

# GR\_GERICHTE ZK1 2015 112 vom 19. Januar 2018

GR Gerichte, 2018-01-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2015\\_112](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2015_112)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2015 112 du 19 janvier 2018

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2015 112 del 19 gennaio 2018

## Regeste

Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren | Berufung ZGB Eherecht

## Erwägungen

### E. 2

Die eheliche Wohnung in O.2\_\_\_\_\_, wird der Gesuchstellerin zur alleinigen Benutzung zugewiesen.

### E. 2.1

Für vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren ist unter Vorbehalt von Art. 272 ZPO und Art. 273 ZPO das summarische Verfahren anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO; Thomas Sutter-Somm/Flora Stanischewski, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 41 zu Art. 276 ZPO; Marcel Leuenberger, a.a.O., N 17 Anh. ZPO Art. 276). Nach Art. 272 ZPO stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Zur Anwendung gelangt damit grundsätzlich der sogenannte beschränkte oder soziale Untersuchungsgrundsatz (Thomas Sutter-Somm/Yannick Sean Hostettler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 11 f. u. N 14 zu Art. 272 ZPO). Soweit im Massnahmeverfahren Kinderbelange zu regeln sind, gilt gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO allerdings der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht. Die Untersuchungsmaxime verpflichtet das Gericht, von sich aus alle Elemente in Betracht zu ziehen, die entscheidungswesentlich sind, und unabhängig von den Anträgen der Parteien Beweise zu erheben. Diese Pflicht ist indes nicht ohne Grenzen und entbindet die Parteien nicht von einer aktiven Mitwirkung am Verfahren und von ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast. Es bleibt Aufgabe der Ehegatten, dem Gericht das in Betracht kommende Tatsachenmaterial zu unterbreiten, die Be-

Seite 15 — 40 weismittel zu bezeichnen und die für die Ermittlung des Sachverhalts notwendigen Beweise im Rahmen des Zumutbaren beizubringen. In Kinderbelangen ist nach Art. 296 Abs. 3 ZPO sodann die Offizialmaxime anwendbar, nach der das Gericht ohne Bindung an die Parteienanträge entscheidet. Die Untersuchungs- und die Offizialmaxime gelangen in allen familienrechtlichen Verfahren, in allen Verfahrensstadien und vor allen kantonalen Instanzen, mithin auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren, als allgemeine Grundsätze zur Anwendung (BGE 137 III 617 E. 4.5.2, BGE 128 III 411 E. 3.2.1 = Pra 2003 Nr. 5; Urteil des Bundesgerichts 5A\_152/2013 vom 16. Oktober 2013 E. 3.2.1; Jonas Schweighauser, FamKomm Band II, a.a.O., N 3, 6, 11 u. 13 Anh. ZPO Art. 296; Annette Spycher, a.a.O., N 6 zu Art. 272 ZPO; Jann Six, Eheschutz, Ein Handbuch für

die Praxis, 2. Auflage, Bern 2014, Rz. 1.03 m.w.H.). Was das Beweismass betrifft, so genügt in Massnahmeverfahren hinsichtlich der behaupteten Tatsachen das blosser Glaubhaftmachen (Urteile des Bundesgerichts 5A\_1003/2014 vom 26. Mai 2015 E. 3 sowie 5A\_555/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 3.1; Thomas Sutter-Somm/Yannick Sean Hostettler, a.a.O., N 12 zu Art. 271 ZPO; Marcel Leuenberger, a.a.O., N 21 Anh. ZPO Art. 276). Es braucht somit nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein dieser Tatsachen herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten. Demnach darf das Gericht weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stichhaltigen Beweis verlangen (BGE 130 III 321 E. 3.3, BGE 120 II 393 E. 4c). 2.2.1. In materieller Hinsicht sind, wenn das Gericht im Scheidungsverfahren über vorsorgliche Massnahmen zu entscheiden hat, die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Haben die Ehegatten minderjährige Kinder, trifft das Gericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Gemäss Art. 276 ZGB haben die Eltern für den Unterhalt eines Kindes aufzukommen, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen (Abs. 1). Der Unterhalt wird durch Pflege und Erziehung oder, wenn das Kind nicht unter der Obhut der Eltern steht, durch Geldzahlungen geleistet (Abs. 2). Die Eltern sind von der Unterhaltspflicht in dem Mass befreit, als dem Kind zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder andern Mitteln zu bestreiten (Abs. 3). Der Kindesunterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und ausserdem Vermögen und Einkünfte

Seite 16 — 40 des Kindes sowie den Beitrag des nicht obhutsberechtigten Elternteils an der Betreuung des Kindes berücksichtigen (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Kinderzulagen, Sozialversicherungsrenten und ähnliche für den Unterhalt des Kindes bestimmte Leistungen, die dem Unterhaltspflichtigen zustehen, sind zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen, soweit das Gericht es nicht anders bestimmt (Art. 285 Abs. 2 ZGB). Art. 285 Abs. 1 ZGB bezweckt, einem Kind langfristig die situationsbezogene Deckung seiner effektiven Bedürfnisse zu ermöglichen (Peter Breitschmid, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, ZGB I, Art. 1–456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014, N 4 zu Art. 285 ZGB). Die Festsetzung des Kindesunterhaltsbeitrages nach Art. 285 Abs. 1 ZGB schliesst ein erhebliches Ermessen ein, welches zwar objektiv und pflichtgemäss ausgeübt werden muss, jedoch nicht bis ins Letzte begründbar ist (Cyril Hegnauer, in: Hausheer [Hrsg.], Berner Kommentar, Bd. II/2/2/1, Art. 270–295 ZGB, Bern 1997, N 13 zu Art. 285 ZGB). Eine gewisse Pauschalierung aufgrund von Vergleichs- und Erfahrungswerten ist unumgänglich (Peter Breitschmid, a.a.O., N 4 zu Art. 285 ZGB). 2.2.2. Die Leistungsfähigkeit eines Elternteils ergibt sich aus der Gegenüberstellung von Eigenbedarf, ermittelt auf Basis des betriebsrechtlichen Existenzminimums, und Nettoeinkommen (Peter Breitschmid, a.a.O., N 12 zu Art. 285 ZGB; Jonas Schweighauser, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, 3. Auflage, Bern 2017 [im Folgenden zitiert als FamKomm Band I], N 126 zu Art. 285 ZGB). An die Leistungspflicht des Unterhaltspflichtigen werden hohe Anforderungen gestellt, was persönlichen Einsatz und die Ausschöpfung aller finanziellen, intellektuellen sowie körperlichen Ressourcen verlangt; es besteht eine Erwerbspflicht (Peter Breitschmid, a.a.O., N 25 zu Art. 276 ZGB). Grundsätzlich ist bei der Bestimmung der

Leistungsfähigkeit eines Unterhaltspflichtigen von dessen tatsächlich erzieltm Einkommen auszugehen (BGE 137 III 118 E. 2.3; Jann Six, a.a.O., Rz. 2.128; Heinz Hausheer/Annette Spycher, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010, Rz. 01.49). Allerdings darf bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen vom tatsächlichen Leistungsvermögen eines Ehegatten abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, wenn dessen Erziehung zumutbar und tatsächlich möglich ist. Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder ein höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte angerechnet werden kann, genügt es daher nicht, dass dem betroffenen Ehegatten unter Berücksichtigung seines Alters, seiner Gesundheit und seiner Ausbildung weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund

Seite 17 — 40 dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche ausser Betracht bleiben. Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen oder auszudehnen als zumutbar erscheint. Ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist, bildet hingegen eine Tatfrage (BGE 137 III 118 E. 2.3, BGE 128 III 4 E. 4a, je m.w.H.). Im Verhältnis zum unmündigen Kind sind besonders hohe Anforderungen an die Leistungsfähigkeit bzw. die Ausnützung der Erwerbsfähigkeit durch den Unterhaltspflichtigen zu stellen und ist folglich auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nicht leichthin zu verzichten. Dies gilt vorab in jenen Fällen, in denen wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (BGE 137 III 118 E. 3.1; Annette Spycher/Heinz Hausheer, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010, Rz. 09.43). Besteht trotz ausreichender Wahrnehmung der Erwerbspflicht keine Leistungsfähigkeit, kann ein Elternteil nicht zu einem Unterhaltsbeitrag verpflichtet werden. Die Schranke der finanziellen Leistungsfähigkeit des Rentenschuldners gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für alle familienrechtlichen Unterhaltspflichten und damit auch für den Kindesunterhalt. Dem Unterhaltspflichtigen ist zumindest das betriebsrechtliche Existenzminimum stets voll zu belassen (BGE 137 III 59 E. 4.2.1, BGE 135 III 66; Jann Six, a.a.O., Rz. 2.45a).

2.2.3. Als Folge davon, dass der Unterhalt des Kindes grundsätzlich von beiden Eltern zu leisten ist, sind bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrages des nicht obhutsberechtigten Elternteils auch die finanziellen Verhältnisse des Obhutsinhabers zu berücksichtigen. Letzterer erbringt seinen Beitrag zwar in erster Linie durch Leistung von Pflege und Erziehung in natura, weshalb es in Verhältnissen, in welchen die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Elternteils jene des obhutsgebenden Elternteils deutlich übertrifft, gerechtfertigt sein kann, dass der wirtschaftlich leistungsfähigere Elternteil für den gesamten materiellen Unterhaltsbedarf des Kindes aufzukommen hat (BGE 120 II 285 E. 3a/cc). Ansonsten bleibt es aber beim Grundsatz, dass die Anteile der Eltern proportional zu ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit zu verlegen sind. Dies gilt namentlich bei der Unterhaltsfestsetzung für ein älteres Kind, dessen Bedürfnis nach persönlicher Pflege und Erziehung regelmässig nicht mehr derart intensiv ist, dass eine zusätzliche Beteiligung am materiellen Unterhaltsbedarf des Kindes als unangemessen erscheint. Es ist demnach nicht ausgeschlossen, dass ein Elternteil je nach den konkreten Umständen sowohl Natural- als auch Geldunterhalt schuldet. Sind die finanziellen Verhältnisse beim Obhutsinhaber sodann gar um ein Vielfaches besser als beim

Seite 18 — 40 andern Elternteil, kann dessen Verpflichtung zur Leistung eines Unterhaltsbeitrages auch gänzlich entfallen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_766/2010 vom 30. Mai 2011 E. 4.2; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 13 127 vom 29. September 2016 E. 3cb; Peter Breitschmid, a.a.O., N 15 f. zu Art. 285 ZGB; Jonas Schweighauser, FamKomm Band I, a.a.O., N 42 ff. zu Art. 285 ZGB m.w.H.).

### **E. 2.3**

Darauf hinzuweisen bleibt, dass es vorliegend nicht um die originäre Festlegung der Kindesunterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens geht, sondern um ein Abänderungsverfahren. Der Vater strebt eine Reduktion der ihm im Eheschutzentscheid vom 7. Mai 2013 auferlegten Unterhaltsbeiträge an. Diese Beiträge beruhen auf einer unter den Ehegatten getroffenen Vereinbarung.

#### **E. 2.3.1**

Im Scheidungsverfahren bleiben Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet hat, wirksam, bis sie allenfalls durch eine vorsorgliche Massnahme des Scheidungsgerichts geändert oder aufgehoben werden (Art. 276 Abs. 2 ZPO). Eine Anpassung im Scheidungsverfahren ist möglich, wenn sich die massgebenden Verhältnisse verändert haben (Art. 276 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 179 Abs. 1 ZGB). Vorausgesetzt ist, dass eine wesentliche und dauernde Änderung eingetreten ist, denn der neue Entscheid dient nicht dazu, das frühere Urteil zu korrigieren, sondern dieses den neu eingetretenen Umständen anzupassen. Des Weiteren können Massnahmen aufgehoben oder abgeändert werden, wenn der frühere Entscheid auf unzutreffenden Voraussetzungen beruhte. Dies trifft namentlich zu, wenn sich die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, nachträglich als unrichtig erwiesen bzw. sich nicht wie prognostiziert verwirklicht haben, oder wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegericht die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Präliminarentscheids einer Abänderung entgegen. Veränderungen, die bereits zum Zeitpunkt des zu Grunde liegenden Urteils voraussehbar waren und im Voraus bei der Festsetzung des abzuändernden Unterhaltsbeitrages berücksichtigt worden sind, können keinen Abänderungsgrund bilden. Eine Abänderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGE 141 III 376 E. 3.3.1; Urteile des Bundesgerichts 5A\_842/2015 vom 26. Mai 2016 E. 2.4 m.w.H. sowie 5A\_549/2017 vom 11. September 2017 E. 4 m.H. auf BGE 137 III 604 E. 4.1.1.). Vermindert der Unterhaltspflichtige daher sein Einkommen in Schädigungsabsicht, ist eine Abänderung der Unterhaltsleistung selbst dann ausgeschlossen, wenn die Einkommensreduktion nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (BGE 142 III 233).

