

# GR\_GERICHTE ZK1 2016 197 vom 19. Juli 2018

GR Gerichte, 2018-07-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2016\\_197](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2016_197)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2016 197 du 19 juillet 2018

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2016 197 del 19 luglio 2018

## Regeste

Erlass vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren | Berufung ZGB Eherecht

## Erwägungen

### E. 12

Februar 2015 festgestellt worden war, dass sich die Parteien über den Scheidungspunkt einig seien, hinsichtlich des nachehelichen Unterhalts und der güterrechtlichen Auseinandersetzung aber Differenzen bestünden, setzte der Präsident des Bezirksgerichts Plessur der Ehefrau gleichentags Frist zur Einreichung und Begründung ihrer Scheidungsanträge. Mit Eingabe vom 31. März 2015 kam X.\_\_\_\_\_ dieser Aufforderung nach. Mit derselben Eingabe beantragte sie den Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Ehescheidungsverfahrens, wobei sie folgende Rechtsbegehren stellte: 1. Der Kläger sei zu verpflichten, ab 1. April 2014 an den laufenden Unterhalt der Beklagten CHF 7'105.00 / Monat zu bezahlen unter Verrechnung ab 1. April 2014 der Beklagten bereits überwiesener Unterhaltsbeiträge. 2. Der Kläger sei zu verpflichten, dem Rechtsbeistand der Beklagten auf sein Postkonto Nr. \_\_\_\_\_ CHF 10'000.-- als aussergerichtliche Entschädigung zu überweisen. 3. Das Grundbuchamt des Kantons Glarus, Zwinglistrasse 6, 8750 Glarus sei gerichtlich anzuweisen, eine Verfügungsbeschränkung betr. Grundstück Nr. \_\_\_\_\_ im GB O.3\_\_\_\_\_ nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB derart vorzumerken, dass über das genannte Grundstück nicht ohne Zustimmung der Beklagten verfügt werden darf. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MwSt.), vorerst bei der Prozedur, und danach zulasten des Klägers. Ziff. 3 hiervor sei superprovisorisch anzuordnen.

Seite 3 — 58 C. Mit superprovisorischer Entscheidung vom 7. April 2015 ordnete der Einzelrichter am Bezirksgericht Plessur die beantragte Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung an. Gleichentags wurde Y.\_\_\_\_\_ Frist zur Klageantwort und Stellungnahme betreffend vorsorgliche Massnahmen angesetzt. Mit Klageantwort vom 11. Mai 2015 stellte er in Bezug auf die beantragten vorsorglichen Massnahmen folgende Rechtsbegehren: 1. Sämtliche Begehren seien abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin. D. Am 11. Juli 2015 reichte X.\_\_\_\_\_ ihre Replik zu den Scheidungsanträgen ein. Darin hielt sie an ihrem Begehren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen fest und beantragte zusätzlich, den Ehemann superprovisorisch zu verpflichten, ihr in Anrechnung an ihre Ansprüche einen Betrag von CHF 8'859.82 für das offene Anwaltshonorar zu überweisen. Mit Verfügung vom 29. Juli 2015 lehnte der Einzelrichter am Bezirksgericht Plessur eine superprovisorische Anordnung ab und setzte dem Ehemann Frist, um eine Stellungnahme im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen einzureichen. Dieser Aufforderung kam Y.\_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 10. August 2015 nach, wobei er nebst der Abweisung des

Gesuches beantragte, X.\_\_\_\_\_ sei zu verpflichten, unverzüglich den Hausschlüssel für das Wohnhaus in O.3\_\_\_\_\_ herauszugeben. Mit seiner Stellungnahme reichte er mehrere Auszüge aus dem E-Mail-Verkehr zwischen X.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ aus der Zeit von Oktober bis Dezember 2012 ein. E. Mit Entscheid vom 17. August 2015, mitgeteilt am 27. August 2015, erkannte der Einzelrichter am Bezirksgericht Plessur im Massnahmeverfahren (Proz. Nr. 135-2015-264), was folgt: 1. a) Y.\_\_\_\_\_ wird verpflichtet, an den Unterhalt von X.\_\_\_\_\_ mit Wirkung ab 1. April 2015 monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, einen Betrag von CHF 5'750.00 zu bezahlen. b) Y.\_\_\_\_\_ wird für berechtigt erklärt, die X.\_\_\_\_\_ seit 1. April 2015 bereits überwiesenen Unterhaltsbeiträge mit den Unterhaltsbeiträgen gemäss Ziffer 1/a zu verrechnen. 2. X.\_\_\_\_\_ wird verpflichtet, Y.\_\_\_\_\_ den sich allenfalls noch bei ihr befindlichen Hausschlüssel zum vormals ehelichen Wohnhaus an der \_\_\_\_\_strasse 18 in O.3\_\_\_\_\_ innert 10 Tagen nach Vollstreckbarkeit dieses Entscheides herauszugeben. 3. Die mit Entscheid des Einzelrichters am Bezirksgericht Plessur vom 7. April 2015 superprovisorisch angeordnete Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung auf dem Grundstück Nr. \_\_\_\_\_ im Grundbuch O.3\_\_\_\_\_ mit folgendem Wortlaut:

Seite 4 — 58 "Rechtsgeschäfte bezüglich dieses Grundstückes zur Eintragung im Grundbuch bedürfen der Zustimmung der Ehefrau X.\_\_\_\_\_ wird bestätigt. 4. Der Antrag von X.\_\_\_\_\_ auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen. 5. a) Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 2'100.00 (Entscheidgebür [inkl. Kosten Grundbuchamt]) gehen im Umfang von CHF 1'575.00 (3/4) zu Lasten von Y.\_\_\_\_\_ und im Umfang von CHF 525.00 (1/4) zu Lasten von X.\_\_\_\_\_. Sie sind dem Bezirksgericht innert 30 Tagen mit den beiliegenden Einzahlungsscheinen zu bezahlen. b) Y.\_\_\_\_\_ hat X.\_\_\_\_\_ eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 1'468.40 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu bezahlen. 6. [Rechtsmittelbelehrung] 7. [Mitteilung] F. Gegen diesen Entscheid erhoben beide Ehegatten Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden. Mit Urteil vom 7. Juli 2016, mitgeteilt am 8. Juli 2016, wurde die Berufung von X.\_\_\_\_\_ (ZK1 15 125) dahingehend entschieden, als der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zur Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde. Die Berufung von Y.\_\_\_\_\_ (ZK1 15 124) wurde als gegenstandslos geworden vom Geschäftsverzeichniss abgeschrieben. Die I. Zivilkammer war zum Schluss gekommen, dass der Vorderrichter das rechtliche Gehör von X.\_\_\_\_\_ in schwerwiegender Weise verletzt hat, indem er seinen Entscheid auf Vorbringen und Beweismittel des Ehemannes stützte, zu welchen sich die Ehefrau vor Erlass des Entscheides nicht hatte äussern können. G. Am 12. September 2016 fand vor dem Einzelrichter am Bezirksgericht Plessur eine mündliche Verhandlung statt, an welcher sowohl die strittigen Punkte des Scheidungsverfahrens (Proz. Nr. \_\_\_\_\_) als auch die beantragten vorsorglichen Massnahmen besprochen wurden. X.\_\_\_\_\_ reichte eine schriftliche Stellungnahme ein, mit welcher sie ihre bisherigen Rechtsbegehren in Anlehnung an die mit ihrer Berufung (ZK1 15 125) gestellten Anträge wie folgt abänderte:

Seite 5 — 58 a) Materielle Begehren 1. a) Der Ehemann sei zu verpflichten, der Ehefrau mit Wirkung ab dem 1. April 2014 monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines Monats, einen Unterhaltsbeitrag von CHF 7'100.00 zu bezahlen. b) Für die einmalige Zusatzsteuerlast (wohl im 2016) zufolge der pro 2014 und 2015 durch den Ehemann an die Ehefrau auszurichtenden Differenzbeträge zwischen den ihr effektiv ausgerichteteten und ihr gemäss Ziff. 1 hiervor zuzusprechenden Unterhaltsbeiträgen vom 1. April 2014 bis 31.

Dezember 2015 sei der Ehemann zusätzlich zu verpflichten, der Ehefrau einen einmaligen Zusatzunterhalt von CHF 16'367.70 zu bezahlen. c) Der Ehemann sei zu [recte: für] berechtigt zu erklären, die der Ehefrau seit 1. April 2014 bereits überwiesenen Unterhaltsbeiträge mit [den] unter Ziff. 1a festgesetzten Unterhaltsbeiträgen zu verrechnen. 2. Der Ehemann sei zu verpflichten, der Ehefrau einen Anwaltskostenvorschuss von CHF 20'000.00 für die bisherigen Aufwendungen im ordentlichen Ehescheidungsverfahren sowie sämtliche Aufwendungen im vorsorglichen Verfahren zu bezahlen. 3. Der Ehemann sei zu verpflichten, sämtliche Gerichtskosten des erstinstanzlichen vorsorglichen Massnahmeverfahrens zu bezahlen. 4. Der Ehemann sei zu verpflichten, die Ehefrau aussergerichtlich für das erstinstanzliche Massnahmeverfahren mit total CHF 5'000.00 (inkl. MWSt.) zu entschädigen. b) Prozessuale Rechtsbegehren Es seien die vom Ehemann mit seiner Eingabe vom 10. August 2015 offerierten klägerischen Beilagen Nr. 11-17, enthaltend den höchstpersönlichen privaten E-Mail Verkehr zwischen der Berufungsklägerin [recte: Gesuchstellerin] und D.\_\_\_\_\_, aufgrund Erlangung durch widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB gestützt auf Art. 152 Abs. 2 ZPO aus dem Recht zu weisen. Auch Y.\_\_\_\_\_ erneuerte sinngemäss die mit seiner Berufung (ZK1 15 124) gestellten Rechtsbegehren und beantragte somit, was folgt: 1. Es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin mit Wirkung ab 01. September 2015 keinen Anspruch auf Unterhaltszahlungen mehr hat. 2. Eventualiter sei der vom Ehemann zu bezahlende Unterhaltsbeitrag mit Wirkung ab 01. September 2015 auf maximal CHF 1'000.00 pro Monat festzusetzen. Bezüglich des weiteren Vorgehens wurde vereinbart, dass vor Erlass eines erneuten Massnahmeentscheides die aufgerufenen Zeugen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ befragt würden. H. Nachdem D.\_\_\_\_\_ zur Zeugeneinvernahme vorgeladen wurde, teilte er dem Gericht mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 mit, er werde nicht zur Einvernahme erscheinen, und äusserte sich stattdessen schriftlich zur Scheidungsange-  
Seite 6 — 58 legenheit X./Y.\_\_\_\_\_. Das Schreiben wurde den Parteien am 27. Oktober 2016 zur Kenntnis weitergeleitet. Die Zeugeneinvernahme von E.\_\_\_\_\_ fand am 1. November 2016 im Beisein der Parteien sowie ihrer Rechtsvertreter statt. I. Am 31. Oktober 2016, eingegangen am 2. November 2016, reichte D.\_\_\_\_\_ beim Bezirksgericht Plessur seinen Niederlassungsausweis der Gemeinde O.4\_\_\_\_\_ ein. Der Rechtsvertreter von X.\_\_\_\_\_ reichte am 4. November 2016 ein weiteres Schreiben ein, mit welchem er die im Scheidungsverfahren mit Bezug auf das Einkommen des Ehemannes gestellten Beweisanträge (Edition der Geschäftsabschlüsse 2010-2015 der F.\_\_\_\_\_ sowie der Lohnausweise 2010-2015 verschiedener Geschäftsleitungsmitglieder) erneuerte. Diese Dokumente wurden den Parteien mit Schreiben vom 25. November 2016 zur Kenntnis gebracht. J. Mit Entscheid vom 1. November 2016, mitgeteilt am 13. Dezember 2016, entschied der Einzelrichter am Bezirksgericht Plessur, wie folgt: 1. a) Y.\_\_\_\_\_ wird verpflichtet, an den Unterhalt von X.\_\_\_\_\_ mit Wirkung ab 1. April 2015 monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, einen Beitrag von CHF 5'880.00 zu bezahlen. b) Y.\_\_\_\_\_ wird für berechtigt erklärt, die X.\_\_\_\_\_ seit 1. April 2015 bereits überwiesenen Unterhaltsbeiträge mit den Unterhaltsbeiträgen gemäss Ziffer 1/a zu verrechnen. 2. X.\_\_\_\_\_ wird verpflichtet, Y.\_\_\_\_\_ den sich allenfalls noch bei ihr befindlichen Hausschlüssel zum vormals ehelichen Wohnhaus an der \_\_\_\_\_strasse 18 in O.3\_\_\_\_\_ innert 10 Tagen nach Vollstreckbarkeit dieses Entscheides herauszugeben. 3. Die mit Entscheid des Einzelrichters am Bezirksgericht Plessur vom 7. April 2015 superprovisorisch angeordnete Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung auf dem Grundstück Nr. \_\_\_\_\_ im Grundbuch O.3\_\_\_\_\_ mit folgendem Wortlaut: "Rechtsgeschäfte

bezüglich dieses Grundstückes zur Eintragung im Grundbuch bedürfen der Zustimmung der Ehefrau X.\_\_\_\_\_ " wird bestätigt. 4. Im Übrigen wird das Gesuch abgewiesen. 5. a) Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 2'100.00 (Entscheidgebür [in- kl. Kosten Grundbuchamt]) gehen je hälftig zu Lasten von X.\_\_\_\_\_ und von Y.\_\_\_\_\_. Sie sind dem Bezirksgericht innert 30 Tagen mit den beiliegenden Einzahlungsscheinen zu bezahlen. b) X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ schulden sich für das vorliegende Verfahren gegenseitig keine Parteientschädigung. 6. [Rechtsmittelbelehrung]

Seite 7 — 58 7. [Mitteilung] K. Dagegen erhob X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Berufungsklägerin) mit Eingabe vom 23. Dezember 2016 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden (ZK1 16 196) und beantragte, was folgt: 1. Ziff. 1 lit. a des Dispositivs des angefochtenen Entscheides sei aufzu- heben und dahingehend abzuändern, dass Y.\_\_\_\_\_ verpflichtet werde, an den Unterhalt von X.\_\_\_\_\_ mit Wirkung ab 1. April 2014 monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten des Monats, einen Betrag von CHF 7'100 / Monat zu bezahlen. 2. Ziff. 1 lit. b des Dispositivs des angefochtenen Entscheides sei für den Fall der Gutheissung von Ziff. 1 hiervor dahingehend abzuändern, dass Y.\_\_\_\_\_ als berechtigt erklärt werde, die seit 1. April 2014 bereits überwiesenen Unterhaltsbeiträge mit den Unterhaltsbeiträgen gemäss Ziff. 1 lit. a zu verrechnen. 3. Ziff. 4 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben a. für den Fall der Gutheissung von Ziff. 1 hiervor: und Y.\_\_\_\_\_ zu verpflichten, der Berufungsklägerin CHF 27'600 für die zusätzlich einmalig anfallende Steuerlast im Jahre 2017 für die im Steuerjahr 2017 zu versteuernde Differenz zwischen den seit 1. April 2014 bezahlten Unterhaltsbeiträgen und den gemäss Ziff. 1 hiervor geschuldeten und 2017 zu bezahlenden Unterhaltsbeiträgen zu bezah- len; und b. für den Fall der Abweisung von Ziff. 1 hiervor: Y.\_\_\_\_\_ zu verpflichten, der Berufungsklägerin CHF 20'000.- (inkl. MwSt) an Gerichtskostenvorschuss für die Aufwendungen bis 12. Sep- tember 2016 zu bezahlen. 4. Für den Fall der Gutheissung von Ziff. 1 hiervor sei Ziff. 5 lit. a des Dispositivs des angefochtenen Entscheides aufzuheben und der Beru- fungskläger zu verurteilen, die Gerichtsfolgen [gemeint wohl: Gerichts- kosten] für das vorinstanzliche Verfahren vollumfänglich zu tragen. Ferner sei Ziff. 5 lit. b des Dispositivs des angefochtenen Entscheides aufzuheben und der Berufungsbeklagte zu verpflichten, die Beru- fungsklägerin für das vorinstanzliche Verfahren mit CHF 21'265.43 (in- kl. MwSt) aussergerichtlich zu entschädigen. 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MwSt), zulasten des Berufungsbeklagten. Mit der Berufungsschrift legte sie neue Urkunden (Krankenversicherungspolice 2017, Steuerberechnungen für die Jahre 2013-2017) ein. Zudem wiederholte sie den vor erster Instanz gestellten Antrag, bei der F.\_\_\_\_\_ die Bilanzen und Erfolgs- rechnungen der Jahre 2010 bis 2015 edieren zu lassen.

Seite 8 — 58 L. Am 23. Dezember 2016 erhob auch Y.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Berufungsklä- ger) Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden (ZK1 16 197) und stellte folgende Rechtsbegehren: 1. Die Ziff. 1, lit. a und Ziff. 5 des Dispositivs des angefochtenen Ent- scheides seien aufzuheben. 2. Es sei festzustellen, dass der Berufungskläger seinen Unterhaltsver- pflichtungen bis und mit 01. September 2015 vollumfänglich nachge- kommen ist. Es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin und heutige Berufungs- beklagte mit Wirkung ab 01. September 2015 keinen Anspruch auf Un- terhaltzahlungen mehr hat. Eventualiter sei der vom Ehemann zu bezahlende Unterhaltsbeitrag mit Wirkung ab 01. September 2015 auf maximal CHF 1'000.00 pro Monat festzusetzen. 3. Der Ehemann sei für berechtigt zu erklären, die seit 01. September 2015 zuviel bezahlten Unterhaltszahlungen von der Gesuchstellerin und heutigen Berufungsbeklagten

zurückzufordern, resp. mit allfälligen Forderungen der Ehefrau aus Güterrecht zu verrechnen. 4. Die Kosten des Bezirksgerichts Plessur seien der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten aufzuerlegen, welche zudem zu verpflichten sei, den Berufungskläger für das Verfahren vor Bezirksgerichtspräsidium Plessur mit CHF 7'000.00, zuzüglich 8% MwSt., allenfalls mit einem Betrag nach richterlichem Ermessen, zu entschädigen. 5. Der Berufung sei in der Weise aufschiebende Wirkung zu erteilen, als dass der Berufungskläger seiner Ehefrau weiterhin den gemäss Entscheid vom 17./27. August 2015 festgelegten Unterhaltsbeitrag in Höhe von CHF 5'750.00 bezahlt, hingegen nicht verpflichtet werden kann, den neu festgelegten Betrag in Höhe von CHF 5'880.00 zu bezahlen und insbesondere nicht, die Differenz des Betrages seit 01. April 2015 nachzubezahlen. 6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren zulasten der Berufungsbeklagten. M. Mit Berufungsantwort vom 31. Dezember 2016 (Poststempel: 3. Januar 2017) beantragte die Berufungsklägerin die Abweisung der Berufung des Berufungsklägers, unter Kosten und Entschädigungsfolge. Zudem stellte sie das Begehren, dass die beiden Berufungsverfahren gestützt auf Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen seien. N. Mit Berufungsantwort vom 13. Januar 2017 beantragte der Berufungskläger, die Berufung der Berufungsklägerin sei abzuweisen, soweit auf diese eingetreten werden könne, und seine Berufung sei gutzuheissen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zudem stellte er folgende Beweisanträge:

Seite 9 — 58 4.1 Es sei der Lohnausweis 2016, ausgestellt am 09. Januar 2017, zu den Akten zu nehmen. 4.2 Die Ehefrau sei zu verpflichten, sämtliche Bankauszüge seit 01. Januar 2013 bis 31. Dezember 2016 vorzulegen. O. Mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom 19. Januar 2017 wurden die beiden Berufungsverfahren ZK1 16 196 und ZK1 16 197 gestützt auf Art. 125 lit. c ZPO vereinigt. Der Antrag des Berufungsklägers um aufschiebende Wirkung wurde dahingehend gutgeheissen, als die Vollstreckbarkeit der Unterhaltsbeiträge für die Zeit vor dem 1. Januar 2017 aufgeschoben wurde. Im Übrigen wurde der Antrag abgewiesen. P. Mit Stellungnahme vom 9. Februar 2017 hielt die Berufungsklägerin an ihren in der Berufung gestellten Rechtsbegehren fest und beantragte, die in der Berufungsantwort des Berufungsklägers vom 13. Januar 2017 gestellten Rechtsbegehren seien abzuweisen. In teilweiser Erfüllung des mit der Berufungsantwort gestellten Editionsantrages reichte sie ein Schreiben der G.\_\_\_\_\_ vom 8. Februar 2017 mit Kopien sämtlicher Gutschriftsanzeigen für die von D.\_\_\_\_\_ getätigten Überweisungen seit Januar 2013 zu den Akten. Q. Am 16. Februar 2017 reichte der Berufungskläger ein weiteres Schreiben ein, in welchem er die Ausführungen in der Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 9. Februar 2017 bestritt. R. Mit Eingabe vom 23. Februar 2017 ergänzte die Berufungsklägerin unter Verweis auf das neue eheliche Vorsorgerecht ihre mit der Berufung gestellten Rechtsbegehren unter den Ziffern 1 und 3a insofern, als der ihr zugesprochene Unterhaltsbeitrag ab 1. Januar 2017 um monatlich CHF 1'711.10 zu erhöhen sei und ihr für die auf den nachzuzahlenden Unterhaltsbeiträgen zusätzlich anfallende Steuerlast ein Betrag von CHF 29'000.00 zuzusprechen sei. S. Mit Stellungnahme vom 2. März 2017 beantragte der Berufungskläger, was folgt: 1. Auf die Novumeingabe vom 23. Februar 2017 sei nicht einzutreten; eventualiter seien die Begehren abzuweisen. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsklägerin. T. Am 16. März 2017 überbrachte die Berufungsklägerin dem Kantonsgericht ein von ihr persönlich verfasstes Schreiben, in welchem sie auf einzelne Punkte in der gegnerischen Stellungnahme vom 2. März 2017 einging.

