

GR_GERICHTE ZK1 2022 106 vom 7. Februar 2023

GR Gerichte, 2023-02-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2022_106

FR: GR_GERICHTE ZK1 2022 106 du 7 février 2023

IT: GR_GERICHTE ZK1 2022 106 del 7 febbraio 2023

Regeste

Anpassung persönlicher Verkehr etc. | KES Kindesschutzrecht (allgemein)

Erwägungen

E. 1

Eintretensvoraussetzungen

E. 1.1

Anfechtungsobjekt ist ein Entscheid der KESB Prättigau/Davos vom 7. Juni 2022 betreffend die Anpassung des persönlichen Verkehrs, die Abweisung des Antrags um Verfahrensvertretung sowie die Ablehnung des Beistandswechsels. Gemäss Art. 314 Abs. 1 ZGB sind die Bestimmungen über das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde im Kindesschutzverfahren sinngemäss anwendbar. Gegen Entscheide der Kindesschutzbehörde kann somit beim zuständigen Gericht gestützt auf Art. 314 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 450 Abs. 1 ZGB Beschwerde erhoben werden. Nach Art. 60 Abs. 1 EGzZGB (BR 210.100) ist das Kantonsgericht von Graubünden die einzige kantonale Beschwerdeinstanz. Innerhalb des Kantonsgerichts liegt die Zuständigkeit gemäss Art. 6 KGV (BR 173.000) bei der I. Zivilkammer.

E. 1.2

Der angefochtene Entscheid datiert vom 7. Juni 2022, frühestens beim Beschwerdeführer eingegangen am 8. Juni 2022. Mit schriftlicher Eingabe vom 7. Juli 2022 (Poststempel: 8. Juli 2022) hat der Beschwerdeführer seine Beschwerde innert der gesetzlichen Frist von 30 Tagen begründet beim Kantonsgericht eingereicht. Die Beschwerde wurde somit form- und fristgerecht erhoben.

E. 1.3

Zur Beschwerde legitimiert sind nach Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB die am Verfahren beteiligten Personen. Am Verfahren beteiligt sind neben den von der Anordnung der KESB direkt betroffenen Personen auch alle weiteren Personen, die sich am erstinstanzlichen Verfahren vor der KESB tatsächlich beteiligt haben oder denen mindestens der Entscheid zugestellt wurde. Im Bereich des Kindeschutzes können nebst den Kindern auch deren Eltern betroffene Personen sein (Hermann Schmid, Erwachsenenschutz Kommentar, Zürich/St. Gallen 2010, N 20 f. zu Art. 450 ZGB; Daniel Steck, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommen-

9 / 23 tar zum Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022, N 29 f. zu Art. 450 ZGB). Vorliegend tritt der Kindsvater als Beschwerdeführer auf. Er ist durch den angefochtenen Entscheid im Grundsatz betroffen und daher als Verfahrensbeteiligter im Sinne von Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB ohne Weiteres beschwerdelegitimiert.

E. 1.4

Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist demzufolge einzutreten.

E. 2

Rügegründe Mit Beschwerde können gemäss Art. 450a Abs. 1 ZGB Rechtsverletzungen (Ziff. 1), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Ziff. 2) und Unangemessenheit (Ziff. 3) gerügt werden. Die Beschwerde ist ein vollkommenes Rechtsmittel, womit das erstinstanzliche Urteil in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend überprüft werden kann (Schmid, a.a.O., N 1 zu Art. 450a ZGB). Der Begriff der Rechtsverletzung umfasst jede unrichtige Anwendung und Auslegung des eidgenössischen oder kantonalen Rechts, sowie falsche Anwendung oder Nichtanwendung ausländischen Rechts. Gegenstand der Rechtskontrolle ist auch die Prüfung, ob die Schranken des Ermessens eingehalten sind, und die Prüfung der Verhältnismässigkeit (Steck, a.a.O., N 11 zu Art. 450a ZGB m.w.H.; Schmid, a.a.O., N 3 zu Art. 450a ZGB). Die Rüge der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts erlaubt eine umfassende Überprüfung des Sachverhalts, ohne auf die Willkürzüge beschränkt zu sein. Im Vordergrund stehen Rügen von aktenwidrigen Feststellungen. Beruht eine tatsächliche Feststellung auf unrichtiger Rechtsanwendung, kommt der Rügegrund der Rechtsverletzung zur Anwendung (Steck, a.a.O., N 12 f. zu Art. 450a ZGB). Die Rüge der Unangemessenheit ermöglicht eine umfassende Überprüfung der Handhabung des Ermessens durch die Vorinstanz (Steck, a.a.O., N 14 zu Art. 450a ZGB; Schmid, a.a.O., N 4 zu Art. 450a ZGB). Es kann folglich die blosser Unangemessenheit gerügt werden. Unter Art. 450a Abs. 1 Ziff.

E. 3

Verfahrensbestimmungen

E. 3.1

Für das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz gelten primär die bundesrechtlichen Verfahrensbestimmungen des ZGB und subsidiär die vom Kanton erlassenen Verfahrensbestimmungen. Sofern weder das ZGB noch das EGzZGB eine Regelung enthalten, ist die ZPO sinngemäss anwendbar, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen (Art. 450f ZGB). Gemäss Art. 60 Abs. 5 EGz-

10 / 23 ZGB gelten neben den kantonalen Ausführungsbestimmungen die Regelungen für die zivilprozessuale Berufung sinngemäss, soweit das übergeordnete Recht nichts anderes vorsieht. Demnach kann die Rechtsmittelinstanz gemäss Art. 316 Abs. 1 ZPO aufgrund der Akten und ohne Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung entscheiden.

E. 3.2

Zu beachten sind im Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz die allgemeinen Verfahrensgrundsätze des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 443 ff. ZGB i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB), soweit das Gesetz in den Art. 450 ff. ZGB keine abweichenden Vorschriften enthält. Dies gilt namentlich für die in Art. 446 ZGB verankerte uneingeschränkte Untersuchungs- und Officialmaxime und das an gleicher Stelle festgeschriebene Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Der Anwendungsbereich dieser zentralen Verfahrensgrundsätze bezieht sich auf sämtliche Verfahren vor der Kindesschutzbehörde und erstreckt sich nach dem Grundsatz der Einheit des Prozesses auch auf die Verfahren vor

der gerichtlichen Beschwerdeinstanz (Luca Maranta, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022, N 40 zu Art. 446 ZGB; Daniel Steck, in: Bächler et al. [Hrsg.], Erwachsenenschutz, FamKommentar, Bern 2013, N 7 ff. zu Art. 446 ZGB).

E. 4

Vertretung des Kindes

E. 4.1

Vorab ist zu prüfen, ob für C._____ im vorinstanzlichen Verfahren eine Vertretung des Kindes nach Art. 314abis ZGB hätte angeordnet werden müssen und damit das Verfahren an die Vorinstanz zur Anordnung einer Kindesvertretung und anschliessender Neubeurteilung zurückzuweisen ist (act. A.1, Antrag Nr. 3). 4.2.1. Der Beschwerdeführer ersucht um die Einsetzung einer Kindsvertretung gemäss Art. 314abis ZGB. Er bringt in seiner Beschwerde vom 7. Juli 2022 vor, dass die Einsetzung einer Kindsvertretung gemäss Art. 314abis Abs. 2 Ziff. 2 ZGB im vorliegenden Verfahren nicht nur zwingend zu prüfen sei. Nach herrschender Lehre bestehe eine Vermutung, dass im vorliegenden Anwendungsbereich die Kindsvertretung nötig sei. Hinzu komme, dass vorliegend ein Elternteil eine Kindsvertretung beantrage, was zusätzlich für eine Anordnung derselben spreche (act. A.1, Rn. 33). Es sei zwingend nötig, dass der Sohn eine eigenständige Stimme im Verfahren habe. Es stehe mit der Prüfung der gänzlichen Aufhebung des Besuchsrechts des Vaters eine Entscheidung an, die für die Entwicklung des Sohnes von eminenter Bedeutung sei (ibid., Rn. 35). Es bestehe eine grosse Gefahr, dass die Interessen des Sohnes aufgrund eines Interessenkonflikts nicht geeignet in das Verfahren eingebracht werden könnten, da die Beschwerdegegnerin nicht

11 / 23 in der Lage sei, dem Sohn ein neutrales Bild des Beschwerdeführers zu vermitteln (ibid., Rn. 36). Es sei nicht ausgewiesen, dass eine derart besondere Belastung vorliege, welche der Einsetzung einer Kindsvertreterin entgegenstehe (ibid., Rn 37). Der Beschwerdeführer ersuchte bereits im Verfahren vor der Vorinstanz um Einsetzung einer Kindsvertretung. Mit Replik vom 24. Februar 2022 stellte er den Antrag, dass für den Sohn eine Kindsvertreterin einzusetzen sei, welche insbesondere dessen Interesse an einer Öffnung der Mutter-Kind-Beziehung und angemessenem Verkehr zum andern Elternteil wahre und fördere. Er brachte vor, dass die Interessen seines Sohnes überhaupt nicht wahrgenommen würden. Da der Sohn unbestrittenermassen seinen Vater, den Beschwerdeführer, seit er sich erinnern könne, noch nie gesehen habe und sein Vaterbild vollumfänglich durch die Beschwerdegegnerin fremdbestimmt sei, könne er sich keinen freien Willen bilden, sondern gebe er allein die Meinung der Beschwerdegegnerin wieder (KESB act. 37, Rn. 21). Die Beiständin könne der Wahrung der Kindesinteressen keine Abhilfe schaffen (ibid., Rn. 22). Sie bestätige die einseitige Interessenwahrnehmung der Beschwerdegegnerin (ibid., Rn. 23). Deswegen sei dem Sohn eine anwaltliche Kindsvertretung zu bestellen (ibid., Rn. 24). 4.2.2. Im angefochtenen Entscheid hat die KESB Prättigau/Davos festgehalten, dass das Bundesgericht in Fragen wie der vorliegenden schon bei Kindern ab 10 Jahren Urteilsfähigkeit angenommen habe. Der elfjährige C._____ sei persönlich angehört worden und habe seine Meinung frei äussern können. Die Einsetzung einer Kindesvertretung würde an der Aussage des Kindes mutmasslich nichts ändern. Der Nutzen einer Verfahrensvertretung müsse der besonderen Belastung für das Kind entgegengestellt werden. Sie würde keine neuen Erkenntnisse zu Tage bringen und

hätte mit grosser Wahrscheinlichkeit keinen Einfluss auf die zu treffende Entscheidung (act. B.2 E. 2). In Ergänzung zum angefochtenen Entscheid hält die KESB Prättigau/Davos in ihrer Beschwerdeantwort vom 8. August 2022 den Vorbringen des Beschwerdeführers entgegen, dass es sich bei der Bestimmung in Art. 314abis ZGB um eine reine Prüfungspflicht handle, welcher die KESB nachgekommen sei (act. A.3, Rn. 15). Dass der Sohn keinen Kontakt zu seinem Vater wünsche, könne nicht als ein durch die Beschwerdegegnerin verursachter Interessenkonflikt ausgelegt werden. Die bekundete Ablehnung des persönlichen Kontakts zu seinem Vater sei daher offensichtlich Ausdruck seiner eigenen (fehlenden) Erfahrungen. Die KESB sei der Ansicht, dass C._____ seine Interessen adäquat einbringen und vertreten könne. Die Notwendigkeit einer Kindesvertretung werde daher weiterhin als nicht ge-

12 / 23 ben erachtet (ibid., Rn. 16). Denn die Einsetzung einer Kindesvertretung würde an der ausführlich erhobenen Konstanz und Stabilität, der Zielorientierung und Intensität des Kindeswillens nichts ändern (ibid., Rn. 17).

4.3.1. Der im Bereich des Kindesschutzes anwendbare Art. 314abis ZGB entspricht dem in eherechtlichen Verfahren zur Anwendung gelangenden Art. 299 ZPO. Beide Normen auferlegen der Behörde bzw. dem Gericht die Pflicht, ex officio zu prüfen, ob dem Kind als Vertretung in Form eines Beistands eine in fürsorglichen und rechtlichen Fragen erfahrene Person zur Seite zu stellen ist. Sowohl Art. 314abis Abs. 1 ZGB als auch Art. 299 Abs. 1 ZPO halten fest, dass die Behörde bzw. das Gericht wenn nötig eine Vertretung des Kindes anordnet. Gemäss Art. 314abis Abs. 2 ZGB prüft die Behörde bzw. das Gericht die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn die Unterbringung des Kindes Gegenstand des Verfahrens ist (Ziff. 1) oder wenn die Beteiligten bezüglich der Regelung der elterlichen Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen (Ziff. 2). Es besteht mithin eine Prüfpflicht. Der zur Kindesvertretung ernannte Beistand kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen (Art. 314abis Abs. 3 ZGB). Doch selbst in den Fällen von Art. 314abis Abs. 2 ZGB bzw. Art. 299 Abs. 2 ZPO hat die Behörde bzw. das Gericht nicht automatisch einen Kindesvertreter oder eine Kindesvertreterin zu bezeichnen, vielmehr handelt es sich um eine Möglichkeit, die im Ermessen der Behörde bzw. des Gerichts liegt (PKG 2017 Nr. 12 E. 3). Entsprechend hat die Behörde bzw. das Gericht nach pflichtgemäsem Ermessen über die Kindesvertretung zu entscheiden, sei es auf Antrag oder von Amtes wegen (BGer 5A_232/2016 v. 6.6.2016 E. 4; 5A_400/2015 v. 25.2.2016 E. 2.3, je mit Hinweisen).

4.3.2. Im vorliegenden Verfahren besteht eine Prüfpflicht im Sinne von Art. 314abis Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, liegen doch unterschiedliche Anträge der Eltern betreffend Fragen des persönlichen Verkehrs vor (vgl. act. A.1 und act. A.4). Die Vorinstanz ist dieser Prüfpflicht nachgekommen (vgl. act. B.1 E. 2 sowie KESB act. 42) und hat im Rahmen ihrer Ermessensausübung entschieden, dass der Antrag um Einsetzung einer Verfahrensvertretung abzuweisen sei, da keine Vertretung notwendig sei (ibid.). Mithin erachtet die Vorinstanz die Einsetzung einer Verfahrensvertretung als nicht angemessen.

4.4.1. Die Rüge der Unangemessenheit gemäss Art. 450a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (vgl. E. 2) ermöglicht es der gerichtlichen Beschwerdeinstanz, die Handhabung des Ermessens durch die Vorinstanz vollumfänglich zu überprüfen. Sie kann gegebenenfalls auch einfache Ermessensfehler, d.h. dem Einzelfall nicht genügend angepasste, unbefriedigende Entscheidungen, die nicht schlechthin unhaltbar und

13 / 23 deshalb nicht willkürlich sein müssen, korrigieren. Die gerichtliche Beschwerdeinstanz nimmt dabei eine Ermessenskontrolle innerhalb der rechtlichen Ermessensgrenzen

vor. Darunter fällt auch die Beurteilung der Zweckmässigkeit oder der Angemessenheit der angefochtenen Anordnung, d.h. die Angemessenheitskontrolle (Daniel Steck, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022, N 14 zu Art. 450a ZGB). Indessen dürfen sich bei der Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe auch die kantonalen Rechtsmittelinstanzen, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, zurückhalten (BGE 135 II 384 E. 3.4.2). So hat auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, in Ermessensfragen einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu re-spektieren. Wenn es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, kann den Rekursinstanzen zugebilligt werden, nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen, wobei das allerdings dort nicht gilt, wo von der Rekursinstanz verlangt werden kann, über vergleichbare Fachkenntnisse wie die Vorinstanz zu verfügen (BGE 133 II 35 E. 3). Vor dem Hintergrund der vorangegangenen Ausführungen ist es deshalb zulässig, dass die gerichtliche Beschwerdeinstanz bei der Ermessenskontrolle Zurückhaltung übt und ihr eigenes Ermessen "nicht ohne Not" an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzt (vgl. BGE 133 II 35 E. 3; Steck, a.a.O., N 19 zu Art. 450a ZGB).

4.4.2. Aus Gesagtem erhellt, dass sich das Kantonsgericht von Graubünden bei der Angemessenheitsprüfung von Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids aufgrund des spezifischen Fachwissens sowie der umfassenden Sachverhaltskenntnis der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde grundsätzlich in Zurückhaltung übt. Allerdings gilt das nicht unbeschränkt, ist es doch gerade Sinn und Zweck der Beschwerde gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, dass der Rechtsmittelinstanz volle Kognition zukommt und somit auch die Rüge der Unangemessenheit erhoben werden kann (vgl. Art. 450a Abs. 1 ZGB). Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, kommt die erkennende Kammer zum Ergebnis, dass die Abweisung des Antrags um Einsetzung einer Verfahrensvertretung durch die Vorinstanz unangemessen war und daher aufzuheben ist.

4.5.1. Eine Vertretung im Sinne von Art. 314abis ZGB ist im kindesschutzrechtlichen Kontext nötig, wenn die betroffene Person weder in der Lage ist, ihre Interessen selber wahrzunehmen, noch selber eine Vertretung zu bestellen (Peter Breitschmid, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I,

E. 4.7

Die KESB Prättigau/Davos hat somit gestützt auf Art. 314abis ZGB für C._____ eine Verfahrensbeistandschaft zu errichten und eine Beiständin oder ei-

E. 7

Aufl., Basel 2022, N 5, 7 zu Art. 314a/314abis ZGB). Urteilsfähigen Kindern wird 14 / 23 Parteistellung im Verfahren vor der Kindesschutzbehörde zugestanden. Wenn das urteilsfähige Kind für die Wahrnehmung seiner Interessen auf einen Beistand angewiesen ist, muss ihm eine unabhängige Verfahrensvertretung beigegeben werden. Urteilsunfähige Kinder können ihre Interessen dagegen nicht selbständig wahrnehmen und werden grundsätzlich von ihren Eltern vertreten (vgl. Art. 304 Abs. 1 ZGB). Sind die Eltern, insbesondere wegen Interessenkollision, nicht in der Lage die Interessen ihres Kindes adäquat wahrzunehmen, muss eine unabhängige Kindesvertretung eingesetzt werden. In den gesetzlich genannten Fallgruppen, in welchen eine Prüfungspflicht besteht, sollte nur ausnahmsweise auf die Anordnung einer Kindesvertretung verzichtet werden (vgl. Cottier,

a.a.O., N 4f. zu Art. 314abis ZGB; zum Ganzen PKG 2019 Nr. 6 E. 1.5.4). 4.5.2. Die Beurteilung der Notwendigkeit einer Kindesvertretung erfolgt nach einem objektiven Massstab in Würdigung der gesamten Umstände nach Recht und Billigkeit. Richtlinie bildet das Kindeswohl und in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Untersuchungsmaxime. Je nach Konstellation des Einzelfalls ist insbesondere bei besonders strittigen Fragen und bei sogenannter qualifizierter Kooperationsunfähigkeit die Anordnung der Kindesvertretung zu prüfen. Die Einsetzung einer Verfahrensvertretung findet ihre Grenzen dort, wo das urteilsfähige Kind sich ausdrücklich gegen eine Vertretung stellt und die gegenteilige Anordnung der Behörde bzw. des Gerichts eine unzulässige Vertretungsanmassung darstellen würde (Kurt Affolter-Fringeli/Urs Vogel, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Die elterliche Sorge/der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB, Bern 2016, N 23 f. zu Art. 314abis ZGB). 4.5.3. Die Kindesvertretung hat verschiedene Aspekte, welchen je nach Alter des Kindes und Situation des Einzelfalls unterschiedliche Gewichtung zukommt. Ein Teilgehalt besteht darin, dass die Vertretung den Willen des Kindes gegenüber der Behörde bzw. dem Gericht zum Ausdruck bringt (BGer 5A_400/2015 v. 25.2.2016 E. 2.3). Es ist Aufgabe der Kindesvertretung, das objektive Kindeswohl zu ermitteln und zu dessen Verwirklichung beizutragen; sie hat sich nicht an einem subjektiven Kindesinteresse auszurichten. Eine im eigentlichen Sinn anwaltliche, auf den subjektiven Standpunkt des Vertretenen fokussierte Tätigkeit ist nicht angezeigt (BGE 143 III 153 E. 5.2.1 und 5.2.2). 4.5.4. C._____ wurde im Rahmen der Anhörung vom 9. Februar 2022 weder gefragt, ob er sich eine Kindesvertretung wünsche, noch hat er sich gegen die Anordnung einer Kindesvertretung ausgesprochen. Deswegen kann nicht schon zum Vornherein davon ausgegangen werden – ohne die Frage der Urteilsfähigkeit zu

15 / 23 berücksichtigen bzw. eingehend zu prüfen –, dass sich C._____ gegen eine Vertretung stellen würde (vgl. vorstehend E. 4.5.2 in fine). 4.5.5. Aus der Beschwerde sowie den beigezogenen Akten des vorinstanzlichen Verfahrens erhellt, dass sich betreffend die Anordnung und die Ausübung des persönlichen Verkehrs die Anträge der Eltern diametral unterscheiden (vgl. dazu act. A.1 sowie KESB act. 37). So vertritt die Beschwerdegegnerin die Ansicht, dass der persönliche Verkehr mit dem Beschwerdeführer gänzlich aufgehoben gehöre (act. A.4). Der Beschwerdeführer hingegen ersucht darum, dass die bestehende Regelung betreffend persönlichen Verkehr aufrechterhalten, wenn nicht sogar ausgebaut werde (act. A.1, KESB act. 65 sowie act. 37). Die Abänderung des Besuchsrechts hätte zur Folge, dass der persönliche Verkehr zwischen dem Beschwerdeführer und C._____ derart eingeschränkt würde, dass ein persönliches Treffen vor Erreichen des 18. Lebensjahres von C._____ mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht (mehr) stattfinden könnte. Entsprechend bedeutet dies eine starke Einschränkung des persönlichen Verkehrs zu der aktuell geltenden Regelung. In Anbetracht des Umstandes, dass der persönliche Verkehr unter die Prüfpflicht nach Art. 314abis Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, ob eine Kindesvertretung einzusetzen ist, fällt und eine weitreichende Einschränkung der bestehenden Regelung zur Diskussion steht, erscheint die Ablehnung des beschwerdeführerischen Antrags durch die Vorinstanz als voreilig. 4.5.6. Im vorinstanzlichen Verfahren war zunächst strittig, ob C._____ urteilsfähig und in der Lage ist, sich einen eigenen Willen zu bilden und diesen Willen zu äussern. Die Vorinstanz hat die Urteilsfähigkeit im Grundsatz bejaht, indem sie im angefochtenen Entscheid feststellte, dass das Bundesgericht bereits bei Kindern ab zehn Jahren Urteilsfähigkeit angenommen habe und C._____ bei der Anhörung bereits elf Jahre alt gewesen sei. Auch wenn aus den Akten erhellt, dass C._____ ein besonders gefördertes Kind sei und seine Meinung klar und unmissverständlich äussern könne (act. B.1 E. 2

sowie KESB act. 41), so gilt es trotzdem zu berücksichtigen und in die Erwägungen miteinzubeziehen, dass er an Trisomie 21 leidet und seine geistige Entwicklung anders verläuft, auch wenn er in Anbetracht seines Geburtsgebrechens geistig sehr weit entwickelt zu sein scheint, wie das Kantonsgericht bereits mit Entscheid vom 27. Oktober 2015 festgehalten hat (vgl. dazu KGer GR ZK1 14 148 v. 27.10.2015 E. 5.11). Dennoch nimmt die Vorinstanz in ihrer Beurteilung, ob es einer Kindesvertretung bedarf, keinen Bezug auf die Beeinträchtigung von C._____. Gerade wenn das Alter und die Urteilsfähigkeit als massgebliches Argument dienen, um im vorliegenden Fall den Antrag um Anordnung einer Kindesvertretung abzuweisen, so hätte die Vorinstanz seine geistige

16 / 23 Behinderung im angefochtenen Entscheid zumindest diskutieren und darlegen müssen, inwiefern sich trotz dieser Einschränkung die Anordnung einer Kindesvertretung nicht aufdrängt. Dies irritiert insofern, als die Vorinstanz selbst im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens diese Frage aufgeworfen hat: Die Beiständin hat in ihrem Antrag auf Überprüfung der bestehenden Kindeschutzmassnahme vom

E. 8

Juni 2021 angegeben, als C._____ nota bene noch zehn Jahre alt war, dass der Entscheid C._____ direkt zugestellt werden könne (KESB act. 79). Sie ging folglich von dessen Urteilsfähigkeit aus. Die Vorinstanz hat aber anlässlich einer Sitzung vom 15. Juni 2021, als der Antrag der Beiständin diskutiert wurde, explizit festgehalten, dass sie es eigenartig finde, dass die Beiständin es für angemessen erachte, wenn C._____, welcher damals noch zehnjährig war, der Entscheid der KESB Prättigau/Davos direkt zugestellt werden könne. Es sei fragwürdig, warum ein Kind den Entscheid direkt erhalten solle, wenn es emotional sehr aufgewühlt zu sein scheine, ablehnend gegenüber dem Beschwerdeführer und aufgrund seiner geistigen Einschränkung vermutlich noch mehr Erklärungen brauche als andere zehnjährige Kinder. Zudem wurde C._____ im Rahmen dieser Sitzung als «eingeschränkt urteilsfähig» erachtet (KESB act. 78). Entsprechend ist die erkennende Kammer der Ansicht, dass das Alter von C._____ und seinen im Rahmen der Anhörung hinterlassenen Eindruck (vgl. KESB act. 41) nicht genügen, um die Notwendigkeit einer Kindesvertretung zu verneinen. 4.5.7. Schliesslich gilt darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz zunächst eine Kindesvertretung anordnen wollte (KESB act. 35), die Beschwerdegegnerin sich aber dagegen ausgesprochen hatte (vgl. KESB act. 30) und die Vorinstanz letztlich mit Entscheid vom 7. Juni 2022 dem Antrag der Beschwerdegegnerin gefolgt ist (act. B.2, Dispositiv-Ziff. 2). An diesem Vorgang gilt es grundsätzlich nichts auszusetzen. Erwähnenswert ist, dass die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin explizit von den Folgen der fehlenden Kindesvertretung gewarnt hat. Das verfahrensleitende Mitglied der KESB Prättigau/Davos hat die Beschwerdegegnerin am

