

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC210022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Beschluss und Urteil vom 9. Dezember 2021

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X1. _____

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. X2. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend Ehescheidung (Erziehungsfähigkeitsgutachten; Frist zur Änderung/Ergänzung der Fragen an die Sachverständige)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster vom 26. Mai 2021; Proz. FE200201

Verfügung des Einzelgerichts:

(act. 5 S. 8 [Aktenexemplar])

1. Betreffend der beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2015, und D._____, geboren am tt.mm.2016, wird ein Erziehungsfähigkeitsgutachten angeordnet.
2. Frau lic. phil. E._____, ... Fachstelle für zivilrechtliche Gutachten und Beratung der Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich, ..., wird beauftragt, ein Gutachten zur Erziehungsfähigkeit des Klägers und der Beklagten zu erstellen. Die Instruktion erfolgt mit separatem Schreiben.
3. [Schriftliche Mitteilung].
4. [Rechtsmittelbelehrung].

Beschwerdeanträge des Beschwerdeführers:

(act. 2 S. 2)

- " 1. Es sei die angefochtene Verfügung vom 26. Mai 2021 des Bezirksgerichts Uster aufzuheben und es sei von der Anordnung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens abzusehen.
2. Eventualiter sei Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei lediglich bezüglich der Beschwerdegegnerin ein Erziehungsfähigkeitsgutachten anzuordnen.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Staatskasse eventualiter der Beschwerdegegnerin."

Beschwerdeanträge der Beschwerdegegnerin:

(act. 10 S. 2)

- " 1. Es sei die Beschwerde vom 10. Juni 2021 vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten der Staatskasse eventualiter des Beschwerdeführers."

Erwägungen:

I. Sachverhalt- und Prozessgeschichte

1. Zwischen den Parteien ist seit September 2020 ein Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB am Einzelgericht des Bezirksgerichts Uster (nachfolgend: Vorinstanz) hängig (act. 6/2). Die Parteien sind Eltern der gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2015, und D._____, geboren tt.mm.2016. C._____, der ältere der beiden Buben, leidet an einer Autismus-Spektrum Störung (act. 6/10/63, S. 5).

2. Vor der Einleitung des Scheidungsverfahrens durchliefen die Parteien ein Eheschutzverfahren, in welchem das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (nachfolgend: Eheschutzgericht) mit Urteil vom 12. Dezember 2019 (neben der Bewilligung des Getrenntlebens) unter anderem die Obhut für die beiden gemeinsamen Kinder dem Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) zuteilte und der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) ein entsprechendes Besuchsrecht einräumte (act. 6/10/154, Dispositiv-Ziff. 3. und 4.). Die Obhutzuteilung an den Beschwerdeführer erfolgte gestützt auf ein psychologisches Gutachten zur Erziehungsfähigkeit der Parteien betreffend ihre beiden gemeinsamen Kinder vom 26. März 2019 (nachfolgend: Eheschutz-Gutachten; act. 6/10/63). Darin wurde die Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin, welche im April 2018 eine Hirnblutung erlitten hatte, als eingeschränkt eingestuft (act. 6/10/63 S. 3, 5 und 30). Dieser Einschätzung folgte auch das Eheschutzgericht, wogegen es die Erziehungsfähigkeit des Beschwerdeführers gestützt auf die ihn betreffenden gutachterlichen Ausführungen bejahte (act. 6/10/154 E. 5.4.15.). Die bereits mit Verfügung vom 2. September 2019 vom Eheschutzgericht für die beiden Kinder angeordnete (act. 6/10/135) und danach durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kreis Bülach Süd (fortan KESB) mit Entscheid vom 26. September 2019 errichtete (kombinierte) Besuchs- und Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB; act. 6/10/147) wurde mit vorstehend erwähntem Urteil vom 12. Dezember 2019 beibehalten (act. 6/10/154, Dispositiv-Ziff. 5.). Die gegen dieses Urteil von der Beschwerde-

gegnerin erhobene Berufung wurde vom Obergericht mit Urteil vom 25. Februar 2020 abgewiesen (act. 6/23/163). Die Vorinstanz hat (bis anhin) keine abweichenden vorsorglichen Massnahmen getroffen, weshalb die vom Eheschutzgericht angeordneten Massnahmen nach wie vor Bestand haben (Art. 276 Abs. 2 ZPO).

