

# GR\_GERICHTE ZK1 2022 14 vom 18. Juli 2022

GR Gerichte, 2022-07-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1 2022 14](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2022_14)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2022 14 du 18 juillet 2022

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2022 14 del 18 luglio 2022

## Regeste

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

## Erwägungen

### E. 1

Die Berufung im Verfahren ZK1 21 191 betrifft die Regelung der Kinderbelange, womit gemäss Art. 6 lit. a KGV (BR 173.100) die I. Zivilkammer des Kantonsgerichts zuständig ist. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen während eines beim Kantonsgericht hängigen Berufungsverfahrens fällt gemäss Art. 9 Abs. 1 GOG (BR 173.000) in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 und Art. 15 lit. b KGV in die Kompetenz der Kammervorsitzenden. Zur Anwendung gelangt das summarische Verfahren (Art. 248 lit. d und Art. 252 ff. ZPO), ergänzt durch Art. 296 ZPO betreffend den Untersuchungs- und Officialgrundsatz.

### E. 2

In prozessualer Hinsicht ist folgendes vorzuschicken: Der Gesuchsteller 1 hat den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen seiner Berufungsantwort gestellt und macht damit den dem Kind zustehenden Unterhaltsan-

### E. 5

/ 19 spruch in eigenem Namen geltend. Dazu ist er gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als (Mit-)Inhaber der elterlichen Sorge, welche das Recht und die Pflicht zur Verwaltung des Kindesvermögens (unter Einschluss der Unterhaltsbeiträge) beinhaltet (Art. 318 Abs. 1 ZGB), zwar grundsätzlich befugt (sog. Prozessstandschaft; vgl. dazu BGE 142 III 78 E. 3.2 und 136 III 365 E. 2). Vorliegend wurde dem Sohn für seine Klage auf Regelung der Kinderbelange indessen eine Kindesvertretung bestellt, deren Kompetenzen auch die Geltendmachung seiner Unterhaltsansprüche umfasst (Art. 300 lit. e ZPO). Dabei wurde die Notwendigkeit einer Kindesvertretung explizit mit der zufolge Interessenkollision entfallenen Vertretungsmacht der Eltern (Art. 306 Abs. 3 ZGB) begründet (vgl. RG act. II.2 [Proz. Nr. 115-2018-1]). Ob in dieser Konstellation noch Raum für ein prozessstandtschaftliches Handeln des Sorgerechtsinhabers in eigenen Namen bleibt, erscheint fraglich, zumal die von der Sachlegitimation abweichende Prozessführungsbefugnis eines Elternteils das Bestehen der elterlichen Sorge im relevanten Sachbereich voraussetzt. Vorliegend kann diese Frage indessen offenbleiben, nachdem die Kindesvertreterin in der Folge ebenfalls eine Erhöhung der vorsorglichen Kindesunterhaltsbeiträge beantragt und sich damit namens des Sohnes auf gesuchstellerischer Seite am Verfahren beteiligt hat. Damit liegt jedenfalls ein gültiger Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Berufungsverfahrens vor. 3.1. Strittig ist im vorliegenden Verfahren, ob der Kindesunterhaltsbeitrag, den der Einzelrichter am

Regionalgericht Albula mit Entscheid vom 2. Juni 2020 (Proz. Nr. 135-2019-83) im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Hauptverfahrens ab dem 1. Januar 2021 auf CHF 334.00 festgesetzt hat, für die Dauer des Berufungsverfahrens vor Kantonsgericht auf CHF 1'000.00 (Antrag des Gesuchstellers 1) bzw. auf denjenigen Betrag zu erhöhen ist, den das Regionalgericht Albula in seinem Urteil im Hauptverfahren Proz. Nr. 115-2018-1 vom 26. August 2021 festgelegt hat (Antrag des Gesuchstellers 2). Letzteres käme im Ergebnis einer (auf den Unterhaltungspunkt beschränkten) Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit des mit Berufung angefochtenen Entscheides gleich, wie sie die Rechtsmittelinstanz gestützt auf Art. 315 Abs. 2 ZPO – als vorsorgliche Massnahme sui generis – anordnen kann. Die Kindesvertreterin beruft sich jedoch nicht auf die genannte Bestimmung, von welcher gemäss Lehre und Rechtsprechung vor allem bei Geldforderungen nur mit grosser Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden soll und deren Anwendung mithin strengeren Voraussetzungen unterliegt, als sie für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261 ZPO verlangt werden (vgl. OGer ZH LB170049 v. 22.11.2018 E. 2.1 m.w.H.; Peter Reetz/Sarah Hilber, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweiz-

