

2.3 Die Berufungsschrift enthält kein einziges Wort zur Novenproblematik. Insbesondere tut der Berufungskläger nicht dar, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Dies allein würde genügen, auf die Sachverhaltsvorbringen in der Berufungsschrift grundsätzlich nicht einzugehen.

2.4 Der Berufungskläger macht in der Berufungsschrift keine Tatsachen und Beweismittel geltend, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Mithin handelt es sich bei allen seinen Vorbringen zur Sache um unechte Noven. Der Berufungskläger hätte seine Behauptungen und Bestreitungen bereits erstinstanzlich vorbringen können. Gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO können sie im Berufungsverfahren nicht mehr gehört werden.

2.5 Zulässig sind dagegen die Vorbringen des Berufungsklägers, in denen er eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz begründet.

OGP, 11.08.2015

3663

Rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens im Ehe-schutzverfahren. Unentgeltliche Rechtspflege. Klageänderung. Im erstinstanzlichen Verfahren wurde kein Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. Das entsprechende Begehren im Rechtsmittelverfahren ist daher als Klageänderung zu qualifizieren.

Aus den Erwägungen:

1.7 Der Berufungskläger verlangt für das Verfahren vor der Vorinstanz die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Rechtsbegehren Ziffer 6). Vor der Vorinstanz ist kein solcher Antrag gestellt und dementsprechend auch nicht darüber entschieden worden. Folglich liegt ein neuer Antrag vor. Dies ist als Klageänderung zu qualifizieren (*Damian Stauber*, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Basel 2013, N 37 zu Art. 317; *Benedikt Seiler*, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, Rz. 1374), über deren Zulässigkeit hier zu entscheiden ist. Zunächst ist festzuhalten, dass der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege der Dispositionsmaxime (*Alfred Bühler*, in: Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bern 2012, N 19 f. zu Art. 119) und nicht der Officialmaxime untersteht, in deren Bereich die Regeln über die Klageänderung keine Anwendung finden würden (*Damian Stauber*, a.a.O., N 46 zu Art. 317 ZPO; *Benedikt Seiler*, a.a.O., Rz. 1408). Dass im vorliegenden Verfahren über Kinderbelange zu entscheiden ist, hat nicht zur Folge, dass die nicht die Kinderbelange betreffenden Punkte ebenfalls der Officialmaxime gemäss Art. 296 Abs. 3 ZPO unterstehen (vgl. *Daniel Steck*, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilpro-

zessordnung, 2. A. 2013, N 30b zu Art. 296 ZPO). Eine Klageänderung ist somit nur beachtlich, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO erfüllt sind. Nach dieser Bestimmung ist eine Klageänderung zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und wenn sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht. Zwischen den Noven und den geänderten Begehren muss ein Kausalzusammenhang bestehen (*Damian Stauber*, a.a.O., N 48 zu Art. 317 ZPO). Als Tatsache gilt im Allgemeinen eine Begebenheit, welche nach Ort und Zeit bestimmbar ist (sog. äussere Tatsache) oder das menschliche Innenleben betrifft (Wissen, Wollen, Erkennen, sog. innere Tatsachen; *Sébastien Moret*, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2014, Rz. 432). Diese Begriffsumschreibung scheint auch im Bereich von Art. 317 ZPO zu gelten (*Sébastien Moret*, a.a.O., Rz. 458 ff.).

Der Berufungskläger hat seinen neuen Antrag damit begründet, er sei im erstinstanzlichen Verfahren nicht anwaltlich vertreten und es sei ihm nicht bekannt gewesen, dass er die unentgeltliche Rechtspflege hätte beantragen können.

Mit dem zweiten Punkt spricht der Berufungskläger eine innere Tatsache an, nämlich das Wissen bzw. Nichtwissen. Bei der fehlenden Kenntnis über das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich somit um eine Tatsache. Auch wenn sich innere Tatsachen einem direkten Beweis verschliessen, ist doch glaubwürdig, dass der Berufungskläger im erstinstanzlichen Verfahren keine Kenntnis von der Möglichkeit der unentgeltlichen Prozessführung hatte. Andernfalls hätte er angesichts seiner desolaten finanziellen Situation mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein entsprechendes Gesuch gestellt, wie er dies im zweitinstanzlichen Verfahren ja getan hat. Mit hin ist von einer neuen Tatsache auszugehen. Weil zudem die Voraussetzungen gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO offensichtlich erfüllt sind, erweist sich die Klageänderung als zulässig, und auf Ziffer 6 der Rechtsbegehren des Berufungsklägers ist einzutreten.

[...]

2.4.4 Verlangt der Richter von einer Partei – beispielsweise durch die Zumutung eines Umzugs in eine billigere Wohnung oder durch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens und damit die Zumutung einer Steigerung der Erwerbstätigkeit – eine Umstellung ihrer Lebensverhältnisse, hat er ihr grundsätzlich hinreichend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben in die Wirklichkeit umzusetzen (Urteil BGer 5A_693/2012, E. 5 und Urteil BGer 5P.469/2006, E. 3.2.4). Von dieser Regel kann abgewichen werden, wenn die geforderte Umstellung für den betroffenen Ehegatten voraussehbar war (Urteil BGer 5P.388/2003, E. 1.2, in: Pra 2004 Nr. 96, S. 556 und FamPra 2004, S. 409). Das Bundesgericht hat etwa einer Ehefrau für eine abgeschlossene und in der Vergangenheit liegende Zeitspanne ein hypothetisches Einkommen angerechnet, weil sie sich während besagter Zeit gar nicht um eine Arbeits-

stelle bemüht hatte, obwohl eine Erwerbstätigkeit ihr tatsächlich möglich und zuzumuten gewesen wäre (Urteil BGer 5P.170/2004, E. 1.2.2, in: AJP 2004, S. 1420).

Die Unterhaltspflicht des Berufungsklägers ist im Eheschutzgesuch vom 8. Mai 2013 und danach anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 25. Juni 2013 thematisiert worden. Ab diesem Zeitpunkt musste er damit rechnen, an den Unterhalt von Frau und Kind Beiträge leisten zu müssen, und er war gehalten, alles zu unternehmen, seine Leistungsfähigkeit zu erhalten bzw. wiederherzustellen (vgl. AR GVP 17/2005, Nr. 3456). Ab 19. Juli 2013 war der Berufungskläger ohne Arbeitsstelle. Bis Anfang 2014, dem Zeitpunkt, ab dem die Vorinstanz ein hypothetisches Einkommen angerechnet hat, verblieben ihm rund 5 1/2 Monate, seine Erwerbssituation zu ändern. Dies war ausreichend. Mithin kann die von der Vorinstanz vorgenommene rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nicht beanstandet werden.

OGP, 20.11.2015

3664

Beschwerdebegründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Zur Begründung einer Beschwerde gehören auch Anträge bzw. Rechtsbegehren. Diese sind – soweit möglich – zu beziffern.

Aus den Erwägungen:

3. Das Gericht hat von Amtes wegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde zu prüfen (Art. 60 ZPO; *Gasser/Rickli*, Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St.Gallen 2010, N 6 zu Art. 321). Dazu gehören genügende Anträge (*Reetz/Hilber*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger* [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 35 zu Art. 311).

a) Art. 321 Abs. 1 ZPO schreibt vor, dass eine Beschwerde begründet einzureichen ist. Nach Lehre und Rechtsprechung gehören zu einer Begründung auch Anträge bzw. Rechtsbegehren (*Gasser/Rickli*, a.a.O., N 4 zu Art. 321 ZPO; *Myriam Gehri*, in: *Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach* [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. A., Zürich 2015, N 4 zu Art. 311; *Philippe Reich*, in: *Baker & McKenzie* [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, N 8 zu Art. 321; *Reetz/Hilber*, a.a.O., N 34 zu Art. 311 ZPO; *Karl Spühler*, in: *Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar*, 2. A., Basel 2013, N 12 zu Art. 311; *Benedikt Seiler*, *Die Berufung nach ZPO*, Zürich 2013, Rz. 872 ff.). Es sind konkrete Anträge zu stellen, aus denen hervorgeht, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird (*Freiburghaus/Afheldt*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger* [Hrsg.], Kom-