

# **GR\_GERICHTE ZK1 2011 18 vom 12. August 2011**

GR Gerichte, 2011-08-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1 2011 18](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2011_18)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2011 18 du 12 août 2011

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2011 18 del 12 agosto 2011

## **Regeste**

Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren | Berufung Prozessrecht (ZPO 308 Abs. 1, ohne die Endentscheide)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Es sei gerichtlich Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit sechs Jahren getrennt leben.

### **E. 2**

Die Obhut für die gemeinsamen Kinder C.X., geboren am 1998, und D.X., geboren am 2001, sei allein der Gesuchstellerin zu übertragen.

### **E. 3**

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin an den Unterhalt der Kinder C.X., geboren am 1998, und D.X., geboren am 2001 sowie an ihren eigenen Unterhalt rückwirkend seit dem 10. Januar 2010 und für die künftige Dauer der ehelichen Trennung monatliche, jeweils im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von total CHF 4'365.00, abzüglich der bereits geleisteten Unterhaltsbeiträge von CHF 2'000.00 pro Monat seit dem 10. Januar 2010, zu leisten.

### **E. 4**

Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 800.00 gehen zulasten der gesuchstellenden Partei. Die gesuchstellende Partei hat die gesuchsgegnerische Partei mit CHF 700.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) aussergerichtlich zu entschädigen.

Seite 4 — 30 Da die gesuchstellende Partei mit einer Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung prozessiert, werden die Kosten nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung dem Kanton Graubünden in Rechnung gestellt.

### **E. 5**

(Rechtsmittelbelehrung)

### **E. 6**

(Mitteilung) In der Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, im Zeitpunkt der Trennung hätten sich die Parteien grundsätzlich auch über die vom Gesuchsgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträge geeinigt. Bis zur Einreichung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen am 12. Januar 2011 seien keinerlei Gespräche, Korrespondenzen oder dergleichen zwischen den Parteien zur Höhe der Unterhaltsbeiträge aktenkundig. Auch anlässlich der Anhörung vom 30. September 2010 sei diese Frage kein Thema gewesen. Ausserhalb der Scheidung bzw. während dieses Verfahrens bedürfe die Regelung des

Getrenntlebens nicht zwingend der Festlegung bzw. Genehmigung durch den Richter. Es stehe den Parteien vielmehr frei, sich einvernehmlich zu verständigen und nach den getroffenen Vereinbarungen zu leben. Verbindlich werde die Regelung der Nebenfolgen, wenn der Richter diese rechtskräftig festgelegt oder die entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien genehmigt habe. Dies bedeute allerdings noch nicht, dass bei einer Anrufung des Richters sämtliche Parteivereinbarungen ohne weiteres hinfällig würden. Vielmehr könnten auch frühere Abmachungen auf ihre Verhältnismässigkeit und Angemessenheit überprüft und allenfalls genehmigt werden. Vorliegend hätten die Parteien über Jahre der von ihnen getroffenen Unterhaltsregelung nachgelebt. Sie erweise sich nicht als unverhältnismässig, nachdem sie es offensichtlich beiden Parteien erlaubt habe, ihren Lebensunterhalt während der Trennungszeit zu bestreiten und auch noch gewisse Sparguthaben zu äufnen. Das Vorliegen von Willensmängeln oder geänderten Verhältnissen werde von keiner Partei geltend gemacht. Der Schriftenwechsel im Hauptverfahren werde in Kürze geschlossen sein, so dass in absehbarer Zeit ein Urteil des Sachrichters vorliegen werde. Auch unter diesem Aspekt erscheine es nicht richtig, in eine bereits sieben Jahre praktizierte Regelung einzugreifen. Das Gesuch um Zusprechung höherer Unterhaltsbeiträge sei deshalb abzuweisen und die bisherige Unterhaltsregelung zu genehmigen. E.1. Gegen diese Verfügung liess A.X. am 21. März 2011 Berufung beim Kantonsgericht Graubünden erheben, wobei folgende Anträge gestellt wurden: 1. Die Ziffern 3 und 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben.

Seite 5 — 30 2.a) Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin an den Unterhalt der Kinder C.X., geboren am 1998, und D.X., geboren am 2001 sowie an ihren eigenen Unterhalt rückwirkend seit dem 10. Januar 2010 und für die künftige Dauer der ehelichen Trennung monatliche, jeweils im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von total CHF 4'365.00, abzüglich der bereits geleisteten Unterhaltsbeiträge von CHF 2000.00 pro Monat seit dem 10. Januar 2010, zu leisten. 2.b) Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung den Berufungsbeklagten zu verpflichten, der Berufungsklägerin an den Unterhalt der Kinder C.X., geboren am 1998, und D.X., geboren am 2001 sowie an ihren eigenen Unterhalt rückwirkend seit dem 10. Januar 2010 und für die künftige Dauer der ehelichen Trennung monatliche, jeweils im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von total CHF 4'365.00, abzüglich der bereits geleisteten Unterhaltsbeiträge von CHF 2000.00 pro Monat seit dem 10. Januar 2010, zu leisten. 3 Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsbeklagten. 2. In seiner Berufungsantwort vom 4. April 2011 stellte B.X. Antrag auf kostenfällige Abweisung der Berufung. 3. Auf die weiteren Ausführungen im angefochtenen Entscheid und in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1. Beim Verfahren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren handelt es sich um ein selbständiges Nebenverfahren, das einen anderen Gegenstand behandelt als das Scheidungsverfahren und daher unter dem prozessualen Blickwinkel mit einem Endentscheid im Sinne von Art. 90 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) abgeschlossen wird (BGE 134 III 426, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 5A\_117/2010 vom 5. März 2010 E.1.1.). Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen können gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO mit Berufung angefochten werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung allerdings nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren CHF 10'000.-- übersteigt. Massgebend ist somit nicht der Streitwert, welcher sich anhand der Berufungsanträge der Parteien und dem vorinstanzlichen Entscheid errechnet.

Abzustellen ist vielmehr auf den Betrag, welcher nach den Begehren der Parteien bei Erlass des erstinstanzlichen Urteils noch strei-

Seite 6 — 30 tig war (vgl. dazu Spühler, Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N. 8 zu Art. 308 ZPO; Reetz / Theiler, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N. 39 f. zu Art. 308 ZPO; Kurt Blickenstorfer, in: Brunner / Gasser / Schwander, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N. 24 zu Art. 308 ZPO). a) Nachdem alle nicht vermögensrechtlichen Begehren des Massnahmeverfahrens rechtskräftig erledigt wurden und lediglich die Unterhaltspflicht des Berufungsklägers strittig ist, liegt eine rein vermögensrechtliche Angelegenheit vor (BGE 116 II 493). b) Zu dem nach Art. 308 Abs. 2 ZPO massgeblichen Zeitpunkt lag eine monatlich wiederkehrende Summe in Höhe von CHF 2'365.-- im Streit. Dieser Betrag wird von der Berufungsklägerin zusätzlich zu dem vom Berufungsbe- klagten anerkannten Betrag von CHF 2'000.-- rückwirkend seit dem 10. Januar 2010 für die künftige Dauer der Trennung gefordert. Da die Parteien ein Scheidungsverfahren eingeleitet haben, ist davon auszugehen, dass die strei- tige Unterhaltspflicht in jedem Fall die Dauer des erstinstanzlichen Hauptver- fahrens umfasst. Wohl darf grundsätzlich erwartet werden, dass dieses Verfah- ren bis Ende 2011 seinen Abschluss gefunden hat. Letztlich bleibt aber der Zeitraum des Verfahrens ungewiss. Bei ungewisser oder unbeschränkter Dau- er ist für den Streitwert grundsätzlich auf den zwanzigfachen Betrag der ein- jährigen Nutzung oder Leistung und bei Leibrenten auf den Barwert abzu- stellen (Art. 92 Abs. 2 ZPO). Ausgehend von Unterhaltsleistungen von CHF 2'365.-- oder jährlich 28'380.-- ist allerdings auch ohne diese Vervielfachung auf das Zwanzigfache bereits aufgrund des bis zum heutigen Zeitpunkt aufge- laufenen Betrags von einem Streitwert von über CHF 30'000.-- auszugehen. Damit ist zum einen die Streitwertgrenze nach Art. 308 Abs. 2 ZPO erreicht, womit auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Berufung einzu- treten ist. Zum anderen ist aber auch der in der Rechtsmittelbelehrung anzu- gebende Streitwert (vgl. Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG) bestimmt. 2. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind im Berufungsverfahren neue Tatsa- chen und Beweismittel nur noch dann zu berücksichtigen, wenn sie ohne Ver- zug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die Anwendbarkeit der Bestimmung ist jedoch auf Verfahren beschränkt, in welchem es an den Parteien liegt, dem Gericht gestützt auf die Verhandlungsmaxime nach Art. 55 Abs. 1 ZPO die

Seite 7 — 30 ihren Begehren zugrunde liegenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen. In Verfahren hingegen, in welchen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat, mithin die Untersuchungsmaxime nach Art. 55 Abs. 2 ZPO beachtlich ist, sind neue Taschen und/oder Beweismittel noch bis zum Beginn der Urteilsberatung zu berücksichtigen (Botschaft zur ZPO, 7375, Reetz / Hilber, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N. 13 f. zu Art. 317 ZPO; Peter Volkart, in: Brunner / Gasser / Schwander, Kommentar zur Schweizerischen Zivilpro- zessordnung, N. 17 zu Art. 317 ZPO). Gegenstand des vorliegenden Verfah- rens ist die Unterhaltspflicht des Berufungsbeklagten gegenüber der Beru- fungsklägerin und den gemeinsamen Töchtern. Bei der Prüfung der Unter- haltspflicht gegenüber den Kindern, welche nicht getrennt vom Ehegattenun- terhalt vorgenommen werden kann, gelangt die Untersuchungsmaxime zur Anwendung. Die von den Parteien im Berufungsverfahren neu vorgebrachten Tatsachenbehauptungen wie auch die von ihnen ins

