



**Kantonsgericht von Graubünden
Tribunale cantonale dei Grigioni
Dretgira chantunala dal Grischun**

Ref.:
ZF 03 21

Chur, 08. Juli 2003

Schriftlich mitgeteilt am:

Urteil

Zivilkammer

Vizepräsident Bochsler (Vorsitz), Vizepräsident Schlenker, Kantonsrichter Heinz-Bommer, Jegen und Riesen-Bienz, Aktuarin Duff Walser.

In der zivilrechtlichen Berufung

des E., Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et oec. Pius Fryberg, Postfach 731, Vazerolgasse 2, 7002 Chur,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Landquart vom 8. Januar 2003, mitgeteilt am 13. März 2003, in Sachen der G., Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Fadri Ramming, Postfach 658, Lindenquai/Hinterm Bach 6, 7002 Chur, gegen den Beklagten und Berufungskläger,

betreffend Ehescheidung und Nebenfolgen,

hat sich ergeben:

A. Die Parteien heirateten am 13. Juli 1990 vor dem Zivilstandsamt A.. Aus der Ehe der Parteien sind die beiden Kinder B., geboren am 3. September 1993, und C., geboren am 9. September 1999, hervorgegangen.

B. Nachdem G. und F. mit ihrem gemeinsamen Scheidungsbegehren an den Bezirksgerichtspräsidenten Landquart gelangt waren, schlossen die Parteien am 2. Juli 2002 eine Teil-Ehescheidungskonvention im Sinne von Art. 112 ZGB ab. Mit prozessleitender Verfügung vom 4. Juli 2002 stellte der Bezirksgerichtspräsident Landquart fest, dass die Teilkonvention nach einer ersten Prüfung voraussichtlich genehmigt werden könne. Gleichzeitig wurde den Parteien empfohlen, bezüglich der noch streitigen Punkte eine Konvention abzuschliessen. Am 19. August 2002 teilte G. dem Bezirksgerichtspräsidenten mit, dass über den offen gebliebenen Punkt des nachehelichen Unterhalts für die Ehefrau keine Einigung habe erzielt werden können. In der Folge setzte der Bezirksgerichtspräsident Landquart G. gestützt auf Art. 112 Abs. 3 ZGB Frist zur Einreichung entsprechender Anträge und Beweismittel an. Mit Prozesseingabe vom 10. September 2002 kam G. dieser Aufforderung nach und stellte folgende Rechtsbegehren:

- „1. *Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin folgende auf Art. 125 ZGB abgestützte, monatlich zu leistende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar pränumerando am Ersten eines jeden Monats:*
 - *bis zum 31.09.2006: CHF 1'700.--*
 - *bis zum 30.09.2011: CHF 1'200.--*
 - *bis zum 30.09.2017: CHF 600.--*
2. *Der Unterhaltsbeitrag sei zu indexieren (Landesindex der Konsumentenpreise).*
3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.“*

F. verzichtete auf eine Prozessantwort und reichte auch keine Beweismittel ein. Mit Beweisverfügung vom 15. Oktober 2002 forderte der Bezirksgerichtspräsident die Parteien auf, die in den Rechtsschriften zur Produktion angemeldeten sowie die von der Gegenpartei zur Edition verlangten Urkunden, soweit noch nicht beigebracht, bis zum 4. November 2002 einzureichen. Am 24. Oktober 2002 lud der Bezirksgerichtspräsident die Parteien auf den 8. Januar 2003 zur Hauptverhandlung vor. Gleichzeitig setzte er für nachträgliche Beweisanträge gemäss Art. 98 ZPO Frist bis zum 13. November 2002 an.

C. Mit Urteil vom 8. Januar 2003, mitgeteilt am 13. März 2003, erkannte das Bezirksgericht Landquart:

„1. Die am 13. Juli 1990 in A. geschlossene Ehe zwischen F. und G. wird gerichtlich geschieden.

2. (...).

3. (...).

4. (...).

5. F. wird gerichtlich verpflichtet, G. ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils folgende nachehelichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- bis zum 30.09.2006: Fr. 1'560.--
- bis zum 30.09.2011: Fr. 1'060.--
- bis zum 30.09.2017: Fr. 460.--

Ab Oktober 2017 entfällt die Zahlungsverpflichtung des Beklagten.

