

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC200011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiber
MLaw H. Schinz

Beschluss vom 29. Juli 2020

in Sachen

A._____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

sowie

C._____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z._____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (Gutachten)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 5. März 2020 (FP190029-I)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1 Der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Kläger) ersuchte mit seiner Abänderungsklage vom 25. Juni 2019 bei der Vorinstanz um Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Zurzach vom 5. Dezember 2017 (Urk. 8/1). Nachdem der anlässlich der Einigungsverhandlung bzw. der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 16. Juli 2019 abgeschlossene Vergleich (Prot. VI S. 36) von der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beklagte) mit Eingabe vom 18. Juli 2019 widerrufen worden war (Urk. 8/24), belies die Vorinstanz mit Verfügung vom 30. Juli 2019 die Obhut über den gemeinsamen Sohn C._____ einstweilen für die weitere Dauer des Verfahrens bei beiden Parteien, legte seinen Wohnsitz beim Kläger fest und räumte der Beklagten ein ausgedehntes Besuchs- und Ferienrecht ein (Urk. 8/28). Beide Parteien nahmen in der Folge innert der ihnen angesetzten Frist zur Prozessverbeiständung von C._____ Stellung (Urk. 8/31; Urk. 8/33 und Urk. 8/40), woraufhin für C._____ mit Verfügung vom 17. September 2019 Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ als Prozessbeiständin (nachfolgend: Kindesvertreterin) bestellt wurde (Urk. 8/42).

1.2 Mit Eingabe vom 6. Dezember 2019 stellte die Kindesvertreterin einen Antrag auf Einholung eines Gutachtens über die Erziehungsfähigkeit der Parteien (Urk. 8/55). Die Beklagte unterstützte diesen Antrag in ihren Stellungnahmen vom 18. Dezember 2019 (Urk. 8/64) und 23. Januar 2020 (Urk. 8/74), wogegen der Kläger in seiner Eingabe vom 13. Januar 2020 die kostenpflichtige Abweisung beantragte (Urk. 8/66). Mit Verfügung vom 5. März 2020 traf die Vorinstanz nachfolgende Anordnungen (Urk. 8/81 = Urk. 2):

1. Es wird ein kinderpsychologisches Gutachten unter der Berücksichtigung des Aspekts der Erziehungsfähigkeit der Eltern angeordnet.
2. Den Parteien sowie der Kindesvertreterin wird je eine einmalige, nicht erstreckbare Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um schriftlich und begründet Einwendungen gegen die Ernennung von Dipl.-Psych. D._____, Psychiatrische Universitätsklinik Zürich, Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psycho-

therapie (KJPP), Fachstelle ..., ... [Adresse], als Sachverständige (mit Erlaubnis zum Beizug von unter ihrer Verantwortung stehenden Hilfspersonen) zu erheben.

Bei Säumnis wird Verzicht auf das Erheben von Einwendungen angenommen.

3. Weiter wird den Parteien sowie der Kindsvertreterin je eine einmalige, nicht erstreckbare Frist von 10 Tagen angesetzt, um sich zum Fragenkatalog gemäss den Erwägungen zu äussern und begründete Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen, ansonsten Verzicht angenommen wird.
4. Die Instruktion und Auftragserteilung an die Sachverständige erfolgen mit separatem Auftrag nach Fristablauf gemäss Dispositivziffern 2 und 3.
5. Dem Kläger wird eine einmalige Frist von 10 Tagen gegeben, um zum Antrag der Beklagten auf Herausgabe seiner Telefonnummer Stellung zu nehmen, ansonsten wird ein Verzicht auf Stellungnahme angenommen.
6. (Schriftliche Mitteilung).

1.3 Hiergegen erhob der Kläger Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es seien Dispositivziffern 1 bis 4 der Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 5. März 2020 (Geschäfts-Nr.: FP190029-I) aufzuheben und es sei von der Anordnung eines kinderpsychologischen Gutachtens abzusehen.
2. Eventualiter seien Dispositivziffern 1 bis 4 der Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 5. März 2020 (Geschäfts-Nr.: FP190029-I) aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7% MwSt. zulasten der Beschwerdegegnerin."

