

GR_GERICHTE ZK1 2010 16 vom 3. Mai 2010

GR Gerichte, 2010-05-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2010_16

FR: GR_GERICHTE ZK1 2010 16 du 3 mai 2010

IT: GR_GERICHTE ZK1 2010 16 del 3 maggio 2010

Regeste

Aufsichtsbeschwerde (Rechtsverweigerung) | Berufung ZGB übriges Familienrecht

Erwägungen

E. 26

Januar 2010 fand die Hauptverhandlung vor Bezirksgerichtsausschuss A. statt. X. liess folgende Anträge stellen: „1. Es sei die Rechtsverweigerung der Vormundschaftsbehörde hinsichtlich der Behandlung des Antrags der Beschwerdeführerin auf Einsetzung eines Beistandes zum Vollzug der vom Eheschutzrichter verfügten elterlichen Obhut festzustellen. 2. Die Vormundschaftsbehörde sei anzuweisen, unverzüglich eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zum Vollzug der elterlichen Obhut über die [Kinder] Z., geb. 8. Februar 1996, und V., geb. 4. September 1998, zu errichten, und zwar in der Person von W.. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MWSt.) zu Lasten der Vormundschaftsbehörde A.“ Die Vormundschaftsbehörde wiederholte ihren Antrag auf Abweisung der Beschwerde. C. Mit Urteil vom 26. Januar 2010, mitgeteilt am 10. Februar 2010, erkannte der Bezirksgerichtsausschuss A. was folgt: „1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor Bezirksgerichtsausschuss A. von Fr. 1'300.-- (Gerichtsgebühr Fr. 1'000.--, Schreibgebühr Fr. 300.--) gehen zulasten der Beschwerdeführerin und sind mit dem beiliegenden Einzahlungsschein innert 30 Tagen dem Bezirksgericht A. zu überweisen. 4. (Rechtsmittelbelehrung) 5. (Mitteilung).“ D. Dagegen liess X. am 3. März 2010 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden mit folgendem Rechtsbegehren erheben: „1. Das Urteil des Bezirksgerichtsausschusses A. vom 26. Januar 2010, mitgeteilt am 10. Februar 2010, sei aufzuheben.

Seite 4 — 19 2. Die beim Bezirksgerichtsausschuss A. gegen die Vormundschaftsbehörde A. erhobene Beschwerde von X. sei gutzuheissen und es sei die Rechtsverweigerung der Vormundschaftsbehörde hinsichtlich der Behandlung des Antrags der Berufungsklägerin auf Einsetzung eines Beistandes zum Vollzug der vom Eheschutzrichter verfügten elterlichen Obhut festzustellen. 3. Die Vormundschaftsbehörde sei anzuweisen, unverzüglich eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zum Vollzug der elterlichen Obhut über die Kinder Z., geb. 8. Februar 1996, und V., geb. 4. September 1998, zu errichten. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen zu Lasten der Vormundschaftsbehörde A.“ Der Bezirksgerichtsausschuss A. verzichtete mit Schreiben vom 5. März 2010 auf die Einreichung einer Vernehmlassung. Die Vormundschaftsbehörde A. liess sich innert gesetzter Frist nicht vernehmen. Mit prozessleitender Verfügung der vorsitzenden Kantonsrichterin vom

E. 29

März 2010 wurde die Vormundschaftsbehörde aufgefordert, bis zum 9. April 2010 einen Bericht über ihre Tätigkeit in dem von der Berufungsklägerin eingeleiteten Verfahren seit dem 25. November 2009 unter Beilage der seither erstellten Akten einzureichen. Mit Schreiben vom 31. März 2010 teilte die Vormundschaftsbehörde A. daraufhin mit, die Präsidentin der Vormundschaftsbehörde habe persönlich an der Hauptverhandlung vor Bezirksgerichtsausschuss A. teilgenommen und zu den Vorwürfen Stellung genommen. Nach Mitteilung des angefochtenen Urteils sei am 26. Februar 2010 die Erstellung eines Gutachtens beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst Graubünden in Auftrag gegeben worden. Am 25. März 2010 sei im Sinne einer Vorinformation ein Telefonat mit dem verantwortlichen Gutachter geführt worden. Hierzu reichte die Berufungsklägerin am 12. April 2010 eine Stellungnahme ein. E. Am 15. April 2010 erstellte der Kinder- und Jugendpsychiatrische Dienst Graubünden (KJPD-GR) nach Gesprächen mit der Berufungsklägerin, Y. sowie den Kindern Z. und V. das in Auftrag gegebene Gutachten bezüglich Obhut und Besuchsrecht. Es wurde die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB empfohlen. Auf die Begründung der Anträge sowie auf das angefochtene Urteil wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen

Seite 5 — 19 1. Gemäss Art. 64 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZZGB; BR 210.100) kann gegen Entscheide des Bezirksgerichtsausschusses als erste Aufsichtsbehörde in Vormundschaftssachen Berufung an das Kantonsgericht erhoben werden. Sie ist schriftlich und unter Beilage des angefochtenen Entscheides innert 20 Tagen beim Kantonsgericht einzureichen. In der Berufungsschrift ist mit kurzer Begründung anzugeben, welche Punkte angefochten und welche Änderungen beantragt werden. Die vorliegende Berufung wurde frist- und formgerecht eingereicht. Da im Weiteren auch die Beschwerdelegitimation der Berufungsklägerin gegeben sowie ein aktuelles Interesse vorhanden ist (vgl. zum Ganzen Geiser, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel 2006, N 26 ff. zu Art. 420), ist auf die Berufung, der vorliegend die Funktion einer zweinstanzlichen Vormundschaftsbeschwerde im Sinne von Art. 420 Abs. 2 ZGB zukommt, grundsätzlich einzutreten. 2. a) Die Berufungsklägerin rügt, dass die Vormundschaftsbehörde A. bei der Behandlung der von ihr gestellten Anträge in Zusammenhang mit der Obhut über ihre beiden Söhne Z. (geboren 8. Februar 1996) und V. (geboren 4. September 1998) Rechtsverweigerung zur Last zu legen sei. Sie habe sich bereits am 9. Juli 2009 erstmals an die Vormundschaftsbehörde gewandt, da die vereinbarte Obhutsregelung nicht umgesetzt worden sei. Am 15. September 2009 habe sie sodann erstmals schriftlich die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB beantragt. In der Folge habe sie ihr Begehren mehrfach wiederholt, ohne dass die zuständige Behörde – abgesehen von einigen ergebnislosen Gesprächsversuchen – etwas unternommen habe. Dass dringender Handlungsbedarf bestanden habe, sei jedoch bereits seit Juli 2009 offensichtlich gewesen. b) Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, kann sich eine Vormundschaftsbeschwerde im Sinne von Art. 420 Abs. 2 ZGB, welche im kantonalen Recht durch Art. 61 ff. EGZZGB umgesetzt wird, nicht bloss gegen Entscheide der Vormundschaftsbehörde richten, sondern es können damit von Bundesrechts wegen auch Unterlassungen derselben gerügt werden (vgl. dazu Geiser, BSK, a.a.O., N 11 zu Art. 420). Damit steht für die Rüge der Rechtsverweigerung – anders als im Bereich der Justizaufsicht – nicht bloss ein subsidiärer Rechtsbehelf, sondern ein eigentliches Rechtsmittel zur Verfügung, auf welches – nebst bzw. vorrangig zu den kantonalen

Verfahrensvorschriften – die diesbezüglichen bundesrechtlichen Grundsätze (umfassende Kognition, unbeschränktes Novenrecht, *Offizialmaxime*) zur Anwendung gelangen (vgl. Seite 6 — 19 wiederum Geiser, BSK, a.a.O., N 4 sowie N 16 ff. zu Art. 420). Obwohl es sich bei der Vormundschaftsbeschwerde an sich um ein reformatorisches Rechtsmittel handelt und die Aufsichtsbehörden demzufolge grundsätzlich selber in der Sache entscheiden, erfolgt die Beendigung des ordnungswidrigen Zustandes im Falle einer (begründeten) Rechtsverweigerungsbeschwerde regelmässig nicht durch einen eigenen Sachentscheid, sondern durch konkrete Weisungen an die Vormundschaftsbehörde (vgl. zum analogen Vorgehen bei Justizaufsichtsbeschwerden PKG 1996 Nr. 15). Dies gilt insbesondere dann, wenn keine besondere Dringlichkeit besteht oder die Aktenlage noch keinen Entscheid in der Sache erlaubt. Abgesehen wird dagegen in der Regel von einer förmlichen Feststellung der Rechtsverweigerung, zumal an einer solchen Feststellung gar kein Rechtsschutzinteresse besteht, wenn einer als solche erkannten Rechtsverweigerung mit aufsichtsrechtlichen Mitteln begegnet werden kann. Auf das entsprechende Feststellungsbegehren der Berufungsklägerin kann daher von vornherein nicht eingetreten werden (vgl. zum Feststellungsinteresse als Eintretensvoraussetzung Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006, Kap. 7 N 14 und 23). c) Da den vormundschaftlichen Aufsichtsbehörden die Doppelfunktion einer Aufsichts- und Rechtsmittelinstanz zukommt (vgl. dazu PKG 1995 Nr. 4) und sie daher bei entsprechender Veranlassung gegenüber den ihr unterstellten Behörden auch von Amtes wegen einschreiten könnten (Geiser, BSK, a.a.O., vor Art. 420- 425 N 7 ff.), besteht bei der Beurteilung von Vormundschaftsbeschwerden im Sinne von Art. 420 ZGB keine Bindung an die Anträge der Parteien. Unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die erst anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vorgenommene Konkretisierung bzw. Erweiterung der Rechtsbegehren, die nunmehr auch im Berufungsverfahren erneuert werden, ohne weiteres als zulässig. Aus denselben Überlegungen kann sodann das Rechtsmittelverfahren auch nicht gegenständlich beschränkt sein, sondern die Aufsichtsbehörde hat selbst dann gegen fehlerhafte Handlungen der Vorinstanzen einzuschreiten, wenn diese in den Rechtsschriften nicht gerügt werden (Geiser, BSK, a.a.O., N 24 f. zu Art. 420). 3. a) In tatbeständlicher Hinsicht steht fest, dass die von den Ehegatten XY. getroffene Vereinbarung, welche die Zuteilung der Obhut über die beiden gemeinsamen Söhne für die Dauer der Trennung an die Berufungsklägerin vorsah, mit Eheschutzverfügung des Bezirksgerichtspräsidiums A. vom 10. Juni 2009 richterlich genehmigt worden war. Unbestritten ist sodann, dass die getroffene Regelung in der Folge nicht umgesetzt wurde und die beiden Söhne

Seite 7 — 19 unter der Obhut des Vaters verblieben. Besuche bei der Mutter fanden nur vereinzelt statt und verliefen wenig befriedigend. Aus den Akten der Vormundschaftsbehörde A. ergibt sich, dass sich die Berufungsklägerin deswegen erstmals am 9. Juli 2009 telefonisch an die Behörde wandte und darlegte, dass der Vater die Kinder nicht zu ihr lasse und diese gegen sie aufhetze (act. III/1). Am 23. Juli 2009 fand ein gemeinsames Gespräch mit den Eltern statt. Dem Journaleintrag der Vormundschaftspräsidentin ist zu entnehmen, dass der Vater sich unkooperativ verhalten und die Mutter beschimpft habe; ein Gespräch mit den Kindern komme für ihn unter keinen Umständen in Frage (act. III/1). In der Folge wurden offenbar mehrere Telefonate mit der Berufungsklägerin geführt, um ohne Wissen des Vaters ein Gespräch mit den Kindern organisieren zu können (act. III/1). Mit Eingabe vom 15. September 2009 gelangte die Berufungsklägerin erneut an die Vormundschaftsbehörde und beantragte nebst einer

sofortigen Vorladung des Ehemannes und einem Gespräch mit den Kindern die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB für ihre beiden Söhne; zugleich schlug sie mehrere Personen vor, welche ihrer Ansicht nach für diese Aufgabe geeignet seien (act. III/3, III/6). In der Folge wurde seitens der Behörde vergeblich versucht, ein Gespräch mit dem Vater zu führen (act. III/1). Ein für den 29. bzw.

