

# **SG\_GERICHTE FS.2021.14 vom 14. Dezember 2023**

SG Gerichte, 2023-12-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_gerichte\\_FS.2021.14](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_gerichte_FS.2021.14)

FR: SG\_GERICHTE FS.2021.14 du 14 décembre 2023

IT: SG\_GERICHTE FS.2021.14 del 14 dicembre 2023

## **Regeste**

Art. 303 Abs. 1 ZPO: Bei einer Unterhaltsklage ist ein vorsorgliches Massnahmeverfahren nach Art. 303 Abs. 1 ZPO vor Rechtshängigkeit der (Abänderungs-)Klage in der Hauptsache nicht zulässig.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A. (Mutter) und B. (Vater) sind die nicht verheirateten Eltern von E. (geb. 2011). Sie haben die gemeinsame elterliche Sorge inne. Nachdem sie sich getrennt hatten, wurde E. unter die Obhut bzw. Hauptbetreuung der Mutter gestellt. B. hat aus einer früheren Beziehung ein weiteres Kind, den Sohn F. (geb. 2003). Er lebt mit einer neuen Lebenspartnerin und deren Sohn zusammen. A. wurde am DD.MM.2018 Mutter der Tochter G., von deren Vater sie getrennt lebt und die ebenfalls in ihrer Obhut steht.

In einer Vereinbarung vom DD.MM.2011, die von der damaligen Vormundschaftsbehörde V. am DD.MM.2011 genehmigt wurde, hatten die Eltern für den Fall der Auflösung der Hausgemeinschaft folgende Unterhaltsregelung für E. getroffen:

2.2 B. verpflichtet sich, für das Kind E. einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 500.00 ab Auflösung der Hausgemeinschaft bis zur Mündigkeit bzw. Abschluss einer angemessenen Ausbildung zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind monatlich im Voraus, bis zur Mündigkeit des Kindes an die Mutter, danach an das mündige Kind bzw. einen ermächtigten Vertreter zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge basieren auf einem jährlichen Bruttoeinkommen des Unterhaltspflichtigen von ca. Fr. 53'240.00.

### **E. 2**

Der Gesuchstellerin sei zu gestatten, die beantragten Unterhaltsbeiträge nach Vorliegen des Beweisergebnisses anzupassen.

### **E. 3**

Der Gesuchstellerin sei eine Frist zur Anhebung der Unterhaltsklage zu setzen.

### **E. 4**

Der Gesuchstellerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Unterzeichnete als Rechtsvertreter beizuordnen.

### **E. 5**

Die Gerichtskosten von Fr. 2'250.00 werden der Klägerin auferlegt. Zuzugleich unentgeltlicher Rechtspflege ist sie von der Bezahlung vorläufig befreit.

### **E. 6**

Der Staat entschädigt den Rechtsvertreter der Klägerin mit insgesamt Fr. 5'576.25.

#### **E. 7**

Die Klägerin hat den Beklagten mit Fr. 3'226.65 für die Parteikosten zu entschädigen.

#### **E. 8**

Erweist sich die Parteientschädigung als nicht oder als voraussichtlich nicht einbringlich, so kann der Rechtsvertreter des Beklagten vom Staat eine Entschädigung von Fr. 3'226.65 beanspruchen.

3. a) Am 2. Juli 2021 erhob A. gegen den Entscheid vom 1. Juni 2021 zwei Berufungen, die eine gegen die vorinstanzliche Abweisung ihres Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen (Ziff. 1 des vi-Entscheids), die andere gegen die Abweisung ihrer Klage um Abänderung der Unterhaltsbeiträge (Ziff. 2 des vi-Entscheids). Gegenstand des vorliegenden Be-  
FS.2021.14-EZE2

4/9 rufungsverfahrens ist die Berufung im Massnahmeverfahren. Über die Berufung im Ver-  
fahren betreffend Abänderung des Kindesunterhalts wird mit Entscheid im Verfahren  
FO.2022.32-K2, der mit gleichem Datum ergeht, befunden.