Seite 10 — 58 U. Mit Schreiben vom 19. März 2018 reichte die Berufungsklägerin weitere Urkunden (neuer Mietvertrag, Mietzinsanpassung, Auflistung Gutschriften D.\_\_\_\_\_ 2017, Steuererklärung 2017) ein, zu denen der Berufungskläger mit Schreiben vom 19. März 2018 Stellung nahm. Dabei zog er den mit seiner Berufung gestellten Eventualantrag, wonach der vom Ehemann zu bezahlende Unterhaltsbeitrag mit Wirkung ab 1. September 2015 auf maximal CHF 1'000.00 pro Monat festzusetzen sei, für die Zeit ab 1. Januar 2018 zurück. V. Auf die Ausführungen in den Rechtsschriften sowie im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1.1. Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren werden vom Einzelrichter in Zivilsachen am Bezirksgericht (ab 1. Januar 2017: vom Einzelrichter in Zivilsachen am Regionalgericht) im summarischen Verfahren getroffen (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO und Art. 4 Abs. 1 lit. a des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]). Gegen solche Entscheide kann - unter der Voraussetzung, dass eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegt oder der Streitwert im Falle einer vermögensrechtlichen Streitigkeit den Betrag von CHF 10'000.00 übersteigt - Berufung im Sinne von Art. 308 ff. ZPO an das Kantonsgericht von Graubünden erhoben werden (Art. 308 Abs. 1 lit. b u. Abs. 2 ZPO, Art. 7 Abs. 1 EGzZPO). Innerhalb des Kantonsgerichts liegt die Zuständigkeit für zivilrechtliche Berufungen auf dem Rechtsgebiet des Zivilgesetzbuches bei der I. Zivilkammer (Art. 6 lit. a der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts [KGV; BR 173.100]). 1.2. Die Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid ist innert zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen, wobei der angefochtene Entscheid beizulegen ist (Art. 311 ZPO i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der vorliegend angefochtene Entscheid des Einzelrichters in Zivilsachen am Bezirksgericht Plessur vom 1. November 2016 wurde den Parteien am 13. Dezember 2016 mitgeteilt. Die dagegen erhobenen Berufungen jeweils vom 23. Dezember 2016 erweisen sich demzufolge als fristgerecht und entsprechen überdies den an sie gestellten Formerfordernissen. Sie haben einzig die (vorsorgliche) Unterhaltspflicht des Berufungsklägers (im Folgenden als Ehemann bezeichnet) gegenüber der Berufungsklägerin (im Folgenden als Ehefrau bezeichnet) - unter Einschluss seiner Verpflichtung zur Bezah-

Seite 11 — 58 lung eines Anwaltskostenvorschusses für das Scheidungsverfahren - zum Gegenstand, so dass eine rein vermögensrechtliche Angelegenheit vorliegt. Dabei ist in Anbetracht der vor erster Instanz strittig gebliebenen Begehren der Ehefrau die Streitwertgrenze von CHF 10'000.00 offenkundig erreicht. Auf die Berufungen ist daher grundsätzlich einzutreten. 1.3.1. Gemäss Art. 310 ZPO können mit Berufung die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Berufungsinstanz verfügt mithin über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und kann das erstinstanzliche Urteil sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin überprüfen. Dies bedeutet aber nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten ist, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein

allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bis- herige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen). 1.3.2. Vorliegend war der ordentliche Schriftenwechsel im Berufungsverfahren mit der Erstattung der Berufungsantworten grundsätzlich abgeschlossen. Vorbehalten blieb einzig die Einreichung allfälliger Bemerkungen zu neuen Vorbringen und Beweismitteln der Gegenpartei, wozu sich in der Folge nur der Rechtsvertreter der Ehefrau veranlasst sah und bei dieser Gelegenheit auch vom allgemeinen Replik- recht Gebrauch machte (vgl. ZK1 16 196, act. A.3). Der Rechtsvertreter des Ehe- mannes beschränkte sich auf eine Bestreitung der gegnerischen Ausführungen in der Replik und verzichtete auf eigene Ausführungen (vgl. ZK1 16 196, act. A.4). Erst nachdem die Ehefrau mit Eingabe vom 23. Februar 2017 (ZK1 16 196, act. A.5) ihre Berufungsbegehren ergänzt hatte, liess er sich nochmals zu den bereits bekannten Streitpunkten vernehmen. Soweit seine Stellungnahme (ZK1 16 196, act. A.6) über das Thema der Noveneingabe hinausgeht, muss sie daher unbe- achtlich bleiben. Dementsprechend ist auch die dazu eingegangene persönliche Stellungnahme der Ehefrau (ZK1 16 196, act. A.7) nicht mehr zu berücksichtigen.

Seite 12 — 58 1.4.1. Noven werden im Berufungsverfahren unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zugelassen (BGE 138 III 625 = Pra 2013 Nr. 26). Nach dieser Bestimmung werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorge- bracht werden konnten (317 Abs. 1 lit. b ZPO). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten Noven zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Be- weismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens - genauer nach dem Zeitpunkt, in welchem Tatsachen und Beweismit- tel vor erster Instanz letztmals vorgebracht werden konnten, bei Geltung der Un- tersuchungsmaxime also nach dem Beginn der Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO) - entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Un- echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstin- stanzlichen Hauptverhandlung - respektive bei Beginn der Urteilsberatung - vor- handen waren. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 5A\_621/2012 vom 20. März 2013 E. 5.1; Mar- tin H. Sterchi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, N 4 ff. zu Art. 317 ZPO). 1.4.2. Die Voraussetzungen der Berücksichtigung jedes neuen Vorbringens und jedes neuen Beweismittels hat diejenige Partei zu beweisen, welche sich auf das betreffende Novum beruft. Mit anderen Worten hat die novenwillige Partei zu sub- stanzieren und zu beweisen, dass ihr Vorbringen unverzüglich erfolgt ist und dass ein Einbringen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor der Vorinstanz möglich war. Eine Begründung ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Zulässigkeit der Noven offenkundig und unzweifelhaft ist (Karl Spühler, in: Spühler/Tenchio/ Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Basel 2017, N 10 zu Art. 317 ZPO; Thomas Alexander Steininger, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Art. 197–408 ZPO, 2. Auflage, Zürich 2016, N 5 und N 7 zu Art. 317 ZPO). Ob die Voraussetzungen für die Einbringung neuer Tatsachen

und Beweismittel gegeben sind, hat das Berufungsgericht grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen. Eine solche Prüfung kann sich indessen erübrigen, wenn im Berufungsverfahren durch eine Partei - sei dies von sich aus oder in (teilweiser) Erfül-

Seite 13 — 58 lung eines Auskunfts- bzw. Editionsbegehrens der Gegenpartei - neue Tatsachen vorgebracht und durch Urkunden belegt werden, auf welche sich in der Folge auch die Gegenpartei stützt und diese sich folglich gegen die entsprechende Einlage nicht zur Wehr setzt. Ein solches Verhalten ist der (expliziten) Zustimmung der Gegenpartei zur Einbringung des Novums gleichzusetzen, an welche das Berufungsgericht bei Geltung der (beschränkten) Untersuchungsmaxime zwar nicht gebunden ist, von diesem aber gleichwohl berücksichtigt werden kann (vgl. dazu Peter Reetz/Sarah Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 26 zu Art. 317 ZPO). 1.4.3. Soweit die Parteien im vorliegenden Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht haben, ist auf die Frage der prozessualen Zulässigkeit im entsprechenden Sachzusammenhang einzugehen. 2.1. Nach Art. 276 Abs. 1 ZPO sind beim Erlass vorsorglicher Massnahmen die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. Massgeblich sind demzufolge die Vorschriften über das summarische Verfahren, unter Vorbehalt der Art. 272 und 273 ZPO (Art. 271 ZPO; Thomas Sutter-Somm/Flora Stanischewski, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 41 zu Art. 276 ZPO; Marcel Leuenberger, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band II: Anhänge, 3. Aufl., Bern 2017, N 17 Anh. ZPO Art. 276). Nach Art. 272 ZPO stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Zur Anwendung gelangt damit der sogenannte beschränkte oder soziale Untersuchungsgrundsatz. Dabei hat das Gericht durch entsprechende Fragen und Aufforderungen auf die Vervollständigung des Sachverhalts hinzuwirken. Es obliegt indes in erster Linie den Parteien, die rechtserheblichen Tatsachen darzulegen und die nötigen Beweismittel zu nennen (eingehend dazu Claudia M. Mordasini-Rohner, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime in familienrechtlichen Verfahren, in: recht 2014, S. 20 ff.; Thomas Sutter-Somm/Yannick Sean Hostettler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 11 f. u. N 14 zu Art. 272 ZPO; Stefanie Pfänder Baumann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Art. 197-408 ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, N 5 zu Art. 272 ZPO). 2.2. Was das Beweismass betrifft, so genügt hinsichtlich der behaupteten Tatsachen das blosser Glaubhaftmachen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_1003/2014

Seite 14 — 58 vom 26. Mai 2015, E. 3; Sutter-Somm/Hostettler, a.a.O., N 12 zu Art. 271 ZPO; Leuenberger, a.a.O., N 17 Anh. ZPO Art. 276). Es braucht somit nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein dieser Tatsachen herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten. Demnach darf das Gericht weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stichhaltigen Beweis verlangen (BGE 130 III 321 E. 3.3; 120 II 393 E. 4c). 3.1. Art. 276 Abs. 1 ZPO verweist nicht nur in verfahrenstechnischer, sondern auch in materieller Hinsicht auf die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen

Gemeinschaft. Nach dem damit sinngemäss anwendbaren Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB setzt das Gericht, ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts begründet, auf Begehren eines Ehegatten die Geldbeträge fest, die der eine Ehegatte dem anderen schuldet. Dabei steht ihm ein weiter Ermessensspielraum zu. Die Unterhaltspflicht bemisst sich nach der Leistungsfähigkeit und dem Bedarf der Parteien. Auszugehen ist dabei von den bisherigen ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Vereinbarungen der Ehegatten über Aufgabenteilung und Geldleistungen nach Art. 163 Abs. 2 ZGB (PKG 2010 Nr. 19 E. 11; Ivo Schwander, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, ZGB I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, N 2 zu Art. 176 ZGB). Bei den für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu erlassenden vorsorglichen Massnahmen geht es um die Regelung der Folgen des Getrenntlebens während bestehender Ehe, so dass Art. 163 ZGB die Grundlage der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Ehegatten bleibt, selbst wenn nicht mehr ernsthaft mit einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens zu rechnen ist (BGE 137 III 385 E. 3.1 = Pra 2012 Nr. 4; BGE 130 III 537 E. 3.2; Rolf Brunner, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, Rz. 04.107). Aufgrund der ehelichen Beistandspflicht besteht eine grundsätzlich noch uneingeschränkte Unterhaltspflicht der Ehegatten (Annette Dolge, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Art. 197–408 ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, N 9 zu Art. 276 ZPO). 3.2. Das Gesetz schreibt dem Sachrichter keine bestimmte Methode zur Unterhaltsbemessung vor. Dieser geniesst im Rahmen seines grossen Ermessens bei der Unterhaltsfestsetzung relativ weitreichende Freiheiten in der Gewichtung der relevanten Kriterien. Immerhin muss er sich gegebenenfalls zur angewandten Methode äussern und diese begründen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_363/2010 vom 1. Dezember 2010 E. 2.1 m.w.H.). Eine in der Lehre befürwortete und grundsätz-

Seite 15 — 58 lich mit dem Bundesrecht vereinbare Methode besteht in der Gegenüberstellung der beidseitigen Existenzminima und des Gesamteinkommens mit anschliessender Überschussverteilung. Gemäss dieser sog. zweistufigen Methode wird, wenn das Gesamteinkommen der Ehegatten das (um gewisse Positionen erweiterte) betriebsrechtliche Existenzminimum der Parteien übersteigt, der Überschuss in der Regel hälftig zwischen den Ehegatten geteilt, es sei denn, ein Ehegatte habe für unmündige Kinder zu sorgen oder andere wichtige Gründe würden ein Abweichen vom Grundsatz der Gleichbehandlung rechtfertigen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_515/2008 vom 1. Dezember 2008 E. 2.1 m.w.H.; BGE 126 III 8 E. 3c; Jann Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Auflage, Bern 2014, Rz. 2.171 f.). 4. Auch im vorliegenden Fall hat der Vorderrichter den der Ehefrau zustehenden Unterhaltsbeitrag anhand der beschriebenen zweistufigen Berechnungsmethode bestimmt. Dabei rechnete er der Ehefrau, die seit dem 1. November 2014 arbeitslos war und trotz intensiver Stellensuche keine Anstellung mehr gefunden hatte, kein hypothetisches Einkommen mehr an (angefochtener Entscheid, E. 7.d/dd). Im Gegensatz dazu war er im ersten Entscheid noch von einem erzielbaren Erwerbseinkommen von CHF 600.00 ausgegangen. Beim Einkommen des Ehemannes berücksichtigte er den Durchschnitt der Jahre 2013 bis 2015 (CHF 12'140.00), womit sich im Vergleich zum ersten Entscheid, in welchem noch auf den Durchschnitt der Jahre 2012 bis 2014 (CHF 12'485.00) abgestellt worden war, ebenfalls ein etwas tieferes Einkommen ergab (angefochtener Entscheid, E. 7.d/cc). Dem neuen Entscheid liegt damit ein um fast CHF 1'000.00 tieferes Gesamteinkommen (CHF 12'140.00 statt CHF 13'085.00) zugrunde. Praktisch unverändert blieb dagegen der jeweilige Grundbedarf der Ehegatten. Diesen bezifferte der Vorderrichter - unter

Berücksichtigung der zwischenzeitlich erhöhten Krankenkassenprämien - für den Ehemann auf CHF 3'425.70 und für die Ehefrau auf CHF 3'052.00. Wie schon in seinem ersten Entscheid ging der Vorderrichter somit weiterhin davon, dass die Ehefrau mit D. \_\_\_\_\_ in einer kostensenkenden Wohn- und Lebensgemeinschaft lebt, und berücksichtigte daher nur einen entsprechend reduzierten Grundbetrag und die Hälfte der Mietkosten (angefochtener Entscheid, E. 7.e/cc). Den aus der Gegenüberstellung von Einkommen und Grundbedarf resultierenden Überschuss (CHF 5'662.30) teilte der Vorderrichter je hälftig auf beide Ehegatten auf, womit sich ein Unterhaltsanspruch der Ehefrau von CHF 5'883.00 (Grundbedarf CHF 3'052.00, Überschussanteil CHF 2'831.15, eigenes Einkommen CHF 0.00) ergab. Dementsprechend verpflichtete er den Ehemann zur Bezahlung eines (gerundeten) Unterhaltsbeitrages von CHF 5'880.00, und zwar mit

Seite 16 — 58 Wirkung ab 1. April 2015, da er die Voraussetzungen für eine rückwirkende Unterhaltsverpflichtung nicht als erfüllt erachtete (angefochtener Entscheid, E. 7.f). 5. Die Ehefrau beanstandet mit ihrer Berufung zunächst, dass der Vorderrichter eine rückwirkende Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen zu Unrecht verweigert habe. 5.1. Der Vorderrichter hat in diesem Zusammenhang erwogen, der Ehemann mache geltend, dass sich die Ehegatten nach der Trennung aussergerichtlich auf einen Unterhaltbeitrag von CHF 3'500.00 geeinigt hätten, weshalb kein Raum für die gerichtliche Festlegung eines davon abweichenden Unterhaltsbeitrags bleibe und jedenfalls keine rückwirkenden Unterhaltsbeiträge zugesprochen werden könnten. Die Ehefrau bestreite dagegen eine Einigung und berufe sich zudem auf einen Grundlagenirrtum, da sie erst im November 2014 erfahren habe, dass der Ehemann im Jahre 2013 rund CHF 20'000 mehr Einkommen erzielt habe als noch 2012. Fest stehe, dass die Parteien seit dem 1. Januar 2013 getrennt voneinander leben würden und der Ehemann der Ehefrau Mitte Januar 2013 einen Trennungsvereinbarungsentwurf habe zukommen lassen, in welchem als monatliches Einkommen des Ehemannes der Betrag von CHF 12'800.00 angegeben sei, was ungefähr dem durchschnittlichen monatlichen Einkommen des Ehemannes im Jahr 2012 (CHF 12'453.00) entspreche. Grundlage des Vertrages sei also das zu jedem Zeitpunkt bekannte Einkommen gewesen. Soweit die Ehefrau einen Irrtum über einen künftigen Sachverhalt geltend machen wolle, müsste sich dieser Irrtum auf Tatsachen beziehen, deren Eintritt bei Abschluss des Vertrages von beiden Parteien als sicher angenommen worden sei. Dass beide Parteien als sicher angenommen hätten, dass sich das Einkommen des Ehemannes im Jahr 2013 nicht massgeblich verändern könnte, sei aber weder geltend gemacht worden noch ergebe sich solches aus den Umständen. Die Voraussetzungen des Grundlagenirrtums seien folglich nicht erfüllt. Ob der Vertrag durch die vorbehaltlose Entgegennahme der vereinbarten Unterhaltszahlungen und/oder durch die unterbliebene Geltendmachung in einem früheren Stadium des Prozesses als genehmigt zu gelten habe, könne offenbleiben. Aufgrund der Tatsache, dass der Ehemann über Monate den im Vereinbarungsentwurf vorgesehenen Unterhaltsbeitrag bezahlt habe, sei davon auszugehen, dass sich die Ehegatten auf diesen Unterhaltsbeitrag verständigt hätten, ansonsten sich die Ehefrau bereits viel früher ans Gericht gewendet hätte. Das Bestehen einer aussergerichtlichen Vereinbarung schliesse nicht aus, dass der später angerufene Richter einen höheren Unterhaltsbeitrag zuspreche. Ausgeschlossen sei aber regelmässig eine rückwirkende Zusprechung, da sich beide Ehegatten auf den Bestand ihrer Abmachung verlassen können müssten, solange die aussergerichtliche Verständigung andauere und keine Ehegatte eine richterliche Regelung verlange (angefochtener Entscheid, E. 6). Nicht

zu hören seien die Ausführungen der Ehefrau, wonach selbst bei Vorliegen einer aussergerichtlichen Einigung der Unterhaltsbeitrag rückwirkend festgelegt werden müsse, da die bisherige Zahlung offensichtlich unangemessen gewesen sei. Einerseits sei der Bedarf der Ehefrau mit den bisherigen Zahlungen gedeckt gewesen und andererseits könne es nicht dem Ehemann angelastet werden, wenn die Ehefrau infolge der aussergerichtlichen Einigung auf einen Anteil am Überschuss verzichtet habe (angefochtener Entscheid, E. 7f am Ende). 5.2. Die Ehefrau bringt dagegen vor, eine stillschweigende Einigung über den Trennungsunterhalt liege nicht vor. Insbesondere könne das blosses Nichtanrufen des Eheschutzrichters "gestützt auf das damals berechnete Vertrauen der Ehefrau in die sich nachträglich als unzutreffend herausgestellten Einkommensgrundlagen sowie zwecks Vermeidung unnötiger Prozesskosten angesichts von nicht lebenshaltungskostendeckenden Unterhaltsbeiträgen" nicht zu einer stillschweigenden Zustimmung mutieren. Stillschweigen könne nur dann zum Vertragsschluss führen, wenn die Nicht-Reaktion nach den Umständen als Willenserklärung zu qualifizieren wäre, was vorliegend nicht der Fall sei. Der Ehemann belege durch sein eigenes Prozessverhalten, dass keine Einigung über die Trennungsvereinbarung zustande gekommen sei, ansonsten er die Unterhaltszahlungen entsprechend der darin enthaltenen Konkubinatsklausel nach Ablauf der betreffenden Fristen hätte halbieren bzw. einstellen müssen. Die Trennungsvereinbarung sei von ihr nicht bloss wegen der Konkubinatsklausel nicht unterschrieben worden, sondern auch, weil der Unterhaltsbeitrag im Verhältnis zum darin deklarierten Einkommen des Ehemannes zu tief gewesen sei. Mit der Nichtunterzeichnung habe sie gezeigt, dass sie damit nicht einverstanden gewesen sei, sodass für die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung und/oder konkludentes Verhalten kein Platz mehr sei. Für den Fall des Zustandekommens einer Einigung habe sie rechtzeitig und mit voller Wirkung einen Grundlagenirrtum geltend gemacht, da sie erst anfangs 2015 erfahren habe, dass der Ehemann im Jahr 2013 ein um rund CHF 20'000.00 höheres Einkommen erzielt habe. Die von den Parteien anlässlich der "Verständigung" im Januar 2013 angenommene wesentliche Vertragsgrundlage habe sich nachträglich als falsch herausgestellt. Hätte sie gewusst, dass der Ehemann so viel mehr verdiene, hätte sie den zu knapp bemessenen Unterhaltsbeitrag nicht toleriert. Die Entgegennahme der Unterhaltsbeiträge sei nicht im Wissen um die fehlerhafte Vertragsgrundlage erfolgt, weshalb die Unterstellung eines Verzichtes unzulässig sei. Der tatsächlich bezahlte Unterhaltsbeitrag (CHF

