

GR_GERICHTE ZK1 2013 28 vom 3. Februar 2014

GR Gerichte, 2014-02-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2013_28

FR: GR_GERICHTE ZK1 2013 28 du 3 février 2014

IT: GR_GERICHTE ZK1 2013 28 del 3 febbraio 2014

Regeste

Erlass vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsverfahren | Berufung ZGB Eherecht

Erwägungen

E. 2

Bereits wenige Tage nach der Geburt des Kindes kam es zwischen den Parteien zu Auseinandersetzungen, in deren Folge sich X._____ mit dem Kind für rund zehn Tage auf der Mutter-Kind-Station der Psychiatrischen Klinik B._____ aufhielt. Noch während des Klinikaufenthaltes versuchte sie mit anwaltlicher Unterstützung beim zuständigen Zivilstandsamt eine Namensänderung für ihren Sohn durchzusetzen. Zudem informierte sie die Fremdenpolizei über die Trennung und beabsichtigte Scheidung, was dazu führte, dass die Aufenthaltsbewilligung des Ehemannes mit Verfügung vom 18. April 2011 widerrufen wurde und ihm nach erfolglos gebliebener Anfechtung bis vor Bundesgericht schliesslich Frist zum Verlassen der Schweiz bis zum 17. Juli 2012 angesetzt wurde. Da Y._____ dieser Aufforderung keine Folge leistete, wurde er am 27. November 2012 in Ausschaffungshaft genommen, welche zwischenzeitlich wiederholt verlängert wurde.

E. 2.1

(= Pra 2013 Nr. 26) für eine Geltung dieser Novenbeschränkung ausgesprochen. In der Folge schloss sich die I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden, welche bis dahin gestützt auf die Mehrheit der deutschsprachigen Kommentatoren Art. 317 ZPO in von der Untersuchungsmaxime beherrschten Verfahren als nicht anwendbar betrachtet und namentlich in Verfahren nach Art. 276 ZPO sowohl echte als auch unechte Noven bis zur Urteilsberatung zugelassen hatte, grundsätzlich der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung an. Ausdrücklich offengelassen wurde indessen die Frage einer analogen Anwendbarkeit von Art. 229 Abs. 3 ZPO in Verfahren betreffend Kinderbelange (vgl. Urteil ZK1 12 18 vom 8. Mai 2013 E. 2.3 sowie zuletzt Urteil ZK1 13 39 vom 19. November 2013 E. 2 mit Hinweisen auf die der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erwachsenen Kritik, welcher sich neuerdings auch Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, Rz. 1264a, angeschlossen hat). Diese braucht auch vorliegend nicht abschliessend beantwortet zu werden. Von untergeordneter Bedeutung ist die Streitfrage für Tatsachen und Beweismittel, die erst im Verlaufe des Berufungsverfahrens eingetreten bzw. entstanden sind. Solche echten Noven können und müssen (jedenfalls bei ungesäumter Einbringung) bis zur Urteilsberatung berücksichtigt werden. Neue Vorbringen und Beweismittel der Parteien, die sich auf vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetretene Umstände beziehen, unterlägen bei Anwendung von Art. 317 ZPO hingegen der Voraussetzung der fehlenden Möglichkeit zur früheren Einbringung, um als rechtzeitig zu gelten und – soweit auch die weiteren Voraussetzungen der Erheblichkeit und der Notwendigkeit gegeben sind – ein Recht auf deren Abnahme zu begründen. Unabhängig

davon eröffnet Art. 316 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit Art. 296 ZPO dem Berufungsgericht aber die Möglichkeit, von sich aus Beweise zu den als erheblich erachteten Umständen abzunehmen bzw. den Sachverhalt in als wesentlich erachteten Punkten abzuklären (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1 [= Pra 2013 Nr. 4] sowie das Urteil des Obergerichts Zürich LY120018 vom 7. Februar 2013). Diese Möglichkeit besteht namentlich, wenn dem erstinstanzlichen Gericht eine Verletzung der Untersuchungsmaxime vorzuwerfen ist und sich keine Rückweisung im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO aufdrängt. Unter diesem Aspekt können auch Umstände, die von den Parteien trotz Kenntnis im erstinstanzlichen Verfahren nicht thematisiert wurden, berücksichtigt werden. In jedem Fall abgelehnt werden können dagegen Beweisanträge, die sich auf unerhebliche, unstrittige oder bereits ausreichend abgeklärte Umstände beziehen. Letzteres gilt für die zahlreichen vom