### **E. 5.1**

Zu prüfen bleibt, ob der Gesuchsgegnerin bereits für die Bemessung des vorsorglichen Unterhalts ein höheres Einkommen anzurechnen ist, wie dies die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid für die zweite Phase getan hat (vgl. act. B.1 [ZK1 21 191], S. 36 f.) und beide Gesuchsteller unter Verweis auf ihre Einschätzung des Prozessausgangs fordern. So bringt namentlich der Gesuchsteller 1 vor, dass die Gesuchsgegnerin gemäss angefochenem Entscheid verpflichtet sei, ab dem 1. Februar 2022 ein Erwerbsspensum von 100% aufzunehmen, weshalb ihr ein Einkommen von CHF 5'275.00 inkl. 13. Monatslohn angerechnet werde (act. A.1, Rz. 24). Eine Trennung von B. \_\_\_\_\_ von seiner Hauptbezugsperson, welche hier klarerweise der Gesuchsteller 1 sei, schade dem Kindeswohl. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Berufung abgewiesen werde. Die Hauptsachenprognose spreche daher klar für den höheren, beantragten Unterhaltsbeitrag von CHF 1'000.00 bereits im Laufe des Verfahrens (ibid., Rz. 28). Auch die Kindesvertreterin stellt sich in ihrer Stellungnahme vom 10. Februar 2022 auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz den Sachverhalt ausreichend abgeklärt und bei ihrem Entscheid alle für die Obhutszuteilung relevanten Kriterien berücksichtigt habe. Aus Sicht der Kindesvertreterin sei bei vorliegend gegebener Erziehungsfähigkeit beider Eltern die Stabilität der Verhältnisse besonders wichtig für B. \_\_\_\_\_, was für eine Abweisung der Berufung spreche. Nachdem die Gesuchsgegnerin für den Fall, dass die Obhutsregelung bestehen bleibe, keine Eventualanträge gestellt habe, könne davon ausgegangen werden, dass die vorinstanzliche Unterhaltsregelung ebenfalls bestätigt werde, dies umso mehr, als die

### **E. 5.2**

Die Gesuchsgegnerin hält diesen Vorbringen der Gesuchsteller entgegen, dass sie von der Vorinstanz im Hauptverfahren Proz. Nr. 115-2018-1 zu einem höheren Unterhaltsbeitrag verpflichtet worden sei unter der Voraussetzung, dass der Gesuchsteller die Obhut über B. \_\_\_\_\_ inne habe. Genau diese Hauptfrage sei jedoch noch nicht rechtskräftig entschieden (act. A.2, Rz. III.4). Da noch kein rechtskräftiges Urteil vorliege, könne von der Gesuchsgegnerin nicht verlangt werden, dass sie den Beschäftigungsgrad bereits erhöhe. Eine Erhöhung des Unterhaltsbeitrages auf der Basis eines höheren Beschäftigungsgrades

der Gesuchsgegnerin würde faktisch den Entscheid in der Hauptsache präjudizieren, was nicht sein dürfe (ibid., Rz. III.5; act. A.5, Rz. 2). Die Frage, ob der Gesuchsteller im Hauptverfahren obsiegen werde, sei entsprechend offen und die "Prozessausgangsprognose" des Gesuchstellers könne nicht zum Erlass vorsorglicher Massnahmen führen (act. A.2, Rz. IV). Das ins Feld geführte "Inkassorisiko" sei durch die Kindesvertreterin ferner nicht belegt worden (act. A.5, Rz. 2). Deren Hauptprognose werde schliesslich vollumfänglich bestritten; diese gehe weit über die Begründung in ihrer Berufungsantwort vom 21. Dezember 2021 hinaus, in welcher sie die Frage der Obhutszuteilung bewusst offengelassen habe (act. A.5, Rz. 3).