Seite 19 — 40

#### **E. 2.3.2**

So wie über die Scheidungsfolgen eine genehmigungsbedürftige Konvention geschlossen werden kann (Art. 279 ZPO), können auch die Unterhaltsregelungen im Eheschutz- und Scheidungsverfahren (Art. 176 ZGB und Art. 276 ZPO) auf Vereinbarung beruhen. Eine Übereinkunft ermöglicht es den Parteien, Ungewissheiten bezüglich der beurteilungsrelevanten Tatsachen oder deren rechtlicher Tragweite endgültig zu bereinigen. Soweit mit der gütlichen Einigung eine vollständige Beurteilung der Tatsachen und ihrer

rechtlichen Tragweite vermieden werden sollte, bleiben die betreffenden Teile der Regelung unabänderlich. Vor diesem Hintergrund sind die Möglichkeiten, eine auf Vereinbarung beruhende Eheschutzmassnahme oder vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren abzuändern, eingeschränkt. Es gelten die gleichen Restriktionen, wie sie die Rechtsprechung für die Scheidungskonventionen umschrieben hat. Eine Anpassung kann nur verlangt werden, wenn erhebliche tatsächliche Änderungen Teile des Sachverhalts betreffen, welche im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurden. Keine Anpassung an wesentlich und dauernd veränderte Verhältnisse gibt es hingegen bezüglich Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (sog. *caput controversum*), zumal hier eine Referenzgrösse fehlt, an welcher die Erheblichkeit einer allfälligen Veränderung gemessen werden könnte. Auch die Berichtigung einer vorsorglichen Massnahme wegen originär unzutreffender Entscheidungsgründen ist eingeschränkt, soweit die Unterhaltsregelung auf einer Vereinbarung fusst, mit welcher die Parteien eine Rechtsstreitigkeit definitiv beenden wollten. Eine Änderung kommt generell nur im Falle eines rechtserheblichen Willensmangels in Frage (BGE 142 III 518 E. 2.5 f.; Rolf Vetterli, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, 3. Auflage, Bern 2017, N 2 zu Art. 179 ZGB).

### **E. 2.3.3**

Ob sich die Verhältnisse erheblich und dauernd verändert haben, entscheidet sich aufgrund der Umstände im Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuchs. Dabei genügt es, die behaupteten Tatsachen glaubhaft zu machen (Urteile des Bundesgerichts 5A\_928/2016 vom 22. Juni 2017 E. 3.2 m.w.H. sowie 5A\_547/2012 vom 14. März 2013 E. 4.2.). Wird eine massgebliche Veränderung der Verhältnisse betreffend den Unterhaltspunkt bejaht, hat das Gericht den Unterhaltsbeitrag in pflichtgemässer Ausübung seines Ermessens neu festzusetzen. Hierzu sind auch die übrigen Berechnungselemente, die dem abzuändernden Entscheid zugrunde lagen, auf den neusten Stand zu bringen (Urteile des Bundesgerichts 5A\_1003/2014 vom 26. Mai 2015 E. 3 und 5A\_245/2013 vom 24. Septem-

Seite 20 — 40 ber 2013 E. 3.1 mit Verweis auf BGE 138 III 289 E. 11.1.1 sowie BGE 137 III 604 E. 4.1.2).

## **E. 3**

Die Kinder A.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_ 2006, und B.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_ 2009, werden unter die elterliche Obhut der Mutter und Gesuchstellerin gestellt.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz setzte die Unterhaltsbeiträge für die Kinder A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ im angefochtenen Entscheid vom 5. August 2015 ab 1. Mai 2015 bis auf weiteres auf je CHF 100.-- pro Monat fest. Zur Begründung führte sie aus, der Vater habe die Lohnabrechnungen der Monate April bis Juni 2014 und zudem die Bilanzen und Erfolgsrechnungen seiner Firma für die Jahre 2013 und 2014 ins Recht gelegt. Weitere Einkommensbelege lägen nicht vor. Aufgrund dieser Unterlagen ergebe sich für das Jahr 2014 ein Einkommen von CHF 22'231.-- oder von CHF 1'852.60 pro Monat. Gemäss den Steuerveranlagungen des Jahres 2012 habe der Vater damals aus selbständiger und unselbständiger Tätigkeit ein Einkommen von gesamthaft CHF 27'694.-- oder monatlich CHF 2'307.80 erzielt. Seine Angaben zu den Vermögenswerten in L.1 \_\_\_\_\_ liessen auch nicht auf massgebliche weitere Einnahmen schliessen. Unter Berücksichtigung des

Grundsatzes, wonach bei finanziell knappen Verhältnissen dem Unterhaltsschuldner zumindest das betriebsrechtliche Existenzminimum zu belassen sei, seien daher die Unterhaltsbeiträge für die Kinder A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_, wie vom Vater beantragt, einstweilen auf je CHF 100.-- im Monat festzusetzen. Bei einer Verbesserung seiner Einkommensverhältnisse seien die Unterhaltsbeiträge indes angemessen zu erhöhen. Immerhin bleibe anzumerken, dass der Vater beim behaupteten Einkommen seinen geltend gemachten Bedarf kaum über längere Zeit werde decken können (E. 4c, S. 3, des angefochtenen Entscheids). 3.2.1. Die Mutter bringt in ihrer Berufung vom 17. August 2015 vor, einem unterhaltspflichtigen Ehegatten dürfe ein höheres als das tatsächlich erzielte bzw. ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, wenn ihm eine entsprechende Einkommenssteigerung tatsächlich möglich und zumutbar sei. Vorliegend sei dem Vater die Erfüllung seiner Pflichten tatsächlich möglich und zumutbar. Er sei in der Lage, eine Stelle zu finden, wo er einen Nettomonatslohn von ca. CHF 4'500.-- pro Monat verdienen könne. Ein hypothetisches Einkommen müsse erst recht dann aufgerechnet werden, wenn offensichtlich sei, dass der Pflichtige mehr verdiene oder zur Verfügung habe, als er dem Gericht zu erkennen geben. Vorliegend sei dies der Fall. Es sei einfach zu berechnen, dass er verhungert wäre oder obdachlos wäre, wenn seine Zahlen zutreffen würden, oder er hohe Schulden hätte machen müssen, was weder behauptet worden noch wahrscheinlich sei. Sie habe inzwischen Anhaltspunkte eruieren können, dass er in der L.1\_\_\_\_\_ Grundstücke vermiete und daraus regelmässige Einkünfte in unbekannter Höhe erziele, dass er bei einer B.1\_\_\_\_\_ ein Konto habe und dass er gemäss Betriebsregisterauszug

Seite 21 — 40 eine Betreuung von der Firma C.\_\_\_\_\_ habe. Bei Letzterer handle es sich um ein auf die Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und der L.1\_\_\_\_\_ spezialisiertes Einzelunternehmen, was darauf hinweise, dass der Vater Geschäfte mit seinem Heimatland treibe. Ausserdem erhalte er bei seiner Tätigkeit mit grosser Wahrscheinlichkeit Trinkgelder, die natürlich auch angerechnet werden müssten. Im Weiteren werde aus Belegen zu vom Vater genutzten Konten bei der D.\_\_\_\_\_ ersichtlich, dass er grössere Barbeträge einbezahlt habe, deren Herkunft unklar sei. Schliesslich habe er gemäss E-Mail vom 4. August 2015 ein Auto als Geschenk bekommen. Auch dies sei anrechenbares Einkommen, wobei zusätzlich fraglich sei, wie er den Betrieb finanziere. Sein Schreiben vom 6. Juli 2015 sei sehr dürftig und gebe keineswegs die vom Gericht verlangten vollständigen Auskünfte über seine finanziellen Verhältnisse. Auch die Beilagen dazu seien unvollständig. Das Gericht habe die Pflicht, die eingereichten oder angebotenen Beweismittel zu würdigen und zu erkennen, wenn Parteibehauptungen ■ wie diejenige, man habe mit einem Einkommen von CHF 2'307.80/1'852.60 einen Lebensunterhalt von CHF 4'184.-- pro Monat finanziert ■ offensichtlich unwahr oder unvollständig seien. Die Beweise müssten sowieso auch für das Scheidungsurteil erhoben werden. Sie habe sowohl im Scheidungsverfahren wie auch im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen wiederholt beantragt, bei B.1\_\_\_\_\_ und Behörden Auskünfte oder Akten einzuholen. Ohne diese sei es nicht möglich, die finanziellen Verhältnisse des Vaters zu kennen, da er ja keine befriedigende Auskunft darüber gebe. Die Vorinstanz hätte aufgrund der Angaben des Vaters und der Rechtsprechung ohne weiteres ein hypothetisches Einkommen aufrechnen und gestützt darauf Unterhaltsbeiträge in praxisüblicher Höhe zusprechen müssen. Sollte die faktische Basis dazu als noch ungenügend angesehen werden, müsse das Gericht es dem Vater auferlegen, sie zu ergänzen. Die von ihm verschuldete Beweislosigkeit dürfe sich nicht einfach zu Lasten der Kinder auswirken, insbesondere, wenn aufgrund der Umstände klar sei, dass es sich um eine vom Vater mutwillig

herbeigeführte Beweislosigkeit handle mit dem einzigen Zweck, die wahren finanziellen Verhältnisse nicht offenzulegen und keine den wirklichen Verhältnissen angemessenen Kinderalimente zahlen zu müssen. 3.2.2. Der Vater macht in seiner Berufungsantwort vom 31. August 2015 zunächst geltend, dass auf die neuen Tatsachenbehauptungen der Mutter gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht einzutreten sei. Sie habe im erstinstanzlichen Verfahren auf die Einreichung von Anträgen und einer Stellungnahme verzichtet, obwohl ihr dies aufgrund der anwaltlichen Vertretung zumutbar gewesen wäre. Zudem werde bezweifelt, dass die Mutter ihre Pflicht zur Begründung einer Berufung erfüllt habe,

Seite 22 — 40 weshalb auf diese nicht einzutreten sei. Falls das Gericht wider Erwarten auf die Berufung eintrete, sei diese abzuweisen. Der nicht obhutsberechtigte Elternteil müsse sich zwar mit Geldzahlungen am Unterhalt seiner Kinder beteiligen, doch sei einem Unterhaltsverpflichteten das volle Existenzminimum bzw. der familienrechtlich erweiterte Grundbedarf zu lassen. Er selbst könne mit seiner Firma, der E.\_\_\_\_\_, lediglich seinen eigenen, sehr bescheidenen Lebensunterhalt finanzieren. Ein hypothetisches Einkommen von CHF 4'500.-- könne ihm für die Dauer des Scheidungsverfahrens nicht angerechnet werden. Die Mutter behaupte nicht einmal, weshalb und bei welchen Tätigkeiten er ein solches Einkommen generieren könne. Es sei ihm seit dem unfreiwilligen und nicht in Schädigungsabsicht erfolgten Stellenverlust im Jahr 2014 denn auch nicht möglich gewesen, eine andere Arbeitsstelle zu finden. Die momentane Situation auf dem Arbeitsmarkt und im Tourismusbereich sei sehr schwierig. Zudem sei er aufgrund von Machenschaften und Verleumdungen zu Unrecht von diversen Stellen entlassen bzw. nicht eingestellt worden. Es seien diverse arbeits- und strafrechtliche Verfahren hängig. Gewonnene arbeitsrechtliche Streitigkeiten hätten zu Racheaktionen der ansässigen Dienstleister geführt. Es beständen für ihn mit einem Sport- und Deutschstudienabschluss und dem Fachausweis als Schneesportlehrer in der Umgebung keine reellen Möglichkeiten, langfristig eine angemessen bezahlte Arbeitsstelle zu finden, die ihm erlauben würde, während des Scheidungsverfahrens einen höheren Unterhalt als CHF 100.-- pro Kind und Monat zu bezahlen und gleichzeitig die Besuchswochenenden mit den Kindern zu verbringen. Unter diesen Umständen sei er auf seine eigene Firma angewiesen bzw. könne er nur als Selbständigerwerbender ein Einkommen generieren. Er sei überzeugt, mit steigendem Bekanntheitsgrad bzw. steigender Nachfrage nach seinen Leistungen demnächst mehr Kunden zu gewinnen und damit Gewinne zu erzielen. Dass er nicht alle seine Fähigkeiten und Ressourcen ausschöpfe, um ein Einkommen zu generieren, werde bestritten. Im Gegensatz zu ihm verfüge die Mutter über einen unbeschränkten Arbeitsvertrag mit einem Vollpensum. Sie verdiene durchschnittlich CHF 5'288.--. Damit könne sichergestellt werden, dass für die Kinder finanziell gesorgt sei. Ausserdem habe sie eine neue Stelle, mit welcher sie künftig noch mehr verdienen dürfte als bisher. Im Übrigen sei er nach wie vor bereit, die Kinder vermehrt persönlich zu betreuen. 3.2.3. In ihrer Replik vom 28. September 2015 führt die Mutter aus, die Behauptung des Vaters, dass in der Berufung unzulässigerweise Noven vorgebracht worden seien, treffe nicht zu. Zunächst handle es sich gar nicht um Noven, sei doch bereits im Eheschutzverfahren geltend gemacht worden, dass der Vater mindes-

