

XBE.2022.64
(KEKV.2022.24)
Art. 66

Entscheid vom 19. Oktober 2022

Besetzung	Oberrichterin Merkofer, Präsidentin Oberrichter Lindner Oberrichter Holliger Gerichtsschreiberin Schwarz
Mutter / Gesuchstellerin	A. _____, [...] vertreten durch Dr. iur. Andreas Edelmann, Rechtsanwalt, [...]
Anfechtungsge- genstand	Entscheid des Familiengerichts Zurzach vom 29. August 2022
Betreff	Unentgeltliche Rechtspflege

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entnimmt den Akten:

1.

1.1.

A. und C. sind die unverheirateten und getrennt lebenden Eltern des gemeinsamen Sohnes D., geboren am tt.mm.2014. Für D. besteht eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB.

1.2.

Nachdem der Vater mit Eingabe vom 4. August 2022 (Postaufgabe: 5. August 2022) die Regelung des persönlichen Verkehrs beantragte, eröffnete das Familiengericht Zurzach ein Verfahren (KEKV.2022.24). Mit Schreiben vom 12. August 2022 wurde die Mutter aufgefordert, bis zum 24. August 2022 schriftlich zum Gesuch des Vaters Stellung zu nehmen, unter Hinweis auf die Möglichkeit der Beantragung der unentgeltlichen Rechtspflege, sofern sie der Ansicht sei, dass sie nicht über die zur Begleichung der Prozesskosten erforderlichen Mittel verfüge. Gleichzeitig wurden die Parteien für den 31. August 2022 zu einer Anhörung vorgeladen.

2.

2.1.

Mit Eingabe vom 24. August 2022 liess die Mutter ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung für das Verfahren KEKV.2022.224 stellen.

2.2.

Mit Verfügung vom 29. August 2022 (KEKV.2022.224) bewilligte das Familiengericht Zurzach die unentgeltliche Rechtspflege für die Gerichtskosten und wies gleichzeitig den Antrag der Mutter auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung ab.

3.

3.1.

Gegen diese ihr am 30. August 2022 zugestellte Verfügung erhob die Mutter (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 9. September 2022 Beschwerde bei der Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz des Obergerichts des Kantons Aargau und beantragte:

" 1.

Das Urteil des Bezirksgerichts Zurzach vom 29.08.2022 sei in Ziff. 2 des Urteilsdispositivs aufzuheben.

2.

Der unterzeichnende Rechtsvertreter sei der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bezirksgericht Zurzach als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

3.

Es sei der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es ihr der unterzeichnende Rechtsvertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand zuzuweisen.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates Aargau."

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 Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nicht geregelt (AUER/MARTI, in: Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, 2012, N. 6 zu Art. 450f). 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). 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.

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; FREIBURGH/AU/AFHELDT in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 3 f. zu Art. 326).

1.3.

Die Beschwerdeführerin ist als Mutter gemäss Art. 450 ZGB beschwerdelegitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde kann eingetreten werden.

2.

Die unentgeltliche Rechtspflege in Verfahren vor dem Familiengericht als Kindesschutzbehörde richtet sich gemäss § 38 Abs. 3 EG ZGB nach der ZPO. 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 Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 ZPO).

3.

Das Familiengericht Zurzach hat der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 29. August 2022 (KEKV.2022.24) die unentgeltliche Rechtspflege für die Gerichtskosten bewilligt (vgl. Dispositivziffer 1). Unbestritten ist somit die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin sowie der Umstand, dass ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. E. 2.2 bis 4 des vorgenannten Entscheids). Zu prüfen bleibt die sachliche Notwendigkeit einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung.

4.

4.1.

Die Vorinstanz hielt zur Abweisung des Gesuchs um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes fest, dass sich das Verfahren auf die Festlegung eines (unbegleiteten) Besuchsrechts beschränke, weshalb die Beschwerdeführerin nicht in schwerwiegender Weise vom Verfahren betroffen sei. Besondere rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten, die es der Beschwerdeführerin verunmöglichten, sich in adäquater Weise ins Verfahren einzubringen und ihren Anliegen Gehör zu verschaffen, seien nicht erkennbar, zumal der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gelte (Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 446 Abs. 1 ZGB). Daran ändere auch das Gebot der Waffengleichheit (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) nichts, da keine weiteren besonderen Umstände vorlägen, welche die Notwendigkeit der Bestellung eines Rechtsvertreters begründen würden. Von der Beschwerdeführerin könne ohne Weiteres erwartet werden, dass sie zu den Gründen ihrer Weigerungshaltung sowie ihren übrigen Anliegen im Hinblick auf die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ohne juristische Hilfe und in ihren eigenen Worten Stellung nehme.

4.2.

