

# GR\_GERICHTE ZK1 2018 188 vom 23. Juli 2019

GR Gerichte, 2019-07-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2018\\_188](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2018_188)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2018 188 du 23 juillet 2019

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2018 188 del 23 luglio 2019

## Regeste

vorsorgliche Massnahme (Kindesschutz) | KES Kindesschutzrecht (allgemein)

## Erwägungen

### E. 15

Juni 2017 Kindesschutzmassnahmen für Y.\_\_\_\_\_, geboren am \_\_\_\_\_ 2014, an. Dagegen liessen dessen Eltern, X.1\_\_\_\_\_/X.2\_\_\_\_\_, vertreten durch Rechts- anwalt lic. iur. HSG Stephan Mullis, Beschwerde ans Kantonsgericht führen. Mit Entscheid des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 17 90 vom 17. Januar 2018 wurde der gesamte Entscheid der KESB aufgehoben und die Sache zur weiteren Abklärung und Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen an die KESB zurück- gewiesen. In den Erwägungen wurde die KESB unter anderem zur Einholung ei- nes Fachgutachtens angewiesen. B. Mit Schreiben vom 27. April 2018 teilte die KESB den Parteien mit, dass sie das Abklärungsverfahren in Sachen Prüfung von Kindesschutzmassnahme weiter- führen werde. Gleichzeitig gewährte sie X.1\_\_\_\_\_/X.2\_\_\_\_\_ sowie Rechtsanwalt Dr. iur. Hans Peter Kocher, der für das Verfahren eingesetzte Kindsvertreter, das rechtliche Gehör. C. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 27. September 2018 [recte: 27. No- vember 2018], mitgeteilt am 28. November 2018, gab die KESB bei Dr. med. A.\_\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie (spez. Forensische Psych- iatrie und Psychotherapie FMH), ein Gutachten in Auftrag, mit welchem unter an- derem geklärt werden sollte, ob die bei X.1\_\_\_\_\_ diagnostizierte Pädophilie bestätigt werden könne und ob sich diese auch auf Jungen beziehe. X.1\_\_\_\_\_/X.2\_\_\_\_\_ liessen gegen diese Verfügung Beschwerde ans Kantonsge- richt von Graubünden erheben, die mit Entscheid vom 11. März 2019 vollumfäng- lich abgewiesen wurde (ZK1 18 173). D. Mit Entscheid vom 11. Dezember 2018, mitgeteilt am 12. Dezember 2018, ordnete die KESB was folgt an: 1. Für Y.\_\_\_\_\_ wird vorsorglich eine Weisung an die Eltern X.1\_\_\_\_\_/X.2\_\_\_\_\_ erlassen (Art. 445 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 307 Abs. 3 ZGB): a. Sie haben im Sinne der Erwägungen aktiv an einem Paarcoa- ching in regelmässigen Abständen von maximal acht Wochen mitzuwirken. b. Als Paarcoach ist eine bisher nicht mit der Familie betraute Fachperson (Psychologe/in oder Psychiater/in) zu bezeichnen. 2. Für Y.\_\_\_\_\_ wird vorsorglich eine Weisung an die Mutter X.1\_\_\_\_\_ erlassen (Art. 445 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 307 Abs. 3 ZGB): 3 / 16 a. zu Zeiten, in denen sie selber abwesend ist und Y.\_\_\_\_\_ nicht selber betreuen kann, eine erwachsene Drittperson mit der Be- treuung von Y.\_\_\_\_\_ zu betrauen und den Vater Y.\_\_\_\_\_ nicht alleine betreuen zu lassen; b. falls die Betreuung zu Hause in Anwesenheit des Vaters stattfin- den soll, ist die pädophile Neigung des Vaters gegenüber der er- wachsenen Betreuungsperson offenzulegen. 3. Für Y.\_\_\_\_\_ wird vorsorglich eine Weisung an die Eltern X.1\_\_\_\_\_/X.2\_\_\_\_\_ erlassen (Art. 445 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 307 Abs. 3 ZGB): Sie haben sich zweimonatlich gemeinsam mit Y.\_\_\_\_\_ zum Kinder-

arzt oder zu einem ausgewiesenen Kinderpsychologen zu begeben zwecks Beobachtung der Interaktion des Kindes mit seinen Eltern. Falls es zu Interaktionsstörungen/Entwicklungsstörungen kommt, ist die Erziehungsaufsicht vom Kinderarzt oder Kinderpsychologen umgehend darüber in Kenntnis zu setzen. 4. Für Y.\_\_\_\_\_ wird vorsorglich eine Erziehungsaufsicht bestimmt (Art. 445 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 307 Abs. 3 ZGB), der die Eltern sowie mit der Beratung der Familie beauftragte Fachstellen Auskunft zu erteilen und Einblick in folgende Bereiche zu gewähren haben: a. Durchführung des Paarcoachings, erreichte Coachingziele, Einschätzung über Veränderungen im Coaching durch die therapeutische Fachperson, Einholen von Coachingberichten beim/bei der gewählte/n Therapeuten/in; b. Angaben wer die externe Betreuungsperson für Y.\_\_\_\_\_ ist, wenn X.1\_\_\_\_\_ ihn nicht selber betreuen kann und mit der Betreuungsperson Kontakt aufzunehmen, um abzuklären, ob sie über die bestehende Pädophilie von X.1\_\_\_\_\_ informiert wurde. Auch hat sie bei der Betreuungsperson Auskunft zu erhalten, wie oft und in welchen Konstellationen Y.\_\_\_\_\_ von ihr betreut wird (Ort, Zeit, Häufigkeit, Anwesende); c. Austausch mit dem Kinderarzt oder dem ausgewiesenen Kinderpsychologen, der Y.\_\_\_\_\_ und die Eltern alle zwei Monate anlässlich von Interaktionsterminen sieht. Einholen von Berichten, Austausch über Veränderungen im Verhalten von Y.\_\_\_\_\_ und X.1\_\_\_\_\_/X.2\_\_\_\_\_ sowie über die kindliche Entwicklung. 5. Die Kosten im Verfahren zur Prüfung der Anordnung von Kinderschutzmassnahmen werden vorläufig beim Verfahren belassen. 6. (Rechtsmittelbelehrung)

