

XBE.2023.62

(KE.2018.00372 / KEMN.2023.383)

Art. 78

Entscheid vom 9. Oktober 2023

Besetzung Oberrichterin Merkofer, Präsidentin
 Oberrichter Lindner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiberin Schwarz

Beschwerde- **A.**_____,
führerin [...]
 vertreten durch H._____, Rechtsanwältin,
 [...]

Anfechtungs- Verfügung des Familiengerichts Zofingen vom 6. Juli 2023
gegenstand

Betreff unentgeltliche Rechtspflege

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entnimmt den Akten:

1.

1.1.

A._____ (nachfolgend: Kindsmutter) und B._____ sind die nicht miteinander verheirateten Eltern von C._____ (nachfolgend: Betroffener), geboren am tt.mm.2018. Für den Betroffenen besteht seit Geburt eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB. Die Kindsmutter ist ebenfalls verbeiständet.

1.2.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 12. Juli 2019 entzog das Familiengericht Zofingen der Kindsmutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht und platzierte den Betroffenen in der Pflegefamilie D._____, [...].

1.3.

Die Platzierung des Betroffenen und der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts wurden mit Entscheid des Familiengerichts Zofingen vom 26. Juli 2019 bestätigt. Mit gleichem Entscheid sprach das Familiengericht der Kindsmutter ein Besuchsrecht von zweimal pro Woche während zwei Stunden begleitet in den Räumlichkeiten [...] zu (KEMN.2019.484).

1.4.

Mit Entscheid vom 16. Oktober 2019 (KEMN.2019.640) wurde der Betroffene ins Kinderheim E._____, [...], umplatziert. Die Kindeseltern wurden berechtigt, den Betroffenen nach Möglichkeiten des Kinderheims E._____ zweimal pro Woche im Kinderheim zu besuchen.

1.5.

Nachdem verschiedene Fachpersonen zur Einschätzung gekommen waren, dass die Eltern langfristig nicht in der Lage sein werden, dem Betroffenen ein zu Hause zu geben und seine Erziehung und Betreuung eigenverantwortlich wahrzunehmen (vgl. Zwischenberichte in act. 2 ff., 8 ff. und 12 ff. in KEMN.2022.223), platzierte das Familiengericht Zofingen den Betroffenen mit Entscheid vom 2. Mai 2022 (KEMN.2022.223) in die Wohngruppe F._____ in Q._____ [...] um. Betreffend das Kontaktrecht der Eltern wurde statuiert, dass die Besuche in Absprache mit der Beiständin und der Institution direkt vereinbart werden.

2.

2.1.

Mit Eingabe vom 7. Juni 2023 (abgelegt in KE.2018.372 sowie in den Beschwerdeakten) ersuchte die Kindsmutter das Familiengericht Zofingen um die Ausdehnung des Besuchsrechts. Im Weiteren stellte sie ein Gesuch um

Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und beantragte, Rechtsanwältin H._____, [...], sei zu ihrer unentgeltlichen Rechtsvertreterin zu bestellen.

2.2.

Am 23. Juni 2023 reichte die Beiständin des Betroffenen dem Familiengericht Zofingen eine Stellungnahme ein und führte aus, dass in Rücksprache mit der Wohngruppe F._____ einige Daten für zusätzliche begleitete Besuche der Kindsmutter gefunden werden konnten (act. 6 in KEMN.2023.383).

2.3.

Daraufhin erliess der Präsident des Familiengerichts Zofingen (nachfolgend: Vorinstanz) am 6. Juli 2023 folgende Verfügung (KEMN.2023.383):

- " 1.
Ohne anderslautenden Gegenbericht innert 10 Tagen wird der Antrag auf Erweiterung des Besuchsrechts als erledigt erachtet und das Verfahren intern abgeschrieben.
2.
Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist."

2.4.

Mit Eingabe vom 21. Juli 2023 (act. 11 ff. in KEMN.2023.383) ersuchte die Kindsmutter die Vorinstanz um Fortführung des Verfahrens betreffend Erweiterung des Besuchsrechts und bat um Zustellung der Stellungnahme der Beiständin vom 23. Juni 2023.

3.

3.1.