Recht gelegten neuen Beweismittel sind demnach beachtlich. Den massgeblichen Sachverhalt hat das Gericht darüber hinaus von Amtes wegen festzustellen. 3. Die Vorinstanz hat den Anspruch der Berufungsklägerin auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Bereich des Unterhalts unter anderem auch deshalb verneint, weil in absehbarer Zeit der Entscheid im Scheidungsverfahren vorliegen dürfte und es unter diesem Aspekt nicht richtig sei, in die von den Parteien während sieben Jahre beachtete Vereinbarung einzugreifen. Diese Argumentation mag aus verfahrensökonomischer Sicht richtig sein; sie vermag die Abweisung des von der Berufungsklägerin gestellten Begehrens aber nicht zu rechtfertigen. Zwar kann es durchaus sein, dass allfällige vorsorgliche Massnahmen schon bald durch das in Rechtskraft erwachsende Urteil in der Hauptsache abgelöst werden. Bis dahin verliert die Berufungsklägerin jedoch nicht ihren Anspruch auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen. So gilt zum einen darauf hinzuweisen, dass der Erlass von Massnahmen für die Dauer des Ehescheidungsverfahrens im Gegensatz zum einstweiligen Rechtsschutz in anderen Bereichen keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil voraussetzt und insofern wohl eine Notwendigkeit, nicht aber auch eine Dringlichkeit für deren Anordnung bestehen muss (vgl. Leuenberger, FamKomm Scheidung, Band II; Anh. ZPO, N: 4 zu Art. 276 ZPO; Michael Czi-tron, Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses, 1995 S. 9). Ob Massnahmen für einen kurzen oder längeren Zeitraum Bedeutung haben, ist insofern irrelevant. Zum anderen hat die Berufungsklägerin -

Seite 8 — 30 was gesetzlich an sich möglich ist (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 173 Abs. 1 ZGB) - eine Unterhaltsregelung mit einjähriger Rückwirkung beantragt. Gegenstand des Verfahrens bildet demnach nicht nur die Unterhaltspflicht während einer allenfalls nur kurz währenden Zeit in der Zukunft. Und schliesslich steht zum heutigen Zeitpunkt auch noch gar nicht fest, ob das erstinstanzliche Urteil in der Hauptsache unangefochten in Rechtskraft erwächst. Es kann mit anderen Worten durchaus sein, dass den beantragten vorsorglichen Massnahmen auch über den Erlass des vorinstanzlichen Urteils hinaus Bedeutung zukommt. 4. Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht darauf geschlossen, dass seine Mandantin mit den gestützt auf eine Vereinbarung geleisteten Unterhaltszahlungen einverstanden gewesen sei. Entgegen der diesbezüglichen Feststellung in der angefochtenen Verfügung habe A.X. den Berufungsbeklagten immer wieder mündlich auf ihre knappe finanzielle Situation aufmerksam gemacht. Der Berufungsbeklagte habe sich jedoch geweigert, ihr mehr Unterhalt zu leisten und habe damit gedroht, wegzuziehen oder auszuwandern, falls sie höhere Beiträge geltend machen würde. Die Abmachung sei zudem getroffen worden, ohne im Einzelnen den Umfang oder die Höhe der Leistungen zu bestimmen. Aus Angst, dadurch die gesamten Unterhaltszahlungen zu verlieren, habe sich die Berufungsklägerin nicht zu einem früheren Zeitpunkt an das Gericht gewandt. Ausserdem habe sie angenommen, dass die Scheidung rasch erfolgen würde. Auch sei die Berufungsklägerin damals - entgegen der Behauptung der Gegenpartei - nicht anwaltlich beraten worden. Demgegenüber lässt der Berufungsbeklagte ausführen, die Parteien hätten unbestrittenermassen eine Vereinbarung getroffen, an welche sie sich beide über Jahre gehalten hätten. Diese Vereinbarung und die Angemessenheit der vereinbarten Unterhaltsbeiträge sei der Grund gewesen, dass sich die Berufungsklägerin nicht früher an das Gericht gewandt habe. Die Berufungsklägerin sei bei Abschluss der Vereinbarung anwaltlich durch ihre Schwester beraten worden. Letztere habe denn auch im Jahre 2010 eine Scheidungskonvention ausgearbeitet, in welcher in etwa Unterhaltszahlungen

vorgeschlagen worden seien, wie sie während Jahren bezahlt worden seien. Auch die von der Berufungsklägerin geäußerte Angst vor einem Verlust der Unterhaltsleistungen infolge eines Wegzugs des Berufungsbeklagten sei nicht der Grund für ein Zuwarten gewesen. Selbst wenn der Berufungsbeklagte zu Beginn der Auseinandersetzung je eine Äusserung in diese Richtung gemacht haben sollte, sei diese nicht ernst gemeint gewesen. Das habe auch

