

GR_GERICHTE ZK1 2018 127 vom 5. Mai 2020

GR Gerichte, 2020-05-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2018_127

FR: GR_GERICHTE ZK1 2018 127 du 5 mai 2020

IT: GR_GERICHTE ZK1 2018 127 del 5 maggio 2020

Regeste

vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren | Berufung ZGB Eherecht

Erwägungen

E. 1

Die Kinder C._____, geb. 17.08.2006 und D._____, geb. _____ 2011 seien unter der gemeinsamen elterlichen Sorge zu belassen.

E. 1.1

Mit dem angefochtenen Entscheid wird das Verfahren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens abgeschlossen. Dieses gilt als selbständiges Nebenverfahren. Es handelt sich beim angefochtenen Entscheid des Einzelrichters in Zivilsachen am Regionalgericht Plessur somit um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, gegen den auf kantona-

E. 1.2

Entscheide über vorsorgliche Massnahmen werden im summarischen Verfahren getroffen (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 271 lit. a ZPO). Die Berufung ist daher innert zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids einzureichen, und zwar schriftlich, begründet und unter Beilage des angefochtenen Entscheids (Art. 311 ZPO in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der angefochtene Entscheid ging A._____ (fortan Ehemann bzw. Vater) in begründeter Form am 5. September 2018 zu. Die dagegen erhobene Berufung vom 17. September 2018 erweist sich, unter Berücksichtigung von Art. 145 Abs. 3 ZPO, als fristgerecht (act. A.1).

E. 1.3

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Gegenstand der vorliegenden Berufung bilden nebst dem Kindes- und Ehegattenunterhalt die Obhut über die Kinder C._____ und D._____ respektive deren Betreuung durch die Eltern, sodass die Angelegenheit insgesamt als nicht vermögensrechtliche zu behandeln ist (vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_399/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 1). Dies zumal die vermögensrechtlichen Aspekte (Kinder- und Ehegattenunterhalt) überwiegend als notwendiger Bestandteil und akzessorisch zur Obhut respektive Betreuung der Kinder erscheinen (Martin H. Sterchi, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO, Bern 2012, N 23b zu Art. 91 ZPO).

E. 1.4

Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung ist daher auf die Berufung einzutreten.

2. Mit der Berufung als vollkommenes Rechtsmittel kann gemäss Art. 310 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a), die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) und – über den Wortlaut hinaus – die Unangemessenheit geltend gemacht werden. Das Berufungsgericht kann die gerügten Mängel des vorinstanzlichen Entscheids frei und unbeschränkt überprüfen (Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 5 ff. zu

E. 2

Es sei die alternierende Obhut anzuordnen. Es sei folgendes Betreuungsmodell zu genehmigen:

E. 2.1

(Anträge betreffend Prozesskostenvorschüsse)

E. 2.2

(Antrag betreffend Gerichtskostenvorschuss) 3. Unter vollumfänglicher gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer) zu Lasten des Gesuchsteller[s], wobei dieser als Ausfluss der ehelichen Beistandspflicht unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zur entsprechenden Kostentragung zu verpflichten sei. F. Mit Eingabe vom 5. März 2018 nahm A._____ erneut Stellung und hielt dabei insbesondere an seinem Beweisantrag betreffend die Einholung eines Gutachtens über die Frage der Obhutszuteilung fest. G. Der Einzelrichter setzte A._____ mit Verfügung vom 9. März 2018 eine Frist zur Einreichung diverser Urkunden an. Zudem sistierte er das Verfahren bis und mit dem 9. April 2018. Mit Verfügung vom 10. April 2018 verlängerte der Einzelrichter die Sistierung bis und mit dem 9. Mai 2018.

4 / 31 H. Es folgten eine Stellungnahme je Partei, wobei beide Parteien ihre jeweiligen Rechtsbegehren (sinngemäss) bestätigten. I. Mit Eingabe vom 15. Juni 2018 ersuchte A._____ um Erlass einer superprovisorischen Verfügung. Der Einzelrichter wies diesen Antrag mit Verfügung vom 19. Juni 2018 ab und setzte B._____ Frist zur Stellungnahme an. Dieser Anforderung kam B._____ mit Eingabe vom 29. Juni 2018 nach. J. Am 26. Juli 2018 fand eine Instruktionsverhandlung statt. K. Nach Durchführung der Instruktionsverhandlung erkannte der Einzelrichter am Regionalgericht Plessur mit Entscheid vom 26. Juli 2018, den Parteien mit schriftlicher Begründung mitgeteilt am 4. September 2018, wie folgt: 1. Der Antrag auf Erstellung eines Gutachtens betreffend die Obhutszuteilung wird abgewiesen. 2. Das Gesuch wird abgewiesen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann. 3. a) Die Gerichtskosten von CHF 1'500.00 gehen zu Lasten von A._____. b) A._____ hat B._____ eine Parteientschädigung von CHF 2'911.95 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu bezahlen. 4. (Rechtsmittelbelehrungen betreffend Hauptentscheid und Kostenentscheid samt Hinweis auf Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO)

E. 3

Es sei Vormerk zu nehmen, dass sich der Vater bereit erklärt, an den Unterhalt der beiden Kinder einen monatlichen, jeweils im Voraus zahlbaren Beitrag in Höhe von je CHF 750.00, zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen.

E. 4

Ziff. 5 der Trennungsvereinbarung vom 18.02.2016 sei mit Wirkung ab 01.01.2018 aufzuheben.

E. 4.1

Das Novenrecht richtet sich im Berufungsverfahren grundsätzlich nach Art. 317 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Bestimmung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dies gilt in Verfahren, in welchen der Verhandlungs- oder

E. 4.2

Ungeachtet vorstehender Ausführungen ist es den Parteien verwehrt, sowohl echte als auch unechte Noven vorzubringen, wenn der Berufungsprozess aufgrund der Spruchreife der Berufungssache in die Phase der Urteilsberatung übergeht. Denn in der Phase der Urteilsberatung muss der Prozessstoff abschliessend so fixiert sein, dass das Gericht die Berufungssache gestützt darauf sorgfältig beraten und ein Urteil ausfällen kann. Die Phase der Urteilsberatung beginnt mit dem Abschluss einer allfälligen Berufungsverhandlung (vgl. BGE 138 III 788 E. 4.2) oder aber mit der förmlichen Mitteilung des Berufungsgerichts, dass es die Berufungssache für spruchreif halte und nunmehr zur Urteilsberatung übergehe (BGE 142 III 413 E. 2.2.5 f.; BGE 138 III 788 E. 4.2). Vorliegend begann die Beratungsphase (Entscheidungsphase) gemäss Ankündigung des früheren Vorsitzenden am 24. April 2019 (act. D.4). Massgebliche Grundlage der nachstehenden Erwägungen bildet demzufolge allein der Aktenstand (Parteivorbringen und Beweismittel), wie er sich bei Eintritt des Aktenschlusses am 24. April 2019 präsentierte.

E. 4.3

Ob die im vorliegenden Verfahren vorgebrachten Noven zu beachten sind, ist, soweit erforderlich, im jeweiligen Sachzusammenhang zu prüfen.

E. 5

Von der Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages an die Ehefrau sei abzusehen.

E. 6

Eventualbegehren: Für den Fall, dass der Antrag auf Anordnung der alternierenden Obhut wider Erwarten abgewiesen werden sollte, ist der naheheliche Unterhaltsbeitrag an die Ehefrau mit Wirkung am 1. Januar 2018 auf CHF 1'000.00 festzusetzen. In diesem Falle ist der Kindsvater bereit, an den Unterhalt der beiden Kinder weiterhin einen monatlichen im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von je CHF 1'000.00 zzgl. der gesetzlichen und vertraglichen Kinderzulagen zu bezahlen.

E. 6.1

Der Vater beantragte im erstinstanzlichen Verfahren, die Kinder C._____ und D._____ seien unter der gemeinsamen elterlichen Sorge zu belassen (RG act. I./1, S. 2). Die Vorinstanz hielt fest, dass der Vater damit keine Abänderung des bestehenden Eheschutzentscheides verlange und trat mangels einer Prozessvoraussetzung nach Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO auf dieses Begehren nicht ein. Der Vater wiederholt den Antrag auf Verbleib der Kinder unter der gemeinsamen elterlichen Sorge berufsungsweise. In der Begründung finden sich indessen keinerlei Ausführungen dazu (act. A.1, S. 2 ff.).

E. 6.2

Im ergangenen Eheschutzentscheid regelte der Einzelrichter praxisgemäss lediglich die Obhut über die Kinder (RG act. II./2). Die elterliche Sorge verblieb von Gesetzes wegen bei beiden Elternteilen. Wenngleich der Verweis der Vorinstanz auf Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO somit unzutreffend erscheint, so fehlt dem Antrag jed- welche Begründung, weshalb darauf von vornherein nicht einzutreten ist (vgl. vor- stehend E. 2). Im Übrigen wäre eine Zuteilung der elterlichen Sorge im Rahmen eines Massnahmeverfahrens ohnehin mit grosser Zurückhaltung vorzunehmen, mithin lediglich wenn es zur Wahrung des Kindeswohls erforderlich wäre. Diesbe- zügliche Anhaltspunkte bestehen keine. Kommt hinzu, dass der Vater die gemein- same elterliche Sorge beantragt, welche bereits dem status quo entspricht und auch im Rahmen der Scheidung als Regelfall angeordnet werden dürfte (Art. 298 Abs. 1 ZGB).

E. 7

/ 31 ler Ebene die Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden offensteht (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schwei- zerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]). Innerhalb des Kantonsge- richts liegt die Zuständigkeit bei der I. Zivilkammer (Art. 6 lit. a der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts [KGV; BR 173.100]).