Die Beschwerdeführerin macht hingegen im Wesentlichen geltend, sie sei intellektuell und sprachlich nicht in der Lage ihren Standpunkt wie vom Gericht gefordert, schriftlich darzulegen. Aufgrund der Ankündigung der bevorstehenden Gerichtsverhandlung und im Wissen darum, dass sie dort nicht nur dem Gericht, sondern auch dem Kindesvater bzw. dessen Rechtsanwalt gegenüberstehen werde, habe sie sich in nachvollziehbarer Weise hilflos gefühlt und trotz ihrer Mittellosigkeit einen Anwalt aufgesucht. Dieser habe ihre Sicht in einer schriftlichen Stellungnahme dargelegt, so dass sich das Gericht ein ausgewogenes Bild der Standpunkte beider Parteien habe machen können.

Im Nachgang zur Verhandlung vom 31. August 2022 habe das Gericht sich dahingehend geäußert, dass den Parteien ein schriftlicher Vorschlag zur Regelung des persönlichen Verkehrs unterbreitet werde, zu welchem die Parteien wiederum schriftlich Stellung nehmen könnten. Sie sei diesbezüglich erneut auf anwaltliche Beratung angewiesen, da sie selber in keiner Weise in der Lage sei, ihre eigene Rechtsposition einzuschätzen und die Tauglichkeit der vom Gericht vorgeschlagenen Formulierung zu beurteilen bzw. schriftlich dazu Stellung zu nehmen. Aufgrund der im Raum stehenden Gewaltvorwürfe zum Nachteil des Kindes, gingen die Ausführenden der Vorinstanz, dass vorliegend kein schwerwiegender Eingriff in die Elternrechte bestehe, an der Sache vorbei, da es im Verfahren nicht um ihre eigenen Rechte, sondern um jene des Kindes gehe. Angesichts des Prinzips der Waffengleichheit sei es von "herausragender Bedeutung", dass die Gegenpartei anwaltlich vertreten sei. Ausschlaggebend sei die Frage "ob eine vernünftige Person guten Glaubens mit ausreichenden Mitteln in derselben Situation einen Rechtsbeistand für sich beauftragen würde", welche vorliegend ohne Weiteres zu bejahen sei.

Im Weiteren sei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Gericht, trotz Wissen darum, dass die Regelung des Kontakts zwischen Vater und Kind Verfahrensgegenstand sei, ihr mit Schreiben vom 12. August 2022 nicht nur die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, sondern auch die unentgeltliche Rechtsverteidigung in Aussicht gestellt habe, falls sie die Unterlagen zur Mittellosigkeit einreichen könne.

5.

5.1.

Nach Art. 29 Abs. 3 BV, welcher bei den Voraussetzungen und Wirkungen von Art. 117 ff. ZPO zu berücksichtigen ist (WUFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, § 2 Rz. 15), hat eine Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, Anspruch auf unentgeltliche Verteidigung, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist. Letzteres ist

der Fall, wenn die Interessen der Partei in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Rechtsstreit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, welche die Beiziehung einer Rechtsvertretung erforderlich machen. Droht das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der betroffenen Person einzugreifen, ist die Bestellung einer unentgeltlichen Vertretung grundsätzlich geboten, sonst nur dann, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die gesuchstellende Person auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre. Neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts fallen auch in der Person der Partei liegende Gründe in Betracht, wie etwa ihre Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden. Die sachliche Notwendigkeit einer anwaltlichen Verbeiständung wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der Oficialmaxime oder dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird. Die Geltung dieser Verfahrensgrundsätze rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine rechtsanwaltliche Verbeiständung sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (zum Ganzen vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_511/2016 vom 9. Mai 2017 E. 4.2 mit Hinweisen).

Von Bedeutung für die Beurteilung der Notwendigkeit eines Rechtsbeistandes ist, ob die Gegenpartei durch einen Anwalt vertreten ist. Es muss sichergestellt sein, dass die mittellose Partei im Sinne der "Waffengleichheit" prozessual über die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten in der Weise verfügt, dass die von einem Anwalt vertretene Gegenpartei sich nicht vorweg in einer günstigeren Lage befindet. Damit die mittellose Partei in Fällen, wo die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist und nicht über Bagatellen gestritten wird, über gleich lange Spiesse verfügen kann, ist unentgeltliche Rechtsverbeiständung entgegen der bisherigen zurückhaltenden Praxis auch bei Geltung der Oficialmaxime mit richterlicher "Fürsorgepflicht" regelmässig zu bewilligen (RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2017, N. 12 zu Art. 118 ZPO).

5.2.

5.2.1.

Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens bildet die Regelung des Besuchsrechts. Da der allfällig als Rechtsbeistand einzusetzende Rechtsanwalt die Interessen der Beschwerdeführerin und nicht diejenigen des Kindes vertritt, ist es entgegen der Ausführungen in der Beschwerde von Relevanz, ob ein schwerwiegender Eingriff in die Elternrechte vorliegt. Dass die Parteien in einer Besuchsrechtsstreitigkeit der Wahrung des Kindeswohls als übergeordnetes Interesse Rechnung zu tragen haben, vermag daran nichts zu ändern und sollte überdies für beide Parteien als selbstverständlich gelten. Die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem

Vater und dem gemeinsamen Sohn stellt nicht ohne weiteres einen besonders starken Eingriff in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin dar und erfordert bei Anwendung der Oficialmaxime (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 446 Abs. 3 ZGB) und des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 446 Abs. 1 ZGB) als solcher noch nicht die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistands oder einer Rechtsbeiständin.

5.2.2.

Wie sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführerin richtig ausgeführt haben, führt das Gebot der Waffengleichheit (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) nicht zu einem Automatismus, gemäss welchem zwingend die Einsetzung einer Rechtsvertretung geboten ist, wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist. Im vorliegenden Fall treten jedoch weitere in der Person der Beschwerdeführerin liegende Gründe hinzu, welche den Beizug eines Rechtsanwalts oder einer Rechtsanwältin aufdrängen, damit sich der von einem Rechtsanwalt vertretene Vater des gemeinsamen Kindes nicht vorweg in einer günstigeren Lage befindet. So lässt sich dem Bericht des Vereins E. vom 23. November 2020 entnehmen, dass die Beschwerdeführerin auf sehr viel Unterstützung in ihrer Administration und der Wahrnehmung von Terminen sowie auf Schutz vor ihrer eigenen Überforderung und dem Verschweigen dieser Überforderung angewiesen ist (KEZW.2021.43, act. 11 f.). Ein weiteres Indiz für die Unbeholfenheit der Beschwerdeführerin stellt der Umstand dar, dass ihr Einkommen zumindest im Zeitpunkt der Regelung der Unterhaltspflicht des Vaters (welche im Übrigen erst erfolgte, als das Kind bereits sechs Jahre alt war) gemäss Bericht der jfb F. im Rahmen eines freiwilligen Settings von einer zum Verein E. zugehörigen Institution verwaltet wurde (KEZW.2021.43, act. 16). Die Berichte liegen zwar bereits einige Zeit zurück, Anhaltspunkte dafür, dass sich die Situation der Beschwerdeführerin zwischenzeitlich grundlegend verändert haben, sind jedoch nicht ersichtlich. So sprach sich die Beiständin auch an der Anhörung vom 31. August 2022 nach wie vor für die Notwendigkeit der mit vorgenanntem Bericht des Vereins E. vom 23. November 2020 beantragten (vgl. KEZW.2021.43, act. 12) und der zuständigen Beistandsperson in Folge gerichtlich beauftragten (vgl. KEZW.2021.43, act. 5 f. bzw. 134 f.) Installation einer sozialpädagogischen Familienbegleitung aus (KEKV.2022.24, act. 78).

Aufgrund des Gesagten ist es offensichtlich, dass die Beschwerdeführerin nicht in der Lage ist, sich selbständig im Verfahren zu Recht zu finden und ohne Benachteiligung gegenüber der anwaltlich vertretenen Gegenpartei ihre Interessen zu wahren – umso mehr sie mehrfach um schriftliche Stellungnahme gebeten wurde, wobei insbesondere der im Nachgang zur Anhörung vom 31. August 2022 bei den Parteien angeforderte Stellungnahme zum schriftlich zugestellten Vorschlag des Gerichts zur Regelung des Kontaktrechts eine nicht unwesentliche Bedeutung zukommen dürfte

(vgl. KEKV.2022.24, act. 85 f.). Die Vorinstanz hat deshalb zu Unrecht die sachliche Notwendigkeit für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes verneint.

Ob die Vorinstanz, wie von der Beschwerdeführerin sinngemäss behauptet, aufgrund des Schreibens vom 12. August 2022 mit Hinweis auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege (KEKV.2022.24, act. 13 f.) und anschliessender Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtsverbeiständung das aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitete Gebot der prozessualen Fairness verletzt hat, kann aufgrund der gegebenen Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung nachfolgend offen gelassen werden.

6.

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde gutzuheissen und der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu bewilligen.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist keine Entscheidgebühr zu erheben (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 24 EG ZPO). Der Kanton hat jedoch der Gesuchstellerin die obergerichtlichen Parteikosten zu ersetzen. Die Entschädigung beläuft sich für das Beschwerdeverfahren nach konstanter Rechtsprechung des Obergerichts auf pauschal Fr. 800.00 (§ 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. § 3 Abs. 2 und § 12 AnwT). Diese Parteientschädigung ist ihr durch die Bezirksgerichtskasse Zurzach als Kasse der unterliegenden Vorinstanz auszurichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO; BGE 140 III 501 E. 4). Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird damit gegenstandslos.

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entscheidet:

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Familiengerichts Zurzach vom 29. August 2022 (KEKV.2022.24) aufgehoben und es wird erkannt:

1.

Der Gesuchstellerin, A., wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.

2.

Als unentgeltlicher Rechtsvertreter wird Rechtsanwalt Dr. iur. Andreas Edelmann, [...], eingesetzt.

3.

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

4.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

5.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

2.

Es wird keine Entscheidgebühr erhoben.

3.

Die Bezirksgerichtskasse Zurzach wird angewiesen, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 800.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) auszurichten.