Seite 9 — 30 der Berufungsklägerin bewusst sein müssen, nachdem der Berufungsbeklagte derart an seinen Kindern hänge. a) Die Parteien haben sich, was unbestritten ist, bei ihrer Trennung im Jahre 2004 darauf geeinigt, dass B.X. an seine Ehefrau und die beiden Töchter monatlich einen Unterhaltsbeitrag von CHF 2'412.00 inklusive Kinderzulagen leistet. Ab November 2009 bezahlte B.X. noch CHF 2'000.00, nachdem seine Ehefrau die Kinderzulagen selbst bezog. Entgegen der Behauptung der Berufungsklägerin beruhte dabei die bei der Trennung geschlossene Vereinbarung sehr wohl auf einer detaillierten Gegenüberstellung von Bedarf und Einkommen. Vom Berufungsbeklagten wurde im Scheidungsverfahren eine Zusammenstellung über Einkommen und Ausgaben ins Recht gelegt, die offenkundig der damals getroffenen Abmachung zugrunde gelegt wurde (vgl. Akten Scheidungsverfahren, Klägerische Beilagen act. 4). In dieser Zusammenstellung wurden die damals erzielten Einkommen berücksichtigt. Aber auch bei den Grundbeträgen wurde auf die damaligen (tieferen) Ansätze abgestellt. b) Die Vereinbarungen wurden vor Anhängigmachung der Scheidungsklage getroffen, mithin zu einem Zeitpunkt, in welchem bei richterlicher Regelung des Getrenntlebens die erforderlichen Massnahmen im sogenannten Eheschutzverfahren erlassen werden. Nach Anhängigmachung der Ehescheidung sind demgegenüber die Verhältnisse für die Dauer des Verfahrens vom Richter über den Erlass von vorsorglichen Massnahmen zu regeln, wobei allfällige richterliche Eheschutzmassnahmen ihre Gültigkeit behalten, solange sie nicht durch vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 137 Abs. 2 ZGB abgeändert beziehungsweise ersetzt werden (BGE 129 III 61). c) Sowohl richterliche Eheschutzmassnahmen wie auch richterlich erlassene vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Ehescheidungsverfahrens können nur dann abgeändert werden, wenn sich die Verhältnisse wesentlich und dauerhaft verändert haben (vgl. Art. 179 ZGB, Art. 276 ZPO in Verbindung mit Art. 179 ZGB; Isenring / Kessler, Basler Kommentar, Band I, N. 3 zu Art. 179 ZGB mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Nicht gesetzlich geregelt ist, was dann zu gelten hat, wenn die Parteien vorerst einvernehmlich - ohne Einschaltung des Gerichts - Vereinbarungen bezüglich ihres Getrenntlebens treffen, und alsdann eine Partei beim Richter ein Gesuch um Erlass von Massnahmen stellt, welche mit den einvernehmlich getroffenen Regelungen im Widerspruch stehen. Selbstverständlich

Seite 10 — 30 muss einer früher getroffenen Vereinbarung vorweg immer dann die Wirkung versagt bleiben, wo ein wesentlicher Irrtum (Art. 24 OR) oder andere Mängel wie Täuschung oder Furchterregung den Abschluss der Vereinbarung beeinflussen haben. Sodann erscheint klar, dass bei Regelungen, die der Untersuchungsmaxime unterliegen, vorweg keine Einschränkung in der Überprüfbarkeit bestehen kann. Vereinbarungen über nicht frei verfügbare Ansprüche - darunter fällt vorliegend die Regelung des Kinderunterhalts - stellen lediglich eigenständige Parteianträge dar, welche für das Gericht nicht bindend sind (vgl. Annette Dolge, in: Brunner / Gasser / Schwander, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N. 12 zu Art. 279 ZPO). Das Gericht hat den

Sachverhalt unabhängig von den Angaben und Anträgen der Parteien von Amtes wegen zu erforschen. Aber auch in Punkten, in denen - wie etwa beim Ehegattenunterhalt - die Verhandlungsmaxime beachtlich ist, darf das Vorliegen von wesentlichen Veränderungen nicht zur Voraussetzung gemacht werden. Auszugehen ist diesbezüglich vom Wesen der Vereinbarung und den Wirkungen der Ehe im Allgemeinen. Während der Ehe besteht zwischen den Ehegatten eine umfassende Beistands- und Zusammenwirkungspflicht. Diese Pflichten fallen grundsätzlich nicht dahin, wenn sich die Ehegatten zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts im Sinne von Art. 175 ZGB entschliessen. Treffen die Ehegatten in Bezug auf ihr Getrenntleben ohne Einschaltung des Gerichts eine Vereinbarung, so kommt den darin enthaltenen Regelungen insofern keine wesentlich andere Bedeutung zu wie ihren während intakter Ehe getroffenen Abreden. Daran ändert auch nichts, dass die Parteien allenfalls beim Abschluss der Vereinbarung anwaltlich beraten wurden. Die Vereinbarung gibt auch diesfalls nur das zum Ausdruck, was die Parteien in Bezug auf ihr Getrenntleben als angezeigt erachten. Wie bei einer während intakter Ehe getroffenen Abrede wird die Trennungsvereinbarung als Regelung verstanden, die gelten soll, solange man glaubt, diese trage der Situation angemessene Rechnung. Entsprechend besteht vorweg auch kein Grund, bei Anrufung des Richters bei Uneinigkeit danach zu unterscheiden, ob die Parteien vorgängig eine einvernehmliche Regelung in Bezug auf ihr Getrenntleben geschlossen haben oder erstmals überhaupt solche Regelungen getroffen werden müssen. Nur dieser eingeschränkten Bedeutung entsprechend ist die Vereinbarung deshalb auch in den späteren Erlass von Massnahmen zu würdigen. Ausgehend von den Behauptungen der Parteien hat das Gericht demzufolge in allen strittigen Punkten - unabhängig davon, ob die Untersuchungs- oder die Verhandlungsmaxime zur Anwendung gelangt und ungeachtet des Umstands, dass die Parteien zuvor unter Umständen schon geraume Zeit ei-

Seite 11 — 30 ner einvernehmlich getroffenen Vereinbarung nachgelebt haben - abzuklären, welche Regelungen in der konkreten Situation in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht angemessen erscheinen. Dabei sind beim richterlichen Entscheid zwar sowohl die von den Parteien geschlossene Vereinbarung als bisherige Regelung bezüglich der Aufgabenteilung und Geldleistungen wie auch die seither eingetretenen Veränderungen zu berücksichtigen (vgl. Art. 125 Abs 1 Ziff. 1 ZGB; Urteil 5A\_848/2010 des Bundesgerichts vom 16. Mai 2011 E. 2.3.1.). Nicht von Relevanz ist jedoch, ob sich die Verhältnisse seit Abschluss der Vereinbarung wesentlich und dauerhaft verändert haben (vgl. Urteil ZK1

## **E. 11**

Beim Bedarf des Berufungsbeklagten unbestritten geblieben sind der Grundbetrag (CHF 1'200.--) und die Mietkosten von CHF 1'000.--. Glaubhaft belegt (vgl. Scheidungsverfahren, kläg. Beilagen act. 5) sind auch die vom Berufungsbeklagten geltend gemachten Krankenkassenprämien von CHF 343.25. Von der Berufungsklägerin bestritten sind schliesslich die vom Berufungsbeklagten geltend gemachten Autokosten, die Kosten der auswärtigen Verpflegung, die Besuchsrechtskosten und die Steuerlast. a) Der Berufungsbeklagte verlangt die Anrechnung von monatlichen Beträgen von CHF 600.-- für Autospesen und von CHF 400.-- für auswärtige Verpflegung. Diesbezüglich führt er aus, er sei als Forstwart für die Ausübung seiner Tätigkeit auf ein Auto angewiesen und nehme seine Mahlzeiten auswärts ein. aa) Ausser Frage steht, dass der Berufungsbeklagte aus beruflichen Gründen auf ein Auto angewiesen ist. Allerdings werden ihm die daraus resultierenden Aufwendungen weitgehend vergütet. Wie der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Forstrevier H. und dem Fortrevier F. (vgl.

Scheidungsakten kläg. Beilagen act. 8) zu entnehmen ist, hat der Berufungsbeklagte grundsätzlich zwei Dienstorte, nämlich L. und F.. Der Wohnort ist F.. Innerhalb der Reviere hat der Berufungsbeklagte Anspruch auf eine Kilometerentschädigung von 80 Rappen. Für solche Fahrten macht der Berufungsbeklagte denn auch keine Entschädigung geltend. Letztlich verlangt er diese nur für die Fahrten zum anderen Revier. Wohl sieht die Vereinbarung nun vor, dass der Revierförster ausserhalb der Reviere Anspruch auf Abgeltung seiner Spesen nach Massgabe der kantonalen Personalverordnung hat. Nach der kantonalen Per-

Seite 23 — 30 sonalverordnung besteht jedoch nur Anspruch auf Entschädigung von Dienstfahrten (Art. 25 Abs. 1 lit. e PV, BR 170.410). Dazu gehört der Arbeitsweg, mithin die Anreise zum Dienstort nicht. Fahrten vom Wohnsitz in F. bzw. dem Dienstort F. in das andere Revier sind folglich als Arbeitsweg nicht entschädigungspflichtig. Nur so ist es letztlich auch zu erklären, dass der Berufungsbeklagte die betreffenden Unkosten als Berufsauslagen in den Steuererklärung 2009 geltend gemacht und - wie die Veranlagungsverfügungen belegen - auch angerechnet erhalten hat (vgl. Akten vorsorgliches Massnahmeverfahren, GS, act. 10, Steuererklärung; Akten Scheidungsverfahren, kläg. Beilagen act. 9 und 10, Veranlagungsverfügungen). Nicht gerechtfertigt ist hingegen die Höhe des geltend gemachten Betrags. Gemäss der vorerwähnten Steuererklärung fallen dem Berufungsbeklagten für solche Fahrten jährlich 3'960 Kilometer an. Bei einer Abgeltung mit 60 Rappen entspricht dies einem Betrag von CHF 2'376.--, womit monatlich CHF 198.-- anrechenbar sind. ab) Mit der nämlichen Begründung wie im Falle der Berufungsklägerin ist dem Berufungsbeklagten schliesslich auch ein Teil der geforderten Entschädigung für auswärtige Verpflegung zuzusprechen. Soweit er im Revier F. tätig ist, kann ihm ohne Weiteres zugemutet werden, das Mittagessen daheim einzunehmen. Ist er hingegen im anderen Revier beschäftigt, macht die Rückkehr nach Hause vom Zeitbedarf, dem Erholungszweck der Mittagspause aber auch von den Kosten her keinen Sinn. Gemäss Steuererklärung 2009 fallen dem Berufungsbeklagten an 110 Tagen Auslagen für auswärtige Verpflegung an. Wie dargelegt wurde, sind gemäss Richtlinien pro auswärtiger Hauptmahlzeit CHF 9.-- bis CHF 11.-- an den Bedarf anzurechnen. Ausgehend von der Tätigkeit des Berufungsbeklagten erscheint die Berücksichtigung des Ansatzes von CHF 11.-- gerechtfertigt. Entsprechend ist dem Berufungsbeklagten ein Betrag von jährlich CHF 1210.-- bzw. monatlich CHF 100.80 an den monatlichen Bedarf anzurechnen. b) Weitere CHF 500.-- beansprucht der Berufungsbeklagte für die Abgeltung der mit der Ausübung des Besuchsrechts verbundenen Fahrkosten. Fraglos fallen dem Berufungsbeklagten solche Kosten an, nachdem die Kinder in E. leben und das Besuchsrecht regelmässig in dem rund 170 km entfernten F. ausgeübt wird. Die Berufungsklägerin weist indessen in ihrer im Scheidungsverfahren eingereichten Replik (S. 5) darauf hin, dass man sich in der Mitte der Wegstrecke - bei der Autobahnraststätte in O. - treffe. Dass die Parteien sich üblicherweise den Fahraufwand teilen, erscheint nur schon allein aufgrund der bei Hin- und Rückfahrt anfallenden Distanz von 340 km glaubhaft. In Bezug

Seite 24 — 30 auf die Anzahl der anfallenden Fahrten ist von der gegenwärtigen Besuchs- und Ferienrechtsregelung auszugehen. Im Scheidungsverfahren forderte der Berufungsbeklagte unter Hinweis auf die gegenwärtigen Verhältnisse ein Besuchsrecht von 2 Wochenenden pro Monat und ein Ferienrecht von 4 Wochen pro Jahr. Die Berufungsklägerin stellte demgegenüber den Antrag, es sei dem Berufungsbeklagten ein

Besuchsrecht von einem Wochenende pro Monat so- wie drei Wochen Ferien einzuräumen. Dass das vom Berufungsbeklagten be- anspruchte Besuchs- und Ferienrecht der bestehenden Regelung entspricht, wurde von der Berufungsklägerin allerdings nicht bestritten. Plausible Gründe, weshalb der Berufungsbeklagte während laufendem Scheidungsverfahren sei- ne Kinder nicht mehr im gewohnten Umfang sehen soll, werden von der Beru- fungsklägerin nicht genannt. So vermag die räumliche Entfernung - nachdem sich diesbezüglich bis anhin offenbar keine Probleme ergeben haben und ein regelmässiger Umgang mit dem Vater im Interesse der Kinder steht - zumin- dest im vorliegenden Massnahmeverfahren keinen Grund darzustellen, um bei der Abgeltung der mit der Ausübung des Besuchs- und Ferienrechts verbun- denen Kosten eine andere Regelung zu berücksichtigen. Ausgehend von 24 jährlichen Fahrten, geteiltem Reiseweg und einer Kilometerentschädigung von 60 Rappen ist dem Berufungsbeklagten demnach für die Ausübung des Be- suchs- und Ferienrechts ein Betrag in Höhe von jährlich CHF 2'448.-- (4080 x CHF 0.60) bzw. monatlich CHF 204.-- zuzusprechen. Allerdings rechtfertigt es sich angesichts der geteilten Wegstrecke auch, denselben Betrag dem Bedarf der Kinder aufzurechnen. Bei den diesbezüglichen Kosten handelt es sich im Kern um besondere Kinderbetreuungskosten, welche nicht durch den Grund- betrag abgedeckt werden (vgl. Vonder Mühl, a.a.O., N. 32 S. 915 zu Art. 93 SchKG) und gestützt auf die vorerwähnte Untersuchungsmaxime von Amtes wegen zu berücksichtigen sind. c) Für die Steuern verlangt B.X. die Anrechnung eines monatlichen Be- trags von CHF 510.--. Dieser Betrag entspricht der bisherigen Steuerlast. Auf- grund dessen, dass der Berufungsbeklagte - wie nachstehend dargelegt wird - höhere Unterhaltsleistungen zu zahlen hat, verringert sich diese Auslagen. Wie eine Online-Berechnung unter Berücksichtigung der Faktoren 2009 und unter Abzug der zusätzlich geschuldeten Unterhaltsleistungen zeigt, hat B.X. mit einer Steuerlast von rund CHF 310.-- pro Monat zu rechnen.

## E. 12

Unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten Faktoren ergibt sich demnach folgende Unterhaltsberechnung:

Seite 25 — 30 a) Unterhalt bis zum 10. Altersjahr von D.X. A.X. mit C.X. und D.X. B.X.  
 Grundbetrag der Parteien von C.X. von D.X. 1350.00 600.00 400.00 1200.00 Wohnung  
 1480.00 1000.00 Krankenkasse 494.15 343.25 öV / Auto 73.50 198.00 auswärtige  
 Verpflegung 83.00 100.80 Musikschule 120.00 Besuchs-/Ferienrecht 204.00 204.00  
 Steuern 370.00 310.00 Zwischentotal 5174.65 3356.05 abzüglich Kinderzulagen -410.00  
 Total Minimalbedarf 4764.65 3356.05 -8120.70 Einkommen 2600.00 6927.60 9527.60  
 Zulagen Gesamteinkünfte Überschuss 1406.90 b) Im August 2011 wird D.X. 10 Jahre alt.  
 Ab September 2011 ist folglich auch für sie ein Grundbetrag von CHF 600.-- zu  
 veranschlagen. Damit erhöht sich der Bedarf auf Seiten der Berufungsklägerin und der  
 Kinder auf CHF 4'964.65. Der Überschuss reduziert sich demzufolge auf CHF 1'206.90.

## E. 13

Verbleibt nach Abzug der familienrechtlichen Existenzminima ein Über- schuss, so ist dieser grundsätzlich hälftig zwischen den Ehegatten zu teilen. Eine Aufteilung nach Hälften ist indessen dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn ein Ehegatte für minderjährige Kinder aufkommt (BGE 126 III 8 ff.). In diesem Fall ist die Aufteilung so vorzunehmen, dass auch die Kinder an der höheren Lebenshaltung der Parteien teilhaben können. In welchem Mass die Kinder am Überschuss partizipieren sollen und damit vom Grundsatz der hälftigen

Auftei-

Seite 26 — 30 lung abzuweichen ist, entscheidet sich dabei nach den konkreten Umständen. Massgebend sind insbesondere die Höhe des Freibetrages, die persönlichen Bedürfnisse der Eltern sowie die Zahl, das Alter und der Bedarf der Kinder (vgl. dazu Aeschlimann / Bähler / Freivogel, FamKomm Scheidung, Band II, Anhang UB, S. 458 f. N. 72 ff.). a) Der verbleibende Überschuss ist nicht derart gross, dass er den Parteien ein deutlich über dem Existenzminimum liegenden Lebensstandard ermöglicht. Er reicht letztlich nur für punktuelle Verbesserungen in der Lebenshaltung aus. Die beiden Kinder sind bereits 10 und 13 Jahre alt. Ihrem Bedürfnis nach altersgemässer Förderung wurde insoweit Rechnung getragen, als solche Kosten - soweit sie geltend gemacht wurden - in den Grundbetrag mit eingerechnet wurden. Hobbys, mit welchen besondere Auslagen verbunden sind, gehen offenbar weder die Eltern noch die Kinder nach. Zu berücksichtigen gilt hingegen, dass die Kinder jedes zweite Wochenende bei ihrem Vater verbringen. Will der Vater mit den Kindern etwas unternehmen, fallen Auslagen an, die im Bedarf nicht berücksichtigt wurden. Ausgehend davon erscheint es gerechtfertigt, den Überschuss zu 3/5 der Berufungsklägerin mit den Kindern und zu 2/5 dem Berufungsbeklagten zuzuweisen. Damit ergeben sich folgende Unterhaltsleistungen: b) Unterhalt bis zum 10. Altersjahr von D.X. Anteil am Überschuss von 1'406.90 844.10 562.80 Bedarf 4764.65 3356.05 bereinigter Gesamtbedarf 5608.75 3918.85 abzgl. eigenes Einkommen -2600.00 -6927.60 Unterhaltsbeitrag 3008.75 -3008.75 c) Unterhalt ab dem 10. Altersjahr von D.X. Anteil am Überschuss von 1'206.90 724.10 482.80 Bedarf 4964.65 3356.05 bereinigter Gesamtbedarf 5688.75 3838.85 abzgl. eigenes Einkommen -2600.00 -6927.60

Seite 27 — 30 Unterhaltsbeitrag 3088.75 -3088.75 d) Wie aus der vorstehenden Berechnung folgt, ist die Unterhaltspflicht des Berufungsbeklagten gegenüber der Berufungsklägerin und den Kindern nach Massgabe der aktuellen Verhältnisse deutlich höher als jene gemäss Vereinbarung. Das ist einerseits darauf zurückzuführen, dass sich das Jahresinkommen des Berufungsbeklagten zwischenzeitlich doch um annähernd CHF 14'000.-- gesteigert hat. Diese zusätzlichen Mittel kamen bis anhin allein dem Berufungsbeklagten zugute. Zum anderen hat die Erhöhung ihren Grund darin, dass bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge im Jahre 2004 beim Bedarf deutlich tiefere Grundbeträge Berücksichtigung fanden. So wurden für die beiden Kinder noch jeweils CHF 250.-- pro Monat veranschlagt. Dass den Bedürfnissen der nunmehr 7 Jahre älteren Kindern mit solchen Beträgen nicht mehr Rechnung getragen wird, ist offenkundig. Schon allein aus diesen Gründen kann die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung nicht mehr als eine der Sache angemessene Regelung verstanden werden. An ihr ist folglich auch nicht festzuhalten und es sind der Berufungsklägerin und den beiden Kindern stattdessen Unterhaltsbeiträge im errechneten Gesamtumfang zuzusprechen. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen zu den einzelnen Bedarfspositionen erscheint es dabei gerechtfertigt, beginnend mit dem Monat Februar 2011 der Tochter D.X. bis zum Erreichen des 10. Altersjahrs einen Betrag von CHF 800.-- und danach einen solchen von CHF 1'000.-- zuzusprechen. Für C.X. rechtfertigt sich ebenfalls ein Unterhaltsbeitrag von CHF 1000.--. Gegenüber der Berufungsklägerin ist bis und mit August 2011 ein Unterhaltsbeitrag von gerundet CHF 1'200.-- und von da an für die restliche Dauer des Scheidungsverfahrens ein solcher von gerundet CHF 1'080.-- geschuldet. e) Der Berufungsbeklagte hat eine Unterhaltspflicht von CHF 2'000.-- anerkannt. Es ist davon auszugehen, dass er diese Zahlungen auch während der Dauer des Massnahmeverfahrens

erbracht hat. Entsprechend wird B.X. ermächtigt, die im vorerwähnten Zeitraum bereits erbrachten Unterhaltsleistungen mit dem geschuldeten Unterhalt zu verrechnen.

#### **E. 14**

Gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO sind die Prozesskosten, sofern keine Partei vollständig obsiegt hat, nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen. Von diesem Grundsatz kann das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. Eine derartige

Seite 28 — 30 Ausnahme ist namentlich für familienrechtliche Prozesse vorgesehen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). a) Sowohl in Würdigung des Verfahrens als familienrechtlicher Prozess wie auch vom Ausgang her erscheint es gerechtfertigt, die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (CHF 800.--) wie auch jene des Berufungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. So gilt zum einen zu berücksichtigen, dass auch der Kinderunterhalt festzulegen war, was letztlich von beiden Parteien gleichermassen zu vertreten ist. Darüber hinaus bewegt sich auch das Obsiegen und Unterliegen beider Parteien in ähnlichem Rahmen. Gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren wird für das Berufungsverfahren eine Entscheidgebühr von CHF 2'000.-- erhoben. Anzumerken gilt, dass A.X. im vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde. Entsprechend sind die ihr für das vorinstanzliche Verfahren auferlegten Kosten dem Kanton Graubünden in Rechnung zu stellen. Die CHF 1'000.--, welche A.X. im Berufungsverfahren auferlegt wurden, sind hingegen von der Berufungsklägerin persönlich zu tragen, nachdem ihr für diesen Verfahrensabschnitt gestelltes Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aufgrund der vorstehend in Ziff. 8.b) erwähnten Rückstellungen abgewiesen wurde (vgl. ERZ 11 169). b) Aus den nämlichen Überlegungen und unter Berücksichtigung dessen, dass beiden Parteien in etwa der gleich grosse Aufwand entstanden ist, sind die Parteienentschädigungen des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens wettzuschlagen.

Seite 29 — 30 III.

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