

XBE.2023.11

(KEMN.2022.385 / KEMN.2022.386)

Art. 41

Entscheid vom 22. Mai 2023

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

Beschwerde- **A.**_____,
führer [...]

Mutter **B.**_____,
 [...]

Betroffene **C.**_____,
Person 1 [...]

Betroffene **D.**_____,
Person 2 [...]

1 und 2 Beistand: E._____, [...]

Anfechtungs- Entscheid des Familiengerichts Baden vom 28. November 2022
gegenstand

Betreff Änderung einer Massnahme

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entnimmt den Akten:

1.

1.1.

D., geboren am tt.mm.2008, und C., geboren am tt.mm.2010, sind die Kinder der geschiedenen Eltern B. und A.. Die Kinder stehen unter der gemeinsamen elterlichen Sorge. Für die Kinder besteht seit dem 30. Oktober 2017 eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB. Seit 1. Oktober 2022 amtet E. als Beistand der betroffenen Kinder (vgl. Verfahren KEMN.2021.1441).

1.2.

Mit Schreiben vom 14. Februar 2022 beantragte der Vater beim Familiengericht Baden u.a. sinngemäss einen Mandatsträgerwechsel und die Zusprenkung der alleinigen elterlichen Sorge an ihn sowie die alternierende Obhut (act. 1 in KEMN.2022.385). Der Vater und der Beistand wurden in der Folge am 6. Mai 2022 persönlich angehört (act. 16 ff. in KEMN.2022.385). Am 1. Juli 2022 fand eine telefonische Anhörung der Mutter statt (act. 38 f. in KEMN.2022.385). Mit Entscheid vom 2. August 2022 setzte das Familiengericht Baden die Aufgaben der Beistandschaft neu fest und wies im Übrigen sämtliche Begehren ab, soweit darauf eingetreten wurde oder sie nicht als gegenstandslos von der Kontrolle abgeschrieben wurden (act. 40 ff. in KEMN.2022.385).

1.3.

Nachdem der Beistand mit Schreiben vom 1. September 2022 mangels Kooperationsbereitschaft der Mutter die Aufhebung des Aufgabenbereiches, eine sozialpädagogische Familienbegleitung zu installieren sowie darüber Bericht zu erstatten, beantragte, prüfte das Familiengericht Baden eine Wiedererwägung des Entscheids vom 2. August 2022 (act. 45 ff. in KEMN.2022.385). Nachdem die Mutter in der Folge die Anmeldung für die sozialpädagogische Familienbegleitung vornahm (act. 48 in KEMN.2022.385), erkannte das Familiengericht Baden mit Entscheid vom 28. November 2022 folgendes (KEMN.2022.385/386 / KEMF.2022.69/70):

" 1.

Der Entscheid des Familiengerichts Baden vom 2. August 2022 wird nicht in Wiedererwägung gezogen.

2.

Der Entscheid des Familiengerichts Baden vom 2. August 2022 wird bestätigt und lautet wie folgt:

1.

Die für die Betroffenen bestehende Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird weitergeführt und umfasst neu folgende Aufgabenbereiche:

- Die Eltern in ihrer Sorge um die Betroffenen mit Rat und Tat zu unterstützen;
- eine sozialpädagogische Familienbegleitung ([...] oder ähnliches) zu installieren, diese zu begleiten und deren Finanzierung sicherzustellen;
- für eine Berichterstattung über den Verlauf der sozialpädagogischen Familienbegleitung besorgt zu sein und diese dem Familiengericht einzureichen;
- zwischen den Eltern in Bezug auf die Ausgestaltung des Besuchsrechts zu vermitteln;
- das Besuchsrecht zu überwachen und die weiteren Modalitäten der Besuchskontakte mit den Eltern und den Betroffenen zu erarbeiten und nötigenfalls festzulegen (Übergabeort, das Nachholen von Besuchstagen usw.);
- festzulegen, an welchen sieben Wochen im Jahr während den Schulferien die Betroffenen am Freitag, 10.00 bis 17.00 Uhr, beim Vater verbringen, sofern sich die Eltern diesbezüglich nicht einigen können.

2.

Die bisherigen Pflichten des Beistands, insbesondere zur ordentlichen Berichtsablage, bleiben unverändert bestehen.

3.

