

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.20 vom 18. November 2019

BS Appellationsgericht, 2019-11-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2019.20

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.20 du 18 novembre 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.20 del 18 novembre 2019

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des angefochtenen Entscheids vom 5. Juni 2019 ist eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 261 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) in einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit, womit hiergegen gemäss Art. 308 Abs. 1 ZPO die Berufung offen steht. Auf die frist- und formgerechte Berufung ist einzutreten.

Zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [GOG, SG 154.100]).

E. 2

Das Zivilgericht hat im angefochtenen Entscheid zunächst die Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO aufgeführt (angefochtener Entscheid E. 2). Sodann hat es geprüft, ob eine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Berufungsbeklagten glaubhaft gemacht worden. Dabei hat es zunächst konstatiert, dass die Parteien ihre wiederholten Begegnungen auf unterschiedliche Weise schildern würden. Nach Aussage der Berufungsbeklagten sei aber tendenziell davon auszugehen, dass in der Nacht vom 22. auf den 23. Januar 2019 kein einvernehmlicher Sex stattgefunden habe. Die Berufungsbeklagte habe glaubhaft machen können, dass sie durch dieses Ereignis traumatisiert sei. Durch die weiteren wiederholten Annäherungen seitens des Berufungsklägers sei sie in ihrer Persönlichkeit widerrechtlich verletzt worden und diese Annäherungen würden bei ihr starke Furcht und Angst auszulösen vermögen. Sie könne ebenso glaubhaft machen, dass sie mit weiteren Annäherungen rechnen müsse, da sich der Berufungskläger nicht einsichtig zeige. Er habe keine Bereitschaft zum Ausdruck gebracht, sich von der Berufungsbeklagten in Zukunft fernzuhalten (angefochtener Entscheid E. 3.4). Weiter hat das Zivilgericht die Verhältnismässigkeit der Aussprechung eines Kontakt- und Annäherungsverbots geprüft und diese bejaht (E. 3.5).

E. 3

Der Berufungskläger macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 53 ZPO geltend. Diese Rüge wird zwar allein im Hinblick auf den Eventualantrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz erhoben. Aufgrund der grundsätzlich formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist dieser Einwand vorgängig zu behandeln. Der Berufungskläger führt in diesem Zusammenhang aus, dass er die kurz vor der erstinstanzlichen Verhandlung von der Berufungsbeklagten eingereichten Unterlagen aus sprachlichen Gründen nicht habe zur Kenntnis nehmen können, da die Übersetzerin zu diesem Zeitpunkt noch nicht anwesend gewesen sei. Zudem sei bei der Verhandlung auch nicht genügend Zeit für die jeweilige Übersetzung gewährt worden und der

Berufungskläger sei nur in ungenügendem Mass angehört worden (Berufung S. 12 ff.). Die Berufungsbeklagte wendet ein, dass das rechtliche Gehör nicht gebiete, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetze (Eingabe der Berufungsbeklagten vom 21. Oktober 2019 Rz. 5).

Der Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs gebieten, verfahrensrechtliche Einwendungen so früh wie möglich vorzubringen, d.h. nach Kenntnisnahme eines Mangels bei erster Gelegenheit. Es verstösst gegen Treu und Glauben, Mängel dieser Art erst in einem späteren Verfahrensstadium oder sogar erst in einem nachfolgenden Verfahren geltend zu machen, wenn der Einwand schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können (BGer 5A_221/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.2; KGer GR KSK 16 32 vom 24. August 2016 E. II.5c). Der Berufungskläger war anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung anwaltlich vertreten. Er macht nicht geltend, dass er in der erstinstanzlichen Verhandlung den Antrag gestellt habe, es sei ihm mehr Zeit einzuräumen für eine Übersetzung der neu eingereichten Unterlagen oder für eine ausführlichere Übersetzung während der Verhandlung. Ebenso wenig wird vorgebracht, er habe eine ausführlichere Befragung zur Sache beantragt oder sei vom Gerichtspräsidenten daran gehindert worden, sich ausführlicher zu äussern. Der Zivilgerichtspräsident durfte daher davon ausgehen, dass sich der Berufungskläger genügend über den Inhalt der eingereichten Dokumente und den Verlauf der Verhandlung hat informieren können und dass er sich in genügendem Mass hat äussern können. Der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs kann damit nicht gefolgt werden.

