

GR_GERICHTE ZK1 2021 79 vom 28. September 2021

GR Gerichte, 2021-09-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1 2021 79](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2021_79)

FR: GR_GERICHTE ZK1 2021 79 du 28 septembre 2021

IT: GR_GERICHTE ZK1 2021 79 del 28 settembre 2021

Regeste

Erlass vorsorglicher Massnahmen (Vollstreckungsaufschub) | Vorsorgliche Massnahmen, Schutzschrift etc. (261 ff. ZPO)

Erwägungen

E. 4

/ 10 2018 411 für die Beschwerde unter Auslegung von Art. 325 Abs. 2 ZPO; die Rechtsmittelinstanz als unzuständig erachtend hingegen: OGer AG ZSU.2019.210 v. 2.3.2020 E. 2, publ. in: CAN 2021 Nr. 14; Botschaft vom 26.2.2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung], BBl 2020 2697 ff., S. 2761 f.: gemäss Art. 239 Abs. 2bis E-ZPO Zuständigkeit de lege ferenda bei entscheidendem Gericht). Innerhalb des Kantonsgerichts liegt die Zuständigkeit für den Entscheid über die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 9 Abs. 1 GOG (BR 173.000) in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 und Art. 15 lit. b KGV (BR 173.100) bei der Kammervorsitzenden. 1.2. Soweit das vor Rechtshängigkeit gestellte Gesuch und der Berufungsantrag denselben Gegenstand haben, geht das vor Rechtshängigkeit angelegte Nebenverfahren ZK1 21 79 im nunmehr hängigen Hauptverfahren ZK1 21 133 auf. Nicht deckungsgleich ist der Teil des vor Rechtshängigkeit gestellten Gesuchs, der sich auf die Zeit bis zum Ablauf der Berufungsfrist bezieht. Aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigt es sich jedoch, die aufschiebende Wirkung einerseits bis zum Ablauf der Berufungsfrist und andererseits bis zum Abschluss des Berufungsverfahrens gesamthaft zu beurteilen, weshalb die Verfahren in Anwendung von Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen sind. 2.1. Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen werden mit ihrer Eröffnung sofort vollstreckbar, auch wenn sie ohne schriftliche Begründung eröffnet worden sind (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO; GVP 2018 S. 173 ff. E. 4.2 f.; AppGer BS DGZ.2019.10 v. 17.12.2019 E. 3.2; BBl 2020 2697 ff., S. 2774 f.: Art. 336 Abs. 3 E-ZPO [Vollstreckbarkeit]). Dies gilt auch für die in einem Scheidungsverfahren gestützt auf Art. 276 ZPO erlassenen vorsorglichen Massnahmen (BGE 137 III 475 E. 4.1). 2.2. Die Vollstreckbarkeit vorsorglicher Massnahmen kann ausnahmsweise aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Nach dem Willen des Gesetzgebers soll ein Vollstreckungsaufschub bei vorsorglichen Massnahmen nur in Ausnahmefällen angeordnet werden, was dem Umstand Rechnung trägt, dass die sofortige Vollstreckbarkeit den Hauptzweck des einstweiligen Rechtsschutzes bildet. Die Berufungsinstanz hat einen Vollstreckungsaufschub daher grundsätzlich nur zurückhaltend zu gewähren, sie verfügt indessen über einen grossen Ermessensspielraum der es ihr erlaubt, den Umständen des konkreten Falles Rechnung zu tragen (BGE 138 III 565 E. 4.3.1; BGE 137 III 475 E. 4.1). Für den Aufschub der Vollstreckbarkeit vor

