



BAZ 21 8
P 21 7

Urteil vom 22. Juli 2021
Beschwerdeabteilung in Zivilsachen

Besetzung

Präsidentin Livia Zimmermann, Vorsitz,
Oberrichter Rolf Gabriel,
Oberrichterin Rahel Jacob,
Gerichtsschreiber Silvan Zwysig.

Verfahrensbeteiligte

A. __,
Z. __,

vertreten durch Fernanda Pontes Clavadetscher,
Rechtsanwältin, Minervastrasse 126, 8032 Zürich,

Beschwerdeführerin/Gesuchstellerin,

gegen

B. __,
X. __,

vertreten durch lic. iur. Irene H. Schmid, Rechtsanwältin, Mensik & Schmid Rechtsanwälte, Huobmattstrasse 7,
6045 Meggen

Beschwerdegegner/Gesuchsgegner.

Gegenstand

Beweisverfügung im Eheschutzverfahren

Beschwerde gegen die prozessleitende Verfügung des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 11. Juni 2021 (ZE 21 14).

Sachverhalt:

A.

Mit Eheschutzgesuch vom 26. Januar 2021 machte die Ehegattin A.___ («Beschwerdeführerin») das Eheschutzverfahren ZE 21 14 gegen den Ehegatten B.___ («Beschwerdegegner») beim Kantonsgericht Nidwalden anhängig. In Bezug auf den gemeinsamen Sohn der Parteien, C.___ (geb. __ 2019; «Kind»), sind insbesondere die Obhut bzw. das Kontaktrecht umstritten. Im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens beschied die Prozessleitung der Vorinstanz den Parteien mit Beweisverfügung vom 11. Juni 2021 Folgendes:

- «1. Das Gericht wird von Amtes wegen bei einer sachverständigen Person ein Kurzgutachten (Fachbericht) einholen. Der sachverständigen Person werden folgende Fragen zur Beantwortung unterbreitet:
 - a) Bestehen nach Ihrer Wahrnehmung wesentliche Einschränkungen der Erziehungs- bzw. Obhutsfähigkeit der Kindesmutter, welche gegen eine Obhutszuteilung für [das Kind] an die Kindesmutter sprechen würden?
 - b) Bestehen nach Ihrer Wahrnehmung wesentliche Einschränkungen der Erziehungs- bzw. Obhutsfähigkeit des Kindesvaters, welche gegen eine Obhutszuteilung für [das Kind] an den Kindesvater sprechen würden?
 - c) Gibt es mit Blick auf das Kindeswohl nach Ihrer Wahrnehmung Faktoren, welche bei der Obhutszuteilung für [das Kind] besonders zu berücksichtigen sind?
 - d) Gibt es mit Blick auf das Kindeswohl nach Ihrer Wahrnehmung Faktoren, welche für die Ausgestaltung einer Besuchs- bzw. Kontaktrechtsregelung des nicht-hauptbetreuenden Elternteils [zum Kind] besonders zu berücksichtigen sind (z.B. im Hinblick auf Übernachtungen)?
 - e) Haben Sie weitere sachdienliche Anmerkungen oder Vorschläge?
2. Als sachverständige Person wird den Parteien Frau D.___ (eidg. anerk. Psychotherapeutin), Praxis Y.___, vorgeschlagen. Für die Erstellung des Kurzgutachtens ist voraussichtlich mit Kosten von ungefähr Fr. 1'600.00 zu rechnen.

Die Parteien sind berechtigt, **innert 10 Tagen** zur vorgeschlagenen sachverständigen Person (Unabhängigkeit, Fachkompetenz) sowie zum Kostenvoranschlag Stellung zu nehmen. Im Säumnisfalle wird Verzicht auf eine Stellungnahme angenommen.
3. Die sachverständige Person wird mit separatem Auftrag instruiert.

Sie wird insbesondere berechtigt die vollständigen Akten einzusehen sowie die erforderlichen Gespräche mit den Beteiligten zu führen (bei Bedarf unter Beizug von Hilfspersonen, z.B. Dolmetscher) und eigene Abklärungen zu tätigen.
4. Die Abänderung oder Ergänzung dieser Beweisverfügung bleibt vorbehalten.
5. [Kosten...]
6. [Zustellung...]