E. 30

September 2009 angesetztes Gespräch mit den beiden Söhnen wurde vom Vater kurzfristig abgesagt (act. III/1., III/4). Einer weiteren Vorladung der beiden Kinder auf den 15. Oktober 2009 wurde ebenfalls keine Folge geleistet (act. III./7). Am 20. Oktober 2009 wandte sich die Berufungsklägerin wiederum schriftlich an die Vormundschaftsbehörde und forderte die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft bis spätestens Ende Oktober 2009 (act. III/9). Am 29. Oktober 2009 suchte die Vormundschaftspräsidentin die beiden Söhne in der Schule auf, um mit ihnen zu sprechen. Aus dem entsprechenden Journaleintrag ergibt sich (act. III/1), dass mit Z. ein gutes Gespräch habe geführt werden können. Mit V. habe die Schulleitung sie nur im Beisein der Mutter und der Lehrerin sprechen lassen. Dieser habe die Mutter sofort gefragt, was sie hier mache. Ihr (der Vormundschaftspräsidentin) habe er gesagt, „ti eis la huara da B., quescha tgeu e svanescha.“ Er habe dann die Mutter gegen die Wand gedrückt, gewürgt und gesagt, dass sie lüge und er sie nicht wieder sehen wolle. Ein Gespräch habe unter diesen Umständen nicht geführt werden können. Auch der Vater habe sich in einem weiteren Telefonat zu keinem Gespräch bereit gezeigt. Mit Schreiben vom 12. November 2009 erhob die Berufungsklägerin schliesslich Beschwerde gegen die Vormundschaftsbehörde bezüglich Nichtvollzugs ihres Antrages um Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft für ihre beiden Söhne. In einem Gespräch mit der Vormundschaftsbehörde vom 18. November 2009

Seite 8 — 19 bestätigte die Berufungsklägerin, dass sie an der Errichtung einer Beistandschaft festhalte, jedoch keine Begutachtung durch eine Fachperson wünsche (act. III/1, III/11). Am 25. November 2009 fand eine Anhörung der Vormundschaftsbehörde mit dem Vater statt. Diese sei ein Desaster gewesen. Der Vater sei zu keiner einzigen konstruktiven Aussage bereit gewesen und habe Präsidentin keinen Satz aussprechen lassen. Seine Aussagen seien voller Widersprüche und ehrverletzender Aussagen gegenüber ihr bzw. der Behörde gewesen. Die Mutter schlage die Kinder, diese seien bei ihm besser aufgehoben. Er stehe für Besprechungen nie mehr zur Verfügung, es bedürfe keiner vormundschaftlichen Massnahmen (act. III/1). Mit Urteil vom 26. Januar 2010, mitgeteilt am 10. Februar 2010, wies der Bezirksgerichtsausschuss A. die erhobene Beschwerde ab. Dem Tätigkeitsbericht der Vormundschaftsbehörde vom 31. März 2010 ist schliesslich zu entnehmen, dass nach Mitteilung des angefochtenen Urteils am 26. Februar 2010 die Erstellung eines Gutachtens beim KJPD-GR in Auftrag gegeben worden sei. Am 25. März 2010 sei ein Telefonat mit dem verantwortlichen Gutacher geführt worden. b) Aus dem Gutachten des KJPD-GR vom 15. April 2010 ergibt sich, dass sich die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB empfehle, da beide Eltern grundsätzlich Interesse an einer Lösung im Sinne ihrer Kinder signalisiert hätten. Um eine Regelung des Obhuts- und Besuchsrechts mit beiden Eltern zu finden, diese in der darauf folgenden Umsetzung zu begleiten und die Regelung in Rücksprache mit beiden Elternteilen anzupassen, bedürfe es einer längeren professionellen Begleitung. Die Beziehungsdynamik zwischen beiden Eltern sei derzeit noch zu ausgeprägt, um im Rahmen eines Gutachtens eine gute Obhuts- und Besuchsregelung finden zu können. Soweit es den

Eltern auch mit Unterstützung eines Beistandes nicht gelingen sollte, eine befriedigende Obhuts- und Besuchsregelung umzusetzen, werde sich eine weitere Begutachtung als notwendig erweisen. Aufgrund der vorliegenden Schwierigkeiten bedürfe es eines professionellen Beistandes. Es gelte die mangelnde Kooperationsbereitschaft für eine Zusammenarbeit insbesondere seitens des Vaters zu verbessern. Ob die Obhuts- und Besuchsrechtsregelung gemäss Eheschutzverfügung im Sinne des Kindeswohls geregelt bzw. ob diese durchsetzbar sei, könne aufgrund der derzeitigen Situation noch nicht beurteilt werden. 4. Bevor die Frage, ob sich der gegenüber der Vormundschaftsbehörde A. erhobene Vorwurf der Rechtsverweigerung aufgrund des geschilderten

