

XBE.2024.1

(KEMN.2023.360 / KEKV.2023.121)

Art. 8

Entscheid vom 22. Februar 2024

Besetzung	Oberrichterin Merkofer, Präsidentin Oberrichter Lindner Oberrichter Giese Gerichtsschreiberin B. Gloor
Beschwerde- führerin	A. _____, [...] vertreten durch MLaw Hannes Streif, Rechtsanwalt, [...]
Vater	B. _____, [...] vertreten durch MLaw Seraina Keller, Rechtsanwältin, [...]
Betroffene Person	C. _____, [...]
Anfechtungs- gegenstand	Entscheid des Familiengerichts Baden vom 28. November 2023
Betreff	Entzug der aufschiebenden Wirkung

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entnimmt den Akten:

1.

1.1.

C._____ (nachfolgend: der Betroffene), geboren am tt.mm. 2018, ist der Sohn der unverheirateten und getrennt lebenden Eltern A._____ und B._____. Der Betroffene steht unter der gemeinsamen elterlichen Sorge.

1.2.

Am 28. Dezember 2022 führte eine Auseinandersetzung zwischen den Eltern zu einem Polizeieinsatz der Stadtpolizei E._____, woraufhin sich die Eltern trennten. Das Familiengericht Baden wurde darüber mit E-Mail des Abklärungsdienstes D._____ vom 13. Februar 2023 entsprechend informiert (act. 3 ff. und 7 ff. in KEMN.2023.360; die nachfolgenden Aktenstellen beziehen sich auf das Verfahren KEMN.2023.360). Die Mutter beantragte beim Familiengericht Baden in der Folge mit Schreiben vom 24. Januar 2023 die Regelung der Kinderbelange (act. 13).

1.3.

Nach Einholung eines Sozialberichts des Abklärungsdienstes D._____ vom 11. Oktober 2023 (act. 40 ff.) samt Nachtrag vom 19. Oktober 2023 (act. 49 ff.) und nach Anhörung der Eltern am 23. November 2023 (act. 56) erliess das Familiengericht Baden am 28. November 2023 folgenden Entscheid im Dispositiv:

" 1.

Der Betroffene, C._____, geboren am tt.mm. 2018, wird unter die Obhut der Mutter gestellt.

Es wird davon Vormerk genommen, dass der Vater zustimmen muss, falls die Mutter den Aufenthaltsort von C._____ ins Ausland verlegen will oder der Wechsel des Aufenthaltsortes auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr erhebliche Auswirkungen hat.

2.

2.1.

Der Vater wird berechtigt und verpflichtet erklärt, den gemeinsamen Sohn C._____ jedes zweite Wochenende von Freitagabend, 18:00 Uhr, bis Sonntagabend, 18:00 Uhr, mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen sowie auf eigene Kosten zwei Wochen Ferien während der Schulferien mit ihm zu verbringen.

2.2.

Ein weitergehendes oder abweichendes Besuchsrecht regeln die Parteien unter Wahrung des Kindeswohles und in Absprache mit der Beistandsperson im gegenseitigen Einvernehmen.

3.

Die mit Entscheid vom 29. November 2022 den Eltern erteilte Weisung, wonach sie die Stiftung [...] einmal pro Woche in Anspruch zu nehmen haben, wird aufgehoben.

4.

Der Mutter wird gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, sich im Anschluss an ihren Aufenthalt im Frauenhaus mit dem Betroffenen in ein Mutter-Kind-Haus zu begeben.

5.

Für den Betroffenen wird eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet, welche folgende Aufgabenbereiche umfasst:

- die Eltern in ihrer Sorge um den Betroffenen mit Rat und Tat zu unterstützen;
- die schulische, persönliche und gesundheitliche Entwicklung des Betroffenen zu begleiten und zu überwachen, bei Bedarf entsprechende Unterstützungsmassnahmen zu organisieren und für deren Finanzierung besorgt zu sein;
- den Aufenthalt der Mutter mit dem Betroffenen in einem passenden Mutter-Kind-Haus zu organisieren und für deren Finanzierung besorgt zu sein sowie den Aufenthalt zu begleiten und an diesbezüglichen Gesprächen teilzunehmen;
- bei Bedarf die Mutter bei der Organisation von weiteren Hilfestellungen zu unterstützen und deren Finanzierung sicherzustellen;
- das Kontaktrecht zwischen dem Betroffenen und dem Vater zu überwachen und zu begleiten und bei Bedarf diesbezüglich zwischen den Eltern zu vermitteln;
- die Modalitäten des persönlichen Verkehrs (z.B. Übergabeort und -zeit) bei Uneinigkeit der Eltern festzulegen;
- als Ansprechperson für alle involvierten Fachstellen zur Verfügung zu stehen.

6.

Zur Beiständin wird G._____, [...], ernannt und beauftragt;

- die Aufgaben im Rahmen von Dispositiv-Ziff. 5 hiervor wahrzunehmen;
- nötigenfalls unverzüglich Antrag auf Anpassung der behördlichen Massnahmen an veränderte Verhältnisse oder auf Aufhebung der Beistandschaft zu stellen;
- dem Familiengericht nach zwei Monaten nach Zustellung des vorliegenden Entscheides einen Zwischenbericht abzugeben über den aktuellen Stand (Aufenthaltsort);
- dem Familiengericht nach sechs Monaten Aufenthalt im Mutter-Kind-Haus einen Zwischenbericht mit Empfehlungen zum weiteren Vorgehen einzureichen;
- den ersten ordentlichen Bericht für die Periode bis 31. Oktober 2025 bis spätestens am 31. Januar 2026 dem Familiengericht Baden einzureichen.

[...]

12.

Einer allfälligen Beschwerde sowie einem allfälligen Begründungsbegehren wird die aufschiebende Wirkung entzogen."

2.

2.1.

Gegen diesen ihr am 18. Dezember 2023 zugestellten Entscheid erhob A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 22. Dezember 2023 Beschwerde bei der Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz des Obergerichts des Kantons Aargau und beantragte:

- "1. Dem Begründungsbegehren der Beschwerdeführerin vom 22. Dezember 2023 im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Baden (Verfahrens-Nr. KE.2022.00170 / Geschäfts-Nr. KEMN.2023.360/KEKV.2023.121) sei aufschiebende Wirkung zu gewähren.
2. Dispositiv-Ziffer 12 (Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Begründungsbegehrens/einer Beschwerde) des Entscheids vom 28. November 2023 der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Baden (Verfahrens-Nr. KE.2022.00170 / Geschäfts-Nr. KEMN.2023.360/KEKV.25023.121) sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer)."

2.2.

Mit Schreiben vom 15. Januar 2024 verzichtete die Vorinstanz sowohl auf eine Vernehmlassung unter Hinweis auf die Begründung des angefochtenen Entscheids als auch auf die Möglichkeit, den angefochtenen Entscheid in Wiedererwägung zu ziehen.

2.3.

Der Vater beantragte mit Beschwerdeantwort vom 25. Januar 2024 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

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.

Zur Beschwerde befugt sind die am Verfahren beteiligten Personen, die der betroffenen Person nahestehenden Personen und Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids haben (Art. 450 Abs. 2 ZGB). Die Beschwerdeführerin ist als Mutter gemäss Art. 450 Abs. 2 ZGB zur Beschwerde legitimiert.

1.3.

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung des erst im Dispositiv eröffneten Entscheids der Vorinstanz vom 28. November 2023, womit u.a. der Betroffene unter die Obhut der Mutter gestellt, das Besuchsrecht des Vaters geregelt und eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet wurde.

1.4.

Die Beschwerde gegen den Dispositiventscheid vom 28. November 2023 wurde innert der 10-tägigen Frist gemäss Art. 445 Abs. 3 ZGB eingereicht und leidet an keinem Formmangel. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.

Gemäss Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450c ZGB hat eine Beschwerde aufschiebende Wirkung, sofern die Kindesschutzbehörde oder die gerichtliche Beschwerdeinstanz nichts anderes verfügt. Ein Entzug der aufschiebenden Wirkung erfolgt nur im Ausnahmefall und muss sich mit den Besonderheiten des konkreten Falles begründen lassen. Er kommt nur bei Dringlichkeit und bei Gefahr im Verzug in Frage (GEISER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Auflage 2022, N. 7 zu Art. 450c ZGB). In Fällen, welche keinen Aufschub dulden, ist die Option, einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, denn auch keine blosse Möglichkeit, sondern Pflicht. Jedoch ist im Einzelfall eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen vorzunehmen, bei welcher stets auch die Hauptsachenprognose eine Rolle spielt (BGE 143 III 193 E. 4).

3.

3.1.

Die Vorinstanz begründete den Entzug der aufschiebenden Wirkung im Wesentlichen damit, dass der Betroffene seinen Vater nun bereits seit zwei Monaten nicht mehr gesehen habe und eine Kommunikation zwischen den Eltern überhaupt nicht mehr möglich sei. Nur mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde könne einer weiteren Entfremdung und einer aktuell daraus resultierenden Kindswohlfährdung sowie dem elterlichen Konflikt wirksam begegnet werden.

Zum Entscheid in Bezug auf die Obhut und das Besuchsrecht führt die Vorinstanz aus, die Vorwürfe der Beschwerdeführerin betreffend

Drogenkonsum des Vaters würden die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts nicht rechtfertigen. Es erscheine fraglich, weshalb diese Vorwürfe der Mutter nicht bereits in früheren Verfahren thematisiert worden seien, da zumindest bereits im Sozialbericht vom Juni 2022 das Konsumverhalten des Vaters ein Thema gewesen sei. Auch habe die Mutter keine konkrete Gefährdung des Betroffenen benennen können, wenn dieser im Rahmen eines alle zwei Wochen stattfindenden Besuchsrechts beim Vater Zeit verbringen würde. Der Vater habe bestritten, Drogen zu nehmen und im Rahmen der stattgefundenen Polizeieinsätze hätten offenbar nie Anhaltspunkte für einen möglichen Drogenkonsum des Vaters bestanden, ansonsten davon auszugehen gewesen wäre, dass ein entsprechender Drogentest durch die Polizei angeordnet worden wäre. Zu bedenken sei auch, dass der Vater neben dem Betroffenen noch ein weiteres Kind habe, welches unter seiner Obhut stehe und bei ihm lebe.

3.2.

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, dass weder Dringlichkeit bestehe noch Gefahr in Verzug sei. Eine Entfremdung infolge eines vorübergehenden Kontaktunterbruchs zwischen dem Vater und dem Betroffenen trete nicht schon nach so kurzer Zeit ein. Der mutmassliche Drogenkonsum des Vaters stelle eine wesentlich erheblichere Gefährdung des Kindeswohls des Betroffenen dar als der vorübergehende Kontaktunterbruch. Der Vater sei unter Drogeneinfluss nicht imstande, sich allein um die Kinder zu kümmern. Die konsumierten Substanzen lägen überdies offen in der Wohnung herum. Auch erhalte er in seiner Wohnung Besuch von seinem Drogenlieferanten. Mit der Weigerung, einen Drogentest durchzuführen, bestünden zudem erhebliche Zweifel an seiner Drogenabstinenz. Die Beschwerdeführerin habe die Vorwürfe des Drogenkonsums erst jetzt eingebracht, da sie vorher vom Vater abhängig gewesen sei und vor ihm Angst gehabt habe. Das Interesse an einer rechtsstaatlich einwandfreien Prüfung der Rechtslage in Bezug auf das Besuchsrecht überwiege das Interesse an einem sofortigen Vollzug des angefochtenen Entscheids.

3.3.

Der Vater bringt mit Beschwerdeantwort vom 25. Januar 2024 zusammengefasst vor, die einzige Kindeswohlgefährdung bestehe in der Entfremdung zwischen ihm und dem Betroffenen durch die Verweigerung des Kontakts. Dies habe die Vorinstanz richtig erkannt. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin, es würden ohnehin ab 28. Dezember 2023 Besuche stattfinden, sei auszuführen, dass bislang betreffend diesen Besuchen weder eine Kontaktaufnahme seitens der Beschwerdeführerin, seitens des Rechtsvertreters, seitens des Frauenhauses noch seitens des Mutter-Kind-Hauses stattgefunden habe. Ihm sei der Aufenthaltsort des Betroffenen weiterhin unbekannt und er habe seit Monaten keinerlei Kontakt zu diesem. Dabei wäre der Kontakt nicht nur für das Vater-Sohn-Verhältnis von grosser Bedeutung, sondern auch, damit der Betroffene ausserhalb des derzeitigen

Sondersettings Kontakte pflegen könne. Jedenfalls zeige gerade die Tatsache, dass ihn der Betroffene "mega" gernhabe, dass eine umgehende und uneingeschränkte Aufnahme des Besuchsrechts dringend notwendig sei. Auch bestünden keine beachtlichen Indizien für den behaupteten Drogenkonsum. Diesbezügliche Aussagen der Beschwerdeführerin seien diffus, unsubstantiiert und widersprüchlich.

4.

4.1.

Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Dieser dient in erster Linie dem Interesse des Kindes, ist aber zugleich auch ein Recht und eine Pflicht des betroffenen Elternteils. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist stets das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist. In diesem Sinn hat auch der persönliche Verkehr zum Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu gewährleisten und zu fördern. In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (BGE 131 III 209 E. 5; Urteil des Bundesgerichts 5A_968/2016 vom 14. Juni 2017 E. 4.1).

Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Das Wohl des Kindes ist gefährdet, wenn dessen ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist (BGE 122 III 404 E. 3b). Als wichtige Gründe fallen beispielsweise Vernachlässigung, physische Misshandlungen und übermässige psychische Belastungen des Kindes in Betracht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_984/2019 vom 20. April 2020 E. 3.2 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 5P.9/2005 vom 22. Februar 2005 E. 6.1).

4.2.

Vorliegend besteht zwischen den Eltern eine konfliktbehaftete Beziehung. Der Vater hat den Betroffenen nun bereits seit mehreren Monaten nicht mehr gesehen und eine Kommunikation zwischen den Eltern erscheint nicht möglich. Eine Kontaktaufnahme in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde in Aussicht gestellte Besuchskontakte zwischen dem Vater und dem Betroffenen ab dem 28. Dezember 2023 ist gemäss den Angaben des Vaters bislang nicht erfolgt. Die Beschwerdeführerin befürchtet aufgrund des von ihr behaupteten Drogenkonsums des Vaters eine erhebliche Gefährdung des Kindeswohls bei der Ausübung des Besuchsrechts. Der Vater bestreitet den Drogenkonsum. Auffallend ist, dass

es bei der letzten Trennung der Eltern zwischen den Anwälten im März 2022 zu Vergleichsgesprächen gekommen ist und dabei ein Drogenkonsum des Vaters kein Thema war (act. 66). Die Beschwerdeführerin kann überdies auch keine konkreten Situationen nennen, in denen der mutmassliche Drogenkonsum des Vaters zu einem Zustand geführt hätte, in dem seine Fähigkeiten zur Kinderbetreuung ernsthaft eingeschränkt gewesen wäre. Wie sich die von der Beschwerdeführerin geäusserten psychischen Beeinträchtigung des Vaters infolge des übermässigen Drogenkonsums bemerkbar machen würden, konnte sie ebenfalls nicht konkret benennen (act. 57 und 63). Selbst die Strafverfolgungsbehörden sahen sich bei keinem der durchgeführten Polizeieinsätze veranlasst, aufgrund der Verhaltensweise des Vaters einen Drogentest anzuordnen oder durchzuführen. Auch dass der Vater seinen Berufsalltag soweit bekannt erfolgreich bestreitet und bereits seit über 20 Jahren beim selben Arbeitgeber angestellt ist (act. 61), spricht gegen einen unkontrollierten und/oder übermässigen Drogenkonsum. In Bestätigung der vorinstanzlichen Kurzbegründung und im Rahmen einer summarischen Prüfung, sind die Vorwürfe der Beschwerdeführerin in Bezug auf den Drogenkonsum des Vaters nicht stichhaltig. Zu beachten ist auch, dass der Vater die Obhut seines älteren Sohnes aus einer anderen Beziehung innehat und dessen Betreuung offenbar funktioniert. Selbst im Sozialbericht vom 11. Oktober 2023 wurde ausgeführt, dass zwischen dem Vater und dem Betroffenen ein liebevoller und zugewandter Umgang bestehe (act. 41) und auch die Beschwerdeführerin führte aus, der Betroffene habe seinen Vater "mega" gern und möchte gerne zu seinem Vater (act. 57 f.). Die vorinstanzliche Besuchsrechtsregelung trägt den Interessen des Betroffenen Rechnung, eine tragfähige und vertrauensvolle Beziehung zu seinem Vater fortzuführen und weiter aufzubauen. Angesichts dessen, dass ein allfälliges Hauptverfahren noch längere Zeit dauern könnte, ist auch die notwendige Dringlichkeit zu bejahen, um die für das Kindeswohl wichtige Beziehung des Betroffenen zu seinem Vater nicht zu erschweren. Bei einem längeren Kontaktunterbruch besteht die Gefahr, dass der Betroffene in einen Loyalitätskonflikt geraten und sich von seinem Vater entfremden könnte, was einen Kontaktaufbau zunehmend erschweren würde. Bei Schwierigkeiten und Konfliktsituationen zwischen den Eltern im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht können die Eltern sodann die Hilfe der Beiständin in Anspruch nehmen.

5.

Insgesamt erweist sich der von der Vorinstanz vorgenommene Entzug der aufschiebenden Wirkung und somit die sofortige Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids als gerechtfertigt sowie verhältnismässig, weshalb die dagegen gerichtete Beschwerde abzuweisen ist.

6.

6.1.

Ausgangsgemäss sind die obergerichtlichen Verfahrenskosten von Fr. 800.00 gemäss § 38 Abs. 3 EG ZGB i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und sie hat dem Vater dementsprechend eine Parteientschädigung zu bezahlen.

6.2.

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 % auf Fr. 2'160.00 zu kürzen. Weil es sich um ein Rechtsmittelverfahren handelt, wird gestützt auf § 8 AnwT ein Abschlag von 20 % vorgenommen. Unter Berücksichtigung des pauschalen Auslagenersatzes von 3 % (Fr. 51.85; § 13 Abs. 1 AnwT) und der Mehrwertsteuer von 8.1 % (Fr. 144.15) sind die Parteikosten für das Beschwerdeverfahren vor Obergericht auf Fr. 1'924.00 festzusetzen.

Die Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz entscheidet:

1.

Die Beschwerde gegen den Entscheid des Familiengerichts Baden vom 28. November 2023 betreffend den Entzug der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

Die obergerichtlichen Verfahrenskosten von Fr. 800.00 werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Vater eine Parteientschädigung von Fr. 1'924.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen.