

**Art. 52 ZPO, Treu und Glauben.** *Reicht eine Partei ein notwendiges Dokument nicht ein, weil dieses in dem von der Rechtspflege im Internet zur Verfügung gestellten Formular nicht genannt ist, muss sie Gelegenheit erhalten, das Papier nachzubringen.* **Art. 56 ZPO, gerichtliche Fragepflicht.** *Die Fragepflicht ist unter den gegebenen Voraussetzungen auch auszuüben, wenn die Partei an sich keine Noven mehr vortragen dürfte.*

Der Gesuchsteller verlangte den vorläufigen Eintrag eines Handwerkerpfandrechts. Der Einzelrichter wies das Gesuch ab, weil ihm kein Grundbuchauszug beilag. Ergänzungen von Eingaben seien nur im Rahmen von Art. 132 ZPO (Unterschrift, Vollmacht) möglich. Das Obergericht widerspricht. Weil das Pfandrecht mittlerweile - auf ein neues Gesuch hin - eingetragen wurde, ist die Frage nur noch für die Kosten relevant.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

Der Einzelrichter wies das Gesuch ab, weil diesem kein Grundbuchauszug beilag, welcher das Eigentum der Gesuchsgegnerin an dem zu belastenden Grundstück belegte. Er führte zur Begründung aus, eine Frist zum Nachbessern sehe das Gesetz bei materieller Unvollständigkeit nicht vor. Das ist richtig, wenn man nur Art. 132 ZPO betrachtet; dieser nennt einzig die fehlende Unterschrift oder die fehlende Vollmacht - also formelle Mängel - ausdrücklich und soll nach mehrheitlicher Auffassung nicht dazu dienen, die Begründung zu verbessern oder neue Beweismittel einzureichen (BK ZPO-Frei, Art. 132 N. 16 mit zahlreichen Hinweisen). Allgemeiner und nach unstreitiger Auffassung gerade auf die Begründung und die Beweismittel zugeschnitten ist dem gegenüber die Bestimmung von Art. 56 ZPO: bleibt das Vorbringen einer Partei unklar (...) oder offensichtlich unvollständig, gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung. Das steht in einer offenkundigen Spannung sowohl zum Grundsatz, dass die Parteien in eigener Verantwortung Behauptungen aufstellen und Beweismittel nennen müssen (Art. 55 ZPO) als auch zur strikten Neutralität des Gerichts (Art. 47 ZPO). Die Letztere verlangt, dass auch im Rahmen der gerichtlichen Fragepflicht keine eigentlichen Ratschläge erteilt werden (Dike-Kommentar ZPO-Diggelmann Art. 47 N. 42). Und auch der so genannte "Verhandlungsgrundsatz" von Art. 55 ZPO darf durch die gerichtliche Fragepflicht nicht ausgehöhlt werden. Solche Spannungen kennt das Recht allerdings noch und noch, und die Praxis der Gerichte, namentlich des Bundesgerichts, sucht und

findet in aller Regel gangbare Wege, um den verschiedenen Anliegen des Gesetzes gerecht zu werden. So weist das Bundesgericht immer wieder mahnend darauf hin, die Fragepflicht diene nicht dazu, die Folgen unsorgfältigen Prozessierens auszugleichen (nur beispielhaft *BGer 5A\_115/2012* vom 20. Apr. 2012 E. 4.5.2, *BGer 4A\_56/2013* vom 4. Juni 2013 E. 4.4, *BGer 5A\_705/2013* vom 29. Juli 2014). Das ist gewiss zu beherzigen. Allerdings gibt das Gesetz nicht nur den Parteien, sondern auch den Gerichten auf, nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 52 ZPO). Dieser Grundsatz muss dazu führen, dass offenkundige Versehen korrigiert werden können: nicht nur, wenn etwa eine beklagte Partei irrtümlich um Gutheissung statt um Abweisung der Klage ersucht, sondern auch in ähnlichen Fällen. Und nicht ganz überflüssig ist der Hinweis, dass das Verfahrensrecht im Rahmen des Möglichen der Verwirklichung des materiellen Rechts dient, und jedenfalls nicht der Bequemlichkeit der Gerichte.