### **E. 5.3**

Unstrittig ist, dass die Gesuchsgegnerin zur vollständigen Ausschöpfung ihrer Arbeitskraft gehalten sein wird, falls die Obhut über den Gesuchsteller 2 im Hauptverfahren rechtskräftig dem Gesuchsteller 1 zugeteilt werden sollte. Von der Gesuchsgegnerin ebenfalls nicht in Abrede gestellt wird, dass sie mit einer vollzeitigen Erwerbstätigkeit ein monatliches Einkommen in der von der Vorinstanz errechneten Höhe von CHF 5'275.00 erzielen könnte. Im Falle einer Bestätigung der erstinstanzlichen Obhutsregelung werden die Voraussetzungen für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens in besagter Höhe somit voraussichtlich zu bejahen sein. Eine andere Frage ist indessen, ob von der Gesuchsgegnerin bereits während laufendem Verfahren eine Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit erwartet werden darf (was unter Umständen einen Stellenwechsel erfordern würde) und welche Übergangsfrist ihr dafür gegebenenfalls zuzugestehen wäre. Dabei handelt es sich um Fragen, deren Beantwortung dem Berufungsgericht überlassen bleiben muss und nicht im vorliegenden Massnahmeverfahren vorweggenommen werden soll. Sollte das Berufungsgericht nämlich zum Schluss kommen, dass die

### **E. 5.4**

Nach dem Gesagten droht den Gesuchstellern kein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil, wenn für die Bemessung des vorsorglichen Unterhalts auf das tatsächliche Einkommen der Gesuchsgegnerin abgestellt wird und der Entscheid über die allfällige Anrechnung eines hypothetischen Einkommens dem Berufungsgericht vorbehalten bleibt. Soweit die Gesuchsteller ihren Anträgen auf Erhöhung der vorsorglichen Unterhaltsbeiträge ein hypothetisches Einkommen zugrunde legen, sind die Gesuche folglich abzuweisen, ohne dass noch auf die Frage einzugehen wäre, ob die vorinstanzliche Obhutszuteilung voraussichtlich

### **E. 6**

/ 19 rischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 23 zu Art. 315 ZPO). Die Kindesvertreterin stützt ihre Anträge vielmehr – ebenso wie der Gesuchsteller 1 – auf Art. 303 Abs. 1 ZPO, wonach die beklagte Partei bei feststehendem Kindesverhältnis verpflichtet werden kann, angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu hinterlegen oder vorläufig zu zahlen (vgl. act. A.1, Rz. 2; act. A.3, Rz. II.4.1). Dabei stellen beide Gesuchsteller nicht in Abrede, dass der vorinstanzliche Massnahmeentscheid (Proz. Nr. 135-2019-83) als Folge der aufschiebenden Wirkung der Berufung (Art. 315 Abs. 1 ZPO) grundsätzlich auch während der Dauer des Berufungsverfahrens gilt (so explizit act. A.3, Rz. II.2, sowie act. A.1, Rz. 26, worin der dem Kind drohende Nachteil mit der Differenz zwischen den vorsorglichen und den im Hauptverfahren zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen begründet wird). In der Tat fallen vorsorgliche Massnahmen von

Gesetzes wegen erst mit der (formellen) Rechtskraft des Entscheides in der Hauptsache dahin (Art. 268 Abs. 2 ZPO). Hat bereits die erste Instanz vorsorgliche Massnahmen erlassen, dauern diese folglich im Berufungsverfahren fort, bis die betreffenden Streitpunkte rechtskräftig beurteilt sind. Auch wenn dies die Gesuchsteller in ihren Rechtsbegehren nicht ausdrücklich beantragen, streben sie mit den angebehrten neuen Massnahmen somit der Sache nach eine Abänderung des bestehenden Massnahmeentscheides an.

Dementsprechend thematisiert die Kindesvertreterin in der Begründung ihrer Anträge denn auch in erster Linie die seither eingetretenen Veränderungen in den dem Massnahmeentscheid zugrundeliegenden finanziellen Verhältnisse der Parteien (act. A.3, Rz. II.4.2) und auch der Gesuchsteller 1 spricht davon, dass sich die Verhältnisse bei der Gesuchsgegnerin "drastisch" verändert hätten (act. A.1, Rz. 27). Zu prüfen ist somit, ob vorliegend die Voraussetzungen für die beantragte Erhöhung der vorsorglichen Unterhaltsbeiträge erfüllt sind. 3.2. Der vorinstanzliche Einzelrichter hat die derzeit geltenden Unterhaltsbeiträge im Zuge der Zuweisung der alleinigen Obhut an den Gesuchsteller 1 festgesetzt, nachdem die Gesuchsgegnerin ihren Wohnsitz nach G.\_\_\_\_\_ verlegt und dort eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hatte. Obwohl der fragliche Entscheid sich zu den prozessualen Grundlagen der vorsorglichen Massnahmen nicht äussert, wurden damit offenkundig vorläufige Unterhaltszahlungen im Sinne von Art. 303 Abs. 1 ZPO angeordnet. Bei der genannten Bestimmung handelt es sich um einen der gesetzlich bestimmten Fälle, in denen eine vorsorgliche Verpflichtung zu einer Geldzahlung zulässig ist (Art. 262 lit. e ZPO). Sie entspricht inhaltlich Art. 281 Abs. 2 aZGB und ist von ihrer Funktion her vergleichbar mit Art. 276 ZPO, welcher die vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren regelt (vgl. Sébastien Moret/Daniel Steck, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler

### **E. 6.1**

Im Ergebnis sind die Gesuche um Abänderung des vorsorglichen Kindesunterhalts teilweise gutzuheissen. Beachtet man den Ausgang des Verfahrens, haben die Gesuchsteller dem Grundsatz nach obsiegt, indem ein Abänderungsanspruch aufgrund veränderter Verhältnisse bejaht wurde. Betragsmässig sind sie mit ihren Begehren allerdings nur zu rund 33% (Gesuchsteller 2) bzw. 42% (Gesuchsteller 1) durchgedrungen. In Anwendung des dem Gericht in familienrechtlichen Streitigkeiten zustehenden Ermessens (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO) sowie in Berücksichtigung der elterlichen Unterhaltspflicht, welche bekanntlich auch die Tragung der Prozesskosten des minderjährigen Kindes umfasst, rechtfertigt es sich daher, die Gerichtskosten je zur Hälfte dem Gesuchsteller 1 und der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen und von der Zusprechung von Parteientschädigungen abzusehen. Im vorliegenden Verfahren kommt zwar – gleich wie im Hauptverfahren – auch dem Kind (Gesuchsteller 2) Parteistellung zu, wurde die Unterhaltsklage doch in seinem Namen erhoben. Es wäre daher nicht zum Vornherein ausgeschlossen, dass auch der Gesuchsteller 2 kostenpflichtig wird (vgl. PKG 2020 Nr. 2 E. 8.1.1). Ist der betreuende Elternteil aber seinerseits als Partei (und nicht bloss als gesetzlicher Vertreter) in das Verfahren involviert und können ihm daher direkt Prozesskosten auferlegt werden (ibid., E. 9.4), ist eine Kostenbelastung des Kindes nicht angezeigt, zumal dafür im Innenverhältnis letztlich wiederum die Eltern nach Massgabe ihrer materiellrechtlichen Unterhaltspflicht respektive ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit aufzukommen hätten. Diesem Umstand ist im Anwendungsbereich vom Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO beim Entscheid über die Kostenverlegung Rechnung zu tragen.

## **E. 6.2**

Gestützt auf den Gebührenrahmen für Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 13a der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren [VGZ, BR 320.210]) werden die Gerichtskosten auf CHF 1'500.00 festgesetzt. Hinzu kommen die Kosten der Kindesvertretung (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO). Rechtsanwältin lic. iur. Regula Strässler macht mit Honorarnote vom 15. Februar 2022 für das vorliegende Massnahmeverfahren einen Aufwand von 5.2 Stunden zu einem Stundenansatz von CHF 200.00 geltend, was inklusive Spesen (1%) ein Honorar von CHF 1'050.00 ergibt (act. G.1). Ein Mehrwertzuschlag wird nicht beansprucht. Der in Rechnung gestellte Aufwand erscheint angemessen, weshalb die Entschädigung für die Kindesvertretung durch Rechtsanwältin Strässler auf den genannten Betrag festgesetzt wird. Rechtsanwältin Dr. iur. Silvia Däppen hat am 27. Juni 2022 ihrerseits eine Honorarnote eingereicht, welche allerdings

## **E. 6.3**

Mit Verfügungen vom 28. Januar 2022 wurde sowohl dem Gesuchsteller 1 (ZK1 22 7) als auch der Gesuchsgegnerin (ZK1 21 190) die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsvertretung für das Berufungsverfahren ZK1 21 191 sowie für das Massnahmeverfahren ZK1 22 14 bewilligt. Damit gehen die ihnen auferlegten Gerichtskosten und die Kosten ihrer Rechtsvertretung unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO zu Lasten des Kantons Graubünden (Art. 122 Abs. 1 lit. a und b ZPO).