E. 7.1

Mit Eheschutzentscheid vom 29. Februar 2016 stellte der Einzelrichter C. _____ und D. _____ unter die alleinige Obhut der Mutter. Den persönlichen Ver- kehr des Vaters zu den Kindern regelte der Einzelrichter im Vergleich zum Ge- richtsüblichen leicht erweitert (Besuchsrecht alle 14 Tage von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 20.00 Uhr sowie jeweils am Mittwochnachmittag und Feri- enrecht von drei Wochen pro Jahr). Dabei entsprach der gerichtliche Entscheid der zwischen den Parteien geschlossenen Trennungsvereinbarung (RG act. II./2). In Abänderung des Eheschutzentscheides verlangte der Vater im erstinstanzlichen Verfahren die Anordnung einer alternierenden Obhut (RG act. I./1, S. 2).

E. 7.2

Die Vorinstanz wies dieses Begehren ab. Zur Begründung führte sie an, der Vater habe keine wesentliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse glaubhaft gemacht. Er stütze seinen Antrag auf Anordnung der alternierenden Ob- hut grösstenteils auf seinen eigenen Wunsch bzw. allenfalls auf den Wunsch von E. _____, dem Halbbruder von C. _____ und D. _____. Allfällige rechtlich massge- bliche Gründe für eine Änderung des Eheschutzentscheids würde der Vater je- doch nicht einmal behaupten. Namentlich sei eine Gefährdung des Kindeswohls weder ersichtlich noch behauptet. Aus den Akten ergäben sich keinerlei Anhalts- punkte, die eine Umteilung bzw. Neuregelung der Obhut aufdrängen würden. Ein- zig der Wunsch des Vaters, die Kinder mehr betreuen zu dürfen, könne nicht dazu führen, einen Eheschutzentscheid, der im Übrigen auf einem übereinstimmenden Antrag der Ehegatten beruhe, in Bezug auf die Obhut über die gemeinsamen Kin- der abzuändern. Insgesamt bestehe weder ein Bedürfnis noch erscheine es not- wendig, den Eheschutzentscheid betreffend die Zuteilung der Obhut abzuändern. Vielmehr liege es im Interesse der Kinder, dass die Verhältnisse stabil seien, wes- halb die bisher gelebte und nicht zu beanstandende Anordnung der Obhut über die Kinder nicht leichtfertig abzuändern sei. Gleichermassen wies die Vorinstanz den Antrag auf Erstellung eines Gutachtens betreffend die Obhut als unbegründet ab (act. B.0, E. 4.4).

E. 7.3

Der Vater hält im Berufungsverfahren an seinem Antrag auf alternierende Obhut fest. In rechtlicher Hinsicht macht er geltend, auf den 1. Januar 2017 seien neu Art. 298 Abs. 2bis und Abs. 2ter ZGB in Kraft getreten. Gestützt auf diese neu- en gesetzlichen Bestimmungen sei es Pflicht des Vorderrichters gewesen, die Möglichkeit einer alternierenden Obhut zu prüfen. Des Weiteren stützt sich der Vater auf tatsächliche Veränderungen der Verhältnisse seit der Unterzeichnung der Trennungsvereinbarung im Februar 2016. So wohne sein vorehelicher Sohn E. _____ seit den Sommerferien 2017 bei ihm. Dies sei im Zeitpunkt der Trennungsvereinbarung nicht voraussehbar gewesen. Darüber hinaus seien die Kinder

E. 7.4

Die Mutter bestreitet, dass veränderte Verhältnisse vorlägen, welche zu einer Abänderung der einvernehmlich geregelten Obhut über die Kinder berechtigen würden. Mit der Neuerung von Art. 298 Abs. 2ter ZGB sei keine materielle Rechtsänderung verbunden gewesen. Sodann bestehe mangels Kindeswohlgefährdung weder ein Bedürfnis noch eine Notwendigkeit, die derzeit geltende Obhutsregelung abzuändern. In Bezug auf den in tatsächlicher Hinsicht geltend gemachten Abänderungsgrund (Obhut über E. _____) schloss sich die Mutter den Erwägungen der Vorinstanz an, wonach die Zuteilung der Obhut über E. _____ an den Vater nicht als neue Tatsache, die klarerweise ausserhalb der von den Parteien vorgesehenen Entwicklung gelegen habe, qualifiziert werden könne. Die Obhutsänderung betreffend E. _____ rechtfertige keine Abänderung der Obhut über C. _____ und D. _____ (act. A.2, S. 5 ff.). 7.5.1. Am 1. Januar 2017 trat das revidierte Kindesunterhaltsrecht in Kraft. Im Zuge dieser Gesetzesnovelle fand auch die alternierende Obhut als Betreuungsmo- dell eine ausdrückliche gesetzliche Erwähnung (Art. 298 Abs. 2bis und Abs. 2ter ZGB). Gemäss Art. 298 Abs. 2bis und Abs. 2ter ZGB berücksichtigt das Gericht beim Entscheid über die Obhut, den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsteile das Recht des Kindes, regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge prüft es im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt. Eine konkrete intertemporalrechtliche Regelung (Anwendungsbestimmung) betreffend die alternierende Obhut findet sich im Gesetz bzw. im Schlusstitel zum ZGB (fortan SchlT ZGB) nicht. Nach dem Grundsatz von Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB gelangen die Bestimmungen somit ab ihrem Inkrafttreten zur Anwendung. In Bezug auf den Kindesunterhalt statuiert der Gesetzgeber, dass allein das Inkrafttreten der neuen Bestimmungen keine Klage auf Anpassung des in einem Eheschutz- oder Scheidungsverfahren altrechtlich festgelegten Kinderunterhaltsbeitrages rechtfertigt. Sofern nach altem Recht Unterhaltsbeiträge an das Kind gleichzeitig mit Unterhaltsbeiträgen an den Elternteil festgelegt worden sind, ist ihre Anpassung somit nur bei einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse zulässig (vgl. Art. 285 Abs. 2 ZGB und Art. 13c Satz 2 SchlT ZGB; Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Kindesunterhalt] vom

E. 7.6

Nach dem Gesagten haben sich die Verhältnisse seit Erlass des Eheschutzentscheids aufgrund der neuen Betreuungssituation von E. _____ zusammen mit

E. 8

/ 31 Art. 310 ZPO). Der Berufungskläger hat sich sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheids im Einzelnen auseinanderzusetzen. Ein Verweis auf die Vorakten genügt ebenso wenig wie eine pauschale Kritik am angefochtenen Entscheid. Es ist konkret aufzuzeigen, weshalb und in welchen Belangen der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird und welche Dokumente diese Argumentation stützen (sog. Begründungsobliegenheit; BGE 138 III 374 E. 4.3.1 = Pra 2013 Nr. 4; Peter Reetz/Stefanie Theiler, a.a.O., N 34 ff. zu Art. 311 ZPO mit weiteren Hinweisen). Ob die einzelnen Vorbringen des Ehemannes diesen Begründungsanforderungen genügen, ist im entsprechenden Sachzusammenhang zu erörtern. 3. Art. 276 ZPO regelt die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren. Gemäss Art. 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO finden die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft und damit die Art. 271 ff. ZPO sinngemäss Anwendung. Dem Grundsatz nach gilt, dass das Gericht den Sachverhalt in eherechtlichen Verfahren von Amtes wegen feststellt (Art. 272 ZPO). Soweit dabei Kinderbelange zu regeln sind, gilt gemäss Art. 296 ZPO die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime sowie der Offizialgrundsatz: Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen (Abs. 1) und entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge (Abs. 3). Die Untersuchungs- und die Offizialmaxime gelangen in allen Verfahrensstadien und vor allen kantonalen Instanzen, mithin auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren, als allgemeine Grundsätze zur Anwendung (BGE 137 III 617 E. 4.5.2; Jonas Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 3 u. 5 zu Art. 296 ZPO). Die Festlegung der zwischen den Parteien persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge dagegen unterliegt der Dispositionsmaxime. Dieser Verfahrensgrundsatz bedeutet, dass die Parteien über den Streitgegenstand verfügen können und das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO; vgl. Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 6 ff. zu Art. 58 ZPO).

E. 8.2

Mit Berufung beantragte der Vater, die Kinder C._____ und D._____ seien anzuhören. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Durchführung einer Kinderanhörung an den Vorderrichter zurückzuweisen. Zudem stellte der Vater den Antrag, es sei ein Gutachten betreffend Anordnung der alternierenden Obhut in Auftrag zu geben; eventualiter sei die Angelegenheit an den Vorderrichter zur Einholung eines Gutachtens zurückzuweisen (act. A.1, S. 2). Entgegen den überholten Ausführungen der Ehefrau (act. A.2, S. 3) sind in Kinderbelangen Noven im Berufungsverfahren aufgrund der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime zu berücksichtigen, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (vorstehend E. 4.1). Der erstmals mit Berufung gestellte Antrag auf Kinderanhörung ist somit zulässig.