E. 12

April 2022 – mithin rund zwei Monate nach der Anhörung von C._____ – telefonisch kontaktiert und ihr mitgeteilt, dass der Rechtsbeistand des Beschwerdeführers den Antrag gestellt habe, dass eine Kindesvertretung einzusetzen sei. Weiter hat es ausgeführt, dass ein wichtiger Grund vorliegen müsse, um im vorliegenden Verfahren eine Kindesvertretung abzulehnen. Es könnte konstruiert werden, dass die Beiständin nicht neutral sei, weil sie eher auf der Seite der Mutter und des Kindes sei. Dann könnte es zu einem Beschwerdeverfahren vor Gericht kommen, welches die Beschwerde gutheisse, das Verfahren zurückweise und nach Einsetzung der Kindesvertretung neu entschieden werden

müsse. Deshalb sei die zuständige Kollegialbehörde zum Schluss gekommen, dass vorgängig die

E. 17

/ 23 Kindesvertretung angeordnet und dann materiell entschieden werde. Die Beschwerdegegnerin hielt dem entgegen, dass der Sohn sich seine eigene Meinung bilden könne und offen seine Meinung anlässlich der Anhörung vom 9. Februar 2022 kundgetan habe. Eine weitere Person bringe nichts ausser Belastung und sie habe genug. Der Beschwerdeführer habe nie Alimente bezahlt und sich nicht um den gemeinsamen Sohn gekümmert. Er habe kein echtes Interesse am Sohn. Zudem hätten sich bei ihr aufgrund der zahlreichen Verfahren Schulden angehäuft (zum Ganzen KESB act. 35). 4.5.8. Aus den Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorinstanz ihrer Prüfpflicht nach Art. 314abis Abs. 2 ZGB zwar nachgekommen ist, sich aber primär dem Willen der Beschwerdegegnerin gebeugt und nicht eine unabhängige Prüfung, ob eine Kindesvertretung notwendig ist, vorgenommen hat. Dies zeigt sich insbesondere in der Aussage des verfahrensleitenden Mitglieds der Vorinstanz anlässlich des Telefonats mit der Beschwerdegegnerin vom 12. April 2022, dass die Vorinstanz bereits beschlossen habe, eine Kindesvertretung einzusetzen, aufgrund des Gesprächs mit der Beschwerdegegnerin dann aber im Entscheid den entsprechenden beschwerdeführerischen Antrag abgewiesen und diesen Entscheid namentlich mit der Anhörung vom 9. Februar 2022 begründet hat, welche aber nota bene zwei Monate vor dem besagten Telefonat stattgefunden hat. Die Anhörung vom 9. Februar 2022 mag der Vorinstanz als Argument gedient haben, den Antrag des Beschwerdeführers abzuweisen, hat doch C._____ den Eindruck erweckt, dass er sich eine eigene Meinung gebildet hatte und diese kundzutun in der Lage war (KESB act. 41). Indem sie sich aber offensichtlich im Anschluss doch für eine Kindesvertretung ausgesprochen hat, im angefochtenen Entscheid ihre Meinung aber wieder geändert hat, verstrickt sich die Vorinstanz in Widersprüche. Insofern sieht sich die erkennende Kammer bestätigt, dass die Abweisung des Antrags um Anordnung einer Kindesvertretung unangemessen war und aufgehoben werden muss. 4.6.1. Gestützt auf das eben Gesagte wäre es grundsätzlich angezeigt gewesen, C._____ eine Kindesvertretung zur Seite zu stellen. Es gilt allerdings zu prüfen, ob mit der Beiständin im vorliegenden Fall bereits eine Unterstützung vorhanden ist, welche im vorliegenden und auch im vorinstanzlichen Verfahren die Anordnung einer Kindesvertretung entbehrlich machte. 4.6.2. Die Beistandsperson selbst kann die Kindesvertretung nicht wahrnehmen, da die Vertretung "unabhängig" sein muss und dies bei der Beistandsperson nicht gewährleistet ist (vgl. Michelle Cottier, in: Bächler et al. [Hrsg.], Fam-Kommentar Erwachsenenschutz, Bern 2013, N 7f. zu Art. 314a ZGB; Luca Maranta, in: Kost-

E. 18

/ 23 kiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser [Hrsg.], OKF Kommentar ZGB, 4. Aufl., Zürich 2021, N 5 zu Art. 308 ZGB). Dass bereits eine Erziehungs- und/oder Besuchsrechtsbeistandschaft besteht, ist für die Frage, ob zusätzlich noch eine Vertretung des Kindes im Sinne von Art. 314abis ZGB anzuordnen ist, nicht relevant (vgl. bspw. OGer ZH PQ210048 v. 4.8.2021 E. 1.1). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat aber festgehalten, dass unter Umständen auf eine Kindesvertretung verzichtet werden kann, wenn bereits eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 ZGB besteht: Gemäss Bundesgericht ist die Kindesvertretung grundsätzlich nur notwendig, wenn sie dem Gericht effektiv zusätzliche Unterstützung und Entscheidungshilfen bieten könnte bei der Frage, ob im

jeweiligen Einzelfall das Kindeswohl eine bestimmte Regelung oder Massnahme (Sorgerecht, Obhut oder persönlicher Verkehr) erfordert oder einer solchen entgegensteht. Besteht beispielsweise eine Beistandschaft nach Art. 308 ZGB und liefert der Beistand dem Gericht ein umfassendes, elternunabhängiges und neutrales Bild von der konkreten Situation (örtlich, häuslich, schulisch, Interaktion zwischen Kind und Eltern sowie Geschwistern etc.), bedarf es keiner Verdoppelung der Informationsquelle und entsprechend keines diesbezüglichen Beitrages der Kindesvertretung (BGE 142 III 153 E. 5.1.2). Ferner gilt zu beachten, dass zu viele Beteiligte ein Verfahren auch komplizieren und die Kommunikation in ihrer Unmittelbarkeit beeinträchtigen können. Die Substanz kindesschutzrechtlicher Anordnungen liegt oft weniger in der formalen Phase der Entscheidungsfindung bezüglich einer konkreten Anordnung als in der weiteren Begleitung im Alltag durch einen geeigneten Beistand. Das kann im Einzelfall in der Abwägung dazu führen, die letztlich beschränkten Ressourcen stärker auf die kindeswohlgerechte Führung des beistandschaftlichen Mandats als in eine vorab rechtlich-verfahrensmässige Unterstützung zu investieren (RBOG 2016 Nr. 7 E. 2.b.bb).

4.6.3. Der Beschwerdeführer rügte bereits im Verfahren vor der Vorinstanz, dass die Beiständin einem Interessenkonflikt ausgesetzt sei und deswegen keine Abhilfe bringe. Sie übernehme die Wut und Weigerung des Sohnes, den Beschwerdeführer zu sehen, ohne kritische Hinterfragung. Sie führe lediglich aus, dass der Sohn urteilsfähig sei, weshalb seine Wut gegenüber dem Beschwerdeführer zu beachten und deshalb das Besuchsrecht zu beenden sei. Es bestehe eine unvermeidliche Nähe der Beiständin zur Beschwerdegegnerin, den Beschwerdeführer habe sie aber lediglich zwei Mal kurz gesehen. Zudem habe sie zumindest den Anschein der Befangenheit erweckt, als sie auf Veranlassung der Beschwerdegegnerin die Namensänderung von C._____ veranlasst habe, obwohl sie dazu nicht ermächtigt gewesen sei. Es bestehe eine einseitige Interessenwahrnehmung (KESB act. 37, Rn. 14 ff.).

E. 19

/ 23 4.6.4. Da das Kind selbst Parteistellung im Verfahren hat, hätte die Beiständin – da bekanntlich keine Kindesvertretung angeordnet wurde – namens des Kindes zu den Anträgen des Vaters, den persönlichen Verkehr nicht einzuschränken und die Beistandsperson zu wechseln, Stellung nehmen müssen. Die Beiständin ist von letzterem Antrag selbst betroffen, würde sie doch bei Gutheissung ihres Mandates als Beistandsperson von C._____ enthoben. Entsprechend steht sie in einem Interessenkonflikt, zumindest was diesen Antrag angeht, und kann nicht unbefangene beziehungsweise ohne den Anschein der Befangenheit beurteilen, welche Massnahme bzw. welche Änderung des Besuchsrechts im Kindeswohl angemessen ist. Es ist aus der Prozessgeschichte zu schliessen, dass die Beiständin der KESB Prättigau/Davos sowie dem angerufenen Gericht nicht die Entscheidungshilfe bieten kann, welche sie in ihrer Funktion und mangels Kindesvertretung sollte.

4.6.5. Ferner gilt zu beachten, dass der Antrag der Beiständin vom 8. Juni 2021 (KESB act. 79) sowie ihr Nachtrag vom 22. Juni 2021 (KESB act. 76), welcher von der KESB Prättigau/Davos angefordert wurde (KESB act. 77), sehr kurz gehalten sind und sich zu den betroffenen Interessen des Kindes, zu den Folgen für C._____ und insgesamt zum Kindeswohl nur sehr knapp äussern. Dies hat auch bereits die KESB Prättigau/Davos anlässlich ihrer Sitzung vom 7. Oktober 2021 festgestellt und im Protokoll festgehalten, dass die Beiständin einen Antrag eingereicht habe im Interesse von C._____, diesen aber weder begründet noch aufgezeigt habe, wie im Interesse des Kindes die Massnahme angepasst werden müsste, welche Möglichkeiten sie schon ausprobiert habe, wie oft sie mit C._____ gesprochen habe usw. Dies führe dazu, dass ihr ursprünglich

zu Gunsten des Kindes eingereichter Antrag sich so schlecht darstelle, dass er vom Rechtsbeistand des Beschwerdeführers zu dessen Gunsten interpretiert werden könne (KESB act. 64). Unter diesen Umständen hat die Beiständin kein umfassendes, elternunabhängiges und neutrales Bild von der konkreten Situation wie es die höchststrichterliche Rechtsprechung erfordert (vgl. vorstehend E. 4.6.2) geliefert, womit die Beiständin im vorliegenden Fall eine Kindesvertretung nicht zu ersetzen vermag. 4.6.6. Schliesslich gilt zu berücksichtigen, dass die Beiständin selbst im Rahmen ihrer Stellungnahme im Verfahren vor der Vorinstanz vom 18. Oktober 2021 empfohlen hat, für C._____ einen Rechtsbeistand für das Verfahren vor der KESB zu ernennen, damit seine Interessen angemessen vertreten werden können. Dies sei im Rahmen der bestehenden Beistandschaft nicht in der Kompetenz und im Auftrag der Beiständin (KESB act. 60).

E. 20

/ 23 nen Beistand zu ernennen. Dieser kommt die Aufgabe zu, C._____ im vorinstanzlichen Verfahren zu vertreten, namentlich ihn persönlich anzuhören und die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den verfahrensauslösenden Anträgen der Beiständin betreffend die Einschränkung des persönlichen Verkehrs zum Beschwerdeführer auf Erinnerungskontakte wahrzunehmen sowie sich allfällig zum Antrag des Beschwerdeführers auf den Wechsel der Beistandsperson zu äussern. Entsprechend ist vorliegend auf eine Prüfung, ob die Dispositiv-Ziff. 1, 3, 4 und 5 des angefochtenen Entscheids aufzuheben sind, zu verzichten. 5. Fazit Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich der angefochtene Entscheid als unangemessen erweist, aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Die KESB Prättigau/Davos ist anzuweisen, für das Verfahren eine Vertretung des Kindes nach Art. 314abis ZGB zu bestellen. 6. Kosten und Entschädigung 6.1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gestützt auf Art. 10 Abs. 1 VGZ (BR 320.210) auf CHF 1'500.00 festgesetzt. Bei diesem Verfahrensausgang würden diese grundsätzlich zu Lasten der Beschwerdegegnerin gehen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 60 Abs. 5 EGzZGB). Angesichts der knappen Einkommens- und Vermögensverhältnisse, welche im Verfahren vor der KESB Prättigau/Davos festgestellt worden sind (vgl. KESB act. 67), erscheint die Auferlegung von Verfahrenskosten von CHF 1'500.00 allerdings nicht als zumutbar. In Anwendung von Art. 63 Abs. 3 EGzZGB wird daher für das Beschwerdeverfahren auf eine Kostenaufgabe verzichtet. Damit verbleiben die Verfahrenskosten beim Kanton Graubünden. 6.2. In Bezug auf die aussergerichtliche Entschädigung zu Gunsten des Beschwerdeführers ist das Nachstehende festzustellen: Weder das ZGB noch die subsidiär zur Anwendung gelangenden Bestimmungen des EGzZGB bzw. der KESV (BR 215.010) enthalten Regelungen betreffend die Parteientschädigung vor der Beschwerdeinstanz. Daher gelangen die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung sinngemäss zur Anwendung (Art. 450f ZGB und Art. 60 Abs. 5 EGzZGB; vgl. auch Art. 63 Abs. 5 EGzZGB). Infolge ihres Unterliegens im Beschwerdeverfahren hat die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer grundsätzlich aussergerichtlich zu entschädigen (vgl. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Unentgeltliche Rechtspflege hat die Beschwerdegegnerin nicht beantragt.

E. 21

/ 23 6.3. Mit Verfügung des Vorsitzenden der I. Zivilkammer vom heutigen Tag wurde das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren vor dem Kantonsgericht von Graubünden (ZK1 22 107) gutgeheissen und Rechtsanwalt Dr. iur. Simon Gubler als unentgeltlicher Rechtsvertreter

eingesetzt. Vorliegend muss 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 ist (Art. 122 Abs. 2 Satz 1 ZPO; Frank Emel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 11 zu Art. 122 ZPO). 6.4. Die von der Gegenpartei geschuldete Parteientschädigung ist nach den tariflichen Ansätzen zu bemessen, die für frei gewählte Anwaltsmandate gelten. Der Beschwerdeführer hat zwar eine Vollmacht, aber keine Honorarvereinbarung ins Recht gelegt (vgl. act. B.1). Zudem hat der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren keine Honorarnote eingereicht, weshalb die I. Zivilkammer des Kantonsgerichts die ausseramtliche Entschädigung nach pflichtgemäßem Ermessen festsetzt. Obsiegt eine unentgeltlich vertretene Partei, wäre es willkürlich, die Parteientschädigungsforderung nach den für die staatliche Entschädigung geltenden Tarifregeln zu kürzen (BGE 140 III 167 E. 2.2; 121 I 113 E. 3d). Ausgehend vom üblichen mittleren Stundenansatz gemäss kantonaler Honorarverordnung von CHF 240.00 (Art. 3 HV; BR 310.250) sowie angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen und unter Berücksichtigung der eingereichten Rechtsschriften erscheint der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts angemessen, den Aufwand auf acht Stunden zu schätzen. Die aussergerichtliche Entschädigung wird daher auf CHF 2'129.90 (bestehend aus 8 Stunden à CHF 240.00, zzgl. 3% Barauslagen in Höhe von CHF 57.60 und 7.7% MwSt. in Höhe von CHF 152.30) festgelegt. 6.5. Wie vorstehend in E. 6.1 dargelegt, verfügt die Beschwerdegegnerin nicht über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, um die aussergerichtliche Entschädigung an den Beschwerdeführer zu entrichten. Die Parteientschädigung ist mit anderen Worten uneinbringlich. Entsprechend greift der subsidiäre Entschädigungsanspruch des unentgeltlichen Rechtsbeistands Dr. iur. Simon Gubler gegenüber dem Kanton. Die Höhe dieses Entschädigungsanspruchs entspricht der Höhe nach aber nicht der uneinbringlichen Parteientschädigung. Es besteht lediglich ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung i.S.v. Art. 122 Abs. 1

E. 22

/ 23 lit. a ZPO. Die im kantonalen Tarifrecht vorgesehenen Bemessungsregeln sind hierbei anwendbar. Ausgehend von einem geschätzten Stundenaufwand von 8 Stunden zum reduzierten Ansatz von CHF 200.00 zzgl. 3% Barauslagen in Höhe von CHF 48.00 und 7.7% MwSt. in Höhe von CHF 126.90 ergibt sich eine durch den Kanton zu leistende uneinbringliche Prozessentschädigung im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO in Höhe von total CHF 1'774.90. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf die Parteientschädigung in entsprechendem Umfang auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

E. 23

/ 23