

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE140010-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Subotic

Urteil vom 20. Mai 2014

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Einholung psychologisches Gutachten)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 25. April 2014 (EE130057-D)**

Erwägungen:

1.1. Die Parteien stehen vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren. Mit Verfügung vom 25. April 2014 ordnete die Vorinstanz eine psychologische Begutachtung betreffend die Erziehungsfähigkeit der Parteien sowie zur Frage der Obhutszuteilung und zur elterlichen Kontaktregelung des gemeinsamen Sohnes C._____, geb. tt.mm.2003, an, schlug Dr. phil. D._____ als Gutachter vor und setzte den Parteien Frist an, sich zu diesem Vorschlag zu äussern (Urk. 2 S. 3).

1.2. Hiergegen erhob der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) innert Frist (vgl. Urk. 4/50) Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren bzw. Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 25. April 2014 im Eheschutzverfahren mit Geschäfts-Nr. EE130057-D/Z02/B-2/iv ersatzlos aufzuheben.
2. Es sei in der Hauptsache umgehend zu entscheiden und die gestellten Rechtsbegehren zu beurteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Beschwerdegegnerin.

Verfahrensmässiger Antrag:

1. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Es seien die Akten des Bezirksgerichts Dielsdorf des Eheschutzverfahrens mit Geschäfts-Nr. EE130057 beizuziehen.

Gesuch:

Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

2. Die vorinstanzlichen Akten (EE130057) wurden beigezogen.
3. Mit dem heutigen Entscheid wird das Gesuch des Klägers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.
- 4.1 Vorliegend wird die Anordnung der Begutachtung der Parteien sowie des gemeinsamen Sohnes C._____ angefochten.

4.2. 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 Anordnung einer Begutachtung ergeht, wie auch die Ernennung der sachverständigen Person, mit prozessleitender Verfügung. Mit Beschwerde anfechtbar ist diese Verfügung über die Abnahme eines Beweises nur, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender 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).

Das (gerichtliche) Gutachten stellt ein eigenständiges gesetzlich geregeltes Beweismittel dar (Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO; Art. 183 ff. ZPO). Bei der Anordnung einer Begutachtung 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 wiedergutzumachen 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 Schweize-

rischen Zivilprozessordnung, a.a.O., N 25 zu Art. 154 ZPO; Schmid, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar 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).

4.3. Zu prüfen ist demnach, ob die Vorbringen des Klägers eine Ausnahme von dieser Regel zu begründen vermögen: Er bringt - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - unter anderem vor, durch eine Begutachtung drohe ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, da diese eine erhebliche Belastung für C._____ darstelle, was aus dem Schreiben der behandelnden Kinderpsychiaterin med. pract. E._____ hervorgehe, worin festgehalten werde, dass der Unterbruch in der Behandlung zu einer erneuten starken Verunsicherung des Jungen führen und das gesamte System destabilisieren würde. Zudem macht der Kläger geltend, eine psychologische oder psychiatrische Begutachtung stelle einen Eingriff in die persönliche Freiheit eines Menschen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV dar, was immer einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur bewirke. Diese Ansicht vertritt auch das Bundesgericht in einem unpublizierten Entscheid (5A_655/2013 E. 1.1 ff.). Daher ist auf die vorliegende Beschwerde einzutreten.

5.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A., N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat grundsätzlich Bestand. Werden keine oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO), d.h. ist nicht eine Nachfrist zur ergänzenden Begründung anzusetzen, sondern ist die Beschwerde abzuweisen.

5.2. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid damit begründet, dass bereits mehrere Berichte von Personen aus dem Umfeld von C._____ eingeholt worden seien, um

einen Einblick in die familiäre Situation zu erhalten, sich diese Berichte jedoch nicht als ausreichende Beweismittel für eine richterliche Entscheidungsfindung hinsichtlich der zu regelnden Kinderbelange erweisen würden und insbesondere betreffend die Erziehungsfähigkeit der Eltern weitere Abklärungen zu tätigen seien (Urk. 2 S. 2).