B.

Hiergegen gelangte die Beschwerdeführerin am 23. Juni 2021 mit Beschwerde und den folgenden Anträgen an das Obergericht:

- «1. Es sei die Verfügung vom 11. Juni 2021 an das Kantonsgericht Nidwalden mit Geschäftsnummer ZE 21 14 aufzuheben.
2. Eventualiter sei die Verfügung vom 11. Juni 2021 des Kantonsgerichts Nidwalden mit Geschäftsnummer ZE 21 14 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung zurückzuweisen.
3. Es sei die Vollstreckbarkeit der Verfügung vom 21. (recte: 11.) Juni 2021 des Kantonsgerichts Nidwalden mit Geschäftsnummer ZE 21 14 i.S.v. Art. 325 Abs. 2 ZPO aufzuschieben.
4. Es seien die Akten der folgenden Verfahren der Vorinstanz beizuziehen.
 - ZE 21 14 (Eheschutzmassnahmen)
 - ZP 21 32 (unentgeltliche Rechtspflege)
 - ZE 21 128 (vorsorgliche Massnahmen)
5. Es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, der Beschwerdeführerin einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von CHF 2'000 zzgl. 7.7 % Mehrwertsteuer für das Beschwerdeverfahren zu bezahlen.

Eventualiter sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren zu gewähren und es sei ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Beschwerdegegners.

Eventualiter unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Vorinstanz.»

C.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen, indessen auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet (Art. 322 Abs. 2 ZPO; vgl. nachfolgende E. 2 und 3). Die Sache wurde auf dem Zirkularweg abschliessend beurteilt. Auf die Vorbringen der Parteien wird nachstehend – soweit erforderlich – eingegangen.

Erwägungen:

1.

1.1

Das Gericht tritt auf eine Klage oder auf ein Gesuch ein, sofern die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 ZPO). Mit Beschwerde sind anfechtbar: a. nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen; b. andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen: 1. in den vom Gesetz bestimmten Fällen, 2. wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht; c. Fälle von Rechtsverzögerung (Art. 319 ZPO). Die unter Art. 319 lit. b ZPO fallenden Entscheide sind sogenannte Inzidenzentscheide; dabei handelt es sich um besondere Anordnungen des Gerichts, die im Laufe des Prozesses zu treffen sind und im Wesentlichen den formellen Ablauf und die konkrete Gestaltung des Verfahrens bestimmen, oder um Entscheide über rein verfahrensrechtliche Zwischenfragen. Entsprechend ihrer Natur hat der Gesetzgeber die Beschwerdefähigkeit in gewissen Fällen explizit vorgesehen, weil sie für die Betroffenen regelmässig von besonderer Tragweite sind und ihnen deshalb nicht zugemutet werden soll, vor einer Anfechtung den Endentscheid in der Sache abzuwarten (Ziff. 1). Um sicherzustellen, dass der Prozessverlauf durch ein Beschwerdeverfahren nicht unnötig verzögert wird, ist in den übrigen Fällen jedoch erforderlich, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Ziff. 2; so: DIETER FREIBURGHHAUS/SUSANNE AHFELDT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A., 2016, N 11 zu Art. 319 ZPO). Diesen Inzidenzentscheiden zuzuordnen sind etwa gerichtliche Beweisanordnungen gemäss Art. 154 ZPO bzw. die (gleichzeitige) Ernennung der sachverständigen Person (PETER GUYAN, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK-ZPO, 3. A., 2017, N 1 zu Art. 154 ZPO; ANNETTE DOLGE, in: BSK-ZPO, a.a.O., N 32 zu Art. 183 ZPO). Art. 10 Abs. 2 BV garantiert das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit. Gemäss Bundesgericht greift die Anordnung, sich einer psychiatrischen Begutachtung zu unterziehen, unwiderruflich in das Grundrecht der persönlichen Freiheit ein und stellt daher einen drohenden nicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO dar (für eine psychiatrische Begutachtung nach Art. 446 Abs. 2 ZGB erläuternd: Urteil des Bundesgerichts 5A_655/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 2.3).

