

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RZ180003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss vom 4. Juni 2018

in Sachen

A. _____,

Verfahrensbeteiligte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange (Gutachten)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 28. März 2018 (FP160185-L)

Erwägungen:

1. Unter Einreichen der Klagebewilligung vom 17. Oktober 2016 machte der Kläger, damals vertreten durch die Verfahrensbeteiligte und Beschwerdeführerin (fortan Verfahrensbeteiligte) als gesetzliche Vertreterin sowie durch Rechtsanwalt Dr. X1. _____, mit Eingabe vom 12. Dezember 2016 vor Vorinstanz eine Klage gegen den Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) auf Leistung von Unterhaltsbeiträgen anhängig (Urk. 5/1 und 5/2). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. März 2017 stellte der Beklagte seinerseits Anträge betreffend alleinige elterliche Sorge und Obhut über den Kläger (Urk. 5/12). In dieser Verhandlung schlossen die Parteien für die Dauer des Verfahrens eine Vereinbarung über das Besuchsrecht des Beklagten und den Kinderunterhalt ab (Urk. 5/17), welche mit Verfügung vom 27. März 2017 von der Vorinstanz genehmigt wurde. Aufgrund der nun ebenfalls strittigen Kinderbelange wurde überdies in der gleichen Verfügung das Rubrum angepasst und die Kindsmutter neu nicht mehr als gesetzliche Vertreterin des Klägers, sondern als Verfahrensbeteiligte ins Rubrum aufgenommen (Urk. 21).

2. Da es bei der Ausübung des anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. März 2017 vereinbarten Besuchsrechts immer wieder zu Schwierigkeiten kam, stellten beide Parteien mehrere Gesuche um Anordnung superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen. Anlässlich der Verhandlung vom 5. Dezember 2017 betreffend vorsorgliche Massnahmen und Instruktionsverhandlung einigten sich die Parteien und die Verfahrensbeteiligte – welche an der Verhandlung nicht persönlich teilnahm, aber von ihrer Rechtsanwältin vertreten wurde (Prot. I S. 41) – darauf, ein Gutachten zur Erziehungsfähigkeit der Eltern beim Institut ... AG einzuholen. Zudem erklärte sich der Beklagte bereit, das Besuchsrecht während der Zeit der gutachterlichen Abklärungen nicht auszuüben (Prot. I S. 42). Mit Schreiben vom 1. März 2018 teilte die Vorinstanz den Parteien und der Verfahrensbeteiligten mit, welche Gutachter für die Erstellung des Gutachtens vorgesehen seien, mit dem Ersuchen, allfällige Einwendungen gegen die zur Verfügung stehenden Gutachterinnen und den Gutachter vorzubringen. Während der Beklagte und der Kläger keine grundsätzlichen Einwendungen erhoben (Urk. 5/158 und 5/160), er-

klärte die Verfahrensbeteiligte mit Eingabe vom 9. März 2018, dass sie mit einer Begutachtung nicht einverstanden sei (Urk. 5/159).

3. Daraufhin entschied die Vorinstanz mit Verfügung vom 28. März 2018 Folgendes (Urk. 5/166 =D)

1. Es wird ein Gutachten zu den Fragen der elterlichen Sorge, Obhut sowie zur Betreuungsregelung und zu allfälligen Kindesschutzmassnahmen eingeholt.
2. Als Sachverständige für die Erstellung dieses Gutachtens werden ernannt:
Frau lic. phil. I D. _____
Frau MSc E. _____
Frau MSc F. _____
Herr MSc G. _____

Die Instruktion der Sachverständigen erfolgt mit separatem Schreiben.

