

GR_GERICHTE ZK1 2016 58 vom 21. April 2016

GR Gerichte, 2016-04-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2016_58

FR: GR_GERICHTE ZK1 2016 58 du 21 avril 2016

IT: GR_GERICHTE ZK1 2016 58 del 21 aprile 2016

Regeste

Eheschutz (Besuchsrecht) | Berufung ZGB Eherecht

Erwägungen

E. 2

Die Berufungsklägerin macht in ihrer Berufung geltend, dass für sie hinreichende Gründe bestanden hätten, den betreffenden Besuchstermin abzusagen. Dass der Vorderrichter dieses einmalige Ereignis nun zum Anlass genommen habe, um sie zu verpflichten, die Ausübung des Besuchsrechts künftig zu gewährleisten, und ihr im Widerhandlungsfall die Straffolgen gemäss Art. 292 StGB androhe, erscheine unverhältnismässig und damit rechtswidrig. Der Berufungsklägerin sei vor Erlass der angefochtenen Verfügung keinerlei Gelegenheit gegeben worden, sich zum Vorfall zu äussern und ihre Gründe für die Absage darzutun. Dadurch sei ihr rechtliches Gehör verletzt worden, was für sich alleine bereits die Aufhebung des angefochtenen Entscheids gebiete. Der Berufungsbeklagte habe

Seite 7 — 14 das Besuchsrecht während Monaten nicht ausgeübt mit der lapidaren Begründung, dass er sich dazu nicht in der Verfassung fühle. Auch vor diesem Hintergrund erweise sich die Androhung der Ungehorsamsstrafe nach erstmaliger begründeter Absage des Besuchstermins als unverhältnismässig. Ferner führt die Berufungsklägerin aus, dass die Besuchstage die Kinder sehr stark belasten und sie sich gegen deren Durchführung aussprechen würden, da ihr Vater Suizidge danken äussere und sich die Kinder an dessen Situation mitschuldig fühlen würden. Zudem habe der Berufungsbeklagte bisher trotz ärztlicher Empfehlung und richterlicher Anordnung keine ambulante psychiatrische Behandlung aufgenommen, weshalb ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Besuchsrechtsausübung bestünden. 3.a) Vorab gilt es die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs zu prüfen. Es stellt sich die Frage, ob die Berufungsklägerin vor Erlass der Strafandrohung überhaupt hätte angehört werden müssen. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO garantieren den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern (vgl. BGE 140 I 99 E. 3.4, 138 V 125 E. 2.1, 127 I 54 E. 2b je mit weiteren Verweisen; Myriam A. Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 6 zu Art. 53 ZPO). Gemäss Art. 341 Abs. 2 ZPO läuft das Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht kontradiktorisch ab. Mittels Stellungnahme kann sich die unterlegene Partei rechtliches Gehör verschaffen und Einwendungen gegen das Vollstreckungsgesuch, wie etwa die geforderte Vollstreckungsmassnahme sei unzulässig, vorbringen (Lorenz Droese, in:

Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 10 sowie N 24 zu Art. 341 ZPO). Das rechtliche Gehör ist ebenfalls zu gewähren, wenn das Vollstreckungsgericht eine andere als die von der Partei beantragte Vollstreckungsmassnahme anordnen möchte (Sabine Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer/Domej/ Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, N 4 zu Art. 343 ZPO mit weiteren Hinweisen). Im Umkehrschluss hat das Kantonsgericht Basel Landschaft daraus abgeleitet, dass der Vollstreckungsrichter nicht gehalten sei, den Betroffenen vorgängig über die von ihm konkret ins Auge gefasste Vollstreckungsmassnahme zu orientieren, wenn die obsiegende Partei keine bestimmte Massnahme beantrage, sondern lediglich ein allgemein gehaltenes Vollstre-

