

GR_GERICHTE ZK1 2014 53 vom 19. Juni 2014

GR Gerichte, 2014-06-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2014_53

FR: GR_GERICHTE ZK1 2014 53 du 19 juin 2014

IT: GR_GERICHTE ZK1 2014 53 del 19 giugno 2014

Regeste

Erlass vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsverfahren | Berufung ZGB Eherecht

Erwägungen

E. 14

144 resp. ERZ 14 162). Mittels Verfügungen vom 5. Juni 2014 gewährte die Vorsitzende der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege und ernannte Rechtsanwältin lic. iur. Ladina Sturzenegger zur Rechtsvertreterin der Berufungsklägerin und Rechtsanwalt Dr. iur. Thomas Schütt zum Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten. M. Auf die weitergehenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid sowie in den Rechtschriften wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1.a) Gegen den Entscheid des Bezirksgerichts Inn vom 11. April 2014 hat die Berufungsklägerin entsprechend der Rechtsmittelbelehrung in Ziffer 8 des entsprechenden Dispositivs fristgerecht Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO beim Kantonsgericht von Graubünden erhoben (Art. 311 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]; Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]). Innerhalb des Kantonsgerichts liegt die Zuständigkeit für zivilrechtliche Berufungen auf dem Rechtsgebiet des Zivilgesetzbuches bei der I. Zivilkammer (Art. 6 der Kantonsgerichtsverordnung [KGV; BR 173.100]). Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar. Soweit von der Berufungsklägerin die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids verlangt und die Sistierung des Besuchsrechts bis zur Erstattung des Gutachtens, eventuell die Anpassung der

Seite 7 — 18 Besuchsrechtsmodalitäten und der Erlass geeigneter Kinderschutzmassnahmen beantragt wird, ist die Berufungsfähigkeit somit gegeben. Insoweit zielt die Berufung nämlich auf eine Änderung der verfügten vorsorglichen Regelung und es liegt das klassische Anfechtungsobjekt nach Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO, nämlich ein erstinstanzlicher Entscheid über vorsorgliche Massnahmen vor, wobei aufgrund der nicht vermögensrechtlichen Natur der Streitigkeit das Streitwerterfordernis von Art. 308 Abs. 2 ZPO entfällt. Anzumerken bleibt, dass entgegen dem Wortlaut des Berufungsbegehrens offenbar auch Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Entscheids aufgehoben werden soll, soweit damit die schon vor Vorinstanz beantragten Kinderschutzmassnahmen abgelehnt wurden. In Verbindung mit der Anfechtung von Ziffer 1 und 5 ist sodann auch der Kostenpunkt (Ziffer 6 und 7) berufungsfähig, der vorliegend allerdings nicht mit einer selbständigen Begründung angefochten wird. Beantragt wird lediglich die Neuverlegung der vorinstanzlichen Kosten entsprechend dem Ausgang des Berufungsverfahrens. Insoweit ist auf die vorliegende Berufung, welche den

an sie gestellten Frist- und Formerfordernissen entspricht, einzutreten. b) Soweit mit der Berufung dagegen die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids und die Einsetzung eines schweizerischen Gutachters mit O.4_____anischkenntnissen und einschlägiger Erfahrung mit Kindergutachten beantragt wird, geht es um die Änderung einer Beweisverfügung, welche mit Blick auf die im Hauptverfahren umstrittenen Fragen der elterlichen Sorge und der Aus- gestaltung des Besuchsrechts ergangen ist. Dabei handelt es sich um eine pro- zessleitende Verfügung, gegen welche gemäss Art. 319 lit. b ZPO mit Beschwerde vorzugehen wäre. Zwar bestünde praxismässig die Möglichkeit einer Konversion, sodass das Rechtsmittel in diesem Punkt als Beschwerde entgegengenommen werden könnte (vgl. Urteil der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubün- den ZK1 12 12 vom 2. Juli 2012 E. 1.b mit weiteren Hinweisen). Abgesehen da- von, dass damit eine engere Kognition der Rechtsmittelinstanz einherginge, erfor- dert eine Beschwerde gegen eine prozessleitende Verfügung gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO jedoch das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, der in der Beschwerdeschrift substantiiert darzulegen ist (vgl. dazu Ent- scheid der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 13 116 vom 8. Januar 2014 E. 2.b). Ein derartiger Nachteil rechtlicher oder tatsächlicher Natur wird vorliegend weder geltend gemacht noch ist ein solcher ersichtlich. Beweisan- ordnungen wie vorliegendenfalls die Bezeichnung eines Gutachters sind regel- mässig erst im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids zu überprüfen (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006 BBl 2006

