

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC170028-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 28. August 2017

in Sachen

A._____, Dr. med.,
Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

gegen

B._____,
Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Ehescheidung (Kindesanhörung)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 29. Mai 2017 (FE160178-E)

Erwägungen:

1. a) Mit Verfügung vom 29. Mai 2017 entschied die Vorinstanz im Scheidungsverfahren der Parteien unter anderem das Folgende (Urk. 2 S. 13 f.):

- " 1. (...)
2. (...)
3. Das Gesuch des Beklagten um Beizug eines Gutachtens und Anordnung von Kindesschutzmassnahmen wird abgewiesen.
4. (...)
5. C. _____ wird mit separatem Schreiben zu einer Anhörung eingeladen.
6. (...)
7. (Schriftliche Mitteilung.)
8. Eine Beschwerde gegen Ziffer 1 und 2 dieses Entscheids kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

9. Eine Berufung gegen Ziffer 3 dieses Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO)."

b) Innert Frist erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) mit Eingabe vom 19. Juni 2017 Berufung (Urk. 1). Er stellte dabei folgende Anträge (Urk. 1 S. 2 f.):

- " 1. Es sei Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es seien die Gründe für den Kontaktabbruch zwischen dem Sohn C. _____ und dem Berufungskläger mittels Gutachten oder in einer anderen geeigneten Form abzuklären.

Es seien sodann für die Dauer des Scheidungsverfahrens geeignete Kindesschutzmassnahmen anzuordnen, die helfen, einer durch den Kontaktabbruch zwischen dem Sohn C. _____ und dem Berufungskläger bestehenden Gefährdung bzw. Beeinträchtigung des Kindeswohls entgegenzuwirken.

2. Es sei Dispositiv-Ziff. 5 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei auf eine Kindesanhörung durch die Vorinstanz ganz, eventualiter vorläufig zugunsten eines Gutachtens bzw. einer anderen geeigneten Abklärung im Sinne von Antrag Ziff. 1 vorstehend zu verzichten. Subeventualiter sei die Kindesanhörung durch eine psychologisch geschulte Fachperson durchzuführen.
3. Subsubeventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und es sei die Vorinstanz anzuweisen, das in Ziff. 1 vorstehend beantragte Gutachten (bzw. die Abklärung in anderer, geeigneter Form) in Auftrag zu geben sowie die sich aus der Abklärung ergebenden bzw. die darin empfohlenen Kindesschutzmassnahmen anzuordnen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MWSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

c) In der Folge eröffnete die beschliessende Kammer betreffend die Rechtsmittelanträge 1 und 3 das Berufungsverfahren LY170021-O. Mit Verfügung vom 10. Juli 2017 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 3'000.– zu leisten (LY170021-O Urk. 5). Dieser ging hierorts fristgerecht ein (LY170021-O Urk. 5 f.).

d) Betreffend den Rechtsmittelantrag 2 eröffnete die beschliessende Kammer aus nachfolgendem Grund (vgl. Erwägung 3) das vorliegende Beschwerdeverfahren.

2. Der Beklagte führt zu seinem Rechtsmittel gegen Dispositivziffer 5 der angefochtenen Verfügung aus, der Ansicht der Vorinstanz, dass eine erneute Anhörung von C. _____ genügen würde, um die Frage der Kindeswohlgefährdung abzuklären, könne nicht zugestimmt werden. Eine übliche Kindesanhörung sei nicht geeignet, bezüglich derart schwer gestörter Formen des Kontakts zwischen Elternteil und Kind irgendwelche Erkenntnisse zu erbringen. Es handle sich hier um ein Phänomen, welches nur von Fachpersonen adäquat beurteilt werden könne. Die Anhörung von Kindern im Rahmen einer Scheidung habe primär die Funktion,

diesen ein Mitwirkungsrecht zu verschaffen. Beweismittel sei die Anhörung höchstens sekundär, nämlich dann, wenn – mehr oder weniger spontan erfolgende – Aussagen der Kinder in der Anhörung als entscheidungsrelevant erscheinen würden. Hingegen könne sie kaum dazu dienen, gezielt Beweiserhebungen (wie z.B. durch Einvernahme von Zeugen) durchzuführen. Vor diesem Hintergrund erscheine es als untaugliches Unterfangen, im Rahmen einer solchen Kinderanhörung die Frage einer Kindswohlgefährdung abklären zu wollen. Dementsprechend sei auf eine Anhörung ganz oder zumindest vorläufig (Eventualantrag) zu verzichten. Im Übrigen wäre höchst problematisch, wenn dieselbe Instanz, die seinen mit einer Kindswohlgefährdung begründeten Antrag um Anordnung von Kinderschutzmassnahmen bereits abgelehnt habe, danach eine Anhörung durchführe, in welcher die Kindswohlgefährdung erst abgeklärt werden solle. In der angefochtene Verfügung habe die Vorinstanz ihre Einschätzung, ob eine Kindswohlgefährdung bestehe, bereits dezidiert geäussert. Der Umstand, dass sie einen diesbezüglichen Entscheid schon gefällt habe, zeige, dass ihre Meinung hierzu gemacht sei (andernfalls hätte sie – aus ihrer Perspektive – gar nicht entscheiden dürfen). Es müsse unter diesen Umständen davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz voreingenommen an die Abklärung einer Kindswohlgefährdung herangehen würde. Es sei damit zu rechnen, dass aufgrund dieser Vorbefassung die Tendenz bestehen werde, den eigenen ablehnenden Entscheid bezüglich Kinderschutzmassnahmen in der Anhörung bestätigt sehen zu wollen. Um eine Verzerrung der Ergebnisse einer Kindesanhörung zu vermeiden, müsste diese deshalb – wenn überhaupt – durch eine bisher nicht beteiligte Person und – da es um die Frage der Kindswohlgefährdung gehe – konsequenterweise durch eine psychologische Fachperson vorgenommen werden (Subeventualantrag). Es handle sich bei diesen neuen Anträgen zur Kindesanhörung um zulässige Rechtsbegehren, zumal sie erst durch die angefochtene Verfügung selber veranlasst worden seien. Die Anhörung sei im Verfahren um Anordnung von Kinderschutzmassnahmen kein Thema gewesen, werde nun aber von der Vorinstanz in diesen Themenbereich integriert (Urk. 1 S. 13 f. N 75 ff.).

3. a) Die angefochtene Verfügung ist betreffend die angefochtene Dispositivziffer 5 prozessleitender Natur. Gegen prozessleitende Verfügungen ist die Be-

schwerde – von den hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehenen Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) abgesehen (z.B. Art. 298 Abs. 3 ZPO) – nur zulässig, wenn durch sie der Beschwerde führenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Indes ist bei der Annahme eines solchen Nachteils grundsätzlich Zurückhaltung angebracht. Der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7377).

Das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen (Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels) ist von Amtes wegen zu prüfen, doch, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 60 N 1). Entsprechend muss die betroffene Partei den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dartun, d.h. sie ist beweispflichtig, sofern die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO-Sterchi, Art. 319 N 15 m.w.H.). Zudem muss sie darlegen, warum sich der von ihr geltend gemachte Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmachen lassen soll. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, von Amtes wegen darüber Nachforschungen anzustellen. Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die entsprechende prozessleitende Verfügung kann in diesem Fall erst zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden.

b) Weder macht der Beklagte in seiner Eingabe vom 19. Juni 2017 betreffend die angefochtene Dispositivziffer 5 einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil geltend, noch ist ein solcher offenkundig. Entsprechend ist auf die Beschwerde gegen die angefochtene Dispositivziffer 5 nicht einzutreten.

4. a) Haben die Parteien nicht auf Rechtsmittel verzichtet, hat der Entscheid eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten (Art. 238 lit. f. ZPO). Es sind dies im erstinstanzlichen Verfahren die Berufung und die Beschwerde (Kriech, DIKE-Komm-

ZPO, Art. 238 N 14). Fehlt eine Rechtsmittelbelehrung, so ist die Eröffnung nicht schlechthin nichtig. Einer Partei dürfen aus einer mangelhaften Eröffnung nur keine Nachteile erwachsen. Es ist daher im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist (Kriech, DIKE-Komm-ZPO, Art. 238 N 18 m.w.H.).

Aus dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) leitet die Rechtsprechung ein Recht auf Vertrauensschutz ab. Daraus ergibt sich – wie bereits erwähnt –, dass den Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich keine Nachteile erwachsen dürfen. Den erwähnten Schutz kann eine Prozesspartei nur dann beanspruchen, wenn sie sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Dies trifft auf die Partei nicht zu, welche die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen. Allerdings vermag nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei oder ihres Anwalts eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Wann der Prozesspartei eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen, wobei bei Anwälten naturgemäss ein strengerer Massstab anzulegen ist. Von ihnen wird jedenfalls eine "Grobkontrolle" der Rechtsmittelbelehrung durch Konsultierung der anwendbaren Verfahrensbestimmungen erwartet. Dagegen wird nicht verlangt, dass neben den Gesetzestexten auch noch die einschlägige Rechtsprechung oder Literatur nachgeschlagen wird. Der Vertrauensschutz vermag aber nicht ein Rechtsmittel zu schaffen, das es im konkreten Fall nicht gibt (BGer 5A_895/2014 vom 6. Mai 2015, E. 2.4.1 m.w.H.).

b) Die Vorinstanz hat es entgegen Art. 238 lit. f. ZPO unterlassen, betreffend Dispositivziffer 5 eine Rechtsmittelbelehrung anzubringen. Dispositivziffer 5 der angefochtenen Verfügung regelt den formellen Ablauf und die konkrete Gestaltung des erstinstanzlichen Verfahrens, weshalb es sich dabei um eine prozessleitende Anordnung handelt. Einem prozessierenden Rechtsanwalt muss es bewusst sein, dass es sich bei Dispositivziffer 5 um eine prozessleitende Verfügung gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO und nicht um einen erstinstanzlichen End- oder

Zwischenentscheid bzw. um einen erstinstanzlichen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 308 Abs. 1 ZPO handelt. Vorliegend findet deshalb betreffend die Auferlegung der Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens Art. 107 Abs. 2 ZPO keine Anwendung.

c) Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb der Beklagte die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen hat. Für die Bemessung der Gerichtskosten gelangen § 9 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG zur Anwendung. Mangels wesentlicher Aufwendungen ist der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Beklagten gegen Dispositivziffer 5 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 29. Mai 2017 wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Klägerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien gegen Empfangsschein, an die Klägerin unter Beilage von Kopien der Urk. 1 und 3, sowie an die Vorinstanz.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 28. August 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
cm