3. Mit Verfügung vom 25. Januar 2021 bestellte die Vorinstanz den beiden Kindern für das Scheidungsverfahren (in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Z._____) eine Kindesvertretung (act. 6/37) und mit Verfügung vom 12. März 2021 bewilligte sie beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (act. 6/66). Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 10. März 2021 schlossen die Parteien eine Teilvereinbarung bezüglich Scheidungspunkt, nahehelichem Unterhalt, Vorsorgeausgleich und Güterrecht (act. 6/65). Hinsichtlich der übrigen Scheidungsfolgen konnte keine Einigung erzielt werden (act. 6/67). Dies gilt insbesondere auch für die Frage der Zuteilung der Obhut für die beiden gemeinsamen Kinder, welche beide Parteien für sich beanspruchen (act. 6/2 S. 2; act. 6/29 S. 1; act. 6/74 E. 1.5.; act. 6/81 S. 2; act. 6/90 S. 2).

4. Mit Verfügung vom 26. Mai 2021 ordnete die Vorinstanz, nachdem sie den Parteien hierzu das rechtliche Gehör gewährt hatte, ein (neues) Gutachten zur Erziehungsfähigkeit der Parteien betreffend die beiden gemeinsamen Kinder an und beauftragte mit dessen Erstellung Frau lic. phil. E._____, ... Fachstelle für zivilrechtliche Gutachten und Beratung der Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich (act. 6/74; act. 6/78 = act. 5 [Aktenexemplar]; nachfolgend zitiert als act. 5). Die Kosten des zu erstellenden Gutachtens belaufen sich gemäss Kostenaufstellung der Gutachterin auf Fr. 19'120.– (act. 6/71).

5. Mit Eingabe vom 10. Juni 2021 erhob der Beschwerdeführer gegen die vorerwähnte Verfügung vom 26. Mai 2021 Beschwerde bei der Kammer mit oberwähnten Anträgen (act. 2). Mit Verfügung vom 20. Oktober 2021 wurde der Beschwerdegegnerin sowie dem Kindsvertreter Frist zur schriftlichen Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 7). Während Letzterer mit Eingabe vom 26. Oktober 2021 (act. 9) darauf verzichtete, beantragte die Beschwerdegegnerin

in ihrer Beschwerdeantwort vom 1. November (Datum Postaufgabe; act. 8/2; act. 10) innert Frist die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–88 im Original; act. 6/89–96 in elektronischer Form). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Zusammen mit dem vorliegenden Urteil ist dem Beschwerdeführer je ein Doppel der Eingabe des Kindsvertreters (act. 9) sowie der Beschwerdeantwort (act. 10) zuzustellen. Der Beschwerdegegnerin ist ein Doppel der Eingabe des Kindsvertreters (act. 9) und dem Kindsvertreter ein Doppel der Beschwerdeantwort (act. 10) zuzustellen.

II. Prozessuale Vorbemerkungen

Nach Eingang der Beschwerde prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Die Beschwerde richtet sich gegen die vorinstanzliche prozessleitende Verfügung, mit der ein Erziehungsfähigkeitsgutachten angeordnet wurde. Der von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO verlangte nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil liegt vor, zumal das angeordnete Gutachten den Parteien aufzuerlegende Kosten von Fr. 19'120.– verursachen würde (Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO) und unklar ist, welchen Prozentsatz hiervon die Vorinstanz dem Beschwerdeführer auferlegen würde. Daran ändert auch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nichts, weil diese unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO steht. Die Frage, ob ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil auch durch die Begutachtung selbst infolge des damit einhergehenden Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte der Begutachteten entstände, braucht bei dieser Ausgangslage nicht beantwortet zu werden (zu den diesbezüglichen Bestreitungen der Beschwerdegegnerin siehe act. 10 Rz 4 ff.). Der Beschwerdeführer ist durch den vorinstanzlichen Entscheid, in dem seinem Antrag auf Absehen einer Begutachtung nicht entsprochen wurde, beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Er erhob diese innert der für prozessleitende Verfügungen geltenden zehntägigen Frist (Art. 321 Abs. 2 ZPO; act. 4/2–3; act. 6/79). Die Beschwerde erfüllt sodann die formalen Anforderungen, indem sie Anträge und eine ausreichende Begründung enthält (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dem Eintreten steht insoweit nichts entgegen.

III. Zur Beschwerde im Einzelnen

1.

1.1. Die Vorinstanz führte zur Erforderlichkeit eines (neuen) Erziehungsfähigkeitsgutachtens insbesondere aus, dass sich die Umstände seit der Begutachtung vom 26. März 2019 im Eheschutzverfahren grundlegend geändert hätten. So sei die Obhut bezüglich der beiden Kinder, die zum Begutachtungszeitpunkt noch unter der Obhut der Beschwerdeführerin gelebt hätten, (erst) auf Empfehlung in diesem Gutachten dem Beschwerdeführer zugeteilt worden, wobei die Gutachterin dennoch Bedenken hinsichtlich dessen Erziehungsfähigkeit geäussert habe. Es sei dem Gericht, so die Vorinstanz weiter, nur wenig über die aktuellen Umstände der Kinderbetreuung und darüber, wie der Beschwerdeführer (seit dieser Zuteilung) damit zurechtkomme, bekannt. Bezüglich der Beschwerdegegnerin, die im April 2018 eine Hirnblutung erlitten habe und welcher im erwähnten Gutachten eine bloss eingeschränkte Erziehungsfähigkeit attestiert worden sei, brachte die Vorinstanz sodann vor, dass sie sich kein umfassendes Bild über deren aktuellen Gesundheitszustand bzw. ihre derzeitige Erziehungsfähigkeit bilden könne (zum Ganzen act. 5 E. 2.3 f.).

1.2. Die Beschwerde des Beschwerdeführers richtet sich sowohl gegen das über ihn selbst als auch gegen das über die Beschwerdegegnerin angeordnete (neue) Erziehungsfähigkeitsgutachten (act. 2 Rz 9 ff. und 22 ff.). Was seine Begutachtung betrifft, rügt der Beschwerdeführer, dass eine solche (mit den erwähnten Kostenfolgen) unverhältnismässig sei, weil seine Erziehungsfähigkeit im Eheschutz-Gutachten übereinstimmend mit der Ansicht des Eheschutzgerichts und entgegen derjenigen der Vorinstanz bereits bejaht worden sei und kein Grund dafür bestehe, zum jetzigen Zeitpunkt an dieser zu zweifeln (act. 2 Rz 9 ff., insb. Rz 20). Sollte die Vorinstanz dennoch der Meinung sein, weitere Informationen für die Frage der Obhutzuteilung zu benötigen, dann reiche es aus, schriftliche Auskünfte bei der Beiständin oder der Familienbegleitung einzuholen (act. 2 Rz 18). Bezüglich der Begutachtung der Beschwerdegegnerin bringt der Beschwerdeführer vor, dass von einer solchen abzusehen sei, weil selbst im Falle der Bejahung der Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin die beiden Kinder aus Gründen

des Kindeswohls bzw. insbesondere der Stabilität der Verhältnisse unter der Obhut des Beschwerdeführers zu belassen wären (act. 2 Rz 24 ff., insb. Rz 35).

1.3. Die Beschwerdeführerin ist hingegen der Ansicht, dass, nachdem die bisherigen Abklärungen erhebliche Defizite der Erziehungskompetenzen beider Parteien ergeben hätten, das Kindeswohl ein neues Erziehungsfähigkeitsgutachten indiziere, das die seit der letzten Begutachtung veränderte Obhutsregelung und den nunmehr wieder erhaltenen Gesundheitszustand bei ihr berücksichtige (act. 10 Rz 11 ff., insb. Rz 59). Ein solches sei sodann auch deshalb erforderlich, weil der Beschwerdeführer in seiner Klagebegründung vom 31. Mai 2021 nun auch die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge bezüglich der medizinischen und schulischen Belange beantragt habe, zumal es sich dabei um das Kindeswohl betreffende Aufgaben handle (act. 10 Rz 11).

2. Zunächst erscheint es im Lichte des Kindeswohls selbstverständlich, dass die Frage der Erziehungsfähigkeit gestützt auf die aktuellen bzw. veränderten Verhältnisse zu beurteilen ist, zumal der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Erstellung des Eheschutz-Gutachtens im März 2019 noch nicht die Obhut über die beiden gemeinsamen Kinder inne hatte und sich bezüglich der Beschwerdegegnerin mitunter auch die Frage deren heutigen Gesundheitszustands bzw. des Einflusses desselben auf die Frage der Erziehungsfähigkeit stellt. Die zwischen den Parteien umstrittene (und auch vom Eheschutzgericht und der Vorinstanz unterschiedlich beantwortete) Frage, ob im damaligen Eheschutz-Gutachten, in dem die Gutachterin die Zuteilung der Obhut an den Beschwerdeführer empfahl, auch dessen Erziehungsfähigkeit effektiv bejaht wurde, braucht deshalb nicht beantwortet zu werden. Entsprechend muss auch nicht auf die diesbezüglichen Ausführungen der Gutachterin eingegangen werden bzw. eine Deutung derselben kann unterbleiben (zum Ganzen act. 2 Rz 11 f. und 16; act. 5 E. 2.4.; act. 10 Rz 11, 29 und 59; act. 6/10/154 E. 5.4.15.; act. 6/10/63 S. 31).

3.

3.1. Staatliches Handeln muss verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Dies gilt auch bei der Frage der Anordnung eines Gutachtens von Amtes wegen, zumal einerseits die Begutachtung als solche die Persönlichkeitsrechte der Parteien be-

trifft und andererseits (insbesondere auch) die hierdurch anfallenden Kosten diesen überbunden werden (Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO).

Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (BGer 5A_492/2016 vom 5. August 2016, E. 4.1. betreffend Anordnung eines DNA-Gutachtens in einem Vaterschaftsprozess).

3.2. Der von der KESB mit Entscheid vom 26. September 2019 ernannten Beiständin (Frau F._____ vom Kinder- und Jugendhilfezentrum [kjz] G._____) wurden vom Eheschutzgericht im Urteil vom 12. Dezember 2019 folgende (gegenüber dessen Verfügung vom 2. September 2019 teilweise ergänzten bzw. angepassten) Aufgaben übertragen (act. 6/10/154, Dispositiv-Ziff. 5; siehe auch act. 6/10/135, Dispositiv-Ziff. 5, und oben E. I. 2.):

- *Begleitung der Obhutsumteilung von der Klägerin an den Beklagten, insbesondere Unterstützung der Klägerin in diesem Prozess und soweit notwendig Antragstellung an die zuständige Behörde;*
- *Unterstützung der Parteien mit Rat und Tat in ihrer Sorge um die Kinder;*
- *Begleitung, Förderung und Überwachung der Pflege, Erziehung und weiterer Entwicklung der Kinder sowie Erteilung von Anordnungen und Weisungen hierfür;*
- *Einleitung und Überwachung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung;*
- *Unterstützung des Beklagten bei der Organisation der notwendigen Fremdbetreuung (namentlich bei der Kita Kinderhaus H._____, I._____ [Ortschaft]) sowie der Schulbelange (namentlich die Umteilung von C._____ von der HPS J._____ [...] zur HPS K._____) und Sicherstellung deren Finanzierung;*
- *Austausch und Zusammenarbeit mit allenfalls involvierten Fachpersonen;*

- *Fungieren als Ansprechpartner in Kinderbelangen und Vermittlung sowie Förderung der elterlichen Kooperation zwischen den Parteien bei Konflikten betreffend die Kinderbelange;*
- *Begleitung und Überwachung des Besuchsrechts und Antragstellung an die zuständige Behörde, falls das Kindeswohl dessen Abänderung gebietet;*
- *Organisation und Festlegung der Modalitäten der Besuche (Begleitperson; Übergabeort; Anordnungen über das Verhalten der Eltern etc.).*

Die vorerwähnte sozialpädagogische Familienbegleitung wurde (in der Person von Frau L. _____ vom M. _____) unbestrittenermassen installiert und diese ist seit der Zuteilung der Obhut an den Beschwerdeführer in der Regel einen Abend pro Woche bei ihm und den Kindern vorbeigegangen und hat ihn soweit nötig unterstützt (act. 2 Rz 14; act. 10 Rz 30; act. 6/94 Rz 2.6).

3.3. Es kann davon ausgegangen werden, dass Frau L. _____ durch die wöchentlichen Treffen in den rund zwei Jahren, die seit der Obhutzuteilung an den Beschwerdeführer vergangen sind, einen vertieften Einblick in die Alltagsgestaltung und -bewältigung des Beschwerdeführers mit seinen beiden Kindern gewinnen konnte. Vom Aufgabenkatalog her (unter anderem Begleitung, Förderung und Überwachung der Pflege, Erziehung und weiteren Entwicklung der Kinder) dürften sodann auch die Beiständinnen (Frau F. _____ sowie deren momentane Mutterchaftsvertreterin, Frau N. _____; act. 6/94 Rz 2.2) in den letzten rund zwei Jahren einen guten Überblick über die Kinderbetreuung des Beschwerdeführers erlangt haben. Da die Beiständin und Familienbegleiterin (aller Voraussicht nach) sachdienliche Auskünfte zur Ausübung der Obhut durch den Beschwerdeführer bzw. zu dessen erzieherischen Fähigkeiten erteilen können und ergänzend auch die Lehr- und Betreuungspersonen der beiden Kinder (heilpädagogische Schule, Kindergarten, Krippe [vgl. auch act. 6/94 Rz 2.4 f.]) diesbezüglich angefragt werden können, ist es aktuell (auch im Lichte des Kindeswohls) nicht erforderlich und damit auch nicht verhältnismässig, ein per se kostenintensives Erziehungsfähigkeitsgutachten für den Beschwerdeführer anzuordnen. Was seine Begutachtung betrifft, ist die Beschwerde des Beschwerdeführers deshalb gutzuheissen.

3.4. Die Vorinstanz wird nach schriftlicher und/oder mündlicher Auskunftserteilung der Fachpersonen (Beiständin, Familienbegleiterin, Lehr- und Betreuungspersonen) zu beurteilen haben, ob die Erziehungsfähigkeit des Beschwerdeführers bejaht werden kann. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass unterstützende Massnahmen (wie eine Erziehungsbeistandschaft oder eine sozialpädagogische Familienbegleitung) gerade bezwecken, dass mit deren Hilfe die Erziehungsfähigkeit hergestellt bzw. aufrechterhalten werden kann; anders ausgedrückt: das bloss Bestehen solcher Massnahmen lässt nicht bereits den Schluss zu, dass keine oder nur eine eingeschränkte Erziehungsfähigkeit beim Beschwerdeführer vorliegt. Selbstverständlich ist es aber auch möglich, dass trotz solcher unterstützender Massnahmen keine oder eine nur eingeschränkte Erziehungsfähigkeit besteht. Konkrete Anzeichen für ein bestehendes Defizit beim Beschwerdeführer trotz Unterstützung sind aus den Akten nicht erkennbar.

3.5. Zu prüfen bleibt, ob bezüglich der Beschwerdegegnerin ein Erziehungsfähigkeitsgutachten anzuordnen ist. Die Beschwerdegegnerin, welche im April 2018 eine Hirnblutung erlitten hatte, reichte bezüglich ihres aktuellen gesundheitlichen Zustands einen ärztlichen Bericht der ambulanten Kontrolle vom 10. August 2021 bei PD Dr. med. O. _____ (... Arzt am Universitätsspital Zürich, Klinik für Neurochirurgie) ein (act. 6/91/25). Darin ist (gestützt auf das durchgeführte "CT") folgende Beurteilung und folgendes Prozedere aufgeführt: *"Die durchgeführte Bildgebung zeigt einen regelrechten Befund ohne Hinweise von Reperfusion der geklippten Aneurysmata oder Progredienz des aktuell sehr kleinen MCA Bifurkationsaneurysma rechts. Bei klinisch stabilem Verlauf empfehlen wir eine nächste Kontrolle mit CT/CT-Angiographie in 1 Jahr. Die Patientin wird hierzu schriftlich aufgeboten werden."* Der neurologische Gesundheitszustand der Beschwerdegegnerin scheint sich (rein körperlich gesehen) mittlerweile also als gut zu präsentieren. Zur Frage allfälliger, durch die Hirnblutung verursachter, kognitiver Einschränkungen lässt sich dem klinischen Befund von PD Dr. med. O. _____ allerdings nichts entnehmen. Für die Frage der Erziehungsfähigkeit ist nun aber auch von Bedeutung, ob solche Einschränkungen vorliegen. Darüber hinaus stellt sich bei der Abklärung der Erziehungsfähigkeit generell die Frage nach den erzieherischen Fähigkeiten der begutachteten Person, mithin also unabhängig davon, ob

zwischen allfälligen erzieherischen Defiziten und einer aufgetretenen Krankheit ein Zusammenhang besteht. So geht denn aus dem erwähnten Eheschutz-Gutachten auch nicht hervor, ob die damals von der Gutachterin gegenüber der Beschwerdegegnerin attestierte eingeschränkte Erziehungsfähigkeit ausschliesslich eine Folge der erlittenen Hirnblutung darstellte (act. 6/10/63 S. 30 ff.). Insgesamt drängen sich umfassende, spezifisch die Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin betreffende Abklärungen auf. Anders als beim Beschwerdeführer sind nicht bereits Fachpersonen involviert, die Auskünfte über die erzieherischen Fähigkeiten der Beschwerdegegnerin erteilen könnten. Ein Bericht der Beiständin könnte sich nur zu den ihr übertragenen Aufgabenbereichen äussern. Insofern erscheint die Anordnung eines Gutachtens zur Klärung der Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin nicht nur geeignet, sondern (im Gegensatz zum Beschwerdeführer) auch erforderlich; es sei denn, es könnte der Argumentation des Beschwerdeführers gefolgt werden, wonach von einem solchen Gutachten abzusehen sei, weil selbst im Falle der Bejahung der Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin die beiden Kinder aus Gründen des Kindeswohls bzw. insbesondere der Stabilität der Verhältnisse unter der Obhut des Beschwerdeführers zu belassen wären (act. 2 Rz 24 ff., insb. Rz 35).

3.6. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Frage der Obhutszu- teilung als erstes die Erziehungsfähigkeit der Eltern zu klären. Ist sie bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die für eine harmonische Entfaltung notwendige Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Das Kriterium der zeitlichen Verfügbarkeit und damit die Möglichkeit der persönlichen Betreuung kann hinter das Kriterium der Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse zurücktreten, soweit die Eltern ungefähr gleiche erzieherische Fähigkeiten haben. Schliesslich ist - je nach Alter der Kinder - ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich weitere Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten und insbesondere die Beziehung zum andern Elternteil zu-

zulassen und aktiv zu fördern, oder die Forderung, dass die Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (siehe zum Ganzen z.B. BGer 5A_968/2016 vom 14. Juni 2017, E. 3.1).

3.7. Die Beschwerdegegnerin ist zurzeit arbeitslos und wird vom Sozialamt unterstützt (act. 10 Rz 63; act. 6/91/27; act. 6/91/29). Entsprechend bestünde bei ihr, wie sie selbst ausführt, die Möglichkeit der mehrheitlich persönlichen Betreuung der beiden grundschulpflichtigen Kinder, die sie (scheinbar) auch wahrnehmen möchte (act. 10 Rz 43). Wenn nun der zu 100% erwerbstätige Beschwerdeführer (vgl. act. 3/3 und act. 6/87/26) der Ansicht ist, dass insbesondere wegen der Stabilität der Verhältnisse die Obhut der Kinder (trotz vollständiger Fremdbetreuung) ohnehin ihm zuzuteilen wäre, weshalb bezüglich der Beschwerdegegnerin gar kein Gutachten erforderlich sei, dann verkennt er, dass dies bei vergleichbarer Erziehungsfähigkeit beider Elternteile nicht ohne weiteres der Fall ist, sondern wie erwähnt die einzelnen Kriterien alsdann zu gewichten sein werden. Damit bleibt es bei der Erforderlichkeit eines Gutachtens zwecks Abklärung der Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin. In diesem Punkt ist die Beschwerde des Beschwerdeführers deshalb abzuweisen.

