

# GR\_GERICHTE ZK1 2022 101 vom 10. August 2022

GR Gerichte, 2022-08-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2022\\_101](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2022_101)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2022 101 du 10 août 2022

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2022 101 del 10 agosto 2022

## Regeste

Erlass vorsorglicher Massnahmen (Vollstreckungsaufschub) | Vorsorgliche Massnahmen, Schutzschrift etc. (261 ff. ZPO)

## Erwägungen

### E. 1

Der Gesuchsteller beantragt sinngemäss den Aufschub der Vollstreckbarkeit des Entscheids betreffend Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Eheschutzgesuch. Dieser wurde bis anhin erst im Dispositiv eröffnet. Hinsichtlich der Frage des Zeitpunkts der Vollstreckbarkeit von bloss im Dispositiv eröffneten Entscheiden (sofort mit Eröffnung im Dispositiv oder erst nach Zustellung der schriftlichen Begründung) gibt es keine ausdrückliche Regelung in der ZPO und es besteht eine Kontroverse in der Lehre und kantonalen Rechtsprechung. Auch das Bundesgericht hat die Frage bisher nicht entschieden. Vorliegend ist sie im Sinne einer Vorfrage zu beantworten, da auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten wäre, sollte der Entscheid ohnehin nicht vollstreckbar sein (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

### E. 1.1

Gemäss Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO hat die Berufung gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen keine aufschiebende Wirkung. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich auch bei Entscheiden über Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft ebenso wie bei in einem Scheidungsverfahren erlassenen einstweiligen Verfügungen um vorsorgliche Massnahmen im Sinne dieser Bestimmung (vgl. BGE 137 III 475 E. 4.1; 138 III 565 E. 4.3.1; Peter Reetz/Sarah Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 53 zu Art. 315 ZPO m.w.H.). Sie findet auf den jeweiligen Massnahmeentscheid ferner gesamthaft Anwendung, weshalb auch rechtsgestaltenden Massnahmen keine aufschiebende Wirkung nach Art. 315 Abs. 3 ZPO zukommt. Keine aufschiebende Wirkung ist gleichbedeutend mit keiner aufgeschobenen Vollstreckbarkeit (vgl. BGE 139 III 486 E. 3), das heisst mit Berufung anfechtbare (begründete) Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind sofort vollstreckbar. Nach der Praxis des Kantonsgerichts gilt dies auch für Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, die ohne schriftliche Begründung eröffnet worden sind und deshalb noch nicht mit Berufung angefochten werden können (vgl. KGer GR ZK1 21 142 v. 21.10.2021 E.1.2 mit weiteren Hinweisen).

### E. 1.2

Aus der sofortigen Vollstreckbarkeit ergibt sich die Folgefrage, ob trotz mangelnder Rechtshängigkeit des Berufungsverfahrens ein Aufschub der Vollstreckbarkeit beim Kantonsgericht als Berufungsinstanz beantragt werden kann. Auch diesbezüglich bestehen unterschiedliche kantonale Praxen und keine bundesgerichtliche Rechtsprechung. Das Kantonsgericht erachtet sich als zuständig für Gesuche um aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 315 Abs. 5 ZPO im Zeitraum zwischen der Eröffnung des Entscheids im Dispositiv und der nachträglichen Zustellung der schriftlichen Begründung, in analoger Anwendung von Art. 263 ZPO, der es erlaubt, schon vor der Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache vorsorgliche Massnahmen zu beantragen. Es ordnet den Aufschub der Vollstreckbarkeit als vorsorgliche Massnahme sui generis an (vgl. KGer GR ZK1 21 142 v. 21.10.2021 E. 1.3 und ZK1 21 133 / 79 v. 28.9.2021 E. 1.1 je mit weiteren Hinweisen). Innerhalb des Kantonsgerichts liegt die Zuständigkeit für den Entscheid über die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 9 Abs. 1 GOG (BR 173.000) in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 und Art. 15 lit. b KGV (BR 173.100) bei der Kammervorsitzenden. 2. Für den Aufschub der Vollstreckbarkeit vor Rechtshängigkeit der Berufung als vorsorgliche Massnahme sui generis ist – zusätzlich zu den im folgenden dargestellten (teils überschneidenden) Voraussetzungen von Art. 315 Abs. 5 ZPO – erforderlich, dass die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a) und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (lit. b) droht (Art. 263 ZPO i.V.m. Art. 261 Abs. 1 ZPO analog). Zudem muss eine gewisse zeitliche Dringlichkeit glaubhaft gemacht werden. Diese wird bejaht, wenn der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewendet und das Resultat des Hauptverfahrens nicht abgewartet werden kann. Im Zusammenhang mit dem Verfügungsanspruch ist sodann eine Hauptsachenprognose und im Zusammenhang mit dem Verfügungsgrund des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils eine sogenannte Nachteilsprognose zu stellen. Schliesslich gebietet das Verhältnismässigkeitsprinzip die Abwägung der involvierten Parteiinteressen. 3. Grundsätzlich ist bei der Gewährung eines Vollstreckbarkeitsaufschubs bei vorsorglichen Massnahmen grosse Zurückhaltung geboten (BGE 137 III 475 E. 4.1; Reetz/Hilber, a.a.O., N 69 zu Art. 315 ZPO). Grund für die Zurückhaltung ist, dass dieselbe Interessenabwägung, die von der Berufungsinstanz für den Aufschub der Vollstreckbarkeit nach Art. 315 Abs. 5 ZPO vorzunehmen ist, bereits mit anderen Vorzeichen durch die Vorinstanz bei der Prüfung der Voraussetzungen

