

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 22 469
ZK 22 470 (uR-Gesuch Berufungskläger)
ZK 22 527 (uR-Gesuch Berufungsbeklagte)

Bern, 6. März 2023

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichterin Falkner und
Oberrichter Schlup
Gerichtsschreiberin Bank

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwältin B. _____
Berufungskläger/Gesuchsteller/Gesuchsgegner

gegen

C. _____
vertreten durch Rechtsanwältin D. _____
Berufungsbeklagte/Gesuchsgegnerin/Gesuchstellerin

Gegenstand

Persönlichkeitsschutz

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts
Bern-Mittelland vom 21. Oktober 2022 (CIV 22 5355 / 5480)



Regeste:

Anordnung einer elektronischen Überwachung des Ehegatten nach Art. 28c ZGB

Der Verweis in Art. 172 Abs. 3 ZGB auf die Bestimmung (im Singular) über den Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen wurde im Rahmen der Gesetzesrevision mit Art. 28c ZGB nicht angepasst. Dabei handelt es sich um ein gesetzgeberisches Versehen (E. 6.3 ff.).

Einem Ehepartner ist es nicht gestattet, Persönlichkeitsschutzmassnahmen nach Art. 28b f. ZGB im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 Bst. b ZPO einzuklagen. Vielmehr haben sich Ehegatten gestützt auf Art. 172 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 28b f. ZGB für die Anordnung von Persönlichkeitsschutzmassnahmen ausschliesslich im Eheschutzverfahren zu begegnen (E. 6 ff., E. 7.1).

Erwägungen:

I.

1. A._____ (nachfolgend: Berufungskläger) und C._____ (nachfolgend: Berufungsbeklagte) sind die verheirateten, getrenntlebenden Eltern von E._____, und F._____. Seit dem 1. April 2022 ist beim Regionalgericht Bern-Mittelland (nachfolgend: Eheschutzgericht) ein Eheschutzverfahren hängig (CIV 22 1814). Das Eheschutzgericht ordnete auf Antrag der Berufungsbeklagten gegenüber dem Berufungskläger mit Verfügung vom 1. April 2022 superprovisorisch Annäherungs-, Orts- und Kontaktverbote an. Den superprovisorischen (Vollzugs-)Antrag auf elektronische Überwachung wies das Eheschutzgericht dagegen superprovisorisch ab. Mit vorsorglichem Massnahmenentscheid vom 8. April 2022 bestätigte das Eheschutzgericht die superprovisorisch angeordneten Annäherungs-, Orts- und Kontaktverbote. Hinsichtlich der Familienwohnung setzte das Eheschutzgericht das Ortsverbot vorübergehend aus. Den Antrag der Berufungsbeklagten auf elektronische Überwachung des Berufungsklägers hiess die Vorinstanz vorsorglich für die Dauer von sechs Monaten gut. Die gegen diesen Massnahmenentscheid erhobene Berufung (beschränkt auf die Frage der elektronischen Überwachung) wies das Obergericht des Kantons Bern mit Entscheid ZK 22 239 vom 17. August 2022 ab. Die dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig. Mit Verfügung vom 14. Juni 2022 und Entscheid vom 21. Juli 2022 verbot das Eheschutzgericht dem Berufungskläger, sich von Montag bis Samstag näher als 100 Meter am Arbeitsplatz der Berufungsbeklagten (G._____) und näher als in einem Umkreis von 100 Metern beim Wohnhaus der Berufungsbeklagten aufzuhalten.

2.

2.1 Mit Eingabe vom 6. Oktober 2022 gelangte die Berufungsbeklagte mit einem «superprovisorischen Antrag und Gesuch um Anpassung der Eheschutzmassnahmen» an das Eheschutzgericht. Sie stellte die folgenden Rechtsbegehren (pag. 1 ff.):

1. Die für A. _____ bestehende elektronische Überwachung betreffend die ihm vom Regionalgericht Bern-Mittelland auferlegten Rayonverbote:

- sich näher als in einem Umkreis von 100 Metern beim H. _____ aufzuhalten (Ziffer 4 des Entscheids vom 21. Juli 2022);
- sich am Montag, Dienstag, Mittwoch, Donnerstag, Freitag und Samstag am Arbeitsplatz von C. _____ bei G. _____ näher als 100 Meter aufzuhalten (Ziffer 2 der Verfügung vom 14. Juni 2022);

sei für weitere sechs Monate zu verlängern und das Amt für Justizvollzug des Kantons Bern sei mit dem Vollzug der elektronischen Überwachung zu beauftragen.

2. Eventualiter: Für A. _____ sei für die Dauer von sechs Monaten eine elektronische Überwachung betreffend die ihm vom Regionalgericht Bern-Mittelland auferlegten Rayonverbote:

- sich näher als in einem Umkreis von 100 Metern beim H. _____ aufzuhalten (Entscheid vom 21. Juli 2022);
- sich am Montag, Dienstag, Mittwoch, Donnerstag, Freitag und Samstag am Arbeitsplatz von C. _____ bei G. _____ näher als 100 Meter aufzuhalten (Verfügung vom 14. Juni 2022);

anzuordnen und das Amt für Justizvollzug des Kantons Bern sei mit dem Vollzug der elektronischen Überwachung zu beauftragen.

3. A. _____ sei unter Androhung der Straffolgen nach Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall gerichtlich anzuweisen, den Akku der gemäss Ziffer 1, evtl. 2 zu verlängernden, evtl. anzuordnenden elektronischen Vorrichtung entsprechend den Weisungen der Bewährungs- und Vollzugsdienste aufzuladen, sodass die Datenübertragung jederzeit gewährleistet ist (die Vorrichtung sei hierfür täglich aufzuladen).

4. Das Rechtsbegehren in Ziffer 1, evtl. 2 hiervoor sei superprovisorisch anzuordnen.

5. Eventualiter sei dem Gesuchsgegner eine kurze, nicht erstreckbare Frist von 5 Tagen zur Stellungnahme anzusetzen.

6. C. _____ sei für das vorliegende Verfahren die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und die Unterzeichnende sei ihr als amtliche Rechtsbeistandin beizuordnen.

7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

2.2 Am 7. Oktober 2022 wies das Eheschutzgericht das Gesuch um Erlass (superprovisorischer) Massnahmen (Rechtsbegehren Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 4 und 5) ab (Ziff. 3). Es hielt fest, das Gesuch um Anordnung einer elektronischen Überwachung (Rechtsbegehren Ziff. 2, 3, 4, 5 und 7) als eigenständige Persönlichkeitsschutzklage entgegenzunehmen und unter der Verfahrensnummer CIV 22 5355 zu führen (Ziff. 5; CIV 22 1814).

