

### **Art. 317 ZPO, Noven in der Berufung.**

*Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes sind neue Behauptungen auch in der Berufung unbeschränkt zulässig, wenn der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat.*

Es geht um vorsorgliche Massnahmen im Rahmen der Umplatzierung eines Kindes (Art. 310 Abs. 1 ZGB). Nach Ablauf der Berufungsfrist und als Reaktion auf eine Verfügung der Kammervorsitzenden reicht die Berufungsklägerin eine weitere Eingabe zur Sache ein.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

1.3 (...) Die Eingabe vom 5. Dezember 2011 erfolgte nach Ablauf der zehntägigen Berufungsfrist. Nach Art. 317 ZPO wären die darin enthaltenen tatsächlichen Ausführungen unzulässig, da sie spätestens mit der Berufung bereits hätten eingebracht werden können. Der Wortlaut des Gesetzes muss in diesem Fall aber als missglückt und nicht dem wahren Willen des Gesetzgebers entsprechend betrachtet werden. Der Entwurf des Bundesrates hatte bezüglich Novenrecht in der Berufung ausdrücklich auf die Regelung in erster Instanz verwiesen (Art. 314 E-ZPO [entsprechend dem Gesetz gewordenen Art. 317] und Art. 225 E-ZPO [entsprechend jetzt Art. 229]). Im Parlament wurde vor allem über das Novenrecht in erster Instanz diskutiert. Zwar standen auch betreffend Berufung die Pole "völlig freies Novenrecht" und "gar keine Noven" gegeneinander. Das entscheidende Votum, dem nicht mehr widersprochen wurde, gab dann Bundesrätin Widmer-Schlumpf im Nationalrat ab: "Noven sollen vor der Berufungsinstanz vorgebracht werden können, aber nicht unbeschränkt, sondern im gleichen Rahmen, wie es zuletzt noch im Hauptverfahren, vor der ersten Instanz also, möglich war. Das ist kohärent und entspricht der Mehrheit der heutigen kantonalen Regelungen. Die zweite Instanz soll novenrechtlich dort einsetzen, wo die erste aufgehört hat" (AB NR 2008, 1634). Wo das Problem in der Literatur wirklich behandelt wird (KuKO ZPO-Brunner und BSK ZPO-Spühler scheinen es nicht zu erkennen), herrscht Einigkeit darüber, dass auch in der Berufung Noven in all jenen Verfahren zulässig sind, wo der Sachverhalt von Amtes wegen abgeklärt werden muss (Peter Volkart, Dike-Komm ZPO Art. 317 N. 17; ZK ZPO-Reetz/ Hilber, Art. 317 N. 14, 22 und 70; Leuenberger/Uffer-Tobler,

Schweizerisches Zivilprozessrecht, Rz. 12.53; zum Terminus "Abklären" SJZ 107/2011 S. 170). – Das Verfahren des Kindesschutzes untersteht der Untersuchungsmaxime, und die neue Eingabe der Berufungsklägerin ist demnach unbeschränkt zu berücksichtigen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 6. Dezember 2011  
Geschäfts-Nr.: NQ110056-O/U