## **E. 6.4**

Rechtsanwältin lic. iur. Laura Oesch macht mit Honorarnote vom 25. Februar 2022 eine Entschädigung von insgesamt CHF 3'283.55 (14.8 Stunden à CHF 200.00, zzgl. Barauslagen von 3% und 7.7% MwSt.) geltend (act. G.2). Der geltend gemachte Aufwand beschränkt sich allerdings nicht bloss auf das vorliegende Massnahmeverfahren, sondern beinhaltet auch Aufwand, welcher das Berufungsverfahren ZK1 21 191 betrifft. Eindeutig dem Massnahmeverfahren zuzurechnen lassen sich einzig die Positionen vom 1. bis zum 25. Februar 2022 im Umfang von drei Stunden, wobei der Aufwand für den Mandatsabschluss wiederum beide Verfahren betrifft. Auf das vorliegende Verfahren entfällt demnach ein Aufwand von zwei Stunden. Die restlichen Positionen, datierend vom 8. Dezember 2021 bis zum 28. Januar, umfassen einen zeitlichen Aufwand von 11.8 Stunden und betreffen das Berufungsverfahren und das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege, wobei letzteres im Rahmen des Berufungsverfahrens entschädigt werden wird, auch wenn sich die unentgeltliche Rechtspflege auch auf dieses Verfahren erstreckt. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahme wurde in die Berufungsantwort integriert und umfasst rund zwei Seiten der 16-seitigen Berufungsantwortsschrift. Entsprechend erscheint es angemessen, für das Massnahmeverfahren weitere drei Stunden zu berücksichtigen. Den restlich geltend gemachten Aufwand gilt es im Berufungsverfahren in Rechnung zu stellen. Folglich sind insgesamt fünf Stunden Aufwand für das vorliegende Verfahren zu berücksichtigen, was eine Entschädigung von total CHF 1'109.30 (inkl. Barauslagen und MwSt.) ergibt.

## **E. 6.5**

Rechtsanwalt Dr. iur. Michael Hüppi reichte seine Honorarnote am 2. März 2022 ein (act. G.3). Darin macht er eine Entschädigung von insgesamt CHF 1'713.70 geltend, bestehend aus dem Honorar nach Zeitaufwand von CHF

## **E. 6.6**

Die Entschädigungen für die unentgeltliche Rechtsvertretung werden Rechtsanwältin Oesch und Rechtsanwalt Hüppi aus der Gerichtskasse des Kantonsgerichts ausbezahlt, wobei die Rückforderung durch den Kostenträger nach Massgabe von Art. 123 ZPO vorbehalten bleibt.

#### **E. 7**

/ 19 Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 7 zu Art. 303 ZPO). Die Anordnung vorsorglicher Unterhaltsbeiträge setzt voraus, dass die allgemeinen Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO erfüllt sind (vgl. Moret/Steck, a.a.O., N 18 zu Art. 303 ZPO; Stefanie Pfänder Baumann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Art. 197-408 ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, N 2 und

