

XBE.2022.86

(KEMN.2022.427/428)

Art. 36

Entscheid vom 28. April 2023

Besetzung	Oberrichterin Merkofer, Präsidentin Oberrichter Lindner Oberrichter Holliger Gerichtsschreiberin B. Gloor
Beschwerde- führer	A. _____, [...] vertreten durch lic. iur. B._____, Rechtsanwalt, [...]
Anfechtungs- gegenstand	Entscheid des Familiengerichts Aarau vom 7. Dezember 2022
Betreff	Änderung einer Massnahme / unentgeltliche Rechtspflege

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entnimmt den Akten:

1.

1.1.

C. und A. sind die verheirateten und getrennt lebenden Eltern der betroffenen gemeinsamen Kinder D., geboren am tt.mm.2014, und E., geboren am tt.mm.2019. Mit Eheschutzentscheid des Familiengerichts Baden vom 16. Dezember 2020 wurden die Kinder für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Mutter gestellt (vgl. Beschwerdebeilage 4). Es wurde für eine erste Phase ein begleitetes Besuchsrecht an drei Tagen pro Monat während drei Stunden sowie ein wöchentliches Videotelefonat während einer Stunde angeordnet. Ein schrittweiser Ausbau des Besuchsrechts wurde vom Abschluss des gegen den Vaterhängigen Strafverfahrens abhängig gemacht. Die für die beiden Kinder bestehende Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wurde entsprechend angepasst.

1.2.

Mit Eingabe vom 11. Mai 2022 ersuchte die Beiständin beim Familiengericht Aarau um Einsetzung einer interkulturellen Familienbegleitung, um die Telefonate zwischen dem Vater und den Kindern professionell zu begleiten und einer Entfremdung entgegenzuwirken (vgl. act. 1 in KEMN.2022.427/428). In der Folge wurde eine solche interkulturelle Familienbegleitung ohne Intervention des Familiengerichts aufgegeben, da sich beide Elternteile damit einverstanden erklärten (vgl. act. 6 in KEMN.2022.427/428). Nach ungefähr zwei Monaten wurde die interkulturelle Familienbegleitung aufgrund von erheblichen Problemen zwischen der Kindsmutter und dem Familienbegleiter abgebrochen. Der vom Familienbegleiter am 2. September 2022 erstattete Schlussbericht (vgl. act. 94 ff. in KEMN.2022.427 und act. 80 in KEMN.2022.428) leitete die Beiständin dem Familiengericht Aarau weiter. Am 28. September 2022 wurde die gemeinsame Tochter (vgl. act. 160 ff. in KEMN.2022.427) und am 4. Oktober 2022 die Eltern getrennt voneinander persönlich angehört (vgl. act. 168 ff. in KEMN.2022.427 und act. 148 ff. KEMN.2022.428). Am 3. November 2022 fällte das Familiengericht Aarau folgende Entscheidung im Dispositiv (KEMN.2022.427/428), welcher dem Vater am 10. November 2022 zugestellt wurde:

1.

Das Besuchsrecht zwischen dem Vater A. und seinen Kindern D., geboren am tt.mm.2014, sowie E., geboren am tt.mm.2019, wird in Abänderung des Entscheids des Familiengerichts Baden vom 16. Dezember 2020 mit sofortiger Wirkung wie folgt geregelt:

- a.) Der Vater wird berechtigt erklärt, seine Kinder D. und E. gemeinsam einmal pro Monat für drei Stunden in begleitetem Rahmen zu besuchen;

b.) die Besuchsbegleitung erfolgt durch die F., [...].

2.

Die mit Entscheid des Familiengerichts Baden vom 16. Dezember 2020 gewährte wöchentliche Stunde Videotelefonie zwischen dem Vater A. und seinen Kindern D. und E. wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3.

Dem Vater A. werden gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB die folgenden Weisungen erteilt:

a.) die Termine des begleiteten Besuchsrechts nach Anordnung der Beiständin zuverlässig wahrzunehmen;

b.) alles zu unterlassen, was das Verhältnis der Kinder D. und E. zu ihrer Mutter C. negativ beeinflusst, insbesondere sämtliche Beschimpfungen, Verunglimpfungen und Verleumdungen.

4.

Dem Vater wird verboten, ausserhalb des gewährten Besuchsrechts in irgendeiner Form Kontakt zu seinen Kindern D. und E. aufzunehmen.

5.

Die bestehende Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB sowie die bestehende Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 306 Abs. 2 ZGB für D. wird weitergeführt und die Beiständin G. in ihrem Amt bestätigt.

6.

