

XBE.2022.66

(KE.2022.542; KEMN.2022.912)

Art. 75

Entscheid vom 5. Dezember 2022

Besetzung	Oberrichterin Merkofer, Präsidentin Oberrichter Lindner Oberrichter Holliger Gerichtsschreiberin B. Gloor
Beschwerde- führer	A. _____, [...] vertreten durch lic. iur. Jean-Christophe Schai, Rechtsanwalt, [...]
Anfechtungs- gegenstand	Entscheid des Familiengerichts Baden vom 6. September 2022
Betreff	Prüfung einer Massnahme / Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entnimmt den Akten:

1.

1.1.

A. und C. sind die unverheirateten und getrennt lebenden Eltern der gemeinsamen Tochter D. (nachfolgend: die Betroffene), geboren am tt.mm.2021, welche unter der alleinigen elterlichen Sorge und Obhut der Mutter steht.

1.2.

Nach Erstattung einer Gefährdungsmeldung der Kinderschutzgruppe des Kantonsspitals E. am 30. Mai 2022 (Posteingang) eröffnete das Familiengericht Baden ein kindsschutzrechtliches Verfahren (vgl. act. 1 ff. in KEMN.2022.912). Mit Eingabe vom 18. August 2022 stellte der Rechtsvertreter des Vaters ein Gesuch um Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge sowie Zuweisung der elterlichen Obhut. Gleichzeitig beantragte er die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und -verbeiständung (vgl. act. 23 ff. in KEMN.2022.912).

1.3.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 23. August 2022 errichtete die Gerichtspräsidentin des Familiengerichts Baden für die Betroffene eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB und setzte die Berufsbeiständin F. als Mandatsträgerin ein. Die Beiständin wurde damit beauftragt, die Mutter in ihrer Sorge um die Betroffene mit Rat und Tat zu unterstützen und die geeignete Betreuung der Betroffenen sicherzustellen und die Eltern in derselben zu unterstützen (vgl. act. 36 ff. in KEMN.2022.912).

1.4.

Mit Verfügung vom 6. September 2022 bewilligte die Gerichtspräsidentin des Familiengerichts Baden das Gesuch des Vaters um unentgeltliche Rechtspflege für allfällige Gerichtskosten und wies gleichzeitig sein Gesuch um Einsetzung eines unentgeltlichen Vertreters ab (vgl. act. 60 ff. in KEMN.2022.912).

1.5.

Das Gesuch der Mutter um Einsetzung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters vom 31. August 2022 wurde ebenfalls mit separater Verfügung vom 6. September 2022 abgewiesen (vgl. act. 55 ff. in KEMN.2022.912), woraufhin ihr Rechtsvertreter mit Schreiben vom 16. September 2022 das Mandat niederlegte (vgl. act. 84 in KEMN.2022.912). Mit Eingabe vom 29. September zeigte ein neuer Rechtsvertreter die Interessensvertretung der Mutter an (vgl. act. 85 in KEMN.2022.912).

2.

2.1.

Gegen die ihm am 14. September 2022 zugestellte Verfügung erhob der Vater (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 26. September 2022 (Abgabe der Eingabe per IncaMail) Beschwerde bei der Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz des Obergerichts des Kantons Aargau und beantragte:

- " 1. Ziff. 2 der Verfügung des Familiengerichts Baden vom 6. September 2022 im Verfahren KEMN.2022.912 sei aufzuheben und es sei dem Beschwerdeführer ein unentgeltlicher Rechtsvertreter in der Person des Unterzeichnenden zu bestellen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten des Staates, eventualiter der Gesuchsgegnerin.

Prozessualer Antrag:

Es sei dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

2.2.

Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 29. September 2022 auf eine Vernehmlassung unter Hinweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung, und die Möglichkeit, die Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen.

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

1.3.

