

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 19 616

Bern, 5. Februar 2020

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Niklaus und Ober-
richter D. Bähler
Gerichtsschreiberin Mosimann

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Fürsprecher B. _____
Gesuchstellerin/Berufungsklägerin

gegen

C. _____
vertreten durch Fürsprecher D. _____
Gesuchsgegner/Berufungsbeklagter



Gegenstand

Eheschutz

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts Oberland
vom 18. November 2019 (CIV 18 2624)

Regeste:

Teilrechtskraft bzw. Modifizierbarkeit nicht angefochtener Entscheidbestandteile

Der Vorrichter hat die Zuteilung der ehelichen Wohnung und den Unterhalt als Gesamtpaket geregelt, so dass der Unterhaltsbeitrag mit der Wohnsituation untrennbar verbunden ist. Unter diesen Umständen führt eine Anfechtung des Entscheids bezüglich der Wohnung dazu, dass auch die mit dem Auszug verbundene Erhöhung der Unterhaltsbeiträge in Frage gestellt ist. Die Berufungsklägerin kann nicht beanspruchen, sowohl die eheliche Wohnung länger unentgeltlich nutzen wie auch gleichzeitig von einem Beitrag an höhere Wohnkosten zu profitieren. Solches hat sie auch nicht explizit geltend gemacht. Entsprechend gelten die Unterhaltsbeiträge als materiell mitangefochten und müssen neu beurteilt werden (E. II.20.2 m.w.H.).

Erwägungen:

I.

1.

- 1.1 A._____, geb. _____, (nachfolgend: Berufungsklägerin) und C._____, geb._____, (nachfolgend: Berufungsbeklagter) heirateten am 19. März 2005. Sie haben drei gemeinsame Kinder (Tochter E._____, geb._____; Söhne F._____, geb._____, und G._____, geb._____).
- 1.2 Am 27. August 2018 leitete die Berufungsklägerin vor dem Regionalgericht Oberland (nachfolgend: Vorinstanz) ein Eheschutzverfahren ein (pag. 1 ff.).
- 1.3 Am 17. Juni 2019 wies der Vorrichter die eheliche Wohnung bis zum Ende des Eheschutzverfahrens der Ehefrau zu (pag. 771).
- 1.4 Am 22. Januar 2019 schlossen die Parteien eine Teilvereinbarung ab, gemäss welcher die Kinder E._____ und F._____ unter der Obhut des Vaters und G._____ unter der Obhut der Mutter bleibt (pag. 811 ff.).
- 1.5 Mit Entscheid vom 18. November 2019 (pag. 1409 ff.) wies die Vorinstanz das Gesuch der Ehefrau um Leistung eines Prozesskostenvorschusses ab, soweit sie darauf eintrat und es nicht als gegenstandslos abschrieb (Ziff. I. des Dispositivs).
Sodann fällte die Vorinstanz folgenden Eheschutzentscheid (Ziff. II.; pag. 1463 ff.):
 1. Es wird festgestellt, dass der gemeinsame Haushalt der Parteien am 23.08.2018 aufgehoben worden ist.
 2. [...]
 3. Die eheliche Wohnung im Chalet H._____, wird für die Dauer der Trennung dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benutzung zugewiesen. Die Gesuchstellerin wird verurteilt, die eheliche Wohnung bis spätestens am 31.01.2020 – unter Zurücklassung

sämtlicher Schlüssel – zu verlassen, unter Androhung der Straffolgen nach Art. 343 Abs. 1 Bst. a ZPO i.V.m. Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall (Busse bis zu CHF 10'000.00).

Art. 292 StGB:

Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.

4. [...]
5. Der Gesuchsgegner wird verurteilt, der Gesuchstellerin für den gemeinsamen Sohn G._____, für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts einen Unterhaltsbeitrag, zahlbar monatlich zum Voraus, erstmals per 01.12.2019, wie folgt zu bezahlen:
- Phase 1 (Dezember 2019): CHF 4'350.00;
 - Phase 2 (Januar 2020): CHF 4'350.00;
 - Phase 3 (ab Februar 2020): CHF 5'150.00.

Die Gesuchstellerin hat dafür besorgt zu sein, dass G._____ umgehend wieder bei der I._____ Privatschule angemeldet wird und dort wieder – wie sein Bruder F._____ – zur Schule gehen kann. Für jeden vollen Monat ab Dezember 2019, in welchem G._____ die öffentliche Schule besucht, reduziert sich der Kinderunterhalt für den betreffenden Monat um CHF 3'600.00 und beträgt diesfalls noch CHF 750.00 bzw. CHF 1'550.00 (ab Februar 2020).

Die Familienzulagen sind im Unterhaltsbeitrag nicht inbegriffen und zusätzlich geschuldet, wenn der Gesuchsgegner darauf Anspruch hat und sie nicht von der Gesuchstellerin bezogen werden. Sie werden in erster Linie vom Gesuchsgegner bezogen.

