

Urteil BGer 9C_641/2014, E. 2). Die Rechtsschrift der Berufungskläger vom 7. April 2015 ist demnach klar verspätet und daher unbeachtlich.

1.4.3 Beweislast für Zulässigkeit von Noven

Selbst wenn die fragliche Eingabe jedoch beachtlich wäre, und man der Auffassung folgen würde, Noven könnten sofort nach ihrer Entdeckung noch bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden, wären die darin vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen sowie die Nennung eines neuen Zeugen nicht zu hören.

Die Voraussetzungen der Berücksichtigung jedes neuen Vorbringens und jedes neuen Beweismittels hat diejenige Partei zu beweisen, welche sich auf das betreffende Novum beruft (*Karl Spühler*, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, N 10 zu Art. 317). Erforderlich ist jedoch selbstverständlich, dass die Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug vorgebracht werden (*Sébastien Moret*, a.a.O., Rz. 1001; *Stahelin/Stahelin/Grolimund*, a.a.O., § 21 Rz. 10).

Die Berufungskläger liessen in jener Eingabe in keiner Weise rechtsgenügend dartun, inwiefern es sich bei den neuen Vorbringen und dem neuen Beweismittel um Noven handelt, dass diese von ihnen ohne Verzug vorgebracht worden sind und dass dies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon früher möglich gewesen ist. Dieser Begründungsobliegenheit hätten sie nachkommen müssen (siehe Urteil BGer 4A_69/2014, in: AJP 11 [2014], S. 1543, sowie Urteil BGer 4A_662/2012, in: SZSP 3/2013, S. 1323 ff.).

1.4.4 Fazit

Aus diesen Gründen kommt das Obergericht zum Schluss, dass die Eingabe von RA A. vom 7. April 2015 nicht beachtlich und folglich aus dem Recht zu weisen ist.

OGer, 26.05.2015

Das Bundesgericht wies am 25. Mai 2016 eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Urteil BGer 4A_619/2015).

3662

Novenrecht (Art. 317 ZPO). Auf die Sachverhaltsvorbringen in der Berufungsschrift ist gleich aus zwei Gründen nicht einzugehen: Zum einen legt der Berufungskläger nicht dar, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind, zum andern handelt es sich um unechte Noven.

Aus den Erwägungen:

2. Novenrecht

2.1 Der Berufungskläger hat sich am Verfahren vor der Vorinstanz nicht beteiligt: Die ihm am 7. April 2015 eingeräumte Gelegenheit zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme hat er nicht benutzt, eine mündliche Verhandlung hat die Vorinstanz nicht durchgeführt. In der Berufungsschrift hat sich der Berufungskläger zum Sachverhalt geäußert und zudem als Beweismittel eine Urkunde eingereicht. Die Berufungsbeklagte ist der Auffassung, der Berufungskläger könne sich nicht auf Art. 317 ZPO berufen, weshalb alle vom Berufungskläger im Berufungsverfahren geltend gemachten neuen Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge nicht zu hören seien.

2.2 Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Echte Noven sind Tatsachen oder Beweismittel, welche (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Solche Noven sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Demgegenüber sind unechte Noven Tatsachen und Beweismittel, welche bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Die Zulassung unechter Noven wird im Berufungsverfahren nach der ZPO beschränkt. Sie sind gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO ausgeschlossen, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (Urteil BGer 4A_662/2012, E. 3.3).

Nach herrschender Ansicht wird in „Tatsachen und Beweismittel“ nach Art. 317 ZPO eine Begriffsumschreibung für alle Vorbringen der Parteien zur Sache gesehen (*Sébastien Moret*, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2014, S. 168 ff, insbesondere S. 173, und S. 299). „Tatsachen“ umfassen demnach nicht nur Tatsachenbehauptungen, sondern auch Bestreitungen sowie materiellrechtliche Einreden und Einwendungen (*Sébastien Moret*, a.a.O., S. 173). Bestreitungen zielen darauf ab, den vom Kläger geschilderten Sachverhalt zu ändern. Es ist nach Art. 222 Abs. 2 ZPO die Pflicht der beklagten Partei, sich darüber auszusprechen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei sie im Einzelnen anerkennt oder bestreitet (*Sébastien Moret*, a.a.O., S. 175 f.). Als „Tatsache“ i.S.v. Art. 317 ZPO gelten auch blossе Bestreitungen, die keine inhaltliche Aussage enthalten (*Sébastien Moret*, a.a.O., S. 176 f.).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung obliegt es dem Berufungskläger darzulegen, dass die Voraussetzungen der Zulässigkeit neuer Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren erfüllt sind; unterlässt er dies, sind die Noven unbeachtlich (Urteile BGer 4A_69/2014, E. 3 und BGer 4A_662/2012, E. 3.4.).

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-