

# GR\_GERICHTE ZK1 2018 150 vom 12. November 2019

GR Gerichte, 2019-11-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2018\\_150](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2018_150)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2018 150 du 12 novembre 2019

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2018 150 del 12 novembre 2019

## Regeste

Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen) | Berufung ZGB Eherecht

## Erwägungen

### E. 1

Juni 2017 aufgehoben haben, und es sei der Gesuchstellerin das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit zu bewilligen.

#### E. 1.1

Gegen den Zwischenentscheid des Einzelrichters am Regionalgericht Landquart vom 10. September 2018 hat der Berufungskläger entsprechend der darin enthaltenen Rechtsmittelbelehrung Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO beim Kantonsgericht von Graubünden erhoben. Innerhalb des Kantonsgerichts liegt die Zuständigkeit für zivilrechtliche Berufungen auf dem Rechtsgebiet des Zivilgesetzbuches bei der I. Zivilkammer (Art. 6 der Kantonsgerichtsverordnung [KGV; BR 173.100]). Der angefochtene Entscheid ist im Rahmen eines summarischen Verfahrens (Art. 271 lit. a ZPO) ergangen, sodass für diesen eine zehntägige Beru-

#### E. 1.2

Mit Berufung anfechtbar sind gemäss Art. 308 Abs. 1 ZPO erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide (lit. a) sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (lit. b); in vermögensrechtlichen Angelegenheiten hängt die Zulässigkeit der Berufung zudem davon ab, dass der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Ist das Streitwertfordernis nicht erfüllt, steht gegen erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und vorsorgliche Massnahme das Rechtsmittel der Beschwerde offen (Art. 319 lit. a ZPO). Nur mit Beschwerde anfechtbar sind sodann andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen, wobei – ausser in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) – eine Anfechtung nur dann zulässig ist, wenn durch die betreffenden Entscheide oder Verfügungen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Geht es um den Weiterzug von Entscheiden, mit welchen das Verfahren – anders als im Falle eines Endentscheides – weder ganz noch teilweise beendet wird, unterscheidet die ZPO demnach zwischen (grundsätzlich) berufungsfähigen Zwischenentscheiden respektive Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen einerseits und einzig der Beschwerde unterliegenden prozessleitenden Entscheiden andererseits. Unabhängig von seiner Bezeichnung liegt ein berufungsfähiger Zwischenentscheid nur dann vor, wenn damit über eine formelle oder materielle Vorfrage befunden wird und deren abweichende Beurteilung einen sofortigen Endentscheid herbeiführen würde (Art. 237 ZPO). Die sog. prozessleitenden Verfügungen

betreffen dagegen nicht den Streitgegenstand an sich, sondern die formelle Gestaltung und den Ablauf des Prozesses (wie z.B. Fristansetzungen, Beweisverfügungen, etc.). Entscheide über vorsorgliche Massnahmen wiederum ergehen vor oder während einem hängigen Hauptprozess mit dem Zweck, die einer Partei bis zum Vorliegen eines Endentscheides drohenden Nachteile abzuwenden (Art. 261 ff. ZPO) oder – namentlich in einem Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) – die Rechte und Pflichten der davon betroffenen Personen für die Dauer des Verfahrens zu regeln.

### **E. 1.3**

Der Berufungskläger begründet die Berufungsfähigkeit des im Rahmen des hängigen Eheschutzverfahrens ergangenen Entscheides im Wesentlichen damit, dass Eheschutzentscheide zu den Entscheiden im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO zählen würden und es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handle, deren Streitwert – ausgehend von den von der Berufungsbeklagten geltend gemachten monatlichen Unterhaltszahlungen von über CHF 7'000.00 sowie Prozesskostenvorschüssen in noch nicht abschliessender Höhe – die Grenze von CHF 10'000.00 um ein Mehrfaches übertreffe (act. A.1 S. 5). Dem hält die Berufungsbeklagte entgegen, die im angefochtenen Entscheid ergangenen Anordnungen seien vorläufiger Natur (insbesondere die Obhut-, Besuchs- und Unterhaltsregelung) oder aber lediglich als prozessleitend zu werten (namentlich die Gutachterbeauftragung oder die Einholung von Gerichtskostenvorschüssen). In der Lehre sei umstritten, ob im Eheschutzverfahren ergangene vorsorgliche Massnahmen überhaupt mit Berufung anfechtbar seien. In Anlehnung an die Praxis des Kantonsgerichts Basel-Landschaft sei bezüglich der Unterhaltsbeiträge zwischen reversiblen und nicht reversiblen zu unterscheiden, wobei nur letztere mit Berufung anfechtbar seien. Da im angefochtenen Entscheid festgehalten worden sei, dass über die definitiven Unterhaltsbeiträge sowie deren rückwirkende Festlegung und allfällige Verrechnungen seitens des Ehemannes noch definitiv zu entscheiden sei, handle es sich um vorläufige und reversible Unterhaltsbeiträge, welche nicht berufungsfähig seien. Mit Beschwerde sei der Entscheid hingegen auch nicht anfechtbar, weil es an der Prämisse des nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils fehle, welcher rechtlicher Natur sein müsse. Auf den Eventualantrag des Berufungsklägers könne nicht eingetreten werden, weil dieser die vorläufigen Regelungen des Zwischenentscheides durch definitive Regelungen ersetzt haben wolle (act. A.2 S. 3 f.).

### **E. 1.4**

Vorab ist festzuhalten, dass die Berufung nebst der dem Berufungskläger auferlegten Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen und zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses auch die Regelung der Obhut und des Besuchsrechts betreffend die Kinder B.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ zum Gegenstand hat. Damit liegt keine rein vermögensrechtliche Angelegenheit vor, so dass die Berufungsfähigkeit des angefochtenen Entscheides entgegen der berufungsklägerischen Ansicht nicht vom Erreichen der Streitwertgrenze abhängt (vgl. BGE 116 II 493). Mit dem angefochtenen Entscheid werden allerdings nicht bloss die genannten materiell-rechtlichen Streitpunkte geregelt, sondern – wie die Berufungsbeklagte zu Recht einwendet – auch Anordnungen prozessleitender Natur getroffen (Einholung eines Gutachtens, Anordnung von Gerichtskostenvorschüssen). Derartige Anordnungen können – auch wenn sie zusammen mit Anordnungen in der Sache

### **E. 1.5**

Was die vorinstanzlichen Regelungen betreffend Obhut und Besuchsrecht anbelangt (Dispositivziffern 2 und 3 des angefochtenen Entscheides), handelt es sich dem Wortlaut nach ("einstweilen") um vorläufige Anordnungen für die Dauer des weiteren Verfahrens, mit anderen Worten um vorsorgliche Massnahmen. Eine vorsorgliche Massnahme dient der wirksamen Durchsetzung eines Anspruchs im Hauptverfahren; sie ist definitionsgemäss vorübergehender Natur und schafft lediglich einen einstweiligen Zustand bis zum Vorliegen eines Hauptsachenurteils. Da das Eheschutzverfahren prozessual wie ein vorsorgliches Massnahmeverfahren zu qualifizieren ist (vgl. BGE 137 III 475 E. 4.1), ist umstritten, ob im Eheschutzverfahren zusätzlich vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung dazu besteht derzeit nicht (vgl. dazu Stefanie Pfänder Baumann in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Art. 197-408 ZPO, 2. Auflage, Zürich 2016, N 14 zu Art. 273 ZPO). Gemäss steter Praxis im Kanton Graubünden ist eine Anordnung von vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO oder suspensiv-provisorischen Massnahmen nach Art. 265 ZPO im Rahmen eines Eheschutzverfahrens zulässig (vgl. dazu das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 17 163 vom 28. Februar 2018 E. 1 mit Verweis auf die Urteile der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 16 23 vom 1. Februar 2016 und ZK1 16 117 vom 11. August 2016). Als Entscheide im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind sie sodann folgerichtig mit Berufung anfechtbar: es handelt sich, soweit es um die Betreuung der Kinder geht, um Anordnungen nicht vermögensrechtlicher Natur, welche für die Dauer des Eheschutzverfahrens Wirkung entfalten und durch den späteren Endentscheid (für die bereits vergangene Zeit) nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Im Ergebnis handelt es sich um nichts anderes als um einen befristeten Teilentscheid, welcher genau gleich wie der spätere Endentscheid berufungsfähig ist. Soweit sich die Berufung gegen die vorläufige Regelung der genannten Streitpunkte (Obhuts- und Besuchsregelung) richtet, ist das Rechtsmittel der Berufung somit zulässig.

### **E. 1.7**

Nach dem Gesagten ist auf die Berufung mit den erwähnten Vorbehalten in Bezug auf die Anfechtung der prozessleitenden Anordnungen einzutreten.

### **E. 2**

Die gemeinsamen Kinder A.\_\_\_\_\_, geboren am \_\_\_\_\_ 2011, und B.\_\_\_\_\_, geboren am \_\_\_\_\_ 2011, seien unter die elterliche Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.

### **E. 2.1**

Der Berufungskläger beantragt im Hauptbegehren (Rechtsbegehren Nr. 1) die vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Entscheides sowie die Rückweisung an die Vorinstanz zu neuem Entscheid im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im hängigen Klageverfahren betreffend Ehescheidung Proz. Nr. \_\_\_\_\_. Zur Begründung bringt er vor, trotz der Instanziierung der Scheidungsklage am 20. Juli 2018, mithin lange vor der mündlichen Hauptverhandlung im Eheschutzverfahren, habe der Vorderrichter nicht, wie dies von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zu Recht gefordert werde, vollumfänglich in das Scheidungsverfahren gewechselt und in diesem Verfahren über den Erlass vorsorglicher Massnahmen befunden. Obwohl der Berufungskläger in der Scheidungsklage ausdrücklich einen Verfahrenswechsel gefordert habe, sei die Vorinstanz

im vorliegend angefochtenen Entscheid mit keiner Silbe darauf eingegangen, weshalb ein solcher Verfahrenswechsel nicht vorzunehmen sei. Stattdessen führe die Vorinstanz nun ein doppelspuriges Verfahren (Ehescheidung und Eheschutz), fordere für beide Verfahren Gerichtskostenvorschüsse ein und verfüge auch noch Prozesskostenvorschüsse. Diese Doppelspurigkeit werde mit dem nun hängigen Berufungsverfahren vor Kantonsgericht im Eheschutzverfahren nun weiter ausgebaut und das Verfahren unnötig verteuert (act. A.1 S. 6 f.). Die Berufungsbeklagte hält dem entgegen, dass ein anhängig gemachtes Eheschutzverfahren immer zu Ende zu führen sei. Auch sei nicht erkennbar, welchen schutzwürdigen Zweck ein Verfahrenswechsel habe, zumal ein Verfahren mit Ehescheidung und vorsorglicher Massnahme gleichermassen doppelspurig wäre (act. A.2 S. 7 f.).

## **E. 2.2**

Der Berufungskläger befand bereits in seiner Stellungnahme zum Eheschutzgesuch der Berufungsbeklagten vom 20. Juli 2018 mit Hinweis auf die am gleichen Tag eingereichte Scheidungsklage, es sei angezeigt, anstelle eheschutzrichterlicher Massnahmen verfahrensleitende Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens anzuordnen (Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. I/2 S. 3 f.). Zudem betonte er an der mündlichen Eheschutz-Hauptverhandlung mit Hinweis auf den Basler Kommentar (ohne Angabe einer Fundstelle), es seien ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. V/1 S. 2). Der Vorderrichter ging im angefochtenen Zwischenentscheid vom 20. September 2018 nicht darauf ein, sondern führte lediglich aus, seine örtliche Zuständigkeit für den Erlass eheschutzrechtlicher Massnahmen ergebe sich aus Art. 23 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht am Wohnsitz einer Partei zwingend zuständig sei, und seine sachliche Zuständigkeit aus Art. 4 Abs. 1 lit. a EGzZPO, welcher die einzelrichterliche Zuständigkeit in Angelegenheiten des Summarverfahrens vorsehe. Vor diesem Hintergrund erscheint die Rüge des Berufungsklägers, es werde im angefochtenen Entscheid nicht begründet,

## **E. 2.3**

Es sei folgende Betreuungsregelung durch das Gericht festzulegen: Der Kindsvater betreut die Kinder A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ wie folgt: - An jedem Freitag und/oder Montag, wobei die Kinder in der Nacht vor diesen Betreuungstagen ebenfalls beim Vater verbringen; - Jedes 2. Wochenende von Freitagabend (Schluss) bis Sonntagabend, 19.00 Uhr, wobei sich diese Wochenenden durch die Betreuung gem. Absatz 1 vorstehend an jedem 2. Wochenende verlängern um den Freitag und/oder Montag. - Während 6 Wochen Ferien pro Jahr in den Schulferien der Kinder. In den übrigen Zeiten werden die Kinder A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ von der Kindsmutter betreut.