1.4 Zugleich ersuchte der Kläger um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 1 S. 3). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 8/1-84) und der Beschwerde mit Verfügung vom 26. März 2020 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 7). In der Folge wurde nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses und der Stellungnahmen der Beklagten und des Verfahrensbeteiligten (Urk. 7; Urk. 9-10 und Urk. 12) das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 11. Mai 2020 abgewie-

sen (Urk. 16). Nachdem die Beklagte und der Verfahrensbeteiligte die Beschwerde innert der mit vorerwähnter Verfügung angesetzten Frist beantwortet hatten (Urk. 16-18) und diese Eingaben genauso wie die daraufhin erfolgten Stellungnahmen (Urk. 22 und Urk. 26) sämtlichen Beteiligten zur Kenntnis gebracht wurden (vgl. Urk. 21, Urk. 25/1-2 und Urk. 29/1-2), erweist sich das Verfahren nunmehr als spruchreif (vgl. Prot. S. 9 f.).

2. Prozessuales

2.1 Aufgrund der prozessleitenden Natur der angefochtenen Verfügung gilt es vorab unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGer 5A_87/2019 vom 26. März 2019, E. 1.2; BGer 5A_940/2014 vom 30. März 2015, E. 1; BGer 5A_211/2014 vom 14. Juli 2014, E. 1 und 3) festzuhalten, dass mit der Erstellung eines psychiatrischen Gutachtens unwiderruflich in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) der betroffenen Personen eingegriffen wird und folglich dadurch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO droht.

2.2 Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet, und dessen Fehlerhaftigkeit konkret aufzuzeigen. Was nicht beanstandet wird, braucht grundsätzlich nicht geprüft zu werden und hat entsprechend Bestand (zum Ganzen: BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.).

2.3 Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch für unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasen-böhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 326 N 4). Dies gilt auch im Geltungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungs- und Officialmaxime

(BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3), welche davon abgesehen in den entsprechenden Verfahren weiterhin zur Anwendung gelangen. In diesem Sinne ist bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass sämtliche von der Beklagten erstmals behauptete Vorkommnisse (schulisches Standortgespräch und die darin thematisierte Spieltherapie, pandemiebedingte Veränderungen, Einsicht in die Krankengeschichte etc.; Urk. 12 S. 11 f. und S. 14 ff. und Urk. 18 S. 5 ff. sowie Urk. 26 S. 4 ff.) und entsprechende Reaktionen des Klägers (Urk. 22 S. 4 ff.) bei der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde unbeachtlich zu bleiben haben.

3. Der Kläger führt in seiner Beschwerdeschrift aus, bei der Erstellung des angeordneten Gutachtens würde unwiderruflich in das Grundrecht der persönlichen Freiheit eingegriffen, weshalb ihm aufgrund der angefochtenen Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe. Weiter würden das Verfahren aufgrund des Gutachtens massgeblich verzögert und durch dessen Ausarbeitung hohe Kosten verursacht. Die Anordnung eines Gutachtens sei zudem nicht verhältnismässig. Indem sich die Vorinstanz nicht mit der Begründung seines Abweisantrags auseinandergesetzt habe, sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Auf die Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahme sei die Vorinstanz im Übrigen auch nicht eingegangen und diese ergebe sich auch nicht ohne weiteres aus den Akten. Einzig die Beklagte stelle seine Erziehungsfähigkeit in Frage. Dies sei offensichtlich prozesstaktisch motiviert, was sich namentlich daran zeige, dass entsprechende Vorbringen erst nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen vorgebracht worden seien und C._____ zuvor bedenkenlos dem Kläger zur Hauptbetreuung überlassen worden sei. Zur Begründung ihres Antrags auf Erstellung eines Gutachtens berufe sich die Kindesvertreterin auf die von den Parteien gegenseitig erhobenen Vorwürfe, ohne weitergehende Abklärungen getätigt zu haben. Es gebe sodann auch keine Hinweise betreffend eine beeinträchtigte Erziehungsfähigkeit, wobei der von ihm stets gewünschten alternierenden Obhut der von der Beklagten gewählte Wohnsitz entgegenstehe. Gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip wären vor der Anordnung eines Gutachtens ohnehin anderweitige Abklärungen (Auskunft beim Kinderarzt und im Kindergarten) nötig gewesen. Schliesslich weist der Kläger darauf hin, dass von

einer strittigen Obhut betroffene Kinder oftmals Loyalitätskonflikten ausgesetzt seien. Zur Feststellung eines Loyalitätskonflikts bei C. _____ sei folglich kein Gutachten nötig, sondern vielmehr würden entsprechende Umstände eine rasche Lösung erfordern. Abschliessend betont der Kläger, der Beklagten nie mangelnde Erziehungsfähigkeit, sondern lediglich instabile Lebensverhältnisse vorgeworfen zu haben (Urk. 1 S. 4 ff. und Urk. 22 S. 6 ff.).

4. Verletzung des rechtlichen Gehörs

4.1 Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Vorbringen der Parteien tatsächlich zu hören, sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in seinem Entscheid entsprechend zu berücksichtigen. Dabei darf es sich allerdings auf die wesentlichen Gesichtspunkte und Leitlinien beschränken und braucht sich nicht mit jedem sachverhaltlichen oder rechtlichen Einwand auseinanderzusetzen (BGE 135 III 670 E. 3.3.1 mit weiteren Hinweisen; BGer 5A_514/2018 vom 20. Februar 2019, E. 3). Die grundsätzlich für sämtliche Entscheide geltende Begründungspflicht von Art. 238 lit. g ZPO verlangt indes eine Auseinandersetzung mit den Parteivorbringen, soweit diese nicht völlig ausserhalb der Argumentationslinie liegen (BK ZPO-Killias, Art. 238 N 33 f.). Erforderlich ist insoweit, dass auf entscheidrelevante und prozessual korrekt eingebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel eingegangen wird, wobei die Anforderungen an die Begründungsdichte bei zuzufolge Ermessens und unbestimmter Rechtsbegriffe erweitertem Spielraum gesteigert sind (BGer 5A_179/2018 vom 31. Januar 2019, E. 5.3.1).

4.2 In der angefochtenen Verfügung wird unter Hinweis auf entsprechende Anträge der Parteien die Anordnung eines Gutachtens als sinnvoll erachtet. Eine weitergehende Begründung findet sich nicht. Die Vorinstanz unterlässt mithin nicht nur jegliche Auseinandersetzung mit den Argumenten der Parteien, sondern verzichtet gänzlich auf eine Begründung ihrer Anordnung. Dadurch ist sie ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen. Zu Recht moniert der Kläger folglich eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs. Eine nachträgliche Heilung fällt vorliegend aufgrund der eingeschränkten Kognition der Beschwerdeinstanz ausser Betracht. Ebenso stehen die zahlreich vorgebrachten, aber im Beschwerdeverfahren ausgeschlossenen Noven (Art. 326 Abs. 1 ZPO) einer Heilung der Gehörsverlet-

zung entgegen. Offensichtlich gilt es bei der zu treffenden Entscheidung neuerliche Sachverhaltsentwicklungen zu berücksichtigen, weshalb ein Rückweisungsentscheid vorliegend nicht zu einem prozessualen Leerlauf führt. Die Verfügung ist deshalb aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

5. Bei ihrem neuen Entscheid wird die Vorinstanz namentlich zu bedenken haben, dass es sich bei der Anordnung eines Gutachtens um einen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) handelt, welcher dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen hat (BGer 5A_211/2014 vom 14. Juli 2014, E. 3), und dass auf das Hilfsmittel des Gutachtens in der Regel nur bei schwerwiegenden Problemfällen zurückzugreifen ist (BSK ZPO-Mazan/Steck, Art. 296 N 18). Im Lichte dessen erscheint Folgendes als bemerkenswert:

5.1 Der Umstand, dass sich die Parteien über die Zuteilung der Obhut uneinig sind, lässt nicht ohne weiteres gutachterliche Abklärungen als angezeigt erscheinen. Die Klärung der von der Kindesvertreterin aufgeworfenen Frage, ob die derzeit gelebte Obhutsregelung dem Kindeswohl entspreche und im Einklang mit der Bindungsentwicklung des Kindes stehe (Urk. 17 S. 3; vgl. auch Urk. 8/55), ist einem auf die Umteilung der Obhut gerichteten Verfahren immanent. Diese Unklarheit vermag folglich für sich genommen die Erstellung eines Gutachtens nicht zu rechtfertigen.

5.2 Ob die von der Kindesvertreterin aufgenommenen Vorwürfe der Beklagten als genügend substantiiert zu erachten sind, sodass eine Abklärung der Erziehungsfähigkeit als notwendig erscheint, gilt es sorgsam abzuwägen. Um lediglich die gegenseitig erhobenen Vorwürfe zu entkräften (vgl. Urk. 8/69), erscheint die Anordnung eines Gutachtens indes nicht angezeigt. Eine geteilte Obhut stellt die Eltern oftmals vor organisatorische Herausforderungen mit beträchtlichem Konfliktpotential. Soweit daraus folgende Auseinandersetzungen nicht ein übermässiges Ausmass annehmen, sind sie als üblich zu bezeichnen und nicht Ausdruck mangelnder Erziehungsfähigkeit. Gleiches gilt für unterschiedliche Ansichten über Erziehungsfragen und die Alltagsgestaltung (vgl. u.a. Urk. 8/37/1 S. 18, S. 21 und S. 24; Urk. 12 S. 13 f. und Urk. 18 S. 5).

5.3 Es trifft dem Grundsatz nach zu, dass die Erziehungsfähigkeit jeweils auch Bindungstoleranz bedingt (vgl. Urk. 12 S. 11). Dies ist namentlich vor dem Hintergrund zu sehen, dass eine Entfremdung des Kindes gegenüber einem Elternteil dem Kindeswohl widersprechen würde. Von einer akut drohenden Entfremdung von C._____ gegenüber einem Elternteil ist gegenwärtig nicht auszugehen. Die Beurteilung, ob gestützt auf die von der Beklagten ins Feld geführten Vorkommnisse (Urk. 8/37/1 S. 9; Urk. 12 S. 11 und Urk. 18 S. 8 ff.) dennoch auf eine eingeschränkte Bindungstoleranz des Klägers zu schliessen ist, welche sich aufgrund deren Ausprägung und der konkreten Verhältnisse auf die Erziehungsfähigkeit auswirkt, bleibt der Vorinstanz vorbehalten. Nur zurückhaltend wird indes gestützt auf singuläre Verhaltensweisen der Schluss zu ziehen sein, ein Elternteil beabsichtige, den Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil zu hintertreiben.

5.4 Hinsichtlich des von der Kindsvertreterin erwähnten psychischen Problems des Klägers (Urk. 17 S. 3 f.) gilt es schliesslich anzumerken, dass es bis auf den entsprechenden Vorwurf der Beklagten hierfür keinerlei Anhaltspunkte gibt. Bemerkenswert ist sodann, dass die Beklagte im gleichen Atemzug sowohl beim Kläger als auch bei ihrer Mutter und ihrer Schwester eine narzisstische Persönlichkeitsstörung diagnostiziert (Urk. 8/37/1 S. 12 f.). Es erscheint zumindest fraglich, ob einzig gestützt auf diese Behauptungen psychische Probleme des Klägers als substantiiert erachtet werden können.

5.5 Zusammenfassend gilt es nach dem Gesagten festzuhalten, dass nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, die Interessen an der Erstellung eines Gutachtens würden die auf den Schutz der Grundrechte des Klägers und auf ein möglichst rasches Verfahren gerichteten Interessen aufwiegen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, lediglich die Entscheidungsbüher für das Beschwerdeverfahren in Anwendung von § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen und die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4

ZPO; KUKO ZPO-Schmid Art. 104 N 7). Zudem ist vorzumerken, dass der Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– geleistet hat.

6.2 Die Beklagte legt in ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren (Urk. 12 S. 3 und S. 23 ff. sowie Urk. 18 S. 3 und S. 14) glaubhaft dar, dass einem monatlichen Nettoeinkommen von unter Fr. 2'789.75 (Fr. 2'915.– [Bruttomonatslohn bei einem Arbeitspensum von 55 %; Urk. 15/10] - Fr. 339.85 [Sozialversicherungsabzüge; Urk. 15/11] + Fr. 214.60 [13. Monatslohn; (Fr. 2'915.– - Fr. 339.85) / 12]) ein zivilprozessualer Notbedarf von zumindest Fr. 2'986.50 (Fr. 1'100.– [Grundbetrag] + Fr. 275.– [Zuschlag auf den Grundbetrag von 25%; vgl. BGer 4D_30/2015 vom 26. Mai 2015, E. 3.1; BGer 4A_432/2016 vom 21. Dezember 2016, E. 6] + Fr. 925.– [hälftige Wohnkosten; Urk. 15/18] + Fr. 36.– [hälftige Heizkosten; Urk. 15/20] + Fr. 284.75 [Krankenkasse; Urk. 15/22] + Fr. 60.– [hälftige gerichtliche übliche Kommunikationskosten] + Fr. 15.– [hälftige Serafe-Gebühr] + Fr. 10.75 [hälftige Kosten Hausrat- und Haftpflichtversicherung; Urk. 15/24] + Fr. 280.– [Kosten öffentlicher Verkehr; Urk. 12 S. 28 f. und Urk. 15/29]) gegenüber steht. Da ihre Anträge nicht als aussichtslos bezeichnet werden können und sie zur Bewältigung des Prozesses auf die Unterstützung einer Rechtsvertreterin angewiesen war, ist ihr für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die Beklagte ist auf das Nachforderungsrecht des Staats gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Der Beklagten wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 5. März 2020 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren und die Verteilung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens wird dem Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– geleistet hat.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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, 29. Juli 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Der Gerichtsschreiber:

MLaw H. Schinz

versandt am:
mc