

# GR\_GERICHTE ZK1 2022 116 vom 3. Mai 2023

GR Gerichte, 2023-05-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2022\\_116](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2022_116)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2022 116 du 3 mai 2023

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2022 116 del 3 maggio 2023

## Regeste

vorsorgliche Massnahmen (Betreuungsunterhalt) | Vorsorgliche Massnahmen, Schutzschrift etc. (261 ff. ZPO)

## Erwägungen

### E. 1

Der Erlass oder die Abänderung vorsorglicher Massnahmen während eines beim Kantonsgericht hängigen Berufungsverfahrens fällt, nachdem mit dem Kindesunterhalt ein Rechtsgebiet des Zivilgesetzbuches betroffen ist, in die Kompetenz der Vorsitzenden der I. Zivilkammer (Art. 9 Abs. 1 GOG [BR 173.000], Art. 6 lit. a, Art. 11 Abs. 1 und Art. 15 lit. b KGV [BR 173.100], Art. 268 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Thomas Sprecher, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 10 zu Art. 268 ZPO). Zur Anwendung gelangt das summarische Verfahren (Art. 248 lit. d u. Art. 252 ff. ZPO), ergänzt durch Art. 296 Abs. 1 u. 3 ZPO, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet (Untersuchungs- und Officialmaxime). 2.1. Mit Verfügung vom 24. Januar 2019 wurde für B.\_\_\_\_\_ eine Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO angeordnet (RG act. IV/11 [Proz. Nr. 115-2018-55]). Der verfahrensleitende Richter verwies bezüglich der Kompetenzen der Kindesvertreterin auf Art. 300 ZPO und hielt ausdrücklich fest, dass die Vertretung entgegen den Parteianträgen nicht auf die Fragen der Obhut und der Neuregelung der Betreuungsteile beschränkt werde. Die Kindesvertretung erfasste somit auch die Unterhaltsfrage. Da das Mandat der Kindesvertretung grundsätzlich erst mit der Rechtskraft des Urteils bezüglich der Kinderbelange endet (Jonas Schweighauser,

### E. 6

/ 19 in: Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band II: Anhänge, 4. Aufl., Bern 2022 [nachfolgend zitiert als Schweighauser, FamKomm], N 54 Anh. ZPO Art. 300; Margot Michel/Daniel Steck, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 26 zu Art. 299 ZPO u. N 9 zu Art 300 ZPO), nicht aber bereits dadurch, dass die Kindesvertretung kein Rechtsmittel erhebt, dauert es aktuell fort, weshalb die Kindesvertreterin in das vorliegende Verfahren einbezogen wurde. Ein Anlass, ihre Stellungnahme vom 8. März 2023 aus dem Recht zu weisen, wie es der Gesuchsgegner beantragt, besteht nicht, zumal die einzelnen Handlungen einer Kindesvertretung grundsätzlich nicht in Frage gestellt werden können (vgl. BGer 5A\_894/2015 v. 16.3.2016 E. 4.1). 2.2. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob der Kindsmutter C.\_\_\_\_\_ angesichts der Kindesvertretung die Befugnis zukommt, den Gesuchsgegner im vorliegend streitigen Unterhaltspunkt zu vertreten, ob die Genannte mit anderen Worten überhaupt berechtigt war, Rechtsanwalt Fryberg mit der Wahrnehmung der

Inter-essen ihres Sohnes im vorliegenden Massnahmeverfahren zu mandatieren. 2.2.1. Nach Art. 304 ZGB haben die Eltern von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Drittpersonen im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge (Abs. 1). Sind beide Eltern sorgeberechtigt, so dürfen gutgläubige Drittpersonen voraussetzen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelt (Abs. 2). Art. 306 ZGB bestimmt für den Fall, dass die Eltern am Handeln verhindert sind oder in einer Angelegenheit Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen, dass die Kindesschutzbehörde einen Beistand ernennt oder diese Angelegenheit selber regelt (Abs. 2). Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die Befugnisse der Eltern in der entsprechenden Angelegenheit (Abs. 3). Die Kindesschutzbehörde kann dem Beistand besondere Befugnisse übertragen, namentlich die Vertretung des Kindes bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches (Art. 308 Abs. 2 ZGB). Nach Art. 299 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person (Abs. 1). Es prüft die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn die Eltern unterschiedliche Anträge bezüglich des Unterhaltsbeitrages stellen (Abs. 2 lit. a Ziff. 5). Diese Bestimmung gilt seit dem 1. Januar 2017 auch für selbständige Unterhaltsklagen (BGE 145 III 393 E. 2.2). Bei der in Art. 299 und 300 ZPO geregelten Kindesvertretung handelt es sich um eine vom Gericht angeordnete besondere Art der gesetzlichen Vertretung des Kindes für die Führung des Prozesses und nach

### **E. 6.1**

Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, wozu sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigungen zählen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten – unter den Prozessparteien (vgl. BGE 141 III 426) – nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Im Anwendungsbereich von Art. 107 lit. c ZPO verfügt das Gericht nicht nur über Ermessen, wie es die Kosten verteilen will, sondern zunächst und insbesondere bei der Frage, ob es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen will (BGE 139 III 358 E. 3). Aspekte, die in den Entscheid über die Kostenverlegung einbezogen werden können, sind unter anderem die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beteiligten sowie die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern (Viktor Rüegg/Michael Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 6 zu Art. 107 ZPO).