Art. 179 Abs. 1 sowie Art. 286 Abs. 2 und 3 ZGB bleiben vorbehalten.

6. Der Gesuchsgegner wird verurteilt, der Gesuchstellerin für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts einen Unterhaltsbeitrag, zahlbar monatlich zum Voraus, erstmals per 91.12.2019, wie folgt zu bezahlen:
- Phase 1 (Dezember 2019): CHF 3'270.00;
 - Phase 2 (Januar 2020): CHF 2'980.00;
 - Phase 3 (ab Februar 2020): CHF 4'580.00.

7. – 11. [...]

Dieser Entscheid wurde den Parteien am 19. November 2019 und der Kindesvertreterin am 21. November 2019 zugestellt (pag. 1477 ff.).

2. Mit Eingabe vom 29. November 2019 (Postaufgabe am selben Tag) erhob die Berufungsklägerin Berufung gegen den Eheschutzentscheid vom 18. November 2019. Sie beantragte unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, es sei die Ziffer 3 des Entscheids des Regionalgerichts Oberland (CIV 18 2624) vom 18. November 2019 in Bezug auf den spätesten Auszugstermin am 31. Januar 2020 aufzuheben und es sei die Berufungsklägerin zu verurteilen, die eheliche Wohnung bis spätestens am 30. April 2020 zu verlassen. Sodann stellte sie den Verfahrensantrag, der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei die Vollstreckbarkeit von

Ziff. 3 des Entscheides des Regionalgerichts Oberland aufzuschieben (pag. 1483 ff.).

3. In seiner Berufungsantwort vom 11. Dezember 2019 beantragte der Berufungsbeklagte, die Berufung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen. Der Antrag um Aufschub der Vollstreckbarkeit sei ebenfalls abzuweisen (pag. 1525 ff.).
4. Mit Verfügung vom 23. Dezember 2019 wurde die Berufungsantwort der Berufungsklägerin zur Kenntnis zugestellt. Der Antrag um Aufschub der Vollstreckbarkeit wurde gutgeheissen. Die Instruktionsrichterin gewährte der Berufung in Bezug auf die Auszugsfrist in Ziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids die aufschiebende Wirkung. Es wurde kein weiterer Schriftenwechsel angeordnet. Sodann kündigte die Instruktionsrichterin einen schriftlichen Entscheid ohne Parteiverhandlung an (pag. 1547 ff.).
5. Zusammen mit der Einreichung der Honorarnote am 30. Dezember 2019 teilte der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten mit, die Berufungsklägerin habe gemäss Kenntnisstand seines Klienten eine Wohnung gefunden, welche sie noch vor dem 31. Januar 2020 beziehen könne. Damit würde sich das Berufungsverfahren erledigen (pag. 1553 ff.).
6. Die Berufungsklägerin dementiert diese Ausführungen mit Schreiben vom 7. Januar 2020. Sie lasse nichts unversucht, um eine entsprechende und passende Wohnung zu finden, sei bis heute jedoch erfolglos gewesen. Sie habe in J. _____ eine Wohnung besichtigen können. Diese Wohnung befinde sich aber noch im Bau. Wann der Bezugstermin sei, sei offen. Ein Mietvertrag liege nicht vor und es sei bis heute zu keiner verbindlichen Zusage gekommen (pag. 1563).
7. Am 13. Januar 2020 erfolgte eine erneute Eingabe des Berufungsbeklagten, wonach die Berufungsklägerin eine Wohnung per 31. Januar 2020 gefunden habe soll (pag. 1585 ff.). Dies wurde von der Berufungsklägerin mit Schreiben vom 20. Januar 2020 wiederum bestritten (pag. 1595 ff.).
8. Die Berufungsklägerin reichte am 22. Januar 2020 ein unaufgefordertes Schreiben ein (pag. 1605), das dem Berufungsbeklagten zur Kenntnis zugestellt wurde (pag. 1607 ff.).

II.

9. Angefochten ist ein Endentscheid in einem nicht vermögensrechtlichen Eheschutzverfahren, weshalb ohne Streitwerterfordernis die Berufung offen steht (Art. 308 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272] e contrario).
10. Die Zivilkammern sind zur Beurteilung der vorliegenden Berufung zuständig (Art. 311 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]).

11. Die Berufung ist form- und fristgerecht erfolgt (Art. 311 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO).
12. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO); im Übrigen erwächst der Entscheid in Rechtskraft.