3. Den Parteien wird eine einmal erstreckbare Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um schriftlich in dreifacher Ausfertigung zu den nachfolgend aufgeführten Gutachterfragen Stellung zu nehmen und allfällige Zusatzfragen vorzuschlagen. Bei Säumnis wird Verzicht auf Stellungnahme und Zusatzfragen angenommen.
 1. Wie beurteilen Sie den physischen und psychischen Zustand von C. _____ ?
 2. Sind Auffälligkeiten/Störungen in der Entwicklung oder im Verhalten von C. _____ zu beobachten, die für seine Erziehung/Betreuung wichtig sind? Wenn ja, welche?
 3. Wie ist die Beziehung von C. _____ zur Mutter?
 4. Wie ist die Beziehung von C. _____ zum Vater?
 5. Wie beurteilen Sie die Erziehungsfähigkeit der Mutter?
 6. Wie beurteilen Sie die Erziehungsfähigkeit des Vaters?
 7. Liegen gemäss Ihrer Einschätzung bei der Kindsmutter und/oder dem Kindsvater Anzeichen für eine psychische Störung oder Erkrankung vor?
Wenn ja: Welcher Art ist diese Störung oder Erkrankung und wie wirkt sie sich auf die Erziehungsfähigkeit des jeweiligen Elternteils und/oder auf den persönlichen Verkehr zwischen C. _____ und dem jeweiligen Elternteil aus?
 8. Bei welchem Elternteil ist eine gedeihliche Entwicklung von C. _____ besser gewährleistet und unter welchen Bedingungen?
 9. Wie sollte Ihrer Meinung nach die elterliche Sorge von C. _____ geregelt werden? Ist es zur Wahrung des Kindeswohls nötig, dass einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge übertragen wird? Wenn ja, welchem?
 10. Welcher Elternteil bietet Gewähr dafür, dass der andere (nicht obhutsberechtigte) Elternteil zu C. _____ eine gute Beziehung haben und pflegen kann?
 11. Welchem Elternteil ist aus gutachterlicher Sicht die Obhut zuzuteilen?
 12. Können Sie Empfehlungen bezüglich der konkreten Ausgestaltung des Besuchsrechts geben?
 13. Ist aus Sicht des Kindeswohls eine umgehende Änderung der Obhutsregelung (Umstellung der Obhut, Obhutsentzug, etc.) während [des Verfahrens] angezeigt? Falls ja: Welche Empfehlungen geben Sie ab? Wie ist diesfalls das Besuchsrecht zu regeln?
 14. Empfehlen Sie die Anordnung weiterer Kindesschutzmassnahmen? Insbesondere: Sind allenfalls familienexterne Betreuungs- und Unterstützungsmassnahmen anzuordnen?
Falls ja: Welche Massnahmen empfehlen Sie?
 15. Gibt Ihnen der Gutachtensauftrag zu weiteren Bemerkungen Anlass?

4. ... (Schriftliche Mitteilung)

5. ... (Beschwerde)

4. Gegen diese Verfügung erhob die Verfahrensbeteiligte innert Frist (Urk. 5/168/3) mit Eingabe vom 10. April 2018 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 1):

"1. Die Verfügung vom 28. März 2018 des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung sei aufzuheben.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse."

Gleichzeitig stellte die Verfahrensbeteiligte den Antrag, es sei ihr für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person ihrer Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben (Urk. 1 S. 1).

5. a) Die Verfahrensbeteiligte macht hinsichtlich der Beschwerdelegitimation geltend, dass sie durch die von der Vorinstanz angeordnete Einholung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens als Mutter des Klägers ebenfalls begutachtet werden solle und damit durch die angefochtene Verfügung direkt betroffen sei (Urk. 1 S. 2), was zweifelsohne der Fall ist. Soweit daher die Verfahrensbeteiligte ihre eigene Betroffenheit durch die angefochtene Verfügung geltend macht, ist sie ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert, zumal sie als Verfahrensbeteiligte auch in das vorinstanzliche Verfahren involviert ist.

b) Weiter macht die Verfahrensbeteiligte in der Beschwerdebegründung geltend, dass die Begutachtung einen ungerechtfertigten Eingriff in ihre Persönlichkeitsrechte und in diejenigen des Klägers darstelle, der sich durch den vorinstanzlichen Prozessgegenstand nicht rechtfertigen lasse und der geeignet sei, ihre verfassungsmässigen Rechte, insbesondere den Schutz ihrer Privatsphäre, und diejenigen des Klägers zu verletzen (Urk. 1 S. 3).

Dem Kläger wurde im vorliegenden Prozess vor Vorinstanz eine eigene Rechtsbeiständin im Sinne von Art. 299 Abs. 1 ZPO beigegeben. Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ wurde als Rechtsvertreterin des Klägers bestellt, weil im vorlie-

genden Verfahren nicht nur der Unterhalt geregelt werden soll, sondern auch die Neuzuteilung der elterlichen Sorge und Obhut über den Kläger strittig ist. Gerade weil die Eltern diesbezüglich einander entgegenstehende Anträge stellen, wurde die Kindesvertretung angeordnet (Urk. 5/89 S. 2 E. 1.). Die Anordnung der Vertretung des Klägers bewirkt, dass seine Interessen im vorliegenden Verfahren von seiner Rechtsbeiständin und nicht mehr von der Verfahrensbeteiligten als gesetzlicher Vertreterin wahrgenommen werden. Soweit die Verfahrensbeteiligte geltend macht, dass die Persönlichkeitsrechte des Klägers durch die Anordnung des Gutachtens ungerechtfertigt verletzt würden (Urk. 1 S. 3), ist sie daher nicht zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde der Verfahrensbeteiligten ist diesbezüglich mangels Beschwerdelegitimation nicht einzutreten.

6. a) Die angefochtene Verfügung ist prozessleitender Natur. Gegen prozessleitende Verfügungen ist die Beschwerde – von den hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehenen Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) abgesehen – nur zulässig, wenn durch sie der Beschwerde führenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein solcher 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 drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils 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, BBI 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 wie-

dergutmachen 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) Beim Entscheid, ein Gutachten betreffend die Kinderbelange einzuholen, welches sowohl kinderpsychologische Aspekte als auch die Erziehungsfähigkeit beider Elternteile beleuchten soll (vgl. Fragenkatalog in Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung, Urk. 2 S. 5), handelt es sich ebenso wie bei der Bestellung einzelner Sachverständiger (Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung, Urk. 2 S. 4) um einen Beweisentscheid. Jeder Beweisentscheid erschwert in einem gewissen Mass die Lage der davon betroffenen Partei(en); insofern ist ein Nachteil durchaus zu bejahen. Entscheidend für die Zulässigkeit einer Beschwerde ist jedoch nicht das Vorliegen eines Nachteils als solchen, sondern dass derselbe nicht leicht wiedergutzumachen ist. Diese Voraussetzung ist bei einem Beweisentscheid in aller Regel zu verneinen, denn der durch einen allenfalls unrichtigen Beweisentscheid entstehende Nachteil kann meistens mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid korrigiert werden (ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 154 N 34; KUKO ZPO-Schmid, Art. 154 N 5; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 154 N 169 ff.).

c) Die Verfahrensbeteiligte macht mit ihrer Beschwerde geltend, eine Begutachtung der Eltern und des Kindes sei im vorliegenden Fall weder verhältnismässig noch notwendig oder geeignet, den Sachverhalt zu klären. Eine Begutachtung stelle einen ungerechtfertigten Eingriff in ihre Persönlichkeitsrechte dar, der sich durch den Prozessgegenstand nicht rechtfertigen lasse und der geeignet sei, ihre verfassungsmässigen Rechte, insbesondere den Schutz der Privatsphäre, zu verletzen (Urk. 1 S. 3). Im vorinstanzlichen Verfahren sei es ursprünglich nur um Kinderunterhalt gegangen, der Beklagte habe bisher kein echtes Interesse am Kläger gezeigt, sondern ihn im Gegenteil Gefahren ausgesetzt. Vor diesem Hintergrund empfinde sie es als geradezu stossend und zudem als aussichtslos, wenn der Beklagte nun als Reaktion auf die Unterhaltsklage die Umteilung der al-

leinigen elterlichen Sorge und Obhut an sich verlange. Sie – die Verfahrensbeteiligte – vermute rein finanzielle Motive für diese Anträge (Urk. 1 S. 3).

Gemäss Art. 298b Abs. 3 und Art. 298d Abs. 3 ZGB sowie Art. 304 Abs. 2 ZPO ist – bei feststehendem Kindesverhältnis – das mit einer Unterhaltsklage befasste Gericht zur Regelung der elterlichen Sorge und weiterer Kinderbelange berufen. Vor dem Hintergrund dieser sogenannten Annexzuständigkeit der Gerichte hat der Beklagte mit den Anträgen um Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge und der alleinigen Obhut über den Kläger im Rahmen des Unterhaltsprozesses von einem ihm zustehenden prozessualen Recht Gebrauch gemacht, was nicht zu beanstanden ist. Zudem liegt auf der Hand, dass jede Begutachtung mit einem Eingriff in die Persönlichkeitsrechte einhergeht. Hinsichtlich der Kinderbelange gelten jedoch – wie die Vorinstanz zu Recht ausführt – gestützt auf Art. 296 ZPO der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz sowie die Officialmaxime (Urk. 2 S. 3 E. 3). Es ist daher nichts daran auszusetzen, wenn die Vorinstanz von Amtes wegen ein Gutachten zu den Fragen der elterlichen Sorge, der Obhut sowie zur Betreuungsregelung und zu allfälligen Kindesschutzmassnahmen einholt, umso mehr, als sie auch begründet hat, weshalb sie dies für unumgänglich hält (Urk. 2 S. 3f., E. 4). Inwiefern die Begutachtung vorliegend unverhältnismässig, nicht notwendig oder nicht geeignet sei, den Sachverhalt abzuklären, legt die Verfahrensbeteiligte in ihrer Beschwerdeschrift nicht konkret dar. Sie setzt sich diesbezüglich nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Entgegen den Vorbringen der Verfahrensbeteiligten (Urk. 1 S. 3f.) ist es angesichts der geltenden umfassenden Official- und Untersuchungsmaxime auch nicht zu beanstanden, dass die Begutachtung bereits jetzt und damit vor der Anhörung des Klägers angeordnet wird. Ob eine Delegation der Anhörung an den Kinderpsychiater des Klägers, die Familientherapeutin Dr. H._____ oder die Prozessbeiständin des Klägers – wie dies die Verfahrensbeteiligte beantragt (Urk. 1 S. 3f.) – möglich und sinnvoll ist, braucht im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht näher geprüft zu werden. Im Übrigen steht im heutigen Zeitpunkt auch gar noch nicht fest, ob sich die von der Verfahrensbeteiligten abgelehnte Begutachtung in der Sache selbst ungünstig für sie auswirkt (BGer 5A_187/2014 vom 9. Mai 2014, E. 3.1.).

d) Weiter bringt die Verfahrensbeteiligte vor, dass dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bereits aus Gesetz ein Umgangsrecht zustehe, sei unbestritten, dafür brauche es kein Gutachten. Im Rahmen begleiteter Besuche könne ein angemessenes Umgangsrecht, welches auch die Bedürfnisse des Klägers berücksichtige, zweckmässiger evaluiert werden als mittels Begutachtung. Die Verfahrensbeteiligte macht geltend, sie halte es für ihre oberste Pflicht, den Kläger, ihren Sohn, zu schützen, insbesondere auch gegenüber staatlicher Intervention. Eine Begutachtung durch fremde Personen, so die Verfahrensbeteiligte, könnte schädlich sein für den Kläger. Es gebe mildere Mittel für die Vorinstanz, sich einen Überblick über die Situation zu verschaffen (Urk. 1 S. 3).

Auch mit diesen Ausführungen legt die Verfahrensbeteiligte nicht konkret dar, weshalb ein Gutachten nicht geeignet sei, den Sachverhalt zu klären. Eben- sowenig erklärt die Verfahrensbeteiligte, weshalb die Begutachtung aller involvier- ten Personen nicht zielführend sein soll. Das begleitete Besuchsrecht ist ferner eine Kindesschutzmassnahme, während es sich beim Gutachten um ein Beweis- mittel handelt, mittels welchem die Vorinstanz abklären will, ob (und wenn ja, wel- che) Kindesschutzmassnahmen überhaupt notwendig sind. Das begleitete Be- suchsrecht dient daher nicht der Beweiserhebung bzw. der Abklärung des Sach- verhalts. Die Interessen des Klägers werden sodann – wie bereits ausgeführt (E. 5.b) – im vorliegenden Verfahren nicht von der Verfahrensbeteiligten als ge- setzlicher Vertreterin des Klägers, sondern von seiner gerichtlich bestellten Rechtsvertreterin gewahrt.

7. Zusammengefasst legt die Verfahrensbeteiligte keinen nicht leicht wie- dergutzumachenden Nachteil dar. Die Begutachtung stellt nur eines von mehre- ren Beweismitteln für die Zuteilung der elterlichen Sorge und Obhut dar. Ebenso wesentlich können andere Faktoren sein, wie das Verhalten der Parteien, deren Wünsche oder die Anhörung des Kindes. Die Parteien und die Verfahrensbeteilig- te werden im Rahmen des Verfahrens noch mehrfach Gelegenheit haben, zum Gutachten Stellung zu nehmen und Kritik daran zu üben (BGer 5A_187/2014 vom 9. Mai 2014, E. 3.1.). In welcher Reihenfolge allfällige Beweise erhoben werden, liegt überdies im Ermessen des Gerichts. Offen ist im heutigen Zeitpunkt zudem,

wie sich die Gutachter zu den ihnen unterbreiteten Fragen äussern werden. Dass der Verfahrensbeteiligten allein durch die Erstellung eines Gutachtens ein Nachteil entstehe, welcher auch durch einen in ihrem Sinne ausfallenden Endentscheid nicht wieder gut gemacht werden könnte, ist weder offensichtlich noch legt sie dies konkret dar. Auf die Beschwerde der Verfahrensbeteiligten ist daher nicht einzutreten.

8. Da sich die vorliegende Beschwerde als offensichtlich unzulässig erweist, ist auf das Einholen einer Beschwerdeantwort des Beklagten sowie eine Stellungnahme des Klägers zu verzichten (Art. 322 Abs. 2 ZPO).

9. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb der Verfahrensbeteiligten die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen, der Verfahrensbeteiligten infolge ihres Unterliegens, dem Beklagten und dem Kläger mangels erheblicher Umtriebe im Beschwerdeverfahren.

10. Die Verfahrensbeteiligte stellt für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Da sich ihre Beschwerde als aussichtslos erweist, fehlt mindestens eine der beiden notwendigen Voraussetzungen für die Gewährung des prozessualen Armenrechts (vgl. Art. 117 lit. b ZPO). Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist daher abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Verfahrensbeteiligten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde der Verfahrensbeteiligten wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Verfahrensbeteiligten auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Verfahrensbeteiligte, an den Beklagten und den Kläger je unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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, 4. Juni 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
am