E. 8.3

Bei der Prüfung einer alternierenden Obhut gilt, wie im Bereich aller Kinderbelange, die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO; vorstehend E. 3). Das Gericht hat selbst ohne Parteiantrag sämtliche Tatsachen, die für die Anordnung über die Kinder von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu ermitteln. Das Gericht ist dabei nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, alle nötigen Abklärungen zu treffen. Insbesondere hat es gemäss

Art. 298 Abs. 1 ZPO Kinder anzuhören oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise anhören zu lassen, sofern weder das Alter noch andere wichtige Gründe gegen eine Kinderanhörung sprechen. Es soll dadurch zum einen ein für seinen Entscheidewesentliches Erkenntnismittel erhalten, zum anderen soll dem Kind gezeigt werden, dass seine Wünsche und Bedürfnisse ernst genommen werden und in die Entscheidung miteinfließen (Jonas Schweighauser, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band II: Anhänge, 3. Auflage, Bern 2017, N 12 zu Art. 298 ZPO; Jonas Schweighauser, a.a.O., N 24 zu Art. 298 ZPO; Annette Spycher, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 5 ff. zu Art. 298 ZPO; Stefanie Pfänder Baumann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Art. 197-408 ZPO, 2. Auflage, Zürich 2016, N 1 ff. zu Art. 298 ZPO). Das Bundesgericht geht im Sinne einer Richtlinie davon aus, dass die Anhörung des Kindes in der Regel ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist (BGE 131 III 663 E. 1.2.3). C. _____ ist 13 Jahre und D. _____ 9 Jahre alt. Beide Kinder sind in der Lage, sich zur Trennung bzw. Scheidung ihrer Eltern

E. 8.4

Vor diesem Hintergrund liegt für die Prüfung einer alternierenden Obhut keine ausreichende Entscheidungsgrundlage vor. Das Verfahren erweist sich daher als nicht spruchreif. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (Peter Reetz/Sarah Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 35 zu Art. 318 ZPO). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als im erstinstanzlichen Verfahren keine Kinderanhörung stattgefunden hat und die erkennende Kammer als Berufungsinstanz durch eine nachträgliche Kinderanhörung im Rechtsmittelverfahren faktisch die Aufgabe der Vorinstanz wahrnehmen würde. Die Sache ist zwecks Vervollständigung des Sachverhalts und neuer Entscheidungsfindung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Ob die Vorinstanz zur Beurteilung der Obhut die Hilfe eines Gutachters in Anspruch nehmen will, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden. 9. Gegenstand des Berufungsverfahrens sind des Weiteren die vom Ehemann zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge.

E. 9

/ 31 der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.1 f. = Pra 102 Nr. 26; 142 III 413 E. 2.2.2). Die vorliegende Berufung erfasst allerdings auch Kinderbelange, sodass die uneingeschränkte Untersuchungs- und Offizialmaxime zur Anwendung gelangen (Art. 296 ZPO; vorstehend E. 3). In Verfahren, welche der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen, ist nach jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung die strikte Anwendung von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht gerechtfertigt. Wie erwähnt, hat auch das Berufungsgericht nach Art. 296 Abs. 1 ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen (vorstehend E. 3) und kann daher von Amtes wegen die Erhebung aller zur Feststellung der rechtserheblichen Tatsachen erforderlichen und geeigneten Beweismittel anordnen, um einen dem Wohl des Kindes entsprechenden Entscheid zu treffen. Insofern ist es zuzulassen, dass die Parteien – unterliegt das Verfahren der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime – im Berufungsverfahren Noven einreichen können, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt

sind (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1 m.w.H. = Pra 2019 Nr. 88; Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 16 105 vom 17. September 2018 E. 2.2.2). Soweit es einzig um die Regelung der persönlichen Belange der Ehegatten geht, bleibt es demgegenüber dabei, dass Noven nur in den Schranken von Art. 317 ZPO zulässig sind (vgl. in diesem Sinne bereits das Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 12 76/77 vom 26. April 2013 E. 5).

E. 9.1

Der Ehemann verpflichtete sich in der Trennungsvereinbarung vom 18. Februar 2016, genehmigt mit Eheschutzentscheid vom 29. Februar 2016, für C._____ und D._____ ab dem 1. Dezember 2015 monatliche Unterhaltsbeiträge

E. 9.2

Die Vorinstanz wies die Abänderung der Obhutsregelung ab. Die alleinige Obhut verblieb bei der Kindsmutter. Entsprechend äusserte sich die Vorinstanz nicht zur beantragten Änderung der Unterhaltsbeiträge infolge einer alternierenden Obhut. Der Ehemann verlangt auch im Berufungsverfahren eine Abänderung der Kinderunterhaltsbeiträge bzw. eine Aufhebung des Ehegattenunterhalts als Folge der Neuordnung der Obhut (act. A.1). Da es mit vorliegendem Erkenntnis (noch) zu keiner Obhutsneuregelung kommt (vgl. vorstehend E. 8.4), kann damit keine Abänderung der Unterhaltspflicht begründet werden. Auch hinsichtlich der Anträge um Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge bzw. Aufhebung des Ehegattenunterhalts (Berufungsanträge gemäss Ziffer 4 und 5) erweist sich das Berufungsverfahren als nicht spruchreif. In Folge der Rückweisung hat die Vorinstanz erneut darüber zu entscheiden, ob eine Neuregelung der Obhut angezeigt ist, und gegebenenfalls die Unterhaltsbeiträge neu zu berechnen. Dies gilt für die in Zukunft geschuldeten Unterhaltsbeiträge bzw. ab dem Zeitpunkt einer allfälligen Obhutsneuregelung (vgl. nachstehend E. 11 ff. betreffend die Vergangenheit bzw. die Zeit ab Gesuchseinreichung bis zu einer allfälligen Neuregelung der Obhut samt Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge). 10. Im erstinstanzlichen Verfahren beantragte der Ehemann überdies sinngemäss, die von ihm zu leistenden Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau und die Kinder seien auch im Falle der Belassung der alleinigen Obhut bei der Ehefrau abzuändern bzw. aufzuheben, und zwar mit Wirkung ab dem 1. Januar 2018 (Gesuchseinreichung; RG act. I./1). Die Vorinstanz wies auch dieses Begehren ab. Zusammenfassend erwog sie, die Parteien hätten sich in ihrer Trennungsverein-

E. 10

/ 31 5. Bereits vor Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens angeordnete Eheschutzmassnahmen dauern nach Erhebung der Scheidungsklage grundsätzlich fort. Eine spätere Abänderung solcher Massnahmen für die (weitere) Dauer des Scheidungsverfahrens ist nur nach Massgabe von Art. 179 ZGB, das heisst bei Vorliegen veränderter Verhältnisse, zulässig (Marcel Leuenberger, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band II: Anhänge, 3. Auflage, Bern 2017, N 4 ff. zu Art. 276 ZPO). Die Vorinstanz gab einleitend die Voraussetzungen zur Abänderung bestehender Massnahmen (erhebliche und dauerhafte Veränderung der zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse) zutreffend wieder, weshalb – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden kann (act. B.0, E. 3; Art. 179 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 276 Abs. 1 ZPO). Vorsorgliche Massnahmen bezwecken, in einem raschen Verfahren, ohne Anspruch auf abschliessende Beurteilung, eine vorläufige Friedensordnung herzustellen. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind

dabei, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (vgl. etwa Marcel Leuenberger, a.a.O., N 1 u. 21 zu Art. 276 ZPO).

E. 11

/ 31

E. 11.1

Im Berufungsverfahren verlangt der Ehemann, für den Fall, dass sein Antrag auf Neuregelung der Obhut abgewiesen werde, eine Reduktion des Ehegattenunterhalts mit Wirkung ab dem 1. Januar 2018 auf CHF 1'000.00 pro Monat. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, dass der Trennungsvereinbarung zugrundeliegende hypothetische Einkommen von CHF 11'000.00 habe er bereits im Jahre 2017 nicht erreicht. Er habe sich damals zu Unterhaltsbeiträgen verpflichtet, welche weit höher gewesen seien, als zu welchen er effektiv hätte verpflichtet werden können. Er habe darauf verzichtet, dass sein Existenzminimum gewahrt bleibe. Zu solchen Leistungen habe er sich verpflichtet, weil ihm die Entwicklung der beiden Kinder sehr wichtig gewesen sei und er diese nicht behindern wolle. Heutzutage sei es dem Ehemann nicht mehr möglich, die Unterhaltszahlungen zu erbringen, zu welchen er sich im Jahre 2016 verpflichtet habe. In der Zwischenzeit habe sich seine Einkommenssituation weiter drastisch verschlechtert. Seit August 2017 lebe sein Sohn E. _____ bei ihm. Die Betreuung des Sohnes erfordere grossen Einsatz von Seiten des Ehemannes. Zunächst habe er sein Arbeitspensum auf 90 % reduziert, habe aber feststellen müssen, dass die sehr intensive Betreuung des Sohnes auch bei einer 90 % Beschäftigung nicht möglich sei, weshalb er sein Arbeitspensum auf 70 % reduziert habe. Seit Au-

E. 11.2

Der Ehemann bezeichnet den Antrag um Reduktion des Ehegattenunterhalts als Eventualbegehren. Im Hauptstandpunkt der Berufung erfolgt eine Rückweisung an die Vorinstanz (vorstehend E. 8.4). Auf Eventualanträge müsste somit grundsätzlich nicht eingegangen werden. Soweit sich die beantragte Reduktion des Ehegattenunterhalts auf die Vergangenheit bzw. die Zeit ab Gesuchseinreichung bis zu einer allfälligen Neuregelung der Obhut samt Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge bezieht, handelt es sich jedoch gerade nicht um ein Eventualbegehren. Entsprechend ist der Antrag, unter Vorbehalt nachstehender Erwägungen, zu prüfen.