### **E. 2.3.1**

Wie das Bundesgericht bereits in BGE 138 III 646 (= Pra 2013 Nr. 34) – in Präzisierung seiner bisherigen Rechtsprechung (BGE 129 III 60 E. 2 und 134 III 326 E. 3.2) – klargestellt hat, lässt die Einreichung einer Scheidungsklage die Zuständigkeit des Eheschutzrichters zum Entscheid über die bei ihm bereits hängigen Anträge nicht einfach dahinfallen. Der Eheschutzrichter bleibt vielmehr zuständig für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung, selbst wenn er darüber erst nach diesem Zeitpunkt entscheiden kann. Ein solcher Entscheid bleibt sodann gleich wie eine vor der Rechtshängigkeit der Scheidung getroffene Anordnung in Kraft, bis er durch vorsorgliche

Massnahmen des Scheidungsgerichts abgeändert wird. Solange bei Einreichung der Scheidungsklage nicht zugleich vorsorgliche Massnahmen beantragt werden und folglich noch kein Zuständigkeitskonflikt zwischen Eheschutz- und (vorsorglicher) Massnahmerichter besteht, bleibt die eheschutzrichterliche Zuständigkeit demnach nicht bloss für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung, sondern auch mit Wirkung für die Dauer des Scheidungsverfahrens bestehen. Gestützt auf den genannten Bundesgerichtsentscheid hat das Kantonsgericht von Graubünden daher bereits wiederholt erkannt, dass ein Verfahrenswechsel, wie er von einem Teil der Regionalgerichte nach wie vor praktiziert wird, nicht erforderlich ist (vgl. Urteile des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 12 76 vom 26. April 2013 E. 2.e; ZK1 13 28 vom 3. Februar 2014 E. 1.b; ZK1 14 42 vom 17. März 2015 E. 1.4; ZK1 14 154 vom 29. Juni 2015 E. 1.c). Zwischenzeitlich hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung erneut bestätigt und explizit erklärt, dass ein die Kinderbelange (Obhut und Unterhalt) betreffendes Eheschutzverfahren trotz zwischenzeitlich eingereichter Scheidungsklage zu Ende zu führen sei und der zu treffende Entscheid mangels im Scheidungsverfahren gestellter Massnahmebegehren über die Einleitung des Scheidungsverfahrens hinaus Geltung haben werde, bis der Scheidungsrichter neue Anordnungen treffe (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_316/2018 vom 5. März 2019 E. 3). Auch in der Lehre fand die bundesgerichtliche Rechtsprechung Zustimmung (vgl. namentlich Samuel Zogg, a.a.O., S. 55 ff., der allerdings dafürhält, dass die Spaltung der zeitlichen Zuständigkeit insofern eine Beschränkung der Kognition des Eheschutzrichters zur Folge habe, als dieser bei seiner Entscheidung nur Tatsachen berücksichtigen dürfe, die bis zur Rechtshängigkeit der Scheidung entstanden seien, während nach diesem Zeitpunkt eingetretene Tatsa-

### **E. 2.3.2**

Festzuhalten ist demnach, dass der Eheschutzentscheid in zeitlicher Hinsicht keiner Einschränkung unterliegt, solange kein Kompetenzkonflikt besteht, d.h. solange nicht beim Scheidungsgericht der Erlass vorsorglicher Massnahmen beantragt wird. Erst mit einem solchen Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen entfielen gegebenenfalls die Zuständigkeit für eine Obhutsregelung, die ihrer Natur nach nur für die Zukunft wirken kann. Vorliegend hat es der Berufungskläger unterlassen, beim Scheidungsgericht um den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu ersuchen, und sein blosser Antrag auf einen Verfahrenswechsel ist nicht ausreichend, um den Erlass von Eheschutzmassnahmen auszuschliessen. Überdies ist für den vom Berufungskläger beantragten Verfahrenswechsel kein schützenswertes Interesse erkennbar, zumal der Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren (ebenfalls) in einem selbständigen Nebenverfahren erfolgt, für welches ein separater Gerichtskostenvorschuss erhoben werden kann. Das Eheschutzverfahren unterscheidet sich schliesslich weder prozessual noch materiell-rechtlich vom vorsorglichen Massnahmeverfahren, da Art. 276 ZPO für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren explizit auf die Bestimmungen des Eheschutzverfahrens nach Art. 172 ff. ZGB verweist. Damit hat der Vorderrichter zu Recht von einem Verfahrenswechsel abgesehen und die diesbezügliche Rüge des Berufungsklägers im Hauptpunkt ist nicht zu hören.

### **E. 2.4**

Der Kindsvater sei zu verpflichten, an den Unterhalt der beiden Kinder A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ mit Wirkung ab Verfügung der hiermit beantragten richterlichen Massnahmen monatlich im Voraus je CHF 1'530.00 zzgl. Kinderzulagen zu bezahlen.

## E. 2.5

Es sei richterlich festzustellen, dass sich die Ehegatten gegenseitig keinerlei Unterhalt schuldig sind.

## E. 2.6

Die Kosten des Regionalgerichts Landquart seien denjenigen im Klageverfahren betreffend Ehescheidung, Proz.-Nr. \_\_\_\_\_, zuzuschlagen. Die Kosten des Kantonsgerichts seien der Berufungsbeklagten zu überbinden. Die ausseramtlichen Kosten beider Parteien seien wettzuschlagen. Dabei sei ausdrücklich richterlich festzustellen, dass der Berufungskläger der Berufungsbeklagten weder für das Eheschutzverfahren vor Regionalgericht Landquart noch für das vorliegende Berufungsverfahren vor Kantonsgericht Graubünden einen Prozesskostenvorschuss für Anwalts- und Gerichtskosten schuldig ist.

9 / 41 3. Verfahrensleitender Antrag Für die Dauer des Berufungsverfahrens vor Kantonsgericht Graubünden sei der Aufschub der Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides Proz.-Nr. \_\_\_\_\_ vom 10.09/03.10.2018 zu verfügen, dies je nach Vorgehen gem. Rechtsbegehren Ziff. 1 vorstehend vollumfänglich und gemäss Ziff. 2 vorstehend im Umfang der angefochtenen Ziffern des Dispositivs im angefochtenen Entscheid. I. Mit Verfügung vom 17. Oktober 2018 forderte die Vorsitzende der I. Zivilkammer den Berufungskläger gestützt auf Art. 98 und 101 ZPO auf, dem Kantonsgericht bis zum 29. Oktober 2018 einen Kostenvorschuss von CHF 3'000.00 zu überweisen, dessen Eingang fristgerecht verzeichnet werden konnte. J. Mit Berufungsantwort vom 22. Oktober 2018 liess Y. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Berufungsbeklagte) die folgenden Rechtsbegehren stellen: 1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit auf diese überhaupt einzutreten ist. 2. Der verfahrensleitende Antrag, wonach der Aufschub der Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides für die Dauer des Berufungsverfahrens vor Kantonsgericht Graubünden zu verfügen sei, sei abzuweisen, soweit auf diesen überhaupt einzutreten ist. 3. Unter vollumfänglicher gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer) für beide Instanzen zu Lasten des Berufungsklägers, wobei dieser als Ausfluss der ehelichen Beistandspflicht unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zur entsprechenden Kostentragung zu verpflichten sei. K. Mit Schreiben vom 8. November 2018 stellte die Vorsitzende der I. Zivilkammer dem Berufungskläger die Berufungsantwort zu und teilte ihm mit, dass allfällige Bemerkungen zu den neuen Vorbringen und Beweismitteln der Gegenpartei bis zum 19. November 2018 einzureichen seien. Im Übrigen sei weder ein weiterer Schriftenwechsel noch eine mündliche Verhandlung vorgesehen. Innert der gesetzten Frist ging keine Stellungnahme des Berufungsklägers mehr ein. L. Zusammen mit ihrer Berufungsantwort hatte die Berufungsbeklagte mit separatem Gesuch vom 22. Oktober 2018 die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (unter Einschluss der Verbeiständung durch Rechtsanwältin lic. iur. Claudio Allensbach) für das Rechtsmittelverfahren mit Wirkung ab 18. Oktober 2018 beantragen lassen (ZK1 18 154). In der Begründung war darauf hingewiesen worden, dass am selben Tag beim Regionalgericht Landquart auch ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren anhängig gemacht worden sei. Mit Schreiben vom 20. Februar 2019 informierte die Berufungsbeklagte das Kantonsgericht, dass der Einzelrichter am Regionalgericht Landquart das Verfahren betreffend Prozesskostenvorschuss mit Verfügung

10 / 41 vom 30. Januar 2019 bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens vor Kantonsgericht sistiert habe. In der Folge wurde der Berufungsbeklagten mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom 8. März 2019 die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren erteilt, wobei ein rückwirkender Entzug im Falle, dass der Berufungskläger nachträglich zur Leistung eines ausreichenden Beitrages an die Prozesskosten des Berufungsverfahrens verpflichtet werden sollte, vorbehalten blieb. M. Mit prozessleitender Verfügung vom 11. März 2019 wies die Vorsitzende der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts den Antrag des Berufungsklägers um Aufschub der Vollstreckbarkeit des Zwischenentscheides des Einzelrichters am Regionalgericht Landquart vom 10. September 2018 ab. N. Mit Schreiben vom 13. März 2019 reichte der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagte seinen Honorarnoten für die anwaltlichen Bemühungen im Berufungsverfahren (nach URP-Tarif und nach normalen Tarif) ein. Die Honorarnote zum Normaltarif wurde dem Berufungskläger am 15. März 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt. O. Mit Schreiben vom 17. Juli 2019 teilte der Berufungskläger mit, dass er seinem Rechtsvertreter das Mandat entzogen habe und bis auf weiteres nicht anwaltlich vertreten werde. Am 28. August 2019 zeigte sodann Rechtsanwalt lic. iur. Erich Vogel unter Beilage einer entsprechenden Vollmacht an, dass er fortan die Interessen des Berufungsklägers wahrnimmt. Auf dessen Ersuchen wurden ihm am 22. Oktober 2019 sämtliche Verfahrensakten zur Einsichtnahme zugestellt, worauf sie am 4. November 2019 wieder beim Kantonsgericht eingingen. P. Auf die Begründung der Anträge in den Rechtsschriften sowie auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen

### **E. 2.7**

Es sei richterlich festzustellen, dass die Eheparteien mit schriftlichem Ehevertrag vom 17.12.2015 die Gütertrennung rückwirkend per Eheschluss vereinbart und auch gültig bereits vollzogen haben.

### **E. 2.8**

Es seien die Kosten des Verfahrens je hälftig den Parteien zu überbinden und die ausseramtlichen Kosten seien wettzuschlagen. E. Ebenfalls am 20. Juli 2018 reichte der Ehemann gestützt auf Art. 114 ZGB beim Regionalgericht Landquart eine Scheidungsklage ein (Proz. Nr. \_\_\_\_). F. Am 10. September 2018 fand die mündliche Verhandlung vor dem Einzelrichter am Regionalgericht statt. Während der Ehemann bei seinen Anträgen blieb, passte die Ehefrau Ziffer 4.1. ihres Rechtsbegehrens vom 21. Juni 2018 mit entsprechender Begründung wie folgt an: 4.1. a) Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für den Unterhalt für sie persönlich und die gemeinsamen Kinder rückwirkend seit dem 1. Juli 2017 und bis zum 20. Juli 2018 einen monatlichen Un-

5 / 41 terhaltsbeitrag von Fr. 7'034.00 exkl. Kinderzulagen zu bezahlen, zusammengesetzt aus: - Fr. 1'311.00 Barunterhalt für B.\_\_\_\_, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, - Fr. 1'311.00 Barunterhalt für A.\_\_\_\_, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, - Fr. 1'651.50 Betreuungsunterhalt je Kind, - Fr. 1'109.00 Ehegattenunterhalt für die Ehefrau persönlich, zahlbar an die Gesuchstellerin jeweils im Voraus auf den ersten Tag eines jeden Monats.

b) Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für den Unterhalt für sie persönlich und die gemeinsamen Kinder ab dem 20. Juli 2018 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Unterhaltsbetrag von Fr. 7'250.50 exkl. Kinderzulagen zu bezahlen, zusammengesetzt aus: - Fr. 1'202.50 Barunterhalt für B.\_\_\_\_, zuzüglich

allfälliger Kinderzulagen, - Fr. 1'202.50 Barunterhalt für A.\_\_\_\_\_, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, - Fr. 1'976.50 Betreuungsunterhalt je Kind, - Fr. 892.50 Ehegattenunterhalt für die Ehefrau persönlich, zahlbar an die Gesuchstellerin jeweils im Voraus auf den ersten Tag eines jeden Monats. G. Mit Zwischenentscheid vom 10. September 2018, mitgeteilt am 3. Oktober 2018, erkannte der Einzelrichter am Regionalgericht Landquart was folgt: 1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Ehegatten getrennt von- einander leben. Die Eheleute sind auf unbestimmte Zeit zum Getrennt- leben berechtigt. 2. Die gemeinsamen Kinder A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_, beide geboren am \_\_\_\_\_ 2011, werden einstweilen bis zum Vorliegen des definitiven Entscheides unter die alleinige Obhut der Kindsmutter gestellt. 3. Der Kindsvater wird einstweilen bis zum Vorliegen des definitiven Ehe- schutzentscheides für berechtigt erklärt, seine beiden Kinder jeweils jedes zweite Wochenende von Freitag nach Schulschluss bis Sonntagabend 18.00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen. Während den Fe- rien der Kinder bzw. während der schulfreien Zeit beginnt das Be- suchsrecht am Freitag um 9.00 Uhr und endet am Sonntagabend um 18.00 Uhr. Zusätzlich wird der Vater einstweilen für berechtigt erklärt, seine bei- den Kinder bis zum Vorliegen des definitiven Entscheids (voraussich- tlich Ende Februar 2019) während zwei Wochen zu sich in die Ferien zu nehmen, wobei das Ferienrecht frühzeitig, mindestens einen Monat im Voraus, mit der Kindsmutter abzusprechen und während den Schul- ferien auszuüben ist.

6 / 41 4. Der Ehemann wird einstweilen bis zum Vorliegen des definitiven Ehe- schutzentscheides während des Getrenntlebens verpflichtet, die fol- genden Unterhaltszahlungen monatlich im Voraus, je auf den ersten des Monats, an die Ehefrau zu leisten, erstmals ab 1. Juli 2018: - CHF 761.00 zuzüglich Kinderzulagen Barunterhalt für A.\_\_\_\_\_ - CHF 761.00 zuzüglich Kinderzulagen Barunterhalt für B.\_\_\_\_\_ - CHF 2'713.00 Betreuungsunterhalt (für beide Kinder) - CHF 1'183.00 Ehegattenunterhalt 5. Die Kinder- und Jugendpsychiatrie Graubünden (KJP) wird beauftragt, ein Gutachten über die Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit der Eltern zu erstellen sowie Empfehlungen zur Zuteilung der Obhut und der Ausübung des Besuchsrechts abzugeben. 6. Der Ehemann wird verpflichtet, für das einzuholende Gutachten inner- halb von 10 Tagen ab Mitteilung des vorliegenden Entscheides einen Kostenvorschuss von CHF 8'000.00 zu leisten.