Seite 23 — 40 tens CHF 4'000.-- pro Monat verdienen könne, und seien bereits dort Unterlagen zu seinen Vermögensverhältnissen zur Edition verlangt worden. Es stehe nirgends geschrieben, dass in einem Rechtsmittelverfahren um vorsorgliche Massnahmen alle Behauptungen und Beweisofferten, die schon vorgebracht worden seien und bei den

Akten lägen, wiederholt werden müssten. Sie habe darauf vertrauen dürfen, dass das Gericht auf Grund der bisher im Prozess liegenden Tatsachenvorbringen und Beweisanträge einen rechts- und sachgerechten Entscheid fälle, was aber nicht geschehen sei. Die eingereichten Kontoauszüge seien ihr zuvor nicht zugänglich gewesen. Mit der Einlage dieser Belege habe sie sodann nichts anderes getan, als bereits im Prozess namhaft gemachte, zur Edition verlangte Beweismittel nachzureichen. Zudem müssten im Berufungsverfahren Noven ausnahmsweise uneingeschränkt zulässig sein, wenn der Sacherhalt von Amtes wegen abzuklären sei. Die jederzeitige wirksame Wahrnehmung der Kindesinteressen durch das Gericht dürfe nicht vom prozessualen Verhalten der Parteien abhängen. Der Vater habe sich die noch herrschende Unklarheit bezüglich seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vollumfänglich selber zuzuschreiben. Er verweigere die volle Transparenz darüber, behaupte stattdessen auf den ersten Blick als unmöglich erkennbare Zustände und sei offensichtlich nicht in der Lage, eine Arbeitsstelle länger als einige Monate zu behalten, ohne entlassen zu werden; dies aus Gründen, die er als dunkle Machenschaften darstellen wolle, die aber wohl hauptsächlich bei ihm lägen. Dass er an mehreren Stellen zu Unrecht entlassen worden sei, sei höchst unwahrscheinlich. Sowohl wiederholte Entlassungen wie auch die offensichtliche Unfähigkeit oder Unwilligkeit, die Gründe (auch) bei sich selbst zu suchen, könnten sehr relevant sein bei der Beurteilung, ob er aus eigenem Verschulden (angeblich) so wenig verdiene oder nicht. Wirtschaftlich leistungsfähig sei man auch, wenn man bei gutem Willen ein Einkommen haben könnte. Aufgrund der vom Vater verursachten Lage sei es ihr natürlich nicht möglich, genau zu beziffern, wieviel er verdienen könne. Es gebe aber zahlreiche Hinweise, dass er, wenn er denn wollte, durchaus ein seinen Lebensunterhalt und die Kinderalimente deckendes Einkommen erzielen könnte, so seine Grundausbildung als Lehrer (Germanistik und Sport) mit Abschluss in der L.1 \_\_\_\_\_, seine Sprach- und PC-Kenntnisse, seine Ausbildung als Sportlehrer, seine bisherige Berufserfahrung in Sportunterricht, Lagerleitung, Hotellerie und Gemeindefarbeit, der Führerausweis, diverse Schulungen und Kurse durch das RAV, seine körperliche Gesundheit und Leistungsfähigkeit, die Tatsache, dass er immer wieder Stellen gefunden habe, allerdings wegen mangelnder Einordnungsfähigkeit immer wieder verloren habe, sowie der Umstand, dass es laufend genug Stellenangebote in O.5 \_\_\_\_\_ und Umgebung gebe. Daher seien zahlreiche Tätigkeiten realistisch, mit

Seite 24 — 40 welchen der Vater bei ausreichenden Bemühungen ein genügendes Einkommen generieren könne. Wenn er nicht in der Lage sei, mit seiner Firma ein zur Erfüllung seiner familienrechtlichen Pflichten genügendes Einkommen zu erreichen, müsse er sich eine andere oder zusätzliche Stelle suchen. Aufgrund seines Verhaltens müsse ihm auch ohne strikten Beweis ein hypothetisches Einkommen zugerechnet werden. Dies gelte umso mehr, als der Vater wahrscheinlich ein erheblich höheres tatsächliches Einkommen erziele, dieses aber verheimliche. Zwei solche zusätzlichen Einkommensquellen, die Vermietung von mindestens einem Zimmer in seiner Wohnung und die entgeltliche Vermittlung einer russischen Prostituierten in mindestens einem Fall, seien ihr kürzlich zufällig zur Kenntnis gelangt. Die genannten Umstände hätten der Vorinstanz mit aller Deutlichkeit aufzeigen sollen, dass dem Gesuch des Vaters um massive Reduktion der Unterhaltsbeiträge keinesfalls Folge geleistet werden könne, weil die rechtserheblichen Tatsachen dafür weitgehend im Dunklen lägen und der Vater dies selbst zu vertreten habe. Sie habe darauf vertrauen können, dass die Vorinstanz eine bestehende, von den Parteien lange Zeit akzeptierte Vereinbarung nicht einfach aufhebe, nur weil der Vater behaupte, er verdiene nur gut CHF 2'000.-- im Monat. 3.2.4. Der Vater hielt in seiner Duplik vom 12.

Oktober 2015 im Wesentlichen an seinen bisherigen Ausführungen fest. Namentlich bestritt er, dass die hohen Anforderungen an die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens im vorliegenden Fall erfüllt seien, und dass er Einkommen und Vermögen verheimliche. Ergänzend führte er aus, dass er zur Deckung seines Lebensunterhalts im Januar und Februar 2015 ein Zimmer in seiner Wohnung vermietet habe. 4. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Vorinstanz die Kindesunterhaltsbeiträge zu Recht von CHF 600.-- auf CHF 100.-- pro Kind und Monat reduziert hat, ist nun zunächst zu prüfen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Eheschutzentscheid vom 7. Mai 2013 überhaupt abänderbar ist. Die Vorinstanz hat sich mit dieser Thematik, namentlich mit der eingeschränkten Abänderbarkeit von auf einer Vereinbarung beruhenden Unterhaltsbeiträgen (vgl. E. 2.3. hiervor), nicht befasst.

#### **E. 4**

Der Gesuchsgegner ist berechtigt, die Kinder am ersten und dritten Wochenende zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Er ist überdies berechtigt, die Kinder am zweiten und vierten Wochenende zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, jeweils unter Voranmeldung bis spätestens am vorangehenden Mittwoch. Der Gesuchsgegner ist berechtigt, die Kinder jeweils während zwei Wochen im Jahr zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, unter Voranmeldung von drei Monaten im Voraus.

#### **E. 4.1**

Im Eheschutzentscheid vom 7. Mai 2013 wurden gestützt auf eine Vereinbarung unter den Ehegatten Kindesunterhaltsbeiträge von monatlich je CHF 600.-- festgesetzt. Die Parteien teilten dem Gericht damals lediglich mit, dass sie betreffend Kindesunterhalt eine Vereinbarung getroffen hätten, wobei die Mutter auf entsprechende Nachfrage des Bezirksgerichtspräsidenten hin noch bekannt gab, dass der Unterhalt gegenüber den beiden Kindern insgesamt CHF 1'200.-- pro

Seite 25 — 40 Monat betrage. Der Eheschutzrichter genehmigte diese Regelung in der Folge ohne Vorliegen von Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen des Vaters und hielt im erwähnten Entscheid lediglich fest, dass die Unterhaltsbeiträge an die Kinder von je CHF 600.-- den Bedürfnissen der Kinder und der Leistungsfähigkeit des Vaters offenbar entsprechend würden. In diesem Sinn ist nicht bekannt, welche Annahmen über Bedarf, Einkommen und Vermögen der Beteiligten der Übereinkunft zugrunde lagen. Anzeichen dafür, dass das Einkommen des Vaters im Sinne eines sog. *caput controversum* vergleichsweise definiert worden wäre ■ mit der Folge, dass der Eheschutzentscheid nicht abänderbar wäre ■, bestehen aber nicht. Solches wurde auch seitens der Mutter nicht geltend gemacht. Vielmehr ist zugunsten des Vaters anzunehmen, dass eine Abänderung unter der Voraussetzung einer erheblichen tatsächlichen Änderung eines Teils des Sachverhalts, welcher im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurde, und der Dauerhaftigkeit dieser Änderung möglich ist. Eine Abänderung der Unterhaltsleistung ist vorliegend im Übrigen auch deshalb nicht bereits von vornherein ausgeschlossen, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Vater sein Einkommen in Schädigungsabsicht vermindert hat (vgl. dazu E. 2.3.1 in fine). Namentlich hat der Genannte seine Anstellungen nicht freiwillig aufgegeben, sondern diese wurden ihm seitens der Arbeitgeber gekündigt. Bei der C.\_\_\_\_\_ lag der Grund offenbar darin, dass sich die Arbeitszeiten sehr schlecht mit den beruflichen Nebentätigkeiten des Vaters koordinieren liessen (vgl. act. C.26). Die Entlassung im Familienbad O.4\_\_\_\_\_ wurde mit

der entstandenen Unzufriedenheit der anderen Mitarbeitenden sowie mit Foto- und Filmaufnahmen des Vaters im öffentlichen Bereich des Bades begründet (vgl. act. B.4 sowie das Verfahren U14 52 vor dem Verwaltungsgericht). Selbst wenn damit gewisse Anzeichen bestehen, dass der Vater die Entlassungen durch sein Verhalten zumindest mitverursacht hat ■ was von ihm indes bestritten wird ■, so ist dennoch nicht erkennbar, dass er in der Absicht gehandelt hätte, sein Einkommen zum Nachteil der Kinder zu vermindern.

#### E. 4.2

Ob sich die massgebenden tatsächlichen Umstände erheblich und dauerhaft geändert haben, ist nachfolgend anhand der vorhandenen Akten und der im Berufungsverfahren erhobenen Rügen zu prüfen. Ausgangspunkt dieser Prüfung bildet die Feststellung, dass seitens der Parteien im Zeitpunkt der Vereinbarung offenbar eine Leistungsfähigkeit des Vaters im Bereich von CHF 1'200.-- pro Monat als feststehend angesehen wurde, erzielbar mit seiner selbständigen und/oder einer unselbständigen Tätigkeit. Auf der im Eheschutzentscheid vom 7. Mai 2013 getroffenen Regelung muss sich der Vater im Übrigen behaften lassen. Sein in der

Seite 26 — 40 Berufungsantwort erhobener Einwand, die eigentliche Vereinbarung habe nicht auf Unterhaltsbeiträge von je CHF 600.-- pro Kind und Monat gelaute, sondern dahingehend, dass er (weiterhin) die Kinder praktisch vollzeitig betreue, dafür aber keinen Unterhalt für diese schulde, findet in den vorhandenen Unterlagen keine Stütze. So geht aus den Akten des Eheschutzverfahrens wie erwähnt hervor, dass die Ehegatten dem Bezirksgerichtspräsidenten Maloja in einem gemeinsam unterzeichneten Schreiben vom 18. März 2013 mitgeteilt hatten, sie hätten in der Sache des Unterhalts gegenüber den Kindern eine gemeinsame Lösung gefunden, weshalb es keine gerichtlichen Regelungen mehr brauche (Prozess Nr. \_\_\_\_\_, act. K6). Nachdem die Parteien aufgefordert worden waren, dem Gericht den Inhalt dieser Regelung bekannt zu geben, teilte die Mutter mit Schreiben vom 5. April 2013 mit, dass der Unterhalt gegenüber den Kindern A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ CHF 1'200.-- pro Monat betrage. Gegen diese ■ aus seiner Sicht unzutreffende ■ Darstellung der Mutter hätte der Vater opponieren können, wurde ihm das entsprechende Schreiben seitens des Bezirksgerichts doch zur Stellungnahme zugestellt (act. C.3; Prozess Nr. \_\_\_\_\_, act. R4). Dass die Post an die Adresse der Mutter gegangen wäre, die sie dann heimlich zurückbehalten hätte, wie der Vater dies in seiner Duplik vom 12. Oktober 2015 behauptet, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn ihm aber die Aufforderung zur Stellungnahme nicht zugegangen sein sollte, so erhielt er in jedem Fall den Eheschutzentscheid vom 7. Mai 2013 selbst, in dem er zu Unterhaltsbeiträgen von CHF 600.-- pro Kind und Monat verurteilt wurde, zugestellt. Der Zustellungsnachweis an seine damalige Adresse in O.2\_\_\_\_\_ befindet sich in den Akten (Prozess Nr. \_\_\_\_\_, act. R5). Dass er in der Folge gegen den entsprechenden Entscheid kein Rechtsmittel erhob, hat er selbst zu verantworten. Ob bzw. inwieweit der Vater seiner Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen von CHF 600.-- pro Kind und Monat in der Folge nachgekommen ist, braucht im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend geklärt zu werden. In diesem Sinn erweist sich auch der seitens der Mutter im Berufungsverfahren eingereichte Strafbefehl vom 24. Februar 2016 (act. B.18) als nicht entscheidrelevant, zumal dieser keine näheren Angaben zur Leistungsfähigkeit des Vaters enthält. Dasselbe gilt auch für den vom Vater vorliegend eingelegten Strafantrag vom 26. Mai 2014 (act. C.6) oder das Schreiben seiner Rechtsvertreterin vom 20. April 2015 (act. C.8). Der Umstand, dass im Strafantrag lediglich die Nichtbezahlung der Unterhaltsbeiträge ab 2014 geltend gemacht wird, darf im Übrigen

nicht als Anerkennung der Mutter gedeutet werden, dass der Vater zuvor keine Unterhaltszahlungen geschuldet hätte bzw. dass sie mit einer Reduktion der Beiträge (zu- mindest vorübergehend) einverstanden gewesen wäre.

Seite 27 — 40 5.1.1. Betrachtet man, was die Leistungsfähigkeit des Vaters betrifft, nun zunächst dessen Grundbedarf, so belief sich dieser zum Zeitpunkt der Einleitung des Abänderungsverfahrens auf mindestens CHF 3'367.--, bestehend aus dem Grundbetrag von CHF 1'200.--, der Miete inkl. Nebenkosten von CHF 1'900.-- (BB 5) und den Kosten für die Krankenkasse nach KVG von CHF 267.-- (BB 6). Der Prämienaufwand für die Zusatzversicherungen nach VVG ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht in den Grundbedarf einzubeziehen (BGE 134 III 323). Ferner sind die vom Vater in seinen Stellungnahmen vom 28. Mai 2015 und vom 6. Juli 2015 geltend gemachten Kosten für Strom, Telefon, Internet, Radio und Fernsehen sowie für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung bereits im Grundbetrag enthalten (BGE 126 III 353 E. 1a/bb; Heinz Hausheer/Annette Spycher, a.a.O., Rz. 02.30). Auch die Kosten für den Klavierunterricht der Tochter können bei der nach den betriebsrechtlichen Richtlinien erfolgenden Grundbedarfsberechnung nicht berücksichtigt werden. Im Weiteren rechtfertigt es sich nicht, dem Vater die geltend gemachten Kosten von monatlich CHF 140.-- für den öffentlichen Verkehr im Grundbedarf anzurechnen, weder für die Arbeit ■ ist er doch selbständig erwerbstätig und macht bereits in seinen Abschlüssen (BB 3 f.) erhebliche Reisekosten geltend ■ noch für die Ausübung des Besuchsrechts ■ hat der Besuchsrechtsberechtigte für die Kosten der Ausübung des persönlichen Verkehrs doch grundsätzlich selbst aufzukommen (Jann Six, a.a.O., Rz. 2.89). Schliesslich macht der Vater eine monatliche Zinsbelastung von CHF 230.-- geltend. Anscheinend handelt es sich um Zinsen eines von beiden Ehegatten zwecks Erwerb eines gemeinsamen Grundstücks in der L.1 \_\_\_\_\_ aufgenommenen Hypothekendarlehens (BB 9; Verfahren 115-2015-8, KB 16 u. BB 32 f.). Da die Mutter offenbar ebenfalls einen Anteil an diesen Zinsen zu tragen hat (vgl. act. C.5, wo von CHF 130.-- pro Monat die Rede ist, sowie act. C.7, wo ein Anteil von CHF 102.70 erwähnt wird), ist dem Vater höchstens die Hälfte der Zinslast oder CHF 115.-- anzurechnen. Unter Einbezug dieser Hypothekarzinsen beträgt der Grundbedarf des Vaters monatlich CHF 3'482.--. 5.1.2. Was die Entwicklung der Einkünfte des Vaters nach dem Eheschutzentscheid vom 7. Mai 2013 betrifft, so erlitt er 2013 mit seiner Einzelfirma, der E. \_\_\_\_\_, einen Verlust von CHF 14'185.-- (BB 3). Eine Anstellung hatte er in diesem Jahr nach seinen Angaben nicht. 2014 resultierte aus seiner selbständigen Tätigkeit ein Gewinn von CHF 8'544.-- (BB 4). Zusätzlich verfügte er während den Monaten April, Mai und Juni 2014 über ein Einkommen von netto insgesamt CHF 13'690.-- aus seiner Anstellung als Bademeister im Familienbad O.4 \_\_\_\_\_ (BB 2). Diese Stelle wurde ihm im Juni 2014 fristlos gekündigt (BB 12). Insgesamt beliefen

Seite 28 — 40 sich seine Einnahmen 2014 somit auf CHF 22'234.-- insgesamt bzw. auf CHF 1'853.-- monatlich. Dass Vermögen vorhanden wäre, aus dem er relevante Erträge erzielt oder erzielen könnte, ist nicht ersichtlich. Unter diesen Umständen verfügte der Vater in den Jahren 2013 und 2014 nicht über ein ausreichendes Einkommen, um seinen Grundbedarf von CHF 3'482.-- pro Monat zu decken, selbst wenn man von den von ihm in seiner Stellungnahme vom 28. Mai 2015 zugestanden Einkünften von monatlich CHF 2'500.-- ausgehen würde. Darauf hinzuweisen ist, dass der Vater in seinen Erfolgsrechnungen erhebliche Ertragsminderungen ausweist (2013 CHF 19'664.--, 2014 CHF 16'202.--), deren Ursache prima vista nicht erkennbar ist. Würde man diese

aufrechnen, hätte die Unternehmung des Vaters im Jahr 2013 einen Gewinn von rund CHF 5'500.-- statt eines Verlusts von CHF 14'185.-- geschrieben. Im Jahr 2014 hätte sich der Gewinn der Firma auf CHF 24'746.-- statt auf CHF 8'544.-- belaufen, so dass sein gesamtes Einkommen in diesem Jahr insgesamt CHF 38'436.-- oder monatlich rund CHF 3'200.-- betragen hätte. Dies hätte allerdings immer noch nicht ausgereicht, um seinen Grundbedarf zu decken.

5.2.1. Die Mutter macht im Berufungsverfahren geltend, dass der Vater über ein bedeutend höheres tatsächliches Einkommen verfüge, als die Vorinstanz dies festgestellt habe. Zu beachten ist allerdings, dass die Vorbringen der Mutter alle- samt Noven darstellen, äusserte sie sich im vorinstanzlichen Verfahren doch mit keinem Wort zu den finanziellen Verhältnissen des Vaters. Sie nahm weder zu dessen Eingabe vom 28. Mai 2015, in der er die Reduktion der Unterhaltsbeiträge beantragt hatte, noch zu derjenigen vom 6. Juli 2015, in der er seinen Bedarf und seine Einkommensverhältnisse darlegt hatte, Stellung, obwohl ihr diese Dokumen- te zur Kenntnis- bzw. zur Stellungnahme zugestellt worden waren. Ob und inwie- weit sie sich an der Anhörung vom 9. Juni 2015 zur ersten Eingabe geäussert hat, steht mangels Vorliegen eines Protokolls nicht fest. Allerdings macht die Mutter im Berufungsverfahren nicht geltend, dort zur Leistungsfähigkeit des Vaters in be- stimmter Art und Weise Stellung genommen zu haben. Handelt es sich bei den fraglichen Behauptungen und Beweismitteln der Mutter um Noven, müsste sie nach Art. 317 Abs. 1 ZPO substantiieren und beweisen, dass ihr jeweiliges Vor- bringen unverzüglich erfolgt ist und dass – bei den unechten Noven ■ ein Einbrin- gen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor der Vorinstanz möglich war (vgl. E. 1.5.1.). Entsprechende Darlegungen fehlen indessen: Was die mit der Berufung eingelegten Kontoauszüge des Vaters (act. B.2 u. B.3) betrifft, so wurden diese zwar unverzüglich eingereicht, doch fehlt die Begründung, weshalb ein Einbringen nicht schon vor erster Instanz möglich war. Die entspre-

Seite 29 — 40 chenden Ausführungen der Mutter in ihrer Replik vom 28. September 2015 erwei- sen sich als verspätet. Abgesehen davon ist die Begründung nicht stichhaltig. So bringt sie zwar vor, die Auszüge seien ihr zuvor nicht zugänglich gewesen, weil sie an die Adresse des Vaters zugestellt worden seien, doch bleibt unklar, weshalb die Kontoauszüge für sie im Berufungsverfahren im Gegensatz zur ersten Instanz dann trotzdem erhältlich waren. Im Weiteren begründet die Mutter nicht, weshalb sie ihre Behauptungen zu den Grundstücken des Vaters in der L.1 \_\_\_\_\_ bzw. den daraus resultierenden Einkünften, zum Konto des Vaters bei der B.1 \_\_\_\_\_, zur Geschäftstätigkeit mit seinem Heimatland oder zu seinen Trinkgeldern nicht be- reits früher vorgebracht und nicht bereits vor erster Instanz entsprechende Be- weisanträge gestellt hat. Was ihre Ausführungen in der Replik zu zusätzlichen Einkommensquellen des Vaters betrifft ■ Vermietung eines Zimmers in der Woh- nung des Vaters/entgeltliche Vermittlung einer Prostituierten ■, substantiiert sie die Voraussetzungen für das Novenrecht ebenfalls nicht. Hat die novenwillige Partei darzulegen, dass ein Novum ohne Verzug vorgebracht wird, ist davon nämlich auch die Erklärung erfasst, wann das vorgebrachte Novum entstanden ist bzw. entdeckt wurde (Benedikt Seiler, a.a.O., Rz. 1311). In casu führt die Mutter nun nicht näher aus, wann ihr die entsprechenden Tatsachen zur Kenntnis gelangt sind. In Anbetracht dessen erweisen sich die neuen Behauptungen der Mutter in ihren Berufungsschriften sowie die diesbezüglich eingereichten Beweismittel bzw. gestellten Beweisanträge als unzulässig.

5.2.2. Dem Einwand der Mutter, sie bringe gar keine Noven vor, da sie bereits im Eheschutzverfahren geltend gemacht habe, der Vater verdiene mindestens CHF 4'000.-- pro Monat, und bereits dort Unterlagen zu seinen Vermögensverhältnis- sen zur Edition verlangt habe, kann nicht gefolgt werden. Beim Massnahmeverfah- ren handelt es sich um

ein selbständiges Nebenverfahren, in dem Behauptungen und Beweismittel nach den allgemeinen Regeln in das Verfahren einzubringen sind. In diesem Sinn werden Behauptungen und Beweismittel, die in einem früheren Eheschutzverfahren vor- bzw. eingebracht wurden, nicht von selbst Gegenstand des Massnahmeverfahrens. Ausserdem hat die Mutter vor erster Instanz weder auf das Eheschutzverfahren Bezug genommen noch beantragt, die entsprechenden Akten beizuziehen. Im Massnahmeverfahren besteht ■ zwecks Vermeidung von Wiederholungen ■ allenfalls die Möglichkeit von Verweisen auf das bereits im Hauptverfahren Vorgebrachte, verbunden mit einem Antrag auf Beizug der entsprechenden Akten. Solche Verweise sind seitens der Mutter im erstinstanzlichen Verfahren aber ebenfalls nicht erfolgt.

Seite 30 — 40 5.2.3. Wie in E. 1.5.2. dargelegt, können unechte Noven im Berufungsverfahren dann noch vorgebracht werden, wenn gerügt wird, dass die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime verletzt bzw. den Sachverhalt ungenügend festgestellt hat. Eine solche Rüge bringt die Mutter sinngemäss vor. So führt sie in ihrer Berufung aus, das Gericht habe die Pflicht, die eingereichten oder angebotenen Beweismittel zu würdigen und zu erkennen, wenn Parteibehauptungen offensichtlich unwahr oder unvollständig seien. Es könne nicht völlig unplausibel, ja geradezu unmögliche Behauptungen, wie diejenige, man habe mit CHF 2'307.80/1'852.60 pro Monat einen Lebensunterhalt von CHF 4'184.00 pro Monat finanziert, einfach glauben und gestützt darauf den Kindern den ihnen zustehenden Unterhaltsbeitrag versagen. Diese Beweise müssten sowieso auch für das Scheidungsurteil erhoben werden. Sie habe sowohl im Scheidungsverfahren wie auch im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen wiederholt beantragt, bei B.1 \_\_\_\_\_ und Behörden Auskünfte oder Akten einzuholen. Ohne diese sei es nicht möglich, die finanziellen Verhältnisse des Vaters zu kennen, da er ja keine befriedigende Auskunft darüber gebe. Bevor nachstehend geprüft wird, ob der Vorinstanz effektiv eine Verletzung der Untersuchungsmaxime vorzuwerfen ist, ist daran zu erinnern, dass die Parteien auch bei Geltung dieser Maxime nicht von einer aktiven Mitwirkung am Verfahren und von ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast entbunden sind. Es bleibt Aufgabe der Ehegatten, dem Gericht das in Betracht kommende Tatsachenmaterial zu unterbreiten, die Beweismittel zu bezeichnen und die für die Ermittlung des Sachverhalts notwendigen Beweise im Rahmen des Zumutbaren beizubringen (vgl. E. 2.1.). Insbesondere wenn beide Parteien anwaltlich vertreten sind, stellt das Gericht auch bei Geltung der unbeschränkten Untersuchungsmaxime in erster Linie auf die Vorbringen der Rechtsvertretungen ab und darf sich bei der Fragepflicht zurückhalten. Es hat den Sachverhalt nur bei offensichtlichen Lücken und Ungereimtheiten von Amtes wegen zu ergänzen (Stephan Mazan/Daniel Steck, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N 11 zu Art. 296 ZPO; Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013, § 10 N 27). Vorliegend berief sich der Vater in seinen Stellungnahmen vom 28. Mai 2015 und vom 6. Juli 2015 im Wesentlichen darauf, dass er mit seiner Firma, der E.\_\_\_\_\_, kaum seinen eigenen Lebensunterhalt finanzieren könne. Im Jahr 2013 habe ein Verlust von CHF 14'185.-- resultiert und im Jahr 2014 ein Gewinn von CHF 8'543.--. Seine Anstellung bei der Gemeinde O.4 \_\_\_\_\_ im Frühjahr 2014, mit der er ein

Seite 31 — 40 Einkommen von ca. CHF 13'688.-- erzielt habe, sei ihm nach kurzer Zeit wieder gekündigt worden, wobei er seither keine andere Arbeitsstelle gefunden und sich daher seiner eigenen Firma gewidmet habe. Er habe per März 2015 Schulden für offene

Unterhaltsbeiträge von über CHF 30'000.--. In der L.1\_\_\_\_\_ besitze er aus Schenkungen/Erbschaften Grundstücke im Wert von ca. CHF 100'000.--. Diese seien Familienbesitz und seine Eltern hätten dort ein lebenslanges Wohn- und Nutzniessungsrecht. Ausserdem besitze er in der L.1\_\_\_\_\_ unbebautes Land im Wert von ca. CHF 40'000.--, das mit einer Hypothek von ca. CHF 31'000.-- belastet sei, die mittlerweile hätte halbiert werden können. Die monatlichen Zinszahlungen beliefen sich auf ca. CHF 230.--. Schliesslich habe er auf einem Bausparkonto in der L.1\_\_\_\_\_ ein Guthaben von rund CHF 10'800.--. Die anwaltlich vertretene Mutter äusserte sich in der Folge, worauf bereits hingewiesen wurde, mit keinem Wort zu den Ausführungen des Vaters zu seinen finanziellen Verhältnissen. Diese wurden weder bestritten noch als unvollständig gerügt. Auch Beweisanträge wurden keine gestellt, entgegen den Ausführungen der Mutter auch nicht, was das Einholen von Auskünften oder Akten bei B.1\_\_\_\_\_ betrifft. Die Genannte unterliess im vorinstanzlichen Verfahren mit anderen Worten jegliche Mitwirkung. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die erste Instanz gestützt auf den entsprechenden Antrag des Vaters bzw. gestützt auf Art. 296 Abs. 1 ZPO die Akten des Ehescheidungsverfahrens beizog, verwies sie im angefochtenen Entscheid doch auf die Klage der Mutter vom 30. Januar 2015 bzw. auf deren Klagebegründung vom 26. Juni 2015. Allerdings äusserte sich die Mutter auch dort lediglich rudimentär zu den Einkünften des Vaters, indem sie ausführte, zu den aktuellen finanziellen Verhältnissen des Vaters sei ihr nichts bekannt (Prozess Nr. 115-2015-8, act. I/1 S. 6) bzw. er zahle die Kinderalimente nicht, obwohl er über genügend Einkünfte und Vermögenswerte verfüge, die allerdings teilweise in der L.1\_\_\_\_\_ lägen und von ihm bisher nicht offengelegt worden seien (Prozess Nr. 115-2015-8, act. I/4 S. 3 Ziff. 3). Editionsanträge wurden gestellt, systematisch allerdings nicht im Zusammenhang mit dem Kindesunterhalt, sondern im Zusammenhang mit dem Güterrecht bzw. mit den Grundstücken des Vaters in der L.1\_\_\_\_\_ (Prozess Nr. 115-2015-8, act. I/1 S. 7) sowie mit der Regelung der Rechte und Pflichten des Vaters bei der Erziehung der Kinder (Prozess Nr. 115-2015-8, act. I/4 S. 3 f. Ziff. 5). Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz auf die unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des Vaters abstellen und sich bei der Fragepflicht zurückhalten. Gestützt auf die Ausführungen des Vaters und die von ihm eingereichten Beweismittel bestanden sodann keine Anhaltspunkte für offensichtliche Sachverhaltslücken oder Ungereimtheiten, die Anlass gegeben hätten, den Sachverhalt von Amtes wegen zu ergänzen bzw. zusätzliche Abklärungen zu treffen. Der Vorinstanz kann in diesem Sinn nicht vorgeworfen werden, die Untersuchungsmaxime verletzten zu haben, so dass sich die Noven der Mutter auch vor diesem Hintergrund als nicht zulässig erweisen.

## **E. 5**

Über die Unterhaltszahlungen für die Kinder wird nach Vorliegen der Bedarfs-, Einkommens- und Vermögensangaben der Parteien entschieden. Die Parteien werden aufgefordert, aktuelle Unterlagen über ihre Bedarf-, Einkommens- und Vermögenssituation innert 20 Tagen einzureichen. Im Säumnisfall würden auf Grund der vorhandenen Unterlagen sowie der Parteivorbringen entschieden.

### **E. 5.3**

Damit ist, was die Leistungsfähigkeit des Vaters betrifft, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die in den Jahren 2013 und 2014 erzielten tatsächlichen

Einkünfte des Vaters nicht ausreichen, um seinen Existenzbedarf zu decken. 6. Die Mutter bringt in ihrer Berufung weiter vor, dass die Vorinstanz dem Vater ein hypothetisches Einkommen von netto CHF 4'500.-- pro Monat hätte anrechnen und gestützt darauf Unterhaltsbeiträge in praxisüblicher Höhe hätte zusprechen müssen.

## **E. 6**

Die Verfahrens- und Parteikosten bleiben bei der Prozedur.

### **E. 6.1**

Verlangt der Unterhaltsschuldner in einem Abänderungsprozess die Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge, haben im Gegensatz zur erstmaligen Festlegung von Unterhaltsbeiträgen nicht die Unterhaltsgläubiger die Anspruchsgrundlagen für eine Unterhaltsrente zu belegen. Vielmehr obliegt es dem Unterhaltsschuldner, die tatbeständlichen Voraussetzungen glaubhaft zu machen, aus denen auf die Abänderbarkeit des rechtskräftigen Urteils bzw. auf den (teilweisen) Untergang des Unterhaltsanspruchs geschlossen werden muss. Mithin muss der Unterhaltsschuldner glaubhaft machen, dass sein Einkommen unwiederbringlich gesunken ist (Urteil des Bundesgerichts 5A\_299/2012 vom 21. Juni 2012 E. 3.1.2). Zum Hauptungsfundament eines Abänderungsgesuches gehören somit nicht bloss Angaben zur Reduktion des Einkommens, sondern es sind auch Umstände darzutun, aus denen abgeleitet werden müsste, dass es der unterhaltsschuldenden Person nicht möglich ist, ein gleich hohes Einkommen zu erzielen wie vorher (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 14 42 vom 17. März 2015 E. 6.4). Zu behaupten und glaubhaft zu machen ist vom Unterhaltsschuldner mit anderen Worten nicht nur das effektive tiefere Einkommen, sondern auch das Fehlen tatsächlicher Verdienstmöglichkeiten, unter der Voraussetzung, dass solche zumutbar wären. Vorliegend führte der Vater in seinen Stellungnahmen vom 28. Mai 2015 und vom 6. Juli 2015 einerseits aus, dass er mit seiner selbständigen Tätigkeit kein ausreichendes Einkommen erziele, um seinen Lebensunterhalt zu finanzieren. Andererseits hielt er fest, dass er seit der Kündigung seiner Anstellung bei der Gemeinde O.4\_\_\_\_\_ keine andere Anstellung gefunden habe. Die momentane Situation

Seite 33 — 40 auf dem Arbeitsmarkt und im Tourismusbereich sei sehr schwierig. Zudem sei er aufgrund von Machenschaften und Verleumdungen von diversen Stellen zu Unrecht entlassen worden. Es sei für ihn momentan äusserst schwer, in der Umgebung eine recht bezahlte Arbeit zu finden, die es ihm erlauben würde, Unterhalt an seine Kinder zu bezahlen. Aus diesen Gründen beabsichtige er, seine Arbeitskraft und Zeit weiterhin in den Aufbau seiner eigenen Firma zu investieren. Der Vater machte in diesem Sinn im erstinstanzlichen Verfahren nicht nur geltend, dass sich sein Einkommen tatsächlich reduziert habe, sondern auch, dass es ihm aktuell nicht möglich sei, ein höheres Einkommen zu erzielen, sei es, weil er keine Anstellung finde oder weil sich seine eigene Firma noch im Aufbau befinde. Die erste Instanz hat sich in der Folge mit der Feststellung begnügt, dass die tatsächlichen Einkünfte des Vaters ihm nicht erlaubten, mehr als seinen eigenen Existenzbedarf zu decken. Die Frage, ob andere zumutbare Verdienstmöglichkeiten vorhanden wären, hat sie nicht geprüft. Da Letzteres wie dargelegt zum Fundament einer Abänderungsklage gehört, hätte sie sich indes ■ trotz der Säumigkeit der Gegenpartei (vgl. E. 6.2.) ■ mit der erwähnten Frage bzw. mit den entsprechenden Vorbringen des Vaters befassen müssen. Indem die Vorinstanz dies unterlassen hat, hat sie eine Rechtsverletzung begangen.

## E. 6.2

Die Frage, ob für den Vater andere zumutbare Verdienstmöglichkeiten als die in der Anfangsphase noch nicht rentable selbständige Erwerbstätigkeit bestanden hätten ■ ob ihm mit anderen Worten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen gewesen wäre ■ ist nun im Berufungsverfahren zu klären. Dabei ist wiederum zu beachten, dass sämtliche seitens der Mutter in diesem Kontext vorgebrachten Behauptungen und Beweismittel Noven darstellen, hat sie sich im vorinstanzlichen Verfahren doch gar nicht zur Leistungsfähigkeit des Vaters und daher auch nicht zur Frage der Anrechenbarkeit eines hypothetischen Einkommens geäußert (vgl. E. 5.2.1.). Wie bereits im Zusammenhang mit dem tatsächlichen Einkommen des Vaters substantiiert sie auch hier die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Novenrechts nicht. So führt die Mutter bspw. in ihrer Replik vom 28. September 2015 zwar diverse Hinweise zur Ausbildung und zu den Fähigkeiten des Vaters sowie zu Stellenangeboten in O.5\_\_\_\_\_ an, begründet indes mit keinem Wort, weshalb sie diese nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren, spätestens aber in der Berufung hätte vorbringen können. Ihre Behauptungen zu einem hypothetischen Einkommen des Vaters erweisen sich in diesem Sinn als verspätet und sind nicht zuzulassen. Dasselbe gilt für die diesbezüglich genannten Beweismittel, wobei darauf hinzuweisen ist, dass es sich bei den von ihr eingereichten Stellenangeboten in O.5\_\_\_\_\_ vom 3. September 2015 (act. B.5) an sich

Seite 34 — 40 um ein echtes Novum handelt, das allerdings dem Beweis eines unechten Novums dienen soll. Unter diesen Umständen ist über die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens aufgrund der Vorbringen des Vaters im erstinstanzlichen Verfahren sowie den dort vorliegenden Akten zu entscheiden. Zusätzlich zu berücksichtigen sind einzig die im Berufungsverfahren zulässigerweise eingebrachten echten Noven.

## E. 6.3

Der zum Zeitpunkt des Abänderungsgesuchs 39-jährige Vater verfügt über einen (in seiner Heimat erworbenen) universitären Abschluss in Germanistik, Sport, Pädagogik und Psychologie sowie über den Eidgenössischen Fachausweis als Schneesportlehrer. Er weist gute Sprachkenntnisse auf und ist soweit ersichtlich bei guter Gesundheit (Verfahren 115-2015-8, BB 16). Damit eröffnen ihm seine individuellen Fähigkeiten ein weites erwerbliches Berufsfeld, was im Allgemeinen dafür spricht, dass dem Vater die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit sowohl möglich als auch zumutbar ist. Er hat dies insofern auch selbst unter Beweis gestellt, als er im Frühjahr 2014 eine Anstellung als Bademeister im Familienbad O.4\_\_\_\_\_ und Ende 2016 eine solche als Mitarbeiter Verkauf und Vermietung bei der C.\_\_\_\_\_ erhalten bzw. angenommen hat. Zu beachten ist nun aber, dass die beiden erwähnten Arbeitsverhältnisse jeweils nach kurzer Zeit seitens der Arbeitgeber gekündigt wurden (act. B.4 u. C.26). Zudem ist gerichtsnotorisch, dass der Vater in ein zivil- (vgl. ZK1 11 24) und in ein strafrechtliches Verfahren (vgl. SK1 15 10) bezüglich Hausverbote verwickelt war. Diese Umstände stellen Indizien dafür dar, dass es für ihn eher schwierig sein dürfte, eine weitere Anstellung zu erhalten. Die von ihm in der Stellungnahme vom 28. Mai 2015 geltend gemachten Schwierigkeiten, in seiner Umgebung Arbeit zu finden, sind in diesem Sinn nicht von der Hand zu weisen. Sie blieben seitens der Mutter im vorinstanzlichen Verfahren denn auch unbestritten. Die tatsächlichen Möglichkeiten des Vaters, im Engadin eine Anstellung zu finden, dürften daher eingeschränkt sein. Was die Zumutbarkeit einer Anstellung betrifft, ist zu berücksichtigen, dass die Gründung der Unternehmung des Vaters, der E.\_\_\_\_\_, gemäss Handelsregister-

auszug (BB 16) bereits Ende 2011 erfolgte, dass er seine selbständige Geschäftstätigkeit also schon vor der Trennung von seiner Ehefrau aufnahm. Die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit entsprach somit der ehelichen Vereinbarung. Darüber hinaus ist zu beachten, dass es die finanziellen Verhältnisse der Ehegatten zulassen, den Bedarf der Kinder auch bei einer vorerst noch nicht rentablen selbständigen Tätigkeit des Vaters zu decken. So trat die Mutter am 1. No-

Seite 35 — 40 vember 2015 bei der F.\_\_\_\_\_ eine 100%-Stelle an, an der sie einen Monatslohn von brutto CHF 5'600.-- zuzüglich eines 13. Gehalts erhält (act. B.6). Ihr monatliches Einkommen beträgt demnach CHF 6'067.-- brutto oder geschätzt CHF 5'386.-- netto (CHF 6'067.-- abzüglich Beitrag an die AHV/IV/EO/ALV von 6.225% oder CHF 378.-- sowie Beitrag an die Pensionskasse von mindestens 5% oder CHF 303.-- [vgl. Art. 16 u. Art. 66 Abs. 1 BVG; SR 831.40]). Im Jahr 2014 erzielte sie mit einer ebenfalls vollzeitigen Anstellung ein Nettoeinkommen (inklusive Kinderzulagen) von monatlich CHF 5'389.-- (act. C.9 und C.10). Ihr Grundbedarf beläuft sich auf CHF 3'237.--, bestehend aus ihrem Grundbetrag von CHF 1'350.--, dem Mietzins (ohne Garage) von CHF 1'400.-- (CHF 2'100.-- [act. B.12] abzüglich Anteil Kinder von CHF 700.-- [vgl. das Gesuch der Mutter vom 5. Dezember 2016, S. 2, sowie E. 7.2.]), den Krankenkassenkosten (KVG) von CHF 212.-- (act. B.13), den Kinderbetreuungskosten von CHF 160.-- (CHF 1'116.-- für 7 Monate [act. B.14]) sowie einem Hypothekarzinsanteil von CHF 115.-- (vgl. E. 5.1.1). Damit verbleibt der Mutter aus ihrem Einkommen ein Betrag von monatlich CHF 2'149.--, der (auch) für den Kindesunterhalt verwendet werden kann bzw. ausreicht, um den Grundbedarf der Kinder (vgl. dazu E. 7.2.) zu decken. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass es sich bei im Tourismusbereich vorhandenen Anstellungen oft um Saisonstellen handelt, die es dem Vater nicht erlauben, ein regelmässiges Einkommen zu erzielen und ihm während der Saison überdies die Ausübung eines regelmässigen Wochenendbesuchsrechts erschweren dürften. In einer Gesamtbetrachtung erweist sich die Möglichkeit einer erneuten Anstellung des Vaters somit zumindest als zweifelhaft, was zusammen mit dem Umstand, dass verschiedene Aspekte gegen die Zumutbarkeit einer Anstellung sprechen, zum Ergebnis führt, dass für den Genannten zum Zeitpunkt der Einleitung des Abänderungsverfahrens keine anderen zumutbaren Verdienstmöglichkeiten bestanden.

## **E. 7**

(Rechtsmittelbelehrungen)

### **E. 7.1**

Unter den genannten Umständen hat der Vater glaubhaft gemacht, dass er bei Einleitung des Abänderungsverfahrens, Ende April 2015, über Einkünfte von maximal CHF 2'500.-- pro Monat verfügte, und auch glaubhaft dargelegt, dass es ihm nicht möglich war, mit einer anderen zumutbaren Tätigkeit ein höheres Einkommen zu erzielen, dass sein Einkommen mit anderen Worten unwiederbringlich gesunken ist. Bei einem Grundbedarf von CHF 3'482.-- (vgl. E. 5.1.1.) bestand somit keine Leistungsfähigkeit des Vaters. Zum Zeitpunkt des Eheschutzentscheids, im Mai 2013, waren die Parteien und das Gericht demgegenüber von einer Leistungsfähigkeit des Vaters im Bereich von CHF 1'200.-- pro Monat ausgegangen (vgl. E. 4.2.). Somit ist – vergleicht man die massgeblichen Parameter im

Seite 36 — 40 Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuchs mit denjenigen im Zeitpunkt des Eheschutzentscheids – von einer erheblichen Verschlechterung der wirt-

schaftlichen Verhältnisse des Vaters auszugehen. Diese ist sodann als dauerhaft zu qualifizieren, bestand sie bei Einleitung des Abänderungsverfahrens doch schon längere Zeit und ist überdies ungewiss, wie lange sie anhält (Rolf Vetterli, a.a.O., N 3 zu Art. 179 ZGB; Jann Six, a.a.O., Rz. 4.05; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 5A\_857/2016 vom 8. November 2017 E. 5.2.). In diesem Sinn lag bei Einleitung des Abänderungsverfahrens ein Abänderungsgrund vor, weshalb die Unterhaltspflicht für die beiden Kinder A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ neu festzulegen ist.

### **E. 7.2**

Da dem Vater zumindest für die Dauer des Scheidungsverfahrens die Leistungsfähigkeit fehlt, ist der Kindesunterhalt in Übereinstimmung mit der Vorinstanz ab 1. Mai 2015 auf den von ihm anerkannten Betrag von CHF 100.-- pro Monat und Kind zu reduzieren. Wie in E. 2.2.2. ausgeführt, ist dem Unterhaltspflichtigen das betriebsrechtliche Existenzminimum stets zu belassen. Im Gegensatz zum Leistungsunwilligen kann der Leistungsunfähige somit nicht zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen angehalten werden (Peter Breitschmid, a.a.O., N 19 zu Art. 285 ZGB). Die Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge führt vorliegend nicht dazu, dass der Grundbedarf der Kinder nicht mehr gedeckt wäre. Ihr Bedarf beläuft sich insgesamt auf monatlich CHF 1'905.--, bestehend aus dem Grundbetrag von A.\_\_\_\_\_ von CHF 600.-- sowie demjenigen von B.\_\_\_\_\_ von CHF 400.--, dem Wohnkostenanteil von CHF 700.-- (CHF 2'100.-- [act. B.12] abzüglich dem Anteil der Mutter von CHF 1'400.-- [E. 6.3]) und den Krankenkassenkosten (KVG + VVG) von CHF 205.-- (act. B.13). Zur Deckung dieses Bedarfs stehen zunächst die Kinderzulagen von CHF 440.-- (vgl. das Gesuch der Mutter vom 5. Dezember 2016, S. 3) sowie der Unterhaltsbeitrag des Vaters von CHF 200.-- zur Verfügung. Den Restbetrag von CHF 1'265.-- kann die Mutter aus ihrem Einkommen leisten, wobei sie danach immer noch über einen Überschuss von rund CHF 900.-- pro Monat verfügt (Einkommen CHF 5'386.-- abzüglich eigener Grundbedarf CHF 3'237.-- abzüglich Kindesunterhalt CHF 1'265.--).

### **E. 7.3**

Auf eine Befristung der Herabsetzung ist, wie dies auch die Vorinstanz getan hat, zu verzichten, da im Scheidungsurteil über die Unterhaltspflicht des Vaters und damit allenfalls auch über die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ohnehin neu zu befinden sein wird. Der Massnahmeentscheid präjudiziert das Endurteil im Scheidungsverfahren ja nicht (BGE 141 III 376). Bis zum Entscheid im

Seite 37 — 40 Hauptverfahren steht auch fest, ob der Vater mit seiner eigenen Unternehmung Einkünfte erzielen kann, die ausreichen, um seinen Kindern angemessene Unterhaltsbeiträge zu leisten. Er selbst schätzte in seiner Stellungnahme vom 6. Juli 2015 jedenfalls, dass für den Geschäftsaufbau mit rund fünf Jahren Anlaufzeit gerechnet werden muss, während das Bundesgericht von einer Frist von zwei bis drei Jahren ausgeht, nach welcher nach dem Schritt in die Selbständigkeit erfahrungsgemäss ein volles Erwerbseinkommen erzielt werden kann (Urteil des Bundesgerichts 5A\_857/2016 vom 8. November 2017 E. 5.4.3). Sollte die selbständige Erwerbstätigkeit des Vaters auf absehbare Zeit kein genügendes Einkommen abwerfen, kann die Geschäftsaufgabe und der Wechsel zu einer unselbständigen Tätigkeit zumutbar werden. Im Hauptverfahren kann auch eine vertiefte Abklärung des tatsächlichen Einkommens des Vaters seit der Trennung erfolgen, wobei das Gericht, sollte das Beweisverfahren ein höheres Einkommen ergeben,

auch die Voraussetzungen für eine rückwirkende Zusprechung von Kindesunterhalt zu prüfen hat. Sollte sich schliesslich bereits während des Scheidungsverfahrens ergeben, dass der Vater ein Einkommen erzielt, das ihm die Leistung höherer Unterhaltsbeiträge als CHF 100.-- pro Kind und Monat ermöglicht, steht es der Mutter offen, in einem erneuten Abänderungsverfahren nach Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 ZGB eine Anpassung des Unterhaltsbeitrags zu erwirken.

#### **E. 7.4**

Im Ergebnis bleibt es bei dem seitens der Vorinstanz festgelegten reduzierten monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 100.--, den der Vater ab 1. Mai 2015 an jedes Kind zu leisten hat. Die Berufung der Mutter ist damit abzuweisen.

#### **E. 8**

(Mitteilung)“ B/2. Mit Schreiben vom 18. März 2013 teilten die Parteien mit, dass sie in der Frage des Kindesunterhalts eine gemeinsame Lösung gefunden hätten, weshalb

Seite 3 — 40 es keine gerichtlichen Regelungen mehr brauche. Auf entsprechende Nachfrage des Bezirksgerichtspräsidenten Maloja hin erklärte X.\_\_\_\_\_ in ihrem Schreiben vom 5. April 2013, dass der Unterhalt gegenüber den Kindern A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ CHF 1'200.-- pro Monat betrage. Y.\_\_\_\_\_ liess sich zu diesem Schreiben innert der ihm angesetzten Frist nicht vernehmen. Am 7. Mai 2013, mitgeteilt gleichentags, erliess der Einzelrichter in Zivilsachen am Bezirksgericht Maloja den folgenden Entscheid: „1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder A.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_ 2006, und B.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_ 2009, monatliche Beiträge von je CHF 600.- zu bezahlen, zahlbar ab 1. Januar 2013. 2. Die Kosten des Eheschutzverfahrens von CHF 600.- werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. 3. Die ausseramtlichen Kosten werden wettgeschlagen. 4. (Rechtsmittelbelehrungen) 5.

(Mitteilung)“ B/3. Am 27. Juli 2013 teilte X.\_\_\_\_\_ dem Bezirksgericht Maloja mit, dass sie mit den Kindern die eheliche Wohnung per 31. Oktober 2013 verlasse und eine neue Wohnung in O.5\_\_\_\_\_ beziehe. Die Wohnung in O.2\_\_\_\_\_ werde dann durch Y.\_\_\_\_\_ allein benützt. An den Eheschutzmassnahmen vom 1. Februar 2013 bzw. 7. Mai 2013 müsse aus ihrer Sicht nichts geändert werden. C. Mit Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Engadin/Südtäler vom 16. Juni 2014 wurde für A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ eine Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet. Zur Beiständin wurde H.\_\_\_\_\_ ernannt. D. X.\_\_\_\_\_ reichte am 30. Januar 2015 eine Ehescheidungsklage ein. E/1. Am 29. April 2015 stellte X.\_\_\_\_\_ beim Bezirksgerichtspräsidium Maloja ein Gesuch betreffend Abänderung der Eheschutzmassnahmen bzw. Erlass vorsorglicher Massnahmen. Sie stellte folgende Anträge: „I. Es seien in Abänderung der geltenden Eheschutzmassnahmen folgende vorsorglichen Massnahmen anzuordnen: 1. Der Beklagte ist berechtigt, die Betreuungsverantwortung für die Kinder auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen: Am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats (also maximal zwei Mal pro Monat) von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr ausser in den Schulferien (ein Wochenende gilt als in einem Monat gelegen, wenn Samstag und Sonntag in dem Monat sind)

Seite 4 — 40 II. (Anträge zur Änderung des Rechtsbegehrens betreffend Besuchsrecht im Hauptverfahren)“ E/2. Y.\_\_\_\_\_, nun vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Ladina Sturzenegger, beantragte in seiner Stellungnahme vom 28. Mai 2015, was folgt: „1. Sämtliche Anträge der Gesuchstellerin seien abzuweisen. 2. Ev. sei dem Gesuchsteller

folgendes Besuchsrecht einzuräumen: a) Der Gesuchsteller sei zu berechtigen, seine beiden Kinder A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ an jedem 1. und 3. Wochenende eines Monats von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 seine Kinder zu sich auf Besuch zu nehmen. Als erstes Wochenende gilt jenes Wochenende, an welchem Samstag und Sonntag im selben Monat liegen. b) Der Gesuchsteller sei zu berechtigen, seine Kinder alternierend an Weihnachten (24.12. von 9.00 Uhr bis am 25.12. 18.00 Uhr) und an Ostern (Gründonnerstag von 18.00 Uhr bis Ostermontag 18.00 Uhr) beziehungsweise über Silvester vom 31.12. 09.00 Uhr bis Neujahr um 18.00 Uhr und Pfingsten von Freitag vor Pfingsten um 18.00 Uhr bis Pfingstmontag um 18.00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen. c) Dem Gesuchsgegner steht das Recht zu, seine Kinder während sieben Wochen in den Schulferien (je zwei im Mai, vier im Sommer, eine im Oktober) mit sich in die Ferien zu nehmen (jeweils Samstag 09.00 Uhr bis Samstag 18.00 Uhr). Die Feriendaten müssen drei Monate im vor- aus mitgeteilt werden. d) Feiertage haben Priorität vor den Ferien und Besuchswochenenden. Nicht stattfindende Besuchstage sind nach Möglichkeit nachzuholen. 3. Es sei dem Gesuchsgegner das Recht einzuräumen, frei mit seinen Kindern telefonischen, elektronischen und brieflichen Kontakt zu halten. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, die Kinder mindestens einmal wöchentlich zu unüberwachten Telefonieren anzuhalten. 4. In Abänderung des Eheschutzverfahrens (Proz. Nr. \_\_\_\_\_) sei der Gesuchsgegner ab 01. Mai 2015 zu verpflichten, monatlich im Voraus an den Unterhalt seiner beiden Kinder A.\_\_\_\_\_ (geb. \_\_\_\_\_ 2006) und B.\_\_\_\_\_ (geb. \_\_\_\_\_ 2009) je CHF 100.00 zu bezahlen. 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin.“ E/3. Anlässlich der Einigungsverhandlung im Ehescheidungsverfahren vom 9. Juni 2015 gelang es den Parteien, eine Einigung über die vorsorgliche Regelung des persönlichen Verkehrs zu erzielen. Keine einvernehmliche Lösung konnte bezüglich der Unterhaltsbeiträge für die Kinder gefunden werden. Mit Entscheid vom 15. Juni 2015, mitgeteilt gleichentags, traf die Einzelrichterin in Zivilsachen am Bezirksgericht Maloja gestützt auf den erwähnten Vergleich die vorsorgliche Regelung des Besuchs- und Ferienrechts. Zugleich wurde Y.\_\_\_\_\_ aufgefordert, zwecks Beurteilung seines Antrags auf Abänderung der Unterhaltsbeiträge aktuel-

Seite 5 — 40 le Unterlagen über seine Bedarfs-, Einkommens- und Vermögenssituation einzureichen. Dieser Aufforderung kam der Genannte mit seiner Stellungnahme vom 6. Juli 2015 nach. X.\_\_\_\_\_ liess sich dazu innert der ihr angesetzten Frist nicht nehmen und stellte zur Unterhaltsregelung auch keine Anträge. E/4. Mit Entscheid vom 5. August 2015, mitgeteilt gleichentags, erkannte die Einzelrichterin wie folgt: „1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt der Kinder A.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_ 2006, und B.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_ 2009, monatliche Beiträge von je CHF 100.- zu leisten, zahlbar ab 1. Mai 2015 und bis auf weiteres. 2. Die Kosten bleiben bei der Prozedur. 3. (Rechtsmittelbelehrung) 4. (Mitteilung)“ F/1. Gegen diesen Entscheid erhob X.\_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 17. August 2015 beim Kantonsgericht von Graubünden Beschwerde (recte Berufung). Sie stellt folgende Rechtsbegehren: „1. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Kinderalimente auf CHF 800.- pro Kind ab 1. Mai 2015 festzusetzen. 2. Eventuell sei die Sache zur weiteren Abklärung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners.“ Am 25. August 2015 reichte X.\_\_\_\_\_ für das Verfahren vor Kantonsgericht ein Gesuch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines Rechtsbeistands ein. Diesem Gesuch wurde mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom 16. Oktober 2017 (ZK1 15 116), mitgeteilt am 18. Oktober 2017,

entsprochen. F/2. Y. \_\_\_\_\_ beantragt in seiner Berufungsantwort vom 31. August 2015, was folgt: „1. Soweit auf die Berufung eingetreten wird, sei diese abzuweisen. 2. Unter voller Kosten- und Entschädigungspflicht zulasten der Berufungsklägerin.“ F/3. Am 28. September 2015 reichte die Berufungsklägerin eine Stellungnahme zur Berufungsantwort (Replik) ein, in der sie unverändert an ihren bisherigen Anträgen festhielt. Der Berufungsbeklagte reichte dazu am 12. Oktober 2015 seiner-

Seite 6 — 40 seits Bemerkungen (Duplik) ein, wobei auch er an den bisherigen Rechtsbegehren festhielt. G. Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Martin legte sein Mandat für X. \_\_\_\_\_ am 6. Januar 2016 nieder. H/1. Mit Eingabe vom 5. Dezember 2016 stellte X. \_\_\_\_\_, neu vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Diana Honegger, ein Gesuch auf Erlass superprovisorischer Massnahmen. Ihre Anträge lauteten wie folgt: „1. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, an den Unterhalt der Kinder A. \_\_\_\_\_, geb. 19.08.2006, und B. \_\_\_\_\_, geb. 01.04.2009, ab 23.12.2016 bis und mit 23.03.2017 einen Barunterhaltsbeitrag von je Fr. 800.-- zu bezahlen. 2. Die Arbeitgeberin C. \_\_\_\_\_, O.3 \_\_\_\_\_, sei anzuweisen für die Dauer der Anstellung vom Lohn des Gesuchsgegners ab der Lohnzahlung für den Monat Dezember 2016 monatlich direkt Fr. 1'600.-- auf das noch zu bezeichnende Konto der Gesuchstellerin zu überweisen. Die Arbeitgeberin sei darauf hinzuweisen, dass ein Nichtbefolgen der Schuldneranweisung eine Doppelzahlung zur Folge haben kann. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Gesuchsgegners.“ H/2. Mit Verfügung vom 7. Dezember 2016 lehnte die Vorsitzende der I. Zivilkammer den Antrag auf Erlass superprovisorischer Massnahmen ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Voraussetzungen für eine superprovisorische Schuldneranweisung durch das Berufungsgericht bei den gegebenen Verhältnissen nicht erfüllt seien. Namentlich vermöge die bevorstehende Auszahlung des Dezemberlohnes keine besondere Dringlichkeit zu begründen, welche die erstmalige Anordnung einer Schuldneranweisung (mit welcher der behauptete Unterhaltsanspruch nicht bloss gesichert, sondern direkt vollstreckt würde) ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei rechtfertigen würde. Die Eingabe vom 5. Dezember 2016 werde aber als Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen weiter behandelt und Y. \_\_\_\_\_ Frist eingeräumt, eine Stellungnahme einzureichen. H/3. In seiner Stellungnahme vom 15. Dezember 2016 beantragte Y. \_\_\_\_\_ die kostenfällige Abweisung des Gesuchs, soweit darauf einzutreten sei. X. \_\_\_\_\_ äusserte sich am 22. Dezember 2016 zu dieser Stellungnahme. I. Mit Noveneingabe vom 8. Dezember 2016 reichte X. \_\_\_\_\_ dem Gericht den Arbeitsvertrag zwischen der C. \_\_\_\_\_ und Y. \_\_\_\_\_ vom 16. November 2016 ein. Letzterer nahm am 22. Dezember 2016 zur Eingabe Stellung.

Seite 7 — 40 J. Am 28. Dezember 2016 orientierte Y. \_\_\_\_\_ das Berufungsgericht darüber, dass ihm die Stelle bei der C. \_\_\_\_\_ per 2. Januar 2017 gekündigt worden sei. In der Folge teilte die Vorsitzende der I. Zivilkammer X. \_\_\_\_\_ am 4. Januar 2017 mit, dass sie ohne begründete Einwendungen bis zum 16. Januar 2017 davon ausgehe, dass das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Schuldneranweisung) mit der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenstandslos geworden sei und über die mit diesem Gesuch zusammenhängenden Prozesskosten im Rahmen des Endentscheids über die Berufung befunden werden könne. X. \_\_\_\_\_ erhob in der Folge keine entsprechenden Einwendungen. K. Mit Schreiben vom 24. April 2017 teilte Rechtsanwältin lic. iur. Ladina Sturzenegger mit, dass sie Y. \_\_\_\_\_ mit sofortiger Wirkung vor keiner Behörde mehr vertrete. Auf die Begründung der Anträge in den Rechtsschriften sowie auf die Erwägungen im

angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1.1. Gegen Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren, die vom Einzelrichter in Zivilsachen am Bezirksgericht (ab 1. Januar 2017 vom Einzelrichter in Zivilsachen am Regionalgericht) im summarischen Verfahren getroffen werden (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO und Art. 4 Abs. 1 lit. a des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]), kann – unter der Voraussetzung, dass eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegt oder der Streitwert im Falle einer vermögensrechtlichen Streitigkeit den Betrag von CHF 10'000.00 übersteigt (vgl. dazu E.1.3) – Berufung im Sinne von Art. 308 ff. ZPO an das Kantonsgericht von Graubünden erhoben werden (Art. 308 Abs. 1 lit. b u. Abs. 2 ZPO, Art. 7 Abs. 1 EGzZPO). Aus diesem Grund wurde die Eingabe vom 17. August 2015, welche X. \_\_\_\_\_ – der dahingehenden (falschen) Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid folgend – als Beschwerde bezeichnet hatte, vom Kantonsgericht als Berufung entgegengenommen, was in der Folge unbestritten geblieben ist. Innerhalb des Kantonsgerichts liegt die Zuständigkeit für zivilrechtliche Berufungen auf dem Rechtsgebiet des Zivilgesetzbuches bei der I. Zivilkammer (Art. 6 lit. a der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts [KGV; BR 173.100]).

Seite 8 — 40 1.2. Die Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid ist innert zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen, wobei der angefochtene Entscheid beizulegen ist (Art. 311 ZPO i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der vorliegend angefochtene Entscheid der Einzelrichterin in Zivilsachen am Bezirksgericht Maloja vom 5. August 2015 wurde den Parteien am gleichen Tag mitgeteilt und ging der Berufungsklägerin am 6. August 2015 zu. Die von ihr dagegen am 17. August 2015 erhobene Berufung erfolgte unter Berücksichtigung von Art. 142 Abs. 3 ZPO fristgerecht und entspricht überdies den an sie gestellten Formerfordernissen. 1.3. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet die Unterhaltspflicht des Berufungsbeklagten gegenüber seinen beiden Kindern, so dass eine rein vermögensrechtliche Angelegenheit vorliegt (vgl. BGE 116 II 493). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist eine Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Für die Berechnung des Streitwerts ist der Wert der im Streit liegenden vorsorglichen Massnahme als solcher zugrunde zu legen (Karl Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N 8 zu Art. 308 ZPO; vgl. auch Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 41 zu Art. 308 ZPO). Massgebend ist dabei nicht der Streitwert, welcher sich anhand der Berufungsanträge der Parteien und dem vorinstanzlichen Entscheid errechnet. Abzustellen ist vielmehr auf den Betrag, welcher nach den Begehren der Parteien bei Erlass des erstinstanzlichen Urteils noch streitig war (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 11 18 vom 12. August 2011 E. 1; Karl Spühler, a.a.O., N 9 zu Art. 308 ZPO; Peter Reetz/Stefanie Theiler, a.a.O., N 39 f. zu Art. 308 ZPO). Bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer einer Leistung ist zur Ermittlung des Streitwerts auf den zwanzigfachen Betrag der einjährigen Leistung abzustellen (Art. 92 Abs. 2 ZPO). Diese Regel findet auch bei vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens Anwendung, wenngleich ein Scheidungsverfahren praktisch so gut wie nie derart lange dauern dürfte (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 13 104 vom 2. September 2014 E. 1b m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 5A\_790/2008

vom 16. Januar 2009 E. 1.1, wo die praktisch identische Regelung von Art. 51 Abs. 4 BGG bei vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens für anwendbar erklärt wurde; vgl. auch Marcel Leuenberger, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band II: Anhänge, 3. Auflage, Bern 2017, N 22 Anh. ZPO Art. 276).