6. Die Höhe der Unterhaltsbeiträge gemäss vorstehender Ziff. III/4 und III/5 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise (Basis Mai 2000 = 100 Punkte). Diese Unterhaltsbeiträge sind jährlich per 1. Januar, erstmals per 1. Januar 2004, gemäss der nachstehenden Formel den veränderten Verhältnissen anzupassen:

$$\text{neuer UB} = \frac{\text{alter UB} \times \text{neuer Index}}{\text{Basisindex.}}$$

7. (...)

8. (...).

9. Die Kosten des Verfahrens vor Bezirksgericht Landquart, bestehend aus:

- einer Gerichtsgebühr von	Fr. 3'335.--
- einer Schreibgebühr von	Fr. 770.--
- den Barauslagen von	<u>Fr. 95.--</u>
total somit	<u>Fr. 4'200.--</u>

werden F. zu 8/10 und G. zu 2/10 auferlegt. F. hat G. zudem eine reduzierte ausseramtliche Entschädigung von Fr. 500.-- zu bezahlen.

10. (Rechtsmittelbelehrung).

11. (Mitteilung).“

Der Beklagte wollte im Zuge seiner Ausführungen vor Schranken ein vom 19. November 2002 datiertes Arztzeugnis ins Recht legen und damit beweisen, dass er nur zu 50% arbeitsfähig sei. Die Vorinstanz lehnte es jedoch gestützt auf Art. 108 Abs. 2 ZPO ab, das angebotene Beweismittel ins Recht zu nehmen, weil der Ge-

genanwalt dagegen opponierte. Mit der gleichen Begründung wurde auch der Antrag von F. auf Beizug der Akten aus dem Eheschutzverfahren abgewiesen. Die Behauptungen des Beklagten hinsichtlich seiner gesundheitlichen Probleme wurden gestützt auf Art. 8 ZGB als unbewiesen qualifiziert. Die Vorinstanz rechnete F. ein hypothetisches Einkommen bei 100%-Arbeitsfähigkeit als Werkstattchef in Höhe von Fr. 5'600.-- an.

D. Dagegen liess F. mit Eingabe vom 7. April 2003 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären. Seine Rechtsbegehren lauten:

„I. RECHTSBEGEHREN

1. *Die Ziffern 5, 6 (soweit sie die Rente an die Ehefrau anbetrifft) sowie 9 des Dispositivs des angefochtenen Urteils seien aufzuheben.*
2. *Das Begehren der Klägerin und Berufungsbeklagten um Zusprechung eines nachehelichen Unterhaltes sei abzuweisen.*
3. *Die Kosten des Verfahrens vor Bezirksgericht Landquart seien der Klägerin und Berufungsbeklagten aufzuerlegen, welche zudem zu verpflichten sei, den Beklagten und Berufungskläger für das Verfahren vor erster Instanz aussergerichtlich mit Fr. 1'000.--, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu entschädigen.*
4. *Eventuell sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an das Bezirksgericht Landquart zurückzuweisen.*
5. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuer, für das Verfahren vor Kantonsgericht zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten.*

II. PROZESSUALE ANTRÄGE

1. *Das anlässlich der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht Landquart gefällte Beurteil, wonach der Beklagte das neue Arztzeugnis nicht mehr einreichen dürfe und wonach die Akten des Eheschutzverfahrens nicht herangezogen werden, sei aufzuheben.*
2. *Es seien noch folgende Beweismittel als relevant zu erklären:*

A Urkunden

1. *Arztzeugnis Dr. med. D. vom 19. November 2002*
2. *Schreiben Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Graubünden vom 13. Dezember 2002*
3. *Neuropsychologischer Kurzbericht der Klinik E. vom 12. Februar 2003*
4. *Arztzeugnis Dr. med. D. vom 7. April 2003*

B Editionen

1. *Aus Händen der Klägerin und Berufungsbeklagten:*
 1. *Arbeitsvertrag neuesten Datums*
 2. *Lohnausweis für das Jahr 2002*
2. *Aus Händen des Bezirksgerichts Landquart*
 - *Sämtliche Akten, insbesondere auch die Akten des Eheschutzverfahrens, resp. die Akten betr. Abänderung des Eheschutzverfahrens.*

C Expertise

Allenfalls sei über die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit des Beklagten und Berufungsklägers ein Gutachten einzuholen.