### **E. 3**

/ 41 hältnisse des Gesuchsgegners genau zu beziffern bzw. zu beantra- gen.

b) Vorab sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, über sein aktuelles Einkommen, sein Vermögen, seine Ausgabenverhältnisse und seine Schulden umfassend Auskunft zu erteilen und die notwendigen Urkun- den vorzuweisen. Eventualiter seien die entsprechenden Informationen und Dokumente bei Dritten einzuholen.

### **E. 3.1**

Im Eventualpunkt beantragt der Berufungskläger die Aufhebung der Dispo- sitivziffern 2, 3, 4, 7 und 9 des angefochtenen Entscheides und erneuert hinsicht- lich Obhut und Betreuung der Kinder, Unterhalt sowie Prozesskosten die vor ers- ter Instanz gestellten Anträge. Soweit er damit dem Wortlaut nach ("für die Dauer des Getrenntlebens") bereits eine definitive Regelung anstreben sollte, ist der Be- rufungsbeklagten darin beizustimmen, dass darauf im über den Zwischenent- scheid hinausgehenden Umfang nicht eingetreten werden könnte. Nachdem die Anordnung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens im Eventualpunkt nicht ange- fochten wird, versteht sich von selbst, dass eine über die Dauer

des Verfahrens hinausgehende Regelung von Obhut und Unterhalt im jetzigen Zeitpunkt ausgeschlossen ist.

### **E. 3.2**

Zur Begründung seines Eventualantrags verweist der Berufungskläger in erster Linie auf den sog. "Ehevertrag" vom 2. Oktober 2009, welcher nach wie vor gelte und deshalb beachtet werden müsse. Die Parteien hätten sich in diesem

### **E. 3.3**

Der "Ehevertrag" vom 2. Oktober 2009 (Heiratsdatum) sieht insbesondere vor, dass beide Ehegatten auch nach der Heirat finanziell autonom bleiben sollen. Jeder Sorge damit selber für sein Ein- und Auskommen. Im Scheidungsfall behalte jeder seine Pensionskassengelder sowie alle anderen Guthaben. Was die Kinder anbelange, sei jeder Elternteil für die Obhut ab Ende des Mutterschaftsurlaubes zu gleichen Teilen verantwortlich. Die Kosten für das Kind inklusive Fremdbetreuung würden aus dem gemeinsamen Haushaltsbudget bezahlt. Beantrage eine Partei die Scheidung, trügen beide zu einer speditiven und sachlichen Abwicklung bei. Die im Scheidungsrecht verankerte Wartefrist von zwei Jahren werde nicht ausgenutzt (vgl. Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. III.2). Zu diesem nicht öffentlich beurkundeten Vertrag hat der Vorderrichter erwogen, es handle sich nach übereinstimmender und richtiger Auffassung der Parteien nicht um einen Ehevertrag im Sinne des Gesetzes, sondern um eine rein privatrechtliche Vereinbarung. Das Bundesgericht habe in einem von der Berufungsbeklagten vor Schranken zitierten Entscheid (BGE 121 III 393) ausgeführt, dass die Tragweite eines Verzichts oder eines Zugeständnisses im Voraus viel schwerer erkennbar seien als nach längerer Dauer der Ehe oder selbst bei kurzer Ehedauer nach Abschluss des Beweisverfahrens.

### **E. 3.4**

Diesen nachvollziehbaren Überlegungen des Vorderrichters, welche mit Bezug auf die beschränkte Bindungswirkung von im Voraus abgeschlossenen Trennungs- oder Scheidungsvereinbarungen im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts wie auch der kantonalen Gerichte stehen, vermag der Berufungskläger mit seinen appellatorischen Ausführungen nicht beizukommen. Zum einen scheint er zu verkennen, dass der Vorderrichter mit seinem Zwischenentscheid noch keineswegs abschliessend über die Geltung des "Ehevertrages" befunden hat, sondern im Hinblick auf die vorläufige Regelung der Unterhaltungspflicht für die Dauer des Eheschutzverfahrens erst eine summarische Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der Vereinbarung und der Gründe für eine vorderhand abweichende Regelung vornahm. Zum anderen entspricht es in der Tat der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass eine "Scheidungsvereinbarung auf Vorrat" – entgegen einer in der Lehre vertretenen Auffassung – zwar nicht von vornherein unzulässig ist, diese aber jedenfalls erst mit der Genehmigung des Gerichts rechtsgültig wird und die Genehmigung auf entsprechenden Parteiantrag zu verweigern ist, wenn die Vereinbarung als offensichtlich unangemessen im Sinne von Art. 279 Abs. 1 ZPO einzustufen ist. Letzteres ist der Fall, wenn sie in sofort erkennbarer und eklatanter Art und Weise von der gesetzlichen Regelung abweicht und sich diese Abweichung aus Billigkeitsüberlegungen nicht rechtfertigen lässt. Vorbehalten bleiben im Übrigen Vereinbarungen über Kinderbelange, wo allein mit Blick auf das Kindeswohl über die Genehmigung zu befinden ist (vgl. zum Ganzen Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 13 87 vom 20. Dezember 2017 E. 5 f. mit einer ausführlichen Übersicht

zur Lehre und Rechtsprechung bezüglich im Voraus geschlossener Scheidungsvereinbarungen, sowie das diesen Entscheid bestätigende Urteil des Bundesgerichts 5A\_980/2018 vom 5. Juni 2019 E. 3 f.; weiterführend auch das zur amtlichen Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 5A\_778/2018 vom 23. August 2019 E. 5). Das für die Regelung der Scheidungsfolgen Gesagte gilt sinngemäss auch für Vereinbarungen über die Folgen des Getrenntlebens. Dementsprechend hat etwa das Kantonsgericht St. Gallen in seinem Entscheid FS.2016.13 vom 29. Mai 2017 (vom Bundesgericht bestätigt mit Urteil 5A\_493/2017 vom 7. Februar 2018) erkannt, dass auch Vereinbarungen über die rein vermögensrechtlichen, die Ehegatten persönlich betreffenden Folgen einer Trennung der richterlichen Genehmigung unterliegen. Dabei habe der Richter im Falle eines Antrages auf Nichtgenehmigung den Parteiwillen wohl grundsätzlich zu respektieren, dürfe aus wichtigen Gründen, namentlich wenn die vereinbarte Lösung in einer durch Billigkeitserwä-

### **E. 3.5**

Mit Blick auf die beschriebene Rechtslage lässt sich nicht beanstanden, wenn der Vorderrichter bei seiner vorläufigen Regelung der Trennungsfolgen nicht auf den sog. "Ehevertrag" abgestellt, sondern seinem Entscheid stattdessen die bis zur Trennung gelebten Verhältnisse und die aktuelle Situation zugrunde gelegt hat. Soweit es um die Betreuung und den Unterhalt der Kinder geht, besteht aufgrund der für die Kinderbelange geltenden Offizialmaxime (Art. 296 ZPO) von vornherein keine Einschränkung der richterlichen Entscheidungsbefugnis. Solche Vereinbarungen stellen lediglich gemeinsame Parteianträge dar, welche für das Gericht nicht bindend sind und in jedem Fall auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl zu prüfen sind. Dementsprechend kann auch ein Ehegatte auf eine derartige Vereinbarung zurückkommen (respektive deren Nichtgenehmigung beantragen), wenn sich die Verhältnisse geändert haben und/oder sie nicht (mehr) dem

### **E. 5**

Der Gesuchsgegner sei ab dem 1. Juli 2018 und für die Dauer des Eheschutzverfahrens vorsorglich zu verpflichten, an den Unterhalt der Gesuchstellerin und der gemeinsamen Kinder B.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ einen monatlichen, im Voraus zu bezahlenden Mindestunterhaltsbeitrag von Fr. 5'000.00 zu bezahlen. Dieser "vorsorgliche" Unterhaltsbeitrag für die Dauer des Eheschutzverfahrens sei superprovisorisch, das heisst ohne Anhörung des Gesuchsgegners oder zumindest umgehend nach Einholung einer Stellungnahme innert einer (nicht erstreckbaren) Frist von 10 Tagen zu verfügen. 6.1. a) Der Gesuchsgegner sei – im Sinne vorsorglicher Massnahmen – zu verpflichten, der Ehefrau für das Eheschutzverfahren für Prozess- und Vertretungskosten einen Kostenvorschuss von vorläufig Fr. 9'000.00 zu leisten.

b) Dieser Kostenvorschuss sei umgehend nach Einholung einer Stellungnahme innert einer (nicht erstreckbaren) Frist von 10 Tagen zu verfügen. 6.2. Es sei Vormerk zu nehmen, dass sich die Gesuchstellerin vorbehält, vom Gesuchsgegner zu einem späteren Zeitpunkt weitere Prozesskostenvorschüsse zu fordern.

### **E. 5.1**

Der Vorderrichter verpflichtete den Berufungskläger, einstweilen bis zum Vorliegen des definitiven Eheschutzentscheides während des Getrenntlebens, zur Bezahlung von monatlich je CHF 761.00 Barunterhalt (zuzüglich Kinderzulagen) pro Kind, CHF 2'713.00

Betreuungsunterhalt und CHF 1'183.00 Ehegattenunterhalt (Dispositivziffer 4 des angefochtenen Entscheides). Dabei nahm er – im Anschluss an seine vorstehend (Erw. 3.3) dargelegten Überlegungen, welche ein Abweichen von der im "Ehevertrag" vereinbarten Regelung rechtfertigen würden – eine detaillierte Berechnung der Bedarfs- und Einkommenspositionen der Ehegatten vor. Er bezifferte das Einkommen der Berufungsbeklagten auf monatlich CHF 0.00, jenes des Berufungsklägers auf insgesamt CHF 9'724.00, bestehend aus einem Monatslohn (80 %-Pensum) von CHF 5'664.00 (inkl. 13. Monatslohn), einem (von dessen Mutter bezahlten) Beitrag für den Sohn Florian von CHF 405.00 sowie Mieteinnahmen in Höhe von CHF 3'655.00. Hinsichtlich des berufungsklägerischen Einkommens aus unselbständiger Erwerbstätigkeit stützte sich der Vorderrichter auf die Angaben des Ehemannes. Da dieser seit Jahren in einem 80 %-Pensum arbeite, bestehe keine Verpflichtung, sein bisheriges Arbeitspensum zu erhöhen, zumal von vornherein klar gewesen sei, dass die

### **E. 5.2**

Der Berufungskläger beantragt im Eventualpunkt, die Kindesunterhaltsbeiträge seien mit Wirkung ab Verfügung der hiermit beantragten richterlichen Massnahmen auf monatlich CHF 1'530.00 pro Kind festzusetzen und es sei festzustellen, dass sich die Ehegatten keinerlei Unterhalt schuldeten. Die vertraglich vereinbarte Doppelverdienerehe sei nicht, wie die Vorinstanz festhalte, letztlich konkludent als Zuverdienstehe geführt worden. Der schriftliche Vertrag sei keineswegs abgeändert worden, vielmehr habe der Berufungskläger als vorübergehende Lösung sein Einverständnis bekundet, verstärkt für den Unterhalt der Familie aufzukommen, solange diesbezüglich die Kindsmutter ihre eigenen Verdienstmöglichkeiten nicht voll ausschöpfen könne. Die Kindsmutter könne trotz der bestehenden Teilinvalidität ein ausreichendes Erwerbseinkommen erzielen, nämlich gemäss Entscheid der SVA Graubünden vom 18. Mai 2018 bei einem 100 %-Pensum ein Jahreseinkommen von CHF 40'199.95. Gestützt auf die Aktenlage – wonach die Berufungsbeklagte ohne nähere Konkretisierung und Einreichung von Belegen behaupte, sie könne keine entsprechende Arbeitstätigkeit finden, obwohl sie aber in ihrem Hebammenberuf sehr wohl noch entgeltlich Beratungstätigkeit ausübe – müsse sich die Berufungsbeklagte ein hypothetisches Erwerbseinkommen in Höhe von CHF 5'000.00 anrechnen lassen. Was seine Einkünfte aus der Vermietung seiner Liegenschaften beträfen, sei auf die Beweisurkunden im Eheschutzverfahren, insbesondere auf die Berechnung in act. 2, zu verweisen. Demnach seien monatliche Mietzinseinnahmen von (abgerundet/pauschal) CHF 2'200.00 ausgewiesen, errechnet aus einem monatlichen Zinsertrag von CHF 6'363.00, abzüglich Hypothekarkosten von CHF 1'729.80, Unterhaltskosten von CHF 1'553.60

### **E. 5.3**

Die Berufungsbeklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Berufungskläger habe als vorübergehende Lösung sein Einverständnis bekundet, verstärkt für den Unterhalt aufzukommen, solange diesbezüglich die Mutter ihre eigenen Verdienstmöglichkeiten nicht voll ausschöpfen könne. Dies sei eine Vertragsänderung. Fakt sei, dass die Ehefrau ihre Verdienstmöglichkeiten aufgrund der Kinderbetreuung und der gesundheitlichen Einschränkung weiterhin nicht ausschöpfen könne, weshalb der Berufungskläger gemäss seiner eigenen Erklärung im Grunde weiterhin damit einverstanden sein müsse, verstärkt für den Unterhalt der Familie aufzukommen. Mit Bezug auf das Einkommen der Ehefrau sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nebst dem Vorhandensein und der

konkreten Greifbarkeit von Drittbetreuungsangeboten immer auch die tatsächliche Erwerbsmöglichkeit anhand der üblichen Kriterien (Gesundheit, Ausbildung, Arbeitsmarktlage etc.) zu prüfen. Im konkreten Fall sei eine Erwerbstätigkeit gemäss Schulstufenmodell der Berufungsbeklagten aufgrund ihrer sehr starken Sehbehinderung nicht zumutbar. Die Aufnahme einer solchen sei denn auch gar nicht möglich, zumal es der Berufungskläger, welchen gemäss Art. 8 ZGB die Beweislast für die Erzielung eines hypothetischen Einkommens treffe, versäumt habe, konkret darzulegen, welche beruflichen Tätigkeiten für die Ehefrau tatsächlich in Frage kommen könnten bzw. welche Stellen beim angenommenen Lohn tatsächlich möglich und zumutbar seien. Nach Angaben der IV-Stelle könne die Ehefrau eine leidensangepasste Tätigkeit mit zusätzlicher Leistungseinschränkung wegen verlangsamttem Arbeits tempo und zusätzlichen Kurzpausen im Umfang von 25-30 % ausführen. Zu be-

#### **E. 5.4**

Soweit der Berufungskläger die von ihm beantragte Unterhaltsregelung wiederum auf den "Ehevertrag" vom 2. Oktober 2009 zu stützen versucht, kann grundsätzlich auf das vorstehend Gesagte (Erw. 3.4 f.) verwiesen werden. Wie bereits für die Regelung der Obhut hat der Vorderrichter auch hinsichtlich des Unterhalts zu Recht an die bisherigen Verhältnisse angeknüpft, welche seit längerer Zeit von dem in der Vereinbarung vom 2. Oktober 2009 Festgehaltenen abweichen. Wie die Berufungsbeklagte zutreffend hervorhebt, gesteht der Ehemann in seiner Berufung zu, als vorübergehende Lösung sein Einverständnis bekundet zu haben, verstärkt für den Unterhalt der Familie aufzukommen, solange die Kindermutter ihre eigenen Verdienstmöglichkeiten nicht voll ausschöpfen könne. Die bei Eheschluss unterzeichnete Vereinbarung wurde demnach seit der Geburt der Kinder nicht mehr gelebt. Mit der definitiven Trennung kann nun zwar, unabhängig von der genannten Vereinbarung, ein Grund für die Änderung der Rollenverteilung gegeben sein. Für eine solche wäre der Berufungsbeklagten aber eine angemessene Übergangsfrist zuzugestehen, welche – jedenfalls, wenn aufgrund der Umstände (gesundheitliche Einschränkung in der Erwerbsfähigkeit) mit einer erschwerten beruflichen Wiedereingliederung zu rechnen ist – praxisgemäss bis zu einem Jahr betragen kann. Damit ist die sofortige Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bereits für die voraussichtliche Dauer der vorläufigen Regelung, wie sie der Berufungskläger im Ergebnis verlangt, a priori ausgeschlossen.

#### **E. 5.5**

Hinzu kommt, dass die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nicht bloss die Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit voraussetzt – welche allein aufgrund des Alters der Kinder im Umfang von bis zu 50% gegeben sein könnte (BGE 144 III 481) –, sondern eine solche muss auch tatsächlich möglich sein. Vorliegend ist unbestritten, dass die Berufungsbeklagte an einer Sehbehinderung leidet, welche nach Beurteilung der IV aus medizinischer Sicht die Ausübung des erlernten Berufs als Hebamme verunmöglicht (vgl. Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. II.13). Mit ihrer (zwischenzeitlich aufgegebenen) selbständigen Hebammenpraxis erzielte die Berufungsbeklagte im Jahre 2016 einen Verlust von CHF 3'000.00 und im Jahre 2017 einen kleinen Gewinn von CHF 4'150.00. Durch die IV-Stelle wird ihr zwar

#### **E. 5.6**

Was die Berechnung der Unterhaltsbeiträge anbelangt, werden die von der Vorinstanz eingesetzten Bedarfspositionen vom Berufungskläger nicht bestritten. Gerügt wird einzig die Ermittlung seines eigenen Einkommens respektive des ihm angerechneten Ertrages aus der Vermietung seiner Liegenschaften. Diesbezüglich trifft es zwar zu, dass die Berufungsbeklagte in ihrem Eheschutzgesuch selber die vom Ehemann erstellte Tabelle betreffend seine Immobilien, in welcher der monatliche Mietertrag auf CHF 2'341.18 beziffert wird (Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. II.2), einreichte. Zugleich betonte die Ehefrau aber, dass im Moment mangels entsprechender Unterlagen nicht beurteilt werden könne, ob diese Nettoertragsberechnung korrekt sei, und ersuchte dementsprechend um Edition der Mietverträge,

### **E. 5.7**

Nach dem Gesagten besteht weder hinsichtlich des der Berufungsbeklagten anzurechnenden Einkommens noch in Bezug auf die beim Einkommen des Berufungsklägers berücksichtigten Mieteinnahmen ein Grund, um die vorinstanzliche Unterhaltsberechnung zu korrigieren. Demnach bleibt es für die Zeit ab 1. Juli 2018 bis zum Vorliegen des Endentscheides bei den vom Vorderrichter festgesetzten Unterhaltsbeiträgen. Abschliessend ist allerdings darauf hinzuweisen, dass bei der definitiven Festsetzung der Unterhaltsbeiträge für die weitere Dauer des Getrenntlebens zu berücksichtigen sein wird, dass grundsätzlich auch die Kinder am Überschuss zu beteiligen sind und folglich ein angemessener Überschuss in deren Barunterhalt einzurechnen ist.

### **E. 7**

Der Ehemann wird verpflichtet, an die Ehefrau für das laufende Eheschutzverfahren einen Prozesskostenvorschuss für Anwalts- und Gerichtskosten von CHF 6'000.00 zu leisten, welcher ebenfalls innerhalb von zehn Tagen ab Mitteilung des vorliegenden Entscheides zu bezahlen ist. Die Verpflichtung zur Zahlung weiterer Prozesskostenvorschüsse an die Ehefrau bleibt vorbehalten.

### **E. 7.1**

Was die Zulässigkeit der Verpflichtung zu einem Prozesskostenvorschuss für das Eheschutzverfahren anbelangt, stützt sich der Berufungskläger auf eine Stelle im sog. Basler Kommentar (vgl. Daniel Bähler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N 5b zu Art. 271 ZPO). Darin wird festgehalten, dass das Obergericht Zürich die Möglichkeit eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren nicht vorsehe und die Parteien auf die Möglichkeiten der unentgeltlichen Rechtspflege und der Zusprechung eines Parteikostenbeitrages im Endentscheid verweise (vgl. Entscheid des Obergerichts Zürich LE130048 vom 21. Oktober 2013, in: FamPra.ch 2014 Nr. 8). Gleichzeitig wird ausgeführt, dass das Appellationsgericht Basel-Stadt diese Möglichkeit nicht ausschliesse, aber an strenge Voraussetzungen knüpfe (vgl. Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt ZB.2013.47 vom 21. Januar 2014, in: CAN 2014 Nr. 69). Eine weitergehende Aussage – insbesondere darüber, dass die Praxis des Zürcher Obergerichts der herrschenden Lehre entspreche – findet sich, wie die Berufungsbeklagte zutreffend bemerkt, an besagter Stelle nicht. Zur Zürcher Praxis ist zunächst festzuhalten, dass das Obergericht Zürich einzig die Möglichkeit zur Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als vorsorgliche Massnahme verneint, es dafür aber die Möglichkeit bejaht, den leistungsfähigen Ehegatten im Endentscheid zu einem (vorläufigen) Prozesskostenbeitrag zu verpflichten, über dessen

Rückerstattung bzw. Anrechnung an güterrechtliche Ansprüche oder zivilprozessuale Gegenforderungen im späteren Scheidungsverfahren zu befinden ist. Umstritten ist damit einzig, wann respektive in welcher Form ein auf der ehelichen Beistands- und/oder Unterhaltspflicht (Art. 159 Abs. 3 oder Art. 163 ZGB) beruhender Prozesskostenvorschuss verfügt werden kann, nicht aber dass eine solche Pflicht zur Bevorschussung von Gerichts- und Anwaltskosten des bedürftigen Ehegatten auch im Eheschutzverfahren besteht. Letzteres entspricht denn auch sowohl der langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. aus neuerer Zeit Urteil des Bundesgerichts 5A\_648/2017 vom 22. Januar 2018) als auch der herrschenden Lehre (vgl. insbesondere Jann Six, a.a.O., Rz. 1.74 ff.). Dass das Kantonsgericht von Graubünden hinsichtlich der Zulässigkeit von vorsorglichen Massnahmen in einem Eheschutzverfahren

## **E. 7.2**

Vom Berufungskläger bestritten wird ferner, dass die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung eines Prozesskostenvorschusses erfüllt sind. Soweit er in diesem Zusammenhang erneut auf die Vereinbarungen im sog. "Ehevertrag" zu sprechen kommt, gilt wiederum das unter E. 3.4. f. Gesagte. So wenig sich die Berufungsbeklagte den betreffenden Vertrag in Anbetracht der bis zur Trennung gelebten Rollenverteilung mit Bezug auf ihren Unterhaltsanspruch entgegenhalten lassen muss, so wenig kann derselbe die (auch) auf der ehelichen Beistandspflicht

## **E. 7.7**

% (auf CHF 5'173.20) entspricht. Der Berufungskläger hat die Berufungsbeklagte folglich mit CHF 5'571.55 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu entschädigen. 8.2.3. Für den Fall, dass sich die Parteientschädigung als uneinbringlich erweisen sollte (was mit Blick auf das Immobilienvermögen des Berufungsklägers allerdings unwahrscheinlich erscheint), ist an dieser Stelle über die Höhe der Entschädigung zu befinden, welche dem als unentgeltlichen Rechtsbeistand eingesetzten Rechtsanwalt der Berufungsbeklagten zulasten des Kantons aus der Gerichtskasse zu bezahlen wäre (Art. 122 Abs. 2 Satz 1 ZPO; Frank Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 11 zu Art. 122 ZPO). Ausgehend von dem auch der Parteientschädigung zugrundeliegenden Zeitaufwand von 20 Stunden und einem reduzierten Stundenansatz von CHF 200.00 (Art. 5 HV) ergibt sich unter Hinzurechnung von Barauslagen und Mehrwertsteuer ein Hono-

## **E. 8**

Die Kosten des vorliegenden Entscheides bleiben einstweilen bei der Prozedur. Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Rahmen des definitiven Eheschutzentscheides gesprochen.

### **E. 8.1**

Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung in der Sache selber als unbegründet und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen. Dementsprechend besteht auch kein Grund für eine Änderung desselben im Kostenpunkt. In Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO hat der Vorderrichter die Kosten des Zwischenentscheides bei der Prozedur belassen und in Aussicht gestellt, über die Kosten- und Entschädigungsfolge im Rahmen des definitiven Eheschutzentscheides zu befinden. Dabei handelt es sich um ein zulässiges und übliches Vorgehen. Was der Berufungskläger dagegen vorträgt, ist nicht geeignet, eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine nicht sachgerechte Ausübung seines Ermessens darzutun. Der

Entscheid über die Kosten des (trotz Einreichung der Scheidungsklage zu Recht weitergeführten) Eheschutzverfahrens wird – nebst den im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO zu berücksichtigenden Gesichtspunkten – vom Ausgang eben dieses Verfahrens abhängen, und zwar sowohl was die Verlegung der Gerichtskosten als auch was die Tragung der Parteikosten anbelangt. Nichts Anderes gälte im Übrigen, wenn statt eines Eheschutzverfahrens ein Verfahren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren durchgeführt worden wäre, handelt es sich bei einem derartigen Massnahmeverfahren doch um ein selbständiges Nebenverfahren, das einen anderen Gegenstand behandelt als das Scheidungsverfahren und unter prozessualen Gesichtspunkten mit einem Endentscheid abgeschlossen wird (BGE 134 III 426 E. 2.2.). Auch ein Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) hätte daher zu Prozesskosten geführt, welche mit dem betreffenden Endentscheid zu verlegen gewesen wären. Der Antrag des Berufungsklägers, die Kosten des Eheschutzverfahrens zu denjenigen des Scheidungsverfahrens zu schlagen, ist demzufolge abzuweisen. Bleibt es dabei, dass die Kosten des Zwischenentscheides bei der Prozedur belassen werden, kann an dieser Stelle auch noch nicht über die Parteikosten des erstinstanzlichen Verfahrens entschieden werden. Auch dieser Antrag ist somit abzuweisen, wobei anzumerken bleibt, dass ein aus den zugeprochenen Unterhaltsbeiträgen resultierender Überschuss für sich allein ohnehin keinen Grund bilden würden, die Parteikosten wettzuschlagen.

8.2.1. Zu regeln verbleiben die Kosten des Berufungsverfahrens. Nachdem die Berufung, soweit auf diese eingetreten werden kann, abzuweisen ist, wird er für das Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO), woran auch unter Einbezug der finanziellen Verhältnisse der Parteien und des in familienrechtlichen Streitig-

#### **E. 9**

Die Parteien werden unter Hinweis auf Art. 101 Abs. 3 ZPO verpflichtet, innert 20 Tagen für das vorliegende Eheschutzverfahren einen Gerichtskostenvorschuss von je CHF 2'000.00 zu leisten.

#### **E. 10**

Rechtsmittelbelehrung a) Gegen diesen Entscheid kann zivilrechtliche Berufung geführt werden (Art. 308 ff. ZPO). Diese ist beim Kantonsgericht von Graubünden, Poststrasse 14, Postfach 370, 7001 Chur, innert 10 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich und begründet einzureichen. Der angefochtene Entscheid ist beizulegen (Art. 311 und Art. 314 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 7 EGzZPO). b) Der Kostenentscheid ist selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 i.V.m. Art. 319 ff. ZPO). Diese ist beim Kantonsgericht von Graubünden, Poststrasse 14, Postfach 370, 7001 Chur, innert 10 Tagen seit Zustellung des Entscheids schriftlich und begründet einzureichen. Der angefochtene Entscheid ist beizulegen (Art. 321 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. Art. 7 EGzZPO). c) Im vorliegend anwendbaren summarischen Verfahren erfolgt kein Fristenstillstand durch Gerichtsferien (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

#### **E. 11**

/ 41 fungsfrist gilt (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der Entscheid wurde den Parteien am 3. Oktober 2018 mitgeteilt und ging dem Berufungskläger am 4. Oktober 2018 zu. Unter Berücksichtigung von Art. 142 Abs. 3 ZPO endete die Berufungsfrist somit am 15. Oktober 2019 und wurde vom Berufungskläger mit der am selbigen Tag erfolgten Postaufgabe

seiner Berufungsschrift gewahrt. Sie enthält zudem sowohl Anträge als auch eine Begründung, weshalb die gesetzlichen Formvorschriften (Art. 311 ZPO) grundsätzlich eingehalten sind. Ob die Begründung auch den von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Anforderungen entspricht, wird im jeweiligen Sach- zusammenhang zu prüfen sein.

## **E. 12**

/ 41

## **E. 13**

/ 41 selber ergehen – nicht mit Berufung, sondern einzig mit Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO angefochten werden. Nach der Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden bestünde in einem solchen Fall zwar grundsätzlich die Möglichkeit einer Konversion, sodass das Rechtsmittel, soweit es sich gegen prozessleitende Anordnungen richtet, als Beschwerde entgegengenommen werden könnte (vgl. Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 12 12 vom 2. Juli 2012 E. 1.b mit weiteren Hinweisen sowie ZK1 14 53 [= PKG 2014 Nr. 5] E. 1). Abgesehen davon, dass damit eine engere Kognition der Rechtsmittelinstanz einherginge, müssten für ein Eintreten auf die Beschwerde aber auch die Voraussetzungen von Art. 319 lit. b ZPO erfüllt sein. Für die Anfechtbarkeit einer Beweisverfügung wird nach herrschender Lehre und Rechtsprechung das Drohen eines nicht leicht wiedergut- zumachenden Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO verlangt, ansons- ten damit bis zum Endentscheid der betreffenden Instanz zuzuwarten und ein all- fälliger Mangel des Beweisverfahrens im Rahmen der Anfechtung des Endent- scheids zu rügen ist. Die anfechtende Partei hat dementsprechend substantiiert darzulegen, welchen Nachteil die Beweisverfügung konkret bewirken könnte und warum sich dieser Nachteil später nicht mehr oder nur noch mit erheblichen Schwierigkeiten beheben liesse (vgl. statt vieler Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 16 84 vom 14. Juni 2016 E. 2 mit zahlreichen Hinweisen). Bei Anordnung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens könnte nach der bundesge- richtlichen Rechtsprechung im Einzelfall zwar ein solcher Nachteil gegeben sein, zumal damit unwiderruflich in das Grundrecht der persönlichen Freiheit eingegrif- fen wird und eine wiederholte Begutachtung von Kindern nach Möglichkeit zu vermeiden ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A\_211/2014 vom 14. Juli 2014 E. 1 und 5A\_320/2014 vom 23. Juli 2014 E. 1.3 mit weiteren Hinweisen). Der Be- rufungskläger hat die Anordnung einer Begutachtung in seiner Berufungsschrift allerdings mit keinem Wort erwähnt, geschweige denn einen nicht leicht wieder- gutzumachenden Nachteil tatsächlicher oder rechtlicher Natur geltend gemacht. Trotz grundsätzlich bestehender Möglichkeit einer Konversion wäre damit auf das Rechtsmittel nicht einzutreten, soweit es sich gegen Dispositivziffer 5 des ange- fochtenen Entscheides richtet. Was sodann die Anfechtung der angeordneten Kostenvorschüsse anbelangt, wäre eine solche gestützt auf Art. 103 ZPO wohl voraussetzungslos möglich. Aufgrund der gesetzlich statuierten Begründungs- pflicht (Art. 321 Abs.1 ZPO) wäre allerdings wiederum substantiiert darzulegen gewesen, weshalb die Anordnung von Vorschüssen unzulässig sein soll. Eine derartige Begründung findet sich in der Berufungsschrift nirgends, sodass auf das Rechtsmittel auch in diesem Punkt nicht einzutreten wäre, sofern von einer ei- genständigen Anfechtung der besagten Verfügungen auszugehen wäre. Der als Hauptbegehren formulierte Antrag auf vollständige Aufhebung des angefochtenen

## **E. 14**

/ 41 Entscheides (unter Einschluss der prozessleitenden Anordnungen) steht indessen offensichtlich in Zusammenhang mit der Rüge, dass der Vorderrichter nach der Einreichung der Scheidungsklage einen Verfahrenswechsel hätte vornehmen müssen und im Eheschutzverfahren insgesamt kein Entscheid mehr hätte ergehen dürfen. Sofern sich diese Rüge als zutreffend erwiese (vgl. dazu nachfolgend E. 2), wäre der angefochtene Zwischenentscheid in der Tat als Ganzes aufzuheben und die Anordnung eines Kostenvorschusses für das Eheschutzverfahren würde sich erübrigen.

## **E. 15**

/ 41 1.6.1. Zu prüfen bleibt, ob (und gegebenenfalls mit welchem Rechtsmittel) eine vorläufige Regelung der Unterhaltspflicht angefochten werden kann. Dass bei sich abzeichnender längerer Verfahrensdauer, wie namentlich bei Anordnung einer Begutachtung, eine vorübergehende Regelung des Unterhalts notwendig sein kann, liegt auf der Hand. Anders als das Obergericht Zürich, welches eine vorsorgliche Verpflichtung zu Geldleistungen im Eheschutzverfahren kategorisch ausschliesst, erachtet die bündnerische Praxis daher auch die Anordnung vorsorglicher Unterhaltszahlungen als zulässig (vgl. zu dieser Frage Samuel Zogg, "Vorsorgliche" Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in FamPra.ch 2018, S. 79 ff., insbesondere Fn. 137 mit einer Übersicht über die Praxis anderer kantonaler Gerichte). Dies gilt mit Blick auf die allgemeinen Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme (Art. 261 ZPO) jedenfalls für die ab Erlass der Verfügung geschuldeten Unterhaltsbeiträge, während eine vorsorgliche Zusprechung rückwirkender Unterhaltsbeiträge regelmässig am Erfordernis eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils scheitern dürfte (vgl. dazu Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn ZKBER.2015.2 vom 2. Februar 2015 E. 3 in: SOG 2015 Nr. 11). Was die Anfechtbarkeit vorsorglich angeordneter Unterhaltszahlungen anbelangt, befürwortet das Kantonsgericht von Graubünden – ähnlich wie das Kantonsgericht Basel-Landschaft in seinem von der Berufungsbeklagten zitierten Entscheid vom 29. Oktober 2014 (Proz. Nr. 400 14 232; auch publiziert in BJM 2015 S. 279 ff.) – eine differenzierte Lösung: Bleibt bei der Anordnung vorsorglicher Unterhaltszahlung die spätere definitive Festsetzung für die gesamte Dauer vorbehalten, entfällt die Anfechtbarkeit der vorläufigen Entscheidung – dies in Analogie zur Rechtslage bei superprovisorischen Anordnungen, bei welchen kein Rechtsschutzinteresse zur Anfechtung besteht, wenn der vorläufige Entscheid später vollständig durch einen Endentscheid, mit welchem die Höhe der Unterhaltsbeiträge nochmals überprüft wird, ersetzt wird. Wird der Unterhalt aber für die Dauer des Verfahrens endgültig festgesetzt und bleibt nur eine spätere Anpassung an eine allenfalls geänderte Obhuts- und Betreuungsregelung mit Wirkung für die Zukunft vorbehalten, liegt ein Teilentscheid mit (unbestimmter) Befristung vor, der mit Berufung anfechtbar ist, und zwar unabhängig vom Streitwert, wenn zugleich die Obhuts- und Betreuungsregelung angefochten wird (siehe dazu auch Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 2016 23 vom 1. Februar 2016). 1.6.2. Vorliegend geht die Berufungsbeklagte davon aus, dass die Unterhaltsbeiträge mit dem angefochtenen Entscheid erst vorläufig (im Sinne einer mit dem späteren Endentscheid reversiblen Regelung) festgesetzt worden seien und sie daher weder mit Berufung noch mit Beschwerde anfechtbar seien. Tatsächlich hat der Vorderrichter in seinem Entscheid erwogen, es erscheine insbesondere mit

## **E. 16**

/ 41 Blick auf die aus Art. 159 ff. ZGB fliessende Beistandspflicht, welche mit der Eheschliessung eingegangen werde und vertraglich nicht wegbedungen werden könne,

gerechtfertigt, der Berufungsbeklagten vorläufig einen Unterhaltsbeitrag zuzusprechen. Die Unterhaltsbeiträge würden vorsorglich bis zum Vorliegen des definitiven Eheschutzentscheides festgelegt, zumal sich darin je nach Ergebnis des einzuholenden Gutachtens in Bezug auf die Obhut Änderungen hinsichtlich des Umfangs der Betreuung der Kinder ergeben könnten, welche wiederum einen Einfluss auf die Höhe der Kinderunterhaltsbeiträge zeitigten. Anschliessend nahm der Vorderrichter eine detaillierte Berechnung und Beurteilung der strittigen Punkte vor und erwog abschliessend, dass über die definitiven Unterhaltsbeiträge sowie deren rückwirkende Festlegung und allfällige Verrechnung seitens des Berufungsklägers noch definitiv zu entscheiden sei. Im Dispositiv des angefochtenen Entscheides wurde der Berufungskläger schliesslich "einstweilen bis zum Vorliegen des definitiven Eheschutzentscheides [...], erstmals ab 1. Juli 2018" zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die beiden Kinder sowie die Ehefrau verpflichtet. Aus dem angefochtenen Entscheid geht damit nicht klar hervor, welche Bedeutung der vorläufigen Regelung der Unterhaltspflicht zukommen soll. Zwar blieb der definitive Entscheid über die Unterhaltsbeiträge sowie über deren beantragte Rückwirkung (ab 1. Juli 2017) vorbehalten. Die vorläufigen Beiträge beruhen indessen bereits auf einer umfassenden Beurteilung und deren Anpassung wird einzig vom Ergebnis des Gutachtens respektive einer allfälligen Änderung der Betreuungsteile abhängig gemacht. Dies spricht eher dafür, dass die Unterhaltsbeiträge für die Zeit ab 1. Juli 2018 bis zum Endentscheid bereits verbindlich festgesetzt wurden und im Endentscheid nur noch darüber befunden werden soll, ob einerseits auch rückwirkend (für ein Jahr vor Gesuchseinreichung) Unterhaltsbeiträge geschuldet sind und ob andererseits die definitive Regelung der Obhut eine Änderung der Unterhaltsbeiträge (mit Wirkung nur für die Zukunft) nach sich ziehen muss. Dementsprechend ist – entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten und im Einklang mit der Rechtsmittelbelehrung des Vorderrichters – von einer der Berufung zugänglichen befristeten Regelung der Unterhaltspflicht auszugehen. Nichts Anderes gilt im Übrigen hinsichtlich der Verpflichtung des Berufungsklägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Berufungsbeklagte, handelt es sich dabei doch ebenfalls um eine auf materiellem Recht basierende Anordnung, welche im Rahmen des Entscheides nicht mehr überprüft wird.

#### **E. 17**

/ 41

#### **E. 18**

/ 41 weshalb kein Verfahrenswechsel vorgenommen werde, zutreffend und eine Verletzung der Begründungspflicht des Vorderrichters ist zu bejahen. Was die Notwendigkeit eines Verfahrenswechsels nach Einreichung der Scheidungsklage betrifft, kann der Ansicht des Berufungsklägers indessen aus nachfolgend dargelegten Gründen nicht gefolgt werden.

#### **E. 19**

/ 41 chen auf dem Wege eines Antrags auf Abänderung des noch ausstehenden Entscheides beim Scheidungsgericht geltend zu machen wären; eine derartige Kognitionsbeschränkung hingegen ablehnend Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 20. Juni 2019 [FS.2018.25]).

#### **E. 20**

/ 41 Ehevertrag im Sinne von Art. 163 Abs. 2 ZGB umfassend geeinigt, wie sie sowohl während andauernder Ehe ihre Pflichten und Rechte wahrnahmen, als auch wie sie den Fall von Ehescheidung und Ehetrennung regelten. Dieser schriftliche Vertrag gelte nach wie vor uneingeschränkt. Die Parteien hätten diesen weder zu Teilen noch als Ganzes aufgehoben, auch wenn während der Dauer der Ehe nicht immer alle Rechte und Pflichten im Sinne der schriftlichen Vereinbarung hätten wahrgenommen werden können. Es sei daher völlig falsch, wenn die Vorinstanz quasi den Eindruck zu erwecken versuche, dem Vertrag sei nicht nachgelebt worden, weshalb auch nicht mehr darauf abzustellen sei. Diese schriftliche Vereinbarung im blossen Eheschutzverfahren in einem Zwischenentscheid quasi als obsolet zu qualifizieren, sei ohnehin ein unhaltbares Vorgehen (act. A.1 S. 8). Die Berufungsbeklagte macht geltend, dieser "Ehevertrag" sei mangels öffentlicher Beurkundung ungültig, soweit er das Güterrecht beschlage. Die Regelungen hinsichtlich der Trennung bzw. Scheidungen unterlägen der Prüf- und Genehmigungspflicht durch das Gericht. Es sei offensichtlich, dass zahlreiche Regelungen dieses "Ehevertrages" – namentlich der Verzicht der hälftigen Teilung der Pensionskassengelder, die Obhutsregelung sowie die Wegbedingung der zweijährigen Trennungsfrist gemäss Art. 114 ZGB – nicht genehmigungsfähig seien, zumal diese in einer durch Billigkeitserwägungen nicht zu rechtfertigenden Weise von der gesetzlichen Regelung abwichen (act. A.2 S. 8 f.).

## **E. 21**

/ 41 Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Ehescheidung bedürften deshalb auch dann der richterlichen Genehmigung, wenn sie schon vor der Ehe getroffen worden seien. Die Vereinbarung dürfe zudem nicht in einer durch Billigkeitserwägungen nicht zu rechtfertigenden Weise von der gesetzlichen Regelung abweichen und eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse seit Abschluss der Vereinbarung gelte ebenfalls als wichtiger Grund für die Verweigerung der Genehmigung durch das Gericht. Im Übrigen lasse das Bundesgericht auch eine konkludente Vereinbarung der Hausgattenehe zu und halte die Abrede einer Doppelverdiener-ehe vor der Geburt des Kindes nicht für beständig, dies wiederum mit der Begründung, die Verhältnisse würden sich mit der Geburt wesentlich verändern (angefochtener Entscheid S. 8). In der Folge kam der Vorderrichter in Würdigung der entsprechenden Parteivorbringen zum Schluss, dass die Eheleute nicht wie ursprünglich beabsichtigt eine Doppelverdiener-ehe gelebt hätten, sondern letztlich konkludent eine Zuverdienstehe geführt hätten, indem der Ehemann über mehrere Jahre mit einem Pensum von 80% plus einer vorübergehenden selbständigen Tätigkeit gearbeitet habe, während die Ehefrau in den letzten Jahren mit maximal zwei Halbtagen pro Woche ein Einkommen erzielt habe und ansonsten für die Kinderbetreuung zuständig gewesen sei. Die Verhältnisse hätten sich somit seit der Vereinbarung über die im Vertrag angestrebte Rollenverteilung insofern verändert, als das damals angestrebte Modell nach der Geburt der Kinder gar nicht (mehr) gelebt worden sei. Veränderte Verhältnisse würden zudem bezüglich der Erwerbsfähigkeit der Ehefrau vorliegen, habe diese doch erst im Jahre 2013 ein IV-Rentengesuch eingereicht, was darauf hindeute, dass eine Einschränkung ihrer Erwerbsfähigkeit im Zeitpunkt der Heirat noch kein Thema gewesen sei. Gemäss Vorbescheid der IV-Stelle Graubünden vom 18. Mai 2018 sei der Ehefrau aus medizinischer Sicht die bisherige Tätigkeit als Hebamme nicht mehr zumutbar. Die Suche nach einer Arbeitsstelle in einer leidensangepassten Tätigkeit, welche sie theoretisch mit einem Pensum von maximal 30 % ausüben könnte, sei sodann trotz intensiver Begleitung und Unterstützung durch die IV-Stelle erfolglos geblieben. Sowohl aufgrund der bisher

gelebten Rollenteilung mit Blick auf das Alter der Kinder (Betreuung) wie auch angesichts der gesundheitlichen Situation der Ehefrau in Verbindung mit der Arbeitsmarktsituation sei der Ehefrau somit aktuell keine Erwerbstätigkeit zuzumuten. Angesichts dieser Umstände wie auch mit Blick auf die aus Art. 159 ff. ZGB fliessende Beistandspflicht, die mit der Eheschliessung eingegangen wurde und vertraglich nicht wegbedungen werden könne, erscheine die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen für die Ehefrau gerechtfertigt, zumal es unbillig erschiene, sie auf einer Vereinbarung zu behaften, welche vor neun Jahren und vor der Geburt der Kinder zwar unterzeichnet, in dieser Form

#### **E. 22**

/ 41 aber nicht (mehr) gelebt worden sei und auch die veränderten Verhältnisse nicht berücksichtige (angefochtener Entscheid S. 9 f.).

#### **E. 23**

/ 41 gungen nicht zu rechtfertigenden Weise von der gesetzlichen Regelung abweicht, die Genehmigung aber verweigern, was das Kantonsgericht St. Gallen im konkreten Fall denn auch tat. Nach der Rechtsprechung des Kantonsgerichts von Graubünden besteht zwar – im Gegensatz zur St. Galler Praxis – keine umfassende Genehmigungspflicht für Trennungsvereinbarungen, sodass eine während hängigem Eheschutzverfahren abgeschlossene Vereinbarung über die persönlichen Belange der Ehegatten zur unmittelbaren Beendigung des Prozesses führt (vgl. dazu PKG 2015 Nr. 4 E. 1.5.1). Sind aber, wie dies vorliegend der Fall ist, durch die Vereinbarung auch Kinderbelange betroffen, ist dieselbe auch nach hiesiger Praxis genehmigungsbedürftig (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 16 31 vom 21. März 2016 E. 2). Was sodann die Bedeutung einer ausssergerichtlichen Trennungsvereinbarung für ein nachfolgendes Eheschutzverfahren anbelangt, hat das Kantonsgericht von Graubünden bereits wiederholt erkannt, dass der Eheschutzrichter trotz einer solchen Vereinbarung den der aktuellen Situation angemessenen Unterhaltsbeitrag festzusetzen hat und dabei nebst den in den Verhältnissen, die der Vereinbarung zugrunde gelegen haben, auch die seither eingetretenen Veränderungen Rechnung zu tragen ist. Von Bedeutung kann das Bestehen einer früheren Übereinkunft allerdings für die Frage sein, ab welchem Zeitpunkt der gerichtlich festgesetzte Unterhaltsbeitrag gelten soll. Haben sich die Ehegatten im Rahmen ihrer Privatautonomie nämlich ausssergerichtlich über die Unterhaltsleistung verständigt, müssen sich – solange die Verständigung andauert und kein Ehegatte eine richterliche Regelung verlangt – beide Ehegatten auf den Bestand ihrer Abmachung verlassen können. Vorbehalten bleibt freilich auch in diesem Fall die nachträgliche Korrektur einer offensichtlich unangemessenen Vereinbarung (vgl. Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 16 82 vom 12. Juni 2018 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 24**

/ 41 Kindeswohl entspricht. Aber auch in Punkten, in denen – wie etwa beim Ehegattenunterhalt – die Dispositionsmaxime beachtlich ist, bildet das Vorliegen von wesentlichen Veränderungen keine zwingende Voraussetzung für eine von der Vereinbarung abweichende Regelung. Vielmehr kann vor Gericht (jedenfalls für die Zukunft) eine andere Regelung beantragt werden, wenn die Vereinbarung offensichtlich unangemessen ist oder den aktuellen Verhältnissen nicht mehr entspricht. Vorliegend hat die Berufungsbeklagte derartige, vom "Ehevertrag" abweichende Anträge gestellt und sich dabei explizit auf die Unbilligkeit der darin enthaltenen Vereinbarungen berufen. Bei dieser Ausgangslage hat

sich der Vorderrichter in seiner Zwischenentscheidung zu Recht nicht an der vor Jahren unterzeichneten Vereinbarung, sondern in erster Linie an den tatsächlich gelebten Verhältnissen orientiert, die es während hängigem Verfahren soweit als möglich beizubehalten gilt. Es widerspräche dem Sinn und Zweck einer vorläufigen Regelung, wenn damit der Endentscheid vorweggenommen und von den Beteiligten bereits für die Dauer des Verfahrens wesentliche Änderungen in der Lebensführung verlangt würden. Wie das Bundesgericht in Zusammenhang mit dem Aufschub der Vollstreckbarkeit von Obhutentscheidungen mehrfach festgehalten hat, sind kurzfristige Änderungen, insbesondere was die Betreuung der Kinder anbelangt, in deren Interesse zu vermeiden. Dem Kriterium der Kontinuität bzw. Stabilität muss bei einer vorläufigen Regelung daher vorrangige Bedeutung zukommen, solange die bisherige Betreuung keine Kindeswohlgefährdung befürchten lässt. Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden auf die einzelnen Punkte der vorinstanzlichen Regelung einzugehen.

4.1. Was die Obhut über die beiden gemeinsamen Kinder angeht, ordnete der Vorderrichter einstweilen bis zum Vorliegen des Gutachtens der KJP und des definitiven Entscheides die alleinige Obhut der Mutter an (vgl. Dispositivziffer 2). Zudem wurde der Vater, wiederum einstweilen bis zum Vorliegen des definitiven Eheschutzentscheides, für berechtigt erklärt, seine beiden Kinder jeweils an jedem zweiten Wochenende von Freitag nach Schulschluss bis Sonntagabend 18:00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen. Während der Ferien der Kinder bzw. während der schulfreien Zeit beginne das Besuchsrecht am Freitag um 9:00 Uhr und ende am Sonntagabend um 18:00 Uhr. Zusätzlich wurde der Vater einstweilen für berechtigt erklärt, seine beiden Kinder bis zum Vorliegen des definitiven Entscheides während zwei Wochen zu sich in die Ferien zu nehmen (Dispositivziffer 3 des angefochtenen Entscheides). Der Einzelrichter erwog, dass es aufgrund der divergierenden Anträge der Parteien sowie des noch jungen Alters der Zwillinge im Lichte des Kindeswohls unumgänglich erscheine, ein Gutachten der KJP einzuholen, welches sich zur Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit der Eltern äussere und

## **E. 25**

/ 41 Empfehlungen zur Zuteilung der Obhut und der Ausübung des Besuchsrechts abgebe. Im Sinne einer vorläufigen Regelung werde die Obhut einstweilen, d.h. bis zum Vorliegen des Gutachtens und eines entsprechenden definitiven Eheschutzentscheides, bei der Mutter belassen, bei welcher die Kinder auch bis anhin gewohnt hätten und die bis jetzt die primäre Betreuungsperson gewesen sei. Das leicht ausgeweitete Besuchsrecht des Vaters, welches bis zum Vorliegen des Gutachtens der KJP und des definitiven Eheschutzentscheides angeordnet wurde, rechtfertige sich aufgrund seines reduzierten Arbeitspensums (80 %) und seines bisher regelmässigen Kontakts zu seinen Kindern (vgl. angefochtener Entscheid S. 7 f.).

4.2. Der Berufungskläger beantragt im Eventualpunkt, die beiden Kinder seien "für die Dauer des Getrenntlebens" unter die alternierende Obhut der Ehegatten zu stellen und schlägt dem Gericht eine Betreuungsregelung vor. Demnach sollen die Kinder an jedem Freitag und/oder Montag vom Vater betreut werden, wobei die Kinder die Nacht vor diesen Betreuungstagen ebenfalls beim Vater verbringen. Zudem seien sie an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend (Schulschluss) bis Sonntagabend 19:00 Uhr von ihm zu betreuen, wobei sich diese Wochenenden durch die vorstehend beschriebene Betreuung an jedem zweiten Wochenenden verlängern um den Freitag und/oder Montag. Schliesslich begehrt der Vater, mit den Kindern sechs Wochen Ferien pro Jahr in deren Schulferien zu verbringen. Der Berufungskläger stützt die beantragte alternierende Obhut wie bereits erwähnt auf die Vereinbarung vom 2. Oktober 2009, wonach die Parteien bezüglich der Obhut der Kinder übereingekommen seien, dass sie hierfür zu gleichen

Teilen aufkämen, sowohl was die Finanzierung als auch die konkreten Betreuungsleistungen betreffe. Diese Regelung sei von den Parteien in der Folge entgegen den vorinstanzlichen Feststellungen auch tatsächlich gelebt worden, indem der Berufungskläger seine Vollzeitstellung auf eine Teilzeitanstellung von 80 % reduziert habe. Was die Wohnsituation anbelange, so wohne der Berufungskläger seit dem 1. Juni 2017 in einer von der Berufungsbeklagten nicht weit entfernten Wohnung in O.3 \_\_\_\_\_. Vor diesem Hintergrund mache es aus praktischen wie auch finanziellen Überlegungen keinen Sinn, wenn bei derart nahe beieinanderliegenden Wohnungen der Eltern die Kinder in beiden Wohnungen je über ein eigenes Zimmer verfügten. Aufgrund der bisher bereits gelebten alternierenden Obhut, der Teilzeiterwerbstätigkeit des Berufungsklägers, der konkreten Wohnverhältnisse und der erwiesenen Erziehungskompetenzen des Berufungsklägers sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz von der vom Berufungskläger beantragten Betreuungsregelung abgewichen sei, zumal diese den tatsächlich gelebten Gegebenheiten entspreche (act. A.1 S. 8 ff.).

## **E. 26**

/ 41 4.3. Die Berufungsbeklagte hält dem entgegen, dass sich die Obhut alleine nach dem Kindeswohl richte und sich deshalb von den Parteien nicht rechtsgültig vereinbaren lasse. Eine alternierende Obhut sowie eine hälftige Finanzierung der Kinder sei von den Parteien auch gar nie gelebt worden. Vielmehr habe sich die Berufungsbeklagte seit der Geburt der Kinder vorrangig um deren Pflege und Betreuung sowie den Haushalt gekümmert und an maximal zwei Halbtagen pro Woche als Hebamme gearbeitet, wobei die Einkünfte äusserst bescheiden gewesen seien. Die Kinder seien während ihrer Arbeitszeit nicht vom Ehemann, sondern fremd betreut worden. Nachdem die Berufungsbeklagte trotz Jobcoaching durch das RAV keine Anstellung gefunden hätte, habe sie sich nach Absprache mit ihrem Ehemann selbständig machen wollen. Da sie wiederum keine nennenswerten Einkünfte habe erzielen könne, habe sie erneut ein Jobcoaching (dieses Mal nicht durch das RAV, sondern die IV) in Anspruch genommen, jedoch wiederum keine Arbeitsstelle finden können. Dass sich der Ehemann in einem 80 % Pensum habe anstellen lasse, liege einzig darin begründet, dass er daneben als Selbständig-erwerbender habe tätig sein wollen. Der Berufungskläger habe sich weder während des Zusammen- noch während des Getrenntlebens massgeblich an der Pflege und Betreuung der Kinder beteiligt, und er habe dies auch gar nicht gewollt. Die alternierende Obhut habe er nur beantragt, um weniger Unterhalt zahlen zu müssen. Seit der Trennung habe er lediglich einige wenige Tage Ferien mit den Kindern verbracht und an den Wochenenden in der Regel an einem Tag ein paar Stunden. Ein ganzes Besuchswochenende habe bisher nicht stattgefunden, und zwar deshalb, weil dies der Berufungskläger nicht gewollt habe. Der Aspekt der Kontinuität und Stabilität verlange, dass die elterliche Obhut über die Kinder bei der Mutter verbleibe. Was die Betreuungsregelung anbelange, sei vor dem Hintergrund des bisher Gelebten nicht nachvollziehbar, weshalb der Berufungskläger die mit Zwischenentscheid vorläufig verfügte Obhuts- und Besuchsregelung nicht akzeptiere, zumal er mit dem Zwischenentscheid sehr viel mehr Betreuungszeiten mit den Kindern zugesprochen erhalte, als er bisher beansprucht habe (act. A.2 S. 9 ff.). 4.4. Wie vorstehend dargelegt, muss sich die vorläufige Regelung der Kinderbetreuung – bis zum Vorliegen des kinderpsychiatrischen Gutachtens, welches erst die Grundlagen für den definitiven Entscheid liefern wird – primär an den bisherigen Verhältnissen orientieren. Unter diesem Aspekt ist die vom Vorderrichter vorgenommene einstweilige Zuweisung der Obhut an die Mutter nicht zu beanstanden, entspricht sie doch der bisherigen, sowohl vor als auch

nach der Trennung gelebten Rollenteilung. Die Ausführungen des Ehemannes in der Berufung sind nicht geeignet, eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz dar-

#### **E. 27**

/ 41 zutun, zumal der Berufungskläger gemäss eigenen Angaben nebst der 80%- Anstellung zusätzlich einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und damit mindestens bis im Jahre 2017 vollzeitig erwerbstätig war. Zudem leben die Ehegatten seit 2015 in getrennten Wohnungen, wobei die Kinder gemäss den Aussagen des Berufungsklägers nur in der Wohnung der Mutter über ein eigenes Zimmer verfügen, in dem sie jeweils übernachtet haben. Vor diesem Hintergrund überzeugt nicht, dass der Berufungskläger die beiden Kinder in der Vergangenheit zu gleichen Teilen wie die Berufungsbeklagte betreut haben will. Vielmehr wurde nicht substantiiert dargetan, dass der Berufungskläger die Kinder mehr betreut hätte, als dies ein voll erwerbstätiger Vater normalerweise tut. Dies bedeutet zwar nicht, dass er in Zukunft nicht einen höheren Betreuungsanteil übernehmen könnte, wenn dies auch im Interesse der Kinder liegt; für die einstweilige Regelung, d.h. bis die sich im Zusammenhang mit der Obhut stellenden Fragen gutachterlich geklärt sind, ist aber an die bisherigen Verhältnisse anzuknüpfen. Mit dem vom Vorderrichter angeordneten Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende sowie einem zusätzlichen Tag in den schulfreien Wochen und vorläufig (bis Februar 2019) zwei Wochen Ferien kann der Vater, im Sinne einer Minimalregelung, den Kontakt zu seinen Kindern pflegen. Auch wenn eine etwas grosszügigere Regelung ebenfalls denkbar gewesen wäre, besteht noch kein Grund, in das Ermessen des Vorderrichters einzugreifen, zumal die angeordnete Betreuungsregelung von vornherein nur für kurze Zeit gelten sollte.

#### **E. 28**

/ 41 selbständige Tätigkeit befristet sei. Was die Einnahmen aus der Vermietung seiner Liegenschaften anbelange, sei nicht von der (als reine Parteibehauptung qualifizierte) Berechnung des Berufungsklägers (Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. II.2), welche die Mietzinseinnahmen auf CHF 2'200.00 beziffere, auszugehen, sondern auf die detaillierte und nachvollziehbare Berechnung der Ehefrau, woraus monatliche Mietzinseinnahmen von CHF 3'644.00 resultierten. Konkret errechnete der Vorderrichter einen monatlichen Nettoertrag in Höhe von CHF 4'581.00, bestehend aus allen Mieteinnahmen gemäss Mietverträgen (ohne Nebenkosten, aber inklusive Garagen und Parkplätze), abzüglich der jährlichen Belastungen gemäss der vom Berufungskläger eingereichten Belege (GVG, Hypotheken). Von diesem monatlichen Nettoertrag seien Unterhaltskosten abzuziehen. Diese seien vom Berufungskläger nicht belegt worden, errechneten sich jedoch anhand des hochgerechneten Liegenschaftswertes unter der Annahme, dass der Steuerwert rund zwei Drittel des Verkehrswerts betrage, mit dem Faktor 0.4 % auf CHF 925.00 monatlich (vgl. angefochtener Entscheid S. 10 ff.).

#### **E. 29**

/ 41 und weitere Nebenkosten von CHF 738.42 pro Monat. Die von der Vorinstanz auf jährlich (recte: monatlich) CHF 925.00 veranschlagten Unterhaltskosten seien willkürlich. In der einschlägigen Literatur und praktischen Verwaltungstätigkeit von Mietobjekten werde nirgendwo auf den Faktor von 0.4 % der von der Gegenpartei willkürlich behaupteten CHF 11'106.00 abgestellt. Vielmehr würden vergleichbare Objekte mit Unterhaltskosten von rund 1 % des Gebäudewertes kalkuliert. Die Steuerverwaltung lasse

bei vergleichbaren Objekten 20 % des Bruttomietwertes in Abzug bringen. Die vom Berufungskläger geltend gemachten Unterhaltskosten von CHF 1'551.50 pro Monat seien folglich sehr wohl ausreichend glaubhaft gemacht. Zudem seien auch die geltend gemachten und unwidersprochen gebliebenen beiden Leerstände zu berücksichtigen. Was den Kindesunterhalt betreffe, sei der Berufungskläger im Sinne eines Entgegenkommens bereit, für die Dauer des Hauptverfahrens einen solchen von CHF 1'530.00 (zuzüglich Kinderzulagen) pro Kind zu bezahlen, wie er es bis anhin auch freiwillig getan habe. Spätestens mit dem Endentscheid im hängigen Scheidungsverfahren werde selbstverständlich eine andere Regelung zu treffen sein (act. A.1 S. 11 ff.).

### **E. 30**

/ 41 achten sei indessen, dass im Grunde praktisch kein Berufszweig vorstellbar sei, in welchem die Berufungsbeklagte tätig sein könnte, und in der Lebenswirklichkeit dürfte kaum ein Arbeitgeber bereit sein, das nötige Entgegenkommen aufzubringen. Entsprechend habe die IV-Stelle in ihrer Verfügung vom 15. Mai 2018 auch feststellen müssen, dass es trotz intensiver Begleitung und Unterstützung bei der Stellensuche nicht gelungen sei, für die Berufungsbeklagte einen Arbeitsplatz im regulären Arbeitsmarkt zu finden (vgl. act. A.2 S. 14 ff.).

### **E. 31**

/ 41 in einer leidensangepassten Tätigkeit (mit zusätzlicher Leistungseinschränkung wegen verlangsamtem Arbeitstempo und Kurzpausen im Umfang von 25-30%) eine Arbeitsfähigkeit zu einem Vollpensum (effektive Leistungsfähigkeit von 72.5%) attestiert, weshalb ihr im Vorbescheid vom 18. Mai 2018 ein Invalideneinkommen von CHF 40'199.95 (für 100%) angerechnet wurde (vgl. Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. II.13). Zugleich ist durch die im Recht liegenden Entscheide der IV aber erstellt, dass die theoretisch bestehende Arbeitsfähigkeit auf dem ersten Arbeitsmarkt nicht verwertbar ist, blieb die Stellensuche der Berufungsbeklagten doch trotz intensiver Unterstützung und Begleitung durch die IV erfolglos (Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. II.12), genau gleich wie die frühere Stellensuche unter der Betreuung des RAV, welche gemäss Angaben der Ehefrau an der mündlichen Verhandlung ab 2014 während anderthalb Jahren erfolgt sei (vgl. Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. V.1 S. 4). Ein zusätzlicher Nachweis von Arbeitsbemühungen durch die Berufungsbeklagte war bei dieser Aktenlage nicht mehr erforderlich. Der Vorderrichter hat damit auch unter diesem Aspekt zu Recht von der Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens abgesehen und festgestellt, dass die Berufungsbeklagte vorläufig auf Unterhaltsbeiträge des Berufungsklägers angewiesen ist. Mit der Berufung nicht thematisiert wird schliesslich die Nichtanrechnung der von der IV Stelle ausgerichteten Leistungen (Hilflosenentschädigung und Assistenzbeiträge), auch wenn dieselben beim vom Berufungskläger geltend gemachten hypothetischen Einkommen von minimal CHF 5'000.00 wohl eingerechnet sein dürften. Mangels einer substantiierten Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid (S. 13 f.) ist insoweit nicht auf die Berufung einzutreten. Im Übrigen ist die Anrechnung zu Recht unterblieben, da mit diesen Leistungen behinderungsbedingte Mehrkosten abgegolten werden und sie folglich nicht als Einkommen berücksichtigt werden können (vgl. Entscheid des Obergerichts Zürich LE170046 vom 23. November 2017, auch publiziert in FamPra.ch 2018 Nr. 16 S. 485 ff., mit weiteren Hinweisen).

### **E. 32**

/ 41 Nachweise betreffend Hypothekarbelastungen sowie betreffend Unterhalts- und Nebenkosten. Diesem Begehren ist der Ehemann nur hinsichtlich der Hypothekarzinsen und der GVG-Prämien nachgekommen (vgl. Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. III.8- 14), während die in seiner Berechnung eingesetzten pauschalen Verwaltungs- und Unterhaltskosten unbelegt blieben. Dennoch anerkannte die Berufungsbeklagte an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung (Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. V.2 S. 5) Unterhaltskosten in Höhe von 0.4 % des auf der Basis des Steuerwerts hochgerechneten Liegenschaftswertes (jährlich CHF 11'106 bzw. monatlich CHF 925.00). Diesen Betrag hat der Vorderrichter in der Folge denn auch übernommen. Der Berufungskläger beansprucht demgegenüber eine steuerrechtlich zulässige Pauschale von 20 % des Bruttomietwertes. Eine solche wird zwar bei der Ermittlung der anrechenbaren Wohnkosten häufig akzeptiert (vgl. Jann Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, Bern 2014, Rz. 2.94 mit weiteren Hinweisen). Dies heisst aber nicht, dass Kosten in dieser Höhe zwingend zu berücksichtigen sind. Das Obergericht Zürich geht beispielsweise praxisgemäss von 0.7 % des Werts von Stockwerkeigentumswohnungen respektive von 1.0 % des Werts von Einfamilienhäusern aus, beides aber für die gesamten Nebenkosten und nicht bloss für den Unterhalt (vgl. Beschluss und Urteil des Obergerichts Zürich LE150008-O/U.doc vom 26. Oktober 2015 E. 2.1). Hinzu kommt, dass die steuerlich abziehbare Pauschale nach der allgemeinen Lebenserfahrung häufig nicht ausgeschöpft wird. Nachdem die Berufungsbeklagte ausdrücklich einen Nachweis für tatsächlich bezahlte Unterhaltskosten verlangt hatte, hätte sich der Berufungskläger daher nicht mehr mit der Geltendmachung der Pauschale begnügen dürfen. Auf die von der Ehefrau an der Hauptverhandlung vorgetragene Berechnung der Nebenkosten hat der Berufungskläger schliesslich – soweit aktenkundig – nicht mehr reagiert, weshalb sich nicht beanstanden lässt, wenn der Vorderrichter darauf abgestellt hat.

### **E. 33**

/ 41 6.1. Der Vorderrichter verpflichtete den Berufungskläger schliesslich zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses (Dispositivziffer 7 des angefochtenen Entscheides). Die Voraussetzungen der Prozesskostenbevorschussung – welche sich aus der ehelichen Unterhalts- und Beistandspflicht ergebe und der unentgeltlichen Rechtspflege vorgehe – seien erfüllt, da sich aus den Steuererklärungen des Ehemannes ergebe, dass dieser ohne Weiteres in der Lage sei, für die nicht ausreichend finanziell leistungsfähige Ehefrau eine Prozesskostenbevorschussung für ihre Anwalts- und Gerichtskosten zu leisten. Die Bevorschussung werde vorläufig auf CHF 6'000.00 festgelegt und habe vom Ehemann an die Ehefrau innert zehn Tagen seit Mitteilung des Entscheides bezahlt zu werden (vgl. angefochtene Entscheidung S. 14 f.). Was die Kosten des Zwischenentscheides anbelangt, hielt er sodann fest, diese würden einstweilen bei der Prozedur belassen. Die Kosten- und Entschädigungsfolge werde im Rahmen des definitiven Eheschutzentscheides beurteilt (vgl. angefochtener Entscheidung S. 15 sowie Dispositivziffer 8). 6.2. Der Berufungskläger beantragt im Eventualpunkt die Aufhebung von Dispositivziffer 7 des angefochtenen Entscheides sowie eine Neuregelung in dem Sinne, dass die Kosten des Regionalgerichts Landquart denjenigen im Klageverfahren betreffend Ehescheidung, Proz. Nr. \_\_\_\_\_, zuzuschlagen seien. Die Kosten des Kantonsgerichts seien der Berufungsbeklagten zu überbinden. Die ausseramtlichen Kosten beider Parteien seien wettzuschlagen. Dabei sei ausdrücklich richterlich festzustellen, dass der Berufungskläger der Berufungsbeklagten weder für das Eheschutzverfahren vor Regionalgericht Landquart noch für das vorliegende Berufungsverfahren vor Kantonsgericht Graubünden einen Prozesskostenvorschuss für

Anwalts- und Gerichtskosten schuldig sei (Rechtsbegehren Nr. 2.6). Ähnlich lautet sein mit dem Hauptbegehren gestellter Antrag, welcher sich allerdings nur auf die Kosten des Berufungsverfahrens bezieht (Rechtsbegehren Nr. 1.2). Die mit beiden Rechtsbegehren beantragte Feststellung betreffend Nichtbestand einer Prozesskostenvorschusspflicht begründet er damit, dass im Rahmen des Eheschutzverfahrens gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung von vornherein keine Prozesskostenvorschüsse verfügt werden könnten. Dazu komme, dass die Berufungsbeklagte gemäss angefochtenem Entscheid über einen Überschuss über das erweiterte Existenzminimum in Höhe von monatlich CHF 600.00 verfüge. Dies ermögliche es ihr ohne Weiteres, in angemessenen monatlichen Raten für die Kosten der eigenen Rechtsvertretung aufzukommen, was umso mehr vor dem Hintergrund der schriftlichen Vereinbarung zwischen den Parteien vom 2. Oktober 2009 gelten müsse, wonach die Eheleute selber für ihre eigenen Kosten aufkommen wollten/müssten. Die ausseramtlichen Entschädigungen beider Parteien seien daher zweifelsfrei wettzuschlagen, was der Vorderrich-

#### **E. 34**

/ 41 ter bereits auch im angefochtenen Entscheid hätte entscheiden müssen. Für den Fall der vollständigen Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückweisung desselben in das Verfahren betreffend Ehescheidung rechtfertige es sich schliesslich, sämtliche diesbezüglichen Verfahrenskosten der Vorinstanz, allenfalls der Berufungsbeklagten zu überbinden. Für den Fall der Aufhebung einzelner Entscheidpositionen seien die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsbeklagten zu überbinden und jene des Eheschutzverfahrens in erster Instanz bei der Prozedur zu belassen bis zum Endentscheid im Scheidungsverfahren, denn das Eheschutzverfahren sei bloss der Ersatz des eigentlich durchzuführenden Verfahrens betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen und die entsprechenden Gerichtskosten im Scheidungsverfahren habe der Berufungskläger bereits bevorschusst. Über die definitive Verlegung dieser Kosten werde in der Folge erst mit dem Entscheid im Scheidungsverfahren zu befinden sei (act. A.1 S. 14). 6.3. Die Berufungsbeklagte hält demgegenüber daran fest, dass gemäss herrschender Meinung und Lehre auch in Eheschutzverfahren von der Gegenpartei ein Prozesskostenvorschuss verlangt werden könne. Aus der vom Berufungskläger zitierten Literaturstelle ergebe sich nichts Gegenteiliges, beschränke sich der betreffende Autor doch darauf, die Frage unter Hinweis auf die Rechtsprechung in zwei Kantonen als umstritten zu bezeichnen. Sie selber benötige den ihr zugesprochenen Prozesskostenvorschuss, um allfällige Gerichtkostenvorschüsse sowie angemessene Akontozahlungen an ihren Rechtsvertreter zu leisten. Der Prozesskostenvorschuss diene folglich der angemessenen Rechtsvertretung im Verfahren und gewährleiste insoweit auch die Waffengleichheit zwischen den Parteien. Die finanziellen Verhältnisse der Eheleute und der Umstand, dass die unentgeltliche Rechtspflege in Bezug auf die Bevorschussungspflicht des Ehegatten bloss subsidiären Charakter habe, zwingen sie im Übrigen dazu, auch für das Rechtsmittelverfahren einen Kostenvorschuss zu beantragen. Gemäss Ziff. 3 ihres Rechtsbegehrens beantrage sie sodann, dass die Prozesskosten für beide Instanzen dem Ehemann aufzuerlegen sei, wobei dieser als Ausfluss der ehelichen Bestandspflicht unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zur entsprechenden Kostentragung zu verpflichten sei. Dieser Antrag könne sich auf die eheliche Bestandspflicht im Sinne von Art. 159 Abs. 3 ZGB abstützen und/oder auf Grundlage von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO ergehen, indem – abweichend von der nach Massgabe des Prozessausgangs gerechtfertigten Kosten- und Entschädigungspflicht – die Prozesskosten dem leistungsfähigeren Ehegatten direkt

aufgelegt würden (act. A.2 S. 6 f. und 20 f.).

### **E. 35**

/ 41 6.4. Der Berufungskläger scheint in seinen Rechtsbegehren und der diesbezüglichen Begründung die Frage der (ehelichen) Prozesskostenvorschusspflicht mit jener der Kostenverteilung zu vermischen. Dies ist im Folgenden auseinanderzuhalten, weshalb in einem ersten Schritt auf die Zulässigkeit des vorderrichterlichen Vorgehens betreffend den angeordneten Prozesskostenvorschuss einzugehen ist (vgl. sogleich E. 7.) und in einem zweiten Schritt die Frage der Festsetzung und Verteilung der erstinstanzlichen Prozesskosten geprüft wird (vgl. unten E. 8.).

### **E. 36**

/ 41 eine vom Zürcher Obergericht abweichende Praxis pflegt, wurde zum andern bereits in Zusammenhang mit der Berufungsfähigkeit des angefochtenen Entscheides dargelegt (vgl. oben E. 1.5). Mit PKG 2013 Nr. 6 hat das Kantonsgericht von Graubünden zudem entschieden, dass es im Ermessen des Eheschutzrichters steht, ob er das Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses vorab entscheidet (in Form eines Teilentscheides) oder erst zusammen mit dem Endentscheid (wobei es sich im einen wie im andern Fall um einen Vorschuss handelt, über den im Rahmen der Scheidung resp. der güterrechtlichen Auseinandersetzung abzurechnen ist). Dabei hat das Gericht den Entscheid darüber, welches Vorgehen im Einzelfall zweckmässiger ist, in Würdigung der konkreten Verhältnisse zu treffen. Ein vorgängiger Entscheid über das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses fällt beispielsweise dann in Betracht, wenn sich in der Hauptsache der Verfahrensausgang schwer abschätzen lässt und mit einer längeren Verfahrensdauer respektive grösserem Aufwand zu rechnen ist. Denn in einem solchen Fall scheint ein Aufschieben des Entscheids nicht statthaft, da einer Partei und ihrer Rechtsvertretung schwerlich zugemutet werden kann, den Aufwand und das Prozessrisiko in Unkenntnis der massgeblichen finanziellen Belastung auf sich zu nehmen. Lässt sich das Zuwarten mit dem Entscheid über den Prozesskostenvorschuss bis zum Entscheid in der Hauptsache hingegen rechtfertigen, kann dies – je nach Verfahrensausgang – durchaus mit Vorteilen verbunden sein. So wird das Gesuch um Prozesskostenvorschuss gegenstandslos, wenn die gesuchstellende Partei in der Hauptsache vollständig obsiegt und die Gegenpartei schon aufgrund des Prozessausgangs zur Tragung der Gerichtskosten sowie zur Übernahme des anwaltlichen Aufwands der obsiegenden Partei verpflichtet ist (vgl. zum Ganzen PKG 2013 Nr. 6 E. 5.e). Im Lichte der eigenen Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden, welche im Einklang sowohl mit der Lehre als auch mit der Rechtsprechung anderer Kantone steht, lässt sich das Vorgehen des Vorderrichters, mit einem (in diesem Punkt einen Teilentscheid bildenden) Zwischenentscheid über die von der Ehefrau beantragte Verpflichtung des Berufungsklägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu befinden, nicht bestanden.

### **E. 37**

/ 41 gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB basierende Verpflichtung zur Bevorschussung der Prozesskosten dahinfallen lassen. Im Übrigen trifft es zwar zu, dass Anspruch auf einen Prozesskosten nur hat, wer bedürftig ist, d.h. wer ausserstande ist, die Kosten des Rechtsstreits selbst zu tragen. Allein der Umstand, dass der mit dem angefochtenen Entscheid festgesetzten Ehegattenunterhalt einen Überschussanteil von CHF 603.00 beinhaltet (vgl. angefochtener Entscheid S. 11 und 14), schliesst es indessen nicht aus, dass

die Voraussetzung der Bedürftigkeit zu bejahen ist. Geht es um die Verpflichtung zu einem Prozesskostenvorschuss, sind für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Parteien die gleichen Grundsätze massgebend wie für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Um die Bedürftigkeit des einen Vorschuss beanspruchenden Ehegatten zu beurteilen, ist daher der Grundlage der Unterhaltsberechnung bildende familienrechtliche Grundbedarf um einen Zuschlag von 20% auf dem Grundbetrag zu erweitern (vgl. PKG 2016 Nr. 13 E. 4.g). Der rechnerische Überschuss beträgt daher maximal CHF 333.00 (= CHF 603.00 - CHF 270.00 [20% von CHF 1'350.00]). Hinzu kommt, dass ein Teil des Überschusses an sich auch den Kindern zugutekommen müsste, deren Unterhaltsbeiträge gemäss angefochtenem Entscheid (zusammen mit den Kinderzulagen) lediglich ihren Grundbedarf decken. Dass die Kinder aber auf dem Existenzminimum leben müssten (was der Fall wäre, wenn die Berufungsbeklagte den ganzen Überschuss für die Finanzierung der Prozesskosten verwenden müsste), kann kaum dem Willen des Berufungsklägers entsprechen. Ausserdem bleibt daran zu erinnern, dass nach der Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden zwar die Voraussetzung der Bedürftigkeit in Zusammenhang mit dem Anspruch auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses grundsätzlich nach denselben Kriterien zu beurteilen ist wie bei der Prüfung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege. Im Rahmen der eherechtlichen Beistandspflicht ist indessen auch das Verhältnis der Leistungsfähigkeit beider Ehegatten zu gewichten, wobei in Anbetracht dessen, dass Prozesskosten häufig nicht aus den laufenden Einnahmen bestritten werden können, dem jeweiligen Vermögen besondere Bedeutung zukommt. Es widerspräche dem Grundsatz des Anspruchs auf gleiche Lebenshaltung, wenn sich ein Ehegatte wegen der Prozesskosten mit dem (zivilprozessualen) Existenzminimum begnügen müsste, während der andere weiterhin in günstigen Verhältnissen leben kann. Insofern ist die Beistandsbedürftigkeit zu bejahen, wenn der Ansprecher ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhalts nicht binnen nützlicher Frist über eigene Mittel verfügt, die für die nötige Prozessführung erforderlich sind (vgl. dazu ebenfalls PKG 2013 Nr. 6 E. 7 mit Hinweis auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern APH 09 / 544 / BAA / SCD vom 11. November 2009, E. 5, in: FamPra.ch 3 / 2011, S. 724). Vor diesem Hintergrund erweist sich die Verpflichtung des Berufungsklägers zur Leistung eines Prozesskos-

### **E. 38**

/ 41 tenvorschusses an die Berufungsbeklagte offenkundig als rechtmässig, zumal die Feststellungen des Vorderrichters zum namhaften Vermögen des Berufungsklägers unbestritten geblieben sind.

### **E. 39**

/ 41 keiten bestehenden Ermessens festzuhalten ist (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Ob die Prozesskosten auch gestützt auf Art. 159 ZGB und unabhängig vom Prozessausgang dem Berufungskläger zu überbinden wären, wie dies die Berufungsbeklagte beantragt hat, braucht dementsprechend nicht geprüft zu werden. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, die in Anwendung von Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ, BR 320.210) auf CHF 3'000.00 festgesetzt werden, werden somit dem Berufungskläger auferlegt. 8.2.2. Der Berufungskläger ist überdies zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu leisten. Mit Schreiben vom 13. März 2019 (act. G.1) reichte der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten, Rechtsanwalt lic. iur. Claudio Allenspach, eine Honorarnote ein, mit

welcher er in Anwendung des vereinbarten Stundenansatzes von CHF 250.00 (vgl. Proz. Nr. \_\_\_\_\_ RG act. VI.1) ein Honorar nach Zeitaufwand in Höhe von CHF 5'000.00, Barauslagen von insgesamt CHF 173.20 sowie Mehrwertsteuern von CHF 398.35, d.h. total CHF 5'571.55, geltend macht. Das Honorar in Höhe von CHF 5'000.00 basiert auf einem Zeitaufwand von total 20 Stunden, welcher sich unter Berücksichtigung des notwendigen Aufwands und der Schwierigkeit der Sache als angemessen erweist. Nicht zu beanstanden sind sodann die verrechneten und einzeln ausgewiesenen Barauslagen in Höhe von insgesamt CHF 173.20. Was die Mehrwertsteuer betrifft, wies der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten in seiner Honorarnote einen Mehrwertsteuersatz von "8 % von CHF 5'173.20" aus und errechnete eine Mehrwertsteuer von CHF 398.35 (vgl. act. G.1.a). Dabei handelt es sich um einen offensichtlichen "Verschreiber", da der in Rechnung gestellte Betrag von CHF 398.35 dem seit dem 1. Januar 2018 geltenden und in casu relevanten Mehrwertsteuersatz von

#### **E. 40**

/ 41 ranspruch von total CHF 4'494.55, wie er mit der zum URP-Tarif ausgestellten Honorarnote vom 13. März 2019 (vgl. act. G.1.b) auch geltend gemacht wird. Die im Falle der Uneinbringlichkeit aus der Gerichtskasse zu leistende Entschädigung ist damit auf CHF 4'494.55 (inklusive Spesen und Mehrwertsteuer) festzusetzen. Mit der allfälligen Zahlung geht der Anspruch auf die Parteientschädigung im entsprechenden Umfang auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

#### **E. 41**

/ 41 III.

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