

# GR\_GERICHTE ZK1 2012 12 vom 2. Juli 2012

GR Gerichte, 2012-07-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2012\\_12](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2012_12)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2012 12 du 2 juillet 2012

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2012 12 del 2 luglio 2012

## Regeste

vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren (Kindesschutz) | Eherecht

## Erwägungen

### E. 2

Die Vormundschaftsbehörde der Gemeinde C. wird beauftragt, einen geeigneten Beistand einzusetzen. Die Aufgaben des Beistandes richten sich nach dem Gutachten der KJP Graubünden und den Erwägungen des vorliegenden Entscheides.

### E. 3

(Kosten).

### E. 4

(Rechtsmittelbelehrung).

### E. 5

(Mitteilung).“ Bereits aufgrund der Empfehlungen des Gutachters sei klar, dass eine Erziehungsbeistandschaft anzuordnen sei. Die Kommunikation zwischen den Ehegatten sei nur schwer möglich. Aufgrund der besonderen Wohn- und Arbeitssitua-

Seite 5 — 16 tion sowie der Probleme der jüngeren Tochter sei die Mutter auf Beistand und Unterstützung angewiesen. Der Beistand habe die Eltern dabei zu unterstützen, die Kontakte zwischen ihnen und den Kindern zu regeln. Sobald sich ein Vertrauensverhältnis zwischen ihm und den Kindern gebildet habe, werde sich der Beistand auch mit der Frage der zukünftigen Zuteilung der Kinder noch einmal auseinandersetzen müssen. Die Kinder seien zu ihren diesbezüglichen Wünschen ausdrücklich zu befragen, wobei der Beirat (recte Beistand) vorgängig mit dem Gericht die Möglichkeit einer Mitwirkung abzusprechen habe. H. Dagegen liess der Ehemann am 15. März 2012, eingegangen am 19. März 2012, Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden mit folgendem Rechtsbegehren erheben: „1. Die gehörige Anhörung der Kinder Z. geb. \_\_, und V., geb. \_\_, sei ohne zeitlichen Aufschub unverzüglich, und unabhängig von der Errichtung der Erziehungsbeistandschaft, zu veranlassen. Die Anhörung sei durch den Präsidenten des Bezirksgerichtes B., oder eine Fachperson ausserhalb des KJPD Graubünden vorzunehmen. 2. Eventualiter sei eine Oberexpertise zum Thema Sorgerechtszuteilung in Auftrag zu geben. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsbeklagten.“ I. In der Berufungsantwort der Ehefrau vom 28. März 2012, eingegangen am 29. März 2012, wurden folgende Anträge gestellt: „1. Die Berufungsbeklagte widersetzt sich dem Antrag auf Anhörung der Kinder Z., geb. 2 Juni 2001, und V., geb. 17. Juli 2003, durch den Präsidenten des Bezirksgerichtes B. oder eine Fachperson nicht. 2. Auf den eventualiter gestellten Antrag auf Anordnung einer Oberexpertise zum Thema Sorgerechtszuteilung

sei nicht einzutreten. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsklägers.“ Auf die Begründung der Anträge sowie auf den angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1. a) Y. hat gegen den Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten B. vom 5. März 2012 entsprechend der Rechtsmittelbelehrung in Ziff. 4 des betreffenden Dispositivs fristgerecht Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO beim Kantonsgericht von Graubünden erhoben. Das Rechtsmittel der Berufung ist gemäss Art. 308 Abs. 1

