

**Art. 229 und 317 ZPO, Noven in der Berufung. Präzisierung zur Situation, wenn der Sachverhalt wie in Kinderbelangen von Amtes wegen zu "erforschen" (und nicht wie nach der sozialen Untersuchungsmaxime nur "festzustellen") ist.**

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2.2.1.2 Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt die Voraussetzungen, unter denen Noven ausnahmsweise vorgebracht werden können, abschliessend, ohne danach zu differenzieren, ob ein Verfahren in den Anwendungsbereich der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime fällt. Eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO, wonach vor erster Instanz im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung – voraussetzungslos – zugelassen werden, fällt für das obergerichtliche Verfahren ausser Betracht (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2 S. 626 f.; zur Publikation vorgesehene Urteil *BGer 4A\_619/2015* vom 25. Mai 2016 E. 2.2.2). Auch wenn Noven grundsätzlich im ersten Schriftenwechsel – d.h. der Berufungs- bzw. Berufungsantwortschrift – vorzutragen sind, rechtfertigt es sich aus prozessökonomischen Gründen, Noven unter den strengen Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO ausnahmsweise auch nach abgelaufener Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist noch zuzulassen. So insbesondere, wenn die Berufungsinstanz einen zweiten Schriftenwechsel oder eine Berufungsverhandlung anordnet oder aber das Dossier unbearbeitet ruhen lässt (zur Publikation vorgesehene Urteil *BGer 4A\_619/2015* vom 25. Mai 2016 E. 2.2.5). Zu beachten bleibt jedoch trotz des Ausschlusses von Art. 229 Abs. 3 ZPO auf das Berufungsverfahren, dass das Gericht und damit auch die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten von Amtes wegen zu erforschen hat (Art. 296 Abs. 1 ZPO) und daher auch im Rechtsmittelverfahren von sich aus noch Untersuchungen anstellen kann (vgl. BGer Urteil *5A\_528/2015* vom 21. Januar 2016 E. 2). Noveneingaben der Parteien dürfen daher im obergerichtlichen Verfahren, sofern sie nicht gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind,

jedenfalls insoweit zur Kenntnis genommen werden, als der Richter dadurch auf wesentliche Sachverhalte hingewiesen wird, denen er im Rahmen seiner Pflicht zur Sachverhaltserforschung von Amtes wegen mit eigenen Untersuchungen nachzugehen hat.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 21. Juli 2016  
Geschäfts-Nr.: LY160019-O/U