

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE140001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. H.A. Müller und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi

Beschluss vom 17. März 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____,

betreffend **Eheschutz (Ernennung Sachverständiger)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 19. Dezember 2013 (EE130026-G)

Erwägungen:

1.1 Anlässlich der Verhandlung in der Sache und über vorsorgliche Massnahmen vom 23. Juli 2013 einigten sich die Parteien vor Vorinstanz auf die Erstellung von Erziehungsfähigkeitsgutachten über beide Parteien durch einen Psychiater (Urk. 3/51A S. 16). Mit Verfügung vom 19. Dezember 2013 ernannte die Vorinstanz als Sachverständiger für die Erstellung eines Gutachtens betreffend die Erziehungsfähigkeit beider Parteien Dr. med. D. _____, Facharzt FMH für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie, ... [Adresse], unter Berechtigung zur Zusammenarbeit mit seiner Mitarbeiterin lic. phil. E. _____ (Urk. 2 S. 5 Dispositiv-Ziffer 1). Dieser Entscheid gibt im Übrigen auch über den detaillierten Verfahrenslauf vor der Vorinstanz Auskunft (Urk. 2 S. 2 ff.).

1.2 Mit Eingabe vom 6. Januar 2014 erhob die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) gegen die Ernennung des Sachverständigen in der Person von Dr. med. D. _____ innert Frist Beschwerde. Gleichzeitig ersuchte sie diesbezüglich um Aufschub der Vollstreckung im Sinne von Art. 325 Abs. 2 ZPO (Urk. 1 S. 2).

1.3 Mit Verfügung vom 14. Januar 2014 wurde der Gesuchsgegnerin eine 10-tägige Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 2'000.– zu leisten. Gleichzeitig wurde dem Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) nämliche Frist anberaamt, um zum genannten Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit Stellung zu nehmen (Urk. 4 S. 2).

1.4 Mit Verfügung vom 28. Januar 2014 wurde der Gesuchsgegnerin auf ihr Ersuchen hin (vgl. Urk. 5) eine einmalige Fristerstreckung von 10 Tagen zur Leistung des vorgenannten Vorschusses für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens gewährt (Urk. 6 S. 3).

1.5 Mit Eingabe vom 29. Januar 2014 erfolgte die Stellungnahme des Gesuchstellers zum Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit. Weiter ersuchte dieser um Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bis zum Entscheid der Vorinstanz über seinen mit Eingabe vom 20. Dezember 2013 gestellten Antrag, von einem Erziehungsgutachten abzusehen. Ferner stellte er den Antrag, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, falls die Gesuchsgegnerin den ihr mit dem angefochtenen Entscheid auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.– für das Gutachten nicht geleistet haben sollte (Urk. 7).

1.6 Mit Verfügung vom 10. Februar 2014 wurde der Gesuchsgegnerin eine 5-tägige Nachfrist angesetzt, um den vorgenannten Vorschuss für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten, ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten werde (Urk. 8).

1.7 Mit Buchungsdatum vom 24. Januar 2014 (bestätigt am 13. Februar 2014) ging innert Frist der vorgenannte Vorschuss für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens ein (vgl. Urk. 9).

1.8 Mit Verfügung vom 13. Februar 2014 wurde die Vollstreckbarkeit von Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufgeschoben. Sodann wurde der Gesuchsgegnerin eine 10-tägige Frist anberaumt, um zum Sistierungsgesuch des Gesuchstellers Stellung zu nehmen. Ferner wurde in den Erwägungen darauf hingewiesen, dass eine allfällige Nichtleistung des mit der angefochtenen Verfügung einverlangten Kostenvorschusses das vorliegende Verfahren nicht tangiere, weshalb diesbezüglich ein Nichteintreten ausser Betracht falle (vgl. Urk. 8).

1.9 Mit Verfügung vom 28. Februar 2014 wurde der Gesuchsgegnerin die ihr mit vorgenannter Verfügung vom 13. Februar 2014 anberaumte Frist auf ihr

rechtzeitig gestelltes Gesuch hin letztmals bis 3. März 2014 erstreckt (Urk. 8 und Urk. 11).