Experten nomination und Expertenfragen vorbehalten.

D Richterliche Befragung des Beklagten und Berufungsklägers“

Zur Begründung der prozessualen Anträge stützte sich der Berufungskläger im wesentlichen auf Art. 138 Abs. 1 ZGB ab. Da gemäss Bundesrecht in der oberen kantonalen Instanz neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden könnten, mache es aus prozessökonomischen Gründen wenig Sinn, im Verfahren vor erster Instanz die Einlage neuer Urkunden von der Zustimmung der Gegenpartei abhängig zu machen.

E. Mit Verfügung vom 5. Juni 2003 setzte das Kantonsgerichtspräsidium G. Frist bis zum 26. Juni 2003 an, um zu den prozessualen Anträgen und der dazu angeführten Begründung in der Berufung von F. schriftlich Stellung zu nehmen. Gleichzeitig teilte es den Parteien mit, dass das Gericht nach Eingang der Stellungnahme der Berufungsbeklagten ohne mündliche Berufungsverhandlung (Art. 224 Abs. 2 und 3 ZPO) über die prozessualen Anträge des Berufungsklägers und die Frage einer allfälligen Rückweisung an die Vorinstanz zur Aktenergänzung und Neubeurteilung (Art. 229 Abs. 2 ZPO) entscheiden werde.

F. In ihrer Stellungnahme vom 26. Juni 2003 liess G. die Abweisung der Berufung beantragen, soweit darauf einzutreten sei. Sie machte im wesentlichen geltend, die Bestimmung von Art. 138 Abs. 1 ZGB gelte ausschliesslich für das Verfahren vor der oberen kantonalen Instanz und finde weder auf das erstinstanzliche Verfahren noch auf jenes vor Bundesgericht Anwendung. Die in der Bündnerischen ZPO geltende Eventualmaxime werde durch das Bundesrecht somit nicht einge-

schränkt. Die von der Vorinstanz gefällten Beurteile seien daher rechtmässig, weshalb die Berufung schon aus diesem Grunde abzuweisen sei.

Auf die weitere Begründung der Anträge in den Rechtsschriften sowie auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil wird, soweit erforderlich, im folgenden eingegangen.

Die Zivilkammer zieht in Erwägung :

1. Gegen Urteile der Bezirksgerichte in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr. 8'000.-- ist Berufung gegeben (Art. 218 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 1 ZPO). Sie ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO). Die Berufung beschränkt sich im vorliegenden Fall auf vermögensrechtliche Folgen der Scheidung; im Scheidungspunkt wird das vorinstanzliche Urteil nicht angefochten. Im Hinblick auf Art. 51 Abs. 1 lit. a OG darf festgestellt werden, dass die Berufung den Streitwert von mindestens Fr. 8'000.-- gemäss Art. 46 OG erreicht, weshalb auch die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts als Berufungsinstanz gegeben ist (Art. 218 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 1 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erklärt, und der Berufungskläger ist beschwert. Auf die Berufung ist daher einzutreten.

2. Gemäss der für das Ehescheidungsverfahren geltenden Spezialbestimmung von Art. 138 Abs. 1 ZGB können in der oberen kantonalen Instanz neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden. Unerheblich ist dabei, ob es sich um echte oder unechte Noven handelt (vgl. Schwenger, Praxiskommentar, Scheidungsrecht, Basel 2000, N 6 zu Art. 138 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 15 zu Art. 138 ZGB). Mit der zitierten Bestimmung enthält das neue Recht eine Vorschrift, die eine allfällige kantonalrechtliche Eventualmaxime, im Sinne eines bundesrechtlichen Minimalstandards einschränkt (vgl. Schwenger, a.a.O., N 1 zu Art. 138 ZGB). Das bedeutet also, dass die bundesrechtliche Vorschrift von Art. 138 Abs. 1 ZGB den Bestimmungen der kantonalen Zivilprozessordnung vorgeht. Im Scheidungsprozess geht es, namentlich beim ehelichen Unterhalt, oft um existentielle Ansprüche. Es ist deshalb uner-

lässlich, dass das Scheidungsurteil soweit als möglich den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung trägt. Der Ermittlung der materiellen Wahrheit kommt eine erhöhte Bedeutung zu. Art. 138 Abs. 1 ZGB will verhindern, dass die Durchsetzung dieser Ansprüche an zivilprozessualen Formalismus scheitert (vgl. Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 7 zu Art. 138 ZGB; Schwenger, a.a.O., N 2 zu Art. 139 ZGB, je mit Hinweisen).