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Vorverfahren beteiligt war (formelle Beschwerde) und durch den Entscheid in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt ist (materielle Beschwerde). Letztere liegt vor, wenn die beschwerdeführende Person vom angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein schützenswertes Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; FREIBURGHaus/AFHELDt, a.a.O., N 7 ff. zu Art. 321 ZPO). Beschwerdeinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Prozessleitung, ist die Beschwerdeabteilung in Zivilsachen des Obergerichts Nidwalden (Art. 27 GerG [NG 261.1]), welche als Dreierkammer entscheidet (Art. 22 Ziff. 2 GerG). Die Beschwerde ist in gegenständlicher Konstellation innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 2 ZPO).

1.2

Der angefochtene Entscheid umfasst im Wesentlichen die Anordnung, dass sich die Kindeseltern einer psychiatrischen (Kurz-)Begutachtung zu unterziehen haben. Damit ist ein Eingriff in die persönliche Freiheit der Beschwerdeführerin verbunden, was für sie einen nicht wiederzumachenden Nachteil rechtlicher Natur bewirkt. Demnach kann der angefochtene Entscheid mit Beschwerde angefochten werden. Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt und geben zu keinen einlässlicheren Bemerkungen Anlass. Namentlich ist die Beschwerdeführerin beschwerdeberechtigt, das angerufene Gericht zuständig und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

1.3

Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht werden (Art. 320 lit. a ZPO). In rechtlicher Hinsicht kommt der Beschwerdeinstanz eine freie bzw. volle Kognition zu; insofern handelt es sich hierbei um ein vollkommenes Rechtsmittel (KARL SPÜHLER, in: BSK-ZPO, a.a.O., N 1 zu Art. 320 ZPO). Neben der unrichtigen Rechtsanwendung kann die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 320 lit. b ZPO). In tatsächlicher Hinsicht ist die Kognition des Rechtsmittelgerichts somit auf die Willkürprüfung beschränkt. Willkür liegt vor, wenn der festgestellte Sachverhalt qualifiziert falsch, d.h. schlechthin unhaltbar bzw. offensichtlich unrichtig ist (SPÜHLER, a.a.O., N 3 zu Art. 320 ZPO). Wo ausnahmsweise eine tatsächliche Feststellung auf unrichtiger Rechtsanwendung beruht, greift der der vollen Kognition unterliegende Beschwerdegrund der falschen Rechtsanwendung (SPÜHLER, a.a.O., N 5 zu Art. 320 ZPO).

2.

2.1

Die Beschwerdeführerin beanstandet eine Verletzung der Begründungspflicht. Der angefochtene Entscheid enthalte keinerlei Begründung betreffend die Anordnung des Erziehungsfähigkeitsgutachtens. Die Darlegung, wonach Fragen der Obhut und des Kontaktrechts umstritten seien, genüge nicht.

2.2

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO). Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss jedoch so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (Art. 29 Abs. 2 BV; Urteil des Bundesgerichts 4A_128/2017 vom 12. Mai 2017 E. 5.3 mit Rechtsprechungshinweisen [betreffend eine Beweisverfügung]).

2.3

Die Vorinstanz hatte bei ihrem Entscheid *prima facie* folgende Ausgangslage zu berücksichtigen: Einerseits führte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Nidwalden (KESB) noch vor Einleitung des Eheschutzverfahrens, gestützt auf eine Gefährdungsmeldung des Kindesvaters vom 28. Dezember 2020 (KESB-act. 1), ein Kindesschutzverfahren betreffend das gemeinsame Kind und ein weiteres im gemeinsamen Haushalt lebendes Kind durch, in welchem die KESB per 8. Februar 2021 zwar keine *akute* Kindeswohlgefährdung (KESB-act. 44 [Bericht Kindesschutz]) feststellen konnte. Sie hielt das Verfahren aber *pendent* (KESB-act. 44) und stellte es erst definitiv ein, als bzw. weil ein Eheschutzverfahren anhängig gemacht wurde (KESB-act. 47 und 48). Andererseits lauteten die zuletzt aufrechterhaltenen Anträge der beiden Ehegatten im Eheschutzverfahren jeweils auf Zuteilung der alleinigen Obhut für das gemeinsame Kind (vi-act. 6 «Modifikation Anträge vom 11. Mai 2021» [Kindesvater]; vi-act. 2

