

# **FR\_GERICHTE 101 2018 74 vom 4. September 2018**

FR Kantonsgericht, 2018-09-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2018\\_74](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2018_74)

FR: FR\_GERICHTE 101 2018 74 du 4 septembre 2018

IT: FR\_GERICHTE 101 2018 74 del 4 settembre 2018

## **Regeste**

Urteil des I. Zivilappellationshofs des Kantonsgerichts | Eheschutzmassnahmen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Mit Berufung sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.- beträgt (Art. 308 ZPO). Vorliegend sind vermögensrechtliche Aspekte (Unterhalt) wie auch nicht vermögensrechtliche Aspekte (Trennungsdatum) strittig, so dass die Angelegenheit insgesamt nicht vermögens- rechtlicher Natur und die Berufung zulässig ist.

### **E. 1.2**

Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung sowie eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

### **E. 1.3**

Gegen ein wie vorliegend im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid beträgt die Frist zur Einreichung der Berufung 10 Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde dem Berufungskläger am 4. April 2018 (act. 25 b) zugestellt. Die am Montag, 16. April 2018 der Post übergebene Berufung erfolgte fristgerecht.

### **E. 1.4**

Die Rechtsmittelinstanz kann aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

Kantonsgericht KG Seite 4 von 9

### **E. 1.5**

Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

### **E. 2**

Der Berufungskläger wirft dem Gerichtspräsidenten zunächst vor, den Trennungszeitpunkt zu Unrecht auf den 15. August 2017 festgelegt zu haben. In Wirklichkeit sei der gemeinsame Haushalt bereits per 1. August 2017 aufgelöst worden. Dies ergebe sich aus den mit der Berufung eingereichten Fotos vom 20. Juli 2017. Der von der Berufungsbeklagten am 7. August 2017 bezogene Betrag von CHF 15'000.- sei deshalb an die geschuldeten Unterhaltsbeiträge anzurechnen und die von ihm geschuldeten

Unterhaltsbeiträge seien damit zu verrechnen. Die Berufungsbeklagte wendet dagegen ein, der Berufungskläger habe die Fotos bereits vor erster Instanz als Beweismittel angeboten, aber nicht eingereicht. Deshalb seien sie verspätet und hätten unberücksichtigt zu bleiben. So oder anders vermögen sie das Trennungsdatum nicht zu belegen, sei doch die Wohnung gemäss eigenen Aussagen des Berufungsklägers bereits seit Jahren für dessen Vater möbliert. Der Gerichtspräsident stellte fest, beide Parteien hätten beantragt, es sei festzustellen, dass die Parteien seit dem 15. August 2017 getrennt leben würden. Tatsächlich ist dies so dem Gesuch um Erlass von Eheschutzmassnahmen (act. 1/2) sowie der vom Berufungskläger eingereichten Stellungnahme (act. 5/2) zu entnehmen. Diese Rechtsbegehren wurden auch durch die Aussage des Berufungsklägers an der Sitzung vom 16. Januar 2018, sie hätten sich bereits im Juni oder Juli 2017 getrennt (vgl. act. 13/4), nicht abgeändert. Ob in Anwendung von Art. 317 ZPO das Rechtsbegehren in diesem Punkt im Berufungsverfahren noch abgeändert werden kann und ob die angerufenen Beweismittel noch rechtsgültig eingebracht werden könnten, kann vorliegend offen bleiben. An der Sitzung vom 16. Januar 2018 (act. 13/4) sagte der Berufungskläger nämlich aus: „Ich kann mit Fotos belegen, dass ich schon vorher in der unteren Wohnung war. Das wird im Juni oder im Juli gewesen sein. Mein Vater besitzt für diese Wohnung ein unentgeltliches Wohnrecht. Die Wohnung ist möbliert. Er braucht sie nicht, er kommt lediglich hie und da auf Besuch [...]“. Inwiefern die Fotos der möblierten Wohnung geeignet sein sollen, den Trennungszeitpunkt zu belegen ist nicht klar, ist doch unbestritten, dass die Wohnung bereits zuvor für den Vater möbliert war. Was auf den Fotos ausser der Tatsache, dass die Wohnung möbliert ist, sonst noch beweisen soll, dass der Berufungskläger zu diesem Zeitpunkt bereits dort wohnte, erklärt der Berufungskläger nicht und ist auch nicht ersichtlich. Soweit eine Änderung der Rechtsbegehren noch zulässig ist, ist sie abzuweisen. Vermag der Berufungskläger jedoch nicht zu beweisen, dass der gemeinsame Haushalt bereits am 1. und nicht erst am 15. August 2017 aufgelöst wurde, ist auch der von der Berufungsbeklagten am 7. August 2017 und damit vor der Trennung bezogene Betrag von CHF 15'000.- nicht per se an die Unterhaltszahlungen anzurechnen. Abgesehen von der Tatsache, dass sich der Berufungskläger in diesem Punkt mit keinem Wort mit der Begründung des Gerichtspräsidenten auseinandersetzt, macht er auch sonst keinerlei besondere Umstände geltend, unter denen der Betrag an die Unterhaltszahlungen anzurechnen wäre. Die CHF 15'000.- haben damit unberücksichtigt zu bleiben und können auch nicht der Verrechnung mit den geschuldeten Beträgen dienen.