Gegen die ihr am 11. Juli 2023 zugestellte Verfügung vom 6. Juli 2023 erhob die Kindsmutter (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 21. Juli 2023 Beschwerde bei der Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz des Obergerichts des Kantons Aargau und beantragte:

- " 1. Ziffer 2 der Verfügung vom 6. Juli 2023 des Bezirksgerichts Zofingen, Familiengericht, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, sei aufzuheben.
2. Der Beschwerdeführerin sei für das Verfahren betreffend Erweiterung des Besuchsrechts beim Bezirksgericht Zofingen, Familiengericht, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, unter Beordnung der Unterzeichnenden als unentgeltliche Rechtsbeiständin.
3. Der Beschwerdeführerin sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, unter Beordnung der Unterzeichnenden als unentgeltliche Rechtsbeiständin.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -"

3.2.

Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 3. August 2023 auf eine Vernehmlassung unter Hinweis auf die Begründung der angefochtenen Verfügung.

3.3.

Mit Eingabe vom 10. August 2023 reichte die Beschwerdeführerin weitere Unterlagen ein.

3.4.

Am 21. September 2023 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere Eingabe ein. Darin führte sie aus, dass sie und ihr Ehemann sich zwischenzeitlich getrennt und den gemeinsamen Haushalt aufgelöst haben und in den kommenden Wochen das Eheschutz- oder Scheidungsverfahren eingeleitet werde. Im Weiteren stellte sie die Einreichung weiterer von ihrer Beiständin zur Verfügung gestellten Unterlagen zu ihrer finanziellen Situation in Aussicht.

3.5.

Mit Eingabe vom 6. Oktober 2023 reichte die Beschwerdeführerin weitere Unterlagen zu ihrer finanziellen Situation 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 ZGB). Daher sind die Bestimmungen der Zivilprozessordnung (ZPO) sinngemäss anwendbar, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen (Art. 450f ZGB). Der Kanton Aargau erklärte in §§ 37 Abs. 5 und 38 Abs. 3 Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB) die Bestimmungen der ZPO, insbesondere für die unentgeltliche Rechtspflege, für anwendbar. 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 Rechtsanwen-

dung 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 Entscheides 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.

Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst unter anderem die Befreiung von den Gerichtskosten sowie die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 ZPO).

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 6. Juli 2023 in Aussicht gestellt, sie im Verfahren KEMN.2023.383 nicht mit Gerichtskosten zu belasten (vgl. E. 2.2 der angefochtenen Verfügung). Hierauf ist die Vorinstanz zu behaften, weshalb das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin an der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege betreffend die Gerichtskosten entfällt, so dass diesbezüglich nicht auf die Beschwerde einzutreten ist (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

1.4.

Die Beschwerdeführerin ist als Mutter gemäss Art. 450 Abs. 2 ZGB beschwerdelegitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher im Übrigen einzutreten.

2.

2.1.

Die Beschwerdeführerin führte in ihrem Gesuch vom 7. Juni 2023 aus, dass es ihr zum aktuellen Zeitpunkt nicht möglich sei, das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu begründen, da sie die Unterlagen zuerst bei ihrer Beiständin einholen müsse. Gleichzeitig stellte sie in Aussicht, die Begründung des Gesuchs sowie die Unterlagen so bald als möglich nachzureichen.

2.2.

Die Vorinstanz wartete die Nachreichung der Gesuchsbegründung und der Unterlagen in der Folge nicht ab. Vielmehr wies sie das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung mit Verfügung vom 6. Juli 2023

(KEMN.2023.383) ab. Zur Begründung führte sie in E. 2.3 der angefochtenen Verfügung insbesondere aus, dass es aktuell einzig die Frage der Ausweitung des Besuchsrechts der Beschwerdeführerin zu beantworten gelte. Damit seien keine sachlichen Schwierigkeiten ersichtlich, die einen rechtlichen Beistand der Beschwerdeführerin erforderlich machten.

2.3.