Rechtshängigkeit der Berufung ist sodann in analoger An-

E. 5

/ 10 wendung von Art. 263 in Verbindung mit Art. 261 ZPO Dringlichkeit bzw. für die superprovisorische Anordnung besondere Dringlichkeit nach Art. 265 Abs. 1 ZPO glaubhaft zu machen. Im vorliegenden Fall kann trotz der im Zeitpunkt des Gesuchs noch fehlenden schriftlichen Begründung ferner eine Hauptsachenprognose gestellt werden. Das Gericht hat eine Interessenabwägung vorzunehmen und den bei Vollstreckung dem Betroffenen drohenden Nachteil gegen den Nachteil eines Aufschubes für den Gesuchsgegner abzuwägen. 2.3. Das Bundesgericht geht davon aus, dass bei Fragen der Obhut kurzfristige oder häufige Veränderungen das Wohl des Kindes zu beeinträchtigen vermögen und, im Falle der Zuweisung der Obhut an den bisher nicht hauptsächlich das Kind betreuenden Elternteil, im Zweifel das Wohl des Kindes gebietet, den bisherigen Zustand aufrecht zu erhalten oder wiederherzustellen und das Kind bei der bisherigen Hauptbezugsperson zu belassen. Dem Gesuch um aufschiebende Wirkung der Berufung desjenigen Elternteils, der bisher Hauptbezugsperson war, ist in der Regel stattzugeben, es sei denn die Berufung erscheine von vornherein als unzulässig oder in der Sache selbst als offensichtlich unbegründet oder das Kindeswohl würde bei Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes unmittelbar gefährdet (BGE 138 III 565 E. 4.3.2). Dieser Grundsatz ist vorliegend analog zu berücksichtigen, da der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts mit einer Fremdplatzierung des Kindes eine neue faktische Obhut bedeutet und somit dasselbe Beeinträchtigungspotential besteht, wie bei einer Zuweisung der Obhut an den nicht hauptbetreuenden Elternteil. Die Vollstreckbarkeit einer mit Berufung angefochtenen Fremdplatzierung ist somit jedenfalls dann bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens aufzuschieben, wenn die bisherigen Betreuungsverhältnisse keine akute Gefährdung des Kindeswohls erkennen lassen. 2.4. Die Gesuchstellerin bringt vor, dass das Gutachten der Kinder- und Jugendpsychiatrie Graubünden vom 10. März 2021, auf das sich die angeordneten Kinderschutzmassnahmen insbesondere stützen, inhaltliche Mängel aufweise, indem es zentrale Aspekte ausser Acht lasse bzw. unzureichend würdige. Eine Kindeswohlgefährdung liege ihrer Ansicht nach nicht vor. Sie beruft sich dabei auf die Einschätzungen weiterer Fachpersonen wie den früheren Kinderarzt, die Kinderärztin, den Kinder- und Jugendpsychiater, den Beistand und den Schulpsychologischen Dienst sowie die Klassenlehrerin der Tochter. Ferner macht sie geltend, dass mit dem Vollzug der Fremdplatzierung die Tochter ihre bisherige Hauptbezugsperson verlieren würde und damit eine Traumatisierung der Tochter sowie ein schwerer Eingriff in das Grundrecht auf Achtung des Familien- und Privatlebens einherginge. Zudem hätte die sofortige Fremdplatzierung auch für das Hauptver-

E. 6

/ 10 fahren betreffend Ehescheidung eine präjudizierende Wirkung. Aus diesen Gründen drohe der Gesuchstellerin ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil. Die besondere Dringlichkeit ergebe sich aus der Traumatisierung der Tochter bei einer sofortigen Fremdplatzierung (ZK1 21 79: act. A.1, II.B. 2 ff.; act. A.1, II.B.1). 2.5. Dem Gesuchsgegner zufolge gründen die Kinderschutzmassnahmen neben dem Gutachten auch auf den Berichten des Beistandes, welche die Erkenntnisse des Gutachtens vollumfänglich bestätigen würden. Das Gutachten sei unparteiisch, umfassend und sorgfältig erstellt worden, unter Berücksichtigung aller massgeblichen Informationen. Es bestätige die Bedenken des Gesuchsgegners, des Beistandes und der Zuständigen der VORSA

