

*§§ 205 und 212 ZPO. Novenrecht im Eheschutzverfahren – In Bezug auf Kinderbelange gilt von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte Offizialmaxime. Entsprechend sind in der Rechtsmittelinstanz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig. Insofern ist die bisherige Praxis der Justizkommission, wonach auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime grundsätzlich das Novenverbot im Rechtsmittelverfahren gilt, zu präzisieren und – soweit Kinderbelange betroffen sind – das Novenrecht zuzulassen.*

*Aus den Erwägungen:*

bb) Soweit der Beschwerdegegner geltend macht, dass die neu eingereichte Bestätigung von Dr.med. X. «gestützt auf § 205 ZPO aus dem Recht zu weisen» sei, kann er damit nicht gehört werden. Zwar sind gemäss § 212 i.V.m. § 205 ZPO neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, Einreden und Beweismittel im Beschwerdeverfahren nur zulässig, wenn eine Partei wahrscheinlich macht, dass sie jene früher entweder nicht gekannt oder trotz aller Anstrengung nicht habe anrufen können. Indessen ist zu berücksichtigen, dass in Bezug auf Kinderbelange von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte Offizialmaxime gilt (Art. 280 Abs. 2 ZGB; vgl. auch BGE 128 III 411 ff. = Pra 92 [2003] Nr. 5). Hier muss der Richter aktiv an der Feststellung des rechtlich massgebenden Sachverhalts mitwirken. Auch die mit einem Rechtsmittel angegangene Rechtsmittelinstanz hat sich von Amtes wegen mit den Kinderbelangen zu befassen; sie ordnet bestehende Lücken und berichtigt mangelhafte erstinstanzliche Massnahmeentscheidungen ohne Rücksicht auf Parteierklärungen und Rechtsmittelanträge von Amtes wegen. Entsprechend sind in der Rechtsmittelinstanz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig (vgl. Bühler/Spühler, Berner Kommentar, 3. A., Bern 1980, N 252 ff. zu Art. 145 aZGB; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 4b Abs. 3 zu Art. 89 und N 4 zu Art. 93 BE-ZPO; Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Luzern 1994, N 2 zu § 207 LU-ZPO). Dementsprechend müssen von Bundesrechts wegen – uneingeschränkt – neue Beweismittel zugelassen werden. Insofern ist die bisherige Praxis der Justizkommission, wonach auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime grundsätzlich das Novenverbot im Rechtsmittelverfahren gilt, zu präzisieren (vgl. JZ 2001/50.107, mit Hinweis auf JZ 2000/3.4, JZ 1999/78.116 und JZ 1993/20.40, sowie GVP 1977/78, S. 193 f.) und – soweit Kinderbelange betroffen sind – das Novenrecht zuzulassen.

cc) Im vorliegenden Fall betrifft die Frage, ob der Beschwerdeführerin ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist oder nicht, nicht nur den Unterhaltsanspruch der Beschwerdeführerin, sondern letztendlich auch den Unterhaltsanspruch der Kinder A. und B. Sind aber Kinderbelange tangiert, gilt – wie soeben erwähnt – die uneingeschränkte Offizialmaxime (vgl. BGE 128 III 411 ff. = Pra 92 [2003] Nr. 5). Dementsprechend sind neue Beweis-

mittel ohne Beschränkung zuzulassen. Die Bestätigung von Dr.med. X. vom 16. September 2002 muss daher entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners im vorliegenden Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden.

Justizkommission, 28. März 2003

*§§ 208 Ziff. 1 und 4 ZPO. – Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Beschwerde nicht zulässig.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Vorinstanz räumte dem Beschwerdegegner «ab sofort» das Recht ein, die Tochter A. während der Dauer eines Monats wöchentlich am Mittwochnachmittag von 15.00 Uhr bis 17.00 Uhr und nach Ablauf eines Monats wöchentlich am Mittwochnachmittag von 14.30 Uhr bis 17.30 Uhr zu besuchen oder zum Besuche abzuholen. Es erhebt sich zunächst die Frage, ob es sich dabei um eine vorläufige Verfügung oder um einen Teilentscheid handelt.

a) Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid u.a. aus, der Beschwerdegegner beantrage zwar, es sei ihm das Besuchsrecht einstweilen, d.h. unter dem Vorbehalt der Abänderung oder Ergänzung in der definitiven Verfügung, einzuräumen. Eine derartige «vorläufige Festlegung» sei jedoch nicht möglich. Im Gegensatz zu Unterhaltsbeiträgen könne ein Besuchsrecht nämlich rückwirkend nicht mehr korrigiert werden. Hingegen rechtfertige sich angesichts der gegebenen Umstände, die Beschwerdefrist auf fünf Tage zu verkürzen.

b) Der Beschwerdegegner bringt diesbezüglich vor, die Vorinstanz halte in der angefochtenen Verfügung unter Erwägung 2 fest: «Die Parteien sind sich darin einig, dass dem Gesuchsteller – einstweilen – ein begleitetes Besuchsrecht zusteht». In Erwägung 4 werde anschliessend ausgeführt, eine «derart vorläufige Festlegung» sei nicht möglich, da im Gegensatz zu Unterhaltsbeiträgen ein Besuchsrecht nicht rückwirkend korrigiert werden könne. In der Folge werde dem Beschwerdegegner in Dispositiv-Ziff. 1 ab sofort das Recht eingeräumt, seine Tochter zu besuchen bzw. zum Besuche abzuholen. Trotz des Widerspruchs zwischen Erwägung 2 und 4 und der gewählten Formulierung in Dispositiv-Ziff. 1 handle es sich bei dem von der Vorinstanz angeordneten Besuchsrecht um ein einstweiliges, das für die Dauer des Prozesses bis zu dessen Erledigung gelten solle, mithin also bis zum definitiven Entscheid über den persönlichen Verkehr. Eine andere Interpretation sei vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung nicht zulässig. Es gelte nämlich