## **E. 5**

/ 15

### **E. 5.1**

Zunächst ist festzustellen, dass der Gesuchsteller gemäss Rechtsbegehren die Vollstreckung des gesamten Entscheids aufschieben lassen will. In der Gesuchsbegründung äussert er sich jedoch lediglich zur getroffenen Unterhalts- und Betreuungsregelung. In seiner Begründung (vgl. KG act. A.1 S. 11 Ziff. 19) erklärt er sich im Weiteren damit einverstanden, vorläufig und bis zur rechtskräftigen Erledigung einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'166.00 zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen. Es ist somit davon auszugehen, dass lediglich ein teilweiser Vollstreckungsaufschub hinsichtlich der zu leistenden Unterhaltszahlungen im Umfang von CHF 1'460.00 monatlich anbegehrt wird. In Bezug auf die übrigen mit Eheschutzentscheid vom 23. Mai

2022 getroffenen Anordnungen fehlt es im Gesuch an einer Begründung für den Vollstreckungsaufschub, so dass nicht weiter darauf einzugehen ist. Insbesondere der Aufschub der Vollstreckbarkeit des Besuchs- und Ferienrechts wäre wohl nicht im Interesse des Gesuchstellers, bestünde dann nämlich keine Regelung mehr. Hinsichtlich der in Frage gestellten Betreuungsregelung ist darauf hinzuweisen, dass eine solche nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein kann. Vielmehr muss eine allfällige Anpassung derselben und Anordnung einer alternierenden Obhut mittels Berufung geltend gemacht werden. Kommt hinzu, dass ein entsprechender Berufungsentscheid betreffend Obhut ohnehin nur für die Zukunft Wirkung entfalten und dementsprechend keine rückwirkende Abänderung der Unterhaltsbeiträge mit sich bringen würde.

### **E. 5.2**

Ist im Berufungsverfahren über den Aufschub der Vollstreckbarkeit von Unterhaltsforderungen zu entscheiden, kann im Rahmen der hierfür vorzunehmenden Interessenabwägung auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die das Bundesgericht bei der Prüfung von Gesuchen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung für Geldbeträge anwendet (Art. 103 Abs. 3 BGG). Ein nicht leicht wieder- gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 315 Abs. 5 ZPO, der – anders als bei Art. 93 BGG – nicht rechtlicher Natur sein muss, kann demnach gegeben sein, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass er im Falle einer Leistung des erst- instanzlich gesprochenen Unterhaltsbeitrages in finanzielle Schwierigkeiten geriete oder eine Rückforderung zu viel bezahlter Beträge sich als schwierig oder gar unmöglich erwiese. Diesem Nachteil sind aber die Folgen gegenüberzustellen, welche ein Aufschub der Vollstreckung für die berechnete Partei haben kann, und

