

GR_GERICHTE ZK1 2019 210 vom 17. März 2020

GR Gerichte, 2020-03-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2019_210

FR: GR_GERICHTE ZK1 2019 210 du 17 mars 2020

IT: GR_GERICHTE ZK1 2019 210 del 17 marzo 2020

Regeste

vorsorgliche Massnahmen im Rahmen einer Beistandschaft | KES Kindesschutzrecht (allgemein)

Erwägungen

E. 3

dem Vater auf Verlangen Auskunft über die Entwicklung von C._____ zu erteilen;

E. 3.1

Im vorliegenden Fall ist die vorsorgliche Massnahme der KESB Mittelbünden/Moesa vom 5. Dezember 2019 zu beurteilen, wonach der Vater von C._____ berechtigt wird, seine Tochter jede zweite Woche am Samstag oder Sonntag auf eigene Kosten zu seiner Mutter nach Hause zu nehmen oder in Begleitung seiner Mutter oder einer Drittperson (ausgenommen D._____) einen Ausflug zu machen. Ausserdem hat mindestens einmal wöchentlich ein Kontakt im Rahmen von Telefongesprächen, Skype oder Ähnlichem stattzufinden (vorinstanzliches act. 46; Ziff. 5 Dispositiv). Schliesslich wurde für C._____ vorsorglich eine Beistandschaft errichtet (vorinstanzliches act. 46, Ziff. 2 Dispositiv).

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin beantragt in Ziffer 1 ihres Rechtsbegehrens vom 20. Dezember 2019 die Aufhebung des (gesamten) Entscheides der KESB Mittelbünden/Moesa vom 5. Dezember 2019. Die inhaltlichen Rügen materiellrechtlicher Natur beschränken sich aber auf die vorsorgliche Regelung des persönlichen Verkehrs, wie sie in Ziffer 2 des Rechtsbegehrens zum Ausdruck kommen (act. A.1). Es ist daher unklar, ob die Beschwerdeführerin mit der vorsorglichen Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft einverstanden ist oder ob sie die Aufhebung des gesamten vorinstanzlichen Entscheides beantragt, weil sie gleichzeitig eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör rügt (act. A.1, S. 5, Ziff. 8). Dieser Einwand ist demnach zuerst zu prüfen. 4. Das Verfahren vor der KESB richtet sich gemäss Art. 56 Abs. 1 EGzZGB subsidiär nach der Zivilprozessordnung und der kantonalen Einführungsgesetzgebung. Eine spezielle Regelung über das rechtliche Gehör oder die Zustellung von Parteieingaben finden sich weder im ZGB noch im EGzZGB unter den Vorschriften über das Verfahren vor der KESB. Art. 136 lit. c ZPO sieht nur vor, dass das Gericht – hier die KESB – Eingaben der Gegenpartei den betroffenen Personen zustellt. Grundsätzlich sind auch sämtliche Eingaben, die im Verlaufe des Verfahrens ausserhalb des Schriftenwechsels und ohne eine von der verfahrensführenden Instanz dazu angesetzte Frist eingereicht wurden, zuzustellen. Dies ist unabhängig davon, inwieweit eine solche Eingabe noch zu berücksichtigen ist (Replikrecht vgl. Julia Gschwend, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 6/7 zu

Art. 136 ZPO m.w.H). Dies gilt in KESB-Verfahren zumindest dann, wenn ein eigentliches Zweiparteienverfahren durchgeführt wird, was bei Auseinandersetzen zwischen Eltern über das Besuchsrecht in der Regel der Fall ist.

E. 4

E._____ (Berufsbeistandschaft Viamala) wird zur Beiständin [recte: zum Beistand] von C._____ ernannt.