4 / 16 7. (Mitteilung) E. Gegen diesen Entscheid liessen X.1\_\_\_\_\_/X.2\_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 21. Dezember 2018 Beschwerde ans Kantonsgericht von Graubünden erheben und dessen ersatzlose Aufhebung beantragen (ZK1 18 188). F. Am 26. Februar 2019 erstattete Dr. med. A.\_\_\_\_\_ der KESB das bei ihm in Auftrag gegebene Gutachten. G. Vor dem Hintergrund der gutachterlichen Schlussfolgerungen erachtete die KESB den Weiterbestand der angeordneten vorsorglichen Massnahmen nicht mehr angezeigt. Daher verfügte sie mit Entscheid vom 13. Juni 2019, mitgeteilt am

## **E. 19**

Juni 2019, was folgt: 1. Die gemäss Ziff. 1-4 des Entscheids vom 11.12.2018 erlassenen vorsorglichen Massnahmen (Weisungen und Erziehungsaufsicht nach Art. 307 Abs. 3 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB) werden aufgehoben. 2. G.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, der KESB unverzüglich nach Vollstreckbarkeit dieses Entscheids das Original der Ernennungsurkunde vom 11.12.2018 und innert drei Monaten sämtliche Akten geordnet zur Archivierung zu übergeben. 3. Für die Mandatsführung vom 01.04.2017 bis 02.05.2019 wird zugunsten von Rechtsanwalt Hans Peter Kocher eine Entschädigung inkl. Spesenersatz, MWSt. und Drittkosten abzgl. a.a. Entschädigung des Kantonsgerichts im Umfang von Fr. 8'376.10 festgesetzt. 4. A. (Entschädigung Erziehungsaufsicht) B. (Kostentragung Massnahmekosten) 5. (Verfahrenskosten) 6. (Rechtsmittelbelehrung) 7. (Mitteilung) H. Mit Schreiben vom 1. Juli 2019 forderte der Vorsitzende der I. Zivilkammer die Parteien auf, sich im Hinblick auf die zufolge Gegenstandslosigkeit der Beschwerde zu erlassende Abschreibungsverfügung zur Kosten- und Entschädigungsfolge schriftlich zu äussern. I. Mit Eingaben vom 12. Juli 2019 nahmen sowohl die Beschwerdeführer wie auch der Kindsvertreter zur Kosten- und Entschädigungsfolge Stellung. In ihren Eingaben berufen sich beide jeweils auf die gesetzliche Kostenverteilungsregel

5 / 16 von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO, wobei sie aber unterschiedliche Schlüsse ziehen. Während die Beschwerdeführer die gesamten Prozesskosten der KESB auferlegt sehen wollen (vgl. act. A.4), beantragt der Kindsvertreter, die Prozesskosten den Beschwerdeführern aufzuerlegen und sie zu verpflichten, ihn mit CHF 1'416.95 (inkl. MwSt. und Auslagenpauschale) zu entschädigen (vgl. act. A.5). II. Erwägungen 1.1. Die Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid der KESB Prättigau/Davos vom 11. Dezember 2018, mitgeteilt am 12. Dezember 2018, mit welchem vorsorglich diverse Kinderschutzmassnahmen für Y.\_\_\_\_\_ angeordnet worden waren. Gegen solche Entscheide sieht Art. 445 Abs. 3 ZGB ausdrücklich das Rechtsmittel der Beschwerde i.S.v. Art. 450 ff. ZGB vor. Die Beschwerdeführer waren am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und besitzen darüber hinaus als Adressaten des Entscheides ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung (vgl. Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 und 3 ZGB). Sie sind folglich zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerde ans Kantonsgericht von Graubünden vom 21. Dezember 2018 erfolgte innert der zehntägigen Anfechtungsfrist gemäss Art. 445 Abs. 3 ZGB bei der zuständigen Instanz (vgl. Art. 60 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [BR 210.100; EGzZGB]). Weil die übrigen Prozessvoraussetzungen zu keinen Bemerkungen Anlass geben, ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten. 1.2. Weil das Beschwerdeverfahren abzuschreiben ist (vgl. die nachfolgenden E. 2. ff.), ist für den Erlass einer Abschreibungsverfügung gemäss Art. 11 Abs. 2 der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts (KGV; BR 173.100) i.V.m. Art. 9 Abs. 2 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG; BR 173.000) der Kammervorsitzende zuständig. 2. Die Gegenstandslosigkeit eines Verfahrens wird entweder durch eine darauf abzielende Prozesshandlung einer oder beider Parteien herbeigeführt (Fälle gemäss Art. 241 ZPO) oder tritt aus anderen (vgl. die nachfolgende Erwägung), z.T. sogar vom Willen der Prozessparteien unabhängigen Gründen ein (Gegenstandslosigkeit i.e.S., Art. 242 ZPO). Die Beschwerde richtete sich vorliegend gegen den vorsorglichen Massnahmenentscheid der KESB vom 11. Dezember 2018, welcher mit Entscheid vom 13. Juni 2019 wieder aufgehoben worden war (vgl. act. D.5). Es erklärt sich von selbst, dass dadurch der Streitgegenstand wegfiel und das Beschwerdeverfahren ZK1 18 188 gegenstandslos geworden von Amtes wegen abzuschreiben ist (vgl. Art. 242 ZPO). In all den erwähnten Abschreibungsfällen wird zwar ein richterlicher Entscheid in der Sache überflüssig und das Verfah-

6 / 16 ren wird ohne Urteil abgeschrieben, doch sind die bis zur Abschreibung angefallenen Prozesskosten zu liquidieren. Während bei Klagerückzug oder Klageanerkennung die den Abstand erklärende Partei als unterliegend gilt und dadurch im Regelfall kostenpflichtig wird (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), verweist die vorliegend einschlägige Bestimmung von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO für die Kostenverteilung bei Gegenstandslosigkeit i.e.S. als Grundregel auf das Ermessen des Gerichts (vgl. Martin Sterchi, in: Hausheer/Walter, [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bd. II, Bern 2012, N 16 zu Art. 107 ZPO). Die Kostenverteilung hat im Rahmen des Abschreibungsbeschlusses zu erfolgen. Entsprechend der in casu einschlägigen Bestimmung von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO kann das Kantonsgericht bei der Festsetzung der Prozesskosten sein Ermessen walten lassen und auch Billigkeitsüberlegungen miteinbeziehen (analog Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Es sind die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Entsprechend können die Kosten nach dem Kausalitätsprinzip derjenigen Partei auferlegt werden, welche die Gegenstandslosigkeit herbeigeführt hat, oder nach dem Verursacherprinzip derjenigen Partei, welche den Prozess

eingeleitet hat bzw. nach dem mutmasslichen Prozessausgang der potenziell unterliegenden Partei. Grundsätzlich erscheint billig, die Kosten derjenigen Partei aufzuerlegen die den Grund für das Gegenstandsloswerden des Prozesses herbeigeführt hat. Das Bundesgericht hat bei vergleichbarer Rechtslage (Art. 266 aZ- PO/SG) zwar festgehalten, das Gericht dürfe sich bei der Ermessensausübung nicht auf ein einzelnes Kriterium versteifen, sondern habe alle Kriterien zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 5P.394/2005 vom 16. Januar 2006 E. 2.3; ebenso Alexander Fischer, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 12 zu Art. 107 ZPO). Jedoch ist anerkannt, dass je nach Sachlage vorab auf den mutmasslichen Prozessausgang abgestellt werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_327/2016 vom 1. Mai 2017 E. 4.3.2; BGE 142 V 551 E. 8.2 mit Hinweisen; Martin Sterchi, a.a.O., N 18 zu Art. 107 ZPO), bzw. auf diesen sogar in erster Linie abzustellen ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.1; 2C\_201/2008 vom 14. Juli 2008 E. 2.3). Zur Beurteilung des mutmasslichen Prozessausganges ist die Sachlage im Zeitpunkt des Eintritts des Erledigungsgrundes massgebend. Bereits von den Parteien eingereichte Beweismittel sind zu berücksichtigen. Eine nachträgliche Beweisführung bloss zur Erhellung der Prozesschancen hat aber zu unterbleiben. Es muss bei einer knappen Beurteilung der Aktenlage sein Bewenden haben. Über den Weg des Kostenentscheids soll nicht ein materielles Urteil gefällt und unter Umständen der Entscheid in einer heiklen Rechtsfrage präjudiziert werden. Lässt sich der mutmassliche Prozessausgang nicht abschätzen, kann hilfs-

7 / 16 weise darauf abgestellt werden, welche Partei das Verfahren veranlasst hat (vgl. Martin Sterchi, a.a.O., N 16 ff. zu Art. 107 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 2C\_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.1; vgl. auch Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff., Ziff. 5.8.2 S. 7297). Somit ist zwecks Verteilung der Prozesskosten im Nachfolgenden der mutmassliche Verfahrensausgang zu eruieren. 3.1. Gemäss Art. 445 Abs. 1 ZGB, welcher auch auf den Kinderschutz anwendbar ist (Art. 314 ZGB), trifft die Erwachsenenschutzbehörde auf Antrag oder von Amtes wegen alle für die Dauer des Verfahrens notwendigen vorsorglichen Massnahmen. Diese dienen insbesondere der Rechtsverwirklichung. Durch entsprechende Anordnungen soll insbesondere das Hauptverfahren entlastet werden, bleibt dank ihnen doch hinreichend Zeit für vertiefte Abklärungen (Luca Maranta/Christoph Auer/Michèle Marti, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. Auflage, Basel 2018, N 2 zu Art. 445 ZGB). Aus dem Wortlaut von Art. 445 Abs. 1 ZGB folgt, dass die KESB nur für die Dauer des Verfahrens vorsorgliche Massnahmen anordnen kann, was ein hängiges Verfahren voraussetzt (vgl. E. 5.1.). Weiter wird eine zeitliche Dringlichkeit vorausgesetzt (vgl. E. 5.2.1.) sowie eine "positive" Hauptsachenprognose (vgl. E. 5.3.1.). D.h. die Behörde muss zum Schluss gelangen, dass die in Betracht fallende Massnahme oder zumindest eine Massnahme vergleichbarer Tragweite wahrscheinlich im Endentscheid angeordnet werden wird. Die Prüfung dieser Voraussetzungen erfolgt lediglich aufgrund einer summarischen Beurteilung der Sach- und Rechtslage. Schliesslich hat die Massnahme verhältnismässig zu sein (E. 5.4.), was der Gesetzgeber mit dem Ausdruck "notwendigen Massnahmen" in Art. 445 Abs. 1 ZGB zum Ausdruck brachte. Die weiteren Kriterien der Verhältnismässigkeit (Geeignetheit/Zumutbarkeit) sind zwar nicht namentlich genannt, selbstredend sind aber auch diese Aspekte zu beachten (vgl. zum Ganzen Luca Maranta/Christoph Auer/Michèle Marti, a.a.O., N 5 ff.). Für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme genügt das Beweismass

der Glaubhaftmachung (vgl. hierzu BGE 120 III 393 E. 4.c). Analog zu dem im klassisch kontradiktorisch geführten Zivilprozess schwebt das Beweismass des Glaubhaftmachens auch im KESB-Verfahren irgendwo zwischen Behauptung und Beweis (vgl. Lucius Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 25 zu Art. 261 ZPO). Die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme müssen bei einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage erfüllt sein. Dies erscheint gerechtfertigt, weil der Rechtsschutz schnell gewährt werden

8 / 16 soll und "nur" für einen beschränkten Zeitraum eingeräumt wird. Eine eingehende Auseinandersetzung, die den Entscheid in der Hauptsache praktisch vorwegnimmt, hat zu unterbleiben (vgl. zum Ganzen Luca Maranta/Christoph Auer/Michèle Marti, a.a.O., N 11 zu Art. 445 ZGB). 3.2. Die vorsorglich angeordneten Weisungen an die Beschwerdeführer (regelmässiges Paarcoaching; Sicherstellung, dass der Vater den Sohn nicht alleine betreut; Offenlegung der pädophilen Neigung gegenüber erwachsenen Betreuungsperson; zweimonatliche Besuche mit Y.\_\_\_\_\_ beim Kinderarzt oder Kinderpsychologen sowie die vorsorgliche Anordnung einer Erziehungsaufsicht (vgl. angefochtener Entscheid) wurden erlassen, weil beim Vater eine Pädophilie vorliegt. Aufgrund dieser Störung ging die KESB davon aus, dass das körperliche Wohl und die Entwicklung von Y.\_\_\_\_\_ gefährdet sind. Durch die Anordnung der Massnahmen sollte der Gefahr für Y.\_\_\_\_\_ während des Abklärungsverfahrens begegnet werden, nachdem das Kantonsgericht von Graubünden mit Entscheid ZK1 17 90 vom 17. Januar 2018 die ursprünglichen Kinderschutzmassnahmen aufgehoben hatte und mangels liquiden Sachverhalts zur Einholung eines neueren Gutachtens an die KESB zurückgewiesen hatte. Aus dem Gutachten von Dr. med. A.\_\_\_\_\_ vom 26. Februar 2019 geht nunmehr klar hervor, dass der Vater zwar nach wie vor unter einer Pädophilie leide. Er habe aber gelernt, damit umzugehen und auch aufkommende pädosexuelle Phantasien zu stoppen, sich abzulenken oder gegebenenfalls Hilfe zu holen. Eine mögliche Risikokonstellation bestehe nach wie vor in jenen Situationen, in denen es zu einer erneut ausgeprägten Unzufriedenheit mit seiner Lebenssituation komme und vor allen Dingen dann, wenn es zu einem Ungleichgewicht hinsichtlich der sexuellen Bedürfnisse zwischen ihm und seiner Frau kommen würde. Eine solche Situation könne dann durchaus mit einer erhöhten Gefahr einhergehen, dass der Beschwerdeführer im nahen Umfeld näheren Kontakt zu Kindern im präpubertären Alter suchen werde und es dann zu erneuten Übergriffen kommen könne. Es wurde jedoch betont, dass es zum Zeitpunkt der Begutachtung keine Hinweise geben würde, dass dabei Jungen gefährdet wären. Es habe eine Risikoverminderung durch Therapien stattfinden können. Der Vater wie auch die Mutter wüssten von den Risikosituationen und seien diesbezüglich achtsam. Aus gutachterlicher Sicht würden sich deswegen keine notwendigerweise zu ergreifende Massnahmen aufdrängen, um Y.\_\_\_\_\_ vor Übergriffen seitens des Vaters zu schützen. Der Vater weise eine heterosexuelle Pädophilie und eine heterosexuelle Ausrichtung auf erwachsene Sexualpartnerinnen auf. In der jetzigen Konstellation fänden sich keine Bedingungen, die prognostisch eine Gefährdung des Wohles von Y.\_\_\_\_\_ ergeben würden (vgl. zum Ganzen act. D.3.1, insb. S. 51 ff.).

9 / 16 Die Frage nach dem mutmasslichen Prozessausgang wird grundsätzlich gestützt auf den Sachverhalt und die Rechtslage zum Zeitpunkt des Erledigungsgrundes – in casu der 13. Juni 2019 (Aufhebungsentscheid der KESB) – beantwortet (vgl. Julia Gschwend/Daniel

Steck, a.a.O., N 19 zu Art. 242 ZPO). Dies bedeutet, dass die gutachterlichen Schlussfolgerungen vom 26. Februar 2019 (act. D.3.1) mit zu berücksichtigen sind. Aus diesen geht nun zweifellos hervor, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der vorsorglichen Kinderschutzmassnahmen mangels einer erhöhten Gefahr eines Übergriffs auf Y.\_\_\_\_\_, nicht (mehr) vorliegen. Die Beschwerde wäre demnach gutzuheissen gewesen. Entsprechend hob die KESB ihren Entscheid denn auch wiedererwägungsweise auf. 4.1. Wäre aber über die Beschwerde bereits vor Eingang des Gutachtens von Dr. med. A.\_\_\_\_\_ vom 26. Februar 2019 entschieden worden, wäre mit einem anderen Verfahrensausgang zu rechnen gewesen (vgl. nachfolgende Erwägungen 4.2. ff.). Um sich die sich der KESB zum Entscheidzeitpunkt darstellende Ausgangslage zu vergegenwärtigen, ist von zentraler Bedeutung, die im Entscheid des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 17 90 vom 17. Januar 2019 erfolgten Sachverhaltsfeststellungen wiederzugeben. 4.2. Im erwähnten Entscheid, mit welchem die von der KESB ursprünglich angeordneten "definitiven" Kinderschutzmassnahmen aufgehoben wurden, erwog das Kantonsgericht von Graubünden, dass für die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit von entscheidender Bedeutung sei, ob zumindest eine hohe Wahrscheinlichkeit für die von der KESB beschriebene Gefährdung von Y.\_\_\_\_\_ durch die Neigungen seines Vaters bestehen würden (E. 4.3.). Von entscheidender Bedeutung sei dabei, ob sich die sexuelle Deviation des Beschwerdeführers auch auf Jungen oder nur auf Mädchen im vorpubertären Alter bzw. junge Frauen beziehen würde, wie es von Dr. med. A.\_\_\_\_\_ in seinem Gutachten gefolgert worden sei. Das Gutachten liege indes mehr als vier Jahre zurück und die Situation des Vaters von Y.\_\_\_\_\_ habe sich entsprechend verändert. Die die gutachterlichen Schlussfolgerungen stützenden Ausführungen von Dr. med. F.\_\_\_\_\_, wonach der Beschwerdeführer keine homosexuelle Neigungen aufweisen würde, würdigte das Kantonsgericht mit Zurückhaltung, erkannte es auf dessen Seite doch gewisse Solidarisierungstendenzen mit den Beschwerdeführern (vgl. den erwähnten Entscheid, E. 5.7.). Ebenso relativierte es die Einschätzung der beigezogenen Expertin, Dr. med. B.\_\_\_\_\_, die ursprünglich noch von einer konkreten Gefahr für Y.\_\_\_\_\_ auszugehen schien und diese Einschätzung aus nicht ganz nachvollziehbaren Gründen revidiert hatte (vgl. den erwähnten Entscheid, E. 5.7.). Pract. med. C.\_\_\_\_\_ habe Zweifel geäussert, 10 / 16 dass sich die sexuelle Devianz des Vaters auf Mädchen bzw. junge Frauen beziehen würde, weil ihrer Einschätzung nach Hinweise bestehen würden, dass eine polymorphe Delinquenz mit enthalten sei (E. 5.7.). Eine mögliche Gefährdung von Y.\_\_\_\_\_ sei bislang nicht geklärt worden. Ebenso fehle ein entsprechendes Gutachten, welches die Vater-Sohn-Interaktion berücksichtige. Dr. med. D.\_\_\_\_\_ und Oberarzt E.\_\_\_\_\_ hätten festgehalten (KESB act. 98), dass bislang nicht geklärt worden sei, ob bezüglich Y.\_\_\_\_\_ Massnahmen angezeigt seien, womit sie offenbar zum Ausdruck haben bringen wollen, dass das Gutachten von Dr. med. A.\_\_\_\_\_ vor der Geburt von Y.\_\_\_\_\_ erstellt worden sei. Auch die Sachverständige Dr. med. B.\_\_\_\_\_ scheine die Vater-Kind-Interaktion für eine adäquate Beurteilung einer möglichen Gefährdung von Y.\_\_\_\_\_ von grundlegender Bedeutung zu betrachten. Sodann gelangte das Kantonsgericht von Graubünden zum Schluss, dass offene Fragen bestehen würden, deren Klärung für die abschliessende Beurteilung einer möglichen Kindswohlfährdung erforderlich seien. Angesichts der Umstände, dass eine Fehlbeurteilung schlimme Folgen für das Kind nach sich ziehen könnte, beim Vater unbestrittenermassen pädophile Neigungen vorhanden seien (Pädophilie [ICD-10 65.4], nicht ausschliesslicher Typus) und bezogen auf die dadurch möglicherweise

gegebene Gefährdung von Y.\_\_\_\_\_ noch kein Fach- gutachten vorliegen würde und überdies unterschiedliche Fachpersonen den Be- schwerdeführer als "unoffen" bezeichnet hätten, sei ein entsprechendes Gutach- ten einzuholen. 5.1. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 445 ZGB setzt ein hängiges Verfahren voraus (Luca Maranta/Christoph Auer/Michèle Marti, a.a.O., N 5 zu Art. 445 ZGB). Die mit Entscheid vom 11. Dezember 2018 angeordneten vor- sorglichen Massnahmen ergingen unbestrittenermassen in einem vor der KESB bereits seit dem 9. April 2014 hängigen (Haupt-)verfahren (KESB act. 6; vgl. auch act. A.1, S. 6, Ziff. 10). 5.2.1. Die Beschwerdeführer monieren, die KESB habe eine wahrscheinliche Ge- fährdung konstruiert. Es genüge nicht, die Massnahmen mit den an sich unbestrit- tenen pädophilen Neigungen des Beschwerdeführers zu begründen. Das Kan- tonsgericht von Graubünden habe mit Entscheid ZK1 17 90 festgehalten, dass die objektiv einschneidenden Eingriffe sich nur bei einer zumindest hohen Wahr- scheinlichkeit einer Gefährdung rechtfertigten. Zudem habe die KESB jahrelang nichts unternommen, so dass insgesamt keine Dringlichkeit bestehen würde. 5.2.2. Vorab erscheint es zentral, die Bedeutung von Erwägung 4.3 des kantons- gerichtlichen Entscheids ZK1 17 90 vom 17. Januar 2018 für das vorliegende Ver- fahren zu relativieren, zumal die Beschwerdeführer daraus offensichtlich falsche

11 / 16 Schlüsse ziehen. In dieser Erwägung hielt das Kantonsgericht fest, dass die an- geordneten Massnahmen objektiv betrachtet einschneidende Massnahmen dar- stellen, welche sich nur rechtfertigen, wenn die beschriebene Gefährdung von Y.\_\_\_\_\_ durch die Neigungen seines Vaters erstellt sei bzw. eine hohe Wahr- scheinlichkeit hierfür bestehen würde. Die Beschwerdeführer verkennen, dass das Kantonsgericht von Graubünden dabei über die "definitive" Anordnung von Kin- desschutzmassnahmen zu befinden hatte. Weil entsprechende Anordnungen zeit- lich beständiger sind als vorsorgliche Massnahmen, werden auch für deren Be- weis naturgemäss höhere Anforderungen gestellt. Für die Anordnung vorsorgli- cher Massnahmen genügt indessen das Beweismass der Glaubhaftmachung (vgl. hierzu BGE 120 III 393 E. 4.c). Vor dem Hintergrund, dass zum damaligen Zeit- punkt (noch) nicht genügend geklärt war, ob die sexuelle Deviation des Be- schwerdeführers auch eine Gefahr für Y.\_\_\_\_\_ bedeutet, weil eben nicht geklärt war, ob die unbestrittenermassen vorliegende pädophile Neigung sich auch auf Jungen beziehen würde, ist von einer zeitlichen Dringlichkeit auszugehen. Dies umso mehr als diesbezüglich noch diverse offene Fragen bestanden hatten und eine falsche Einschätzung für Y.\_\_\_\_\_ gravierende Folgen hätte zeitigen können. Das Vorbringen der Beschwerdeführer, mit dem Vorliegen eines Gutachtens sei innert drei Monaten zu rechnen gewesen, so dass keine Dringlichkeit bestanden habe, ist nicht stichhaltig. Es verkennet nämlich die Tatsache, dass die Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahmen darin begründet war, dass bis zum Vorliegen ei- nes Gutachtens den aus der sexuellen Deviation des Beschwerdeführers resultie- renden (gutachterlich noch nicht abschliessend geklärten) möglichen Gefahren für Y.\_\_\_\_\_ begegnet werden sollte. Dabei ist die Dauer der Anordnung irrelevant, kann es doch keine Rolle spielen, ob das Wohl des Kindes während ein paar Ta- gen gefährdet sein könnte oder aber während längerer Zeit. Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass nicht absehbar war, wie lange die Gutachtenserstellung dauern würde, zumal dies auch vom Ver- halten der Beschwerdeführer abhängig war. Es lag folglich eine zeitliche Dringlich- keit vor. 5.3.1. Die Behörde muss zum Schluss gelangen, dass die vorsorglichen Mass- nahmen bzw. Massnahmen vergleichbarer Tragweite wahrscheinlich im Endent- scheid angeordnet

werden (vgl. E. 3.1.). Die Beschwerdeführer stellen diese Voraussetzung in Abrede. 5.3.2. Das Kantonsgericht von Graubünden hat mit Entscheid ZK1 17 90 vom 17. Januar 2018 festgestellt, dass die Abklärungen noch nicht vollständig seien und namentlich gutachterlich zu verifizieren sei, ob beim Beschwerdeführer auch eine

12 / 16 homosexuelle (pädophile) Veranlagung vorliege oder wirklich nur eine heterosexuelle. Dies gehe aus den bisherigen Gutachten nicht eindeutig genug hervor (vgl. den erwähnten Entscheid E. 5.7.). Vor diesem Hintergrund kann dem Kriterium der positiven Hauptsachenprognose in der vorliegenden Konstellation keine entscheidende Bedeutung zukommen. Die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen sollte nämlich gerade den Schutz von Y.\_\_\_\_\_ für die Zeit sicherstellen, bis Klarheit darüber herrschte, ob die sexuelle Deviation des Beschwerdeführers tatsächlich (k)eine Gefahr für Y.\_\_\_\_\_ darstellt (vgl. auch E. 5.2.2.). Daraus erhellt, dass eine Prognose ohne ein sich abschliessend äusserndes Gutachten im eigentlichen Sinn kaum möglich war. Es kann nämlich nicht wegdiskutiert werden, dass der Beschwerdeführer wegen pädophilen Handlungen strafrechtlich verurteilt wurde, dass er während laufender Therapie weitere sexuell motivierte Handlungen gegenüber der Schwägerin verübt hat, dass mehrere Gutachter bzw. Fachpersonen von einer Pädophilie des Beschwerdeführers ausgehen und in Bezug auf den Umgang des Beschwerdeführers und der Mutter von Y.\_\_\_\_\_ mit dieser Veranlagung nicht nur ein positives Bild vermittelten (Herunterspielen, Naivität, nicht offen ec.). Bei dieser Ausgangslage und angesichts der Folgen, die eine Fehleinschätzung für Y.\_\_\_\_\_ hätten zeitigen können, musste vorliegend genügen, dass sich die – ohnehin summarisch zu beurteilende – Hauptsachenprognose positiv wie negativ ungefähr die Waage hielt. Anders zu entscheiden führte dazu, dass in der vorliegenden Konstellation vorsorgliche Massnahmen stets ausgeschlossen wären, weil eine positive Prognosestellung erst nach gutachterlicher Klärung möglich wäre. 5.4. Die Beschwerdeführer stellen sodann die Verhältnismässigkeit der Massnahmen in Frage. Diesbezüglich kann allgemein festgehalten werden, dass die angeordneten Massnahmen nach Art. 307 ZGB (Weisung/Erziehungsaufsicht) die unterste Stufe des Interventionssystems des zivilrechtlichen Kinderschutzes darstellen. Zum Zeitpunkt des Erlasses der vorsorglichen Massnahmen konnte die Frage einer möglichen Gefährdung von Y.\_\_\_\_\_ bis zum Vorliegen eines Gutachtens nicht befriedigend beantwortet werden (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 17 90 E. 5.7.). Gewisse Fachpersonen wie beispielsweise pract. med. C.\_\_\_\_\_ äusserten Zweifel daran, dass eine Gefahr nur für weibliche Kinder bestehen würde (vgl. KESB act. 14). Das einzige im Recht liegende Gutachten von Dr. med. A.\_\_\_\_\_ vom 28. Januar 2014 war zum Entscheidzeitpunkt über vier Jahre alt (vgl. act. B.3) und berücksichtigte folglich die erheblichen Veränderungen der Lebensverhältnisse des Beschwerdeführers nicht. Bei dieser Aktenlage und dem Kenntnisstand konnte weder eine Gefahr bestätigt noch aber befriedigend ausgeschlossen werden. Bei dieser unklaren Ausgangslage erwiesen

13 / 16 sich die von der KESB angeordneten Massnahmen zur Abwendung der möglichen Gefahr von Y.\_\_\_\_\_ bis zu deren gutachterlichen Beurteilung angezeigt und notwendig. Andernfalls hätte man ihn einem nicht tolerierbaren Risiko ausgesetzt. Dabei ist stets vor Augen zu führen, dass eine falsche Beurteilung der Umstände für Y.\_\_\_\_\_ erhebliche Folgen hätte zeitigen können. Angesichts dieser erweisen sich denn auch sämtliche von der KESB angeordneten Massnahmen der untersten Interventionsstufe als angemessen. Dies umso mehr, als zum damaligen Zeitpunkt Anhaltspunkte dafür bestanden hatten, dass auch

die Beschwerdeführerin die Erkrankung des Beschwerdeführers bagatellierte (vgl. bspw. KESB act. 9, S. 7), aufgrund ihrer Naivität sorglos mit der Erkrankung ihres Mannes umgeht (act. 98, S. 65) bzw. aufgrund eines bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses (vgl. KESB act. 98, S. 65 f., act. 54, S. 2; act. 100, S. 2) nicht in der Lage gewesen wäre, ihr Kind adäquat selbst (präventiv) zu schützen und im Ernstfall geeignete Massnahmen an die Hand zu nehmen. An dieser Einschätzung ändert auch nichts, dass Dr. med. F.\_\_\_\_\_ durchwegs ein vom Beschwerdeführer für Y.\_\_\_\_\_ ausgehendes Risiko negiert hatte. Bereits in E. 5.6. des kantonsgerichtlichen Entscheides ZK1 17 90 vom 17. Januar 2018 wurde nämlich darauf hingewiesen, dass Dr. med. F.\_\_\_\_\_ in anwaltlicher Manier auftreten würde und gewisse Solidarisierungstendenzen erkennbar seien, weshalb seine Ausführungen zurückhaltend zu würdigen seien. Die angeordneten Massnahmen waren schliesslich geeignet, eine mögliche Gefahr abzuwenden, wird durch diese doch eine laufende externe Kontrolle (insbesondere durch den Kinderarzt oder Psychologen bzw. das Paar-coaching) sichergestellt. Gleichzeitig wurde sichergestellt, dass der Beschwerdeführer keinen unbeaufsichtigten Umgang mit seinem Sohn haben kann, der ihm einen (möglichen Übergriff) ermöglicht hätte. 5.5. Die vorstehend summarisch erfolgte Prüfung zeigt, dass die Beschwerde, wäre sie vor Eingang des Gutachtens vom 26. Februar 2019 beurteilt worden, wohl abzuweisen gewesen wäre. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen war unter den sich der KESB darstellenden Umstände indiziert. 6. Die Kosten wären vorliegend aufgrund des mutmasslichen Verfahrensausganges, wie er sich aufgrund der Verhältnisse zum Entscheidzeitpunkt zu erwarten wäre, zu verteilen (vgl. E. 3.2.). Dies würde im vorliegenden Fall bedeuten, dass entsprechend dem in E. 3.2. Gesagten die Beschwerdeführer obsiegt hätten, folglich zu entschädigen gewesen wären und keine Gerichtskosten hätten tragen müssen. Angesichts der Tatsache, dass eine Beurteilung der Beschwerde vor Eingang des Gutachtens zu einem abweichenden Ergebnis geführt hätte (vgl. E. 5.5.), erscheint diese Kostenverteilung indessen unbillig (vgl. auch Art. 107 Abs. 1 14 / 16 lit. f ZPO). Vielmehr sind bei dieser Ausgangslage die Kosten je hälftig aufzuteilen. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens setzen sich einerseits aus der Entscheidgebühr, die in Anwendung von Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) auf CHF 800.00 festgesetzt wird, sowie den – nicht zu beanstandenden – Kosten des Kindsvertreters in Höhe von CHF 1'416.95 (inkl. MwSt. und Spesen) (vgl. act. A.5.) zusammen. Entsprechend haben die Beschwerdeführer CHF 1'108.50 (= [CHF 800.00 + CHF 1'416.95] / 2) zu tragen. Auf die Erhebung dieser Kosten wird in Anwendung von Art. 63 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZZGB; BR. 210.100) verzichtet. Der Kindsvertreter wird zulasten des Kantons Graubünden mit CHF 1'416.95 aus der Gerichtskasse entschädigt. 7.1. Die Beschwerdeführer sind entsprechend der vorstehend definierten hypothetischen "Obsiegsquote" von 50% zu entschädigen. Die Bruchteilsverrechnungsmethode gelangt nicht zur Anwendung, steht der KESB doch keine Partei-entschädigung zu. Bei den Akten liegt eine Honorarnote vom 21. Dezember 2018 (vgl. act. G.2). Weder der darin geltend gemachte Stundenaufwand (6.09 h) noch der geltend gemachte Stundenansatz von CHF 200.00 oder die Auslagenpauschale von CHF 128.70 ist zu bemängeln. Folglich sind die Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren mit CHF 1'673.35 (inkl. Spesen und MwSt.) zu Lasten des Kantons Graubünden aus der Gerichtskasse zu entschädigen. 7.2. Mit Verfügung des Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom 23. Juli 2019 wurde das Gesuch der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechts- verbeiständung für das Verfahren ZK1 18 188 gutgeheissen (ZK1

18 189). Die Kosten ihrer Rechtsvertretung werden demnach vorerst durch den Kanton Graubünden getragen und sind aus der Gerichtskasse zu bezahlen (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Beschwerdeführer werden mit CHF 1'673.35 (vgl. E. 5.6.) ausseramtlich entschädigt, so dass im Rahmen des Entscheides über die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes nur noch über den ungedeckten Betrag von ebenfalls CHF 1'673.35 zu entscheiden ist. Bereits in E. 5.6. wurde festgehalten, dass der in der Honorarnote geltend gemachte Stundenaufwand nicht zu beanstanden ist. Der geltend gemachte Stundenansatz von CHF 200.00 entspricht dem tariflichen Ansatz für die unentgeltliche Prozessführung (vgl. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (BR 310.250; HV). Entsprechend ist die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes auf CHF 1'673.35 (inkl. Spesen und MwSt.) festzusetzen und aus der Gerichtskasse zu bezahlen. Vorbehalten bleibt die Rückforderung durch den Kostenträger im Sinne von Art. 123 ZPO.

15 / 16

16 / 16 III.

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