

Art. 317 ZPO, Art. 229 Abs. 3 ZPO, Noven in der Berufung. *Einstweilen wird der strenge Noven-Ausschluss von Art. 317 ZPO auf die Verfahren mit strengem Untersuchungsgrundsatz (Kinderbelange, KESR) nicht angewendet.*

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3.1 Das Verfahren der Berufung untersteht der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO).

Nach Art. 311 ZPO muss die Berufung führende Partei einen bestimmten Antrag stellen und diesen begründen, damit auf die Berufung eingetreten werden kann (*BGer* 4D_61/2011 vom 26. Okt. 2011). Mit dem Antrag, die Unterhaltsbeiträge auf Fr. 1'200.--, das heisst Fr. 600.-- pro Kind zu reduzieren (oder gegenüber dem bisherigen Zustand: auf nicht mehr als je Fr. 600.-- zu erhöhen), kommt der Beklagte dem nach. Er gibt für seinen Antrag auch eine wenn auch knappe Begründung.

Dazu legt der Beklagte eine Vielzahl neuer Unterlagen ein (act. 27/2-16). Bei keinem dieser Dokumente macht er geltend, er habe es nicht früher einreichen können. Einzelne Unterlagen beziehen sich zwar auf den März 2013, sie sollen aber nicht (nur) diesen Monat, sondern die immer wiederkehrenden monatlichen Ausgaben resp. Einnahmen belegen. Damit entfällt die Anwendung der Bestimmung von Art. 317 ZPO, wonach neue Beweismittel dann auch noch in der Berufung vorgelegt werden können, wenn das in der ersten Instanz trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war. Das Bundesgericht hat entschieden, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO (neue Vorbringen sind dann zulässig, wenn das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abklärt) in der Berufung auch nicht analog anwendbar sei (*BGE* 138 III 625 E. 2.2). Ob das auch für die Fälle der strengen "Erforschungsmaxime" für Kinderbelange im Zivilprozess (Art. 296 ZPO) oder im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 446 Abs. 1 ZGB) so gehandhabt werden kann, hat die Kammer offen gelassen (*OGerZH* LY120018/U vom 7. Februar 2013). Eine Klärung durch das Bundesgericht wäre wünschenswert. Bis dahin wendet die Kammer einstweilen Art. 229 Abs. 3 ZPO in den genannten Materien analog auf das Verfahren der Berufung an. Die Untersuchungsmaxime bedeutet

freilich nicht, dass die Parteien von der Mitwirkung gänzlich dispensiert wären. In aller Regel sind sie über die massgebenden Verhältnisse selber am besten informiert und dokumentiert. Wo sie ihrer Obliegenheit zur Mitwirkung nicht oder nur ungenügend nachkommen, und wo die so erstellen Grundlagen eines Entscheides nicht offenkundig unrichtig sind, darf das Gericht zu Lasten der nachlässigen Partei darauf abstellen und auf weitere eigene Abklärungen verzichten.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss und Urteil vom 8. Mai 2013
Geschäfts-Nr.: LC130019-O/U