

# **BGer 5A 550/2018 vom 20. November 2018**

Bundesgericht, 2018-11-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_550\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_550_2018)

FR: TF 5A 550/2018 du 20 novembre 2018

IT: TF 5A 550/2018 del 20 novembre 2018

## **Regeste**

Eheschutz | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind ( BGE 143 III 140 E. 1 S. 143).

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich zum einen gegen das Kontaktverbot, mit dem der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 172 Abs. 3 i.V.m. Art. 28b ZGB belegt wurde. Was diese nicht vermögensrechtliche Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) angeht, schliesst der angefochtene Entscheid das kantonale Verfahren ab. Der Streit um das Kontaktverbot beschlägt nur einen Teil der gestellten Begehren, der aber unabhängig von den anderen Eheschutzbegehren beurteilt werden kann. Diesbezüglich ist der angefochtene Entscheid mithin ein Teilentscheid (Art. 91 Bst. a BGG), der - als blosse Variante eines Endentscheids ( BGE 135 III 212 E. 1.2.1 S. 217 ) - der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegt. Das Obergericht hat letztinstanzlich als oberes Gericht auf Rechtsmittel hin entschieden ( Art. 75 BGG ). Insofern ist auf die rechtzeitig ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) eingereichte Beschwerde einzutreten.

#### **E. 1.2**

Ausdrücklich angefochten ist zum andern die Obhuts- und Besuchsrechtsregelung, die das Obergericht für die Dauer des Eheschutzverfahrens trifft, das infolge des vorinstanzlichen Rückweisungsentscheids vor dem Regionalgericht seinen Fortgang nimmt (s. Sachverhalt Bst. C.c). Der fragliche Rückweisungsentscheid ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG ( BGE 144 III 253 E. 1.3 und 1.4 S. 253 ff.; 135 III 212 E. 1.2 S. 216, 329 E. 1.2). Da die vorläufige Obhuts- und Besuchsrechtsregelung - ebenfalls eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) - mit dem Rückweisungsentscheid untrennbar verbunden ist, erweist sie sich ihrerseits als Zwischenentscheid. Abgesehen vom hier nicht gegebenen Ausnahmefall gemäss Art. 93 Abs. 1 Bst. b BGG ist die dagegen erhobene Beschwerde deshalb nur zulässig, wenn der Zwischenentscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG). Nicht wieder gutzumachen ist der Nachteil, wenn ihn auch ein für die Beschwerdeführer günstiger Endentscheid nicht oder nicht vollumfänglich zu beheben vermöchte ( BGE 141 III 395 E. 2.5 S. 399 f.; 137 III 522 E. 1.3 S. 525 mit Hinweisen). Ausschlaggebend ist somit, wie sich der Zwischenentscheid auf die Hauptsache auswirkt (vgl. BGE 137 III 380 E. 1.2.2 S. 383). Nach der Rechtsprechung obliegt es der rechtsuchenden Partei darzutun, dass eine der Voraussetzungen gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt ist ( BGE 137 III 324 E. 1.1 S. 329;

134 III 426 E. 1.2 S. 429), es sei denn, deren Vorliegen liege geradezu auf der Hand ( BGE 133 III 629 E. 2.4.2 S. 633). Der Beschwerdeführer erblickt den nicht wieder gutzumachenden Nachteil darin, dass die "strenge Obhuts- und Besuchsregelung" ihn in der Ausübung seiner Vaterrechte "sehr stark" einschränke und die gemeinsame Zeit mit den Kindern, derer er verlustig gehe, "zu keinem Zeitpunkt" mehr nachgeholt werden könne. Der Beschwerdeführer irrt. Zwar hat das Bundesgericht wiederholt festgehalten, dass einer betroffenen Partei ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG droht, wenn die streitige Massnahme das Los der Kinder beschlägt (Urteile 5A\_995/2017 vom 13. Juli 2018 E. 1.1; 5A\_70/2016 vom 25. April 2016 E. 1.1; 5A\_641/2015 vom 13. März 2016 E. 2.2). Hier sticht jedoch ins Auge, dass der angefochtene Entscheid für den Beschwerdeführer im Vergleich zur bisher geltenden Rechtslage keine Verschlechterung bedeutet - im Gegenteil: Das Obergericht hatte den Antrag der Beschwerdegegnerin um Aufschub der Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Entscheids gutgeheissen. Bis zum Abschluss des Berufungsverfahrens galt deshalb nicht der erstinstanzliche Entscheid, sondern die obergerichtliche Anordnung, wonach die Kinder vorerst unter der Obhut der Mutter bleiben (s. Sachverhalt Bst. C.b). Die vom Obergericht aufgehobene Obhuts- und Besuchsrechtsregelung des Regionalgerichts war also nie wirksam. Gegen die sofortige Vollstreckbarkeit (s. Art. 103 Abs. 1 BGG ) der jetzt angefochtenen vorläufigen Regelung des Obergerichts hat der Beschwerdeführer nichts unternommen. Mithin kommt der Beschwerdeführer mit den Dispositiv-Ziffern 5 und 6 des Entscheids vom 28. Mai 2018 erstmals in den Genuss eines gerichtlich festgelegten durchsetzbaren Besuchsrechts. Auch wenn der Beschwerdeführer diese vorläufige Regelung als streng empfindet, wird ihm damit keine "gemeinsame Zeit mit den Kindern" weggenommen, die ihm vor der Fällung des angefochtenen Entscheids rechtlich zugestanden hätte. Von einem (drohenden) rechtlichen Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Bst. b BGG, den auch ein für den Beschwerdeführer günstiger Endentscheid in der Sache nicht (vollumfänglich) zu beheben vermöchte, kann deshalb nicht die Rede sein. Soweit der Beschwerdeführer vor Bundesgericht die Dispositiv-Ziffern 5 und 6 des obergerichtlichen Entscheids anfecht, ist die Beschwerde unzulässig.

### **E. 1.3**

Der Schriftsatz des Beschwerdeführers enthält ausserdem einen längeren Abschnitt mit dem Titel "Ad Obhuts- und Kontaktrecht". Darin wird die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich kritisiert, insbesondere die Art und Weise, wie das Obergericht abweichend von den Feststellungen des Regionalgerichts zum Schluss kommt, "dass aus den vorhandenen Akten durchaus auf ein gewalttätiges und aggressives Verhalten des Beschwerdeführers geschlossen werden kann". Dass der Beschwerdeführer damit - über die (ausdrücklich) gestellten Rechtsbegehren (s. Sachverhalt Bst. D.a) hinaus - auch die vorinstanzliche Rückweisung selbst, das heisst Dispositiv-Ziffer 9 des angefochtenen Entscheids (s. Sachverhalt Bst. C.c) in Frage stellt, ist diesen Erörterungen nicht zu entnehmen. Im Ergebnis bleibt es dabei, dass auf die Beschwerde nur hinsichtlich der Anfechtung des Kontaktverbots einzutreten ist (E. 1.1).

### **E. 2**

Wie der Entscheid über die Eheschutzmassnahmen selbst (dazu BGE 133 III 393 E. 5.1 und 5.2 S. 396 f.) untersteht auch der angefochtene Entscheid über das im Eheschutzprozess verlangte Kontaktverbot (Art. 172 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 28b ZGB ) Art. 98 BGG . Daher kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (s. dazu BGE

133 III 585 E. 4.1 S. 588). Es gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 133 II 396 E. 3.1 S. 399 f.). Auch eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen kommt nur in Frage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat ( BGE 133 III 585 E. 4.1 S. 588), was die rechtsuchende Partei wiederum präzise geltend zu machen hat.

### **E. 3**

Vor Bundesgericht dreht sich der Streit nur mehr um das Kontaktverbot, mit dem der Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 172 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 28 und 28b ZGB belegt wurde.

#### **E. 3.1**

Nach Art. 28b Abs. 1 ZGB kann die klagende Person zum Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen dem Gericht beantragen, der verletzenden Person insbesondere zu verbieten, sich ihr anzunähern oder sich in einem bestimmten Umkreis ihrer Wohnung aufzuhalten (Ziff. 1), sich an bestimmten Orten, namentlich bestimmten Strassen, Plätzen oder Quartieren, aufzuhalten (Ziff. 2), und mit ihr Kontakt aufzunehmen, namentlich auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg, oder sie in anderer Weise zu belästigen (Ziff. 3). Das Obergericht schildert die Voraussetzungen für die Anordnung des Kontaktverbots im Eheschutzprozess. Es erklärt, dass das Kontaktverbot keine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 ZPO darstelle, weil es zusammen mit dem Eheschutzentscheid angeordnet worden sei. Deshalb müssten einzig die Voraussetzungen nach Art. 28b i.V.m. Art. 28 ZGB erfüllt sein, wobei aufgrund des anwendbaren summarischen Verfahrens Glaubhaftmachung genüge. Bezogen auf den konkreten Fall kommt das Obergericht zum Schluss, dass in der vorinstanzlichen Begründung des Kontaktverbots kein Widerspruch ersichtlich sei. Dass die Beschwerdegegnerin in der Vergangenheit teilweise Gewalt von Seiten des Beschwerdeführers erfahren hat bzw. sie in ihrer physischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt wurde, ist laut Vorinstanz glaubhaft gemacht. Der angefochtene Entscheid verweist auf die Gefährdungsmeldung der Kantonspolizei, wonach bei der Beschwerdegegnerin eine Verletzung am rechten Arm festgestellt worden sei und gemäss welcher der Beschwerdeführer gegenüber der Polizei ausgesprochen aggressiv reagiert habe, sowie auf die Ausführungen der Beschwerdegegnerin zur "vorerwähnten erlittenen Gewalt". Nach der Einschätzung des Obergerichts besteht "angesichts der Vorkommnisse" die Gefahr einer erneuten physischen Gewaltanwendung durch den Ehemann gegenüber der Ehefrau, womit ein Kontaktverbot erforderlich sei. Der Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung sei aufgrund der glaubhaft gemachten Beeinträchtigung der physischen Integrität erfüllt. Gestützt auf diese Erwägungen bestätigt das Obergericht das Kontaktverbot. Da die Erstellung von Erziehungsfähigkeitsgutachten in der Regel rund sechs Monate in Anspruch nehmen und auch während dieser Zeit eine Einflussnahme des Beschwerdeführers auf die Beschwerdegegnerin verhindert werden soll, erscheine eine Befristung auf sechs Monate verhältnismässig. Schliesslich stellt das Obergericht fest, dass die Eltern sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid trotz des Kontaktverbots bei den Übergaben der Kinder begegnet sind bzw. die Übergaben entgegen den Plänen der Beiständin teilweise nicht begleitet waren. Es erinnert an den Inhalt des Kontaktverbots

(vgl. Sachverhalt Bst. B.b); insbesondere sei der Beschwerdeführer angewiesen worden, sich im Falle eines zufälligen persönlichen Aufeinandertreffens unverzüglich von der Beschwerdegegnerin zu entfernen. Der angefochtene Entscheid stellt klar, dass dem Beschwerdeführer die persönliche Übergabe der Kinder an die Kindsmutter verboten ist und dass er die Kinder auch nicht direkt von der Kindsmutter in Empfang nehmen darf. Da der Beschwerdeführer bei der Übergabe der Kinder auch mit der Beschwerdegegnerin geredet habe, liege eine Verletzung des erstinstanzlich angeordneten Kontaktverbots vor. Gleiches gelte für den Fall, dass sich der Beschwerdeführer der Kindsmutter bei den Übergaben auf weniger als hundert Meter genähert haben sollte.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer reklamiert, dass die Beschwerdegegnerin ihm die Einhaltung des Kontaktrechts verunmögliche, da sie es sei, die sich jeweils wieder an ihn wende und den Kontakt zu ihm suche. Zum Beweis legt er seiner Beschwerde den Zwischenbericht der Sozialarbeiterin F. \_\_\_\_\_ vom 13. Juni 2018 bei. Dieser Bericht halte bereits auf der ersten Zeile fest, dass die vom Obergericht getroffene Regelung nicht der aktuellen Besuchsrechtssituation entspricht. Des Weiteren hätten laut Bericht beide Parteien anlässlich eines Gesprächs mit der Sozialarbeiterin am 7. Juni 2018 übereinstimmend mitgeteilt, mit der vom Obergericht getroffenen Regelung nicht einverstanden zu sein. Der Beschwerdeführer folgert daraus, dass der besagte Zwischenbericht vor Bundesgericht nach Massgabe von Art. 99 Abs. 1 BGG Beachtung finden müsse, weil "zweifelsohne" erst der obergerichtliche Entscheid Anlass zur Erstellung dieses neuen Berichts gegeben habe. Er argumentiert, dass sich die Beschwerdegegnerin wohl nicht wiederholt freiwillig in seine Nähe begeben und sich von ihm bei der Kinderbetreuung helfen lassen würde, wenn effektiv eine Gefährdungssituation vorläge. Weder habe die Beschwerdegegnerin eine polizeiliche Intervention veranlasst, noch habe sie wegen der Verletzung des Kontaktverbots Strafanzeige erstattet. Das Verhalten der Beschwerdegegnerin lasse keinen anderen Schluss zu, als dass sie selbst auf das gerichtlich angeordnete Kontaktverbot verzichtet habe. Offensichtlich habe sie kein Interesse mehr an der Aufrechterhaltung des Kontaktverbots, womit dieses als gegenstandslos zu qualifizieren sei, so die Überlegung des Beschwerdeführers.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer verkennt das Novenrecht im Verfahren vor Bundesgericht. Gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG dürfen neue Tatsachen und Beweismittel nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt. Das Vorbringen von Tatsachen oder Beweismitteln, die erst nach dem angefochtenen Entscheid zutage treten oder entstanden sind, kann nicht durch das weiter gezogene Urteil veranlasst worden sein. Solche echten Noven sind im bundesgerichtlichen Verfahren unzulässig (BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 343 f.). Der fragliche Zwischenbericht datiert vom 13. Juni 2018. Er ist also erst nach dem angefochtenen Entscheid entstanden und deshalb im hiesigen Verfahren unbeachtlich. Nichts anderes gilt für das Schreiben des Erwachsenen- und Kinderschutzes U. \_\_\_\_\_ vom 28. Juni 2018 (s. Sachverhalt Bst. D.b). Andere Gründe, weshalb sich das Kontaktverbot nicht mit den verfassungsmässigen Rechten des Beschwerdeführers verträglich sind, sind der Beschwerde nicht zu entnehmen. Zwar kreidet der Beschwerdeführer dem Obergericht an, dass es "ohne weiteres in der Lage gewesen" wäre, sich anhand objektiver Beweismittel über das aktuelle Verhältnis zwischen den Parteien ein Bild zu machen. Er erinnert daran, dass er im Berufungsverfahren die Einholung von Berichten der

Beiständin und der Beratungsstelle für Familienbegleitung beantragt habe. Sofern das Obergericht diesen Beweisanträgen stattgegeben hätte, wären seinem Entscheid veränderte Tatsachen zu Grunde gelegen, durch die das Kontaktverbot "unzweifelhaft hätte gekippt werden müssen". Dass die Vorinstanz bei der Feststellung des Sachverhalts seine verfassungsmässigen Rechte verletzt hätte (s. E. 2), macht der Beschwerdeführer jedoch nicht geltend. Im Ergebnis muss es vor Bundesgericht mit dem Kontaktverbot, so wie es vom Obergericht festgelegt wurde, deshalb sein Bewenden haben. Dem Beschwerdeführer ist es unbenommen, angesichts der von ihm geltend gemachten veränderten Umstände beim zuständigen Eheschutzgericht eine Aufhebung des Kontaktverbots zu beantragen.

#### **E. 4**

Die Beschwerde ist also unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat deshalb für die Gerichtskosten aufzukommen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ). Der Beschwerdegegnerin ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren ist abzuweisen. Wie die vorigen Erwägungen zeigen, müssen seine vor Bundesgericht gestellten Rechtsbegehren als von Anfang an aussichtslos gelten. Damit mangelt es an einer materiellen Voraussetzung für die Gewährung des Armenrechts ( Art. 64 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.