2.3 Gleichentags verfügte das Regionalgericht Bern-Mittelland (nachfolgend: Vorinstanz) im Verfahren CIV 22 5355, das Gesuch um Anordnung einer elektronischen Überwachung (Rechtsbegehren Ziff. 2, 3, 4, 5 und 7), das im Eheschutzverfahren eingereicht worden sei, werde als eigenständige Persönlichkeitsschutzklage entgegengenommen und unter der Verfahrensnummer CIV 22 5355 geführt

(Ziff. 2). Die Vorinstanz ordnete (superprovisorisch) für die Dauer des Verfahrens, maximal jedoch für die Dauer von sechs Monaten, die elektronische Überwachung des Berufungsklägers betreffend die Rayonverbote (Umkreis von 100 Metern beim H. _____ sowie Montag bis Samstag näher als 100 Meter bei G. _____) an und beauftragte das Amt für Justizvollzug mit dem Vollzug der elektronischen Überwachung (Ziff. 7). Sie wies den Berufungskläger unter Androhung von Straf- folgen im Widerhandlungsfall an, den Akku der mit seinem Körper fest verbunde- nen elektronischen Vorrichtung zur elektronischen Überwachung entsprechend den Weisungen der Bewährungs- und Vollzugsdienste täglich aufzuladen (Ziff. 8). Die Vorinstanz hielt fest, die Verfügung sei sofort vollstreckbar und bleibe bis zum Ent- scheid über die Persönlichkeitsschutzklage gültig (Ziff. 9; pag. 25 ff.).

2.4 Mit Stellungnahme vom 11. Oktober 2022 beantragte der Berufungskläger, auf die Persönlichkeitsschutzklage sei nicht einzutreten (Ziff. 1). Ziff. 7 und Ziff. 8 der Ver- fügung der Vorinstanz vom 7. Oktober 2022 seien aufzuheben und die Fussfessel sei unverzüglich zu entfernen (Ziff. 2). Zudem stellte er ein Gesuch um unentgeltli- che Rechtspflege (Ziff. 3), unter Kosten- und Entschädigungsfolge (pag. 57 ff.).

2.5 Die Vorinstanz erkannte mit schriftlich begründetem Zwischenentscheid vom 21. Oktober 2022, auf die Persönlichkeitsschutzklage werde eingetreten (Ziff. 1). Die Kosten dieses Zwischenentscheids würden im Endentscheid festgelegt und verteilt (Ziff. 2; pag. 83 ff.).

3.

3.1 Gegen diesen Zwischenentscheid erhob der Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwältin B. _____, mit Eingabe vom 3. November 2022 (e-Gov gleichentags) Berufung beim Obergericht des Kantons Bern mit folgenden Rechtsbegehren (pag. 111 ff.):

1. Die Ziff. 1 des Zwischenentscheids des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 21. Oktober 2022 sei aufzuheben;

2. Auf die als Persönlichkeitsschutzklage entgegengenommene Eingabe der Berufungsbeklagten vom 06. Oktober 2022 sei nicht einzutreten;

3. Dem Berufungskläger sei im vorliegenden Berufungsverfahren das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege zu erteilen, unter Beiordnung der Unterzeichnenden als amtliche Anwältin;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

3.2 Die Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwältin D. _____, schloss mit Berufungsantwort vom 15. Dezember 2022 auf kostenfällige Abweisung der Beru- fung. Auch sie stellte für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung der Unterzeichnenden als amtliche Anwältin. Sie verzichtete auf eine Stellungnahme zum Gesuch des Berufungsklägers um unent- geltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren (pag. 163 ff.).

3.3 Mit Eingabe vom 20. Dezember 2022 verzichtete der Berufungskläger auf eine Stellungnahme zum Gesuch der Berufungsbeklagten um unentgeltliche Rechts- pflege für das Berufungsverfahren (pag. 203).

- 3.4 Die Instruktionsrichterin ordnete mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 keinen weiteren Schriftenwechsel an und forderte die Parteien auf, ihre Kostennoten einzureichen (pag. 215 ff.).
- 3.5 Die Kostennote von Rechtsanwältin B._____ datiert vom 22. Dezember 2022 (pag. 221 ff.) und jene von Rechtsanwältin D._____ vom 28. Dezember 2022 (pag. 239 ff.). Sie wurden den Parteien am 28. Dezember 2022 wechselseitig zugestellt (pag. 255).

II.

4.

- 4.1 Das Obergericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 60 der Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).
- 4.2 Der angefochtene Entscheid stellt einen selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid nach Art. 237 ZPO dar. In der Sache geht es um eine Persönlichkeitschutzklage, mit welcher eine elektronische Überwachungsmassnahme nach Art. 28c des Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) für bereits angeordnete Rayonverbote nach Art. 28b Abs. 1 ZGB beantragt wurde. Dabei handelt es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit (Urteil des Bundesgerichts 5A_881/2022 vom 2. Februar 2023 E. 1.1). Die Berufung erweist sich als das zulässige Rechtsmittel (Art. 308 Abs. 1 Bst. a ZPO), zumal keine Ausnahme nach Art. 309 ZPO gegeben ist.
- 4.3 Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit ebenso zuständig, wie für die Beurteilung der Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] und Art. 28 Abs. 1 Bst. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Entscheidungsfindung erfolgt in Dreierbesetzung (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Der Entscheid über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege obliegt der Instruktionsrichterin (Art. 13 Abs. 1 EG ZSJ), eine Beurteilung durch die Kammer schadet jedoch nicht.
- 4.4 Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Berufung (Art. 311 ZPO) wird eingetreten.

III.

5.

- 5.1 Die Vorinstanz nahm die Eingabe der Berufungsbeklagten von Amtes wegen als eigenständige Persönlichkeitschutzklage entgegen und trat darauf ein. In ihrem Entscheid erkannte sie, durch die Einreichung der Eingabe im Eheschutzverfahren

habe die Berufungsbeklagte prozessual das falsche Verfahren gewählt, um eine definitive Anordnung der befristeten elektronischen Überwachung zu begehren. Die Bestimmung, wonach das Eheschutzgericht auf Begehren eines Ehegatten die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen treffe und die Bestimmung über den Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen sinngemäss anwendbar sei (Art. 172 Abs. 3 ZGB), finde in casu keine Anwendung. Denn der Gesetzeswortlaut habe mit der Novelle von Art. 28c ZGB keine Änderung erfahren. Art. 28c Abs. 2 ZGB schliesse eine zweimalige vorsorgliche Massnahme im selben Verfahren aus. Eine erneute vorsorgliche Anordnung im Rahmen des Eheschutzverfahrens sei somit nicht möglich. Wenn die Eingabe der Berufungsbeklagten im Eheschutzverfahren entgegengenommen worden wäre, wäre sie somit ihres Rechts auf (superprovisorische) Anordnung einer elektronischen Überwachung verlustig gegangen (E. 8, pag. 91).

