Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PC170003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 17. Januar 2017

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Y._____

betreffend **Ehescheidung (Gutachten)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 9. Dezember 2016 (FE160166-C)

Erwägungen:

1.1 Am 7. Juni 2016 reichte der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) bei der Vorinstanz das gemeinsame Scheidungsbegehren der Parteien ein (Urk. 6/1 – Urk. 6/4/2-19). In der Folge fand am 23. September 2016 sowie am 1. Dezember 2016 je eine Anhörung der Parteien sowie am 2. November 2016 die Anhörung der Tochter C._____, geboren am tt.mm.2004, statt (Prot. I S. 4 ff.). Der Sohn D._____, geboren am tt.mm.2009, hatte mit Schreiben vom 4. Oktober 2016 auf eine Anhörung verzichtet (Urk. 6/35). Anlässlich der Anhörung der Parteien vom 1. Dezember 2016 stellte der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) folgende Begehren (Urk. 6/41 S. 1):

"1. Es sei ein psychiatrisches Gutachten einzuholen mit der Fragestellung Wie geht es dem Kind C._____, geboren am tt.mm.2004 (Ressourcen, Probleme)? Wie geht es dem Kind D._____, geboren am tt.mm.2009 (Ressourcen, Probleme)? Wie ist das Verhältnis des Kindes C._____ a) zur Mutter, b) zum Vater? Wie ist das Verhältnis des Kindes D._____ a) zur Mutter, b) zum Vater? Welche Vorkehrungen sind zu treffen, damit die Beziehung zwischen dem Kindsvater und der Tochter C._____ wiederbelebt werden kann? Eigene Bemerkungen der Gutachterin/des Gutachters?

2. Es sei für die Parteien eine Mediation anzuordnen. Als Inhalt und Zielsetzung der Mediation sei die Förderung des Verständnisses und Vertrauens zwischen den Eltern, die Verbesserung der Kommunikation und Kooperation zwischen ihnen und die Förderung eines regelmässigen Kontakts des Vaters zu den Kindern, insbesondere zur Tochter C._____, zu formulieren.

3. Die Kindseltern seien anzuweisen, an sechs Mediationssitzungen à 90 Minuten teilzunehmen. Die Kosten der Mediation seien auf die Gerichtskasse zu nehmen."

1.2 Mit Verfügung vom 9. Dezember 2016 entschied die Vorinstanz wie folgt (Urk. 2 S. 10 f. = Urk. 6/43 S. 10 f.):

1. Für das weitere Verfahren wird dem Gesuchsteller die Rolle des Klägers und der Gesuchstellerin die Rolle der Beklagten zugeteilt.

2. Dem Gesuchsteller wird eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um die schriftliche Klagebegründung im Doppel einzureichen.

Darin hat er seine Anträge zu den Nebenfolgen zu stellen und zu begründen, eigene Tatsachenbehauptungen aufzustellen, die Beweismittel dazu (Zeugen, Urkunden, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskünfte, Parteibefragungen oder Beweisaussage) genau zu bezeichnen und ein Verzeichnis sämtlicher Beweismittel beizulegen. Verfügbare Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollen, sind zusammen mit der Klagebegründung und zusätzlich je in Kopie für die Gegenseite einzureichen.

3. Der Antrag des Gesuchstellers um Einholung eines psychiatrischen Gutachtens wird abgewiesen.

4. Der Antrag des Gesuchstellers um Anordnung einer Mediation wird abgewiesen.

5. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid entschieden.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, unter Beilage einer Kopie des Protokolls der Anhörung vom 1. Dezember 2016.

1.3 Hiergegen erhob der Gesuchsteller mit Schreiben vom 10. Januar 2017 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 11. Januar 2017) innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 1):

"1. Urteils-Dispositiv Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben.

2. Es sei ein psychiatrisches Gutachten einzuholen mit der Fragestellung:

- Wie geht es dem Kind C._____, geboren am tt.mm.2004 (Ressourcen, Probleme)?
- Wie geht es dem Kind D._____, geboren am tt.mm.2009 (Ressourcen, Probleme)?
- Wie ist das Verhältnis des Kindes C._____ a) zur Mutter, b) zum Vater?
- Wie ist das Verhältnis des Kindes D._____ a) zur Mutter, b) zum Vater?
- Liegt ein Parental Alienation Syndrome (PAS) vor?
- Welche Vorkehren sind zu treffen, damit die Beziehung zwischen dem Kindsvater und der Tochter C._____ wiederbelebt werden kann?
- Eigene Bemerkungen der Gutachterin/des Gutachters?

3. Urteils-Dispositiv Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben, und es sei dem Beschwerdeführer im am Bezirksgericht Bülach hängigen Scheidungsverfahren FE160166 die Frist zur Klagebegründung abzunehmen, bis das beantragte psychiatrische Gutachten vorliegt.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Sodann stellte der Gesuchsteller folgende prozessualen Anträge (Urk. 1 S. 2 und S. 10):

> "Es sei dem Gesuchsteller auch im Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, und es sei ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

> "Für die Dauer des Beschwerdeverfahrens wird das Obergericht im Sinne von Art. 325 Abs. 2 ZPO (i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) höflich ersucht, die "Vollstreckung" der prozessleitenden Verfügung (Frist zur Klageantwort [recte: Klagebegründung]) bis zum Vorliegen eines Gutachtens aufzuschieben, d.h. dem Beschwerdeführer bis zu diesem Zeitpunkt die Frist zur Erstattung der Klagebegründung abzunehmen."

2.1.1 Bei den angefochtenen Dispositivziffern 2 und 3 der vorinstanzlichen Verfügung vom 9. Dezember 2016 handelt es sich um Verfügungen 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 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). In der Literatur wird unter Verweis auf die Botschaft die Auffassung vertreten, dass bei Vorladungen (Art. 133/134 ZPO), Terminverschiebungen (Art. 135 ZPO), Fristansetzungen und -erstreckungen (Art. 144 ZPO) oder Beweisanordnungen (Art. 231 ZPO) ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil kaum je in Betracht fallen könne (BK ZPO-Sterchi, Art. 319 N 14; Blickensdorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 41).

2.1.2 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 Ge-

richt 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.

2.2.1 Der Gesuchsteller sieht den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bezüglich der angefochtenen Dispositivziffer 3 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Dezember 2016 darin, dass diese – in der irrigen Ansicht, die "derzeitigen familiären Verhältnisse" präsentierten sich "klar" – auf eine Regelung des Besuchsrechts verzichten werde und damit der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) und der Tochter ein falsches Signal gebe, nämlich "Was die Tochter sagt, gilt". Wenn die Vorinstanz auf die Aussagen der Gesuchstellerin und der Tochter abstütze und sich weigere, genau hinzusehen und bei der Sachverhaltsabklärung in die Tiefe zu gehen, werde der Gesuchsteller auf Jahre hin keinen Kontakt zu seiner Tochter haben. Dies solle mit der vorliegenden Beschwerde verhindert werden. Dieser drohende Nachteil sei nicht leicht wiedergutzumachen, weil die Zeit laufe und – auch im Kindeswohl – nicht abgewartet werden sollte, bis dereinst ein rechtskräftiges Scheidungsurteil vorliege. C._____ sei heute in einem Alter, in welchem der persönliche Verkehr zum Vater noch nachhaltig verbessert werden könne. Der Gesuchsteller habe seit dem Eheschutzverfahren im Jahre 2014 immer wieder seinen Rechtsvertreter angerufen und sich darüber beklagt, dass das Besuchsrecht zur Tochter C._____ nicht klappe. Dieser habe ihm immer wieder geraten, sich an die Beiständin zu halten. Leider habe dies zu keiner Besserung geführt. Im vorliegenden Scheidungsverfahren liege für ihn, den Gesuchsteller, aber insbesondere auch für die Tochter die letzte Chance, die Beziehung auf einen fruchtbaren Boden zu stellen. Er wehre sich nicht grundsätzlich gegen den von der Vorinstanz vorgeschlagenen Lösungsweg,

nämlich eine Therapie für C._____ zu installieren. Zur Zeit erscheine dieser Lösungsweg indessen als realitätsfremd. Wenn nämlich die Beiständin seit Jahren versuche, C._____ auch nur einen Fingerbreit in Richtung ihres Vaters zu bewegen und dabei keine Resultate erziele (und zudem das Gericht, wie ausgeführt, mit dem Verzicht auf eine Besuchsrechtsregelung ein falsches Signal gebe), werde sie auch mit etwas für das Kind Neuem und Fremdem, eben einer Therapie, keinen Erfolg haben. Insbesondere könne nicht damit gerechnet werden, dass die Kindsmutter das Ihre zum Gelingen der Therapie beitragen werde (Urk. 1 S. 9 f.).

Im Ergebnis macht der Gesuchsteller damit eine Verletzung seines Anspruchs auf Wahrung des rechtlichen Gehörs geltend, indem er vorbringt, die Vorinstanz nehme das von ihm beantragte Beweismittel nicht ab (vgl. Urk. 1 S. 7 f. C.2).

2.2.2 In Bezug auf Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung führt der Gesuchsteller aus, dass ihm ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohte, müsste er bereits im jetzigen Zeitpunkt – ohne die Resultate des Gutachtens zu kennen – die Klagebegründung ohne Kenntnis der Mechanismen, welche untergründig wirkten, erstatten. So müsste er sich auf Positionen festlegen, welche nach Vorliegen des Gutachtens allenfalls nicht mehr oder nur in veränderter Form aufrechtzuerhalten wären (Urk. 1 S. 10).

2.3.1 Bei der Anfechtung von negativen Beweisentscheiden (vorliegend die Abweisung des Antrags auf Einholung eines Gutachtens, Dispositivziffer 3) ist kaum je ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil gegeben, da die Nichtabnahme eines Beweismittels als Rüge der Gehörsverletzung mit dem Endentscheid gerügt werden kann (vgl. BGer 5A_307/2011 vom 13. Juli 2011, E. 2; vgl. BGE 133 III 629 E. 2.3.1). So können mit dem Endentscheid unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 lit. a und b ZPO); es steht somit ein vollkommenes Rechtsmittel zur Verfügung, und es können sowohl materielle als auch verfahrensrechtliche (prozessuale) Fehler gerügt werden (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 310 N 13). Ohnehin steht der Entscheid betreffend Besuchsrecht noch aus. Es ist noch nicht entschieden worden, ob ein

solches angeordnet wird oder nicht. Die Vorinstanz ist zum jetzigen Zeitpunkt lediglich zum Schluss gekommen, dass die Einholung eines Gutachtens zur Klärung der familiären Situation nicht angezeigt sei. Die Parteien stehen denn auch erst am Anfang ihres Scheidungsverfahrens und es besteht derzeit eine Besuchsrechtsregelung (vgl. Urk. 6/5/34 S. 4). Die Vorinstanz hat bereits mit Schreiben vom 29. Juni 2016 die Akten der Kindesschutzbehörde Kreis Bülach Süd (fortan KESB Kreis Bülach Süd) betreffend die Kinder der Parteien beigezogen und die Tochter C._____ am 2. November 2016 angehört. Des Weiteren hat sie mit Schreiben vom 30. September 2016 den Rechenschaftsbericht der KESB Kreis Bülach Süd (welcher ebenso vom 30. September 2016 datiert) eingefordert; dieser ist zwischenzeitlich eingegangen (Urk. 6/11; Urk, 6/14; Urk. 6/29; Urk. 6/36; Prot. I S. 13 ff.). Damit aber trifft die Vorinstanz derzeit entsprechende Abklärungen und es kann im jetzigen Zeitpunkt nicht gesagt werden, die Vorinstanz verzichte in Verletzung der Untersuchungsmaxime auf die Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse und in der Folge auf die Regelung eines Besuchsrechts betreffend C._____. Entsprechend ist mit der Abweisung des Antrags auf Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens noch kein Hinweis auf ein mögliches Präjudiz bezüglich Besuchsrecht gegeben. Eine allenfalls den Interessen des Gesuchstellers zuwiderlaufende Würdigung des relevanten Sachverhaltes bezüglich Besuchsrecht kann dieser – wie erwähnt – mit dem Endentscheid anfechten. Selbst wenn davon auszugehen wäre, die Vorinstanz wollte kein Besuchsrecht bezüglich C._____ anordnen, könnte die Rüge, wonach die Vorinstanz ohne Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens nicht auf die Anordnung eines Besuchsrechts hätte verzichten dürfen, im Rahmen des Rechtsmittels in der Hauptsache zusammen mit dem Endentscheid vorgetragen werden. Das dem nicht so wäre, behauptet selbst der Gesuchsteller nicht. Damit fehlt es an der notwendigen Zulassungsvoraussetzung im Sinne des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, weshalb auf die diesbezügliche Beschwerde nicht einzutreten ist.

2.3.2 Ebenso fehlt es hinsichtlich Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung am nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil: Sollte zu einem späteren Zeitpunkt dennoch ein kinderpsychiatrisches Gutachten eingeholt werden, wäre

dem Gesuchsteller in Anwendung von Art. 53 ZPO das rechtliche Gehör zu gewähren und es stünde ihm in Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO offen, die daraus resultierenden (neuen) Tatsachenbehauptungen aufzustellen. Entsprechend ist auf die diesbezügliche Beschwerde ebenso wenig einzutreten. Damit wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung und der damit einhergehenden Fristabnahme zum Erstatten der Klagebegründung obsolet und ist abzuschreiben.

3. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

4.1 Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 600.– festzusetzen. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb dem Gesuchsteller die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind.

4.2 Der Gesuchsteller hat ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 2). Dieses ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

4.3 Der Gesuchstellerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

<u>Es wird beschlossen:</u>

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 9. Dezember 2016 wird abgeschrieben.

2. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.

3. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 600.–.

5. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.

6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien vorab per Fax, an die Gesuchstellerin unter Beilage von Urk. 1 und Urk. 4/2-3, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

   Die erstinstanzlichen Akten gehen mit dem vorliegenden Entscheid an die Vorinstanz zurück.

8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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, 17. Januar 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc