

Zivilprozessrecht - Anfechtung einer prozessleitenden Verfügung der Kindesschutzbehörde - KGE (Einzelrichter der Zivilkammer) vom 6. Februar 2018, X. c. Z. - TCV C3 17 216

Anfechtung einer Beweisverfügung der KESB betreffend die Einholung eines Gutachtens im Kindesschutzverfahren

- Die Anfechtung einer Beweisverfügung im Kindesschutzverfahren richtet sich mangels kantonaler Bestimmungen nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO und erfordert einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil (E. 1.1 und 1.4).
- Vorliegend ist in der Anordnung eines Gutachtens kein nicht wiedergutzumachender Nachteil zu erblicken, da die Mitwirkungsrechte gewahrt worden sind (E. 2.1).

Recours contre une ordonnance de procédure de l'APEA concernant la mise en œuvre d'une expertise dans une procédure de protection de l'enfant

- La recevabilité d'un recours contre une décision en matière de preuve dans une procédure de protection de l'enfant est régie, en l'absence de dispositions cantonales, par l'art. 319 let. b ch. 2 CPC et suppose l'existence d'un préjudice difficilement réparable (consid. 1.1 et 1.4).
- En l'espèce, la mise en œuvre d'une expertise ne risque pas de causer un préjudice difficilement réparable, puisque le droit d'y participer est garanti (consid. 2.1).

Verfahren und Sachverhalt (gekürzt)

Die Kindesschutzbehörde hiess den Antrag des Kindsvaters Z. auf Einholung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens sowie eines psychologischen, interdisziplinären Gutachtens betreffend Vorliegen eines PAS (Parental Alienation Syndrom) mit Verfügung vom 14. November 2017 gut. Dagegen reichte die Kindsmutter X. am 27. November 2017 eine Beschwerde beim Kantonsgericht Wallis ein.

Aus den Erwägungen

1.1 Das Kantonsgericht beurteilt als Rechtsmittelinstanz Berufungen und Beschwerden, die im neunten Titel des zweiten Teils der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehen sind (Art. 5 Abs. 1 lit. b des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 11. Februar 2009 [SGS/VS 270.1; EGZPO]). Gegen prozesslei-

tende Verfügungen kann innert zehn Tagen seit deren Zustellung Beschwerde beim Kantonsgericht eingereicht werden (Art. 319 lit. b ZPO und Art. 321 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 5 lit. b EGZPO). Die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sind im Kindesschutzverfahren sinngemäss anwendbar, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen (Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 450f ZGB und Art. 118 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [SGS/VS 211.1; EGZGB]). Das kantonale Recht enthält keine Bestimmungen zur Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen der Kindesschutzbehörde im Kindesschutzverfahren, weshalb sich das Beschwerdeverfahren sinngemäss nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung richtet (Steck, in: Rosch/Büchler/Jakob [Hrsg.], Erwachsenenschutzrecht - Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. A., Basel 2015, N. 8c ff. zu Art. 450 ZGB). Die Spruchkompetenz liegt bei einem Einzelrichter (Art. 114 Abs. 2 EGZGB i.V.m. Art. 20 Abs. 3 des Gesetzes über die Rechtspflege vom 11. Februar 2009 [SGS/VS 173.1; RPfIG] und Art. 20 Abs. 1 Organisationsreglement der Walliser Gerichte vom 21. Dezember 2010 [SGS/VS 173.100; ORG]).

(...)

1.4 Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung (Rüetschi, Berner Kommentar, N. 17 und 51 zu Art. 183 ZPO m.w.H.; Brönnimann, Berner Kommentar N. 5 und 7 zu Art. 154 ZPO). Eine solche ist gemäss Art. 319 lit. b ZPO in den vom Gesetz bestimmten Fällen anfechtbar (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).

Die Anfechtung einer Beweisverfügung ist im Gesetz nicht vorgesehen. Entsprechend ist lediglich eine Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO möglich, wobei für deren Zulassung ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vorausgesetzt ist.

1.4.1 Der Nachteil ist nicht wiedergutzumachen, wenn er rechtlicher Natur ist, was der Fall ist, wenn er sich auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt (BGE 137 III 380 E. 1.2.1 und 2.2 mit Hinweisen). Teilweise wird auch geltend gemacht, dass ausnahmsweise auch drohende Nachteile tatsächlicher Natur genügen können (so Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 470; Hoffmann-Nowotny, in: Kunz/

Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar, Basel 2013, N. 27 zu Art. 319 ZPO mit Hinweisen; a.A. indes Spühler, Basler Kommentar, 3. A., N. 7 zu Art. 319 ZPO; Sterchi, Berner Kommentar, N. 12 zu Art. 319 ZPO; Dolge, Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden und anderen prozessleitenden Entscheiden, in: Dolge [Hrsg.], Zivilprozess – aktuell, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 57 f.), insbesondere wenn die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 14 zu Art. 319 ZPO).

Der Begriff des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ist nach zutreffender Ansicht restriktiv auszulegen (Jeandin, in: François Bohnet et al. [Hrsg.], Code de procédure civile commenté, Basel 2011, N. 22 zu Art. 319 ZPO) und die Schwelle muss prinzipiell hoch sein (Sterchi, a.a.O., N. 9 zu Art. 319 ZPO), da der Beschwerdeführer grundsätzlich immer die Möglichkeit hat, die streitige Verfügung zusammen mit der Hauptsache anzufechten und deren Fehlerhaftigkeit dort zu rügen (Brunner, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N. 13 zu Art. 319 ZPO), so dass in diesem Bereich die Unzulässigkeit der Beschwerde die Regel und die Zulässigkeit die Ausnahme ist (Donzallaz, La notion de "préjudice difficilement réparable" dans le CPC, in: Il Codice di diritto processuale civile svizzero, Lugano 2011, S. 191). 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. 154, Art. 231 ZPO) ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil kaum je in Betracht fallen könne (Sterchi, a.a.O., N. 14 zu Art. 319 ZPO; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N. 41 zu Art. 319 ZPO).

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, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N. 1 zu Art. 60 ZPO). Entsprechend muss die betroffene Partei den nicht leicht wiedergutzu-

machenden Nachteil dartun, d.h. sie ist beweispflichtig, sofern die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (Sterchi, a.a.O., N. 15 zu Art. 319 ZPO; ZWR 2012, S. 140; ferner BGE 137 III 324 E. 1.1; BGE 134 III 426 E. 1.2). Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

1.4.2 Die Beschwerdeführerin erblickt einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur darin, dass die Anordnung, sich einer psychiatrischen Begutachtung zu unterziehen, unwiderruflich in das Grundrecht der persönlichen Freiheit eingreife (Art. 10 Abs. 2 BV).

Es trifft zu, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Anordnung, sich einer psychiatrischen Begutachtung zu unterziehen, unwiderruflich in das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) eingreift und daher einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur bewirken kann (BGE 138 V 271 E. 1.2.3; Bundesgerichtsurteile 5A_940/2014 vom 30. März 2015 E. 1, 5A_211/2012 vom 14. Juli 2014 E. 1, 1P.662/2004 vom 3. Februar 2005 E. 1.1). Demzufolge ist auf die Beschwerde einzutreten und materiell-rechtlich zu beurteilen, ob die Anordnung der Begutachtung vorliegend tatsächlich einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil verursacht bzw. rechtmässig erfolgt ist.

2.1 Medizinische Untersuchungen können zuweilen mit einem erheblichen Eingriff in die physische und psychische Integrität einhergehen (BGE 141 V 330 E. 5.2 mit Hinweisen auf 137 V 210 E. 3.4.2.7). Diesem Umstand wird dadurch Rechnung getragen, dass den betroffenen Personen ein umfassendes Mitwirkungsrecht zusteht, beispielsweise indem sie selbst einen Gutachter vorschlagen, Expertenfragen und Ergänzungsfragen hinterlegen können. Zudem ist den Parteien Gelegenheit zu geben, zum Gutachten Stellung zu nehmen, Kritik anzubringen und gegebenenfalls auch ein weiteres Gutachten zu beantragen (Bundesgerichtsurteil 5A_187/2014 vom 9. Mai 2014 E. 3.1; vgl. auch zur umfassenden Rechtsprechung im Bereich des IV-Rechts BGE 141 V 330 E. 5.2 mit Hinweisen auf 137 V 210 E. 3.4.2.7, 138 V 271 1.2.2; Fassbind, in: Rosch/Fountoulakis/Heck [Hrsg.], Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Bern 2016, N. 263). So lange die Mitwirkungsrechte berücksichtigt werden, ist in der Anordnung eines Gutachtens regelmässig kein nicht wiedergutzumachender Nachteil zu erblicken. Vorliegend hat die KESB den

Parteien mit Verfügung vom 14. November 2017 die Möglichkeit erteilt, innert 20 Tagen Vorschläge zum Gutachter bekanntzugeben sowie einen Fragekatalog einzureichen, womit die Mitwirkungsrechte der Parteien nicht beeinträchtigt werden.

Überdies steht in keiner Weise fest, dass sich die von der Beschwerdeführerin abgelehnte psychologische Begutachtung in der Sache selbst für sie ungünstig auswirken wird. Im Gegenteil kann das Gutachten im Ergebnis ihre Position stützen, indem es die Erziehungsfähigkeit der Kindsmutter bestätigt oder gar das Verhalten des Kindsvaters in Frage stellt. Auch nach erfolgter Begutachtung wird die KESB im Rahmen der *Offizialmaxime* über allfällige Kindesschutzmassnahmen zu befinden haben (Art. 314 Abs. 1, Art. 450f ZGB, Art. 118 ff. EGZGB i.V.m. Art. 58 Abs. 2 und Art. 296 Abs. 3 ZPO), kann den Anträgen der Parteien folgen oder selbständig eigene Massnahmen anordnen, die sie aufgrund des Kindeswohls im Einzelfall als notwendig erachtet. Zudem stellt ein Gutachten nur eines von mehreren Beweismitteln dar. Ebenso wesentlich können andere Faktoren sein, wie das Verhalten der Parteien, deren Wünsche und jene des Kindes. Auch wenn die KESB nicht leichtfertig von einer Gutachtermeinung abweicht, wird nicht durch den Gutachter über Kindesschutzmassnahmen entschieden (vgl. Bundesgerichtsurteil 5A_354/2010 vom 6. April 2011 E. 4.2). Insofern stellt der grundsätzliche Entscheid, ein psychologisches, interdisziplinäres Gutachten betreffend PSA bzw. ein Erziehungsfähigkeitsgutachten einzuholen, vorliegend kein nicht wiedergutzumachender Nachteil dar (vgl. zum Ganzen auch Bundesgerichtsurteil 5A_187/2014 vom 9. Mai 2014 E. 3.1), welches einer Begutachtung entgegensteht.