

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss vom 25. April 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Berufungskläger und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

sowie

Bezirksgericht Dietikon,

Beschwerdegegner

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung vom 13. Dezember 2016 und Beschwerde im Verfahren des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon (FE150222-M)

Rechtsbegehren:

(Urk. 6/36 S. 1 f.)

"Es sei eine Beistandschaft für das Kind C._____ gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB zu errichten mit dem Auftrag,

- die Eltern in der Ausübung des Besuchsrechts zu unterstützen und eine vermittelnde Rolle einzunehmen;
- im Falle von Uneinigkeit der Eltern die Modalitäten für die Kontakte/Besuche festzulegen und zu überwachen;
- eine begleitete Übergabe der Besuche und Ferien zu organisieren."

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dietikon

vom 13. Dezember 2016:

(Urk. 2 S. 8 f.)

1. Die Obhut über C._____, geboren am tt.mm 2009, wird für die Dauer des Verfahrens der Klägerin zugeteilt.
2. Der Beklagte wird für die Dauer des Verfahrens für berechtigt erklärt, jeden Sonntag während 30 bis 60 Minuten mit dem Sohn C._____ zu telefonieren, zu skypen oder über ein ähnliches Medium in Kontakt zu treten.
3. Das Begehren des Beklagten, für den Sohn C._____ einen Besuchsbeistand zu ernennen, wird (derzeit) abgewiesen.
4. Dem Beklagten wird eine einmal erstreckbare Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um schriftlich zum Gesuch der Klägerin betreffend vorsorgliche Massnahmen Stellung zu nehmen. Der Beklagte hat insbesondere darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der Klägerin er im Einzelnen bestreitet. Rechtsschriften sowie Beilagen sind in zwei Exemplaren einzureichen. Die Beweismittel sind mit der Stellungnahme einzureichen.

Bei Säumnis entscheidet das Gericht aufgrund der Akten.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

5. Dem Beklagten wird überdies eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um zum eingeschränkten Prozesssthema gemäss Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 15. November 2016 eine schriftliche Duplik einzureichen (im Doppel).

Darin hat er insbesondere darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der Klägerin in der Replik im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Er hat seine eigenen Tatsachenbehauptungen aufzustellen, die Beweismittel dazu (Zeugen, Urkunden, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskünfte, Partei-

befragungen oder Beweisaussage) genau zu bezeichnen und ein Verzeichnis sämtlicher Beweismittel einzureichen.

Der Beklagte hat seine Tatsachenbehauptungen und Beweismittel **abschliessend** zu nennen; **sie können später grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden.** Verfügbare **Urkunden**, welche als Beweismittel dienen sollen, sind zusammen mit der Duplik im Doppel einzureichen.

Bei Säumnis ist der Beklagte mit einer schriftlichen Duplik ausgeschlossen.

6. Die Kostenregelung bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
7. (Schriftliche Mitteilung)
8. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 13. Dezember 2016 seien aufzuheben.
2. Der Beklagte sei für die Dauer des Scheidungsverfahrens für berechtigt zu erklären,
 - mit seinem Sohn C._____ zwei Mal pro Woche jeweils um 17 Uhr (mitteleuropäischer Zeit) zu skypen oder zu telefonieren;
 - C._____ pro Monat an vier aufeinanderfolgenden Tagen zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, was der Klägerin mindestens vier Wochen vorher anzukündigen ist;
 - C._____ während der Hälfte seiner Schulferien zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
3. Es sei eine Beistandschaft für das Kind C._____ gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB zu errichten mit dem Auftrag,
 - die Eltern in der Ausübung des Besuchsrechts zu unterstützen und eine vermittelnde Rolle einzunehmen;
 - im Falle von Uneinigkeit der Eltern die Modalitäten für die Kontakte/Besuche festzulegen und zu überwachen;
 - eine begleitete Übergabe der Besuche und Ferien zu organisieren."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 14 S. 2):

- "1. Die Berufungsanträge des Beklagten seien abzuweisen.