Seite 8 — 18 7221, S. 7377), wobei auch Mängel bei der Begutachtung gerügt werden können (vgl. Urteil ZKBES.2012.110 des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 28. Juni 2012 = CAN online 2012 Nr. 47 E. 2.b). Zudem verkennt die Berufungskläge- rin, dass der Vorderrichter noch gar nicht definitiv über die Person des Gutachters entschieden hat: In Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids wurde den Parteien vielmehr explizit eine Frist für die Einreichung einer Stellungnahme zur vorgesehenen Gutachterin und zur Fragestellung eingeräumt, von der beide Par- teien auch Gebrauch gemacht haben (vgl. Proz. Nr. 115-2013-4 [Rechtsschriften] act. 7 und 8). Insofern hat die angefochtene Ziffer 2 – wie auch in den diesbezügli- chen Erwägungen (S. 13) zum Ausdruck kommt – lediglich die Bedeutung eines Vorschlags und steht unter dem Vorbehalt der Wiedererwägung nach Eingang der Meinungsäusserungen der Parteien. Damit liegt auch keine Verletzung des recht- lichen Gehörs vor, derentwegen mit der Berufungsantwort die Rückweisung an den Vorderrichter beantragt wird (vgl. act. A.2 Antrag 1.a). Letzterer wird nach Prüfung der Vorbringen der Parteien wie vorgesehen (nochmals) über die Bestel- lung des Gutachters zu entscheiden haben, weshalb sich derzeit entsprechende Anweisungen der Rechtsmittelinstanz erübrigen. Insbesondere bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Vorderrichter in seiner Meinungsbildung voreinge- nommen und damit nicht bereit ist, die seitens der Parteien angeführten Einwände gegen die vorgeschlagene Gutachterin ernsthaft zu prüfen und deren Qualifikatio- nen offenzulegen. Soweit mit der Berufung die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2 beantragt wird, ist auf diese folglich nicht einzutreten. 2.a) In Kinderbelangen, wie sie auch vorliegend strittig sind, gilt unabhängig von der Art des Verfahrens der Untersuchungs- und Officialgrundsatz: Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Die Untersuchungsmaxime verpflichtet den Richter, von sich aus alle entscheidungsrelevanten Elemente in Betracht zu ziehen und unabhängig von den Anträgen der Parteien Beweise zu erheben. Die- se Pflicht ist indes nicht ohne Grenzen und entbindet

die Parteien nicht von einer aktiven Mitwirkung im Verfahren, indem sie Hinweise zum Sachverhalt machen oder Beweise bezeichnen (so bereits BGE 128 III 441 E. 3.2.1 und 3.2.2 zu Art. 145 aZGB, welcher durch Art. 296 ZPO abgelöst wurde). Im Einklang mit der bisherigen Lehre und Rechtsprechung findet Art. 296 ZPO analog auch im Rechtsmittelverfahren Anwendung (Beatrice van de Graaf, in: Kurzkomentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, N 1 zu Art. 296 ZPO; BGE 137 III 617 E. 4.5.2 [hin-sichtlich der Oficialmaxime] sowie Urteile des Bundesgerichts 5A_807/2012 vom 6. Februar 2013 E. 4.2.3 und 5A_152/2013 vom 16. Oktober 2013 E. 3.2.1 [auch

