen Organs ist und stets von Amtswegen zu geschehen hat, liegt ohne weiteres die Offizialmaxime für die Klaganhebung, die Stellung und Substanzierung der Klaganträge und den Beweis der Klagtatsachen. Die Offizialmaxime gilt kraft Art. 121 Abs. 1 für die den Nichtigkeitsgrund bejahenden Tatsachen und Anträge, wie sie kraft Art. 158 Ziff. 1 und 3 und Art. 136 ZGB für die den Nichtigkeitsgrund verneinenden Tatsachen gilt. Sie gilt somit für das ganze Nichtigkeitsverfahren. Die Verhandlungsmaxime hat in diesem Verfahren gar keinen Raum, sie ist mit der Natur des in Frage stehenden Allgemeininteresses nicht vereinbar und daher durch das positive Recht ganz ausgeschlossen.

Durchaus nebensächlich für die Frage der Verhandlungs- bzw. Offizialmaxime ist der Umstand, dass die Initiative im Nichtigkeitsverfahren, die Klägerrolle in der Regel nicht demjenigen staatlichen Organ zugeschrieben ist, welches in erster Linie das Offizialprinzip, soweit es gilt, handhabt, dem Richter, sondern einem besondern in Parteistellung stehenden Organ des Staates,

dem Staatsanwalt (Einführungsgesetz von Basel § 25). Diese Initiative zum Prozessbeginn wird bloss deshalb dem Richter genommen und dem Staatsanwalt zugewiesen, weil die Unabhängigkeit und Unbefangenheit, die dem Richter eignen soll, sich mit einer solchen Parteitätigkeit nicht verträgt und weil auch in den Prozessverfahren, welche völlig von der Offizialmaxime beherrscht sind, eine Herstellung des Tatbestandes durch zwei Parteien in gegenwärtigem Wettstreit praktisch vorteilhaft ist. Diese Parteien beschaffen in der Hauptsache den Prozesstoff, der Richter ergänzt und unterstützt sie bloss in dieser Arbeit. Es ist dieselbe Erwägung, welche im Strafprozessrecht zum Akkusationsprinzip und zu dem in diesem Prinzip liegenden Parteibetrieb im Sinne des Strafprozesses geführt hat. Die Aufstellung eines besonderen Vertreters des Allgemeininteresses in Parteistellung gegenüber dem Einzelnen und der Kampf dieser beiden Parteien hindert durchaus nicht, dass für die Tätigkeit der Parteien wie für diejenige des Richters Offizialmaxime gilt. Es existiert keine Disposition über den Prozesstoff mit der einzigen Ausnahme, dass der Staatsanwalt allein, nicht der Richter über Klaganhebung und Klagrückzug disponiert, es existiert infolgedessen kein Geständnis, keine Anerkennung, kein Vergleich, keine Präklusion, keine Behauptungs- und Beweispflicht. Sobald der Staatsanwalt die Klage eingereicht hat und solange er sie aufrecht erhält, beschaffen Richter und Staatsanwalt ex officio zusammen den Prozesstoff, der Richter mehr in einer die Parteien ergänzenden und unterstützenden Weise. Staatsanwalt und Richter beschaffen sowohl die den Nichtigkeitsgrund bejahenden und verneinenden Tatsachen, genau so wie im Strafprozessrecht Staatsanwalt und Strafrichter das be- und entlastende Material beschaffen. Das Nichtigkeitsverfahren ist ein dem Strafprozess durchaus gleichartiges Verfahren, bloss bezweckt es nicht Bestrafung bzw. Nichtbestrafung je nach Schuld oder Unschuld des Angeklagten, sondern die Auflösung einer Ehe, sofern diese dem Allgemein-

interesse entgegensteht, und den Weiterbestand derselben wenn sie ihm nicht entgegensteht. Die Machtmittel des Richters sind daher auch die beschränkteren des Zivilprozessrechts, nicht die einschneidenden des Strafprozessrechts.

Auch die Klage auf Untersagung des Eheabschlusses wegen Bestehen eines Ehehindernisses erfolgt immer im Interesse der Allgemeinheit. Sie wird daher in der Regel, nämlich dann, wenn das Ehehindernis Nichtigkeitsgrund ist, von Amts wegen angehoben. Die Initiative liegt wiederum beim Staatsanwalt (Art. 109 und 111 des ZGB). Die Klage kann aber auch vom Einzelnen angehoben werden. Dieser vertritt dann sowohl das Allgemeininteresse als auch ein parallel laufendes Einzelinteresse. Es geschieht dies dann, wenn das Ehehindernis kein Nichtigkeitsgrund ist. Auch hier gilt für die Klage, die Substanzierung der Klaganträge und den Beweis der Klagtatsachen, kurz für die den Untersagungsgrund (das ist das gesetzliche Ehehindernis) bejahenden Tatsachen Offizialmaxime. Sobald der Staatsanwalt die Klage angehoben hat und solange er sie aufrecht erhält, werden die sämtlichen, das Ehehindernis bejahenden Tatsachen von Staatsanwalt und Richter ex officio erhoben und berücksichtigt, ohne Präklusion und Beweislast.

In Verteidigungsstellung dagegen befindet sich das Einzelinteresse am Eheabschluss, über das der Beklagte nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime frei verfügt. Der Beklagte disponiert daher über die Antwort und über die das Ehehindernis verneinenden Tatsachen und hat sie auch zu beschaffen. Anerkennt er die Klage, gesteht er die, den Scheidungsgrund bejahenden Tatsachen zu, so bindet das alles den Richter. Bezuglich der vom Beklagten vorzubringenden, das Ehehindernis verneinenden Tatsachen gelten die Grundsätze über Präklusion und Beweislast.

Gleichgültig für die Art des Verfahrens ist sowohl bei der eigentlichen Nichtigkeitsklage, als auch bei der

Klage auf Untersagung des Eheabschlusses der Umstand, ob die Wahrung des Allgemeininteresses in Parteistellung einem speziellen staatlichen Organ anvertraut wird, oder ob sie dem einzelnen Privaten überlassen wird, der ein dem Allgemeininteresse parallel laufendes Einzelinteresse an der Nichtigerklärung bzw. Untersagung des Eheabschlusses besitzt. Auch wenn dieser Private an Stelle des Staatsanwaltes die Nichtigkeitsklage anhebt und durchführt, handelt er als Vertreter des Allgemeininteresses nach den Regeln der Offizial-, nicht der Verhandlungsmaxime (Art. 121 Abs. 2 und Art. 128 Abs. 1). Auch für ihn gibt es keine Präklusion und keine Beweislast. Auch seine Disposition über den Prozessstoff beschränkt sich auf die Klaganhebung und den Klagrückzug. Weitere für den Richter verbindliche Dispositionen sind durch die Offizialpflicht des Richters ausgeschlossen.

Das sind die bundesrechtlichen Vorschriften über die prozessuale Geltendmachung des Allgemeininteresses. Die baselstädtische ZPO enthält noch in § 188 eine unter anderen auch für Scheidungs- und Trennungsklagen und Klagen betreffend Ungültigerklärung geltende, im Sinne der Offizialmaxime lautende Vorschrift. Dieser § 188 ist aber offenbar durch Art. 158 Ziffer 1 und 3 ersetzt und aufgehoben. Es ist nicht zu erkennen und auch nicht anzunehmen, dass § 188 den Geltungsbereich des Offizialprinzips über die Grenzen des Art. 158 Ziffer 1 und 3 hinaus auf das Einzelinteresse ausdehnen soll. Bezuglich des Allgemeininteresses dagegen geht die bundesrechtliche Vorschrift der kantonalrechtlichen nach Art. 51 des Schlusstitels des ZGB vor und ist die letztere aufgehoben. § 188 ist also in seiner Anwendung auf die Scheidungs- und Trennungsklagen und Klagen auf Ungültigerklärung von Ehen ausser Kraft gesetzt.

Fassen wir die gewonnenen Resultate zusammen, so ergibt sich folgendes:

1. Bei der Scheidungs-, Trennungs- und Anfechtungsklage gilt für die die Scheidung, Trennung oder Anfechtung

begründenden oder den Scheidungs-, Trennungs- oder Anfechtungsgrund bejahenden Tatsachen Verhandlungsmaxime, für die die Scheidung, Trennung oder Anfechtung bestreitenden oder den Scheidungs-, Trennungs- oder Anfechtungsgrund verneinenden Tatsachen dagegen Offizialmaxime.

2. Für die eigentliche Nichtigkeitsklage gilt ausschliesslich Offizialmaxime.

3. Bei der Klage auf Untersagung des Eheabschlusses wegen Bestehens eines Ehehindernisses gilt für die die Untersagungsklage begründenden, das Ehehindernis bejahenden Tatsachen Offizialmaxime, für die den Untersagungsgrund bestreitenden oder das Ehehindernis verneinenden Tatsachen Verhandlungsmaxime.

Es gilt somit:

Verhandlungsmaxime für den Kläger im Scheidungs-, Trennungs- und Anfechtungsverfahren und für den Beklagten im Untersagungsverfahren, Offizialmaxime im Übrigen.

Das Resultat stimmt im wesentlichen mit dem deutschen Recht überein. Nur ist im deutschen Recht der Tatbestand nicht in bejahende oder verneinende Tatsachen geschieden, sondern in solche, welche zur Aufrechterhaltung der Ehe dienen oder nicht (vgl. deutsche ZPO §§ 617 und 622). Die Begriffe decken sich aber, wie sich im folgenden zeigen wird, fast vollständig. Die den Scheidungs-, Trennungs- oder Anfechtungsgrund verneinenden Tatsachen sind diejenigen, welche zur Aufrechterhaltung der Ehe dienen, die den Scheidungs-, Trennungs- und Anfechtungsgrund bejahenden Tatsachen dienen umgekehrt der Zerstörung. Dass bei der eigentlichen Nichtigkeitsklage ausschliesslich Offizialmaxime gilt, ergibt sich aus den §§ 632 und 634, welche der Staatsanwaltschaft die Klagerolle zuweisen. Für die prozessuale Tätigkeit des Staatsanwalt kann gar kein anderes Prozessprinzip als dasjenige der unbeschränkten Offizialmaxime massgebend sein, wie unten noch nachzuweisen ist.

VII.

Es erhebt sich die Frage, welche Tatsachen in dem einzelnen Prozessverfahren im Scheidungs-, Trennungs-, Anfechtungs- und Untersagungsverfahren zu den den Scheidungs-, Trennungs- und Anfechtungsgrund sowie das Ehehindernis bejahenden Tatsachen, und welche zu den verneinenden Tatsachen zu rechnen sind, und ob schliesslich nicht Tatsachen denkbar sind, welche weder zur einen noch zur andern Gruppe gehören.

Auf diese Tatsache würde ZGB 158 Ziffer 1 und 3 keine Anwendung finden. Bundesrechtlich wäre für sie Offizialmaxime nicht vorgeschrieben. Es würde auch keine bundesrechtliche Vorschrift im Sinne der Verhandlungsmaxime vorliegen. Der Kanton wäre hier frei. In Basel-Stadt wären diese Tatsachen gemäss § 183 nach dem für die gewöhnlichen Zivilsachen geltenden Verfahren zu behandeln, also nach den Regeln der Verhandlungsmaxime.

Die Abgrenzung der bejahenden bzw. verneinenden Tatsachen bereitet nicht die geringste Schwierigkeit bei denjenigen Tatsachen, welche einen unmittelbaren Bestandteil der Handlung bilden, deren Geschehen vom Gesetz als Scheidungs-, Trennungs- oder Anfechtungsgrund oder als Ehehindernis bezeichnet ist. Ebenso nicht bei allen Tatsachen, welche diese zum Bestand des Scheidungs-, Trennungs- oder Anfechtungsgrund gehörenden Tatsachen verneinen oder ausschliessen. Bejahend sind unzweifelhaft die positiven Tatbestandselemente des Ehebruchs, der Nachstellung nach dem Leben, der schweren Misshandlung, der schweren Ehrenkränkung, des entehrenden Verbrechens, des lasterhaften Lebenswandels, der böswilligen Verlassung, der unheilbaren Geschlechtskrankheit, ferner des Irrtums, des Betrugs, der Drohung und der Bigamie, der Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft und der Geisteskrankheit zur Zeit des Eheabschlusses. Verneinend sind alle Tatsachen, welche diese Elemente verneinen oder ausschliessen.

Zweifel können sich erheben bezüglich der sog. negativen Voraussetzungen der Scheidung und Anfechtung, bezüglich der Nichtzumutbarkeit des lasterhaften Lebenswandels, der tiefen Zerrüttung und der den Gegenstand von Irrtum bildenden Eigenschaften des andern Ehegatten, ferner bezüglich der Zustimmung, Verjährung und Verzeihung. Hier überall fragt es sich, ob die negative Tatsache zur Begründung der Klage auf Scheidung bzw. Trennung im Sinne des Art. 158 Ziffer 1 dient und vom Kläger zu beweisen ist, ob also für die entgegengesetzte positive Tatsache Offizialmaxime gilt, oder ob die negative Tatsache nicht Scheidung bzw. Anfechtung begründend ist, also nicht vom Kläger zu beweisen ist und die entgegengesetzte positive Tatsache der Verhandlungsmaxime untersteht und als Einrede vom Beklagten zu beweisen ist. Praktisch gesprochen ist die Frage die: Ist die Tatsache der Zumutbarkeit, der Verjährung, Zustimmung und Verzeihung vom Richter ex officio zu erheben oder als Einrede vom Beklagten zu beweisen.

Die Tatsache der Nichtzumutbarkeit der ehelichen Gemeinschaft bei lasterhaftem Lebenswandel und tiefer Zerrüttung ist untrennbarer und wesentlicher Bestandteil des Scheidungs- bzw. Trennungsgrundes von Art. 139 und 142 ZGB. Der lasterhafte Lebenswandel und die tiefe Zerrüttung sind allein noch nicht Scheidungs- bzw. Trennungsgrund, sie indizieren noch keine solche Zerrüttung, welche die Auflösung der Ehe rechtfertigt. Es muss die Nichtzumutbarkeit dazu treten, sie gehört zum materiellen Scheidungsgrund, also zur Begründung der Scheidungs- bzw. Trennungsklage. Sie ist vom Kläger nachzuweisen. Man wird sich zwar mit Rücksicht darauf, dass sie eine negative, also strikt schwer beweisbare Tatsache ist, mit einem blossen Glaubhaftmachen begnügen müssen. Die entgegengesetzte positive Tatsache der Zumutbarkeit ist als Bestreitung und Verneinung des Scheidungsgrundes ex officio zu erheben. Ebenso beim Irrtum. Nur der Irrtum bezüglich Eigenschaften, welche

die eheliche Gemeinschaft nicht als zumutbar erscheinen lassen, berechtigt zur Anfechtung. Diese Qualifikation des Irrtums ist Bestandteil des Anfechtungsgrundes, sie gehört zur Begründung der Anfechtungsklage und ist vom Kläger zu beweisen. Die Zumutbarkeit ist auch hier *ex officio* zu erheben.

Ganz das Gleiche gilt bezüglich der Tatsache, dass keine Aussicht auf Wiedervereinigung besteht. Sie ist Voraussetzung der Scheidung, nicht der Trennung. Auch hier ist die negative Tatsache Bestandteil der sämtlichen Scheidungsgründe im Gegensatz zu den Trennungsgründen. Sie gehört zur Begründung speziell der Scheidungsklage, und ist vom Kläger zu beweisen. Die entgegengesetzte positive Tatsache der Aussicht auf Wiedervereinigung ist *ex officio* zu erheben.

Bei der Scheidung bzw. Trennung nach Art. 142 ist negative Voraussetzung, dass der klägerische Ehegatte an der Zerrüttung nicht der schuldigere Teil ist. Auch diese Tatsache gehört zum Scheidungsgrund. Ist der Scheidungsgrund vom Kläger verschuldet, allein oder überwiegend, so ist es für diesen gar kein Scheidungsgrund. Zum Begriff des Scheidungsgrundes gehört, dass er vom Kläger nicht verschuldet ist, eben deshalb weil der schuldhafte Urheber der Zerrüttung einer Ehe ganz allgemein sich auf diese Zerrüttung nicht berufen kann und aus ihr für sich kein Recht ableiten darf. Für ihn gibt es bloss eines, sich zu bessern, aufzuhören, die Zerrüttung der Ehe herbeizuführen, ein Scheidungsrecht gibt es für ihn nicht. Die Unschuld bzw. die geringere Schuld an der Zerrüttung ist Bestandteil des Scheidungsgrundes nach Art. 142; sie gehört zum Klagefundament und ist theoretisch vom Kläger zu beweisen. Praktisch ist die Unschuld oder die geringere Schuld des Klägers zu vermuten. Es liegt hier ein Anwendungsfall der allgemeinen *praesumptio boni viri* vor. Dagegen ist die entgegengesetzte Tatsache der Schuld, bzw. der überwiegenden Schuld Bestreitung des Klaggrundes, also *ex officio* zu erheben.

Ein Anwendungsfall des Satzes, dass niemand sich auf einen selbst schuldhaft geschaffenen Scheidungsgrund berufen darf, ist auch der weitere allgemein für die speziellen Scheidungsgründe geltende Satz, dass keine Scheidung zulässig und kein Scheidungsgrund vorhanden ist, wenn der Kläger der Handlung des Beklagten zugesimmt hat, welche vom Gesetz als Scheidungsgrund bezeichnet ist. Der betreffende spezielle Scheidungsgrund ist vom Kläger mitverschuldet, ob zum grösseren oder kleineren Teil ist nicht mehr zu untersuchen. Der Kläger verliert infolge dieser Mitschuld sein Scheidungsrecht. Dass die Zustimmung die Scheidung und Trennung ausschliesst, rechtfertigt auch noch eine weitere Ueberlegung. Das Institut der Scheidung und der Trennung besteht zum Schutz des Einzelinteresses. Das Allgemeininteresse verlangt Verhinderung wenigstens der grundlosen Scheidung, läuft also der Scheidung zuwider. Wenn nun der Einzelne einer Handlung zustimmt, die an sich geeignet ist, die Ehe zu einer dem Einzelinteresse nicht entsprechenden zu gestalten, dann erklärt er implicite, dass er im konkreten Fall sein Einzelinteresse nicht wahrnimmt, sondern hinter jene Handlung hintansetzt. Da er allein sein Einzelinteresse an der Scheidung verwaltet, kann und muss er bei dieser Erklärung behaftet werden. Durch seine Zustimmung hat er auf die Wahrung dieses Interesses und damit auf die Scheidung verzichtet. Ein Schutz seines Interesses ist nun nicht mehr von ihm gewünscht und also nicht mehr am Platz.

Dass die Zustimmung die Scheidung ausschliesst, ist ausdrücklich nur beim Ehebruch (Art. 137 Abs. 3) gesagt. Es gilt dieser Satz aber unzweifelhaft bei sämtlichen Scheidungsgründen. Auch hier ist die Tatsache der Nichtzustimmung als Bestandteil des Scheidungsgrundes und des Klagfundamentes der Scheidung zu betrachten. Man wird auch hier vom Kläger keinen besonderen Beweis dieser negativen Tatsache verlangen; sie ~~vielmehr~~ wie die Schuldlosigkeit vermuten. Jedenfalls aber ist

die entgegengesetzte positive Tatsache, die Zustimmung wie die Schuld ex officio zu erheben und nicht etwa der Verhandlungsmaxime zu unterstellen und als Einrede vom Beklagten zu beweisen.

Schwierigkeiten bereitet die Verjährung und zwar sowohl bei der Scheidung wie bei der Anfechtung. Bei der Untersagungsklage, welche selbst nur Inzidententscheid im Einspruchsverfahren ist, ist die Verjährungsfrage gegenstandslos. Die 10-tägige Klagefrist ist hier keine Anspruchsverjährung, sondern eine gesetzliche Befristung des Klagerechts, ähnlich der Befristung der betreibungs- und konkursrechtlichen Klagen und als Prozessvoraussetzung selbstredend ex officio zu prüfen.

Die Verjährung hat ihren Grund im Allgemeinen in der durch den Zeitablauf entstandenen Beweiserschwerung. Speziell dem Beklagten sind die Beweise für die Nichtexistenz und Tilgung der Schuld untergegangen. Er hat angesichts des Zuwartens des Klägers keinen Grund, sie sich vorsorglich zu sichern.

Im Scheidungsrecht hat die Verjährung neben diesem allgemeinen noch einen zweiten speziellen Grund. Das Allgemeininteresse lässt eine Scheidung nur unter der Voraussetzung zu, dass die Zerrüttung der Ehe ein Moment der Klage ist und zur Zeit des Prozesses besteht. Dass sie früher bestand, ist grundsätzlich ohne Belang. Es ist denkbar, dass die früher vorhandene Zerrüttung seither wieder verschwunden ist. Deshalb können zeitlich weit zurückliegende Scheidungsgründe zur Begründung der Klage an sich nicht genügen. Sie sind ein Indiz für die auch heute noch vorhandene Zerrüttung, aber mehr nicht. Diese Erwägung führt zur Aufstellung von Vorschriften über die Verjährung der einzelnen Scheidungsgründe. Nach diesen Vorschriften ist die zeitlich weit zurückliegende Handlung, die an sich ein Scheidungsgrund wäre, kein solcher. Sie hat diesen Charakter infolge Zeitablaufs verloren. Das Scheidungsrecht als solches ist untergegangen. Damit ist die richtige Basis für die prozessuale Behandlung der

Scheidungsverjährung gegeben. Die Nichtverjährung ist integrierender Bestandteil des Scheidungsgrundes. Ein verjährter Scheidungsgrund indiziert keine Zerrüttung mehr, die doch das letzte Motiv jeder Scheidung ist. Die Nichtverjährung gehört daher zum Klagfundament und ist vom Kläger zu beweisen, dagegen gilt für die entgegengesetzte Tatsache der Verjährung Offizialmaxime. Man kann sich füglich fragen, ob diese Verjährung noch als solche bezeichnet werden darf. Richtiger scheint uns zu sein, sie als Befristung des materiellen Scheidungsrechts zu bezeichnen.

Der Grundsatz, dass jeder Scheidungsgrund aus der jüngsten Zeit stammen muss, um die Scheidung zu begründen, ist im ZGB allerdings nicht konsequent durchgeführt. Das ZGB enthält sog. ewige Scheidungsgründe, d. h. solche welche jederzeit geltend gemacht werden können. Wir denken hier nicht an diejenigen Scheidungsgründe, welche in einem Zustand bestehen, und sich daher, solange dieser Zustand dauert, fortwährend erneuern, wie der lasterhafte Lebenswandel, die böswillige Verlassung und die unheilbare Geisteskrankheit. Hier ist der Scheidungsgrund immer gegenwärtig, solange der Zustand dauert, und eine Verjährung oder Befristung kann erst dann zu laufen beginnen, wenn der Zustand und damit die fortwährende Erneuerung aufhört. Das und nicht mehr will das ZGB sagen, wenn es bei den Scheidungsgründen des lasterhaften Lebenswandels und der unheilbaren Geisteskrankheit dem berechtigten Ehegatten die jederzeitige Anbringung der Scheidungsklage gestattet. Das Wort „jederzeit“ bezieht sich nur auf die Zeit, während welcher unehrenhafter Lebenswandel und Geisteskrankheit andauern, nicht auf die Zeit nach ihrem Aufhören.

Das ZGB gibt aber das Recht „jederzeit“ auf Scheidung zu klagen auch bei dem entehrenden Verbrechen, einem Scheidungsgrund, der sich in einer vorübergehenden Handlung erschöpft. Nach dem Wortlaut des ZGB Art. 139 liegt hier ein Scheidungsgrund vor,

der einmal vorhanden, nie verjährt, sondern immer, sogar nach 50, ja nach 100 Jahren noch geltend gemacht werden kann. Das Gesetz schiesst hier weit über das schutzfähige Interesse des Einzelnen hinaus. Denn auch über das entehrende Verbrechen wächst das Gras, es wird vergessen, sowohl von den Ehegatten selbst, wie von den Mitmenschen. Wird es nach langer Zeit noch geltend gemacht, so kann das nur geschehen, um die Scheidung da zu ermöglichen, wo sie an sich nicht gerechtfertigt ist, weil eine vom Kläger verschuldete Zerrüttung der Ehe vorhanden ist. Das Gesetz verletzt hier das Allgemeininteresse, laut welchem nicht geschieden werden darf, wo keine vom Kläger nicht verschuldete Zerrüttung gegeben ist. Es wird Sache der Praxis sein, Art. 139 so einschränkend zu interpretieren, dass er nicht missbraucht wird.

Auch bei der Anfechtungsklage ist die Verjährung Befristung des Anfechtungsrechtes. Durch das längere Zusammenleben verliert der Anfechtungsgrund an Gewicht für den Einzelnen. Die entstandene nähere Bekanntschaft bindet die Ehegatten gegenseitig. Anderseits besteht auch hier ein Allgemeininteresse am Weiterbestand der durch Zeitablauf gefestigten Ehe. Die Nichtverjährung ist daher Bestandteil des Anfechtungsgrundes und des Klagfundaments und daher vom Kläger zu beweisen, die Verjährung dagegen *ex officio* zu erheben.

Es verbleibt schliesslich noch die bloss bei der Scheidung und Trennung in Betracht fallende Tatsache der Verzeihung. Sie ist ein nachträglicher Verzicht auf die Geltendmachung eines an sich vorhandenen Scheidungsgrundes. Der Scheidungskläger, der über das sein Einzelinteresse schützende Scheidungsrecht verfügt, kann sich auch in rechtsverbindlicher Weise verpflichten, von einem konkreten Tatbestand, der einen Scheidungsgrund darstellt, keinen Gebrauch zu machen. Er kann zwar nicht ganz allgemein auf das Scheidungsrecht als solches verzichten ohne Bezugnahme auf bestimmte konkrete Ereignisse,

er kann aber auf ein einzelnes in der Vergangenheit liegendes Ereignis verzichten.

Ist die Verzeihung ein gewöhnlicher nachträglicher Verzicht, so steht er mit dem Scheidungsgrund in keinem unmittelbaren Zusammenhang. Die Tatsache, dass nicht verziehen ist, ist nicht Bestandteil des Scheidungsgrundes, die Verzeihung nicht Negation desselben. Die letztere wird von Art. 158 ZGB nicht berührt, untersteht also bündesrechtlich nicht der Offizialmaxime. Sie ist gemäss der kantonalen Prozessordnung nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime zu behandeln. Sie ist eine das Recht auf Scheidung nachträglich zerstörende Tatsache und daher als Einrede von dem Beklagten nach den gewöhnlichen Verfahrensvorschriften zu beweisen.

Dieser Auffassung scheint nun allerdings der Wortlaut des Art. 137 Abs. 3 entgegenzustehen, laut welchem der verzeihende Ehegatte das Klagrecht verliert. Allein der Wortlaut des Gesetzes ist nicht sowohl massgebend, als der Begriff und die Interessenlage. Der Wortlaut ist der im gleichen Satz geregelten Zustimmung angepasst, welche wie bereits erwähnt, eine Verneinung des Klagfundamentes ist und daher der Offizialmaxime unterliegt.

VIII.

Es verbleibt schliesslich noch eine Betrachtung der Nebenfolgen der Scheidung und Ungültigerklärung der Ehe: Wartefrist, Kindeszuteilung, vermögensrechtliche Auseinandersetzung der geschiedenen Ehegatten. Auch hier ist zu untersuchen, wie weit Offizialmaxime und wie weit Verhandlungsmaxime gilt.

Die Nebenfolgen setzen natürlich die Tatsache der Scheidung bzw. Ungültigerklärung voraus. Sie setzen also speziell bei der Scheidung und der Anfechtung voraus, dass der Kläger die den Scheidungs- und Anfechtungsgrund bejahenden Tatsachen nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime nachgewiesen hat und die Offizial-

tätigkeit des Richters hinsichtlich der verneinenden Tatsachen erfolglos geblieben ist. Sie setzen bei der eigentlichen Nichtigerklärung voraus, dass die Offizialtätigkeit des Richters und des Staatsanwaltes für und wider den Nichtigkeitsgrund die materielle Richtigkeit des Nichtigkeitsgrundes ergeben hat. Sie setzen ferner die weitere Tatsache voraus, dass auf Grund dieser Tatbestandsfeststellung das Scheidungs- bzw. Ungültigerklärungsurteil ausgesprochen wird.

Neben diesen allgemeinen Voraussetzungen hat jede einzelne Nebenfolge noch ihre speziellen, und bezüglich dieser speziellen Voraussetzungen ist die Frage der prozessualen Behandlung noch zu beantworten.

Gmür steht in seinem Kommentar, Bd. II, Seite 234, auf dem Standpunkt, dass bezüglich dieser speziellen Voraussetzungen ganz allgemein die Offizialmaxime gilt. Er folgert dies aus Art. 158, Ziffer 3 ZGB. Wir sehen in Art. 158, Ziffer 3 ZGB bloss die negative Umschreibung des in Ziffer 1 aufgestellten Grundsatzes der Offizialmaxime für die den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen. Wir glauben nicht, dass diese Ziffern auf die Nebenfolgen irgendwelchen Bezug haben; sie betreffen bloss den Hauptpunkt, die Scheidung bzw. Ungültigerklärung als solche.

Es scheint uns auch nicht richtig zu sein, die Nebenfolgen tale quale bezüglich ihrer speziellen Voraussetzungen der Offizialmaxime zu unterstellen. Bei einigen dieser Nebenfolgen gilt allerdings Offizialmaxime, sie ergibt sich aber aus den betreffenden speziellen Bestimmungen. Bei andern gilt unzweifelhaft wenigstens beschränkt Verhandlungsmaxime, wie sich wiederum aus den betreffenden Spezialbestimmungen ergibt.

Die bloss bei der Scheidung, nicht auch bei der Ungültigerklärung vorgesehene Wartefrist (Art. 150 ZGB) setzt neben der Scheidung die Schuld desjenigen Ehegatten voraus, dem die Ehe verboten werden soll. Diese Schuld wird mit dem Scheidungsgrund nachgewiesen, mit dem

sie in untrennbarem Zusammenhang steht. Liegt gegen einen Ehegatten ein spezieller Scheidungsgrund der Art. 137 bis 140 vor (Geisteskrankheit kommt hier nicht in Frage), so ist damit seine Schuld gegeben; liegt bloss der allgemeine Scheidungsgrund des Art. 142 ZGB vor, so ist damit ohne weiteres gegeben, dass der Ehegatte, gegen den er vorliegt, zum mindesten in gleichem Masse an der tiefen Zerrüttung schuld ist, wie der berechtigte Ehegatte; dagegen steht an sich noch nicht fest, dass er der schuldigere Teil ist. Das letztere ist aber zur Festsetzung der Wartefrist erforderlich. Demnach wird beim speziellen Scheidungsgrund die Schuld des Ehegatten, dem die Wartefrist auferlegt wird, als scheidungsbejahende Tatsache vom Kläger nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime bewiesen, die Schuldlosigkeit als verneinende Tatsache *ex officio* erhoben. Beim allgemeinen Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung dagegen wird die grössere Schuld des beklagten Ehegatten an sich nicht vom Kläger bewiesen. Sie ist hier *ex officio* zu erheben. Denn die Wartefrist ist aus Gründen der Sittenpolizei vorgesehen. Es gilt für sie Offizialmaxime, d. h. ihre Voraussetzung ist, sobald sie vom Kläger nicht dargetan wird, im Falle und für den Fall des Zustandekommens der Scheidung *ex officio* zu erheben. Die die Schuld bezw. grössere Schuld verneinenden Tatsachen verneinen den Scheidungsgrund des Klägers immer, auch bei Art. 142, und sind daher unter allen Umständen *ex officio* zu erheben.

Die Frage der Kinderzuteilung, welche sich sowohl bei der Scheidung wie bei der Ungültigerklärung stellt (Art. 173 ZGB), entscheidet sich in der Hauptsache nach der Eignung der beiden Ehegatten zur Erziehung. Sie ist eine Frage mehr vormundschaftlichen Charakters. Das Gericht übt hier eine ähnliche Funktion aus wie die Vormundschaftsbehörde, wenn sie die gesetzlichen Vertreter Unmündiger oder Entmündigter wählt. Die Wahl als solche und die für sie massgebenden Feststellungen erfolgen als verwaltungsrechtliche Massnahmen nach dem Prozessprinzip,

das im Verwaltungsrecht gilt, nach dem Offizialprinzip. Der Richter hat über die Eignung der Ehegatten *ex officio* seine Feststellungen zu machen; er ist von dem durch die Parteien beschafften Tatbestand unabhängig. Er ist auch in der Zuteilung frei. Er kann die Kinder einem Ehegatten geben, der sie gar nicht verlangt. Dagegen muss er die Kinder dem einen oder dem andern Ehegatten geben, er kann sie nicht einem Dritten geben, d. h. unter Vormundschaft stellen. Hiezu ist eine Entziehung der elterlichen Gewalt nötig, für welche ein besonderes Verfahren besteht. Der Richter kann allerdings den Entscheid über die Zuteilung der Kinder ausstellen und dem zur Einleitung des Verfahrens betreffend Entziehung der elterlichen Gewalt zuständigen Organ (in Basel-Stadt der Vormundschaftsbehörde, eventuell den Verwandten, § 56 Einführungsgesetz) Anzeige erstatten. Lehnt dieses Organ die Einleitung ab, so hat der Richter dann doch die Kinder einem der Ehegatten zuzusprechen. Die Zusprechung an einen Ehegatten kann, da Offizialmaxime gilt, auch unter Bedingungen und Auflagen erfolgen. In diesem Fall hat sich der Richter darüber auszusprechen, welche Zuteilung stattfindet, wenn die Bedingungen und Auflagen vom betreffenden Ehegatten nicht angenommen werden oder wenn ihnen nicht nachgelebt wird. Mit der Kindeszuteilung steht in unlösbarem Zusammenhang die Alimentationsfrage, d. h. die Frage der Alimentation der Kinder durch denjenigen Ehegatten, dem sie nicht zugeteilt sind. Diese Frage ist im wesentlichen abhängig von der sozialen Stellung der Ehegatten, speziell des verpflichteten Teils. Die massgebenden Tatsachen hat der Richter sämtlich *ex officio* zu erheben. Die Alimentationsfrage untersteht in ganz gleicher Weise wie die Frage der Kindeszuteilung der Offizialmaxime.

Offizialmaxime gilt auch für die Frage der späteren Änderung der Elternrechte und der persönlichen Beziehungen zu den Kindern infolge Wegzugs, Heirat oder Todes eines Ehegatten (Art. 157 ZGB).

Dagegen besteht durchaus kein Grund, die vermögensrechtliche Auseinandersetzung und den finanziellen Ausgleich unter den Ehegatten nach Art. 151 und 152 der Offizialmaxime zu unterstellen. Hier stehen ausschliesslich private vermögensrechtliche Interessen in Frage, welche mit der Scheidung begrifflich nichts zu tun haben, sondern bloss durch die Scheidung veranlasst werden.

Bei der Gütergemeinschaft und der Güterverbindung verursacht die Ehe eine vermögensrechtliche Association der Ehegatten. Diese Association besteht mit Rücksicht auf die eheliche Gemeinschaft. Sie verliert ihren Zweck mit der Scheidung. Sie ist daher zu liquidieren. Wie sie liquidiert wird, ist Sache der Gesellschafter, der Ehegatten, und berührt nur sie. Das Allgemeininteresse an der Ehe spielt hier grundsätzlich keine Rolle.

Bei der Gütertrennung besteht nicht einmal diese Association. Die Scheidung vollzieht sich ohne irgendwelche Liquidation einer vermögensrechtlichen Gemeinschaft. Art. 154 ist im Falle der Gütertrennung gegenstandslos. Das eheliche Vermögen besteht schon ohnedies aus dem Eigengut des Ehemannes und dem Eigengut der Ehefrau, und jeder Ehegatte verwaltet und nutzt das Seinige. Hat der Ehemann das Eigengut der Ehefrau zur Verwaltung erhalten, so ist dies auf Grund eines gewöhnlichen Mandats geschehen und auch die Rückgabe hat nach Massgabe dieses Mandates zu erfolgen. Zur Anwendung von Art. 154 besteht kein Grund.

Die den finanziellen Ausgleich unter den Ehegatten bezweckenden Vorschriften der Art. 151 und 152 statuieren ebenfalls rein private Ansprüche der Ehegatten, welche durch die Scheidung veranlasst werden, mit der Ehe aber unmittelbar nichts zu tun haben. Deshalb spielt auch hier das Allgemeininteresse grundsätzlich keine Rolle. Es liegt kein Grund vor, von den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime abzugehen.

Dass für die vermögensrechtlichen Verhältnisse Verhandlungsmaxime gilt, ergibt sich aus Art. 158, Ziff. 5. Hier ist der Vergleich über die Nebenfolgen zugelassen, das Gesetz knüpft seine Rechtsgültigkeit bloss an die Voraussetzung der richterlichen Genehmigung. Dieser Art. 158, Ziffer 5 kann nur auf die vermögensrechtliche Auseinandersetzung Anwendung finden. Die Kinderzuteilung und die Alimentation der Kinder durch den Ehegatten, dem sie nicht zugeteilt sind, unterstehen der Offizialmaxime. Die Offizialmaxime lässt aber überhaupt keine Vergleiche zu. Die Parteien haben keine Disposition über den Prozessstoff; sie können weder durch Klagerückzug, noch durch Klageanerkennung den Richter in seinen Dispositionen binden, sie können es daher auch nicht auf dem Wege der Vergleiche. Ein Vergleich ist ein *nil actum*, er entbindet den Richter nicht von der Pflicht, über die Kinderzuteilung und -alimentation seine Anordnungen zu treffen.

Wenn Art. 158, Ziffer 5 ZGB den Vergleich zulässt, so setzt er Verhandlungsmaxime voraus; diese gilt nicht bei allen Nebenfolgen, sondern nur bei der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung. Auf diese allein ist Art. 158 Ziffer 5 anwendbar.

Und hier beschränkt er die grundsätzlich bestehende Verhandlungsmaxime im Falle des Vergleichs. Der Vergleich bedarf zu seiner Rechtsgültigkeit der richterlichen Genehmigung. Die Meinung ist immerhin nicht die, dass der Richter seine Genehmigung immer dann versagen soll, wenn die vermögensrechtliche Auseinandersetzung im Vergleich eine andere geworden ist, als wie sie sich ohne Vergleich auf Grund der Anträge der Parteien hätte ergeben müssen. Der Zweck der Bestätigung ist vielmehr der, zu verhindern, dass ein Ehegatte aus der Scheidung ein Geschäft macht, sich als Kläger den Verzicht auf einen speziellen Scheidungsgrund und andere Dispositionen über die Scheidungsklage, oder als Beklagter ein gewisses, die Scheidung begünstigendes Verhalten im Prozess bezahlen lässt, oder dass

andere unmoralische Beziehungen zwischen der Scheidung und dem Geld hergestellt werden. Der Richter hat solche Zuwendungen zu untersagen bzw. durch Nichtgenehmigung des Vergleiches zu verunmöglichen.

Es lässt sich auch nicht verkennen, dass die vermögensrechtliche Auseinandersetzung mit einer das Allgemeininteresse berührenden Frage, nämlich der Frage der Kinderzuteilung und -alimentation in einer gewissen Beziehung steht. Der Richter hat bei der Kinderzuteilung und bei der Kinderalimentation die finanzielle Lage der Ehegatten zu berücksichtigen. Er stellt dabei auf die ihm sichtbare gegenwärtige Lage ab. Wenn diese Lage ohne sein Wissen durch Vergleich nachträglich verändert werden könnte, so würden seine Verfügungen, die in erster Linie im Interesse der Kinder getroffen worden sind, den Verhältnissen nicht mehr entsprechen.

Auch diese Erwägung rechtfertigt, die Vergleiche in vermögensrechtlicher Beziehung der richterlichen Genehmigung zu unterwerfen.

Abgesehen von dieser Einschränkung gilt in vermögensrechtlicher Beziehung sowohl für den Kläger wie für den Beklagten Verhandlungsmaxime. Es gilt somit:

Die allgemeine Voraussetzung, die Tatsache der Scheidung bzw. die Ungültigerklärung, untersteht in Ansehung der bejahenden Tatsachen den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime, in Ansehung der verneinenden Tatsachen der Offizialmaxime, bei der Nichtigerklärung überhaupt der Offizialmaxime.

Die speziellen Voraussetzungen: die Beeinträchtigung von Anwartschaften (Art. 151, Abs. 1), die Verletzung der persönlichen Verhältnisse (Art. 151, Abs. 2) und die grosse Bedürftigkeit (Art. 152) unterstehen auch bei der Nichtigerklärung der Verhandlungsmaxime. Das Gleiche gilt bei den Ansprüchen wegen Beeinträchtigung der Anwartschaften, Verletzung der persönlichen Verhältnisse bezüglich der Schuldlosigkeit des Klägers und der Schuld des Beklagten, sowie bei der grossen Bedürftigkeit bezüglich

der Schuldlosigkeit des Klägers. Sie unterliegen alle der Disposition und Beweispflicht des Klägers.

Auch hier ist eine Beweistätigkeit des Beklagten oft nicht nötig, weil die zu beweisende Tatsache beim Erheben der den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen *ex officio* bereits bewiesen worden ist.

Es ist nach dem Gesagten sehr wohl denkbar, dass die Scheidung an sich zustande kommt, der Kläger dagegen mit seinen vermögensrechtlichen Ansprüchen mangels Beweises abgewiesen wird, weil ihm der Beweis der speziellen Voraussetzungen dieser Ansprüche misslungen, bzw. dem Beklagten der Gegenbeweis gelungen ist.

Damit ist dargetan, wie weit in drei Prozessverfahren, der Scheidung bzw. Trennung, der Anfechtung und Nichtigerklärung, und der Untersagung des Eheabschlusses, Verhandlungsmaxime und wie weit Offizialmaxime gilt.

Es verbleibt noch zu betrachten, welche Rolle der Staatsanwalt neben dem Richter in diesen Verfahren spielt und inwiefern für seine Tätigkeit die Grundsätze der Offizialmaxime Anwendung finden müssen.

IX.

Das ZGB schreibt in den Art. 109 und 121 vor, dass die Klage auf Untersagung des Eheabschlusses wegen vorhandenen Nichtigkeitsgrundes und die Nichtigkeitsklage von Amts wegen zu erheben sind und zwar durch eine Amtsstelle. Das baselstädtische Einführungsgesetz bezeichnet in den §§ 23 und 25 als solche die Staatsanwaltung. Überdies bestimmt § 27 der ZPO, dass auch bei den übrigen Streitigkeiten über Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe, über Trennung, Scheidung oder Ungültigerklärung einer Ehe der Staatsanwalt der Gerichtsverhandlung beiwohnen, Anträge stellen, die Aufnahme von Beweisen beantragen, Fragen an Parteien und Zeugen richten und die Appellation ergreifen darf.

Es erhebt sich die Frage, welches Prozessprinzip für die Klage des Staatsanwaltes im Untersagungs- und Nichtigkeitsverfahren und für die Tätigkeit des Staatsanwaltes bei den übrigen Eheprozessen gilt. Die Frage wurde bereits früher im Sinne der Offizialmaxime entschieden. Hier soll sie eingehender erörtert werden.

Das Allgemeininteresse, das darin besteht, dass keine Bigamie, keine Ehe naher Verwandten und keine Ehe Geisteskranker besteht, verlangt die Initiative des Staates zur Unterdrückung solcher Zustände. Diese Initiative kann aber nicht demjenigen staatlichen Organ zugeteilt werden, das in objektiver und unparteiischer Stellung die Prüfung vornehmen soll, ob der Nichtigkeitsgrund vorliegt. Der Richter kann nicht auch Urheber des Verfahrens auf Untersagung der mit einem Nichtigkeitsgrund behafteten Ehe und des Nichtigerklärungsverfahrens sein. Durch die Einleitung des Verfahrens würde er seine unparteiische Stellung verlieren, er würde gegenüber dem Beklagten Partei und damit zum Richter untauglich. Niemand kann gleichzeitig Kläger und Richter sein. Deshalb muss zur Anhebung und Durchführung der Nichtigkeitsklage und der Untersagungsklage ein besonderes weiteres staatliches Organ, der Staatsanwalt, auftreten, das zum Richter in der Stellung der Partei des Klägers steht und speziell die Klaganhebung besorgt, das aber im Grunde genommen eine Aufgabe erfüllt, die auch der Richter zu erfüllen hat, die Wahrung des Allgemeininteresses. Beide, Staatsanwalt und Richter, arbeiten einander parallel, der erstere als Initiant und als formelle Partei, der letztere als unparteiische Instanz, auf das gleiche Ziel zu, auf die Feststellung des wahren Sachverhaltes bezüglich des Nichtigkeitsgrundes. Beide streben dasselbe, dass die Ehe untersagt bzw. nichtig erklärt wird, wenn der Nichtigkeitsgrund vorliegt, und dass sie umgekehrt gestattet und aufrechterhalten wird, wenn der Nichtigkeitsgrund nicht besteht. Das Allgemeininteresse, das sie verwalten, verlangt das eine wie

das andere und muss unbedingt gegenüber dem entgegenstehenden Einzelinteresse durchgesetzt werden. Daher gilt die Offizialmaxime, sie gilt so gut für den Richter wie für den Staatsanwalt. Der Richter ist bloss der Pflicht zur Klaganhebung enthoben, das ist Sache des Staatsanwaltes. Ist die Klage aber angehoben, so hat der Richter so gut wie der Staatsanwalt die Pflicht, *ex officio* die materielle Wahrheit zu erforschen; und die gefundene materielle Wahrheit hat er dem Entscheid zugrunde zu legen. Beide, Richter und Staatsanwalt sind im Nichtigkeitsverfahren Wächter und Hüter der Offizialmaxime, ebenso beim Untersagungsverfahren hinsichtlich der den Nichtigkeitsgrund bejahenden Tatsachen. Bezuglich der den Nichtigkeitsgrund verneinenden Tatsachen gilt dagegen beim Untersagungsverfahren Verhandlungsmaxime.

Bei der Anfechtungs-, Scheidungs- und Trennungsklage ist die Mitwirkung des Staatsanwaltes oder einer andern besondern Amtsstelle nicht vorgeschrieben. Handelt es sich doch hier nicht darum, das Allgemeininteresse in der Angreiferstellung zu vertreten, es ist vielmehr zu verteidigen. Hiezu ist die Mitwirkung eines zweiten staatlichen Organs nicht so notwendig. Die baselstädtische ZPO sieht aber auch hier diese Mitwirkung vor, allerdings neuerdings nur fakultativ.

Auch bei der Scheidungs-, Trennungs- und Anfechtungsklage kann der Staatsanwalt nur das Allgemeininteresse vertreten, das hier darin besteht, dass keine Scheidung, Trennung oder Ungültigerklärung ohne Vorhandensein eines Scheidungs-, Trennungs- und Anfechtungsgrundes stattfinde. Daran, dass geschieden, getrennt oder ungültigerklärt wird, daran hat die Allgemeinheit kein Interesse. Das berührt daher auch den Staatsanwalt nicht. Das Allgemeininteresse verlangt von ihm, dass er darauf achte, dass der Kläger den Scheidungs-, Trennungs- und Anfechtungsgrund strikt beweise, dass er als offizieller „*contradictor*“ diese Gründe solange wie möglich bestreite, die sie ausschliessenden und verneinenden Tatsachen

vorbringe und beweise. Niemals aber verlangt das Allgemeininteresse von ihm, dass er den Scheidungs-, Trennungs- und Anfechtungskläger beim Beweis des Klaggrundes unterstütze. Tut er das, so verkennt er vollständig seine Aufgabe und Stellung. Dann wahrt er nicht mehr das Allgemeininteresse, das er wahren soll, sondern verletzt es, er wahrt das Einzelinteresse des Klägers, das ihn nichts angeht. Es ist daher ganz verkehrt, wenn der Staatsanwalt die Nachstellung nach dem Leben, die schwere Ehrenkränkung und Misshandlung, das entehrende Verbrechen, den lasterhaften Lebenswandel, die böswillige Verlassung und die tiefe Zerrüttung nachzuweisen sich bemüht. Er soll vielmehr gerade das Gegenteil zu beweisen suchen, nämlich, dass diese Tatbestände nicht bestehen. Die Aufgabe des Staatsanwaltes im Scheidungs-, Trennungs- und Anfechtungsverfahren ist ganz dieselbe wie diejenige, welche auch der Richter *ex officio* hat. Der Richter erhebt *ex officio* auch keine Beweise für die Scheidungs-, Trennungs- und Anfechtungsgründe, da hält er sich durchaus an die Anträge des Klägers, er nimmt nur nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime die ihm von diesem angebotenen Beweise ab, mehr tut er nicht. Wohl aber erhebt er *ex officio* die die Scheidungs-, Trennungs- und Anfechtungsgründe ausschliessenden d. h. verneinenden Tatsachen. Hier vertritt er das Allgemeininteresse. Ebenso der Staatsanwalt.

Für die Tätigkeit des Staatsanwaltes muss unbedingt auch hier Offizialmaxime gelten. Denn das Allgemeininteresse, das er verwaltet und vertritt, verträgt nur dieses Prozessprinzip. Es ist mit der Verhandlungsmaxime nicht vereinbar.

Somit kommen wir zu dem übrigens ganz selbstverständlichen Schluss: Für die Staatsanwaltschaft, die im Eheprozessrecht stets nur das Interesse der Allgemeinheit vertritt, gilt stets Offizialmaxime, nie Verhandlungsmaxime. Sie kann gar nie in den Fall kommen, prozessuale Handlungen vorzunehmen, welche nach dem Prinzip der Verhandlungsmaxime zu behandeln wären.

X.

§ 27 der baselstädtischen ZPO verpflichtet den Staatsanwalt, vor dem Zivilgericht bei der Scheidung wegen Ehebruchs den Strafantrag zu stellen. Sein Mitwirken ist in diesem Fall auch heute noch obligatorisch. Er funktioniert als öffentlicher Ankläger in einem neben dem Scheidungsverfahren laufenden Strafverfahren. Aus § 27 der ZPO ergibt sich zunächst, dass der Strafantrag vor dem Zivilgericht zu stellen ist, dass also das Zivilgericht zur Erledigung der Bestrafung wegen Ehebruchs zuständig ist und nicht das Strafgericht. Aus § 27 ergibt sich ferner, dass der Staatsanwalt seinen Strafantrag anlässlich seiner Tätigkeit im zivilprozessualen Scheidungsverfahren zu stellen hat. Daraus folgt weiter, dass zivilprozessuale Scheidungsverfahren und prozessuale Strafverfahren gleichzeitig in ein und demselben Verfahren zu erledigen sind.

Früher, vor dem 1. Januar 1912, war die Kompetenz des Zivilgerichts zur Ehebruchsstrafe und die Vereinigung des Strafverfahrens mit dem Zivilverfahren ausdrücklich statuiert in § 25 des Gerichtsorganisationsgesetzes. § 25 war eine Ausnahmebestimmung zu § 29 des Gerichtsorganisationsgesetzes, welche für Strafsachen die Kompetenz des Strafgerichts begründet.

Durch § 258 des Einführungsgesetzes zum ZGB ist § 25 revidiert worden. Dabei ist die Bestimmung, welche die Kompetenz des Zivilgerichts für die Ehebruchsstrafe statuierte, beseitigt worden. Es wäre aber unrichtig, hieraus den Schluss zu ziehen, dass nun § 29 auch für die Ehebruchsstrafe gelte, d. h. die Kompetenz vom Zivilgericht auf das Strafgericht übergegangen sei. Die Kompetenz des Zivilgerichtes ergibt sich, wie bereits erwähnt, implizite aus § 27 der Zivilprozessordnung, ebenso die Vereinigung der Zivil- und der Strafsache in einem Verfahren.

Diese Vereinigung bietet nun für die uns beschäftigende Frage eine Schwierigkeit.

Für den Strafpunkt kann natürlich nur die Strafprozessordnung und das in den §§ 70 und 71 daselbst aufgestellte Prinzip der unbeschränkten Offizialmaxime Anwendung finden. Es widerspricht dem Zweck der Bestrafung und dem Wesen der Strafe, die zivilprozessualen Grundsätze hier anzuwenden, vorab die mit dem Prinzip der Verhandlungsmaxime verknüpften Grundsätze. Die Bestrafung des Ehebruchs erfolgt wie jede Bestrafung im Interesse der Allgemeinheit. Die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung verlangt, dass jede Verletzung derselben geahndet werde. Der Gegenstand des Strafprozesses ist dieses Allgemeininteresse, das als subjektiver Strafanspruch des Staates anerkannt und geschützt wird. Es ist mit dem Charakter dieses Anspruchs ganz unvereinbar, dass der einzelne Private ihn nach seinem Belieben im Prozesse verwaltet oder auch nur den geringsten derartigen Einfluss auf ihn ausübt. Der Strafanspruch des Staates kann, wie jedes Interesse und Recht der Allgemeinheit, nur *ex officio* vertreten werden. Das staatliche Organ, der Richter im Verein mit dem Staatsanwalt, sind auch hier die berufenen Verwalter des Allgemeininteresses. Sie verwalten das Interesse und können es nur nach den Grundsätzen der Offizialmaxime verwalten. Gewisse Grundsätze der Verhandlungsmaxime, wie diejenigen der Contumaz und Präclusion wären auch geradezu unverträglich mit den verfassungsmässigen Garantien des Angeklagten und würden eine Rechtsungleichheit bedeuten, welche Art. 2 der BV verletzt.

Besteht aber Offizialmaxime nach § 70 und 71 der Strafprozessordnung für die Tatbestandsfeststellung im Ehebruchsstrafverfahren, so muss dieses Prozessprinzip auch das gleichzeitig stattfindende Zivilverfahren beeinflussen. Im Zivilverfahren gilt Verhandlungsmaxime für die den Scheidungsgrund, hier den unverjährten Ehebruch, bejahenden Tatsachen und Offizialmaxime für die ihn verneinenden Tatsachen. Im Strafverfahren gilt unbeschränkte Offizialmaxime für die bejahen-

den wie die verneinenden Tatsachen. Beim Zivilverfahren ist die Offizialmaxime ganz, die Verhandlungsmaxime teilweise, nämlich hinsichtlich Anträge und Substanzierung bündesrechtlich vorgeschrieben (nicht hinsichtlich der Beweisführung), beim Strafverfahren beruht die Offizialmaxime in erster Linie auf kantonalem Recht, in zweiter Linie aber, nämlich soweit verfassungsmässige Rechte des Angeklagten und Art. 2 der BV die Offizialmaxime vorschreiben, ebenfalls auf Bundesrecht.

Der Konflikt wird dadurch gemildert, dass § 88 des Strafgesetzbuches den Ehebruch nur dann für strafbar erklärt, wenn seinetwegen die Scheidung erfolgt, d. h. wenn nach Art. 137 geschieden wird. Kommt die Scheidung nicht zustande, so wird das Strafverfahren gegenstandslos.

Es frägt sich nun, wie man diese Vorschrift, laut welcher der Ehebruch nur strafbar sein soll, wenn er zur Scheidung führt, auffasst, ob als prozessuale Vorschrift, dann ist die Scheidung Voraussetzung der Strafverfolgung, ähnlich dem Strafantrag, oder als materiellrechtliche Vorschrift, dann ist sie Bestandteil des Ehebruchstatbestandes. Im ersten Fall kann das Strafverfahren erst einsetzen, wenn die Scheidung erfolgt. Der Staatsanwalt und der Richter haben während der Verhandlung zunächst bloss den Zivilpunkt zu berücksichtigen und Offizialmaxime bloss gegen den Ehebruch anzuwenden. Am Schluss der Verhandlung hat der Staatsanwalt für den Fall der Scheidung den Strafantrag zu stellen, bei der Urteilsfällung der Richter mit der Scheidung die Strafe auszusprechen. Ist die Tatsache der Scheidung Bestandteil des Ehebruchstatbestandes, dann ist vor der Scheidung der Ehebruchstatbestand noch nicht vollständig existent, es fehlt noch ein Teil; ob dieser Teil existent wird oder nicht, ist unabhängig vom Willen des Angeklagten.

Die Frage der Scheidung oder Nichtscheidung löst sich, die Stellung und Aufrechterhaltung der Scheidungsklage durch den Kläger vorausgesetzt, von selbst auf Grund des vorhandenen Materials. Der Staatsanwalt und der

Richter werden daher nach den strafprozessualen Grundsätzen über Verbrechensverfolgung vorläufig nach den Vorschriften der Strafprozessordnung *ex officio* die Ehebruchstatsachen erheben, und zwar sowohl die den Ehebruch bejahenden, wie die ihn verneinenden und im Falle der Scheidung, aus diesen Erhebungen das Fazit ziehen, der Staatsanwalt durch Stellung des Strafantrages, der Richter durch Fällung des Strafurteils. Es ergibt sich, dass, wenn die Scheidung Strafverfolgungsvoraussetzung ist, der Konflikt zwischen Offizial- und Verhandlungsmaxime zugunsten der letzteren zu entscheiden ist und auch die Scheidung wegen Ehebruchs ganz gleich wie die übrigen Scheidungen behandelt wird. Ist die Scheidung Tatbestandsbestandteil, dann gilt infolge der für den Strafpunkt massgebenden Strafprozessordnung für die Scheidung wegen Ehebruchs Offizialmaxime hinsichtlich der Beweisführung über die den Scheidungsgrund bejahenden Tatsachen, nicht nur für die ihn verneinenden Tatsachen.

Beide Lösungen sind bundesrechtlich zulässig. Auch wenn die Scheidung als Tatbestandsmerkmal aufgefasst wird und die Beweisaufnahme auch hinsichtlich der den Ehebruch bejahenden Tatsachen *ex officio* erfolgt, auch dann wird kein Bundesrecht verletzt. Die bundesrechtlichen Vorschriften, welche im Sinne der Verhandlungsmaxime lauten (Art. 137 ZGB), erfordern bloss, dass die Scheidung nur auf Antrag des Einzelnen erfolgt und nur solange ausgesprochen werden kann, als dieser Antrag, die Scheidungsklage, nicht zurückgezogen wird. Sie verlangen, dass die Wahl des Scheidungsgrundes vom Einzelnen vorgenommen wird, dass also eine Scheidung wegen Ehebruchs nur dann erfolgt, wenn die Klage auf diesen Tatbestand gerichtet ist. Sie verlangen aber nicht, dass der Scheidungskläger den Ehebruch beweist; das folgt aus der kantonalen ZPO speziell aus § 183. Es ist bundesrechtlich zulässig, dass die den Ehebruch bejahenden Tatsachen *ex officio* vom Richter und Staatsanwalt bewiesen werden und dem Kläger überlassen wird, auf Grund

dieser Beweise nach seinem Belieben seine Anträge zu stellen bzw. aufrechtzuerhalten und zu substanzieren.