Die Berufungsklägerin focht einzig Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Eheschutzentscheids an. Die übrigen Dispositiv-Ziffern sind somit grundsätzlich in formelle Rechtskraft erwachsen (zur Rechtskraft von Eheschutzentscheiden vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_848/2015 vom 4. Oktober 2016 E. 3.1). Bezüglich der Rechtskraft der Unterhaltsregelung (Ziffern 5 und 6 des vorinstanzlichen Entscheids) bleiben die Ausführungen in Ziff. 20 nachstehend vorbehalten.
13.
 - 13.1 Mit der Berufung können eine unrichtige Rechtsanwendung sowie eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).
 - 13.2 Die Kammer überprüft den angefochtenen Entscheid zwar grundsätzlich mit freier Kognition, d.h. auf unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts hin (Art. 310 ZPO). Bei der Überprüfung der Ermessensausübung kann sich die Berufungsinstanz jedoch eine gewisse Zurückhaltung auferlegen (Urteil des Bundesgerichts 5A_265/2012 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.2). Denn anders als andere Rechtsmittel – wie etwa die Beschwerde gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, die aufsichtsrechtliche Beschwerde im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht oder die Rechtsmittel der Schweizerischen Strafprozessordnung, welche neben der Rechtsanwendungsrüge und vollen bzw. eingeschränkten Sachverhaltsrüge auch die Rüge der Unangemessenheit kennen (Art. 450a Abs. 1 Ziff. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]; Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1], Art. 393 Abs. 2 Bst. c der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312]; Art. 398 Abs. 3 Bst. c StPO) – beinhalten die Rechtsmittel der Schweizerischen Zivilprozessordnung keine Unangemessenheitsrüge. Daraus folgt, dass die oberen kantonalen Zivilgerichte letztlich nur bei Rechtsfehlern bei der Ermessensausübung einzugreifen haben, also bei Ermessensüber- oder -unterschreitung sowie Ermessensmissbrauch. Solche Rechtsfehler liegen etwa vor, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten berücksichtigt werden müssen. In Ermessensentscheiden ist schliesslich immer dann einzugreifen, wenn diese zu einem offensichtlich unbilligen Ergebnis oder zu einer stossenden Ungerechtigkeit führten (BGE 136 III 278 E. 2.2.1 S. 279, 130 III 213 E. 3.1 S. 220).
 - 13.3 Die Berufungsinstanz ist ferner nicht gehalten, den erstinstanzlichen Entscheid losgelöst von konkreten Anhaltspunkten in der Berufungsbegründung von sich aus in jede Richtung hin auf mögliche Mängel zu untersuchen, die eine Gutheissung des Rechtsmittels ermöglichen könnten (Urteile des Bundesgerichts 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016 E. 5.2 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln beschränkt sich die Berufungsinstanz vielmehr

darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Diese geben das Überprüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor (Urteil des Bundesgerichts 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1).

14. Im Eheschutzverfahren stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO, eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz). Sind Kinderbelange betroffen, gilt der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO), mit der Konsequenz, dass die Parteien im Berufungsverfahren Noven auch dann noch vorbringen können, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1 S. 351 f.).

Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist einzig die Frist, innert welcher die Berufungsklägerin aus der ehelichen Wohnung ausziehen muss. Da G._____ unter ihrer Obhut steht und folglich ebenfalls ausziehen muss, sind auch Kinderbelange (im weiteren Sinne) betroffen. Folglich gilt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime.

Die mit der Berufung und der Berufungsantwort neu eingereichten Beilagen können somit ohne Prüfung der Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu den Akten erkannt werden.

In ihrer Verfügung vom 23. Dezember 2019 zeigte die Instruktionsrichterin an, dass der Schriftenwechsel geschlossen und ein schriftlicher Entscheid ohne Parteiverhandlung ergehen wird. Ab diesem Zeitpunkt trat die 2. Zivilkammer in die Phase der Urteilsberatung ein, mit welcher die Novenschanke gefallen ist. Die weiteren Eingaben der Parteien ab diesem Zeitpunkt wurden daher nur noch betreffend allfälligem Eintritt der Gegenstandslosigkeit der Berufung berücksichtigt. Darüber hinaus sind die unaufgefordert eingereichten Eingaben mit neuen Tatsachenbehauptungen und eingereichten Beweismittel für das Berufungsverfahren unbeachtlich.

15. Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe die Begründungspflicht verletzt. Sie führt aus, sie akzeptiere schweren Herzens, dass sie aus der ehelichen Wohnung ausziehen müsse. Sie opponiere aber gegen die viel zu kurze Frist zum Auszug aus dieser Wohnung. Die Vorinstanz halte in Ziff. 2.3.2 der Entscheidung zwar fest, dass der Berufungsklägerin ermöglicht werden soll, eine Wohnung in der Region zu finden. Die Vorinstanz lege aber nicht dar, weshalb dies innerhalb der extrem kurz angesetzten Frist, in welcher zudem noch die Weihnachtsferien liegen würden, möglich sein soll. Der angefochtene Entscheid sei bereits aus diesem Grund aufzuheben (Berufung, Art. 2, Rz. 6, pag. 1491).
- 15.1 Der Anspruch auf Entscheidungsbegründung ist Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO; Art. 29 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung [BV; SR 101]; STECK/BRUNNER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 10 zu Art. 239 ZPO). Aufgrund der formellen Natur des rechtlichen Gehörs (BGE 135 I 187 E. 2.2 S. 190 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 5A_513/2014 vom 1. Oktober 2015 E. 3) ist über diesen Punkt vorab zu befinden.