1.10 Mit Eingabe vom 4. März 2014 (Datum Poststempel) ersuchte die Gesuchsgegnerin um Wiederherstellung der ihr bis 3. März 2014 letztmals erstreckten Frist und um Gewährung einer Nachfrist von zwei Tagen. Weiter nahm sie mit nämlicher Eingabe zum Sistierungsgesuch des Gesuchstellers Stellung und beantragte dessen Abweisung (Urk. 12).

2.1 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Ernennung des Sachverständigen für die Erstellung eines Gutachtens betreffend die Erziehungsfähigkeit beider Parteien in der Person von Dr. med. D._____.

2.2 Das Gericht kann auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei einer oder mehreren sachverständigen Personen ein Gutachten einholen (Art. 183 Abs. 1 ZPO). Die Ernennung der sachverständigen Person ergeht mit prozessleitender Verfügung. Mit Beschwerde anfechtbar ist also diese Verfügung über die Abnahme eines Beweises nur, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (vgl. Rüetschi, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II: Art. 150-352 - Art. 400-406 ZPO, Bern 2012, 2. Aufl., N 51 zu Art. 183 ZPO). Der Entscheid, ob unter den konkret dargelegten Umständen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil nach Art. 319 lit. b ZPO droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2013, 2. Aufl., N 13 zu Art. 319 ZPO). Die Beweislast für das Bestehen der Gefahr eines solchen Nachteils trägt die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (Sterchi, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., N 15 zu Art. 319 ZPO). Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (zum Ganzen: OGer ZH PE110026 vom 6. Februar 2012; OGer ZH RB130002 vom 21. März 2013 = ZR 112/2013 Nr. 52).

2.3 Die Gesuchsgegnerin bringt diesbezüglich vor, sie könne kein Gutachten akzeptieren, welches von fachlich nicht ausreichend qualifizierten Personen erstellt werde. Es müsse nach Vorliegen des so alsdann erstellten Gutachtens damit gerechnet werden, dass ein zweites Gutachten oder ein Obergutachten beantragt werde – was nicht nur Zeit, sondern auch Geld kosten würde. Es scheine aber auch für die Tochter C._____ der Parteien nicht zumutbar, sich nicht mehr als nötig mit der Begutachtung beschäftigen zu müssen, weshalb insbesondere auch ihr ein Nachteil drohe, wenn es bei der Begutachtung durch den ernannten Sachverständigen bleibe (Urk. 1 S. 4).

2.4 Das (gerichtliche) Gutachten stellt ein eigenständiges gesetzlich geregeltes Beweismittel dar (Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO; Art. 183 ff. ZPO). Bei der Ernennung der Person des Sachverständigen handelt es sich daher um einen Beweisentscheid. Jeder Beweisentscheid erschwert in einem gewissen Mass die Lage der davon betroffenen Partei(en); insofern ist ein Nachteil durchaus zu bejahen. Entscheidend für die Zulässigkeit einer Beschwerde ist jedoch nicht das Vorliegen eines Nachteils als solchen, sondern dass derselbe nicht leicht wiedergutmachen ist. Diese Voraussetzung ist bei einem Beweisentscheid grundsätzlich zu verneinen, denn der durch einen allenfalls unrichtigen Beweisentscheid entstehende Nachteil kann regelmässig mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid korrigiert werden (Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., N 25 zu Art. 154 ZPO; Schmid, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, Basel 2014, 2. Aufl., N 5 zu Art. 154 ZPO; differenzierend Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-Kommentar zur ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, N 169 ff. zu Art. 154 ZPO). Dass dies vorliegend (ausnahmsweise) anders wäre, vermag die Gesuchsgegnerin nicht darzutun. Im vorliegenden Eheschutzverfahren geht es um die Obhut der Parteien über ihre Tochter C._____, geb. tt.mm.2012. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang Dr. med. D._____, Facharzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie FMH, als sachverständige Person bezeichnet, was mit der Beschwerde angefochten wird. Wie schon vor Vorinstanz stellt die Gesuchsgegnerin im Beschwerdeverfahren die Fachkompetenz von Dr. med. D._____ in Frage. In diesem Zusammenhang scheidet ein "nicht leicht wie-