Der Beiständin werden die folgenden Aufgabenbereiche übertragen:

a) D. / E. in ihrer / seiner persönlichen Entwicklung zu begleiten;

b) die Eltern in ihrer Sorge um D. / E. mit Rat und Tat zu unterstützen;

c) Überwachung und Organisation des Besuchsrechts zwischen dem Vater und D. / E.;

d) Beratung der Eltern in Bezug auf die Ausübung des Besuchsrechts;

e) die Finanzierung der durch das begleitete Besuchsrecht anfallenden Kosten zu regeln bzw. sicherzustellen;

f) für die Betroffene D. die kinderpsychologische Betreuung zu organisieren, zu begleiten und deren Finanzierung sicherzustellen;

g) D. im Strafverfahren gegen den Kindsvater zu vertreten;

h) Überwachung der erteilten Weisungen.

7.

Die Beiständin ist zur Gewährleistung des Kindeswohls berechtigt, den Eltern die notwendigen Weisungen zu erteilen.

8.

8.1.

Die Beiständin hat nötigenfalls Antrag auf Anpassung der behördlichen Massnahmen an veränderte Verhältnisse zu stellen.

8.2.

Die Beiständin wird unter Aufrechterhaltung der Berichtsperiode aufgefordert, den ordentlicherweise alle zwei Jahre fälligen Bericht per 31. Juli 2023 zu erstatten und diesen per 31. Oktober 2023 dem Familiengericht Aarau unaufgefordert in doppelter Ausfertigung einzureichen.

8.3.

Die Beiständin wird aufgefordert, die bisherige Ernennungsurkunde dem Familiengericht Aarau zurück zu geben.

9.

Die Gemeinde Q. wird eingeladen, innert 10 Tagen seit Zustellung dieser Verfügung im Sinne von § 33 EG ZGB Stellung zu nehmen. Geht innert Frist keine Stellungnahme ein, so wird Verzicht angenommen.

10.

Auf die Erhebung von Gerichtskosten wird verzichtet.

11.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

12.

Einer allfälligen Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

1.3.

Mit Eingabe vom 18. November 2022 teilte Rechtsanwalt B. die Vertretung des Vaters mit und stellte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung (KEMN.2022.427 act. 193, KEMN.2022.428 act. 172).

1.4.

Mit Verfügung vom 7. Dezember 2022 wies der Gerichtspräsident das Gesuch des Vaters um unentgeltliche Rechtspflege ab (KEMN.2022.427/428).

2.

2.1.

Gegen die ihm am 13. Dezember 2022 zugestellte Verfügung vom 7. Dezember 2022 erhob der Vater (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 15. Dezember 2022 Beschwerde bei der Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz des Obergerichts des Kantons Aargau und beantragte:

- " 1. Es seien die angefochtenen Verfügungen aufzuheben und in der Folge sei dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
2. Es sei dem Beschwerdeführer für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm sei ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichnenden zu bestellen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7 % Mehrwertsteuer zulasten des Beschwerdegegners für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren."

2.2.

Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 21. Dezember 2022 auf eine Vernehmlassung unter Hinweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung.

2.3.

Am 27. Dezember 2022 reichte der Beschwerdeführer eine weitere Stellungnahme ein.

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

1.3.

Der Beschwerdeführer ist als Vater der Betroffenen gemäss Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB beschwerdelegitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde kann eingetreten werden.

2.

2.1.

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).

2.2.

Ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann vor und während der gesamten Dauer der Rechtshängigkeit des Hauptverfahrens gestellt werden (Art. 119 Abs. 1 ZPO). Die Wirkungen der unentgeltlichen Rechtspflege treten grundsätzlich erst ab Einreichung des Gesuchs ein (RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N. 4 zu Art. 119 ZPO) und dauern bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens vor der entsprechenden Instanz, sofern der Gesuchsteller nicht vorher darauf verzichtet oder das Gericht die erteilte Bewilligung widerruft. Im erstinstanzlichen Verfahren gilt die erteilte unentgeltliche Rechtspflege bis zur Erledigung der Hauptsache, mithin bis das erstinstanzliche Gericht das Verfahren (vorerst) abgeschlossen hat, sei es durch Entscheid oder Abschreibungsbeschluss. Für das Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, Rz. 728). Auch bei einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bei der Rechtsmittelinstanz treten die Wirkungen erst ab Einreichung des Gesuchs ein. Die Wirkungen eines bewilligten Rechtspflegegesuchs müssen dort beginnen, wo diejenigen des vom erstinstanzlichen Richter behandelten Gesuchs enden, d.h., das Gesuch vor der zweiten Instanz umfasst insbesondere das eigentliche Verfassen der Rechtsmittelschrift (WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 716).

3.

3.1.