«Gesuch vom 26. Januar 2021» [Kindesmutter]). Beide Seiten stellten zudem die Fähigkeit des jeweils anderen, das gemeinsame Kind altersgerecht umsorgen zu können, verschiedentlich in Frage (exemplarisch: vi-act. 7 Parteibefragungsprotokoll Beschwerdeführerin vom 16. April 2021 S. 5 dep. 19; Parteibefragungsprotokoll Beschwerdegegner vom 16. April 2021 dep. 13 S. 4 f.). Der Beschwerdegegner spricht der Beschwerdeführerin explizit die Fähigkeit ab, das gemeinsame Kind alleine betreuen zu können. Diese sei überfordert, kümmere sich ungern um den Haushalt und die Kindesmutter bedürfe möglicherweise selber Hilfe (vi-act 3 Stellungnahme, S. 11). Die Familien- bzw. Betreuungssituation ist zudem anspruchsvoll. In der im Zeitpunkt der Einleitung des Eheschutzverfahrens bestehenden Familien- und Hausgemeinschaft lebten vier Personen. Einerseits sind dies die aus Brasilien stammende, hauptsächlich Portugiesisch sprechende Beschwerdeführerin und ihr polnisch-stämmiger Ehemann (Beschwerdegegner), andererseits der gemeinsame, nun knapp eineinhalbjährige Sohn sowie der aus früherer Ehe der Ehefrau stammende E.___ (geb. __ 2006). Die gesamte Gemeinschaft wurde zuletzt im Wesentlichen via das Einkommen des Beschwerdegegners finanziert. Bereits die interfamiliären Verhältnisse sind aus verschiedenen Gründen (Sprache, Kultur, Finanzen, junges Alter des gemeinsamen Kindes, Zukunftsvorstellungen/-perspektiven) herausfordernd. Diesen Schluss lassen jedenfalls die vorinstanzlichen Akten wie auch die beigezogenen Akten der KESB zu (zusammenfassend in: KESB-act. 44).

In der angefochtenen Verfügung wurde sodann in Erwägung gezogen, dass im hängigen Eheschutzverfahren in Bezug auf den gemeinsamen Sohn der Parteien insbesondere die Fragen der Obhut und des Kontaktrechts umstritten seien. Aus der Verfügung erhellt, dass das Gericht vor einer Entscheidung in der Sache eine Einschätzung einer Fachperson betreffend allfälliger Einschränkungen der Erziehungs- bzw. Obhutsfähigkeit der Eltern einholen wolle. Dass sich die Vorinstanz beim Entscheid, eine Fachperson beizuziehen, von der vorbeschriebenen Ausgangssituation (komplexe Lebenssituation mit mannigfaltigen Auswirkungen auf die Betreuung/Erziehung des gemeinsamen Kindes; grundsätzlich gegensätzliche Anträge betreffend die Obhut; antagonistische Parteiaussagen/-standpunkte) leiten liess, ist offensichtlich und bedurfte auch keiner ausdrücklichen Wiederholung in der Verfügung selbst. Dies ergibt sich sinngemäss bereits aus dem Passus, dass «insbesondere die Fragen der Obhut und des Kontaktrechts umstritten [seien]», aus welchem auch für die Beschwerdeführerin hat ersichtlich sein müssen, worauf sich das Gericht bezog. Die Vorinstanz zog weiter in Erwägung, dass in Abwägung des Gebots um eine beförderliche Behandlung der Streitsache aber auf ein umfas-

sendes Gutachten verzichtet und lediglich eine summarische Einschätzung der Erziehungsfähigkeit in der Form eines Kurzgutachtens eingeholt werde. Das Gericht verfügte entsprechend die gutachterliche Kurzabklärung der Erziehungsfähigkeit beider Elternteile.

Damit nannte das Gericht die wesentlichen Überlegungen, welche der Beweisanordnung zugrunde lagen, was im gewählten Umfang – namentlich da die Erziehungsfähigkeit offensichtlich umstritten und als tatsächliche Voraussetzung der Obhutszuteilung durch das Gericht von Amtes wegen zu erforschen sowie beweisrechtlich zu würdigen ist (vgl. nachfolgende E. 3.3) – auch genügt. Dabei ist nicht erforderlich, dass das Gericht den anwaltlich vertretenen Parteien den Sachverhalt umfassend darlegt, hatten sie als Direktbeteiligte doch Kenntnis davon. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Vorinstanz mit Schreiben vom 12. Mai 2021 an die Parteien die von ihr vorgesehenen weiteren Verfahrensschritte bereits vorgängig aufgezeigt hat. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Begründung der Beweisverfügung der sachverhaltskundigen Beschwerdeführerin keine sachgerechte Anfechtung erlaubt hätte.

3.

3.1

Die Beschwerdeführerin rügt zudem sinngemäss, dass das Gutachten unverhältnismässig bzw. gar nicht notwendig sei. Es verursache bloss Mehrkosten und verzögere bloss das spruchreife Eheschutzverfahren. Die Erziehungsfähigkeit stehe gar nicht in Frage. Es gebe keinerlei glaubhafte Ausführungen, welche die Anordnung eines solchen Gutachtens rechtfertigen würden.

3.2

3.2.1

Das Kindesverhältnis ist mit verschiedenen Wirkungen verbunden (vgl. Art. 270 ff. ZGB). Die Kinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter (Art. 296 Abs. 2 ZGB), was i.d.R. auch durch eine Scheidung, Trennung oder Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nicht berührt wird (PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/ALEXANDRA JUNGO, in: Tuor et al. [Hrsg.], ZGB, 14. A., 2015, N 8 zu § 43). Wird im Rahmen eines Eheschutzverfahrens der gemeinsame Haushalt aufgehoben, regelt das Gericht nach Massgabe von Art. 176 ZGB das Getrenntleben. Haben die Ehegatten minderjährige Kinder, so trifft das Gericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhält-

nisses die nötigen Massnahmen (Art. 176 Abs. 3 ZGB). In einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren überträgt das Gericht einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Es kann sich auch auf eine Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken, wenn keine Aussicht besteht, dass sich die Eltern diesbezüglich einigen (Abs. 2). Auch wenn die gemeinsame elterliche Sorge nunmehr die Regel ist und grundsätzlich das Recht einschliesst, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (Art. 301a Abs. 1 ZGB), geht damit nicht notwendigerweise die Errichtung einer alternierenden Obhut einher. Kriterien für die Obhutzuteilung sind in erster Linie die Erziehungsfähigkeit, die tatsächliche Betreuungsmöglichkeit, die Stabilität der Verhältnisse, die Sprache und Beschulung des Kindes und je nach Alter auch dessen Äusserungen und Wünsche (BGE 144 III 469 E. 4.1). M.a.W. kann die Obhut nur demjenigen Elternteil zugesprochen werden, der auch erziehungsfähig ist (dortige E. 4.3; auch: BGE 144 III 442 E. 4.3; 143 I 21 E. 5.5.3 [allesamt das Erfordernis der kumulativen Erziehungsfähigkeit beider Elternteile als Voraussetzung für eine alternierende Obhut erläuternd]).