Kantonsgericht KG Seite 5 von 9 Soweit in diesen Punkten überhaupt auf die Berufung eingetreten werden kann, ist diese abzuweisen.

### **E. 3**

Weiter beanstandet der Berufungskläger die Unterhaltsbeiträge, zur Leistung derer er verpflichtet wurde. Zum einen hätte der Berufungsbeklagten ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden müssen. Bei einem Arbeitspensum von 50% wäre sie in der Lage, CHF 3'100.- monatlich zu verdienen (hiernach E. 3.1). Zum anderen seien seine Auslagen zu tief, insbesondere seine Steuerlast, die Kosten für die Liegenschaft, wie auch der Betrag von CHF 100.- für die Ausübung des Besuchsrechts (hiernach E. 3.2).

#### **E. 3.1**

In Eheschutzverfahren gilt in Bezug auf ein allfälliges hypothetisches Einkommen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung folgendes: Im Eheschutzverfahren ist eine Pflicht zur

Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit nur zu bejahen, wenn keine Möglichkeit besteht, auf eine während des gemeinsamen Haushalts gegebene Sparquote oder vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel - allenfalls unter Rückgriff auf Vermögen - trotz zumutbarer Einschränkungen für zwei getrennte Haushalte nicht ausreichen und wenn die Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit unter den Gesichtspunkten der persönlichen Verhältnisse des betroffenen Ehegattens (Alter, Gesundheit, Ausbildung u.ä.) und des Arbeitsmarktes zumutbar ist. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Reichen allerdings die finanziellen Mittel zur Bezahlung der Kosten zweier Haushalte problemlos aus, besteht für den Unterhaltsgläubiger keine Pflicht, sofort ab der Trennung eine Arbeit aufzunehmen, es sei denn, dass bereits ab jenem Zeitpunkt nicht mehr ernsthaft mit einer Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft gerechnet werden kann (vgl. BGE 130 II 537 E. 3.2 f.). Wird einem Ehegatten ein hypothetisches Einkommen angerechnet, ist ihm in der Regel eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen, um sich an die neue Situation anzupassen. Wie lange diese Frist genau sein soll, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und liegt damit im Ermessen des Richters (vgl. BGE 129 III 427 E. 2.2; Urteil BGer 5A\_298/2015 vom 30. September 2015 E. 3.1 in fine). Vorliegend wurde vom Gerichtspräsidenten nicht festgestellt, dass nicht mehr ernsthaft mit einer Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft gerechnet werden könne. Die Parteien haben dies denn in ihren Rechtsschriften auch nicht geltend gemacht. Eine Pflicht zur sofortigen Ausdehnung der beruflichen Tätigkeit besteht damit für die Berufungsbeklagte lediglich, wenn die den Parteien zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln nicht zur Bezahlung der Kosten zweier Haushalte ausreichen. Von der Vorinstanz wurde festgehalten, dass der Einkommensüberschuss des Berufungsklägers für die Zeit vom 15. August 2017 bis zum 31. Dezember 2017 nach Abzug des Kindesunterhalts von insgesamt CHF 1'840.- noch rund CHF 2'535.- [recte: CHF 2'555.-] betrage und in der Zeit ab dem 1. Januar 2018 nach Abzug des Kindesunterhalts von insgesamt CHF 3'280.- noch CHF 1'471.- (vgl. angefochtener Entscheid, E. 3.10, S. 11). Daraus erhellt, dass selbst bei der Berücksichtigung der vom Berufungskläger geltend gemachten Steuerlast von CHF 1'746.85 für das Jahr 2017 bzw. CHF 1'000.- für das Jahr 2018, den um CHF 175.- höheren Kosten für die Liegenschaft (CHF 405.- anstatt CHF 230.-) und den höheren Ausgaben während der Ausübung des Besuchsrechts (CHF 400.- mehr als vom Gerichtspräsidenten zuerkannt), die finanziellen