2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 3'500.-- zu leisten, ev. sei der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung sowie die unentgeltliche Prozessvertretung zu bewilligen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit dem tt. November 2008 verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn, C._____, geboren am tt.mm 2009 (Urk. 6/31).
2. Am 28. Oktober 2015 machte die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) bei der Vorinstanz eine Scheidungsklage anhängig (Urk. 6/1). Mit Verfügung vom 27. November 2015 wurde der in D.____ [Staat ausserhalb Europas] wohnhafte Beklagte, Berufungskläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Beklagter) auf dem Rechtshilfeweg zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz aufgefordert (Urk. 6/7). Diese Verfügung wurde dem Beklagten schliesslich am 17. Mai 2016 zugestellt (Urk. 6/23). Am 16. Juni 2016 wurden die Parteien zur Einigungsverhandlung am 2. November 2016 vorgeladen (Urk. 6/24). Mit Eingabe vom 21. September 2016 stellte der Beklagte das eingangs wiedergegebene Massnahmebegehren (Urk. 6/36). Die Klägerin schloss auf Abweisung (Urk. 6/40). Anlässlich der Verhandlung vom 3. November 2016 nahmen die Parteien ergänzend Stellung zum Massnahmebegehren des Beklagten (Prot. I S. 22 f.). Am 13. Dezember 2016 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 6/54 = Urk. 2).
3. Dagegen erhob der Beklagte am 2. Januar 2017 innert Frist (vgl. Urk. 6/56) Berufung, wobei er obgenannte Anträge stellte (Urk. 1 S. 2). Der von ihm mit Verfügung vom 4. Januar 2017 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– ging rechtzeitig ein (Urk. 5 und 7). Mit Eingabe vom 13. Februar 2017 brachte der Beklagte Noven vor (Urk. 12). Die Klägerin erstattete die Berufungsantwort am 17. Februar 2017 (Urk. 14), welche dem Beklagten zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 19). Am 20. und 21. Februar 2017 folgten zwei weitere Noveneingaben des

Beklagten (Urk. 17, 18/1, 20, 21 und 22/1-2). Sämtliche drei Noveneingaben des Beklagten wurden der Klägerin am 24. Februar 2017 zur Kenntnis gebracht (Urk. 23-25). Weitere Eingaben erfolgten nicht. Am 12. April 2017 teilte der Beklagte mündlich mit, er lasse sich nicht mehr durch Rechtsanwalt Dr. E. _____ vertreten (Urk. 26; vgl. auch Urk. 27). Dieser ist daher aus dem Rubrum zu streichen. Da der Beklagte bisher kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnete, hat die Zustellung des vorliegenden Entscheids an ihn androhungsgemäss (vgl. Urk. 6/7) durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich zu erfolgen (Art. 141 Abs. 1 lit. c ZPO).

II.

1. Die Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurde die Dispositiv-Ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung. In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

3. Für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt uneingeschränkt die Untersuchungs- und Officialmaxime. Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und ist weder von Parteianträgen abhängig noch an solche gebunden (Art. 296 ZPO).

4. Da der Beklagte in D._____ wohnt, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Beklagten und dem Sohn gehört zu den Kindesschutzmassnahmen (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 30). Gemäss Art. 62 Abs. 3 i.V.m. Art. 85 Abs. 1 IPRG kommt für den Schutz von Kindern in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte und das anwendbare Recht das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (kurz Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ; SR 0.211.231.011) zur Anwendung. Dieses Abkommen ist für D._____ am 1. August 2003 und für die Schweiz am 1. Juli 2009 in Kraft getreten. Nach Art. 11 und 12 HKsÜ sind in dringlichen Fällen die Behörden des Vertragsstaates, in dessen Hoheitsgebiet das Kind sich befindet, zuständig, die erforderlichen Schutzmassnahmen zu erlassen. Solche Massnahmen treten jedoch ausser Kraft, sobald die nach Art. 5-10 HKsÜ zuständigen Behörden die durch die Umstände gebotenen Massnahmen getroffen haben. Nach Art. 5 Abs. 1 HKsÜ sind die Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes zuständig und wenden nach Art. 15 Abs. 1 HKsÜ ihr eigenes Recht an. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist vertragsautonom auszulegen. Darunter ist der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung des Kindes zu verstehen, welcher sich aus der tatsächlichen Dauer des Aufenthaltes und den dadurch begründeten Beziehungen oder aus der voraussichtlichen Dauer des Aufenthalts und der damit zu erwartenden Integration ergibt. Eine Anwesenheit von sechs Monaten begründet grundsätzlich einen gewöhnlichen Aufenthalt. Ein solcher kann aber auch bereits unmittelbar mit dem Ortswechsel begründet werden, wenn er den vorherigen Mittelpunkt der Lebensführung ersetzen soll und voraussichtlich dauerhaft oder zumindest länger dauernd erfolgt. Der gewöhnliche Aufenthalt ist dabei anhand äusserlich wahrnehmbarer Faktoren, nicht anhand subjektiver Elemente, wie der Absicht der be-

troffenen Person, zu ermitteln (BGer 5A_274/2016 vom 26. August 2016, E. 2.3; BGer 5A_665/2010 vom 2. Dezember 2010, E. 4.1). Da die Klägerin mit C._____ seit März 2012 in der Schweiz lebt, zunächst in F._____ [Ortschaft] (Urk. 6/2) und seit Ende 2015 in G._____ (Urk. 6/12, 6/28 und 6/46/2), sind somit die Schweizerischen Gerichte international zuständig und kommt Schweizer Recht zur Anwendung.

III.

1.1. Die Vorinstanz erwog, C._____ lebe vorwiegend bei der Mutter und habe nie länger als einige Wochen mit dem Beklagten allein verbracht. Gemäss dem Abklärungsbericht des kjz Dietikon vom 19. Mai 2016 (Urk. 6/28) sei die Klägerin sehr besorgt um das Wohlergehen von C._____ und nehme die Betreuung und Erziehung ihres Sohnes verantwortungsvoll wahr. Die in der Gefährdungsmeldung des Beklagten vom 11. November 2015 geäusserten Vorwürfe gegen die Klägerin (Urk. 6/8 S. 9 ff.) hätten nicht erhärtet werden können (Urk. 6/28 S. 5). Aufgrund der stabilen und seit langem gelebten Situation sei die Obhut über C._____ für die Dauer des Verfahrens von Amtes wegen der Klägerin zuzuweisen. Diese Obhutszuteilung blieb vor Obergericht unangefochten.

1.2. Bezüglich Besuchsrecht erwog die Vorinstanz, dazu hätten sich die Parteien bis anhin erst rudimentär geäussert und keine konkreten Anträge gestellt. Es sei nicht Sache des Gerichts, die Parteien ohne entsprechende Anträge auf eine detaillierte Besuchsrechtsregelung zu verpflichten. Aufgrund des monatelangen Kontaktabbruchs sei jedoch angezeigt, einen minimalen persönlichen Verkehr zu regeln. Entsprechend sei der Beklagte für berechtigt zu erklären, an jedem Sonntag mit C._____ während einer halben bis ganzen Stunde fermündlich in Kontakt zu treten. Über weitergehende persönliche Kontakte sei erst aufgrund einschlägiger Kontakte und nach eingehenden Äusserungen der Parteien im Rahmen ihrer Vorträge zur Sache zu entscheiden. Die Anordnung einer Beistandschaft erscheine trotz der anderslautenden Empfehlung im Abklärungsbericht des kjz Dietikon verfrüht, da davon auszugehen sei, dass sich die Klägerin an die gerichtliche Anordnung halten und die Kontakte zwischen C._____ und dem Beklagten ermögli-

chen werde. Erst wenn sich zeige, dass diese Annahme nicht zutreffe oder dass bereits diese minimalen Kontakte einer beistandschaftlichen Begleitung bedürften, seien weitere Massnahmen zu erlassen (Urk. 2 S. 5 ff.).

2.1. Der Beklagte rügt, es sei aktenwidrig, wenn die Vorinstanz ausführe, die Parteien hätten sich zur Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs erst rudimentär geäussert und keine konkreten Anträge gestellt. Er habe vor Vorinstanz mehrfach detailliert ausgeführt, wie er sich das Besuchsrecht vorstelle. Das von der Vorinstanz eingeräumte Besuchsrecht sei nicht nur äusserst knapp bemessen, sondern angesichts des Umstands, dass er seinen Sohn seit Oktober 2015 nicht mehr gesehen habe, auch kindswohlwidrig. Weiter habe er gestützt auf den Abklärungsbericht des kjz Dietikon vom 19. Mai 2016 die Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft beantragt. Die Klägerin habe zu diesem Antrag ausführlich Stellung genommen und die Parteien seien von der Vorderrichterin diesbezüglich ausführlich befragt worden. Die Klägerin habe sich der Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft nie widersetzt. Der Entscheid der Vorinstanz sei daher umso unverständlicher. Schliesslich halte sich die Klägerin nicht einmal an das von der Vorinstanz gewährte Besuchsrecht (Urk. 1 S. 4 ff.).

2.2. Die Klägerin wendet ein, der Beklagte habe ausschliesslich die Anordnung einer Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB beantragt. Entsprechend habe er ausgeführt, es spiele keine grosse Rolle, ob ein Besuchsrecht angeordnet werde. Wenn ein Besuchsbeistand angeordnet werde, müsse das Besuchsrecht flexibel ausgestaltet und ein Rahmen dazu vorgegeben werden. Die Details müssten die Parteien unter sich vereinbaren, wobei der Besuchsbeistand die Parteien unterstützen solle (Prot. I S. 23). Damit stehe fest, dass der Beklagte gar nicht gewollt habe, dass das Gericht eine Besuchsrechtsregelung erlasse. Es gehe nicht an, dass der Beklagte mit der Berufung seine Versäumnisse im vorinstanzlichen Verfahren korrigieren wolle. Für den Kontakt per Telefon oder Skype benötige es keinen Besuchsbeistand. Entgegen der Behauptung des Beklagten funktioniere dieser angeordnete persönliche Verkehr (Urk. 14 S. 8).

3.1. Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Ver-

kehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Wird die Obhut einem Elternteil allein zugeteilt, ist daher der persönliche Verkehr des nicht obhutsberechtigten Elternteils festzusetzen. Es trifft zu, dass der Beklagte vor Vorinstanz keinen formellen Antrag betreffend die Besuchsrechtsregelung stellte (vgl. Urk. 6/36 S. 1 f.). Aufgrund der zur Anwendung gelangenden Officialmaxime (vgl. oben Ziff. II/3) hätte die Vorinstanz dennoch umfassend über das dem Beklagten einzuräumende Besuchsrecht zu befinden gehabt, zumal der Beklagte in der Begründung seines Massnahmeantrags seine Vorstellungen bezüglich des Besuchsrechts zum Ausdruck gebracht hatte (Urk. 6/36 S. 3) und ihm demnach nicht gegen seinen Willen ein Besuchsrecht gleichsam aufgezwungen worden wäre. Indem die Vorinstanz dies unterliess, wandte sie das Recht unrichtig an. Deshalb ist die Berufung diesbezüglich gutzuheissen und die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben.

3.2. Der Beklagte hatte im Massnahmebegehren ausführen lassen, er wolle ein Besuchsrecht von vier aufeinanderfolgenden Tagen pro Monat und zwei Mal pro Woche jeweils um 17 Uhr mit C._____ skypen und ihn in der Freizeit anrufen können (Urk. 6/36 S. 3). Anlässlich der Verhandlung vom 3. November 2016 äusserte er hingegen, er hätte gerne täglich während einer halben bis ganzen Stunde Kontakt mit C._____, vorzugsweise nach der Schule, und ein Besuchsrecht für jedes zweite Wochenende. Wenn er in D._____ sei, würde er sich dafür Zeit schaffen und jedes zweite Wochenende in die Schweiz fliegen. Sein Arbeitgeber habe auch Büros in London, wo er arbeiten könne, um einfacher Kontakt mit C._____ zu haben. Schliesslich wolle er Schulferien ganz oder wenigstens zur Hälfte mit C._____ verbringen (Prot. I S. 17 f.). In der Berufungsschrift beantragt der Beklagte nun ein Besuchsrecht, wonach er mit C._____ zwei Mal pro Woche jeweils um 17 Uhr mitteleuropäischer Zeit telefonieren oder skypen sowie ihn an vier aufeinanderfolgenden Tagen pro Monat sowie während der Hälfte von dessen Schulferien zu sich oder mit sich auf Besuch nehmen könne (Urk. 1 S. 2).

3.3. Die Bemessung des Besuchsrechts hat aufgrund der konkreten Umstände zu erfolgen und auf die Bedürfnisse des Kindes sowie die Bedürfnisse und Möglichkeiten beider Eltern Rücksicht zu nehmen. Die Häufigkeit sowie die Dauer der

Besuchskontakte richten sich vor allem nach dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung an den anderen Elternteil, der Häufigkeit bisheriger Kontakte und der Lebensgestaltung des Kindes sowie beider Eltern in Beruf, Schule und Freizeit (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 105; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 10 und 13 m.w.H.). An erster Stelle steht das Kindeswohl; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen (BGE 130 III 585 E. 2.2.1; BGE 123 III 445 E. 3b).

3.4. Vorliegend wurde weder dargelegt noch ist ersichtlich, inwiefern sich das beantragte Besuchsrecht von vier aufeinanderfolgenden Tagen pro Monat mit der Schulpflicht von C._____ vereinbaren lassen sollte. Solches kommt daher nicht in Betracht. Ein Wochenendbesuchsrecht ist dagegen nicht von vornherein ausgeschlossen. Angesichts des Alters von C._____ wäre ein solches jedoch in der Schweiz auszuüben. Aufgrund der vom Beklagten geltend gemachten finanziellen Verhältnisse (monatliches Nettoeinkommen von umgerechnet rund Fr. 3'500.-, kein Vermögen, vgl. Prot. I S. 21) scheint zweifelhaft, ob er zur Ausübung des Besuchsrechts regelmässig in die Schweiz reisen kann, zumal selbst dann noch erhebliche Kosten für Anschlussflüge und (Hotel-) Unterkunft anfallen dürften, wenn er dies mit Geschäftsreisen verbinden könnte. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Klägerin mit Eingabe vom 8. Dezember 2016 beantragte, der Beklagte sei für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 1'000.- zu verpflichten (Urk. 6/51 S. 11). Bei der Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen können die Kosten für die Besuchsausübung nur dann Berücksichtigung finden, wenn dadurch nicht die Mittel fehlen, welche für die Deckung des Unterhalts des Kindes beim obhutsberechtigten Elternteil notwendig sind (*OGer ZHLZ160009 vom 28. November 2016, E. 3.3.4; BGer 5A_224/2016 vom 13. Juni 2016, E. 5.3.2 f.; BGer 5A_292/2009 vom 2. Juli 2009, E. 2.3.1.3; BGer 5C.282/2002 vom 27. März 2003, E. 3.2*). Dafür scheinen die vom Beklagten behaupteten Einkünfte auch ohne Kenntnis seiner Lebenshaltungskosten zu knapp. Allerdings ist nicht gänzlich auszuschliessen, dass der Beklagte für die Finanzierung der Besuchsrechtskosten von Dritten unterstützt wird, zumal er vor Vorinstanz ausführte, er habe in D._____ viele Leute, die ihn finanziell unterstützen würden (Prot. I S. 21).

3.5. Bei der Festlegung eines Ferien- und/oder Wochenendbesuchsrechts gilt es zu vermeiden, dass ein unrealistisches Besuchsrecht festgelegt wird, welches faktisch kaum ausgeübt werden kann. Daher sind vorliegend zunächst die finanziellen Verhältnisse des Beklagten zu klären, damit in einem zweiten Schritt abgeschätzt werden kann, ob und gegebenenfalls wie oft er unter Berücksichtigung seiner Unterhaltspflicht von D._____ in die Schweiz reisen kann, um seinen Sohn zu besuchen (für Flugreisen ohne Begleitung eines Elternteils, insbesondere nach D._____, ist C._____ noch eindeutig zu jung). In einem dritten Schritt ist sodann der weitere persönliche Verkehr (per Skype, Telefon etc.) festzulegen, bevor in einem vierten Schritt darüber befunden werden kann, ob angesichts der konkret zu treffenden Regelung eine Besuchsrechtsbeistandschaft notwendig ist und gegebenenfalls welche Aufgaben dem Beistand zu übertragen sind. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass Art, Häufigkeit und Umfang der Besuche bzw. Kontakte zwingend vom Gericht festzulegen sind und ein allfälliger Beistand nur beauftragt werden kann, den persönlichen Verkehr zwischen Kind und Besuchsberechtigtem zu überwachen und die für die einzelnen Besuche nötigen Modalitäten festzusetzen (*OGer ZH LE130060 vom 7. November 2013, E. II/3.2*).

3.6. Nach dem Gesagten regelte die Vorinstanz den persönlichen Verkehr zwischen dem Beklagten und C._____ nicht umfassend. Zudem ist der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu ergänzen. Die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Entscheids sind daher aufzuheben und die Sache zwecks Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

IV.

1. Der Beklagte wirft der Vorinstanz in seiner Rechtsmittelschrift formelle Rechtsverweigerung vor: Die Vorinstanz habe seit Ende August 2016, als die KESB-Akten überwiesen worden seien, gewusst, dass die Klägerin ihm seit Oktober 2015 das Besuchsrecht verweigere und dass das kjz Dietikon die Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft empfehle. Auch nach seinem Antrag vom 21. September 2016 sei die Vorinstanz untätig geblieben und habe sich nach der

Hauptverhandlung vom 2. November 2016 nochmals eineinhalb Monate Zeit gelassen, bis der angefochtene Entscheid ergangen sei. In dieser Zeit habe er keinen Kontakt mit seinem Sohn gehabt. Es sei offensichtlich, dass das Verhalten der Vorinstanz eine Reaktion sei auf seine anfängliche Weigerung, sich im Scheidungsverfahren von seinem aktuellen Rechtsbeistand vertreten zu lassen, was eine langwierige Zustellung auf dem Rechtshilfeweg erforderlich gemacht habe (Urk. 1 S. 8).

2. Nach Art. 319 lit. c ZPO sind Fälle von Rechtsverzögerung mit Beschwerde anfechtbar. Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung können nicht nur Rechtsverzögerungen, sondern auch die qualifizierte Form der Rechtsverweigerung nach Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK gerügt werden (formelle Rechtsverweigerung; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 319 N 16 f.; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 46). Diesbezüglich ist die Rechtsmittelschrift des Beklagten demnach als Beschwerde im Sinne von Art. 319 ff. ZPO entgegen zu nehmen. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde richtet sich gegen die Vorinstanz (BGE 142 III 110 E. 3.2; Blickenstorfer, a.a.O., Art. 319 N 47), welche dementsprechend als Beschwerdegegnerin in das Rubrum aufzunehmen ist.

3. Der Beschwerdeführer muss ein aktuelles praktisches Interesse an der Behandlung der Beschwerde haben (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Nach der Rechtsprechung fehlt es an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse einer Rechtsverzögerungs- bzw. Rechtsverweigerungsbeschwerde, wenn in der Zwischenzeit der angeblich verzögerte oder verweigerte Entscheid ergangen ist (BGer 5A_339/2016 vom 27. Januar 2017, E. 1.2; OGer ZH RB160021 vom 23. Dezember 2016, E. II/1; BGer 4A_744/2011 vom 12. Juli 2012, E. 11.1; BGE 125 V 373 E. 1). Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdegegner im angefochtenen Entscheid über die beantragte Besuchsrechtsbeistandschaft befunden. Damit hat der Beschwerdeführer kein aktuelles Interesse an der Behandlung des gegenüber dem Beschwerdegegner erhobenen Vorwurfs der Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung. Eine Verletzung der EMRK, welche unter Umständen eine Behandlung der Rechtsverzögerungsbeschwerde trotz fehlendem Rechtsschutz-

interesse zu rechtfertigen vermöchte, rügt der Beschwerdeführer nicht. Auf die Beschwerde ist folglich nicht einzutreten.

V.

1. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.
2. Bezüglich der Beschwerde unterliegt der Beklagte vollständig, weshalb ihm nach Art. 106 Abs. 1 ZPO der darauf entfallende Anteil der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr, welcher auf Fr. 500.– zu beziffern ist, aufzuerlegen und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen ist. Dem Beschwerdegegner ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO, Art. 106 Abs. 1 ZPO).
3. Die Verteilung des auf die Berufung entfallenden Anteils der Entscheidgebühr (Fr. 2'500.–) sowie der Entscheid über die Parteientschädigung, soweit sie nicht den Beschwerdegegner betrifft, ist hingegen dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Schliesslich ist vorzumerken, dass der Beklagte zur Deckung der Kosten des Rechtsmittelverfahrens einen Vorschuss von Fr. 3'000.– leistete (Urk. 7).
4. Die Klägerin beantragt, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 3'500.– zu bezahlen (Urk. 14 S. 2 f.). Ein Prozesskostenbeitrag ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Vorausgesetzt ist demnach, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Zusätzlich muss es dem angesprochenen Ehegatten möglich sein, dem anderen die Mittel, die dieser zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (*OGer ZH LE130066 vom 5. Mai 2014, E. 6.2; OGer ZH LE140061 vom 26. Juni 2015, E. VI/3*). Der Beklagte erzielt gemäss seinen Angaben ein monatliches Nettoeinkommen von umgerechnet rund Fr. 3'500.– und verfügt nicht über Vermögen (Prot. I S. 21). Auch wenn die Lebenshaltungskosten

des Beklagten nicht bekannt sind, kann angesichts seines Einkommens und unter Berücksichtigung des Preisniveaus in H._____ [Stadt in D._____], welches gemäss der UBS-Studie "Preise und Löhne" (Ausgabe 2015, www.ubs.com/preiseundloehne) 25% tiefer ist als dasjenige in Zürich, sowie des Umstands, dass er für seinen Rechtsvertreter aufkommen muss, nicht davon ausgegangen werden, dass er ausreichend leistungsfähig ist, um zusätzlich der Klägerin innert nützlicher Frist einen Prozesskostenvorschuss bezahlen zu können, zumal auch zu berücksichtigen ist, dass die Klägerin beantragte, der Beklagte sei rückwirkend ab Dezember 2015 zu Kinderunterhaltbeiträgen von monatlich Fr. 1'000.– zu verpflichten (Urk. 51 S. 11). Damit mangelt es an einer Voraussetzung für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, weshalb dieses Begehren abzuweisen ist.

5. Die Klägerin ersucht eventualiter darum, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (Urk. 14 S. 2 f.). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Klägerin führt zu ihrem Gesuch aus, sie sei nicht erwerbstätig, erziele keine Einkünfte und verfüge nicht über Vermögen (Urk. 14 S. 4). Diese Angaben belegt sie unter anderem mit einem aktuellen Kontoauszug (Urk. 16/3; vgl. auch Urk. 6/46/7) und der Steuererklärung 2015 (Urk. 6/46/3). Damit ist ihre Mittellosigkeit ausgewiesen. Ihr Prozessstandpunkt kann sodann nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Weiter ist die Klägerin auf anwaltliche Vertretung angewiesen, zumal auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Deshalb ist ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Klägerin ist indes auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 13. Dezember 2016 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Begehren der Klägerin, es sei der Beklagte zu verpflichten, ihr für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 3'500.– zu bezahlen, wird abgewiesen.
3. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 13. Dezember 2016 werden aufgehoben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
5. Auf die Beschwerde im Sinne von Art. 319 lit. c ZPO wird nicht eingetreten.
6. Die Entscheidgebühr des zweitinstanzlichen Verfahrens wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
7. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden im Umfang von Fr. 500.– dem Beklagten auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
8. Dem Beschwerdegegner werden keine Kosten auferlegt und keine Parteientschädigung zugesprochen.
9. Die Verteilung der verbleibenden Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens (Fr. 2'500.–) sowie der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung für

das Berufungsverfahren werden dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.

10. Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– (wovon nach der Verrechnung gemäss Dispositiv-Ziffer 6 Fr. 2'500.– verbleiben) geleistet hat.
11. Schriftliche Mitteilung an die Klägerin, an die Vorinstanz und an das Migrationsamt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein, sowie an den Beklagten durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz.

12. 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und Art. 98 BGG (betreffend Prozesskostenvorschuss), ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege), ein Zwischenentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 93 und Art. 98 BGG (betreffend Rückweisung) und ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG (betreffend Beschwerde). Es handelt sich in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 25. April 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
cm