Die Vorinstanz prüfte des Weiteren, ob das Gesuch der Berufungsbeklagten als Persönlichkeitsschutzklage entgegengenommen werden könne. Sie erwog, im Eheschutzverfahren (Art. 271 Bst. a i.V.m. Art. 272 ZPO) wie im vereinfachten Verfahren (Art. 247 Abs. 2 Bst. a ZPO) gelte der Untersuchungsgrundsatz, was zu einem grösseren Handlungsspielraum betreffend die Interpretation von Prozesshandlungen für das Gericht führe. Bei der elektronischen Überwachung nach Art. 28c ZGB handle es sich um ein neues Rechtsinstitut, das erst seit dem 1. Januar 2022 in Kraft sei. Weder aus der Lehre, der Rechtsprechung noch den Materialien lasse sich zu prozessualen Fragen viel herleiten. Auch wenn die Berufungsbeklagte anwaltlich vertreten sei, könne von ihr nicht erwartet werden, dass sie sämtliche prozessualen Fragen korrekt bzw. gleich wie das angerufene Gericht beantworten und ihre Eingabe entsprechend verfassen würde. Die Anträge der Berufungsbeklagten könnten ohne weiteres als Persönlichkeitsschutzklage entgegengenommen werden. Einzig in Rechtsbegehren Ziff. 5 werde von «Gesuchsgegner» anstelle von «Beklagter» gesprochen. Ansonsten könnten die Anträge mit demselben Wortlaut übernommen werden. Dies spreche für die Möglichkeit einer Konversion durch das Gericht (E. 9 ff., pag. 91 ff.). Eine vorgängige Aktivierung der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) sei angesichts der knappen zeitlichen Verhältnisse nicht möglich gewesen, zumal die mit Verfügung vom 8. April 2022 angeordnete elektronische Überwachung am 8. Oktober 2022 ausgelaufen wäre (E. 14, pag. 95).

- 5.2 Der Berufungskläger bringt demgegenüber vor, die Konversion der Eingabe sei nicht zulässig gewesen. Vorliegend habe die anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte eine Rechtsschrift im summarischen Verfahren eingereicht und die Vorinstanz habe sie im vereinfachten Verfahren entgegengenommen. In casu komme erstinstanzlich Art. 63 ZPO zur Anwendung. Die Rechtshängigkeit werde in einem solchen Fall auch bei einem Nichteintreten perpetuiert, wenn die Eingabe innert Frist beim zuständigen Gericht oder in der richtigen Verfahrensart eingereicht worden sei. Eine Überweisung von Amtes wegen komme nicht in Frage. Dies sei nur möglich, wenn sich die sachliche Unzuständigkeit erst mit der Widerklage oder aus einer Klageänderung ergebe. In allen übrigen Fällen habe das Gericht einen Nichteintretensentscheid zu fällen und gemäss Art. 63 ZPO zu verfahren. Die Vorinstanz habe sich unzulässigerweise von ergebnisorientierten Überlegungen leiten lassen,

was dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspreche und auf Parteilichkeit hindeute. Im vereinfachten Verfahren gelte die gemässigte (soziale) Untersuchungsmaxime, welche nur eine Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung vorsehe, nicht aber die Entgegennahme falsch eingereichter Rechtsschriften. Zudem trete nur die Berufungsbeklagte auf, so dass es sich nicht um Kinderbelange handle und die Oficialmaxime nicht zum Tragen komme. Die prozessuale Nachlässigkeit der Berufungsbeklagten könne nicht entschuldigt werden. Sie habe das Thema der elektronischen Überwachung selber in das Eheschutzverfahren eingebracht und habe sich entsprechend Gedanken machen müssen. Der Berufungskläger habe bereits im August 2022 ausgeführt, dass so bald wie möglich eine Persönlichkeitsschutzklage eingereicht werden müsse. Weil eine solche Klage nicht eingereicht worden sei, sei er davon ausgegangen, dass sich die Berufungsbeklagte mit der Überwachung für die Dauer von sechs Monaten begnügen werde. Während eine Verlängerungsmöglichkeit in Bezug auf eine «normal» angeordnete Massnahme im Gesetz explizit erwähnte werde, fehle dies in Bezug auf eine vorsorglich angeordnete Überwachung. Die Berufungsbeklagte habe einen Eventualantrag auf Neuordnung der Überwachung gestellt. Daher sei ihr bewusst gewesen, dass eine Verlängerung im Eheschutzverfahren ausgeschlossen sei. Eine Neuordnung im Eheschutzverfahren komme nicht in Frage. Der Umstand, dass sie ihr Gesuch sehr knapp vor Ablauf der befristeten Massnahme gestellt habe, dürfe ihr nicht zum Vorteil gereichen (pag. 119 ff.).

- 5.3 Die Berufungsbeklagte entgegnet, Art. 63 Abs. 2 ZPO finde keine Anwendung. Die gestellten Rechtsbegehren seien sowohl als Eheschutzmassnahmen in einem summarischen Verfahren wie auch als Persönlichkeitsschutzmassnahmen in einem vereinfachten Verfahren identisch. Im Eheschutzverfahren sei eine Verlängerung der vorsorglich angeordneten elektronischen Überwachung vorsorglich im Sinne der vorsorglichen Eheschutzmassnahmen möglich. In einem «normalen» vorsorglichen Massnahmenentscheid würden die Massnahmen vorsorglich, d.h. provisorisch angeordnet. Eine Prosequierung sei notwendig. Beim Eheschutzentscheid handle es sich jedoch um einen vorsorglichen Entscheid, der nicht zu prosequieren sei, weil es sich um einen Endentscheid handle, welcher mehr als nur vorläufiger Natur sei. Die elektronische Überwachung sei an die vom Eheschutzgericht angeordneten Schutzmassnahmen gebunden, bzw. diese Schutzmassnahmen würden die Grundlage für die elektronische Überwachung bilden und zum *numerus clausus* möglicher Eheschutzmassnahmen gehören. Die Fussfessel könne vorsorglich für maximal sechs Monate angeordnet werden. Ordne das Eheschutzgericht im Rahmen des Eheschutzverfahrens vorsorglich Schutzmassnahmen an, so würden diese grundsätzlich mindestens bis zum Ende des Eheschutzverfahrens gelten. Dauere das Eheschutzverfahren länger als sechs Monate, müsse die Verhältnismässigkeit der Anordnung der elektronischen Überwachung nach sechs Monaten erneut geprüft werden. Es würden keine objektiven Gründe vorliegen, weshalb die elektronische Überwachung im Eheschutzverfahren prozessrechtlich anders einzuordnen sei als andere Schutzmassnahmen. Für die Verlängerung der elektronischen Überwachung sei mithin keine Prosequierung mittels Persönlichkeitsschutzklage notwendig. Dies würde zu einer Änderung des Beweismasses führen (Vollbeweis anstelle von Glaubhaftmachen). Auch prozessökonomisch mache es keinen Sinn,

den Ehegatten neben dem Eheschutzverfahren ein weiteres Verfahren aufzubürden. In Bezug auf die Kinder gelte die Officialmaxime, auch wenn im Eheschutzverfahren nur die Eltern Partei seien. Im Persönlichkeitsschutzverfahren müssten die Kinder demgegenüber eigenständig klagen, was eine vom Gesetzgeber nicht gewollte prozessrechtliche Hürde darstelle (pag. 167 ff.).

Des Weiteren bejaht die Berufungsbeklagte die Möglichkeit der Konversion und hält den vorinstanzlichen Entscheid diesbezüglich für richtig. Eine Parteilichkeit der Vorinstanz sei nicht ersichtlich. Das Zuwarten mit der Einreichung ihres Gesuchs bis kurz vor Massnahmenablauf sei ferner erfolgt, weil die Verhältnismässigkeitsprüfung nicht Wochen im Voraus erfolgen könne und die einschneidende Massnahme der elektronischen Überwachung nicht auf Vorrat beantragt werden solle (pag. 173 ff.).

6.

6.1 Die Kammer ist vorliegend weder an die in der Berufung geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, zumal sie das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO). Sie kann die Berufung daher aus einem anderen als dem angefochtenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. zur Motivsubstitution BGE 139 II 404 E. 3; 132 II 257 E. 2.5; im Rechtsmittelverfahren HURNI, in: Berner Kommentar zur ZPO, 2012, N. 12 zu Art. 57 ZPO; SUTTER-SOMM/SEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2021, N. 4 zu Art. 318 ZPO).

6.2 Art. 28 ff. ZGB regelt den Schutz der Persönlichkeit gegen Verletzungen. Zum Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellung kann die klagende Person dem Gericht Annäherungs-, Rayon- oder Kontaktverbote gegenüber der verletzenden Person beantragen (Art. 28b Abs. 1 ZGB, in Kraft seit dem 1. Juli 2007). Diese Massnahmen werden unbefristet ausgesprochen, mit Ausnahme der Ausweisung aus der eigenen Wohnung, welche «für eine bestimmte Zeit» ausgesprochen wird, wobei diese Frist aus wichtigen Gründen einmal verlängert werden kann (Art. 28b Abs. 2 ZGB). Das Gericht, das ein Verbot nach Art. 28b Abs. 1 ZGB anordnet, sowie das Vollstreckungsgericht können seit dem 1. Januar 2022 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 (Art. 28c Abs. 1 ZGB, Art. 343 Abs. 1^{bis} ZPO, BBI 2017 7307, S. 7367, vgl. zur Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts auch Urteil des Bundesgerichts 5A_881/2022 vom 2. Februar 2023 E. 5). Die Massnahme kann für höchstens sechs Monate angeordnet und um jeweils höchstens sechs Monate verlängert werden. Vorsorglich kann die Massnahme für höchstens sechs Monate angeordnet werden (Art. 28c Abs. 2 ZGB). Die elektronische Überwachung nach Art. 28c ZGB stellt eine Vollzugs- bzw. Vollstreckungsmassnahme dar, um den Schutz von Art. 28b Abs. 1 ZGB zu verstärken (BBI 2017 7307, S. 7329, 7346).

6.3 Im Eheschutzverfahren werden die vom Eheschutzgericht auf Begehren einer Partei anzuordnenden Eheschutzmassnahmen mit Art. 172 Abs. 3 ZGB auf die vom

Gesetz vorgesehenen Massnahmen beschränkt. Dem Eheschutzgericht steht es mithin nicht zu, irgendwelche ihm angemessen erscheinende Massnahmen zu treffen, sondern es hat den *numerus clausus* möglicher Eheschutzmassnahmen zu beachten (BGE 114 II 18 E. 3b; vgl. MAIER/SCHWANDER, in: Basler Kommentar zum ZGB, 7. Aufl. 2022, N. 14 zu Art. 172 ZGB). Gemäss Art. 172 Abs. 3 Satz 2 ZGB ist die Bestimmung über den Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen im Eheschutzverfahren sinngemäss anwendbar. Die Formulierung von Art. 172 Abs. 3 ZGB wurde mit der Ergänzung des ZGB um Art. 28c ZGB nicht angepasst.

- 6.4 Zwar spricht Art. 172 Abs. 3 ZGB lediglich von «der Bestimmung» im Singular. Wortwörtlich handelt es sich mithin um einen Verweis bloss auf Art. 28b ZGB nicht auch auf den erst später eingefügten Art. 28c ZGB. Diese Auslegung greift indessen zu kurz. Denn bereits die Ergänzung von Art. 172 Abs. 3 ZGB um Art. 28b ZGB (ab 1. Juli 2007) sollte sicherstellen, dass es um den Schutz von Eheleuten voreinander nicht schlechter bestellt sein sollte, als unter nicht miteinander verheirateten Personen. Vor der Ergänzung der sinngemässen Anwendbarkeit von Art. 28b ZGB im Eheschutzverfahren war der Schutz gegen Gewalt in der Ehe lückenhaft: Die Anwendbarkeit von Art. 28 ff. ZGB war aufgrund des Primats des Eheschutzes als *lex specialis* (und aufgrund des *numerus clausus* der möglichen Eheschutzmassnahmen) bis dahin umstritten (BBI 2005 6871, S. 6876 f.; vgl. auch BGE 78 II 289 E. 5, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, in: Berner Kommentar zum ZGB, 2. Aufl. 1999, N. 25 zu den Vorbemerkungen zu Art. 171 ff. ZGB). Sinn und Zweck der Gesetzesänderung war es u.a., die häusliche Gewalt nicht mehr als Problem der Privatsphäre anzusehen und auch unter Ehegatten umfassende Schutzmassnahmen zuzulassen (BBI 2005 6871, S. 6882, 6891). Die Gesetzesrevision verschaffte Klarheit. Handelt es sich bei der verletzenden Person um den Ehepartner, ist seit der Gesetzesnovelle gestützt auf den Verweis von Art. 172 Abs. 3 ZGB auf Art. 28b ZGB beim zuständigen Eheschutzgericht ein Gesuch um Erlass von Eheschutzmassnahmen zu stellen. Diese gehen dem vereinfachten Verfahren vor (GROBÉTY/FREI, *La protection de la personnalité en cas de violences, menaces ou harcèlement – aspects procéduraux*, FamPra 2022/865, S. 877; BOENTE/DE VIRAGH, *Familienrecht in a nutshell*, 2022, S. 59 f.; BÜCHLER, OFK ZGB, 4. Aufl. 2021, N. 13 zu Art. 28b ZGB; RYSER BÜSCHI/LUGINBÜHL, *Schutz vor häuslicher Gewalt – zivilrechtliche Instrumente*, FamPra 2020/86, S. 90 f.; MANETSCH-IMHOLZ, in: Gomm/Zehntner [Hrsg.], *Opferhilferecht*, 4. Aufl. 2020, *Polizeiliche Schutzmassnahmen bei häuslicher Gewalt*, Grundlagen «Häusliche Gewalt», N. 23; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2020, § 14, N. 846; HRUBESCH-MILLAUER/VETTERLI, *Häusliche Gewalt: die Bedeutung des Art. 28b ZGB*, FamPra 2009/535, S. 544, 551).
- 6.5 Die Motion 09.4017, gestützt auf welche Art. 28c ZGB (als gesetzliche Grundlage für die elektronische Überwachung der angeordneten Massnahmen nach Art. 28b Abs. 1 ZGB) eingeführt wurde, verlangte, dass von häuslicher Gewalt betroffene Personen besser geschützt werden, indem der Täter ein elektronisches Armband oder eine elektronische Fussfessel tragen muss. Das Anliegen der Motion war nicht auf die Änderung des materiellen Rechts, sondern auf die Vollstreckung gerichtet, indem gewährleistet werden sollte, dass zum Schutz des Opfers angeordnete

Massnahmen auch durchgesetzt werden können (BBI 2017 7307, S. 7329, 7346). Denn die Evaluation von Art. 28b ZGB hatte ergeben, dass sich das Institut von Art. 28b ZGB bis dahin zu einem (symbolischen) Instrument entwickelt hatte, das von gewaltbetroffenen Personen nicht häufig in Anspruch genommen worden war. Sowohl das Verfahren zur Geltendmachung des Anspruchs (Dispositionsmaxime, Kosten, psychische Belastung, höhere Hürden für nicht verheiratete Personen) als auch die Durchsetzung der gerichtlich angeordneten Schutzmassnahmen (mangelnder Vollzug) hatten Probleme aufgeworfen (BBI 2017 7307, S. 7332 ff.). Ziel der Gesetzesänderung waren praktische (Mitteilungspflichten, elektronische Überwachung) und prozessuale (Wegfall der Gerichtskosten und des Schlichtungsverfahrens, vereinfachtes Verfahren) Ergänzungen (BBI 2017 7307, S. 7377 ff.).

Den Materialien lässt sich weiter entnehmen, dass der Gesetzgeber von einer Zweiteilung des Persönlichkeitsschutzverfahrens je nach Zivilstand ausging. An verschiedenen Stellen erwähnen sowohl die Botschaft als auch die in Auftrag gegebene Evaluation von Art. 28b ZGB (GLOOR/MEIER/BÜCHLER, Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Justiz vom 10. April 2015, abrufbar unter www.socialinsight.ch/index.php/publikationen#x2015), dass im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz das Verfahren für verheiratete und nicht verheiratete Personen unterschiedlich sei – für verheiratete Personen ist der Persönlichkeitsschutz im Rahmen des Eheschutzverfahrens gewährleistet, bei unverheirateten Personen wurde der Schutz dem vereinfachten Verfahren unterstellt (BBI 2017 7307, S. 7333, 7338, 7343, 7366 f., GLOOR/MEIER/BÜCHLER, Schlussbericht S. 6, 76). Darauf, dass der Persönlichkeitsschutz mit der Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen zu einer Änderung des Verfahrens für Ehegatten führen sollte, lässt sich den Materialien kein Hinweis entnehmen. Auch nach Einführung von Art. 28c ZGB und den Ergänzungen von Art. 28b ZGB per 1. Januar 2022 ist mithin davon auszugehen, dass verheiratete Personen Persönlichkeitsschutzmassnahmen im Rahmen des Eheschutzverfahrens zu beantragen haben (Art. 172 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 28b f. ZGB). Dies gilt umso mehr, als sich die Botschaft explizit zur weiteren Anwendbarkeit des Eheschutzverfahrens im Falle von beantragten Persönlichkeitsschutzmassnahmen zwischen Ehegatten äusserte (BBI 2017 7307, S. 7370 in Bezug auf die Kostenlosigkeit des Verfahrens «ausserhalb eherechtlicher Verfahren wie Eheschutz und Scheidung», und dem Wegfall des Schlichtungsverfahrens «für die beschränkte Anzahl von Hauptsachenverfahren bei Klagen nach Artikel 28b ZGB und Artikel 28c E-ZGB ausserhalb eherechtlicher Verfahren, für die gemäss Art. 243 Abs. 2 Bst. b ZPO [...] das vereinfachte Verfahren zur Anwendung kommt [...] »). Eine Änderung des Verfahrens für verheiratete Personen war damit offensichtlich nicht beabsichtigt.

Die Anpassung von Art. 172 Abs. 3 ZGB in den Plural ging im Zuge der Revision schlicht vergessen. Nach dem Gesagten bleibt unter Ehegatten für (vorsorgliche und ordentliche) Anordnungen nach Art. 28b und Art. 28c ZGB mithin das Eheschutzgericht zuständig. Die Einleitung eines Persönlichkeitsschutzverfahrens im vereinfachten Verfahren ist demgegenüber unzulässig (vgl. GROBÉTY/FREI, a.a.O., S. 877).

Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz ist nicht überzeugend. Diese hätte im Übrigen auch zu ihrer Unzuständigkeit für den vorsorglichen Massnahmenentscheid vom 8. April 2022 geführt, mit welchem im Eheschutzverfahren die elektronische Überwachung bereits vorsorglich angeordnet worden war.

- 6.6 Der Persönlichkeitsschutz nach Art. 28b f. ZGB kann nicht nur im Hauptsachenverfahren (als vereinfachtes Verfahren [Art. 243 Abs. 2 Bst. b ZPO] oder zwischen Ehegatten als summarisches Verfahren [Art. 271 Bst. a ZPO]), sondern auch als vorsorgliche Massnahme erfolgen. Mit der vorsorglichen Anordnung sind grundsätzlich vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO, aber auch vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren nach Art. 276 ZPO angesprochen (BBI 2017 7307, S. 7321, 7346, 7358, 7366 f.; vgl. zur [umstrittenen] Zulässigkeit von vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren nach Bernischer Praxis publizierte Entscheide des Obergerichts des Kantons Bern ZK 17 641 vom 22. Februar 2018 E. 9.3, ZK 13 393 vom 6. Dezember 2013 E. 1 bestätigt in ZK 22 89 vom 14. April 2022 E. 24, ZK 20 476 vom 17. Dezember 2020 E. 3.2 f., ZK 19 58 vom 2. April 2019 E. 4.2.2 f., vgl. auch SPYCHER, in: Berner Kommentar zur ZPO, 2012, N. 15 zu Art. 271 ZPO; SCHWANDER, OFK zur ZPO, 2. Aufl. 2015, N. 9 zu Art. 273 ZPO, PFÄNDER BAUMANN, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2016, N. 14 f. zu Art. 273 ZPO, KOFMEL EHRENZELLER, Vorsorgliche Anordnung von Unterhaltszahlungen im Eheschutzverfahren, FamPra 2021/19, S. 21 ff.). Als solche darf die elektronische Überwachung nicht verlängert werden (Art. 28c Abs. 2 ZGB). Es besteht jedoch die Möglichkeit einer anschliessenden (ordentlichen) Anordnung im Rahmen des Hauptsachenverfahrens (vgl. Art. 263 ZPO, BBI 2017 7307, S. 7368).
- 6.7 Die Vorinstanz ordnete mit vorsorglichem Massnahmenentscheid vom 8. April 2022 die *vorsorgliche* elektronische Überwachung nach Art. 28c ZGB (i.V.m. Art. 261 ff. ZPO) an (vgl. Entscheidbegründung vom 16. Mai 2022 E. 15 sowie Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 22 239 vom 17. August 2022 E. 2.5, 3.1, 4.1). Als vorsorgliche Massnahme im Eheschutzverfahren konnte die elektronische Überwachung lediglich für sechs Monate angeordnet werden, wobei eine (vorsorgliche) Verlängerung gesetzlich ausgeschlossen ist (Art. 28c Abs. 2 ZGB). Entsprechend durfte die Vorinstanz die elektronische Überwachung des Berufungsklägers – weder im hängigen Eheschutzverfahren noch in einem anderen Hauptsachenverfahren – nicht vorsorglich verlängern. Die entsprechende superprovisorische Anordnung mit Verfügung vom 7. Oktober 2022 erweist sich damit so oder anders als unzulässig.
- 6.8 Der Umstand, dass Schutzmassnahmen nach Art. 28b und Art. 28c ZGB bei Ehegatten nicht im vereinfachten, sondern im Eheschutzverfahren anzuordnen sind, hindert die Vorinstanz jedoch nicht an der (ordentlichen) Anordnung der elektronischen Überwachung. Denn ordentliche Eheschutzentscheide sind mehr als nur vorläufiger Natur, weil sie nicht in einem nachfolgenden ordentlichen Verfahren unbeschränkt überprüft werden (BGE 133 III 393 E. 5.1; 127 III 474 E. 2b/bb). Sie regeln das Getrenntleben zwar gewöhnlich nur für beschränkte Zeit, sie sind erleichtert abänderbar und erlangen keine materielle Rechtskraft (VETTERLI/MAIER, in: FamKomm, 4. Aufl. 2022, N. 15 zu Art. 271 ZPO). Sie werden vom Bundesgericht als

Endentscheide und zugleich als vorsorgliche Massnahmen betrachtet (BGE 133 III 393 E. 4 f., Art. 90 und Art. 98 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110], VETTERLI/MAIER, a.a.O., N. 26 zu Art. 271 ZPO). Dass es sich bei Eheschutzentscheiden um vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 261 ff. ZPO handeln würde, ist damit nicht gemeint. Anders als vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO (als einstweiliger, prozessualer Rechtsschutz) sind Eheschutzentscheide beschränkt auf eine gewisse Zeitperiode (dem Getrenntleben Art. 179 Abs. 2 ZGB, veränderten Verhältnissen Art. 179 Abs. 1 ZGB, bis zur Scheidung oder anderer Anordnungen des Scheidungsgerichts) abschliessend und endgültig. Sie bieten definitiven Rechtsschutz (ZOGG, Vorsorgliche Unterhaltszahlungen im Familienrecht, FamPra 2018/47, S. 48, 61, 71 f.).

Trifft das Eheschutzgericht folglich einen Entscheid im Sinne von Art. 172 Abs. 3 i.V.m. Art. 28b f. ZGB (wobei es auch nur einen Teilentscheid betreffend die elektronische Überwachung ohne Beurteilung der weiteren Eheschutzmassnahmen treffen kann), handelt es sich nicht um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO. Vielmehr handelt es sich diesbezüglich um ein Hauptsachenverfahren und damit um eine ordentliche Anordnung von Art. 28c ZGB (vgl. BBI 2017 7307, S. 7368). Entsprechend ist nicht einzusehen, weshalb das Eheschutzgericht die elektronische Überwachung nach Art. 28c ZGB nicht ordentlich anordnen oder die Verlängerung einer (ordentlich angeordneten) elektronischen Überwachung vornehmen können sollte. Es spricht in diesem Fall keine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO aus, sondern erlässt eine Schutzmassnahme im dafür vorgesehenen regulären Hauptsachenverfahren. In einem regulären Eheschutzverfahren kann daher sowohl eine ordentliche Anordnung (Art. 172 Abs. 3 i.V.m. Art. 28c ZGB) als auch eine Verlängerung der (ordentlich angeordneten) elektronischen Überwachung ausgesprochen werden.

7.

- 7.1 Zusammengefasst ist es einem Ehepartner nicht gestattet, Persönlichkeitsschutzmassnahmen gemäss Art. 28b f. ZGB im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 Bst. b ZPO einzuklagen. Vielmehr haben sich Ehegatten gestützt auf Art. 172 Abs. 3 i.V.m. Art. 28b f. ZGB für die Anordnung von Persönlichkeitsschutzmassnahmen ausschliesslich im Eheschutzverfahren zu begehen. Damit fällt auch eine Konversion der Rechtschrift in das vereinfachte Verfahren – wie von der Vorinstanz vorgenommen – ausser Betracht. Die Berufungsbeklagte kann die elektronische Überwachung des Berufungsklägers einzig im Eheschutzverfahren beantragen.
- 7.2 Das Eheschutzgericht ordnete vorliegend die elektronische Überwachung des Berufungsklägers nach Art. 28c ZGB mit Entscheid vom 8. April 2022 bloss *vorsorglich* im Sinne von Art. 261 ff. ZPO für die Dauer von sechs Monaten an (bis zum 8. Oktober 2022, vgl. Entscheidebegründung vom 16. Mai 2022 E. 15). Die vorsorgliche Verlängerung der elektronischen Überwachung war damit unzulässig (Art. 28c Abs. 2 ZGB). Selbstredend hätte deshalb auch keine superprovisorische Verlängerung der elektronischen Überwachung im Hauptsachenverfahren erfolgen dürfen.