Seite 18 — 58 3'500.00) sei mit Blick auf den vom Vorderrichter ermittelten Unterhaltsanspruch (CHF 5'850.00) und erst recht bei der Berechnung des Anspruchs, der sich bei ansonsten unveränderten Parametern mit dem 2013 erzielten Einkommen (CHF 14'049.00) ergäbe (CHF 6'838.00) offensichtlich unangemessen, weshalb selbst bei Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung und Verneinung eines Grundlagenirrtums die Voraussetzungen für eine rückwirkende Zusprechung des höheren Unterhalts erfüllt seien (ZK1 16 196, act. A.1, S. 3 ff.). 5.3. Der Ehemann macht hierzu geltend, Unterhaltsbeiträge seien grundsätzlich ab jenem Datum zu bezahlen, an welchem das Gesuch eingereicht werde. In praeteritum non vivitur. Grund für die Nichtunterzeichnung der Trennungsvereinbarung durch die Ehefrau sei die Konkubinatsklausel gewesen. Über die Höhe des Unterhaltsbeitrages seien sich die Ehegatten einig gewesen. Die Ehefrau habe die Zahlungen anstandslos entgegengenommen und nie reklamiert. Auf den Betrag von CHF 3'500.00 hätten sich die Parteien geeinigt, weil beiden klar gewesen sei, dass die Ehefrau zusammen mit ihrem Freund D.\_\_\_\_\_ in O.5\_\_\_\_\_ wohne und dieser für den Mietzins und den sonstigen Unterhalt der Ehefrau grösstenteils aufkomme. Das

Einkommen des Ehemannes sei nur unter dem Aspekt seiner Leistungsfähigkeit von Bedeutung gewesen. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen könne Unterhalt höchstens für die Zeit nach Einleitung des Scheidungsverfahrens, nicht aber für eine frühere Zeit geltend gemacht werden. Da eine aussergerichtliche Verständigung über den Unterhaltsbeitrag vorgelegen habe, habe der Vorderrichter die höheren Unterhaltsbeiträge (sofern überhaupt geschuldet) zu Recht frühestens ab 1. April 2015 zugesprochen. Im Übrigen habe ein Irrtum über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Ehemannes nicht vorgelegen. Der Ehefrau sei bekannt gewesen, dass der Betrag von CHF 3'500.00 nicht ausreichen würde, um nebst dem Lebensunterhalt eine Wohnungsmiete von CHF 2'500.00 zu bezahlen. Sie sei damit einverstanden gewesen, weil damals feststanden habe, dass der Mietzins von ihrem Freund D. \_\_\_\_\_ bezahlt werde, was in der Folge auch so gewesen sei (ZK1 16 196, act. A. 2, S. 3 ff.). 5.4. Unbestritten ist, dass der Ehemann der Ehefrau Mitte Januar 2013 einen Trennungsvereinbarungsentwurf zukommen liess, den sie nicht unterzeichnet hat. Der Vereinbarungsentwurf liegt in zwei verschiedenen Versionen im Recht: in der vom Ehemann eingereichten Version (Akten RG Plessur, Dossier B act. IV/1) fehlen die Angaben zum Einkommen von Ehemann und Ehefrau, in jener der Ehefrau (Akten RG Plessur, Dossier B act. V/33) ist das Bruttoeinkommen des Ehemannes mit CHF 12'800.00 und jenes der Ehefrau mit CHF 2'000.00, handschriftlich korrigiert auf CHF 0, angegeben. Der Rechtsvertreter des Ehemannes hat in seiner

Seite 19 — 58 Stellungnahme vom 10. August 2015 (Akten RG Plessur, Dossier A act. 1/7 S. 2 f.) bestätigt, dass sein Mandant die Einkommensangaben im Entwurf ergänzt und der Ehefrau die von ihr eingereichte Version vorgelegt hat. Es steht damit fest, dass die Einkommensangaben von ihm selber stammen und diese eine Grundlage für den offerierten Unterhaltsbeitrag bildeten. Der Entwurf sah einen Unterhaltsbeitrag von CHF 3'500.00 vor, der sich nach sechsmonatiger Wohngemeinschaft mit einem anderen Mann halbieren und nach einem Jahr vollständig entfallen sollte. Trotz Nichtunterzeichnung hat der Ehemann der Ehefrau seit der Trennung monatlich CHF 3'500.00 bezahlt (dies bis zum ersten Entscheid des Vorderrichters; vgl. dazu Akten RG Plessur, Dossier B act. V/1.3, V/19 und V/54). Einen höheren Unterhaltsbeitrag hat die Ehefrau, soweit aktenkundig, erstmals nach Einreichung der Scheidungsklage durch den Ehemann mit ihren Anträgen vom 31. März 2015 (Haupt- und Massnahmebegehren; vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. I/2), gefordert. Ihre Behauptung, sie habe den Ehemann bereits früher darauf hingewiesen, dass der Betrag zu tief bzw. nicht existenzdeckend sei, wurde vom Ehemann umgehend bestritten (Akten RG Plessur, Dossier B act. I/3 S. 3), worauf die Ehefrau ihre Behauptung zwar wiederholt, aber keinerlei Beweis dafür offeriert hat (vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. I/5, S. 4). In ihrer Stellungnahme vom 12. September 2016 (Akten RG Plessur, Dossier C act. I/2, S. 13) hat sie eine frühere Reklamation nicht mehr geltend gemacht. 5.5.1. Die Zusprechung vorsorglicher Unterhaltsbeiträge für einen Zeitraum vor Einleitung des Scheidungsverfahrens ist nicht generell ausgeschlossen: sofern kein Eheschutzverfahren durchgeführt wurde oder noch hängig ist, kann auch der Scheidungsrichter in analoger Anwendung von Art. 173 Abs. 3 ZGB Unterhaltszahlungen für ein Jahr vor Einreichung des Gesuches anordnen (vgl. BGE 129 III 60 E. 3; Sutter-Somm/Stanischewski, a.a.O., N 32 zu Art. 276 ZPO). Ausgeschlossen ist dies indessen bei vorheriger aussergerichtlicher Einigung (vgl. Annette Spycher, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, N 27 zu Art. 276 ZPO). Dies entspricht denn auch konstanter Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden (dazu

erstmals Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 11 18 vom 12. August 2011, E. 4d; bestätigt etwa im Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 16 122 vom 25. April 2017, E. 4a). 5.5.2. Der Vorderrichter schliesst aus der Entgegennahme der Unterhaltsbeiträge nicht auf das Zustandekommen der gesamten Trennungsvereinbarung gemäss Entwurf, sondern bloss auf eine Einigung über die Höhe des Trennungsunterhalts. Dass der Ehemann nach Ablauf der "Konkubinatsfrist" den Unterhaltsbeitrag un-

Seite 20 — 58 verändert weiterbezahlt hat, spricht daher nicht gegen die Annahme einer Einigung über dessen Höhe, sondern nur gegen die Behauptung des Ehemannes, die Parteien seien sich auch über den Wegfall des Unterhaltsanspruches einig gewesen. Die (vorbehaltlose) Entgegennahme von Unterhaltszahlungen während rund zwei Jahren darf vom anderen Ehegatten trotz Nichtunterzeichnung der Trennungsvereinbarung zweifellos als Zustimmung zur Höhe des Beitrages verstanden werden. Die Annahme einer konkludenten Vereinbarung ist daher nicht zu beanstanden. Ebenfalls zutreffend ist die Feststellung des Vorderrichters zur Grundlage des Vereinbarungsentwurfs (Einkommen 2012). Die spätere (vorübergehende) Erhöhung des Einkommens hätte die Ehefrau nicht zur Anfechtung der Vereinbarung wegen Grundlagenirrtums berechtigt, sondern zur Anpassung des Unterhaltsbeitrages an die veränderten Verhältnisse, allerdings nicht rückwirkend, sondern nur mit Wirkung ab Einreichung des Gesuches. Eine rückwirkende Erhöhung des Unterhaltsbeitrages käme - wie bei der Abänderung eines gerichtlich festgesetzten Beitrages - allenfalls in Betracht, wenn dem Unterhaltspflichtigen ein treuwidriges Verhalten (Verschweigen der Einkommensveränderung trotz Offenbarungspflicht) vorzuwerfen und eine frühere Anrufung des Richters dadurch verhindert worden wäre (vgl. Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 13 114 vom 12. September 2014, E. 5b/aa). Eine derartige Konstellation ist vorliegend indessen nicht gegeben: Zunächst bestand für den Ehemann ausserhalb eines hängigen Gerichtsverfahrens keine erhöhte Auskunftspflicht, aufgrund welcher er die Ehefrau von sich aus über sein im Jahre 2013 erzieltetes Einkommen hätte informieren müssen. Sodann ist nicht ersichtlich, weshalb er hätte erkennen müssen, dass der Unterhaltsbeitrag die Lebenshaltungskosten der Ehefrau nicht decken sollte, zumal er bis im Jahre 2014 davon ausgehen durfte, dass die Ehefrau noch selber erwerbstätig war (Einkommen 2012 CHF 15'670.00 und 2013 CHF 14'414.00; Akten RG Plessur, Dossier B act. V/15 und V/1.3), und die Ehefrau auch nicht dargetan hat, dass ihm ihre (angeblichen) Vereinbarungen mit D. \_\_\_\_\_ in Bezug auf die Bezahlung des Mietzinses für ihre Wohnung bekannt gewesen wären. 5.5.3. Inwieweit das Einkommen des Ehemannes für die Ehefrau bei der Festlegung des Unterhalts eine Rolle spielte, kann unter diesen Umständen offenbleiben. Immerhin fällt auf, dass sie in ihren ersten Eingaben weder einen Irrtum geltend machte (auf die Unverbindlichkeit einer allfälligen Einigung wegen Grundlagenirrtums berief sie sich erstmals in ihrer Berufung vom 4. September 2015 [ZK1

### **E. 12.1**

Zu thematisieren ist schliesslich der von der Ehefrau beantragte Anwaltskostenvorschuss. Der Vorderrichter erwog hierzu, ein Ehegatte habe im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren Anspruch auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses, sofern er für dessen Finanzierung auf den Bestand des anderen Ehegatten angewiesen und dieser zur Bezahlung eines Vorschusses in der Lage sei. Die Entrichtung eines Prozesskostenvorschusses setze damit einerseits Bedürftigkeit des ansprechenden und andererseits Leistungsfähigkeit des angesprochenen Ehegatten voraus. Aus der von der

Ehefrau eingereichten Honorarnote ihres Rechtsvertreters vom 12. September 2016 ergebe sich, dass sie ihm insgesamt CHF 20'635.43 überwiese habe und per dato noch ein Betrag von CHF 630.00 zur Bezahlung offen gewesen sei. Damit sei belegt, dass die Ehefrau im Stande gewesen sei, ihren Rechtsvertreter selbst zu bezahlen, weshalb der Antrag abgewiesen werde. In der zweistufigen Berechnungsmethode mit Überschussverteilung seien die Anwaltskosten zudem aus dem Überschussanteil zu bezahlen (angefochtener Entscheid, E. 10).

### **E. 12.2**

Die Ehefrau akzeptiert die Abweisung des Antrags auf Bevorschussung der Anwaltskosten für den Fall, dass Ziffer 1 ihres Berufungsbegehrens gutgeheissen werde. Die korrekte Unterhaltspflicht führe diesfalls dazu, dass sie die „Altlasten“ tragen könne (ZK1 16 196, act. A.1, S. 18). Für den Fall der Abweisung des Unterhaltsbegehrens macht die Ehefrau geltend, dass ihr die Bezahlung der Anwaltskosten nur „mit Unterschreitung ihres Existenzminimums und Absparung jeden Rappens“ möglich gewesen sei. Sie begründet ihre Bedürftigkeit mit einer Gegenüberstellung der bislang erhaltenen Unterhaltsbeiträge und der effektiv von ihr zu tragenden Lasten (jeweils Grundbetrag CHF 1'200.00, Mietkosten gemäss Mietvertrag, aktuelle Krankenkassenprämien und Steuern gemäss Online-Berechnungen) für die Zeit von Januar 2013 bis September 2016 und ermittelt auf diesem Weg einen Überschuss von CHF 4'266.00 bzw. - verteilt auf 45 Monate - CHF 94.80 (ZK1 16 196, act. A.1, S 17 f.).

Seite 54 — 58

### **E. 12.3**

Der Ehemann hält dem entgegen, die angefallenen Anwaltskosten seien unbestrittenermassen bezahlt, so dass selbst bei Unterschreitung ihres Existenzminimums kein Raum für einen Prozesskostenvorschuss bestehe. Die Anwaltskosten würden ja nach Ausgang des Verfahrens den Parteien auferlegt. Der Antrag der Ehefrau gehe auf eine andere Aufteilung der ausseramtlichen Kosten, wofür kein Raum bestehe (ZK1 16 196, act. A.2, S. 8).

### **E. 12.4**

Aufgrund dessen, dass dem Begehren der Ehefrau um Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages von CHF 7'100.00 mit Wirkung ab 1. April 2014 nicht entsprochen wird, muss über den Eventualantrag betreffend Prozesskostenvorschuss befunden werden. Mit ihren Ausführungen in der Berufungsschrift wendet sich die Ehefrau ausschliesslich gegen die Auffassung des Vorderrichters, sie sei in der Lage gewesen, ihren Rechtsvertreter selber zu bezahlen, d.h. gegen die Beurteilung ihrer eigenen Bedürftigkeit. Dabei versucht sie, anhand einer Gegenüberstellung der ihr zur Verfügung stehenden Mittel - notabene ohne Berücksichtigung ihres in den Jahren 2013 und 2014 noch erzielten Erwerbseinkommens - und eines Grundbedarfs, der auch die von D.\_\_\_\_\_ finanzierten Mietkosten umfasst, aufzuzeigen, dass die Bezahlung der Anwaltskosten nur möglich war, indem sie einen Eingriff in ihr Existenzminimum in Kauf nahm. Vor dem Vorderrichter hatte sie dagegen noch argumentiert, sie habe sich wegen des zu tiefen Unterhaltsbeitrages in erheblichem Umfang verschulden müssen, weshalb es rechtswidrig wäre, ihr zu unterstellen, sie könne für ihre Anwaltskosten selber aufkommen (vgl. Akten RG Plessur, Dossier C act. I/2 S. 14 f.). Wie vorstehend dargelegt (vgl. oben Erwägung 7.6.2), ist ein Darlehensverhältnis zwischen ihr und D.\_\_\_\_\_ indessen nicht glaubhaft, was zur Folge hat,

dass die von ihm getragenen Wohnkosten auch in ihrem Grundbedarf nicht anrechenbar sind. Mit einer von dieser Beurteilung abweichenden Berechnung der von ihr zu tragenden Lasten lässt sich die erforderliche Bedürftigkeit daher nicht dartun. Dazu kommt, dass für die Beurteilung der eigenen Leistungsfähigkeit der Ehefrau nur der Zeitraum ab Einreichung ihres Gesuches massgebend sein kann. Eine Verrechnung mit dem (angeblich bis Ende März 2015) entstandenen Manko wäre daher von vornherein nicht zulässig. Ab April 2015 erhält die Ehefrau einen Unterhaltsbeitrag, der einen Überschussanteil von rund CHF 2'700.00 pro Monat beinhaltet (vgl. oben Erwägung 10.2.). Selbst wenn man berücksichtigt, dass bei der Beurteilung der zivilprozessualen Bedürftigkeit - wie bei der Prüfung der Mittellosigkeit im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege - der Grundbedarf um einen Zuschlag von 20% des Grundbedarfes zu erweitern wäre, verfügt die Ehefrau damit über einen Überschuss, der ihr die Bezahlung der Prozesskosten für das Scheidungsverfahren erlaubt. Jedenfalls ist sie mit dem nach der zweistufigen Methode ermittelten Unterhaltsbeitrag,

Seite 55 — 58 was die frei verfügbaren Mittel anbelangt, gleich gestellt wie der Ehemann, so dass auch aus diesem Grund kein Raum bleibt, um den Ehemann - zusätzlich zu den Unterhaltsbeiträgen - zur Leistung eines Anwaltskostenvorschusses zu verpflichten. Eine Ausnahme wäre allenfalls dann zu machen, wenn der andere Ehegatte über ein grosses liquides Vermögen verfügt (vgl. PKG 2013 Nr. 6 E. 7; Rolf Vetterli, in: Schwenger/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band II: Anhänge, 3. Aufl., Bern 2017, N 21 Anh. ZPO Art. 271). Solches ist vorliegend jedoch nicht dargetan. Der Antrag auf Zusprechung eines Anwaltskostenvorschusses wurde demzufolge zu Recht abgewiesen. Anzumerken bleibt, dass die Ehefrau selbst im Falle der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags im Rahmen der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung im Scheidungsverfahren rückerstattungspflichtig wäre, da die Vorschusserbringung bloss vorläufigen Charakter aufweist und mithin durch den vorschusserbringenden Ehegatten keine definitive Finanzierung von prozessualen Handlungen der Gegenpartei erfolgt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_170/2011 vom 9. Juni 2011, E. 4.3 mit weiteren Hinweisen). 13.1. Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der ab April 2015 geschuldete Unterhaltsbeitrag für die Ehefrau gegenüber dem angefochtenen Entscheid von CHF 5'880.00 auf CHF 4'820.00 (bis Dezember 2016) bzw. CHF 4'845.00 (ab Januar 2017) reduziert. Von einer rückwirkenden Unterhaltspflicht per April 2014 hat der Vorderrichter zu Recht abgesehen. Dasselbe gilt mit Bezug auf den beantragten Beitrag für die auf einer Nachzahlung zusätzlich anfallende Steuerlast und den Antrag auf Zusprechung eines Anwaltskostenvorschusses. Erfolglos bleibt die Ehefrau schliesslich auch mit dem erst im Berufungsverfahren gestellten Antrag bezüglich des Vorsorgeunterhalts. Im Ergebnis wird die Berufung des Ehemannes daher teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Jene der Ehefrau wird dagegen vollumfänglich abgewiesen. 13.2. Abschliessend bleibt über die Kosten zu befinden. Die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens werden gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VZG; BR 320.210) auf CHF 5'000.00 festgesetzt. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie gemäss Art. 318 Abs. 3 ZPO auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, wozu sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigungen zählen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann in familienrechtlichen Verfahren von diesen Verteilungsgrundsätzen

abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verlegen

Seite 56 — 58 (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Die erstinstanzlichen Kosten in Höhe von CHF 2'100.00 wurden den Parteien im angefochtenen Entscheid je zur Hälfte auferlegt und die Parteikosten wettgeschlagen. Diese Kostenregelung erscheint trotz der Reduktion des der Ehefrau zugesprochenen Unterhaltsbeitrages nach wie vor als angemessen, zumal der Ehemann seine Unterhaltspflicht - jedenfalls ab 1. September 2015 - gänzlich bestritt und die Ehefrau damit, was die Höhe des Unterhaltsbeitrages anbelangt, zu fast 70% durchgedrungen ist. Unterlegen ist sie allerdings mit Bezug auf die rückwirkende Unterhaltsverpflichtung (womit eine Nachzahlung von CHF 43'200.00 im Streit lag) und ihren übrigen Begehren (Zusatzsteuerlast, Anwaltskostenvorschuss). Im Berufungsverfahren hinzugekommen ist sodann das Unterliegen hinsichtlich des beantragten Vorsorgeunterhalts. Bei einer Gesamtbetrachtung kann damit für beiden Instanzen von einem je hälftigen Ob-siegen ausgegangen werden. Vor diesem Hintergrund wie auch mit Blick auf die Leistungsfähigkeit der Ehegatten rechtfertigt es sich, auch die Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je hälftig zu überbinden und die in diesem Verfahrensstadium entstandenen aussergerichtlichen Kosten wettzuschlagen.

Seite 57 — 58 III.

#### **E. 15**

125, act. A.1, S. 19] und dann in der Stellungnahme vom 12. September 2016 [Akten RG Plessur, Dossier C act. I/2, S. 13]) noch einwendete, dass sie bereits

Seite 21 — 58 früher an den Richter gelangt wäre, wenn sie um das höhere Einkommen des Ehemannes im Jahre 2013 gewusst hätte. Dass sie sich nur im Vertrauen auf ein unverändertes Einkommen des Ehemannes mit dem tiefen Unterhaltsbeitrag begnügt haben soll (was sie in dieser Form erstmals in der neuen Berufung vorbringt), erscheint daher wenig glaubhaft. Im Übrigen hat der Ehemann einzig 2013 ein höheres Einkommen erzielt, als im Vereinbarungsentwurf angegeben wurde. Im Zeitraum, für welchen die Ehefrau die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen beantragt, lag sein Einkommen bereits wieder unter demjenigen von 2012 (vgl. unten Erwägung 9.5). Für den in Frage stehenden Zeitraum lag damit jedenfalls kein Irrtum über die tatsächliche Leistungsfähigkeit des Ehemannes vor, welcher der Annahme eines Verzichts auf höheren Unterhalt entgegenstehe. 5.5.4. Zutreffend ist, dass der Betrag von CHF 3'500.00 um rund 40% unter dem vom Vorderrichter ermittelten Unterhaltsanspruch liegt. Die Differenz wird jedoch insofern verringert, als der Ehefrau nicht die vollen Mietkosten angerechnet werden bzw. davon auszugehen ist, dass D.\_\_\_\_\_ einen substantiellen Beitrag an ihren finanziellen Bedarf leistet (vgl. unten Erwägung 7.6). Das "Missverhältnis" wird sodann auch durch das eigene Einkommen der Ehefrau im Jahr 2013 gemildert. Daraus folgt, dass immerhin ihr Grundbedarf durch den Betrag von CHF 3'500.00 gedeckt war. Eine offensichtliche Unangemessenheit liegt unter diesen Umständen nicht vor. In Übereinstimmung mit dem Vorderrichter bleibt es deshalb dabei, dass der Unterhalt der Ehefrau erst ab 1. April 2015 festzulegen ist. 6. Beide Parteien wenden sich mit ihrer Berufung sodann gegen die Beurteilung des Vorderrichters, wonach das Verhältnis zwischen der Ehefrau und D.\_\_\_\_\_ als kostensenkende Wohn- und Lebensgemeinschaft zu qualifizieren ist. Während sich der Ehemann weiterhin auf den Standpunkt stellt, dass ein qualifiziertes Konkubinat vorliege, so dass ab 1. September 2015 ein Unterhaltsanspruch der Ehefrau ganz entfalle bzw. höchstens noch im Umfang von CHF 1'000.00 (befristet bis

Ende 2017) bestehe, bestreitet die Ehefrau sowohl das Bestehen einer Wohngemeinschaft als auch das Vorhandensein sonstiger finanzieller Vorteile, welche sie aus der Beziehung mit D.\_\_\_\_\_ ziehen könne. Dabei macht sie in prozessualer Hinsicht eine Verletzung von Art. 152 Abs. 2 ZPO (Verwertung rechtswidrig beschaffter Beweismittel) durch die Berücksichtigung der vom Ehemann eingereichten E-Mail-Korrespondenz zwischen ihr und D.\_\_\_\_\_ geltend, weshalb vorab auf diese Rüge einzugehen ist. 6.1. Der Vorderrichter erwoh hierzu, aus den Rechtsschriften der Parteien ergäben sich keine Anhaltspunkte, wie der Ehemann in den Besitz der E-Mails ge-

Seite 22 — 58 kommen sei. Die Ehefrau gehe offenbar davon aus, dass der Ehemann die E-Mails durch missbräuchliche Verwendung seiner Kenntnisse entweder direkt aus ihrem E-Mail-Account oder aus einem von ihr angelegten Ordner bezogen habe. Es sei nicht auszuschliessen, dass die E-Mails auf einem dem Ehemann zugänglichen Gerät gespeichert gewesen seien, die Ehefrau ihm die Kennwörter für ihren Account mitgeteilt oder diese auf einem gemeinsam benutzten Gerät gespeichert habe oder sie gar nicht mit einem Kennwort gesichert gewesen seien. Es sei möglich, dass der Ehemann noch während des Zusammenlebens in den Besitz der E-Mails gelangt sei. Zusammenfassend sei von einer Einwilligung der Ehefrau in die Einsichtnahme in ihren E-Mail-Verkehr auszugehen; zumindest habe sie es in Kauf genommen. Die Beweismittel seien folglich nicht widerrechtlich beschafft worden (angefochtener Entscheid, E. 5). 6.2. Die Ehefrau wendet gegen die Begründung des Vorderrichters ein, wenn es zuträfe, dass der Ehemann noch während des ehelichen Zusammenlebens auf die E-Mails Zugriff gehabt habe (und damit ein Einverständnis der Ehefrau unterstellt werden könnte), hätte er die E-Mails bereits mit der Klageantwort vorgebracht. Die Einlage erst mit der Duplik lasse mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schliessen, dass er erst nach Kenntnis der Replik begonnen habe, widerrechtlich zu "recherchieren" und seinen Anwalt mit den widerrechtlich (da ohne Einwilligung der Ehefrau ausgeforscht) gefundenen E-Mails zu bedienen. Zu diesem Zeitpunkt hätten Letztere nicht mehr dem hypothetisch unterstellten Einverständnis der Ehefrau unterstanden. Ob die E-Mails mit Passwort geschützt gewesen seien oder nicht, sei nicht relevant, da bei Trennung der Ehegatten ein Einverständnis zur Ausforschung privater E-Mails und Verwendung derselben in einem Gerichtsverfahren nicht mehr vorausgesetzt werden könne und das Ausforschen daher als persönlichkeitsverletzend zu qualifizieren sei. Aufgrund der Persönlichkeitsverletzung seien die E-Mails nicht verwertbar, wie in Ziff. 5 ff. der Stellungnahme vom 22. September 2015 bereits einlässlich vorgebracht worden sei. Dort machte die Ehefrau geltend, dass eine Persönlichkeitsverletzung in einem der Verhandlungsmaxime unterstehenden Verfahren zu einem absoluten Verwertungsverbot führe. Dasselbe gelte im Falle eines Zugriffs vor der Trennung, da bei einem zerrütteten Verhältnis der Ehegatten eine Einwilligung zur Einsichtnahme in private E-Mails nicht unterstellt werden dürfe (ZK1 16 196, act. A. 1, S. 8 f.). 6.3. In seiner Berufungsantwort (ZK1 16 196, act. A.2) äussert sich der Ehemann nicht zur Verwertbarkeit der E-Mails (d.h. weder zu Art und Zeitpunkt ihrer Beschaffung noch zu den rechtlichen Aspekten). Dasselbe gilt für seine eigene Berufung (ZK1 16 197, act. A.1) und seine weiteren Eingaben vor Kantonsgericht.

Seite 23 — 58 6.4. Die in Frage stehenden Auszüge aus dem E-Mail-Verkehr zwischen der Ehefrau und D.\_\_\_\_\_ aus der Zeit von Oktober bis Dezember 2012 (Akten RG Plessur, Dossier B act. IV/11-17) hat der Ehemann mit seiner Stellungnahme vom 10. August 2015 (Akten RG Plessur, Dossier A act. I/7, S. 3 ff.) - und später auch mit der Duplik im

Hauptverfahren (Akten RG Plessur, Dossier B act. I/6, S. 3 ff.) - eingereicht, und zwar als Beweis dafür, dass die Liebesbeziehung zu D.\_\_\_\_\_ der Grund für die Trennung gewesen sei, die beiden übereingekommen seien, zusammen in O.5\_\_\_\_\_ eine Wohnung zu beziehen, und D.\_\_\_\_\_ bei seiner eigenen Ehefrau nicht mehr erwünscht gewesen sei. Er antwortete damit auf die Ausführungen der Ehefrau in deren Replik (Akten RG Plessur, Dossier B act. I/5, S. 3 ff.) zu den Gründen der Trennung und der Wohnsitznahme in O.5\_\_\_\_\_, der von ihr bestrittenen Wohngemeinschaft mit D.\_\_\_\_\_ und den Hintergründen für die Mietzinszahlungen von D.\_\_\_\_\_ (Darlehen). Das Vorliegen eines qualifizierten Konkubinats (Wohngemeinschaft seit Januar 2013, Zahlungen von D.\_\_\_\_\_ für Miete und sonstigen Unterhalt) hatte der Ehemann allerdings bereits in der Klageantwort (Akten RG Plessur, Dossier B act. I/4, S. 4) geltend gemacht, dies gestützt auf einen E-Banking-Ausdruck mit Buchungen auf dem Konto der Ehefrau (Akten RG Plessur, Dossier B act. IV/4) und mit dem Antrag auf Edition der Steuererklärungen von D.\_\_\_\_\_ (für den Fall, dass dessen Leistungsfähigkeit bestritten werden sollte) sowie auf Zeugeneinvernahme von E.\_\_\_\_\_. Angaben dazu, wie und wann er in den Besitz der E-Mails gelangt ist, hat der Ehemann im vorinstanzlichen Verfahren nicht gemacht. Insbesondere hat er auf die Ausführungen der Ehefrau in ihrer Stellungnahme vom 12. September 2016 nicht mehr reagiert, weder an der Verhandlung selber (an welcher die Stellungnahme offenbar nur eingereicht, aber nicht mündlich vorgetragen wurde) noch mit einer späteren schriftlichen Eingabe. Im Gegensatz dazu hatte er in seiner Berufungsantwort vom 21. September 2015 (ZK1 15 125, act. A.2, S. 3) - nachdem die Verwertbarkeit der E-Mails in der damaligen Berufung der Ehefrau erstmals bestritten worden war - noch vorgebracht, die Ehefrau habe ihm die E-Mails in ihrer Verliebtheit teilweise selber gezeigt und während ihres Zusammenlebens offen in der ehelichen Wohnung herumliegen lassen; sie habe nie die geringsten Anstalten getroffen, den E-Mail-Verkehr mit ihrem Geliebten vor ihm geheim zu halten. Diese Behauptungen, welche die Ehefrau umgehend bestritten hatte (vgl. ZK1 15 125, act. A.3. S. 3), hat er vor erster Instanz nicht mehr wiederholt, weshalb in Bezug auf die Art und Weise, wie sich der Ehemann die Auszüge beschafft hat, von der Darstellung der Ehefrau ausgegangen werden muss.

Seite 24 — 58 6.5.1. Die Ehefrau selber machte in ihrer Stellungnahme vom 12. September 2016 (Akten RG Plessur, Dossier C act. I/2, S. 7 f.) geltend, dass sie dem Ehemann nie gestattet habe, ihre digitalen Dossiers zu konsultieren. Demzufolge habe er widerrechtlich Zugang zum E-Mail-Account und den abgelegten Ordnern erwirkt bzw. seine Kenntnisse missbräuchlich verwendet, um in das E-Mail-Account der Ehefrau Einblick zu nehmen und ihre private Korrespondenz mit dem Zweck, diese im Prozess zu verwerten, zu durchforsten. Damit räumt sie implizit ein, dass der Zugang zu ihrem E-Mail-Account (oder zu ihrer Dateiablage auf einem beim Ehemann verbliebenen Computer) entweder nicht passwortgeschützt war oder ihm das Passwort bekannt war. Eine strafbare Handlung des Ehemannes steht damit nicht zur Diskussion und wird auch von der Ehefrau nicht geltend gemacht. Der Zugriff auf ein E-Mail-Konto ist als Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem im Sinne von Art. 143bis StGB nur strafbar, wenn eine Zugangssicherung (z.B. nicht bekanntes Passwort) überwunden werden muss. Eine subsidiäre Anwendung von Art. 50 FMG ist ausgeschlossen und eine Strafbarkeit nach Art. 179 StGB wird bei einer nicht passwortgeschützten Mailbox von Lehre und Rechtsprechung ebenfalls verneint (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 6B\_615/2014 vom 2. Dezember 2014, E. 4 und 5). 6.5.2. Die Rechtswidrigkeit der

Beschaffungshandlung als Voraussetzung für die Unverwertbarkeit eines Beweismittels gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO wird von der Ehefrau ausschliesslich mit dem Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB begründet. Der Schutz der Persönlichkeit umfasst unter anderem den Schutz der Privat- bzw. der Geheimsphäre. Das Persönlichkeitsrecht gewährt dem Verfasser eines Briefes daher Schutz vor unbefugter Kenntnisnahme und Verbreitung seines geschriebenen Wortes und auferlegt dem befugten Empfänger eine Diskretionspflicht, welche ihm die Verbreitung des (berechtigterweise) Gelesenen verbietet. Beim persönlichkeitsrechtlichen Schutz des geschriebenen Wortes geht es mit anderen Worten um die Wahrung der Vertraulichkeit des Wortes und um den Schutz vor Indiskretionen (vgl. Michael Schweizer, *Recht am Wort*, Bern 2012, S. 48 f.). Wie das Ausspionieren fremder Gespräche ohne technische Hilfsmittel trotz fehlender Strafbarkeit eine Persönlichkeitsverletzung darstellen kann, ist auch die unbefugte Kenntnisnahme von schriftlichen Mitteilungen, namentlich von Briefen oder eines Tagebuches, persönlichkeitsverletzend, wenn das Interesse an der Geheimhaltung für den Nichtadressaten erkennbar ist. Dies gilt insbesondere bei einem verschlossenen Brief, kann aber auch bei einer offenen, an einen anderen adressierten Mitteilung der Fall sein (vgl. Schweizer, a.a.O., S. 61 ff.). Eine Verletzung des Rechts am Wort liegt immer dann vor, wenn

Seite 25 — 58 ein Verhalten eines Dritten den berechtigten Erwartungen des Äusserers in Bezug auf Zugänglichkeit und/oder Verwendung seiner Worte widerspricht und damit seinen (geschützten selbstbestimmten Bereich der Lebens- und Beziehungsgestaltung mehr als geringfügig betrifft. Die Berechtigung der Erwartungshaltung beurteilt sich nach dem zwischen den Beteiligten bestehenden (Vertrags-)Verhältnis und dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB). Es gilt ein individuell-objektiver Massstab, weshalb nicht subjektiv bestimmte Erwartungen massgeblich sind, sondern es auf die Umstände des Einzelfalles, insbesondere auf das konkrete Verhalten der beteiligten Personen ankommt (vgl. Schweizer, a.a.O., S. 140).

6.5.3. Der Zugriff auf einen nicht passwortgeschützten E-Mail-Account oder auf eine ungesicherte Dateiablage und das Durchsuchen der dort gespeicherten, an einen andern adressierten E-Mails (mit dem Ziel, diese im Prozess gegen den Ehegatten zu verwenden) geht über das Lesen eines offen herumliegenden Briefes hinaus und widerspricht den berechtigten Erwartungen der Ehefrau. Auch wenn sie dem Ehemann das Passwort (noch während des ehelichen Zusammenlebens) bekannt gegeben und/oder sie die Dateien auf dem ungesicherten Computer in der ehelichen Wohnung zurückgelassen hat, kann daraus keine Einwilligung in das Lesen sämtlicher an sie adressierter Sendungen abgeleitet werden. Erst recht fehlt es an einer Einwilligung des Absenders dieser Sendungen, dessen Privatsphäre durch die Verwendung im Prozess ebenfalls tangiert wird.

6.5.4. Dass kein eigentlicher (strafbarer) Gewahrsamsbruch stattgefunden hat, schliesst die Annahme einer persönlichkeitsverletzenden Kenntnisnahme der schriftlichen Äusserungen nicht aus. Dementsprechend hat das Bundesgericht denn auch das Lesen und Verwenden eines in der ehelichen Wohnung aufgefundenen Lebenslaufes, in welchem die Ehefrau eine ehebrecherische Beziehung schildert, als ohne Zweifel persönlichkeitsverletzend qualifiziert (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.308/1999 vom 17. Februar 2000, E. 4b). Wann genau sich der Ehemann die E-Mail-Ausdrucke beschafft hat, ist nicht relevant. Dass er möglicherweise noch während des ehelichen Zusammenlebens in deren Besitz gelangt sein könnte, wie der Vorderrichter (trotz Fehlens eines solchen Vorbringens vor erster Instanz durch den Ehemann) spekuliert hat, scheint aufgrund des zeitlichen Ablaufs aber jedenfalls wenig glaubhaft. Das Einreichen mit der

Duplik spricht vielmehr dafür, dass er erst als Reaktion auf die Ausführungen der Ehefrau in der Replik danach gesucht hat. Auch die E-Banking-Auszüge mit Gutschriften und Belastungen auf dem Konto der Ehefrau (Akten RG Plessur, Dossier B act. IV/3 und IV/18) hat sich der Ehemann im Übrigen erst während laufendem Schei-

Seite 26 — 58 dungsverfahren (unter Verwendung der ihm offenbar bekannten Zugangsdaten für das Onlinie-Banking) beschafft. Entgegen der Auffassung des Vorderrichters liegt damit eine persönlichkeitsverletzende und damit rechtswidrige Beschaffungshand- lung im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO vor. 6.5.5. Die Ehefrau schliesst aus dem Umstand, dass der Ehemann mit dem Durchforsten ihres elektronisch gespeicherten E-Mail-Verkehrs eine Persönlich- keitsverletzung begangen hat, auf eine absolute Unverwertbarkeit der eingereich- ten Auszüge und stützt sich dabei zur Hauptsache auf einen älteren Aufsatz von Habscheid (vgl. Walter J. Habscheid, Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, beschafften Beweismitteln, in SJZ 1993 S. 185 ff.). Dessen Auffassung fand in Lehre und Rechtsprechung zum damals gel- tenden Prozessrecht allerdings keine Unterstützung (siehe dazu ausführlich ZR 1995 Nr. 114; aber auch Urteil des Bundesgerichts 5P.308/1999 vom 17. Februar 2000, E. 4a). In der Zwischenzeit hat der Gesetzgeber die Frage der Verwertbar- keit eines rechtswidrig beschafften Beweismittels geregelt und sich mit Art. 152 Abs. 2 ZPO für einen Mittelweg entschieden. Rechtswidrig beschaffte Beweismittel können im Prozess demnach nur, aber immerhin dann berücksichtigt werden, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Der Gesetzgeber hat da- mit einem kategorischen Beweisverbot eine Absage erteilt, zugleich aber auch eine generelle Zulassung abgelehnt. Konkret bedeutet dies, dass eine Güterab- wägung vorgenommen werden muss. Einerseits ist das Schutzinteresse des bei der Beweismittelbeschaffung verletzten Rechtsgutes und andererseits das Interesse an der Wahrheitsfindung zu gewichten und hernach gegeneinander abzuwägen (vgl. Yves Rüedi, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Zürich 2009, Rz. 300 ff.; Franz Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuen- berger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 36 zu Art. 152 ZPO). Auch eine Persönlichkeitsverletzung führt demzufolge nicht zwingend zu einem Verwertungsverbot, sondern es ist an- hand einer Abwägung zwischen dem Interesse an der Wahrheitsfindung und dem Schutzinteresse der beeinträchtigten Geheimsphäre über die Zulassung des Be- weismittels zu entscheiden. Von Bedeutung ist neben der Schwere der Persön- lichkeitsverletzung, ob der Prozess der Verhandlungsmaxime oder der (be- schränkten oder vollen) Untersuchungsmaxime unterliegt, ob eine Beweisnot das rechtswidrige Vorgehen rechtfertigt (wobei für die Beurteilung im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO ein weniger strenger Massstab gilt als für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 28 Abs. 2 ZGB) und ob die Person, welche ein Geheimhaltungsinteresse geltend macht, im Prozess für die durch das Beweismit-

Seite 27 — 58 tel offenbarte Tatsache ein Verweigerungsrecht geltend machen könnte (vgl. zu den Einzelheiten Rüedi, a.a.O., Rz. 341 ff.). Auf einer weitgehend identischen In- teressenabwägung beruhte denn auch die vor Inkrafttreten des neuen Schei- dungsrechts entwickelte Gerichtspraxis, wenn über die Verwertbarkeit privater Korrespondenz zum Nachweis des Scheidungsgrundes zu entscheiden war (vgl. dazu die Kasuistik in Rüedi, a.a.O., Rz. 14 und 39 ff.). Wie das Bundesgericht in diesem Zusammenhang festgehalten hat, ging die damals vorherrschende Mei- nung dahin, dass private Interessen des Verletzers

die Widerrechtlichkeit ausschliessen könnten. Gerade im Scheidungsprozess würden zO.10\_\_\_\_läufig dem Privat- oder Geheimbereich zuzuordnende Tatsachen über das Eheleben vor Gericht aufgedeckt, was jedenfalls dann als gerechtfertigt gelten könne, wenn das Vorbringen sachbezogen sei und sich auf das zur Durchsetzung der eigenen Rechte Notwendige beschränke (vgl. wiederum das vorstehend zitierte Urteil 5P.308/1999, E. 4b). Diese Überlegungen gelten auch im vorliegenden Fall. Zu berücksichtigen ist namentlich, dass sich Bestand und Qualität einer neuen Partnerschaft in einem summarischen Verfahren nur sehr schwer nachweisen lassen. Diese Beweisnot mag zwar möglicherweise nicht ausreichen, um die Widerrechtlichkeit eines Eingriffs in die Geheimsphäre des anderen Ehegatten im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB aufzuheben, sie rechtfertigt es aber immerhin, die Verwendung privater Korrespondenz im Prozess zwischen den Ehegatten zuzulassen. Hinzu kommt vorliegend, dass der Eingriff in die Privatsphäre der Ehefrau in Anbetracht dessen, dass sie ihre E-Mails (auch nach der Trennung) nicht vor einem Zugriff des Ehemannes schützte, nicht allzu schwer wiegt. Die Verwertbarkeit der von Ehemann eingereichten Auszüge aus ihrem E-Mail-Verkehr mit D.\_\_\_\_ ist daher vom Vorderrichter im Ergebnis zu Recht bejaht worden. 7.