Seite 9 — 19 Verfahrensablaufes als begründet erweist, beantwortet werden kann, bedarf es zunächst einiger allgemeiner Ausführungen. a) Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist. Das Verbot der Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung ist verletzt, wenn eine Behörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszögert, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Eine Rechtsverzögerung und damit eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV liegt insbesondere auch dann vor, wenn eine Behörde sich zwar bereit zeigt, einen Entscheid zu treffen, diesen aber nicht binnen der Frist fasst, welche nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der übrigen Umstände als angemessen erscheint. Für die Rechtsuchenden ist es unerheblich, auf welche Gründe die Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung zurückzuführen ist; entscheidend ist ausschliesslich, dass die Behörde nicht oder nicht fristgerecht handelt. Bei der Feststellung einer Rechtsverzögerung geht es deshalb um die Würdigung objektiver Gegebenheiten und damit um die Frage, ob die Umstände, welche zur unangemessenen Verlängerung des Verfahrens geführt haben, objektiv gerechtfertigt sind. Ob sich die gegebene Verfahrensdauer mit dem Anspruch auf Rechtsschutz innert angemessener Frist verträgt oder nicht, ist am konkreten Einzelfall zu prüfen; massgeblich ist namentlich die Art des Verfahrens, die Schwierigkeit der Materie und das Verhalten der Parteien (Urteil des Bundesgerichts vom 18. April 2006 [5A.36/2005] E. 2.1 m.w.H.). b) Die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde im Bereiche des Kindesschutzes wie auch deren Handlungspflicht im Falle einer Gefährdung des Kindeswohls ergibt sich primär nicht aus den in der Berufung aufgeführten kantonalen Bestimmungen, sondern direkt aus Bundesrecht (Art. 307 – 310 ZGB in Verbindung mit Art. 315 ff. ZGB). Dem kantonalen Recht vorbehalten ist – unter Beachtung gewisser bundesrechtlicher Grundsätze – die Regelung des Verfahrens (Art. 314 ZGB; Breitschmid, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel 2006, N 1 ff. zu Art. 314/314a). Diesbezüglich erklärt Art. 41 Abs. 1 EGzZGB die Bestimmungen über das Verfahren vor den vormundschaftlichen Behörden gemäss Art. 52 ff. EGzZGB als sinngemäss anwendbar, womit die Pflicht zum Tätigwerden unter Einschluss der Pflicht, nötigenfalls die erforderlichen vorläufigen Massnahmen anzuordnen, auch kantonalrechtlich verankert ist. c) Im Rahmen eines Scheidungs- oder Eheschutzverfahrens fällt die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen in die Zuständigkeit des Gerichts,

Seite 10 — 19 wobei der Vollzug der angeordneten Massnahmen in derartigen Fällen jedoch weiterhin der Vormundschaftsbehörde obliegt (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Entsprechend der kantonalen Praxis sind hierzu auch Fälle des Vollzuges richterlicher Anordnungen über die Kinderzuteilung und das Besuchsrecht zu zählen (PKG 1979 Nr. 15 sowie 1997 Nr. 16). Die Zuständigkeit des Gerichts ist insofern eingeschränkt, als die Vormundschaftsbehörde einerseits bezüglich der Weiterführung bereits vor dem

Gerichtsverfahren eingeleiteter Kindesschutzverfahren sowie andererseits bei besonderer Dringlichkeit zuständig bleibt (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 und Ziff. 2 ZGB). Als Vollzugsbehörde ist die Vormundschaftsbehörde grundsätzlich an das Gerichtsurteil gebunden. Allerdings ist die Vormundschaftsbehörde auch in Fällen gemäss Art. 315a Abs. 1 ZGB keine reine Vollstreckungsinstanz. Sie ist vielmehr grundsätzlich befugt, den Vollzug ergänzende Kindesschutzmassnahmen anzuordnen oder den Vollzug nötigenfalls (ganz oder teilweise) vorübergehend auszusetzen, soweit das Kindeswohl ernstlich gefährdet würde. Das zeitweise Aussetzen des Vollzuges dürfte insbesondere in Fällen angemessen sein, in welchen seit der Anordnung der Kindesschutzmassnahmen längere Zeit vergangen ist und sich weitere Abklärungen bzw. ein allfälliges Abänderungsverfahren als notwendig erweisen. Allerdings gilt einzuschränken, dass die Vormundschaftsbehörde die richterliche Obhutsregelung nicht selbständig abändern kann. Die Änderung einer vom Gericht im Scheidungs- oder Eheschutzverfahren getroffenen Obhutsregelung fällt gemäss Art. 315b ZGB in Verbindung mit Art. 134 ZGB vielmehr in die ausschliessliche Zuständigkeit des Gerichtes. Vorbehalten bleiben lediglich Fälle, in welchen zwischen den Ehegatten Einigkeit besteht (vgl. zum Ganzen Wirz, in: Schwenzer (Hrsg.), FamKommentar Scheidung, Bern 2005, N 33 ff. zu Art. 134 mit Art. 315a/b; Breitschmid, BSK, a.a.O., N 10 ff. zu Art. 315/315a/315b; Meier, Compétences matérielles du juge matrimonial et des autorités de tutelle – Considérations théoriques et quelques cas pratiques, in: ZVW 2007 S. 109 ff.; zum früheren, aber nicht grundlegend geänderten Recht: Hegnauer, Sachliche Zuständigkeit für vorsorgliche Kindesschutzmassnahmen im Abänderungsverfahren, Art. 157, 308, 315a ZGB, in: ZVW 1994 S. 149 ff. und Breitschmid, Zuständigkeit zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen im zivilprozessualen Vollstreckungsverfahren, in: ZVW 1991 S. 139 ff.; aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 107 II 301 und 111 III 313 sowie Urteile des Bundesgerichts vom 19. Dezember 2007 [5A_547/2007], vom 28. Februar 2008 [5A_627/2007] E. 3.1 und vom 26. Februar 2010 [5A_805/2009] E. 4.3 und aus der Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden - ebenfalls noch zum früheren Recht - ZF 1997/51 S. 6, 1998/73 S. 9 ff. und 1999/8). Gleichermassen

Seite 11 — 19 geht es nicht an, den Vollzug einer richterlichen Anordnung nicht nur vorübergehend, sondern über einen längeren Zeitraum zu verweigern, da dies einer dauerhaften Änderung gleichkäme, über welche wie soeben dargelegt wiederum das Sachgericht und nicht die Vollzugsbehörde zu entscheiden hat (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 26. Februar 2010 [5A_805/2009] E. 4.3 sowie vom 28. Februar 2008 [5A_627/2007] E. 3.1 je mit weiteren Hinweisen). d) Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass im Bereich von Kindesschutzmassnahmen generell das Beschleunigungsgebot gilt. Massnahmen solcher Art erweisen sich regelmässig als dringlich. Diese Dringlichkeit prägt das Verfahren denn auch nach allen Richtungen, ohne dass sie jedoch von der Beachtung der zwingenden rechtsstaatlichen Regeln befreien würde. Das Gefährdungspotential ist grundsätzlich ausgeprägt, da der kindliche Zeitbegriff von jenem der Erwachsenen abweicht und das Kind (je jünger es ist) selbst verhältnismässig kurze Zeitspannen als wesentlich länger empfindet (vgl. hierzu Breitschmid, BSK, a.a.O., N 6 zu Art. 314/314a). Darüber hinaus besteht beim Vollzug von gerichtlich angeordneten Obhutsregelungen eine besondere Dringlichkeit, da gerade in solchen Fällen durch den Zeitablauf geschaffene tatsächliche Verhältnisse dem späteren Vollzug entgegenstehen können. Als Anhaltspunkt dafür, innert welchem Zeitraum die notwendigen Massnahmen zur Durchsetzung der gerichtlichen Obhutsregelung in der Regel getroffen sein sollten, kann die in Art. 11 des

Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (SR 0.211.230.02) vorgesehene Frist von sechs Wochen herangezogen werden. Sodann gilt es festzustellen, dass sich in Fällen, in denen sich eine gerichtliche Obhutsregelung vorübergehend nicht umsetzen lässt, vorsorgliche Massnahmen zur Gewährleistung des persönlichen Verkehrs des Kindes mit demjenigen Elternteil, welchem die Obhut faktisch entzogen ist, regelmässig aufdrängen. Was beim Vollzug ausländischer Sorgerechtsregelungen ausdrücklich geregelt ist (vgl. Art. 6 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 2007 über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen [BG-KKE]; SR 211.22.32), hat gleichermassen für den Vollzug derartiger inländischer Anordnungen zu gelten. 5. a) Aus dem Gesagten ergibt sich zunächst einmal, dass die Vormundschaftsbehörde A. nach der Anrufung durch die Berufungsklägerin als zuständige Vollzugsbehörde grundsätzlich verpflichtet gewesen wäre, die Obhuts- und Besuchsrechtsregelung gemäss Eheschutzverfügung des Bezirksgerichtspräsidiums A. vom 10. Juni 2009 umzusetzen. Diese sah gemäss

Seite 12 — 19 Übereinkunft der Ehegatten XY. vor, dass die beiden Kinder für die Dauer der Trennung unter die Obhut und Pflege der Mutter gestellt würden und dem Vater ein Besuchs- und Ferienrecht eingeräumt werde. Wie sich aus den vorangehenden Ausführungen bezüglich der Abgrenzung der Zuständigkeiten und Kompetenzen zwischen Gericht und Vormundschaftsbehörde ergibt, kann damit der Auffassung der Vorinstanz, wonach die Vormundschaftsbehörde die richterliche Obhutsregelung nach Bedarf selbständig abändern könne, nicht gefolgt werden (vgl. Urteil des Bezirksgerichtsausschusses A. vom 26. Januar 2010, S. 5 f.). b) Grundsätzlich zu Recht wird in der Berufung denn auch gerügt, dass die Vormundschaftsbehörde als Vollzugsbehörde nach der Kontaktaufnahme durch die Berufungsklägerin vom 9. Juli 2009 nicht sofort die Regelung gemäss Eheschutzverfügung umgesetzt habe. Allerdings ist diesbezüglich aufgrund der spärlichen Aktenlage nicht gänzlich klar, mit welchem konkreten Begehren die Berufungsklägerin am 9. Juli 2009 an die Vormundschaftsbehörde gelangte. Aus der äusserst knappen Aktennotiz der Vormundschaftspräsidentin ergibt sich lediglich, dass die Berufungsklägerin vorbringe, der Vater lasse die Kinder nicht zu ihr und hetze diese gegen sie auf. Gemäss Vorladung (act. III/2) scheint die Vormundschaftsbehörde damals nur von einem Antrag zur Besprechung des Besuchsrechts ausgegangen zu sein. Sie liess es in der Folge denn auch zunächst bei einem Gespräch mit den Eltern bewenden. Allerdings machte die Berufungsklägerin demgegenüber später wiederholt geltend, sie habe bereits am 9. Juli 2009 die Umsetzung der richterlichen Anordnung verlangt, da sie eine rasche Klärung der Situation vor Beginn des neuen Schuljahres gewollt habe (vgl. etwa act. III/3, II/2). Im Weiteren gilt es diesbezüglich festzustellen, dass die Unklarheit darüber, mit welchem Begehren die Berufungsklägerin in diesem Zeitpunkt an die Vormundschaftsbehörde gelangte, ebenfalls der Behörde angelastet werden muss. Diese hat es unterlassen, das genaue Anliegen der in diesem Zeitpunkt nicht vertretenen Berufungsklägerin zu ermitteln und dieses insbesondere auch in gehöriger Form aktenmässig zu dokumentieren. Generell muss an dieser Stelle die Aktenführung der Vormundschaftsbehörde bemängelt werden. Eigentliche Gesprächs- und Anhörungsprotokolle fehlen – mit Ausnahme des Gespräches vom 18. November 2009 (act. III/11) – gänzlich. Es findet sich neben der schriftlichen Korrespondenz lediglich eine Aktennotiz der Vormundschaftspräsidentin (act. III/1), in welcher sie den Ablauf bzw. Inhalt von Gesprächen jeweils äusserst knapp und aus eigener Wahrnehmung schildert