b) In ihrer Berufung im Massnahmeverfahren stellte A. folgende Anträge:

1. Dispositivziffern 1, 3, 5, 7, 8 des Entscheids SF.2019.227 vom 1. Juni 2021 seien aufzuheben.

2. Der Kindsvater sei vorsorglich zu verpflichten, der Kindsmutter an den Unterhalt der gemeinsamen Tochter E., geb. DD.MM.2011, monatlich pränumerando zu bezahlen (zzgl. allfällige FamZ):

rückwirkend ab Oktober 2018:

mind. CHF 860.00, davon mind. CHF 270.00 Betreuungsunterhalt

ab Juni 2019:

mind. CHF 950.00, davon mind. CHF 270.00 Betreuungsunterhalt

ab Januar 2020:

mind. CHF 1'140.00, davon mind. CHF 520.00 Betreuungsunterhalt

ab August 2020:

mind. CHF 1'270.00, davon mind. CHF 520.00 Betreuungsunterhalt

ab März 2021:

mind. CHF 1'430.00, davon mind. CHF 520.00 Betreuungsunterhalt

ab März 2023:

mind. CHF 1'240.00, davon mind. CHF 180.00 Betreuungsunterhalt

ab August 2024:

mind. CHF 1'410.00, davon mind. CHF 180.00 Betreuungsunterhalt

3. Der Kindsmutter sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Unterzeichnete als Rechtsvertreter beizuordnen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten des Kindsvaters.

B. beantragte mit Stellungnahme vom DD.MM.2021 die vollumfängliche Abweisung der Berufung in allen Punkten, soweit darauf einzutreten sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsklägerin, wobei dem berufungsbeklagten Kindsvater eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung durch den Unterzeichneten zu gewähren sei. Dazu äusserte sich A. am DD.MM.2021 ein weiteres Mal.

II. 1. Die vorinstanzliche Einzelrichterin befand in ihrem Entscheid vom 1. Juni 2021 sowohl über das Gesuch von A. betreffend den Erlass von vorsorglichen Massnahmen als auch über ihre Klage betreffend Abänderung der Unterhaltsbeiträge. Beide wurden abgewiesen. Die Zuständigkeit für Letztere ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 lit. b EG ZPO (vereinfachtes Verfahren, Art. 295 i.V.m. Art. 243 ff. ZPO), diejenige für Ersteres aus Art. 17 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 EG ZPO und Art. 6 Abs. 1 lit. b EG ZPO (summarisches Verfahren; Art. 303 Abs. 1 i.V.m. Art. 248 lit. d ZPO; vgl. SCHWEIGHAUSER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 303 N 11). Gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid beträgt die Berufungsfrist zehn Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Da A. diese Frist eingehalten hat (...), muss nicht weiter darauf eingegangen werden, dass die vorinstanzliche Einzelrichterin in der Rechtsmittelbelehrung einzig die 30-tägige Frist nannte. Die Berufung ist damit rechtzeitig erfolgt. Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt.

Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist die vorsorgliche Massnahme, die wie gesagt im summarischen Verfahren zu beurteilen ist. Dafür ist beim Kantonsgericht die Einzelrichterin im Familienrecht zuständig (Art. 15 Abs. 1 lit. a EG ZPO).

2. [...]

3. a)

Das vorliegend zu beurteilende Massnahmegesuch stützt sich auf Art. 303 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Bestimmung kann der Beklagte im Rahmen einer Unterhalts(abänderungs)klage bei (wie vorliegend) feststehendem Kindesverhältnis verpflichtet werden, angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu hinterlegen oder vorläufig zu zahlen. Dabei stellt sich die Frage, ob ein vorsorgliches Massnahmeverfahren nach Art. 303 Abs. 1 ZPO vor Rechtshängigkeit der (Abänderungs-)Klage in der Hauptsache eingereicht werden kann, wie dies die Berufungsklägerin getan hat. Diese Frage wurde zwar im Laufe des Verfahrens weder von der Vorinstanz noch von den Parteien thematisiert, sie ist indessen – da die Prozessvoraussetzungen beschlagend – (auch) vom Berufungsgericht von Amtes wegen zu prüfen.

b) Die in Rechtsprechung und Literatur dazu vertretenen Ansichten sind uneinheitlich. Im Wortlaut von Art. 303 Abs. 1 ZPO wird die Rechtshängigkeit der Hauptklage für die Zulässigkeit eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen zwar nicht verlangt, und auch das historische Auslegungselement bringt kein eindeutiges Ergebnis. Diejenigen Autoren, welche die Rechtshängigkeit als Voraussetzung betrachten, verweisen indessen insbesondere auf das systematische Element und dabei zum einen auf den engen sachlichen Zusammenhang der beiden Absätze von Art. 303 ZPO, wobei im 2. Absatz die Rechtshängigkeit der Hauptklage klar erforderlich sei. Zum anderen habe der Gesetzgeber mit Art. 303 ZPO eine Sonderregel zu den allgemeinen Bestimmungen betreffend vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) aufgestellt, die als *lex specialis* zu betrachten sei. Dies mit

der Folge, dass auf die allgemeinen Bestimmungen nur zurückzugreifen sei, wenn Art. 303 f. ZPO nicht explizit oder implizit eine eigene Regelung enthielten. Als für eine (implizite) Spezialregelung sprechend wird erachtet, dass der frühere aArt. 281 Abs. 1 ZGB, der durch Art. 303 Abs. 1 ZPO ersetzt wurde, die Rechtshängigkeit der

FS.2021.14-EZE2

6/9 Hauptklage ausdrücklich vorausgesetzt habe und sich aus den Gesetzesmaterialien kein Hinweis auf eine Änderungsabsicht ergebe. Weiter scheine das Erfordernis der Rechtshängigkeit der Hauptklage vor Erlass vorsorglicher Massnahmen einem seit langem bestehenden und gefestigten Grundsatz im familienrechtlichen sowie Kindes- und erwachsenenschutzrechtlichen Kontext zu entsprechen, wobei in Bezug auf letzteren die Erforderlichkeit dieser Voraussetzung auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz nicht umstritten sei. Mit Blick auf den im vereinfachten Verfahren (grundsätzlich) erforderlichen Schlichtungsversuch wird darauf hingewiesen, dass dieser – da dem Gesuchsteller eine Klagefrist zu setzen wäre – bei Zulässigkeit eines vorgängigen Massnahmesuchts entfielen, was nicht im Sinn des vereinfachten Verfahrens läge. Schliesslich sei diese Betrachtungsweise auch unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls angebracht. Es liege damit weder hinsichtlich der Aufwändigkeit des Verfahrens noch des einfachen Zugangs zum Gericht eine Benachteiligung von Kindern unverheirateter Eltern vor (vgl. zum Ganzen ausführlich CAVELTI/SCHENKER, Urteilsbesprechung BGer 5A\_2025/2020, in: *AJP* 2022, S. 505 ff., 507 ff., sowie Bem. F. BASTONS BULLETTI in *ZPO Online* [Newsletter vom 26.10.2016]; das Rechtshängigkeitserfordernis befürwortend zudem z.B. ZOGG, "Vorsorgliche" Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: *FamPra.ch* 2018, S. 47 ff., 94 f.). Demgegenüber begründen diejenigen Autoren, welche die Rechtshängigkeit der Hauptklage nicht als Voraussetzung für ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sehen, ihre Ansicht meist nicht bzw. nicht vertieft mit einem knappen Hinweis auf den Wortlaut von Art. 303 Abs. 1 ZPO oder die allgemeinen Regeln der vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 261 ff. ZPO (vgl. BK ZPO-SPYCHER, Art. 303 N 4; BSK ZPO-MORET/STECK, 3. Aufl., Art. 303 N 7; SCHWEIGHAUSER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, *ZPO Komm.*, 3. Aufl., Art. 303 N 6; LUDIN, *Entscheidbesprechung zu 5A\_1025/2020*, *swissblawg* vom 18. Oktober 2021). Bei den kantonalen Rechtsmittelgerichten bestehen ebenfalls verschiedene Auffassungen (das Erfordernis einer rechtshängigen Hauptklage für das Eintreten auf ein Massnahmesuch nach Art. 303 Abs. 1 ZPO befürwortend z.B. OGer AG ZSU.2020.168 vom 22. Oktober 2020; TC FR 101 2012-71 vom 23. April 2012 E. 2; KGer GR vom 01. Oktober 2020, ZK 18 105, E. 4.1.1; ablehnend z.B. TC/VD vom 17. Mai 2016 (2016/286) E. 3, *JdT* 2016 III 116).