Seite 14 — 28 Berufungsbeklagten in der Vernehmlassung vom 24. Oktober 2013 gestellten Ediktions- und Begutachtungsanträge, welche nach dem Gesagten abzuweisen sind. 3. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid (E. 6 S. 12 f.) die rechtlichen Grundlagen der Regelung des persönlichen Verkehrs sowie die Voraussetzungen für dessen Verweigerung oder Entzug zutreffend dargelegt, weshalb an dieser Stelle auf eine Wiederholung verzichtet und stattdessen auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden kann. Richtig ist namentlich, dass die Regelung des persönlichen Verkehrs im Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen nach denselben Kriterien zu erfolgen hat wie im Hauptverfahren und demzufolge auch eine Sistierung des Besuchsrechts nur unter den Voraussetzungen von Art. 274 Abs. 2 ZGB, d.h. wenn und solange dessen Ausübung das Kindeswohl selbst unter Auflagen gefährden würde, zulässig ist. a. Die Vorinstanz zog in Erwägung, der Kindsvater habe sich anlässlich der begleiteten Besuchstage vom 1. und 14. Mai 2011 sowie vom 5. Juni 2011 gemäss den glaubhaften Schilderungen von C._____ wohl etwas sonderbar benommen, doch könne nicht gesagt werden, dass er damit das Kindeswohl schwer und nachhaltig beeinträchtigt hätte. Der am _____2010 geborene A._____ dürfte von der ganzen Aufregung erfahrungsgemäss denn auch wenig mitbekommen, geschweige denn Schaden genommen haben. Offensichtlich habe sich der Ehemann mit den in der KJBE herrschenden Sitten und Regeln sowie dem Umstand im Allgemeinen, dass sich seine Frau von ihm getrennt habe, schwer getan, nicht aber mit dem Umgang mit A._____. Gründe, wonach dem Ehemann ein Besuchsrecht zu verweigern wäre, weil Besuche dem Kindeswohl von A._____ abträglich wären, mache auch Kinderarzt D._____ nicht geltend, so dass sich eine Sistierung des begleiteten Besuchsrechts nicht länger aufrechterhalten lasse. Schliesslich lasse sich eine Sistierung des Besuchsrechts auch nicht mit dem Hinweis begründen, der Ehemann befinde sich in Ausschaffungshaft, zumal er ja nicht deshalb inhaftiert sei, weil er A._____ etwas angetan hätte. Zwar habe der Vater seinen Sohn schon etwas vernachlässigt, indem er A._____ für einen längeren Zeitraum keine schriftlichen/postalischen Mitteilungen und/oder elektronischen Botschaften habe zukommen lassen, doch hätten diese Unterlassungen nicht ein Mass angenommen, das es rechtfertigen würde, dem Vater heute noch das begleitete Besuchsrecht zu streichen (E. 6.1 S. 13 f.). Damit stehe die Frage im Raum, wie denn das begleitete Besuchsrecht vollzogen werden können soll, nachdem die KJBE nicht mehr bereit sei, die begleiteten Besuchstage wieder aufzunehmen. Diese Frage lasse sich wohl am besten beantworten und somit das Besuchsrecht regeln, wenn für A._____ gestützt auf Art. 308 Abs. 2 ZGB eine Beistandschaft zur

Seite 15 — 28 Regelung des persönlichen Verkehrs errichtet werde. Mit dem Vollzug dieser An- ordnung werde die KESB Prättigau/Davos beauftragt. Die Einrichtung einer sol- chen Beistandschaft erscheine auch vor dem Hintergrund sinnvoll, dass erweiterte Absprachen ohnehin nötig seien, solange sich der Ehemann in Ausschaffungshaft befinde (E. 6.2 S. 14). b. Die Berufungsklägerin wirft dem Vorderrichter vor, im angefochtenen Ent- scheid weder die Entwicklung von A._____ seit Juni 2011 noch dessen besondere Entwicklungssituation gewürdigt zu haben; ebenso wenig seien hierzu irgendwel- che Abklärungen getroffen worden. Zu berücksichtigen gelte es vorliegend auch den Umstand, dass der Kindsvater in Ausschaffungshaft sitze. Sobald die benötig- ten Papiere vorlägen, werde er sofort und ohne Möglichkeit der Rückkehr ausser Landes geschafft. Einem Ausschaffungshäftling sei wohl der mündliche und schriftliche Kontakt zu seinen Angehörigen gestattet, eine aktive Besuchsgestal- tung gegen den Willen der Angehörigen im Ausschaffungstrakt sei hingegen völlig unpraktikabel. Zwar bestehe dort ein Besucherraum, indes sei nicht vorgesehen, dass dort betreute Besuche stattfänden, zu denen Kleinkinder gegen deren Willen und gegen den Willen ihrer Mütter hingebacht würden. Es sei auch nicht mit dem Kindeswohl des mittlerweile 3-jährigen A._____ vereinbar, ihn ohne Beisein seiner Mutter von amtsbestimmten Personen ins Gefängnis zu bringen, um ihn dort ei- nem ihm völlig unbekanntem Mann, der seine Sprache nicht spreche, in den Arm zu reichen. Das Kind würde in seiner behutsam gepflegten Entwicklung in gros- sem Masse gestört und traumatisiert. Hinzu komme, dass der Kindsvater noch keine Minute für sein Kind da gewesen sei, sondern es einzig überall für todkrank erkläre. Der angefochtene Entscheid "verniedliche" sodann die Haltung und das Verhalten des Berufungsbeklagten, weil der Vorderrichter den Haftgrund verken- ne. So sitze der Berufungsbeklagte in Ausschaffungshaft, weil er sich durch seine völlige Renitenz gegenüber jeder Behörde auszeichne. Er anerkenne keine einzi- ge Autorität, sei völlig uneinsichtig und nicht imstande, sich zu fügen. Ausserdem werde verkannt, dass gegen ihn sehr wohl ein Strafverfahren laufe, weil er ver- schiedentlich gedroht habe, seinen Sohn A._____ der Mutter zu entreissen und ihn nach L.2_____ zu entführen, um ihn dort "medizinisch behandeln zu lassen". Es bestehe somit eine hochgradige Gefahr für A._____, entführt und misshandelt zu werden. Eine Zusammenführung von A._____ mit seinem Vater hätte mithin eine erhebliche Gefährdung des Kindeswohls zur Folge. Nach dem Gesagten sei somit die ungestörte körperliche, seelische und sittliche Entfaltung von A._____ auf jeden Fall in Gefahr; diese Gefahr sei auch durch ein nur begrenztes Zusam- mensein mit dem Vater immens. Andere Massnahmen als eine vorübergehende

Seite 16 — 28 Sistierung des Besuchsrechts würden sich im vorliegenden Fall nicht anbieten. Auch die Kindesvertreterin hält dafür, dass es für ein dreijähriges Kind, welches aufgrund seiner Krankheit des besonderen Schutzes bedürfe, nicht zumutbar sei, seinen Vater im Gefängnis besuchen zu müssen, weshalb beantragt wird, die Sis- tierung des Besuchsrechts aufrechtzuerhalten. Das Amt für Migration habe in sei- ner Einschätzung unmissverständlich mitgeteilt, dass für den Berufungsbeklagten aufgrund seines Verhaltens keine kindsgerechten Besuche ermöglicht werden könnten; vielmehr würde ein Besuch von A._____ durchgehend bewacht. Solange der Berufungsbeklagte kein Besuchsrecht habe, sei die Errichtung einer Besuchs- rechtsbeistandschaft nicht notwendig und daher nicht zu errichten. Der Beru- fungsbeklagte wendet dagegen ein, dass das begleitete Besuchsrecht allein auf- grund der unbewiesenen Aussagen der Berufungsklägerin und ihrer Verwandten, welchen zufolge er (der Berufungsbeklagte) die Entführung seines Sohnes nach L.2_____ plane, erwirkt worden sei. Obschon er bereits mehrmals die Gelegenheit gehabt hätte,