Seite 9 — 18 mit Bezug auf die Untersuchungsmaxime]). Kontrovers ist indessen, welche Auswirkungen die genannten Verfahrensmaximen auf die in Art. 317 ZPO statuierte Beschränkung des Novenrechts im Berufungsverfahren entfalten. Mit Bezug auf die Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 2 ZPO, welche der sog. sozialen (eingeschränkten) Untersuchungsmaxime unterstehen, hat sich das Bundesgericht in BGE 138 III 625 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 14 28/29 vom 20. Mai 2014 E. 4 mit weiteren Hinweisen). Diese braucht auch vorliegend nicht abschliessend beantwortet zu werden. Jedenfalls zulässig ist nämlich die Vorlage neuer Beweismittel in Verbindung mit der Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime resp. der ungenügenden Sachverhaltsfeststellung (vgl. Urteil ZK1 14 28/29 vom 20. Mai 2014 E. 4 mit Hinweis auf Martin Sterchi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 15 zu Art. 310 ZPO sowie Urteil ZK1 13 28 vom 3. Februar 2014 E. 2). b) Um den behaupteten tätlichen Übergriff des Vaters zu beweisen, legt die Berufungsklägerin mit ihrer Berufungsschrift einen Arztbericht betreffend den Bluterguss an B._____ Wange ins Recht (vgl. act. B.2). Dieses Beweismittel hatte sie bereits vor Vorinstanz offeriert (vgl. Proz. Nr. 115-2013-4 [Rechtsschriften] act. 4 S. 4). Die Vorinstanz erachtete eine Gefährdung des Wohls der Kinder als nicht glaubhaft gemacht, ohne auf den offerierten Arztbericht näher einzugehen (vgl. angefochtener Entscheid S. 10 f.). Dies wird in der Berufung denn auch explizit als Verletzung der Untersuchungspflicht in Kinderbelangen gerügt (act. A.1 S. 5). Unter den gegebenen Umständen ist die Einlage dieses Arztberichts zuzulassen. Auch wenn damit kein positiver Beweis für Gewaltanwendungen seitens des Vaters erbracht werden kann – gemäss dem Bericht könnte das Hämatom auf der Wange auch von einem anderen Gegenstande wie beispielsweise einer Türklinke herrühren –, bestätigt dieser Bericht immerhin die Arztkonsultation vom 7. Januar 2014 sowie die Schilderungen der Mutter gegenüber dem Arzt. Insofern ist er als

Seite 10 — 18 Indiz für die Glaubwürdigkeit der Darstellungen der Berufungsklägerin, welche nach eigenen Angaben auf Aussagen der Kinder beruhen, zu werten. 3.a) Die vorliegende Berufung richtet sich insbesondere gegen die Anordnung des auf der Vereinbarung vom 4. Juli 2013 beruhenden Besuchs- bzw. Ferienrechts für die Dauer des

Scheidungsverfahrens. Gemäss der Berufungsklägerin habe es die Vorinstanz zu Unrecht abgelehnt, das Besuchsrecht bis zum Vorliegen eines Gutachtens zu sistieren oder zumindest flankierende Kinderschutzmassnahmen anzuordnen. Dabei bestreitet die Berufungsklägerin einerseits, dass bis zum Vorliegen des Gutachtens – mit welchem spätestens im Herbst 2014 zu rechnen sei – eine Kindesentfremdung und damit ein nicht wiedergutzumachender Nachteil drohe. Andererseits sei – angesichts der Fotos des Blutergusses an B._____ Wange, der schriftlichen Aussage der Tochter A._____ in einem Schulaufsatz sowie den sich aus den Tagebuchaufzeichnungen ergebenden Aussagen der Mutter – zu Unrecht festgestellt worden, dass eine Gefährdung der Kinder nicht glaubhaft dargetan sei. Indem das Gericht trotz klarer Anzeichen einer Kindeswohlgefährdung auf die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen verzichtet und die Besuchsrechtsregelung unverändert vorzeitig in Kraft gesetzt habe, habe es seine Untersuchungspflicht in Kinderbelangen verletzt. Im Kern wird damit gerügt, dass die erwähnte Vereinbarung der Parteien über das Besuchsrecht nicht im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens hätte genehmigt werden dürfen und dass vor dem Entscheid über die vorsorgliche Regelung des Besuchsrechts zwingend das Ergebnis der im Hauptverfahren angeordneten Begutachtung hätte abgewartet werden müssen. b) Die rechtliche Grundlage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen während der Dauer eines Scheidungsverfahrens findet sich in Art. 276 ZPO, welche als Sondernorm den allgemeinen Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) vorgeht. Letztere sind nur subsidiär und dem besonderen eherechtlichen Kontext entsprechend eingeschränkt anwendbar. So ist im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsprozess ein Verfügungsgrund im Sinne von Art. 261 ZPO nicht a priori erforderlich; die Bedingungen, welche für eine bestimmte vorsorgliche Anordnung erfüllt sein müssen, richten sich vielmehr nach den Bestimmungen des materiellen Rechts, auf die Bezug genommen wird (vgl. dazu Annette Spycher, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 13 zu Art. 276 ZPO sowie Ivo Schwander, in: Gehri/Kramer [Hrsg.], ZPO-Kommentar, Zürich 2010, N 14 zu Art. 276 ZPO). Dem in Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO statuierten Kriterium des "nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils" kommt daher im Schei-

