

# GR\_GERICHTE ZK1 2024 12 vom 4. März 2024

GR Gerichte, 2024-03-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2024\\_12](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2024_12)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2024 12 du 4 mars 2024

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2024 12 del 4 marzo 2024

## Regeste

Anordnung einer Begutachtung | Beschwerde Prozessrecht (ZPO 319, ohne die Endentscheide)

## Erwägungen

### E. 1

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO. Eine solche kann – mangels einer gesetzlichen Beschwerdemöglichkeit gemäss Ziffer 1 der Bestimmung – mittels Beschwerde nur angefochten werden, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziffer 2 ZPO). Gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO gilt für das Einreichen der Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO eine zehntägige Frist.

### E. 1.1

Die vorliegend angefochtene prozessleitende Verfügung des Regionalgerichts Plessur erging am 5. Januar 2024 und wurde von der Beschwerdeführerin am 8. Januar 2024 in Empfang genommen. Mit ihrer Eingabe vom 18. Januar 2024 ist die zehntägige Beschwerdefrist grundsätzlich gewahrt (vgl. dazu sogleich E. 1.2).

### E. 1.2

Im konkreten Fall geht es um die Anordnung einer Begutachtung der Kinder D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ betreffend Ausgestaltung bzw. Aufbau des Besuchsrechts zum Vater. Der Beschwerdegegner macht geltend, die Beschwerdeführerin verkenne, dass die Erstellung des Gutachtens nicht mit Verfügung vom 5. Januar 2024, sondern bereits mit Verfügung vom 18. Dezember 2023 angeordnet worden sei. Die Beschwerde vom 18. Januar 2024 sei daher hinsichtlich der Anfechtung der Anordnung einer Begutachtung der Kinder verspätet erfolgt, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Die Anordnung eines Gutachtens und die Bestellung der sachverständigen Person erfolgt mittels Beweisverfügung durch das Gericht. Wie den Akten entnommen werden kann, informierte der Regionalgerichtspräsident Plessur die Parteien mit Schreiben vom 27. November 2023 darüber, dass sich aus seiner Sicht ein Gutachten betreffend Ausgestaltung bzw. Aufbau des Besuchsrechts zwingend aufdränge. Gleichzeitig räumte er den Parteien die Möglichkeit ein, "dazu und zum 8 / 17 Thema, wer das Gutachten erstellen soll", Stellung zu nehmen. Somit steht fest, dass zu jenem Zeitpunkt noch kein verbindlicher Entscheid darüber, ob dem Beweisantrag des Beschwerdegegners stattgegeben und ein Gutachten angeordnet wird, vorlag. Andernfalls wären die Parteien nicht aufgefordert worden, sich auch zur Frage, ob sich die Einholung eines Gutachtens aufdränge, vernehmen zu lassen. Am 18. Dezember 2023 stellte der Regionalgerichtspräsident den Parteien die jeweilige Eingabe der Gegenseite zur

Kenntnisnahme zu. In seinem Begleitschreiben fügte er zudem an, dass Frau Dr. F. \_\_\_\_\_ von der KJPD G. \_\_\_\_\_ den Gutachtensauftrag übernehmen werde. Weitere Informationen zum konkreten Gegenstand des Gutachtens, zum Ablauf der Begutachtung, zum zeitlichen Rahmen etc. enthielt das besagte Schreiben nicht. Dieses war denn auch nicht als Beweisverfügung ausgestaltet oder als solche bezeichnet worden. Daher durfte die Beschwerdeführerin darauf vertrauen, dass weitere präzisierende Angaben folgen würden, zumal eine Beurteilung, ob durch die Erstellung eines solchen Gutachtens das Kindeswohl gefährdet würde, allein gestützt auf die erhaltenen Angaben nicht möglich war. Erst aufgrund der Verfügung vom 5. Januar 2024, in welcher neben der Einsetzung der Kindesvertreterin auch die weitere Vorgehensweise hinsichtlich der Begutachtung thematisiert und insbesondere darauf hingewiesen wurde, dass die Gutachterfragen den Parteien nicht vorgängig zur Stellungnahme zugeestellt würden (Ziff. 6), musste die Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass keine weitere, unter den Voraussetzungen von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO anfechtbare Beweisverfügung ergehen würde. Demzufolge erweist sich das Anfechtungsobjekt als zulässig und die dagegen erhobene Beschwerde als rechtzeitig.

### **E. 1.3**

Mit der angefochtenen Verfügung vom 5. Januar 2024 wurde für die Kinder eine Kindesvertreterin eingesetzt. Es stellt sich daher die Frage, ob unter diesen Umständen die Kindsmutter dennoch berechtigt war, in eigenem Namen die Interessen der Kinder (sog. Prozessstandschaft) geltend zu machen und Beschwerde zu erheben. Beim betroffenen Hauptverfahren handelt es sich um ein Eheschutzverfahren, welches unter anderem die Regelung des persönlichen Verkehrs zum Gegenstand hat. Mit anderen Worten geht es um ein Verfahren, in welchem die Kinderbelange nicht als selbständige Klagen, sondern annexweise im eherechtlichen Verfahren geführt werden. In solchen Verfahren hat das Kind gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts eine prozessuale Stellung eigener Art (vgl. BGE 142 III 153 E. 5.2.2). Die Eltern stellen in diesen Verfahren zwar in eigenem Namen Anträge in Kinderbelangen, das Kind selbst ist aber gemäss Bundesgericht weder Nebenpartei noch Gegenpartei und wird nur in formeller, nicht aber materieller Hinsicht

9 / 17 als Partei begriffen. Diese prozessuale Stellung eigener Art kommt dem Kind als unmittelbar betroffene Person grundsätzlich unabhängig davon zu, ob eine Kindesvertretung bestellt wurde oder nicht. Die Kindesvertretung kann wie jede Prozessvertretung grundsätzlich keine Rechte wahrnehmen, die dem Kind selbst nicht zustehen. Mit ihrer Einsetzung erhält sie die Ermächtigung, die dem Kind zustehenden Befugnisse in einem Verfahren, in welchem dieses weder Kläger noch Beklagter ist, im Umfang von Art. 300 ZPO – und somit auch bei wichtigen Fragen des persönlichen Verkehrs (siehe Art. 300 lit. b ZPO) – prozessual durchzusetzen (vgl. zum Ganzen Margot Michel/Daniel Steck in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2017, N 5 zu Art. 300 ZPO m.w.H.). Damit ist auch gesagt, dass die Beschwerdeführerin trotz eingesetzter Kindesvertreterin weiterhin berechtigt war, gegen die Verfügung vom 5. Januar 2024 in eigenem Namen Beschwerde zu erheben.

### **E. 1.4**

Da das Gesetz die Beschwerde gegen eine Beweisverfügung nicht ausdrücklich vorsieht und diese daher lediglich gestützt auf Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO angefochten werden kann,

gilt es im Folgenden als Eintretensvoraussetzung zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin durch die Beweisverfügung auch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Die Beweislast für das Drohen eines Nachteils nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO trägt die beschwerdeführende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (vgl. KGer GR ZK1 18 147 v. 13.11.2018 E. 1.1 f. m.w.H.). Fehlt es an der Rechtsmittelvoraussetzung des Drohens eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

#### **E. 1.4.1**

Beim Erfordernis des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss. Als nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (rechtlicher Natur) hat jedenfalls ein solcher zu gelten, der auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Nach der Rechtsprechung des Kantonsgerichts sollen neben Nachteilen rechtlicher Natur unter Umständen auch solche rein tatsächlicher Natur von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO erfasst werden können. Voraussetzung ist indessen, dass die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird (statt vieler KGer GR ZK2 18 10 v. 21.03.2018 E. 2.2 m.w.H.). Was die Anfechtung einer Beweisverfügung betrifft, ist zu bemerken, dass damit grundsätzlich bis zum Endentscheid der betref-

10 / 17 fenden Instanz zuzuwarten ist, worauf die Verfügung im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids von der Rechtsmittelinstanz geprüft werden kann (Dieter Freiburghaus/Susanne Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 13 f. zu Art. 319 ZPO). Eine solche Vorgehensweise drängt sich nicht zuletzt aus der Überlegung auf, dass mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid für gewöhnlich erreicht werden kann, dass ein zu Unrecht verweigerter Beweis abgenommen oder ein zu Unrecht erhobener Beweis aus den Akten gewiesen wird (vgl. BGer 4A\_697/2016 v. 14.03.2017 E. 1.4 mit Hinweis auf BGE 141 III 81 E. 1.2). Bei Anordnung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Einzelfall ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil gegeben sein, zumal damit unwiderruflich in das Grundrecht der persönlichen Freiheit eingegriffen wird und eine wiederholte Begutachtung von Kindern nach Möglichkeit zu vermeiden ist (vgl. BGer 5A\_211/2014 v. 14.07.2014 E. 1 und 5A\_320/2014 v. 23.07.2014 E. 1.3 m.w.H.; vgl. auch BGer 5A\_87/2019 v. 26.03.2019 E. 1.2).

#### **E. 1.4.2**

Im konkreten Fall begründet die Beschwerdeführerin den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil mit der Gefährdung des Kindeswohls. Aus den Akten gehe hervor, dass der Beschwerdegegner während des Zusammenlebens über viele Jahre Gewalt ihr gegenüber angewendet habe. Aufgrund dieser Gewalterlebnisse mit ihrem Vater würden die beiden Kinder D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nach wie vor unter einer posttraumatischen Belastungsstörung leiden, was aus den Fachberichten der Psychotherapeuten klar hervorgehe. Beide Therapeuten hätten in ihren Berichten zuhanden des Regionalgerichts Plessur vom 23. bzw. 28. Februar 2023 ausdrücklich festgehalten,

dass ein Kontakt der Kinder mit ihrem Vater bis auf weiteres als nicht förderlich beurteilt werde. Gleiches sei als Ergebnis des runden Tisches vom 23. August 2023, an welchem auch der Therapeut des Beschwerdegegners teilgenommen habe, hervorgegangen. Aus den dortigen Ausführungen folge, dass bereits die Erstellung eines Gutachtens und die damit verbundene Konfrontation mit den Gewaltvorfällen des Kindsvaters gegenüber der Mutter aufgrund der posttraumatischen Belastungsstörung sehr belastend für die Kinder und damit nicht mit deren Wohl vereinbar wäre. Aufgrund der massiven Gewaltvorfälle gegenüber der Beschwerdeführerin sei der Beschwerdegegner mit Strafurteil des Regionalgerichts Plessur vom 26. Oktober 2023 mehrfacher Delikte schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten sowie einer Geldstrafe und einer Busse bestraft worden. Auch wenn der Beschwerdegegner gegen dieses Urteil Berufung erklärt habe, stehe fest, dass er gegenüber seiner Ehefrau und auch im Beisein der Kinder massivste körperliche und psychische

11 / 17 Gewalt angewendet habe. Durch die angeordnete Begutachtung zum jetzigen Zeitpunkt würden sowohl D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ wie auch die Beschwerdeführerin einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil erleiden. Für die Beschwerdeführerin, welche durch die jahrelange psychische und physische Gewalterfahrung durch den Beschwerdegegner an einer Traumafolgestörung leide und ebenfalls in psychotherapeutischer Behandlung sei, wäre die Belastung und Retraumatisierung der Kinder infolge der Begutachtung ebenfalls eine grosse psychische Belastung.

### **E. 1.4.3**

Wie bereits dargelegt, kann die Anordnung, sich einer psychiatrischen Begutachtung unterziehen zu müssen, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil darstellen, da in das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) unwiderruflich eingegriffen wird (vgl. BGer 5A\_211/2014 v. 14.07.2014 E. 1). Bei einer unverhältnismässigen Persönlichkeitsverletzung ist der entstandene Nachteil irreversibel und als nicht leicht wiedergutzumachend zu werten. Wie den Akten entnommen werden kann, leiden beide Kinder an einer ausgeprägten posttraumatischen Belastungsstörung infolge häuslicher Gewalt des Vaters gegenüber der Mutter (vgl. dazu RG act. VIII/1/1.12 und RG act. VIII/2/2.1 - 2.3). Beide Kinder befinden sich seit längerem in therapeutischer Behandlung. Diese hat zum Ziel, eine emotionale Stabilisierung der Kinder zu erreichen und die traumatischen Erlebnisse aus der Vergangenheit aufzuarbeiten. Es muss davon ausgegangen werden, dass diese Behandlung aufgrund der Schwere des Störungsbildes viel Zeit in Anspruch nehmen wird (vgl. dazu RG act. VIII/1/1.12). Würden die Kinder nun in Zusammenhang mit der Ausgestaltung und dem Aufbau des Besuchsrechts zum Vater ausserhalb ihres vertrauten Umfelds von ihnen fremden Personen unkontrolliert mit angsteinflössenden Vorfällen konfrontiert, würde dies eine immense Belastung für sie darstellen und könnte die bislang erzielten Therapieerfolge und ihren Gesundheitszustand gefährden. Eine solche Auswirkung könnte auch mit einem für die Beschwerdeführerin günstigen Endentscheid nicht mehr korrigiert werden. Das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils durch die Anordnung einer psychiatrischen Begutachtung der Kinder ist damit zu bejahen.

### **E. 1.5**

Zusammenfassend kann im Sinne eines Zwischenergebnisses festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin legitimiert war, die prozessleitende Verfügung vom 5. Januar 2024 in

eigenem Namen anzufechten. Die Eingabe erfolgte fristgemäss und es liegt ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von 319 lit. b Ziff. 2 ZPO vor, indem im konkreten Fall eine psychiatrische Begutachtung der Kinder und Konfrontation mit den Vorkommnissen der Vergangenheit

12 / 17 ihr Wohl gefährden und ihren Gesundheitszustand verschlechtern könnte. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

## **E. 2**

Die Beschwerdeführerin reichte mit ihrer Eingabe vom 18. Januar 2024 zwei neue Beweismittel zu den Akten. Es handelt sich dabei um ein Schreiben der Psychotherapeutin der Tochter D. \_\_\_\_\_ vom 15. Januar 2024 sowie um ein Schreiben des Psychotherapeuten des Sohnes C. \_\_\_\_\_ vom 16. Januar 2024. Beide Schreiben haben die fachliche Einschätzung der Auswirkungen einer Begutachtung auf die beiden Kinder zum Gegenstand.

### **E. 2.1**

Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es gilt mithin – unter Vorbehalt besonderer, im vorliegenden Fall nicht einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen (Art. 326 Abs. 2 ZPO) – ein umfassendes Novenverbot. Dies, weil die Beschwerde grundsätzlich nur der Rechtskontrolle dient und nicht den Zweck hat, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Der Novenausschluss gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterliegen (vgl. BGer 5A\_405/2011 v. 27.09.2011 E. 4.5.3 mit Hinweis auf die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7379). Echte Noven müssen in der Beschwerde aber zumindest soweit vorgebracht werden können, als erst der Entscheidung der Vorinstanz dazu beigetragen hat (Karl Spühler in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), a.a.O., N 1 zu Art. 326 ZPO).

### **E. 2.2**

Im konkreten Fall stellte die Vorinstanz mit Schreiben vom 27. November 2023 die Einholung eines Gutachtens betreffend Ausgestaltung bzw. Aufbau des Besuchsrechts in Aussicht. Gleichzeitig räumte sie den Parteien die Möglichkeit ein, dazu Stellung zu nehmen. Die Frage nach einer Begutachtung der Kinder wurde damit nicht erst mit der angefochtenen Verfügung aufgeworfen, sondern stand bereits vorher im Raum. Der Beschwerdeführerin wäre es daher möglich gewesen, die Berichte der beiden Therapeuten bereits zu diesem Zeitpunkt einzuholen und im vorinstanzlichen Verfahren einzureichen. Somit sind die erst mit der Beschwerde vorgebrachten (echten) Noven gemäss den vorstehenden Ausführungen nicht zulässig und damit im Beschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen.

## **E. 3**

In materieller Hinsicht gilt es vorliegend zu prüfen, ob die Anordnung des Gutachtens durch die Vorinstanz zu schützen ist oder dadurch – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – das Kindeswohl gefährdet würde. Dabei ist aber zunächst auf die Rolle der Kindesvertreterin näher einzugehen.

### **E. 3.1**

Im Sinne einer Generalklausel verlangt Art. 299 Abs. 1 ZPO die Anordnung einer Vertretung der Kinder, wenn eine solche nötig ist. Die Notwendigkeit der Anordnung einer Vertretung der Kinder wird vor allem vermutet, wenn die Eltern unterschiedliche Anträge hinsichtlich Obhut, elterliche Sorge und/oder wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs stellen (Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO). Der Regionalgerichtspräsident Plessur qualifizierte diese Voraussetzung vorliegend als erfüllt, zumal er mit Verfügung vom 20. Dezember 2023 für die Kinder D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ eine Kindesvertretung gemäss Art. 299 ZPO mit den Kompetenzen gemäss Art. 300 ZPO anordnete und mit Verfügung vom 5. Januar 2024 Rechtsanwältin Dr. iur. Silvia Däppen als Vertreterin der Kinder einsetzte. Dadurch erhielt diese gestützt auf Art. 300 ZPO die Möglichkeit, sich zu den in ihre Kompetenzen fallenden Kinderbelangen zu äussern. Darunter fällt zweifellos auch die Frage, ob sich die Anordnung einer Begutachtung der Kinder nachteilig auf deren psychischen Zustand auswirken und damit das Kindeswohl gefährden könnte. In der gleichen Verfügung, mit welcher der Vorderrichter die Kindesvertreterin einsetzte, stellte er den Parteien jedoch auch den Beginn der Begutachtung per Ende Januar 2024 in Aussicht und benannte die für die Expertise vorgesehene Gutachterin. Mit anderen Worten hatte er zu jenem Zeitpunkt bereits – wenn auch nicht in einer ordnungsgemässen Beweisverfügung, namentlich ohne Konkretisierung des Beweisthemas und ohne Angabe einer Begründung – entschieden, dem entsprechenden Beweisantrag des Beschwerdegegners stattzugeben und eine Begutachtung durchführen zu lassen. Damit nahm er der eingesetzten Kindesvertreterin die Möglichkeit, die für die objektive Beurteilung des Beweisantrags relevanten subjektiven Interessen der Kinder in das Verfahren einzubringen. Obwohl er eine Kindesvertretung für notwendig erachtete, räumte er dieser keine Möglichkeit zur Einreichung einer Stellungnahme zu dieser für die Regelung des persönlichen Verkehrs wichtigen Frage ein. Das kommt einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gleich. Dies umso mehr, als der Vorderrichter überdies anordnete, die Gutachterfragen den Parteien nicht vorgängig zur Stellungnahme zuzustellen. Insofern wäre der Kindesvertreterin seitens der Vorinstanz vor Beginn der Begutachtung bzw. bis zum Vorliegen des Gutachtens keine Gelegenheit zu einer Vernehmlassung eingeräumt worden, womit ihre Kompetenzen vollständig untergraben würden.

### **E. 3.2**

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 144 I 11 E. 5.3, 137 I 195 E. 2.2). Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, das heisst die Behör-

14 / 17 de zu einer Änderung ihres Entscheides veranlasst wird oder nicht (BGE 127 V 431 E. 3d/aa, 126 V 130 E. 2b m.w.H.). Nach der Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Gehörs von einer Rückweisung der Sache abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu

unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. BGE 142 II 218 E. 2.8.1, 137 I 195 E. 2.3.2, je m.w.H.).

### **E. 3.3**

Im vorliegenden Fall ist eine Heilung der festgestellten Gehörsverletzung jedoch ausgeschlossen. Zum einen ist es dem Kantonsgericht als Beschwerdeinstanz versagt, den Sachverhalt und die Rechtslage frei zu überprüfen. Das ergibt sich zum einen aus Art. 320 lit. b ZPO, wonach mit der Beschwerde nur eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden kann. Zum anderen beschlägt die Beurteilung des Beweisantrags das Ermessen des Gerichts. Die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO sieht jedoch keine Unangemessenheitsrüge vor. Dementsprechend ist Dispositivziffer 6 der angefochtenen prozessleitenden Verfügung antragsgemäss aufzuheben und die Sache ist zwecks Erlases einer korrekten Beweisverfügung nach vorgängiger Anhörung der Kindesvertreterin an die Vorinstanz zurückzuweisen. Nach dem Gesagten wird Ziffer 1 der Beschwerde vom 18. Januar 2024 gutgeheissen. Die Beurteilung der übrigen Anträge entfällt infolge der festgestellten Gehörsverletzung und Rückweisung an die Vorinstanz.

### **E. 4**

Bei diesem Ausgang gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten des Beschwerdegegners (Art. 106 Abs. 1 ZPO), zumal er sich trotz verfahrensrechtlicher Fehler für eine vollständige Abweisung der Beschwerde ausgesprochen hat. Gestützt auf den geltenden Gebührenrahmen für Beschwerdeentscheide (Art. 10 VGZ [BR 320.210]) erscheint eine Gerichtsgebühr in der Höhe von CHF 1'000.00 als angemessen. Hinzu kommen die Kosten der Kindesvertretung, welche mangels Einreichung einer Honorarnote ermessensweise auf pauschal CHF 1'000.00 (inkl. Spesen und MwSt.) festgelegt werden und zu den Gerichtskosten zu zählen sind (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO).

15 / 17

#### **E. 4.1**

Dem Beschwerdegegner ist mit heutiger Verfügung der Vorsitzenden für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege mit Rechtsvertretung durch Rechtsanwalt Patrik Schmid gewährt worden (ZK1 24 17). Die ihm auferlegten Gerichtskosten wie auch die Kosten seiner Rechtsvertretung gehen daher nach Massgabe von Art. 122 ZPO zu Lasten des Kantons Graubünden und sind aus der Gerichtskasse zu bezahlen. Mit Honorarnote vom 22. Februar 2024 beziffert der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners seinen Aufwand für das Beschwerdeverfahren und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auf 13.5 Stunden zu einem reduzierten Ansatz von CHF 200.00 pro Stunde und macht eine Entschädigung von insgesamt CHF 3'006.25 (inkl. Spesenpauschale von 3% und 8.1% MwSt.) geltend. Der geltend gemachte Aufwand erscheint in Anbetracht der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen als überhöht. Für das Studium der Beschwerde und Verfassen der Beschwerdeantwort werden 7 Stunden veranschlagt, was sich angesichts des überschaubaren Beschwerdegegenstands als unnötig erweist und auf 4 Stunden herabzusetzen ist. Sodann gilt auch der angeführte Aufwand von insgesamt 40 Minuten in Zusammenhang mit dem Gesuch um Fristansetzung für die Einreichung einer Replik und dem Studium der entsprechenden gerichtlichen Verfügung wie auch jener für das Verfassen der Replik selbst von einer Stunde als übermässig, zumal der Beschwerdegegner darin nichts wesentlich Neues vorbringt. Für diese Positionen erscheint insgesamt ein

Zeitaufwand von einer Stunde als angemessen. Ebenfalls zu kürzen ist die vorgemerkte Reserve von 1 Stunde und 20 Minuten für das Studium und die Besprechung des Beschwerdeentscheids, wobei hierfür 30 Minuten ausreichen. Nach dem Gesagten ergibt sich eine Kürzung um total 4.5 Stunden und damit ein entschädigungspflichtiger Aufwand von 9 Stunden, was einem Betrag von CHF 2'004.15 (inkl. Spesen und MwSt.) entspricht.

#### **E. 4.2**

Beim vorliegenden Verfahrensausgang hat der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin für ihre Parteikosten zu entschädigen, zumal die unentgeltliche Rechtspflege nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei befreit (Art. 118 Abs. 3 ZPO; Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Da deren Rechtsvertreterin für das Beschwerdeverfahren keine Kostennote eingereicht hat, ist die beantragte Parteientschädigung nach Ermessen festzusetzen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). In Anbetracht der konkreten Umstände, namentlich der eingereichten Beschwerdeschrift, erscheint ausgehend von einem Aufwand von insgesamt 5.5 Stunden und dem vereinbarten Stundenansatz von CHF 250.00 eine Entschädigung von gerundet CHF 1'530.00 (inkl. Spesen und MwSt.) für das Beschwerdeverfahren als angemessen.

16 / 17 Auch der Beschwerdeführerin gewährt die Vorsitzende mit Verfügung vom heutigen Tag (ZK1 24 13) die unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren, weshalb ihre Rechtsvertreterin trotz ihres Obsiegens für den Fall, dass die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist, vom Kanton angemessen zu entschädigen ist (vgl. Art. 122 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Wenn wie vorliegend der kostenpflichtigen Partei die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden ist, gilt die von ihr zu leistende Parteientschädigung in der Regel zum vornherein als uneinbringlich (Alfred Bühler; in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur ZPO, Band I, Bern 2012, N 67 zu Art. 122 ZPO). Für diesen Fall ist die vom Kanton zu bezahlende Entschädigung festzulegen, was bei einem reduzierten Stundenansatz von CHF 200.00 vorliegend zu einer Entschädigung aus der Gerichtskasse von gerundet CHF 1'225.00 (inkl. Spesen und MwSt.) führt.

17 / 17

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