Seite 9 — 40 Nachdem die Berufungsklägerin (im Folgenden als Mutter bezeichnet) mit ihrem Massnahmegesuch vom 29. April 2015 (lediglich) eine Präzisierung der im Eheschutzverfahren getroffenen Besuchsrechtsregelung angestrebt hatte, beantragte der Berufungsbeklagte (im Folgenden als Vater bezeichnet) in seiner Stellungnahme vom 28. Mai 2015 auch, dass er in Abänderung der vom Eheschutzrichter getroffenen Regelung ab 1. Mai 2015 zu Unterhaltsbeiträgen von monatlich nur noch CHF 100.-- statt CHF 600.-- pro Kind zu verpflichten sei. Die Mutter stellte in der Folge keine Anträge zur Unterhaltspflicht des Vaters. Es steht aber fest, dass es anlässlich der Einigungsverhandlung im Ehescheidungsverfahren vom 9. Juni 2015, anlässlich welcher die Parteien offenbar auch zum Massnahmegesuch der Mutter angehört wurden, lediglich hinsichtlich des Besuchsrechts des Vaters zu einer Einigung kam, nicht aber bezüglich der Unterhaltsbeiträge. In Anbetracht dessen ist davon auszugehen, dass die Mutter mit der vom Vater angestrebten Reduktion der Unterhaltsbeiträge nicht einverstanden war und an den im Eheschutzentscheid vom 7. Mai 2013 festgelegten Beiträgen festhalten wollte. Zu dem nach Art. 308 Abs. 2 ZPO massgeblichen Zeitpunkt lag somit eine monatlich wiederkehrende Summe in Höhe von CHF 1'000.-- im Streit, und zwar für die Dauer vom 1. Mai 2015 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Ehescheidungsverfahrens. Mit Blick auf die unbestimmte Dauer des Hauptverfahrens und entsprechender Anrechnung des zwanzigfachen Betrags der einjährigen Leistung im Sinne von Art. 92 Abs. 2 ZPO ist somit ohne Weiteres von einem Streitwert von über CHF 10'000.-- auszugehen, weshalb auf die wie erwähnt frist- und formgerecht eingereichte Berufung vom 17. August 2015 grundsätzlich einzutreten ist. 1.4.1. Nach Art. 311 Abs. 1 ZPO ist eine Berufung zu begründen, auch wenn die Sache wie vorliegend (vgl. E. 2.1.) dem Offizial- und Untersuchungsgrundsatz unterliegt. Aus der Begründung muss hervorgehen, welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheids angefochten werden, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll und wie stattdessen zu entscheiden ist. Der blosser Verweis auf Rügen vor erster Instanz oder allgemeine Kritik am erstinstanzlichen Entscheid genügen nicht. Die kritisierten Ausführungen und die Beilagen müssen genau bezeichnet werden. Fehlt eine Begründung oder sind die Anträge auch im Lichte der Begründung ungenügend, ist auf die Berufung nicht einzutreten (BGE 138 III 374 E. 4.3 = Pra 2013 Nr. 4; Urteil des Bundesgerichts 5A\_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2; Peter Reetz/Stefanie Theiler, a.a.O., N 36 ff. zu Art. 311 ZPO). 1.4.2. Der Vater macht in seiner Berufungsantwort geltend, dass auf die Berufung der Mutter nicht einzutreten sei. Jene habe mit ihrer ohne jeglichen Beweis erhob-

Seite 10 — 40 benen Behauptung, dass der Vater in der Lage sei, ein Nettoeinkommen von CHF 4'500.-- pro Monat zu erzielen, und mit ihrer appellatorischen Rüge, dass die Vorinstanz zu Unrecht kein hypothetisches Einkommen aufgerechnet und keine Unterhaltsbeiträge in praxisüblicher Höhe zugesprochen habe, ihre Begründungspflicht nach Art. 311 ZPO nicht erfüllt. Dieser Einwand erweist sich als unbegründet, geht aus der Berufung doch hervor, was am angefochtenen Entscheid kritisiert wird. So rügt die Mutter, dass die Vorinstanz dem Vater kein hypothetisches Einkommen angerechnet,

sondern lediglich auf die tatsächlichen Einkünfte des- selben abgestellt hat, und dass Letztere zudem höher sind als von der ersten In- stanz angenommen. Insofern erweist sich ihre Begründung als ausreichend. Zu beachten ist allerdings, dass die Mutter im Berufungsverfahren beantragt, die Kinderalimente ab 1. Mai 2015 auf CHF 800.-- pro Kind festzulegen. Sie stellt da- mit ein neues Rechtsbegehren, war im vorinstanzlichen Verfahren doch lediglich darüber zu entscheiden, ob die im Eheschutzentscheid vom 7. Mai 2013 festge- setzten Unterhaltsbeiträge von CHF 600.-- auf CHF 100.-- pro Kind und Monat zu reduzieren sind. Auf dieses Begehren kann nun mangels Begründung nicht einge- treten werden. Die Mutter führt nämlich mit keinem Wort aus, weshalb die erste Instanz die im Eheschutzverfahren festgelegten Unterhaltsbeiträge nicht nur bei- behalten, sondern gar noch erhöhen hätte müssen. Ob sich die Klageänderung im Berufungsverfahren unter dem Aspekt von Art. 317 Abs. 2 ZPO als zulässig er- weist, kann unter diesen Umständen offen gelassen werden.

1.5.1. Das Novenrecht richtet sich im Berufungsverfahren nach Art. 317 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Bestimmung werden neue Tatsachen und Beweismittel im Be- rufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht wer- den (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor ers- ter Instanz vorgebracht werden konnten (317 Abs. 1 lit. b ZPO). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten Noven zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsa- chen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erst- instanzlichen Verfahrens – genauer nach dem Zeitpunkt, in welchem Tatsachen und Beweismittel vor erster Instanz letztmals vorgebracht werden konnten, bei Geltung der Untersuchungsmaxime also nach dem Beginn der Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO) – entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vor- gebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung – respektive bei Beginn der Urteils- beratung – vorhanden waren. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weiter- gehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beach-

Seite 11 — 40 tung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorge- bracht werden können (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 5A\_621/2012 vom 20. März 2013 E. 5.1; Martin H. Sterchi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommen- tar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, N 4 ff. zu Art. 317 ZPO). Die Voraussetzungen der Berücksichti- gung jedes neuen Vorbringens und jedes neuen Beweismittels hat diejenige Partei zu beweisen, welche sich auf das betreffende Novum beruft. Mit anderen Worten hat die novenwillige Partei zu substantiieren und zu beweisen, dass ihr Vorbringen unverzüglich erfolgt ist und dass ein Einbringen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor der Vorinstanz möglich war (Karl Spühler, a.a.O., N 10 zu Art. 317 ZPO; Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, Rz. 1311 u. 1335; Thomas Alexander Steininger, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizeri- sche Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Art. 197■408 ZPO, 2. Auflage, Zürich 2016, N 5 u. N 7 zu Art. 317 ZPO).

1.5.2. Art. 317 Abs. 1 ZPO gilt auch in Verfahren wie dem vorliegenden, in denen der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehende Kinderbelange strei- tig sind und der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist (vgl. E. 2.1.). Zwar sprechen sich weite Teile der kantonalen Rechtsprechung (vgl. bspw. die Urteile der II. Zivilkammer des Obergerichts Zürich LC130019 vom 8. Mai 2013 E.

## **E. 8.1**

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 nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). 8.2.1. Infolge Abweisung ihrer Berufung unterliegt vorliegend die Berufungsklägerin X.\_\_\_\_\_, so dass sie die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen hat. Dies gilt auch für das gegenstandslos gewordene Massnahmeverfahren betreffend Schuldneranweisung. Zwar wurde die Gegenstandslosigkeit dieses Verfahrens nicht von der Mutter verursacht, sondern sie ergab sich aus der Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Vaters. Voraussichtlich wäre das entsprechende Gesuch aber abzuweisen gewesen, namentlich gestützt auf den Umstand, dass zum da-

Seite 38 — 40 maligen Zeitpunkt kein rechtskräftiger Unterhaltsentscheid für den anzuweisenden Betrag von CHF 1'600.-- vorlag und die Voraussetzungen für eine vorgezogene Vollstreckung des im Berufungsverfahren beantragten Unterhalts nicht erfüllt gewesen sein dürften. Nach Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren [VGZ, BR 320.210] werden die Verfahrenskosten auf insgesamt CHF 3'000.-- festgesetzt. 8.2.2. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten Y.\_\_\_\_\_ für das vorliegende Verfahren aussergerichtlich zu entschädigen. Die (ehemalige) Rechtsvertreterin des Berufungsbeklagten verzichtete auf das Einreichen einer Honorarnote, weshalb deren Entschädigung nach Ermessen festzusetzen ist (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [Honorarverordnung, HV; BR 310.250]). In Berücksichtigung der Schwierigkeit der Sache und des mutmasslich notwendigen Aufwands wie auch mit Blick auf die gegnerischen Honorarnoten erscheint eine Entschädigung im Umfang von CHF 5'000.-- inklusive Spesen und Mehrwertsteuer als angemessen.

### **E. 8.3**

X.\_\_\_\_\_ wurde mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom 16. Oktober 2017 (ZK1 15 116) für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege mit Wirkung ab 11. August 2015 gewährt. Für den Zeitraum bis 6. Januar 2016 wurde Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Martin zu ihrem Rechtsvertreter und für den Zeitraum ab 5. Dezember 2016 Rechtsanwältin lic. iur. Diana Honegger zu ihrer Rechtsvertreterin ernannt. Damit gehen die der Berufungsklägerin auferlegten Gerichtskosten von CHF 3'000.-- und die Kosten ihrer Rechtsvertretung nach Massgabe von Art. 122 ZPO zu Lasten des Kantons Graubünden. Rechtsanwalt Martin reichte am 21. März 2016 eine Honorarnote ein (act. D.13), in der er für zwei Rechtsschriften sowie für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege einen als angemessen zu qualifizierenden Aufwand von 16.08 Stunden geltend macht. Gemäss der Zusammenstellung von Rechtsanwalt Martin entfallen davon indes 9.33 Stunden auf Leistungen seiner Mitarbeiterin G.\_\_\_\_\_ und 3 Stunden auf Leistungen seiner Mitarbeiterin I.\_\_\_\_\_. Da es sich bei den Genannten offenbar nicht um Rechtsanwältinnen handelt, rechtfertigt es sich, deren Leistungen mit dem Stundenansatz für Rechtspraktikanten von CHF 150.-- abzugelten (vgl. Art. 5 f. HV), was ein Honorar von gerundet CHF 1'850.-- ergibt (12.33 h à CHF 150.--). Das Honorar von Rechtsanwalt Martin beträgt CHF 750.-- (3.75 h à CHF 200.--, vgl. Art. 5 HV). Insgesamt beläuft sich das Honorar nach Zeitaufwand somit auf CHF 2'600.--. Hinzu tritt die geltend gemachte

Auslagenpauschale von

Seite 39 — 40 CHF 91.35. Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer von CHF 215.30 (8% von CHF 2'691.35) resultiert für Rechtsanwalt Martin eine Entschädigung von insgesamt CHF 2'906.65. Die Entschädigung wird aus der Gerichtskasse bezahlt. Vorbehalten bleibt die Rückforderung 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. Rechtsanwältin Honegger macht in ihrer Honorarnote vom 23. Oktober 2017 (act. D.27) für ihre Bemühungen einen ebenfalls als angemessen zu qualifizierenden Aufwand von 5 Stunden geltend. Das Honorar nach Zeitaufwand beläuft sich dementsprechend auf CHF 1'000.-- (5 h à CHF 200.--). Barauslagen werden keine geltend gemacht. Zu addieren ist aber die Mehrwertsteuer von CHF 80.-- (8% von CHF 1'000.--), so dass für Rechtsanwältin Honegger eine Entschädigung von insgesamt CHF 1'080.-- resultiert. Die Entschädigung wird aus der Gerichtskasse bezahlt. Vorbehalten bleibt die Rückforderung 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.

Seite 40 — 40 III.

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