Der Beschwerdeführer ist als Vater 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 Baden hat dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 6. September 2022 (KEMN.2022.912) die unentgeltliche Rechtspflege für die Gerichtskosten bewilligt (vgl. Dispositivziffer 1). Unbestritten ist somit die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers sowie der Umstand, dass sein Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. 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 es vorliegend mit einer allfälligen

Umteilung der Obhut und der beantragten gemeinsamen elterlichen Sorge um Fragen des Kindeswohls gehe. Es gehe darum, die Interessen des Kindes zu wahren, weshalb das Verfahren nicht besonders schwer in die Rechtsposition des Vaters einzugreifen drohe. Das Verfahren biete zudem keine tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten, denen er allein nicht gewachsen wäre. Darüber hinaus wende das Familiengericht als Kindeschutzbehörde das Recht ohnehin von Amtes wegen an und entscheide im Rahmen der geltenden Officialmaxime ohne Bindung an die Parteianträge. Eine rechtliche Vertretung des Vaters sei deshalb unter all diesen Aspekten nicht notwendig. Aufgrund der vorliegend im Vordergrund stehenden Interessenwahrung des Kindes und der vor der Kindeschutzbehörde geltenden Prozessmaximen erfahre auch der Grundsatz der Waffengleichheit eine Ausnahme (vgl. E. 5.2 der angefochtenen Verfügung).

4.2.

Der Beschwerdeführer macht hingegen im Wesentlichen geltend, die elterliche Obhut umfasse die Befugnis, mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft zu leben, die tägliche Betreuung des Kindes und die Rechte und Pflichten betreffend die alltägliche Pflege und Erziehung. An die elterliche Obhut geknüpft seien sodann zahlreiche Rechtsfolgen, insbesondere bezüglich Wohnsitz des Kindes und der Unterhaltspflicht. Die Beurteilung der elterlichen Obhut betreffe in keiner Weise lediglich oder auch nur in prioritärer Weise das Kind, sondern gleichermassen auch deren Eltern. Die Zuweisung oder den Entzug der elterlichen Obhut stelle vielmehr sogar einen der weitreichendsten und einschneidendsten Entscheide im ganzen Familienrecht dar und beschlage nicht nur den Kontakt des Kindes zu einem oder beiden Elternteilen, sondern auch umgekehrt deren Kontakt zum Kind. Es werde daher besonders schwer in die Rechtsposition des Vaters eingegriffen, weshalb der Beschwerdeführer ein immenses Interesse habe, im Verfahren rechtlich beraten und vertreten zu werden. Der Beschwerdeführer habe keine Kenntnis von der zahlreichen in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Praxis zur Frage der alleinigen oder alternierenden Obhutszuweisung bzw. Zuweisung an Drittpersonen, Besuchsrechtsregelungen bis hin zu Unterhaltsfragen sowie zu verfahrensrechtlichen Anträgen und Massnahmebegehren. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz schliesse auch weder die Geltung der Untersuchungs- noch der Officialmaxime die unentgeltliche Rechtspflege von vornherein aus. Auch der Ansicht, dass der Grundsatz der Waffengleichheit aufgrund dieser Maximen eine Ausnahme erfahre, könne nicht gefolgt werden.

5.

5.1.

Nach Art. 29 Abs. 3 BV, welcher bei den Voraussetzungen und Wirkungen von Art. 117 ff. ZPO zu berücksichtigen ist (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, § 2 Rz. 15), hat eine Per-

son, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung, 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 Officialmaxime 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 Officialmaxime mit richterlicher "Fürsorgepflicht" regelmässig zu bewilligen (RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2017, N. 12 zu Art. 118 ZPO).

5.2.

Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens bildet die Regelung der elterlichen Sorge sowie der elterlichen Obhut über die Betroffene. Wie aus den aktenkundigen Unterlagen hervorgeht, leidet die Mutter, welcher derzeit die alleinige elterliche Sorge und Obhut zusteht, unter einem erheblichen Alkoholproblem, was bei ihr zu einer ernsthaften Leberzirrhose geführt hat. Die Betroffene kam als Frühgeburt zur Welt, was einen Neonatologieaufenthalt über mehrere Wochen zur Folge hatte. Schon damals bestand ein Verdacht auf eine fetale Alkoholspektrumsstörung. Der Beschwerdeführer befand

