

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE230023-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Urteil vom 1. Juni 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 28. April 2023
(EE190363-L)**

Erwägungen:

1. a) Die Parteien stehen seit dem 24. Dezember 2019 vor dem Bezirksgericht Zürich im Eheschutzverfahren. Am 17. September 2020 stellten sie den gemeinsamen Antrag, bei der psychiatrischen Universitätsklinik Zürich ein lösungsorientiertes Gutachten in Auftrag zu geben. Am 26. Februar 2021 wurde der Gutachtensauftrag der Expertin des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Diensts der PUK Zürich in Auftrag gegeben. In der Folge wurde für die Eltern (Gesuchstellerin und Gesuchsgegner) am 26. Juli 2021 ein separates Gutachten in Auftrag gegeben; dieses ging am 21. Dezember 2021 ein. Am 15. Juli 2021 beantragte der Verfahrensbeteiligte den Widerruf des Gutachtensauftrags vom 26. Februar 2021 und die Weisung an den Gesuchsgegner, jegliche Kontaktaufnahme zum Sohn zu unterlassen. Die Gesuchstellerin schloss sich diesen Anträgen an, der Gesuchsgegner widersprach ihnen (Urk. 2 S. 3-5). Mit Verfügung vom 28. April 2023 regelte die Vorinstanz folgendes (Vi-Urk. 288 = Urk. 2, je S. 13 f.):

1. Der Gutachtensauftrag vom 26. Februar 2021 an den Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst der PUK Zürich, Fachstelle zivilrechtliche Begutachtung und Beratung, Frau lic. phil. D. _____ wird widerrufen.
2. Der Gesuchsgegner wird gestützt auf Art. 307 Abs. 3 i.V.m. Art. 445 ZGB i.V.m. Art. 315a Abs. 1 ZGB für die Dauer des Verfahrens angewiesen, jegliche Kontaktaufnahme (inkl. eines allfälligen Aufsuchens) zu C. _____, geb. tt.mm.2008, zu unterlassen.
[Androhung Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB.]
3. Der Gesuchsgegner wird gestützt auf Art. 307 Abs. 3 i.V.m. Art. 445 ZGB i.V.m. Art. 315a Abs. 1 ZGB für die Dauer des Verfahrens angewiesen, keine Fotos von oder mit C. _____ und insbesondere in sozialen Netzwerken wie WhatsApp und dergleichen zu verwenden, zu versenden oder zu veröffentlichen.
[Androhung Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB.]
4. [Schriftliche Mitteilungen]
5. [Rechtsmittelbelehrung betr. Dispositiv-Ziffern 2 und 3: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand.]

b) Gegen diese ihm am 3. Mai 2023 zugestellte (Vi-Urk. 293/4) Verfügung erhob der Gesuchsgegner am 13. Mai 2023 fristgerecht Berufung und stellte in der Sache den Berufungsantrag (Urk. 1 S. 2):

"A: Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 28. April 2023 bitte ich in den Dispositiv-Ziffern 1. bis 3. abzuweisen."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Vi-Urk. 1-293). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Der Gesuchsgegner stellt in seiner Berufung unter lit. B: bis H: verschiedene Anträge auf Erlass vorsorglicher Massnahmen, im Kern mit dem Ziel, dass der Sohn der Parteien (Verfahrensbeteiligter) nicht mehr von der Gesuchsgegnerin gegen ihn aufgehetzt und ihm entfremdet werde (Urk. 1 S.2-4). Soweit diese als vorsorgliche Massnahmen für das Berufungsverfahren zu verstehen wären, würden sie mit dem heutigen Endentscheid obsolet. Soweit sie – was eher zu vermuten ist – als vorsorgliche Massnahmen für das vorinstanzliche Verfahren zu verstehen wären, könnte darauf nicht eingetreten werden, weil das Obergericht Rechtsmittelinstanz ist und solche Massnahmen nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung bilden (zum Widerruf des Gutachtensauftrags sogleich).