- 15.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss die Begründung so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich der Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41 f.).
- 15.3 Die Vorinstanz legte in den Ziffern III.2.3.1 und III.2.3.2 (pag. 1427 ff.) dar, weshalb sie nicht dem Antrag des Ehemannes folgte, der eine sehr kurze Ausweisungsfrist bis Ende November 2019 verlangte und warum sie eine Frist von zweieinhalb Monaten für angemessen hielt. Dazu erwog sie, vorliegend gehe es nicht darum, mit dem gerichtlichen Entscheid erstmals für eine räumliche Trennung in einer angespannten familiären Situation zu sorgen. Die Parteien würden bereits seit längerer Zeit getrennt leben. Es solle der Berufungsklägerin ermöglicht werden, innerhalb von (wie bis anhin) maximal 15 km Distanz zur I._____ Schule in K._____ eine Wohnung in der Grössenordnung einer 4-Zimmer-Wohnung mieten zu können. Angemessen sei eine Auszugsfrist von etwas mehr als zwei Monaten.
- 15.4 Mit diesen Ausführungen kam die Vorinstanz der Begründungspflicht genügend nach, namentlich war es der Berufungsklägerin möglich, den Eheschutzentscheid in diesem Punkt anzufechten. Entsprechend liegt keine Gehörsverletzung vor.

III.

16. Die Berufungsklägerin akzeptiert den Entscheid des Vorrichters, dass die eheliche Wohnung dem Ehemann und den beiden Kindern E._____ und F._____ zugewiesen wird, weshalb sie und G._____ ausziehen müssen. Demgegenüber macht die Berufungsklägerin geltend, die Frist von zweieinhalb Monaten – wobei innerhalb dieser Frist auch noch die Festtage liegen würden – reiche nicht aus, um eine Wohnung zu finden. Ihr werde gemäss Unterhaltsberechnungen ein Mietzins inkl. Nebenkosten und Garage von CHF 2'400.00 zugestanden. Dadurch werde die Wohnungssuche wesentlich erschwert. Es sei allgemein bekannt, wie schwierig es grundsätzlich sei, im L._____ eine Wohnung zu finden. Verschärft werde die Situation dadurch, dass viele Gäste im L._____ bis Ende Februar oder Ende März ihre Wohnungen mieten würden. Per Ende Januar 2020 ziehe kaum jemand aus seiner Wohnung aus. Die Berufungsklägerin reicht eine Übersicht von aktuellen Angeboten ein, welche jedoch allesamt weit über ihrem Budget liegen würden. Eine durch die Gemeinde vermietete Wohnung wäre erst ab März 2020 verfügbar. Angesichts des Wohnungsangebotes sei es ein Ding der Unmöglichkeit, innerhalb der Zweimonatsfrist eine Wohnung zu finden, welche den Parametern (Distanz zur Privatschule von maximal 15 km, Mietzins maximal CHF 2'400.00, 4-Zimmer) genüge. Indem die Vorinstanz diese Faktoren ausser Acht gelassen habe, habe sie sowohl geltendes Recht verletzt, als auch den Sachverhalt falsch festgestellt. Die Frist sei neu auf Ende April 2020 festzusetzen. Damit würde dem Umstand Rechnung getragen, dass der ortsübliche Kündigungsstermin der 30. April bzw. 31. Oktober sei und könne der Wohnungsbezug auch mit den Schulferien in Einklang ge-

bracht werden. Die Wohnungssuche hänge sodann mit der Befolgung des Eheschutzentscheides durch den Ehemann zusammen, namentlich ob G. _____ nun wieder in die I. _____ Schule gehen könne oder ob er mangels genügender Unterhaltsbeiträge weiterhin in die öffentliche Schule in M. _____ gehen müsse. Im ersten Fall könne sie die Wohnungssuche auf die Region N. _____ ausdehnen. Im zweiten Fall müsse sie in M. _____ bleiben (pag. 1491 ff.).

17. Der Berufungsbeklagte entgegnet, er und die älteren beiden Kinder hätten zwischenzeitlich dreimal umziehen müssen und die aktuelle Wohngelegenheit sei bis Ende Januar 2020 befristet. Die älteren beiden Kinder möchten nicht noch ein weiteres Mal in eine provisorische Behausung ziehen, sondern nun endlich wieder in ihre Zimmer zurückkehren. Sodann verkenne die Berufungsklägerin, dass die Vorinstanz den Bezug einer neuen Wohnung im Umkreis von 15 km um K. _____ als zumutbar erachte. In diesem Umkreis befänden sich auch Orte, die einem normalen Wohnungsmarkt unterliegen würden. Es gäbe durchaus aktuelle Angebote, welche den von der Vorinstanz festgelegten und von der Berufungsklägerin nicht bestrittenen Anforderungen entsprechen würden. Sodann seien weder die ortsüblichen Kündigungsfristen noch die Schulferien Kriterien, denen bei der Auszugsfrist Rechnung zu tragen sei. Der Berufungsbeklagte weist abschliessend auf den Umstand hin, dass die Unterhaltsregelung zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsen sei und sich die Unterhaltsbeiträge mit Blick auf den Auszug der Berufungsklägerin per 1. Februar 2020 erhöhen würden. Sollte dem Antrag der Berufungsklägerin wider Erwarten entsprochen werden, würde dies gleichzeitig zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Berufungsklägerin führen, als sie längere Zeit unentgeltlich in der Familienwohnung bleiben könnte, jedoch bereits von den höheren Unterhaltsbeiträgen (inkl. Miete für die neue Wohnung) profitieren würde.

18.

- 18.1 Gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB regelt das Eheschutzgericht im Falle der Trennung von Ehegatten die Benützung der Wohnung und des Hausrates. Das Gesetz schreibt keine Frist vor, innert welcher der Ehegatte, dem die Wohnung nicht zugewiesen wurde, diese verlassen muss. Wie lange diese Frist zu bemessen ist, liegt im Ermessen des Eheschutzrichters.

Wie unter E. 13.2 oben ausgeführt, übt die Berufungsinstanz bei der Überprüfung, ob der Vorrichter das Ermessen korrekt ausgeübt hat, eine gewisse Zurückhaltung aus. Dies gilt insbesondere in Situationen wie vorliegend, wenn örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen sind, denen der erstinstanzliche Richter nähersteht als die kantonale Berufungsinstanz (KURT BLICKENSTORFER, in: ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 10 zu Art. 310 ZPO). Namentlich setzen die Zivilkammern des Obergerichts ihr Ermessen nicht einfach an die Stelle desjenigen der Vorinstanz, sondern schreiten erst dann ein, wenn das erstinstanzliche Gericht sein Ermessen über- oder unterschritten hat oder ein Ermessensmissbrauch vorliegt (MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 8 f. zu Art. 310 ZPO).

- 18.2 Der vorinstanzliche Richter hat sein Ermessen nicht überschritten, da er den zur Verfügung stehenden Ermessensspielraum weder nach oben noch nach unten überschritten hat. Eine Ermessensunterschreitung liegt ebenfalls nicht vor. Diese wäre dann zu bejahen, wenn das Gericht den ihm zustehenden Ermessensspielraum überhaupt nicht ausschöpft bzw. einen schematischen Entscheid trifft, ohne die Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen (zu den Begriffen Ermessensüberschreitung und -unterschreitung vgl. REETZ/THEILER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 35 zu Art. 310 ZPO).

In Frage käme vorliegend einzig ein Ermessensmissbrauch, was insbesondere dann zu bejahen wäre, wenn die gerichtliche Entscheidung auf unsachlichen Kriterien beruhen würde oder schlichtweg unverständlich wäre (REETZ/THEILER, a.a.O., N. 35 zu Art. 310 ZPO).

- 18.3 Die von der Berufungsklägerin ins Feld geführten Argumente vermögen aus den nachfolgenden Gründen keinen Ermessensmissbrauch der Vorinstanz zu begründen.

Der Berufungsbeklagte weist zu Recht darauf hin, dass der ortsübliche Kündigungstermin kein Kriterium für die Bemessung der Frist ist, bis wann ein Ehegatte die eheliche Wohnung zu verlassen hat. Als Kriterien heranzuziehen sind aber etwa die Lage auf dem Wohnungsmarkt sowie der Umstand, ob die Ehegatten im Zeitpunkt des Eheschutzentscheides noch zusammen wohnen und wie sich der Zustand der Paarbeziehung gestaltet. In sehr angespannten familiären Situationen kann ein Wegzug innert zwei Wochen angeordnet werden (vgl. ROLF VETTERLI, in: Fam Komm Scheidung, 3. Aufl. 2017, N. 18 zu Art. 176 ZGB).