Seite 8 — 14 ckungsgesuch stelle (vgl. Entscheid der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 410 13 207 vom 17. September 2013 E. 2). b) Fraglich ist, ob eine Anhörungspflicht nur im Verfahren der indirekten Vollstreckung, welchem ein entsprechendes Vollstreckungsgesuch vorausgeht (vgl. Art. 338 Abs. 1 ZPO), besteht, oder ob sich diese auch auf - wie im vorliegenden Fall - von Amtes wegen angeordnete Vollstreckungsmassnahmen im Rahmen der direkten Vollstreckung bezieht. Nach dem Wortlaut von Art. 292 StGB muss die betreffende Verfügung mit dem Hinweis auf die Strafandrohung verbunden werden, damit eine Widerhandlung dagegen eine Bestrafung nach sich ziehen kann. Der Verfügungsadressat ist also vorgängig auf die Straffolgen hinzuweisen, das heisst, es muss eine besondere Belehrung über die strafrechtlichen Folgen des Ungehorsams erfolgen (Christian Kölz, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 2007, Rz. 115; Stefan Flachsmann, in: Donatsch [Hrsg.], StGB Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2013, N 5 zu Art. 292 StGB). Mit der Strafandrohung soll der Adressat vor unerwarteter Strafe geschützt werden (Christian Kölz, a.a.O., Rz. 122; Franz Kellerhals, a.a.O., N 23 zu Art. 343 ZPO). Dass ihm vor einer von Amtes wegen erlassenen Strafandrohung das rechtliche Gehör zu gewähren ist, wird in der Literatur und Rechtsprechung nicht ausdrücklich gefordert. Einerseits kann argumentiert werden, dass es sich erst um die Androhung und nicht um die Verhängung einer Sanktion handelt, wodurch dem Adressaten (noch) kein unmittelbarer Nachteil entsteht, weshalb fraglich erscheint, ob überhaupt eine vorgängige Gehörs-gewährung nötig gewesen wäre (vgl. dazu auch Urteil der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 14 82/84 vom 18. November 2014 E. 5c). Andererseits bildet die Androhung der Straffolgen gerade Voraussetzung dafür, dass eine Missachtung der Verfügung überhaupt strafbar sein kann. Insofern bewirkt bereits die Strafandrohung nach Art. 292 StGB eine Veränderung der Rechtsstellung des Betroffenen. Zudem wird auch beim Zwangsmittel der Ordnungsbusse gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b/c ZPO sowie bei disziplinarischen Massnahmen nach Art. 128 ZPO verlangt, dass der Verhängung der Busse eine Androhung voraus-zugehen hat und dem Betroffenen zu deren Höhe das rechtliche Gehör zu gewähren ist (Gian Reto Zinsli, a.a.O., N 21a zu Art. 343 ZPO; Roger Weber, in: Oberhammer/Domej/ Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, N 8 zu Art. 128 ZPO; BGE 141 III 265 E. 5.2; vgl. auch BGE 111 Ia 273 E. 2c, wobei bezüglich einer vorgängigen Gehörs-gewährung danach differenziert wird, ob sich der Disziplinarfehler bereits aus dem aktenkundigen Verhalten des Betroffenen ergibt oder ob sich eine Anhörung zur Sachverhaltsaufklärung als nötig erweist).

Seite 9 — 14 Die Frage braucht im vorliegenden Fall indessen nicht abschliessend beantwortet zu werden, da sich die angeordnete Vollstreckungsmassnahme aus einem ande-

ren Grund als unzulässig erweist (vgl. dazu nachfolgend E. 4). 4.a) Der Vorderrichter rechtfertigt die ausgesprochene Strafandrohung in seiner Entscheidungsbegründung damit, dass die Besuchsrechtsausübung nicht im Ermessen der Mutter stehe und es nicht angehe, dass sie die sorgfältige Organisation der Besuchstage nach Belieben torpediere. In seiner Stellungnahme vom 24. März 2016 führt er präzisierend aus, dass den - veranlasst durch die angebliche psychi- sche Erkrankung des Vaters - bestehenden Bedenken der Mutter Rechnung ge- tragen worden sei, indem begleitete Besuchstage im betreuten und geschützten Rahmen bei der KJBE organisiert würden und eine Besuchsbeistandschaft errich- tet worden sei. Die Mutter dürfe das Besuchsrecht zwischen Vater und Söhnen nun nicht willkürlich vereiteln. Dem hält die Berufungsklägerin entgegen, dass es sich um einen erstmaligen Vorfall handle und sie berechnete Gründe für die Ter- minabsage gehabt hätte. Zuvor habe der Vater über mehrere Monate auf eine Ausübung des Besuchsrechts einzig mit der Begründung, er fühle sich dazu nicht in der Verfassung, verzichtet. Unter diesen Umständen erweise sich die Andro- hung einer Bestrafung als unverhältnismässige Massnahme. b/aa) Vollstreckungsmassnahmen haben den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Sie müssen in allen Fällen zur Vollstreckung erforderlich, geeignet und verhältnismässig sein und dürfen nicht über das notwendige Mass hinausge- hen (Lucius Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommen- tar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich 2013, N 12 zu Art. 267 ZPO; Thomas Sprecher, a.a.O., N 7b zu Art. 267 ZPO). Die effektive Voll- streckung wird damit durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit einge- schränkt, welcher gebietet, dass von mehreren geeigneten Massnahmen die je- weils mildeste getroffen wird und namentlich der indirekt ausgeübte Zwang in ei- nem vernünftigen Verhältnis zum Erfüllungsinteresse der Gegenpartei steht (vgl. Daniel Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, N 11 und N 14 zu Art. 343 ZPO). Das indirekte Zwangsmittel der Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB kann aufgrund seiner pönalen Natur sehr einschneidende Folgen zeitigen, weshalb der Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bei dieser Vollstre- ckungsmassnahme besondere Bedeutung zukommt (Franz Kellerhals, a.a.O., N 11 zu Art. 343 ZPO; vgl. auch Gian Reto Zinsli, a.a.O., N 4 zu Art. 343 ZPO).

Seite 10 — 14 bb) Ob ein Anspruch realiter vollstreckt werden kann, bestimmt das materielle Recht (Daniel Staehelin, a.a.O., N 31 zu Art. 343 ZPO). Besuchsrechte sind einer Zwangsvollstreckung grundsätzlich zugänglich (statt vieler Franz Kellerhals, a.a.O., N 100 zu Art. 343 ZPO). So ist es möglich, das Besuchsrecht mittels Straf- bewehrung gestützt auf Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO indirekt gegenüber dem Inhaber der elterlichen Sorge oder Obhut durchzusetzen (Urteil des Bundesgerichts 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014 E. 4.2 mit Verweis auf Franz Kellerhals, a.a.O., N 102 zu Art. 343 ZPO; vgl. auch Ingeborg Schwenzer/Michelle Cottier, in: Hon- sell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014, N 15 und N 18 zu Art. 275 ZGB). Da eine Zwangsmassnahme gegen diesen immer auch das Kind trifft, ist vor der zwangsweisen Durchsetzung des persönli- chen Verkehrs deren Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl zu prüfen (Andrea Büch- ler/Annatina Wirz, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, Band I: ZGB, 2. Aufl., Bern 2011, N 15 zu Art. 274 ZGB). Bei der Durchsetzung des Be- suchsrechts bzw. der Wahl der Vollstreckungsmittel genießt der Richter zwar Er- messen (vgl. Philipp Maier, Aktuelles zu Eheschutzmassnahmen, Scheidungs- gründen und Kinderbelangen anhand der Praxis der erst- und

zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, in: AJP 1/2008, S. 87 f.; Franz Kellerhals, a.a.O., N 104 zu Art. 343 ZPO). Eine Strafandrohung erscheint allerdings nur dann sinnvoll, wenn feststeht, dass der Widerstand vom obhutsberechtigten Elternteil und nicht vom unbeeinflussten Kind selbst ausgeht (Franz Kellerhals, a.a.O., N 102 zu Art. 343 ZPO und Daniel Staehelin, a.a.O., N 31 zu Art. 343 ZPO jeweils mit Verweis auf BGE 107 II 301 E. 5; vgl. auch Philipp Maier, a.a.O., S. 88). Unter Umständen ist das Kind persönlich anzuhören (Daniel Staehelin, a.a.O., N 31 zu Art. 343 ZPO mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5A_388/2008 vom 22. August 2008 E. 3). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht die Strafandrohung als Vollstreckungsmassnahme dann zur Diskussion, wenn sich der Obhutsinhaber der Ausübung des Besuchsrechts in grundsätzlicher Weise widersetzt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_764/2013 vom 20. Januar 2014 E. 2.1 mit Verweis auf BGE 107 II 301 E. 5). In der Praxis lässt sich nicht vermeiden, dass Besuchstage ausfallen, sei es aus Gründen, die beim Kind liegen (wie Krankheit oder schulische Verpflichtungen), oder aus solchen, welche ein Elternteil zu vertreten hat. Um dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen, sind die Eltern bei einer Nichtausübung des persönlichen Verkehrs grundsätzlich in einem ersten Schritt zu mahnen und erst in einem zweiten Schritt fallen Weisungen in Betracht, die auch mit der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB verbunden werden können (Jann Six, Eheschutz, 2. Aufl., Bern 2014, Rz. 2.36 und 2.40; Ingeborg Schwenzer, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar,

Seite 11 — 14 Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014, N 22 zu Art. 273 ZGB; vgl. auch Ingeborg Schwenzer/Michelle Cottier, a.a.O., N 13 zu Art. 275 ZGB). Falls indessen bereits im Zeitpunkt der Festsetzung des Besuchsrechts absehbar ist, dass der obhutsberechtigte Ehegatte den persönlichen Verkehr vereiteln bzw. das Besuchsrecht nicht ohne den Druck einer Ungehorsamsstrafe freiwillig gewähren würde, besteht im Rahmen der direkten Vollstreckung die Möglichkeit, die Strafandrohung nach Art. 292 StGB im Eheschutzentscheid auszusprechen (Jann Six, a.a.O., Rz. 2.25a). cc) Wie dargelegt wäre eine prinzipielle Verweigerungshaltung und grundsätzlicher Widerstand hinsichtlich der Durchführung des Besuchsrechts erforderlich, damit sich die Anordnung einer Strafandrohung gegenüber der Kindsmutter rechtfertigen liesse. Aus den Akten wird jedoch kein anhaltend obstruierendes und renitentes Verhalten der Berufungsklägerin ersichtlich. Bevor die schriftliche Auskunft der PDGR erging, wurde das Besuchsrecht seitens der Mutter freiwillig gewährt und zwar zuletzt im April 2015 (vgl. Vorinstanz Proz. Nr. 135-2015-35 act. V./3). Auf Empfehlung der PDGR vom 22. April 2015 hin ordnete der Bezirksgerichtspräsident Hinterrhein mit Entscheid vom 26. Juni 2015 ein begleitetes Besuchsrecht im geschützten Rahmen bei der Fachstelle KJBE an. Zudem wurde eine Besuchsbeistandschaft für die Kinder errichtet. Ob bzw. wann in der Folge zum ersten Mal ein begleiteteter Besuchstag stattfand, lässt sich den verfügbaren Akten nicht entnehmen. Jedenfalls wurden die Besuchskontakte ab Herbst 2015 auf Wunsch des Kindsvaters vorläufig eingestellt. Gemäss der Stellungnahme der Beiständin vom 15. März 2016 habe ihr der Vater am 16. September 2015 telefonisch mitgeteilt, dass er sich zurzeit nicht in der Lage fühle, die Besuche wahrzunehmen. Nachdem er das Bedürfnis geäussert habe, seine Kinder wieder zu sehen, habe sich die Mutter trotz grosser Bedenken am 9. Februar 2016 bereit erklärt, die begleiteten Besuchstage im März wieder aufzunehmen. Die Beiständin bestätigt die Einwände der Mutter, wonach die Führung eines Strafverfahrens gegen den Vater und dessen psychische Erkrankung für die Kinder eine hohe Belastung darstellen würden, betont aber gleichzeitig die Wichtigkeit der Kontakte. Zwar wird in der

Stellungnahme festgehalten, die Mutter hege aufgrund der gesundheitlichen Situation des Vaters Bedenken und Vorbehalte gegenüber den Besuchskontakten. Dass sie sich der Ausübung des Besuchsrechts aber in grundsätzlicher Weise entgegen stellt und den Kontakt zwischen Vater und Söhnen regelmässig zu verhindern sucht, geht aus dem Bericht der Beiständin nicht hervor (vgl. Vorinstanz Proz. Nr. 135-2016-36 act. V./1). Aufgrund der ein- bzw. erstmaligen Absage des Besuchstages vom 5. März 2016 kann entgegen der Auffassung des

Seite 12 — 14 Bezirksgerichtspräsidenten noch nicht davon gesprochen werden, dass die Berufungsklägerin die Ausübung des Besuchsrechts nach Belieben torpediere und den persönlichen Verkehr unterbinde. Der Vorderrichter weist in seiner Entscheidungsgründung lediglich auf diesen einen Vorfall und nicht etwa auf mehrere Vorkommnisse hin. Es ist nicht aktenkundig, dass die Besuchskontakte ein weiteres Mal aus Gründen, welche die Berufungsklägerin zu verantworten hat, ausgefallen wären. Der mehrmonatige Unterbruch der Besuchskontakte ab Herbst 2015 war wie erwähnt auf den Berufungsbeklagten zurückzuführen. Sodann erscheint es nicht absehbar, dass die Berufungsklägerin das Besuchsrecht ohne Zwangsmassnahme dauerhaft vereiteln würde, sondern vielmehr darf erwartet werden, dass die Ausübung des persönlichen Verkehrs aufgrund der getroffenen Massnahmen (begleitete Besuchstage im betreuten und geschützten Rahmen bei der KJBE sowie Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft) grundsätzlich gewährleistet ist bzw. die Berufungsklägerin auch ohne Strafbewehrung freiwillig kooperiert. Jedenfalls bestehen bis anhin keine hinreichenden gegenteiligen Anhaltspunkte. Angesichts dessen kann der Erlass einer Strafandrohung im jetzigen Zeitpunkt, insbesondere unter Berücksichtigung der nötigen Zurückhaltung beim in Frage stehenden Zwangsmittel (vgl. vorstehend E. 4b/aa), nicht als verhältnismässig gelten. Da es sich um eine erstmalige Absage des Besuchskontakts seitens der Berufungsklägerin handelt, hätte es der Vorderrichter bei einer mildereren Massnahme wie einer Mahnung oder der Anordnung eines Ersatztermins für den ausgefallenen Besuchstag (vgl. Ingeborg Schwenzer, a.a.O., N 16 zu Art. 273 ZGB) belassen müssen. Die Berufung erweist sich damit als begründet und die angeordnete Vollstreckungsmassnahme ist aufzuheben.

E. 5

Die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens werden gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ, BR 320.210) auf CHF 2'000.-- festgesetzt. Da die Berufungsklägerin mit ihren Begehren vollumfänglich durchgedrungen ist, wird sie gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nicht kostenpflichtig. Fraglich ist, ob die Verfahrenskosten dagegen dem Berufungsbeklagten, welcher keine Anträge gestellt und sich am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt hat, auferlegt werden können. Die ZPO regelt nicht, ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren das Kostenrisiko durch Distanzierung, das heisst durch Verzicht auf eine Berufungs- oder Beschwerdeantwort sowie auf die Stellung von Anträgen, vermeiden kann. Da eine solche Distanzierung aber nicht zum Verlust der Parteistellung führt, kann sie nur im Rahmen einer Ermessensverteilung nach Art. 107 ZPO berücksichtigt werden (David Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung

Seite 13 — 14 [ZPO], 2. Aufl., Zürich 2013, N 8 zu Art. 106 ZPO). Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen, wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen. Weil der Erlass der Strafandrohung vorliegend nicht auf Antrag des

Berufungsbeklagten, sondern von Amtes wegen erfolgt ist, und der Berufungsbeklagte den angefochtenen Entscheid damit weder veranlasst noch sich mit diesem identifiziert hat, ist aus Billigkeitsgründen davon abzusehen, ihm die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen. Die Kosten gehen daher zu Lasten des Kantons Graubünden, welcher die Berufungsklägerin zudem angemessen zu entschädigen hat. Mangels Einreichung einer Honorarnote wird die Parteienschädigung vorliegend nach Ermessen festgesetzt. In Anbetracht der eingereichten Rechtsschrift sowie der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen erscheint vorliegend eine aussergerichtliche Entschädigung in Höhe von CHF 1'000.-- (inkl. Spesen und MwSt.) als angemessen.

Seite 14 — 14 III.

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