Hauptstreitpunkt unter den Parteien ist - wie erwähnt - die Frage, ob zwischen der Ehefrau und D.\_\_\_\_ eine kostensenkende Lebens- und Wohngemeinschaft bzw. ein qualifiziertes Konkubinat besteht. 7.1. Der Vorderrichter hielt hierzu fest, dem E-Mail-Verkehr zwischen der Ehefrau und D.\_\_\_\_, dessen Schreiben zuhanden des Gerichts vom 24. Oktober 2016 sowie der Zeugenaussage von E.\_\_\_\_ lasse sich insgesamt entnehmen, dass die Ehefrau und D.\_\_\_\_ eine Beziehung führten, im Jahre 2012 zusammen eine Wohnung suchen wollten und per 1. Januar 2013 eine Wohnung in O.5\_\_\_\_ gefunden hätten. Obwohl D.\_\_\_\_ geltend gemacht habe, sie hätten nicht die Absicht, räumlich oder wirtschaftlich miteinander zu leben, führe er aus, regelmässig in der Wohnung in O.5\_\_\_\_ zu übernachten. Zudem bezahle er seit bald drei Jahren den Mietzins für die nicht günstige Wohnung in O.5\_\_\_\_. Insgesamt sei

Seite 28 — 58 unter den genannten Umständen davon auszugehen, dass die Ehefrau und D.\_\_\_\_ eine einfache Wohn- und Lebensgemeinschaft führten. Auch wenn sich beide nicht täglich sehen bzw. nicht jede Nacht zusammen verbringen würden, schliesse dies eine Beziehung mit der damit verbundenen gegenseitigen Unterstützung keinesfalls aus. Nicht von Belang sei dabei der steuerliche Wohnsitz und der den Steuerbehörden eingereichte Darlehensvertrag. Einsparungen in den Lebenshaltungskosten bzw. der wirtschaftliche Vorteil der Ehefrau, den sie aus der einfachen Wohn- und Lebensgemeinschaft ziehe, seien nicht von der Hand zu weisen, weshalb nur die Hälfte des Ehegatten-Grundbetrages und die Hälfte der Wohnkosten (Durchschnittsrechnung CHF 2'266.00, ohne Einstellplatz) zu berücksichtigen seien. Wäre nicht von einer Wohngemeinschaft auszugehen, müsste der Mietzins ohnehin herabgesetzt werden, da er übersetzt sei und die Ehefrau nicht behauptete, auf die teure Wohnung direkt am Bahnhof O.5\_\_\_\_ angewiesen zu sein (angefochtener Entscheid, E. 7e/cc). 7.2. Die Ehefrau zitiert diesbezüglich zunächst BGE 138 III 97 E. 2.3, in welchem das Bundesgericht die möglichen Auswirkungen des Zusammenlebens eines Ehegatten in einer neuen Partnerschaft behandelt hat, und äussert sich anschliessend zur Beweislage, aus welcher die Vorinstanz (selbst im Falle der bestrittenen Verwertbarkeit der E-Mails) zu Unrecht bzw. willkürlich auf den Bestand einer einfachen Wohn- und Lebensgemeinschaft geschlossen habe. Die E-Mails würden kein ab 1. April 2014 oder 1. April 2015 bestehendes Konkubinat belegen, sondern bloss die Tatsache, dass sie und ihr Brieffreund in ihren Ehen stark gelitten hätten, sie sich Ende 2012 gegenseitig Mut und

Hoffnung auf ein besseres (emotionales) Leben gemacht hätten und sie sich im Winter 2012 einander verbunden gefühlt hätten. Tatsache sei jedenfalls, dass D.\_\_\_\_\_ auch drei Jahre nach dem Briefwechsel vom Winter 2012 bis vor kurzem zusammen mit seiner Ehefrau in O.6\_\_\_\_\_ gewohnt habe und O.6\_\_\_\_\_ eben gerade nicht, wie im Winter 2012 in Aussicht gestellt, umgehend verlassen habe. Die Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ habe keinerlei materielle Erkenntnisse in Bezug auf das behauptete Konkubinatsverhältnis erbracht. Dem Schreiben von D.\_\_\_\_\_ lasse sich ebenfalls nicht entnehmen, dass sie gemeinsam eine Wohnung in O.5\_\_\_\_\_ gefunden hätten. Vielmehr spreche er darin von der Absicht, vollständig unabhängig zu bleiben (räumlich, wirtschaftlich und emotional), und führe aus, beruflich viel unterwegs zu sein, auch in O.5\_\_\_\_\_, wo er die Gelegenheit wahrnehme, bei X.\_\_\_\_\_ zu übernachten. Diese Aussagen habe er durch Einreichung des neuen Niederlassungsausweises der Gemeinde O.4\_\_\_\_\_ verstärkt. In Verbindung mit der Tatsache, dass D.\_\_\_\_\_ den Mietzins nur als Darlehen, nicht als Schenkung finanziere, würden die Urkun-

Seite 29 — 58 den nur belegen, dass die beiden eine Beziehung pflegten und D.\_\_\_\_\_ mitunter (bei beruflichen Aufenthalten) bei ihr übernachtete. In Widerspruch dazu nehme die Vorinstanz an, er übernachtete regelmässig in O.5\_\_\_\_\_. Gemäss den eingereichten Urkunden verfüge sie selbst über keinerlei Einsparungen in den Lebenshaltungskosten und geniesse keinerlei wirtschaftlichen Vorteil aus der Beziehung zu D.\_\_\_\_\_. Die Aktenlage (betreffend Darlehen) lasse nur den Schluss zu, dass eine wirtschaftliche Unabhängigkeit vorhanden sei und aktiv gelebt werde. Durch die Verlegung des Wohnsitzes von O.6\_\_\_\_\_ nach O.4\_\_\_\_\_ habe sich die Tatsache der vollständigen wirtschaftlichen Unabhängigkeit perpetuiert. Der Mietzins für die Wohnung in O.5\_\_\_\_\_ samt Autoeinstellplatz sei sodann nicht überteuert. Sie habe Anspruch auf Weiterführung der ehelichen Lebenshaltung, weshalb ihr mit Blick darauf, dass sie mit dem Ehemann während Jahrzehnten in einem 10-Zimmer-Einfamilienhaus gelebt habe und sie auch Platz für Übernachtungen der Kinder und Enkel benötige, die ausgewiesenen Kosten für Wohnung und Parkplatz anzurechnen seien (ZK1 16 196, act. A. 1, S. 9 ff.). 7.3. Der Ehemann ist dagegen der Auffassung, dass seine Ehefrau in einer gefestigten Beziehung mit D.\_\_\_\_\_ lebe. Er sei überzeugt, dass dieser für den gesamten Lebensunterhalt der Ehefrau aufkomme. Um dies nachzuweisen, werde die Edition sämtlicher Bankauszüge seit 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2016 beantragt (ZK1 16 196, act. A.2, S. 3). Gemäss BGE 138 III 97 vermindere sich die Unterhaltsforderung des einen Ehegatten gegenüber dem andern soweit, als er von seinem neuen Partner finanziell unterstützt werde. Die Vorinstanz habe übersehen, dass es im konkreten Fall nicht um eine einfache Wohn- und Lebensgemeinschaft gehe, welche lediglich Kosteneinsparungen mit sich bringe, sondern D.\_\_\_\_\_ nicht nur für den Mietzins, sondern auch sonst für den Lebensunterhalt der Ehefrau aufkomme. Diese habe daher keine Unterhaltsforderung mehr gegen ihren Ehemann (ZK1 16 196, act. A.2, S. 5 f.). Denselben Standpunkt vertritt der Ehemann in seiner eigenen Berufung. Auch wenn sich D.\_\_\_\_\_ weigere, als Zeuge auszusagen, und auch wenn es zutrefte, dass er steuerrechtlich Wohnsitz in O.4\_\_\_\_\_ habe, würden er und die Ehefrau eine sehr enge Lebensgemeinschaft führen. Nachdem die Ehefrau in einem gefestigten Konkubinatsverhältnis lebe, das schon mehrere Jahre andauere, sei festzustellen, dass sie spätestens ab 1. September 2015 keinen Anspruch auf Unterhaltszahlungen mehr habe und ein bis dahin bestehender Anspruch mit den erbrachten Zahlungen von monatlich CHF 3'500.00 vollständig erfüllt worden sei (ZK1 16 197, act. A.1, S. 5 f.). Falls dennoch ein Unterhaltsbeitrag zuzusprechen wäre, wäre für die Miete kein Betrag einzusetzen, da

Seite 30 — 58 diese von D.\_\_\_\_\_ bezahlt werde (ZK1 16 196, act. A.2, S. 6 f.; ebenso ZK1 16 197, act. A.1, S. 6). 7.4.1. Beide Parteien beziehen sich auf BGE 138 III 97, worin das Bundesgericht zur hier interessierenden Frage, was folgt, ausgeführt hat: "2.3. Wie sich das Zusammenleben eines Ehegatten in einer neuen Partnerschaft unterhaltsrechtlich auswirkt, ist im konkreten Einzelfall zu prüfen. Es lassen sich dabei mehrere Tatbestände unterscheiden, die - unter Willkürgesichtspunkten - folgende Schlüsse gestatten: 2.3.1. Wird der unterhaltsberechtigte Ehegatte von seinem neuen Partner finanziell unterstützt, vermindert sich seine Unterhaltsforderung gegenüber dem anderen Ehegatten im Umfang der tatsächlich erhaltenen Unterstützungsleistungen. Lehre und Rechtsprechung lassen sich dabei vom Verbot des offenbaren Rechtsmissbrauchs leiten [...]. Das gleiche Ergebnis kann auch in Anwendung von Art. 163 ZGB begründet werden, wonach sich ein Ehegatte als Einkünfte anrechnen lassen muss, was er für eigene Leistungen in der neuen Partnerschaft (z.B. durch Haushaltsführung, Mithilfe im Beruf o.ä.) erhält. Ein Abstellen auf die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse und damit die momentan tatsächlich erbrachte Unterstützung des neuen Partners ist insofern gerechtfertigt, als der eheliche Unterhalt - im Gegensatz zum nahehelichen Unterhalt (vgl. Art. 129 ZGB) - unter erleichterten Voraussetzungen an veränderte Verhältnisse angepasst [...] und auch ohne weiteres nachträglich erhöht werden kann [...]. 2.3.2. Erfolgt keine finanzielle Unterstützung oder sind entsprechende Leistungen des neuen Partners nicht nachweisbar, kann immerhin eine sog. (einfache) Wohn- und Lebensgemeinschaft ("communauté de toit et de table"; "comunione di tetto e di tavola") vorliegen, die Einsparungen in den Lebenshaltungskosten mit sich bringt. Entscheidend ist dabei nicht die Dauer der Partnerschaft, sondern der wirtschaftliche Vorteil, der daraus gezogen wird. In Anlehnung an die betriebsrechtlichen Richtlinien tragen die Partner die gemeinschaftlichen Kosten (Grundbetrag, Miete usw.) anteilmässig, selbst wenn die tatsächliche Beteiligung geringer sein sollte. Diese Kostenersparnis ist im Bedarf des unterhaltsberechtigten wie im Übrigen auch des unterhaltspflichtigen Ehegatten zu berücksichtigen [...]. 2.3.3. Schliesslich ist auch im Rahmen des Eheschutzes nicht ausgeschlossen, dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte in einem sog. qualifizierten oder gefestigten Konkubinat lebt. Darunter versteht die Rechtsprechung eine auf längere Zeit, wenn nicht auf Dauer angelegte umfassende Lebensgemeinschaft zweier Personen unterschiedlichen Geschlechts mit grundsätzlich Ausschliesslichkeitscharakter, die sowohl eine geistig-seelische als auch eine wirtschaftliche Komponente aufweist. Verkürzt wird diese etwa auch als Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft ("communauté de toit, de table et de lit"; "comunione di tetto, di tavola e di letto") bezeichnet. Das Gericht hat diesbezüglich eine Würdigung sämtlicher massgebender Faktoren vorzunehmen, wobei für die Beurteilung der Qualität einer Lebensgemeinschaft die gesamten Umstände des Zusammenlebens von Bedeutung sind. Der Unterhaltsanspruch fällt weg, wenn der Ehegatte in einer festen Beziehung lebt, die ihm ähnliche Vorteile bietet wie eine Ehe. Entscheidend ist dabei nicht (mehr) das Kriterium des Rechtsmissbrauchs, sondern vielmehr, ob der Unterhaltsberechtigte mit seinem neuen Partner

Seite 31 — 58 eine so enge Lebensgemeinschaft bildet, dass dieser bereit ist, ihm Beistand und Unterstützung zu leisten, wie es Art. 159 Abs. 3 ZGB von Ehegatten fordert. Ob die Partner über die dazu notwendigen finanziellen Mittel überhaupt verfügen, ist unerheblich [...]. 7.4.2. Die Behauptungs- und Beweislast für die Umstände, aus denen sich ein qualifiziertes Konkubinat ergibt, trägt - wie im Scheidungs- oder Abänderungsverfahren - der Unterhaltspflichtige, wobei im summarischen Verfahren Glaubhaftmachung genügt.

Hat ein Konkubinat (im Zeitpunkt der Anhebung einer Klage auf Abänderung des nahehelichen Unterhalts) allerdings fünf Jahre gedauert, greift nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine (widerlegbare) Vermutung dafür, dass ein gefestigtes Konkubinat im Sinne einer eheähnlichen Gemeinschaft vorliegt. Die Sistierung oder Aufhebung der Unterhaltsverpflichtung zufolge eines gefestigten Konkubinats ist grundsätzlich bereits möglich, bevor die Lebensgemeinschaft die Dauer von fünf Jahren erreicht hat. Dies setzt indessen voraus, dass die Gemeinschaft aufgrund anderer Faktoren eine genügende Stabilität aufweist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_593/2013 vom 20. Dezember 2013, E. 3.3.2). Was das Beweisthema des Unterhaltspflichtigen, der auf Sistierung oder Wegfall der nahehelichen Unterhaltspflicht klagt, anbelangt, hat das Bundesgericht in BGE 118 II 235, E. 3, klargestellt, dass es selbst nach einer fünfjährigen Wohngemeinschaft nicht ausreicht, wenn der Abänderungskläger nur dartut, dass die Unterhaltsberechtigte mit einem Angehörigen des anderen Geschlechts in Hausgemeinschaft lebt und den Anschein einer ehelichen Lebensgemeinschaft geschaffen hat. Damit in einem solchen Fall auf eine eheähnliche Gemeinschaft geschlossen werden kann, muss vielmehr der volle Beweis für die Vermutungsbasis erbracht werden, was bedeutet, dass konkrete Tatsachen dargetan und bewiesen sein müssen, aus denen sich das Vorhandensein einer geistig-seelische, körperliche und wirtschaftliche Komponenten umfassenden Lebensgemeinschaft ergibt. An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht auch unter dem neuen Scheidungsrecht festgehalten (vgl. Pra 2003 Nr. 175 E. 2.4). 7.4.3. Ähnliches gilt mit Bezug auf die Beweislast für das Vorliegen einer kosten-senkenden Wohngemeinschaft. Auch wenn im Rahmen vorsorglicher Massnahmen noch kein gefestigtes Konkubinat zur Diskussion steht, sondern es erst darum geht, die wirtschaftlichen Vorteile, die aus der häuslichen Gemeinschaft entstehen, bei der Bemessung des Unterhalts zu berücksichtigen, müssen die Umstände, in welchen die unterhaltberechtigte Partei mit dem neuen Partner lebt, wie auch die damit verbundenen Kosteneinsparungen erstellt sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_807/2015 vom 7. März 2016, E. 2.3). Da es sich dabei um eine anspruchshindernde Tatsache handelt, trägt der Unterhaltspflichtige dafür die

Seite 32 — 58 Beweislast (Art. 8 ZGB). Gelingt es ihm nicht, das Bestehen einer (dauernden) Wohngemeinschaft glaubhaft zu machen, beispielsweise, weil der neue Partner weiterhin über eine eigene Wohnung verfügt und noch in einer anderen Gemeinde angemeldet ist, trägt er die Folgen der Beweislosigkeit. 7.5.1. In tatsächlicher Hinsicht steht vorliegend fest, dass die Ehefrau per 1. Januar 2013 eine 3½-Zimmer-Wohnung in O.5\_\_\_\_\_ bezogen hat, dies obwohl sie damals noch in Pfäffikon arbeitete und abgesehen von D.\_\_\_\_\_ unbestrittenermassen keine Beziehungen zu Graubünden hatte. Der Mietvertrag lautete anfänglich auf D.\_\_\_\_\_, welcher auch den Mietzins von CHF 2'510.00 (Wohnung CHF 2'350.00, Einstellplatz CHF 160.00) direkt an die Vermieterschaft bezahlte. Ab 1. Dezember 2014 lautete der (am 10. November 2014 unterzeichnete) Mietvertrag auf die Ehefrau (Akten RG Plessur, Dossier B act. V/20), welche seither auch die Mietzinse bezahlt, von D.\_\_\_\_\_ aber - nach ihrer Darstellung als Darlehen - monatliche Überweisungen in derselben Höhe erhält (vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. IV/3 und IV/18). Letzteres ergibt sich auch aus der Zusammenstellung sämtlicher Gutschriften von D.\_\_\_\_\_ auf dem Konto der Ehefrau (ZK1 16 196, act. B.10), welche die Ehefrau in teilweiser Erfüllung des mit der Berufungsantwort gestellten Editionsantrages des Ehemannes eingereicht hat. Obschon sich der Mietzins für die Wohnung schrittweise auf CHF 2'310.00 (ab 1. April 2015) bzw. CHF 2'251.00 (ab 1. Oktober 2015) reduzierte

(vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. V/55 und V/56), blieben die Überweisungen von D.\_\_\_\_\_ unverändert bei CHF 2'510.00. Per 1. April 2017 bezog die Ehefrau eine 4½-Zimmer-Wohnung in O.9\_\_\_\_\_, für welche der Mietzins anfänglich CHF 2'150.00 zuzüglich CHF 150.00 für den Tiefgaragenplatz betrug (ZK1 16 196, act. B.17) und per 1. April 2018 um CHF 50.00 reduziert wurde (ZK1 16 196, act. B.18). Ab dem Umzug nach O.9\_\_\_\_\_ wurden auch die Überweisungen von D.\_\_\_\_\_ an den neuen Mietzins angepasst (ZK1 16 196, act. B.19). Die Zulässigkeit dieser mit Eingabe vom 19. März 2018 (ZK1 16 196, act. A.8) vorgebrachten (echten) Noven blieb seitens des Ehemannes unbestritten, so dass sie vorliegend berücksichtigt werden können, ohne dass im Einzelnen geprüft werden muss, ob die Voraussetzung eines unverzöglichen Vorbringens erfüllt wäre. Ob sie den Ehemann seinerseits zur Änderung seiner Rechtsbegehren (Rückzug des Eventualantrages mit Wirkung ab 1. Januar 2018) berechtigen würden (im Kern wird der zugestandene Unterhaltsbeitrag damit nachträglich einer Befristung unterstellt), braucht mit Blick auf die Beurteilung des Hauptantrages, welche auch eine Gutheissung des geänderten Eventualantrages ausschliesst, nicht entschieden zu werden.

Seite 33 — 58 7.5.2. Dass die Mietzinszahlungen von D.\_\_\_\_\_ darlehensweise erfolgen, hat die Ehefrau, die seit anfangs November 2014 - also kurz vor Übertragung des Mietvertrages auf sie - anwaltlich vertreten ist (vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. V/2), erstmals mit ihrer Replik (Akten RG Plessur, Dossier B act. I/5) ausgeführt, dies unter Verweis auf die bereits mit der Klageschrift eingereichte Steuererklärung 2014 (Akten RG Plessur, Dossier B act. V/19) und dem dort angehängten Darlehensvertrag, beide datierend vom 31. März 2015, also demselben Tag, an welchem auch die Klageschrift eingereicht wurde. Mit ihrer Stellungnahme zur Duplik (Akten RG Plessur, Dossier B act. I/7) hat die Ehefrau denn auch eingeräumt, dass das Darlehensverhältnis kurz vor Einreichung ihrer Anträge im Scheidungsverfahren noch schriftlich "zu Beweis Zwecken" festgehalten worden sei. Im Darlehensvertrag ist von monatlichen Mietzinszahlungen in Höhe von CHF 2'670.00 (CHF 2'510.00 + CHF 160.00) seit dem 1. Januar 2013 zuzüglich der Mietzinskautation von CHF 7'050.00 die Rede, obwohl die tatsächlichen Zahlungen bis dahin stets CHF 2'510.00 betragen haben. Dieser Fehler wurde dann mit der Steuererklärung 2015 (Akten RG Plessur, Dossier B act. V/54) bereinigt. Das jener Steuererklärung beigelegte und von der Ehefrau und D.\_\_\_\_\_ gemeinsam unterzeichnete Schreiben datiert vom 20. Mai 2016 und beziffert die von D.\_\_\_\_\_ bezahlten Mietzinse trotz der zwischenzeitlich erfolgten Reduktionen unverändert auf CHF 2'510.00. Auch in den beiden nachfolgenden Steuererklärungen 2016 und 2017 (ZK1 16 196, act. B.11 und B.20) wird ein Darlehen von D.\_\_\_\_\_ ausgewiesen (Stand per 31. Dezember 2017 CHF 155'760.00). Im Gegensatz dazu war in der Steuererklärung 2013 (Akten RG Plessur, Dossier B act. V/1.3) noch kein Darlehen von D.\_\_\_\_\_ deklariert worden. 7.5.3. Die Notwendigkeit der Mietzinszahlungen durch D.\_\_\_\_\_ hat die Ehefrau durchwegs mit dem zu knappen Unterhaltsbeitrag des Ehemannes begründet (vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. I/2 S. 12, act. I/5 S. 5 und act. I/7 S. 6 sowie Dossier C, act. I/2 S. 10). Seit dem ersten Massnahmeentscheid bezahlt der Ehemann allerdings unbestrittenermassen den darin festgesetzten Unterhaltsbeitrag von CHF 5'750.00 (vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. V/54 sowie die im Berufungsverfahren eingereichten Zusammenstellungen in ZK1 16 196, act. B.11 und B.20). Zumindest die Hälfte des Mietzinses wäre durch diese Beiträge gedeckt, so dass für eine Weiterführung der Zahlungen von D.\_\_\_\_\_ in voller Höhe kein Grund mehr bestand. 7.5.4. Eine Wohngemeinschaft mit D.\_\_\_\_\_ hat die Ehefrau von Beginn weg bestritten. Die Miete einer 3½-Zimmer-Wohnung hat sie mit dem Platzbedarf