A._____ zu entführen, habe er dies jedoch nachweislich nicht getan. Die von der Berufungsklägerin erhobenen Vorwürfe, wonach er kein Verhältnis zu seinem Sohn gepflegt habe, seien absurd; Tatsache sei vielmehr, dass er wider alle Umstände versuche, eine Beziehung zu seinem Kind aufzubauen. Er sei offenkundig sogar bereit, eine für einen unbescholtenen und gesetzestreuen Menschen äusserst demütigende Haft in Kauf zu nehmen. Entgegen den Ausführungen in der Berufung handle es sich bei der Herzerkrankung des Sohnes A._____ nicht um eine Erfindung seinerseits. Tatsächlich sei bei A._____ nämlich neben der Trisomie 21 auch ein sogenannter Vorhofseptikumdefekt diagnostiziert worden, weshalb sein Drängen auf eine fachärztliche Untersuchung nachvollziehbar sei. Abschliessend hält er dafür, dass die in der Berufung vorgebrachten Argumente keinerlei neuen Aspekte oder Beweise enthielten und folglich eine Neubeurteilung nicht erforderlich sei. Diesbezüglich gilt Folgendes: c. Die Anlass zur Sistierung bildenden Vorfälle anlässlich der begleiteten Besuchstage im Mai/Juni 2011 hat der Vorderrichter aufgrund des Berichts von C._____ vom 11. Januar 2013 (act. B.6) als glaubhaft erachtet, diese aber zu Recht nicht als Grund für eine weitere Sistierung des Besuchsrechts gewertet. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, inwieweit die von C._____ beschriebenen Vorkommnisse allenfalls auf Kommunikationsschwierigkeiten und persönliche Antipathien zurückzuführen sind. Dass sie dem Gericht den Herzanfall des Kindes, über den der Berufungsbeklagte sie sofort informiert haben will, unterschlagen würde (vgl. act. A.6 S. 4 f.), ist allerdings kaum wahrscheinlich. Stellt man auf den vorerwähnten, in angefochtenen Entscheidungen ausführlich wiedergege-

Seite 17 — 28 benen Bericht von C._____ ab, hat sich der Berufungsbeklagte gegenüber den Betreuerinnen der BBT ausfällig, unehrlich, unberechenbar und drohend verhalten und jegliche Kooperation mit der Berufungsklägerin vermissen lassen. Auch der Kinderarzt Dr. med. D._____ spricht in seinem Bericht vom 14. Januar 2013 von nicht unerheblicher Druckausübung und als Drohung zu interpretierenden Äusserungen des Berufungsbeklagten. Damit hat sich der Berufungsbeklagte entgegen der vorinstanzlichen Auffassung allerdings nicht bloss "etwas sonderbar", sondern pflichtwidrig verhalten und – soweit er den Herzanfall des Kindes vorgetäuscht haben sollte – das Kind für seinen Kampf gegen die Mutter missbraucht. Die Sistierung war zum damaligen Zeitpunkt unter den gegebenen Umständen somit durchaus gerechtfertigt, umso mehr als die Leitung der KJBE eine weitere Zusammenarbeit bzw. eine Wiederaufnahme der begleiteten Besuchstage ausgeschlossen hat und daher zwingend eine andere Lösung gefunden werden musste. Das in erster Linie gegen die Mutter gerichtete Fehlverhalten des Vaters, welches im Lichte der besonderen Trennungsumstände zu werten ist und zumindest teilweise auch auf seine soziokulturelle Herkunft zurückzuführen ist, erweist sich insgesamt aber nicht als derart gravierend, dass der (begleitete) Kontakt zu seinem Kind für längere Zeit auszusetzen gewesen wäre. Insbesondere ist für das Gericht die in der Berufung heraufbeschworene Gefahr einer Misshandlung des Kindes – etwa durch unerlaubte Verabreichung von Medikamenten – nicht zu erkennen. Der Umgang mit dem Kind selbst wird denn auch im Bericht von C._____ nirgends beanstandet. Diesem zufolge sei auch der letzte Besuch unauffällig verlaufen; so habe der Vater seinen Sohn auf dem Arm gehalten und mit ihm gespielt. Nach der Besuchszeit habe er sich verabschiedet, ihr auf den Rücken geklopft und gesagt, es sei ein guter Besuchstag gewesen. d. Ebenfalls kein Grund für eine weitere Sistierung stellt nach Auffassung des Gerichts sodann das gegen den Berufungsbeklagten laufende Strafverfahren dar, dessen Nichtberücksichtigung mit der Berufung beanstandet wird. Soweit die dort zur Diskussion stehenden Drohungen heute noch auf eine

Entführungsfahr schliessen lassen, wird diese durch die Anordnung eines begleiteten Besuchs- rechts – nebst der seit 2010 bestehenden Datensperre gemäss Art. 46 Abs. 1 der Zivilstandsverordnung (ZStV; SR 211.112.2) und der angeordneten Passhinterle- gung – ausreichend gebannt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.369/2004 vom 24. November 2004, E. 4.3; vgl. auch Andrea Büchler/Annatina Wirz, in: Ingeborg Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band I, 2. Aufl., Bern 2011, N 32a zu Art. 273 ZGB). Konkrete Anhaltspunkte für eine mögliche Gewaltbereitschaft des Vaters, wie etwa beim im Urteil des Bundesgerichts 5C.133/2003 vom 10. Juli