Kantonsgericht KG Seite 6 von 9 Mittel der Parteien nach wie vor ausreichen würden, um die Kosten beider Haushalte zu decken. Vom 15. August 2017 bis zum 31. Dezember 2017 bestünde nämlich nach wie vor ein Überschuss von CHF 718.15 (CHF 2'555.- ./ [CHF 1'746.85 ./ CHF 485.-] ./ CHF 175.- ./ CHF 400.-) und ab dem 1. Januar 2018 ein solcher von CHF 381.- (CHF 1'471.- ./ [CHF 1'000.- ./ CHF 485.-] ./ CHF 175.- ./ CHF 400.-). Damit ist die Berufungsbeklagte nicht verpflichtet, ihre Arbeitstätigkeit sofort auszudehnen. Die Berufung erweist sich in diesem Punkt als unbegründet. Zu Prüfen bleiben damit die vom Berufungskläger geltend gemachten höheren monatlichen Auslagen (Steuern, Wohnkosten und Kosten des Besuchsrechts).

### **E. 3.2.1**

Der Berufungskläger wirft dem Gerichtspräsidenten vor, zu tiefe Wohnkosten festgehalten zu haben. Aus der Steuerberechnung für das Jahr 2017 ergebe sich, dass die Unterhaltskosten für die Privatliegenschaft CHF 4'852.- betragen, was einem monatlichen

Betrag von CHF 405.- entspreche. Der Gerichtspräsident hielt im angefochtenen Entscheid fest, die Liegenschaft sei nicht hypothekarisch belastet. Hinsichtlich der Nebenkosten habe der Berufungskläger Belege vorgelegt. Grundsätzlich könne ihm ein Total von CHF 4'115.30 pro Jahr, d.h. rund 343.- pro Monat angerechnet werden. Es rechtfertige sich, dass der Vater aufgrund des Wohnrechts einen Drittel dieser Kosten trage, so dass dem Berufungskläger CHF 230.- anzurechnen seien (vgl. angefochtener Entscheid, E. 3.4, S. 7). Mit dieser Begründung setzt sich der Berufungskläger nicht auseinander. Ausserdem kann festgestellt werden, dass es sich beim neu geltend gemachten Betrag von CHF 4'852.- um den steuerlich erlaubten Pauschalabzug im Umfang von 20% des Bruttoertrages des Eigenmietwertes ([CHF 15'681.- Eigenmietwert + CHF 8'580.- Mietwert des Wohnrechts]/5) handelt und nicht um effektive Kosten. Soweit auf diese Rüge überhaupt eingetreten werden kann, erweist sie sich als unbegründet.

### **E. 3.2.2**

Der Berufungskläger macht noch geltend, die CHF 100.-, die ihm für die Ausübung des Besuchsrechts zugesprochen wurden, seien zu tief angesetzt. Die Kinder verbringen insgesamt

### **E. 3.2.3**

In Bezug auf die Steuerlast macht der Berufungskläger schliesslich geltend, in Wirklichkeit sei diese um einiges höher als der vom Gerichtspräsidenten auf CHF 485.- pro Monat geschätzte