E. 4

4.1 Der Berufungskläger moniert weiter, dass das Zivilgericht zu Unrecht unberücksichtigt gelassen habe, dass das gegen ihn eingeleitete Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt mit der Begründung eingestellt worden sei, es sei schlichtweg kein Straftatbestand erfüllt. Zudem habe das Zivilgericht nicht berücksichtigt, dass sich der Berufungskläger am Abend des 19. März 2019 bei der Rückkehr von einer Orchesterprobe in Biel darum bemüht habe, jeden Kontakt mit der Berufungsbeklagten zu vermeiden. Er habe aus diesem Grund die Berufungsbeklagte nach deren Entdeckung bei einer Lichtsignalanlage einen grossen Bogen machend überholt. Es könne daher nicht von einer Verfolgung gesprochen werden. Zu wenig berücksichtigt worden sei die Mitteilung des Kollegen der Berufungsbeklagten im Whatsapp-Chat-Verlauf, wonach ausser der zufälligen Begegnung nichts vorgefallen sei. Weiter habe das Zivilgericht zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass die Berufungsbeklagte nach der von ihr behaupteten Vergewaltigung nach [...] gezogen sei. Dies sowie die Teilnahme an Orchesterproben, bei welchen die Berufungsbeklagte damit rechnen könne oder gar müsse, dass auch der Berufungskläger anwesend sei, zeige, dass die Berufungsbeklagte solche Begegnungen herausfordere, um verfahrensrelevante Vorteile zu erzielen. Eine richtige Berücksichtigung der Tatsachen führe zum Schluss, dass die Voraussetzungen für den Erlass des Kontakt- und Annäherungsverbots nicht erfüllt seien. Für das Vorhandensein einer Persönlichkeitsverletzung in der Nacht vom 22./23. Januar 2019 lägen keine objektiven Elemente vor und es wäre ohnehin der Tatbestand der Wiederholung nicht erfüllt. Das Verhalten der Berufungsbeklagten würde zudem gegen die von ihr behauptete Furcht und Panik sprechen (Berufung S. 5 ff.).

Die Berufungsbeklagte macht in ihrer Berufungsantwort demgegenüber geltend, dass die beanzeigte Vergewaltigung bereits mit der Einreichung der Strafanzeige glaubhaft gemacht

worden sei, da ein Strafverfahren für ein Opfer eine sehr starke psychische Belastung bedeute, die nicht leichthin eingegangen werde. Dagegen spreche auch nicht der im Übrigen angefochtene Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft, zumal in diesem lediglich die Erfüllung des Nötigungstatbestands der Vergewaltigung verneint worden sei. Die Persönlichkeitsverletzung sei zweifellos glaubhaft gemacht worden. Ebenso sei die Verletzung des gegen ihn verhängten Kontakt- und Annäherungsverbots erstellt, zumal der Berufungskläger zugestehende, dass er die Berufungsbeklagte zu Fuss eingeholt und einen Bogen machend überholt habe, anstatt einen anderen Weg zu wählen. Die Versuche des Kollegen der Berufungsbeklagten, diese mit seiner Chat-Kommunikation zu beruhigen, würden die Aussagen der Berufungsbeklagten bestätigen. Dagegen spreche auch nicht, dass die Berufungsbeklagte nach wie vor an Orchesterproben teilgenommen habe, bei welchen auch der Berufungskläger anwesend gewesen sei, da die Berufungsbeklagte aus finanziellen Gründen auf solche Aufträge angewiesen sei. Von ihr angezeigt worden seien auch nicht diese aus den genannten Gründen unvermeidbaren Begegnungen mit dem Berufungskläger, sondern der ungebührliche Kontakt auf dem Nachhauseweg, den der Berufungskläger ohne Weiteres hätte verhindern können. Das uneinsichtige und penetrante Verhalten des Berufungsklägers (Hinter- und Nebenherlaufen nachts, stummes Anstarren, Abstand verringern trotz Annäherungsverbot) stelle sehr wohl eine Persönlichkeitsverletzung im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dar (Berufungsantwort Ziff. 5 ff.; vgl. auch Eingabe der Berufungsbeklagten vom 21. Oktober 2019 Rz. 2 f.). Mit Eingabe vom 21. Oktober 2019 reichte der Berufungskläger den Entscheid AGE BES.2019.129 vom 17. September 2019 ein, in welchem das Appellationsgericht Basel-Stadt eine von der Berufungsbeklagten eingereichte Beschwerde betreffend Verfahrenseinstellung abgewiesen hat.