Im vorliegenden Fall hatte der Gesuchsteller für sein Gesuch ein Formular verwendet. Offenbar ist es eine alte Version des aktuell im Internet von den Gerichten zur Verfügung gestellten Formulars für das Begehren auf vorläufigen Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts. Dieses Formular leitete ihn an, das mit einem Pfandrecht zu belastende Grundstück mit der Katasternummer zu nennen, führte bei den einzureichenden Beilagen aber *keinen Grundbuchauszug* auf (act. 10/2). In dieser Situation hätten es Treu und Glauben, aber auch die gerichtliche Fragepflicht geboten, den Gesuchsteller darauf hinzuweisen, der Grundbuchauszug werde als notwendig erachtet. Dass der Einzelrichter das nicht tat, war ein Fehler. Das Abweisen des Gesuches war damit nicht korrekt, und entsprechend können dem Gesuchsteller keine Kosten auferlegt werden.

So weit es um die Anwendung von Art. 56 ZPO geht, wird freilich auch die Ansicht vertreten, die Fragepflicht könne nicht (mehr) greifen, so bald die so genannte Novenschranke gefallen ist, eine Partei also von sich aus keine neuen Behauptungen und Beweismittel mehr einbringen darf (statt Vieler BSK ZPO-Frei a.a.O.). Dem ist nicht zu folgen. Richtig ist zwar, dass eine dem alten § 115 ZPO/ZH analoge Bestimmung (dass das Novenverbot für das nicht gelte, was als Folge von Fragen des Gerichts neu eingebracht werde) im Vorentwurf für die

neue Prozessordnung noch vorgesehen war, dann aber gestrichen wurde. Was der Grund dafür war, lässt sich freilich nicht mehr feststellen. Es kann ebenso gut bedeuten, dass das Parlament die Novenschranke absolut verstanden haben wollte, wie dass man die Bestimmung als überflüssig weil selbstverständlich ansah. Gegen die restriktive Auslegung spricht die allgemeine Absicht, das Verfahren wenig formalistisch und damit laienfreundlich zu gestalten (Bot ZPO S. 7245 und passim). Im sozusagen prototypischen Fall der gerichtlichen Fragen werden diese zwar in einer Instruktionsverhandlung nach dem ersten Schriftenwechsel gestellt, und dann sind tatsächlich Replik und Duplik mit freiem Vortrag noch offen. Selbst im ordentlichen Verfahren würde damit aber die Möglichkeit einer Ergänzung für die Vorbringen der Parteien im zweiten Schriftenwechsel gänzlich abgeschnitten - und in diesem Stadium können und dürfen ja eben auch völlig neue Punkte eingeführt werden (die möglicherweise unklar oder unvollständig sind). In einem summarischen Verfahren wie im vorliegenden, wo den Parteien nur *ein* freier Vortrag zur Verfügung steht, hätte die Fragepflicht überhaupt keinen Anwendungsbereich. Das ist offenbar die Auffassung des Einzelrichters, aber sie kann nach dem Ausgeführten nicht zutreffend sein. Vielmehr soll und muss das Gericht auch in einem solchen Fall mit dem nötigen Augenmass (dazu vorstehend) seine Fragepflicht wahrnehmen.

Es bleibt also dabei, dass der Einzelrichter das Gesuch des Gesuchstellers nicht sofort hätte abweisen dürfen, und dass diesem daher auch keine Kosten für das Urteil vom 5. Dezember 2019 auferlegt werden dürfen. Die Gesuchsgegnerin war weder in erster noch in zweiter Instanz beteiligt und kann daher nicht zum Tragen von Kosten verurteilt werden. Diese sind vielmehr auf die Staatskasse zu nehmen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 6. Januar 2020  
Geschäfts-Nr.: PF190060-O/U