Kantonsgericht KG Seite 7 von 9 Betrag. Aus der Steuerberechnung für das Jahr 2017 ergebe sich, dass für diese Zeitdauer nach Abzug der geschuldeten Unterhaltsbeiträge Steuern in der Höhe von insgesamt CHF 20'962.- anfielen, was einem monatlichen Betrag von CHF 1'746.85 entspreche. Für das Jahr 2018 betrage seine Steuerlast insgesamt CHF 8'833.20, bzw. CHF 736.10 pro Monat. Die Berufungsbeklagte entgegnet, jedenfalls die Steuerberechnung für das Jahr 2017 sei verspätet und könne nicht mehr berücksichtigt werden. Zudem habe der Berufungskläger bei der eingereichten Steuerberechnungen nicht alle geschuldeten Unterhaltsbeiträge abgezogen. Die eigentliche Steuerlast sei wesentlich tiefer. Schliesslich habe es der Gerichtspräsident offensichtlich unterlassen, bei der Schätzung ihrer eigenen Steuerlast die zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge zu berücksichtigen. Auch die ihr angerechneten CHF 150.- pro Monat reichen bei Weitem nicht aus, um die effektive Steuerlast zu bezahlen. Das Bundesgericht hat kürzlich in einem zur Publikation vorgesehenen Entscheid festgestellt, dass das Novenrecht nach Art. 317 ZPO bei einem wie vorliegend der Untersuchungsmaxime nach Art. 296 Abs. 1 ZPO unterliegenden Verfahren nicht zur Anwendung kommt und die Parteien auch im Berufungsverfahren Novas vorbringen können (vgl. Urteil BGer 5A\_788/2017 vom 2. Juli 2018 E. 4.2.1). Die eingereichten Steuerberechnungen sind somit zu berücksichtigen. Tatsächlich hat der Berufungskläger in seiner Steuerberechnung für das Jahr 2017 einen wesentlichen Teil der Unterhaltsbeiträge nicht berücksichtigt. Gemäss angefochtenem Entscheid wurde er verpflichtet, an den Unterhalt seiner beiden Kinder während 4.5 Monaten einen monatlichen Betrag von je CHF 920.- zu bezahlen, wobei die Kinderzulagen von je CHF 245.- zusätzlich geschuldet sind. An den Unterhalt der Berufungsbeklagten hat er während den 4.5 Monaten CHF 1'280.- pro Monat zu bezahlen. Insgesamt hatte er im Jahr 2017 somit Unterhaltszahlungen von insgesamt CHF 16'245.- (4.5 Monate x 2 Kinder x CHF 920.- + 4.5 Monate x 2 Kinder x CHF 245.- + 4.5 Monate x

CHF 1'280.- = CHF 16'245.-) zu leisten. Diese sind bei der Schätzung der anfallenden Steuern zu berücksichtigen, selbst für den Fall, dass der Berufungskläger die Unterhaltszahlungen nicht vollumfänglich geleistet hat. Es kann nämlich nicht angehen, dass dem Unterhaltspflichtigen eine höhere Steuerlast aufgrund unbezahlter Unterhaltsbeiträgen zuerkannt und aufgrund dessen der geschuldete Unterhalt herabgesetzt wird. Die Steuern des Berufungsklägers sind für das Jahr 2017 trotz höherem Abzug auf ca. CHF 1'500.- pro Monat zu schätzen. Die monatlichen Auslagen von August bis Dezember 2017 steigen somit von CHF 2'747.90 auf CHF 3'762.90. Der Berufungskläger verfügt somit noch über einen Überschuss von CHF 3'382.10 pro Monat. Er ist in der Lage, für den Unterhalt der Kinder im Umfang von CHF 1'840.- (2 x CHF 920.-) aufzukommen. Im Übrigen dürfte die Berücksichtigung der Unterhaltsbeiträge nichts an der auf CHF 150.- geschätzten monatlichen Steuerlast der Berufungsbeklagten ändern, so dass diese zu bestätigen ist. Bei einer hälftigen Teilung des nach Abzug des Kinderunterhalts verbleibenden Betrages (CHF 1'542.10) ergibt dies einen Ehegatten- unterhalt von rund CHF 770.- pro Monat. Die Berufung ist in Bezug auf diesen Punkt teilweise begründet und entsprechend gutzuheissen. Für das Jahr 2018 kann festgestellt werden, dass die Steuern des Berufungsklägers wohl etwas knapp berechnet wurden und der vorgebrachte monatliche Betrag von CHF 736.- realistischer erscheint. Dies macht eine monatliche Differenz von rund CHF 250.-. Allerdings ist der Berufungs- beklagten zuzustimmen, wenn sie der Auffassung ist, die berücksichtigten CHF 150.- pro Monat würden nicht ausreichen, um ihre Steuern zu bezahlen. Auch ihre geschätzten monatlichen Auslagen sind in diesem Punkt um mindestens CHF 250.- zu erhöhen. Die Berechnung der