Seite 6 — 16 lit. b ZPO gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich gegeben. Vorliegend lautet der Antrag von Y. indessen nicht auf Aufhebung oder Änderung der im angefochtenen Entscheid als vorsorgliche Massnahme angeordneten Erziehungsbeistandschaft. Vielmehr werden die sofortige Anhörung der Kinder durch den Gerichtspräsidenten oder allenfalls durch eine geeignete Fachperson sowie eventuell die Anordnung eines Obergutachtens und damit zusätzliche Prozesshandlungen im Hauptverfahren beantragt. Gegen die Ablehnung von Prozesshandlungen ist jedoch nicht die Berufung zu ergreifen, sondern es wäre Beschwerde im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO zu führen. Gemäss letzterer Bestimmung ist gegen prozessleitende Verfügungen die Beschwerde zulässig, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. b) Steht für die vorliegend gestellten Anträge die Berufung nicht zur Verfügung, stellt sich die Frage, ob die Eingabe von Y. als Beschwerde entgegenzunehmen und zu behandeln ist (sog. Konversion des Rechtsmittels). Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung schadet die falsche Bezeichnung eines Rechtsmittels nicht, sofern sämtliche Sachurteilsvoraussetzungen des Rechtsmittels, das hätte eingereicht werden müssen, erfüllt sind. Dies gilt selbst dann, wenn die Eintretensvoraussetzungen des statthaften Rechtsmittels an sich enger umschrieben sind als diejenigen des eingereichten, aber die erhobenen Rügen diesen Voraussetzungen entsprechen (vgl. BGE 134 III 279; Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, D./Basel/Genf 2010, N 51 vor Art. 308 – 318 mit Hinweisen; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, D./St. Gallen 2011, N 67 vor Art. 308 – 324). Nach Art. 7 Abs. 1 EGzZPO beurteilt das Kantonsgericht als Rechtsmittelinstanz zivilrechtliche Berufungen und Beschwerden. Die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichtes für die Beurteilung der gestellten Anträge ist somit gegeben. Ferner wurde die Eingabe innert der für die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen massgeblichen Frist von 10 Tagen schriftlich und begründet unter Beilage des angefochtenen Entscheids eingereicht (Art. 321 Abs. 2 und 3 ZPO). Da folglich sämtliche Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind, ist die als Berufung bezeichnete Eingabe von Y. als Beschwerde zu beurteilen. Die Beurteilung der Berufung als Beschwerde hat prozessrechtliche Konsequenzen, die es nachfolgend zu klären gilt. ba) Zunächst ist die Kognition hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung bei der Beschwerde im Vergleich zur Berufung enger gefasst. Es können mit diesem Rechtsmittel nur qualifizierte Fälle, nämlich offensichtlich unrichtige Sachverhalts-

Seite 7 — 16 feststellungen gerügt werden (Art. 320 lit. b ZPO). Grundsätzlich die gleiche umfassende Kognition besteht dagegen hinsichtlich der Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO), welche nach einhelliger Lehre auch die Kontrolle der Angemessenheit mit einschliesst. Für Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz somit die gleiche Kognition wie die Vorinstanz (vgl. Blickenstorfer, a.a.O., N 4 f. zu Art. 320; Freiburghaus/Afheldt, in:

