

XBE.2021.79

(KE.2019.435 / KEKV.2021.2)

Art. 7

Entscheid vom 20. Januar 2022

Besetzung Oberrichter Lienhard, Präsident
 Oberrichter Marbet
 Oberrichter Lindner
 Gerichtsschreiberin B. Gloor

Beschwerde- **A.**_____,
führerin 1

Beschwerde- **B.**_____,
führer 2
Beiständin: C._____

1 und 2 vertreten durch lic. iur. Markus Härdi, Rechtsanwalt

Vater **D.**_____,

vertreten durch lic. iur. Christine Hess-Keller, Rechtsanwältin

Anfechtungs- Entscheid des Familiengerichts Q._____ vom 31. August 2021
gegenstand

Betreff Regelung der elterlichen Sorge / Besuchsrecht

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entnimmt den Akten:

1.

A. und D. sind die getrenntlebenden unverheirateten Eltern von B., geboren tt.mm.2018. Gemäss der gemeinsamen Erklärung vom 2. September 2019 besteht für B. die gemeinsame elterliche Sorge, er befindet sich weiter in der Obhut der Mutter und es wurde für ihn eine Erziehungsbeistandschaft errichtet.

2.

2.1.

Mit Eingabe vom 4. Januar 2021 beantragte die Mutter beim Familiengericht Q. nebst der Verpflichtung des Vaters zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen, die Einräumung eines beschränkten Besuchsrechts sowie insbesondere den Entzug der elterlichen Sorge.

2.2.

Nach Anhörung der Eltern am 31. August 2021 erliess das Familiengericht Q. gleichentags folgenden Entscheid.

- " 1.
Der Antrag auf Entzug der elterlichen Sorge des Kindsvaters und Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge an die Kindsmutter wird abgewiesen.
2.
Der Vater wird berechtigt und verpflichtet, seinen Sohn B. einstweilen für die Dauer von einem Jahr ab dem ersten Besuch mindestens 1x pro Monat im Rahmen der Begleiteten Besuchstage Aargau (BBT) zu besuchen.
3.
Die Beiständin wird aufgefordert, die Anmeldung bei der BBT umgehend vorzunehmen.
4.
Es wird in einem separaten Verfahren ein Mandatsträgerwechsel in die Wege geleitet.
5.
Auf das Begehren Ziffer 4. des Gesuches vom 04.01.2021 betreffend Festlegung des Kinderunterhaltsbeitrages des Kindsvaters an den Sohn B. wird mangels Zuständigkeit nicht eingetreten.
6.
Auf die Erhebung von Gerichtskosten wird verzichtet.
7.
Die Parteikosten werden wettgeschlagen."

3.

3.1.

Gegen diesen ihr in begründeter Ausfertigung zugestellten Entscheid führte die Mutter A. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 10. November 2021 im Namen von B. Beschwerde bei der Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz des Obergerichts des Kantons Aargau mit folgenden Anträgen:

" Es sei Ziff. 1 des Entscheids vom 31.08.2021 aufzuheben und im Sinne der nachfolgenden Anträge neu zu entscheiden:

1.

Es sei dem Gesuchsgegner die elterliche Sorge zu entziehen.

2.

Es sei die elterliche Sorge auf die Gesuchstellerin alleine zu übertragen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.

4.

Es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren unter Beiordnung des unterzeichnenden Rechtsanwaltes zu deren unentgeltlichem Rechtsvertreter. Auf die Auferlegung von Kosten sei zu verzichten.

Eventuell:

1.

Es sei Ziff. 1 des Entscheids vom 31.08.2021 aufzuheben und es sei die Angelegenheit zur vollständigen Abklärung der Kindeswohlgefährdung, Vervollständigung des massgeblichen Sachverhaltes und Neuentscheidung an die KESB E. zurückzuweisen.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.

3.

Es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren unter Beiordnung des unterzeichneten Rechtsanwaltes zu deren unentgeltlichem Rechtsvertreter. Auf die Auferlegung von Kosten sei zu verzichten."

3.2.

Der Vater D. (nachfolgend: Beschwerdegegner) stellte mit Beschwerdeantwort vom 26. November 2021 folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Die Beschwerde vom 10. November 2021 sei vollumfänglich abzuweisen.

2.
Der Entscheid des Familiengerichts Q. vom 31. August 2021 sei zu bestätigen.
3.
Dem Beschwerdegegner sei für das vorliegende Verfahren die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm die unterzeichnende Rechtsanwältin als unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.
4.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin."

3.3.

Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 23. November 2021 auf eine Vernehmlassung.

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Zuständig für Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wie das vorliegende ist die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz des aargauischen Obergerichts als einzige Beschwerdeinstanz (§ 41 EG ZGB i.V.m. § 10 Abs. 1 lit. c EG ZPO und Anhang 1 zur Geschäftsverteilungsordnung des Obergerichts [GKA 155.200.3.101]).

1.2.

In formeller Hinsicht ist zunächst festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nur im eigenen Namen und nicht im Namen von B. Beschwerde führen kann, da sie schon nicht über die alleinige elterliche Sorge verfügt und zudem B. im vorinstanzlichen Verfahren keine Parteistellung zukam. Im Übrigen ist jedoch auf die Beschwerde einzutreten, die frist- und formgerecht eingereicht worden ist.

2.

2.1.

Angefochten wird mit Beschwerde das gemeinsame Sorgerecht, unangefochten ist die Regelung des begleiteten Besuchsrechtes.

Die Beschwerdeführerin begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass insbesondere aufgrund des psychiatrischen Gutachtens von Dr. med. H. im gegen den Vater stattgefundenen Strafverfahren, sowie des Kontaktverbots des Vaters mit der Mutter wegen der psychiatrischen Befunde eine

Gefährdung des Kindeswohls belegt sei. Die mittel- bis hochgradige Rückfallgefahr für Gewaltdelikte verbunden mit der Persönlichkeitsstruktur des Vaters mit nur eingeschränkter Fähigkeit zur Impulskontrolle stelle für B. eine Gefährdung dar. Die damals abgegebene Erklärung auf gemeinsame elterliche Sorge sei offensichtlich nicht ohne Druck des Vaters abgegeben worden: Es sei bei der Beschwerdeführerin ein Angstgefühl ausgelöst worden, welches sie zur Erklärung bewogen habe, ohne dafür die Möglichkeit der Beweisführung zu haben.

2.2.

In der Beschwerdeantwort wird dagegen im Wesentlichen eingewendet, bei den vorgebrachten Bedenken gehe es um Bereiche, welche den persönlichen Kontakt und nicht die elterliche Sorge betreffen, das Gutachten sei nicht aktuell und sei nicht relevant. Selbst wenn die psychischen Störungen des Beschwerdegegners Krankheitswert aufweisen sollten, hätten sie keinen Einfluss auf die erzieherische Fähigkeit. Dass Druck hinsichtlich der Erklärung zur elterlichen Sorge ausgeübt worden sei, sei unbewiesen und unwahr.

3.

3.1.

Im angefochtenen Entscheid wird die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Wesentlichen damit begründet, dass weder die geltend gemachte Persönlichkeitsstruktur des Vaters, noch der Umstand, dass der Vater mit Urteil des Strafgerichts des Kantons S. vom 18. September 2020 zu einer zwischenzeitlich verbüssten 27-monatigen Freiheitsstrafe verurteilt worden sei, generell den Schluss zuliessen, der Vater werde in Bezug auf B. Entscheidungen treffen, welche dem Kindeswohl zuwiderlaufen würden. Abgesehen davon, dass das vielfach zitierte Gutachten aus dem Strafverfahren gegen den Vater nicht vorliege, weshalb darauf nicht abgestellt werden könne, sei nicht ersichtlich, wie sich die darin erhobenen psychiatrischen Befunde im Zusammenhang mit der elterlichen Sorge negativ auswirken sollten. Die gegenüber der Mutter begangene Gewalt habe sich nie gegen B. gerichtet. Der im Bericht der Beiständin erwähnte Schlag auf den Hinterkopf von B. sei nicht bestätigt. Die Sorgerechtserklärung sei deshalb in Kenntnis des Charakters des Vaters und dessen Verhalten im Umgang mit B. abgegeben worden, ohne dass für die Mutter auch die damals schon vollzogene Trennung und die Schwierigkeit der Kommunikation problematisch gewesen wäre.

3.2.

3.2.1.

Die gemeinsame elterliche Sorge kann bei nicht verheirateten Eltern gestützt auf Art. 298a Abs. 1 ZGB durch eine gemeinsame Erklärung der Eltern zustande kommen. In der Erklärung bestätigen die Eltern, dass sie bereit sind, gemeinsam die Verantwortung für das Kind zu übernehmen und

sich über die Obhut und den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile sowie über den Unterhaltsbeitrag für das Kind verständigt haben (Art. 298a Abs. 2 ZGB). Die Eltern müssen gegenüber der Behörde aber keine genaueren Angaben machen, wie sie die Aufgaben konkret wahrnehmen wollen. Die Erklärung kann somit auch abgegeben werden, wenn sich die Eltern inhaltlich nicht konkret geeinigt haben. Es handelt sich somit um eine rein formelle Bestätigung, die von den nicht miteinander verheirateten Eltern verlangt wird. Entsprechend der rein formellen Abgabe der Erklärung ohne den Inhalt konkret darzulegen, entfällt auch jegliche Prüfungspflicht der Behörde. Mit der Abgabe der Erklärung entsteht die gemeinsame Sorge der Eltern von Gesetzes wegen. Massgebender Zeitpunkt für die Entstehung der gemeinsamen Sorge ist die Kenntnisnahme der abgegebenen Erklärung durch die Kindesschutzbehörde (AFFOLTER-FRINGELI / VOGEL, Berner Kommentar, 2016, N. 9 f. und 34 zu Art. 298a ZGB m.w.H.).

3.2.2.

Die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge vom 2. September 2019 befindet sich in den vorinstanzlichen Akten (act. 149) und ist daher eingereicht worden. Dementsprechend steht B. unter gemeinsamer elterlicher Sorge.

Auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder von Amtes wegen regelt die Kindesschutzbehörde die Zuteilung der elterlichen Sorge neu, wenn dies wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298d Abs. 1 ZGB).

Die Beschwerdeführerin beruft sich, ohne Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Erwägung, im Wesentlichen auf das Gutachten im Strafverfahren vom 23. September 2019 von Dr. med. H., welches zwar nicht aktenkundig ist, von der Kindesschutzbehörde aber unter der Geltung der umfassenden Untersuchungsmaxime von den Strafbehörden beigezogen werden könnte. Dazu besteht von Amtes wegen jedoch kein Anlass, da die darin gestellte Diagnose einer kombinierten Persönlichkeitsstörung mit betont dissozialen narzisstischen Zügen einhergehend mit einer Pseudologia Phantastica in der als Beschwerdebeilage verurkundeten Verfügung des Amts für Justizvollzug Kanton S. vom 18. Februar 2021 hinreichend dokumentiert ist (Beschwerdebeilage 3) und vom Beschwerdegegner auch nicht in Frage gestellt wird. Bekannt ist weiter auch der der Anklage der Staatsanwaltschaft Kanton S. vom 26. Mai 2020 zugrunde gelegte Sachverhalt (act. 42 ff.), der zur Verurteilung des Beschwerdegegners vom 18. September 2020 durch das Strafgericht des Kantons S. führte (act. 49 ff.) und von ihm nicht bestritten wird. Mit Ausnahme des Vorfalls vom 15. September 2019 (Drohung, vgl. act. 44) ereigneten sich die Vorfälle, welche die Beschwerdeführerin betreffen, vor der Unterzeichnung der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge vom 2. September 2019. Aus dem Sachverhalt zur Anklage ergibt sich weiter, dass die Eltern seit spätestens Mitte

Juni 2019 getrennt leben, nachdem die Beschwerdeführerin zusammen mit B. vorübergehend zu ihrer Mutter umgezogen ist. Der Vorfall vom 15. September 2019, welcher sich nach der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge ereignete, ändert nichts daran, dass die gemeinsame elterliche Sorge in Kenntnis der mehrfachen häuslichen Gewalt des Vaters errichtet worden ist und daher diese Gewaltvorfälle kaum geeignet sein können, die gemeinsame elterliche Sorge aufzuheben. Vor diesem Hintergrund sind keine wesentlichen Sachverhaltsänderungen nach der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge geltend gemacht und bestehen weiter auch keine Hinweise auf Druck oder Drohung von Seiten des Beschwerdegegners, der sich gemäss dem Bericht des Justizvollzugs des Kantons S. seit 5. November 2019 im (vorzeitigen) Strafvollzug befand.

3.3.

Zu prüfen bleibt damit, ob sich eine Änderung von Amtes wegen aufdrängt. Die Voraussetzungen zur Entziehung der elterlichen Sorge sind im angefochtenen Entscheid zutreffend wiedergegeben (Erwägung 3.1.), weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden kann.

Die in der Beschwerde mit Verweis auf die psychiatrischen Abklärungen vorgetragenen Bedenken erscheinen zwar im Hinblick auf die Regelung des Besuchsrechts gerechtfertigt und wurden diesbezüglich mit der Anordnung der begleitenden Besuchskontakte auch berücksichtigt, erscheinen jedoch mit Bezug auf das Sorgerecht nicht relevant: Die Ausübung des Sorgerechts bedeutet insbesondere die Entscheidungsfindung über Fragen der Erziehung, der Ausbildung oder der medizinischen Versorgung des Kindes. Es ist nicht dargetan oder ersichtlich, inwiefern die diagnostizierten psychiatrischen Befunde des Vaters die dafür erforderliche Fähigkeit zur Entscheidung im Kindesinteresse beeinträchtigen könnten. Jedenfalls bieten diese allein keinen Grund zur Abänderung der gemeinsamen elterlichen Sorgen von Amtes wegen, zumindest solange sich keine Konkretisierung dieser Bedenken ergibt. Daran ändert auch die Stellungnahme der Beiständin vom 20. August 2021 (act. 175 ff.) nichts, die sich allein auf die erhobenen Angaben der Beschwerdeführerin und auf keine eigenen Wahrnehmungen im Kontakt mit dem Beschwerdegegner stützt und dabei ebenfalls auf die Verhältnisse vor der Unterzeichnung der gemeinsamen Sorgerechts-Erklärung Bezug nimmt.

4.

4.1.

Die Beschwerde ist daher abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin gestützt auf § 38 Abs. 3 EG ZGB i.V. Art. 106 Abs. 1 ZPO die obergerichtlichen Verfahrenskosten zu tragen und dem Vater eine Parteientschädigung auszurichten. Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erscheinen mit Einreichung

der einschlägigen Unterlagen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnisse für beide Elternteile erfüllt, weshalb beiden ihren Anträgen entsprechend die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist. Daher sind die der Beschwerdeführerin aufzuerlegenden Verfahrenskosten für das Beschwerdeverfahren vorläufig vorzumerken (Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO, Art. 123 ZPO). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Beschwerdegegners ist mit Bezug auf die Verfahrenskosten, welche der Beschwerdeführerin aufzuerlegen sind, gegenstandslos geworden.

4.2.

Gestützt auf § 3 Abs. 1 lit. b des Anwaltstarifs (AnwT) richtet sich die Parteientschädigung nach dem mutmasslichen Aufwand der Anwälte sowie nach der Bedeutung und Schwierigkeit des Falls und liegt grundsätzlich (vorbehältlich der Zu- und Abschläge gem. § 6 ff. AnwT) zwischen Fr. 1'210.00 und Fr. 14'700.00. Im Rechtsmittelverfahren beträgt die Entschädigung 50-100 % dieses Betrags. Vorliegend rechtfertigt sich im Hinblick auf die einfache Fragestellung im Beschwerdeverfahren die Anwendung einer reduzierten Grundentschädigung zur üblichen von Fr. 2'000.00 (vgl. AGVE 2017 50, S. 276 f.) in der Höhe von Fr. 1'800.00, welche wegen der darin inbegriffenen und im vorliegenden Beschwerdeverfahren wegfallenden Teilnahme an einer Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT) um 20 % zu kürzen ist. Von daraus resultierenden Entschädigung von Fr. 1'440.00 ist gestützt auf § 8 AnwT ein Abschlag von 20 % vorzunehmen, weil es sich um ein Rechtsmittelverfahren handelt. Unter Berücksichtigung des pauschalen Auslagenersatzes von Fr. 34.60 (§ 13 Abs. 1 AnwT) und der Mehrwertsteuer von 7,7 % (Fr. 91.40) ergibt sich ein Honorar der Rechtsvertreter der Beschwerdeparteien von je Fr. 1'278.00 (gerundet).

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz beschliesst:

1.

Der Beschwerdeführerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, und es wird ihr Rechtsanwalt Markus Härdi zu ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter bestellt.

Die Beschwerdeführerin wird auf die Nachzahlungspflicht bei Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse hingewiesen (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

2.

Dem Beschwerdegegner wird die unentgeltliche Rechtsvertretung gewährt, und es wird ihm Rechtsanwältin Christine Hess-Keller, zu seiner unentgeltlichen Rechtsvertreterin bestellt. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für die Verfahrenskosten wird als gegenstandslos geworden von der Kontrolle abgeschrieben.

Der Beschwerdegegner wird auf die Nachzahlungspflicht bei Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse hingewiesen (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entscheidet:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.00 werden der Beschwerdeführerin auferlegt und ihr zufolge der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen vorgemerkt, unter dem Vorbehalt der Nachzahlung von Art. 123 ZPO.

3.

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, dem unentgeltlichen Rechtvertreter der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt Markus Härdi, dessen gerichtlich auf Fr. 1'278.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetztes Honorar für das Beschwerdeverfahren zu vergüten.

4.

Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner dessen richterlich auf Fr. 1'278.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetzten Parteikosten zu bezahlen. Zuzufolge Uneinbringlichkeit wird die Obergerichtskasse angewiesen, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Beschwerdegegners, Rechtsanwältin Christine Hess-Keller, deren gerichtlich auf Fr. 1'278.00 (inklusive Auslagen und MwSt.) festgesetztes Honorar für das Beschwerdeverfahren zu vergüten.