Soweit mehr oder anderes beantragt wird, werden die entsprechenden Begehren abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird oder sie nicht als gegenstandslos von der Kontrolle abgeschrieben werden.

4.

Auf die Erhebung von Gerichtskosten wird verzichtet.

5.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6.

Es wird auf die Bestimmungen von § 43 Abs. 5 EG ZGB betreffend Kostentragung hingewiesen. Diese lautet wie folgt:

[...]

7.

Die Beistandsperson wird auf die Haftungsbestimmungen nach Art. 454 Abs. 4 ZGB i.V.m. § 12 Abs. 1 Haftungsgesetz i.V.m. § 64 Abs. 1 und 2 EG ZGB aufmerksam gemacht. Diese lauten wie folgt:

[...]"

2.

2.1.

Gegen diesen ihm am 14. Dezember 2022 in begründeter Ausfertigung zugestellten Entscheid erhob der Vater (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit

Postaufgabe vom 12. Januar 2023 Beschwerde bei der Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz des Obergerichts des Kantons Aargau. Er rügte die Ausübung des Mandats durch den aktuellen Beistand und beantragte sinngemäss einen Mandatsträgerwechsel. Zudem stellte er ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege.

2.2.

Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 17. Januar 2023 auf eine Vernehmlassung unter Hinweis auf die Begründung im angefochtenen Entscheid.

2.3.

Am 24. Januar 2023 ging vom Beschwerdeführer eine Auflistung mit einer Betreuungsübersicht für die Jahre 2021 und 2022 ein.

2.4.

Mit Eingabe vom 25. Januar 2023 leitete die Vorinstanz zuständigkeitshalber eine Maileingabe des Beschwerdeführers vom 24. Januar 2023 samt Beilagen an das Obergericht, Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz, weiter.

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 Obergerichts des Kantons Aargau als einzige Beschwerdeinstanz (§ 41 EG ZGB i.V.m. § 10 Abs. 1 lit. c EG ZPO und § 10 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Obergerichts des Kantons Aargau vom 21. November 2012 [GKA 155.200.3.101] i.V.m. deren Anhang 1 Ziff. 5 Abs. 7 lit. b).

1.2.

Die Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass: Der Vater ist gemäss Art. 450 ZGB beschwerdelegitimiert, und die Beschwerde gegen den angefochtenen Entscheid wurde form- und fristgerecht eingereicht.

1.3.

Die Rechtsmittelinstanz prüft den erstinstanzlichen Entscheid von Amtes wegen in Anwendung der Untersuchungs- und Officialmaxime – in der

Regel beschränkt auf den Umfang der Anfechtung – in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend und beurteilt ihn neu (Art. 446 Abs. 4 ZGB; Botschaft zum Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, nachfolgend: BBl 2006 7001 ff., S. 7083).

2.

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist die Aufsichtsbeschwerde gemäss Art. 419 ZGB sowie der abgewiesene Antrag auf Entlassung des Beistands nach Art. 423 ZGB.

3.

3.1.

Nach Art. 419 ZGB kann gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistands die Erwachsenenschutzbehörde angerufen werden. Die Beschwerde dient dem Zweck, eine ordnungsgemässe Führung der Massnahme zu gewährleisten (DANIEL ROSCH, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Auflage 2022, N. 1a zu Art. 419 ZGB). Die angefochtene Handlung muss fest beschlossen oder ausgeführt sein; gegen Anträge des Beistands an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde oder gegen seine blosser Absicht, in einem bestimmten Sinne tätig zu werden, kann die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nicht angerufen werden (DANIEL ROSCH, a.a.O., N. 12 zu Art. 419 ZGB).

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kann die angefochtene Handlung oder Unterlassung in rechtlicher und in tatsächlicher Hinsicht sowie auf ihre Angemessenheit hin überprüfen. Bei der Prüfung der Angemessenheit ist allerdings Zurückhaltung zu üben, denn für die Führung der Massnahme ist der Beistand grundsätzlich selbst verantwortlich (DANIEL ROSCH, a.a.O., N. 15 zu Art. 419 ZGB). Es geht nicht darum, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde so entscheidet, wie sie an der Stelle des Beistands entschieden hätte. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sollte vielmehr nur dann einschreiten, wenn der Beistand die Schranken des freien Ermessens überschreitet, d.h. willkürlich handelt und dadurch die geschützten Interessen verletzt oder gefährdet (vgl. BERNHARD SCHNYDER, Zur Vormundschaftsbeschwerde nach Art. 420 ZGB, ZVW 2002, S. 82).

Sobald die Anrufung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 419 ZGB keinen Sinn mehr macht, weil die Handlung nicht mehr zu korrigieren ist oder die Unterlassung nicht mehr gutgemacht werden kann, besteht keine Beschwerdemöglichkeit mehr, sofern es sich nicht um eine Grundsatzfrage handelt, deren Klärung im Interesse der Praxis liegt (DANIEL ROSCH, a.a.O., N. 16 zu Art. 419 ZGB). Die Beschwerde muss somit noch einen Einfluss auf das Verhalten des Beistands haben können, mit anderen Worten, es muss ein aktuelles Interesse vorhanden sein. Die Beschwerde dient der Interessenwahrung der betreuten Person und bezweckt

die Wahrung oder Wiederherstellung richtiger Massnahmenführung (CHRISTOPH HÄFELI, in: FamKomm Erwachsenenschutz, 2013, N. 2 f. zu Art. 419 ZGB).

3.2.

Die Vorinstanz hielt bezüglich der Aufsichtsbeschwerde des Vaters gemäss Art. 419 ZGB fest, es habe sich anlässlich der Anhörung herausgestellt, dass der Beistand inzwischen mehrmals mit den Eltern Kontakt gehabt habe, weshalb die Beschwerde gegen die Mandatsführung resp. die Unterlassung des Beistands, mit dem Vater in Kontakt zu treten, als gegenstandslos abzuschreiben sei (E. 3.2 des angefochtenen Entscheids).

3.3.

Der Beschwerdeführer bemängelt vor Obergericht erneut die Mandatsführung des Beistands und macht im Wesentlichen geltend, der Beistand habe die gültigen Massnahmen ungenügend umgesetzt und sei seiner Aufgabe, das Besuchsrecht zu überwachen, nicht sorgfältig nachgekommen. So sei es trotz seinen Terminanfragen in den Jahren 2021 und 2022 zu keinen Einzelgesprächen gekommen. Der Beistand gebe sich keine Mühe, ihn – frei von Vorbehalten – anzuhören.

3.4.

Vor dem Hintergrund dessen, dass inzwischen regelmässige Kontakte zwischen dem Beistand und den Eltern stattfinden, ist nicht erkennbar, inwieweit der Beschwerdeführer mit der gerügten angeblich seitens des Beistands unterlassenen Kontaktaufnahme noch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an einem eigenständigen aufsichtsrechtlichen Verfahren nach Art. 419 ZGB hat. Es liegt keine Handlung oder Unterlassung des Beistands vor, welche rückgängig gemacht oder korrigiert werden könnte. Die Vorinstanz hat daher zu Recht die Aufsichtsbeschwerde gestützt auf Art. 419 ZGB zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben. Angesichts des fehlenden aktuellen Rechtsschutzinteresses ist auf die vorliegende Aufsichtsbeschwerde nicht einzutreten (vgl. hierzu vorstehend E. 3.1).

3.5.

Selbst wenn vorliegend ein aktuelles Rechtsschutzinteresse nach Art. 419 ZGB gegeben wäre, wäre die Beschwerde gegen die Mandatsführung mangels Fehlverhaltens des Beistands abzuweisen. Es bestehen aufgrund der Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beistand zwischen seiner Einsetzung als Mandatsträger im Oktober 2021 und der ersten Kontaktaufnahme mit den Eltern im Januar 2022 Kontaktversuche seitens des Beschwerdeführers missachtet hat. Insbesondere aus den Vorbringen des Beschwerdeführers im Rahmen der Beschwerde lassen sich – wie sich nachfolgend zeigen wird – keine Nachlässigkeiten in der Mandatsführung oder willkürliche Handlungen des Beistands entnehmen. Sowohl im Zeit-

punkt des vorinstanzlichen Entscheids als auch heute ist daher nicht ersichtlich, was ein Einschreiten des Familiengerichts rechtfertigen würde. Diesbezüglich ist ohnehin zu beachten, dass das Familiengericht lediglich die Angemessenheit der Handlungen und Unterlassungen zu überprüfen und sich dabei zudem eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen hat, denn für die Führung der Massnahme ist grundsätzlich der Beistand selbst verantwortlich (vgl. DANIEL ROSCH, a.a.O., N. 15 zu Art. 419 ZGB).

4.

4.1.

Der Beschwerdeführer beantragt des Weiteren die Auswechslung des Beistands.

4.2.

Die Voraussetzungen zur Entlassung eines Beistandes gemäss Art. 423 ZGB sind im angefochtenen Entscheid (E. 3.3) zutreffend wiedergegeben, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden kann.

4.3.

Der Beistand hat im vorliegenden Fall u.a. die anspruchsvolle Aufgabe, in Bezug auf das Besuchsrecht zu vermitteln, es zu überwachen und die Modalitäten festzulegen. Der aktenkundige Verlauf zeigt, dass der Beistand ab Januar 2022 bemüht gewesen ist, einen Kontakt zu den Eltern herzustellen. In der Folge konnte sodann auch ein regelmässiger Kontakt zwischen dem Beistand und den Eltern aufgebaut werden. Die Kinder wurden ebenfalls vom Beistand angehört. Zudem stand der Beistand in regelmässigem Austausch mit Frau F., der Therapeutin der Kinder und der Eltern (act. 8 und 21 in KEMN.2022.385).

Inwiefern der Beistand seine Pflichten bei der Ausübung des Mandats verletzt haben und seinem Auftrag in Bezug auf das Besuchsrecht nicht nachgekommen sein soll, ist nicht ersichtlich. Es ist augenscheinlich, dass der Beistand sich vor allem der klar geäusserten Meinung der Kinder in Bezug auf das Pausieren der Besuche (act. 21 in KEMN.2022.385) verpflichtet fühlte, was unter dem Blickwinkel des Kindeswohls sowie des Alters der Kinder von mittlerweile 14 und 13 Jahren grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Wie die Vorinstanz korrekt ausgeführt hat, hat es dann auch anlässlich eines Gesprächs des Beistands zusammen mit der Therapeutin und den Eltern ein Einvernehmen dahingehend gegeben, dass sich der Beschwerdeführer mit der vorläufigen Sistierung des Besuchsrechts einverstanden erklärt hat (act. 21 und 38 in KEMN.2022.385).

Ein fehlendes Vertrauensverhältnis vermag der Beschwerdeführer ebenfalls nicht substantiiert darzulegen. Bereits kurze Zeit nach Einsetzung des aktuellen Beistands und nach erfolgtem Kontaktaufbau zwischen Beistand

und Beschwerdeführer hat Letzterer einen Antrag auf Mandatsträgerwechsel gestellt (act. 1 in KEMN.2022.385). Eine Zusammenarbeit konnte sich in dieser kurzen Zeit noch gar nicht nachhaltig etablieren. Fachliche Unterstützung und kindesschutzbehördliche Hilfe, insbesondere Beistandschaften bei hochkonfliktuellen Verhältnissen, lösen Erwartungen dahingehend aus, dass mit einem Machtwort eines Aussenstehenden der "Gegner" sich beugt, dem eigenen Recht zum Durchbruch verholfen wird und das Problem sich dadurch löse. Beistandschaftliche Hilfe in Besuchsrechts- und Obhutsfragen ist aber kein Ersatz für elterliche Verantwortung (KURT AFFOLTER-FRINGELI, Die Besuchsrechtsbeistandschaft oder der Glaube an eine *dea ex machina*, in ZKE 3/2015 S. 196).

Zusammengefasst hat der Beistand die ihm übertragenen Aufgaben wahrgenommen, ordnungsgemäss gehandelt und zu keinem Zeitpunkt die Interessen der betroffenen Kinder gefährdet. Da somit kein Verhalten des Beistands vorliegt, das zu einem Entzug des Mandats führen müsste und ein Wechsel des Beistands vorliegend auch ansonsten nicht zielführend wäre, ist der Antrag auf Mandatsträgerwechsel abzuweisen.

5.

5.1.

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang sind die obergerichtlichen Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 38 Abs. 3 EG ZGB i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2.

Der Beschwerdeführer hat in seiner Beschwerde (Postaufgabe: 12. Januar 2023) ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege 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.

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz beschliesst:

Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entscheidet:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die obergerichtlichen Verfahrenskosten von Fr. 800.00 werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.