E. 11.3

Die Ehefrau wendet ein, der Ehemann habe das Eventualbegehren betreffend Ehegattenunterhalt im erstinstanzlichen Verfahren noch nicht vorgebracht. Das Eventualbegehren stütze sich weder auf neue Tatsachen noch auf neue Beweismittel. Damit handle es sich um eine unzulässige Klageänderung (Art. 317 Abs. 2 ZPO; act. A.2, S. 3). In Ziffer 5 der Trennungsvereinbarung verpflichtete sich der Ehemann zur Leistung von ehelichen Unterhaltsbeiträgen von CHF 4'000.00 pro Monat. Vor Vorinstanz beantragte der Ehemann, Ziffer 5 der Trennungsvereinbarung vom 18. Februar 2016 sei mit Wirkung ab dem 1. Januar 2018 aufzuheben. Das berufsungsweise gestellte Eventualbegehren stellt somit keine Klageänderung, sondern lediglich eine Reduktion des erstinstanzlichen Rechtsbegehrens dar, welche ohne Weiteres zulässig ist.

E. 11.4

Im Berufungsverfahren gilt die Begründungsobliegenheit. Dies bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich sachbezogen und argumentativ mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheids im Einzelnen auseinandersetzen hat. Sie muss zunächst konkret darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet haben bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Danach muss sie den vorinstanzlichen Erwägungen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung bzw. den korrekten Sachverhalt gegenüberstellen und darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis dies führen soll (vgl. vorstehend E. 2. mit Hinweisen, insbesondere auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 = Pra 102 Nr. 4). Mit seinen Vorbringen setzt der Ehemann dem angefochtenen Entscheid lediglich seine eigene, bereits vorinstanzlich dargelegte Auffassung zu seiner Unterhaltspflicht entgegen, ohne rechtsgenügend auf die resümierten Erwägungen der Vorinstanz einzugehen. Insbesondere unterlässt er es, sich zu seiner Einkommensberechnung als Selbständigerwerbender bzw. Allein- oder Mehrheitsak-

E. 12

/ 31 C. _____ und D. _____ mehr als zwei Jahre älter geworden. C. _____ besuche die 6. Primarschulklasse und komme nächstes Jahr in die Oberstufe. Die Mutter sei kaum in der Lage, mit ihr Hausaufgaben zu machen. Die Vorinstanz habe folglich zu Unrecht keine Abklärungen betreffend Anordnung der alternierenden Obhut getroffen (act. A.1, S. 4 ff.).

E. 12.1

Bei den im Rahmen des Eheschutzverfahrens festgelegten persönlichen Unterhaltsbeiträgen an die Ehefrau handelt es sich um altrechtlichen Ehegattenunterhalt. Stehen keine Kinderbelange, sondern nur die Belange der Ehegatten untereinander zur Diskussion, gilt der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz. In dessen Anwendungsbereich sind Noven im Berufungsverfahren nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig (vorstehend E. 4.1 mit Hinweisen). Zudem ist für die nachstehenden Erwägungen, wie eingangs erwähnt, allein der Aktenstand vor Beginn der Phase der Urteilsberatung am 24. April 2019 massgeblich (vorstehend E. 4.2; act. D.4). Soweit der Ehemann in den ihn betreffenden Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege mit Eingabe vom 30. Januar 2020 neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht hat (act. A.2 u. act. B.2 bis B.10 [ZK1 18 128] bzw. act. A.3 u. act. B.2 bis B.10 [ZK1 18 145]), können diese somit trotz Geltung der Untersuchungsmaxime im vorliegenden Verfahren keine Berücksichtigung mehr finden.

E. 12.2

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Möglichkeiten, eine auf Vereinbarung beruhende Eheschutzmassnahme oder vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren abzuändern, eingeschränkt sind. Es gelten die gleichen Restriktionen, wie sie die Rechtsprechung für die Scheidungskonventionen umschrieben hat (BGE 142 III 518 E. 2.6 mit Hinweis auf Urteile des Bundesgerichts 5A_688/2013 vom 14. April 2014 E. 8.2 und 5A_187/2013 vom 4. Oktober 2013 E. 7.1). Eine Anpassung kann nur verlangt werden, wenn erhebliche tatsächliche Änderungen Teile des Sachverhalts betreffen, welche im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurden. Keine Anpassung an wesentlich und dauernd veränderte Verhältnisse gibt es hingegen bezüglich Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (sog. caput controversum), zumal hier eine Referenzgrösse fehlt, an welcher die Erheblichkeit einer allfälligen Veränderung gemessen werden könnte. Vorbehalten bleiben

neue Tatsachen, die klarerweise ausserhalb des Spektrums der künftigen

E. 12.3

Dem Ehemann gelingt es überdies nicht, glaubhaft zu machen, er habe im Zeitpunkt der Trennungsvereinbarung sowie im Jahr 2017 effektiv kein Einkommen von CHF 11'000.00 pro Monat erzielt. Wie soeben erwähnt, ist der Ehemann als Selbständigerwerbender zu betrachten. Bei selbständiger Erwerbstätigkeit wird in der Regel auf das Durchschnittsnettoeinkommen der letzten drei Jahre abgestellt. Als Einkommen gilt dabei der Reingewinn, der als Saldo einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird, allenfalls korrigiert durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen (statt vieler BGE 143 III 617 E. 5.1 mit zahlreichen Hinweisen). Nachdem die G._____ erst im Jahr 2015 gegründet worden ist, rechtfertigt es sich, vorliegend nur die Jahre 2016 und 2017 zur Einkommensberechnung heranzuziehen. Auszugehen ist zunächst vom Nettolohn, welchen sich der Ehemann monatlich ausbezahlt. Im Jahr 2016 waren dies CHF 9'094.00 pro Monat (zzgl. Kinderzulagen; CHF 117'057.00 / 12 \cdot 3 x CHF 220.00 Kinderzulagen [RG act. II./7]) und im Jahr 2017 CHF 8'638.00 (zzgl. Kinderzulagen; CHF 111'583.00 / 12 \cdot 3 x CHF 220.00 Kinderzulagen [RG act. II./16]). Weil der Ehemann seinen Lohn selbst bestimmen kann und dieser auch vom wirtschaftlichen Ergebnis der Firma abhängt, rechtfertigt es sich auch hier vom Durchschnittswert der Jahre 2016 und 2017 auszugehen, mithin von CHF 8'866.00 pro Monat. Im Jahr 2016 generierte die G._____ alsdann einen Reingewinn von CHF 63'308.00 (RG act. III./11) und im Jahr 2017 einen solchen von CHF 51'821.00 (RG act. III./12). Durchschnittlich ergibt sich somit ein Reingewinn von CHF 57'564.00. Dieser Gewinn ist dem Ehemann mit CHF 4'797.00 pro Monat (CHF 57'564.00 / 12) als Einkommen anzurechnen. Des Weiteren verfügt der Ehemann über ein Aktionärsdarlehen bei der G._____. Im Jahr 2015 betrug das Darlehen CHF 201'258.25, im Jahr 2016 stieg es auf CHF 263'992.86 und im Jahr 2017 auf CHF 275'764.91 (RG act. II./17; RG act. III./10, 11 u. 12). Dieses Darlehen, welches nicht der Erfolgsrechnung, sondern der Bilanz zuzuordnen ist, ist erfolgsneutral. Es zeitigt mithin keinen Einfluss auf den Gewinn. Es geht daher nicht an, dem Ehemann den gesamten Reingewinn und zusätzlich auch noch das Darlehen als Einkommen aufzurechnen, wie dies die Ehefrau tun will (vgl. act. A.2, S. 14 f.). Der Unternehmer entscheidet, wie viel Bezüge für die Firma verkraftbar sind. Reingewinn und Aktionärsdarlehen stehen zueinander mithin in einer Wechselbeziehung. Weil dem Ehemann vorliegend jedoch bereits der durchschnittliche

E. 12.4

Schliesslich beruft sich der Ehemann als Abänderungsgrund auf eine Reduktion seines Arbeitspensums infolge der Betreuung von E._____. Im erstinstanzlichen Verfahren machte er geltend, bei einem Arbeitspensum von 90 % pro Monat CHF 8'605.30 netto zu verdienen. Berufungsweise bringt der Ehemann nunmehr vor, lediglich noch einen monatlichen Nettolohn von CHF 6'218.80 bei einem Arbeitspensum von 70 % zu erzielen (act. A.1, S. 6 f.). Er stützt diese Ausführungen auf die mit der Berufung ins Recht gereichte Lohnabrechnung des Monats August 2018, datierend vom 13. September 2018 (act. B.2). Es handelt sich dabei um ein echtes Novum, welches entgegen der Ansicht der Ehefrau im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen ist (vgl. act. A.2, S. 16). Der Sohn E._____ lebt unbestrittenermassen seit dem Sommer 2017 beim Ehemann. Dass die Betreuung von minderjährigen Kindern ein Mehr an Belastung und Engagement im Alltag erfordert, kann als notorisch angesehen werden. Indessen unterlässt es der Ehemann

konkrete Angaben dazu zu machen, weshalb ihm nebst der Betreuung von E._____ das bisherige Arbeitspensum effektiv nicht mehr zumutbar und möglich wäre. Seine pauschalen Ausführungen, wonach die Betreuung des Sohnes grossen Einsatz erfordere (act. A.1, S. 6), genügen jedenfalls nicht. Dies

E. 12.5

Unter all diesen Umständen geht es nicht an, von einer massiv tieferen Leistungsfähigkeit des Ehemannes auszugehen und der Ehefrau die Last einer Einkommensreduktion aufzubürden, welche weder hinreichend glaubhaft noch nachvollziehbar erscheint. Der Ehemann vermag die wesentliche und dauerhafte Veränderung seines Einkommens im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB nicht darzu- tun. Ein Abänderungsgrund liegt nicht vor. 13. Im Ergebnis ist die Berufung teilweise gutzuheissen und die Sache in Bezug auf die Regelung der Obhut über die Kinder C._____ und D._____ sowie ei- ner allfälligen Anpassung der Unterhaltsbeiträge infolge einer neuen Obhutsrege- lung im Sinne der Erwägungen zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Ent- scheidfindung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen ist die Berufung ab- zuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

E. 13

/ 31 29. November 2013 [fortan Botschaft Kindesunterhalt], BBl 2014 529 ff., S. 590). Demgegenüber sah die Gesetzesänderung per 1. Juli 2014 betreffend die ge- meinsame elterliche Sorge – zumindest in zeitlich beschränktem Rahmen – expli- zit die Möglichkeit einer Abänderung von geltenden Sorgerechtsregelungen vor (Art. 12 Abs. 4 und 5 SchlT ZGB). Erhebliche Veränderungen der Verhältnisse waren hierfür nicht notwendig (vgl. Art. 13c Satz 2 SchlT ZGB). E contrario aus den Anwendungs- und Einführungsbestimmungen zur gemeinsa- men elterlichen Sorge sowie in analoger Anwendung derjenigen zum revidierten Kindesunterhaltsrecht ergibt sich, dass nach Ansicht des Gesetzgebers auf eine Regelung der Obhut, die ihm Rahmen eines familienrechtlichen Verfahrens vor dem 1. Januar 2017 getroffen worden ist, nicht allein gestützt auf die Neuregelung von Art. 298 Abs. 2bis und Abs. 2ter ZGB zurückzukommen sein soll. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Regelungen der elterlichen Obhut, die sich mitunter über Jah- re bewährt haben, aufgrund der Neuerungen von Art. 298 ZGB in Frage gestellt werden sollten. Das Vertrauen der Eltern in die Rechtskraft einer ergangenen Ob- hutsregelung soll grundsätzlich geschützt sein. Dies gilt umso mehr, als die Ge- setzesnovelle von Art. 298 Abs. 2bis und Abs. 2ter ZGB – im Gegensatz zu derjeni- gen betreffend die gemeinsame elterliche Sorge – gerade keinen Paradigmen- wechsel anstrebte. So verzichtete der Gesetzgeber darauf, die alternierende Ob- hut als Grundsatz im Gesetz zu verankern (vgl. Botschaft Kindesunterhalt, a.a.O., S. 564 ff.). Das Inkrafttreten der neuen Art. 298 Abs. 2bis und Abs. 2ter ZGB bedeutet somit nicht, dass die mit Eheschutzentscheid nach davor geltendem Recht ergangene Obhutzuteilung über C._____ und D._____ per se überholt wäre oder gar obsolet würde. Die Gesetzesnovelle betreffend die alternierende Obhut steht weder der Weitergeltung der Obhutsregelung gemäss Eheschutzentscheid vom 29. Februar 2016 entgegen, noch schafft sie einen grundsätzlichen Anspruch auf die vom Va- ter begehrte vorsorgliche Abänderung. 7.5.2. Nebst der Gesetzesänderung macht der Vater wesentliche und dauerhafte Veränderungen in tatsächlicher Hinsicht geltend (vorstehend E. 7.3). Im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Trennungsvereinbarung lebte E._____ unter der Obhut seiner Mutter, F._____. Unbestritten ist, dass seit den Sommerferien 2017 nun- mehr der Vater die Obhut über E._____ innehat. Die Ehefrau wendet jedoch ein, die Zuteilung der

Obhut über E. _____ an den Vater sei bei Unterzeichnung der Trennungsvereinbarung Ende Februar 2016 bereits vorhersehbar gewesen. Entsprechend könne die Obhutsumteilung nicht als neue Tatsache, die klarerweise ausserhalb der von den Parteien vorgesehenen Entwicklung gelegen habe, quali-

E. 14

/ 31 fiziert werden (act. A.2, S. 7 f.). Im März 2015 erstattete der Vater eine Gefährdungsmeldung an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Bezirke O.2 _____ und O.3 _____ (fortan KESB O.2 _____ -O.3 _____), da er in Sorge um die Entwicklung von E. _____ gewesen sei. Ende Juni 2015 beantragte der Vater bei der KESB O.2 _____ -O.3 _____ alsdann die gemeinsame elterliche Sorge. Anlässlich eines Gesprächs bei der KESB O.2 _____ -O.3 _____ am 5. August 2015 äusserte sich der Vater dahingehend, dass er und seine Familie (die Parteien lebten damals noch nicht in Trennung) bereit wären, E. _____ zu sich zu nehmen. In der Folge beauftragte die KESB O.2 _____ -O.3 _____ am 21. August 2015 das Kinder- und Jugendzentrum O.2 _____ (fortan kjz) mit der Abklärung der sozialen und familiären Verhältnisse von E. _____. Der entsprechende Bericht des kjz datiert vom 2. Februar 2016, lag der KESB O.2 _____ -O.3 _____ jedoch erst am 28. April 2016 vor. Mit Entscheid vom 7. Juli 2016 stellte die KESB O.2 _____ -O.3 _____ E. _____ unter die gemeinsame Sorge seiner Eltern, belies jedoch die Obhut bei der Kindsmutter von E. _____. Am 15. Juni 2017 beantragte der Vater schliesslich bei der KESB O.2 _____ -O.3 _____ die alleinige Obhut über E. _____. Diesem Antrag entsprach die KESB O.2 _____ -O.3 _____ mit Entscheid vom 10. August 2017 und übertrug die faktische Obhut über E. _____ dem Vater (RG act. II./3). Es trifft somit zu, dass die elterliche Sorge und Obhut über E. _____ im Zeitpunkt der Trennungsvereinbarung Gegenstand von Abklärungen der KESB O.2 _____ -O.3 _____ waren. Indessen ist nicht ersichtlich, dass die Zuteilung der Obhut über E. _____ an den Vater im Februar 2016 bereits vorhersehbar gewesen wäre, und somit einer Abänderung des Eheschutzentscheids entgegenstehen würde. Die Parteien pflegten bis zur Trennung eine klassische Rollenverteilung. Der Ehemann ging primär einer Erwerbsarbeit nach und trug die finanziellen Lasten der familiären Gemeinschaft, während sich die Ehefrau der Haushaltsführung und Kinderbetreuung von C. _____ und D. _____ widmete. Entsprechend war es im Rahmen des Eheschutzverfahrens naheliegend, die Obhut über die Kinder alleine der Ehefrau zu übertragen. Wie gesehen, fand die Tatsache, dass E. _____ unter der alleinigen Obhut des Vaters steht, keine Berücksichtigung in der Obhutsregelung gemäss Eheschutzentscheid. Letztere bezieht somit weder die Bedürfnisse von C. _____ und D. _____ im Hinblick auf ihre Geschwisterbeziehung zu E. _____ noch die Bedürfnisse von E. _____ selbst mit ein. Der Vorinstanz ist insoweit zuzustimmen, als sie darauf hinweist, dass blosser Wunsch keine Obhutsänderungen rechtfertigen. Für eine Neuordnung der Obhut würde ein oberflächlicher, aus einer momentanen Stimmung heraus vorgetragener Wunsch von E. _____ ebenso wenig genügen wie der Wunsch des Vaters, mehr Zeit mit seinen Kindern zu verbringen.

E. 14.1

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie gemäss Art. 318 Abs. 3 ZPO auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens. Vorliegend ist die Sache in Bezug auf die Neuurteilung der Obhut über die Kinder C. _____ und D. _____ zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ebenso erfolgt für eine allfällige Anpassung der Unterhaltsbeiträge infolge einer Neuregelung der Obhut eine

Rückweisung an die Vorinstanz. Der Ausgang des erstinstanzlichen Verfahrens steht daher noch nicht fest, weshalb es der erkennenden Kammer als Berufungsinstanz nicht möglich ist, abschliessend über die entsprechenden Prozesskosten zu befinden. Vielmehr hat die Vorinstanz im Rahmen der Rückweisung auch über den Kostenpunkt neu zu entscheiden. Der Kostenpunkt ist folglich aufzuheben.

E. 14.2

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) auf CHF 3'000.00 festzusetzen. Sie ist nach den Grundsätzen von Art. 106 ff. ZPO zu verteilen. Auch wenn der Ehemann mit keiner seiner angebrachten reformatorischen Entscheidungen durchdringt, erzielt er insofern einen Teilerfolg, als der angefochtene Entscheid teilweise aufzuheben und zur neuen Ent-

E. 14.3

Darüber hinaus beantragt die Ehefrau, die Prozesskosten seien dem Ehemann als dem leistungsfähigeren Ehegatten gestützt auf die eheliche Beistandspflicht im Sinne von Art. 159 Abs. 3 ZGB direkt und unabhängig vom Verfahrensausgang bzw. abweichend von der nach Massgabe des Prozessausgangs gerechtfertigten Kosten- und Entschädigungspflicht aufzuerlegen (act. A.2 S. 2 u. 20 f.). Die Ehefrau unterliegt im vorliegenden Verfahren teilweise. Eine Beurteilung dieses Begehrens ist somit erforderlich. Dabei gilt zu berücksichtigen, dass die Ehefrau weder einen Prozesskostenvorschuss noch einen Prozesskostenbeitrag verlangt. Diese wären nämlich beide als eigentliche Vorschüsse zu verstehen und bei einer späteren güterrechtlichen Auseinandersetzung in Anrechnung zu bringen. Die Ehefrau würde mithin rückzahlungspflichtig werden. Hingegen ersucht die Ehefrau, mit Verweis auf PKG 2013 Nr. 6 E. 5e, um Zusprechung eines definitiven Beitrages an die Prozesskosten, indem der Unterstützungspflicht des Ehemannes als dem vorschusspflichtigen Ehegatten unmittelbar im Rahmen der Kostenverteilung Rechnung zu tragen sei. Die Zusprechung eines solchen Beitrages setzt gleich dem Prozesskostenvorschuss oder Prozesskostenbeitrag einerseits Bedürftigkeit des ansprechenden und Leistungsfähigkeit des angesprochenen Ehegatten voraus. Die Ehefrau unterlässt es indessen, substantiiert vorzutragen, inwiefern der Ehemann über die bestehenden Unterhaltspflichten hinaus zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Lage sein soll. Zudem muten die entsprechenden Ausführungen der Ehefrau leicht widersprüchlich an. So führt sie zur Begründung ihres Antrages aus, dass die Vorinstanz ihr Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses mit Entscheid vom 10. September 2018 abgewiesen habe. Aus Letzterem könne geschlossen werden, dass die Vorinstanz auch jedes weitere diesbezügliche Gesuch der Ehefrau abweisen würde. Entsprechend könne

E. 14.4

Die Vorsitzende gewährte der Ehefrau mit Verfügung vom heutigen Tag (ZK1 18 136) für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege, unter Einsetzung von Rechtsanwalt Claudio Allenspach als Rechtsvertreter. Damit gehen die der Ehefrau auferlegten Gerichtskosten von CHF 1'500.00 und die Kosten ihrer Rechtsvertretung nach Massgabe von Art. 122 ZPO zulasten des Kantons Graubünden. Mit Honorarnote vom 20. März 2019 (act. G.2) beziffert der Rechtsvertreter der Ehefrau seinen Aufwand für das Berufungsverfahren und das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf

22.35 Stunden zu einem reduzierten Ansatz von CHF 200.00 pro Stunde und macht damit eine Entschädigung von insgesamt CHF 4'954.40 (inkl. CHF 130.20 Barauslagen und 7.7 % MwSt.) geltend (vgl. Art. 5 Abs. 1 Honorarverordnung [HV]; BR 310.250). Diese erweist sich angesichts des notwendigen Aufwands und der Schwierigkeit der Sache gerade noch als angemessen. Rechtsanwalt Claudio Allenspach ist daher im entsprechenden Umfang aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Vorbehalten bleibt die Rückforderung durch den Kostenträger im Sinne von Art. 123 ZPO.

E. 15

/ 31 gen. Die Vorinstanz übersieht jedoch, dass die Beziehung zu (Halb-)Geschwistern bei der Beurteilung oder Überprüfung einer Obhutregelung, insbesondere mit Blick auf die beantragte alternierende Obhut, ein gewichtiges Kriterium darstellt. Die geschwisterliche Beziehung prägt die individuelle Persönlichkeit von Kindern lebenslang. Durch Verbundenheit und Vertrautheit, gegenseitige Loyalität, Unterstützung sowie Hilfe können Geschwister füreinander enge Bezugspersonen darstellen. Zudem können Geschwister als Rollenmodell für wünschenswerte und positive, aber auch negative Verhaltensweisen fungieren. Dass eine (Halb-)Geschwisterbeziehung im Rahmen des gerichtlichen Besuchsrechts nicht die gleiche Nähe und Intensität aufweist wie beim regelmässigen Teilen eines gemeinsamen Alltags, liegt auf der Hand. Durch die neue familiäre Situation ihres Vaters besteht für C._____ und D._____ die Möglichkeit, eine Geschwisterbeziehung zu E._____ effektiv zu leben und zu pflegen. Darüber hinaus darf davon ausgegangen werden, dass die Obhutsumteilung für den Vater mit wesentlichen Veränderungen im Alltag einhergeht. So wird der Vater grundsätzlich mehr Zeit zuhause verbringen und für die Kinderbetreuung unter der Woche organisatorische Vorkehrungen treffen müssen. Die Ehefrau bringt vor, die Beziehung zwischen den Halbgeschwistern sei nicht dergestalt, dass ein gemeinsames Aufwachsen unter einem Dach für das Wohl der Kinder erforderlich wäre. Dabei verkennt sie, dass bei entsprechenden Bedürfnissen der Kinder infolge veränderter Verhältnisse eine Überprüfung der geltenden Obhutregelung bereits angezeigt sein kann. Dass die Änderung der Obhut für das Kindeswohl geradezu geboten sein müsste, wird nicht vorausgesetzt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Kindsmutter bedarf es für die Überprüfung bzw. Abänderung einer Obhutregelung denn auch keiner Kindeswohlgefährdung. Vielmehr genügen erhebliche und dauerhafte Veränderungen der Verhältnisse im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB. Kommt hinzu, dass der Vater zu Recht vorbringt, die Kinder seien nunmehr älter geworden (act. A.1, S. 5). Während die Regelung der Obhut in jedem Fall die Erziehungsfähigkeit des betreuenden Elternteils voraussetzt, richten sich die weiteren Beurteilungskriterien nach den konkreten Umständen des Einzelfalls und den individuellen Bedürfnissen des Kindes. Entsprechend verändert sich die Gewichtung der unterschiedlichen Kriterien mit der Entwicklung des Kindes. Vorliegend kann daher mit fortschreitendem Alter von C._____ und D._____ durchaus auch die Möglichkeit zur Unterstützung in schulischen Belangen für die Obhutregelung an Bedeutung gewinnen (vgl. vorstehend E. 7.3).

E. 16

/ 31 dem fortgeschrittenen Alter von C._____ und D._____ wesentlich und dauerhaft verändert. Entsprechend liegt ein Abänderungsgrund im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 276 Abs. 1 ZPO vor. Eine Überprüfung der Obhutregelung gemäss Eheschutzentscheid ist angezeigt. 8. Damit ist indessen noch nicht gesagt, dass auch die Voraussetzungen für eine alternierende Obhut gegeben sind. 8.1.1. Die alternierende Obhut

bzw. Betreuung kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. In diesem Zusammenhang spielt die Bereitschaft eines Elternteils, die Beziehung zum anderen Elternteil zuzulassen und zu unterstützen (sogenannte Bindungstoleranz), eine Rolle, wie auch die Qualität der persönlichen Beziehung der Eltern zum Kind. Sodann kommt die Anordnung nur in Frage, wenn das Verhältnis der Eltern nicht derart konfliktbehaftet ist, dass erwartet werden kann, die Eltern würden sich auch längerfristig über Alltagsfragen einigen können. Sie müssen fähig und bereit sein, miteinander zu kommunizieren und im Hinblick auf die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu kooperieren. Allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer Regelung mit geteilter Betreuung widersetzt, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, die nötige Kooperation sei nicht gewährleistet. Unter diesem Aspekt ist von einer alternierenden Betreuung nur abzusehen, wenn das Verhältnis unter den Eltern hinsichtlich anderer Kinderbelange von einer Feindseligkeit gezeichnet ist, die annehmen lässt, eine alternierende Betreuung würde das Kind dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen, die seinen Interessen offensichtlich zuwiderläuft. Nebst der Erziehungsfähigkeit und der persönlichen Betreuungsmöglichkeit kann auch die Beziehung des Kindes zu (Halb- oder Stief-)Geschwistern sowie die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Zu beachten sind ferner die geographischen Verhältnisse, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern. Schliesslich ist dem Wunsch des Kindes Rechnung zu tragen, soweit dies tunlich ist (vgl. BGE 142 III 617 E. 3.2.3 = Pra 2018 Nr. 26; Urteil des Bundesgerichts 5A_72/2016 vom 2. November 2016 E. 3.3.2). 8.1.2. Eine alternierende Obhut stellt hohe Anforderungen an das Kind: Es muss zwischen zwei Wohnorten hin- und herpendeln, es muss sich an zwei verschiedene Haushaltsordnungen halten etc. Auch die Anforderungen an die Eltern sind hoch, welche die stetigen Wechsel organisieren und die wichtigen Informationen zu Schule, Hobbies etc. austauschen müssen. Es versteht sich von selbst, dass der Wunsch der Eltern, auch nach der Trennung möglichst viel Alltag mit dem Kind leben zu können, hinter das Kindeswohl zurückzutreten hat, wenn zum Beispiel

E. 17

/ 31 die neuen Wohnsituationen einen häufigen Wechsel des Kindes als für das Kind zu anstrengend und als nicht praktikabel erweist oder wenn das Kind dadurch ständig der Spannung eines von den Eltern noch nicht bewältigten Elternkonflikts ausgesetzt ist.

E. 18

/ 31 und den damit verbundenen Konsequenzen für sie selbst eine eigene Meinung zu bilden. Wichtige Gründe, die gegen eine Kinderanhörung sprächen, sind vorliegend weder ersichtlich noch werden solche seitens der Ehefrau vorgetragen. Dass jede Kinderanhörung eine gewisse Belastung für das Kind darstellt, ist der Sache immanent. Entsprechend könnte mit dieser Begründung keine Kinderanhörung je durchgeführt werden. Nicht zulässig ist im Übrigen auch der Verzicht auf die Anhörung mit der Begründung, dass deren Resultat ohnehin antizipiert werden könne und am Entscheid nichts ändern würde. Dies insbesondere deshalb, weil das Recht auf Anhörung nicht nur der Sachverhaltsermittlung dient, sondern ein höchstpersönliches Recht des Kindes darstellt (Stefanie Pfänder Baumann, a.a.O. N 1 zu Art. 298 ZPO; Annette Spycher, a.a.O., N 8 zu Art. 298 ZPO). Angesichts des Alters der Kinder sowie der Anforderungen einer alternierenden Obhut an sie hat sich das Gericht unmittelbar über die Wünsche und Bedürfnisse der Kinder ein eigenes Bild zu machen. Ein Entscheid ohne vorgängige Anhörung der Kinder erscheint

vorliegend nicht angebracht. Darüber hinaus muss sich das Gericht mit den zahlreichen für die Prüfung einer alternierenden Obhut massgeblichen Kriterien auseinandersetzen (vorstehend E. 8.1.1 f.). Dies erfordert weitergehende und vertiefte Sachverhaltsabklärungen.

E. 19

/ 31 von je CHF 1'000.00 (zzgl. Kinderzulagen) zu bezahlen. Für die Ehefrau vereinbarten die Parteien einen vom Ehemann zu bezahlenden Ehegattenunterhalt von CHF 4'000.00 pro Monat, ebenfalls zahlbar ab dem 1. Dezember 2015. Der Unterhaltsberechnung legten die Parteien ein hypothetisches Einkommen des Ehemannes von CHF 11'000.00 (inkl. politische Mandate, exkl. Kinderzulagen) und einen Bedarf des Ehemannes von CHF 5'000.00 (davon CHF 1'025.00 Unterhalt an E. _____ [exkl. Kinderzulagen]) zugrunde. Auf Seiten der Ehefrau gingen die Parteien davon aus, dass sie gegenwärtig kein Einkommen erziele. Den Bedarf der Ehefrau mit den Kindern C. _____ und D. _____ bezifferten sie auf CHF 5'400.00 (RG act. II./2). Im erstinstanzlichen Verfahren verlangte der Ehemann die Aufhebung seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau und forderte für den Fall, dass die alternierende Obhut über die Kinder angeordnet werde, eine Reduktion der von ihm zu leistenden Kinderunterhaltsbeiträge auf CHF 750.00 pro Monat je Kind (RG act. I./1).

E. 20

/ 31 barung vergleichsweise auf ein hypothetisches monatliches Einkommen des Ehemannes in Höhe von CHF 11'000.00 (inkl. politische Mandate, exkl. Kinderzulagen) geeinigt. Durch diese Einigung hätten die Parteien eine ungewisse Sachlage bewältigen bzw. eine Bewertung des Unternehmens des Ehemannes vermeiden wollen. Die Vorinstanz verwies diesbezüglich auf die Einkommensberechnung des Ehemannes als Selbständigerwerbender bzw. als Alleinaktionär einer AG, bei welcher er zugleich angestellt sei. Entsprechend sei in Bezug auf das Einkommen des Ehemannes nicht einzig auf dessen Lohnausweis abzustellen. Infolge seiner Stellung in der Aktiengesellschaft könne dieser selbst grossen Einfluss auf sein Einkommen nehmen und auch sein Arbeitspensum eigenmächtig steuern. Da die Parteien das Einkommen des Ehemannes als Grundlage der Unterhaltsfestlegung gemäss Eheschutzentscheid somit vereinbarungshalber festgelegt hätten, sei die Änderung der Verhältnisse einer Überprüfung durch das Gericht entzogen (unter Verweis auf die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung nach BGE 142 III 518). Zudem merkte die Vorinstanz an, dass selbst wenn das vereinbarungshalber festgelegte Einkommen des Ehemannes nicht als Bewältigung einer ungewissen Sachlage im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung qualifiziert würde, könne der Ehemann in einem Abänderungsverfahren nicht leichthin verlangen, es sei lediglich auf das effektiv erzielte Einkommen abzustellen (act. B.0, E. 5.3).

E. 21

/ 31 gust 2018 erziele der Ehemann deshalb bei einer 70 %-Anstellung lediglich noch einen monatlichen Nettolohn von CHF 6'218.80. Politische Mandate habe er keine mehr (act. A.1, S. 6 f.).

E. 22

/ 31 tionär der G. _____ zu äussern. Wesentlich ist sodann, dass der Ehemann keinerlei Ausführungen zur erschwerten Abänderung von auf Vereinbarung beruhenden Unterhaltsbeiträgen tätigt. Dies obgleich die Vorinstanz ihre Schlussfolgerung auf die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung stützte (vgl. auch sogleich nachstehend

E. 12.2). Der Ehemann kommt damit seiner Begründungsobliegenheit nicht nach. Auf den als Eventualbegehren bezeichneten Berufungsantrag (Ziffer 6 der Berufungsanträge) ist folglich nicht einzutreten. 12. Auch bei erfolgter (materieller) Prüfung wäre indessen keine Abänderung des Ehegattenunterhalts angezeigt (nachstehend E. 12.1 bis 12.5).

E. 23

/ 31 Entwicklung liegen, welche aus Sicht der Vergleichsparteien möglich (wenn auch ungewiss) erschienen. Auch die Berichtigung einer vorsorglichen Massnahme wegen originär unzutreffender Entscheidungsgrundlagen ist eingeschränkt, soweit die Unterhaltsregelung auf einer Vereinbarung fusst, mit welcher die Parteien eine Rechtsstreitigkeit definitiv beenden wollten. Eine Änderung kommt generell nur im Falle eines rechtserheblichen Willensmangels, das heisst bei Irrtum (Art. 23 ff. OR), Täuschung (Art. 28 OR) oder Drohung (Art. 29 f. OR) in Frage (BGE 142 III 518 E. 2.6.1 f. mit Hinweis auf BGE 130 III 49 E. 1.2). Die weiter gefassten Möglichkeiten der Berichtigung eines auf unzutreffenden Voraussetzungen beruhenden Entscheids (vgl. Art. 268 Abs. 1 ZPO) kommen nicht zum Tragen. In der Trennungvereinbarung vom 18. Februar 2016 gingen die Parteien von einem Einkommen des Ehemanns in Höhe von CHF 11'000.00 aus. Dabei bezeichneten die Parteien dieses Einkommen als hypothetisch. Der Ehemann war bereits damals in seiner Firma, der G._____, tätig, in welcher er alleiniger Aktionär und einziger Verwaltungsrat ist. Es besteht mithin eine wirtschaftliche Einheit zwischen ihm und der Firma, weshalb der Ehemann als selbständig erwerbstätig gilt. Weil bei selbständiger Erwerbstätigkeit die finanzielle Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmung gross und intensiv ist und weil der Gewinnausweis sich relativ leicht beeinflussen lässt, kann sich die Bestimmung der Leistungskraft eines Selbständigerwerbenden als äusserst schwierig erweisen (so auch BGE 143 III 617 E. 5.1). Beim dem Ehemann angerechneten Einkommen gemäss der Trennungvereinbarung handelt es sich somit um einen Berechnungsfaktor, den die Parteien im Eheschutzverfahren vergleichsweise definierten, um eine Bewertung des Unternehmens zu vermeiden, Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen sowie mutmasslich auch um Meinungsverschiedenheiten zu bewältigen und einen Abschluss des Eheschutzverfahrens herbeizuführen (sog. caput controversum; vgl. vorstehend E. 10). Selbst der Ehemann geht im Übrigen von einem vergleichsweise festgelegten Einkommen aus. Dies ergibt sich aus seinen Ausführungen, er habe im Eheschutzverfahren darauf verzichtet, dass sein Existenzminimum gewahrt bleibe und sich zu Unterhaltsbeiträgen verpflichtet, welche weit höher gewesen seien, als diejenigen zu welchen er effektiv hätte verpflichtet werden können (act. A.1, S. 6). Auch Willensmängel macht der Ehemann gerade keine geltend. Im Gegenteil will er die Trennungvereinbarung gerade im Wissen um die originär unzutreffenden Entscheidungsgrundlagen abgeschlossen haben. Der Ehemann dringt daher mit den Vorbringen zu seinen Einkünften im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Trennungvereinbarung aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum caput controversum nicht durch. Es würden ansonsten gerade diejenigen Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Parteien die

E. 24

/ 31 Trennungvereinbarung – mit dem Ziel der endgültigen Erledigung des Eheschutzverfahrens – geschlossen haben. Bereits aus diesem Grund kann sich der Ehemann hinsichtlich seines Einkommens nicht auf einen Abänderungsgrund berufen.

E. 25

/ 31 Reingewinn der Jahre 2016 und 2017 als Einkommen anzurechnen ist, sind die Darlehensbezüge nicht als zusätzliches Einkommen anzurechnen. Zur Zeit des Eheschuttsentscheides generierte der Ehemann nebst seinem Erwerbseinkommen aus der G._____ Einkünfte aus politischen Mandaten. In den Jahren 2015 und 2016 beliefen sich die Sitzungsgelder aus öffentlichen Ämtern auf CHF 14'031.00 bzw. CHF 14'617.00 und im Jahr 2017 noch auf CHF 5'596.00 (RG act. II./16). Im Vergleich zum Einkommen aus der G._____ erweisen sich diese Einkünfte als äusserst gering, sodass diese vorliegend unbeachtlich bleiben können. Für die Jahre 2016 und 2017 präsentiert sich somit ein durchschnittliches Nettoeinkommen des Ehemannes von CHF 13'663.00 pro Monat (CHF 8'866.00 + CHF 4'797.00; zzgl. Kinderzulagen; exkl. politische Mandate). Damit ist erstellt, dass der Ehemann sowohl im Zeitpunkt der Trennungsvereinbarung als auch im Jahr 2017 in der Lage war, ein Nettoeinkommen von CHF 11'000.00 zu erzielen. Bleibt anzumerken, dass vor diesem Hintergrund die Bezeichnung des Einkommens des Ehemannes in der Trennungsvereinbarung als hypothetisch unglücklich gewählt erscheint und missverständlich anmutet. Unter einem hypothetischen Einkommen wäre nämlich ein Einkommen zu verstehen, das der Unterhaltspflichtige erzielen könnte, wenn er die ihm zumutbar und mögliche Erwerbsfähigkeit vollumfänglich nutzen würde. Demgegenüber handelt es sich beim dem Ehemann angerechneten Einkommen um ein effektiv erzielt Einkommen.

E. 26

/ 31 gilt umso mehr, als dass der Ehemann mit seiner Lebenspartnerin zusammenlebt, welche sich gemäss eigener Darstellung von E._____ ebenfalls an dessen Betreuung beteiligt (act. B.1, S. 1 bzw. RG act. II./14, S. 1; act. A.4, S. 4; vgl. ferner act. B.0, E. 5.3, S. 9 f.). Auch macht der Ehemann keinerlei Angaben dazu, weshalb er als alleiniger Inhaber seiner Arbeitgeberin nicht über die zur Betreuung von E._____ erforderliche Flexibilität in Bezug auf seine Arbeitszeiteinteilung verfügen soll. Inwiefern es sich bei der Reduktion des Arbeitspensums um einen notwendigen Schritt oder um einen freiwilligen und einseitigen Einkommensverzicht handelt, kann daher nicht überprüft werden. Es würde aber dem Ehemann obliegen, die genauen Hintergründe der Einkommensreduktion darzulegen. Geht die Einkommensverminderung nämlich auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Unterhaltspflichtigen zurück, ist eine solche Verschlechterung in der Regel unbeachtlich. Der Unterhaltsschuldner soll die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheides selber tragen und nicht auf den Unterhaltsgläubiger abwälzen können (Urteil des Bundesgerichts 5C.163/2001 vom 18. Oktober 2001 E. 2c; vgl. ferner BGE 143 III 233 E. 3, wonach eine Abänderung der Unterhaltsleistung bei Einkommensverminderung des Unterhaltspflichtigen in Schädigungsabsicht nunmehr selbst dann ausgeschlossen ist, wenn die Einkommensreduktion nicht mehr rückgängig gemacht werden kann [Änderung der Rechtsprechung]). Der Ehemann argumentiert sodann sinngemäss, eine Mutter müsse nebst der Kinderbetreuung in aller Regel nicht mehr als 50 % arbeiten und es sei nicht einzusehen, weshalb dies anders sein soll, wenn das Kind vom Vater betreut werde (act. A.1, S. 7). Der Ehemann spielt damit auf die (überholte) sog. 10/16-Regel an. Sie besagte, dass bei Ehepaaren mit einer traditionellen Rollenverteilung nach der Trennung dem während des Zusammenlebens nicht erwerbstätigen und die Kinder hauptsächlich betreuenden Ehegatten ab dem vollendeten 10. Altersjahr des jüngsten Kindes ein 50 %iges und ab dessen vollendeten 16. Altersjahr ein 100 %iges Arbeitspensum zugemutet werden konnte.

Mit Urteil vom 21. September 2018 setzte das Bundesgericht der 10/16-Regel ein Ende. Statt der 10/16-Regel gilt neu das sog. Schulstufenmodell. Ein betreuender Elternteil hat nun bereits ab dem Eintritt des jüngsten Kindes in den obligatorischen Schulunterricht (je nach Kanton Kindergarten oder Primarschule) ein 50 %iges, mit dessen Übertritt in die Oberstufe ein 80 %iges und ab dem vollendeten 16. Altersjahr dieses Kindes ein 100 %iges Arbeitspensum aufzunehmen (dazu eingehend BGE 144 III 481 E. 4.2 ff.). Bei Einleitung des Abänderungsgesuches am 17. Januar 2018 war E._____ bereits 11 Jahre alt bzw. wurde im Mai 2018 12 Jahre alt und besuchte die 6. Primarschulklasse (vgl. RG act. II./15). Dem Ehemann wäre somit ab Eintritt von E._____ in die erste Oberstufenklasse mindestens eine Erwerbstätigkeit zu

E. 27

/ 31 80 % zumutbar. Dass das Gesuch vor besagtem Leitentscheid eingereicht wurde, ist mit Blick auf den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes unerheblich. Dies gilt umso mehr, als dass sich das Bundesgericht bereits mehrfach für die Anwendung der neuen Praxis auch in Fällen, die von den kantonalen Instanzen noch vor Bekanntwerden der neuen Praxis entschieden wurden, aussprach (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_875/2017 vom 6. November 2018 E. 4.2.3; 5A_931/2017 vom 1. November 2018 E. 3.1.3). Zudem musste mit einer diesbezüglichen Praxisänderung des Bundesgerichts zumindest seit erfolgter Kindesunterhaltsrevision gerechnet werden, da sich mit Letzterer die bereits seit längerem aufgeworfene Frage nach einer Abkehr von der 10/16-Regel besonders akzentuiert stellte (vgl. statt vieler Urteil des Bundesgerichts 5A_697/2014 vom 23. April 2015 E. 3.1.2). Darüber hinaus verkennt der Ehemann folgendes: Hintergrund der von der Rechtsprechung entwickelten Leitlinien für die zumutbare Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit bei gleichzeitiger Kinderbetreuung war primär das Vertrauen in die zwischen den verheirateten Eltern vereinbarte Aufgabenteilung in Verbindung mit dem Vertrauen auf den Fortbestand der Ehe und nicht die Betreuungsbedürfnisse eines Kindes. Der Ehemann kann sich in Bezug auf das ihm nebst der Betreuung von E._____ zumutbare Arbeitspensum gerade nicht darauf berufen, an ein bislang partnerschaftlich gewähltes Konzept der Lastenteilung anknüpfen und in Anwendung des Kontinuitätsprinzips fortführen zu wollen. Daran ändert nichts, dass mit Einführung des Betreuungsunterhalts das Kontinuitätsprinzip auch zivilstandsunabhängig zum Tragen kommt. Wie die Ehefrau zutreffend festhält, gibt es sodann keinen absoluten Anspruch auf Eigenbetreuung (Urteil des Bundesgerichts 5A_98/2016 vom 25. Juni 2018 E. 3.5; act. A.2, S. 17). Kommt hinzu, dass seit der Kindesunterhaltsrevision vom Grundsatz der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen ist (vgl. Botschaft Kindesrecht, a.a.O., S. 552 u. 575; BGE 144 III 481 E. 4.6 u. 4.7). Nach dem Gesagten stellt die geltend gemachte Reduktion seines Arbeitspensums auf 90 % ebenso wenig einen ausreichenden Abänderungsgrund dar, wie diejenige auf 70 %. Der Ehemann hätte vielmehr aufzeigen müssen, dass ihm trotz bestehender Unterhaltspflicht nebst der Betreuung von E._____ kein höheres Arbeitspensum möglich und zumutbar wäre. Bei einer vorbestehenden Unterhaltspflicht reicht es nicht aus, bloss geltend zu machen, das Einkommen habe sich reduziert. Vielmehr ist darzulegen, dass die Reduktion unfreiwillig und von Dauer ist und dass alles in der Machtstehende unternommen wurde, um ihr entgegenzuwirken. Der Ehemann blieb Erklärungen hierzu schuldig. Zudem tätigt der Ehemann keinerlei Ausführungen über die bei einem Selbständigerwerbenden zusätzlich als Einkommen zu berücksichtigenden Reingewinne (vgl. vorstehend E. 12.3).

E. 28

/ 31 In diesem Zusammenhang ist im Übrigen der Behauptung des Ehemannes, wonach die wirtschaftliche Lage schlecht sei, keinen Glauben zu schenken. Konkrete Anhaltspunkte für schlechte Konjunkturprognosen in der Baubranche brachte der Ehemann nicht vor. Den Konkurs einer Baufirma anzuführen reicht hierfür jedenfalls nicht aus (act. A.1, S. 6 f.). Im Gegenteil ist es notorisch, dass aufgrund der tiefen Hypothekenzinse vermehrt gebaut, umgebaut oder umfangreich saniert wird, und die Baubranche eine gute Auftragslage aufweist.

E. 29

/ 31 scheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Die Ehefrau ihrerseits unterliegt, soweit sie sich gegen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zur Wehr setzte. Mit Blick auf die Teilguthessung der Berufung (Art. 106 Abs. 2 ZPO) sowie unter Berücksichtigung des Ermessensspielraums in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO) rechtfertigt es sich demnach, die Gerichtskosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Obgleich auch die Ehefrau ihre Anträge hinsichtlich der Kinderbelange in guten Treuen und aus ihrer Sicht zum Wohle der Kinder gestellt haben dürfte, ist entgegen dem Antrag der Ehefrau eine vollumfängliche Kostentragung des Ehemannes gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO nicht angezeigt (vgl. act. A.2, S.2 u. 20 f.). Die Ehefrau tätigt denn auch keine Ausführungen dazu (act. A.2, S. 20 f.). Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wurde verzichtet, weshalb keine Verrechnung stattfindet. Die ausseramtlichen Kosten sind wettzuschlagen.

E. 30

/ 31 ein neuerliches Gesuch um Prozesskostenvorschuss im Rechtsmittelverfahren unterbleiben (act. A.2, S. 20 f.). Der Grund für die Verweigerung des Prozesskostenvorschusses durch die Vorinstanz entzieht sich der Kenntnis der erkennenden Kammer, da der Entscheid lediglich in unbegründeter Form im Recht liegt (act. C.1) und die Ehefrau sich auch nicht dazu äussert. Weshalb im vorliegenden Berufungsverfahren nichtsdestotrotz die Voraussetzungen für eine vom Prozessausgang abweichende, direkte und definitive Prozesskostenaufgabe zulasten des Ehemannes gegeben sein sollen, legt sie nicht dar. Der Antrag der Ehefrau ist mangels Substantiierung der erforderlichen Voraussetzungen abzuweisen.

E. 31

/ 31 III.

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