



Fall-Nr.:	FE.2022.9-EZE2
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	24.01.2023
Entscheiddatum:	30.09.2022

Entscheid Kantonsgericht, 30.09.2022

Art. 152 Abs. 2 ZPO, Art. 154 ZPO: Das Gesetz sieht die Sanktion des "Aus dem Recht Weisens" von allenfalls rechtswidrig erstellten Videoaufnahmen nicht vor. Auch dann, wenn die Aufnahmen rechtswidrig erstellt wurden, entscheidet das Gericht über deren Verwendung in Abwägung mit dem Interesse an der Wahrheitsfindung (Art. 152 Abs. 2 ZPO, Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 30. September 2022, FE.2022.9-EZE2).

Erwägungen

I.

1. B. und A. sind Eltern von C., geb. 2019. Sie waren nicht miteinander verheiratet. Gegenwärtig ist beim Kreisgericht Z. ein Verfahren betreffend Kinderbelange und Unterhalt hängig.

2. Anlässlich der Verhandlungen vom DD.MM.2021 und vom DD.MM.2022 reichte die Mutter je einen Memorystick ein mit Ton- und Bildaufnahmen, auf denen insbesondere Übergaben von C. dokumentiert sind. Am DD.MM.2022 reichte die Mutter einen weiteren Memorystick ein. Nachdem der vorinstanzliche Einzelrichter bereits am DD.MM.2022 den Antrag des Vaters, den eingereichten Memorystick aus



den Akten zu entfernen, abgelehnt hatte, kam er wiedererwägungsweise auf die Sache zurück und erliess am DD.MM.2022 folgende prozessleitende Verfügung:

1. Es werden keine eingereichten Aufnahmen aus dem Recht gewiesen.
2. Weitere Beweisverfügungen bleiben ausdrücklich vorbehalten.
3. Gegen diese Verfügung erhebt der Vater Beschwerde mit folgenden Anträgen (FE/2, Beschwerde):

1. Die prozessleitende Verfügung sei aufzuheben und die in den Verfahren, vor dem Kreisgericht Z. eingereichten Aufnahmen seien aus dem Recht zu weisen;
2. Eventualiter seien sämtliche, ca, 200 - 500 durch die Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer erstellten Aufnahmen zu edieren;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MwSt. zulasten der Beschwerdegegnerin, eventualiter der Vorinstanz.

Die Mutter teilte am DD.MM.2022 mit, dass sie sich nicht am Beschwerdeverfahren beteilige. Der Einzelrichter im Familienrecht des Kantonsgerichts St. Gallen hat die vorinstanzlichen Akten beigezogen.

II.



1. Die Beschwerdefrist von zehn Tagen ist mit der am DD.MM.2022 erhobenen Beschwerde eingehalten.

2. Mit der angefochtenen prozessleitenden Verfügung entschied der vorinstanzliche Einzelrichter über den Antrag des Vaters, von der Mutter eingereichte Beweismittel «aus dem Recht zu weisen». In Kinderbelangen sind die Oficialmaxime (Art. 58 Abs. 2 i.V.m. Art. 296 Abs. 3 ZPO) und der Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO) anzuwenden. Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen.

3. a) Das von A. eingereichte Rechtsmittel richtet sich gegen eine Beweisverfügung. Da diese (hier: für die Regelung der Kinderbelange) nicht das Prozessende bedeutet, stellt sie eine prozessleitende Verfügung dar. Eine derartige Verfügung ist daher nur mit Beschwerde anfechtbar.

Gemäss dem hier anwendbaren Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO sind prozessleitende Verfügungen, für die das Gesetz kein voraussetzungsloses Beschwerderecht vorsieht, dann mit Beschwerde anfechtbar, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (z.B. Leu, Dike-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 154 N 198, BSK ZPO-Guyan, 3. Aufl., Art. 154 N 1; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, Rz 12.64). Beweispflichtig dafür ist die beschwerdeführende Partei (Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2018, Rz 12.85). Die Einschätzung, ob ein solcher Nachteil droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts. Blickenstorfer weist darauf hin, dass Art. 93 BGG strikter formuliert ist als Art. 319 Bst. b Ziff. 2 ZPO. Gemäss diesem Autor verlangt Art. 93 BGG, dass der Nachteil überhaupt nicht wiedergutmacht werden könne. Im Vergleich dazu, schliesst er aus dem Gesetzestext von Art. 319 ZPO, dass auch drohende Nachteile tatsächlicher und nicht nur rechtlicher Natur genügen. Ein solcher



Nachteil liegt gemäss Blickenstorfer schon dann vor, wenn die Lage der betroffenen Partei durch die angefochtene Verfügung erheblich erschwert wird. Mit anderen Worten, so dieser Autor, bemesse sich die Frage, ob ein Nachteil nicht leicht wiedergutzumachen sei, an den Auswirkungen des den Nachteil setzenden Entscheides. In jedem Fall müsse aber der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil substantiiert behauptet und nachgewiesen werden und es seien Ausführungen zur Frage notwendig, inwiefern und weshalb sich dieser Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmachen lassen soll. Es sei nicht Aufgabe des Gerichts, von Amtes wegen Nachforschungen anzustellen und es dürfe einen solchen Nachteil nur annehmen, wenn er offensichtlich vorliege, d.h. geradezu in die Augen springe. Mit anderen Worten sei bei der Annahme eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils Zurückhaltung angebracht (Blickenstorfer, Dike-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 319 N 40; ähnlich Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 319 ZPO N 13). Demgegenüber drängt es sich gemäss Sterchi nicht auf, aus dem Zusatz «nicht leicht» auf eine gegenüber der bundesgerichtlichen Praxis bewusst grosszügigere Regelung durch den Gesetzgeber zu schliessen (BK-Sterchi, 2012, Art. 319 N 12). Immerhin ist aber BGE 137 III 380 zu entnehmen, dass Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO jedenfalls nicht strenger zu handhaben ist, als Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (BGE 137 III 380 E. 2.2).

b) Die Beschwerdeschrift lässt jegliche Ausführungen zur Frage des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) vermissen. Der Vater bzw. seine Rechtsanwältin macht zwar einige Ausführungen zu den Nachteilen, die ihm durch das Belassen der Memorysticks in den Akten erwachsen. Er macht geltend, es sei besorgniserregend, wenn die Aufnahmen im Recht verblieben und mit illegalen Aufnahmen prozessiert werden müsse. Diese könnten allenfalls nur abschnittsweise eingereicht werden, wie es der jeweiligen Partei zum Vorteil gereiche. Dies werde nicht nur das Aktenvolumen, sondern auch die Streitigkeiten vergrössern, werde so doch sämtliches eventuell noch vorhandenes Vertrauen zerstört und die Chance auf eine gute Elternschaft durch das Gericht zunichte gemacht. Ob sich das Gericht damit einen Gefallen tue und solches Vorgehen dem Kindeswohl zuträglich sei, werde in Frage gestellt. Klar sei, so der Vater, dass sowohl «Menschenrechte (vgl. Art. 8 EMRK) wie



auch verfassungsmässige Rechte (vgl. Art. 13 BV)» sowohl von ihm als auch von C. mit Füßen getreten würden. Wenn der Vater aber nicht erklärt, warum die von ihm geltend gemachten Rechtsverletzungen nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile zur Folge haben, ist und bleibt die Prozessvoraussetzung von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nicht erfüllt und es kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

c) Nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile liegen auch aus der Sicht des Gerichts nicht auf der Hand. Der vorinstanzliche Richter wies in seiner Verfügung vom 9. Juni 2022 zu Recht darauf hin, dass im Rahmen der Beweiswürdigung, die erst mit Endentscheid vorzunehmen sein wird, die Interessenabwägung gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO vorzunehmen sein wird. Denn das schweizerische Zivilprozessrecht schliesst die Verwertung von Beweismitteln, die private Personen illegal beschafft haben, nicht von vorne herein aus. Vielmehr wird der Einzelrichter das Interesse an der Wahrheitsfindung gegen die Art und den Grad der Verletzung von rechtlich geschützten Interessen aber auch gegen das Interesse an einem von allen Beteiligten als fair einzustufenden Verfahren abzuwägen haben (Art. 152 Abs. 2 ZPO; vgl. insbesondere auch Guhl, Trotz rechtswidrig beschaffter Beweise zu einem gerechten Straf- und Zivilurteil, Diss. St. Gallen 2018, Rz. 338 ff.). Welche Fakten beim Endentscheid überhaupt relevant sein werden und wie diese Abwägung gerade auch angesichts der restlichen Faktenlage vorzunehmen sein wird, kann im gegenwärtigen Stand des Verfahrens gar nicht vorausgesagt werden, weshalb es keinen Grund gibt, ein Beweismittel vorschnell aus den Akten zu entfernen. Wenn der Vater rügt, der vorinstanzliche Einzelrichter habe seinen Entscheid, die fraglichen Beweismittel «nicht aus Recht zu weisen», zu wenig «dicht» begründet und damit seinen Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt, ist darauf hinzuweisen, dass es in der vorinstanzlichen prozessleitenden Verfügung gar nicht abschliessend darum gehen konnte zu entscheiden, ob im Endentscheid die auf den Memorysticks gespeicherten Daten verwertet werden oder nicht.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das vom Vater bzw. seiner Rechtsanwältin geforderte «Aus-dem-Recht-Weisen» in der schweizerischen ZPO nicht vorgesehen ist.



4. Das vom beschwerdeführenden Vater gestellte Eventualbegehren ist ebenfalls untauglich. Zum einen ist es nicht spezifiziert («200-500 Aufnahmen») und könnte deshalb gar nicht Entscheidinhalt werden. Zum anderen erklärt der Vater auch hier nicht, weshalb er einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil erleiden könnte, wenn sein Antrag nicht gutgeheissen würde. Deshalb ist auch auf den Eventualantrag nicht einzutreten.

5. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass mit dem vorliegenden Entscheid keine Aussage darüber gemacht wird, ob mit den fraglichen Aufnahmen Art. 179^{ter} StGB verletzt wurde oder nicht. Es ist schliesslich nochmals darauf hinzuweisen, dass der Entscheid über die Verwertung erst mit Endentscheid gefällt werden kann. Eine falsche Tatsachenfeststellung oder eine Rechtsverletzung kann erst dann gerügt werden.

6. Bei diesem Verfahrensausgang wird der beschwerdeführende Vater voll kostenpflichtig. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.00 (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 211 GKV) festgesetzt und voll ihm auferlegt. Nachdem sich B. am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt hat, ist sie für ihre Parteikosten nicht zu entschädigen.

Entscheid

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

Die Entscheidgebühr von Fr. 1'200.00 trägt A. und wird mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.