Seite 11 — 18 dungsverfahrens eine geringe Bedeutung zu; vielmehr muss eine vorsorgliche Massnahme "nötig" sein, was nebst der Verhältnismässigkeit auch ein Rechtsschutzinteresse voraussetzt, welches bei einer bestehenden eheschutzrichterlichen Regelung gegebenenfalls zu verneinen ist (vgl. Schwander, a.a.O., N 2 zu Art. 276 ZPO sowie Marcel Leuenberger, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, Band II: Anhänge, 2. Auflage, Bern 2011, N 4 zu Art. 276 ZPO). Im vorliegenden Fall beschränkte sich die im Rahmen des Eheschutzentscheids des Bezirksgerichts Inn vom 8. Mai 2012 getroffene Regelung auf die Einräumung eines Ferienrechts während der Hälfte der Schulferien, so dass bei fehlender Einigung über die Modalitäten dieses Ferienrechts (Zeitpunkt und Ort der Ausübung) Konkretisierungsbedarf bestand. Insoweit ist die Vorinstanz somit zu Recht auf das Gesuch des Berufungsbeklagten um Regelung des Besuchsrechts für die Dauer des Scheidungsverfahrens eingetreten. c) In materieller Hinsicht erklärt Art. 276 ZPO die Bestimmungen über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft für sinngemäss anwendbar. Für die Kinderbelange wird damit auf Art. 176 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) verwiesen, der seinerseits auf die Bestimmungen des Kindesrechts verweist. Anordnungen über den persönlichen Verkehr zwischen Eltern und ihren Kindern richten sich nach Art. 273 ff. ZGB.

Demzufolge besteht ein Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr, soweit das Kindeswohl nicht eine Beschränkung oder Verweigerung gebietet. Die Regelung des persönlichen Verkehrs erfolgt im vorsorglichen Massnahmenverfahren mithin nach den gleichen Kriterien wie im Hauptverfahren, wenn auch – aufgrund der summarischen Natur – mit einem reduzierten Beweismass. Je nach Art der geltend gemachten Gefährdung sind an die Glaubhaftmachung geringere Anforderungen zu stellen, wie beispielsweise bei Verdacht auf sexuellen Missbrauch oder in Fällen von häuslicher Gewalt. Der Schutz der Kinder vor möglicherweise schwerwiegenden Beeinträchtigungen ihres körperlichen, sittlichen oder geistigen Wohls kann eine vorübergehende Aussetzung oder Beschränkung des Besuchsrechts rechtfertigen, auch wenn sofort greifbare Beweise fehlen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5P.266/2001 vom 1. November 2001 E. 4a mit weiteren Hinweisen sowie Ingeborg Schwenzer, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 4. Auflage, Basel 2010, N 5 ff. zu Art. 274 ZGB). Wie die anderen Kinderbelange untersteht auch die Regelung des persönlichen Verkehrs der Bestimmung von Art. 296 Abs. 3 ZPO, wonach das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. Daraus folgt, dass das Gericht an eine allfällige Vereinbarung über das Besuchsrecht nicht gebunden ist und einer solchen lediglich die Bedeutung

Seite 12 — 18 eines gemeinsamen Antrages der Parteien zukommt (vgl. Spycher, a.a.O., N 7 zu Art. 279 ZPO sowie Thomas Sutter-Somm/Nicolas Gut, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, N 7 zu Art. 279 ZPO). Erst mit der richterlichen Genehmigung, welche nach vorgängiger Prüfung ihrer Übereinstimmung mit den Kindesinteressen erfolgt, entfaltet eine solche Vereinbarung Rechtswirkung. Bis dahin kann mit der Begründung, dass die Vereinbarung nicht im Interesse des Kindeswohls liege und die Genehmigungsvoraussetzungen damit nicht erfüllt seien, deren Nichtgenehmigung beantragt werden (vgl. zu dieser selbst ausserhalb der Kinderbelange bestehenden Möglichkeit Urteil des Bundesgerichts 5A_721/2012 vom 17. Januar 2013 E. 3.2 sowie Spycher, a.a.O., N 36 zu Art. 279 ZPO). Erst recht kann ein Antrag auf Nichtgenehmigung gestellt werden, wenn er mit neuen Tatsachen begründet wird, welche zu einer Klageänderung im Sinne von Art. 230 ZPO berechtigen würden. Wenn strittig ist, ob eine Vereinbarung (noch) mit dem Kindeswohl vereinbar ist und diesbezüglich unterschiedliche Anträge vorliegen, sind vor deren – allenfalls auch erst vorläufigen – Genehmigung die erforderlichen Abklärungen von Amtes wegen zu veranlassen. Die vorerwähnte Untersuchungs- und Officialmaxime gemäss Art. 296 ZPO (vgl. vorstehend Erwägung 2.a) gilt nämlich in allen Verfahrensstadien und damit auch beim Erlass vorsorglicher Massnahmen (vgl. Jonas Schweighauser, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, Band II: Anhänge, 2. Auflage, Bern 2011, N 3 zu Art. 296 ZPO). Sofern ausreichende Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegen, kann sich bereits im Rahmen einer vorsorglichen Regelung die Einholung eines Gutachtens aufdrängen. Aufgrund des auch für Massnahmenverfahren geltenden Art. 298 ZPO (vgl. Spycher, a.a.O., N 5 zu Art. 298 ZPO) muss in einem solchen Fall aber mindestens eine Anhörung der betroffenen Kinder durch das Gericht oder eine beauftragte Drittperson erfolgen, soweit nicht das Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen (vgl. auch Schweighauser, a.a.O., N 26 zu Art. 298 ZPO). Das Anhörungsrecht des Kindes erfüllt insofern eine begrüssenswerte Doppelfunktion, als es dem Kind die Wahrnehmung seiner höchstpersönlichen Rechte ermöglicht und zugleich ein Mittel zur Sachverhaltsabklärung resp. zur Feststellung aller im Kindesinteresse liegender tatsächlicher Umstände darstellt

