Urteilskopf

140 III 289

44. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen burgerliche Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_268/2014 vom 19. Juni 2014

Regeste (de):
Art. 445 ZGB; Erwachsenenschutz; vorsorgliche Massnahmen ohne vorgängige Anhörung der Verfahrensbeteiligten; Beschwerdeweg.

Entscheide über superprovisorische Massnahmen des Erwachsenenschutzes sind grundsätzlich nicht mit Beschwerde beim Bundesgericht anfechtbar (E. 1.1) und unterliegen auch nicht der Beschwerde gemäss Art. 445 Abs. 3 ZGB an das zuständige kantonale Gericht (E. 2).

Regeste (fr):
Art. 445 CC; protection de l'adulte; mesures provisionnelles sans audition préalable des participants à la procédure; voie de recours.

Les décisions relatives aux mesures superprovisionnelles en matière de protection de l'adulte ne peuvent en principe être déférées au Tribunal fédéral (consid. 1.1) et ne sont pas non plus sujettes à recours devant l'autorité cantonale compétente selon l'art. 445 al. 3 CC (consid. 2).

Regesto (it):
Art. 445 CC; protezione degli adulti; provvedimenti cautelari senza previa audizione delle persone che partecipano al procedimento; rimedio giuridico.

Le decisioni in materia di provvedimenti supercautelari nell'ambito della protezione degli adulti non sono in linea di principio impugnabili mediante ricorso al Tribunale federale (consid. 1.1) e non sono nemmeno suscettive di reclamo secondo l'art. 445 cpv. 3 CC al competente giudice cantonale (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 289

BGE 140 III 289 S. 289

Auf der Grundlage von Gefährdungsmeldungen erliess die burgerliche Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (bKESB) vorsorgliche Massnahmen gegenüber X. (Beschwerdeführerin), ohne die am Verfahren beteiligten Personen anzuhören. Die bKESB setzte den Termin zur persönlichen Anhörung auf den 14. Februar 2014 fest, kündigte eine neue Verfügung nach Anhörung der Beschwerdeführerin an und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende

BGE 140 III 289 S. 290

Wirkung (Entscheid vom 6. Februar 2014). Die Beschwerdeführerin erhob gegen den Entscheid der bKESB eine Beschwerde. Das Obergericht des Kantons Bern trat darauf nicht ein mit der Begründung, die Beschwerde stehe gegen vorsorgliche Massnahmen ohne vorgängige Anhörung nicht zur Verfügung, sondern erst gegen vorsorgliche Massnahmen, die nach Anhörung der betroffenen Person angeordnet worden seien (Entscheid vom 28. Februar 2014). Mit Eingabe vom 2. April 2014 beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, den Entscheid des Obergerichts und den Entscheid der bKESB aufzuheben. Das Bundesgericht weist die Beschwerde an der öffentlichen Beratung vom 19. Juni 2014 ab, soweit es darauf eintritt. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. (...)

1.1 In Art. 445 Abs. 2 ZGB wird die superprovisorische Massnahme geregelt (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht], BBl 2006 7001 ff., 7077 Ziff. 2.3.2). Auf Beschwerden gegen Entscheide betreffend superprovisorische Massnahmen tritt das Bundesgericht grundsätzlich nicht ein, weil es an der Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs fehlt. Kantonal letztinstanzlich ist ein Entscheid nur, wenn für die gegen ihn erhobenen Rügen kein kantonales Rechtsmittel mehr offensteht (Art. 75 Abs. 1 BGG). Der Begriff des Rechtsmittels umfasst jeden Rechtsbehelf, der der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf einen Entscheid der angerufenen Behörde gibt und geeignet ist, den behaupteten rechtlichen Nachteil zu beseitigen. Deshalb wird von der Beschwerdeführerin vor der Ergreifung der Beschwerde an das Bundesgericht verlangt, dass sie das kontradiktorische Verfahren vor dem Massnahmengericht durchläuft, dessen Entscheid über die vorsorgliche Massnahme die zuvor angeordnete superprovisorische Massnahme bestätigt, ändert oder aufhebt und damit ersetzt (vgl. BGE 137 III 417 E. 1.2 S. 418 f.; BGE 139 III 86 E. 1.1.1 S. 87 f., BGE 139 III 516 E. 1.1 S. 518 f.). Von diesem Erfordernis der Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs hat die Rechtsprechung wenige Ausnahmen zugelassen. Das Bundesgericht tritt auf Beschwerden gegen den Entscheid ein, mit dem das Gericht die superprovisorische Einstellung der Betreibung auf Konkurs nach Zustellung der Konkursandrohung verweigert (Art. 85a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Denn ist der Konkurs eröffnet,

kann eine vorsorgliche Massnahme nach Anhörung der Parteien die superprovisorisch verweigerte Einstellung der Betreibung nicht mehr ersetzen und wird die Klage auf Feststellung, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist (Art. 85a Abs. 1 SchKG), gegenstandslos (Urteile 5A_712/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 1.2; 5A_473/2010 vom 23. Juli 2010 E. 1.1, in: SZZP 2010 S. 404; 5A_473/2012 vom 17. August 2012 E. 1.2.1). Die gleichen Überlegungen gelten für Beschwerden gegen die superprovisorische Verweigerung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, zumal andernfalls die Verwirkung droht, wie auch gegen die Verweigerung des Arrestes, soweit es sich beim Arrestentscheid um eine superprovisorische Massnahme im eigentlichen Sinn handelt (Urteil 5A_508/2012 vom 28. August 2012 E. 3.1, in: SJ 135/2013 I S. 35 und in: Pra 102/2013 Nr. 56 S. 441). Im Gegensatz dazu bewirken superprovisorische Massnahmen des Erwachsenenschutzes in der Regel weder den endgültigen Verlust von Rechten noch die Gegenstandslosigkeit des kontradiktorischen Verfahrens vor der Erwachsenenschutzbehörde, in dem das superprovisorisch Angeord-

nete nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten durch Erlass einer vorsorglichen Massnahme bestätigt, geändert oder aufgehoben und damit ersetzt wird. Es bleibt deshalb festzuhalten, dass superprovisorische Massnahmen gemäss Art. 445 Abs. 2 ZGB mangels Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs der Beschwerde an das Bundesgericht grundsätzlich nicht unterliegen. Zu beachten ist allerdings, dass die Erwachsenenschutzbehörde im kontradiktorischen Verfahren prüft, ob die Voraussetzungen für die Anordnung oder den Fortbestand von vorsorglichen Massnahmen erfüllt sind. Weder beheben noch beseitigen kann die Erwachsenenschutzbehörde somit den hier geltend gemachten rechtlichen Nachteil, dass das Obergericht auf die Beschwerde gegen die superprovisorischen Massnahmen nicht eingetreten ist und dadurch das Verbot der formellen Rechtsverweigerung verletzt hat. Für diese Rüge ist die Letztinstanzlichkeit zu bejahen (BGE 134 III 524 E. 1.3 S. 527 f.; vgl. BERNARD CORBOZ, in: Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 10 zu Art. 75 BGG, und zum bisherigen Recht: WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl. 1994, S. 332 ff.). (...)

2. Die Auslegung von Art. 445 ZGB hat die Frage zu beantworten, ob gegen vorsorgliche Massnahmen der Erwachsenenschutzbehörde

ohne Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen, gegen sog. superprovisorische Massnahmen also, eine kantonale Beschwerde erhoben werden kann.

2.1 Massgebend für jede Auslegung ist in erster Linie der Wortlaut der fraglichen Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf die Entstehungsgeschichte, auf den Zweck der Norm, auf die ihr zugrunde liegenden Wertungen und auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen (BGE 139 III 368 E. 3.2 S. 372). Nach der Rechtsprechung darf die Auslegung vom klaren Wortlaut eines Rechtssatzes nur dann abweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche triftigen Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift und aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Entscheidend ist danach nicht der vordergründig klare Wortlaut einer Norm, sondern der wahre Rechtssinn, welcher durch die anerkannten Regeln der Auslegung zu ermitteln ist (BGE 139 III 78 E. 4.3 S. 81, BGE 139 III 478 E. 6 S. 479; je mit Hinweisen).

2.2 Mit der Marginalie "Vorsorgliche Massnahmen" bestimmt Art. 445 ZGB, dass die Erwachsenenschutzbehörde auf Antrag einer am Verfahren beteiligten Person oder von Amtes wegen alle für die Dauer des Verfahrens notwendigen vorsorglichen Massnahmen trifft (Abs. 1), dass sie bei besonderer Dringlichkeit vorsorgliche Massnahmen sofort ohne Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen treffen kann, diesen gleichzeitig Gelegenheit zur Stellungnahme gibt und anschliessend neu entscheidet (Abs. 2) und dass gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen innert zehn Tagen nach deren Mitteilung Beschwerde erhoben werden kann (Abs. 3). Anders als Art. 265 ZPO verwendet Art. 445 ZGB den Begriff "Superprovisorische Massnahmen" nicht, sondern unterscheidet zwischen vorsorglichen Massnahmen (Abs. 1) und vorsorglichen Massnahmen ohne vorgängige Anhörung (Abs. 2) und lässt gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen die Beschwerde zu (Abs. 3). Mit Blick auf die fehlende begriffliche Unterscheidung könnte

aufgrund des Gesetzestextes und der Systematik davon ausgegangen werden, jede vorsorgliche Massnahme sei mit Beschwerde anfechtbar. Im Gegensatz zur deutschen und italienischen Fassung von Abs. 3 ("Gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen"; "Le decisioni in materia di provvedimenti cautelari") verdeutlicht die französische Fassung, dass "Toute décision relative aux mesures provisionnelles" mit Beschwerde angefochten werden kann. Nach anderer Betrachtungsweise könnte die Beschwerdemöglichkeit gemäss Abs. 3 aber auch nur auf die vorsorglichen Massnahmen gemäss Abs. 1 bezogen werden. Denn vorsorgliche Massnahmen ohne Anhörung gemäss Abs. 2 gelten laut dem Gesetzestext erst dann als vorsorgliche Massnahmen, wenn gleichzeitig mit ihrer Anordnung die am Verfahren beteiligten Personen Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten haben und anschliessend neu entschieden worden ist. Soweit sich die Lehre zum Gesetzestext äussert, wird die Zulässigkeit der Beschwerde gegen superprovisorische Massnahmen gestützt auf den klaren Wortlaut bejaht (so FRANÇOIS BOHNET, Autorités et procédure en matière de protection de l'adulte, in: Le nouveau droit de la protection de l'adulte, 2012, N. 157 S. 87) oder aus der Systematik von Art. 445 ZGB abgeleitet (so HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl. 2014, S. 460 Rz. 19.86).

2.3 Der Bericht mit Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden vom Juni 2003 sah in Art. 26 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 eine mit dem heutigen Art. 445 ZGB vergleichbare Regelung vor und erläuterte, dass im Falle der superprovisorischen Massnahme die Beschwerde in der Regel erst möglich ist, wenn über die Massnahme nach Gewährung des vollen rechtlichen Gehörs neu entschieden worden und die Anordnung dadurch zur "ordentlichen" vorsorglichen Massnahme geworden ist (S. 20). Im Vernehmlassungsverfahren wurde vorgeschlagen, dass diesbezüglich eine Klarstellung im Gesetz erfolgen sollte (Zusammenstellung der Vernehmlassungen: Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, Oktober 2004, S. 71). Laut Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) ist die Beschwerdemöglichkeit im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes - anders als in der zu jener Zeit

geplanten schweizerischen Zivilprozessordnung - auch bei superprovisorischen Massnahmen gegeben, da diese tief in die Persönlichkeit der betroffenen Person eingreifen können und das Verfahren auf Anordnung einer ordentlichen vorsorglichen Massnahme, wenn mehrere am Verfahren beteiligte Personen anzuhören sind, einige Zeit in Anspruch nehmen kann. Im Rahmen der Beschwerde ist aber grundsätzlich nur zu prüfen, ob die Voraussetzungen der superprovisorischen Massnahme erfüllt waren. Das Rechtsschutzinteresse bei einer Beschwerde entfällt im Zeitpunkt, in dem die superprovisorische Massnahme aufgehoben wird (BBl, a.a.O.). Diskussionslos zugestimmt hat der Ständerat dem Entwurf des Bundesrats (AB 2007 S 840) und der Nationalrat dem Beschluss des Ständerats (AB 2008 N 1539). Aus den Materialien muss geschlossen werden, dass die Möglichkeit einer Beschwerde gegen superprovisorische Massnahmen zu Beginn abgelehnt, gemäss der Botschaft aber bestehen soll. Sie ist danach auf die Voraussetzungen der superprovisorischen Massnahmen beschränkt, was im Gesetzeswortlaut allerdings nicht zum Ausdruck gekommen ist. Das Schrifttum folgt überwiegend den Ausführungen in der Botschaft ohne eigenständige Stellungnahme oder Würdigung (vgl. etwa DANIEL STECK, in: Erwachsenenschutz, 2013, N. 19 f. zu Art. 445 ZGB, und MEIER/LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, 2011, N. 107 S. 49; je mit Hinweisen).

2.4 Zugunsten einer uneingeschränkten Zulassung der Beschwerde gegen superprovisorische Massnahmen sprechen nach einem Teil der Lehre das Zeitmoment, wonach die sofortige Anhörung der Verfahrensbeteiligten erschwert sein kann und superprovisorische Massnahmen über längere Zeit andauern, die Schwere der

Eingriffe in die Rechtssphäre der Betroffenen, der Freiraum ohne gerichtliche Kontrolle, der für die Behörden besteht, und die Erfahrungstatsache, dass es sich bei den von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen Betroffenen oftmals um schwache, rechtsunkundige und anwaltlich nicht vertretene Personen handelt, die sich nicht oder nur ungenügend zu wehren wissen und wagen (eingehend bereits zum bisherigen Recht: YVO BIDERBOST, Rechtsmittelbelehrung bei superprovisorischen Verfügungen im Vormundschaftswesen, Zeitschrift für Vormundschaftswesen [ZVW]61/2006 S. 67 ff.).

2.5 Gegen die selbstständige Anfechtbarkeit superprovisorischer Massnahmen wird angeführt, dass bei deren Eröffnung bzw. Vollzug

die Verfahrensbeteiligten gemäss Art. 445 Abs. 2 ZGB zur Stellungnahme aufgefordert werden und somit in der Regel kein Rechtsmittel zu ergreifen brauchen, um ihren Standpunkt vorzutragen. Alsdann trifft die Behörde sofort einen Entscheid über die vorsorgliche Massnahme, der mit Beschwerde anfechtbar ist (HERMANN SCHMID, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360-456 ZGB, 2010, N. 12 zu Art. 445 ZGB). Eingewendet wird weiter, dass bereits die selbstständige Anfechtbarkeit einer auf dem ordentlichen Weg angeordneten vorsorglichen Massnahme dazu führt, dass die gerichtliche Beschwerdeinstanz unter Umständen zweimal mit der Notwendigkeit der konkreten Massnahme befasst wird. Eine bestimmte Massnahme könnte im Extremfall sogar dreimal Gegenstand der gerichtlichen Beurteilung bilden, wenn nun auch noch das Superprovisorium selbstständig anfechtbar wäre. Es stellt sich zudem die Frage nach dem Prüfungsgegenstand im Beschwerdeverfahren (Voraussetzungen für den Erlass und/oder Begründetheit der superprovisorischen Massnahme). Angesichts dieser Vorbehalte wird die selbstständige Anfechtbarkeit des Superprovisoriums verneint oder - wenn überhaupt - auf Ausnahmefälle beschränkt (AUER/MARTI, in: Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, 2012, N. 32 zu Art. 445 ZGB).

2.6 Es ist unverkennbar, dass superprovisorische Massnahmen des Erwachsenenschutzes begriffsnotwendig rasch und ohne Vorankündigung und oftmals auch empfindlich in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen eingreifen. Gleichwohl sprechen sachliche Gründe gegen die Zulassung einer kantonalen Beschwerde gegen superprovisorische Massnahmen.

2.6.1 Nach dem gesetzgeberischen Konzept soll die Wirkung der superprovisorischen Massnahme von beschränkter Dauer sein. Gemäss Art. 445 Abs. 2 ZGB ist mit dem Erlass der superprovisorischen Massnahme den am Verfahren beteiligten Personen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und anschliessend neu zu entscheiden. Die Begriffe "gleichzeitig" ("En même temps"; "Nel contempo") und "anschliessend" ("ensuite"; "in seguito") sind bei schweren Eingriffen in Persönlichkeitsrechte mit dem Begriff "unverzüglich" ("sans délai"; "senza indugio") im Sinne von Art. 265 Abs. 2 ZPO gleichzusetzen. Gerade in den Fällen, die eine Beschwerdemöglichkeit sachlich rechtfertigen könnten, dürfte die richtige Anwendung von Art. 445 Abs. 2 ZGB somit dazu führen, dass es gar nicht zur Beurteilung einer Beschwerde kommen kann, weil - wie die Botschaft hervorhebt - das Rechtsschutzinteresse bereits im Zeitpunkt entfällt, in

dem die superprovisorische Massnahme durch eine vorsorgliche Massnahme ersetzt wird, was eine Frage von Tagen oder wenigen Wochen sein muss.

2.6.2 Die Einhaltung des Beschleunigungsgebots wird durch die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die jederzeit geführt (Art. 450a Abs. 2 und Art. 450b Abs. 3 ZGB) und über die aufgrund des einfachen Beschwerdegrundes rasch entschieden werden kann, besser gewährleistet als mit einer Beschwerde gegen die superprovisorische Massnahme, in der sich Verfahrens- und Sachfragen vermengen können und deren Beurteilung eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen dürfte. Die Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde ist geeignet, die Dauer des Superprovisoriums zu beschränken und dessen Ersetzung durch eine vorsorgliche Massnahme zu bewirken (Art. 445 Abs. 2 ZGB), gegen die wiederum innert zehn Tagen nach deren Mitteilung Beschwerde erhoben werden kann (Art. 445 Abs. 3 ZGB). In rechtstatsächlicher Hinsicht ist anzumerken, dass das erstinstanzliche Verfahren während der Dauer des Beschwerdeverfahrens oftmals stillsteht und bis zu dessen Abschluss nicht mehr fortgesetzt wird, was ebenfalls gegen die Zulassung einer Sachbeschwerde spricht. Es sind vor Bundesgericht seltene Ausnahmefälle aktenkundig, in denen ein superprovisorischer Obhutsentzug mit Fremdplatzierung zweier Kinder während des Rechtsmittelverfahrens über zwei kantonale Instanzen hinweg ruhte und erst nach mehr als vier Monaten - bei Rechtshängigkeit einer Beschwerde vor Bundesgericht - durch eine vorsorgliche Massnahme ersetzt wurde (z.B. Verfahren 5A_772/2013).

2.6.3 Schliesslich ist zu beachten, dass auch die superprovisorische Massnahme die Notwendigkeit einer Massnahme des Erwachsenenschutzes voraussetzt, deren Anordnung zusätzlich eine besondere Dringlichkeit verlangt. Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Massnahme lassen sich praktisch nicht trennen, so dass eine auf die besonderen Voraussetzungen des Superprovisoriums beschränkte oder beschränkbare Beschwerdemöglichkeit eher als theoretisch erscheint. Die Zulassung einer Beschwerde bereits gegen die superprovisorische Massnahme führt im Ergebnis vielmehr dazu, dass im Rahmen dieser Beschwerde der Entscheid über die vorsorgliche Massnahme vorweggenommen und insoweit präjudiziert wird, was umso bedenklicher erscheint, als in verschiedenen Kantonen ein Einzelmitglied der Erwachsenenschutzbehörde zur Anordnung vorsorglicher

Massnahmen bei besonderer Dringlichkeit zuständig ist, während über die vorsorgliche Massnahme wiederum die Erwachsenenschutzbehörde in ordentlicher Besetzung entscheiden muss.

2.7 Aus den dargelegten Gründen rechtfertigt es sich nicht, gegen superprovisorische Massnahmen des Erwachsenenschutzes die in Art. 445 Abs. 3 ZGB vorgesehene Beschwerde zuzulassen. Die von der superprovisorischen Massnahme betroffene Person braucht kein Rechtsmittel zu ergreifen, um ihren Standpunkt vorzutragen, sondern kann sich im Rahmen des ihr sofort zu gewährenden rechtlichen Gehörs unmittelbar an die verfügende Erwachsenenschutzbehörde wenden und deren neuen, unverzüglich zu treffenden Entscheid mit Beschwerde anfechten. Das Auslegungsergebnis entspricht der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in der kein Rechtsmittel gegen kantonal erstinstanzliche Entscheide über superprovisorische Massnahmen vorgesehen ist (BGE 137 III 417 E. 1.3 S. 419).