Graubünden betreffend die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin und weise eine massive Kindeswohlgefährdung nach. Der Gesuchsgegner hebt hervor, dass das Gutachten die Fremdplatzierung unter Hinweis auf Dringlichkeit empfehle, weshalb der Entscheid auch hinsichtlich der Anordnung der sofortigen Vollstreckbarkeit (Dispositiv-Ziffer 7a) richtig sei. Das Strafverfahren gegen den Gesuchsgegner spreche nicht gegen die sofortige Vollstreckung des Entscheides. Die Gesuchstellerin wolle das Verfahren verzögern und den Verlust der Unterhaltsbeiträge für sich und die Tochter so lange als möglich verhindern. Dem sei Einhalt zu gebieten und dem Gesuchsgegner endlich ein "normales" Besuchsrecht einzuräumen (ZK1 21 79: act. A.4).

2.6. Die Tochter befindet sich seit ihrer Geburt bei der Gesuchstellerin und seit dem Eheschutzentscheid vom 14. April 2016 auch in deren alleiniger Obhut. Die Gesuchstellerin war und ist somit unbestrittenermassen die Hauptbezugsperson der Tochter. Würde die erstinstanzlich angeordnete Fremdplatzierung vollstreckt, käme es folglich zu einer Änderung in der langjährigen Betreuungssituation, die nicht bloss einen Bruch in den Beziehungen der Tochter zur Gesuchstellerin und ihrer (Halb-)Schwester bedeuten würde, sondern je nach (derzeit noch unbestimmtem) Ort der Fremdplatzierung auch einen Schulhauswechsel zur Folge hätte, womit gerade der Rahmen entfielen, in welchem die Tochter gemäss Gutachten Stabilität und Kontinuität erlebt und wo sie gut integriert ist (act. B.3, 23 und 76; auch ZK1 21 79: act. B.9). Würde die Berufung in der Folge gutgeheissen, käme es in relativ kurzer Zeit zu einem erneuten Wechsel, was dem von mehreren Seiten hervorgehobenen Bedürfnis des Mädchens nach Stabilität offenkundig widerspricht. Es liegt demnach grundsätzlich im Interesse des Kindeswohls, ein derartiges Hin und Her zu vermeiden und die Fremdplatzierung – sollte sich eine solche effektiv als notwendig erweisen – erst nach Vorliegen des rechtskräftigen Entscheides zu vollziehen. Unter diesem Aspekt war und ist die Dringlichkeit eines Vollstreckungsaufschubes zu bejahen. Dass zur Umsetzung der gerichtlich ange-

E. 7

/ 10 ordneten Fremdplatzierung noch ein (erneut anfechtbarer) Vollzugsentscheid der KESB erforderlich wäre, vermag daran nichts zu ändern, zumal es wenig Sinn macht, die KESB Abklärungen zu einem möglichen Unterbringungsort des Kindes tätigen zu lassen, bevor überhaupt feststeht, ob der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts rechtskräftig wird.

2.7. Auch wenn das Gutachten die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin als unzureichend beurteilt und einen Obhutswechsel empfiehlt, geht aus diesem und den darin wiedergegebenen Berichten weiterer Personen keine akute Gefährdung hervor, welche ein sofortiges Handeln erfordern würde. Der Verdacht eines sogenannten Battered Child Syndroms (BCS) stützte sich auf einen von verschiedener Seite geschilderten Vorfall im Sommer 2017 und kann deshalb keine akute Kindeswohlgefährdung begründen. Im Übrigen bildete der genannte Vorfall bereits Gegenstand eines Abklärungsverfahrens der KESB Nordbünden, welche es bei der Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft und einer Weisung zu regelmässigen ärztlichen Kontrollen bewenden liess (ZK1 21 79: act. C.2). Letztere ergaben, wie aus dem Gutachten selber hervorgeht, keinerlei auffällige Befunde. Die weiteren im Gutachten vorgebrachten Bedenken hinsichtlich der Sozialisierung der Tochter, ihrer kognitiven Förderung, ihrer leichten Aufmerksamkeitsdefizit-Hyperaktivitätsstörung (ADHS), ihrem Bedürfnis nach emotionaler Anerkennung und Unterstützung sowie schliesslich ihres erheblichen Loyalitätskonflikts sind auf lange Sicht sicherlich zu berücksichtigen, erfordern jedoch allesamt kein sofortiges Einschreiten im Sinne einer Fremdplatzierung.