Die Frage, ob die Scheidung Strafverfolgungsvoraussetzung oder Tatbestandsbestandteil ist, entscheidet sich nach kantonalem Recht. Massgebend ist sowohl der Wortlaut des § 88 des Strafgesetzbuches, wie der Sinn und Zweck der in § 27 der ZPO niedergelegten Grundsätze der obligatorischen Mitwirkung des Staatsanwaltes beim Strafverfahren und der Vereinigung von Zivil- und Strafverfahren.

Dafür, dass die Scheidung Tatbestandsbestandteil des Ehebruchs ist, spricht nun schon die Stellung der Bestimmung im materiellen Strafgesetz. Wäre sie Strafverfolgungsvoraussetzung, so wäre ihr Platz im Strafprozessrecht, in Basel speziell im kantonalen Gesetz betreffend Einleitung des Strafverfahrens. Allzusehr darf allerdings auf dieses Moment nicht abgestellt werden, weil der Gesetzgeber sich nicht unbedingt an die Regeln der Systematik hält. Auch der Strafantrag ist im materiellen Gesetz geregelt, trotzdem er unzweifelhaft Strafverfolgungsvoraussetzung ist. Ferner spricht für die Auffassung, dass die Scheidung Tatbestandsmerkmal ist, der Wortlaut des § 88 des Strafgesetzbuches. Nicht die Strafverfolgungsmöglichkeit, sondern die Strafbarkeit selbst ist an die Bedingung der Scheidung geknüpft. Der nicht zur Scheidung führende Ehebruch ist wohl eine Verletzung der Ehebruchsnorm, aber nicht eine strafbare Verletzung, es ist wohl ein Delikt, nicht aber ein Verbrechen, denn das Verbrechen setzt die Strafbarkeit voraus. Auch auf dieses Moment kann jedoch nicht entscheidendes Gewicht gelegt werden. Der Gesetzgeber ist in der Fassung nicht so präzis, er will nicht beim Wort genommen werden. Entscheidend ist das Obligatorium der staatsanwaltlichen Intervention, das in § 27 der ZPO aufgestellt ist. Bei den übrigen Scheidungen kann, bei der Scheidung wegen Ehebruchs muss der Staatsanwalt mitwirken. Das Obligatorium erklärt und rechtfertigt sich nur durch die Notwendigkeit, beim Strafpunkt das Accusationsprinzip

durchzuführen, das dem modernen Strafprozessrecht eigen ist. Das Interesse der Allgemeinheit sowohl an der Sühne der Schuld durch Bestrafung des Schuldigen wie an dem Schutz des Unschuldigen vor ungerechter Strafe verlangt die obligatorische strafprozessuale Mitwirkung des Staatsanwaltes. Diese Mitwirkung kann nicht bloss am Schluss der Verhandlung in der Stellung der Anträge bestehen, wie dies der Fall wäre, wenn die Scheidung Strafverfolgungsvoraussetzung wäre; sie muss sich auf den ganzen Prozess, speziell auch auf die Tatbestandsfeststellung erstrecken. Für die Annahme, dass die Scheidung Tatbestandsmerkmal ist, spricht aber auch die Vereinigung des Strafverfahrens mit dem Scheidungsverfahren. Die Auffassung, dass die Scheidung Strafverfolgungsvoraussetzung ist, schaltet infolge dieser Vereinigung der beiden Verfahren den Staatsanwalt beim Beweis der den Ehebruch bejahenden Tatsachen aus. Sie überbindet diesen Beweis ausschliesslich dem Scheidungskläger und bringt hier Verhandlungsmaxime zur Geltung. Das läuft aber im praktischen Resultate darauf hinaus, dass die Eruierung auch des strafrechtlichen Ehebruchstatbestandes hinsichtlich der belastenden Tatsachen der Verhandlungsmaxime unterstellt wird.

Dieses Resultat lässt sich aber mit den Grundprinzipien des Strafrechts und Strafprozessrechts nicht mehr völlig vereinbaren, findet auch im Strafrecht und Strafprozessrecht nirgends eine Analogie. Überall und immer, bei Offizialverbrechen, bei Antragsverbrechen und im Privatklageverfahren gilt für die Tatbestandsfeststellung unbedingte Offizialmaxime. Beim Antragsverbrechen setzt die Tatbestandsfeststellung erst ein, wenn der Strafantrag vorliegt, beim Privatklageverfahren geschieht die Tatbestandsfeststellung durch den Privaten und den Richter, sie geschieht aber auch hier nach den Grundsätzen der Offizialmaxime und nicht der Verhandlungsmaxime. Auch im Ehebruchsverfahren muss der Ehebruchstatbestand nach den Grundsätzen der Offizialmaxime erhoben werden und

zwar sowohl die bejahenden wie die verneinenden Tatsachen, das belastende und das nicht belastende Material. Die Tatbestandsfeststellung geschieht allerdings hinsichtlich der belastenden Tatsachen vorläufig nur vorsorglich, aber sie geschieht nichtsdestoweniger *ex officio*.

Dass die deutsche Literatur beim Ehebruch die Scheidung überwiegend als Strafverfolgungsvoraussetzung auffasst, fällt deshalb nicht in Betracht, weil das deutsche Recht Scheidungsverfahren und Strafverfahren trennt, das letztere dem erstern nachfolgen lässt und dadurch ermöglicht, dass nach erfolgter Scheidung die für die Bestrafung notwendige Tatbestandsfeststellung im Strafverfahren nach den Grundsätzen der Offizialmaxime erfolgen kann. Es besteht nicht die Vereinigung der beiden Verfahren, die, sofern die Scheidung als Strafverfolgungsvoraussetzung aufgefasst wird, die teilweise Feststellung des Scheidungstatbestandes nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime zur Folge hat.

Demnach ergibt sich, dass in Baselstadt bei der Scheidung wegen Ehebruchs kraft kantonalen Rechts nicht nur für die den Ehebruch verneinenden Tatsachen, sondern auch für den Beweis der bejahenden Tatsachen Offizialmaxime gilt; somit die Verhandlungsmaxime hier nur noch für die Stellung der Klagbegehren und die Substanzierung derselben übrigbleibt.

XI.

Damit ist die Frage, wie weit in den an die Ehe sich knüpfenden Prozessen Verhandlungsmaxime und wie weit Offizialmaxime gilt, beantwortet. Es verbleibt nun noch, die gewonnenen Resultate in Thesen zusammenzufassen. Diese Thesen sind die folgenden:

I. Klage auf Untersagung des Eheabschlusses.

1. Es gilt hier Offizialmaxime für die den gesetzlichen Nichtigkeitsgrund bejahenden Tatsachen, Verhandlungsmaxime für die ihn verneinenden Tatsachen.

II. Nichtigkeitsklage.

2. Es gilt unbeschränkte Offizialmaxime.

III. Anfechtungsklage.

3. Es gilt Verhandlungsmaxime für die den Anfechtungsgrund bejahenden Tatsachen, Offizialmaxime für die ihn verneinenden Tatsachen.

IV. Scheidung oder Trennung aus andern Gründen als Ehebruch.

4. Es gilt Verhandlungsmaxime für die den Scheidungsgrund bejahenden und Offizialmaxime für die ihn verneinenden Tatsachen.

V. Scheidung wegen Ehebruchs.

5. Es gilt Verhandlungsmaxime für die Anträge und ihre Substanzierung hinsichtlich der den Ehebruch bejahenden Tatsachen und Offizialmaxime hinsichtlich der Beweisführung dieser Tatsachen und hinsichtlich der den Ehebruch verneinenden Tatsachen.

6. Zu den den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen gehören auch die Verjährung und die Zustimmung, nicht aber die Verzeihung.

7. Zu den den Anfechtungsgrund verneinenden Tatsachen gehört auch die Verjährung.

8. Bei der Scheidung und Ungültigerklärung gilt Offizialmaxime für die Kinderzuteilung und die Kinderalimentation, und Verhandlungsmaxime für die vermögensrechtliche Auseinandersetzung unter Ausschluss des Vergleichs.

9. Die Offizialmaxime besteht nicht nur in der Unzulässigkeit der Anerkennung, des Geständnisses, der Kontumazierung und der Präklusion, sondern im Erforschen und Beweisen von Tatsachen durch den Richter und Staatsanwalt, also im Erforschen und Beweisen der den Nichtigkeitsgrund bejahenden oder verneinenden Tatsachen, der den Anfechtungs-, Scheidungs- oder Trennungsgrund verneinenden Tatsachen, der den Ehebruch bejahenden oder verneinenden Tatsachen.

10. Für den Staatsanwalt gilt, wo er auftritt, stets Offizialmaxime, niemals Verhandlungsmaxime.
