

BGer 5A 716/2022 vom 27. Februar 2023

Bundesgericht, 2023-02-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_716_2022

FR: TF 5A 716/2022 du 27 février 2023

IT: TF 5A 716/2022 del 27 febbraio 2023

Regeste

Vorsorgliche Massnahme im Eheschutzverfahren | Familienrecht

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist der Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen Gerichts, das auf Rechtsmittel hin als letzte kantonale Instanz (Art. 75 BGG) über Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft entschieden hat. Im Streit vor Bundesgericht steht die Verpflichtung des Beschwerdeführers nach Art. 28c ZGB , eine Fussfessel zu tragen zwecks Ermittlung und Aufzeichnung seines Aufenthaltsorts, sprich eine nicht vermögensrechtliche, die Vollstreckung betreffende Zivilsache nach Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 1 BGG (Urteil 5A_881/2022 vom 2. Februar 2023 E. 1.1). Die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 Abs. 1 und Art. 45 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen steht grundsätzlich offen.

E. 1.2.1

Gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in Zivilsachen nur berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a) und durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. b). Das schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen einer Gutheissung der Beschwerde, welche es der beschwerdeführenden Person ermöglicht, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur, den der angefochtene Entscheid mit sich brächte, zu vermeiden (BGE 143 III 578 E. 3.2.2.2). Das schutzwürdige Interesse an der Gutheissung der Beschwerde muss aktuell und praktisch, mithin im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils noch vorhanden sein. Ausnahmsweise verzichtet das Bundesgericht auf dieses Erfordernis, wenn die gerügte Rechtsverletzung sich jederzeit wiederholen könnte und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (sog. virtuelles Interesse; BGE 140 III 92 E. 1.1).

E. 1.2.2

Vorliegend steht fest, dass die elektronische Überwachung des Beschwerdeführers nur für einen Zeitraum von sechs Monaten ab dem 8. April 2022 angeordnet worden ist. Diese Frist ist mittlerweile abgelaufen und kann, da eine vorsorgliche Massnahme in Frage steht, nicht verlängert werden (Art. 28c Abs. 2 ZGB ; vorne Bst. B.b). Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass dennoch ein hinreichendes schutzwürdiges Interesse gegeben sei. Es sei unwahrscheinlich, dass die kantonalen Instanzen bei einer künftigen erneuten Anordnung der Massnahme anders entscheiden würden. Ausserdem könne er, der Beschwerdeführer, gemäss Art. 28 Abs. 4 ZGB mit den Kosten der Massnahme belastet werden. Wie es sich

mit dem schutzwürdigen Interesse des Beschwerdeführers im heutigen Zeitpunkt im Einzelnen verhält, kann mit Blick auf den Ausgang des Verfahrens indes offenbleiben. Unter diesen Umständen besteht auch kein Anlass, auf das gleichzeitig gestellte Feststellungsbegehren einzugehen (BGE 141 II 113 E. 1.7; 136 III 102 E. 3.1).

E. 2

Eheschutzentscheide gelten als vorsorgliche Massnahmen nach Art. 98 BGG (BGE 133 III 393 E. 5). Dies gilt auch, soweit es um die Durchsetzung einer im Eheschutz angeordneten Massnahme geht (Urteil 5A_841/2018 und 5A_843/2018 vom 12. Februar 2020 E. 3 [die Schuldneranweisung betreffend]). Mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann nach dieser Bestimmung nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden. Eine Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen kommt ebenfalls nur in Frage, wenn das kantonale Gericht solche Rechte verletzt hat (BGE 133 III 585 E. 4.1). Es gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG . Die rechtsuchende Partei muss daher präzise angeben, welches verfassungsmässige Recht durch den angefochtenen Entscheid verletzt wurde, und im Einzelnen darlegen, worin die Verletzung besteht. Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 144 II 313 E. 5.1; 142 II 369 E. 2.1; 140 III 264 E. 2.3).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer rügt wie bereits vor Vorinstanz eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV). Das Regionalgericht habe ihm am 1. April 2022 eine Frist bis zum 19. April 2022 gesetzt, um zum Eheschutzgesuch und zum Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Rechtspflege Stellung zu nehmen. Keine Frist sei ihm angesetzt worden, um sich zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zu äussern. In Ziffer 4 der Verfügung vom 1. April 2022 verweise das Regionalgericht auf die Notwendigkeit einer Machbarkeitserklärung der Vollzugsstelle Electronic Monitoring, um die elektronische Überwachung anordnen zu können. Er, der Beschwerdeführer, sei daher davon ausgegangen, dass die Anordnung der elektronischen Überwachung ausser Frage gestanden habe.

E. 3.2

Die Vorinstanz räumt ein, dass das Regionalgericht den Beschwerdeführer explizit hätte darauf hinweisen können, dass er nicht nur zum Eheschutzgesuch, sondern auch zu den superprovisorisch angeordneten Annäherungs-, Orts- und Kontaktverboten Stellung nehmen könne. Auch hätte das Regionalgericht präzisieren können, dass es noch vorsorglich über den superprovisorisch abgewiesenen Antrag auf elektronische Überwachung entscheiden werde. Indessen habe sich bereits aus dem Kontext ergeben, dass sich der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer zu allen superprovisorisch gestellten Anträgen äussern könne und über diese Anträge noch zu entscheiden sei. Selbst wenn aber eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegen würde, stellte eine Rückweisung an das Regionalgericht einen prozessualen Leerlauf dar und wäre die Verletzung geheilt. Der Beschwerdeführer habe sich im Berufungsverfahren frei äussern können und das Obergericht könne alle Sach- und Rechtsfragen frei überprüfen.

E. 3.3

Der Beschwerdeführer setzt sich in seiner Beschwerde an das Bundesgericht nicht in einer dem strengen Rügeprinzip genügenden Art und Weise mit dem angefochtenen Entscheid auseinander (vgl. dazu vorne E. 2). Namentlich ignoriert der Beschwerdeführer den Hinweis der Vorinstanz darauf, dass sie im Hinblick auf den Sachverhalt und die rechtlichen Fragen über volle Kognition verfügt und dass die Rückweisung der Sache an das Regionalgericht einem prozessualen Leerlauf gleichkäme. Auch tut er nicht dar, weshalb er Kenntnis über den Inhalt des Auftrags an die Vollzugsstelle Electronic Monitoring und die Antwort der Vollzugsstelle darauf haben muss, um sich sachgerecht zur Rechtmässigkeit der angeordneten Fussfessel zu äussern. Um erfolgreich die Verletzung des rechtlichen Gehörs zu monieren, genügt es nicht, darauf hinzuweisen, wie es der Beschwerdeführer tut, dass die gesetzliche Regelung (Art. 28c ZGB) neu ist.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer erhebt weiter den Vorwurf der Willkür (Art. 9 BV). Er begründet diesen damit, dass die Vorinstanz bei der Handhabung der Novenregelung von der falschen Prämisse ausgegangen sei, dass das vorliegende Verfahren Kinderbelange zum Gegenstand habe. Nur weil sich die Annäherungs- und Kontaktverbote auch "gegen" die Kinder richten würden, bedeute dies nicht, dass es "automatisch" um Kinderbelange gehe. Die Annäherungs- und Kontaktverbote seien keine Eheschutzmassnahmen, sondern würden im Sinn einer Klagenhäufung zusammen mit dem Eheschutzgesuch anhängig gemacht. Art. 296 ZPO finde deshalb keine Anwendung und die von der Beschwerdegegnerin im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Noven seien verspätet und nicht zu beachten gewesen.

E. 4.2

Der Beschwerdeführer verkennt die Rechtslage. Das Eheschutzgericht trifft auf Begehren eines Ehegatten die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen. Die Bestimmungen über den Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen sind dabei sinngemäss anwendbar (Art. 172 Abs. 3 ZGB). Entsprechend liegt keine Klagenhäufung vor, wenn eine Partei im Rahmen eines Eheschutzgesuchs neben Unterhalt ein Gesuch um Anordnung eines Annäherungs-, Orts- und Kontaktverbots stellt. Daran hat die neu geschaffene Möglichkeit der elektronischen Überwachung nichts geändert (vgl. GROBÉTY/FREI, La protection de la personnalité en cas de violence, menaces ou harcèlement - aspects procéduraux, FamPra.ch 2022, S. 865 ff., 877). In der Konsequenz ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Novenschranke unter Berücksichtigung der Untersuchungsmaxime in Kinderbelangen (Art. 296 Abs. 1 ZPO) festsetzte. Die Vorinstanz durfte, ja musste bei ihrem Entscheid berücksichtigen, dass sich der Beschwerdeführer nicht ans superprovisorisch angeordnete Kontaktverbot gehalten hatte.

E. 5

In der Sache ist umstritten, ob die angeordnete elektronische Überwachung verhältnismässig ist.

E. 5.1

Die Vorinstanz erwägt mit dem Regionalgericht, dass es glaubhaft sei, dass der Berufungskläger an einer bipolaren affektiven Störung leide, die sexuelle Enthemmtheit und Gewalt mit sich bringe. In der Vergangenheit sei es wiederholt zu Gewalt- und Sexualübergriffen auf die Kinder gekommen. Solche Übergriffe seien in Zukunft erneut zu befürchten, zumal sich der Beschwerdeführer in einer Ausnahmesituation befinde. Die

Ehefrau wolle die Trennung und die Staatsanwaltschaft ermittle wegen sexueller Handlungen. Diese Ausnahmesituation lasse impulsive Reaktionen des Beschwerdeführers als sehr wahrscheinlich erscheinen. Die elektronische Überwachung sei geeignet, einen Beitrag zur Einhaltung der Annäherungs-, Orts- und Kontaktverbote zu leisten. Zwar habe die elektronische Überwachung den Beschwerdeführer in der Vergangenheit nicht davon abgehalten, gegen das Ortsverbot für die E._____ Filiale in U._____ zu verstossen. Wie das Regionalgericht ist aber auch das Obergericht der Ansicht, dass die elektronische Überwachung zumindest den Druck auf den Beschwerdeführer erhöhe. Dieser werde die angeordneten Verbote eher einhalten, wenn eine elektronische Überwachung bestehe. Zudem gehe die elektronische Überwachung nicht darin auf, die Einhaltung der Annäherungs-, Orts- und Kontaktverbote sicherzustellen. Sie soll auch den Beweis von Verstössen gegen die angeordneten Verbote erleichtern. Diese Beweisfunktion erfülle die elektronische Überwachung ohne jeden Zweifel. Schliesslich sei sich der Gesetzgeber bewusst gewesen, dass die elektronische Überwachung zuweilen keine Verhaltensänderung bei der verletzenden Person bewirken könne. Folglich bedeute die Tatsache, dass der Beschwerdeführer gegen die Annäherungs-, Orts- und Kontaktverbote verstossen habe, nicht automatisch, dass die elektronische Überwachung ungeeignet sei. Auch sei die elektronische Überwachung erforderlich. Weniger einschneidende Massnahmen seien keine ersichtlich. Insbesondere habe der Beschwerdeführer mehrfach gegen das Ortsverbot für die E._____ Filiale in U._____ verstossen, obwohl er ausdrücklich zugesichert habe, die Verbote freiwillig zu respektieren. Da sich der Beschwerdeführer nicht bewährt habe, fielen mildere Massnahmen ausser Betracht. Auf die E._____ -Mitarbeiterinnen könne für die Überwachung nicht zurückgegriffen werden. Schliesslich sei dem Beschwerdeführer die elektronische Überwachung auch zuzumuten. Zwar gebe dieser zu bedenken, dass ihn die Fussfessel störe, insbesondere bei der Arbeit. Ausserdem sei die Fussfessel seiner Ansicht nach stigmatisierend und im Sommer gut sichtbar. Es sei nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer das Tragen einer Fussfessel als lästig empfinde. Die Vorinstanz gewichtet die Interessen der Beschwerdegegnerin und der gemeinsamen Kinder aber höher. Deren sexuelle, psychische und physische Integrität gingen vor. Der Eingriff in die Rechtsstellung des Berufungskläger sei vertretbar und hinzunehmen.

E. 5.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass seine elektronische Überwachung die Menschenwürde (Art. 7 BV) verletze. Zu unrecht werde er als "tickende Zeitbombe" dargestellt, der man nicht über den Weg trauen dürfe. Im Hochsommer habe er eine gut sichtbare Fussfessel tragen müssen, welche ihn mit dem entsprechenden Stigma versehen habe. Er sei entmutigt und voller Scham gewesen. Die kleine Gemeinde V._____, in der er wohne, biete keine Anonymität. Im Gegenteil brodele die von der Beschwerdegegnerin angeheizte Gerüchteküche. Diese Umstände würden wegen seines niedrigen Intelligenzquotienten und seiner emotionalen Belastung noch schwerer wiegen. Ferner sieht der Beschwerdeführer sich auch in seiner persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie im Schutz seiner Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) verletzt. Mit der elektronischen Fussfessel würden seine Bewegungsdaten aufgezeichnet und seien diese für Dritte einsehbar. Er könne sich deshalb nicht mehr frei bewegen, ohne dass dies von Dritten zur Kenntnis genommen und gewertet werde. Aus Angst vor weiterer Stigmatisierung habe er im Sommer auf das Baden im Fluss verzichten müssen. Wegen der Fussfessel habe er zudem Mühe, die für seine Arbeit als Holzfäller notwendigen Sicherheitsschuhe zu tragen, was ihn bei seiner Arbeitsausübung behindert habe. Schliesslich sei ihm die Arbeitsstelle

gekündigt worden, weil dem Arbeitgeber Details aus dem hängigen Verfahren bekannt wurden. Man habe der Beschwerdegegnerin Glauben geschenkt, da der "böse" Beschwerdeführer ja sogar eine Fussfessel haben tragen müssen. Bestehe die Gefahr, dass die verletzende Person insbesondere physische oder sexuelle Übergriffe verüben könnte, biete die elektronische Überwachung keine Gewähr für eine Verhaltensänderung gegenüber dem potentiellen Opfer und sei daher eine ungeeignete Massnahme. Dies gelte erst recht, wenn die Überwachung wie im Kanton Bern passiv erfolge. Die elektronische Überwachung helfe in diesem Fall einzig dabei, die Missachtung des Verbots zu beweisen. Sie stelle eine subsidiäre Schutzmassnahme dar, deren Anordnung sich nur dann rechtfertige, wenn ein Verbot nach Art. 28b Abs. 1 ZGB nicht eingehalten worden oder wenn voraussehbar sei, dass es nicht eingehalten werde. Zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids sei weder die eine noch die andere Voraussetzung erfüllt gewesen. Die Vorinstanz hätte nicht das Verhalten des Beschwerdeführers lange nach erfolgter Anordnung der elektronischen Überwachung zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit heranziehen dürfen. Die Massnahme dürfe nicht zur Beweissicherung angeordnet werden.

E. 5.3

Am 1. Januar 2022 ist der neue Art. 28c ZGB in Kraft getreten. Nach dessen Absatz 1 kann das Gericht, das ein Verbot nach der Bestimmung über Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen anordnet, auf Antrag der klagenden Person die Verwendung einer elektronischen Vorrichtung anordnen, die mit der verletzenden Person fest verbunden ist und mit der ihr Aufenthaltsort fortlaufend ermittelt und aufgezeichnet werden kann. Das Gesetz schweigt sich darüber aus, ob und welche zusätzlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um eine elektronische Überwachung anzuordnen. Der Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen vom 11. Oktober 2017 (BBl 2017 7307) lässt sich aber entnehmen, dass damit kein qualifiziertes Schweigen verbunden ist. Vielmehr ist der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der auf dem Spiel stehenden Grundrechte sämtlicher betroffener Personen davon ausgegangen, dass die elektronische Überwachung dem Verhältnismässigkeitsprinzip genügen muss, sprich eine Interessenabwägung vorzunehmen ist zwischen den Interessen des potentiellen Täters und jenen des potentiellen Opfers häuslicher Gewalt (Botschaft, a.a.O., S. 7320 und 7368; Urteil 5A_881/2022 vom 2. Februar 2023 E. 5.2 [zur Publikation vorgesehen]). Dabei war sich der Gesetzgeber bewusst, dass eine Fussfessel das potentielle Opfer nicht in jedem Fall schützt und häufig auch bloss den Nachweis erlaubt, dass sich der Täter nicht an das angeordnete Kontaktverbot gehalten hat. Der beschränkte Nutzen einer Fussfessel bedeutet nicht, dass deren Anordnung unverhältnismässig wäre. Es ist im Gegenteil davon auszugehen, dass auf die Anordnung einer Fussfessel nur dann zu verzichten ist, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass sich der Betroffene auch ohne eine solche ans Kontaktverbot hält oder wenn die Nachteile einer Fussfessel für den potentiellen Täter viel stärker ins Gewicht fallen als die Nachteile des Opfers, wenn das Kontaktverbot verletzt wird. Entsprechend ist zu berücksichtigen, wie gross die Wahrscheinlichkeit ist, dass sich der Täter nicht ans Kontaktverbot hält bzw. wie gefährlich Verletzungen des Kontaktverbots für das Opfer sind. Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall die vom Gesetzgeber geforderte Interessenabwägung sehr sorgfältig vorgenommen und ist dabei zum Schluss gekommen, dass die Interessen der Beschwerdegegnerin und ihrer Kinder schwerer wiegen als jene des Beschwerdeführers. Dies ist nicht zu beanstanden und der Beschwerdeführer vermag die vorgenommene Abwägung mit Blick auf das soeben Ausgeführte nicht in Frage zu stellen.

E. 6

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer wird damit kosten- (Art. 66 Abs. 1 BGG), nicht aber entschädigungspflichtig, da keine Vernehmlassungen eingeholt worden sind (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Umstände halber wird aber darauf verzichtet, Gerichtskosten zu erheben. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist, da zum vornherein keine Erfolgsaussichten bestanden haben (Art. 64 BGG).

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