(vgl. dazu Schwander, a.a.O., N 3 zu Art. 298 ZPO sowie Schweighauser, a.a.O., N 11 ff. zu Art. 298 ZPO). d) Vorliegend hat der Vorderrichter das Begehren des Berufungsklägers um vorsorgliche Anordnung des vereinbarten Besuchsrechts einzig unter den Gesichtspunkten von Art. 261 ZPO geprüft. Aus der anlässlich der Einigungsverhand-

Seite 13 — 18 lung getroffenen Vereinbarung – deren gerichtliche Genehmigung im damaligen Zeitpunkt noch ausstehend war – hat er auf das Bestehen eines Anspruchs geschlossen, welcher – angesichts der möglichen Entfremdung der Töchter von ihrem Vater, welche er als drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil betrachtete – eines vorsorglichen Rechtsschutzes bedürfe. Demgegenüber qualifizierte er die von der Berufungsklägerin geltend gemachte Verletzung des Kindeswohls im Falle der Aufrechterhaltung der provisorisch angeordneten Besuchsrechtsregelung als nicht glaubhaft gemacht und sprach der gemeinsam unterzeichneten Vereinbarung vom 4. Juli 2013 weiterhin Gültigkeit zu. Mit dieser Argumentation hat der Vorderrichter verkannt, dass für vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren wie vorstehend ausgeführt Sonderregelungen bestehen, welche hinsichtlich der Kinderbelange unter anderem eine Mitwirkung der Kinder vorsehen. Ebenfalls verkannt hat er die Bedeutung der von den Parteien geschlossenen Vereinbarung, welche bis zur richterlichen Genehmigung keine Gültigkeit entfaltet und vor ihrer Anordnung für die Dauer des Scheidungsverfahrens von Amtes wegen auf ihre Vereinbarkeit mit den Kindesinteressen hätte überprüft werden müssen. Eine solche Überprüfung drängte sich vorliegend umso mehr auf, als die Berufungsklägerin explizit die (vorläufige) Nichtgenehmigung beantragt hatte. Entgegen der Auffassung des Vorderrichters kann die Zulässigkeit eines derartigen Antrags nämlich nicht vom Vorliegen einer Gefährdungsmeldung bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) abhängig gemacht werden (vgl. angefochtener Entscheid S. 11 f.). Letztere wäre zwar wohl zuständig, in einer akuten Gefährdungssituation ein gerichtlich festgelegtes Besuchsrecht auszusetzen (vgl. Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB). Die erstmalige Regelung oder auch die Konkretisierung eines bestehenden Besuchsrechts wie auch der Erlass der damit zusammenhängenden Kindesschutzmassnahmen fallen bei einem hängigen Scheidungsverfahren dagegen in die Zuständigkeit des Gerichts (Art. 275 Abs. 2 und Art. 315a Abs. 1 ZGB). Dieses hat einer Vereinbarung nicht bloss bei einer akuten Gefährdungslage die Genehmigung zu versagen, sondern generell für eine den Kindesinteressen gerecht werdende Regelung zu sorgen. e) Das Gesagte ändert freilich nichts daran, dass die Frage, ob die unterzeichnete Besuchsrechtsregelung für die Dauer des Scheidungsverfahrens in Kraft zu setzen ist oder nicht, letztlich davon abhängt, ob diese mit dem Kindeswohl vereinbar ist resp. ob aus deren Aufrechterhaltung eine Gefährdung der Kinder resultieren würde. Eine Gefährdung der Kinder hat der Vorderrichter in Würdigung der vorhandenen Beweismittel und des prozessualen Verhaltens der Mutter als nicht glaubhaft erachtet. Dabei hat er sich insbesondere mit dem Vorwurf der