Unter der Erziehungsfähigkeit wird die grundlegende Kompetenz eines Elternteiles verstanden, die emotionalen und körperlichen Bedürfnisse seines Kindes zu erkennen, das Kind zu versorgen und zu betreuen sowie erzieherisch angemessen auf die kindlichen Bedürfnisse einzugehen (REVITAL LUDEWIG/SONJA BAUMER/JOSEF SALZGEBER/CHRISTOPH HÄFELI/KURT ALBERMANN, Richterliche und behördliche Entscheidungsfindung zwischen Kindeswohl und Elternwohl: Erziehungsfähigkeit bei Familien mit einem psychisch kranken Elternteil, in: FamPra.ch 3/2015, S. 574). Sie umfasst fünf Kompetenzen, die quantitativ und qualitativ untersucht werden. Auch wenn die Erziehungsfähigkeit bei Eltern ohne psychische Erkrankung in der Regel vorausgesetzt wird, so kann sie dennoch partiell in Frage gestellt sein, wenn bestimmte Erziehungsaspekte – oder auch nur ein einzelner Aspekt für sich genommen – «qualitativ» als dysfunktional oder Kindeswohlgefährdend einzustufen wären. Zudem ist auch die Erziehungsfähigkeit psychisch gesunder Eltern kontextabhängig. Elterliche Auseinandersetzungen oder Veränderungsprozesse können Belastungen hervorrufen, welche die Erziehungskompetenz eines Elternteils wie beispielsweise die Empathiefähigkeit, vorübergehend mindern können (LUDEWIG et al., a.a.O., S. 574 f.).

3.2.2

Bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt der unbeschränkte Untersuchungsgrundsatz sowie die Oficialmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Diese Prozessmaximen gelten für Kinderbelange unabhängig davon, ob sich die Ehestreitigkeit im Stadium des

Eheschutz- (Art. 271 ff. ZPO) oder des Scheidungsverfahrens (Art. 274 ff. ZPO) befindet. In Verfahren betreffend Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt damit der Freibeweis. Das Gericht ist nicht an die in Art. 168 Abs. 1 ZPO abschliessend aufgezählten Beweismittel gebunden (Art. 168 Abs. 2 ZPO). Es kann zur Klärung des Sachverhalts von sich aus auch mit Beweismitteln operieren, die nicht den klassischen Formen entsprechen (Urteil 5A_991/2015 vom 29. September 2016 E. 6.2, nicht publ. in BGE 142 III 612). Das heisst indes nicht, dass sich das Gericht im Umkehrschluss nicht auch auf die in Art. 168 Abs. 1 ZPO erwähnten Beweismittel stützen könnte. Findet – wie hier – die Untersuchungsmaxime Anwendung, ist das Gericht für die Beweisführung verantwortlich (Art. 153 Abs. 1 ZPO); es beschafft sich durch geeignete Massnahmen Zugang zu den erforderlichen Beweismitteln (PASCAL GROLIMUND, § 18 Beweisrecht, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund [Hrsg.], Zivilprozessrecht, 3. A., 2019, N 27; STEPHAN MAZAN/DANIEL STECK, in: BSK-ZPO, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 296 ZPO). Steht die Erziehungsfähigkeit zur Diskussion, kommt als taugliches Beweismittel namentlich ein Gutachten (Art. 183 ff. ZPO) in Frage (Urteil des Bundesgerichts 5A_629/2019 vom 13. November 2020 E. 7.1; dazu auch: LUDEWIG et al., a.a.O., S. 615 ff.). Es liegt im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts, ob ein Gutachten einzuholen ist. Erscheint es als einziges taugliches Beweismittel, muss das Gericht dieses anordnen (MAZAN/STECK, a.a.O., N 18 und 19 zu Art. 296 ZPO). Dieses kann vom Gericht auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei einer oder mehreren sachverständigen Personen eingeholt werden (vgl. Art. 183 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

3.3

Vorab wird auf die bereits summarisch zusammengefasste Sachlage verwiesen (vorstehende E. 2.3 erster Absatz). Die Vorinstanz hat den Sachverhalt und damit auch die Erziehungsfähigkeit als tatsächliche Voraussetzung für die Obhut zuteilung des gemeinsamen Kindes von Amtes wegen zu erforschen. Wie erläutert, vertreten die beiden Parteien im Prozess hinsichtlich der Obhut des gemeinsamen Kindes konträre Standpunkte. Diese Anträge werden beidseits im Wesentlichen mit Zweifeln an der Fähigkeit, das gemeinsame Kind angemessen zu umsorgen, begründet. Aus den jeweiligen Vorbringen der Parteien ergibt sich insbesondere ein Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Gegenpartei. Dass auch die Vorinstanz aufgrund der Parteivorbringen und der Aktenlage Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Parteien hegt, ist jedenfalls nicht als völlig abwegig zu bezeichnen. Inwiefern dies tatsächlich der Fall ist und wie die einzelnen Beweismittel – etwa auch das Kurzgutachten – zu würdigen sein werden, wird das Gericht erst im Rahmen der Beweiswürdigung und Entscheidfällung abschliessend zu beurteilen haben. Die Parteien und gegebenenfalls die Rechtsmittelinstanz werden sich

dannzumal mit der vorinstanzlichen Argumentation auseinandersetzen können, wobei die Beschwerdeführerin nötigenfalls die Gelegenheit haben wird, die Verletzung des Rechts auf Beweis, eine falsche Beweiswürdigung oder die Verletzung der Untersuchungsmaxime zu rügen. Derzeit kann im Sinne eines Zwischenfazit's immerhin festgehalten werden, dass die entscheidungswesentliche Frage der Erziehungsfähigkeit offensichtlich umstritten ist und aufgrund der Akten und der Parteiaussagen konkrete Anhaltspunkte für potentielle (teilweise) Einschränkung der Erziehungs- bzw. Obhutsfähigkeit einer oder beider Elternteile bestehen. Entsprechend ist die Frage der Erziehungsfähigkeit rechterheblich sowie streitig und in gegenständlichem Verfahren damit Beweisgegenstand im Sinne von Art. 150 Abs. 1 ZPO.

Sieht sich das urteilende Gericht nicht in der Lage, sich aufgrund der Akten und der Parteibefragung ein Urteil über die Erziehungsfähigkeit zu bilden, steht es in dessen Ermessen, diese Frage gutachterlich zu beurteilen lassen, zumal es dazu gar verpflichtet ist, wenn das Gutachten aufgrund der Familien- bzw. Betreuungssituation die einzige Möglichkeit ist, verlässliche Aussagen betreffend die Erziehungsfähigkeit der beiden Elternteile zu erhalten. Der Vorwurf, die Beweisabnahme sei unnötig, ist damit unzutreffend. Ebenfalls geht die Beschwerdeführerin fehl, wenn sie mit Verweis auf die Raschheit von Eheschutzverfahren eine unzulässige Verzögerung moniert. Die Vorinstanz hat diesem Umstand durch die Anordnung eines Kurzgutachtens Rechnung getragen. Dasselbe gilt für das Argument, die Kosten der angeordneten Beweisabnahme seien übermässig. Erstens ist die Einholung des Gutachtens nach Dargelegtem nämlich erforderlich. Zweitens sind die veranschlagten Kosten von Fr. 1'600.– für die Erstellung eines Kurzgutachtens zur Frage der Erziehungsfähigkeit beider Ehegatten (inkl. deren persönlichen Exploration) weder unrealistisch noch unangemessen. Eine Rechtsverletzung ist nicht gegeben.

4.

Die Beschwerdeführerin beantragt, dass der Beschwerdegegner zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten sei. Als Ausfluss der ehelichen Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB und der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB ist der eine Ehegatte gehalten, dem anderen in Rechtsstreitigkeiten durch Leistung von Prozesskostenvorschüssen beizustehen (BGE 142 III 36 E. 2.3). Bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entwickelten Grundsätze analog anwendbar. Vorausgesetzt ist demnach, dass die ersuchende Partei mittellos und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels wird der angefochtene Entscheid mit den gestellten

Rechtsbegehren verglichen (PHILIPP MAIER, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, in: FamPra.ch Heft Nr. 3/2019, S. 818 ff., S. 838). Zudem muss der Vorschussverpflichtete leistungsfähig sein (etwa: Urteil des Bundesgerichts 5A_482/2019 vom 10. Oktober 2019 E. 3.1).