dergutzumachender Nachteil" gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ohne weiteres aus, hat doch die Vorinstanz eine Fachperson bezeichnet, deren Fachkompetenz keineswegs von vornherein ausgeschlossen werden kann. Mit ihrer Beschwerde möchte die Gesuchsgegnerin im Grunde genommen antizipiert Einwendungen gegen das Gutachten vorbringen, bevor es überhaupt vorliegt. Dieses Ziel lässt sich mit der Beschwerde nicht verfolgen. Im Übrigen wird es Sache der sachverständigen Person sein, dem Gericht Mitteilung zu machen, wenn sie im Rahmen der Begutachtung an die Grenzen ihrer Fachkenntnisse gelangen sollte; gegebenenfalls kann im Sinne von Art. 187 Abs. 3 ZPO auch eine weitere sachverständige Person hinzugezogen werden. Die Vorinstanz kann in diesem Zusammenhang dem Experten im Rahmen ihres Auftrages entsprechende Hinweise geben. Die Gesuchsgegnerin unterstellt mit der Beschwerde im Ergebnis weiter, der von der Vorinstanz ernannte Gutachter könnte befangen sein, weil es schon zwischen ihm und dem Gesuchsteller nähere Kontakte gegeben haben könnte als der Gesuchsteller zugebe. Auch das ist einstweilen blosser Spekulation, mit der sich kein "leicht wiedergutzumachender Nachteil" nachweisen lässt. Die Vorinstanz wird mit ihrem Gutachtensauftrag dem Sachverständigen ohnehin auch die Ausstandsgründe gemäss Art. 183 Abs. 2 ZPO zu erörtern haben. Bestanden Beziehungen zwischen dem Gesuchsteller und dem Experten, so wird der Experte diese offenlegen müssen. So oder anders ist mit der vorinstanzlichen Bezeichnung der sachverständigen Person kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil verbunden, so dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Nur am Rande sei vermerkt, dass das "Forensische Institut Ostschweiz" von vornherein nicht als "sachverständige Person" ernannt werden könnte, wie das von der Gesuchsgegnerin mit der Beschwerde verlangt wird: Als "sachverständige Personen" kommen nämlich nur natürliche Personen in Frage (Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., N 30 ff. zu Art. 183 ZPO; Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander, DIKE-Kommentar zur ZPO, a.a.O., N 9 zu Art. 183 ZPO; Rüetschi, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., N 13 zu Art. 183 ZPO).

2.5 Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Dementsprechend kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

3. Bei dieser Sachlage ist die Zweckmässigkeit für eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens zu verneinen. Infolgedessen ist der diesbezügliche Antrag des Gesuchstellers abzuweisen (vgl. Art. 126 Abs. 1 ZPO). Damit erweist sich auch das Wiederherstellungsgesuch der Gesuchsgegnerin betreffend ihrer Stellungnahme zur beantragten Sistierung als obsolet.

4.1 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 750.– festzusetzen.

4.2 Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der unterliegenden Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.3 Ausgangsgemäss ist die Gesuchsgegnerin zudem zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung zu bezahlen, wobei zu berücksichtigen ist, dass nur eine Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu erstatten war. Mit seinen übrigen prozessualen Anträgen (Nichteintreten zufolge allfälliger Nichtleistung des von der Vorinstanz einverlangten Kostenvorschusses; Sistierung des vorliegenden Verfahrens) unterliegt auch der Gesuchsteller. Die Entschädigung ist deshalb auf Fr. 300.– festzusetzen (§§ 5, 9 und 10 AnwGebV). Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt (Urk. 7).

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Gesuchstellers auf Sistierung des vorliegenden Verfahrens wird abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.

4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 300.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage eines Doppels von Urk. 12, sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 17. März 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:
se