c) Das Bundesgericht hielt es in BGer 5A\_1025/2020, E. 3.3, im Rahmen der von ihm vorgenommenen Willkürprüfung nicht für "geradezu unhaltbar, wenn die dortige Vorinstanz auf die in der Lehre teilweise vertretene Auffassung abgestellt habe, vorsorgliche Massnahmen nach Art. 303 ZPO könnten erst ab Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens verlangt werden" (vgl. auch BGer 5A\_147/2020 E. 5.4.3). Eine vertiefte bzw. abschliessende Prüfung der Frage wurde indessen nicht vorgenommen.

FS.2021.14-EZE2

7/9 d) Die hiervor wiedergegebenen Überlegungen der das Rechtshängigkeitserfordernis befürwortenden Autoren (lit. b hiervor) erscheinen bei einer Gesamtbetrachtung überzeu-

gend. Nachdem Wortlaut und Entstehungsgeschichte von Art. 303 Abs. 1 ZPO kein klares Ergebnis bringen, stehen die systematische Einordnung der Bestimmung und deren Zweck bzw. die Frage, wie dieser verwirklicht werden kann, im Vordergrund. Die Abwägung der verschiedenen Auslegungselemente führt damit zum Schluss, dass ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nur zulässig ist, wenn die entsprechende Hauptklage bereits rechtshängig ist oder zumindest gleichzeitig rechtshängig gemacht wird. Dies steht im Einklang mit dem Interesse des Kindes daran, dass im Rahmen einer Unterhaltsklage der ihm zustehende Unterhalt rasch und in einem möglichst unkomplizierten Verfahren, in welchem auch die Möglichkeit einer Einigung gefördert wird, festgestellt werden kann (vgl. CAVELTI/SCHENKER, Urteilsbesprechung BGer 5A\_2025/2020, in: AJP 2022, S. 505 ff., 512 f.). Nachdem auch das Bundesgericht diese Auffassung tendenziell zu teilen scheint, ist auch vorliegend davon auszugehen, dass das am 27. September 2019 und damit vor der Einreichung der Hauptklage am 9. Dezember 2020 anhängig gemachte Gesuch der Berufungsklägerin um vorsorgliche Massnahmen nicht zulässig war. Dies hat zur Folge, dass die Vorinstanz darauf nicht hätte eintreten dürfen.

e) Über die vorliegende Berufung ist damit wie folgt zu entscheiden: Die Berufung gegen Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheids ist abzuweisen. Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheids ist zudem aufzuheben und auf das Gesuch der Berufungsklägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 27. September 2019 ist nicht einzutreten. Anzuführen bleibt, dass dies bereits im vorinstanzlichen Verfahren der Fall gewesen wäre. Anstatt das Massnahmegesuch abzuweisen, hätte auch die Vorinstanz darauf nicht einzutreten gehabt. Von einer Rückweisung der Sache ist indessen schon aus prozessökonomischen Gründen abzusehen, zumal nicht ersichtlich ist, dass die Berufungsklägerin daraus einen praktischen Nutzen ziehen könnte (vgl. BGer 4A\_383/2013 E. 5; offen bleiben kann damit, ob eine Rückweisung überhaupt zulässig wäre, würde es sich doch vorliegend nicht um einen der in Art. 318 Abs. 1 lit. c genannten Rückweisungsgründe handeln).

Die Berufungsklägerin beantragte im vorliegenden Berufungsverfahren auch die Aufhebung der Ziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids, in der das Manko von E. ab 1. März 2021 festgehalten wurde. War auf das Gesuch nicht einzutreten und daher auch nicht über die vorsorglich geltend gemachten Unterhaltsansprüche zu entscheiden, konnte im Massnahmeverfahren auch kein allfälliges Manko festhalten werden, das nun angefochten werden könnte. Auch diesbezüglich ist die Berufung abzuweisen. Da Ziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids jedoch auch den Regelungsbereich der Hauptklage beschlägt,

FS.2021.14-EZE2

8/9 bleibt sie trotz des vorliegenden Nichteintretensentscheids auf das Massnahmegesuch im vorinstanzlichen Dispositiv bestehen.

III. 1. Die Ziffern 5, 7 und 8, deren Aufhebung die Berufungsklägerin ebenfalls im vorliegenden Berufungsverfahren beantragt, betreffen die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung. Die Berufung enthält jedoch keine Begründung zu diesem Aufhebungsauftrag, ebenso wenig, welche Regelung die Berufungsklägerin stattdessen verlangt. Auf dieses Begehren kann folglich mangels Begründung nicht eingetreten werden. Die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung bleibt unverändert (vgl. auch Entscheid im Verfahren FO.2022.32-K2).

2. Über die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird mit der Kostenverlegung im Entscheid betreffend Abänderung des Kindesunterhalts (FO.2022.32-K2) entschieden.

Zwar handelt es sich vorliegend nicht um ein Massnahmeverfahren im Rahmen des Berufungsverfahrens in der Hauptsache, in dem die Kosten in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO regelmässig bei der Hauptsache belassen werden. Auch hier lässt sich der Aufwand, insbesondere derjenige der Parteivertreter, jedoch nicht klar trennen. Es ging um praktisch deckungsgleich begründete Unterhaltsansprüche. [...] Deshalb erscheint es sachgerecht, die Kostenverlegung insgesamt im Entscheid FO.2022.32-K2 vorzunehmen.

Die beantragte unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich unentgeltlicher Rechtsbeistandung ist den Parteien wie schon vor Vorinstanz zu bewilligen (vgl. Entscheid FO.2022.32-K2).

FS.2021.14-EZE2

9/9 Entscheid

1. Auf die Berufung von A. gegen die Ziffern 5, 7, und 8 des Entscheids der Einzelrichterin des Kreisgerichts X. vom 1. Juni 2021 (VV.2020.149-[...]) wird nicht eingetreten.
2. Die Berufung von A. gegen die Ziffern 1 und 3 des Entscheids der Einzelrichterin des Kreisgerichts X. vom 1. Juni 2021 (VV.2020.149-[...]) betreffend ihr Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 27. September 2019 wird abgewiesen.
3. Ziffer 1 des Entscheids der Einzelrichterin des Kreisgerichts X. vom 1. Juni 2021 (VV.2020.149-[...]) wird aufgehoben. Auf das Gesuch von A. betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 27. September 2019 wird nicht eingetreten.
4. Die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens werden im Entscheid im Berufungsverfahren FO.2022.32-K2 betreffend Abänderung von Kindesunterhalt verlegt.
5. Die beantragte unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich unentgeltlicher Rechtsbeistandung wird sowohl A. als auch B. bewilligt.

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