#### **E. 10**

/ 19 4.2. Was die aktuellen Verhältnisse anbelangt, kann weitgehend auf die Erkenntnisse im Hauptverfahren (Proz. Nr. 115-2018-1) abgestellt werden, zumal die Feststellungen im angefochtenen Entscheid, soweit er die finanziellen Verhältnisse der Parteien betrifft, im Berufungsverfahren unbestritten geblieben sind. Dementsprechend kann als erstellt gelten, dass die Gesuchsgegnerin wieder in der Schweiz (H.\_\_\_\_\_) lebt, und zwar zusammen mit ihrem Partner, und mit einem Teilpensum von 60% bei der I.\_\_\_\_\_ in J.\_\_\_\_\_ arbeitet. Vor diesem Hintergrund rechnete ihr die Vorinstanz für die erste Phase ein monatliches Nettoeinkommen von CHF 3'165.00 (inkl. Anteil 13. Monatslohn) an. Ihren Bedarf bezifferte es für dieselbe Phase auf CHF 2'542.66 (Grundbetrag CHF 850.00, Wohnkostenanteil CHF 1'250.00, Krankenkasse KGV CHF 197.95, IPV CHF -233.65, auswärtige Verpflegung CHF 121.00, Fahrkosten Arbeitsweg/GA CHF 321.66, Krankenkasse VVG 35.70). Daraus ergab sich ein Überschuss von CHF 622.34, der es der Gesuchsgegnerin erlaubt, den für das Kind ermittelten Barbedarf von (gerundet) CHF 613.00 (Grundbedarf CHF 833.41 abzüglich Kinderzulagen CHF 220.00) vollständig zu decken (vgl. act. B.1 [ZK1 21 191], S. 32 ff.). In ihrer eigenen Berechnung (act. B.5 [ZK1 21 191]) geht die Gesuchsgegnerin zwar teilweise von leicht abweichenden Zahlen und/oder anderen Bedarfspositionen aus, diese bezieht sich allerdings auf den Fall, dass ihr die Obhut über das Kind zugeteilt wird. Für den Fall einer Bestätigung der Obhutszuteilung stellt sie die vorinstanzliche Berechnung nicht in Frage (vgl. act. A1 [ZK1 21 191], S. 8 ff.). Ihr eigenes Einkommen beziffert sie gestützt auf die Lohnabrechnungen für die Monate September bis November 2021 (act. B.4 [ZK1 21 191]) sogar auf CHF 3'400.00. Es ist den Gesuchstellern daher darin beizustimmen, dass sich die finanziellen Verhältnisse der Gesuchsgegnerin seit Erlass des Massnahmenentscheides erheblich verändert haben (konkret hat sich ihre Leistungsfähigkeit nahezu verdoppelt). Die Voraussetzungen für eine Anpassung desselben (Art. 268 Abs. 1 ZPO) sind damit grundsätzlich erfüllt. 4.3. Unter dem Aspekt der Hauptsachenprognose ist sodann zu berücksichtigen, dass die mit dem Massnahmeentscheid erfolgte (vorsorgliche) Obhutszuteilung an den Gesuchsteller 1 zumindest für die Dauer des Berufungsverfahrens, d.h. bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides über die Obhutsfrage, Bestand hat. Insofern steht auch ausser Frage, dass die Gesuchsgegnerin während der Dauer des Berufungsverfahrens unterhaltspflichtig ist und daran auch eine Gutheissung ihrer Berufung nichts mehr ändern würde. Wird der vorsorgliche Unterhalt für diese Zeit nach Massgabe ihrer aktuellen (tatsächlichen) Leistungsfähigkeit festgelegt, wird damit – entgegen den Vorbringen der Gesuchsgegnerin – der Hauptentscheid im

Berufungsverfahren, jedenfalls was die Obhut anbelangt,

#### **E. 11**

/ 19 nicht präjudiziert (vgl. act. A.2, Rz. III.5). Hinsichtlich der Höhe des vorsorglichen Unterhalts liegt es zudem in der Natur der Sache, dass beim Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer eines Rechtsmittelverfahrens auf die Erkenntnisse im erstinstanzlichen Entscheid Bezug genommen wird. Zielt die beantragte Massnahme auf eine Anpassung der vorsorglichen Unterhaltsbeiträge an den im Hauptverfahren festgesetzten Unterhalt, kommt die Massnahmerichterin nicht umhin, im Sinne einer Hauptsachenprognose zu beurteilen, ob der angefochtene Entscheid voraussichtlich Bestand haben wird. Diese Prognose ist aufgrund eines Vergleichs des eingelegten Rechtsmittels mit dem erstinstanzlichen Urteil zu fällen. Eine gewisse Vorwegnahme des Entscheids in der Hauptsache ist mithin unumgänglich und gehört eben gerade zu den Aufgaben der Massnahmerichterin (vgl. KGer GR ZK1 20 4 v. 16.8.2021 E. 3.2; ERZ 13 340 v. 9./18.12.2013 E. 3d m.w.H.). Wie bereits festgestellt wurde, hat die Gesuchsgegnerin gegen die vorinstanzliche Unterhaltsberechnung keinerlei Einwendungen erhoben, weshalb mit einer (allenfalls auch rückwirkenden) Bestätigung des für die erste Phase festgelegten Unterhalts zu rechnen ist. Dies gilt umso mehr, als der bisherige vorsorgliche Unterhalt den Grundbedarf des Kindes nur zu rund der Hälfte zu decken vermag. 4.4. Was schliesslich die Nachteilsprognose betrifft, ist der Gesuchsteller 2 nach dem Gesagten auf den höheren Unterhalt angewiesen, um wenigstens seinen Grundbedarf decken zu können. Der erforderliche nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil ist demnach praxisgemäss zu bejahen (vgl. vorstehend E. 3.2). Denn steht – wie vorliegend – eine Erhöhung des Kindesunterhalts in Frage, muss unter dem Aspekt des Kindeswohls dem Interesse des Kindes an einer zeitgerechten Deckung seines Bedarfs verstärkte Bedeutung zukommen (KGer GR ZK1 20 4 v. 16.8.2021 E. 2.3 mit Verweis auf KGer GR ERZ 12 316 v. 2.10.2012). Entsprechend kann – entgegen dem Vorbringen der Gesuchsgegnerin – nicht einfach der Entscheid in der Hauptsache abgewartet werden (vgl. act. A.2, Rz. III.6.2). Von einer vorsorglichen Erhöhung wäre unter den genannten Umständen nur abzusehen, wenn sich der Gesuchsteller 1 in besonders guten wirtschaftlichen Verhältnissen befinden würde. Davon kann ausgehend von den Feststellungen im angefochtenen Entscheid (act. B.1 [ZK1 21 191], S. 32 ff.) indessen keine Rede sein. So geht die Vorinstanz auf dessen Seite von einem Einkommen von CHF 3'473.50 und einem Grundbedarf von CHF 3'066.00 aus, was zu einem Überschuss von rund CHF 400.00 führt. Wie der Gesuchsteller 1 im Rahmen seiner Berufungswort dargelegt hat, hat er zwischenzeitlich (allerdings mit einem kurzen Unterbruch, während dem er Sozialhilfe beziehen musste) zwar eine neue Stelle mit einem Arbeitspensum von 60% angetreten, in welcher er ein leicht höheres

#### **E. 12**

/ 19 monatliches Einkommen von ca. CHF 3'800.00 (plus allfällige Provisionsanteile) erzielt (act. A.3 [ZK1 21 191], Rz. 8; act. C.2.1-C.2.3). Von besonders günstigen Verhältnissen kann deswegen aber noch immer nicht gesprochen werden. 4.5. Im Sinne eines Zwischenfazits ist somit festzuhalten, dass die Voraussetzungen für eine Erhöhung der vorsorglichen Unterhaltsbeiträge jedenfalls insoweit erfüllt sind, als die aktuell gegebene tatsächliche Leistungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin eine vollständige Deckung des Grundbedarfs des Gesuchstellers 2 erlaubt. Der vorsorgliche Unterhaltsbeitrag wird daher mit Wirkung ab Januar 2022 auf monatlich CHF 613.00 festgelegt. Der Gesuchsgegnerin verbleibt damit – ausgehend von dem nach eigenen Angaben erzielten

Einkommen von CHF 3'400.00 und dem von der Vorinstanz ermittelten Grundbedarf von CHF 2'542.00 – ebenfalls noch ein kleiner Überschuss (rund CHF 240.00), was mit Blick darauf, dass in ihrem Grundbedarf weder Steuern noch Auslagen für die Ausübung des erweiterten Kontaktrechts (jedes zweite Wochenende und die Hälfte der Schulferien) berücksichtigt sind, angemessen erscheint.

#### **E. 13**

/ 19 Regelung im Einklang mit Lehre und Rechtsprechung stehe. Bei Ausnützung ihrer Arbeitskraft zugunsten des minderjährigen Kindes sei die Gesuchsgegnerin in der Lage, den Unterhalt im von der Vorinstanz zugesprochenen Umfang zu bezahlen. Dazu sei sie schon vorsorglich zu verpflichten, da ein nachträgliches Inkasso nicht gewährleistet scheine (zum Ganzen act. A.3, Rz. 4.4 f.).