### **E. 5.3**

Die Dringlichkeit eines Vollstreckungsaufschubs hinsichtlich der Unterhaltszahlungen ist vorliegend nachgewiesen. Wie bereits ausgeführt, hat die Gesuchsgegnerin eine Schuldneranweisung beantragt, welche superprovisorisch auch gutgeheissen worden ist (vgl. KG act. B.13). Des Weiteren hat sie für die ausstehenden Unterhaltsbeiträge der Monate April bis Juni 2022 ein Betreibungsverfahren gegen den Gesuchsteller eingeleitet (vgl. KG act. B.15). Entsprechend sind bereits Anstalten getroffen worden, um die Unterhaltsforderungen zu vollstrecken, womit die Dringlichkeit glaubhaft gemacht ist.

### **E. 5.4**

Zu prüfen sind indessen auch die Aussichten der beabsichtigten Berufung betreffend die Höhe der vom Gesuchsteller zu leistenden Unterhaltszahlungen und das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils. Dabei gilt es vorweg zu beachten, dass die Überprüfung der vom Gesuchsteller monierten Unterhaltsberechnung nicht zu einer Vorwegnahme des allfälligen Berufungsentscheids führen darf (vgl. AppGer BS DGZ.2019.10 v.17.12.2019 E. 4.4), sondern nur eine summarische Prüfung der Vorbringen und ihrer Erfolgsaussichten vorzunehmen ist. Zwar trifft es zu, dass sich aus dem unbegründeten Entscheid des Regionalgerichts Viamala nicht ergibt, von welchen Zahlen das Gericht bei der Ermittlung der Unterhaltsbeiträge ausgegangen ist. Jedoch liegt das Verhandlungsprotokoll vom 25. April 2022 (vgl. KG act. C.2) vor, das auch den Parteien zugestellt worden ist (vgl. KG act. C.2 S. 8 und act. A.2). Darin findet sich eine detaillierte Berechnungstabelle, der ohne Weiteres entnommen werden kann, welche Bedarfspositionen das Regionalgericht Viamala im Einzelnen eingesetzt hat.

#### **E. 5.4.1**

Zusätzlich zu den in der Berechnungstabelle aufgeführten Beträgen macht der Gesuchsteller zunächst Auslagen für erhöhten Nahrungsbedarf bei Schwerar-

#### **E. 5.4.2**

Weiter führt der Gesuchsteller an, es seien die zusätzlichen Familienschulden nicht hinreichend berücksichtigt worden. Er habe am 7. März 2022 den Betrag von CHF 2'127.00 für die Kantons- und Gemeindesteuern bezahlt, während die direkte Bundessteuer von CHF 2'659.00 erst per 30. Juni 2022 fällig werde. Diese offene Steuerschuld sei unberücksichtigt geblieben. Bei einer Abzahlung von monatlich CHF 200.00 wäre die Steuerschuld erst nach über einem Jahr getilgt. Der Gesuchsteller verkennt dabei jedoch, dass er bei knappen Verhältnissen, wie er sie geltend macht, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung lediglich den Schutz seines betriebsrechtlichen Existenzminimums beanspruchen kann. Dabei sind gemäss herrschender Praxis die laufenden und verfallenen Steuern nicht als Zuschlag zum Grundbetrag in das Existenzminimum gemäss Art. 93 SchKG aufzunehmen (vgl. BGE 140 III 337 E. 4.2-4.4). Somit könnten weder die behaupteten Steuerschulden von CHF 200.00 noch die laufenden Steuern von CHF 250.00 berücksichtigt werden.