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, D./Basel/Genf 2010, N 4 zu Art. 320). Die Kognition ist folglich hinsichtlich der Rechtsanwendung weiter gefasst als bisher bei Beschwerden gemäss Art. 232 ZPO-GR, welche nur bei einer Gesetzesverletzung und damit auch bei Ermessensmissbrauch und Ermessensüberschreitung, nicht aber bei Unangemessenheit ergriffen werden konnte (vgl. Urteile des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 11 88 vom 10. Januar 2012, E. 2, sowie ZK2 11 55 vom 13. Dezember 2011, E. 3). Sie ist jedoch gleich umfassend wie bei der früheren Beschwerde gemäss Art. 237 ZPO-GR, welche nach der Praxis des Kantonsgerichtes eine volle, auch die Frage der Angemessenheit einschliessende Überprüfung von Präsidialverfügungen ermöglichte (vgl. hierzu PKG 2006 Nr. 10 E. 2). Bei der Überprüfung der Angemessenheit ist gemäss Lehre und Rechtsprechung jedoch eine gewisse Zurückhaltung geboten. Die Rechtsmittelinstanz darf ihr Ermessen gegebenenfalls zwar an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzen, die freie Überprüfungsbefugnis hindert sie aber nicht daran, in Ermessensfragen einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Der Vorinstanz kann somit die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen werden. Einzugreifen ist erst bei einer unangemessenen Entscheidung. Dabei ist Unangemessenheit dann gegeben, wenn ein gerichtlicher Entscheid – welcher innerhalb des gerichtlichen Ermessensspielraums liegt und zudem in Ausübung des dem Gericht zukommenden Ermessensspielraums getroffen wurde – auf sachlichen Kriterien beruht, unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des konkreten Falles aber dennoch als unzweckmässig erscheint (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, D./Basel/Genf 2010, N 36 zu Art. 310). Die erwähnte Zurückhaltung bei der Überprüfung der Angemessenheit darf jedenfalls nicht so weit gehen, dass erst bei Ermessensüberschreitungen eingegriffen würde, also dann, wenn die Bandbreite zulässiger Ermessensentscheide nach oben oder nach unten verlassen wird (vgl. zum Ganzen auch BGE 123 II 210 E. 2a sowie 130 II 449 E. 4.1 mit Hinweisen). Bei Fragen der Prozessleitung einschliesslich der Beweisabnahme belässt die Prozessordnung dem instruierenden Richter regelmässig einen grossen Entscheidungsspielraum; dieser bestimmt im Rahmen der Prozessordnung frei, in

Seite 8 — 16 welcher Reihenfolge über anstehende Fragen entschieden wird bzw. ob und zu welchem Zeitpunkt beantragte Beweise abgenommen werden. Gleich wie bei Kostenbeschwerden (vgl. zu dieser Thematik die bereits zitierten Urteile des Kantonsgerichtes von Graubünden ZK1 11 88, E. 2, und ZK2 11 55, E. 3) übt das Kantonsgericht daher auch bei der Überprüfung von prozessleitenden Verfügungen die gebotene Zurückhaltung. bb) Im Gegensatz zu vorsorglichen Massnahmen, die vorbehältlich eines zu geringen Streitwertes mit Berufung anfechtbar sind, ist die Beschwerde gegen prozessleitende Verfügungen ausser in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) nur gegeben, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Gegen prozessleitende Verfügungen, welche nicht unter Ziff. 1 fallen, soll eine selbständige Anfechtung erschwert sein, denn der Gang des Prozesses soll nicht unnötig verzögert werden (Blickenstorfer, a.a.O., N 39 zu Art. 319). Beim drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 13 zu Art. 319). Unklar und in der Literatur umstritten ist, ob der drohende Nachteil im Anschluss an die zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ergangene

bundesgerichtliche Rechtsprechung rechtlicher Natur sein muss, also auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht mehr behoben werden könnte (vgl. BGE 137 III 380 E. 1.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 7 zu Art. 319; Gehri, in: Gehri/Kramer [Hrsg.], ZPO Kommentar, D. 2010, N 3 zu Art. 319), oder ob auch ein drohender Nachteil tatsächlicher Natur genügt (so Blickenstorfer, a.a.O., N 39 zu Art. 319; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, D. 2010, S. 470; wohl ebenso Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 14 f. zu Art. 319, die ausserhalb der drohenden Nachteile rechtlicher Natur offenbar voraussetzen, dass die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird). Die noch eher spärliche kantonale Praxis scheint das Drohen tatsächlicher Nachteile genügen zu lassen (so auch das Urteil der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 11 41 vom 6. Oktober 2011 E. 2.a). Verlangt wird immerhin ein erheblicher Nachteil, wobei das Eintreten auf die Beschwerde unter dem Aspekt der Interessen des Beschwerdeführers abzuwägen ist gegen die Verzögerung des Verfahrens, welcher mit der Beschwerde verbunden ist (vgl. Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich PF110056-O/U vom 11. Oktober 2011). Die Berufung auf die Pro-