#### **E. 14**

/ 19 Gesuchsgegnerin angesichts der konkreten Verhältnisse mit einer Bestätigung der Obhutszuteilung an den Gesuchsteller 1 rechnen musste und für sie daher vorhersehbar war, dass von ihr als barunterhaltspflichtigem Elternteil ein vermehrter beruflicher Einsatz verlangt würde, stünde es ihm frei, den angefochtenen Entscheid auch im Unterhaltspunkt zu bestätigen und den von der Vorinstanz für die zweite Phase errechneten Unterhaltsbeitrag rückwirkend zuzusprechen. Würde dagegen bereits im vorliegenden Verfahren ein hypothetisches Einkommen berücksichtigt und die Gesuchsgegnerin zu höheren vorsorglichen Unterhaltszahlungen verpflichtet, könnte das Berufungsgericht darauf nicht mehr zurückkommen (vgl. vorstehend E. 3.3). Dem Entscheid der Massnahmerichterin käme damit eine definitive Wirkung zu, was es bei noch offenem Ausgang des Berufungsverfahrens zu vermeiden gilt. Kann das Berufungsgericht den höheren Unterhalt, wie ihn die Vorinstanz ermittelt hat, rückwirkend zusprechen, besteht zudem keine Notwendigkeit, den vorsorglichen Unterhalt über die Deckung des Grundbedarfs hinaus zu erhöhen, zumal kein Verlust des (erhöhten) Unterhaltsanspruches durch Zeitablauf droht (vgl. OGer ZH LZ180002 v. 4.4.2018 E. 5 für den Fall einer vorsorglichen Erhöhung des Unterhalts im Rahmen eines Abänderungsprozesses). Ein allfälliges Inkassorisiko für die Nachzahlung des rückwirkend zugesprochenen höheren Unterhalts vermag schliesslich ebenfalls keinen relevanten Nachteil zu begründen. In Anbetracht dessen, dass die Gesuchsgegnerin über keinerlei Vermögen verfügt, ist nämlich davon auszugehen, dass ein auf einem hypothetischen Einkommen beruhender vorsorglicher Unterhalt aktuell gar nicht vollstreckt werden könnte, da sowohl bei einer Pfändung als auch im Falle einer Schuldneranweisung die pfändbare Quote bzw. der einer Anweisung zugängliche Teil des Einkommens auf der Basis des effektiven Einkommens zu ermitteln wäre (vgl. BGer 5A\_490/2012 v. 23.11.2012 E. 3 m.w.H.). Solange die Gesuchsgegnerin ihr Arbeitspensum nicht tatsächlich ausdehnt, würde eine Erhöhung der vorsorglichen Unterhaltsbeiträge (mit Beteiligung des Kindes an einem hypothetischen Überschuss) demnach nichts daran ändern, dass der gebührende Unterhalt erst zu einem späteren Zeitpunkt erhältlich gemacht werden könnte.

#### **E. 15**

/ 19 Bestand haben wird. Fällt bereits die Nachteilsprognose zu Ungunsten der Gesuchsteller aus, erübrigt sich eine Prüfung der Hauptsachenprognose.

#### **E. 16**

/ 19 hauptsächlich Themen des Berufungsverfahrens betrifft (vgl. act. G.4). Teilweise dem vorliegenden Verfahren zuordnen lassen sich einzig die Positionen vom 15. und 27. Juni 2022 (Empfang/Durchsicht der Verfügung betreffend Aktenbeizug sowie Empfang/Mitteilung des Entscheides). Für den betreffenden (anteiligen) Aufwand (0.6 Stunden) ist Rechtsanwältin Däppen mit gerundet CHF 130.00 (inklusive Spesen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

#### **E. 17**

/ 19 1'530.00 (7.65 Stunden à CHF 200.00), einer Unkostenpauschale (4%) von CHF 61.20 sowie der MwSt. von CHF 122.50. Zuerst gilt es anzumerken, dass die einzelnen Positionen der Honorarnote mit keinem Zeitaufwand versehen sind, sondern dass einzig ein Gesamtaufwand von 7.65 Stunden in Rechnung gestellt wird. Eine Prüfung, ob der geltend gemachte Aufwand angemessen ist, kann daher nicht vorgenommen werden, weswegen die Entschädigung von Rechtsanwalt Hüppi gesamthaft nach Ermessen festzusetzen ist. Unterzieht man diese Honorarnote ferner einer näheren Prüfung und vergleicht diese mit der für das Hauptverfahren eingereichten Honorarnote vom 14. März 2022 (act. G.4 [ZK1 21 191]), fällt auf, dass der gesamte, in der Honorarnote vom 2. März 2022 verrechnete Aufwand in der Honorarnote vom 14. März 2022 erneut verrechnet worden ist und die Honorarnote für das Massnahmeverfahren auch Positionen enthält, die entweder ausschliesslich oder zumindest teilweise auch das Hauptverfahren betreffen (Positionen vom 31.01.2022, 07.02.2022, 08.02.2022, 22.02.2022, 28.02.2022, 01.03.2022, 02.03.2022). In Anbetracht der ausgefertigten Rechtsschriften und der sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen sowie des massgeblichen Stundenansatzes von CHF 200.00 erscheint eine Entschädigung von pauschal CHF 1'100.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) als angemessen.

#### **E. 18**

/ 19

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