5.3. Der Kläger bringt dagegen zusammengefasst vor, die Anordnung eines Gutachtens diskriminiere einerseits ihn als Vater und stelle andererseits eine unzulässige Verweigerung/Verzögerung des Eheschutzverfahrens dar, da genügend Beweise vorliegen würden, um die Streitsache umgehend zu entscheiden. Die Begutachtung stelle eine erhebliche Belastung für C._____ dar, was aus dem Schreiben der behandelnden Kinderpsychiaterin med. pract. E._____ hervorgehe. Sie halte fest, dass der Unterbruch in der Behandlung zu einer erneuten starken Verunsicherung des Jungen führen und das gesamte System destabilisieren würde. Wie anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 6. Dezember 2013 vereinbart, habe die Vorinstanz verschiedene Berichte aus dem Umfeld von C._____ eingeholt. Am 7. April 2014 sei die Hauptverhandlung vor Vorinstanz fortgesetzt worden. Aus dem Verhandlungsprotokoll ergebe sich ohne Weiteres, dass auch das Gericht grundsätzlich davon ausgehe, dass die Situation, wie sie sich aufgrund der eingeholten Auskünfte darstelle, zu einer Obhutszuteilung an den Vater führen müsse. Bereits an der Verhandlung habe die zuständige Richterin indessen erklärt, dass die vorliegenden Unterlagen für einen Entscheid über die Obhut- und Kontaktregelung nicht ausreichen würden und entgegen ihrer Erklärung anlässlich der ersten Verhandlung noch ein Gutachten einzuholen sei, wogegen er opponiert habe. In der Folge sei gegen die Richterin ein Ausstandsbegehren gestellt worden, da sie offenbar eine vorbefasste Meinung habe. Die Vorinstanz habe trotz Vorliegen diverser fachkundiger, sich inhaltlich ergänzender und kohärenter Berichte, welche sich zur Obhutszuteilung und Besuchsregelung äussern würden, eine umfassende Begutachtung angeordnet. C._____ sei erwiesenermassen gut aufgehoben, seit mittlerweile einem Jahr in ... [Ortschaft] eingeschult und von einer Tagesfamilie betreut, welche ihm Struktur und Halt gebe. Befände sich das Kind in der Obhut der Mutter, würde die Anordnung eines Gutachtens überhaupt

nicht in Betracht gezogen. Der Grund dafür, dass trotzdem ein Gutachten angeordnet werden solle, hänge einzig und alleine damit zusammen, dass die vorliegende Situation nicht dem üblichen Schema entspreche, sondern vorliegend die Obhut beim Vater liegen solle. Die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) habe anlässlich der ersten Verhandlung im Dezember 2013 noch eine Begutachtung von C._____ verlangt. Das Gericht habe sich aber dagegen entschieden und stattdessen entschieden, verschiedene Berichte und Informationen aus C._____'s Umfeld einzuholen. Es könne nun nicht sein, dass weitere umfassende Abklärungen eingeleitet würden, nur, weil das Ergebnis der eingeholten Berichte dazu führen müsse, die Obhut dem Kläger - einem Mann - zu übertragen. Es liege eine ganz klare Diskriminierung des Klägers aufgrund seines Geschlechts vor. Weiter bestünden keinerlei Hinweise auf eine fehlende Erziehungsfähigkeit des Klägers. Die Grundlagen für einen Entscheid des Gerichts seien gegeben. Die Vorinstanz habe nun zu entscheiden. Die Erstellung eines Gutachtens, welche erfahrungsgemäss sehr lange dauere, verzögere das Verfahren in unzulässiger Weise. Zudem habe das Gericht trotz vorläufiger Zuteilung der Obhut bis zum Endentscheid an den Kläger das Rechtsbegehren auf die Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen - auf welche der noch immer vom Sozialamt unterstützte Kläger dringend angewiesen wäre - nicht beurteilt, was ebenfalls eine unzulässige Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung darstelle (Urk. 1 S. 3 ff.).

5.4. Im Vorgehen der Vorinstanz ist weder eine geschlechtsbezogene oder sonstige Diskriminierung des Klägers zu erblicken, noch muss ihr eine Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung durch die Anordnung eines Gutachtens vorgeworfen werden. Vielmehr erscheint dieser Schritt nachvollziehbar. Immerhin stellen die Parteien im vorinstanzlichen Eheschutzverfahren bezüglich der Kinderbelange gegenteilige Anträge (vgl. Urk. 4/2, 4/15 und 4/16). Ausserdem stehen gegenseitig ernsthafte und höchst umstrittene Anschuldigungen im Raum. So soll die Beklagte den gemeinsamen Sohn C._____ unter anderem gewürgt und geschlagen haben, während dem Kläger vorgeworfen wird, C._____ zu beeinflussen und gegen sie aufzubringen. Überdies bestehe gemäss den Ausführungen des Klägers bei der Beklagten der Verdacht einer psychischen Erkrankung. Während

der Ehe sollen beide Parteien Selbstmordversuche unternommen haben. Der Kläger befindet sich ebenso wie C. _____ in psychiatrischer Behandlung. Auch die Beklagte soll sich in der Vergangenheit bereits in einer solchen Behandlung befunden haben (Urk. 1, Urk. 4/15 und 4/16). Es ist am Gericht, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (Art. 296 Abs. 1 ZPO), wobei es nach Ermessen entscheidet, welche Beweismittel zu erheben sind. Mithin müsste der Kläger der Vorinstanz einen krassen Fehler bei der Ausübung ihres Ermessens vorwerfen können, was vorliegend klar nicht der Fall ist. Aus den Akten sowie dem angefochtenen Entscheid wird deutlich, dass die Vorinstanz sich gestützt auf die bisher eingeholten Berichte und Informationen aus C. _____s Umfeld keine abschliessende Meinung über die sich stellenden Fragen betreffend Obhut und Besuchsrecht bilden kann. Das Einholen eines Gutachtens stellt daher nur den nächsten logischen Schritt dar, zumal vorgängig das einfachere und "mildere" Mittel gewählt worden war, indem die erwähnten Unterlagen eingeholt wurden. Weiter ist zu beachten, dass die angefochtene Verfügung nicht von der durch den Kläger kritisierten Bezirksrichterin F. _____ sondern von Bezirksrichter G. _____ getroffen wurde, womit sich offenbar zwei mit der Sache befasste Richter in der Einschätzung der Beweislage einig sind.

Was die vom Kläger geltend gemachte drohende erhebliche Belastung sowie Destabilisierung C. _____s durch eine gerichtliche Begutachtung angeht, ist Folgendes festzuhalten: Eine Begutachtung stellt immer einen ungewohnten Eingriff in den Alltag eines Kindes - wie auch eines Erwachsenen - dar, welcher auch zu einer gewissen Verunsicherung führen kann. Indes ist nicht zu erwarten, dass C. _____ in zeitlicher Hinsicht über Gebühr beansprucht werden wird. In der Regel wird eine solche Begutachtung gestützt auf einige wenige Termine vorgenommen, welche dem 10-jährigen, welcher sich ansonsten zur Zeit in einem relativ stabilen Umfeld zu befinden scheint, zugemutet werden können. Dass deswegen ein längerer Unterbruch der psychotherapeutischen Behandlung von C. _____ eintreten würde, ist nicht nachvollziehbar. Schliesslich soll das Gutachten dem Gericht eine ausreichende Grundlage bieten, um im Sinne des Kindeswohles über die Fragen der Obhut und des persönlichen Umgangs entscheiden zu können.

5.5. Die weiter beantragte Zusprechung vorsorglicher Unterhaltsbeiträge im Eheschutzverfahren ist nach aktueller Rechtsprechung des Obergerichts nicht zulässig: Die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen richten sich nach Art. 261 ff. ZPO. Bezüglich deren Inhalts enthält Art. 262 ZPO eine Generalklausel - im Eheschutzverfahren eingeschränkt durch Art. 172 Abs. 3 ZGB - und führt einzelne Massnahmen exemplarisch auf (Art. 262 lit. a bis e ZPO). Ausdrücklich erwähnt ist die Leistung einer Geldzahlung indes nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 262 lit. e ZPO). Eine solche Regelung findet sich im Gesetz für das Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) und bei Unterhaltsklagen (Art. 303 ZPO), nicht aber für das Eheschutzverfahren (Art. 271 ff. ZPO) (vgl. OGer ZH Geschäfts-Nr.: LE130032-O, Beschluss und Urteil vom 2. Juli 2013). Somit kann der Vorinstanz auch unter diesem Titel keine Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung vorgeworfen werden.

5.6. Abschliessend kann festgehalten werden, dass der Kläger keine Rügen vorbringt, welche die Rechtsanwendung durch die Vorinstanz als unrichtig oder ihre Sachverhaltsdarstellung gar als offensichtlich unrichtig erscheinen lassen würde.

Demnach erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Dementsprechend kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

6.1. Das Rechtsbegehren des Klägers muss nach den vorstehenden Erwägungen als aussichtslos bezeichnet werden, weshalb sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abzuweisen ist (Art. 117 ZPO).

6.2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen.

6.3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.4. Mangels relevanter Aufwendungen ist der Beklagten für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch des Klägers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Die Beschwerde wird abgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
6. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 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, 20. Mai 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Subotic

versandt am:
se