Seite 18 — 28 2003 (E. 2.3) zu beurteilenden Fall, sind vorliegend nicht ersichtlich. Für die Frage des Besuchsrechts ebenso wenig von Relevanz ist eine allfällige Nichtbefolgung der eheschutzrichterlichen Verpflichtung zur Löschung der Facebook-Einträge – deren Urheberschaft vom Berufungsbeklagten im Übrigen weiterhin bestritten wird –, lässt sich daraus doch kaum eine generelle Unwilligkeit zur Einhaltung richterli- cher Anordnungen ableiten. e. Vom Vorderrichter im Ergebnis korrekt bewertet wurde im Weiteren auch das Verhalten des Berufungsbeklagten seit der Sistierung des Besuchsrechts. Dass er sich – was in der Berufungsantwort unbestritten geblieben ist – nach der Darstellung der Berufungsklägerin seither nie nach dem Kind und dessen Befin- den erkundigt haben soll, ist zu einem wesentlichen Teil dem ausserordentlich belasteten Verhältnis zur Berufungsklägerin zuzuschreiben, welche mit dem von ihr erwirkten Annäherungsverbot und der Strafanzeige wegen Belästigung durch Telefonanrufe und SMS kaum eine aussichtsreiche Grundlage für weitere Kon- taktversuche geschaffen hat. Ein direkter brieflicher oder telefonischer Kontakt zum Kind war sodann aufgrund dessen Alters ausgeschlossen. Abgesehen davon stellt eine allfällige Vernachlässigung des Kindes für sich allein ohnehin keinen Verweigerungsgrund dar, sondern kann – sofern die sofortige Wiederaufnahme von Besuchskontakten das Kindeswohl gefährden würde – höchstens eine zeit- weilige Aussetzung des Besuchsrechts rechtfertigen (vgl. Büchler/ Wirz, a.a.O., N

E. 3

Y._____ wird bezüglich seines Sohnes A._____ ein begleitetes Be- suchsrecht im Rahmen der vom Verein für familienergänzende Kinder- betreuung organisierten begleiteten Besuchstage Graubünden von zwei Tagen pro Monat, beginnend ab April 2011, eingeräumt (vgl. Bei- lage). Dabei ist Y._____ verpflichtet, während der Ausübung des Be- suchsrechtes seinen Reisepass der zuständigen Aufsichtsperson aus- zuhändigen.

E. 4

Es wird vorerst davon abgesehen, Y._____ zur Leistung von monatli- chen Unterhaltsbeiträgen an seinen Sohn A._____ zu verpflichten.

E. 5

In Bestätigung der superprovisorischen Verfügung des Bezirksge- richtspräsidiums Prättigau/Davos vom 29. Dezember 2010 wird das Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden ersucht, bezüglich des Geburtseintrages des Kindes A._____, geb. _____2010, weiterhin eine Datensperre im Sinne von Art. 46 Abs. 1 der Zivilstandsverord- nung aufrechtzuerhalten.

E. 6

Zwischen Y._____ und X._____ wird mit Wirkung ab 23. Dezember 2010 die Gütertrennung angeordnet.

E. 7

Im Übrigen werden die Anträge von X._____ und Y._____ abgewie- sen.

E. 8

(Kosten).

E. 8.5

Stunden geltend, was bei einem Stundenansatz von Fr. 200.-- einem Honorar nach Zeitaufwand von Fr. 1'700.-- entspricht. Zuzüglich der Mehrwertsteuer in Höhe von Fr. 136.-- (8% auf Fr. 1'700.--) ergibt dies ein Honoraranspruch von ins- gesamt Fr. 1'836.--. Auch dieser Aufwand erscheint der Sache als angemessen und ist nicht zu beanstanden, zumal der einzige Aufwand, welcher Rechtsanwalt lic. iur. Hans-Martin Allemann im vorliegenden Berufungsverfahren angefallen ist, in der Verfassung der Stellungnahme zu den Anträgen der Kindesvertreterin be- stand. d. Was schliesslich die Kosten für die Vertretung des Kindes anbelangt, so stellen diese Gerichtskosten dar (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), welche dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ebenfalls zur Hälfte den Parteien aufzuerlegen sind. Sofern die Vertretung durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt wahr- genommen wird, ist der kantonale Tarif (Art. 96 ZPO) massgebend (Benedikt A.

Seite 26 — 28 Suter/Cristina von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich 2013, N 27 zu Art. 95 ZPO; Viktor Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 15 zu Art. 95 ZPO). Nach Auffassung der Lehre erlaubt es die gesetzliche Ordnung nicht, die Entschädigung für den Kindesvertreter so tief anzusetzen, dass eine sorgfältige Vertretung nicht mehr möglich ist. In diesem Sinn soll von einem star- ren Kostenrahmen abgesehen und die Entschädigung nach dem angemessenen Aufwand des Vertreters bestimmt werden. An dieser Auffassung hat sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch mit der Einführung der Schweizeri- schen Zivilprozessordnung nichts geändert (Urteil des Bundesgerichts 5A_168/2012 vom 26. Juni 2012, E. 4.2 mit Hinweisen). Die als Kindesvertreterin eingesetzte Rechtsanwältin Dr. iur. Silvia Däppen-Müller macht in ihrer Honorar- rechnung vom 31. Januar 2014 (act. D.25) einen Aufwand von 4.2 Stunden gel- tend, was in Anbetracht der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen nicht zu be- anstanden ist. Indessen rechtfertigt es sich vorliegendenfalls, den in Rechnung gestellten Stundenansatz von Fr. 240.-- auf den für die unentgeltliche Rechtspfle- ge zur Anwendung gelangenden Stundenansatz von Fr. 200.-- (vgl. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [Honorarverordnung, HV; BR 310.250]) zu kürzen, zumal auch die beiden Rechtsvertreter der Parteien auf Grundlage des URP-Tarifs entschädigt werden. Ausgehend von einem entschädigungspflichtigen Aufwand von 4.2 Stun- den ergibt sich somit ein Honorar nach Zeitaufwand von Fr. 840.--, zuzüglich einer Kleinspesenpauschale von Fr. 25.20 (3% auf Fr. 840.--) sowie der Mehrwertsteuer von Fr. 69.20 (8% auf Fr. 865.20), insgesamt somit Fr. 934.40. Eine Entschädi- gung in dieser Höhe ist angesichts des konkreten Falles angemessen und trägt gleichzeitig dem Umstand Rechnung, dass eine sorgfältige Vertretung sicherge- stellt werden muss. Die vorgenommene Reduktion steht mithin auch im Einklang mit der vorerwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

Seite 27 — 28 III.

E. 9

(Ausseramtliche Kosten).

E. 10

(Rechtsmittelbelehrung).

E. 11

zu Art. 274 ZGB mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5C.96/2000 vom 29. Mai 2000, E. 4.c). Ob letzteres geboten ist, hängt allerdings nicht vom Grad der Vernachlässigung in der Vergangenheit, sondern in erster Linie von den Bedürfnissen des Kindes sowie allenfalls von den gegenwärtigen persönlichen Verhältnissen des Besuchsberechtigten ab. f. Eine andere Frage ist, ob aus dem passiven Verhalten des Berufungsbe- klagten auf eine zweckwidrige und mithin rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Besuchsrechts als Mittel zur Erlangung einer Aufenthaltsbewilligung geschlossen werden kann, wovon das Amt für Migration und Zivilrecht Graubünden bereits beim Widerruf der Aufenthaltsbewilligung wie auch in den gegenwärtigen Wiedererwägungsverfahren ausgegangen ist (vgl. Verfügung des Amtes für Migra- tion und Zivilrecht Graubünden vom 22. Juli 2013 [Akten der Vorinstanz Proz. Nr. 115-2012-65, act. III.16, E. 5 S. 3]). Dafür bestehen nach Auffassung des Gerichts keine ausreichenden Anhaltspunkte. Dass das Besuchsrecht in den ausländer- rechtlichen Verfahren ein zentrales Thema bildet, liegt bei der gegenwärtigen Rechtslage auf der Hand und beweist nicht, dass der Wunsch nach Kontakt zu seinem Sohn lediglich vorgeschoben ist. Die bisherige Passivität des Berufungs-

Seite 19 — 28 beklagten ist – wie dargelegt – noch als Folge der Trennungsumstände und der hängigen Verfahren zu werten. Selbst wenn schliesslich der Kontaktwunsch des Berufungsbeklagten überwiegend ausländerrechtlich motiviert sein sollte, ändert dies nichts daran, dass der Kontakt zum Vater im Interesse des Kindes zu regeln ist, welchem damit die für seine Persönlichkeitsentwicklung wichtige Kenntnis und persönliche Erfahrung seines Vaters ermöglicht werden soll, dient das Recht auf persönlichen Verkehr doch dem Aufbau und der Pflege der inneren Verbundenheit zwischen den Eltern und dem unmündigen Kind (Büchler/Wirz, a.a.O., N 2 zu Art. 273 ZGB). g. Zu Recht unberücksichtigt gelassen und keinen weiteren Abklärungen un- terzogen hat der Vorderrichter den ausländerrechtlichen Status des Berufungsbe- klagten. Wie der Entscheid über die Sorgerechtszuteilung soll auch derjenige über die Gewährung des Besuchsrechts nicht durch ausländerrechtliche Motive ver- fälscht werden: weder bildet das fehlende Aufenthaltsrecht in der Schweiz für sich alleine einen Grund zur Verweigerung beziehungsweise weiteren Sistierung des Besuchsrechts noch rechtfertigt die Möglichkeit, wegen des Besuchsrechts eine Aufenthaltsbewilligung erhalten zu können, eine Aufhebung der Sistierung, solan- ge das Kindeswohl einer solchen entgegensteht. Ob sich der Berufungsbeklagte legal oder illegal in der Schweiz aufhält, ändert am Bestand eines Besuchsrechts nichts, sondern beeinflusst höchstens die Modalitäten seiner Ausübung. Soweit ein illegaler Aufenthalt als Indiz für eine erhöhte Entführungsgefahr zu werten wä- re, wird dieser Gefahr mit der Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts ausrei- chend begegnet. Auch der Umstand, dass die Erteilung einer Aufenthaltsbewilli- gung für die Schweiz derzeit unwahrscheinlich ist, schliesst die Gewährung eines Besuchsrechts nicht aus, sondern erfordert gegebenenfalls eine Anpassung der Modalitäten (Konzentration mehrerer Besuche auf den von der jeweiligen Einrei- sebewilligung gedeckten Zeitraum). Zudem steht im heutigen Zeitpunkt

noch keineswegs fest, dass die Bemühungen der Behörden um eine Rückführung des Berufungsbeklagten in sein Heimatland erfolgreich sein werden. Sollte die Ausschaffungshaft als Folge der gesetzlichen Höchstdauer oder des Übermassverbotes aufgehoben werden müssen, wird der Berufungsbeklagte möglicherweise trotz fehlender Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz verbleiben können, was zwar zu strafrechtlichen Sanktionen und ausländerrechtlichen Massnahmen (Ein- oder Ausgrenzung) führen kann, der Ausübung eines Besuchsrechts aber nicht entgegensteht (vgl. BGE 135 II 105 E. 2.3.2). Dass sich der Berufungsbeklagte gegenüber den Ausländerbehörden und namentlich auch in der von ihm als Unrecht empfundenen Ausschaffungshaft renitent verhalten hat (vgl. dazu act. C.B.2 sowie

Seite 20 — 28 C.A.8), verdient schliesslich ohne Zweifel die entsprechenden straf- bzw. verwaltungsrechtlichen Konsequenzen, ist aber menschlich durchaus nachvollziehbar und erlaubt keine Rückschlüsse auf ein das Kindeswohl gefährdendes Verhalten bei der Ausübung des begleiteten Besuchsrechts. h. Problematisch erscheint indes die vom Vorderrichter vorgenommene Beurteilung der Ausschaffungshaft. Zwar ist es zutreffend, dass eine Inhaftierung für sich alleine genommen in der Regel keinen Grund für die Verweigerung oder Sistierung eines Besuchsrechts darstellt. Soweit allerdings wie im vorliegenden Fall noch jede Beziehung zum noch sehr jungen Kind fehlt, erscheint eine kindeswohlverträgliche Ausübung des Besuchsrechts zumindest fraglich (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 5C.93/2005 vom 9. August 2005, E. 4.2, wo allerdings noch weitere erschwerende Umstände hinzukamen). Der Vorderrichter scheint stillschweigend davon ausgegangen zu sein, dass sich die aus der Inhaftierung ergebenden Schwierigkeiten durch Absprachen des Beistandes regeln lassen und das Kind damit ausreichend vor den Belastungen, die aus der inadäquaten Umgebung resultieren, geschützt werden kann. Ob ein solches Vorgehen in der damaligen Situation vertretbar war und der Vorderrichter damit auf eigene Abklärungen verzichten durfte, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Zwischenzeitlich liegen dank der Abklärungen der Kindesvertreterin nämlich neue Erkenntnisse vor, welche die Ausübung des Besuchsrechts während der ausländerrechtlichen Haft – sei dies in Form der Ausschaffungs- oder der Durchsetzungshaft – als ausgeschlossen erscheinen lassen. Insofern drängt sich – wie von der Berufungsklägerin und der Kindesvertreterin beantragt – eine Weiterführung der Sistierung auf. Weil allerdings das Ende der Ausschaffungshaft heute bereits absehbar ist, da diese von Gesetzes wegen auf längstens 18 Monate, somit bis Ende Mai 2014, befristet ist (vgl. Art. 79 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer [Ausländergesetz, AuG; SR 142.20]), kann sich der vorliegende Entscheid nicht mit der weiteren Sistierung begnügen, sondern hat sich aus prozessökonomischen Gründen auch zur Frage ihrer Weiterführung nach der Beendigung der Haft zu äussern. Den Berufungsbeklagten hierfür auf ein erneutes Massnahmeverfahren zu verweisen, erscheint in Anbetracht der bisherigen Verfahrensdauer als nicht zumutbar. i. Ob die Sistierung des Besuchsrechts auch nach Beendigung der Ausschaffungshaft weiterzuführen ist, hängt nach dem bereits Gesagten somit einzig davon ab, ob die (Wieder-)aufnahme von begleiteten Besuchstagen zu einer Gefährdung des Kindeswohls führen würde oder nicht. Klar erscheint in diesem Zusammenhang, dass grundsätzlich weder die bis anhin fehlende Vater-Kind-Beziehung noch

Seite 21 — 28 die Fremdsprachigkeit des Vaters eine weitere Aussetzung rechtfertigen. Das Gebot der Verhältnismässigkeit, dem Verweigerung oder Entziehung des persönlichen

Verkehrs als Kindesschutzmassnahme unterliegen, erfordert nämlich, dass einer allfälligen Bedrohung des Kindeswohls nicht durch geeignete andere Vorkehrungen begegnet werden kann. Im Interesse des Kindes darf ein Elternteil vom persönlichen Verkehr mit ihm nur dann gänzlich ausgeschlossen werden, wenn die nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Kontakts sich nicht anderweitig in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen. Können die befürchteten Auswirkungen durch die persönliche Anwesenheit einer Drittperson hinreichend begrenzt werden, so verbieten das Persönlichkeitsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, aber auch Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs dessen gänzliche Unterbindung (Urteil des Bundesgerichts 5A_341/2008 vom 23. Dezember 2008, E. 4.1 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall kommt allerdings erschwerend hinzu, dass sich das Kind noch im Kleinkindalter befindet und an einer angeborenen Behinderung (Trisomie 21) leidet. Ausserdem lehnt die Mutter die Wiederaufnahme der Kontakte kategorisch ab, was sich unweigerlich auf das Kind auswirkt. Es stellt sich daher die im angefochtenen Entscheid zu Unrecht übergangene Frage, ob das Kind durch die Wiederaufnahme von Kontakten zum Vater im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht überfordert wird und damit nicht zugewartet werden soll, bis die Frage des persönlichen Verkehrs im Hauptverfahren – allenfalls unter Beizug eines Sachverständigen – definitiv geklärt ist. Andererseits ist das Interesse des Berufungsbeklagten an einer raschestmöglichen Kontaktaufnahme mit seinem Sohn nicht zu verkennen und ein weiterer Aufschub vermöchte den Beziehungsaufbau unter Umständen zusätzlich zu erschweren, indem sich beim Kind ein von der Mutter bewusst oder unbewusst vermitteltes negatives Bild des Vaters verfestigen könnte. Erfahrungsgemäss gestaltet sich sodann der Aufbau einer Vater-Kind-Beziehung in den ersten Lebensjahren einfacher, als wenn das Kind dem Kleinkindalter bereits entwachsen ist und es ihm kaum mehr zuzumuten ist, eine ihm völlig fremde Person als Vater zu akzeptieren und deren Besuche zu erdulden. Aus den im Scheidungsverfahren eingereichten Berichten von Dr. med. D. _____ vom 2. Juli 2013 und 10. September 2013 (Akten der Vorinstanz Proz. Nr. 115-2012-65, act. IV.3 und act. II.22) geht hervor, dass das Kind – trotz des Verzichts der Mutter auf die bei Kindern mit Trisomie 21 herkömmlichen Frühförderungsmassnahmen – auffällig gut entwickelt ist und sich anlässlich einer Konsultation wegen eines viralen Infektes (und daher in leicht reduziertem Zustand) als aussergewöhnlich kooperativ und interessiert präsentiert hat. Dies lässt darauf schliessen, dass das Kind bei einer adäquaten Vorbereitung und Begleitung durchaus in der Lage ist, die Kontakte mit seinem Vater

Seite 22 — 28 zu bewältigen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass beide Elternteile zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet sind und das Kind möglichst unbelastet an die Besuchstage herangeführt werden soll (Büchler/Wirz, a.a.O., N 2 zu Art. 274 ZGB). Beide Elternteile sind im Interesse des Kindes daher gehalten, ihre aus der persönlichen Beziehungsgeschichte herrührenden Ressentiments zu überwinden und dem andern den sich aus der gemeinsamen Elternschaft ergebenden Respekt entgegenzubringen. Vom Berufungsbeklagten darf erwartet werden, dass er die von der Mutter in den vergangenen drei Jahren geleistete Erziehungsarbeit anerkennt und er zukünftig von abwertenden oder drohenden Äusserungen ihr gegenüber Abstand nimmt. Die Berufungsklägerin wiederum wird dafür besorgt sein müssen, das Kind in geeigneter Weise auf die Besuchskontakte vorzubereiten und so einer Überforderung des Kindes entgegenzuwirken. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass die Vorinstanz die Aufhebung der Sistierung des Besuchsrechts mit der Errichtung einer Beistandschaft gemäss Art. 308

Abs. 2 ZGB verbunden hat. Es wird daher Aufgabe des Beistandes sein, durch eine aufmerksame Begleitung und engmaschige Gestaltung des Besuchsprogramms die Voraussetzungen für eine behutsame Annäherung zwischen Vater und Kind zu schaffen. Ausserdem wird der Beistand durch Beratung und Vermittlung unter den Eltern – allenfalls auch unter Beizug geeigneter Fachstellen wie etwa der Schweizerischen Stiftung des Internationalen Sozialdienstes, welche unter anderem eine transnationale Familienmediation anbietet – für eine Verbesserung der Kooperationsfähigkeit der Eltern zu sorgen haben, womit sich die aus den Besuchskontakten ergebende Belastungen für das Kind erfahrungsgemäss erheblich verringern lassen. Nach Würdigung der Gesamtumstände gelangt die I. Zivilkammer daher zum Schluss, dass einer möglichen Überforderung des Kindes mit der Installation einer Beistandschaft rechtzeitig begegnet werden kann und somit kein Grund mehr besteht, die Sistierung des begleiteten Besuchsrechts nach Beendigung der Ausschaffungshaft weiterzuführen. Vielmehr können die während der Dauer des Scheidungsverfahrens gemachten Erfahrungen mit dem begleiteten Besuchsrecht nützliche Erkenntnisse für den definitiven Entscheid über die Ausgestaltung des Besuchsrechts liefern. So wird der Berufungsbeklagte nunmehr Gelegenheit haben, sowohl seine Bereitschaft und Fähigkeit zur Kooperation als auch sein echtes Interesse am Kind unter Beweis zu stellen, was beim Entscheid im Hauptverfahren entsprechend zu würdigen sein wird. j. Angemerkt sei, dass im vorliegenden Fall die Errichtung einer Beistandschaft auch geboten gewesen wäre, wenn die Sistierung des Besuchsrechts über die Dauer der Ausschaffungshaft hinaus weiterzuführen gewesen wäre. Zwar ist

Seite 23 — 28 es grundsätzlich richtig, dass für die Errichtung einer Beistandschaft kein Raum besteht, wenn das Kindeswohl nicht einmal ein begleitetes Besuchsrecht zulässt und eine Wiederannäherung gegen den Willen der bereits älteren Kinder ausgeschlossen erscheint (BGE 126 III 219). Unzulässig ist sodann, einem Elternteil den persönlichen Verkehr zu einem Kleinkind aus Gründen des Kindeswohls zu verweigern, es aber gleichzeitig einem Beistand zu überlassen, begleitete Besuchstage zu organisieren (Urteil des Bundesgerichts 5C.68/2004 vom 26. Mai 2004, E. 2.4). Wo aber wie vorliegend erst eine zeitweilige Aussetzung des Besuchsrechts zur Diskussion steht und die Förderung des Kontakts zwischen Vater und Kind an sich in dessen Interesse liegt, darf ein Beistand damit beauftragt werden, den Rahmen für ein künftiges Besuchsrecht vorzubereiten und durch Vermittlung zwischen den Eltern die Voraussetzungen für eine Aufnahme der Besuchskontakte, deren Anordnung im Streitfall in der Kompetenz des Richters verbleibt, zu begünstigen. Ausserdem kann dem Beistand auch die Aufgabe übertragen werden, dem Vater mit Bezug auf Wahrung seiner Rechte gemäss Art. 275a ZGB behilflich zu sein und dem Kind allfällige Briefe des Vaters in angemessener Weise zur Kenntnis zu bringen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5C.96/2000 vom 29. Mai 2000, E. 6, und 5C.269/2006 vom 6. März 2007, E. 2.1). Von einer unnützen Behördenbeschäftigung kann entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin umso weniger die Rede sein, als auch die Kindesvertreterin im Hauptverfahren die Errichtung einer Beistandschaft – und zwar gerade mit Blick auf die Rückkehr des Berufungsbeklagten nach L.2_____ – beantragt hat und diese primär im Interesse des Kindes liegt. Ob die Beistandschaft Kosten verursacht, welche mangels Leistungsfähigkeit der Eltern vom Staat zu tragen sein werden, kann für den Entscheid über deren Anordnung daher kein massgebliches Kriterium bilden. k. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Berufung teilweise gutzuheissen und die Sistierung des Besuchsrechts gegenüber dem Sohn A._____ bis zur Entlassung des Berufungsbeklagten aus der Ausschaffungshaft weiterzuführen ist. Anschliessend lebt das

begleitete Besuchsrecht im Umfang der ursprünglichen Anordnung, d.h. in Form eines begleiteten Besuchsrechts von zwei Tagen pro Monat, wieder auf, wobei die Besuchszeiten dem Alter des Kindes anzupassen sind. In Anlehnung an die bei den Begleiteten Besuchstagen (BBT) Graubünden geltenden Besuchszeiten erscheint in einer ersten Phase eine Besuchszeit von vier Stunden sinnvoll, welche unter Beachtung der Bedürfnisse des Kindes allmählich auf maximal acht Stunden ausgebaut werden kann. Wie bis anhin, ist Y._____ verpflichtet, während der Ausübung des Besuchsrechts seinen Reisepass der zuständigen Aufsichtsperson auszuhändigen. Für die Organisation

Seite 24 — 28 und Überwachung des begleiteten Besuchsrechts bedarf es einer Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB. Folglich bleibt es auch dabei, dass eine solche Beistandschaft zu errichten ist und mit dem Vollzug dieser Anordnung die KESB Prättigau/Davos beauftragt wird. 1. Sind die begleiteten Besuchskontakte wiederaufzunehmen, versteht es sich von selbst, dass das mit superprovisorischer Verfügung vom 24./25. August 2011 angeordnete Annäherungsverbot nicht unverändert beibehalten werden kann. Allerdings steht nach wie vor die Gefahr einer Entführung des Kindes im Raum, welche nebst dem Fehlen einer Beziehung zum Kind und der mangelnden Erfahrung von Y._____ im Umgang mit einem Kleinkind einer der Gründe für die Anordnung eines begleiteten Besuchsrecht bildete. Mit Verweis auf die ungeklärte Aufenthaltssituation des Vaters hat sich denn auch die Kindesvertreterin für eine Weiterführung des Annäherungsverbotes ausgesprochen, solange der Berufungsbeklagte Mitinhaber der elterlichen Sorge ist. Entsprechend gilt es eine persönliche Begegnung zwischen dem Berufungsbeklagten und seinem Sohn ausserhalb der vom Beistand angeordneten begleiteten Besuche weiterhin zu verhindern. Das bestehende Annäherungsverbot gegenüber dem Kind ist daher grundsätzlich weiterzuführen und ist nur insoweit aufzuheben, als der Beistand einen begleiteten Besuchskontakt autorisiert. 4.a. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (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). Gestützt hierauf sowie auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO, wonach das Gericht in familiären Verfahren von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann, rechtfertigt es sich beim Ausgang des vorliegenden Berufungsverfahrens, den Parteien die Gerichtskosten je zur Hälfte aufzuerlegen und die ausseramtlichen Entschädigungen wettzuschlagen. Dies gilt nicht nur für die Kosten des Berufungsverfahrens, sondern auch für jene des Verfahrens vor der Vorinstanz, weshalb deren Kostenspruch unverändert bleibt. b. Da X._____ mit Verfügung der Vorsitzenden vom 1. Oktober 2013 (ERZ 13 94) für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege erteilt und Rechtsanwalt lic. iur. Peter Portmann zum Rechtsvertreter ernannt worden ist, gehen die ihr auferlegten Gerichtskosten und die Kosten ihrer Rechtsvertretung nach Massgabe von Art. 122 ZPO zu Lasten des Kantons Graubünden und sind aus der Gerichtskasse zu bezahlen. Vorbehalten bleibt die Rückforderung durch

Seite 25 — 28 den Kostenträger im Sinne von Art. 123 ZPO. Mit Honorarnote vom 1. November 2013 (act. D.18) macht der Rechtsvertreter von X._____ einen Aufwand von 29.5 Stunden geltend. Bei eingehender Betrachtung der Honorarnote fällt auf, dass der am 24. Oktober 2013 aufgeführte Aufwand (Kopien Rechtsschrift) auf einem offensichtlichen Versehen beruht und mithin nicht 15 Stunden à Fr. 200.--, sondern

E. 15

Kopien zu je Fr. 1.-- pro Stück in Rechnung gestellt werden sollten. Nach einer entsprechenden Korrektur resultiert somit ein Aufwand von 14.5 Stunden, was bei einem Stundenansatz von Fr. 200.-- ein Honorar nach Zeitaufwand von Fr. 2'900.- - ergibt. Hinzu kommen die geltend gemachten Barauslagen von Fr. 285.-- sowie die Mehrwertsteuer von Fr. 254.80 (8% auf Fr. 3'185.--), woraus ein Honoraran- spruch von 3'439.80 resultiert. Keine Berücksichtigung finden kann indessen die darüber hinaus zusätzlich in Rechnung gestellte Spesenpauschale von 3%, da der entsprechende Spesenaufwand in der vorliegenden Honorarnote bereits konkret beziffert worden ist. Der Honoraranspruch in Höhe von Fr. 3'439.80 (inkl. Spesen und MWSt) erscheint unter Berücksichtigung des notwendigen Aufwands und der Schwierigkeit der Sache als angemessen. c. Mit Verfügung der Vorsitzenden vom 21. Januar 2014 (ERZ 13 334) wurde auch Y._____ die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren bewilligt und Rechtsanwalt Dr. iur. Hans-Martin Allemann zum Rechtsvertreter ernannt. Aus diesem Grund gehen auch die ihm auferlegten Gerichtskosten sowie die Kos- ten seiner Rechtsvertretung zu Lasten des Kantons Graubünden und sind aus der Gerichtskasse zu bezahlen (Art. 122 ZPO). Vorbehalten bleibt ebenfalls die Rück- erstattung durch den Kostenträger (Art. 123 ZPO). Mit Honorarnote vom 28. Okto- ber 2013 (act. D.16) macht der Rechtsvertreter von Y._____ einen Aufwand von

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