E. 4.1

Die KESB Mittelbünden/Moesa hätte daher die Eingabe des Kindsvaters vom 2. Dezember 2019 noch vor ihrem Entscheid in der Sache selbst der Kindsmutter zustellen müssen. Aus den Akten ergibt sich nunmehr, dass dem Rechts-

E. 4.2

Gemäss Art. 52 ZPO haben alle am Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben zu handeln (vgl. Art. 2 ZGB). Die Parteien haben dabei die Pflicht, bei der Ausübung ihrer Rechte und der Einhaltung ihrer prozessualen Pflichten nach Massgabe von Treu und Glauben vorzugehen. Es ist daher nicht erlaubt, bei der Geltendmachung oder Abwehr solcher Rechte im Prozess sich einer Taktik zu bedienen, die mit diesem Grundsatz in Widerspruch steht. Insbesondere ist die missbräuchliche Berufung auf Formmangel rechtsmissbräuchlich und verletzt den Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Myriam A. Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 2/4/9 zu Art. 52 ZPO m.w.H.). Im vorliegenden Fall hätte es der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben verlangt, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin unverzüglich, nachdem er von der Einreichung des Schreibens der Gegenpartei vom 2. Dezember 2019 erfahren hat, die Zustellung desselben verlangt hätte. Er hat damit aber bis nach der Entscheidung und sogar bis zum Ablauf der Beschwerdefrist zugewartet. Unter diesen Umständen verstösst aber die mit der Beschwerde vorgebrachte Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs gegen Treu und Glauben. Darauf ist somit mangels Rechtsschutzinteresse nicht weiter einzugehen (vgl. Thomas Sutter-Somm/Marco Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur

E. 4.3

Da die Aufhebung des gesamten Entscheides aufgrund einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör entfällt, ist auf den Inhalt der Rechtsbegehren zurückzukommen. Eine Aufhebung des ganzen Entscheides käme von vornherein nur in Frage, wenn sich das Begehren auch auf die Aufhebung der Beistandschaft beziehen würde. Davon ist indessen nicht auszugehen und kann schon deshalb ausgeschlossen werden, weil sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift mit keinem Wort dazu äussert, weshalb die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft angesichts der in diesem Zusammenhang offensichtlich bestehenden Probleme ungerechtfertigt sein sollte. In materieller Hinsicht zu prüfen bleibt somit das Hauptbegehren gemäss Ziffer 2 (act. A.1), wonach das Recht des Kindsvaters auf persönlichen Verkehr mit seiner Tochter C._____ bis zum Nachweis seiner Suchtmittelabstinenz vollumfänglich zu entziehen sei und das Recht des Kindsvaters auf persönlichen Verkehr mit der Tochter C._____ auf maximal zwei Stunden pro Woche im Rahmen eines begleiteten Besuchsrechts zu beschränken sei. Begründet wird das Begehren ausschliesslich damit, der Kindsvater habe ein mutmassliches Drogenproblem, was zu einer Gefährdung der Tochter während der Ausübung des Besuchsrechts führen könnte.

Bevor der Vater mit einem Drogentest seine Drogenabstinenz nicht nachweise, könne ein persönlicher Verkehr mit C._____ nicht verantwortet werden (act. A.1). Der Beschwerdegegner weist in seiner Vernehmlassung darauf hin, die Beschwerdeführerin vermöge nicht im Ansatz darzulegen, dass sich ein allfälliger und wenn überhaupt nur sehr gelegentlicher Drogenkonsum in Form von Cannabis negativ auf die Beziehung zum Kind oder auf die Gesundheit respektive den Zustand des Beschwerdegegners ausgewirkt hätte. Zu beachten sei der Verhältnismässigkeitsgrundsatz und der Umstand, dass mit der getroffenen Regelung keinerlei konkrete Gefahr für das Kind entstehe (act. A.2). 5. Art. 273 Abs. 1 ZGB legt den gegenseitigen Anspruch der Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und des minderjährigen Kindes auf angemessenen persönlichen Verkehr fest. Dieser Anspruch wird von der Beschwerdeführerin nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Sie stützt sich mit ihrem Begehren indessen auf Art. 274 Abs. 2 ZGB, wonach den Eltern das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden kann, wenn das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet wird (act. A.1).

E. 5

Der persönliche Verkehr zwischen C._____ und B._____ wird vorsorglich per sofort und wie folgt geregelt: a. B._____ ist berechtigt, C._____ jede zweite Woche am Samstag oder Sonntag auf eigene Kosten zu seiner Mutter nach Hause zu nehmen oder in der Begleitung seiner Mutter oder einer Drittperson (D._____ ausgeschlossen) einen Ausflug zu machen. b. mindestens einmal wöchentlich hat ein Kontakt im Rahmen von Telefongesprächen, Skype o.Ä. stattzufinden; c. die Auswertung betreffend Verlauf der Besuchskontakte erfolgt zwischen der Beiständin [recte: dem Beistand] und den Eltern; sind sich die Eltern einig, kann der festgelegte persönliche Verkehr im Interesse von C._____ erweitert oder abgeändert werden; d. Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Ferientags-, oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

4 / 13

E. 6

(Rechtsmittelbelehrung mit Hinweis auf Entzug der aufschiebenden Wirkung)

E. 6.1

Im vorliegenden Fall wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht, der Kindsvater sei bei den früheren Besuchen bei ihr zuhause unter Drogeneinfluss erschienen, so dass C._____ in irgendeiner Weise konkret gefährdet gewesen wäre. Mit der vorsorglich angeordneten begleiteten Besuchsausübung ist genügend Gewähr geboten, dass C._____ keiner Kindeswohlgefährdung ausgesetzt ist, selbst wenn dem Beschwerdegegner ein zeitweiliger Drogenkonsum nachgewiesen werden könnte. Ob die KESB Mittelbünden/Moesa im Hinblick auf die definitive, allenfalls ausgeweitete Regelung des Rechts auf persönlichen Verkehr des Kindsvaters bei ihm einen Drogentest durchführen lassen soll, ist nicht in diesem Verfahren zu beurteilen. Unter diesen Umständen erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet, sodass sie abzuweisen ist. 7. Nicht weiter einzugehen ist auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Berichtigung des Protokolls. Ein allfälliger Antrag um Berichtigung wäre ohnehin zunächst von der KESB Mittelbünden/Moesa zu behandeln. 8. Die Verteilung der Prozesskosten richtet sich gemäss Art. 60 Abs. 2 EGZ-ZGB in Verbindung mit Art. 106 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des

Beschwerdeverfahrens von CHF 1'500.00 grundsätzlich zulasten der Beschwerdeführerin. Gemäss Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden ist im Beschwerdeverfahren nach Art. 60 Abs. 1 EGzZGB die Bestimmung nach Art. 63 Abs. 3 EGzZGB anwendbar, wonach bei Vorliegen besonderer Umstände auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet werden kann, sofern das Verfahren nicht mutwillig oder trölerisch eingeleitet worden ist (vgl. Art. 28 Abs. 1 lit. b KESV). Angesichts der Umstände liegt die Beschwerde an der Grenze zur Mutwilligkeit, so dass es sich aufgrund der finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin, die sich aus der beschwerdeführerischen Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse ergeben (vgl. vorinstanzliches act. 32), noch rechtfertigt, die Anwendung von Art. 63 Abs. 3 EGzZGB nicht zu verweigern. Die Kosten verbleiben daher beim Kanton Graubünden.

E. 7

/ 13 Vertreter der Beschwerdeführerin am 2. Dezember 2019 das Protokoll über die Anhörung von B._____ vom gleichen Tag zugestellt und von diesem am 3. Dezember 2019 in Empfang genommen wurde. Wie die Beschwerdeführerin selbst einräumt, hat sie damit vom Schreiben des Rechtsvertreters des Kindsvaters vom 2. Dezember 2019 erfahren, da im Protokoll die Einreichung dieses Schreibens erwähnt ist (vorinstanzliches act. 41 und 43). Grundsätzlich wäre sogar noch vor dem Entscheid vom 5. Dezember 2019 genügend Zeit vorhanden gewesen, das betreffende Schreiben bei der KESB Mittelbünden/Moesa anzufordern und darauf hinzuweisen, dass die Kindsmutter allenfalls noch dazu Stellung nehmen möchte. Die unterlassene Zustellung dieses Schreibens war auch am 12. Dezember 2019 anlässlich eines längeren Telefongesprächs von Rechtsvertreter Patrik Schmid mit der Leiterin der KESB Mittelbünden/Moesa kein Thema (vorinstanzliches act. 55). Am 18. Dezember 2019 forderte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin lediglich ihr eigenes Anhörungsprotokoll telefonisch an, welches ihm umgehend per E-Mail zugestellt wurde (vorinstanzliches act. 56). Erst mit Schreiben vom 20. Dezember 2019 (vorinstanzliches act. 58) ersuchte Patrik Schmid eher beiläufig ("zur Vervollständigung unserer Akten") um Zustellung des erwähnten Schreibens – also am gleichen Tag als die Beschwerde eingereicht wurde.

E. 8

/ 13 Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 31 zu Art. 52 ZPO m.w.H.).

E. 9

/ 13 Auffallend ist zunächst, dass die Beschwerdeführerin ihre Vorbehalte gegen das Besuchsrecht in der Anfangsphase lediglich mit dem ungünstigen Einfluss der neuen Lebenspartnerin des Beschwerdegegners begründet (vgl. vorinstanzliches act. 18). Erst am 2. Dezember 2019 anlässlich der Anhörung der Beschwerdeführerin vor der KESB Mittelbünden/Moesa wurde ein angebliches Drogenproblem des Beschwerdegegners thematisiert (vorinstanzliches act. 42) und sie beantragte einen Drogentest mittels Haaranalyse. Diesen machte der Beschwerdegegner sodann davon abhängig, dass sich auch die Beschwerdeführerin einem Drogentest unterziehe (vorinstanzliches act. 43). In ihrem Entscheid vom 5. Dezember 2019 ging die KESB Mittelbünden/Moesa auf diesen Punkt nicht ein und ordnete vorsorglich ein tageweises begleitetes Besuchsrecht des Beschwerdeführers alle zwei Wochen am Samstag oder Sonntag an, wobei die neue Lebenspartnerin des Beschwerdeführers als Begleitperson ausgeschlossen wurde. 6.

Grundsätzlich steht dem Vater von Gesetzes wegen ein Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem minderjährigen Kind zu (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Wird das Kindeswohl aber durch die Ausübung des Besuchsrechts gefährdet, so kann es durch die zuständige Behörde eingeschränkt, verweigert oder entzogen werden (vgl. Art. 274 Abs. 2 ZGB). Verlangt werden hierfür triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe. Diese sind etwa zu bejahen, wenn der persönliche Verkehr vom besuchsberechtigten Elternteil pflichtwidrig ausgeübt wird, wenn sich der besuchsberechtigte Elternteil nicht ernsthaft um das Kind kümmert oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen. Voraussetzung für eine Beschränkung des Rechts auf persönlichen Verkehr ist also stets eine Gefährdung des Kindeswohls aufgrund der Ausübung des Besuchsrechts. Eine solche ist zu bejahen, wenn das Besuchsrecht die gedeihliche Entwicklung des Kindes beeinträchtigt oder zu beeinträchtigen droht. Nicht erforderlich ist hingegen ein pflichtwidriges oder schuldhaftes Verhalten des Besuchsberechtigten. Da heute anerkannt ist, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig ist und bei dessen Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann, kommt der gänzliche Ausschluss eines Elternteils vom persönlichen Verkehr nur als ultima ratio in Frage. Dies ist nur dann der Fall, wenn den befürchteten negativen Auswirkungen auch nicht durch ein begleitetes Besuchsrecht gegengesteuert werden kann. Ein anstössiger Lebenswandel rechtfertigt für sich allein noch nicht den Ausschluss des Besuchsrechts (vgl. Ingeborg Schwenzer/Michelle Cottier, in: Geiser/Fountoulakis

E. 9.1

Mit Verfügung der I. Zivilkammer vom 12. März 2020 (ZK1 19 211) wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren vor dem Kantonsgericht von Graubünden (ZK1 19 210) dahin entschieden, dass Patrik Schmid

E. 9.2

Mit Honorarnote vom 16. Januar 2020 (act. G.1) machte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin einen Aufwand von 10.0 Stunden geltend, was bei einem Stundenansatz von CHF 150.00 ein Honorar nach Zeitaufwand von CHF 1'507.50 ergibt. Hinzu kommen Barauslagen von CHF 291.25 sowie 7.7 % Mehrwertsteuer (CHF 138.50), wonach ein Honoraranspruch von total CHF 1'937.25 resultiert. Der Stundenansatz von CHF 150.00 pro Stunde (Art. 6 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [Honorarverordnung, HV; BR 310.250] i.V.m. Art. 5 HV) erscheint angemessen, da die Ausarbeitung durch einen Substituten erfolgte. Auch der geltend gemachte Zeitaufwand von 10.05 Stunden erscheint unter Berücksichtigung des notwendigen Aufwandes und der Schwierigkeit der Sache noch knapp angemessen. Demgegenüber darf davon ausgegangen werden, dass die angefallenen Auslagen durch die übliche Spesenpauschale von 3% angemessen abgedeckt sind. Die Position von CHF 291.25 (Barauslagen) erweist sich deshalb als zu hoch. Die Kürzung rechtfertigt sich umso mehr, als dass – zumindest in Verfahren mit unentgeltlicher Rechtspflege – die Kosten für Fotokopien, worunter die Papierkosten sowie der Unterhalt und die Amortisation des Kopiergerätes fallen, mit CHF 0.25 pro Seite als abgedeckt gelten (vgl. Frank Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 5b zu Art. 122 ZPO). Damit resultiert ein Honoraranspruch in der Höhe von CHF 1'672.25 (CHF 1'507.50 [CHF 150.00 x 10.05]

zzgl. Barauslagen von 3% sowie zzgl. 7.7% MwSt.).

E. 10

/ 13 [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, N 5/9 zu Art. 274 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5P.9/2005 vom 22. Februar 2005 E. 6.1).

E. 10.1

Die unentgeltliche Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Eine angemessene Entschädigung an die Gegenpartei ist trotz unentgeltlicher Rechtspflege von der Beschwerdeführerin geschuldet. Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner somit aussergerichtlich zu entschädigen. Mit Honorarvereinbarung wurde ein Stundenansatz von CHF 250.00 vereinbart (vorinstanzliches act. 1). Vorliegend dürfte Rechtsanwalt Schreiber ein Aufwand von höchstens 5 Stunden für das Beschwerdeverfahren entstanden sein, was bei einem Stundenansatz von CHF 250.00 ein Honorar nach Zeitaufwand von CHF 1'250.00 ergibt. Dazu treten Barauslagen von CHF 37.50 (3% von CHF 1'250.00) sowie die Mehrwertsteuer von

E. 10.2

Mit Verfügung des Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom 12. März 2020 (ZK1 19 219) wurde das Gesuch des Beschwerdegegners um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren vor dem Kantonsgericht von Graubünden (ZK1 19 210) dahin entschieden, dass Rechtsanwalt Christian Schreiber als unentgeltlicher Rechtsvertreter eingesetzt wurde. Da der Beschwerdegegner obsiegt, hat er keine Prozesskosten zu tragen. Nichtsdestotrotz muss vorliegend die Entschädigung, welche seinem Rechtsvertreter aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zusteht, festgesetzt werden, da ein Rechtsbeistand auch bei Obsiegen der unentgeltlich prozessführenden Partei durch den Kanton angemessen zu entschädigen ist, falls die der Gegenpartei auferlegte Parteientschädigung nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich (Art. 122 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Da der Beschwerdeführerin ebenfalls die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, erscheint die Parteientschädigung als uneinbringlich. Ausgehend von dem auch der Parteientschädigung zugrundeliegenden Zeitaufwand von 5 Stunden und einem reduzierten Stundenansatz von CHF 200.00 (Art. 5 Abs. 1 HV) ergibt sich eine vom Kanton zu leistende Entschädigung von CHF 1'109.30 (CHF 1'000.00 zzgl. 3% Barauslagen zzgl. 7.7% MwSt.). Mit der Zahlung des Kantons geht der Anspruch auf die Parteientschädigung im entsprechenden Umfang auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

E. 11

/ 13 als unentgeltlicher Rechtsvertreter eingesetzt wurde. Die Kosten seiner Rechtsvertretung gehen demnach zu Lasten des Kantons Graubünden und sind aus der Gerichtskasse zu bezahlen (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO). Vorbehalten bleibt die Rückforderung durch die Kostenträgerin im Sinne von Art. 123 ZPO.

E. 12

/ 13 CHF 99.20 (7.7% von CHF 1'287.50). Im Ergebnis resultiert eine Entschädigung von CHF 1'386.70.

E. 13

/ 13 III.

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