Kantonsgericht KG Seite 8 von 9 Unterhaltszahlung gleicht sich somit aus und wäre im Ergebnis zu bestätigen. Allerdings beantragt der Berufungskläger, der Unterhaltsbeitrag zugunsten seiner Ehefrau sei ab dem 1. Januar 2018 auf CHF 1'068.25 festzusetzen. Darauf ist er auf Grund der anwendbaren Dispositionsmaxime nach Art. 58 ZPO zu behaften. Der Entscheid ist entsprechend zu korrigieren, zumal der Berufungskläger auch unter Berücksichtigung dieser Beträge in der Lage ist, sowohl die Beträge für die Kinder, wie auch derjenige für die Berufungsbeklagte zu leisten. 4. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Vorliegend obsiegt der Berufungskläger in Bezug auf sein Rechtsbegehren betreffend Ehegattenunterhalt, allerdings nur teilweise. Die übrigen Rechtsbegehren wurden abgewiesen. Es rechtfertigt sich somit, ihm die Prozesskosten zu 90% aufzuerlegen. 4.1. Die Gerichtskosten werden pauschal auf CHF 1'000.- festgesetzt und mit dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss in derselben Höhe verrechnet. Die Berufungsbeklagte hat ihm 10% davon, d.h. CHF 100.- zurückzuerstatten. 4.2. Namentlich unter Berücksichtigung der Art, der Schwierigkeit und des Umfangs des Verfahrens sowie der notwendigen Arbeit von Rechtsanwalt Patrik Gruber (insbesondere Kenntnis- nahme der Berufung und des vorliegenden Urteils sowie Redaktion der Berufungsantwort [6 Seiten]), des Interesses und der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien wird das Honorar von Rechtsanwalt Patrik Gruber global auf CHF 750.-, zzgl. 7.7% MwSt. von CHF 57.75 festgesetzt. A. \_\_\_\_\_ hat B. \_\_\_\_\_ 90% davon zu bezahlen, d.h. CHF 727.-. Unter Berücksichtigung derselben Kriterien wird das Honorar von Rechtsanwalt Ingo Schafer global auf CHF 1'000.-, zzgl. 7.7% MwSt. von CHF 77.- festgesetzt. B. \_\_\_\_\_ hat A. \_\_\_\_\_ 10% davon zu bezahlen, d.h. CHF 107.70. (Dispositiv auf nachfolgender Seite)

Kantonsgericht KG Seite 9 von 9 Der Hof erkennt: I. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Ziff. 2.4 des Entscheids des Präsidenten des Zivilgerichts des Sensebezirks vom 22. März 2018 wird abgeändert und lautet nun wie folgt: Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin die folgenden monatlichen Ehegattenunterhaltsbeiträge zu bezahlen: - Vom 15. August bis zum 31. Dezember 2017: CHF 770.--, - ab dem 1. Januar 2018: CHF 1'068.25. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen. II. Die Prozesskosten werden zu 90% A. \_\_\_\_\_ auferlegt und zu 10% B. \_\_\_\_\_. III. Die Gerichtskosten werden pauschal auf CHF 1'000.- festgesetzt. Sie werden mit dem von A. \_\_\_\_\_ geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'000.- verrechnet. B. \_\_\_\_\_ hat A. \_\_\_\_\_ davon CHF 100.- zurückzuerstatten. IV. Die von A. \_\_\_\_\_ B. \_\_\_\_\_ geschuldete Parteientschädigung beträgt CHF 727.-, inkl. MwSt. von CHF 52.-. V. Die von B. \_\_\_\_\_ A. \_\_\_\_\_ geschuldete Parteientschädigung beträgt CHF 107.70, inkl. MwSt. von CHF 7.70. VI. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 72–77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 4. September 2018/cth Die Vize-Präsidentin: Die Gerichtsschreiberin-Berichterstatteerin:

## **E. 8**

Tage im Monat bei ihm. Es seien ihm mindestens CHF 500.- anzurechnen. Ob der Sachrichter dem besuchsberechtigten Elternteil für die Ausübung des Besuchsrechts einen gewissen Betrag zugestehen will, ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Frage der Ausübung des ihm in Unterhaltsbelangen zukommenden Ermessens (Urteil BGer 5A\_92/2014 vom 23. Juli 2014 E. 3.1 m. H.). Der Berufungskläger hat im erstinstanzlichen Verfahren keinen Betrag für die Ausübung des Besuchsrechts geltend gemacht (vgl. act. 5). In vorliegendem Verfahren begnügt er sich vorzubringen, es seien ihm mindestens CHF 500.- anzurechnen, ohne jedoch diesen Antrag zu begründen, bzw. spezielle Kosten anzuführen, die eine entsprechende Erhöhung rechtfertigen würden. Die Berufung ist auch in diesem Punkt unbegründet und abzuweisen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.