Nach den vorstehenden Ausführungen sind die Rechtsbegehren als aussichtslos zu qualifizieren. Der Antrag ist demnach abzuweisen. Bezüglich der Prüfung der Aussichtslosigkeit wird im Übrigen auf die nachfolgende Erwägung 5 verwiesen. Darüber hinaus scheint der Beschwerdegegner ohnehin nicht leistungsfähig zu sein. Immerhin wurde ihm vor Vorinstanz, wie auch der Beschwerdeführerin, die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.

5.

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn: a. sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt; und b. ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Als aussichtslos sind Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 140 V 521 E. 9.1 S. 537). Geht es um die Frage, ob die unentgeltliche Rechtspflege für ein Rechtsmittelverfahren gewährt werden soll, ist massgebend, ob das Rechtsmittel aus Sicht einer vernünftigen Partei hinreichend erfolgversprechend war. Die Prognose ist vom Inhalt des angefochtenen Entscheides sowie davon abhängig, in welchen Punkten sowie mit welchen Rügen und (allenfalls neuen) Tatsachen die Gesuchstellerin sich gegen diesen Entscheid wendet und ob die Vorbringen im Rechtsmittel zulässig sind. Mithin ist zu berücksichtigen, dass ein erstinstanzlicher Entscheid vorliegt, der mit den gestellten Rechtsbegehren verglichen werden kann (Urteil des Bundesgerichts 5A_872/2018 vom 27. Februar 2019 E. 2.2). Das Gericht entscheidet über das Gesuch im summarischen Verfahren (Art. 119 Abs. 3 ZPO). Das Gerichtspräsidium befindet diesbezüglich präsidial (Art. 71 Abs. 2 PKoG).

Wie sich gezeigt hat (vgl. vorstehende E. 2.3 und 3.3), waren die Rügen der Beschwerdeführerin gänzlich unbegründet. Die angefochtene Verfügung war weder in formeller (Begründungspflicht) noch materieller (Anordnung des Gutachtens) Hinsicht zu beanstanden. Die Vorinstanz handelte im Rahmen und nach Massgabe des Rechts. Anhaltspunkte für das Gegenteil bestanden keine. Der Beschwerdeführerin hat bei dieser Ausgangslage klar sein müssen, dass die Gewinnaussichten gering waren. Dabei bleibt irrelevant, dass die hier angefochtene Beweisanordnung einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge hat und damit ausnahmsweise anfechtbar war. Die Beschwerde ist als aussichtslos zu qualifizieren und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird präsidialiter abgewiesen.

6.

Die Prozesskosten umfassen die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidegebühr des Obergerichts als Beschwerdeinstanz beträgt Fr. 300.– bis Fr. 4'000.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 3 PKoG [NG 261.2]). Die Gebühren sind innerhalb des vorgegebenen Rahmens festzusetzen und bemessen sich nach der persönlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Partei, der Schwierigkeit der Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG).

Die Gerichtsgebühr wird vorliegend ermessensweise auf Fr. 400.– festgesetzt und ausgangsgemäss der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, den Betrag innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft mit beiliegendem Einzahlungsschein zu bezahlen. Zudem wäre dem obsiegenden Beschwerdegegner zu Lasten der Beschwerdeführerin grundsätzlich eine Parteientschädigung zuzusprechen. Ihm sind im vorliegenden Verfahren indes keine Aufwendungen entstanden, weshalb davon abzusehen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 32 Abs. 1 PKoG e contrario).

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird präsidialiter abgewiesen.
4. Die Gerichtskosten werden auf Fr. 400.– festgesetzt und ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin auferlegt.

Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, den Betrag innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft mit beiliegendem Einzahlungsschein zu bezahlen.

5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Zustellung an:

Stans, 22. Juli 2021

OBERGERICHT NIDWALDEN
Beschwerdeabteilung in Zivilsachen
Die Präsidentin

lic. iur. Livia Zimmermann
Der Gerichtsschreiber

MLaw Silvan Zwysig

Versand: _____

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Art. 72 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG). Die Beschwerde hat Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG.