



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 7. November 2017 (400 17 268)

Zivilgesetzbuch

Ehescheidung: Keine Bindungswirkung einer nicht gerichtlich genehmigten Vereinbarung über Ehegattenunterhalt für die Dauer des Getrenntlebens; Möglichkeit der nachträglichen gerichtlichen Genehmigung einer solchen Unterhaltsvereinbarung auf Antrag im Massnahmeverfahren gemäss Art. 276 ZPO

Besetzung

Präsident Roland Hofmann; Gerichtsschreiber Rageth Clavadetscher

Parteien

A._____,
vertreten durch Advokat Marco Albrecht, Hauptstrasse 54,
4132 Muttenz,
Kläger und Berufungskläger

gegen

B._____,
vertreten durch Advokatin Barbara Zimmerli, Binningerstrasse 11,
4051 Basel,
Beklagte

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen

A. Im Scheidungsverfahren der Ehegatten B.____ und A. ____ vor dem Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West beantragte die Ehefrau mit Eingabe vom 29. Mai 2017, den Ehemann zu verpflichten, im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Verfahrens die Wohnkosten der Ehefrau (bestehend aus Hypothekarzins, sämtlichen Nebenkosten und Versicherungen) zu bezahlen und der Ehefrau mit Wirkung ab 1. Januar 2017 an ihren Unterhalt einen monatlichen und monatlich im Voraus zahlbaren Beitrag von CHF 3'000.00, eventualiter von CHF 1'600.00 zu bezahlen. Der Ehemann widersetzte sich dem Begehren der Ehefrau an

der Instruktionsverhandlung vor dem Zivilkreisgerichtspräsidium West vom 9. Juni 2017, erklärte sich indessen unpräjudiziell bereit, weiterhin die Wohnkosten der Ehefrau zu übernehmen.

B. Mit Verfügung des Zivilkreisgerichtspräsidenten Basel-Landschaft West vom 4. August 2017 wurde der Ehemann verpflichtet, für die Dauer des Scheidungsverfahrens weiterhin die Wohnkosten der Ehefrau (Hypothekarzins und sämtliche Nebenkosten und Versicherungen) zu bezahlen und der Ehefrau mit Wirkung ab 1. Juni 2017 an ihren Unterhalt einen monatlichen und monatlich im Voraus zahlbaren Beitrag von CHF 887.00 zu leisten. Im Wesentlichen begründete der Vorderrichter seinen Entscheid dahingehend, dass die Ehegatten nach Aufnahme des Getrenntlebens im Januar 2013 am 24. Februar 2015 eine Trennungsvereinbarung geschlossen hätten, mit welcher sich der Ehemann unter anderem verpflichtet habe, der Ehefrau einen Unterhaltsbeitrag von monatlich CHF 1'754.40 (inkl. Hypothek von CHF 800.00 für die Liegenschaft X.____ in Y.____) für eine Dauer von 4 Jahren (die Hypothek ausgenommen) zu bezahlen. Zudem habe sich der Ehemann verpflichtet, für den gemeinsamen Sohn der Parteien, C.____, monatlich CHF 1'155.25 (inkl. CHF 882.00 Schulkosten) bis zum Erreichen der wirtschaftlichen Selbständigkeit zu bezahlen. Nach Ablauf der 4 Jahre des Getrenntlebens habe der Ehemann seine Zahlungen für die Ehefrau auf die Übernahme der Wohnkosten inkl. Nebenkosten beschränkt. Entgegen der Annahme der Ehegatten bei Abschluss der Vereinbarung, dass die Ehefrau ihr Einkommen innert 4 Jahren nach Aufnahme des Getrenntlebens soweit werde steigern können, dass sie ihren ehelichen Lebensstandard selbst zu finanzieren imstande sei, verdiene sie aktuell in etwa gleich viel wie bei Aufnahme des Getrenntlebens. Dieser Umstand komme einer wesentlichen Veränderung der prognostizierten wirtschaftlichen Entwicklung gleich, weshalb sich eine Unterhaltsanpassung rechtfertige. Bei der Beurteilung des Unterhaltsanspruchs attestierte die Vorinstanz der Ehefrau, dass diese ihre Erwerbskapazitäten zumindest für das vorsorgliche Massnahmenverfahren ausgeschöpft habe, weshalb die Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens ausscheide. Für die Höhe des Unterhaltsanspruchs orientierte sich der Zivilkreisgerichtspräsident am gemäss Trennungsvereinbarung zugestandenen Lebensstandard, was bei gleichbleibendem Einkommen zur Deckung dieses Standards auf einen gerundeten Unterhaltsbeitrag in bisheriger Höhe von CHF 1'750.00 hinauslaufe, solange die Ehefrau in der ehelichen Liegenschaft wohnen bleibe. Einem bereits für die Dauer des Scheidungsverfahrens durch die Ehefrau geltend gemachten Beitrag für den Altersvorsorgeaufbau (sog. vorsorglicher Vorsorgeunterhalt), welcher sich nach deren Ansicht seit Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen zum Vorsorgeausgleich bei Ehescheidung aufdränge, sprach der Vorderrichter die gesetzliche Grundlage ab. Nach Ansicht des Zivilkreisgerichts sei die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehemannes zur Bezahlung eines vorsorglichen Unterhaltsbeitrages von CHF 1'750.00 auch bei gegenüber früheren Jahren deutlich geringerem Einkommen von CHF 6'200.00 pro Monat weiterhin gegeben, weshalb der Ehefrau ein solcher für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens zugesprochen wurde, wobei der Ehemann verpflichtet wurde, die Kosten der von der Ehefrau bewohnten Liegenschaft (von CHF 863.00) weiterhin direkt und darüber hinaus der Ehefrau mit Wirkung ab 1. Juni 2017 einen Unterhaltsbeitrag von CHF 887.00 zu bezahlen.

C. Mit Eingabe vom 16. August 2017 erhebt der Ehemann (nachstehend Berufungskläger) gegen die Verfügung des Zivilreisgerichtspräsidenten West vom 4. August 2017 Berufung ver-

bunden mit dem Rechtsbegehren, den erstinstanzlichen Entscheid aufzuheben und den Berufungskläger bei seiner Bereitschaft zu behaften, für die Dauer des Getrenntlebens (recte wohl: des Verfahrens) die Hypothekarzinsen der Liegenschaft X.____ in Y.____ zu bezahlen. Eventuell sei die Sache zur Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, alles unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Berufungsbeklagten. Zur Begründung wird vorgebracht, das Zivilkreisgerichtspräsidium habe verkannt, dass sich die Parteien bei Unterzeichnung der Trennungsvereinbarung darüber einig gewesen seien, dass ein Unterhaltsanspruch nach vierjähriger Trennung einer erst siebenjährigen Ehe grundsätzlich entfalle. Der gemeinsame Sohn, welcher mit der Ehefrau auch nach der Trennung weiterhin in der bisherigen Liegenschaft sollte wohnen bleiben können, sei damals bereits 17 Jahre alt gewesen. Die Nähe zu seinem Sohn sei dem Ehemann so viel wert gewesen, dass er zur Übernahme der Liegenschaftskosten auch für die Zeit nach dem 1. Januar 2017 für die weitere Dauer des Getrenntlebens bereit gewesen sei. Im Weiteren habe es die Ehefrau aus Bequemlichkeit versäumt, während den vergangenen 4,5 Jahren seit Aufnahme des Getrenntlebens sich um ein eigenes Einkommen zu bemühen, um ihren eigenen Bedarf zu decken. Es wäre ihr jedoch möglich gewesen, selbst als ungelernete Mitarbeiterin, welche gesund, in der Gesellschaft integriert sowie der deutschen Sprache mächtig sei, eine Stelle zu finden, bei welcher sie ein Einkommen von CHF 4'000.00 pro Monat zu verdienen imstande sei. Ihr Entscheid, keine neue Stelle zu suchen, nachdem beim aktuellen Arbeitgeber eine Aufstockung angeblich nicht möglich sei, könne nicht zu Lasten des unterhaltspflichtigen Ehemannes gehen, weshalb ihr ein hypothetisches Einkommen von CHF 4'000.00 anzurechnen sei. Bei entsprechendem Eigenerwerb und der Übernahme der Wohnkosten durch den Berufungskläger sei ihr Bedarf mit Sicherheit gedeckt, weshalb ihr kein darüber hinaus gehender Unterhaltsbeitrag zuzusprechen sei. Im Übrigen betrage das Einkommen des Berufungsklägers nicht CHF 6'200.00, wie von der Vorinstanz angenommen, sondern nur CHF 5'800.00, weshalb sich dessen Verpflichtung zur Leistung weiteren Unterhalts an die Ehefrau umso mehr verbiete.

D. Auch die Ehefrau erhob mit Eingabe vom 16. August 2017 Berufung gegen den fraglichen zivilkreisgerichtlichen Unterhaltsentscheid für die Dauer des Scheidungsverfahrens. Das betreffende Rechtsmittelverfahren wird beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, unter der Dossiernummer 400 17 270 geführt.

E. In ihrer Berufungsantwort vom 8. September 2017 zum rubrizierten Verfahren beantragt die Ehefrau und Berufungsbeklagte, es sei die Berufung des Ehemannes – mit Ausnahme von dessen Bereitschaft die Hypothekarzinsen der von der Ehefrau bewohnten Liegenschaft zu bezahlen – abzuweisen, unter o/e-Kostenfolge zu Lasten des Ehemannes. Im Sinne eines Verfahrensantrages ersucht sie um Aufforderung des Ehemannes und Berufungsklägers, dieser habe die Bilanzen und Erfolgsrechnungen der D.____ GmbH der Jahre 2013-2016, Belege zu seinen Einnahmen aus besagter Gesellschaft sowie deren Handelsregisterauszug einzureichen. Sie führt zur Begründung an, dass sie mit einer befristeten Unterhaltsregelung für 4 Jahre einverstanden gewesen sei, ohne allerdings auf spätere Unterhaltszahlungen zu verzichten. Vielmehr seien die Parteien davon ausgegangen, dass ihre Ehe innert 4 Jahren nach Aufnahme des Getrenntlebens geschieden sein würde und der naheheliche Unterhalt im Scheidungsurteil festgelegt sein würde. Einer privat abgeschlossenen Parteivereinbarung komme ohnehin nicht die-

selbe Bindungswirkung zu wie einer per Gerichtsentscheid genehmigten Trennungsvereinbarung. Zur eigenen Erwerbssituation erklärt die Berufungsbeklagte, dass eine Aufstockung ihres 50%-Pensums beim aktuellen Arbeitgeber ausgeschlossen sei und ihre Aussichten auf ein Vollpensum an anderer Stelle im Niedriglohnsegment gering seien. Woraus der Berufungskläger schliesse, dass es ihr möglich sei, einen Nettolohn von CHF 4'000.00 zu erzielen, sei nicht nachvollziehbar. Nicht nur die Annahme sondern auch die Bezifferung eines hypothetischen Einkommens sei deshalb aus der Luft gegriffen. Beim Einkommen des Berufungsklägers gelte es zu bedenken, dass dieses aus zwei ihm gehörenden Firmen bezogen werde und in der Höhe schwankend ausfalle. Die Vorinstanz hätte aus diesem Grund der Unterhaltsberechnung das durchschnittliche Einkommen aus den vergangenen Jahren zugrunde legen müssen. Sodann trägt sie als Novum vor, dass sie aus der erst im Rechtsmittelverfahren eingereichten Jahresrechnung der E.____ AG pro 2016 ersehen habe, dass der Berufungskläger offenbar an einer dritten Unternehmung beteiligt sei, an der in Deutschland domizilierten D.____ GmbH. Ein allfälliges Einkommen des Berufungsklägers aus dieser Gesellschaft sei diesem ebenfalls anzurechnen, weshalb er die Geschäftsabschlüsse besagter Firma der Jahre 2013-2016 einzureichen habe. Wenn man den Unterhalt anhand des Bedarfs der Ehefrau (in Höhe von CHF 3'323.00) und desjenigen des Ehemannes (von CHF 3'662.00; inkl. Wohnkosten der Ehefrau) berechnete, würde ein höherer Unterhaltsbeitrag als der verfügte resultieren. Da der Vorinstanz keine der vom Berufungskläger behaupteten Rechtsverletzungen vorgeworfen werden könne und auch der Sachverhalt in den beanstandeten Punkten korrekt ermittelt worden sei, sei die Berufung des Ehemannes vollumfänglich abzuweisen. Im Übrigen verweist die hier berufungsbeklagte Ehefrau auf die Begründung ihrer eigenen Berufung.

F. Mit Verfügung vom 11. September 2017 schloss der Kantonsgerichtspräsident der Abteilung Zivilrecht den Schriftenwechsel, setzte dem Berufungskläger Frist zur Stellungnahme zum Editionsantrag bzw. zur Einreichung der beantragten Jahresabschlüsse und ordnete die Vorladung der Parteien zur zweitinstanzlichen Hauptverhandlung an (gleichzeitig mit der Verhandlung der Berufung der Ehefrau im Verfahren 400 17 270).

G. Die Hauptverhandlung fand am 7. November 2017 statt. Die Bemühungen des Präsidiums zur einvernehmlichen Erledigung der Streitsache scheiterten, so dass die Parteivertreter in den beiden Rechtsmittelverfahren ihre Plädoyers hielten, auf deren Inhalt in den nachstehenden Erwägungen – soweit erforderlich – zurückzukommen sein wird. Im Übrigen wird jedoch auf das Verhandlungsprotokoll bei den Verfahrensakten verwiesen.

Erwägungen

1. Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar, wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Im vorliegenden Fall ist über den Ehegattenunterhalt für die Dauer des Scheidungsverfahrens gemäss Art. 276 ZPO, mithin über eine vermögensrechtliche Streitigkeit, zu entscheiden. Als Streitwert wiederkehrender Leistun-

gen gilt der Kapitalwert (Art. 92 Abs. 1 ZPO), wobei bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer dieser Leistungen der zwanzigfache Betrag der einjährigen Laufdauer als Kapitalwert zu berechnen ist (Art. 92 Abs. 2 ZPO). Gemäss kantonsgerichtlicher Praxis ist bei Streitigkeiten über Unterhalt für die Dauer des Scheidungsverfahrens von einer ungewissen Dauer der im Streit stehenden wiederkehrenden Leistungen auszugehen (KGEBL 410 15 347 E. 1 mit Hinweis auf KGEBL 410 14 4 E. 1, und 410 13 58 E. 1.1). Dies gilt auch für den vorliegenden Fall. Denn obwohl der Schriftenwechsel im erstinstanzlichen Verfahren in casu bereits abgeschlossen worden ist und offenbar auch bereits die eingeholte Verkehrswertschätzung der ehelichen Liegenschaft vorliegt, könnte der Fall unter Vorbehalt von Ergänzungsfragen zur Expertise und der Einholung einer Oberexpertise für die Hauptverhandlung im ersten Quartal des nächsten Jahres terminiert werden. Jedoch bleibt es ungeachtet dieser Umstände offen, wann das Scheidungsurteil rechtskräftig wird, weshalb auch die Dauer der vorsorglichen Massnahmen ungewiss ist. Der Berufungskläger wollte sich vor dem Zivilkreisgericht bei seiner Bereitschaft behaftet lassen, für die Dauer des Verfahrens weiterhin die Wohnkosten der Berufungsbeklagten, ausmachend CHF 863.00, zu übernehmen. Demgegenüber beantragte die Berufungsbeklagte vor erster Instanz, es sei der Berufungskläger zur Leistung eines Unterhaltsbeitrages für die Dauer des Scheidungsverfahrens von CHF 3'000.00 zu verurteilen. Die Differenz beträgt demnach CHF 2'137.00, so dass der gemäss Art. 92 Abs. 2 ZPO kapitalisierte Streitwert deutlich über CHF 10'000.00 liegt und der Entscheid des Zivilkreisgerichtspräsidenten West vom 4. August 2017 somit der Berufung zugänglich ist.

2. Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Der angefochtene Entscheid wurde beiden Parteien am 7. August 2017 zugestellt. Die Berufung des Ehemannes vom 16. August 2017 wurde gleichentags der Schweizerischen Post übergeben und ist demnach rechtzeitig erklärt worden (Art. 142 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 143 Abs. 1 ZPO). Sachlich zuständig für die Beurteilung der Berufung ist gemäss § 5 Abs. 1 lit. a EG ZPO das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts.

3. Mit der Berufung kann gemäss Art. 310 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) geltend gemacht werden. Der Berufungskläger beanstandet den erstinstanzlichen Entscheid insofern, als er den Unterhaltsanspruch der Berufungsbeklagten mit der Begründung bestreitet, gemäss Trennungsvereinbarung sei seine Unterhaltungspflicht auf eine über die Wohnkosten der Gegenpartei hinausgehende Zahlung nach vierjähriger Trennungsdauer erloschen. Selbst wenn die Vereinbarung gegenteilig auszulegen wäre, könnte die Ehefrau bei voller Ausschöpfung ihrer Erwerbsmöglichkeiten ein Einkommen von CHF 4'000.00 erzielen und somit ihren Unterhalt selber bestreiten. Und schliesslich habe die Vorinstanz verkannt, dass der Berufungskläger ein tieferes Einkommen (in Höhe von CHF 5'800.00 anstatt CHF 6'200.00, wie vom Vorderrichter angegeben) erziele, weshalb dessen Leistungsfähigkeit für die Bezahlung eines Unterhaltsbeitrages nebst der Übernahme der Wohnkosten der Berufungsbeklagten nicht gegeben sei. Sämtliche Beanstandungen stellen zweifellos im Berufungsverfahren zulässige Rügen dar. Da auch die weiteren formellen Voraus-

setzungen des Rechtsmittelverfahrens erfüllt sind (Art. 59 ZPO), insbesondere auch der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt wurde, ist auf die Berufung einzutreten.

4.1 Die Parteien schlossen am 24. Februar 2015 eine Trennungsvereinbarung, in welcher sie festhielten, dass sie seit dem 1. Januar 2013 voneinander getrennt leben würden. Der Berufungskläger verpflichtete sich damals zu einer Unterhaltszahlung an die Berufungsbeklagte von CHF 1'754.40 (inkl. Hypothekarzins). Nebst dem Unterhaltsbeitrag zu Gunsten der Ehegattin vereinbarten die Parteien einen vom Berufungskläger zahlbaren Beitrag an den Unterhalt des gemeinsamen Sohnes C._____ von CHF 1'155.25, wobei diese Zahlungen mit dem Erreichen der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Sohnes enden würden. Hinsichtlich des Ehegattenunterhaltsbeitrages hielten die Parteien wörtlich fest: „Die Dauer der Unterhaltszahlung (die Hypotheken ausgenommen) beträgt 4 Jahre“. Diese Ausgangslage, von welcher auch die Vorinstanz ausgegangen ist, ist unter den Parteien unbestritten.

4.2 Der Vorderrichter stellte im angefochtenen Entscheid sodann fest, dass in der Vereinbarung nicht festgehalten worden sei, von welchen Einkommensverhältnissen die Ehegatten damals ausgegangen seien. Aus den Akten ergebe sich jedoch, dass die Berufungsbeklagte in den ersten beiden Jahren des Getrenntlebens ein durchschnittliches Monatseinkommen von CHF 2'780.00 erzielt habe. Im Weiteren nahm der Zivilkreisgerichtspräsident an, die Parteien seien bei der Befristung des Ehegattenunterhaltsbeitrages davon ausgegangen, dass es der Berufungsbeklagten nach 4 Jahren des Getrenntlebens möglich sein sollte, den ehelichen Lebensstandard (bis auf die Wohnkosten) durch eine markante Einkommenssteigerung selbst zu finanzieren. Die Berufungsbeklagte habe demgegenüber glaubhaft gemacht, dass ihr eine solche Einkommenssteigerung nach 4 Jahren des Getrenntlebens nicht gelungen sei, da sie im 2016 nur unwesentlich und im 2017 mutmasslich etwas weniger als in den Jahren 2013 und 2014 verdient habe. Da sich die Prognose der Parteien als falsch herausgestellt hätte, lägen veränderte Verhältnisse vor, was einen Unterhaltsanspruch der Berufungsbeklagten auch für die weitere Dauer des Getrenntlebens bzw. nunmehr des Scheidungsverfahrens begründe, zumal die Voraussetzungen für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei der Berufungsbeklagten zumindest im Massnahmeverfahren nicht gegeben seien.

4.3 Der Berufungskläger kritisiert die Auslegung der Vereinbarung hinsichtlich der Dauer seiner Unterhaltspflicht durch die Vorinstanz und behauptet, die Parteien seien sich bei Unterzeichnung der Trennungsvereinbarung darüber einig gewesen, dass der Unterhaltsanspruch der Berufungsbeklagten in jedem Fall nach 4-jähriger Trennungszeit entfalle. Dies würde sich unmittelbar aus dem Wortlaut der Vereinbarung ergeben. Für die Annahme einer bedingten Vereinbarung, wonach die Unterhaltspflicht an die Einkommensentwicklung der Berufungsbeklagten gebunden worden sein soll, bestünden demgegenüber keinerlei Hinweise. Die Berufungsbeklagte bestreitet, auf ihren Unterhaltsanspruch nach vierjähriger Trennungsdauer verzichtet zu haben. Die Unterhaltsvereinbarung sei für einen begrenzten Zeitraum des Getrenntlebens getroffen worden in der Annahme, diese würde später durch eine nacheheliche Unterhaltsregelung im erwarteten Scheidungsprozess abgelöst. An der Hauptverhandlung vor dem Kantonsgerichtspräsidium liess die Berufungsbeklagte erstmals vortragen, die Parteien hätten einen Unterhaltsbeitrag für eine Dauer von 4 Jahren gerechnet ab Unterzeichnung der Verein-

barung im Februar 2015 verabredet, so dass der Berufungskläger bis Januar 2019 verpflichtet bleibe.

4.4 Aus dem Wortlaut und dem Inhalt der Trennungsvereinbarung ist zu schliessen, dass sie von den Parteien ohne anwaltliche Hilfe verfasst worden sein muss. Zudem ist diese nicht im Rahmen eines Eheschutzverfahrens vereinbart oder zumindest gerichtlich genehmigt worden. Die Formulierung „Die Dauer der Unterhaltszahlung (die Hypotheken ausgenommen) beträgt 4 Jahre“, ohne dass Beginn und Ende der Laufzeit festgelegt wurde zu einem Vereinbarungszeitpunkt, in welchem die Ehegatten bereits gute zwei Jahre voneinander getrennt gelebt haben, ist unklar. Das Kantonsgericht teilt die Ansicht der Berufungsbeklagten insofern, als für die Annahme eines endgültigen Verzichts auf Unterhalt nach Ablauf von 4 Jahren keine Hinweise bestehen, andernfalls die Parteien wohl analog der Unterhaltspflicht gegenüber dem gemeinsamen Sohn ein Ende der Unterhaltzahlungen an die Berufungsbeklagte in der Vereinbarung ausdrücklich festgehalten hätten. Ob die erstmals an der Parteiverhandlung vor zweiter Instanz durch die Berufungsbeklagte im Rahmen des Plädoyers ihrer Parteivertreterin vorgetragene Behauptung, wonach sich der Berufungskläger bis Januar 2019 zu Unterhalt verpflichtet haben soll, gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO noch rechtzeitig erfolgte, kann offen bleiben (vgl. auch BGE 142 III 413; zur strittigen Frage der Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Rechtsmittelverfahren, vgl. zudem: FREIBURGHHAUS, Untersuchungsmaxime ohne Novenrecht im Berufungsverfahren nach ZPO? – Eine kritische Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Festschrift für Prof. Thomas Sutter-Somm, Basel 2017, S. 111 ff.). Denn unabhängig von allfälligen prozessrechtlichen Mängeln würde sich eine Auslegung der Vereinbarung mit einer Gültigkeitsdauer der Unterhaltsverpflichtung bis Januar 2019 auch verbieten, da aus dem Vereinbarungswortlaut nichts auf eine entsprechende Laufzeit schliessen lässt.

Wie der wirkliche Parteiwille bei Abschluss der Trennungsvereinbarung war, lässt sich im Nachhinein nicht leicht erkennen. Die Annahme des Vorderrichters, die Parteien hätten ihrer Unterhaltsvereinbarung eine Prognose über die Entwicklung der Erwerbsmöglichkeiten der Berufungsbeklagten zugrunde gelegt, erscheint vertretbar, wenn auch in diesem Zusammenhang unsicher bleibt, ob die Parteien bewusst von einem konkreten Erwerbseinkommen der Ehefrau ausgegangen sind, ohne dieses in der Vereinbarung beziffert festgehalten zu haben.

Die abschliessende Beurteilung des Inhalts und der Tragweite der vorliegenden Vereinbarung kann indessen offen bleiben, da diese ohne gerichtliche Genehmigung – wenn überhaupt – höchstens auf Zusehen hin verbindlich sein konnte (zum Ganzen: VETTERLI, in: FamKomm Scheidung, Bd. II, Bern 2017, 3. Aufl., Art. 272 ZPO N 7). Die vom Berufungskläger behauptete Parteivereinbarung, dass der Unterhaltsanspruch der Berufungsbeklagten nach vierjähriger Trennungszeit unter allen Titeln entfallen soll, konnte demnach keine Bindungswirkung entfalten, zumal der Berufungskläger auch nicht um nachträgliche gerichtliche Genehmigung dieser Trennungsvereinbarung ersucht hat. Abgesehen davon, dass für die berufungsklägerische Interpretation der Vereinbarung, wie bereits ausgeführt wurde, keine sachverhaltlichen Anhaltspunkte bestehen, ist sie demnach auch rechtlich nicht haltbar. Fehlt es an einer Bindung, steht es der Berufungsbeklagten von vornherein frei, für die Dauer des Scheidungsverfahrens ein Unterhaltsbegehren zu stellen. Die Frage nach einem allfälligen Unterhaltsanspruch ist dabei gestützt auf Art. 276 ZPO originär zu beurteilen und nicht nur unter dem Aspekt dauerhafter und wesentlicher Veränderungen als Voraussetzungen für die Abänderung einer bestehenden Re-

gelung (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 14. Oktober 2011, FS.2011.18). Daraus folgt, dass der Berufungsbeklagten ein Unterhaltsanspruch gestützt auf die Trennungsvereinbarung nicht abgesprochen werden kann, weshalb sich die Berufung in diesem Punkt als unbegründet erweist.

5.1 Zur Frage der Möglichkeiten der Berufungsbeklagten, ihren Unterhalt mit eigenem Einkommen zu bestreiten, erwog der Vorderrichter, dass diese in den Jahren seit Aufnahme des Getrenntlebens bis zum Abschluss der Trennungsvereinbarung, d.h. 2013 und 2014 ein durchschnittliches Jahreseinkommen von CHF 33'359.50 resp. ein Monatseinkommen von CHF 2'780.00 netto erzielt habe. Die Ehefrau habe im Rahmen dieses summarischen Massnahmeverfahrens hinreichend glaubhaft gemacht, dass ihr in den 4 Jahren des Getrenntlebens keine Einkommenssteigerung gelungen sei, sondern sie 2016 mit netto CHF 36'427.00 inkl. einer Gratifikation von CHF 2'085.00 pro Jahr resp. 3'035.00 pro Monat nur unwesentlich mehr verdient habe und 2017 mutmasslich etwas weniger als in den Jahren 2013/2014, ca. CHF 2'500 netto pro Monat verdiene. Eine Erhöhung des Pensums beim jetzigen Arbeitgeber sei gemäss den eingereichten Bestätigungen nicht möglich. Zudem müsse die Ehefrau an 5 Werktagen pro Woche (Dienstag bis Samstag), einsatzbereit sein, was die Annahme einer Nebenbeschäftigung erschwere. Sie habe zwar bis jetzt keine Arbeitsbemühungen um eine andere Stelle als diejenige bei der aktuellen Arbeitgeberin vorweisen können. Die Voraussetzungen für eine Anrechnung eines höheren, hypothetischen Einkommens als dem aktuell erzielten für eine 56-jährige Frau mit wenig Berufserfahrung und einer Jahre zurückliegenden Ausbildung als Bekleidungsschneiderin in der Industrie seien jedoch zumindest im Massnahmeverfahren nicht gegeben.

5.2 Der Berufungskläger entgegnet in seiner Berufung, der Berufungsbeklagten wäre es möglich gewesen, auch als ungelernte Person, welche gesund und in der Gesellschaft integriert sowie der deutschen Sprache mächtig sei, in den vergangenen 4,5 Jahren eine Stelle zu finden, bei welcher sie mindestens CHF 4'000.00 netto verdienen könnte. Wenn die Berufungsbeklagte trotz des angeblichen Umstands, dass bei der jetzigen Arbeitsstelle keine Erhöhung des Pensums möglich sei, keine andere Stelle suche, dann sei dies ihr Entscheid. Dieser könne aber unmöglich zu Lasten des Berufungsklägers gehen. Darüber hinaus liege selbst gemäss dem angefochtenen Entscheid durch den jetzigen Arbeitsplan lediglich „eine Erschwerung“ für die Annahme einer Nebenbeschäftigung vor. Ein Zusatzeinkommen sei somit möglich und vor allem zumutbar und es bestehe eine entsprechende Verpflichtung der Ehefrau zur Annahme einer Nebenbeschäftigung. Bei einer solchen sei ein Zusatzeinkommen von CHF 1'000.00 bis 1'500.00 sicherlich möglich. Wenn die Vorinstanz die Ehefrau von der Pflicht zur Erzielung eines Einkommens von Fr. 4'000.00 und damit von der Möglichkeit, ihren eigenen Lebensunterhalt zu decken, aus Bequemlichkeitsgründen entbinde, dann verletze sie den bundesrechtlichen Grundsatz, wonach jeder Ehepartner das ihm Zumutbare zu unternehmen habe, um die finanziellen Lasten der Ehe zu decken.

5.3 Bei der Festsetzung des Familienunterhalts ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit dieses Einkommen allerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 137 III 118 E 2.3

S. 121 m.H.a. BGE 128 III 4 E 4a S. 5; BGE 127 III 136 E 2a S. 139). Diese Grundsätze für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gelten sinngemäss auch auf Seiten der Unterhaltsberechtigten (VETTERLI, in: FamKomm Scheidung, Bd. I, Bern 2017, 3. Aufl., Art. 176 ZGB N 34).

Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf die vorliegend summarisch vorzunehmende Prüfung der relevanten Tatsachen festgestellt, dass die Berufungsbeklagte ihre Erwerbskapazität ausschöpfe. Sie stellte fest, dass die unterhaltsansprechende Berufungsbeklagte beim aktuellen Arbeitgeber ihr Arbeitspensum nachweislich nicht aufstocken kann und die Suche nach einer Nebenbeschäftigung durch die Pflicht zur Einsatzbereitschaft an 5 Wochentagen erschwert ist. Nach Ansicht des erstinstanzlichen Massnahmenrichters musste sich die Berufungsbeklagte nicht um eine andere Stelle bemühen, zumal ihr wiederum gestützt auf eine summarische Würdigung sämtlicher Umstände (56 Jahre alte Stellensuchende mit wenig Berufserfahrung und einer lange Zeit zurückliegende Berufslehre als Bekleidungsschneiderin) auf dem Arbeitsmarkt keine Erfolgchancen eingeräumt wurden, eine andere Stelle zu finden. Der Berufungskläger setzt sich in seiner Rechtsmitteleingabe mit diesen Erwägungen des Zivilkreisgerichtspräsidenten inhaltlich nicht auseinander. Er bezeichnet sie zwar als falsch, begründet seine Ansicht indes nicht, sondern stellt einzig die Gegenbehauptung auf, es wäre der Berufungsbeklagten möglich gewesen, sich seit Aufnahme des Getrenntlebens um eine andere Stelle zu bemühen, bei welcher sie mindestens CHF 4'000.00 netto pro Monat hätte verdienen können. Das Zivilkreisgericht war indessen der Ansicht, zumindest für den Entscheid über den Unterhalt für die Dauer des Verfahrens sei es vertretbar, dass sich die Berufungsbeklagte unter den gegebenen Umständen nicht um eine andere Arbeitsstelle bemüht habe. Der Vorderrichter begründete seine Einschätzung zudem, ohne dass der Berufungskläger in der Berufungsbegründung im Einzelnen auf die betreffenden Erwägungen eingegangen wäre. Im Weiteren bezweifelt der Berufungskläger zwar die Feststellung der Erstinstanz, wonach für die Berufungsbeklagte die Suche eines Nebenerwerbs erschwert sein soll. Inwiefern jedoch ein Nebenerwerb konkret denkbar wäre neben der Anstellung beim aktuellen Arbeitgeber, welcher eine Einsatzbereitschaft auf Abruf von Montag bis Samstag erwartet, wird seitens des Berufungsklägers nicht substantiiert dargelegt. Allein aufgrund gegenteiliger Behauptungen des Berufungsklägers ist es der Rechtsmittelinstanz nicht möglich nachzuvollziehen, inwiefern der vorinstanzliche Entscheid fehlerhaft sein soll, weshalb das Kantonsgericht auf die Berufung in diesem Punkt nicht eintritt. Und selbst wenn die Argumente des Berufungsklägers gehört werden könnten, müssten sie als nicht hinreichend substantiiert zurückgewiesen werden. Sowohl für einen Nebenerwerb als auch für eine Stelle in einem anderem Betrieb mit höherem Arbeitspensum wurden seitens des Berufungsklägers Annahmen über angeblich erzielbare Einkommen ohne Begründung getroffen, welche Stellenangebote für die Berufungsbeklagte auf dem Arbeitsmarkt überhaupt in Frage gestanden hätten. Die Berufung hätte sich in diesem Punkt somit auch in der Sache als unbegründet erwiesen.

6. Die Vorinstanz erwog im Weiteren, dass sich die Höhe des Unterhaltsanspruchs der Berufungsbeklagten für die Dauer des Scheidungsverfahrens am gemäss Trennungsvereinbarung zugestandenen Lebensbedarf nach Abzug des Eigenerwerbs zu orientieren habe. Dies entspreche einem Unterhaltsbeitrag von gerundet CHF 1'750.00, nachdem das aktuelle Einkommen der Unterhaltsgläubigerin mit demjenigen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinba-

rung in etwa vergleichbar sei. Diese Erwägungen blieben seitens des Berufungsklägers in der Berufung unkommentiert, weshalb sich weitere Ausführungen im Rechtsmittelverfahren hierzu erübrigen.

7.1 Nebst dem Fehlen der Möglichkeit bei der unterhaltsansprechenden Partei ihren Bedarf selbst zu decken, setzt die Zusprechung eines entsprechenden Unterhaltsbeitrages die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen voraus. Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid zum Einkommen des Berufungsklägers aus, dass sich das von der E.____ AG ausbezahlte Jahresgehalt auf CHF 10'000 brutto resp. CHF 3'624.00 netto belaufe. Unerklärlich sei dabei der Abzug für die Berufliche Vorsorge, liege doch das Bruttojahresgehalt unter dem BVG-Obligatorium. Dieser Abzug sei daher als Einkommensbestandteil aufzurechnen. Daraus resultiere ein anrechenbares Nettoeinkommen bei der E.____ AG von CHF 9'182.00. Hinzu würden die Privatbezüge aus der Einzelfirma F.____ von CHF 65'243.44 kommen, was ein Gesamteinkommen 2016 von CHF 74'425.45 resp. rund CHF 6'200.00 netto pro Monat ergebe. Damit sei es dem Ehemann weiterhin möglich, der Ehefrau einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'750.00 zu bezahlen, weil ihm danach noch CHF 4'450.00 zur Deckung des eigenen Bedarfs verbleiben würden, zumal er in einer kostensenkenden Lebensgemeinschaft lebe.

7.2 Der Berufungskläger erklärt in der Berufungsbegründung, sein monatliches Einkommen belaufe sich entgegen den Ausführungen im angefochtenen Entscheid im Jahre 2016 auf gerundet CHF 5'500.00 aus den Privatbezügen und CHF 300.00 als Lohn von der E.____ AG, insgesamt demnach auf CHF 5'800.00. Der hohe BVG-Abzug sei darin begründet, dass man ursprünglich ein Gehalt von CHF 72'000.00 versichert habe und trotz des Umstandes, dass dieser Lohn nicht erzielt werde, keine Verkleinerung des Versicherungsschutzes und der Vorsorgebeiträge habe riskieren wollen. Angesichts des tieferen als von der Vorinstanz in unrichtiger Ermittlung des Sachverhalts angenommenen Einkommens des Ehemannes verbiete sich dessen Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltszahlungen an die Ehefrau umso mehr.

7.3 Für das Kantonsgericht ist die Einkommensermittlung durch die Vorinstanz nachvollziehbar. Es ist in der Tat nicht einzusehen, wie Beiträge an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge geleistet werden könnten, wenn das effektive Einkommen unter dem Obligatorium liegt (vgl. Art. 7ff. BVG). Für den gemäss Lohnausweis der E.____ AG pro 2016 deklarierten Abzug für ordentliche Beiträge in die berufliche Vorsorge in der Höhe von CHF 5'558.00 (und somit von mehr als 50%) von einem Bruttolohn von CHF 10'000.00 fehlt es an einer plausiblen Erklärung, zumal sich der Berufungskläger nicht dazu äussert, ob seine Vorsorgeeinrichtung die Versicherung eines höheren Lohnes als des ausbezahlten reglementarisch zulässt. Auch hier geht der Berufungskläger zudem nicht auf die vorinstanzlichen Erwägungen ein, so dass sein Versuch für eine Erklärung der Beitragshöhe mit einem fingierten versicherten Lohn nicht zu hören ist. Abgesehen davon fehlt es für die Behauptung des Berufungsklägers an einem hinreichenden Nachweis abzugsgerechter BVG-Beiträge. Die Vorinstanz rechnete für die unrechtmässigen Abzüge von CHF 5'558.00 pro Jahr CHF 400.00 monatlich zum Einkommen des Berufungsklägers hinzu und stellte schliesslich fest, dass dem Unterhaltspflichtigen mit einem Einkommen von CHF 6'200.00 nach Abzug des Unterhaltsbeitrages von CHF 1'750.00 ein Betrag von CHF 4'450.00 verbleiben würde, welcher zur Deckung des eigenen Bedarfs ausreichen würde, ohne diese persönlichen monatlich wiederkehrenden Verpflichtungen konkret zu be-

rechnen. Dieses Vorgehen ist solange nicht zu beanstanden, als mit dem verfügbaren Unterhaltsbeitrag nicht in das erweiterte betriebsrechtliche Existenzminimum eingegriffen wird, welches dem Unterhaltspflichtigen nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu belassen ist (BGE 135 III 66 E. 2-10 mit zahlreichen Hinweisen). Eine Verletzung seines erweiterten betriebsrechtlichen Existenzminimums hat der Berufungskläger nicht geltend gemacht. Vielmehr beziffert er seinen entsprechenden Bedarf – wenn auch erst an der Parteiverhandlung im Rechtsmittelverfahren und somit an sich verspätet – mit CHF 3'849.00. Sogar unter Berücksichtigung des vom Berufungskläger behaupteten tieferen monatlichen Nettoeinkommens von CHF 5'800.00 kann er diesen Bedarf nach Abzug des vom Vorderrichter verfügbaren Unterhaltsbeitrags von CHF 1'750.00 decken, weshalb die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Berufungskläger aus seiner in Deutschland domizilierten Unternehmung (D.____ GmbH) weiteres Einkommen generiert, ist für die Überprüfung des von der Vorinstanz zugesprochenen Unterhaltsbeitrages von CHF 1'750.00 unter dem Aspekt der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners aus denselben Überlegungen irrelevant. Auf eine eingehende Prüfung der im Rechtsmittelverfahren eingereichten Geschäftsabschlüsse der besagten Unternehmung kann deshalb verzichtet werden. Der Vollständigkeit halber sei in aller Kürze vermerkt, dass aus den Abschlüssen der Geschäftsjahre 2013 bis 2015 (mit Vorjahresvergleich) weder hervorgeht, dass der Berufungskläger einen Lohn bezieht, noch wird ein nennenswerter Gewinn ausgewiesen (jeweils zwischen gerundet Euro 725.00 und 1'200.00 mit Übertrag auf das Folgejahr), welcher bei der unterhaltsrelevanten Einkommensermittlung ins Gewicht fallen würde.

8. Abschliessend ist über die Verlegung der Prozesskosten zu befinden. Massgebend für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen sind die Bestimmungen der Art. 95 ff. ZPO. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Der Berufungskläger unterliegt mit seinem Rechtsbegehren gemäss Berufung vom 16. August 2017 vollumfänglich, weshalb ihm sowohl die Gerichts- als auch die Anwaltskosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen sind. Die Entscheidegebühr wird auf CHF 2'000.00 festgelegt (§ 9 Abs. 2 lit. b der Verordnung über die Gebühren der Gerichte [Gebührentarif, GebT], SGS 170.31). Die Parteientschädigung ist gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO gestützt auf die kantonale Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO; SGS 178.112) festzusetzen. Die Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten hat an der kantonsgerichtlichen Hauptverhandlung vom 7. November 2017 eine Honorarnote eingereicht. Das geltend gemachte Honorar für 7,5 Stunden (exkl. Zeitaufwand für die Tagfahrt und Teilnahme an der Verhandlung vom 7. November) zu einem Ansatz von CHF 240.00 je Stunde zuzüglich Auslagen und MWSt ist tarifkonform und als der Streitsache angemessen einzustufen. Für die Verhandlung sind zusätzlich 3 Stunden zu entschädigen, so dass zuzüglich Auslagen von CHF 25.70 und der MWSt von 8% auf CHF 2'545.70 (ausmachend CHF 203.65) der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'749.35 zuzusprechen ist.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Berufung wird abgewiesen.
 2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren von CHF 2'000.00 wird dem Berufungskläger auferlegt. Der Berufungskläger hat der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 2'749.35 (inkl. Auslagen und MWSt) zu bezahlen.

Präsident

Gerichtsschreiber

Roland Hofmann

Rageth Clavadetscher