

GR_GERICHTE ZK1 2021 133 vom 28. April 2022

GR Gerichte, 2022-04-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2021_133

FR: GR_GERICHTE ZK1 2021 133 du 28 avril 2022

IT: GR_GERICHTE ZK1 2021 133 del 28 aprile 2022

Regeste

vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren (Kindesschutz) | Berufung ZGB
Eherecht

Erwägungen

E. 7

/ 23 tonsgerichts liegt die Zuständigkeit für zivilrechtliche Berufungen auf dem Gebiet des Zivilgesetzbuches bei der I. Zivilkammer (Art. 6 Abs. 1 lit. a KGV [BR 173.100]). 1.3. Der angefochtene Entscheid erging im summarischen Verfahren (Art. 271 lit. a ZPO) und wurde der Berufungsklägerin mit schriftlicher Begründung nach eigenen Angaben am 26. August 2021 zugestellt (act. A.1, II.A.2). Die Berufung datiert vom 6. September 2021 und wurde gleichentags zuhandedes Kantonsgerichts der Post übergeben (act. A.1). Damit erweist sich die massgebliche Berufungsfrist von zehn Tagen als gewahrt (Art. 142 Abs. 3, Art. 314 i.V.m. Art. 311 ZPO). Überdies entspricht die Eingabe den gesetzlichen Formerfordernissen (Art. 311 ZPO). 2.1. Die Berufung richtet sich hauptsächlich gegen den in Dispositiv-Ziffer 1a und b angeordneten Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Unterbringung der Tochter bei Dritten im Sinne von Art. 310 ZGB. Die Berufungsklägerin rügt eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts und eine unrichtige Rechtsanwendung (Art. 310 ZPO). Ihre Person und Familiensituation seien falsch gewürdigt worden und eine Kindeswohlgefährdung sei nicht gegeben. Zudem habe die Vorinstanz dem Subsidiaritätsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit keine Nachachtung geschenkt (act. A.1, II.B.7 f.). Die im Folgenden erläuterten prozessualen Mängel rügt die Berufungsklägerin nicht. Bei der Berufung handelt es sich jedoch um ein vollkommenes Rechtsmittel, welches eine umfassende Überprüfung der Streitsache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht ermöglicht. Dabei beschränkt sich das Berufungsgericht zwar grundsätzlich darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erheben. Bei offenkundigen Mängeln kann das Berufungsgericht aber auch ohne entsprechende Rüge korrigierend eingreifen. Obwohl die Parteien mit ihren Beanstandungen das Prüfungsprogramm vorgeben, ist das Berufungsgericht ausserdem inhaltlich nicht an die Argumente gebunden, mit denen diese begründet werden. Es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb es die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen kann (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.1.4.; 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 4A_397/2016 v. 30.11.2016 E. 3.1). 2.2. Grundsätzlich ist die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB zuständig (Art. 315 ZGB). Im Rahmen eines eherechtlichen Verfahrens (Eheschutz, Ehetrennung, Ehescheidung, Eheungültigkeit) fällt die Anordnung von Kindesschutzmassnah-

E. 7.1

Wird die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen, hat das Berufungsgericht über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens nicht zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO e contrario). Über deren Verteilung wird vielmehr die Vorinstanz nochmals zu befinden haben, wobei sie im Falle eines Verzichts auf die vorsorgliche Fremdplatzierung auch prüfen müssen, ob in Anlehnung an die für das Kindesschutzverfahren geltenden Grundsätze der Kostenverteilung (PKG 2013 Nr. 8 E. 5) von einer Überbindung der damit zusam-

E. 7.2

Was die Kosten des Berufungsverfahrens anbelangt, sieht Art. 104 Abs. 4 ZPO die Möglichkeit vor, dass die obere Instanz im Falle eines Rückweisungsentscheidendes die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlässt. Dabei handelt es sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung um eine "Kann"-Bestimmung, welche der Rechtsmittelinstanz die freie Wahl belässt, ob sie die für das Rechtsmittelverfahren ergangenen Prozesskosten im Rückweisungsentscheid selber verteilt oder aber sich damit begnügt, diese festzusetzen und deren Verteilung der ersten Instanz zu überbinden. Dies gilt selbst dann, wenn die Rückweisung zwecks Ergänzung des Beweisverfahrens erfolgt (BGer 4A_523/2013, 4A_527/2013 v. 31.3.2014 E. 8.1). Vorliegend bleibt der endgültige Prozessausgang offen, was auf den ersten Blick dafür sprechen könnte, die Vorinstanz auch über die Verteilung der Berufungskosten entscheiden zu lassen. Den Grund für die Rückweisung hat allerdings ausschliesslich die Vorinstanz zu verantworten, welche in Bezug auf die zu ergreifenden Kindesschutzmassnahmen von Amtes wegen tätig geworden ist und dabei eine notwendige Voraussetzung des beabsichtigten Entzuges des Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht beurteilt hat, was letztlich zu dem in einem wesentlichen Punkt unvollständigen Entscheid geführt hat. Insofern hat die Vorinstanz zusätzliche Kosten verursacht, welche bei korrektem Vorgehen vermeidbar gewesen wären. Unter diesen Umständen erschiene es unbillig, wenn der für die Berufungsklägerin positive Ausgang des Rechtsmittelverfahrens unberücksichtigt bliebe und die Kosten des Berufungsverfahrens zusammen mit jenen der Vorinstanz verlegt würden (vgl. BGer 4A_171/2020 v. 28.8.2020 E. 7.2). Es rechtfertigt sich daher, im Rückweisungsentscheid eine direkte Verteilung der im Berufungsverfahren entstandenen Prozesskosten vorzunehmen. 7.3.1. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, wozu sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung zählen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Dasselbe gilt, wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Letzteres kann namentlich bei einer direkten Kosten-

E. 8

/ 23 men jedoch ausnahmsweise in die Zuständigkeit des Gerichts, wobei der Vollzug der angeordneten Massnahmen der Kindesschutzbehörde obliegt (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Die Zuständigkeit des Gerichts ist insofern eingeschränkt, als die Kindesschutzbehörde einerseits bezüglich der Weiterführung bereits vor dem Gerichtsverfahren eingeleiteter Kindesschutzverfahren sowie andererseits bei besonderer Dringlichkeit zuständig bleibt

(Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 und 2 ZGB). Als Vollzugsbehörde ist die Kindesschutzbehörde grundsätzlich an das Gerichtsurteil gebunden. Allerdings ist sie auch in Fällen gemäss Art. 315a Abs. 1 ZGB keine reine Vollstreckungsinstanz; sie ist vielmehr grundsätzlich befugt, den Vollzug ergänzender Kindesschutzmassnahmen anzuordnen oder den Vollzug nötigenfalls (ganz oder teilweise) vorübergehend auszusetzen, soweit das Kindeswohl ernstlich gefährdet würde (vgl. Peter Breitschmid, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018, N 7 ff. zu Art. 315–315b ZGB; PKG 2014 Nr. 3 E. 5.a) 2.3. Für das Gericht gelten die gleichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Kindesschutzmassnahmen wie für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Auch für das Gericht ist die Zuständigkeit zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen eine umfassende und ausschliessliche Zuständigkeit, welche nicht (auch nicht teilweise) delegiert werden kann. Weder ist es zulässig, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einem Beistand den Auftrag erteilt, nach Anordnung der Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts einen geeigneten Unterbringungsort zu suchen und das Kind dort unterzubringen, noch ist es zulässig, dass das Gericht dies der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde überlässt. In beiden Konstellationen bestünde mangels örtlicher und personeller Anordnungen hinsichtlich der Unterbringung ein Schwebezustand, während dem die Betreuung des Kindes und die Betreuungsverantwortlichkeit nicht klar zugewiesen sind. Die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts bedingt ferner das Festlegen einer Unterbringung in dem Sinne, als sich die Verhältnismässigkeit der Massnahme nur vor dem Hintergrund eines bestimmten Aufenthaltsorts des Kindes und bestimmter Betreuungsverantwortlichkeiten beurteilen lässt. Insofern kann die Eignung der Art und des Ortes der Unterbringung als Voraussetzung für die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts betrachtet werden (Kurt Affolter-Fringeli/Urs Vogel, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2016, N 26 und 29 zu Art. 315–315b ZGB und N 19 und 143 zu Art. 310/314b ZGB; Peter Breitschmid, a.a.O., N 4 f. zu Art. 315–315b ZGB und N 7 ff. zu Art. 310 ZGB; Michelle Cottier, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], Kurzkomentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018, N 2 zu Art. 315–315b ZGB und N 3 zu Art. 310 ZGB; Andrea Bächler/Sandro Clausen, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm, Schei-

E. 9

/ 23 dung, Bd. I, 3. Aufl., 2017, N 18 zu Art. 134/315a/315b ZGB; Yvo Biderbost, in: Breitschmid/Jungo [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016, N 3 zu Art. 310 ZGB; vgl. zum Ganzen auch KGer GR ZK1 18 170 v. 22.8.2019 E. 8 mit Verweis auf PKG 2014 Nr. 3 E. 6.d) 2.4. Während die Vorinstanz in E. 2 noch zutreffend festhielt, die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen falle bei Rechtshändigkeit eines Scheidungs- oder Eheschutzverfahrens gestützt auf Art. 315a Abs. 1 ZGB in die Zuständigkeit des Gerichts, wobei der Vollzug der Massnahmen der Kindesschutzbehörde obliege, fasste sie im Dispositiv unter Letzteres implizit auch den Entscheid über die Art und den Ort der Unterbringung. So ordnete sie in Dispositiv-Ziffer 1b bloss die Fremdplatzierung der Tochter bzw. ihre Unterbringung ausserhalb der Familie bei Dritten in angemessener Weise an und überliess damit die Festlegung Letzterer der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (vgl. Dispositiv-Ziffer 3). Im Zusammenhang mit dem einstweiligen Verzicht auf die richterliche Befragung der Pateneltern der Tochter hielt sie unter Berufung auf Art. 315a Abs. 1 ZGB sogar explizit fest, der Vollzug einer Fremdplatzierung und damit auch die Wahl der angemessenen Unterbringung liege "in der

Kompetenz der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde" (act. B.1, E. 3.2). Nach dem Gesagten trifft dies nicht zu; es handelt sich bei der Wahl der angemessenen Unterbringung nicht um eine Vollzugsfrage, sondern um eine Anordnung, die entsprechend der ausschliesslichen Zuständigkeit des Gerichts von diesem selbst vorzunehmen ist. Es genügt nicht, neben dem Entscheid über den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Dispositiv-Ziffer 1a) mit Bezug auf die Ausgestaltung der Unterbringung bloss vorzusehen, dass diese "ausserhalb der Familie bei Dritten" zu erfolgen habe (Dispositiv-Ziffer 1b). 2.5. Erlässt ein sachlich unzuständiges Gericht einen Entscheid, leidet dieser nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung an einem schwerwiegenden Mangel, der je nach den Umständen die Nichtigkeitsfolge nach sich ziehen kann (BGer 4A_488/2014 v. 20.2.2015 E. 3.1). Zwar wäre in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu der Kompetenzattraktion für Kinderbelange (Art. 298b Abs. 3 und Art. 298d Abs. 3 ZGB; Art. 304 Abs. 2 ZPO; BGE 145 III 436 E. 4) wohl auch vorliegend ein in Verletzung der richterlichen Zuständigkeit ergangener Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde über die Art und den Ort der Unterbringung nicht nichtig (demzufolge auch nicht der ihm zugrundeliegende, den Vollzugsauftrag enthaltende gerichtliche Entscheid), würde doch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde hier im Bereich ihrer genuinen Kernzu-

E. 10

/ 23 ständigkeit tätig (vgl. E. 2). Das der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung (Art. 315a ZGB) widersprechende Vorgehen der Vorinstanz birgt jedoch die Gefahr eines negativen Kompetenzkonflikts. So liegt denn auch nach der Praxis der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Nordbünden die Bestimmung eines geeigneten Platzierungsortes in der Zuständigkeit des Gerichts und kann nicht im Sinne einer Vollzugshandlung an sie delegiert werden, weshalb sie präzisgemäss auf entsprechende Vollzugsaufträge nicht eintritt (KGer GR ZK1 14 141 v. 5.6.2015 7. und 8. Spiegelstrich; act. D.3 [telefonische Auskunft der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Nordbünden]). 2.6. Der vorinstanzliche Entscheid leidet somit an einem Mangel, der zwar nicht die Nichtigkeit des Entscheids nach sich zieht, aufgrund des mutmasslich folgenden Kompetenzkonflikts jedoch zu beheben ist. Ohne Bestimmung von Art und Ort der Unterbringung fehlt ein notwendiger Bestandteil der nach Auffassung der Vorinstanz von Amtes wegen zu ergreifenden Kinderschutzmassnahme. Mit anderen Worten ist im angefochtenen Entscheid (siehe act. B.1, E. 3.2 und 6.1.4) ein wesentlicher Aspekt von Art. 310 ZGB unbeurteilt geblieben (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). Um die geeignete Unterbringungsform (Heim, Pflegefamilie) bestimmen zu können (ohne die sich – wie bereits erwähnt – auch die Verhältnismässigkeit der Massnahme nicht beurteilen lässt), bedarf es überdies weiterer Sachverhaltsabklärungen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Die Bestimmung der Art und des Ortes der Unterbringung ist daher nicht durch die Rechtsmittelinstanz nachzuholen, sondern die Sache ist zu diesem Zweck an die Vorinstanz zurückzuweisen. In Frage käme ein reformatorischer Entscheid höchstens bei einer akuten Gefährdung des Kindeswohls. Eine solche liegt hier nicht vor (vgl. act. F.1, 2.7). Dies gilt umso mehr, als zwischenzeitlich selbst der Beistand einen Verbleib von D. _____ unter der Obhut ihrer Mutter zu befürworten scheint (vgl. dazu bereits act. B.19, 2.2.1 in fine und 2.2.7). Bei der Neuurteilung wird die Vorinstanz daher nicht nur ihren Entscheid im Sinne der vorstehenden Erwägungen zu ergänzen haben, sondern – unter Berücksichtigung der nachfolgenden Ausführungen – auch prüfen müssen, ob eine Fremdplatzierung aktuell tatsächlich notwendig ist. 3.1. Die Voraussetzungen für eine

Zuteilung der Obhut an den anderen Eltern- teil nach Art. 133 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 298 Abs. 2 ZGB und diejenigen für eine Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB sind voneinan- der abzugrenzen und separat zu prüfen. Ein Obhutswechsel setzt nicht voraus, dass das Kind bei einem Elternteil gefährdet wäre, sondern bloss, dass sein Wohl beim anderen Elternteil besser gewahrt ist, was sich aus einer Interessenabwä- gung ergibt. Für die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist hingegen

E. 11

/ 23 eine Gefährdung des Kindeswohls erforderlich, der nicht anders als mit einer Wegnahme des Kindes begegnet werden kann (Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., N 26 zu Art. 310/314b ZGB). Kommt eine Zuteilung der Obhut an den Berufungs- beklagten aufgrund des in zweiter Instanz gegen ihn hängigen Strafverfahrens aktuell nicht in Frage, sind somit nicht per se auch die Voraussetzungen für eine Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Unterbringung bei Dritten erfüllt und es kann nicht ohne Weiteres darauf ausgewichen werden. Eine derarti- ge Massnahme lässt sich auch nur begrenzt auf das Gutachten der E. _____ stüt- zen, empfiehlt dieses eine Fremdplatzierung doch nicht gleich einer Obhutsände- rung, sondern erklärt bloss, dass eine Fremdplatzierung "in Betracht zu ziehen" sei, sollte der Berufungsbeklagte die Betreuung der Tochter nicht übernehmen können (ZK1 21 79 act. E.1, S. 75). Dass eine Fremdplatzierung auch im Sinne einer Zwischenlösung – bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens gegen den Berufungsbeklagten – angezeigt wäre, ist dem Gutachten nicht zu ent- nehmen. Darin wird vielmehr das hohe Bedürfnis des Kindes nach Stabilität betont und insbesondere darauf hingewiesen, dass D. _____ die Möglichkeit erhalten soll- te, ihre Schule weiter zu besuchen, da sie in diesem Rahmen Stabilität und Konti- nuität erlebe (ZK1 21 79 act. E.1, S. 76). Vor diesem Hintergrund erscheint frag- lich, ob das Kindeswohl mit einer vorübergehenden Fremdplatzierung und ansch- liessendem Wechsel in die Obhut des Berufungsbeklagten – wovon die Vorinstanz auszugehen scheint – tatsächlich besser gewahrt wird als bei einer vorläufigen Weiterführung der bisherigen Obhutsregelung (vgl. dazu nachstehend E. 3.3). 3.2. Allgemein gilt es aufgrund der seit den letzten Explorationen verstrichenen Zeitspanne von mehr als einem Jahr zu beurteilen, inwiefern die in diesem Gut- achten gewonnenen – sich wiederum auf noch weiter zurückliegende Beobach- tungen und Einschätzungen stützenden – Erkenntnisse noch Gültigkeit haben (zur Massgeblichkeit der Verhältnisse im Zeitpunkt der Entziehung des Aufenthaltsbe- stimmungsrechts: BGer 5A_188/2013 v. 17.5.2013 E. 3). Es ist hervorzuheben, dass der Vorwurf der physischen Misshandlung im Kern auf einen vor nunmehr über vier Jahren berichteten Vorfall im Sommer 2017 zurückgeht. Dieser war da- mals bereits Gegenstand eines Abklärungsverfahrens der Kindes- und Erwachse- nenschutzbehörde Nordbünden, welche es bei der Errichtung einer Erziehungs- beistandschaft und einer Weisung zu regelmässigen ärztlichen Kontrollen bewen- den liess (ZK1 21 79 act. C.2). Letztere ergaben, wie aus dem Gutachten selber hervorgeht, keinerlei auffälligen Befunde. Die aktuellsten Explorationen, auf denen das Gutachten basiert, bilden zudem den Zustand in einer Zeit ab, in der die Be- lastbarkeit aller Beteiligten durch das Scheidungsverfahren und das Strafverfahren gegen den Berufungsbeklagten einer ausserordentlichen Probe unterzogen war

E. 12

/ 23 (act. A.2, II.B.7). Gerade die Explorationen der Berufungsklägerin fanden im Zeit- raum von zwei Wochen vor und nach der Hauptverhandlung und dem Urteils- spruch im Strafverfahren gegen den Berufungsbeklagten statt (ZK1 21 79 act. E.1, S. 2 und 28 f.).

Neben dem vor dem Hintergrund der aktuellen Verhältnisse zu würdigenden Gutachten werden auch sämtliche seither im Hauptverfahren sowie im vorliegenden Verfahren eingereichten Urkunden – insbesondere der Rechenschaftsbericht des Beistandes vom 7. Oktober 2021 (act. B.19), der medizinische Zwischenbericht der Kinderärztin der Tochter vom 13. Juli 2021 (act. B.10) und die Stellungnahme der Klassenlehrperson und der schulischen Heilpädagogin der Tochter (act. B.16) – in die Beurteilung miteinzubeziehen sein. Überdies liegt nunmehr eine Vereinbarung der Eltern vor, in welcher sich diese mit Unterstützung des Beistandes und des behandelnden Therapeuten über die Obhut und das väterliche Besuchsrecht geeinigt haben (act. A.5.1). Ob diese Vereinbarung trotz der gegenteiligen gutachterlichen Empfehlungen genehmigt werden kann, ist nicht im vorliegenden Berufungsverfahren zu prüfen, sondern durch das erstinstanzliche Gericht, zumal es hierfür wiederum weiterer Abklärungen bedarf (Anhörung der Eltern und des Kindes, Einholung eines aktuellen Berichts des Beistandes, eventuell nochmalige gutachterliche Einschätzung) und im Falle einer Genehmigung auch der Unterhalt neu zu regeln wäre. Die Vereinbarung – der nur, aber immerhin die Bedeutung gemeinsamer Anträge zukommt – bildet aber jedenfalls einen Umstand, welcher die Notwendigkeit einer vorsorglichen Fremdplatzierung in Frage stellt und bei der Neubeurteilung zu berücksichtigen sein wird.

3.3. Kommt die Vorinstanz trotz der neuen Umstände zum Schluss, dass so gravierende Mängel in der Pflege, Erziehung oder Betreuung vorliegen, dass die Schwelle einer Kindeswohlgefährdung im Sinne von Art. 310 ZGB erreicht ist, hat sie zu prüfen, ob dieser nicht anders begegnet werden kann, als mit der – bei Erlass als vorsorglicher Massnahme sofortigen – Wegnahme der Tochter. Wie alle Kindesschutzmassnahmen muss auch die Fremdplatzierung erforderlich sein (Subsidiarität), und die mildeste, Erfolg versprechende Massnahme darstellen (Proportionalität); Kindesschutzmassnahmen sollten elterliche Bemühungen nicht ersetzen, sondern ergänzen (Komplementarität, BGer 5A_188/2013 v. 17.5.2013 E. 3). An die Verhältnismässigkeit einer Fremdplatzierung sind besonders hohe Anforderungen zu stellen (Luca Maranta, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, N 3 zu Art. 310 ZGB). Unter diesem Aspekt ist zunächst differenziert zu betrachten, worin die Gefahren für die Tochter bei einem Verbleib bei der Berufungsklägerin bestehen und ob diesen nicht im Sinne eines mildereren Vorgehens durch die bestehenden Kindesschutzmassnahmen oder deren Anpassung wirksam entgegen-

E. 13

/ 23 getreten werden kann. Dabei wird namentlich das Bemühen der Berufungsklägerin um eine Wiederaufnahme der sozialpädagogischen Familienbegleitung (SPF) mit Frau H._____ von der I._____, ihr Verbessern der Sozialisierungsmöglichkeiten der Tochter durch Anmeldung zu einem Kletterkurs und ihre, in Anbetracht der Ergebnisse des Gutachtens allenfalls allgemein gestiegene, Kooperationsbereitschaft zu würdigen sein (act. A.1, II.B.4 S. 12 Abs. 2; act. B.11-13). Sollte den erheblichen Defiziten, welche die Gutachterin hinsichtlich der Erziehungsfähigkeit und der Bindungstoleranz der Berufungsklägerin festgestellt hat, mit einer Intensivierung der bestehenden Massnahmen wirksam begegnet werden können, dürfte ein vorläufiger Verbleib von D._____ in ihrer Obhut den Kindesinteressen besser Rechnung tragen als eine vorsorgliche Fremdplatzierung, welche je nach Ausgestaltung einen wiederholten Schulwechsel nach sich zieht. 3.4. Hinsichtlich der Zweckmässigkeit der Massnahme ist in zeitlicher Hinsicht auseinanderzuhalten, ob sich die Defizite der Berufungsklägerin bereits kurzfristig oder erst

längerfristig in der Entwicklung der Tochter niederschlagen. Die potentielle Gefährdung des Kindes ist alsdann mit den Auswirkungen zu vergleichen, die eine Fremdplatzierung zum jetzigen Zeitpunkt auf die Tochter haben würde. Letztere sind wiederum einmal mehr, einmal weniger in Kauf zu nehmen, je nachdem, ob längerfristig eine Obhutsteilung an einen Elternteil, die alternierende Obhut oder die dauerhafte Unterbringung bei Dritten angestrebt wird. Da sich die Auswirkungen einer Fremdplatzierung und mithin die Verhältnismässigkeit wie erwähnt nur im Hinblick auf einem bestimmten Unterbringungsort beurteilen lassen, wird die Vorinstanz im Falle, dass sie an einer Fremdplatzierung festzuhalten gedenkt, nicht umhin kommen, unter Einbezug sämtlicher Beteiligten (Eltern, Kind, Bestand) einen geeigneten Unterbringungsort (Pflegefamilie, professionelle Institution, Heim etc.) zu evaluieren. Um eine nahtlose Umsetzung der Massnahme sicherzustellen, wird sie sich dabei schon bei der Vorbereitung ihres Entscheides mit der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde absprechen müssen, deren Abklärungsdienst das Gericht nötigenfalls auch bei der Suche nach einem geeigneten Pflegeplatz unterstützen kann (vgl. zum Koordinationsbedarf bei gerichtlicher Anordnung von Kinderschutzmassnahmen Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., N 35 zu Art. 315-315b ZGB). 4.1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht fällt auf, dass die Vorinstanz vor Erlass des angefochtenen Entscheides – anders als es die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden gestützt auf Art. 314a und 314abis ZGB vor Anordnung einer Fremdplatzierung zu tun pflegen – weder eine Kindesanhörung durchgeführt noch eine Kindesvertretung angeordnet hat (act. B.1, E. 3.2 und E. 4).

E. 14

/ 23 4.2. Nach Art. 298 Abs. 1 ZPO wird ein Kind in familienrechtlichen Angelegenheiten durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegensprechen. Die Anhörung des Kindes stellt einerseits für das urteilsfähige Kind ein persönliches Mitwirkungsrecht dar, andererseits ein Mittel zur Sachverhaltsabklärung für das durch die Untersuchungsmaxime verpflichtete Gericht. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf das Gericht die Kindesanhörung nicht durch eine antizipierte Beweiswürdigung umgehen. Ein Verzicht ist jedoch aufgrund einer unechten antizipierten Beweiswürdigung zulässig, d.h. dort, wo das Gericht zum Schluss kommt, dass eine Anhörung des Kindes bei der gegebenen Ausgangslage überhaupt keinen Erkenntniswert hätte, allfällige Ergebnisse aus der Kindesanhörung mit Blick auf die Feststellung der konkret rechtserheblichen Tatsachen also von vorneherein objektiv untauglich bzw. irrelevant sind. Andernfalls, d.h. auch bei erheblichen Zweifeln, ob das Beweismittel "etwas bringen wird", muss das Gericht eine Anhörung durchführen. Ein Verweis auf die – letztlich bei jedem familienrechtlichen Verfahren auf die eine oder andere Weise bestehende – Belastungssituation rechtfertigt noch keinen Verzicht auf die (erstmalige) Kindesanhörung. Auf eine wiederholte Anhörung kann hingegen verzichtet werden, sofern auch keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären oder der erhoffte Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis zu der durch die erneute Befragung verursachten Belastung stünde. Vorausgesetzt ist allerdings, dass das Kind in der vorgenommenen Anhörung zu den entscheiderelevanten Punkten befragt worden und das Ergebnis der Anhörung noch aktuell ist (BGE 146 III 203 E. 3.3.2; 131 III 553 E. 1.3.3). Grundsätzlich muss sich das Gericht von den massgeblichen Verhältnissen ein persönliches Bild machen. Die Anhörung nach Art. 298 Abs. 1 ZPO soll nur an eine unabhängige Drittperson übertragen werden, wenn dafür Spezialkenntnisse erforderlich sind (vgl. BGer 5A_131/2021 v. 10.9.2021 E. 3.2.4 m.w.H., u.a. auf BGE 133 III 553 E. 4

und 127 III 295 E. 2) 4.3. Vorliegend erwog die Vorinstanz zur Frage einer Kindesanhörung, dass das Alter der Tochter eine Anhörung zwar nicht ausschliesse, sie jedoch bereits im Rahmen des aktuellen Gutachtensprozesses durch unabhängige und qualifizierte Fachpersonen befragt worden sei und aufgrund der im Gutachten dargelegten Belastungssituation von einer erneuten Anhörung im vorsorglichen Massnahmeverfahren abzusehen sei. Sie wies ferner darauf hin, dass im Hauptverfahren eine Anhörung erfolgen werde (act. B.1, E. 3.2 Abs. 3). Diese Begründung vermag im Lichte der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Verzicht auf eine gerichtliche Anhörung nicht zu rechtfertigen. Einerseits wurde die Tochter von der Gutachterin nicht zu der Unterbringung bei Dritten als entscheidrelevantem Punkt

E. 15

/ 23 befragt. Andererseits ist angesichts der Schwere der in Frage stehenden Kindeschutzmassnahme die Belastung einer erneuten Befragung geringer einzustufen als bei der unvorbereiteten Konfrontation mit dem bereits gefällten Entscheid. Zudem scheint sich die Tochter gegenüber dem Gericht zum Thema Fremdplatzierung auch äussern zu wollen (vgl. act. B.15 [Schreiben der Tochter an das Gericht]; act. A.1, II.B.5) und dazu in der Lage zu sein; gemäss Gutachten äussere sich die Tochter autonom und differenziert, was für ihr Alter und die Entwicklungsstände als "ausgereift" zu beurteilen sei (ZK1 21 79 act. E.1, S. 74). 4.4. In der Zwischenzeit wurde die Tochter wie angekündigt im Rahmen des Hauptverfahrens angehört und rückwirkend zu der angeordneten Fremdplatzierung befragt (sie sprach sich gemäss Protokoll gegen eine "Fremdfamilienplatzierung" aus, act. B.14). Auch in dieser Kindesanhörung fand mangels ins Auge gefasster Unterbringungsorte eine dahingehende Befragung nicht statt, weshalb sie eine erneute Anhörung vor Erlass einer Fremdplatzierung nicht ersetzt. Allgemein wird eine nachträgliche Anhörung der Kindesanhörung als Persönlichkeitsrecht nicht gerecht und verfehlt den Zweck der Sachverhaltsermittlung. Schliesslich ist auch mit Blick auf die Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz der bevorstehenden Kindeschutzmassnahmen nur eine vorgängige Anhörung von Nutzen. Im Rahmen der Neuurteilung wird der Tochter daher die Möglichkeit zu geben sein, sich zu einer allfälligen Fremdplatzierung mit Bezug auf eine konkrete Unterbringung zu äussern bzw. vom Gericht persönlich angehört zu werden. Erforderlich ist eine nochmalige Anhörung überdies im Hinblick auf die nun vorliegende Vereinbarung der Eltern, für deren Genehmigung die Meinung des Kindes ebenso von Relevanz sein kann wie sein Befinden im Zuge der ersten Umsetzungsschritte (vgl. vorstehend E. 3.2.) 5.1. Zur Frage der Anordnung einer Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 ZPO verwies die Vorinstanz einleitend auf das gerichtliche Ermessen und erwog, dass ein Beistand nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB die Tochter unterstütze und im Rahmen seiner Kompetenzen ihre Interessen wahrnehme. Diese Beistandschaft werde fortgeführt und um zusätzliche Kompetenzen erweitert. Die Tochter habe sich im Gutachtensprozess äussern können und die Abklärungen würden dem Gericht ein umfassendes, elternunabhängiges und neutrales Bild der konkreten Situation liefern. Eine zusätzliche Unterstützung und/oder Entscheidungshilfe durch die Einsetzung einer Kindesvertretung sei nicht angezeigt (act. B.1, E. 4). 5.2. Die Anordnung einer Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO ist nicht zwingend; sie steht im Ermessen des Gerichts – selbst dann, wenn eine in die höchstpersönlichen Rechte des Kindes eingreifende Fremdplatzierung in Frage steht

E. 16

/ 23 (BGer 5A_403/2018 v. 23.10.2018 E. 4.1.3; 5A_723/2019 v. 4.5.2020 E. 4.2). Hin- gegen besteht die Pflicht, die Anordnung einer Kindesvertretung zu prüfen, insbe- sondere wenn die Eltern unterschiedliche Anträge bezüglich der Zuteilung der Ob- hut, wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs oder der Aufteilung der Betreu- ung stellen oder das Gericht den Erlass von Kindeschutzmassnahmen erwägt. Dabei ist die Funktion der Kindesvertretung in eherechtlichen Verfahren, nämlich die Ermittlung des objektiven Kindeswohls und der Beitrag zu dessen Verwirkli- chung vor Augen zu halten. Ferner sind die verschiedenen Aspekte der Kindesver- tretung vor dem Hintergrund des Alters des Kindes und des Einzelfalles zu würdi- gen und beim Entscheid über die Anordnung oder den Verzicht einer Kindesan- hörung miteinzubeziehen (Massgeblichkeit des objektivierten Kindeswohls, BGE 142 III 153 E. 5.2.1 f.). 5.3. Ein Aspekt der Kindesvertretung ist die Abklärung des Sachverhaltes, d.h. der Ermittlung eines umfassenden, elternunabhängigen und neutralen Bildes von der konkreten Situation (örtlich, häuslich, schulisch, Interaktion zwischen Kind und Eltern sowie Geschwistern etc.) und der dahingehenden Information des Gerich- tes. Die Vorinstanz wird im Rahmen der Neubeurteilung zu prüfen haben, ob die- ser Aspekt auch hinsichtlich des aktualisierten Sachverhalts – allenfalls aufgrund des Rechenschaftsberichts des Beistandes vom 7. Oktober 2021 (act. B.19) – ge- deckt ist oder es noch eines diesbezüglichen Beitrages einer Kindesvertretung bedarf. Zur Abklärung des aktuellen Sachverhalts gehört es auch, den subjektiven Kindeswillen zu dokumentieren und diesen gegenüber dem Gericht zum Ausdruck zu bringen; in diesem Bereich ersetzt der Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistand eine Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 ZPO nicht (vgl. zum Aufgabengebiet des Beistandes: ZK1 21 79 act. E.1, S. 6; RG act. II.1.1, Dispositiv-Ziffer 2), auch nicht bei Erweiterung seiner Kompetenzen gemäss dem vorinstanzlichen Ent- scheid (act. B.1, Dispositiv-Ziffer 1g). Mit Bezug auf diesen Aspekt wäre eine Kin- desvertretung somit geboten gewesen, umso mehr als die Tochter nicht angehört wurde. Aber selbst wenn nun im Rahmen der Neubeurteilung eine Kindesan- hörung vorgenommen wird, wird eine Kindesvertretung jedenfalls dann anzuord- nen sein, wenn trotz der zwischenzeitlich vorliegenden Vereinbarung eine Bestäti- gung der Fremdplatzierung ins Auge gefasst würde. Dies vor dem Hintergrund, dass die Kindesvertretung das Kind auch durch den Prozess begleitet, d.h. eine "Übersetzungs-" und Vermittlungsfunktion wahrnimmt, indem sie die Kommunika- tion zwischen dem Kind und den Akteuren des Scheidungsprozesses sicherstellt und dem Kind das Verfahren und seine Auswirkungen fortlaufend in kindgerechter Form erklärt (BGE 142 III 153 E. 5.2.3.2). Dazu ist die Berufungsklägerin nicht sinnvoll in der Lage. Sie gibt selbst an, dass es schwer für sie sei, der Tochter et-

E. 17

/ 23 was zu erklären, was sie selbst nicht ganz verstehe (ZK1 21 79 act. E.1, S. 45). Dabei erscheint es sachgerecht, die Kindesvertretung personell getrennt anzuord- nen und nicht das Mandat des Beistandes zu erweitern, da dieser primär der Un- terstützung der Eltern und dem Vollzug der angeordneten Besuchsregelung dient (vgl. auch B.19, 3.1.2), die Kindesvertretung jedoch "zuhanden des Gerichts" pro- zessbezogene Aufgaben erfüllt und für das Kind (zum Zwecke der Durchsetzung des objektivierten Kindeswohls) im Rahmen von Art. 300 ZPO Verfahrensrechte ausübt. 6. Mit Blick auf die weiteren Anordnungen, welche die Vorinstanz als Folge der Fremdplatzierung getroffen hat, bleibt darauf hinzuweisen, dass die behördli- che Fremdplatzierung eines Kindes zur Folge hat, dass der Kindesunterhalt zu einem verfahrensfremden Anspruch wird, für dessen Beurteilung der Scheidungs- und Massnahmerichter nicht mehr zuständig ist (vgl. PKG 2018 Nr. 9 E. 3.2).

Während der Elternteil, der die Obhut über das Kind innehat bzw. die Zuteilung der Obhut beantragt, in einem eherechtlichen Verfahren als Prozessstandschafter für das Kind fungiert und dessen Unterhaltsanspruch in eigenem Namen gegenüber dem anderen Elternteil geltend machen kann, entfällt diese Möglichkeit im Fall einer Fremdplatzierung aufgrund der Legalzession gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB. Kommt nämlich das Gemeinwesen für den Unterhalt auf, so geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über. Seit der am 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Teilrevision des EGzZGB (BR 210.100) im Bereiche des Kindes- und Erwachsenenschutzes ist gesetzlich vorgesehen, dass die Kosten von ambulanten und stationären Kinderschutzmassnahmen von der Gemeinde am zivilrechtlichen Wohnsitz des betroffenen Kindes zu tragen sind, soweit nicht Dritte zahlungspflichtig sind (Art. 63a Abs. 3 EGzZGB). Die Inhaber der elterlichen Sorge haben sich an diesen Kosten im Umfang des von der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe definierten Elternbeitrags, mindestens aber mit zehn Franken pro Tag, zu beteiligen; sind sie dazu wirtschaftlich nicht in der Lage, kommt das Gemeinwesen für den Elternbeitrag auf, welches für die öffentlich-rechtliche Unterstützung der Inhaber der elterlichen Sorge zuständig ist (Art. 63a Abs. 4 EGzZGB). Ähnliches galt bereits unter bisherigem Recht (vgl. zur Pflicht der Sozialhilfebehörde, die für eine Kinderschutzmassnahme anfallenden Kosten zu übernehmen und direkte Kostengutsprache im Sinne einer vorläufigen Kostenübernahme zu leisten, um die rasche und effiziente Durchführung der angeordneten Kinderschutzmassnahme nicht zu gefährden: Merkblatt zur Kostentragung von Massnahmen im Kindes- und Erwachsenenschutz, Kantonales Sozialamt Graubünden und Geschäftsleitung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden KESB in GR v. 6.6.2019, Ziff. III.3.3; BGer 8C_25/2018 v. 19.6.2018 E. 4.5). Zu

E. 18

/ 23 den Rechten, die im Sinne von Art. 289 Abs. 2 ZGB auf das Gemeinwesen übergehen, zählt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch das Klagerecht des Kindes gegen Vater und Mutter oder gegen beide auf Unterhaltsleistung (Art. 279 ZGB). Nach einer behördlichen Fremdplatzierung obliegt es folglich der (nach neuem Recht primär zahlungspflichtigen) Gemeinde, sich mit den Eltern über deren Beitrag an die Pflegeplatzkosten wie auch über die Tragung der weiteren Kosten (Bekleidung, Versicherungsprämien, Gesundheitskosten, Abonnementen des öffentlichen Verkehrs, Hobbies, Taschengeld etc.) zu verständigen. Kommt darüber keine Einigung zustande, muss die Gemeinde ihre auf dem (zivilrechtlichen) Unterhaltsanspruch des Kindes beruhenden Forderungen in eigenem Namen auf dem Gerichtsweg durchsetzen (BGer 5D_118/2018 v. 2.12.2019 E. 5.2.1; 8D_4/2013 v. 19.3.2013 E. 5.3). Das Scheidungsgericht kann darüber nicht mehr befinden, da das Kind nach dem Wegfall der Prozessstandschaft der Eltern am Verfahren nicht mehr beteiligt ist und ein Prozesseintritt des Gemeinwesens mangels Parteistellung des Kindes im eherechtlichen Verfahren von vorneherein ausgeschlossen ist (vgl. dazu OGer ZH LE140075 v. 7.4.2015 E. C.3 mit Hinweisen unter anderem auf Cyril Hegnauer, in: Meier-Hayoz [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. II, Bern 1997, N 133 ff. zu Art. 279/280 ZGB, und Jann Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Bern 2014, Rz. 2.42). Sollte die Vorinstanz eine Fremdplatzierung weiterhin als erforderlich erachten, wäre daher von einer Neuregelung der elterlichen Unterhaltsbeiträge (auch im Sinne einer Feststellung der fehlenden Leistungsfähigkeit der Berufungsklägerin) abzusehen. Festzustellen wäre einzig, dass die im vorangegangenen Eheschutzverfahren festgelegte Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Leistung von Kindesunterhaltsbeiträgen (Barunterhalt CHF

710.00, Betreuungsunterhalt CHF 2'600.00) an die Berufungsklägerin (Proz. Nr. 135-2016-178; ZK1 16 82) mit Wirkung ab der Fremdplatzierung von D._____ dahinfällt, zumal die genannte Verpflichtung offenkundig voraussetzt, dass die Tochter unter der Obhut der Berufungsklägerin steht. In demselben Umfang aufzuheben wäre ausserdem die auf besagtem Eheschutzentscheid basierende Schuldneranweisung (Proz. Nr. 135-2018-670).

E. 19

/ 23 menhängenden Verfahrenskosten abzusehen und den Parteien für ihren diesbezüglichen Aufwand gegebenenfalls eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen ist.

E. 20

/ 23 verteilung in einem Rückweisungsentscheid der Fall sein (vgl. BGer 5A_517/2015 v. 7.12.2015 E. 3). Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, können aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegt werden (Art. 107 Abs. 2 ZPO). 7.3.2. Die Berufungsklägerin dringt mit ihren Begehren insofern durch, als der Berufung zunächst aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde und der angefochtene Entscheid aufgehoben wird, dies allerdings nicht ersatzlos, sondern – im Sinne ihres Eventualantrages – verbunden mit einer Rückweisung an die Vorinstanz. Obwohl damit offen bleibt, ob eine vorsorgliche Fremdplatzierung anzuordnen ist oder nicht, ist der Ausgang des Rechtsmittelverfahrens als Obsiegen der Berufungsklägerin zu werten, zumal den Grund für die Rückweisung – wie bereits dargelegt – allein die Vorinstanz zu verantworten hat. Diese hat mit der Anordnung der Fremdplatzierung gestützt auf Art. 315a ZGB eine Aufgabe wahrgenommen, welche ausserhalb eines eherechtlichen Verfahrens der KESB zukäme. Wie bei erfolgreicher Anfechtung eines KESB-Entscheidunges (vgl. dazu PKG 2015 Nr. 23 E. 9) sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens daher dem Kanton Graubünden aufzuerlegen, welcher der Berufungsklägerin überdies die notwendigen Parteikosten zu ersetzen hat. Dass sich der Berufungsbeklagte mit dem vorinstanzlichen Entscheid und dessen Begründung explizit einverstanden erklärt hat (act. A.2, II.B.18) und er mit seinem Antrag auf Abweisung der Berufung unterliegt, vermag daran nichts zu ändern, ist ihm doch zuzugestehen, dass er unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatte. Dass er mit diesen Anträgen unterliegt, schliesst zwar aus, dass auch ihm eine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Ihn darüber hinaus mit den Kosten des durch die Vorinstanz verursachten Rechtsmittelverfahrens zu belasten, wäre jedoch unbillig. 7.3.3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird gestützt auf Art. 9 VGZ (BR 320.210) auf CHF 2'000.00 festgesetzt. Hinzu kommen die Kosten für das (der Berufung vorgelagerte) Verfahren betreffend Vollstreckungsaufschub (ZK1 21 79), welche mit Verfügung vom 28. September 2021 bei der Prozedur belassen wurden. Diese werden nach Massgabe von Art. 13a VGZ auf CHF 1'000.00 festgelegt. Insgesamt belaufen sich die zulasten der Gerichtskasse des Kantonsgerichts zu verbuchenden Gerichtskosten damit auf CHF 3'000.00. 7.3.4. Eine Honorarnote hat die Berufungsklägerin nur im Verfahren betreffend Vollstreckungsaufschub eingereicht (ZK1 21 79, act. G.1). Darin wird für das besagte Verfahren ein Zeitaufwand von 19.5 h geltend gemacht. Der geltend gemachte Aufwand wird entschädigt, sofern er angemessen und für die Prozessführung erforderlich war (Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2 HV (BR 310.250)). Aus dem der Hono-

E. 21

/ 23 rarnote beigelegten Leistungsrapport geht hervor, dass der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin für das Verfassen des Gesuches um Vollstreckungsaufschub, einschliesslich der damit zusammenhängenden Rechtsabklärungen, diversen Kontakten mit der Mandantschaft und der Begründung des separaten URP- Gesuches, rund 8 h in Rechnung stellt, was angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen nicht zu beanstanden ist. Als übersetzt erweist sich hingegen der für das weitere Verfahren geltend gemachte Aufwand. Zwar hat der Rechts- vertreter der Berufungsklägerin am 6. Juli 2021, 15. Juli 2021 und 19. Juli 2021 noch neue Urkunden eingereicht und am 9. August 2021 eine kurze Replik zur gegnerischen Vernehmlassung eingereicht, was sich in der Honorarnote bereits mit einem (hohen) Zeitaufwand von etwa 4 h niederschlägt. Weshalb in diesem Zusammenhang zusätzlich Klientenkontakte (Telefonate, E-Mails) im Umfang von total 3.8 h erforderlich gewesen sein sollten, ist jedoch nicht nachvollziehbar. Auch wenn der drohende Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts für die Berufungs- klägerin zweifellos von grosser Bedeutung war und ihrerseits ein vermehrter Ge- sprächsbedarf bestand, darf von ihrem Rechtsvertreter – insbesondere mit Blick auf die beantragte unentgeltliche Rechtspflege (ZK1 21 80) – erwartet werden, dass er den Instruktionsaufwand auf das für die Prozessführung Notwendige be- schränkt. Eine darüberhinausgehende moralische Unterstützung oder psychologi- sche Betreuung der Mandantschaft kann bei der Bemessung der Parteischädi- gung ebenso wenig Berücksichtigung finden wie bei der Entschädigung eines un- entgeltlichen Rechtsbeistandes (vgl. dazu Viktor Rüegg/Michael Rüegg, in: Spüh- ler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessord- nung, 3. Aufl., Basel 2017, N 7 zu Art. 122 ZPO). Rund 3 h des in Rechnung ge- stellten Aufwandes entfallen schliesslich auf administrative Arbeiten, die nicht ge- sondert zu entschädigen sind, sowie auf die Korrespondenz von und mit dem Ge- richt. Für letzteres werden fast durchwegs 0.25 h veranschlagt, was in der Summe zu einem Betrag führt, der erheblich über der tatsächlich beanspruchten Zeit lie- gen dürfte. Aus den dargelegten Gründen ist das geltend gemachte Honorar um insgesamt 4.5 h zu kürzen, womit ein zu entschädigender Aufwand von 15 h ver- bleibt. Hinzu kommt der Aufwand für das Berufungsverfahren, der mangels Einrei- chung einer Honorarnote nach Ermessen festzusetzen ist. Dabei ist zu berück- sichtigen, dass sich die Ausführungen in der Berufungsschrift auf weite Strecken mit denjenigen im Gesuch um Vollstreckungsaufschub decken. Die massgeblichen Sach- und Rechtsfragen waren dem Rechtsvertreter der Berufungsklägerin bereits bekannt, so dass kaum mehr nennenswerter Aufwand für rechtliche Abklärungen oder Rücksprachen mit der Mandantschaft anfallen konnte. Insgesamt erscheint für das Berufungsverfahren daher ein Zeitaufwand von ca. 12 h als angemessen. Der gesamte zu entschädigende Aufwand beläuft sich damit auf ungefähr 27 h. Da

E. 22

/ 23 die Berufungsklägerin in den Verfahren vor Kantonsgericht keine Honorarverein- barung eingereicht hat, ist die Parteientschädigung praxisgemäss auf der Basis eines mittleren Stundenansatzes von CHF 240.00 festzusetzen (Art. 3 HV). Dass der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 20. September 2021 (ZK1 21 80) die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde, ändert nichts daran, dass ihr bei Ob- siegen die Anwaltskosten zum üblichen Stundenansatz zu ersetzen sind (vgl. BGE 140 III 167 E. 2.3; 121 I 113 E. 3d). Unter Einbezug einer Spesenpauschale von 3% sowie der Mehrwertsteuer von 7.7% resultiert somit eine Parteientschädigung von pauschal CHF 7'200.00. 7.3.5. Dem Berufungsbeklagten wurde mit Verfügung vom 20. September 2021 (ZK1 21 92) ebenfalls

die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Die Kosten seiner Rechtsvertretung durch Rechtsanwalt Guido Ranzi gehen daher – unter Vorbehalt der Nachforderung gemäss Art. 123 ZPO – zulasten des Kantons Graubünden und werden aus der Gerichtskasse des Kantonsgerichts bezahlt (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 12 Abs. 3 EGzZPO). Da Rechtsanwalt Ranzi keine Honorar- note eingereicht hat, ist seine Entschädigung nach Ermessen festzusetzen (Art. 5 Abs. 2 HV). Dabei kann von einem etwa vergleichbaren Aufwand wie beim Rechtsvertreter der Berufungsklägerin ausgegangen werden, zumal er sich im Verfahren betreffend Vollstreckungsaufschub ebenfalls zweimal geäussert hat und sich mit den verschiedenen neuen Urkunden der Berufungsklägerin befassen musste. Mit dem für die unentgeltliche Rechtsvertretung massgeblichen Stunden- ansatz von CHF 200.00 (Art. 5 Abs. 1 HV) ergibt sich damit eine Entschädigung von pauschal CHF 6'000.00 inklusive Spesen und Mehrwertsteuer.

E. 23

/ 23

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