2.8. Obwohl die Gesuchstellerin den Aufschub der

Vollstreckbarkeit des Entscheids und nicht einzelner Dispositiv-Ziffern (ZK1 21 79: A.1, I.1) bzw. die auf-schiebende Wirkung der Berufung verlangt, die auf die vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Entscheids gerichtet ist (act. A.1, I.1 und I.2), macht sie einzig mit Bezug auf den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und der Fremdplatzierung der Tochter einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil geltend. Trotzdem rechtfertigt es sich in Anwendung der Officialmaxime, die mit Verfügung vom 11. Juni 2021 bzw. 8. September 2021 angeordnete aufschiebende Wirkung der Berufung gesamthaft zukommen zu lassen, da die übrigen angeordneten Kindeschutzmassnahmen mehrheitlich an den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Fremdplatzierung geknüpft oder auf diese angepasst sind und deren unabhängige Anordnung zum jetzigen Zeitpunkt nicht angezeigt ist. 2.9. Flankierenden Massnahmen fehlen dadurch nicht; so bestehen – nebst der bereits erwähnten Erziehungsbeistandschaft – eine therapeutische Begleitung der Gesuchstellerin und der Tochter durch Dr. D._____ mit Sitzungen alle zwei Wo-

E. 8

/ 10 chen (act. B.8) sowie eine sozialpädagogische Familienbegleitung (SPF), welche wegen der zeitweise fehlenden Kooperationsbereitschaft der Gesuchstellerin zwar seit Ende Oktober 2020 sistiert war, nun aber auf ihre Initiative hin im August 2021 wiederaufgenommen wurde und dank eines personellen Wechsels gut angelaufen zu sein scheint (act. B.11 und B.13). Ferner erhielt die Tochter ab Oktober 2020 Unterstützung durch eine schulische Heilpädagogin und wurde für die Hausaufgabenhilfe angemeldet, was gemäss Rückmeldung der Lehrpersonen (act. B.16) zu einer positiven Entwicklung im vergangenen Schuljahr geführt hat. Vor dem Hintergrund der bemängelten Sozialisierungsmöglichkeiten ist schliesslich die in der Zwischenzeit erfolgte Anmeldung der Tochter zu einem Kletterkurs zu erwähnen (act. B.12 f.). Auch wenn die jüngsten Anstrengungen der Gesuchstellerin durch die drohende Fremdplatzierung der Tochter motiviert sein mögen, tragen sie gleichwohl dazu bei, die aktuelle Betreuungssituation zu verbessern und eine un-mittelbare Gefährdung des Kindes während der Dauer des Berufungsverfahrens abzuwenden. 2.10. Die Berufung erscheint prima facie weder als offensichtlich unzulässig noch als offensichtlich unbegründet. Im Gegenteil kann ihr, zumindest hinsichtlich formeller Mängel des vorinstanzlichen Entscheids, eine positive Hauptsachenprognose gestellt werden. In diesem Sinne zu erwähnen ist, dass die Tochter vor Erlass der Kindeschutzmassnahmen nicht angehört wurde, ihr keine Kindesvertretung zur Seite gestellt wurde und die Regelung der Art und des Orts ihrer Unterbringung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde übertragen wurde (Dispositiv-Ziffern 1.b und 3), obwohl es sich bei Letzterem nicht um eine Vollzugsfrage handelt bzw. die Zuständigkeit beim Gericht liegt und nicht delegiert werden kann (Peter Breitschmid, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018 N 4 f. zu Art. 315-315b ZGB; Kurt Affolter-Fringeli/Urs Vogel, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2016, N 26 und 29 zu Art. 296-317 ZGB; Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., N 143 zu Art. 310/314b ZGB). In materieller Hinsicht fällt sodann auf, dass die Vorinstanz die Fremdplatzierung als Zwischenlösung zu verstehen scheint und sie davon ausgeht, dass die Obhut über die Tochter im Falle eines endgültigen Freispruches des Gesuchsgegners vom Vorwurf sexueller Handlungen mit der Halbschwester – wie auch gutachterlich primär empfohlen – dem Gesuchsgegner zu übertragen sein wird. Ob die aktuellen Verhältnisse einen derartigen Zwischenschritt tatsächlich erforderlich machen oder es mit Blick auf das hohe Bedürfnis

der Tochter nach Stabilität allenfalls zweckmässiger wäre, vor einer Änderung der Obhut die rechtskräftige Erledigung des Strafverfahrens ab- zuwarten, erscheint jedenfalls nicht zum Vornherein klar.

E. 9

/ 10 2.11. Die Voraussetzungen für einen Vollstreckungsaufschub im Sinne von Art. 315 Abs. 5 ZPO teilweise in Verbindung mit Art. 263 und Art. 261/Art. 265 ZPO sind somit, der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (E. 2.3) folgend, als gegeben zu erachten und der Berufung ist in Bestätigung der einst- weiligen Anordnung vom 11. Juni 2021 bzw. 8. September 2021 die aufschieben- de Wirkung zu erteilen. Was das Besuchsrecht des Gesuchsgegners anbelangt, gilt damit weiterhin der Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen im Ehe- scheidungsverfahren vom 23. Juli 2019 (Proz. Nr. 135-2019-512; RG act. II.1.1), während es hinsichtlich der Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners vorderhand bei den im Eheschutzverfahren festgesetzten Beiträgen (Urteil des Kantonsgerichts ZK1 16 82 vom 12. Juni 2018) bleibt. Dem Interesse des Gesuchsgegners an ei- ner Normalisierung des persönlichen Verkehrs bzw. einer Reduktion seiner Unter- haltspflicht wird mit einer beschleunigten Behandlung der Berufung Rechnung zu tragen sein. Sollten sich die finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners seit der Beurteilung seines letzten Abänderungsgesuches (Proz. Nr. 135-2018-828) derart verändert haben, dass die Unterhaltsbeiträge unabhängig von der Frage der Fremdplatzierung herabzusetzen wären, stünde es dem Gesuchsgegner im Übri- gen frei, mit einem entsprechenden Gesuch an die Vorinstanz zu gelangen. 2.12. Es ist darauf hinzuweisen, dass auf den Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung jederzeit zurückgekommen werden könnte, wenn im Ver- laufe des Berufungsverfahrens Anhaltspunkte für eine unmittelbare Gefährdung der Tochter durch den Verbleib bei der Gesuchstellerin auftreten würden. 3.1. Über die Kosten dieser Verfügung ist zusammen mit der Hauptsache zu entscheiden (Art. 104 Abs. 3 ZPO). 3.2. Bei dem Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung han- delt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG, bei welchem der Rechtsweg jenem der Hauptsache folgt. Bei der Hauptsache handelt es sich um einen Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsver- fahren, bei dem nach der bundesgerichtlichen Praxis nur die Verletzung verfas- sungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 98 BGG und Art. 116 BGG). Der Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung stellt selber eine vor- sorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG dar, weshalb auch aus diesem Grund ausschliesslich eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt wer- den kann (BGE 137 III 475 E. 2).

E. 10

/ 10

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