

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE170008-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss vom 11. April 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Gutachten)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 24. März 2017 (EE160105-D)**

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren. Mit Verfügung vom 24. März 2017 ordnete die Vorderrichterin Folgendes an (Urk. 2 S. 5):

- "1. Den Parteien wird eine Frist von **10 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um zur Beauftragung von lic. phil. I C. _____, D. _____ AG, als Gutachterin im Sinne der Erwägungen Stellung zu nehmen. Bei Säumnis wird Verzicht auf Stellungnahme angenommen.
2. Den Parteien wird ferner eine Frist von **10 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um zum Fragenkatalog im Sinne der Erwägungen Stellung zu nehmen sowie allenfalls Zusatzfragen zu stellen. Bei Säumnis wird Verzicht auf Stellungnahme angenommen.
3. (Schriftliche Mitteilung).
4. (Beschwerde).
5. (Fristenstillstand)."

2. Gegen diese Verfügung erhob die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) mit Eingabe vom 6. April 2017 innert Frist (Prot. II S. 2) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung vom 24. März 2017 [des] Bezirksgericht[s] Dielsdorf (Geschäfts-Nr. EE160105-D) sei aufzuheben.
2. Es sei der vorliegenden Beschwerde die **aufschiebende Wirkung** zu erteilen.
3. Der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 5'000.– zu bezahlen.

Eventualiter sei der Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in meiner Person eine unentgeltliche Rechtsvertreterin beizugeben."

3. a) Die angefochtene Verfügung ist 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 drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist 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 Zurückhal-

tung 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, BBI 2006, S. 7377).

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 Gericht 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.

b) Weder macht die Gesuchstellerin in ihrer Beschwerdeschrift einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil geltend, noch ist ein solcher offenkundig. Die Gesuchstellerin führt in ihrer Beschwerdeschrift einerseits aus, die Vorinstanz ordne gestützt auf eine angebliche Parteivereinbarung implizit ein Gutachten an, indessen sei weder ausdrücklich noch stillschweigend eine diesbezügliche Vereinbarung zustande gekommen (Urk. 1 S. 3). Andererseits moniert sie, sie habe zu den vom Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) in der Klageantwort erhobenen Vorwürfen nie Stellung nehmen können, weshalb die Vorinstanz ihr rechtliches Gehör auf krasse Weise verletzt habe. Ob überhaupt und über welche Themen ein Gutachten einzuholen sei, könne erst beurteilt werden, wenn sie sich zu den Parteibehauptungen des Gesuchsgegners äussern können (Urk. 1 S. 4). Damit legt die Gesuchstellerin aber weder substantiiert dar noch weist sie nach, inwiefern sie durch den Entscheid des Vorderrichters einen Nachteil erleidet, welcher später nicht mehr leicht wiedergutzumachen

machen sein wird, zumal ihr mit der angefochtenen Verfügung lediglich das rechtliche Gehör zur Person der (allfälligen) Gutachterin und zum Fragenkatalog des (noch in Auftrag zu gebenden) Gutachtens gewährt wird (vgl. Urk. 2 S. 5, Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Die Gewährung des rechtlichen Gehörs kann aber nie einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne der einschlägigen gesetzlichen Bestimmung bilden.

4. Entsprechend ist auf die Beschwerde der Gesuchstellerin nicht einzutreten. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk.1 S. 2, Beschwerdeantrag Ziffer 2) erweist sich unter diesen Umständen als gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben. Da sich die Beschwerde sogleich als unzulässig erweist, ist ferner von der Einholung einer Beschwerdeantwort abzusehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

5. a) Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb der Gesuchstellerin die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind. Für deren Bemessung gelangen § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG zur Anwendung.

b) Für das Beschwerdeverfahren sind sodann keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Gesuchstellerin infolge ihres Unterliegens, dem Gesuchsgegner mangels wesentlicher Umtriebe im Beschwerdeverfahren.

6. Die Gesuchstellerin stellt im Beschwerdeverfahren den Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch den Gesuchsgegner sowie eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2, Beschwerdeantrag Ziffer 3).

Sowohl für den Prozesskostenbeitrag des anderen Ehegatten (Urteil 5D_135/2010 vom 9. Februar 2011 E. 3.1 unter Hinweis auf BGE 127 I 202 E. 3b) als auch für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 117 ZPO) ist neben der Mittellosigkeit der ansprechenden Partei die fehlende Aussichtslosig-

keit des Begehrens bzw. des Rechtsmittels erforderlich. Da sich die vorliegende Beschwerde sogleich als aussichtslos erweist, ist das Begehren auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags und jenes um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch den Gesuchsgegner wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Auf die Beschwerde der Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.
4. Das Gesuch der Gesuchstellerin, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt.
7. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage je eines Doppels von Urk. 1, 3 und 4/2-8, sowie an die Vorinstanz unter Beilage der vorinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein.
9. 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 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, 11. April 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am: jo