#### **E. 5.4.3**

Was die übrigen ehelichen Schulden anbelangt, so kann eine angemessene Schuldentilgung gegebenenfalls im erweiterten Bedarf berücksichtigt werden, doch auch dies setzt zunächst wiederum voraus, dass das betriebsrechtliche Existenzminimum aller Familienmitglieder gedeckt ist (vgl. BGE 5A\_581/2020 v. 1.4.2021 E. 4.2.1). Das Regionalgericht Viamala hat dem Gesuchsteller einen Betrag von CHF 1'020.00 zur Schuldentilgung angerechnet. Dazu führte es aus (vgl. KG act. C.2 S. 4), der Gesuchsteller habe anlässlich der Verhandlung mitgeteilt, dass er im Rahmen eines Familienkreditvertrags, den er aufgenommen habe,

#### **E. 5.4.4**

Bezüglich der geltend gemachten Krankenkassenprämien in Höhe von CHF 303.00 ist darauf hinzuweisen, dass nicht nur die Gesuchsgegnerin, sondern auch der Gesuchsteller eine individuelle Prämienverbilligung beanspruchen könnte. Ausserdem umfasst der Betrag von CHF 303.00 die Grundversicherung und die Zusatzversicherung nach VVG (vgl. KG act. B.19), wobei letztere nur bei gehobeneren Verhältnissen an den Grundbedarf anzurechnen ist (BGE 147 III 265 E. 7.2).

#### **E. 5.4.5**

Die belegten höheren Mietkosten von CHF 1'485.00 (vgl. KG act. B.8) im Vergleich zur Bedarfsrechnung des Regionalgerichts Viamala, die beim Gesuchsteller nun ab dem 1. Juni 2022 anfallen, würden somit jedenfalls durch die vorstehenden Kürzungen wieder kompensiert. Der Gesuchsteller will für sich insgesamt ein sehr grosszügig erweitertes familienrechtliches Existenzminimum in Anspruch nehmen, was indes nur möglich ist, wenn die finanziellen Verhältnisse dies zulassen (BGE 147 III 265 E. 7.2). Solche Verhältnisse sind vorliegend auch nach Angaben des Gesuchstellers nicht gegeben.

#### **E. 5.5**

Zusammenfassend ergibt sich nach dem Gesagten, dass die Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers grundsätzlich ausgewiesen ist, zumal ein Einkommen von mindestens CHF 6'430.00 (inkl. 13. Monatslohn) zugestanden wird (vgl. KG act. A.1 Ziff. 15) und der

geltend gemachte Grundbedarf in Höhe von CHF 5'249.00 bzw. ein Eingriff in sein Existenzminimum nicht glaubhaft gemacht werden konnte. Einer Berufung mit dem Argument der Verletzung des (betreibungs- rechtlichen) Existenzminimums kann somit keine positive Hauptsachenprognose gestellt werden. Sodann sind die Gesuchsgegnerin und die gemeinsame Tochter auf die Unterhaltszahlungen angewiesen. Mit den vom Gesuchsteller anerkannten Zahlungen von CHF 1'166.00 pro Monat zuzüglich Kinderzulagen und ihrem be-

#### **E. 5.6**

Die Vollstreckbarkeit rückständiger Unterhaltsforderungen ist hingegen in der Regel aufzuschieben, wenn kein Nachteil aus einer späteren Bezahlung dargestellt ist. Einen solchen legt die Gesuchsgegnerin in Bezug auf die die Vergangenheit betreffenden Forderungen nicht dar. Da der Gesuchsteller einen Teil der Unterhaltszahlungen seit Februar 2022 gemäss übereinstimmender Parteidarstellung bereits geleistet und die Gesuchsgegnerin zudem ein eigenes Einkommen erzielt hat, ist es ihr zumutbar, mit der Vollstreckung noch nicht bezahlter rückständiger Unterhaltsbeiträge bis zum Vorliegen des Berufungsentscheids zuzuwarten. Aufgrund der eingeleiteten Betreuung und der in die Wege geleiteten Schuldneranweisung besteht wie ausgeführt Dringlichkeit. Der Aufschub der Vollstreckbarkeit kann demzufolge insofern gewährt werden, als die Unterhaltsbeiträge für Februar 2022 bis Juni 2022 betroffen sind.

#### **E. 6**

/ 15 für den Erlass der vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ZPO vorgenommen wurde. Beide Bestimmungen verlangen einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zulasten des jeweiligen Gesuchstellers. Während die Vorinstanz immerhin ein kontradiktorisches, "volles" Summarverfahren durchgeführt hat, besitzt die Berufungsinstanz im Zeitpunkt des Entscheids über den Aufschub der Vollstreckbarkeit hingegen nur rudimentäre Fallkenntnisse (Reetz/Hilber, a.a.O., N 69 zu Art. 315 ZPO). Dies gilt insbesondere, wenn der Aufschub noch vor Rechtshängigkeit der Berufung zu beurteilen ist, mithin noch keine schriftliche Begründung des vorinstanzlichen Entscheids vorliegt und – in praktischer Hinsicht – ein Bezug der vorinstanzlichen Akten nicht (zeitig) möglich ist. Bei Entscheiden über Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft und in Scheidungsverfahren erlassenen einstweiligen Verfügungen prüft die erste Instanz hingegen nicht die Glaubhaftmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 261 ZPO, sondern bloss die Erforderlichkeit einer Regelung der familiären Beziehung (Art. 172 ff. ZGB). Eine Nachteilsprognose erfolgt in diesem Falle erstmals durch die Berufungsinstanz. Insofern ist der Ausnahmecharakter eines Aufschubs der Vollstreckbarkeit nach Art. 315 Abs. 5 ZPO für Entscheide über Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft und für in Scheidungsverfahren erlassene einstweilige Verfügungen zu relativieren. 4. Wie dargelegt bedarf es für den Aufschub der Vollstreckbarkeit vorsorglicher Massnahmen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Letzterer ist hauptsächlich tatsächlicher Natur; er umfasst jeden vermögensrechtlichen oder immateriellen Schaden und kann sogar aus dem blossen Zeitablauf während des Prozesses entstehen (BGE 138 III 378 E. 6.3; vgl. Karl Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 11 zu Art. 315 ZPO). In einer Interessenabwägung ist der bei sofortiger Vollstreckbarkeit dem Betroffenen drohende Nachteil gegenüber dem Nachteil abzuwägen, den die Gegenpartei zu befürchten hat,

wenn ihr der durch die vorsorgliche Massnahme angestrebte Rechts- schutz trotz Obsiegens in erster Instanz nicht sogleich gewährt wird. Nur wenn ersterer eindeutig schwerer wiegt, kommt ein Aufschub der Vollstreckbarkeit in Frage. 5. Im konkreten Fall macht der Gesuchsteller geltend, sein Bedarf sei im un- begründeten Entscheid des Regionalgerichts Viamala falsch berechnet worden. Seinem familienrechtlichen Bedarf mit der partiellen Betreuung seiner Tochter von CHF 5'249.00 stehe ein monatliches Einkommen von CHF 5'922.00 bzw. CHF 6'430.00 gegenüber. Unter Anrechnung des 13. Monatslohns verbleibe ihm

#### **E. 6.1**

Die Gerichtskosten werden in sinngemässer Anwendung von Art. 13a VGZ (BR 320.210) auf CHF 1'000.00 festgelegt. Da der Gesuchsteller lediglich bezüglich der rückständigen Unterhaltsforderungen in untergeordneter Weise obsiegt, im Übrigen sein Gesuch aber abgewiesen wird, sind die Gerichtskosten vollumfäng- lich ihm aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 6.2**

Dem Gesuchsteller wurde mit heutiger Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer (ZK1 22 102) die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren ZK1 22 101 vor Kantonsgericht von Graubünden mit Wirkung ab Gesuchseinreichung bewilligt und Rechtsanwältin Laura Oesch zur Rechtsvertreterin ernannt. Damit gehen die ihm auferlegten Gerichtskosten von CHF 1'000.00 und die Kosten sei- ner Rechtsvertretung nach Massgabe von Art. 122 ZPO zu Lasten des Kantons Graubünden. Mit Honorarnote vom 9. August 2022 macht die Rechtsvertreterin des Gesuchstellers einen Aufwand von 9.3 Stunden und, basierend auf einem Stundenansatz von CHF 200.00, ein Honorar von total CHF 2'063.30 (inkl. 3% Spesen und 7.7% MwSt.) geltend (act. G.3). Dieser Aufwand gilt als angemessen und wird aus der Gerichtskasse bezahlt. Vorbehalten bleibt die Rückforderung

#### **E. 6.3**

Der Gesuchsteller ist aufgrund seines Unterliegens zu verpflichten, der Ge- suchsgegnerin eine Parteientschädigung zu entrichten. Mit Datum vom 3. August 2022 reichte der Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin eine Honorarnote über CHF 2'593.05 einschliesslich Mehrwertsteuer und Spesen ein (act. G.2.a). Darin weist er einen zeitlichen Aufwand von 9.35 Stunden zum Stundenansatz von CHF 250.00 aus. Ein Aufwand in dieser Höhe liegt unter Berücksichtigung der mut- masslich notwendigen anwaltlichen Bemühungen hinsichtlich der eingereichten Stellungnahme und der Schwierigkeit der Sache an der oberen Grenze, ist aber gerade noch als angemessen zu betrachten. Mangels Honorarvereinbarung ist jedoch von einem mittleren Stundenansatz von CHF 240.00 auszugehen, was zu einer Entschädigung von CHF 2'489.30 einschliesslich Spesen und Mehrwertsteu- er führt.

#### **E. 6.4**

Mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom heutigen Tag (ZK1 22 103) wurde auch der Gesuchsgegnerin für das vorliegende Verfahren die un- entgeltliche Rechtspflege mit Rechtsvertretung durch Rechtsanwalt Marc G. Brei- tenmoser bewilligt. Da die Gesuchsgegnerin mit ihren Anträgen obsiegt, hat sie keine Prozesskosten zu tragen und erhält eine Parteientschädigung zu Lasten des Gesuchstellers zugesprochen. Nichtsdestotrotz muss vorliegend die Entschädi- gung, welche ihrem Rechtsvertreter

aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zusteht, festgesetzt werden, da ein Rechtsbeistand auch bei Obsiegen der unentgeltlich prozessführenden Partei durch den Kanton angemessen zu entschädigen ist, falls die der Gegenpartei auferlegte Parteientschädigung nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist (Art. 122 Abs. 2 Satz 1 ZPO; Frank Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl., Zürich 2016, N 11 zu Art. 122 ZPO). Ist der kostenpflichtigen Partei ihrerseits die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden, was vorliegend der Fall ist, gilt die von ihr zu leistende Parteientschädigung in der Regel zum vornherein als uneinbringlich (Alfred Bühler; in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, N 67 zu Art. 122 ZPO; Lukas Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Art. 1196 ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, N 21 zu Art. 122 ZPO). Ausgehend vom Zeitaufwand von 9.35 Stunden und einem reduzierten Stundenansatz von CHF 200.00 (Art. 5 HV) ergibt sich ein Honoraranspruch von CHF 2'074.40 einschliesslich Spesen und Mehrwertsteuer (act. G.2.b). Mit der

#### **E. 7**

/ 15 monatlich ein Überschuss von CHF 1'166.00. Der Unterhaltsbeitrag von CHF 2'626.00, welcher durch das Regionalgericht Viamala festgesetzt worden sei, greife in sein Existenzminimum ein. Zudem müsse das Gericht vorliegend eine Anpassung der Betreuungsregelung im Sinne einer geteilten Obhut prüfen.

#### **E. 8**

/ 15 ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass der strittige Unterhaltsbeitrag immerhin vom erstinstanzlichen Massnahmegericht festgesetzt wurde, dessen Entscheid nicht leichthin ausser Kraft gesetzt werden soll. Das Bundesgericht misst daher dem Umstand, dass ein Vollstreckungsaufschub der berechtigten Partei die zur Deckung ihres Bedarfs notwendigen Mittel entzöge, insofern besondere Bedeutung zu, als es die aufschiebende Wirkung höchstens für rückständige zur Deckung des Bedarfs nicht mehr notwendige Unterhaltsforderungen gewährt, während ein Vollstreckungsaufschub für die ab dem Zeitpunkt der Beschwerde einreichung fällig werdenden Unterhaltsbeiträge in der Regel verweigert wird (BGer 5A\_661/2015 v. 2.12.2015 E. 5.2; vgl. zu dieser vom Grundsatz "in paeteritum non vivitur" geleiteten Praxis auch Nicolas von Werdt, in: Seiler/von Werdt/Güngerich/Oberholzer [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2015, N 16 zu Art. 103 BGG).

#### **E. 9**

/ 15 beiträgt von CHF 116.00 und Kosten für auswärtige Verpflegung von CHF 180.00 monatlich geltend. Einen Nachweis hierfür erbringt er jedoch nicht. Die Gesuchsgeberin bestreitet einen Anspruch auf Anrechnung dieser Positionen mit der Begründung, der Gesuchsteller nehme seine Verpflegung jeweils von zu Hause mit (vgl. KG act. A.3 Ziff. 11). Auch eine Verpflegung zu Hause erscheint beim Arbeitsweg G.\_\_\_\_\_ (vgl. KG act. B.5 und act. B.8) zumindest nicht ausgeschlossen. Die im Weiteren geltend gemachten Fahrkosten für den Arbeitsweg von CHF 146.00 werden ebenfalls lediglich behauptet. Tatsächlich steht dem Gesuchsteller – wie er im Grundsatz selber zugesteht, er weist allerdings auf eine fehlende Parkmöglichkeit hin (vgl. KG act. A.1 Ziff. 9 und Ziff. 14) – ein Firmenauto für den Arbeitsweg zur Verfügung. Inwieweit dem eigenen Fahrzeug daneben noch Kompetenzcharakter zukommt und er Anspruch auf Anrechnung der

Kosten für einen zusätzlichen Parkplatz hat, ist nicht dargelegt. Auch wird in diesem Zusammenhang nicht behauptet, dass die Suche nach einer anderen Parkmöglichkeit am Wohnort erfolglos verlaufen sei.

#### **E. 10**

/ 15 noch ca. vier Jahre lang einen monatlichen Betrag von CHF 1'019.00 abzahlen habe. Die Gesuchsgegnerin bestreitet in ihrer Stellungnahme, dass es sich dabei um gemeinsame Schulden handle, die den Lebensunterhalt der Ehegatten betreffen hätten (vgl. KG act. A.3 Ziff. 3). Selbst wenn es eheliche Schulden sind, so gilt es in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass Abzahlungsraten nur dann (temporär) angerechnet werden können, soweit sie effektiv bestehen und tatsächlich bezahlt werden (vgl. Jann Six, Eheschutz, 2. Aufl., Bern 2014, N 2.73 m.w.H.). Dem Regionalgericht Viamala lag der Darlehensvertrag der F.\_\_\_\_\_ zwar vor (vgl. KG act. C.2 S. 1), jedoch ist die effektive Schuldentrückzahlung soweit ersichtlich nicht belegt worden. Somit kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Rückzahlung auch tatsächlich erfolgt. Aus diesen Gründen ist nicht klar, ob die Schuldentilgung Berücksichtigung finden kann.

#### **E. 11**

/ 15 scheidenen Eigeneinkommen von CHF 1'964.00 monatlich – nach Angabe des Gesuchstellers soll das Einkommen etwas höher liegen und CHF 2'238.00 betragen – wäre die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage, ihren eigenen Notbedarf sowie denjenigen der gemeinsamen Tochter E.\_\_\_\_\_ zu decken. Dies überwiegt den Nachteil einer schwierigen Rückforderung zu viel bezahlter Unterhaltsbeiträge. Der Gesuchsteller hat in seinem Gesuch zudem nicht dargelegt, dass eine solche gänzlich ausgeschlossen sein soll. Der Aufschub der Vollstreckbarkeit ist somit in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung für den laufenden Unterhalt zu verweigern.

#### **E. 12**

/ 15 durch den Kostenträger im Sinne von Art. 123 ZPO, wonach eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist.

#### **E. 13**

/ 15 Zahlung geht der Anspruch auf die Parteientschädigung im entsprechenden Umfang auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO). 7. Bei dem Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG, bei welchem der Rechtsweg jenem der Hauptsache folgt. Bei der Hauptsache handelt es sich um einen Entscheid betreffend Eheschutzmassnahmen, bei dem nach der bundesgerichtlichen Praxis nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 98 BGG und Art. 116 BGG). Der Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung stellt selber eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG dar, weshalb auch aus diesem Grund ausschliesslich eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (BGE 137 III 475 E. 2).

#### **E. 14**

/ 15