Vorliegend wohnen die Ehegatten bereits getrennt. Es geht darum, dass der Ehemann mit den zwei älteren Kindern wieder zurück in die eheliche Wohnung ziehen kann, da die Wohnung aufgrund ihrer Grösse und der Tatsache, dass sich sein Büro in dieser Liegenschaft befindet, ihm einen grösseren Nutzen bringt. Wie der Vorrichter zutreffend festgehalten hat, besteht für den Umzug kein Grund zur Eile, weshalb eine Frist von nur wenigen Wochen sicherlich zu kurz gewesen wäre. Mit der Festlegung der Frist auf knapp zweieinhalb Monate, wobei Weihnachten und Neujahr ebenfalls in diese Zeitspanne fallen, hat der Vorrichter zwar eine für die vorliegende Situation eher kurze Frist gewählt und wäre die Einräumung von etwas mehr Zeit auch denkbar gewesen. Von einem Ermessensmissbrauch kann jedoch nicht gesprochen werden. Die von der Berufungsklägerin ins Feld geführte Wohnungsknappheit erachtet die Kammer als nicht erwiesen. Ihre eingereichten Wohnungsinserate beschränken sich auf die Orte K._____, N._____, O._____ und P._____. Gemäss vorinstanzlichem Entscheid sind sich die Parteien grundsätzlich einig, dass G._____ – wie seine Geschwister auch – weiterhin die I._____ Privatschule in K._____ besuchen kann. Daher erachtete der Vorrichter eine Distanz von bis zu 15 Kilometer vom Wohnort zur Schule (wie bis anhin) als zumutbar. Damit fällt beispielsweise auch die grössere Gemeinde Q._____ in den für die Wohnungssuche massgeblichen Perimeter. Diese Gemeinde hat die Berufungsklägerin offenbar bis jetzt nicht in Betracht gezogen. Der Berufungsbeklagte reichte mit seiner Berufungsantwort verschiedene Woh-

nungsinserate ein. In vier von diesen Inseraten steht betreffend Verfügbarkeit, «ab sofort oder ab 1. Februar 2020». Diese Wohnungen liegen in K._____, R._____ und S._____. Die Mietzinse für diese Wohnungen betragen rund CHF 2'000.00. Es trifft somit nicht zu, dass es keine freien Wohnungen per 1. Februar 2020 gibt, welche im Budget liegen. Aus den genannten Gründen war es somit nicht illusorisch, innerhalb von zweieinhalb Monaten per 1. Februar 2020 eine neue Wohnung, die die Rahmenbedingungen erfüllt, zu finden.

- 18.4 Da G._____ bei der Kindsmutter wohnt, ist er vom Umzug ebenfalls betroffen. Grundsätzlich ist somit bei der Bemessung der Auszugsfrist einem Schulwechsel Rechnung zu tragen, namentlich wenn wie vorliegend keine rasche räumliche Trennung mit dem Eheschutzentscheid erreicht werden muss. G._____ besuchte seit Herbst 2019 die öffentliche Schule in M._____. Der vorinstanzliche Richter erwog, die Ehefrau habe dafür besorgt zu sein, dass G._____ umgehend wieder bei der I._____ Privatschule angemeldet werde und dort wieder zur Schule gehen könne (E. III.4.7, pag. 1453). Diese Erwägung fand auch Eingang in Ziff. 5 des Entscheiddispositivs (pag. 1465). Dem Schreiben von Fürsprecher D._____ an Fürsprecher B._____ vom 29. November 2019 (Berufungsantwortbeilage [BA] 3) ist sodann zu entnehmen, dass G._____ ab dem 1. Januar 2020 wieder in die Privatschule eintreten soll und der Ehemann die entsprechenden Schulgebühren übernimmt. Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin besteht daher kein Grund, bei der Auszugsfrist auf die Schulferien Rücksicht zu nehmen.
- 18.5 Der Vorrichter hat durch die Festlegung der Auszugsfrist auf den 31. Januar 2020 das Ermessen nicht missbraucht und somit nicht rechtsfehlerhaft entschieden. Die Berufung ist daher abzuweisen.
19. Die Instruktionsrichterin gewährte mit Verfügung vom 23. Dezember 2019 der Berufung in Bezug auf die Auszugsfrist gemäss Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids die aufschiebende Wirkung (pag. 1549 ff.). Die Berufungsklägerin musste aufgrund der erteilten aufschiebenden Wirkung nicht zwingend mit einem Auszug per 31. Januar 2020 rechnen. Unter Berücksichtigung des Gebots von Treu und Glauben (Art. 9 der Schweizerischen Bundesverfassung [BV; SR 101]) ist daher mit vorliegendem Entscheid die Auszugsfrist neu anzusetzen.

Die Kammer erachtet eine Auszugsfrist bis spätestens am 31. März 2020 als angemessen. Dabei wird berücksichtigt, dass die Ehegatten bereits getrennt leben und der Auszug der Berufungsklägerin nicht besonders eilt. Gemäss Eheschutzentscheid wird der Berufungsklägerin zudem ab 1. Januar 2020 ein hypothetisches Einkommen angerechnet. Da die Berufungsklägerin nun arbeitstätig ist respektive nebst der Wohnungssuche auch Zeit für die Arbeitssuche braucht, ist die Auszugsfrist genügend lang anzusetzen. Ihr stehen damit ab Eröffnung des vorliegenden Entscheids wiederum rund zwei Monate zur Verfügung, um im Umkreis von 15 Kilometern rund um K._____ eine 4-Zimmer-Wohnung zum budgetierten Preis von rund CHF 2'400.00 zu finden.

Dem Berufungsbeklagten und den beiden älteren Kinder ist dagegen zuzumuten, noch etwas länger auf den Einzug zu warten. Ihre aktuelle Situation erfordert kei-

nen Einzug innert möglichst kurzer Zeit. Der Berufungsbeklagte macht in seiner Berufungsantwort zwar geltend, er wohne mit den beiden älteren Kindern in einer Mietwohnung, wobei das Mietverhältnis bis am 31. Januar 2020 befristet sei (pag. 1529). Zur Untermauerung dieser Ausführungen reicht er einen Mietvertrag ein, auf welchem steht: «Das Mietverhältnis beginnt am 01. Dezember 2019 und ist befristet bis zum 31. Januar 2021» (BA 1). Der Berufungsbeklagte geht mit keinem Wort darauf ein, weshalb entgegen dem Wortlaut des Mietvertrages das Mietverhältnis ein Jahr früher enden sollte. Die Kammer geht daher davon aus, dass er nicht per sofort ausziehen muss.

20.

- 20.1 Die Berufungsklägerin bezahlt aktuell für das Chalet H._____ keinen Mietzins. Die Wohnung steht im Alleineigentum des Berufungsbeklagten und er leistet während der Zeit, in welcher die Berufungsklägerin und G._____ darin wohnen, in entsprechendem Umfang Naturalunterhalt. Die Vorinstanz entschied, dass ab dem 1. Februar 2020 die Unterhaltsbeiträge für die Berufungsklägerin und G._____ um insgesamt CHF 2'400.00 ansteigen. Dieser Betrag dient zur Deckung der Wohnkosten (E. III.4.2.2, pag. 1437) und ist so lange nicht gerechtfertigt, als die Berufungsklägerin noch die eheliche Wohnung (unentgeltlich) nutzt.

Mit vorliegendem Berufungsentscheid stimmt der Zeitpunkt des Auszugs aus der Wohnung nicht mehr mit dem Zeitpunkt der höheren Unterhaltsbeiträge überein. Auf dieses Problem wies der Berufungsbeklagte zu Recht hin (pag. 1535 ff.).

- 20.2 Die Unterhaltsregelung ist formell nicht angefochten; eine Anschlussberufung des Berufungsbeklagten war auch gar nicht möglich (vgl. Art. 314 Abs. 2 ZPO).

Der Vorrichter hat die Zuteilung der ehelichen Wohnung und den Unterhalt als Gesamtpaket geregelt, so dass der Unterhaltsbeitrag mit der Wohnsituation untrennbar verbunden ist. Unter diesen Umständen führt eine Anfechtung des Entscheids bezüglich der Wohnung dazu, dass auch die mit dem Auszug verbundene Erhöhung der Unterhaltsbeiträge in Frage gestellt ist. Die Berufungsklägerin kann nicht beanspruchen, sowohl die eheliche Wohnung länger unentgeltlich nutzen wie auch gleichzeitig von einem Beitrag an höhere Wohnkosten zu profitieren. Solches hat sie auch nicht explizit geltend gemacht. Entsprechend gelten die Unterhaltsbeiträge als materiell mitangefochten und müssen neu beurteilt werden (zur Teilrechtskraft vgl. HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Basel 2013, Art. 315 N 18).

- 20.3 Der Vorrichter gestand der Ehefrau und G._____ ab Februar 2020 wegen der zusätzlich anfallenden Wohnkosten einen um CHF 1'600.00 bzw. CHF 800.00 gesteigerten Bedarf zu (pag. 1453). Entsprechend erhöhte er den Unterhaltsbeitrag für G._____ ab 1. Februar 2020 (der sog. Phase 3) um die entsprechenden Beträge, nämlich von CHF 4'350.00 auf CHF 5'150.00 für das Kind und von CHF 2'980.00 auf CHF 4'580.00 für die Ehefrau (Dispositiv Ziffern 5 und 6).

Die Stufung der Unterhaltsbeiträge kann erhalten bleiben, muss aber aufgrund des Prozessverlaufs vom Datum "Februar 2020" abgekoppelt und an die tatsächliche Wohnsituation gebunden werden. Entsprechend ist der vorinstanzliche Entscheid

so anzupassen, dass die "Phase 3" nicht ab Februar 2020 beginnt, sondern ab dem Auszug der Ehefrau aus der ehelichen Wohnung.

IV.

21.

21.1 Oberinstanzlich werden die Prozesskosten auch in familienrechtlichen Verfahren praxisgemäss nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt und der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorliegend unterliegt die Berufungsklägerin im Berufungsverfahren vollumfänglich und wird kostenpflichtig.