wiedergibt. In einer ersten Phase wurde nicht einmal aktenmässig festgehalten,

Seite 13 — 19 wann welche Telefongespräche mit der Berufungsklägerin geführt worden waren. Dies obwohl aufgrund des Gesprächs vom 23. Juli 2009 mit beiden Eltern schon damals feststand, dass aufgrund der offensichtlich fehlenden Kooperationsbereitschaft des Vaters förmlicher Handlungsbedarf bestand. Die Vormundschaftsbehörde muss daher an dieser Stelle mit Nachdruck darauf hingewiesen werden, dass der gehörigen Aktenführung zukünftig die notwendige Beachtung geschenkt werden muss und diese mit der gebührenden Sorgfalt und Genauigkeit vorzunehmen ist. Der Inhalt von geführten Gesprächen ist in den wesentlichen Punkten zu protokollieren, wobei bei persönlichen Einvernahmen mit Vorteil eine Gegenzeichnung zu verlangen ist, und es sind insbesondere auch getroffene Abmachungen bzw. geäusserte Anliegen klar festzuhalten. c) Zu Recht wird in der Berufung sodann kritisiert, dass die Vorinstanz die Vorgehensweise der Vormundschaftsbehörde nach Eingang des schriftlichen Antrages der Berufungsklägerin vom 15. September 2009 (act. III/3) geschützt hat. Die Berufungsklägerin verlangte im betreffenden Schreiben neben der Einsetzung eines Erziehungsbeistandes gemäss Art. 308 ZGB vorab ausdrücklich die Durchsetzung der Regelung gemäss Eheschutzverfügung samt nochmaliger Vorladung der Parteien, um nach Möglichkeit eine einvernehmliche Lösung unter Einbezug der beiden Kinder zu finden. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte die Vormundschaftsbehörde innert zügiger Frist – es sei diesbezüglich auf die vorangehenden Ausführungen zur allgemeinen Dringlichkeit im Bereich von Kinderschutzmassnahmen bzw. zur besonderen Dringlichkeit beim Vollzug von gerichtlich angeordneten Obhutsregelungen verwiesen (E. 4d) – die notwendigen Massnahmen einleiten müssen. Zwar ist es wohl richtig, dass die Vormundschaftsbehörde zu diesem Zeitpunkt nicht mehr ohne weitere Abklärungen zum (zwangsweisen) Vollzug der Eheschutzverfügung geschritten ist und sie insbesondere auf der vorgängigen Anhörung der Kinder bestanden hat. Auf eine solche war im Rahmen des Eheschutzverfahrens aufgrund der Einigkeit zwischen den Eltern noch verzichtet worden. Jedoch hätte die Durchführung dieser Anhörung nach der ersten erfolglosen Vorladung (act. III/4) wesentlich zügiger sichergestellt werden müssen. So hätten sich zumindest kürzere Vorladungsfristen aufgedrängt bzw. es hätte vorzugsweise direkt ein Gespräch in der Schule organisiert werden müssen, da nach der ersten erfolglosen Vorladung und der bekannten ablehnenden Haltung des Vaters damit gerechnet werden musste, dass die Kinder auch weiteren Vorladungen nicht würden Folge leisten. Sodann wären parallel zur Organisation der Anhörung der Kinder weitere Massnahmen angezeigt gewesen, wie namentlich die nochmalige Vorladung des

Seite 14 — 19 Vaters bzw. dessen Aufforderung zu einer schriftlichen Stellungnahme, die Einholung schriftlicher Berichte beider Klassenlehrer, die Abklärung der Wohn- und Betreuungsverhältnisse bei beiden Elternteilen sowie nicht zuletzt auch eine vorläufige Regelung der Kontakte zwischen Mutter und Kindern. Spätestens nach der Anhörung der beiden Kinder vom 29. Oktober 2009, bei welcher das gestörte Verhältnis des jüngeren Sohnes zur Mutter offen und massiv zu Tage trat und an der Notwendigkeit einer kinderpsychiatrischen Begutachtung kein Zweifel mehr bestehen konnte, hätte die Vormundschaftsbehörde bzw. deren Präsidentin unverzüglich über das weitere Vorgehen (Aussetzen des Vollzugs zwecks weiterer Abklärungen, Anordnung der kinderpsychiatrischen Begutachtung, Aufforderung zur Stellungnahme bezüglich der vorläufigen Regelung des Besuchsrechts sowie Einholung einer Stellungnahme des Vaters

zur beantragten Erziehungsbeistandschaft) formell Beschluss fassen müssen. Dies hat umso mehr zu gelten, als die Berufungsklägerin mit Schreiben vom 20. Oktober 2009 (act. III/9) ja ausdrücklich eine Beschlussfassung bis Ende Oktober verlangt hatte. Die Vormundschaftsbehörde hat jedoch auch in der Folge neben je einem Gespräch mit den Eltern nichts mehr unternommen, obwohl der dringende Handlungsbedarf – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – offensichtlich war. Es wurde vielmehr lediglich das Beschwerdeverfahren und das Urteil des Bezirksgerichtsausschusses A. abgewartet. Erst nach Mitteilung des angefochtenen Urteils am 10. Februar 2010 gab sie schliesslich am 26. Februar 2010 die Erstellung eines Gutachtens beim KJPD-GR in Auftrag. d) Insgesamt muss damit festgestellt werden, dass sich der von der Berufungsklägerin erhobene Vorwurf der Rechtsverweigerung entgegen der Beurteilung der Vorinstanz als offensichtlich berechtigt erweist. Zwar ist die Vormundschaftsbehörde nicht gänzlich untätig geblieben. Von Bedeutung ist jedoch, dass die Behörde bzw. deren Präsidentin nicht so gehandelt hat, wie dies nach der Natur der Sache und aufgrund der konkreten Umstände geboten gewesen wäre. Tatsache ist denn auch, dass im heutigen Zeitpunkt und damit beinahe zehn Monate nach der ersten telefonischen Kontaktaufnahme bzw. sieben Monate nach dem schriftlichen Gesuch der Berufungsklägerin weder die im Eheschutzverfahren verfügte Obhutsregelung umgesetzt ist noch wenigstens eine vorläufige Regelung des persönlichen Verkehrs der Mutter mit den beim Vater lebenden Kindern für die Dauer des Abklärungsverfahrens getroffen wurde. Diese Unterlassungen hatten insbesondere zur Folge, dass die Mutter die beiden Kinder seit November 2009 praktisch nicht mehr gesehen hat. Eine solche Verfahrensdauer ist in Fällen, in welchen es um den persönlichen Kontakt

Seite 15 — 19 zwischen Eltern und Kindern geht und der Zeitablauf regelmässig Fakten schafft, denen sich das Recht schliesslich zu beugen hat, wie bereits mehrfach festgestellt, inakzeptabel. Dies hat selbst dann zu gelten, wenn keine akute Gefährdung des Kindeswohls besteht. Der schleppende Verfahrensgang lässt sich zudem – zumindest was die beantragte Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft angeht – weder mit der fehlenden Kooperation der Parteien noch der Notwendigkeit einer gutachterlichen Abklärung rechtfertigen. Dass die Voraussetzungen für die Errichtung einer Beistandschaft im vorliegenden Fall erfüllt waren bzw. sind, lag bereits nach dem ersten Gespräch mit dem Vater am 23. Juli 2009, jedenfalls aber nach der Anhörung der Kinder und der nochmaligen Besprechung mit dem Vater auf der Hand und bedurfte – im Gegensatz zur Frage, ob die (zwangsweise) Durchsetzung der eheschutzrichterlichen Obhutsregelung dem Kindeswohl entspricht – auch keiner gutachterlichen Prüfung. Völlig unverständlich erscheint sodann bei sachlicher Betrachtung des vorliegenden Falles, weshalb mit der Anordnung der als notwendig erachteten Begutachtung bis nach Abschluss des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens zugewartet wurde, zumal dessen Hängigkeit der Weiterführung des Kindesschutzverfahrens in keiner Art und Weise entgegen stand. Das fast dreimonatige untätige Zuwarten mit einem als geboten erachteten Verfahrensschritt ist mit dem in Kindesschutzverfahren in besonderem Mass geltenden Beschleunigungsgebot schlicht unvereinbar und ist bereits für sich alleine betrachtet als unzulässige Rechtsverzögerung zu qualifizieren. e) Was schliesslich die beantragte Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB betrifft, wird in der Berufung anerkannt, dass grundsätzlich kein Anspruch auf Erlass einer bestimmten Massnahme besteht. Zugleich hält die Berufungsklägerin aber daran fest, dass vorliegend zur Wahrung des Kindeswohls mindestens eine solche Massnahme hätte ausgesprochen werden müssen. Wie sich aus den gemachten Ausführungen ergibt, ist dieser Argumentation zuzustimmen. Die

Vormundschaftsbehörde hielt in ihrer Vernehmlassung im Beschwerdeverfahren (act. I/2) selber ausdrücklich fest, dass vorliegend ein Elternkonflikt besteht, welcher unter Instrumentalisierung der Kinder ausgetragen wird. Damit liegt jedoch geradezu ein klassischer Fall für die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft zum Schutze der Kinder vor. Gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB kann dem Kind ein Beistand ernannt werden, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt. Dem Beistand können besondere Befugnisse übertragen werden, namentlich die Vertretung des Kindes bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches und anderer Rechte und die Überwachung des

Seite 16 — 19 persönlichen Verkehrs (Art. 308 Abs. 2 ZGB). Dem Erziehungsbeistand gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB kommt die Aufgabe zu, durch Kontakt mit Eltern und Kind erzieherische Missstände abzubauen. Instrumente sind hierbei Vermittlung, Anleitung und Weisung gegenüber Eltern, dem Kind und Dritten (Breitschmid, BSK, a.a.O., N 4 zu Art. 308). Eine Erziehungsbeistandschaft zur Überwachung des Besuchsrechts sollte immer dann angeordnet werden, wenn eine erhebliche Gefahr besteht, dass sich bei der Ausübung dieses Rechts durch den von der elterlichen Sorge ausgeschlossenen Elternteil Schwierigkeiten ergeben. Solche Schwierigkeiten sind in aller Regel als Gefährdung des Kindeswohls zu betrachten, die eine Erziehungsbeistandschaft rechtfertigen (BGE 108 II 372; Wirz, FamKommentar, a.a.O., N 18 zu Art. 274). Dasselbe muss – in verstärktem Masse – im Falle eines Streites der Eltern über die Umsetzung einer richterlichen Obhutsregelung gelten. In derartigen elterlichen Konfliktsituationen bedarf es regelmässig einer längerdauernden professionellen Hilfestellung, welche durch die Vormundschaftsbehörde selber offensichtlich nicht erbracht werden kann. Entgegen der in der genannten Vernehmlassung (act. I/2) geäusserten Ansicht der Vormundschaftsbehörde kann daher in der Errichtung einer Beistandschaft auch kein unzulässiges Abschieben des Problems erblickt werden. Wie bereits ausgeführt, lag die Notwendigkeit einer Beistandschaft damit bereits vor der Begutachtung der Kinder auf der Hand und ein diesbezüglicher Entscheid wäre entgegen der Auffassung der Vorinstanz bereits Ende Oktober 2009 spruchreif gewesen. Ausstehend war im damaligen Zeitpunkt einzig noch die Gewährung des rechtlichen Gehörs an den Vater, welche umgehend hätte nachgeholt werden müssen. f) Zu klären bleibt, mit welchen Aufgaben der Erziehungsbeistand hätte beauftragt werden müssen bzw. er nunmehr zu beauftragen ist. Entgegen des (erstmalig an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung explizit gestellten) Antrages der Berufungsklägerin konnte der Vollzug der Eheschutzverfügung bereits im letzten Herbst nicht mehr (primäre) Aufgabe des Beistandes sein. Einerseits waren seit deren Erlass bereits mehrere Monate verstrichen, in denen sich die Söhne beinahe ausschliesslich beim Vater aufgehalten hatten. Andererseits hatte sich namentlich beim jüngeren Sohn ein massiv gestörtes Verhältnis zur Mutter gezeigt, welches zweifellos einer näheren Abklärung bedurfte und einem unbesehenen Vollzug der Eheschutzverfügung entgegenstand. War somit davon auszugehen, dass die Kinder für die Dauer der erforderlichen Begutachtung in der Obhut des Vaters verbleiben würden, wäre es Aufgabe des Beistandes gewesen, für einen regelmässigen Kontakt der Mutter zu ihren Kindern zu sorgen und

Seite 17 — 19 allgemein auf eine Verbesserung der elterlichen Beziehung hinzuwirken. Nicht viel anders präsentiert sich die Situation im heutigen Zeitpunkt, zumal das zwischenzeitlich vorliegende Gutachten des KJPD-GR zur Frage, ob das Obhuts- und Besuchsrecht in der Eheschutzverfügung im Sinne des Kindeswohls geregelt wurde und durchsetzbar ist, noch keine klare Aussage macht. Entsprechend der gutachterlichen

Empfehlung wird dem eingesetzten Beistand daher zunächst die Aufgabe zukommen, mit beiden Elternteilen in Kontakt zu treten und sie bei der Suche nach einer einvernehmlichen Regelung des Obhut- und Besuchsrechts zu unterstützen. Soweit ihm dies innert nützlicher Frist gelingt, wird er die Eltern in der Folge bei der Umsetzung der vereinbarten Regelung und bei allfällig notwendigen Anpassungen derselben zu begleiten haben. Parallel dazu wird unter fachkompetenter Begleitung des Beistands der Kontakt zwischen Mutter und Söhnen raschmöglichst wieder hergestellt werden müssen, wozu er gegebenenfalls – wenn darüber innert kurzer Frist keine Einigung zwischen den Eltern zustande kommt – der Vormundschaftsbehörde den Erlass einer vorläufigen Besuchsrechtsregelung wird beantragen müssen. Können sich die Eltern über die Obhutsfrage nicht einigen, wird der Beistand aufgrund seiner zwischenzeitlich erworbenen eigenen Kenntnisse der Verhältnisse entscheiden müssen, ob die eheschutzrichterliche Obhutsregelung dem Kindeswohl entspricht und folglich der Vormundschaftsbehörde der Vollzug derselben zu beantragen ist oder es zu dieser Frage einer Ergänzung des kinderpsychiatrischen Gutachtens bedarf. Soweit letzteres der Fall sein sollte, wäre die weitere Begutachtung ohne Verzug zu veranlassen und nach deren Vorliegen entweder die eheschutzrichterliche Verfügung durchzusetzen oder aber – sollte sich aufgrund des Ergänzungsgutachtens eine Änderung als notwendig erweisen und auch in diesem Stadium keine Einigung unter den Eltern erzielt werden können – beim Eheschutzrichter ein entsprechendes Abänderungsbegehren zu stellen. Zu einer selbständigen dauernden Abänderung der eheschutzrichterlichen Obhutsregelung gegen den Willen eines Elternteils sind entsprechend den gemachten Darlegungen weder der Beistand noch die Vormundschaftsbehörde befugt. Wie im Gutachten des KJPD-GR ausdrücklich festgehalten, bedarf es im vorliegenden Fall unbedingt eines professionellen Beistands, der in der Lage ist, mit beiden Eltern eine gute Zusammenarbeit zu pflegen und ihnen eine fachkundige Hilfestellung bei der Erarbeitung einer dem Kindeswohl entsprechenden Lösung zu bieten. Demzufolge wird die Beistandschaft einer entsprechend geschulten Fachperson zu übertragen sein.

Seite 18 — 19 g) Abschliessend ist somit festzustellen, dass die Berufung teilweise gutgeheissen und das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtsausschusses A. vom 26. Januar 2010, mitgeteilt am 10. Februar 2010, aufgehoben wird. Die Vormundschaftsbehörde wird angewiesen, unter Beachtung der Verfahrensrechte der Parteien unverzüglich eine Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für die beiden Kinder der Berufungsklägerin zu errichten, die Beistandschaft einer entsprechend geschulten Person zu übertragen und den Beistand mit den soeben dargelegten Aufgaben zu betrauen. 5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Berufungsklägerin, welche mit ihren Begehren im Wesentlichen durchgedrungen ist, keine Kosten aufzuerlegen. Demzufolge gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor Bezirksgerichtsausschuss A. zu Lasten des Bezirks A. (Art. 63 Abs. 2 EGzZGB), während die Kosten des Berufungsverfahrens zu Lasten des Kantons Graubünden gehen (PKG 1995 Nr. 5 Erw. 4c). Bei diesem Ergebnis ist der Berufungsklägerin zudem eine ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen (Art. 58 Abs. 3 und 4 EGzZGB). Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin hat seinen Aufwand nicht beziffert, weshalb dieser unter Einbezug des im vorliegenden Fall mutmasslich notwendigen Aufwandes vom Gericht festzulegen ist. Bezüglich des vorinstanzlichen Verfahrens erscheint dem Gericht eine ausseramtliche Entschädigung von insgesamt Fr. 2'500.-- inklusive MwSt und Barauslagen als angemessen. Diese geht zu Lasten des Bezirks A.. Bezüglich des Berufungsverfahrens erscheint eine Entschädigung von insgesamt Fr. 2'000.-- inklusive MwSt und Barauslagen

als gerechtfertigt, welche zu Lasten des Kantons Graubünden geht.

Seite 19 — 19 III.

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