Der Geltungsbereich von Art. 138 Abs. 1 ZGB beschränkt sich gemäss dem klaren Wortlaut der Bestimmung auf das Verfahren vor der oberen kantonalen Instanz. Für das *erstinstanzliche* Verfahren gibt es keine bundesrechtliche Einschränkung der Eventualmaxime (vgl. Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 10 zu Art. 138 ZGB mit Hinweisen). Damit ist klar, dass F. im vorliegenden Berufungsverfahren sowohl neue Anträge stellen als auch neue Urkunden einreichen kann und das Kantonsgericht als obere kantonale Instanz den von ihm eingelegten Arztbericht vom 19. November 2002 gestützt auf Art. 138 Abs. 1 ZGB ins Recht nehmen muss. Demgegenüber lässt sich nach dem Gesagten aus der Vorschrift von Art. 138 Abs. 1 ZGB keine Pflicht zur Entgegennahme neuer Anträge und Beweismittel im erstinstanzlichen Verfahren vor Bezirksgericht ableiten. Den Kantonen steht es jedoch frei, Art. 138 Abs. 1 ZGB für das erstinstanzliche Verfahren inhaltlich zu übernehmen und so das Novenrecht dem Verfahren vor zweiter Instanz anzupassen. Dies erscheint insbesondere auch aus prozessökonomischer Sicht angezeigt, kann dadurch doch ein Gleichlauf zwischen erst- und zweitinstanzlichem Novenrecht sichergestellt werden (vgl. Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 11 zu Art. 138 ZGB; Schwenger, a.a.O., N 4 zu Art. 138 ZGB).

Der Kanton Graubünden hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Art. 4 EGzZGB hält zunächst im Sinne einer generellen Regelung fest, dass der Richter in Ehe- und Unterhaltssachen den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Nötigenfalls dehnt er die Beweisaufnahme auch auf nicht behauptete Tatsachen aus und macht von allen zur Abklärung des Sachverhalts erforderlichen Beweismitteln Gebrauch (Art. 4 EGzZGB, 2. Satz). In Art. 5d Abs. 1 EGzZGB wird sodann festgelegt, dass neue Anträge im Sinne von Art. 138 Abs. 1 ZGB im erstinstanzlichen Verfahren zulässig sind, aber innert der gemäss Art. 98 Ziff. 1 ZPO angesetzten Frist geltend gemacht werden müssen. Werden neue Anträge nach Ablauf dieser Frist gestellt, hat dies nicht deren Ablehnung zur Folge. Die Gegenpartei erhält dadurch lediglich die Möglichkeit, die Verschiebung der Hauptverhandlung zu beantragen. Eine solche hat die Berufungsbeklagte weder vor Bezirksgericht noch in ihrer Stellungnahme ans Kantonsgericht verlangt. Damit steht aber fest, dass die Vor-

instanz das von F. als neues Beweismittel angebotene Arztzeugnis zu Unrecht nicht abgenommen hat. Ebenso wird deutlich, dass das Bezirksgericht den Beizug der Akten des Eheschutzverfahrens in Anbetracht der zitierten Bestimmungen des kantonalen Rechts nicht mit der Begründung ablehnen konnte, dass der entsprechende Antrag zu spät erfolgt sei.

3. Gemäss dem eingereichten Arztbericht vom 19. November 2002 besteht aus neuropsychologischer Sicht eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Umfang von 50%, die auf einen Unfall zurückzuführen ist. Daneben bestehen laut Arztzeugnis weiterhin Schmerzen im Bereich der Schulter/Nackenregion rechts, aufgrund derer die Arbeitsfähigkeit von F. nicht über theoretische 10% gesteigert werden konnte. Acht Monate nach dem aktuellen Unfallereignis müsse aufgrund des bisherigen Verlaufs mit einer längerfristigen Einschränkung der Leistungsfähigkeit mit entsprechender Auswirkung auf die Arbeitstätigkeit gerechnet werden (vgl. BB III. 2).

Die Vorinstanz nahm das eingereichte Arztzeugnis nicht ins Recht und rechnete dem Berufungskläger ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'600.-- bei voller Arbeitsfähigkeit als Werkstattchef an. Aufgrund der Angaben im Arztbericht ergeben sich nun aber im Hinblick auf den Umfang der Arbeitsfähigkeit von F. einige offene Fragen. So stellt sich unter anderem die Frage, ob sich der Gesundheitszustand des Berufungsklägers je bessern wird beziehungsweise dessen Arbeitsfähigkeit in Zukunft überhaupt noch gesteigert werden kann und falls ja, in welchem Zeitraum und Umfang eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit möglich sein wird. Unter der Annahme, dass die Angaben im Arztzeugnis korrekt sind, könnten sich die dem vorinstanzlichen Urteil zugrunde liegenden Berechnungen zur Festsetzung der nachehelichen Unterhaltsbeiträge, je nachdem wie die darin aufgeworfenen Fragen zu beantworten sind, als falsch erweisen. Mit anderen Worten muss je nach Beurteilung der offenen Fragen von völlig anderen Voraussetzungen ausgegangen werden, die eine ganz neue Berechnung des nachehelichen Unterhalts für die Ehefrau erforderlich machen. In Anbetracht der mit dem Arztbericht aufgeworfenen Fragen sind daher weitere Abklärungen nötig. Allenfalls ist zur Beantwortung der offenen Fragen auch eine Begutachtung anzuordnen. Indem die Vorinstanz das eingelegte Arztzeugnis nicht berücksichtigt hat, ist sie also in bezug auf die Frage der Arbeitsfähigkeit von F. von einem nicht entscheidungsreifen Beweisergebnis ausgegangen. Damit steht fest, dass das vorinstanzliche Urteil auf einem nicht abgeklärten Sachverhalt gründet.

Sind aber hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit von F. in Anbetracht der Angaben im eingereichten Arztbericht noch wesentliche Fragen offen, so ist es unzulässig, einfach ein hypothetisches Einkommen bei einer 100%-Arbeitsfähigkeit anzunehmen. In bezug auf die festgesetzten Unterhaltsbeiträge ist das angefochtene Urteil demnach nicht haltbar. Es beruht auf einem Verfahrensfehler der Vorinstanz, die das an der Hauptverhandlung angebotene Beweismittel zu Unrecht nicht abgenommen hat. Liegt aber ein prozessualer Fehler der Vorinstanz vor, der zu einem unhaltbaren Urteil führt, so ist die Berufung von F. schon aus diesem Grunde gutzuheissen und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, ohne dass auf die weiteren Einwände der Parteien näher einzugehen ist. Andernfalls würden die Parteien wegen eines prozessualen Fehlers der Vorinstanz einen kantonalen Instanzenzug verlieren. Anders wäre es allenfalls, wenn der Berufungskläger das Arztzeugnis erst vor Kantonsgericht eingelegt hätte und die Vorinstanz daher keine Kenntnis davon haben konnte. Die ist jedoch vorliegend nicht der Fall. Die Sache ist deshalb an das Bezirksgericht Landquart zurückzuweisen, welches die aufgrund des Arztzeugnisses vom 19. November 2002 aufgeworfenen Fragen im Zusammenhang mit der Arbeitsfähigkeit des Berufungsklägers abzuklären und sodann über die Festsetzung des nahehelichen Unterhalts an G. neu zu entscheiden haben wird (Art. 229 Abs. 2 ZPO).

4. Auf die Erhebung von Kosten für das Berufungsverfahren wird gestützt auf Art. 122 ZPO verzichtet. Da F. im Berufungsverfahren vollumfänglich obsiegt hat, ist ihm zulasten der Berufungsbeklagten eine angemessene ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt die Zivilkammer :

1. Die Berufung wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, Ziff. 5, 6 (soweit sie die Rente an die Ehefrau betrifft) und 9 des angefochtenen Urteils aufgehoben und die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Die Berufungsbeklagte hat den Berufungskläger ausseramtlich mit Fr. 600.-- zu entschädigen.
4. Mitteilung an:

Für die Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden

Der Vizepräsident

Die Aktuarin