### **E. 6.2**

Im vorliegenden Verfahren dringt der Gesuchsteller mit seinen Anträgen zu rund vier Fünfteln durch. Obwohl die Gerichtskosten damit zu vier Fünfteln vom Gesuchsgegner zu tragen wären, rechtfertigt es sich gestützt auf das dem Gericht nach Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO zustehende Ermessen sowie in Berücksichtigung der Unterhaltspflicht des Vaters und dessen hoher Leistungsfähigkeit, die Entscheidunggebühr des Massnahmeverfahrens je hälftig dem Gesuchsteller und dem Gesuchsgegner, der für das Massnahmeverfahren kein Gesuch um Prozesskostenbevorschussung gestellt hat, aufzuerlegen und auf das Zusprechen von Parteientschädigungen zu verzichten. Eine gänzliche Befreiung des Gesuchsgegners von den Prozesskosten, wie sie im ursprünglichen Massnahmeentscheid angeordnet worden

war (KGer GR ZK1 18 105/107 v. 1.10.2020 E. 10.2.1), rechtfertigt sich in Anbetracht seines mehrheitlichen Unterliegens sowie des Umstands, dass das Massnahmeverfahren letztlich durch seine (unbegründete) Berufung veran-

#### **E. 7**

/ 19 ihrem Zweck um eine Kindeschutzmassnahme besonderer Art (Michel/Steck, a.a.O., N 3 zu Art. 299 ZPO u. N 8 zu Art. 300 ZPO). Die Frage, ob die Vertretungsbefugnisse der gesetzlichen Vertreter durch eine Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO beschnitten werden, oder ob die Kindesvertretung zusätzliche Befugnisse wahrnimmt, ist nicht geklärt (vgl. Cordula Lötscher, Das Kind im Unterhaltsprozess, in: Der Familienprozess, 10. Symposium zum Familienrecht 2019, Universität Freiburg, Zürich 2020, S. 124; Gisela Kilde, § 6 Familienrechtliche Verfahren, in: Hotz [Hrsg.], Handbuch Kinder im Verfahren, Zürich 2020, Rz. 6.63, die auf eine in der Praxis uneinheitliche Vorgehensweise hinweist). 2.2.2. Das Bundesgericht führt im Entscheid 5A\_98/2019 v. 28.2.2019 (E. 1) aus, die Prozessvertretung nach Art. 299 ZPO beschneide die entsprechenden Befugnisse der gesetzlichen Vertreter. Es verweist dabei auf das Urteil 5A\_894/2015 v. 16.3.2016 (E. 4.1), das im Zusammenhang mit dem Beschwerderecht der Eltern gegen die Einsetzung einer Kindesvertretung nach Art. 314abis ZGB festhält, die Kindesvertretung schränke die Vertretungsmacht der Eltern als gesetzliche Vertreter im Verfahren ein (wiederholt in BGer 5A\_278/2016 v. 6.6.2016 E. 1; vgl. auch App.Ger. BS BEZ.2014.14 v. 25.2.2014 E. 1.2.2, publ. in CAN 2014 Nr. 73 S. 223). Was die Lehre betrifft, so vertritt Schweighauser im FamKomm Scheidung unter Hinweis auf den einleitend erwähnten Bundesgerichtsentscheid die Meinung, dass das Kind bei Einsetzung eines Kindesvertreters im fraglichen Verfahren sinnvollerweise nicht mehr durch den sorgeberechtigten Elternteil vertreten werden könne und die Vertretungsrechte der Eltern in diesem Umfang beschnitten würden. Eine Kindesvertretung werde dann eingesetzt, wenn sich eine Interessenkollision zwischen einem oder beiden sorgeberechtigten Elternteilen und dem Kind oder eine besondere Schutzbedürftigkeit des Kindes ergebe, die durch die Eltern nicht behoben werden könne. Es wäre daher zweckwidrig, dem Elternteil nach Einsetzung der Kindesvertretung weiterhin Vertretungskompetenzen in Bezug auf die strittigen Kinderbelange zu belassen (Schweighauser, FamKomm, N 15a u. N 51 Anh. ZPO Art. 299). Demgegenüber spricht sich Zogg für selbständige Unterhaltsklagen, die von einem Elternteil im Namen des Kindes erhoben werden, gegen eine Beschneidung der elterlichen Sorge bzw. der daraus resultierenden Vertretungsbefugnis aus. Er äussert sich dahingehend, dass die Anordnung einer Verfahrensvertretung in selbständigen Unterhaltsprozessen weder etwas an der Parteistellung des Kindes

#### **E. 8**

/ 19 noch an der gesetzlichen Vertretung ändere. Gleichermassen wie in einem Ehe- oder Scheidungsverfahren, wo das Kind allerdings im Gegensatz zu selbständigen Unterhalts- oder Vaterschaftsprozessen nicht Partei sei, handle der nach Art. 299 f. ZPO bestellte Kinderprozessbeistand entgegen dem Wortlaut nicht als eigentlicher "Vertreter" des Kindes. Er habe nicht dessen subjektive Interessen wahrzunehmen (wenngleich die subjektive Meinung des Kindes bei der Beurteilung des Kindeswohls selbstverständlich eine wichtige Entscheidungsgrundlage darstelle), sondern streite für die Verwirklichung des objektivierten (wohlverstandenen) Kindeswohls. Das Kind bleibe in selbständigen Unterhaltsprozessen auch im Falle einer gerichtlichen Bestellung eines Kinderprozessbeistands nach Art. 299 f. ZPO Prozesspartei und werde trotz einer solchen

Anordnung weiterhin durch den sich nicht auf der Prozessgegenseite befindenden Inhaber der elterlichen Sorge oder durch einen Beistand nach Art. 306/308 ZPO vertreten. Der nach Art. 299 f. ZPO bestellte Kinderprozessbeistand vertrete nicht das Kind als Partei, sondern handle als unabhängiger Verfechter des Kindeswohls "aus eigenem Recht" (Samuel Zogg, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, in: Fam- Pra.ch 2017, S. 429 ff.). Diese Ansicht steht in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche die Kindesvertretung funktionell nicht als im eigentlichen Sinn anwaltliche, auf den subjektiven Standpunkt des Vertretenen fokussierte Tätigkeit qualifiziert, sondern davon ausgeht, dass der Prozessbeistand das objektive Kindeswohl zu ermitteln und zu dessen Verwirklichung beizutragen hat (BGE 142 III 153 E. 5). 2.2.3. Die von Schweighauser vertretene Ansicht ist im Grundsatz nachvollziehbar. Da eine Kindesvertretung dort eingesetzt wird, wo man den Eltern nicht zutraut, die Kindesinteressen hinreichend bzw. genügend objektiv zu wahren, wäre es folgerichtig, dass mit der Einsetzung einer Prozessvertretung die entsprechenden Befugnisse der Eltern entfallen. Das von ihm zitierte und oben aufgeführte Bundesgerichtsurteil 5A\_98/2019 betraf allerdings keine Konstellation, wie sie hier vorliegt. Es handelte sich um ein Scheidungsverfahren, bei dem im Unterschied zum vorliegenden Verfahren die Eltern Partei waren und das Kind, dem im Laufe des Scheidungsverfahrens im Hinblick auf die Zuteilung der elterlichen Sorge und die Regelung des persönlichen Verkehrs ein Prozessbeistand bestellt wurde, lediglich als weiterer Verfahrensbeteiligter einbezogen wurde (vgl. das dem Entscheid zugrundeliegende Urteil KGer SZ ZK1 2017 20 v. 18.12.2018). Ausserdem ging es um die Befugnis des Vaters, im Namen der Tochter Beschwerde zu erheben, wobei das Bundesgericht diese in erster Linie deshalb verneinte, weil die elterliche Sorge im vorinstanzlichen Verfahren allein an die Mutter zugeteilt worden war.

## **E. 9**

/ 19 Zu beachten ist ferner, dass die gesetzliche Vertretungsbefugnis nach dem Willen des Gesetzgebers nur dann erlischt, wenn und soweit bei einem (oder bei beiden) Elternteil(en) in der betreffenden Angelegenheit ein Interessenkonflikt besteht (Art. 306 Abs. 3 ZGB). Dafür, dass mit Einführung der Kindesvertretung ein zusätzlicher – über das Vorliegen einer Interessenkollision hinausgehender – Tatbestand zur Einschränkung der elterlichen Sorge eingeführt werden sollte, finden sich im Gesetz oder in der Botschaft keine Anhaltspunkte. Es ging vielmehr darum, die Stellung der Kinder in familienrechtlichen Verfahren zu stärken und den Bedürfnissen bzw. den Interessen des Kindes eine von den Eltern unabhängige Stimme zu geben, sei dies in Bezug auf seine Beziehung zu den Eltern (elterliche Sorge, Obhut, persönlicher Verkehr, Aufteilung der Betreuung) oder eben auf seine finanziellen Bedürfnisse (vgl. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Kindesunterhalt] vom 29. November 2013, BBl 2013 529, S. 584 ff.). Solange keine Interessenkollision vorliegt, erscheinen die Interessen des Kindes in Anbetracht von Offizial- und Untersuchungsmaxime sowie der zusätzlich angeordneten Kindesvertretung auch bei Weiterbestehen der Vertretung durch den Inhaber der elterlichen Sorge als ausreichend gewahrt (vgl. Zogg, a.a.O., S. 428 f.). Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass die Eltern im Rahmen einer Prozessstandschaft – wie sie in eherechtlichen Verfahren oder dann vorkommt, wenn ein unverheirateter Elternteil den Unterhaltsanspruch des Kindes in eigenem Namen geltend macht (vgl. BGE 142 III 78 E. 3.2) – von ihrem Recht, Anträge zum Kindesunterhalt zu stellen, durch die Anordnung einer Kindesvertretung nicht ausgeschlossen werden. Ebenso besteht bei einer Beistandschaft nach 308 Abs. 2 ZGB – sofern eine Beschränkung der elterlichen Sorge

nicht ausdrücklich angeordnet wird oder die Sorge aufgrund einer Interessenkollision von Gesetzes wegen entfällt – grundsätzlich eine parallele Vertretungskompetenz (Linus Cantieni/Stefan Blum, Kindesschutzmassnahmen, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck [Hrsg.], Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 15.78 f.; Peter Breitschmid, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, ZGB I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022, N 20 zu Art. 308 ZGB). In diesem Sinn wird für nicht verheiratete Elternteile, die im Namen des Kindes eine Unterhaltsklage erheben, eine Gleichstellung mit der Prozessbeistandschaft erreicht, wenn man ihnen erlaubt, als Vertreter des Kindes zusätzlich zur Kindesvertretung Anträge zu stellen. 2.2.4. Gestützt auf diese Ausführungen erscheint es gerechtfertigt, im Rahmen selbständiger Unterhaltsklagen, die von einem Elternteil im Namen des Kindes erhoben werden, in Übereinstimmung mit der von Zogg vertretenen Meinung trotz

## **E. 10**

/ 19 Einsetzung einer Kindesvertretung von einem Weiterbestehen der Vertretungsbefugnis auszugehen, sofern beim fraglichen Elternteil keine Interessenkollision besteht. 2.2.5. Bei selbständigen Unterhaltsklagen besteht ein (direkter) Interessenkonflikt in jedem Fall beim beklagten Unterhaltsschuldner; d.h. eine etwaige gemeinsame elterliche Sorge wird mit Bezug auf die Unterhaltsfrage bei einem Elternteil ex lege beschränkt, während der Elternteil, der für das Kind Unterhalt fordert – dies ist auch unter neuem Recht in aller Regel der Obhutsberechtigte bzw. jener Elternteil, dem mehr Betreuungsanteile zugewiesen sind –, das Kind in diesem Punkt alleine vertreten kann, soweit nicht auch bei ihm eine konkrete Interessenkollision vorliegt. Da der Betreuungsunterhalt – und damit die Ermöglichung der persönlichen Betreuung durch einen Elternteil – in erster Linie im Interesse des Kindes liegt, ist in diesem Kontext eine Interessenkollisionsproblematik nicht augenfällig. Freilich ist der Betreuungsunterhalt wirtschaftlich für den betreuenden Elternteil bestimmt. Insoweit hat dieser ein eigenes Interesse an den entsprechenden Unterhaltsleistungen; unter Umständen haben sie zur Folge, dass er keine Sozialhilfe beanspruchen muss. Seine Interessen laufen jenen des Kindes aber nicht zuwider. Da der Barunterhalt dem Betreuungsunterhalt vorgeht, tritt die Deckung der Lebenshaltungskosten des betreuenden Elternteils nicht in Konkurrenz zur Finanzierung des Bedarfs des Kindes. Ferner geht es im Rahmen des Betreuungsunterhalts nicht darum, einen anspruchsvollen Lebensstandard des betreuenden Elternteils zu sichern (BGE 145 III 393 E. 2.7 m.w.H.; Zogg, a.a.O., S. 427). Dass die Kindesvertretung im vorliegenden Fall aufgrund einer Interessenkollision bestellt wurde, geht aus der entsprechenden Verfügung nicht hervor. Konkrete Anhaltspunkte für eine solche liegen denn auch nicht vor. Die Rechtsvertreter selbst gingen im Unterhaltspunkt ebenfalls vom Fehlen eines Interessenkonflikts aus, verlangten sie eine Kindesvertretung doch lediglich für die Regelung der Obhut bzw. der Betreuungsanteile. Hinzu kommt, dass der von der Mutter mandatierete Rechtsvertreter nicht unterschied, welche Anträge er im Namen der Mutter als Verfahrensbeteiligte und welche er im Namen des Kindes als eigentliche Verfahrenspartei stellte. Fakt ist, dass er auch im Unterhaltspunkt Anträge stellte, ohne dass dies seitens des Gerichts oder seitens der Gegenpartei beanstandet bzw. sein Antragsrecht bestritten worden wäre (vgl. act. I/12, VII/3 u. VII/6 [Proz. Nr. 115-2018-55]). Dies deutet darauf hin, dass die Vorinstanz vom Fehlen einer Interessenkollision bzw. von einer weiterbestehenden Vertretungsbefugnis der Kindsmutter ausging.

## E. 11

/ 19 2.2.6. Unter diesen Umständen ist die Mutter auch im Berufungsverfahren als vertretungsberechtigt zu erachten und sind die Stellungnahmen des von ihr für das Kind mandatierten Rechtsvertreters folglich zuzulassen. 3.1. Zu beurteilen ist im vorliegenden Verfahren, ob der Betreuungsunterhalt von CHF 1'050.00 pro Monat, den das Kantonsgericht mit Urteil vom 1. Oktober 2020 gestützt auf Art. 303 Abs. 1 ZPO im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Hauptverfahrens festgesetzt hat, mit Wirkung ab 18. Juli 2022 auf monatlich CHF 445.00 (bis 31. August 2022) bzw. CHF 254.00 (vom 1. September 2022 bis längstens zum 16. Altersjahr des Gesuchsgegners), also auf denjenigen Betrag zu reduzieren ist, den das Regionalgericht Plessur in seinem (vom Gesuchsgegner angefochtenen) Urteil vom 7. April 2022 errechnet hat. Eine derartige Reduktion käme im Ergebnis der Bewilligung einer vorzeitigen Vollstreckbarkeit des noch nicht rechtskräftigen Entscheides gleich, wie sie die Rechtsmittelinstanz gestützt auf Art. 315 Abs. 2 ZPO (als vorsorgliche Massnahme sui generis) unter bestimmten Voraussetzungen anordnen kann. Der Gesuchsteller stützt sein Begehren allerdings nicht (oder zumindest nicht explizit) auf die besagte Bestimmung, sondern macht hauptsächlich geltend, dass sich die Verhältnisse dauerhaft und erheblich verändert hätten. Die Kindsmutter sei nun teilweise erwerbstätig und der Gesuchsgegner zudem im August 2022 in die Oberstufe eingeschult worden, womit sein Betreuungsbedarf von 50 % auf 20 % sinke (act. A.1, Ziff. II.B.14 u. Ziff. II.C.17 ff.). 3.2. Im Zivilprozess gilt allgemein der Grundsatz, dass Summarentscheidungen im ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren getroffenen Entscheiden hinsichtlich ihrer Rechtskraft gleichgestellt sind, d.h. dass sie mit Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig und damit – unter Vorbehalt einer Revision nach Art. 328 ff. ZPO – unwiderruflich werden (BGE 141 III 43 E. 2.5.2). Für vorsorgliche Massnahmen sieht Art. 268 Abs. 1 ZPO allerdings die Möglichkeit einer nachträglichen Aufhebung oder Abänderung vor, weshalb ihnen nur eine beschränkte materielle Rechtskraft zukommt. Einem neuen Gesuch steht zwar der Einwand der res iudicata entgegen, wenn es auf dem völlig gleichen Sachverhalt beruht wie ein früheres (abgeurteiltes) Begehren (BGE 138 III 382 E. 3.2.2). Haben sich die Verhältnisse seit Erlass eines Massnahmeentscheides aber geändert, können die vorsorglichen Massnahmen an die veränderten Umstände angepasst werden. Diese (erleichterte) Abänderbarkeit gilt auch für vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 303 Abs. 1 ZPO (Moret/Steck, a.a.O., N 24 zu Art. 303 ZPO m.w.H.; Jonas Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016 [nachfol-

## E. 12

/ 19 gend zitiert als Schweighauser, ZPO-Kommentar], N 25 zu Art. 303 ZPO; Annette Spycher, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, N 19 zu Art. 303 ZPO). Demnach ist der vorsorglich festgesetzte Kindesunterhalt anzupassen, wenn von der antragstellenden Partei glaubhaft gemacht wird, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse seit Anordnung der Massnahme erheblich und dauerhaft verändert haben bzw. die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben (vgl. BGE 141 III 376 E. 3.3.1; KGer GR ZK 1 22 14 v. 18.7.2022 E. 3.4 m.w.H.; Spycher, a.a.O., N 5 zu Art. 268 ZPO). 3.3. Zu ergänzen ist, dass vorläufigen Unterhaltszahlungen im Sinne von Art. 303 Abs. 1 ZPO gemäss

bundesgerichtlicher Rechtsprechung und kantonaler Praxis der Charakter einer definitiv erworbenen Regelungsmassnahme zuerkannt wird. Auf Entscheide, die den Unterhalt für Kinder unverheirateter Eltern vorläufig für die Dauer des Verfahrens festlegen, ist daher im Hauptentscheid nicht mehr zurückzukommen. Mit anderen Worten können derartige Entscheide im Hauptverfahren weder rückwirkend abgeändert werden, noch fallen sie rückwirkend dahin. Dies bedeutet, dass das unmündige Kind ihm vorsorglich zugesprochene Unterhaltsbeiträge nicht zurückerstatten muss, auch wenn im Hauptverfahren kein oder ein tieferer Unterhalt festgelegt wird (im Einzelnen vgl. KGer GR ZK1 22 14 v. 18.7.2022 E. 3.3 sowie ZK1 19 212 v. 24.6.2020 E. 4.1.2, je m.w.H., u.a. auf BGE 137 III 586 E. 1.2 = Pra 2012 Nr. 49). Wird im Hauptentscheid somit ein tieferer Betreuungsunterhalt zugesprochen, als er im Massnahmeverfahren festgesetzt wurde, erleidet der Gesuchsteller insofern einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, als er die während des Verfahrens zu viel geleisteten Unterhaltsbeiträge vom Gesuchsgegner nicht zurückfordern kann. Er verfügt folglich über ein rechtlich geschütztes Interesse, dass die vorsorgliche Unterhaltspflicht bei gegebenen Voraussetzungen angepasst wird. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass selbst bei einer Gutheissung der Berufung ein deutlich tieferer Unterhaltsbeitrag als die vorsorglich festgelegten CHF 1'050.00 pro Monat geschuldet wäre, fordert der Gesuchsgegner in seinem Rechtsmittel doch Betreuungsunterhalt von CHF 832.00 (bis 31. August 2022) bzw. CHF 475.00 (ab 1. September 2022) pro Monat. 3.4. Im Hinblick auf den entsprechenden Einwand der Kindesvertreterin ist so- dann darauf hinzuweisen, dass vorsorgliche Massnahmen nach Art. 303 Abs. 1 ZPO grundsätzlich bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils in der Hauptsache gelten (Art. 268 Abs. 2 ZPO; BGer 5A\_712/2021 v. 23.5.2022 E. 7.3.2 m.w.H.;

## **E. 13**

/ 19 Moret/Steck, a.a.O., N 23 zu Art. 303 ZGB; Schweighauser, ZPO-Kommentar, N 24 zu Art. 303 ZPO; Spycher, a.a.O., N 19 zu Art. 303 ZPO). Dies trifft auch auf den im Urteil des Kantonsgerichts vom 1. Oktober 2020 (ZK1 18 105/107) vorsorglich festgesetzten Betreuungsunterhalt zu, selbst wenn in dessen Dispositiv nur auf den Abschluss des Hauptverfahrens vor dem Regionalgericht Plessur, nicht aber explizit auf dessen rechtskräftigen Abschluss Bezug genommen wird. Wäre beabsichtigt gewesen, dass der Entscheid im Fall eines Weiterzugs des Hauptentscheids entgegen den allgemeinen Grundsätzen für das Rechtsmittelverfahren keine Wirkung entfalten sollte, wäre dies darin zweifellos vermerkt worden. 4.1. In seinem Urteil vom 1. Oktober 2020, dessen Abänderung vorliegend zur Diskussion steht, ging das Kantonsgericht davon aus, dass sich die Lebenshaltungskosten der Kindsmutter C. \_\_\_\_\_ auf CHF 3'163.60 pro Monat belaufen, bestehend aus dem Grundbetrag von CHF 1'350.00, einem Wohnkostenanteil von CHF 1'186.80, Wohnnebenkosten von CHF 166.80, Krankenkassenkosten (KVG) von CHF 360.00 sowie der Steuerlast von CHF 100.00. Ein eigenes Einkommen wurde der Kindsmutter entgegen den Ausführungen des Gesuchsgegners nicht angerechnet, da sie neben ihm auch noch ihre damals vierjährige Tochter D. \_\_\_\_\_ betreute. Dem Umstand, dass der Mutter gemäss Schulstufenmodell, hätte sie lediglich den Gesuchsgegner zu betreuen gehabt, eine 50 %-ige Erwerbstätigkeit zumutbar gewesen wäre, wurde dadurch Rechnung getragen, dass der Betreuungsunterhalt in Anlehnung an den Betreuungsbedarf der Kinder von 100 % (D. \_\_\_\_\_) sowie 50 % (Gesuchsgegner) im Verhältnis 2:1 auf E. \_\_\_\_\_ und auf den Gesuchsteller aufgeteilt wurde. Dies ergab den von Letzterem zu tragenden Betrag von CHF 1'050.00 pro Monat (KGer GR ZK1 18 105/107 v. 1.10.2020 E. 4.2.2 u. 6.3). 4.2. Seit dem Erlass des Massnahmeentscheids haben sich die tatsächlichen

Verhältnisse, wie der Gesuchsteller zu Recht vorbringt, geändert. Mit dem Eintritt der Tochter D. \_\_\_\_\_ in den Kindergarten im August 2021 sank deren Betreuungsbedarf gemäss Schulstufenmodell von 100 % auf 50 % (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.7). Der Kindsmutter ist dementsprechend seit Herbst 2021 eine Erwerbstätigkeit im Umfang von mindestens 50 % zuzumuten. Im Januar 2022 hat sie denn auch begonnen, als Coiffeuse zu arbeiten, und erzielt seitdem ein regelmässiges Einkommen. Damit lag zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung eine erhebliche und dauerhafte Verbesserung der Leistungsfähigkeit der Kindsmutter vor, und die Voraussetzungen für eine Anpassung des Massnahmeentscheids sind erfüllt, zumal der erwähnten Änderung – selbst wenn sie vorhersehbar war – im ursprünglichen Massnahmeentscheid nicht Rechnung getragen wurde (vgl. BGE 141 III 376 E).

#### **E. 14**

/ 19 3.3.1). Eine weitere Veränderung ergab sich im August 2022, mit dem Eintritt des Gesuchsgegners in die Oberstufe, ist damit doch eine Reduktion des Betreuungsbedarfs von 50 % auf 20 % verbunden. 4.3. Sofern der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme vom 9. März 2023 auf die finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers oder auf Ausführungen im abzuändernden Massnahmeentscheid, die den Barunterhalt für den Gesuchsgegner betreffen, verweist, erweist sich dies als irrelevant. Die Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers ist unbestritten und der Barunterhalt für den Gesuchsgegner von aktuell CHF 1'960.00 pro Monat bildet nicht Gegenstand des Verfahrens. 5.1. Sind die Voraussetzungen für eine Abänderung des Unterhaltsbeitrags erfüllt, so setzt das Gericht den Unterhaltsbeitrag in pflichtgemässer Ausübung seines Ermessens neu fest. Hierzu sind auch die übrigen Berechnungselemente, die dem abzuändernden Entscheid zugrunde lagen, auf den neuesten Stand zu bringen. Die Aktualisierung setzt nicht voraus, dass die Anpassungen, die das Gericht in den anderen Positionen vornimmt, ebenfalls den Tatbestand der (erheblichen) Veränderung der Verhältnisse erfüllen. Berechnungselemente, die sich nicht geändert haben, sind demgegenüber zu übernehmen, denn das Abänderungsverfahren bezweckt nicht, das erste Urteil zu korrigieren, sondern es an veränderte Umstände anzupassen. In diesem Sinne ist das Gericht im Abänderungsverfahren an die Wertungen des früheren Entscheides gebunden (vgl. BGer 5A\_1018/2015 v. 8.7.2016 E. 4; KGer GR ZK1 20 4 v. 16.8.2021 E. 4.3 m.w.H., u.a. auf BGer 5A\_874/2019 v. 22.6.2020 E. 3.2; Aldo Staub, Die Abänderung familienrechtlicher Entscheide, Zürich 2022, Rz. 352 ff. u. Rz. 366 ff.). 5.2. Die Kindsmutter erzielte vom 10. Januar 2022 bis 31. Dezember 2022 einen Lohn von netto CHF 20'470.00 (act. C.1 u. C.2), was einem Monatslohn von durchschnittlich rund CHF 1'750.00 entspricht (CHF 20'470.00 : 11 ■ Monate). Zu beachten ist, dass der Mutter im erstinstanzlichen Hauptentscheid, der mit heutigem Urteil im Berufungsverfahren bestätigt wird, ein hypothetisches Einkommen von CHF 1'953.75 pro Monat angerechnet wird. Während des Berufungsverfahrens ist jedoch auf das effektiv erzielte Einkommen abzustellen, auch wenn das Arbeitspensum der Mutter damit weniger als den gemäss Schulstufenmodell geforderten 50 % entspricht (vgl. KGer GR ZK1 22 108 v. 3.5.2023 E. 2.3.2), ist ein hypothetisches Einkommen in der Regel doch nicht rückwirkend anzurechnen (vgl. Philipp Maier/Rolf Vetterli, in: Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 4. Aufl., Bern 2022, N 34c zu Art. 176 ZPO).

#### **E. 15**

/ 19 In Bezug auf den Einwand des Gesuchsgegners, dass seine Mutter während der Ferien keinen Lohnanspruch habe, ist festzuhalten, dass vorliegend auf das

Durchschnittseinkommen eines Jahres abgestellt und nicht eine Einzelbetrachtung eines Monats vorgenommen wird. Es besteht daher kein Anlass, bei der Ermittlung der anrechenbaren Einkünfte die Ferienentschädigung abzuziehen. Vielmehr wird die nötige Erholung der Mutter in der Form von Ferien damit berücksichtigt (vgl. BGE 121 IV 272 E. 3d in fine; KGer GR ZK1 19 212 v. 24.6.2020 E. 5.1.1). Der Gesuchsteller rechnet der Kindsmutter zusätzlich zum Monatseinkommen ein Trinkgeld von monatlich CHF 100.00 an. Trinkgelder sind bei der Einkommensermittlung grundsätzlich zu berücksichtigen (Jonas Schweighauser, in: Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, 4. Aufl., Bern 2022, N 127 zu Art. 285 ZGB). Ausserdem sind solche im Coiffeurgewerbe üblich und werden vom Gesuchsgegner nicht in Abrede gestellt. Es ist daher von einem entsprechenden Einkommen der Kindsmutter während des Verfahrens auszugehen. Wie erwähnt wird der Genannten vorliegend indes noch kein Einkommen gestützt auf ein 50 %-Pensum angerechnet, so dass es sich rechtfertigt, von einem im Vergleich zum Hauptverfahren reduzierten Betrag von CHF 50.00 pro Monat auszugehen. Demnach wird der Kindsmutter vorliegend ein Einkommen von insgesamt CHF 1'800.00 pro Monat angerechnet. 5.3. Beim Bedarf bzw. den Lebenshaltungskosten der Kindsmutter stützt sich der Gesuchsteller auf den seitens des Regionalgerichts Plessur im Hauptentscheid ermittelten Betrag von CHF 2'843.35 pro Monat, bestehend aus dem Grundbetrag von CHF 1'350.00, Wohnkosten von CHF 1'050.00 (1/2 von CHF 2'030.00), Kosten der obligatorischen Krankenversicherung (KVG) von CHF 378.35 sowie einer Steuerlast von CHF 100.00. Der Gesuchsgegner äussert sich dazu nicht, so dass grundsätzlich von den erwähnten Zahlen auszugehen ist, zumal die Wohn- und die Krankenkassenkosten ausgewiesen sind (vgl. RG act. II/1/2 u. II/5/44 [Proz. Nr. 115-2018-55]). Allerdings ist zu beachten, dass der Kindsmutter im ursprünglichen Entscheid ein Anteil von zwei Dritteln an den Wohnkosten angerechnet wurde (act. B.2 E. 3.2.4; KGer GR ZK1 18 105/107 v. 1.10.2020 E. 6.3). An diese Wertung ist das Gericht im Abänderungsverfahren gebunden. Demzufolge ist von aktuellen Lebenshaltungskosten der Kindsmutter von gerundet CHF 3'180.00 auszugehen (Grundbetrag CHF 1'350.00, Wohnkosten CHF 1'353.00 [2/3 von CHF 2'030.00], Krankenversicherung [KVG] CHF 378.35, Steuerlast CHF 100.00). 5.4. Damit besteht während des Verfahrens ein Manko in den Lebenshaltungskosten der Mutter von CHF 1'380.00. An diesem hat sich der Gesuchsteller bis 31.

## **E. 16**

/ 19 August 2022 in Anlehnung an den Betreuungsbedarf von D.\_\_\_\_\_ sowie des Gesuchsgegners von je 50 % zur Hälfte bzw. mit CHF 690.00 pro Monat zu beteiligen. Ab 1. September 2022 reduziert sich die Beteiligung des Gesuchstellers aufgrund des gesunkenen Betreuungsbedarfs des Gesuchsgegners von noch 20 % auf 2/7 bzw. gerundet CHF 395.00 pro Monat. 5.5. Der Entscheid über die Abänderung von Schutz- oder vorläufigen Massnahmen wirkt grundsätzlich nur für die Zukunft, wobei die ursprüngliche Regelung bis zur formellen Rechtskraft des neuen Urteils gültig bleibt. Im Bereich der Unterhaltsbeiträge kann eine Änderung allerdings auch auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (oder einen späteren Zeitpunkt) wirksam werden, wobei die Gewährung einer solchen Rückwirkung im Ermessen des Gerichts liegt. Ist der Grund, aus dem die Änderung eines Unterhaltsbeitrags verlangt wird, zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs bereits gegeben, so ist es in der Regel aus Billigkeitsgründen nicht gerechtfertigt, die Wirkung der Änderung auf einen anderen Zeitpunkt zu verschieben. Der Unterhaltsberechtigte muss nämlich ab Verfahrensbeginn mit einer Kürzung oder einem Wegfallen des Unterhaltsbeitrags rechnen. Je nach den Umständen kann das Gericht

jedoch auch in diesem Fall einen Zeitpunkt nach der Einreichung des Gesuchs festhalten, insbesondere wenn die Rückerstattung der während der Dauer des Verfahrens gewährten und verwendeten Beiträge nicht billigerweise verlangt werden kann. Letzteres setzt voraus, dass der Unterhaltsberechtigte aufgrund objektiv ernsthafter Hinweise während der Dauer des Verfahrens mit der Aufrechterhaltung des ursprünglichen Urteils rechnen durfte; es handelt sich somit um eine Ausnahmeregelung (BGer 5A\_685/2018 v. 15.5.2019 E. 5.3.4.1 m.w.H.; KGer ZK1 20 30 v. 18.8.2022 E. 5.4; Staub, a.a.O., Rz. 420 ff.). Vorliegend ist die Reduktion des vorsorglichen Betreuungsunterhalts ab 18. Juli 2022, also ab Gesuchseinreichung, anzuordnen. Zu diesem Zeitpunkt war ein Abänderungsgrund offensichtlich gegeben, so dass der Gesuchsgegner ab Verfahrensbeginn mit einer Kürzung des Unterhaltsbeitrags rechnen musste. Überdies erweist sich die Berufung des Gesuchsgegners als unbegründet, soweit darauf überhaupt einzutreten ist, weshalb er – auch in Anbetracht dessen, dass er in der Berufung weniger Betreuungsunterhalt forderte als ihm vorsorglich zugesprochen worden war – nicht ernsthaft mit der Aufrechterhaltung des ursprünglichen Urteils rechnen durfte. Es besteht folglich kein Anlass, die Abänderung erst ab Rechtskraft des Abänderungsentscheids wirksam werden zu lassen, wie es der Gesuchsgegner anstrebt.

#### **E. 17**

/ 19 5.6. Im Ergebnis ist das Gesuch von A.\_\_\_\_\_ teilweise gutzuheissen und der vorsorgliche Betreuungsunterhalt für B.\_\_\_\_\_ ab 18. Juli 2022 für die Dauer des Berufungsverfahrens im Sinne vorstehender Erwägungen auf CHF 690.00 (bis 31. August 2022) bzw. CHF 395.00 (1. September 2022 bis längstens zum 16. Altersjahr des Gesuchsgegners) pro Monat zu reduzieren. Ziffer 4 lit. b des Dispositivs des Urteils des Kantonsgerichts von Graubünden vom 1. Oktober 2020 (ZK1 18 105/107) ist entsprechend abzuändern.

#### **E. 18**

/ 19 lasst wurde, nicht. Gestützt auf Art. 13a VGZ (BR 320.210) wird die Entscheidungsbühe auf CHF 1'000.00 festgesetzt. Zu den Kosten des Massnahmeverfahrens gehören auch die Kosten der Kindesvertretung (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO). Sofern die Vertretung durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt wahrgenommen wird, ist der kantonale Tarif massgebend (vgl. Art. 96 ZPO), wobei die Entschädigung nach dem angemessenen Aufwand bestimmt wird. In ihrer Honorarnote vom 24. April 2023 (act. G.2) macht die als Kindesvertreterin eingesetzte Rechtsanwältin Diana Honegger einen Aufwand von 8.18 Stunden bzw. inklusive Spesen und Mehrwertsteuer ein Honorar von CHF 1'814.75 geltend. Dies erscheint angemessen, weshalb die Entschädigung auf gerundet CHF 1'815.00 festgesetzt wird. Da sich die Lehre überwiegend dafür ausspricht, dass die Kosten der Kindesvertretung nicht dem Kind überbunden werden können (Kurt Affolter-Fringeli/Urs Vogel, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zu Art. 296-327c ZGB, Bern 2016, N 73 zu Art. 298 ZGB m.w.H.; Rüegg/Rüegg, a.a.O., N 14 zu Art. 95 ZPO; Schweighauser, FamKomm, N 58 ff. Anh. ZPO Art. 300), gehen diese zu Lasten des Gesuchstellers.

#### **E. 19**

/ 19