sich nach der Geburt der Betroffenen bis zum tt.mm.2022 im Strafvollzug. In der Vergangenheit wurden vereinbarte Unterstützungsmassnahmen bezüglich der Betroffenen (Mütterberatung, Kinderarzt- und Physiotherapietermine) von der Mutter abgebrochen und diese ist trotz Termin am tt.mm.2022 nicht in die Entzugsklinik eingetreten (vgl. act. 1 f. und act. 24 in KEMN.2022.912). Gemäss dem Beschwerdeführer begeben sich die Mutter in Kürze dennoch in eine längere Entzugskur und könne sich dann nicht um das Kind kümmern (vgl. act. 26 in KEMN.2022.912). Aus dem Sozialbericht der Mütter- und Väterberatung geht hervor, dass die Betroffene in vielen Bereichen eine Entwicklungsverzögerung zeige und latent gefährdet sei. Sowohl die gesundheitliche Situation der Mutter als auch die fehlenden materiellen Ressourcen der Familie seien eine grosse Belastung für das ganze Familiensystem (vgl. act. 50a ff. in KEMN.2022.912).

Die vorliegenden Verhältnisse zeigen eine schwierige persönliche, gesundheitliche und emotionale Lebenssituation der Eltern. Insbesondere die Frage, ob eine Umteilung der Obhut von der Mutter auf den Vater zu erfolgen hat – oder aufgrund der gesundheitlichen Problemen der Mutter sogar schwerwiegendere Kindesschutzmassnahmen wie eine Fremdplatzierung der Betroffenen zum Thema werden –, ist vor diesem Hintergrund heikel und vielschichtig. Ihre Beantwortung ist für den Beschwerdeführer selbst – wie auch für das Kind – von erheblicher Bedeutung. Der unter Berücksichtigung des Wohls des Kindes zu fällende Entscheid über die elterliche Sorge und die Obhut wird daher stark in die persönliche Situation des Beschwerdeführers eingreifen und ist als schwerwiegender Eingriff in seine Elternrechte zu werten. Es ist für ihn daher von grosser Wichtigkeit, dass im Verfahren die nach der Rechtsprechung entscheidungswesentlichen Tatsachen vorgebracht werden. Daran vermag auch die Geltung des Untersuchungs- bzw. Officialgrundsatzes nichts zu ändern, zumal den Parteien selbst unter Geltung dieser Verfahrensgrundsätze bei der Aufarbeitung des Sachverhalts Mitwirkungspflichten obliegen. Auch der Fachrichter des Familiengerichts Baden wies den Beschwerdeführer auf die Möglichkeit des Beizugs eines Anwalts hin (Aktennotiz vom 15. August 2022, act. 20 in KEMN.2022.912). Angesichts dessen, dass es sich vorliegend keineswegs um eine Bagatellstreitigkeit handelt, rechtfertigt sich der Beizug eines Rechtsanwalts für den Beschwerdeführer, damit sich die von einem Rechtsanwalt vertretene Mutter nicht vorweg in einer günstigeren Lage befindet (vgl. E. 5.1. und Sachverhalt Ziff. 1.5. hiervor). Die Vorinstanz hat deshalb zu Unrecht die Notwendigkeit für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes verneint.

6.

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde gutzuheissen und dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverteidigung 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 dem Beschwerdeführer 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 ihm durch die Bezirksgerichtskasse Baden als Kasse der unterliegenden Vorinstanz auszurichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO; BGE 140 III 501 E. 4). Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird damit gegenstandslos.

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entscheidet:

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird die Dispositivziffer 2 der Verfügung des Familiengerichts Baden vom 6. September 2022 (KEMN.2022.912) aufgehoben und wie folgt ersetzt:

2.

Als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Vaters wird Rechtsanwalt lic. iur. Jean-Christophe Schai, [...], eingesetzt.

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

2.

Es wird keine Entscheidgebühr erhoben.

3.

Die Bezirksgerichtskasse Baden wird angewiesen, dem Vater für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 800.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) auszurichten.