für Übernachtungen ihrer Kinder und Enkel, dem ehelichen Standard und dem Ver-

Seite 34 — 58 gleich mit dem Ehemann, der (anfänglich noch mit dem gemeinsamen Sohn, seit August 2016 alleine) das eheliche Wohnhaus bewohnt, begründet. Als Beweis dafür, dass D. \_\_\_\_\_ noch zusammen mit seiner Frau in O.6 \_\_\_\_\_ wohnt, hat sie mit der Replik (Akten RG Plessur, Dossier B act. I/5, S. 7) eine Wohnsitzbescheinigung der Stadt O.6 \_\_\_\_\_ und eine Bestätigung der kantonalen Steuerverwaltung über die gemeinsame Veranlagung des Ehepaars D./E. \_\_\_\_\_, beide datierend vom 11. Juni 2015, eingereicht (Akten RG Plessur, Dossier B act. V/34 und V/35). Zudem hat sie die Einvernahme von E. \_\_\_\_\_ beantragt. An der mündlichen Verhandlung vom 12. September 2016 hat sie sodann die Befragung von D. \_\_\_\_\_ verlangt, worauf der Ehemann seinerseits die Befragung von E. \_\_\_\_\_ beantragte. 7.5.5. E. \_\_\_\_\_ hat an ihrer Einvernahme vom 1. November 2015 folgende Aussage gemacht (Akten RG Plessur, Dossier C act. IV/7): "Soweit ich das sehe, hat mein Mann eine Beziehung zu Frau X. \_\_\_\_\_. Mein Mann und ich haben uns getrennt. Wir hatten aber schon länger Probleme miteinander. Die Trennung hat aus meiner Sicht nichts mit Herr und Frau X. \_\_\_\_\_ zu tun. Ich bin im September 2015 in O.6 \_\_\_\_\_ ausgezogen. Wir wollten die Liegenschaft schon länger verkaufen, ich wollte diesen Prozess beschleunigen. Zu den Wohn- und Lebensverhältnissen meines Ehemanns äussere ich mich nicht. Aus meiner Sicht ist das Privatsache." Auch zur Miete in O.5 \_\_\_\_\_ äusserte sich E. \_\_\_\_\_ nicht. Ihre Aussagen zur Trennung decken sich mit dem Ergebnis der gerichtlichen Adressnachforschung zum Zwecke der Vorladung (vgl. Akten RG Plessur, Dossier C act. VI/3): ab dem 19. September 2015 war sie in O.7 \_\_\_\_\_ als Wochenaufenthalterin gemeldet (mit Wohnsitz in O.6 \_\_\_\_\_bruck) und ab 1. März 2016 verzeichnete sie Wohnsitz in O.7 \_\_\_\_\_. 7.5.6. D. \_\_\_\_\_ erschien nicht zur Zeugeneinvernahme. Er machte geltend, der kurz zuvor erfolgte Verkauf des Schlosses in O.6 \_\_\_\_\_, in welchem er mit seiner Frau fast 40 Jahre gelebt habe, habe ihn psychisch bzw. emotional dermassen belastet, dass er sich ausserstande fühle, vor Gericht zu erscheinen. Stattdessen teilte er dem Gericht mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 (Akten RG Plessur, Dossier C act. IV/4) "seine Betrachtungsweise zu der Scheidungsangelegenheit X.Y. \_\_\_\_\_" schriftlich mit. Zudem reichte er am 31. Oktober 2016 im Sinne einer Ergänzung den Niederlassungsausweis der Gemeinde O.4 \_\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2016 (Akten RG Dossier C, act. IV/5 und IV/6) sowie am 31. Dezember 2016 - also erst nach der Mitteilung des angefochtenen Entscheides, aber im vorinstanzlichen Aktenverzeichnis aufgeführt - die Kopie seines neuen Mietvertrages für ein 2-Familienhaus in O.4 \_\_\_\_\_ (mit Mietbeginn am 1. Januar 2017, zur Benützung als Wohn- und Geschäftsräume) ein (Akten RG Dossier C, act. IV/9

Seite 35 — 58 und IV/10). D. \_\_\_\_\_s Schreiben wird in der für das Hauptverfahren erlassenen Beweisverfügung vom 11. Januar 2017 (Akten RG Plessur, Dossier B act. III/1) als schriftliche Auskunft qualifiziert und für relevant erklärt. Darin hat er sich folgendermassen geäussert: "1 X. \_\_\_\_\_ und ich haben weiterhin nicht die Absicht miteinander zu leben, weder räumlich noch wirtschaftlich, und so wird es auch in Zukunft sein. Eine Zuneigung zueinander wird jedoch nicht bestritten. Wir legen jedoch Wert auf eine vollständige Unabhängigkeit. Was mich betrifft, bin ich in einem Alter, 73, angelangt, welches mein Lebensende voraussehen lässt, somit ich gefestigte Zukunftsstrukturen ablehne. Diese gelebte Unabhängigkeit (wirtschaftlich wie emotional) ist soviel ich weiss, auch für X. \_\_\_\_\_ von grosser Bedeutung, wegen der grossen Enttäuschung ihrer langjährigen, gescheiterten Ehe. 2 Ich bin noch immer beruflich viel im O.8 \_\_\_\_\_, Region Albula

und dem Oberhalbstein, aber auch in O.5\_\_\_\_\_ tätig. Dann nehme ich auch die Gelegenheit wahr, bei X.\_\_\_\_\_ zu übernachten. Ausserdem steht mir aus gleichem Grund jederzeit eine Dienstwohnung im Oberhalbstein zur Verfügung, welche ich auch regelmässig benutze. Des Weiteren bin ich immer noch in O.6\_\_\_\_\_ angemeldet, obwohl ich seit kurzer Zeit, nicht mehr dort wohnhaft bin und neu in O.4\_\_\_\_\_ sesshaft sein werde. 3 X.\_\_\_\_\_ und ich sind sehr sozialdenkende Menschen. Als ich sie vor 3½ Jahren kennen lernte, mussten wir feststellen, dass wir beide in unserer langjährigen ehelichen Beziehung unglücklich waren, aber aus verschiedenen Gründen. Wir haben uns in dieser Hinsicht schnell gut verstanden und eine wertvolle Freundschaft aufgebaut. 4 Beide von uns legen grossen Wert darauf, unser zukünftiges Leben autonom und wirtschaftlich unabhängig voneinander zu gestalten. Ich werde mich auch nicht scheiden lassen von meiner Frau E.\_\_\_\_\_. Obwohl wir seit einem Jahr getrennt leben, sind wir immer noch wirtschaftlich miteinander verbunden." 7.6.1. Bei der gegebenen Beweislage kann der Berufung des Ehemannes kein Erfolg beschieden sein, soweit er damit am Bestehen eines qualifizierten Konkubinats festhält. Vorweg ist in formeller Hinsicht festzuhalten, dass er sich in der Begründung seiner Berufung im Wesentlichen darauf beschränkt, seine eigenen Behauptungen (umfassende finanzielle Unterstützung der Ehefrau durch D.\_\_\_\_\_) zu wiederholen, ohne dabei auf die im Recht liegenden Beweismittel einzugehen. Eine substantiierte Darlegung, inwiefern bereits ab dem 1. September 2015 ein qualifiziertes Konkubinat im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorgelegen haben soll und aus welchen Beweismitteln die dafür massgeblichen Umstände konkret hervorgehen, findet sich in der Berufungsschrift nicht. Insofern erscheint fraglich, ob die Berufungsbegründung den Anforderungen von Art. 311 ZPO überhaupt genügt. Was die behauptete vollumfängliche (oder zumindest überwiegende) Finanzierung des Lebensunterhalts der Ehefrau durch ihren neuen Partner anbelangt, hat der Ehemann erstmals mit seiner Berufungsantwort (ZK1

Seite 36 — 58

## **E. 16**

196, act. A.2 S. 2 f.) einen Beweisantrag gestellt und die Edition sämtlicher Bankauszüge seit 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2016 aus Händen der Ehefrau verlangt. Eine Begründung dafür, weshalb dieser Antrag nicht bereits vor erster Instanz hätte gestellt werden können, fehlt wiederum vollständig. Soweit die Ehefrau diesem Begehren mit Einreichung der Gutschriftsanzeigen für sämtliche Überweisungen von D.\_\_\_\_\_ auf ihr Konto bei der G.\_\_\_\_\_ (ZK1 16 96, act. B.9 und B.10) nicht bereits freiwillig nachgekommen ist, ist daher darauf nicht einzutreten (vgl. oben Erwägung 1.4.2). Aufgrund der vorhandenen Beweismittel erstellt ist, dass die Ehefrau mit D.\_\_\_\_\_ mehr als bloss eine (Brief-)Freundschaft pflegt. Dass sie eine Liebesbeziehung führen, ergibt sich nicht nur aus der E-Mail-Korrespondenz von Ende 2012, sondern auch aus der Aussage von E.\_\_\_\_\_, auch wenn sich diese nicht näher zu den Details der Beziehung äussern wollte. Ebenfalls erstellt ist die Bereitschaft von D.\_\_\_\_\_, die Mietzinsen der Ehefrau (zumindest einstweilen) zu bezahlen. Ein dauerndes Zusammenleben (über gelegentliche Übernachtungen hinaus) ist aber mit Blick auf die Niederlassungsbereinigungen und die schriftlichen Ausführungen von D.\_\_\_\_\_ nicht glaubhaft gemacht und letztere sprechen auch gegen den gemeinsamen Willen, eine eheähnliche Schicksalsgemeinschaft (mit gegenseitiger Bereitschaft zu umfassender Unterstützung) einzugehen. Solches lässt sich auch den besagten E-Mails nicht entnehmen, beschränken sich diese doch zur Hauptsache

auf gegenseitige Liebesbekundungen und die Absicht, gemeinsam eine Wohnung zu suchen. In welcher Form sie ihre Beziehung seit Januar 2013 tatsächlich gelebt haben, kann sich von vornherein nicht aus diesen E-Mails ergeben. Dazu müssen vielmehr die anderen Beweismittel gewürdigt werden, welche indessen vorliegend nicht ausreichen, um das Bestehen einer derart engen Lebensgemeinschaft glaubhaft zu machen, wie sie für die Annahme eines qualifizierten Konkubinats erforderlich wäre. 7.6.2. Zu prüfen bleibt somit, ob der Vorderrichter zumindest vom Vorliegen einer kostensenkenden Wohngemeinschaft (mit den entsprechenden Auswirkungen auf den Grundbedarf der Ehefrau) ausgehen durfte oder ob - nur, aber immerhin - tatsächliche finanzielle Vorteile bestehen, welche die Ehefrau aus der Beziehung zu D.\_\_\_\_\_ zieht, namentlich hinsichtlich der Wohnkosten. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass ein gelegentliches Übernachten, wie es D.\_\_\_\_\_ eingeräumt hat, nicht ausreicht, um eine kostensenkende Wohngemeinschaft (mit Halbierung des für ein Ehepaar geltenden Grundbetrages) anzunehmen. Anders als bei einem dauernden Zusammenleben, wo regelmässig von einer gemeinsamen Tragung der anfallenden Haushaltskosten ausgegangen werden darf, ist bei bloss gelegentlichen Übernachtungen nicht ersichtlich, dass der Ehefrau dadurch nen-

Seite 37 — 58 nenswerte Einsparungen bei den im Grundbetrag berücksichtigten Kosten (Verpflegung, Bekleidung, Körper- und Gesundheitspflege, Privatversicherungen, Kochstrom etc.) ermöglicht würden. Anhaltspunkte dafür, dass sich D.\_\_\_\_\_ mehrmals wöchentlich bei der Ehefrau aufhalten würde und entgegen seinen Ausführungen von einer eigentlichen Wohngemeinschaft auszugehen wäre, sind nicht aktenkundig. Vielmehr sprechen die im Recht liegenden Niederlassungsbescheinigungen und die Tatsache, dass D.\_\_\_\_\_ nach dem Verkauf seiner Liegenschaft in O.6\_\_\_\_\_ in O.4\_\_\_\_\_ ein Wohn- und Geschäftshaus mietete, dafür, dass er, was das Wohnen anbelangt, eigenständig geblieben ist und dies bis auf weiteres auch so beibehalten will. Was hingegen nicht in Abrede gestellt werden kann, ist der Umstand, dass D.\_\_\_\_\_ seit anfangs 2013 für die Wohnkosten der Ehefrau aufgekommen ist, indem er anfänglich persönlich für sie eine Wohnung in O.5\_\_\_\_\_ gemietet und ihr nach der Übertragung des Mietvertrages das Geld für die Bezahlung des Mietzinses überwiesen hat. Nach der Darstellung der Ehefrau soll D.\_\_\_\_\_ diese Leistungen lediglich darlehensweise erbracht haben. Die Urkunden, mit welchen ein Darlehensverhältnis belegt werden soll, wurden indessen allesamt erst im Hinblick auf das vorliegende Gerichtsverfahren verfasst. Der am Tage der Einreichung der Klageschrift unterzeichnete Darlehensvertrag nennt sodann einen zu hohen Mietzins, was darauf hindeutet, dass er von D.\_\_\_\_\_ ohne nähere Prüfung unterzeichnet wurde. Einzuräumen ist, dass die Ehefrau die Darlehensschuld seither auch in ihren Steuererklärungen deklariert hat. Auf ihre Besteuerung hat die deklarierte Schuld allerdings keine Auswirkungen, da sie ohnehin über kein steuerbares Vermögen verfügt. Ob auch D.\_\_\_\_\_ ein entsprechendes Guthaben deklariert hat, ist nicht aktenkundig. Selbst wenn dies der Fall wäre, verblieben ernsthafte Zweifel, ob eine Rückerstattung der Mietzinszahlungen tatsächlich von Beginn weg (und nicht erst zu Prozesszwecken) vereinbart wurde und von D.\_\_\_\_\_ auch durchgesetzt würde. Hätte eine derartige Vereinbarung schon im Jahre 2013 bestanden, hätte nämlich bereits in der Steuererklärung 2013 eine Darlehensschuld deklariert werden müssen, was die Ehefrau nachweislich nicht getan hat. Gegen die Behauptung, D.\_\_\_\_\_ habe den Mietzins von Beginn weg bloss darlehensweise bzw. im Sinne einer Überbrückungshilfe bezahlt, spricht schliesslich auch das Zuwarten der Ehefrau mit der Geltendmachung eines höheren Unterhaltsbeitrages, wäre in einem solchen Fall doch zu erwarten gewesen, dass sie viel früher anwaltliche Beratung in Anspruch

genommen hätte, um ein Anwachsen der Darlehensschuld zu vermeiden. Unter Würdigung aller Aspekte, insbesondere aber des zeitlichen Ablaufs, erscheint dem Gericht das behauptete Darlehensverhältnis daher als wenig glaubhaft. Ist jedoch davon auszugehen, dass D. \_\_\_\_\_ für die Wohnkosten der Ehefrau aufkommt und er diese zumindest

Seite 38 — 58 in diesem Umfang finanziell unterstützt, ist dem Ehemann darin beizustimmen, dass diesem Umstand bei der Bemessung des Unterhalts Rechnung zu tragen ist. Konkret hat die finanzielle Unterstützung ihres neuen Partners zur Folge, dass bei der Ehefrau mangels einer dauernden Wohngemeinschaft zwar der volle Grundbetrag im Bedarf zu berücksichtigen ist, ihr aber keine Wohnkosten angerechnet werden können.

7.6.3. Wie soeben dargelegt, beschränkt sich die finanzielle Unterstützung der Ehefrau durch D. \_\_\_\_\_ im Wesentlichen auf eine Übernahme der Wohnkosten. Dies zeigt sich auch darin, dass er seine Überweisungen reduziert hat, als die Ehefrau in eine günstigere Wohnung nach O.9 \_\_\_\_\_ zog. Unverändert blieben seine Überweisungen hingegen, solange die Ehefrau in O.5 \_\_\_\_\_ wohnte, obwohl der Mietzins für die dortige Wohnung schrittweise herabgesetzt wurde (vgl. oben Erwägung 7.5.1.). Für die Zeit von April 2015 bis März 2017 erhielt sie daher total CHF 2'022.00 (6 Monate à CHF 40.00 [= CHF 2'350.00 - CHF 2'310.00] und 18 Monate à CHF 99.00 [CHF 2'350.00 - CHF 2'251.00] mehr, als sie im gleichen Zeitraum an Mietzinsen zu bezahlen hatte. Im Ergebnis zog sie daher aus ihrer neuen Partnerschaft einen zusätzlichen finanziellen Vorteil, um den sich ihre Unterhaltsforderung gegen den Ehemann vermindert. Wie noch aufzuzeigen sein wird (vgl. unten Erwägung 10.1), sind für die Unterhaltsberechnung zwei Phasen zu unterscheiden, da sich die Krankenkassenprämien der Ehefrau ab 1. Januar 2017 nachweislich erhöht haben. Verteilt man den obgenannten Betrag von CHF 2'022.00 der Einfachheit halber auf die erste Phase (April 2015 bis Dezember 2016), ist der monatliche Unterhaltsanspruch der Ehefrau für jenen Zeitraum um CHF 96.00 zu reduzieren.

8.1. Für den Fall, dass das Berufungsgericht einen Unterhaltsanspruch bejaht, macht der Ehemann in seiner Berufung geltend, dass der Unterhaltbeitrag nicht - wie dies der Vorderrichter gemacht hat - nach der zweistufigen Methode, sondern nach der einstufigen zu berechnen sei. Da die Miete der Ehefrau von D. \_\_\_\_\_ bezahlt werde, betrage ihr Bedarf höchstens CHF 1'300.00 (Grundbetrag CHF 850.00, Krankenkasse CHF 469.00). Es sei davon auszugehen, dass D. \_\_\_\_\_ auch den wesentlichen Teil des Unterhalts der Ehefrau berappe, weshalb von einem Bedarf von CHF 1'000.00 auszugehen sei. Ein höherer Bedarf habe die Ehefrau bis heute nicht einmal behauptet, geschweige denn nachgewiesen. Die vom Vorderrichter vorgenommene zweistufige Berechnung mit Überschussteilung führe zu einem unmöglichen Resultat. Die Überschussbeteiligung der Ehefrau betrage fast CHF 3'000.00 und sei ungefähr gleich hoch wie der vom Vorderrichter berücksichtigte Grundbedarf (mit Mietkosten, welche die Ehefrau nicht bezahle, und

Seite 39 — 58 Steuern, die nur wegen des hohen Unterhalts anfallen würden). Die Überschussteilung diene somit der Vermögensbildung, was nicht zulässig sei (ZK1 16 197, act. A.1, S. 6 f.). Den identischen Standpunkt vertritt der Ehemann auch in seiner Berufungsantwort. Ergänzend bringt er vor, dass ein Überschuss keinesfalls 50:50 zu teilen wäre, sondern die Ehefrau allerhöchstens Anspruch auf einen Viertel des Überschusses hätte. Mit einer hälftigen Aufteilung resultiere ein Betrag, der es der Ehefrau ermöglichen würde, Vermögen zu bilden, was nicht angehe (ZK1 16 196, act. A.2, S. 6 f.).

8.2. Die Ehefrau hält die vom Vorderrichter angewendete Methode für korrekt. Die Anwendung dieser Methode werde vom Ehemann erstmals im vorliegenden Rechtsmittelverfahren als

unrichtig qualifiziert, weshalb von einem widersprüchlichen (Prozess-)Verhalten zu sprechen sei. Die zweistufige Methode könne auch bei guten finanziellen Verhältnissen angewendet werden, wenn bisher das gesamte Einkommen für den ehelichen Unterhalt eingesetzt worden sei oder die bisherige Sparquote durch die trennungsbedingten Mehrkosten aufgebraucht werde. Vorliegend habe man es mit einer guten Einkommenssituation des Ehemannes zu tun, welche aber nicht derart gut gewesen sei, dass sie erlaubt hätte, eine effektive Sparquote zu bilden. Jedenfalls würden die vorhandenen Quoten durch die trennungsbedingten Mehrkosten bis zur Scheidung grösstenteils aufgebraucht sein. Der mittels zweistufiger Methode errechnete Unterhaltsbeitrag ermögliche ihr bei Weiterführung des bisherigen Lebensstandards, wie er in der Klageschrift dargestellt worden sei, keine Vermögensbildung (ZK1 16 197, act. A.2, S. 14 f.).

8.3. Wie aus dem Protokoll der Verhandlung vom 12. September 2016 (Akten RG Plessur, Dossier C act. V/1, S. 4) hervorgeht, hat sich der Ehemann bereits vor erster Instanz gegen eine Überschussbeteiligung der Ehefrau ausgesprochen. Entgegen der Ansicht der Ehefrau kann ihm daher kein widersprüchliches Prozessverhalten vorgeworfen werden. Die Einwände des Ehemannes gegen die zweistufige Bemessungsmethode erweisen sich aber als unbegründet und sind, was die behauptete Vermögensbildung angeht, auch nicht substantiiert. Allein aus der Tatsache, dass der hälftige Überschuss den Grundbedarf einer Partei übersteigt, kann nicht abgeleitet werden, dass damit eine Vermögensbildung ermöglicht würde. Der Überschussanteil ist nicht mit dem Grundbedarf zu vergleichen, sondern mit der während des Zusammenlebens für den ehelichen Unterhalt zur Verfügung stehenden Freiquote. Die Ehefrau hat in ihrer Klageschrift (Akten RG Plessur, Dossier B act. I/2 S. 12) einen gebührenden Bedarf von CHF 7'105.00 geltend gemacht und mit dem unter dem Titel eheliche Lebenshaltung aufgeführten Positionen (Auto, Versicherungen, Internet/TV, Telefon, Zeitungs-

Seite 40 — 58 abonnement, Dentalhygiene, Golf, Ferien) im Ergebnis eine eheliche Freiquote von CHF 2'437.00 beansprucht. Dazu hat der Ehemann in seiner Klageantwort (Akten RG Plessur, act. I/4 S. 7) lediglich ausgeführt, es werde zur Kenntnis genommen, dass die Ehefrau für sich einen weit höheren Bedarf ausweise als für ihn selber. Die einzelnen Bedarfspositionen hat er - mit Ausnahme des Mietzinses (von D. \_\_\_\_\_ bezahlt) - nicht bestritten. Selbst wenn nun der vom Vorderrichter errechnete Überschussanteil (CHF 2'831.15) über der von der Ehefrau beanspruchten Freiquote lag, führt dies nicht zwingend zur Schlussfolgerung, dass mit dem zugesprochenen Unterhaltsbeitrag ein höherer Lebensstandard als vor der Trennung respektive eine Vermögensbildung ermöglicht würde. Zu beachten ist nämlich, dass die Ehefrau - wenn ihr Antrag auf Zuspreehung eines Anwaltskostenvorschusses abgewiesen wird (vgl. unten Erwägung 12.4) - aus dem Überschuss auch die Prozesskosten des Scheidungsverfahrens finanzieren muss. Hinzu kommt, dass die Ehegatten vor der Trennung ein wesentlich höheres Einkommen erzielt haben als im nun zur Diskussion stehenden Zeitraum (ab April 2015). So lag einerseits das durchschnittliche Einkommen des Ehemannes in den Jahren 2010-2012 bei rund CHF 13'000.00 pro Monat (vgl. dazu nachstehend Erwägung 9.5). Andererseits war damals auch die Ehefrau noch erwerbstätig und generierte jährliche Einkünfte von rund CHF 7'500.00 in den Jahren 2010 und 2011 respektive CHF 15'670.00 im Jahr 2012 (vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. V/13, V/14 und V/15). Dem nunmehr tieferen Einkommen steht der um die trennungsbedingten Mehrkosten erhöhte Grundbedarf der Ehegatten gegenüber. Der verbleibende Überschuss liegt damit jedenfalls unter demjenigen vor der Trennung, sodass ausgeschlossen werden kann, dass der Ehefrau mit der hälftigen Teilung eine höhere

Freiquote zukommt als während des ehelichen Zusammenlebens. Selbst wenn zu berücksichtigen wäre, dass die Ehegatten vor der Trennung gewisse Ersparnisse gebildet haben (gemäss den im Recht liegenden Steuererklärungen nahm das Wertschriftenvermögen der Ehegatten von Ende 2010 bis Ende 2012 um rund CHF 18'000.00 zu), läge die daraus resultierende Sparquote von jährlich CHF 9'000.00 - auf welche sich der Ehemann selber notabene nie berufen hat - noch im Rahmen des zwischenzeitlich weggefallenen Einkommens und wäre im Übrigen auch durch den Zusatzverdienst der Ehefrau ermöglicht worden, weshalb sie nunmehr nicht allein vom Ehemann beansprucht werden könnte. Nach dem Gesagten ist es nicht zu beanstanden, dass der Vorderrichter bei den gegebenen Verhältnisse die zweistufige Bemessungsmethode angewendet hat, und ein Grund, von der hälftigen Teilung des Überschusses abzuweichen, ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Seite 41 — 58 9. Strittig unter den Parteien ist im Weiteren die Höhe des Einkommens des Ehemannes, welches der Unterhaltsberechnung zu Grunde zu legen ist. 9.1. Der Vorderrichter hat diesbezüglich erwogen, der Ehemann habe sich weder dazu geäußert, weshalb sein Einkommen im Jahr 2014 rund CHF 30'000.00 tiefer ausgefallen sei als im Jahr 2013, noch habe er bestritten, dass er im Jahr 2013 in die Geschäftsleitung befördert worden sei. Es erscheine folglich angemessen, die Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend Einkommensberechnung bei schwankendem Einkommen analog anzuwenden und den Durchschnitt der letzten drei Jahre (2013-2015), also CHF 12'140.00, zu berücksichtigen (angefochtener Entscheid, E. 7d). Den Antrag der Ehefrau auf Edition der "Geschäftszahlen" der Arbeitgeberin des Ehemannes (F. \_\_\_\_\_) für die Jahre 2011 bis 2015 lehnte er ab, da der Beweisantrag unsubstantiiert und ohnehin nicht ersichtlich sei, inwiefern "Geschäftszahlen" beweisen könnten, dass der Lohn des Ehemannes absichtlich tief gehalten werde (angefochtener Entscheid, E. 4). 9.2. Die Ehefrau moniert, trotz wiederholtem Ersuchen habe die Vorinstanz es unterlassen, die Geschäftszahlen der Arbeitgeberin für die Jahre 2010-2015 edieren zu lassen, um zu überprüfen, ob die Behauptung des Ehemannes, sein zeitgleich mit der Trennung tiefer werdendes Einkommen sei auf den Rückgang der Geschäftstätigkeit (Umsatz- und Gewinnzahlen) zurückzuführen, den Tatsachen entspreche. Während im Jahre 2012 das Einkommen auf CHF 12'800.00 geschätzt worden, sei sich der Ehemann Ende 2013 gewahr geworden, dass die Scheidung ins Haus stehe, und habe als Geschäftsführer vermutungsweise darauf hingewirkt, dass sein Lohn trotz nach wie vor gutem Geschäftsgang künstlich sinke, damit für die Berechnung des nahehelichen Unterhalts vorübergehend von tieferen Einkommenszahlen ausgegangen werde. Obwohl die Ehefrau diese Tatsache wiederholt detailliert vorgebracht und die Vorinstanz ersucht habe, die entsprechenden Bilanz- und Erfolgsrechnungszahlen seitens der Arbeitgeberin zu edieren, habe diese dem Ersuchen ZPO-widrig nicht entsprochen, dies ungeachtet der Offensichtlichkeit und des Ausmasses der Einkommensreduktion, welche den hohen Verdacht der künstlichen Lohnsteuerung respektive Beeinflussung im Einvernehmen mit der Arbeitgeberin aufkommen lasse. Statt den Verdacht mit der Bewilligung der Edition auszuräumen, folgere die Vorinstanz aus den dargelegten Umständen nur, dass von einem dreijährigen Durchschnitt auszugehen sei, welcher bis Ende Scheidung Jahr für Jahr noch weiter sinken werde, da der Ehemann seinen Lohn weiterhin tief halten werde. Diesem Vorgehen dürfe die Justiz keinen Rechtsschutz gewähren, weshalb das Gericht ersucht werde, bei der F. \_\_\_\_\_ die entsprechenden Bilanzen und Erfolgsrechnungen zu edieren. Eventualiter sei vom

Seite 42 — 58 Durchschnittswert der Jahre 2010-2015 (CHF 12'878.00) auszugehen (ZK1 16 196, act. A.1, S. 14). 9.3. Der Ehemann hält dem entgegen, mit der Behauptung, seine Arbeitgeberin würde den Lohn bewusst tief halten, damit der Ehemann weniger Unterhaltszahlungen leisten müsse, werfe die Ehefrau der Arbeitgeberin Urkundenfälschung, allenfalls gar Betrug etc., vor, wozu der Ehemann den Geschäftsführer angestiftet haben soll. Er behalte sich vor, eine Strafanzeige gegen die Ehefrau und allenfalls deren Rechtsvertreter einzureichen. Der Vorderrichter habe den Editionsantrag zu Recht abgewiesen. Mit dessen Argumentation setze sich die Ehefrau in ihrer Berufung nicht auseinander. Der Ehemann habe sich stets auf den Standpunkt gestellt, dass die Ehefrau keinen Unterhaltsanspruch habe und ein solcher gegebenenfalls einstufig zu bemessen sei, sodass sein Einkommen keine Rolle spiele. Es mache daher überhaupt keinen Sinn, wenn er seine Arbeitgeberfirma anhalten würde, den Lohn künstlich tief zu halten. Er habe keine Veranlassung, seiner Arbeitgeberin ein Geschenk zu machen (ZK1 16 196, act. A.2, S. 6 f.). Ferner verweist der Ehemann auf den mit der Berufungsantwort als echtes Novum eingereichten Lohnausweis 2016 (act. C. 1) und macht geltend, im Falle, dass der Ehefrau entgegen seinem Hauptantrag ein Unterhaltsbeitrag zugesprochen werde, so sei vom darin ausgewiesenen Einkommen des Ehemannes in Höhe von CHF 10'897.50 auszugehen (ZK1 16 196, act. A.2, S. 3 und 6). Auch in seiner eigenen Berufung kritisiert er, dass der Vorderrichter seiner Unterhaltsberechnung ein Einkommen von über CHF 12'000.00 - ein Einkommen, welches er effektiv nicht verdiene - zugrunde gelegt habe. Aus den Akten ergebe sich vielmehr, dass sein Nettolohn allerhöchstens CHF 10'954.80 pro Monat betrage (ZK1 16 197, act. A.1, S. 6). 9.4. Dass der Vorderrichter den Beweisantrag der Ehefrau als unsubstantiiert bezeichnet hat, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass sie in ihrer schriftlich eingereichten Stellungnahme vom 12. September 2016 (Akten RG Plessur, Dossier C act. I/2 S. 3) lediglich von einer Edition der "Geschäftszahlen" gesprochen hat. Zugleich hat sie allerdings auf ihre bereits früher gestellten Anträge verwiesen, womit sie offenkundig auf ihre Replik (Akten RG Plessur, Dossier B act. I/5, S. 10) sowie auf ihre Stellungnahme vom 22. September 2015 (Akten RG Plessur, Dossier B act. I/7, S. 11) Bezug nahm. In letzterer hatte sie - als Reaktion auf den Antrag des Ehemannes, den Geschäftsführer der F.\_\_\_\_\_ als Zeuge zu seinem Lohn einzuvernehmen - explizit die Edition der Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Jahre 2010 bis 2014 (nebst der Lohnausweise für die anderen Geschäftsleitungsmitglieder) beantragt. Insofern konnte für den Vorderrichter kein Zweifel bestehen, dass mit den "Geschäftszahlen" die Jahresrechnungen der Arbeitgeberin gemeint

Seite 43 — 58 waren. Dies gilt umso mehr, als an der mündlichen Verhandlung - nachdem der Ehemann die Steuererklärung 2015 (Akten RG Plessur, Dossier C act. III/1) eingereicht und auf sein unverändert tiefes Einkommen (CHF 137'000.00) hingewiesen hat - über die Edition der Bilanzen gesprochen wurde (Akten RG Plessur, Dossier B act. II/2 S. 2 f.) und der Rechtsvertreter der Ehefrau den Beweisantrag mit Schreiben vom 4. November 2016 - das im angefochtenen Entscheid (S. 7) trotz dessen Datierung auf den 1. November 2016 noch berücksichtigt und den Parteien auch zur Kenntnisnahme zugestellt wurde - nochmals wiederholt und präzisiert hat. Eine ungenügende Substantiierung des Beweisantrages kann der Ehefrau somit nicht vorgeworfen werden. Als zutreffend erweist sich indessen die Erwägung des Vorderrichters, dass mit der Edition der Geschäftsabschlüsse die behauptete Einflussnahme des Ehemannes auf sein Gehalt nicht nachgewiesen werden könnte. Diese vermöchten zwar über den Geschäftsgang der Arbeitgeberin im Allgemeinen gewisse Aufschlüsse zu geben. Da aber nicht bekannt ist,

von welchen Faktoren der Lohn des Ehemannes abhängig ist (Umsatz, Gewinn, einzelne Geschäftsbereiche, Anzahl Vertragsabschlüsse, persönliche Zielerreichung etc.), ist mit den Geschäftsabschlüssen allein noch nicht erstellt, dass der Ehemann vor und während des Scheidungsverfahrens Einfluss auf seinen Lohn genommen hat. Dazu hätten weitere Beweisanträge gestellt werden müssen (z.B. Edition der ab 2010 geltenden Arbeitsverträge und/oder Provisionsabrechnungen, aus denen die Modalitäten der Beteiligung am Geschäftsergebnis hervorgehen). Zwar trifft es zu, dass der Ehemann den Rückgang seines Einkommens zunächst lediglich mit einem pauschalen Hinweis auf die verschlechterte wirtschaftliche Situation begründet hat (vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. I/6, S. 6). An der Verhandlung vom 12. September 2016 führte er indessen ergänzend aus, das Problem sei, dass es keine Provisionen mehr gebe, da das Geschäft schlechter laufe als vorher. Auf den erneuten Vorwurf des Rechtsvertreters der Ehefrau, er halte das Einkommen extra tief, hielt er sodann fest, dass seine Arbeitgeberin zu einem Grosskonzern in Belgien gehöre und er an der Aktiengesellschaft nicht beteiligt sei, er sei ein kleiner Fisch (vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. II/2, S. 2 und 3). Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, wenn der Vorderrichter den Antrag als untauglich erachtet hat. Der im Berufungsverfahren erneuerte Antrag auf Edition der Geschäftsabschlüsse ist daher abzuweisen. 9.5. Der Ehemann ist gemäss den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Ehefrau (Akten RG Plessur, Dossier B act. I/2 S. 4 f.) gelernter Werkzeugmacher mit Weiterbildung bis zum Master in Business Administration und seit vielen Jahren in einer Kaderposition (früher als Verkaufsleiter und seit August 2013 als Mit-

Seite 44 — 58 glied der Geschäftsleitung) bei der F. \_\_\_\_\_ in O.10 \_\_\_\_\_ angestellt. Gemäss den im Recht liegenden Belegen erzielte er in den letzten Jahren folgendes Einkommen:

Jahr	Jahreseinkommen	Monatseinkommen	Nachweis
2010	CHF 158'555.00	CHF 13'213.00	Dossier B act. V/13
2011	CHF 164'350.00	CHF 13'696.00	Dossier B act. V/14
2012	CHF 149'438.00	CHF 12'453.00	Dossier B act. V/15
2013	CHF 168'590.00	CHF 14'049.00	Dossier B act. V/16
2014	CHF 131'458.00	CHF 10'955.00	Dossier B act. V/17
2015	CHF 137'014.00	CHF 11'418.00	Dossier C act. III/1
2016	CHF 130'770.00	CHF 10'898.00	ZK1 16 196, act. C.1

Dass der vom Ehemann mit der Berufungsantwort eingereichte Lohnausweis 2016 als echtes Novum zu berücksichtigen ist, hat die Ehefrau in ihrer Stellungnahme vom 9. Februar 2017 (ZK1 16 196, act. A.3, S. 3) ausdrücklich anerkannt. Sein Einkommen hat sich demnach gegenüber den Vorjahren nochmals leicht reduziert, wobei im Vergleich zum Jahr 2014, für welches ebenfalls ein Lohnausweis bei den Akten liegt (ansonsten stammen die Zahlen aus den Steuererklärungen), auffällt, dass sich der Bruttolohn von CHF 150'192.00 auf CHF 157'385.00 erhöht hat, zugleich aber auch der BVG-Abzug - vermutlich altersbedingt - von CHF 14'602.00 auf CHF 20'532.00 angestiegen ist. Die Lohnausweise erbringen grundsätzlich den vollen Beweis für den dem Ehemann ausbezahlten Lohn. Dass die Arbeitgeberin einen tieferen Lohn bescheinigt hätte, als ihm im betreffenden Jahr tatsächlich ausbezahlt wurde, kann ausgeschlossen werden und wird ihr im Übrigen auch seitens der Ehefrau nicht unterstellt (vgl. ZK1 16 196 act. A.3 S. 6). Diese hält indessen an ihrer Vermutung fest, dass die Arbeitgeberin den Lohn des Ehemannes bis zum Ende des Scheidungsverfahrens unabhängig vom Geschäftsgang tief halte. Anlass zu dieser Vermutung gab ihr offenbar die Tatsache, dass der Lohnrückgang praktisch zeitlich mit seiner Beförderung einsetzte und der Ehemann ein sehr gutes Verhältnis zum Geschäftsführer wie auch zu den anderen Mitgliedern der Geschäftsleitung haben soll (vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. I/2, S. 9). Dass die Organe der Arbeitgeberin, einer revisionspflichtigen Aktiengesellschaft, zu einem derartigen

Vorhaben Hand bieten würden, erscheint jedoch wenig glaubhaft. Insbesondere ist unwahrscheinlich, dass die Arbeitgeberin einen Teil des vertraglich vereinbarten Lohnes (sei es nun Provisionen oder Gewinnbeteiligungen) auf unbestimmte Zeit einfach zurückbehalten würde. Dass der Ehemann gar definitiv auf Lohnansprüche verzichtet hätte, kann mit Blick auf seinen im Scheidungsverfahren vertretenen Prozessstandpunkt schliesslich ebenfalls

Seite 45 — 58 ausgeschlossen werden. Unter diesen Umständen besteht kein Anlass, die für 2014 bis 2016 ausgewiesenen Einkommen unberücksichtigt zu lassen. 9.6. Unbestritten ist, dass Boni und Provisionen etc. zum anrechenbaren Einkommen gehören. Der unregelmässigen Höhe dieser Lohnbestandteile (schwankendes Einkommen) kann rechtsprechungsgemäss dadurch Rechnung getragen werden, dass auf den Durchschnittswert einer als massgebend erachteten Zeitspanne abgestellt wird. Ein solches Vorgehen bedeutet nicht nur eine Annäherung an die tatsächlichen Verhältnisse über einen längeren Zeitraum, sondern auch eine unter Verfassungsgesichtspunkten zulässige Vereinfachung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_454/2010 vom 27. August 2010, E. 3.2). Was die Dauer der zu berücksichtigenden Zeitspanne anbelangt, wird bei Selbstständigerwerbenden in der Regel auf die letzten drei Jahre abgestellt. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes Einkommen (vgl. BGE 143 III 617 E. 5.1). Die Vergleichsperiode ist umso länger zu bemessen, je höher die Einkommensschwankungen ausgefallen sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_132/2014 vom 20. Juni 2014, E. 3.1.3; ebenso Urteile des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 14 14 vom 22. Mai 2014, E. 6a, und ZK1 15 25/28 vom 4. September 2015, E. 4c). Vorliegend hat der Vorderrichter entgegen dem Antrag der Ehefrau nicht den Durchschnittswert 2010-2014 (5 Jahre, ohne 2015), sondern den Durchschnittswert 2013-2015 (3 Jahre) berücksichtigt. In der letztgenannten Vergleichsperiode lag das höchste Einkommen (2013) um rund 28% über dem tiefsten Einkommen (2015). Im Vergleich zu den Vorjahren (2010-2012) kann das Einkommen 2013 allerdings nicht als "Ausreisser" bezeichnet werden, bewegte es sich doch etwa in derselben Höhe wie dasjenige von 2011. Mit einer Abweichung von 28% liegt zwar eine relativ grosse Schwankung vor, welche aber noch nicht zwingend zu einer längeren Vergleichsperiode führt. In der Zwischenzeit ist nun auch das Einkommen 2016 bekannt. Dieses ist - wie bereits erwähnt - nochmals etwas tiefer ausgefallen als in den Jahren 2014 und 2015 und bestätigt damit eine sinkende Tendenz. Dies spricht dafür, es bei einer dreijährigen Vergleichsperiode zu belassen und im vorliegenden Entscheid den Durchschnittswert 2014-2016 (CHF 11'090.00) zu berücksichtigen. Dies hat auch den Vorteil, dass damit für den zu beurteilenden (in der Vergangenheit liegenden) Zeitraum (ab 1. April 2015) das tatsächlich erzielte Einkommen zur Anrechnung gelangt. Ein Grund, weshalb einzig auf das tiefste Einkommen 2016 abgestellt werden sollte, wie der Ehemann geltend macht, liegt dagegen nicht vor.

Seite 46 — 58 10.1. Dem Einkommen des Ehemannes von CHF 11'090.00 ist bei der zweistufigen Bemessungsmethode - wie vorstehend dargelegt (oben Erwägung 3.2) - der Grundbedarf beider Ehegatten gegenüberzustellen. Den Grundbedarf des Ehemannes hat der Vorderrichter auf CHF 3'425.70 beziffert (Grundbetrag CHF 1'200.00, Hypothekarzinsen CHF 375.00, Gebäudeversicherung CHF 43.00, Liegenschaftsunterhalt CHF 400.00, Krankenkasse CHF 469.00, Zuschlag für auswärtiges Essen CHF 238.70,

Steuern CHF 700.00). Die Ehefrau geht in ihrer Berufung für den Ehemann von einem Grundbedarf von CHF 3'412.70, ohne allerdings die von der vorinstanzlichen Berechnung abweichenden Positionen (Wohnkosten CHF 377.00, Krankenkasse CHF 454.00) zu begründen. Es bleibt somit bei dem vom Vorderrichter ermittelten Betrag (gerundet CHF 3'426.00). Beim Grundbedarf der Ehefrau hat der Vorderrichter einen Betrag von CHF 3'052.00 berücksichtigt, bestehend aus dem hälftigen Grundbetrag (CHF 850.00), der Hälfte der Wohnkosten (CHF 1'133.00), den Krankenkassenprämien (CHF 469.00) und den Steuern (CHF 600.00). Aufgrund des vorstehend Ausgeführten (vgl. Erwägung 7.6) ist der Grundbetrag für die Ehefrau auf CHF 1'200.00 zu erhöhen. Dafür sind in Anbetracht dessen, dass die Mietzinsen der Ehefrau seit Januar 2013 von D.\_\_\_\_\_ finanziert werden, die Wohnkosten aus dem Grundbedarf zu streichen. Eine Veränderung ergibt sich sodann bei den Krankenkassenprämien, welche sich gemäss den mit der Berufung eingereichten Policen (ZK1 16 196, act. B.2) ab 2017 auf CHF 527.00 belaufen. Für die Zeit davor bleibt es hingegen beim vom Vorderrichter berücksichtigten Betrag. Für Steuern beansprucht die Ehefrau in ihrer Berufung einen Betrag von CHF 1'200.00, dies allerdings auf der Basis des von ihr beantragten Unterhaltsbeitrages von CHF 7'100.00 und einem daraus resultierenden steuerbaren Einkommen von CHF 85'200.00 (ZK1 16 196, act. A.1 S. 14). Die Höhe der im Bedarf zu berücksichtigenden (ordentlichen) Steuerlast ist abhängig vom zugesprochenen Unterhaltsbeitrag. Bei einem steuerbaren Einkommen von CHF 50'000.00, resultierend aus den nachstehend berechneten Unterhaltsbeiträgen und den zulässigen Abzügen in Höhe von ca. CHF 8'000.00, wie sie die Ehefrau bei den Berechnungen für die geltend gemachte Zusatzsteuerlast selber anerkennt (vgl. ZK1 16 196, act. A.1 S. 16), ist gemäss Online-Rechner der Steuerverwaltung Graubünden von einer monatlichen Steuerlast von gerundet CHF 500.00 auszugehen. Ihr Grundbedarf beläuft sich demnach bis Ende 2016 auf CHF 2'169.00 und ab Januar 2017 auf CHF 2'227.00. 10.2. Mit einer hälftigen Teilung des Überschusses und unter Berücksichtigung des zusätzlichen finanziellen Vorteils, welcher der Ehefrau mit den Zahlungen von

Seite 47 — 58 D.\_\_\_\_\_ bis zu ihrem Umzug nach O.9\_\_\_\_\_ zugeflossen ist (vgl. oben Erwägung 7.6.3), resultieren demnach die folgenden Unterhaltsbeiträge: Phase 1 (April 2015 bis Dezember 2016) Einkommen CHF 11'090.00 ./ Grundbedarf Ehemann CHF 3'426.00 ./ Grundbedarf Ehefrau CHF 2'169.00 Überschuss CHF 5'437.00 Grundbedarf Ehefrau CHF 2'169.00 Anteil Überschuss CHF 2'747.00 ./ Mehrleistung D.\_\_\_\_\_ CHF -96.00 Unterhaltsbeitrag CHF 4'820.00 Phase 2 (ab Januar 2017) Einkommen CHF 11'090.00 ./ Grundbedarf Ehemann CHF 3'426.00 ./ Grundbedarf Ehefrau CHF 2'227.00 Überschuss CHF 5'437.00 Grundbedarf Ehefrau CHF 2'227.00 Anteil Überschuss CHF 2'718.00 Unterhaltsbeitrag CHF 4'945.00 10.3. Die vom Ehemann geschuldeten Unterhaltsbeiträge liegen über dem ursprünglich bezahlten Beitrag von CHF 3'500.00, aber unter dem Betrag von CHF 5'750.00, den der Ehemann der Ehefrau seit der Mitteilung des ersten Massnahmeentscheides - erstmals am 30. Oktober 2015 - überwiesen hat (vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. V/54 sowie die im Berufungsverfahren eingereichten Zusammenstellungen in ZK1 16 196, act. B.11 und B.20). Insgesamt hat der Ehemann der Ehefrau somit bereits mehr bezahlt, als ihr gemäss vorliegendem Urteil seit dem 1. April 2015 zusteht. Setzt das Berufungsgericht den erstinstanzlich festgesetzten Unterhalt herab, entsteht für den Betrag, den der Unterhaltspflichtige als Folge der Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides (Art. 315 Abs. 4 ZPO) zu viel geleistet hat, eine Verrechnungslage (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_954/2012 vom 30. Januar 2013 E. 4). Der Ehemann hat daher im Umfang des zu viel Geleisteten einen

Rückforderungsanspruch gegen die Ehefrau, welchen er in den Schranken von Art. 125 Ziff. 2 OR mit deren Forderungen verrechnen kann. Vorliegend hat der Ehemann mit seiner Berufung den Antrag gestellt, er sei für berechtigt zu erklären, die seit 1. September 2015 zu viel bezahlten Unterhaltszahlungen von der Ehefrau zurückzufordern respektive mit allfälligen

Seite 48 — 58 Forderungen der Ehefrau aus Güterrecht zu verrechnen (ZK1 16 197, act. A.1 S. 2 und 5). Die Ehefrau ihrerseits hat sich in der Berufungsantwort für den Fall, dass der Berufung des Ehemannes stattgegeben und ihre eigene Berufung abgewiesen werde, damit einverstanden erklärt, dass der Ehemann berechtigt erklärt werde, die entsprechende Rückforderung mit den Forderungen der Ehefrau aus Güterrecht zu verrechnen (ZK1 16 197, act. A.2 S. 4 f.). In diesem Umfang hat sie das (neue) Rechtsbegehren des Ehemannes somit anerkannt, weshalb davon Vor- merk zu nehmen ist (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Für eine allgemeine Feststellung des Rückforderungsrechts fehlt es hingegen am erforderlichen Rechtsschutzinteresse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), weshalb insoweit auf das Begehren des Ehemannes nicht einzutreten ist. 10.4. Nach dem Gesagten unterliegt die Ehefrau nicht bloss mit ihrem Begehren um rückwirkende Festsetzung der Unterhaltspflicht (ab 1. April 2014), sondern auch mit Bezug auf die beantragte Erhöhung des Unterhaltsbeitrages auf CHF 7'100.00. Dementsprechend erübrigt sich eine Beurteilung ihres Antrages, den Ehemann zur Bezahlung eines zusätzlichen Beitrages (von zuletzt CHF 29'000.00) für die auf den nachzuzahlenden Unterhaltsbeiträgen einmalig anfallende Steuerlast zu verpflichten, hat sie dieses Begehren doch explizit nur für den Fall der Gut- heissung von Ziffer 1 ihrer Berufungsanträge gestellt. Die geltend gemachte Zu- satzsteuerlast beruht denn auch offensichtlich auf der Annahme, dass der Ehe- mann einen namhaften Betrag als rückständigen Unterhalt nachzuzahlen hätte. Zu einer solchen Nachzahlung kommt es nach dem soeben Dargelegten nicht, wes- halb der Ehefrau auch keine zusätzlichen Steuern anfallen. 11.1. Erstmals im Berufungsverfahren - mit Noveneingabe vom 23. Februar 2017 - verlangt die Ehefrau die Zusprechung von Vorsorgeunterhalt. Sie macht hierzu geltend, am 1. Januar 2017 sei das neue eheliche Vorsorgerecht in Kraft getreten, welches auch auf pendente, vorsorgliche Massnahmeverfahren vor kantonaler Zweitinstanz anzuwenden sei. Das neue Vorsorgerecht sehe vor, dass die Vor- sorgeleistungen am Tag der Erhebung der Scheidungsklage zu teilen seien. Bei pendenten Verfahren sei der 31. Dezember 2016 massgebend. Für die Zeit nach dem 1. Januar 2017 sei somit neu zusätzlich der Vorsorgeunterhalt geschuldet, auch im vorsorglichen Massnahmeverfahren während des Scheidungsverfahrens. Gemäss Lohnausweis 2016 des Ehemannes sei ein Arbeitnehmeranteil von CHF 20'532.00, zusammen mit dem Arbeitgeberanteil somit ein Betrag von CHF 41'064.00 der BVG zugeführt worden. Der hälftige Anteil zugunsten der Ehefrau betrage somit CHF 1'711.00 (= [CHF 41'064.00 / 2] / 12). Bei einem Monatsein- kommen des Ehemannes von CHF 12'878.00 und einem Eigenbedarf von CHF

Seite 49 — 58 3'412.70 bestehe beim Ehemann ein Freibetrag von CHF 9'374.30. Ein Totalbe- trag von CHF 8'811.10 sei somit tragbar. In Anbetracht dessen, dass die Ehefrau gemäss Rentenvorausberechnung lediglich eine AHV-Rente von ca. CHF 2'012 pro Monat erhalten werde und sie mit dem ihr zustehenden Teil der Austrittsleis- tung des Ehemannes bloss eine Leibrente von CHF 800.00 pro Monat generieren könne, sei sie sodann darauf angewiesen, zusätzlich zum ordentlichen Unterhalt eine Vorsorge aufbauen zu können, die ihr ab Juni 2024 eine zusätzliche Rente von monatlich mindestens CHF 1'000.00 generiere (ZK1 16 196, act. A. 5 S. 3 f.). 11.2. Der Ehemann hält dem entgegen, es sei bereits vorher

allgemein bekannt gewesen, dass das neue Vorsorgerecht auf den 1. Januar 2017 in Kraft trete. Es handle sich daher nicht um ein Novum. Die Ehefrau hätte dies bereits in der Berufung vom 23. Dezember 2016 geltend machen können. Auf die Noveneingabe sei deshalb nicht einzutreten. Im Hauptverfahren habe die Ehefrau den Antrag gestellt, er sei zu verpflichten, ihr bis zum ordentlichen Pensionsalter des Klägers eine monatliche Unterhaltsrente von CHF 7'105.00 zu bezahlen. Die Berechnung habe sie nach der einstufigen Methode vorgenommen. Für die Altersvorsorge habe sie keinen Betrag eingesetzt. Damals habe sie wohl eingesehen, dass sie für das Alter selbst vorsorgen könne. Darauf sei sie zu behaften, zumal der naheherliche Unterhalt der Dispositionsmaxime unterliege. Wolle die Ehefrau trotzdem Anspruch auf Vorsorgeleistungen während der Dauer des Scheidungsverfahrens erheben, so habe sie ein entsprechendes Gesuch bei der Vorinstanz einzureichen. Andernfalls gehe er einer Instanz verlustig. Auch aus diesem Grund sei auf das Begehren nicht einzutreten. Im Übrigen verdiene er nicht mehr als im Lohnausweis 2016 ausgewiesen (CHF 10'897.40). Müsste er der Ehefrau CHF 8'811.10 bezahlen, verblieben ihm noch genau CHF 2'086.40 (vgl. ZK1 16 196, act. A.6 S. 3 f.).

11.3.1. Die Gesetzesänderung zum Vorsorgeausgleich bei Scheidung ist per 1. Januar 2017 in Kraft getreten. Das neue Recht findet gemäss Art. 7d Abs. 2 SchlT ZGB auch Anwendung auf Verfahren, die bei Inkrafttreten vor einer kantonalen Instanz rechtshängig sind. Dasselbe gilt für das geänderte Verfahrensrecht (Art. 407c Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 407c Abs. 2 ZPO sind sodann neue Rechtsbegehren, die durch den Wechsel des anwendbaren Rechts veranlasst worden sind, zulässig. Dies gilt auch für die zweite Instanz, und zwar unabhängig von den sonst geltenden prozessualen Beschränkungen der Klageänderung gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO. Erforderlich ist also keine neue Tatsache; es genügt, dass mit der Revision die Rechtslage ändert. Die explizite Zulassung neuer Anträge aufgrund der neuen Rechtslage rechtfertigt aber auch das erstmalige Vorbringen von Tat-

Seite 50 — 58 sachen und Beweismitteln. Demzufolge hebt Art. 407c Abs. 2 ZPO die Novenbeschränkung von Art. 317 Abs. 1 ZPO insofern aus, als erst die geänderte Rechtslage die neuen Anträge und die diese begründenden Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge veranlasst (vgl. Ivo Schwander, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Art. 197-408 ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, N 5 und 7 zu Art. 407c ZPO; Urteil des Obergerichts Zürich LC160041 vom 23. Juni 2017, E. II.1.4 m.w.H.). Unter diesem Aspekt erweist sich die Noveneingabe der Ehefrau als zulässig, und zwar sowohl hinsichtlich des neuen/geänderten Rechtsbegehrens als auch hinsichtlich der neuen Tatsachen und Beweismittel, zu deren Vorbringen erst die Änderung der Rechtslage Anlass gegeben hat. Die zeitliche Limitierung (Vorbringen ohne Verzug), wie sie Art. 317 Abs. 1 ZPO vorsieht, greift diesbezüglich nicht. 11.4.2. Gemäss BGE 143 III 42 darf ein Begehren, welches die Voraussetzungen für eine Klageänderung gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO erfüllt, von der Rechtsmittelinstanz nicht ins Abänderungsverfahren verwiesen werden. Der Grundsatz der double instance erfährt insoweit eine Durchbrechung. Dies muss analog auch für eine durch die Gesetzesänderung veranlasste Klageänderung gelten. 11.4.3. Während das bisherige Recht eine Teilung der Vorsorgeguthaben bis zur rechtskräftigen Scheidung vorsah, wird der Stichtag nach neuem Recht (Art. 122 ZGB) auf den Zeitpunkt der Einleitung der Scheidung gelegt. Ob dieser Stichtag auch für pendente Verfahren gilt, wurde in der Lehre kontrovers beurteilt. Die Ehefrau geht davon aus, dass in diesem Fall die Vorsorgeguthaben per 1. Januar 2017 zu teilen sind (ebenso offenbar der Vorderrichter, der mit Beweisverfügung vom 11. Januar 2017 [Akten RG Plessur, Dossier B act. III/1] die Parteien zur Einreichung der Ausweise über

die bis zum 1. Januar 2017 angehäuften Pensions- kassenguthaben aufgefordert hat). Diese Auffassung deckt sich mit der in der Leh- re mehrheitlich vertretenen Auffassung, welcher sich auch das Obergericht Zürich angeschlossen hat (vgl. wiederum Urteil des Obergerichts Zürich LC160041 vom 23. Juni 2017, E. II.13.4 mit zahlreichen Hinweisen, bestätigt im Urteil des Oberge- richts Zürich LC170005 vom 13. September 2017, E. III.1.1.1). Das Bundesgericht ist indessen gestützt auf den klaren Wortlaut von Art. 7d Abs. 2 SchlT ZGB und die Materialien zu einem gegenteiligen Schluss gekommen und hat (bereits wie- derholt) entschieden, dass der neue Stichtag auch für hängige Verfahren gilt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A\_623/2017 vom 14. Mai 2018, E. 7.1.2; 5A\_710/2017 vom 30. April 2018, E. 5, und 5A\_819/2017 vom 20. März 2018, E. 10.2.2; ebenso das Kantonsgericht Luzern LGVE 2017 II Nr. 9). Vorbehältlich ei- ner genehmigungsfähigen Vereinbarung der Ehegatten über eine abweichende

Seite 51 — 58 Teilung (Art. 124b Abs. 1 ZGB) werden die Vorsorgeguthaben daher auch im vor- liegenden Fall mit Stichtag per Einreichung der Scheidungsklage (9. Januar 2015) zu teilen sein. 11.4.4. Unabhängig davon, ob die Teilung per 1. Januar 2017 oder per Einleitung des Scheidungsverfahrens erfolgt, führt die Anwendung des neuen Rechts dazu, dass der für den Vorsorgeausgleich massgebende Stichtag nicht mehr mit dem Beginn des nahehelichen Unterhalts zusammenfällt und sich damit eine Lücke zwischen dem Vorsorgeausgleich und dem beim nahehelichen Unterhalt zu berücksichtigen Vorsorgeunterhalt öffnet. In der Lehre wird daher die Auffassung vertreten, dass in Abänderung der bisherigen Praxis der Vorsorgeunterhalt bereits bei dem für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu leistenden Trennungsunter- halt zu berücksichtigen sei (vgl. dazu Alexandra Jungo/Myriam Grütter, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, 3. Aufl., Bern 2017, N 28 zu Art. 124b ZGB; Angelo Schwizer/Salvatore della Valle, Kindesun- terhalt und Vorsorgeausgleich: Neurechtliche Bemessung in eherechtlichen Ver- fahren und Übergangsrecht, in: AJP 12/2016, S. 1589 ff., S. 1600). Mit guten Gründen anders entschieden hat hingegen das Kantonsgericht Basel-Landschaft (vgl. Entscheid 400 17 270 vom 7. November 2017). Ein höchstrichterlicher Ent- scheid zu dieser Frage liegt, soweit ersichtlich, noch nicht vor. 11.4.5. Wäre der Vorsorgeunterhalt beim Trennungsunterhalt zu berücksichtigen, könnte unter diesem Titel jedenfalls nicht einfach die Hälfte der BVG-Beiträge des Ehemannes (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) zugesprochen werden. Zum einen beinhalten diese nicht bloss die Beiträge an die Altersvorsorge, sondern auch die Beiträge für die Risiken Invalidität und Tod. Zum andern würde damit der Wille des Gesetzgebers, die Beteiligung an der beruflichen Vorsorge auf den Zeit- punkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens zu begrenzen, über das Unter- haltsrecht umgangen. In Betracht käme höchstens die Anrechnung eines Betra- ges, wie er beim nahehelichen Unterhalt zugesprochen werden kann (vgl. dazu BGE 135 III 158: hypothetische AHV- und BVG-Beiträge auf dem gebührenden Unterhalt). Dieser Betrag wäre bei einer zweistufigen Unterhaltsbemessung dem Grundbedarf der Ehefrau hinzuzurechnen, mit der Folge, dass sich der zu teilende Überschuss in gleichem Umfang vermindert. Eine Zusprechung von Vorsorgeun- terhalt zusätzlich zum zweistufig berechneten Unterhaltsbeitrag (und damit einsei- tig zulasten des Überschussanteils des Ehemannes) wäre jedenfalls ausgeschlos- sen.

Seite 52 — 58 11.4.6. Insgesamt sprechen aber mehr Gründe gegen die Zusprechung von Vor- sorgeunterhalt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen als für ein solches Vorge- hen. Zwar trifft es zu, dass die Bestimmungen zum ehelichen Unterhalt (Art. 163 und 163 ZGB),

die auch noch während des Scheidungsverfahrens Grundlage der Unterhaltspflicht bilden, Raum liessen, um den Vorsorgebedarf des getrenntlebenden Ehegatten einzubeziehen. Dieser Vorsorgebedarf hängt aber nicht bloss vom Ergebnis der Vorsorgeteilung, sondern auch von anderen Faktoren ab (güterrechtliche Auseinandersetzung, sonstige Anwartschaften, Ausgestaltung des nachehelichen Unterhalts). Wird ein lebenslänglicher Unterhaltsbeitrag zugesprochen, besteht allenfalls gar kein Bedarf nach einem zusätzlichen Vorsorgeaufbau. Zuverlässig beurteilen lässt sich der Vorsorgebedarf regelmässig erst mit dem Entscheid im Hauptverfahren, weshalb der Vorsorgeunterhalt zusammen mit den anderen Nebenfolgen der Scheidung und nicht bereits im dafür nicht geeigneten Massnahmeverfahren beurteilt werden kann. 11.4.7. Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Voraussetzung für eine Anordnung ist demnach deren Notwendigkeit. Ein solche wurde durch das Kantonsgericht von Graubünden in Bezug auf eine Erhöhung des Unterhalts bis anhin - wenn über vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Berufungsverfahrens zu entscheiden war - verneint, wenn die Möglichkeit bestand, den nachehelichen Unterhalt mit Wirkung ab Rechtskraft des Scheidungspunktes zuzusprechen und der laufende Unterhalt durch die bisherigen Beiträge gedeckt war (vgl. Verfügungen des Kantonsgerichts von Graubünden ERZ 11 415 vom 28. Oktober 2011, E. 3b, und ERZ 09 112 vom 5. Oktober 2009, E. 4b, jeweils mit weiteren Hinweisen). Eine ähnliche Situation liegt mit Bezug auf den Vorsorgeunterhalt vor, da dieser nicht einen laufenden Bedarf deckt, sondern die damit geäußnete Vorsorge erst nach Eintritt ins AHV-Alter zur Verfügung stehen muss. Solange die Möglichkeit besteht, dem effektiven Vorsorgebedarf (und damit auch der durch den vorgezogenen Stichtag für die Teilung der beruflichen Vorsorge entstehenden Lücke) im Rahmen des Hauptentscheides Rechnung zu tragen (vgl. zu den verschiedenen Koordinationsmöglichkeiten Jungo/Grütter, a.a.O., N 28 zu Art. 124b ZGB, sowie Urteil des Bundesgerichts 5A\_725/2012 vom

## **E. 18**

Februar 2013, E. 4.3), besteht keine Notwendigkeit, als Teil des vorsorglichen Unterhalts einen Betrag für die Altersvorsorge zuzusprechen. 11.4.8. Vorliegend hat die Ehefrau im Hauptverfahren die Zusprechung eines lebenslänglichen Unterhaltsbeitrages (bis zum AHV-Eintritt des Ehemannes CHF 7'105.00, danach bis zum AHV-Eintritt der Ehefrau CHF 6'000.00 und anschliessend bis zum Tod eines Ehegatten CHF 3'500.00) beantragt und nur für den Fall

Seite 53 — 58 einer Befristung des nachehelichen Unterhalts bis zum Eintritt des Ehemannes ins ordentliche Rentenalter einen auch den Vorsorgebedarf umfassenden höheren Unterhaltsbeitrag (CHF 8'800.00) verlangt (vgl. Akten RG Plessur, Dossier B act. I/2 S. 2 und S. 15 f.). Mit Blick auf diese Anträge sind die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Vorsorgeunterhalts als vorsorgliche Massnahme im Lichte der vorstehenden Ausführungen nicht gegeben. Der entsprechende Antrag ist daher abzuweisen.

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