Die Beschwerdeführerin macht hingegen im Wesentlichen das Vorliegen tatsächlicher Schwierigkeiten geltend: Ihr Besuchsrecht sei mit dem Wechsel des Betroffenen in die Wohngruppe F._____ ohne behördliche Anordnung eingeschränkt worden. Mit Entscheid vom 26. Juli 2019 [KEMN.2019.484] sei ihr ein begleitetes Besuchsrecht von wöchentlich zwei Mal, jeweils am Dienstag und Freitag, während zwei Stunden zugesprochen worden. Mit der Umplatzierung des Betroffenen ins Kinderheim E._____ seien die Eltern dazu berechtigt worden, den Betroffenen nach Möglichkeiten des Kinderheims wöchentlich zweimal im Kinderheim zu besuchen (Entscheid vom 16. Oktober 2019 [KEMN.2019.640]). Mit Entscheid vom 2. Mai 2022 [KEMN.2022.223] sei der Betroffene in die Wohngruppe F._____ platziert worden, wobei gleichzeitig entschieden worden sei, dass die Besuche der Eltern in Absprache mit der Beiständin und der Wohngruppe F._____ direkt vereinbart würden. Seit dem Eintritt in die Wohngruppe F._____ fänden die Besuche nur noch einmal pro Woche während zwei Stunden begleitet statt. Wer die Verantwortung für die Einschränkung des Besuchsrechts trage, gehe aus den Akten nicht hervor. Ihre diesbezüglichen Interventionen seien von der Beiständin während Monaten nicht gehört worden. Mit Blick auf das eingeleitete Verfahren betreffend Erweiterung des Besuchsrechts seien einzig "einige zusätzliche Daten für begleitete Besuche" geplant worden. Dies sei weder eine verbindliche Regelung noch entspreche es der ursprünglichen behördlichen Anordnung von zwei begleiteten Besuchen pro Woche (zum Ganzen vgl. Rz. 6 bis 10 sowie 19 der Beschwerde).

Im Übrigen sei unbestritten und der Vorinstanz bestens bekannt, dass sie kognitiv eingeschränkt sei (verminderte Intelligenz, Legasthenie und Dyskalkulie aufgrund einer Hirnfunktionsstörung). Somit sei sie nicht in der Lage, ihre Rechte ohne anwaltliche Unterstützung geltend zu machen (Rz. 20 der Beschwerde).

3.

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 Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO), Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). 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).

4.

4.1.

Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens bildet die Regelung des Besuchsrechts. Dieser Verfahrensgegenstand stellt nicht ohne Weiteres einen besonders starken Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen oder 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.

Indessen bestehen vorliegend in der Person der Beschwerdeführerin liegende Gründe, welche ihre anwaltliche Verbeiständung erfordern:

4.2.

Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin kognitiv eingeschränkt ist und ihre Entwicklungsstufe je nach Einschätzung der Fachperson dem Niveau eines fünf- bis siebenjährigen bzw. eines sieben- bis zehnjährigen Kindes entspricht (vgl. in KEMN.2019.640: Verlaufsbericht des ehemaligen Beistands des Betroffenen vom 12. September 2019 in act. 15 ff. [act. 16], Verlaufsbericht des Mutter-Kind-Wohnen R. _____ vom 12. September 2019 in act. 20 ff. [act. 23] sowie ärztlicher Bericht von med. pract. G. _____ vom 16. September 2019 in act. 28 ff. [act. 30]). Die Ausprägung der Einschränkungen zeigt sich insbesondere darin, dass sie selbst verbeiständet ist (act. 53) und ihr ein Anspruch auf eine ganze Invalidenrente zusteht (Beschwerdebeilage 5). Nicht zuletzt liegt auch der

Grund für die Platzierung des Betroffenen darin, dass die Beschwerdeführerin ihm aufgrund der aus ihren Einschränkungen resultierenden Überforderungssituation nicht den für seine gesunde Entwicklung notwendigen familiären Rahmen bieten kann (vgl. hierzu Entscheid vom 16. Oktober 2019 [KEMN.2019.640], E. 5 sowie Kurzbegründung zum Entscheid vom 2. Mai 2022 [KEMN.2022.223]). Die obenstehend zitierten Berichte sind zwar bereits etwas älter, aus dem Bericht der Beiständin des Betroffenen vom 22. März 2022 (act. 2 ff. in KEMN.2022.223) lässt sich jedoch schliessen, dass die Beschwerdeführerin in den letzten Jahren keine wesentlichen Fortschritte erzielt hat. Auch gemäss Zwischenbericht des Kinderheims E. _____ vom 9. Dezember 2021 war sodann keine Entwicklung spürbar (act. 10 in KEMN.2022.223). In den Berichten wird die Beschwerdeführerin als verunsichert und stark überfordert beschrieben. Sie rufe mehrmals täglich bei den verschiedenen Fachpersonen an, wobei es immer um die gleichen Themen gehe (act. 2 sowie 10 in KEMN.2022.223). Die Beschwerdeführerin bringt zudem vor, sie leide an Legasthenie und Dyskalkulie (Rz. 20 mit Verweis auf E. 2.2. des Entscheids vom 26. Juli 2019). Dies ist in den Akten des Beschwerdeverfahrens soweit ersichtlich zwar nicht belegt, erscheint jedoch insbesondere unter dem Umstand, dass den vorliegenden Akten keine schriftlichen Eingaben der Beschwerdeführerin zu entnehmen sind, als plausibel.

Aufgrund des beschriebenen Schwächezustandes ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin sich ohne anwaltliche Vertretung nicht alleine im Verfahren zurechtfindet. Insbesondere erscheint sie nicht befähigt, schriftliche Ausführungen zum Verfahrensgegenstand zu erfassen bzw. sich diesbezüglich zur Geltendmachung ihrer Interessen (schriftlich) zu äussern. Es ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ohne anwaltliche Unterstützung gar nicht erst in der Lage gewesen wäre, das vorliegende Verfahren einzuleiten. Aufgrund der Verfahrensinstruktion der Vorinstanz bedurfte es zudem ein Tätigwerden der Parteien, damit das eingeleitete Verfahren weitergeführt wird (vgl. E. 1.4 sowie Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung). Auch hierzu wäre die Beschwerdeführerin ohne anwaltliche Unterstützung wohl nicht imstande gewesen. Wie die Beschwerdeführerin korrekt ausführt, fehlt aktuell eine gerichtlich angeordnete Besuchsregelung. Auch unter Geltung der Offizialmaxime und des Untersuchungsgrundsatzes erscheint sie aufgrund ihrer Einschränkungen nicht befähigt, die ihr diesbezüglich zustehenden Rechte selbständig gerichtlich geltend zu machen.

4.3.

Zusammengefasst ist die rechtliche Verbeiständung zur Wahrung der Interessen der Beschwerdeführerin notwendig.

5.

Die angefochtene Verfügung vom 6. Juli 2023 ist folglich aufzuheben und das Verfahren zur Prüfung der Frage der Bedürftigkeit sowie der allfälligen Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege zu den ehelichen Unterstützungspflichten an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.

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 Beschwerdeführerin 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). Das mit Kostennote vom 6. Oktober 2023 geltend gemachte Honorar (Fr. 2'634.65 [10.58 Stunden à Fr. 220.00; Auslagen von Fr. 118.10; 7.7 % Mehrwertsteuern von Fr. 188.37]) ist nicht (pauschal-)tarifgemäss und kann daher nicht genehmigt werden. Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin macht keinerlei *substantiierte* Ausführungen dazu, inwiefern – abweichend zum üblicherweise für ein Verfahren der vorliegenden Art – ein Aufwand in von ihr geltend gemachter Höhe geradezu erforderlich gewesen wäre; ihrer diesbezüglichen Substantiierungspflicht genügt sie nicht (vgl. BGE 146 IV 453; Urteile des Bundesgerichts 5A_157/2015 vom 12. November 2015 E. 3.3.3; 5D_213/2015 vom 8. März 2016 E. 7.1.5, 5D_62/2016 vom 1. Juli 2016 E. 4.2). Es reicht nicht, wenn der betriebene Aufwand bloss vertretbar erscheint (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5D_213/2015 vom 8. März 2016 E. 7.1.1). Die pauschale Parteientschädigung von Fr. 800.00 ist der Beschwerdeführerin durch die Bezirksgerichtskasse Zofingen 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 teilweiser Gutheissung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, wird die angefochtene Verfügung des Präsidenten des Familiengerichts Zofingen vom 6. Juli 2023 aufgehoben und die Sache zur weiteren Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen für die unentgeltliche Verbeiständung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es wird keine Entscheidgebühr erhoben.

3.

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

4.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.