Seite 9 — 16 zessökonomie kann daher in der Regel für sich alleine nicht ausreichen, um einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zu begründen (Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich PC110049-O/U vom 31. Januar 2012). Auf der anderen Seite dürfte die Voraussetzung des voraussichtlich nicht behebbaren Nachteils bei einzelnen Kategorien verfahrensleitender Verfügungen, so etwa bei Entscheiden über die aufschiebende Wirkung, in aller Regel erfüllt sein (Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich PQ110007-O/U vom 18. August 2011, E. 3). bc) Als weitere Unterschiede im Vergleich zum Berufungsverfahren sind schliesslich die Rügepflicht gemäss Art. 321 ZPO sowie das umfassende Novenverbot gemäss Art. 326 ZPO zu nennen. Gemäss Letzterem sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Die Bestimmung umfasst sowohl echte als auch unechte Noven und gilt insbesondere auch in Verfahren, welche der Untersuchungsmaxime unterstehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3; Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326). Dies entspricht dem Charakter der Beschwerde, welche keine Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses ermöglichen – der Untersuchungsgrundsatz dient dort der Findung der materiellen Wahrheit –, sondern sich auf eine blosser Rechtskontrolle des angefochtenen Entscheides beschränken soll (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326). Schliesslich gilt im Beschwerdeverfahren wie erwähnt die Rügepflicht (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdeführer hat in der Beschwerdeschrift daher darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet und auf welche Beschwerdegründe er sich beruft (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 15 zu Art. 321). Ungeachtet dieser Begründungspflicht hat allerdings der Richter (auch) im Beschwerdeverfahren das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Leuenberger/Uffertobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 12.68 i.V.m. N 4.52, N 12.40 f. und N 12.50). 2. Der Beschwerdeführer stellt eventualiter den Antrag, es sei eine Oberexpertise zum Thema Sorgerechtszuteilung in Auftrag zu geben. Diesbezüglich weist die Beschwerdegegnerin zu Recht darauf hin, dass vor der Vorinstanz noch (ausdrücklich) keine Oberexpertise beantragt worden war. Folglich konnte dieser Antrag auch nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheides sein. Das Kantonsgericht fungiert – abgesehen von hier nicht gegebenen Ausnahmen – nur als

Rechtsmittelinstantz. Für dessen Anrufung ist daher das Vorliegen eines vor- instanzlichen Entscheides über die Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens bildende Streitfrage vorausgesetzt. Auch aus der bei Kinderbelangen geltenden Offi-

Seite 10 — 16 zialmaxime kann hierzu nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Folglich ist der genannte Eventualantrag des Beschwerdeführers als unzulässiger neuer Antrag zu qualifizieren, weshalb insoweit auf die Beschwerde von vornherein nicht eingetreten werden kann. 3. Primärer Antrag des Beschwerdeführers ist die sofortige Anhörung der beiden Kinder durch den verfahrensleitenden Bezirksgerichtspräsidenten oder durch eine Fachperson. a) aa) Den Antrag auf unverzügliche Kindesanhörung hatte der Beschwerdeführer bereits in seiner Stellungnahme vom 20. Januar 2012 zum Gutachten der KJP Graubünden vom 16. Dezember 2011 gestellt. Im angefochtenen Entscheid des Bezirksgerichtspräsidiums B. vom 5. März 2012 betreffend vorsorglicher Massnahmen (Kindesschutz) wurde der vom Beschwerdeführer gestellte Antrag nicht explizit abgelehnt. So findet sich insbesondere im Dispositiv keine entsprechende Anordnung. Es ist deshalb fraglich, ob in diesem Punkt überhaupt ein Anfechtungsobjekt gegeben ist. Aus den Erwägungen des angefochtenen Entscheides kann jedoch immerhin eine implizite Ablehnung abgeleitet werden, da anstelle der beantragten sofortigen Anhörung durch den Bezirksgerichtspräsidenten selber oder eine Fachperson der eingesetzte Erziehungsbeistand mit der Prüfung dieser Frage beauftragt wird. So wird ausgeführt, der Beistand werde sich mit der Frage der künftigen Zuteilung der Kinder noch einmal auseinandersetzen müssen, wobei die Kinder zu ihren diesbezüglichen Wünschen ausdrücklich zu befragen seien. Soweit damit das Bestehen eines Anfechtungsobjektes zu bejahen ist, stellt sich die Frage, ob auch die zusätzliche Eintretensvoraussetzung des nicht leicht widergutzumachenden Nachteils erfüllt ist. ab) Der Beschwerdeführer hat sich diesbezüglich in der Berufungsschrift infolge des fälschlich gewählten Rechtsmittels nicht geäußert. Immerhin wird jedoch in der eingereichten Rechtschrift explizit auf die zeitliche Dringlichkeit der Kindesanhörung hingewiesen und geltend gemacht, aufgrund der negativen Entwicklung der Kinder in der jetzigen Situation ergebe sich die Notwendigkeit, baldmöglichst die für die Kinder richtige Lösung zu finden. Insofern dürfte damit der Rügepflicht gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO Genüge getan worden sein. Soweit Kinderbelange zur Diskussion stehen und aufgrund der Umstände des konkreten Falles allenfalls auch von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen (Kindesschutzmassnahmen) zu ergreifen sind, gilt generell das Beschleunigungsgebot: 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

Seite 11 — 16 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, in: Honnold/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel 2006, N 6 zu Art. 314/314a). Es besteht generell die Gefahr, dass mit zunehmender Dauer des Verfahrens durch den Zeitablauf tatsächliche Verhältnisse geschaffen werden, welche einer späteren Änderung entgegenstehen können. Wenn das Kindeswohl in Frage steht, ist ein durch Zeitablauf bedingter Nachteil nach dem Gesagten damit eher als ausreichend zu erachten (vgl. auch Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich PQ110007-O/U vom 18. August 2011, E. 3, allerdings zur Frage der aufschiebenden Wirkung eines

Rechtsmittels). Letztlich muss diese Frage vorliegend jedoch nicht abschliessend beantwortet werden, da die Beschwerde – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – ohnehin abzuweisen ist. b) Gemäss Art. 298 ZPO wird das Kind durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen. Vormalig war die gesetzliche Pflicht zur Kindesanhörung in Art. 144 Abs. 2 ZGB geregelt. Das Anhörungsrecht der Kinder stellt einen Ausfluss aus dem Persönlichkeitsrecht dar. Motivation der Anhörung ist primär die Respektierung der Persönlichkeit (BGE 131 III 553 E. 1.1; Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, D./Basel/Genf 2010, N 8 f. zu Art. 298). Durch die Kindesanhörung soll das Gericht einerseits ein für seine Entscheidung wesentliches Erkenntnismittel erhalten, andererseits soll dem Kind gezeigt werden, dass seine Wünsche und Bedürfnisse ernst genommen werden und in die Entscheidung miteinflussen werden (Schweighauser, a.a.O., N 11 f. zu Art. 298; BGE 131 III 553 E. 1.1). Nach dem Wortlaut der Bestimmung stehen die Anhörung durch den Richter selbst und diejenige durch eine beauftragte Drittperson auf der gleichen Stufe. Sinn und Zweck der Bestimmung gebieten aber, dass die Anhörung grundsätzlich durch eine Gerichtsperson zu erfolgen hat, da die unmittelbare Kommunikation das zentrale Moment des Instituts darstellt. Dennoch sollen die vom Gesetz gewährten Spielräume nicht unnötig beschränkt werden: Während der Anhörung durch den urteilenden Richter der Vorzug der Unmittelbarkeit inwohnt, wird dieser oft weniger an spezifischer Ausbildung und Erfahrung aufweisen als eine Fachperson (BGE 133 III 553 E. 4; 127 III 295 E. 2a und 2b; Schweighauser, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 298; Pra 2001 Nr. 193 = BGE 127 III 295). Von wiederholten Anhörungen ist abzusehen, wo dies für das Kind eine unzumut-

Seite 12 — 16 bare Belastung bedeuten würde, was namentlich bei akuten Loyalitätskonflikten der Fall sein kann, und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären oder der erhoffte Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis zu der durch die erneute Befragung verursachten Belastung stünde (BGE 133 III 553 E. 4). Diesfalls hat der Richter bei seiner Entscheidung auf die Ergebnisse der Anhörung durch die Drittperson abzustellen. Ausschlaggebend muss sein, dass es sich beim Dritten um eine unabhängige und qualifizierte Fachperson handelt, dass das Kind zu den entscheidungsrelevanten Punkten befragt worden ist und dass die Anhörung bzw. deren Ergebnis aktuell ist (BGE 133 III 553 E. 4). Die Art und Weise der Anhörung hängt vom Alter und der Entwicklung des Kindes ab (Schweighauser, a.a.O., N 21 zu Art. 298 mit diversen Hinweisen). Sowohl die Art und Weise als auch die Bestimmung des richtigen Zeitpunktes im Laufe des Verfahrens liegen im Ermessen des Gerichts. Das Alter des Kindes, aber auch andere wichtige Gründe können es rechtfertigen, dass von einer Anhörung abgesehen wird. Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, eine Altersgrenze ins Gesetz aufzunehmen. Das Bundesgericht hat unter umfassender Würdigung der umfangreichen Judikatur und aller Lehrmeinungen und namentlich auch unter Hinweis auf kinderpsychologische Fachliteratur die Altersgrenze im Sinne einer Richtlinie auf sechs Jahre festgesetzt (BGE 131 III 553 E. 1.2). Verzichtet werden kann etwa bei einer Ablehnung der Anhörung durch das Kind oder bei besonderer Dringlichkeit der Anordnungen. Schliesslich würde es keinen Sinn machen, ein Kind anzuhören, das geistig behindert oder in seiner Entwicklung in einer Weise retardiert ist, dass seinen Ausführungen kein Aussagegewicht beigemessen werden könnte (BGE 131 III 553 E. 1.3.1). c) ca) Der Beschwerdeführer beantragt die sofortige Anhörung der beiden Kinder durch den Bezirksgerichtspräsidenten oder durch

eine Fachperson. Zunächst gilt es festzustellen, dass die Kinder durch den Gutachter bereits befragt wurden. Dass es sich bei Dr. med. K., Oberarzt der KJPD Graubünden, um eine unabhängige und qualifizierte Fachperson handelt, kann nicht bezweifelt werden und wurde auch nicht vorgebracht. Er hat die beiden Mädchen zudem zu den entscheidenden Punkten – insbesondere auch zur Zuteilung der elterlichen Sorge und einem allfälligen Umzug in die Heimat des Vaters nach F./G. – befragt und die Anhörung bzw. deren Ergebnis kann immer noch als aktuell bezeichnet werden. Das Gutachten erweist sich als ausführlich, frei von Widersprüchen, es bezieht alle wesentlichen Aspekte mit ein und die Schlussfolgerungen sind nachvollziehbar. Es basiert auf einer fundierten Grundlage, namentlich auf mehrstündigen Befragungen der Eltern, Interaktionssitzungen mit den Kindern und jeweils einem Elternteil

Seite 13 — 16 sowie Hausbesuchen sowohl beim Vater in A. als auch bei der Mutter in C. Bei diesen Hausbesuchen wurden sodann auch die Kinder vom Gutachter befragt (vgl. Gutachten der KJP Graubünden vom 16. Dezember 2011, S. 2 und 15). Die Pflicht zur Anhörung der Kinder ist vorliegend nach dem Gesagten durch die erfolgte Anordnung eines Gutachtens bereits erfüllt worden. Soweit dennoch zusätzliche Abklärungen zum Kindeswillen erforderlich sein sollten, was der Bezirksgerichtspräsident entsprechend dem angefochtenen Entscheid zu bejahen scheint, steht es in seinem Ermessen, anstelle einer persönlichen Anhörung durch ihn selbst den bereits aus anderen Gründen zu ernennenden Erziehungsbeistand hiermit zu beauftragen. Die Anhörung durch den urteilenden Richter persönlich hätte zwar wie dargelegt den Vorteil der Unmittelbarkeit, jedoch sind im vorliegenden Fall von einer direkten Konfrontation der Kinder mit der Fragestellung, ob sie lieber beim Vater oder bei der Mutter aufwachsen möchten, keine verwertbaren Ergebnisse zu erwarten. Das Alter der Kinder – die ältere Tochter ist mittlerweile elf und die jüngere neun Jahre alt – spricht zwar nicht gegen eine (erneute) Anhörung. Die jüngere Tochter ist jedoch aufgrund des gutachterlich festgestellten Entwicklungsrückstandes von einer direkten Befragung durch eine ihr fremde Person klar überfordert und es wären von einer solchen jedenfalls keine neuen Erkenntnisse zu erwarten. Neuropsychologisch wurden bei V. stark ausgeprägte Defizite in verschiedenen Bereichen festgestellt. Einerseits bestehe eine klare Hirnfunktionsschwäche, andererseits aber auch ein abgrenzbares, bedeutsames Entwicklungsdefizit (vgl. Gutachten S. 3 f., S. 17, S. 21 sowie als Beilage zum Gutachten der neuropsychologische Bericht von lic. phil. S., Fachpsychologin für Neuropsychologie FSP, KJP Graubünden, vom 6. Mai 2011). Zusammenfassend führte der Gutachter aus, V. verstehe nicht, dass eine bedeutsame Entscheidung für die Zukunft anstehe und es darum gehe, welcher Elternteil Obhut und Sorge übernehmen solle (vgl. Gutachten S. 21). Die ältere Tochter wiederum hat klar signalisiert, dass sie sich nicht direkt zur Zuteilungsfrage äussern will. Auf die explizite Frage, bei wem sie leben wolle, habe sie konsistent mit „ich weiss nicht“ geantwortet. Sie habe es damit gezielt vermieden, ein Urteil zu fällen und eine Entscheidung zwischen Vater und Mutter zu fällen. Klar geäußert habe sie hingegen, dass sie nicht nach F./G. ziehen wolle und ihr die aktuelle Umgebung in C. mit Schule und Kolleginnen Stabilität und Sicherheit biete (vgl. Gutachten S. 15 und 21). Auch bei der älteren Tochter wären daher von einer erneuten direkten Befragung durch den Bezirksgerichtspräsidenten keine neuen Erkenntnisse zu erwarten. In dieser speziellen Situation und unter diesen Voraussetzungen ist die (neuerliche) Eruiung des Kindeswillens durch einen fachlich geschulten Beistand, welcher zudem

Seite 14 — 16 zunächst ein Vertrauensverhältnis zu den Mädchen wird aufbauen können, jeden- falls zweckmässiger als die lediglich punktuelle Befragung durch den Richter. cb) Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass der bei einer allfälligen richterli- chen Befragung geäusserte Kindeswunsch hinsichtlich der Frage der Obhuts- und Sorgerechtszuteilung ohnehin noch nicht zur Spruchreife führen würde, da dieser lediglich einen Aspekt darstellt und sich nicht als alleine massgebend erweist. So werden sich beispielsweise auch die Beobachtungen des Beistandes zur aktuellen Situation im Elternhaus der Mutter als wesentlich erweisen. Im Hauptverfahren ist noch nicht einmal der Schriftenwechsel erfolgt und bis anhin wurde auch kein Ge- such um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt. Trotz gewisser, festgestellter Einschränkungen in der Erziehungsfähigkeit der Mutter scheint sich vorliegend ein vorsorglicher Obhutswechsel nicht aufzudrängen, zumal auch eine gewisse Ein- schränkung der Erziehungsfähigkeit des Vaters gutachterlich festgestellt wurde. Ein (vorsorglicher) Obhutswechsel würde zudem einen Umzug nach F./G. und damit grundlegende, einschneidende Änderungen im gefestigten Alltag der Kinder bedeuten. Eine unmittelbare Gefährdung des Kindeswohls ist im jetzigen Zeitpunkt ebenfalls nicht erkennbar. Insbesondere ist heute im Vergleich zur Situation im Zeitraum der durch die Vormundschaftsbehörde A. veranlassten Abklärungen – damals waren deutliche Zeichen der Überforderung und Überlastung bei der Kindsmutter festgestellt worden (vgl. Abklärungsbericht der KJP Graubünden be- züglich V. vom 24. März 2011, S. 5) – die nötige Unterstützung der Mutter bei der Betreuung und Erziehung der Kinder gewährleistet. So werden die Kinder durch die Eltern der Mutter mitbetreut, was eine deutliche Entlastung mit sich bringt, und es ist zudem eine Kontrolle und Unterstützung durch den Erziehungsbeistand ge- geben. Insgesamt besteht damit keine zeitliche Dringlichkeit für eine ergänzende erneute Kindesanhörung. cc) Schliesslich bleibt anzumerken, dass auch die Tatsache, dass die Be- schwerdegegnerin ihrerseits nichts gegen eine Anhörung der Kinder einwendet, nicht zur Gutheissung der Beschwerde in diesem Punkt führen kann. In Kinderbe- langen besteht keine Bindung an (übereinstimmende) Parteianträge. Unabhängig der Anträge der Eltern bleibt der Entscheid über den Zeitpunkt und die Form einer Kindesanhörung dem prozessleitenden Richter überlassen. Damit erweist sich der angefochtene Entscheid als rechtmässig und die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Seite 15 — 16 4. a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten entsprechend Art. 106 Abs. 1 ZPO zu Lasten des unterliegenden Beschwerdeführers. Im Weite- ren hat der Beschwerdeführer aufgrund seines Unterliegens die Beschwerdegeg- nerin entsprechend der eingereichten Honorarnote, welche in Berücksichtigung des notwendigen Aufwandes als angemessen zu qualifizieren ist und hinsichtlich des in Rechnung gestellten Stundenansatzes von Fr. 250.-- den gesetzlichen An- forderungen entspricht (vgl. Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [HV; BR 310.250] in Verbindung mit der im Berufungsverfahren eingelegten Honorarver- einbarung [act. C.1]), mit Fr. 857.45 (inkl. Barauslagen und MwSt) zu entschädi- gen. b) Der Beschwerdegegnerin wurde mit Verfügung der Vorsitzenden der I. Zi- vilkammer vom 29. Juni 2012 die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (ERZ 12 118). Für den Fall der Uneinbringlichkeit der ihr zugesprochenen Parteientschädi- gung ist daher die aus der Gerichtskasse zu leistende Entschädigung der unent- geltlichen Rechtsvertretung festzusetzen (Art. 122 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 12 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]). Dabei gilt es zu beachten, dass für die

Bemessung der letzteren ein Stundenansatz von Fr. 200.-- anzuwenden ist (Art. 5 HV). Bei einem berechtigten Aufwand von 3:05 h, einer Kleinspesenpauschale von 3 % sowie 8 % MWSt resultiert demnach ein Betrag von Fr. 686.--. Mit der allfälligen Zahlung aus der Gerichtskasse geht der Anspruch auf die Parteientschädigung auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Seite 16 — 16 III.

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