21.2 Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 1'000.00 (Art. 45 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [VKD; BSG 161.12]), werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.

22. Zufolge Unterliegens hat die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren antragsgemäss eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 95 Abs. 1 Bst. b und Art. 106 Abs. 1 ZPO).

22.1. Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den Tarifen zu (Art. 105 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 5 ff. der Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes [PKV; BSG 168.811]). Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich das Honorar nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand und der Bedeutung der Streitsache sowie der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).

22.2. Vor Obergericht war einzig die Frist umstritten, innert welcher Frist die Berufungsklägerin (zusammen mit dem Sohn G._____) die eheliche Wohnung verlassen muss, weshalb es sich vorliegend um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit handelt. Der Tarifrahmen beträgt nach Art. 5 Abs. 2 und 3 PKV im erstinstanzlichen Verfahren CHF 120.00 bis CHF 7'080.00. In Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar bis zu 50 % davon (Art. 7 PKV), weshalb sich die für das Berufungsverfahren massgebende Parteientschädigung auf maximal CHF 3'540.00 beläuft.

22.3. Fürsprecher D._____ macht in seiner Honorarnote vom 30. Dezember 2019 ein Honorar von CHF 1'800.00 zuzüglich Auslagen von CHF 35.60 und 7,7 % Mehrwertsteuer von CHF 141.35, total CHF 1'976.95 geltend (pag. 1557). Damit schöpft er den Tarifrahmen zu rund 50 % aus, was unter Berücksichtigung der obgenannten Kriterien (E. 22.1.1) angemessen ist.

22.4. Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten somit eine Parteientschädigung von CHF 1'976.95 zu bezahlen.

Die Kammer entscheidet:

1. Es wird festgestellt, dass die Dispositiv-Ziffer I. sowie die Dispositiv-Ziffern II.1., 2., 4. – 8. des Entscheids des Regionalgerichts Oberland vom 18. November 2019 (CIV 18 2624) in formelle Rechtskraft erwachsen sind.
2. Die Berufung gegen Dispositiv-Ziffer II.3 wird vollumfänglich abgewiesen und diese wie folgt – unter Ansetzung einer neuen Auszugsfrist – bestätigt:

Die eheliche Wohnung im Chalet H._____, wird für die Dauer der Trennung dem Berufungsbeklagten zur alleinigen Benutzung zugewiesen. Die Berufungsklägerin wird verurteilt, die eheliche Wohnung bis spätestens am 31. März 2020 – unter Zurücklassung sämtlicher Schlüssel – zu verlassen, unter Androhung der Straffolgen nach Art. 343 Abs. 1 Bst. a ZPO i.V.m. Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall (Busse bis zu CHF 10'000.00).

Art. 292 StGB:

Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.

3. Die Dispositiv-Ziffer II.5 wird wie folgt modifiziert:

Der Gesuchsgegner wird verurteilt, der Gesuchstellerin für den gemeinsamen Sohn G._____, für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts einen Unterhaltsbeitrag, zahlbar monatlich zum Voraus, erstmals per 01.12.2019, wie folgt zu bezahlen:

- | | |
|---|---------------|
| - Phase 1 (Dezember 2019): | CHF 4'350.00; |
| - Phase 2 (Januar 2020): | CHF 4'350.00; |
| - Phase 3 (<i>ab Auszug aus der ehelichen Wohnung</i>): | CHF 5'150.00. |

(Rest unverändert)

4. Die Dispositiv-Ziffer II.6 wird wie folgt modifiziert:

Der Gesuchsgegner wird verurteilt, der Gesuchstellerin für die Dauer der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts einen Unterhaltsbeitrag, zahlbar monatlich zum Voraus, erstmals per 1.12.2019, wie folgt zu bezahlen:

- | | |
|---|---------------|
| - Phase 1 (Dezember 2019): | CHF 3'270.00; |
| - Phase 2 (Januar 2020): | CHF 2'980.00; |
| - Phase 3 (<i>ab Auszug aus der ehelichen Wohnung</i>): | CHF 4'580.00. |

5. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 1'000.00, werden der Berufungsklägerin zur Bezahlung auferlegt und mit dem von ihr in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
6. Die Berufungsklägerin wird verurteilt, dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 1'976.95 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen.

7. Zu eröffnen:

- der Berufungsklägerin, vertreten durch Fürsprecher B._____, vorab per Fax
- dem Berufungsbeklagten, vertreten durch Fürsprecher D._____, vorab per Fax

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 5. Februar 2020

Im Namen der 2. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Die Gerichtsschreiberin:

Mosimann

i.V. Brütsch

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Dabei kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG). Die Art. 95, 97 und 105 Abs. 2 BGG gelangen nicht zur Anwendung. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem sowie interkantonalem Recht ist ausdrücklich zu rügen und zu begründen (Art. 106 Abs. 2 BGG).

Hinweis: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.