3.8. Zu klären bleiben die Wirkungen einer eingeschränkten Erziehungsfähigkeit auf die Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge. Die Bejahung der Erziehungsfähigkeit des Beschwerdeführers gestützt auf die Auskünfte der erwähnten Fachpersonen hätte zwar zur Folge, dass diesem die Fähigkeit zur Ausübung der elterlichen Sorge (inklusive der darin enthaltenen Obhut) zu attestieren wäre. Dies hiesse aber noch nicht, dass für den Fall, dass bei der Beschwerdegegnerin eine bloss eingeschränkte Erziehungsfähigkeit vorliegen sollte, die elterliche Sorge dem Beschwerdeführer in den beantragten Bereichen (Schule und medizinische Angelegenheiten) allein zu übertragen wäre. Es ist durchaus möglich, dass die Erziehungsfähigkeit bloss hinsichtlich der Obhut beeinträchtigt ist, die Beschwerdegegnerin aber anderweitige, die Kinder betreffende Entscheide (wie die hier erwähnten) trotzdem verantwortungsvoll treffen kann, sodass diese (abgesehen von der Obhut) unter der gemeinsamen elterlichen Sorge zu belassen sind. Auch aus diesem Grund drängt sich eine Begutachtung der Beschwerdeführerin auf. Es

ist in diesem Zusammenhang auch auf den Ausnahmecharakter einer Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge gemäss Art. 298 Abs. 1 ZGB hinzuweisen. So hat das Gericht nicht frei darüber zu befinden, ob die gemeinsame oder die alleinige elterliche Sorge dem Kindeswohl besser entspricht, sondern einzig zu prüfen, ob eine Alleinsorge zur Wahrung des Kindeswohls (in gewissen Bereichen) nötig ist (BGer 5A_886/2018 vom 9. April 2019, E. 4.4.1).

4. Zusammenfassend ist in Gutheissung des Eventualantrags der Beschwerde das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und ein Gutachten ausschliesslich zur Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin betreffend die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2015, und D._____, geboren am tt.mm.2016, anzuordnen. Die Aufgabe der Auswahl, Beauftragung und Instruktion einer geeigneten Gutachterin bzw. eines geeigneten Gutachters obliegt der Vorinstanz. Des weiteren sind bei der Beiständin, der Familienbegleiterin sowie von den Lehr- und Betreuungspersonen der Kinder Berichte einzuholen, die sich insbesondere zur Entwicklung der Kinder im Zeitraum, in welchem sie beim Beschwerdeführer lebten, sowie zu dessen den Betreuungspersonen offenkundig gewordenen Fähigkeiten in Bezug auf die Erziehung der Kinder äussern.

IV. Unentgeltliche Rechtspflege

1. Die Parteien haben (wie bereits vor Vorinstanz) auch im Beschwerdeverfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverbeiständung ersucht (act. 2 S. 2; act. 10 S. 2). Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung besteht, wenn eine solche (zusätzlich zu diesen Voraussetzungen) zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig erscheint (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung geht der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zu Lasten der öffentlichen Hand jedoch dem aus der privatrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht der Ehegatten (Art. 159 Abs. 3 und

Art. 163 ZGB) fliessenden Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss nach (BGer 5A_455/2010 vom 16. August 2010 E. 2.2). Die unentgeltliche Rechtspflege ist in Verfahren, die den gemeinsamen ehelichen Bereich beschlagen, deshalb erst dann zu gewähren, wenn eine Partei über keine eigenen Mittel verfügt, und auch kein Prozesskostenvorschuss vom Ehegatten erhältlich zu machen ist.

2. Der Beschwerdeführer, welcher derzeit die Obhut über die beiden gemeinsamen Kinder inne hat, erzielt ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'620.40 (inkl. 13. Monatsgehalt; inkl. Kinderzulagen von Fr. 400.-; act. 3/3). Damit ist seine Bedürftigkeit im Sinne von Art. 117 ZPO ausgewiesen, ohne dass die monatlichen Lebenshaltungskosten diesem Betrag noch gegenübergestellt werden müssten. Auch die Mittellosigkeit der Beschwerdegegnerin ist ohne Weiteres ausgewiesen, zumal diese derzeit auf Leistungen der Sozialhilfe angewiesen ist und kein Vermögen vorhanden ist (act. 6/91/27; act. 6/91/29). Aufgrund gegenseitiger Bedürftigkeit sind demnach keine Prozesskostenvorschüsse zu entrichten. Zu prüfen bleibt, ob die weiteren Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorliegen. Die Begehren der Parteien können nicht als aussichtslos qualifiziert werden. Bezüglich des Beschwerdeführers ergibt sich dies schon daraus, dass sein Eventualbegehren gutzuheissen ist. Hinsichtlich der Beschwerdegegnerin kann nur schon deshalb nicht von Aussichtslosigkeit gesprochen werden, weil sie sich mit ihrem Antrag um Abweisung der Beschwerde die im Urteil der Vorinstanz dargelegte Begründung zu eigen gemacht hat, welche zudem auch teilweise (hinsichtlich der Anordnung eines Gutachtens bezüglich der Beschwerdegegnerin) zu schützen ist. Überdies kann in Status- und Ehesachen auch ganz allgemein in der Regel nicht von Aussichtslosigkeit gesprochen werden. Was die gerichtliche Bestellung einer Rechtsverteidigung anbelangt, so ist deren Notwendigkeit zu bejahen, zumal die Parteien nicht über die juristischen Kenntnisse verfügen, um ihre Rechte im vorliegenden Prozess ohne professionelle Unterstützung ausreichend wahren zu können. Demnach sind die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren (unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO) gutzuheissen und es ist dem Beschwerdeführer in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ und

der Beschwerdegegnerin in der Person von Rechtsanwältin M^{Law} Y. _____ je eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich, die Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 500.– festzusetzen. Zu den Gerichtskosten zählen sodann auch die Kosten der Kindsvertretung (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO). Diese sind (nach Eingang einer Aufstellung des Kindsvertreters über seinen Zeitaufwand und die Auslagen für das Beschwerdeverfahren) mit separatem Entscheid festzusetzen. Entsprechend wird der Kindsvertreter dann auch angemessen für seine Bemühungen zu entschädigen sein.

2. Die Prozesskosten sind grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (Art. 106 ZPO). In familienrechtlichen Verfahren kann davon aber abgewichen werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). So entspricht es der Zürcher Praxis, die Gerichtskosten bezüglich Kinderbelangen unabhängig vom Ausgang des Verfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und auf die Zusprechung von Parteientschädigungen zu verzichten, wenn die Parteien mit Blick auf das Kindsinteresse gute Gründe zur Antragstellung hatten (KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, 3. Aufl. 2021, Art. 107 N 4; OGer ZH PQ120005 vom 4. April 2012, E. 2.2). Da die von der Beschwerdegegnerin verlangte Begutachtung des Beschwerdeführers dem Kindeswohl ebenso gedient hätte wie die Einholung von Auskünften bei oberwähnten Fachpersonen, sind die zweitinstanzlichen Gerichtskosten (Entscheidgebühr und Kosten der Kindsvertretung) in Anwendung dieser Praxis trotz teilweisem Obsiegen des Beschwerdeführers den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind für das Beschwerdeverfahren demnach auch keine zuzusprechen. Zuzufolge beidseits gewährter unentgeltlicher Rechtspflege sind die Gerichtskosten (unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO) einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Die unentgeltlichen Rechtsbeiständigen werden nach Vorlegung einer Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen (§ 23 Abs. 2 AnwGebV) mit separater Entscheidung aus der Staatskasse für das Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen sein (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X2._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständige bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
2. Der Beschwerdegegnerin wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin MLaw Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständige bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Sodann wird erkannt:

1. In Gutheissung des Eventualantrags der Beschwerde wird das vorinstanzliche Urteil aufgehoben und es wird ein Gutachten ausschliesslich zur Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin betreffend die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2015, und D._____, geboren am tt.mm.2016, angeordnet.
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt. Die zweitinstanzlichen Kosten der Kindsvertretung werden mit separater Entscheidung festgesetzt.
3. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten (Entscheidgebühr und Kosten der Kindsvertretung) werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge beidseits gewährter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Ge-

richtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Über die Höhe der Entschädigungen der unentgeltlichen Rechtsbeiständigen der Parteien und des Kindsvertreters wird mit separaten Entscheiden entschieden.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage je eines Doppels der Eingabe des Kindsvertreters vom 26. Oktober 2021 (act. 9) und der Beschwerdeantwort (act. 10), an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels der Eingabe des Kindsvertreters vom 26. Oktober 2021 (act. 9) und an den Kindsvertreter unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeantwort (act. 10), sowie an das Bezirksgericht Uster, 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 Vor- bzw. Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: