

XBE.2022.30

(KE.2017.444; KEMN.2019.243)

Art. 54

Entscheid vom 14. Oktober 2022

Besetzung Oberrichterin Merkofer, Präsidentin
 Oberrichter Lindner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiberin B. Gloor

Beschwerde- **A.**_____,
führer vertreten durch lic. iur. B._____, Rechtsanwalt

Anfechtungs- Verfügung des Familiengerichts Lenzburg vom 29. April 2022
gegenstand

Betreff Änderung einer Massnahme / unentgeltliche Rechtspflege

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entnimmt den Akten:

1.

C., geboren am tt.mm.2012, ist der Sohn der unverheirateten und seit 2013 getrennt lebenden Eltern D. und A.. C. steht unter der gemeinsamen elterlichen Sorge und unter der Obhut der Mutter. Für C. bestehen seit 2016 Kindesschutzmassnahmen, welche seither Gegenstand einer Reihe von Kindesschutzverfahren gewesen sind.

2.

2.1.

Im Rahmen eines dieser Verfahren wurde Rechtsanwalt lic. iur. B. als Vertreter des Vaters mandatiert. Er stellte mit Eingabe vom 11. März 2022 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Dieses Gesuch wiederholte der Vater mit Eingabe vom 26. April 2022 unter Einreichung der entsprechenden Unterlagen (KEMN.2019.243).

2.2.

Mit Verfügung vom 29. April 2022 wies der Präsident des Familiengerichts Lenzburg das vom Vater gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (KEMN.2019.243).

3.

3.1.

Gegen diese ihm am 6. Mai 2022 zugestellte Verfügung vom 29. April 2022 erhob der Vater mit Eingabe vom 16. Mai 2022 (Postaufgabe 17. Mai 2022) Beschwerde bei der Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz des Obergerichts des Kantons Aargau und stellte folgende Anträge:

- " 1. In Gutheissung der Beschwerde sei dem Beschwerdeführer für das/die Verfahren vor dem Familiengericht Lenzburg die volle unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm der Unterzeichnete zu seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter zu ernennen.
2. Unter praxisgemässer Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates."

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Verfahrenskosten, Parteikostenentschädigung und unentgeltliche Rechtspflege sind in den Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) zum Verfahren vor der Kinds- und Erwachsenenschutzbehörde nicht geregelt (AUER/MARTI, in: Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, 2012, N. 6 zu Art. 450f ZGB). Daher sind die Bestimmungen der Zivilprozessordnung (ZPO) sinngemäss anwendbar, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen (Art. 450f ZGB). Die Kantone können von dieser Regelungskompetenz unter anderem durch punktuelle Verweise auf spezifische Vorschriften der ZPO Gebrauch machen (AUER/MARTI, a.a.O., N. 4 zu Art. 450f ZGB). Das hat der Kanton Aargau im Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB) getan, indem er in den §§ 37 Abs. 5 und 38 Abs. 3 die Bestimmungen der ZPO insbesondere für die unentgeltliche Rechtspflege für anwendbar erklärte. Das Bewilligungsverfahren richtet sich folglich nach Art. 117 ff. ZPO und dem entsprechenden EG ZPO.

1.2.

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst unter anderem die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeistandin oder eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 ZPO).

1.3.

Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen, kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven und auch in Verfahren, welche wie das Verfahren betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege der (beschränkten) Untersuchungsmaxime unterstehen, da die Beschwerde nicht der Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen nur der Rechtskontrolle des erstinstanzlichen Entscheids dient (Urteil des Bundesgerichts 5A_405/2011 vom 27. September 2011 E. 4.5.3; FREIBURGHaus / AFHELDT in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 3 f. zu Art. 326). Es ist zu prüfen, ob die Vorinstanz gestützt auf die ihr im Entscheidzeitpunkt vorliegenden Akten richtig geurteilt hat. Soweit der

Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde Dokumente vorlegt, die dem Familiengericht Lenzburg nicht zur Verfügung standen, sind diese für die Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids nicht zu berücksichtigen.

1.4.

Der Beschwerdeführer ist als Vater gemäss Art. 450 ZGB beschwerdelegitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde kann eingetreten werden.

2.

2.1.

Die Vorinstanz bewilligte dem Beschwerdeführer sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung durch Rechtsanwalt B. mangels Bedürftigkeit nicht.

2.2.

Bedürftig im Sinne der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege ist, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie braucht (BGE 135 I 221 E. 5.1). Zu berücksichtigen sind einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen des Gesuchstellers, andererseits nicht nur die Einkünfte, sondern auch die frei verfügbaren Vermögenswerte (Urteil des Bundesgerichts 5P.219/2003 E. 2.2). Die Einkommens- und Vermögenssituation des Gesuchstellers ist in Beziehung zur Höhe der mutmasslich anfallenden Prozesskosten zu setzen und es ist zu prüfen, ob er in der Lage ist, die zu erwartenden Prozesskosten aus seinem Vermögen oder seinem den sogenannten zivilprozessualen Zwangsbedarf übersteigenden Einkommensüberschuss innert absehbarer Zeit, bei weniger aufwendigen Prozessen innert Jahresfrist, bei anderen innert zweier Jahre, zu tilgen (BGE 135 I 221 E. 5.1 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 5D_82/2010 E. 2; 5P.219/2003 E. 2.2; 5P.390/2001 E. 2b). Zu berücksichtigen sind dabei nur die effektiv vorhandenen und verfügbaren oder wenigstens realisierbaren eigenen Mittel des Gesuchstellers (BGE 118 Ia 369 E. 4b); jede hypothetische Einkommens- oder Vermögensaufrechnung ist grundsätzlich unzulässig (BÜHLER, in: Berner Kommentar, Bern 2012, N. 8 f. zu Art. 117 ZPO).

2.3.

Die gesuchstellende Person hat zur Beurteilung ihres Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Es gilt der Untersuchungsgrundsatz (Art. 255 lit. b ZPO), der durch die Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Person eingeschränkt wird (BÜHLER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 35 ff. zu Art. 119 ZPO). Die

gesuchstellende Person hat zur Darlegung ihrer Mittellosigkeit ihre Einkünfte, ihre Vermögenssituation und ihre Schuldverpflichtungen vollständig offen zu legen und soweit möglich durch Urkunden zu belegen (BÜHLER, a.a.O., N. 90 zu Art. 119 ZPO). Das Gericht hat die unbeholfene Partei auf die zur Beurteilung des Gesuchs erforderlichen Angaben und Unterlagen hinzuweisen und ihr eine Nachfrist zur Einreichung fehlender Angaben und Unterlagen anzusetzen. Die anwaltlich vertretene gesuchstellende Person hat ihre Behauptungen dagegen unaufgefordert zu belegen; eine Nachfrist ist ihr nicht einzuräumen (Urteil des Bundesgerichts 4D_69/2016 vom 28. November 2016 E. 5.4.3.). Vielmehr kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden, wenn der Gesuchsteller seinen Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt (Urteile des Bundesgerichts 4A_44/2018 vom 5. März 2018 E. 5.3, 4D_69/2016 vom 28. November 2016 E. 5.4.3 und 5A_62/2016 vom 17. Oktober 2016 E. 5.3).

2.4.

Im vorliegenden Fall kann die Frage, ob der Beschwerdeführer tatsächlich bedürftig ist, offengelassen werden, da sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mangels ausreichender Substantiierung und mangels Bedürftigkeitsnachweises – wie nachfolgend darzulegen ist – im Ergebnis von der Vorinstanz zu Recht abgewiesen wurde.

3.

3.1.

Im Hauptpunkt der Beschwerde wird geltend gemacht, dass die monatliche Kreditrate des Beschwerdeführers von Fr. 1'225.60 zu Unrecht nicht in der Berechnung des erweiterten Existenzminimums berücksichtigt wurde. Der Beschwerdeführer wendet diesbezüglich im Wesentlichen ein, er habe mit seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 26. April 2022 die bestehende Nettokapitalschuld per 31. Dezember 2021 über Fr. 31'047.55 sowie auch die monatlichen Abzahlungsraten von Fr. 1'225.60 ausgewiesen. Gestützt auf den verfassungsmässigen Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) und die richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) habe der Beschwerdeführer Anspruch darauf, dass er im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege von behördlicher Seite her mindestens einmal auf die Unvollständigkeit, Unklarheit, Widersprüchlichkeit oder Missverständlichkeit seiner Darlegung der finanziellen Verhältnisse sowie der hierzu eingereichten Unterlagen hingewiesen und ihm Gelegenheit gegeben werde, diese zu ergänzen oder klarzustellen. Im Speziellen gelte es darauf hinzuweisen, dass auch ein rechtskundig vertretener Beschwerdeführer Anspruch auf diese richterliche Fragepflicht habe. Der erstinstanzliche Richter sei in Willkür verfallen und habe daher das rechtliche Gehör verletzt, wenn er – ohne den Beschwerdeführer auf allfällige Unzulänglich-

keiten zu den Angaben des Kleinkredits aufmerksam zu machen – die monatlichen Abzahlungsraten des Kleinkredits einfach nicht in die Bedarfsrechnung aufgenommen habe.

3.2.

Die Vorinstanz hat bei ihrer Berechnung des Notbedarfs des Beschwerdeführers zu Recht auf das betriebsrechtliche Existenzminimum gemäss den Richtlinien des Obergerichts des Kantons Aargau (Fassung vom 21. Oktober 2009; KKS.2005.7) abgestellt. Sie erwog zur Nichtberücksichtigung des Kredits der E. im Notbedarf, der Beschwerdeführer habe weder behauptet noch belegt, dass dieser Kredit zur Anschaffung von Kompetenzgütern aufgenommen worden sei.

3.3.

Die Lehre stimmt überwiegend überein, dass nebst den rückständigen Steuerschulden auch die laufenden Steuern und alle weiteren fälligen sowie ausgewiesenen Schuldverpflichtungen wie Leasingschulden, Abzahlungsschulden, Kleinkreditschulden, Privatdarlehen, Prozess- und Anwaltschulden, Studiendarlehen und Schuldzinsen zu berücksichtigen sind. Unabdingbare Voraussetzung einer Berücksichtigung von fälligen Schuldverpflichtungen ist aber, dass der Gesuchsteller deren bisherige regelmässige Amortisation nachweist (BÜHLER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 198 zu Art. 117 ZPO). Eine Ausnahme von der Regel der Berücksichtigung von Schuldverpflichtungen muss für kreditfinanzierte nicht lebensnotwendige Konsumgüter sowie luxuriöse Kompetenzgüter gelten, durch deren Verkauf oder Ersatz eine Schuldverpflichtung getilgt oder herabgesetzt werden kann (BÜHLER, a.a.O., N. 199 zu Art. 117 ZPO).

3.4.

Der Beschwerdeführer hat in seinem Gesuch vom 26. April 2022 die Schuldverpflichtung bezüglich seines Kleinkredits bei der E. und der regelmässigen Rückzahlung in der Höhe von monatlich Fr. 1'225.60 zwar ausgewiesen (vgl. act. 30 ff. im Verfahren KEMN.2019.243), doch hat er nicht belegt, wofür er diesen Kredit aufgenommen hat. Die Berücksichtigung der im Beschwerdeverfahren nachgereichten Belege, wofür dieser Kredit aufgenommen wurde, scheitert am uneingeschränkten Novenverbot gemäss Art. 326 ZPO (vgl. E. 1.3 hiavor).

3.5.

Wie in E. 2.3 hiavor ausgeführt, hat die gesuchstellende Person nach Art. 119 Abs. 2 ZPO ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern. Insofern gilt ein durch diese umfassende Mitwirkungsobliegenheit eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz (Urteile des Bundesgerichts 4A_44/2018 vom 5. März 2018 E. 5.3; 5A_417/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2). Die mit

dem Gesuch befasste Behörde ist weder verpflichtet, den Sachverhalt von sich aus nach jeder Richtung hin abzuklären, noch muss sie unbesehen alles, was behauptet wird, von Amtes wegen überprüfen (Urteil des Bundesgerichts 5A_62/2016 vom 17. Oktober 2016 E. 5.3, nicht publ. in BGE 142 III 713). An die klare und gründliche Darstellung der finanziellen Situation durch den Gesuchsteller selbst dürfen umso höhere Anforderungen gestellt werden, je komplexer diese Verhältnisse sind (BGE 125 IV 161 E. 4a; 120 Ia 179 E. 3a). Das Gericht hat den Sachverhalt aber immerhin dort weiter abzuklären, wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 97 ZPO aber nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern. Kommt der anwaltlich vertretene Gesuchsteller seinen Obliegenheiten nicht (genügend) nach, so kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_716/2021 vom 7. März 2022 E. 3).

3.6.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO und somit des rechtlichen Gehörs. Er geht davon aus, dass er im Verfahren um Bewilligung um unentgeltliche Rechtspflege von behördlicher Seite her mindestens einmal auf die Unvollständigkeit, Unklarheit, Widersprüchlichkeit oder Missverständlichkeit seiner Darlegung der finanziellen Verhältnisse sowie der hierzu eingereichten Unterlagen hätte hingewiesen und ihm Gelegenheit hätte gegeben müssen, diese zu ergänzen oder klarzustellen.

3.7.

Die Fragepflicht nach Art. 56 ZPO setzt stets eine gewisse Unbeholfenheit der Partei voraus. Daraus ergibt sich ohne Weiteres auch eine unterschiedliche Handhabung der Fragepflicht bei anwaltlich und nicht anwaltlich vertretenen Parteien. Bei anwaltlich vertretenen Parteien ist die richterliche Fragepflicht kaum von Relevanz. Vor allem dient die gerichtliche Fragepflicht nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen. Die prozessualen Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweisführungslasten verbleiben trotz richterlicher Fragepflicht bei der Partei (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Rz. 848 ff.). Zwar mag es sein, dass auch der rechtskundig vertretene Gesuchsteller unter besonderen Umständen Anspruch auf Ausübung der richterlichen Fragepflicht hat, doch darf davon abgesehen werden, wenn ihm aus einem früheren Verfahren bekannt ist, dass er seine finanziellen Verhältnisse umfassend offen- und belegen muss (Urteil des Bundesgerichts 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3.2; BÜHLER, a.a.O., N. 109 zu Art. 119). Weil das Wissen des Rechtsanwalts der von ihm vertretenen Partei zugerechnet

wird, ist diese Voraussetzung bei einer anwaltlich vertretenen Partei in aller Regel erfüllt (AGVE 2002 Nr. 17 S. 68).

3.8.

Vorliegend ist der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten und weiss, welche Mitwirkungspflichten ihn insbesondere bei der Abklärung der Bedürftigkeit treffen. Er gilt somit nicht als unbeholfen. Nachdem der Beschwerdeführer vor der Vorinstanz eine substantiierte Begründung, wofür die Kreditschuld ursprünglich aufgenommen wurde, schuldig geblieben ist, konnte durch die Vorinstanz nicht geprüft werden, ob der Kredit der Anschaffung von Luxusgütern diene. Der Beschwerdeführer ist insofern prozessual nachlässig vorgegangen, was nicht durch die richterliche Fragepflicht ausgeglichen werden kann. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer daher zu Recht keine Nachfrist zur Einreichung weiterer Unterlagen angesetzt und die monatlichen Rückzahlungsraten des Kredits der E. im Notbedarf nicht berücksichtigt. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und damit des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers ist unter diesen Umständen nicht festzustellen.

4.

4.1.

Des Weiteren beanstandet der Beschwerdeführer die pauschale Annahme von Wohnkosten in der Höhe von Fr. 1'500.00 und beantragt die Berücksichtigung der Wohnkosten in der Höhe von Fr. 3'186.00. In seinem Gesuch vom 26. April 2022 machte der Beschwerdeführer Hypothekenzinsen in der Höhe von Fr. 1'365.00, Amortisationskosten von Fr. 767.00 und Liegenschaftsunterhaltskosten von Fr. 1'054.00 geltend.

4.2.

Bei selbst bewohnten Liegenschaften errechnen sich die Wohnkosten anhand des Liegenschaftsaufwands. Zum Liegenschaftsaufwand zählen neben dem Hypothekarzins (ohne Amortisation) auch öffentlich-rechtliche Abgaben sowie die (durchschnittlichen) Unterhaltskosten. Amortisationskosten sind wirtschaftlich betrachtet Vermögenszuwachs, weshalb diese nicht als Liegenschaftsaufwand angerechnet werden dürfen, es sei denn, sie seien bereits verbindlich vereinbart worden und die Kreditgeberin ist nachweislich nicht mit der Reduktion bzw. Sistierung der Amortisationszahlungen während der Prozessdauer einverstanden (WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 291). Von Grundeigentümern darf verlangt werden, dass sie auf die Liegenschaft eine Hypothek aufnehmen oder diese erhöhen. Ist keine höhere Belastung möglich, stellt sich die Frage der Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Veräusserung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_174/2016 vom 26. Mai 2016 E. 2.2. m.w.H.; WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 211).

4.3.

Vor dem Hintergrund dessen, dass bei Immobilien vom Eigentümer verlangt werden kann, einen Kredit auf das Grundstück aufzunehmen, soweit er es noch belasten kann und die Belastung für ihn auch tragbar ist, hätte der Beschwerdeführer im Rahmen der ihn treffenden Mitwirkungsobliegenheit, welche zur Darstellung und soweit möglich zum Nachweis der gesamten finanziellen Situation verpflichtet, fundierte Abklärungen und Ausführungen zur Frage der Aufstockung der Hypothek machen müssen. Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer, der nicht als unbeholfen gelten kann (vgl. E. 3.5 und 3.8 hiavor) hat dies unterlassen und nicht dokumentiert, dass die Bank ihm eine Erhöhung des Hypothekarkredits verweigert hat (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_456/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 5.2 und 5A_174/2016 vom 26. Mai 2016 E. 2.3 m.w.H.).

5.

Der Beschwerdeführer macht des Weiteren Mehrkosten für die Besuchsrechtsausübung im Umfang von Fr. 300.00 monatlich geltend. Die Vorinstanz hat ihm diesbezüglich Fr. 150.00 angerechnet. Die Frage, ob dem Beschwerdeführer Besuchsrechtskosten von monatlich Fr. 300.00 angerechnet werden können, kann offen gelassen werden, denn auch unter Berücksichtigung eines um Fr. 150.00 höheren Betrages wäre der erweiterte Notbedarf des Beschwerdeführers nach wie vor durch seine Einkünfte gedeckt.

6.

Zusammengefasst ist der Beschwerdeführer im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens seiner Mitwirkungsobliegenheit bezüglich der Darstellung und Belegung seiner Vermögenssituation und einer ausreichenden Substantiierung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege nicht ausreichend nachgekommen. Die Vorinstanz hat im Ergebnis das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zu Recht abgewiesen.

7.

Ausgangsgemäss sind die obergerichtlichen Verfahrenskosten dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen und es ist ihm keine Parteientschädigung auszurichten.

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entscheidet:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 500.00 werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.