Seite 14 — 18 physischen Gewaltanwendung seitens des Vaters befasst und erwogen, dass die von der Berufungsklägerin eingelegten Fotos zwar einen Bluterguss auf B. _____ Wangen zeigen, jedoch für sich allein nicht beweisen würden, dass der Vater ihr diesen Bluterguss zugefügt habe. Diese Feststellung des Vorderrichters ist zwar zutreffend. Genau so wenig kann dann aber aus den vom Berufungsbeklagten ins Recht gelegten Fotos auf ein völlig ungetrübtes Verhältnis zwischen dem Vater und den Töchtern geschlossen werden, zumal es sich dabei lediglich um Momentaufnahmen handelt, welche nicht ausschliessen,

dass die Mädchen zu anderen Zeitpunkten körperlichen Züchtigungen oder Drohungen ausgesetzt gewesen sein könnten und ihr Verhältnis zum Vater deswegen möglicherweise zeitweilig von Ängsten belastet ist. Dass der Bluterguss vom Vater stamme, haben gemäss in- soweit glaubwürdiger Darstellung der Mutter die Mädchen selber erzählt. Qualifi- ziert man deren Aussagen als unglaubhaft, stellt sich unweigerlich die Frage, weshalb die Mädchen ihren Vater zu Unrecht beschuldigen sollten. Ein solches Verhalten liesse seinerseits Zweifel an der Vater-Kind-Beziehung aufkommen. Kommt hinzu, dass die Berufungsklägerin die Erziehungsmethoden des Beru- fungsbeklagten (Schläge, "ohne Nachtessen ins Bett" etc.) bereits in ihrer Klage- schrift beanstandet hat. Ebenso finden sich auch im anlässlich des Eheschutzver- fahrens erstellten Gutachten (vgl. Proz. Nr. 135-2011-83 act. 57) wiederholte Hin- weise auf Schläge/Ohrfeigen seitens des Vaters (so namentlich die Aussagen von A._____ bei den beiden Befragungen, vgl. S. 15 und 16). Auch wenn diese Äusse- rungen damals ohne Auswirkungen auf die Empfehlungen des Gutachters hin- sichtlich der Ausgestaltung des Ferienrechts geblieben waren und sich die Beru- fungsklägerin an der Einigungsverhandlung mit einem ausgedehnten Ferienrecht einverstanden erklärt hatte, bilden sie dennoch ein Indiz für die Glaubhaftigkeit der aktuellen Vorwürfe. Unzutreffend ist sodann, dass die Berufungsklägerin nicht wei- ter dargelegt habe, weshalb sich die Einstellung der Kinder (oder zumindest von A._____) zu den Ferien beim Vater seit Herbst 2013 verändert haben soll. Gerade die auf die zitierte Passage folgenden Tagebuchaufzeichnungen schildern einen wenig einfühlsamen Umgang des Vaters mit A._____, welche deren zwiespältigen Gefühle und Ängste wie auch deren Wunsch, die Weihnachtsferien im D._____ zu verbringen, erklären. Untermuert wird dieser Eindruck durch den Schulaufsatz von A._____, der sich zwar nicht in allen Details, aber doch im Kern mit den Auf- zeichnungen der Mutter deckt. Auch wenn der Realitätsbezug dieses Aufsatzes vom Berufungsbeklagten in Zweifel gezogen wird, erscheint es in Anbetracht der früheren Aussagen von A._____ gegenüber dem Gutachter als unwahrscheinlich, dass es sich beim Aufsatz um ein blosses Phantasieprodukt handelt. Allein schon die Tatsache, dass die Angst vor dem Vater zum Thema eines Schulaufsatzes

Seite 15 — 18 gemacht wurde, ist ernst zu nehmen. Zwar mag es zutreffen, dass viele Kinder gelegentlich Angst vor ihren Eltern beziehungsweise vor unangenehmen Konse- quenzen der Nichteinhaltung von erzieherischen Vorgaben empfinden. Gewisse Konfliktsituationen, in denen Kinder Gefühle der Enttäuschung, Frustration und auch Furcht durchleben, gehören zweifellos zum familiären Alltag. Ob sich A._____ Angst aber noch in der Bandbreite des Normalen bewegt und die positi- ven Anteile in der Eltern-Kind-Beziehung tatsächlich überwiegen, kann ohne wei- tere Abklärungen nicht beurteilt werden. f) Zusammenfassend ist festzustellen, dass durchaus gewisse Indizien für die von der Berufungsklägerin geltend gemachten körperlichen Übergriffe vorliegen. Die Ängste der Tochter A._____ erscheinen jedenfalls derart glaubhaft, dass sich weitere Abklärungen aufdrängen. Im Vordergrund steht dabei eine Befragung der Kinder, welche entweder mittels Anhörung durch das Gericht selber oder im Rah- men einer Begutachtung erfolgen kann. Dass der angefochtene Entscheid ohne jeden Einbezug der Kinder gefällt wurde, verletzt sowohl Art. 296 als auch Art. 298 ZPO, auch wenn die Einholung eines Gutachtens resp. die Anhörung der Kinder in geeigneter Form formell erst für das Hauptverfahren beantragt wurde. In ihrer Stel- lungnahme vom 14. Januar 2014 zum superprovisorischen Entscheid hinsichtlich des persönlichen Verkehrs (vgl. Proz. Nr. 115-2013-4 act. 4 S. 6) brachte die Be- rufungsklägerin klar zum Ausdruck, dass bereits vor der vorsorglichen Regelung des persönlichen Verkehrs weitere Abklärungen und

namentlich eine Befragung von A._____ vorgenommen werden sollten. Soweit Vorwürfe im Raum stehen, die – sollten sie denn zutreffen – eine Kindeswohlgefährdung bewirken können (wo- von die Vorinstanz im Zusammenhang mit der im Hauptverfahren angeordneten Begutachtung selber ausgeht, vgl. angefochtener Entscheid S. 12), verbietet sich eine vorsorgliche Inkraftsetzung des Besuchsrechts wegen fehlender Glaubhaftmachung, solange nicht wenigstens eine Befragung der Kinder stattgefunden hat. Jedenfalls kann nicht willkürfrei angenommen werden, dass deren Aussagen ohne Einfluss auf das Beweisergebnis wären. Der Unterlassung einer Kindesanhörung in antizipierter Beweiswürdigung steht zudem der persönlichkeitsrechtliche Charakter des Anhörungsrechts entgegen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_50/2010 vom 6. Juli 2010 E. 2.4 und 5A_405/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 3.2). Damit basiert der angefochtene Entscheid auf einer unzureichenden Entscheidungsgrundlage, weshalb er aufzuheben und zwecks Befragung der Kinder und neuer Entscheidung – auch im Kostenpunkt – an den Vorderrichter zurückzuweisen ist. Dabei bleibt es diesem überlassen, ob die Befragung durch den im Hauptverfahren einzusetzenden Gutachter oder eine andere Fachperson (allen-

Seite 16 — 18 falls auch der KESB) erfolgen soll oder ob er die Anhörung zwecks Beschleunigung des Verfahrens selbst vornehmen will. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis besteht bei Kindern im Alter von 8 und 10 Jahren jedenfalls keine Pflicht, mit der Anhörung eine Fachperson zu betrauen (vgl. dazu etwa BGE 133 III 553 E. 4). Ob noch vor den Sommerferien neu entschieden werden kann, hängt massgeblich vom Ergebnis der Befragung ab. Sollten danach weitere Abklärungen wie namentlich eine gutachterliche Einschätzung erforderlich sein, wäre als vorläufige Regelung die nochmalige Ausübung des Ferienrechts am Wohnort der Kinder in Betracht zu ziehen, welche im Mai zu keinen Beanstandungen Anlass gegeben zu haben scheint. 4.a) Die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens werden gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VZG; BR 320.210) auf CHF 2'000.-- festgesetzt und sind nach den Grundsätzen von Art. 106 ff. ZPO zu verlegen. Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO können die Prozesskosten in familienrechtlichen Verfahren nach Ermessen verteilt werden. Im vorliegenden Berufungsverfahren ging es ausschliesslich um Kinderbelange, wobei davon ausgegangen werden kann, dass beide Parteien ihre Anträge in guten Treuen und aus ihrer Sicht zum Wohle der Kinder gestellt haben. Auch wenn auf die Berufung hinsichtlich der Gutachterfrage nicht eingetreten wurde und die Berufungsklägerin mit der angebehrten reformatorischen Entscheidung – sie beantragte die Sistierung des Besuchsrechts und die Anordnung von Kindeschutzmassnahmen durch die Berufungsinstanz – nicht durchdringt, erzielt sie insofern einen Teilerfolg, als der angefochtene Entscheid teilweise aufgehoben und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Der Berufungsbeklagte seinerseits unterliegt, soweit er sich gegen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zur Wehr gesetzt hat. Immerhin hat aber auch er die Anhörung der Kinder und einen noch vor den Sommerferien ergehenden neuen Entscheid über die Modalitäten des persönlichen Verkehrs beantragt und damit zum Ausdruck gebracht, dass auch er im Interesse der Kinder weitere Abklärungen für notwendig erachtet. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, den Parteien die Kosten des Berufungsverfahrens je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen. b) Die Vorsitzende der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden hat mit Verfügungen vom 5. Juni 2014 beiden Parteien die ersuchte unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren gewährt und Rechtsanwältin lic. iur. Lina Sturzenegger für die Berufungsklägerin resp.

Rechtsanwalt Dr. iur. Thomas Schütt als unentgeltliche Rechtsvertreter ernannt (vgl. ERZ 14 144 und ERZ 14 162). Die den Parteien auferlegten amtlichen Kosten des Berufungsverfahrens wie

Seite 17 — 18 auch die in diesem Verfahrensabschnitt entstandenen Kosten der Rechtsvertretung sind somit unter Vorbehalt der Rückforderung (Art. 123 ZPO) dem Kanton Graubünden in Rechnung zu stellen. c) Mit Honorarnote vom 16. Juni 2014 macht Rechtsanwältin lic. iur. Ladina Sturzenegger einen Aufwand von 9.75 Stunden geltend, was bei einem Stundenansatz von CHF 200.-- einem Honorar nach Zeitaufwand von CHF 1'950.-- entspricht. Bei eingehender Betrachtung der Honorarnote fällt auf, dass für die Vorbereitung und Erstellung des UP-Gesuchs ein Aufwand von 2.25 Stunden geltend gemacht wird. Da die wirtschaftliche Situation der Berufungsklägerin aus dem früheren UP-Gesuch im vorinstanzlichen Verfahren bereits bekannt war und diesbezüglich lediglich eine kurze Aktualisierung vonnöten war, wird der Aufwand für die Ausarbeitung des lediglich anderthalb Seiten umfassenden Gesuchs auf 1.25 Stunden gekürzt. Auch der für die Ausarbeitung der Berufung geltend gemachte Aufwand von 6 Stunden erscheint als überhöht und ist um 2 Stunden zu kürzen, da für die rund sechsstufige Rechtsschrift mehrheitlich auf frühere Ausführungen zurückgegriffen werden konnte und vieles aus den Akten zitiert wurde. Nach diesen Korrekturen resultiert somit ein Aufwand 6.75 Stunden, was bei einem Stundenansatz von CHF 200.-- ein Honorar nach Zeitaufwand von CHF 1'350.-- ergibt. Hinzu kommen die geltend gemachten Barauslagen von CHF 89.--, woraus ein Honoraranspruch von CHF 1'439.-- resultiert. d) Auch das von Rechtsanwalt Dr. iur. Thomas Schütt in seiner Honorarnote vom 16. Juni 2014 geltend gemachte Honorar nach Zeitaufwand von CHF 2'640.-- (13.2 Stunden à CHF 200.--) erscheint als überhöht und ist entsprechend zu korrigieren. Zwar ist ihm zufolge der Fremdsprachigkeit seines Mandanten ein gewisser Mehraufwand zuzugestehen. Ein Grossteil seiner Ausführungen in der Berufungsantwort bezieht sich jedoch auf die Frage des ausländischen Gutachters und ist identisch mit seiner Stellungnahme vor der Vorinstanz, weshalb der diesbezügliche Aufwand in jenem Verfahren geltend zu machen ist. Auch die weiteren Ausführungen konnten über weite Strecken aus den vorinstanzlichen Rechtsschriften übernommen werden. Für die Arbeiten an der Berufungsantwort vom 3. Mai 2014 ist dementsprechend ein Aufwand von rund 5 Stunden anzuerkennen. Folglich ist insgesamt ein Aufwand von 10 Stunden à CHF 200.-- zu entschädigen, was zusätzlich 3% Spesenpauschale und 8% Mehrwertsteuer einen Honoraranspruch von CHF 2'224.80 ergibt.

Seite 18 — 18 III.

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