

XBE.2023.92/93

(KEKV.2023.63/64)

Art. 19

Entscheid vom 17. April 2024

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

**Beschwerde-
führerin** **A.**_____,
 [...] vertreten durch MLaw Raffael Sommerhalder-Hegglin, Rechtsanwalt,
 [...]

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

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

Vater **D.**_____,
 [...] vertreten durch Dr. iur. Sarah Brunner, Rechtsanwältin,
 [...]

**Anfechtungs-
gegenstand** Entscheid des Familiengerichts Brugg vom 12. Oktober 2023

Betreff Wechsel Aufenthaltsort des Kindes; Regelung des persönlichen Verkehrs

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entnimmt den Akten:

1.

1.1.

B._____, geboren am tt.mm. 2020, und C._____ (nachfolgend: die Betroffenen), geboren am tt.mm. 2021, sind die Kinder der unverheirateten und getrennt lebenden Eltern A._____ und D._____. Die Kinder stehen unter der gemeinsamen elterlichen Sorge.

1.2.

Nachdem der Vater mit Eingabe vom 4. September 2023 beim Familiengericht Brugg beantragte, es sei der Mutter unter Androhung der Ungehorsamsstrafe von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu untersagen, den Wohnsitz der Betroffenen nach Q._____ zu verlegen und ihm die Obhut über die Betroffenen zuzuweisen für den Fall der Wohnsitzverlegung der Mutter nach Q._____, eröffnete das Familiengericht Brugg für die Betroffenen je ein kindsschutzrechtliches Verfahren. Nach entsprechenden Abklärungen und der Anhörung der Eltern am 11. Oktober 2023 erkannte das Gerichtspräsidium des Familiengerichts Brugg mit je gleichlautenden Entscheiden vom 12. Oktober 2023 (KEKV.2023.63/64):

" 1.

Der Mutter wird die Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes der Kinder B._____, geb. tt.mm. 2020, und C._____, geb. tt.mm. 2021, nach Art. 301a Abs. 1 ZGB nicht erteilt.

2.

Dem Vater wird die alleinige Obhut über die Kinder B._____ und C._____ zugeteilt.

3.

3.1.

Solange die Mutter sich in der Schweiz aufhält, wird diese berechtigt erklärt, die gemeinsamen Kinder B._____ und C._____ jedes zweite Wochenende von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, sowie jeden Dienstag von 07.00 Uhr bis Mittwoch 12.00 Uhr, mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.

Das erste Besuchswochenende beginnt am Freitag, 27. Oktober 2023.

3.2.

Bei Wohnsitznahme in Q._____ wird die Mutter berechtigt erklärt, die gemeinsamen Kinder B._____ und C._____ jedes vierte Wochenende von Freitagabend, 17.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr, mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich während den Schulferien vier Wochen Ferien mit ihnen zu verbringen.

3.3.

Abweichende Vereinbarungen der Eltern bleiben vorbehalten, sofern sie dem Kindeswohl nicht entgegenstehen.

4.

Die Entscheidgebühr von Fr. 700.00 wird den Eltern je hälftig auferlegt.

5.

Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

6.

Einer allfälligen Beschwerde gegen den vorliegenden Entscheid wird die aufschiebende Wirkung entzogen (vgl. separate Verfügung vom 12. Oktober 2023)."

2.

2.1.

Gegen diese ihr am 15. November 2023 in begründeter Ausfertigung zugestellten Entscheide erhob die Mutter (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingaben vom 7. Dezember 2023 je Beschwerde bei der Kindes- und Erwachsenenschutzkammer des Obergerichts des Kantons Aargau und stellte folgende gleichlautende Anträge:

" 1.

In Gutheissung der Beschwerde sei[en die] Entscheid[e] des Präsidiums des Familiengerichts Brugg vom 12.10.2023 (KEKV.2023.[63/64]) aufzuheben und auf das Gesuch des Beschwerdegegners nicht einzutreten.

2.

Eventualiter sei[en die] Entscheid[e] des Präsidiums des Familiengerichts Brugg vom 12.10.2023 (KEKV.2023.[63/64]) aufzuheben und der Vorinstanz zur Beurteilung im Kollegium zurückzuweisen.

3.

Subeventualiter seien die Ziffern 1. - 3.3. [der] Entscheid[e] des Präsidiums des Familiengerichts Brugg vom 12.10.2023 (KEKV.2023.[63/64]) aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

'1.

Der Mutter wird die Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes der Kinder B._____, geb. tt.mm.2020, und C._____, geb. tt.mm.2021, nach Art. 301a Abs. 1 ZGB erteilt.

2.

Der Mutter wird die alleinige Obhut über die Kinder B._____ und C._____ zugeteilt.

3.

3.1.

Der Vater wird berechtigt erklärt, die gemeinsamen Kinder B._____ und C._____ jedes vierte Wochenende von Freitagabend, 17.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr, mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen und jährlich während den Schulferien vier Wochen Ferien mit ihnen zu verbringen.

3.2

Abweichende Vereinbarungen der Eltern bleiben vorbehalten, sofern sie dem Kindeswohl nicht entgegenstehen.'

4.
Der Beschwerdeführerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr der unterzeichnende Anwalt als ihr unentgeltlicher Vertreter beizuordnen.

5.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWSt.)."

2.2.

Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 12. Dezember 2023 auf eine Vernehmlassung unter Hinweis auf die Begründung des angefochtenen Entscheids.

2.3.

Der Vater beantragte mit Beschwerdeantwort vom 10. Januar 2024 (Postaufgabe: 11. Januar 2024) folgendes:

- " 1.
Die Beschwerdeanträge seien abzuweisen.
2.
Dem Kindsvater sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und es sei die Unterzeichnende als unentgeltliche Vertreterin einzusetzen.
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdeführerin."

2.4.

Mit Eingabe vom 19. Januar 2024 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

2.5.

Mit Eingabe vom 31. Januar 2024 hielt der Vater an seinen Anträgen fest.

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 Beschwerdeführerin ist als Mutter der Betroffenen gemäss Art. 450 Abs. 2 ZGB zur Beschwerde legitimiert.

1.3.

Da die beiden Entscheide des Präsidiums des Familiengerichts Brugg vom 12. Oktober 2023 für die Betroffenen 1 und 2 gleich lauten, sind die beiden Beschwerdeverfahren (XBE.2023.92 und XBE.2023.93) wegen der Identität des Beschwerdegegenstandes in einem Beschwerdeverfahren zu vereinigen.

2.

2.1.

Mit angefochtenem Entscheid verweigerte das Präsidium des Familiengerichts Brugg als Kindesschutzbehörde die Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes der betroffenen Kinder, teilte gleichzeitig die alleinige Obhut über die Kinder dem Vater zu und ordnete für die Beschwerdeführerin ein entsprechendes Besuchsrecht an.

2.2.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Präsidium des Familiengerichts Brugg sei nicht zuständig gewesen, über die erstmalige Zuteilung der Obhut über die Betroffenen zu entscheiden, weshalb dieser Entscheid aufzuheben sei (Beschwerde, S. 5 f.).

2.3.

Vorab stellt sich demnach die Frage, ob das Präsidium des Familiengerichts Brugg als Kindesschutzbehörde sowohl für die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsorts als auch für die Regelung der Obhut über die Betroffenen und der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs sachlich und funktionell zuständig war. Die Frage nach der sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist eine Prozessvoraussetzung und damit von Amtes wegen zu prüfen (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 60 ZPO).

2.4.

2.4.1.

Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes ins Ausland verlegen, so bedarf dies gemäss Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts bzw. der Kindesschutzbehörde. Im Rahmen der Bestimmung des Aufenthaltsorts entscheidet gemäss Art. 301a Abs. 5 ZGB das Gericht oder die Kindesschutzbehörde bei Uneinigkeit der Eltern unter Wahrung des Kindeswohls über eine Anpassung der Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut und des persönlichen Verkehrs.

2.4.2.

Bei unverheirateten Paaren entscheidet die Kindesschutzbehörde über den Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes (Art. 301a Abs. 2 ZGB) wie auch über die Neuregelung der Kinderbelange (Art. 301a Abs. 5 ZGB), mit der gewichtigen Ausnahme des Kindesunterhalts, welcher der Zuständigkeit des Gerichts untersteht (Art. 298b Abs. 2 und Abs. 3 ZGB, Art. 298d ZGB, SCHWENZER/COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Auflage 2022, N. 26 zu Art. 301 a ZGB).

2.4.3.

Da der Kinderunterhalt nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war, ist die Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde sowohl für die Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes als auch für die Regelung der Obhut und des persönlichen Verkehrs gegeben.

2.5.

2.5.1.

Für die Erteilung bzw. Verweigerung der Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes gemäss Art. 301a Abs. 2 ZGB besteht im Kanton Aargau gestützt auf § 24 Abs. 2 lit c EG ZGB eine Einzelrichterzuständigkeit.

Über die Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut und des persönlichen Verkehrs entscheidet bei Uneinigkeit der Eltern hingegen mangels Einzelrichterzuständigkeit gemäss Art. 440 Abs. 2 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB das Familiengericht in einem Kollegium mit drei Richtern (§ 24 Abs. 2 lit. a EG ZGB e contrario). Dies rechtfertigt sich, weil für solche Ermessensentscheide, welche in schwerwiegender Weise in die elterlichen Rechte eingreifen, eine umfassende Interessenabwägung nötig ist, was wiederum die Bedeutung der interdisziplinär zusammengesetzten Behörde unterstreicht (BGE 148 I 251 E. 3.7). An dieser Gesetzeslage ändert auch nichts, dass über Obhutsfragen bei verheirateten Eltern namentlich im Rahmen von Eheschutzverfahren das Gerichtspräsidium alleine entscheidet.

2.5.2.

Materiell bildet die Regelung von Art. 301a Abs. 5 ZGB einen notwendigen Bestandteil des Entscheids über den Wegzug, weil die konkrete Ausgestaltung der Betreuung und des persönlichen Verkehrs die Frage beeinflusst, welchen Aufenthaltsort das Kind in seinem besten Interesse haben soll. Im internationalen Verhältnis lassen sich diese Fragen auch aus prozessualen Gründen schlecht abspalten, weil mit dem Wegzug des Kindes in der Regel die schweizerische Entscheidzuständigkeit in Bezug auf die Ausgestaltung der Eltern-Kind-Beziehung verloren geht (vgl. Art. 5 Abs. 2 HKsÜ). In der Botschaft wurde die Zustimmungsbedürftigkeit für den Wegzug des Kindes ins Ausland gerade mit dem Wechsel der Jurisdiktion begründet (BBl 2011

9108 zu Art. 301a ZGB). Die legislatorischen Motive würden unterlaufen, wenn ausschliesslich über die Frage des Wegzuges des Kindes befunden und dem zurückbleibenden Elternteil zugemutet würde, notwendige Anpassungen in Bezug auf die Eltern-Kind-Beziehung im Ausland einzuklagen (BGE 142 III 481 E. 2.8).

2.5.3.

Angesichts dessen, dass der behördliche Entscheid über die Aufenthaltsverlegung ins Ausland und die Anpassung der Eltern-Kind-Beziehung eine Einheit bilden, kann in einem Einzelrichterverfahren nicht sowohl über den Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes als auch über die Regelung der Obhut und des persönlichen Verkehrs entschieden werden. Die Gerichtspräsidentin ist als Einzelrichterin somit für den Entscheid über die Regelung der Obhut und des persönlichen Verkehrs im vorliegenden Fall funktionell nicht zuständig gewesen.

2.5.4.

Fehlerhafte Entscheide sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeiten der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 129 I 361 E. 2.1; BGE 139 II 243 E. 11.2 je mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 5A_369/2008 vom 9. Juli 2008 E. 2.4). Nach der Praxis stellt die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einen schwerwiegenden Mangel und damit einen Nichtigkeitsgrund dar, ausser der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu oder der Schluss auf Nichtigkeit verträge sich nicht mit der Rechtssicherheit (BGE 127 II 32 E. 3g; BGE 129 V 485 E. 2.3 je mit weiteren Hinweisen).

2.5.5.

Die fehlende funktionelle Zuständigkeit der Gerichtspräsidentin als Einzelrichterin ist als besonders schwerwiegender Mangel des angefochtenen Entscheids zu betrachten. Die leichte Erkennbarkeit dieses Mangels ist gestützt auf die fehlenden Bestimmungen in Bezug auf eine Einzelzuständigkeit der Bezirksgerichtspräsidentin bei Regelung der Obhut und des persönlichen Verkehrs in strittigen Fällen zu bejahen. Eine ernsthafte Gefährdung der Rechtssicherheit bei Annahme der Nichtigkeit ist nicht ersichtlich. Die Prozessparteien haben einen bundesrechtlich geschützten Anspruch (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK), wonach die durch Verfassung, Gesetz oder Verordnung festgelegte zuständige Gerichtsbehörde zu entscheiden hat. Es ist daher von Amtes wegen festzustellen, dass die Entscheide der Gerichtspräsidentin des Familiengerichts Brugg vom

12. Oktober 2023 nichtig sind. Die Sache ist zur Neubeurteilung an das Familiengericht Brugg als Kollegialbehörde zurückzuweisen.

3.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, näher auf die weiteren von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen gegen die Entscheidung vom 12. Oktober 2023 einzugehen.

4.

4.1.

Bei diesem Verfahrensausgang sind gemäss Art. 38 Abs. 3 EG ZGB i.V.m. Art. 107 Abs. 2 ZPO die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen. Die im Beschwerdeverfahren verursachten Parteikosten sind aufgrund des Verfahrensfehlers der Vorinstanz entstanden, weshalb den Parteien eine Entschädigung aus der Staatskasse auszurichten ist. Die Gesuche der Beschwerdeführerin und des Vaters um unentgeltliche Rechtspflege sind somit gegenstandslos geworden.

4.2.

Für das Beschwerdeverfahren vor der Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz ist von einer Grundentschädigung von Fr. 2'700.00 auszugehen (§ 3 Abs. 1 lit. b AnwT). Diese ist wegen der im Grundhonorar inbegriffenen und vorliegend wegfallenden Teilnahme an einer Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT) um 20 % zu kürzen. Hinzu kommt ein Zuschlag von je 10 % für die zusätzlichen Rechtsschriften (§ 6 Abs. 3 AnwT; Eingaben der Beschwerdeführerin vom 19. Januar 2024 und des Vaters vom 31. Januar 2024). Weil es sich um ein Rechtsmittelverfahren handelt, wird gestützt auf § 8 AnwT ein Abschlag von 20 % vorgenommen, was sowohl bei der Beschwerdeführerin als auch beim Vater zu einer Grundentschädigung in der Höhe von Fr. 1'944.00 führt.

Die Bemühungen der Anwälte im Zusammenhang mit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind praxisgemäss nicht mit einem Zuschlag gemäss § 6 Abs. 3 AnwT, sondern wie eine in einer einfachen Gesuchssache i.S.v. § 3 Abs. 2 Satz 2 AnwT erstattete Rechtsschrift mit dazugehöriger Instruktion zu entschädigen, wobei für ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege inkl. dazugehöriger Instruktion ein Betrag von Fr. 350.00 bis Fr. 700.00 angemessen erscheint (AGVE 2016 Nr. 57 S. 340). Nachdem beide Parteien im Beschwerdeverfahren erstmalig ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt haben und sie dieses mit den notwendigen Unterlagen begründen und belegen mussten, rechtfertigt es sich, das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit einem Betrag von Fr. 350.00 zu entschädigen.

Demnach ist vorliegend bei beiden Parteien von einer Grundentschädigung von Fr. 1'944.00 und einer Entschädigung von Fr. 350.00 für das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege auszugehen.

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Kostennote vom 19. Januar 2024 Auslagen von Fr. 165.00 und eine Mehrwertsteuer von 8.1 % auf ihre Honorarleistungen geltend. Angesichts dessen, dass nicht sämtliche Leistungen im Jahr 2024, sondern der überwiegende Teil der Leistungen mit der Beschwerdeerhebung vom 7. Dezember 2023 im Jahr 2023 angefallen ist, rechtfertigt sich ein Mehrwertsteuersatz von 7.7 % auf $\frac{3}{4}$ des Honorars inkl. Auslagen und ein solcher von 8.1 % auf $\frac{1}{4}$ des Honorars inkl. Auslagen. Unter Berücksichtigung der Auslagen von Fr. 165.00 (§ 13 Abs. 1 AnwT) und der Mehrwertsteuer von Fr. 191.80 (Fr. 142.00 für das Jahr 2023 und Fr. 49.80 für das Jahr 2024) ergibt sich für die Beschwerdeführerin eine Entschädigung für das Beschwerdeverfahren vor Obergericht von Fr. 2'650.80

Der Vater macht in seiner Kostennote vom 31. Januar 2024 Auslagen von Fr. 216.20 geltend. Unter Berücksichtigung dieser Auslagen (§ 13 Abs. 1 AnwT) und der Mehrwertsteuer von 8.1 % (Fr. 203.30; sämtliche Leistungen des Vaters sind im Jahr 2024 angefallen) ergibt sich für den Vater eine Entschädigung für das Beschwerdeverfahren vor Obergericht von Fr. 2'713.50.

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entscheidet:

1.

1.1.

Es wird von Amtes wegen die Nichtigkeit der Entscheide des Präsidiums des Familiengerichts Brugg vom 12. Oktober 2023 festgestellt.

1.2.

Die Sache wird zur Neuurteilung an das Familiengericht Brugg (Kollegialbehörde) zurückgewiesen.

1.3.

Das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin wird zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt von der Geschäftskontrolle abgeschrieben.

2.

Die Kosten des obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens werden auf die Staatskasse genommen.

3.

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Beschwerdeführerin ihre gerichtlich auf Fr. 2'650.80 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetzte Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren auszurichten.

4.

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, dem Vater seine gerichtlich auf Fr. 2'713.50 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetzte Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren auszurichten.

5.

Die Gesuche der Beschwerdeführerin und des Vaters um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden zufolge Gegenstandslosigkeit von der Kontrolle abgeschrieben.