- 7.3 Zwar war es in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vorinstanz aufgrund der zeitlichen Verhältnisse nicht mehr möglich, die elektronische Überwachung des Berufungsklägers nahtlos (ordentlich) anzuordnen (Eingabe der Berufungsbeklagten vom 6. Oktober 2022, Ablauf der angeordneten vorsorglichen elektronischen Überwachung am 8. Oktober 2022, vgl. E. 14, pag. 95). Allein dieser Umstand rechtfertigt jedoch keine Umgehung des klaren Verbots der Verlängerung einer vorsorglich angeordneten elektronischen Überwachung als erneute vorsorgliche Massnahme. Es wäre am Eheschutzgericht gelegen, nach dem vorsorglich erlassenen Entscheid das Eheschutzverfahren einem regulären Entscheid zuzuführen, oder (je nach den Anträgen, die vorlagen) im Falle fehlender Rechtshängigkeit der Hauptsachenklage (Art. 172 Abs. 3 i.V.m. Art. 28c ZGB) eine Prosequierungsfrist zu setzen (Art. 263 ZPO unter Beachtung der Frist von Art. 28c Abs. 2 ZGB) und entsprechend an der Berufungsbeklagten, die Hauptsachenklage (bzw. hier das «Hauptsachengesuch» im Eheschutzverfahren) rechtzeitig einzureichen, um eine ordentliche elektronische Überwachung nahtlos an die vorsorglich getroffene Anordnung im Eheschutzverfahren zu erwirken. Die vorliegende Konstellation – die fehlende Prosequierungsfrist der vorsorglichen Massnahme (Art. 261 ff. ZPO i.V.m. Art. 28c ZGB) sowie die verspätete Hauptsachenklage (Art. 172 Abs. 3 i.V.m. Art. 28c ZGB) – hätte dem Berufungskläger nicht zum Nachteil gereichen dürfen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die mit Verfügung vom 7. Oktober 2022 superprovisorisch angeordnete elektronische Überwachung des Berufungsklägers umgehend dahin.
- 7.4 Zusammengefasst hätte die Vorinstanz die Eingabe der Berufungsbeklagten vom 6. Oktober 2022 im Eheschutzverfahren entgegennehmen müssen. Der Eintretensentscheid im vereinfachten Verfahren CIV 22 5355 erweist sich damit als unzulässig. Dies führt zur Gutheissung der Berufung, allerdings aus einem anderen als dem angefochtenen Grund. Der angefochtene Zwischenentscheid vom 21. Oktober 2022 ist aufzuheben und die Sache zur weiteren Behandlung an das Eheschutzgericht zurückzuweisen.

IV.

8.

- 8.1 Zu prüfen bleiben die Gesuche des Berufungsklägers (ZK 22 470) und der Berufungsbeklagten (ZK 22 527) um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren unter Beiordnung ihrer jeweiligen Rechtsbeistandin.
- 8.2 Eine Person hat gemäss Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Bst. a) und ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint (Bst. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung (Art. 118 Abs. 1 Bst. c ZPO).
- 8.3 Beide Parteien sind als mittellos im Sinne von Art. 117 Bst. a ZPO zu betrachten. Ihre Anträge können mit Blick auf die Erwägungen und den Ausgang des vorlie-

genden Entscheids nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Weiter erscheint die Rechtsverbeiständung beider Parteien als notwendig.

- 8.4 Entsprechend sind die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren gutzuheissen, unter Beordnung von Rechtsanwältin B. _____ (ZK 22 470) und Rechtsanwältin D. _____ (ZK 22 527).

V.

8.1

- 8.2 Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorliegend sind beide Parteien mit dem Vorgehen der Vorinstanz – aus unterschiedlichen Gründen – nicht einverstanden. Der Berufungskläger richtet sich gegen die von der Vorinstanz zugelassene Konversion der Eingabe der Berufungsbeklagten vom 6. Oktober 2022 in das vereinfachte Verfahren. Die Berufungsbeklagte teilt dagegen die oberinstanzliche Auffassung, dass die Anordnung der elektronischen Überwachung im Eheschutzverfahren zu erfolgen hat. Ihrer Ansicht nach fehlte es ihr jedoch am Rechtsschutzinteresse, um gegen den vorinstanzlichen Zwischenentscheid vorzugehen. Oberinstanzlich enthielt sie sich keines Antrags, sondern sie beantragte, die Berufung sei abzuweisen. Auf diesem Antrag ist sie zu behaften. Entsprechend gilt vorliegend die Berufungsbeklagte als unterliegend. Eine Anwendung von Art. 107 Bst. f oder Abs. 2 ZPO fällt ausser Betracht.

8.3

- 8.4 Für den vorliegenden Entscheid (Berufung gegen den angefochtenen Zwischenentscheid betreffend Art. 28c ZGB im vereinfachten Verfahren) werden keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 Bst. f ZPO, der auch im Rechtsmittelverfahren Anwendung findet vgl. BBI 2017 7307, S. 7370).
- 8.5 Auch für den Entscheid über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren (ZK 22 470, ZK 22 527) werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO).

9.

- 9.1 Art. 114 Bst. f ZPO bezieht sich nur auf die Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 ZPO), nicht aber auf die Verpflichtung zur Leistung einer allfälligen Parteientschädigung an die obsiegende Partei (BBI 2017 7307, S. 7370). Auch die unentgeltliche Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Die Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren folglich antragsgemäss eine Parteientschädigung zu bezahlen.
- 9.2 Die Höhe dieser Parteientschädigung richtet sich nach den Bestimmungen der Parteikostenverordnung (PKV; BSG 168.811). Ausgehend von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit ergibt sich für das erstinstanzliche Verfahren ein Honorarrahmen von CHF 400.00 bis CHF 11'800.00 (Art. 5 Abs. 2 PKV). In Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar bis zu 50% des Honorars gemäss Art. 5 PKV (Art. 7

Abs. 1 PKV). Im vorliegenden Berufungsverfahren kann somit ein Honorar bis zu CHF 5'900.00 zugesprochen werden. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich die Parteientschädigung nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).

Rechtsanwältin B._____ macht mit Honorarnote vom 22. Dezember 2022 eine Entschädigung von CHF 2'067.85 geltend (Honorar CHF 1'875.00, Auslagen CHF 45.00, MwSt. CHF 147.85; pag. 221 ff.). Das geltend gemachte Honorar ist angemessen. Die Auslagen und die Mehrwertsteuer geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren mithin eine Parteientschädigung von CHF 2'067.85 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen.

- 9.3 Zufolge Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung ist die amtliche Entschädigung von Rechtsanwältin B._____ zu bestimmen (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Die amtliche Entschädigung bemisst sich nach dem gebotenen Zeitaufwand und entspricht höchstens dem Honorar gemäss der Tarifordnung für den Parteikostenersatz. Bei der Festsetzung des gebotenen Aufwands sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses zu berücksichtigen. Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt (Art. 42 KAG). Der Stundenansatz beträgt CHF 200.00 (Art. 42 Abs. 4 KAG und Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte [EAV; BSG 168.711]).

Der von Rechtsanwältin B._____ geltend gemacht Zeitaufwand von 7.5 Stunden erscheint geboten. Die amtliche Entschädigung wird demnach wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		7.50	200.00	CHF	1'500.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	45.00
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	1'545.00	CHF	118.95
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'663.95
volles Honorar				CHF	1'875.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	45.00
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	1'920.00	CHF	147.85
Total				CHF	2'067.85
nachforderbarer Betrag				CHF	403.90

Im Umfang der Zahlung dieser amtlichen Entschädigung geht der Anspruch auf den Kanton Bern über (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Subsidiär dazu hat der Berufungskläger dem Kanton Bern die ausgerichtete amtliche Entschädigung zurückzahlen, sobald er dazu in der Lage ist. Schliesslich hat der Berufungskläger Rechtsanwältin B._____ den nachforderbaren Betrag zu entrichten, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO und Art. 42a KAG).

- 9.4 Die Berufungsbeklagte hat als unterliegende Partei ihre Parteikosten selbst zu tragen. Aufgrund der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege ist Rechtsanwältin

D._____ jedoch eine amtliche Entschädigung zuzusprechen (Art. 122 Abs. 1 Bst. a ZPO).

Rechtsanwältin D._____ macht mit Honorarnote vom 28. Dezember 2022 eine Entschädigung von CHF 2'190.90 geltend (Honorar CHF 1'975.00, Auslagen CHF 59.25 [die weiter aufgelisteten Spesen von CHF 4.00 scheinen ein Versehen zu sein, zumal sie weder beim «Total exkl. MwSt.» noch bei der Berechnung des «Totals inkl. MwSt.» miteingerechnet wurden], MwSt. CHF 156.65; pag. 239 ff.). Der geltend gemachte Zeitaufwand von 7.9 Stunden ist angemessen, die Auslagen und die Mehrwertsteuer geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Die amtliche Entschädigung berechnet sich demnach wie folgt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		7.90	200.00	CHF	1'580.00
Auslagen MVST-pflichtig				CHF	59.25
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	1'639.25	CHF	126.20
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'765.45
volles Honorar				CHF	1'975.00
Auslagen MVST-pflichtig				CHF	59.25
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	2'034.25	CHF	156.65
Total				CHF	2'190.90
nachforderbarer Betrag				CHF	425.45

Die Berufungsbeklagte hat dem Kanton Bern die ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen sowie Rechtsanwältin D._____ die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 Abs. 1 ZPO und Art. 42a KAG).

Die Kammer entscheidet:

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Der Zwischenentscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 21. Oktober 2022 wird aufgehoben und die Sache wird zur weiteren Behandlung an das Eheschutzgericht zurückgewiesen.

Die für den Berufungskläger mit Verfügung vom 7. Oktober 2022 superprovisorisch angeordnete elektronische Überwachung (Ziff. 7 der Verfügung) sowie die superprovisorische Weisung (Ziff. 8 der Verfügung) werden aufgehoben. Die elektronische Fussfessel ist umgehend zu entfernen.

2. Das Gesuch des Berufungsklägers um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren (ZK 22 470) wird gutgeheissen. Ihm wird Rechtsanwältin B. _____ als amtliche Rechtsbeiständin beigeordnet.
3. Das Gesuch der Berufungsbeklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren (ZK 22 527) wird gutgeheissen. Ihr wird Rechtsanwältin D. _____ als amtliche Rechtsbeiständin beigeordnet.
4. Weder für das Berufungsverfahren noch für die Entscheide über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege werden Gerichtskosten erhoben.
5. Die Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger eine Parteientschädigung von CHF 2'067.85 (inkl. Auslagen und MwSt.) auszurichten.
6. Zufolge Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung gemäss Ziff. 5 hiavor wird die amtliche Entschädigung von Rechtsanwältin B. _____ für das Berufungsverfahren wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		7.50	200.00	CHF	1'500.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	45.00
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	1'545.00	CHF	118.95
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'663.95
volles Honorar				CHF	1'875.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	45.00
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	1'920.00	CHF	147.85
Total				CHF	2'067.85
nachforderbarer Betrag				CHF	403.90

Im Umfang der Zahlung dieser amtlichen Entschädigung geht der Anspruch auf den Kanton Bern über. Subsidiär dazu hat der Berufungskläger dem Kanton Bern die ausgerichtete amtliche Entschädigung zurückzuzahlen, sobald er dazu in der Lage ist. Schliesslich hat der Berufungskläger Rechtsanwältin B. _____ den nachforderbaren Betrag zu entrichten, sobald er dazu in der Lage ist.

7. Die amtliche Entschädigung von Rechtsanwältin D. _____ für das Berufungsverfahren wird wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		7.90	200.00	CHF	1'580.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	59.25
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	1'639.25	CHF	126.20
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'765.45
volles Honorar				CHF	1'975.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	59.25
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	2'034.25	CHF	156.65
Total				CHF	2'190.90
nachforderbarer Betrag				CHF	425.45

Die Berufungsbeklagte hat dem Kanton Bern die ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen sowie Rechtsanwältin D. _____ die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald sie dazu in der Lage ist.

8. Zu eröffnen:
- dem Berufungskläger, v.d. Rechtsanwältin B. _____
 - der Berufungsbeklagten, v.d. Rechtsanwältin D. _____
 - dem Amt für Justizvollzug des Kantons Bern, Bewährungs- und Vollzugsdienste, Südbahnhofstrasse 14d, z.Hd. I. _____, Postfach 3373, 3001 Bern
- Mitzuteilen:
- der Vorinstanz

Bern, 6. März 2023

Im Namen der 2. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

i.V. Oberrichterin Falkner

Die Gerichtsschreiberin:

Bank

Hinweis: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

[Rechtsmittelbelehrung auf der nächsten Seite]

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Es ist darzulegen, dass der Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann oder dass die Gutheissung der Beschwerde sofort ein Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 Bst. b BGG). Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.