Im vorliegenden Fall ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung erst mit Eingabe vom 18. November 2022 (Posteingang beim Familiengericht Aarau am 21. November 2022; act. 172 ff. in KEMN.2022.428 / act. 193 ff. in KEMN.2022.427) und somit nach Erlass des Entscheids in der Hauptsache vom 3. November 2022 gestellt worden. Als Hinweis zum Entscheiddispositiv hielt das Familiengericht Aarau beim Erlass des Entscheiddispositivs vom 3. November 2022 mit Verweis auf Art. 239 Abs. 2 ZPO fest, dass die am Verfahren beteiligten Personen und die der betroffenen Person nahestehenden Personen sowie Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids haben, innert 10 Tagen seit Zustellung dieses Dispositivs mit schriftlicher Eingabe eine schriftliche Begründung verlangen können. Ein Rechtsmittel gegen den Entscheid des Familiengerichts könne erst nach Erhalt des vollständig ausgefertigten Entscheids ergriffen werden.

3.2.

In Kindesschutzverfahren werden in erster Instanz in der Regel gemäss § 38 Abs. 1 EG ZGB keine Gerichtskosten erhoben. So wurde im Dispositiventscheid vom 3. November 2022 (Ziff. 10) auf die Erhebung von Gerichtskosten im vorinstanzlichen Verfahren verzichtet. Daran ändert auch das Begründungsbegehren des Vaters vom 18. November 2022 und die Ausfertigung der Begründung des Hauptentscheids nichts. Da der Vater dementsprechend im vorinstanzlichen Verfahren nicht mit Gerichtskosten belastet wird, hat die Vorinstanz in korrekter Weise festgehalten, dass bezüglich Gerichtskosten keine unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sei (E. 4 der angefochtenen Verfügung).

3.3.

Da die Wirkungen der unentgeltlichen Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren mit einem Entscheid in der Hauptsache enden (vgl. E. 2.2 hier vor), hatte der Beschwerdeführer nach Erlass des Entscheids vom 3. November 2022 im Dispositiv für die Bewilligung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung im betreffenden vorinstanzlichen Verfahren im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung am 18. November 2022 grossmehrheitlich kein Rechtsschutzinteresse mehr, zumal nach erfolgter Gesuchseinreichung dem Beschwerdeführer als Prozesshandlungen im erstinstanzlichen Hauptverfahren nur noch das Verlangen und die Entgegennahme des begründeten Entscheids verblieben. Für diese Handlungen, welche als einfache Verfahrenshandlungen zu betrachten sind und wofür keine rechtlichen Kenntnisse erforderlich sind, ist eine Rechtsvertretung sachlich nicht geboten, weshalb das Familiengericht Aarau im Ergebnis zu Recht die Notwendigkeit eines Beizugs eines unentgeltlichen Rechtsvertreters verneint hat. Der Antrag des Beschwerdeführers, ihm für

das vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung zu bewilligen, ist somit abzuweisen.

4.

Für eine rückwirkende Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (also für den Zeitraum vor der Gesuchseinreichung am 18. November 2022) fehlt die vom Gesetz geforderte Ausnahmesituation gemäss Art. 119 Abs. 4 ZPO. Eine rückwirkende Entfaltung der Wirkungen kann ausnahmsweise bewilligt werden, wenn beispielsweise die zeitliche Dringlichkeit einer sachlich zwingend gebotenen Prozesshandlung es nicht zulässt, gleichzeitig auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen, oder wenn eine anwaltlich nicht vertretene Partei ihren Anspruch nicht kannte und auch nicht hätte kennen müssen (vgl. EMMEL, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, N. 4 zu Art. 119 ZPO). Von dieser Möglichkeit der rückwirkenden Bewilligung ist jedoch äusserst restriktiv Gebrauch zu machen (HUBER, DIKE-Komm-ZPO, N. 12 zu Art. 119 ZPO). Dass eine solche Ausnahmesituation hier vorliegt, hat der Gesuchsteller weder geltend gemacht, noch ist sie aus den Akten ersichtlich.

5.

5.1.

Auf die Erhebung von obergerichtlichen Verfahrenskosten wird gemäss Art. 38 Abs. 5 EG ZGB i.V.m. Art. 107 Abs. 2 ZPO ausnahmsweise verzichtet, da davon auszugehen ist, dass der Beschwerdeführer unzureichend beraten wurde.

5.2.

Der Beschwerdeführer hat mit Beschwerde vom 15. Dezember 2022 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung für das Beschwerdeverfahren gestellt.

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (§ 38 Abs. 3 EG ZGB i.V.m. Art. 117 ZPO).

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, war die Beschwerde von Vornherein aussichtslos. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher abzuweisen, soweit es in Bezug auf die Verfahrenskosten nicht gegenstandslos geworden ist.

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz beschliesst:

Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren wird abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist.

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entscheidet:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Auf die Erhebung von obergerichtlichen Verfahrenskosten wird verzichtet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.