b) Der in der angefochtenen Verfügung enthaltene Widerruf des Gutachtensauftrags (Dispositiv-Ziffer 1) ist keine vorsorgliche Massnahme, sondern eine prozessleitende Verfügung. Gegen eine solche ist keine Berufung möglich (Art. 308 ZPO), wie von der Vorinstanz korrekt angegeben (Urk. 2 S. 14; vgl. auch S. 12 Erwägung IV.1). Eine Beschwerde ist – neben hier nicht zutreffenden, vom Gesetz speziell vorgesehenen Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) – sodann nur zulässig, wenn durch die prozessleitende Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein solcher liegt vor, wenn er auch durch einen für die beschwerdeführende Partei günstigen Endentscheid nicht mehr be-seitigt werden kann oder wenn die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid *erheblich* erschwert wird. Bei der Annahme eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten; der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung prozessleitender Verfügungen absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (Botschaft zur ZPO, BBl 2006 S. 7221, 7377). Vorliegend ist durch den Widerruf des Gutachtensauftrags kein Nachteil erkennbar, der nicht mit einem Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Endent-

scheid behoben werden könnte. Ebenso ist kein offensichtlicher Verstoss gegen das Kindeswohl erkennbar. Da demgemäss auf eine Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ohnehin nicht eingetreten werden könnte, wurde dafür kein separates Beschwerdeverfahren angelegt.

3. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der vorinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Das Berufungsverfahren ist nicht einfach eine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern es dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte von konkret dagegen vorgebrachten Beanstandungen. Die Berufung muss sich daher mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen; eine blosser neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage aus eigener Sicht genügt nicht. Was nicht rechtsgenügend beanstandet wird, braucht von der Berufungsinstanz nicht überprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand (vorbehalten bleiben eine geradezu willkürliche Feststellung des Sachverhalts oder Anwendung des Rechts, wenn diese Fehlerhaftigkeiten klar zutage treten). Soweit eine Beanstandung vorgetragen wird, wendet die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO); sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden (vgl. zum Ganzen BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 142 III 413 E. 2.2.4; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 311 N 36).

b) Die Vorinstanz erwog zu den Weisungen (Dispositiv-Ziffern 2 und 3) im Wesentlichen, der Verfahrensbeistand des Sohnes habe aufgezeigt, dass der Sohn einen klaren und gefestigten Willen habe, wonach er keinen Kontakt zum Gesuchsgegner wolle und dazu nicht gegen seinen Willen gezwungen werden wolle (Urk. 2 S. 6); die Parteien hätten anlässlich der Verhandlung vom 26. Juni 2020 vereinbart, bis zum Vorliegen des Erstgutachtens [welcher Auftrag nun widerrufen wurde] auf eine Kontaktaufnahme des Gesuchsgegners zum Sohn zu

verzichten, jedoch habe der Gesuchsgegner sich trotz mehrfachen Hinweisen auf diese Vereinbarung wiederholt darüber hinweggesetzt und geltend gemacht, es gebe keine Verfügung, welche ihm den Kontakt verbiete. Der Sohn wolle aber keinen Kontakt zum Gesuchsgegner; er lebe in ständiger Angst vor dessen Reaktion, denn es sei schwierig und kompliziert mit ihm. Ferner habe der Verfahrensbeistand ausgeführt, dass der Gesuchsgegner auch den Willen und die persönliche Integrität des Sohnes missachte, indem er in der Öffentlichkeit auf WhatsApp ein Foto mit C._____ benütze, womit er sich als lieber und fürsorglicher Vater präsentiere, obwohl es sich tatsächlich gegenteilig verhalte; den Sohn mache dies krank (Urk. 2 S. 9 f.). Die Vorinstanz erwog, aufgrund der fundierten Darstellungen des Verfahrensbeistands sei hinreichend ausgewiesen, dass der Gesuchsgegner mehrfach versucht habe, mit dem Sohn in Kontakt zu treten, obwohl ihm bekannt gewesen sei, dass der Sohn einen Kontakt zu ihm entschieden ablehne. Diese strikte Weigerung sei auch an der Kindesanhörung mit einer nicht zu übersehenden Deutlichkeit zu Tage getreten. Dem Gesuchsgegner sei eine konkrete Auseinandersetzung mit den Schilderungen des Verfahrensbeistands bislang nicht möglich gewesen. Es seien zudem Strafuntersuchungen anhängig, bei welchen der Sohn einerseits als Geschädigter und andererseits aufgrund einer Anzeige des Gesuchsgegners als Beschuldigter involviert sei. Die Dysfunktionalität der Beziehungskonstellation zwischen dem Gesuchsgegner und dem Sohn trete nun in einer Deutlichkeit zu Tage, die für sich selbst spreche. Eine Kindeswohlgefährdung sei somit ohne weiteres zu bejahen. Das Kontaktverbot sei hinreichend indiziert und als vorsorgliche Massnahme anzuordnen (Urk. 2 S. 11 f.). Auch was die Veröffentlichung von Fotos mit dem Sohn und von diesem anbelange, sei die beantragte Weisung zu erteilen. Der Sohn sei heute 14 Jahre alt; er sei in Bezug auf sein Persönlichkeitsrecht über sein Abbild ohne weiteres als urteilsfähig zu betrachten und könne entsprechend auch eigenständig darüber verfügen. Auch diese Weisung sei aufgrund der dargelegten Umstände als vorsorgliche Massnahme anzuordnen (Urk. 2 S. 12).

c) Der Gesuchsgegner legt in der Berufungsschrift ausführlich seine Sicht der Dinge dar, im Kern dahingehend, dass die Gesuchstellerin gütliche Einigungen bzw. eine Mediation abgelehnt und alles geplant habe, dass sie den Sohn mit

Unwahrheiten gegen ihn aufhetze und ihm entfremde, dass sie dem Sohn Drogen verabreiche und ihn zu Straftaten gegen ihn anstifte (Urk. 1 S. 2-11, S. 14 ff.). Die Berufung enthält jedoch keine konkrete Beanstandung der zentralen vorinstanzlichen Erwägung, dass der Sohn aktuell keinen Kontakt zum Gesuchsgegner und auch keine Kontaktaufnahme von diesem wolle und hierzu einen klaren und gefestigten Willen habe. Der Gesuchsgegner macht hierzu zwar geltend, dass dies Folge des destruktiven Verhaltens und der Beeinflussung der Gesuchstellerin sei. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Sohn heute bereits über 14 Jahre alt ist und Kinder in diesem Alter auch bei Beeinflussungsversuchen der Eltern sehr wohl zu eigener Willensbildung imstande sind. Dass vorliegend der Sohn in seiner Entwicklung zurückgeblieben wäre, wird nicht konkret geltend, geschweige denn glaubhaft gemacht. Der Vorinstanz ist zwar darin zu widersprechen, dass das vollständige Kontaktverbot eine "niederschwellige" Kinderschutzmassnahme sei (Urk. 2 S. 11 Erwäg. 4); vielmehr muss dies ultima ratio sein. Gleichwohl ist die Entscheidung des Sohnes, mit dem Gesuchsgegner absolut keinen Kontakt zu wollen, im vorliegenden Kontext zu respektieren; und wenn der Gesuchsgegner dies nicht kann, ist die Erteilung eines entsprechenden Verbots als angemessen (nötig und verhältnismässig) zu werten.

Grundsätzlich das Gleiche gilt hinsichtlich des Veröffentlichungsverbots von Fotos des Sohnes. Auch hier ist dessen Wille zu respektieren. Entgegen der Auffassung des Gesuchsgegners bedeutet diese Weisung nicht, dass er alle Fotos des Sohnes vernichten müsste (so Urk. 1 S. 20), sondern die Weisung untersagt dem Gesuchsgegner lediglich, solche Fotos zu veröffentlichen (vgl. Urk. 2 S. 12 Erwägung 7 und Wortlaut von Dispositiv-Ziffer 3), wozu auch die Verwendung in sozialen Netzwerken gehört.

e) Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet. Sie ist demgemäss abzuweisen (soweit darauf einzutreten ist; oben Erwägung 2) und die angefochtene Verfügung ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

4. a) Das Berufungsverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür ist in Anwendung von

§ 6 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 5 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'200.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Der Gesuchsgegner hat zwar geltend gemacht, kein Geld zu haben, hat jedoch kein ausdrückliches Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren gestellt (Urk. 1). Ein solches wäre allerdings ohnehin abzuweisen gewesen, denn der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO); die Berufung ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen).

d) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens, den übrigen Beteiligten mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 28. April 2023 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'200.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an den Verfahrensbeteiligten, an die Gesuchstellerin und den Verfahrensbeteiligten je unter Beilage der Dop-

pel von Urk. 1, 3, 4/1-5 und 4/7-16, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und Art. 98 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, 1. Juni 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
ip