4.2 Die vom Berufungskläger erhobene Rüge, das Zivilgericht habe den Sachverhalt mangelhaft festgestellt, vermag nicht zu überzeugen. Es ist zwar richtig, dass das Zivilgericht nicht ausdrücklich darauf Bezug genommen hat, dass die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren gegen den Berufungskläger wegen Vergewaltigung eingestellt habe. Das Zivilgericht ist aber im angefochtenen Entscheid auch nicht davon ausgegangen, dass eine solche Vergewaltigung im strafrechtlichen Sinn glaubhaft gemacht worden sei. Vielmehr hat es auf die entsprechende Ausführung seitens der Berufungsbeklagten Bezug genommen und daraus gefolgt dass tendenziell davon auszugehen sei, dass in der Nacht vom 22. auf den 23. Januar 2019 kein einvernehmlicher Sex stattgefunden habe. Die Berufungsbeklagte habe glaubhaft machen können, dass sie durch dieses Ereignis traumatisiert sei. An der Richtigkeit dieser Sachverhaltsfeststellung vermögen die Ausführungen des Berufungsklägers nichts zu ändern. Im Verfahren betreffend Erlass einer vorsorglichen Massnahme kann naturgemäss kein abschliessendes Urteil über einen von den Parteien sehr kontrovers geschilderten Sachverhalt ergehen. Der Berufungskläger vermag in seiner Berufung in keiner Weise aufzuzeigen, dass die Schlussfolgerung des Zivilgerichts, wonach aufgrund der Aussagen der Berufungsbeklagten tendenziell davon auszugehen ist, dass in der Nacht vom 22. auf den 23. Januar 2019 kein einvernehmlicher Sex stattgefunden habe, falsch sein soll. Etwas anderes ergibt sich entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers auch nicht aus dem Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft. Dasselbe gilt auch für den von ihm eingereichten Entscheid des Appellationsgerichts vom 17. September 2019. Ebenso wenig sind die Sachverhaltsfeststellungen des Zivilgerichts in Bezug auf die Annäherung an die Berufungsbeklagte am 19. März 2019 zu beanstanden, zumal dem Berufungskläger damals die Möglichkeit offen stand, sich von der

Berufungsbeklagten zu entfernen, ohne diese zu überholen und mit ihr Sichtkontakt aufzunehmen.

Zu prüfen ist, ob das Zivilgericht im angefochtenen Entscheid gestützt auf die von ihm vorgenommenen Sachverhaltsfeststellungen das zunächst superprovisorisch ausgesprochene Kontakt- und Annäherungsverbot zu Recht bestätigt hat. Das Zivilgericht ist gemäss den obigen Ausführungen zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Berufungsbeklagte eine Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte in der Nacht vom 22. auf den 23. Januar 2019 glaubhaft gemacht hat. Aus dem von ihr eingereichten Anzeigerapport der Regionalpolizei [...] vom 1. Februar 2019 (Beilage 5 zur Eingabe vom 4. Juni 2019) geht auch hervor, dass der Berufungskläger die Berufungsbeklagte am darauf folgenden Tag an ihrem Domizil in [...] aufgesucht hat, dass er dort von der Polizei angehalten worden ist und dass gegen ihn eine Fernhalteverfügung für das Domizil und die Aufenthaltsorte der Berufungsbeklagten in Bern erlassen worden ist. Erstellt ist gemäss den obigen Ausführungen auch die Begegnung zwischen dem Berufungskläger und der Berufungsbeklagten vom 19. März 2019. In ihrer Strafanzeige vom 12. Mai 2019 (Beilage 4 zur Eingabe vom 4. Juni 2019; vgl. auch Eingabe der Berufungsbeklagten vom 21. Oktober 2019 Rz. 3 f.) schildert die Berufungsbeklagte weitere Begegnungen mit dem Berufungskläger, die gemäss den Schilderungen aber allesamt im Zusammenhang mit Proben respektive einem Konzert des ■[...]■ stehen, in welchen sowohl der Berufungskläger als auch die Berufungsbeklagte tätig sind. Das Zivilgericht durfte aufgrund des von der Berufungsbeklagten eingereichten Whatsapp-Chat-Verlaufs vom 19. März 2019 und dem psychotherapeutischen Bericht vom 23. Mai 2019 als glaubhaft erachten, dass die Berufungsbeklagte aufgrund der Ereignisse in der Nacht vom 22. auf den 23. Januar 2019 Anzeichen für eine posttraumatische Belastungsstörung zeigte. Es ist aus Sicht der Berufungsbeklagten daher nachvollziehbar, dass sie jeglichen Kontakt mit dem Berufungskläger nach Möglichkeit vermeiden wollte und dass sie die von ihr geschilderten Begegnungen als sehr belastend empfand.

Nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) besteht ein Anspruch auf Unterlassung allgemein dann, wenn eine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit droht, das heisst ein Verhalten, das eine künftige Rechtsverletzung bzw. die Wiederholung einer bereits erfolgten Verletzung ernsthaft befürchten lässt (vgl. BGer 5A_309/2013 vom 4. November 2013 E. 5.3.2). Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme setzt folglich voraus, dass der Gesuchsteller nicht bloss eine erfolgte Persönlichkeitsverletzung, sondern auch das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr glaubhaft macht (vgl. OGer ZH LE140037 vom 5. Januar 2015 E. 4.2). Bei einer objektiven Betrachtung der Handlungen des Berufungsklägers nach der polizeilichen Befragung vom 24. Februar 2019 können diese aber kaum mehr als eigenständige Persönlichkeitsverletzungen gegenüber der Berufungsbeklagten qualifiziert werden. Im Zeitpunkt der Begegnung vom 19. März 2019 bestand für den Raum [...] unbestrittenermassen (vgl. Eingabe der Berufungsbeklagten vom 21. Oktober 2019 Rz. 1; Eingabe des Berufungsklägers vom 21. Oktober 2019 Rz. 1) kein Annäherungsverbot für den Berufungskläger. Das von der Berufungsbeklagten beschriebene vom Berufungskläger ausgehende längere Anstarren mag für die Berufungsbeklagte unter den gegebenen Umständen belastend gewesen sein. Es ist aber nicht erkennbar, dass der Berufungskläger damit tatsächlich die Persönlichkeitsrechte der Berufungsbeklagten verletzt hat oder Grund für die Annahme gegeben hat, dass weitere Verletzungen der Persönlichkeit der

Berufungsbeklagten drohen. Dasselbe gilt auch für die von der Berufungsbeklagten geschilderten Begegnungen im Zusammenhang mit den Proben respektive Konzerten des ■[...]■, selbst wenn es dabei zu möglichen Verstössen gegen das am 21. März 2019 superprovisorisch ausgesprochene und erst am 29. April 2019 in Bezug auf die Proben und Konzerte des genannten Orchesters eingeschränkten Kontakt- und Annäherungsverbot gekommen sein mag. Es wurde von der Berufungsbeklagten nicht vorgebracht, dass sich der Berufungskläger ihr in einer Weise genähert haben soll, dass von seiner Seite weitergehende Handlungen wie etwa Ansprache oder Berührungen zu erwarten waren. Vielmehr wird auch von der Berufungsbeklagten geschildert, dass sich der Berufungskläger bei diesen Begegnungen jeweils wieder entfernt hat, ohne die Berufungsbeklagte anzusprechen oder mit ihr in direkten Kontakt zu treten. Die geschilderten Begegnungen im Zug von oder zu den Proben sowie bei einer Lichtsignalanlage in [...] erreichen die für eine persönlichkeitsverletzende Belästigung erforderliche Intensität nicht. Die von der Berufungsbeklagten geschilderten Begegnungen stehen im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Berufungsklägers und der Berufungsbeklagten respektive dem entsprechenden Hin- und Rückweg, und es ist nicht glaubhaft gemacht, dass sich der Berufungskläger darüber hinaus darum bemüht hat, die Nähe der Berufungsbeklagten zu suchen, diese zu kontaktieren oder gar zu belästigen. Die vorliegende Situation unterscheidet sich somit klar von derjenigen, die vom Bundesgericht in BGE 144 III 257 E. 4.2 S. 260 zu beurteilen war. Gemäss dem diesem Entscheid zugrunde liegenden Sachverhalt hat der Beschwerdeführer dort Kontaktnahmen im beruflichen und privaten Umfeld der Beschwerdegegnerin getätigt und dadurch das gesellschaftliche und berufliche Ansehen der Beschwerdegegnerin angegriffen und ihre Persönlichkeit verletzt. Der Beschwerdeführer hatte mit E-Mail, Briefpost und SMS sowie physisch immer wieder mit der Beschwerdegegnerin und deren privaten und beruflichen Umfeld Kontakt aufgenommen und sie und ihr Umfeld ausspioniert (vgl. Aebi-Müller, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, in: ZBJV 155/2019 S. 261). Solche Handlungen wurden im vorliegenden Fall von der Berufungsbeklagten nicht behauptet. Nachstellungen im Sinn von Art. 28b Abs. 1 ZGB wurden von der Berufungsbeklagten im vorliegenden Fall keine glaubhaft gemacht. Es ist auch nicht erkennbar, dass solche Handlungen des Berufungsklägers aufgrund der oben geschilderten Begegnungen gedroht haben oder immer noch drohen sollen. Daran ändert entgegen den Ausführungen des Zivilgerichts auch nichts, dass sich der Berufungskläger nicht einsichtig gezeigt habe. Aus der Ablehnung des Vergleichsvorschlags eines gegenseitigen Kontakt- und Annäherungsverbots darf auf jeden Fall keine entsprechende Schlussfolgerung gezogen werden.

E. 5

Aus den genannten Gründen ist die Berufung gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid wird folglich aufgehoben und das Gesuch um Anordnung der vorsorglichen Massnahmen abgewiesen. Dementsprechend trägt die Berufungsbeklagte die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens. Sowohl der Berufungskläger als auch die Berufungsklägerin haben ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren gestellt, welches gutzuheissen ist. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens von je CHF 200.■ und die erstinstanzlichen Dolmetscherkosten von CHF 175.■ werden der Berufungsbeklagten auferlegt. Sie gehen jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung zu Lasten des Staats.

Die Berufungsbeklagte hat zudem dem Berufungskläger eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren zu bezahlen. Die erstinstanzliche Parteientschädigung beläuft sich auf CHF 2'125.■ zuzüglich Auslagen von CHF 43.50 und zuzüglich MWST. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren beträgt bei einem Aufwand von sieben Stunden à CHF 250.■ CHF 1'750.■ inklusive Auslagen und zuzüglich MWST. Zuzugle offensichtlicher Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung wird dem Vertreter des Berufungsklägers ein angemessenes Honorar aus der Gerichtskasse ausgewiesen. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Zuzugle der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist auch der Vertreterin der Berufungsbeklagten ein aufgrund der Aufwandangaben in der Honorarnote vom 18. Oktober 2019 zu bestimmendes angemessenes Honorar aus der Gerichtskasse auszuweisen. Die Berufungsbeklagte wird darauf hingewiesen, dass sie zur Nachzahlung der aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege vom Staat getragenen Prozesskosten verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

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