

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY220063-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Beschluss und Urteil vom 24. März 2023

in Sachen

A._____,

Beklagte und Berufungsklägerin / Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter / Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

sowie

C._____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung / Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 16. Dezember 2022
(FE200163-M)**

**Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Dietikon vom 16. Dezember 2022:**

(Urk. 2 S. 7 f. = Urk. 6/250 S. 7 f.)

1. Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ wird mit einer Busse von Fr. 1'500.– bestraft.

Im Wiederholungsfall kann eine Busse bis zu Fr. 5'000.– ausgesprochen werden.

2. Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ wird ein Verweis erteilt, mit der Aufforderung, Gerichtssendungen zukünftig zügig abzuholen.
3. Es wird vorgemerkt, dass das Besuchsrecht gemäss Verfügung des hiesigen Gerichts vom 10. September 2021 Bestand hat und nunmehr die unbegleiteten Besuche mit begleiteten Übergaben anhand zu nehmen sind.
4. Es wird vorgemerkt, dass der erste Besuch mit begleiteten Übergaben am 23. Dezember 2022 stattfindet. Die Festlegung der konkreten Modalitäten des Besuches vom 23. Dezember 2022 sowie die Festsetzung der nachfolgenden Besuche obliegt der Beiständin gemäss Verfügung vom 10. September 2021.
5. Die Beklagte wird unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall verpflichtet, dem Besuchsleiter Herr D. _____ den Sohn C. _____ für den Besuch gemäss Ziffer 4 herauszugeben.

Art. 292 StGB lautet wie folgt:

Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.

6. Eine Beschwerde gegen die Ziffern 1 und 2 dieses Entscheids kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu

stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Diese Frist steht während den Gerichtsferien still.

7. Schriftliche Mitteilung an Rechtsanwältin Y._____ im Doppel zwecks Weiterleitung eines Exemplares an den Kläger, an den Kindsvertreter Z._____, an Rechtsanwältin X._____ im Doppel sowie separat per Gerichtsurkunde an die Beklagte, an die Beiständin E._____, KJZ Dietikon, ... [Adresse], sowie vorab an sämtliche RechtsvertreterInnen sowie die Beiständin per IncaMail zur Information mit dem Ersuchen um zügige Abholung der postalischen Sendung, und nach Eintritt der Rechtskraft an die Abteilung Finanzen & Controlling des Obergerichts Zürich, Obmannamtsgasse 21, 8001 Zürich mit Hinweis auf Ziffer 1.

Berufungs- bzw. Beschwerdeanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin / Beschwerdeführerin (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Es seien Dispositiv Ziff. 3 und Ziff. 4 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 16. Dezember 2022 aufzuheben und es seien die Besuche des Vaters im bisherigen Modus gemäss Dispositiv Ziff. 5 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 10. September 2021 begleitet weiterzuführen.
2. Es sei Dispositiv Ziff. 5 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 16. Dezember 2022 ersatzlos aufzuheben.
3. Eventualiter seien Dispositiv Ziff. 3 bis 5 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 16. Dezember 2022 aufzuheben und die Sache zur Durchführung des Verfahrens und Feststellung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagter."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien haben am tt. Dezember 2016 geheiratet. Der Ehe entsprang ein Sohn namens C._____, geboren am tt.mm.2017. Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Kläger) ist schweizerischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Serbien, die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist serbische Staatsangehörige mit Wohnsitz in der Schweiz (siehe Urk. 6/218).

2. Am 9. Oktober 2020 reichte der Kläger vor Vorinstanz eine Scheidungsklage ein (Urk. 6/1). Am 10. September 2021 erklärte die Vorinstanz den Kläger im Rahmen vorsorglicher Massnahmen für die weitere Dauer des Verfahrens für berechtigt und verpflichtet, den gemeinsamen Sohn C._____ wie folgt zu besuchen (Urk. 6/158 S. 26 f.):

"Für die Dauer von mindestens zwei Monaten je zweimal im Monat während zwei Stunden im Rahmen begleiteter Besuche in einem Besuchstreff (oder einer ähnlichen Institution) in der Nähe der Parteien. Hernach und soweit diese Besuche nach Einschätzung der Beistandsperson gut geklappt haben, für die Dauer von mindestens einem Monat zweimal im Monat für vier Stunden wiederum im Rahmen begleiteter Besuche in einem Besuchstreff (oder einer ähnlichen Institution) in der Nähe der Parteien. Hernach und soweit diese Besuche nach Einschätzung der Beistandsperson gut geklappt haben, für die Dauer von mindestens zwei Monaten zweimal im Monat für vier Stunden mit begleiteten Übergaben, wobei die Beistandsperson dem Gericht vor Übergang zu dieser Phase einen Bericht über die erfolgten Besuche zukommen zu lassen und darum besorgt zu sein hat, dass die Besuche nur an für C._____ geeigneten Orten ausgeübt werden. Das Gericht behält sich vor, das festgesetzte Besuchsrecht nach Eingang des Berichtes der Beistandsperson anzupassen."

3. Die Beklagte erhob gegen die Verfügung vom 10. September 2021 Berufung, welche das Obergericht mit Urteil vom 16. Februar 2022 abwies (Urk. 6/201).

4. In ihrem Zwischenbericht vom 12. Oktober 2022 teilte die Beiständin der Vorinstanz mit, dass am 5., 19. und 27. Juli 2022 drei Besuche über je zwei Stunden hätten stattfinden können. Zudem habe es am 24. September 2022 und am 8. Oktober 2022 zwei vierstündige Besuche gegeben. Sämtliche Besuche hätten gut bis sehr gut geklappt (Urk. 6/240 S. 3). Die Vorinstanz hielt in der Folge am 15. November 2022 fest, dass es angesichts des bisherigen Verlaufs der begleiteten Besuche keine Gründe gebe, vom Modus gemäss der Verfügung vom 5. September 2021 abzuweichen (Urk. 6/246 S. 5). Nachdem die beklagte Rechtsvertreterin der Beiständin mitgeteilt hatte, dass die Besuche erst weitergeführt würden, wenn die vom Gericht festgelegten Voraussetzungen erfüllt seien (Urk. 6/248/1), erliess die Vorinstanz die eingangs aufgeführte Verfügung (Urk. 2 = Urk. 6/250).

5. Mit Eingabe vom 29. Dezember 2022 erhob die Beklagte innert Frist (siehe Urk. 6/251/5) "Berufung" gegen die Verfügung vom 16. Dezember 2022 und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 1). Mit Beschluss vom 13. Februar 2023 trat die Kammer auf die Berufung nicht ein. Soweit sich die Rechtsmittelschrift gegen Dispositiv-Ziffer 5 der vorinstanzlichen Verfügung richtete, nahm sie sie als Beschwerde entgegen und setzte dem Kläger Frist an, um diese zu beantworten (Urk. 10). Eine Beschwerdeantwort ging nicht ein.

6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1–257). Der Verfahrensbeteiligte ist durch das vorliegende Rechtsmittelverfahren in seinen Rechten nicht betroffen. Es kann deshalb davon abgesehen werden, von ihm eine Stellungnahme einzuholen. Damit ist das Beschwerdeverfahren spruchreif.

II. Materielle Beurteilung

1. Prozessuale Vorbemerkungen

1.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in ihrer schriftlichen Beschwerdebegründung konkret mit den vorinstanzlichen Ausführungen

auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, das heisst, an einem der genannten Mängel leidet (BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3, je mit Hinweisen auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Was in der Beschwerde nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Vorbehalten sind offensichtliche Mängel, die geradezu ins Auge springen (*OGer ZH RT200156 vom 17.11.2020, E. 2.2; OGer ZH RE180009 vom 24.08.2018, E. 2.2*). Abgesehen von dieser Relativierung gilt aber auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ("iura novit curia"; Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragene Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; *OGer ZH RT200156 vom 17.11.2020, E. 2.2; OGer ZH RT200124 vom 03.11.2020, E. 2.2*).

1.2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 mit weiteren Hinweisen; ZK ZPO-Freiburg/Afeldt, Art. 326 N 4; siehe aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

2. Grundlage für die Vollstreckungsmassnahme

2.1. Die Vorinstanz erwog, die nächsten Besuche seien gemäss Besuchsleiter Herr D. _____ auf den 17. und 23. Dezember 2022 geplant. Realistisch erscheine es angesichts der fortgeschrittenen Zeit, den ersten Besuch mit begleite-

ten Übergaben am 23. Dezember 2022 stattfinden zu lassen (Urk. 2 S. 6). Der erste Besuch mit begleiteten Übergaben gemäss Verfügung vom 10. September 2021 finde somit am 23. Dezember 2022 statt (Urk. 2 S. 7).

2.2. Die Beklagte rügt, der Vollstreckungsanordnung fehle die Grundlage. Konkret fehle der zu vollstreckende Entscheid über unbegleitete Besuche und der Entscheid einer zuständigen Behörde, dass ein solcher unbegleiteter Besuch erstmals am 23. Dezember 2022 stattfinde (Urk. 1 Rz. 31). Die Vorinstanz habe bis heute den angekündigten und notwendigen Entscheid über unbegleitete Besuche nicht gefällt (Urk. 1 Rz. 34). Für die Festlegung der Besuchsmodalitäten sei die Beiständin zuständig. Diese habe zusammen mit den Parteien und dem Besuchsbegleiter die Besuchstermine für alle begleiteten Besuche festgelegt. Den 23. Dezember 2022 habe sie nicht festgelegt. Das Datum sei auch nicht mit der Beklagten abgesprochen gewesen. Gemäss der angefochtenen Verfügung habe der Besuchsbegleiter den Termin vom 23. Dezember 2022 geplant. Er sei nicht zuständig, Termine alleine und ohne Rücksprache mit der Beklagten zu fixieren. Es fehle an einem vollstreckbaren Entscheid einer zuständigen Behörde. Allerdings führe bereits das Fehlen eines vollstreckbaren gerichtlichen Entscheids über unbegleitete Besuche dazu, dass eine Vollstreckung von unbegleiteten Besuchen und insbesondere am 23. Dezember 2022 nicht zulässig sei. Die diesbezügliche Vollstreckungsanordnung sei willkürlich und unwirksam (Urk. 1 Rz. 35).

2.3. Mit der Verfügung vom 10. September 2021 liegt ein Vollstreckungstitel bezüglich unbegleiteter Besuche vor (Urk. 10 S. 8; dazu auch nachfolgend, E. II.3.4.). Die Organisation und die Festlegung der Modalitäten der Treffen obliegen der Beistandsperson (Urk. 6/158 S. 27). Beiständin ist E. _____ vom KJZ Dietikon (Urk. 6/189). Die Beiständin teilte den Parteien mit E-Mail vom 1. Dezember 2022 mit, dass sich Herr D. _____ und der Kläger den 17. und den 23. Dezember 2022 für die Treffen mit begleiteten Übergaben einrichten könnten. Die beklagte Rechtsvertreterin reagierte daraufhin gleichentags mit dem Hinweis, dass das Vorgehen rechtswidrig sei. Die Besuche würden erst weitergeführt, wenn die vom Gericht festgelegten Voraussetzungen erfüllt seien (Urk. 6/248/1).

2.4. Die Rüge, wonach es an einer Grundlage für die Vollstreckungsmassnahme fehle, ist unbegründet. Wer sich weigert, bei der Festsetzung eines Besuchstermins mitzuwirken, kann sich sodann nicht darauf berufen, es sei kein Besuchstermin festgelegt worden.

3. Verhältnismässigkeit der Vollstreckungsmassnahme

3.1. Die Vorinstanz erwog, die nächsten Besuche seien auf den 17. und 23. Dezember 2022 geplant. Realistisch erscheine angesichts der fortgeschrittenen Zeit, den ersten Besuch mit begleiteten Übergaben am 23. Dezember 2022 stattfinden zu lassen. Da die Beklagte über ihre Rechtsvertreterin bereits habe verlauten lassen, dass sie diese Besuche nicht wahrnehmen werde, scheine eine Ermahnung nach Art. 307 Abs. 3 ZGB nicht ausreichend, weshalb die Beklagte unter Androhung von indirektem Zwang bzw. der Androhung von Art. 292 StGB zur Herausgabe des Sohnes zu verpflichten sei (Urk. 2 S. 6 f.).

3.2. Die Beklagte rügt, der Vorinstanz hätten mildere Mittel zur Verfügung gestanden. Sie hätte ihr das rechtliche Gehör einräumen können bzw. müssen, über das eigene widersprüchliche Verhalten aufklären bzw. sich ernsthaft mit den Einwänden der Beklagten auseinandersetzen müssen. Der Umstand, dass die Rechtsvertreterin der Beklagten unbegleitete Besuche abgelehnt habe, stehe einer Ermahnung an die Beklagte gemäss Art. 307 ZGB nicht entgegen. Die Beklagte habe seit der ersten Besprechung mit der Beiständin und dem Besuchsbegleiter am 1. Juni 2022 vollumfänglich kooperiert. Sie habe die Durchführung der begleiteten Besuche nicht beeinträchtigt. Alle Termine für die begleiteten Besuche habe man ohne nennenswerte Schwierigkeiten vereinbaren und durchführen können. Es sei nicht wahr, wenn die Vorinstanz behauptete, es sei seitens der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvertreterin immer wieder zu Schwierigkeiten bei der Vereinbarung von Besuchen gekommen. Die Beiständin erwähne in ihrem Bericht, dass die Kindsmutter durch ihre Kooperation sehr gut zu den gelingenden Treffen zwischen Vater und Sohn beigetragen habe. Die Vollstreckungsanordnung sei somit unverhältnismässig (Urk. 1 Rz. 41).

3.3. Bei der Wahl der Vollstreckungsmassnahme ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (BGer 4A_207/2014 vom 19. Mai 2014, E. 3.1; BSK ZPO-Zinsli, Art. 343 N 4). Dies bedeutet unter anderem, dass die mildeste geeignete Massnahme anzuordnen ist.

3.4. Die Vorinstanz gewährte dem Kläger mit Verfügung vom 10. September 2021 das eingangs erwähnte Besuchsrecht (E. I.2.). Zudem ordnete sie eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB an (Urk. 6/158 S. 27). In ihrer dagegen erhobenen Berufung ersuchte die Beklagte nicht um aufschiebende Wirkung (siehe Urk. 6/201 S. 10); die Verfügung war demzufolge vollstreckbar (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO; BGE 139 III 486 E. 3). Die KESB Bezirk Dietikon ernannte am 6. Januar 2022 E._____ zur Beiständin (Urk. 6/189). Mit Schreiben vom 9. Februar 2022 teilte die Beiständin der Vorinstanz mit, dass der Kläger und der Besuchsbegleiter bereit seien, die verfügten Treffen jederzeit aufzunehmen. Die Beklagte habe sie – die Beiständin – hingegen an ihre Rechtsvertreterin verwiesen. Sie habe in der Folge vergeblich versucht, die Rechtsvertreterin zu erreichen. Erst nachdem sie eine E-Mail geschickt habe, habe sie eine Rückmeldung erhalten. Da die Beklagte ihre Mitwirkungspflicht nicht wahrnehme, sei es ihr nicht möglich, ihre Aufgaben weiter umzusetzen (Urk. 6/198). Die beklagte Rechtsvertreterin zweifelte in der erwähnten E-Mail vom 4. Februar 2022 die Eignung der Beiständin an (Urk. 6/199). Mit E-Mail vom 22. Juni 2022 teilte die Beiständin der Vorinstanz mit, dass ein erstes Treffen zwischen Vater und Sohn am 15. Juni 2022 stattgefunden habe (Urk. 6/220). Gleichentags teilte die beklagte Rechtsvertreterin der Beiständin mit, dass anlässlich der Sitzung vom 1. Juni 2022 vereinbart worden sei, dass der Kläger mit C._____ nicht serbisch spreche. Dennoch habe Herr D._____ dies anlässlich des ersten Besuchs zugelassen. Unter diesen Umständen fänden keine weiteren Besuche mehr statt (Urk. 6/222). Mit E-Mail vom 28. Juni 2022 setzte die Beiständin den nächsten begleiteten Besuch auf den 5. Juli 2022 fest. Gleichentags antwortete die beklagte Rechtsvertreterin, dass der Besuch nicht stattfinde, weil beim ersten begleiteten Besuch serbisch gesprochen worden sei. Zuerst müsse eine schriftliche Zusage vorliegen, dass kein serbisch gesprochen werde. Sodann müsse die Beklagte über Ort und Ablauf des geplanten Besuchs informiert werden. In der

Folge meldete die Beiständin der Vorinstanz, dass sie in den vergangenen Monaten unverhältnismässig viel Zeit und Energie in die Besuche investiert habe. Es gehe in dieser Sache in keinsten Weise um das Kind. Es sei ihr schlicht nicht möglich, den Auftrag umzusetzen (Urk. 6/224). Nachdem die Beklagte über die geplanten Unternehmungen informiert worden war, konnte der Besuch vom 5. Juli 2022 stattfinden (Urk. 6/226). Die Beiständin führte in ihrem Zwischenbericht vom 12. Oktober 2022 aus, dass das erste begleitete Treffen wegen formalen Unvollständigkeits der Behörde und Kommunikationsverzögerungen seitens der Kindsmutter erst am 15. Juni 2022 habe realisiert werden können. In der Folge hätten am 5., 19. und 27. Juli 2022 drei weitere Besuche über je zwei Stunden sowie am 24. September 2022 und am 8. Oktober 2022 zwei vierstündige Besuche stattgefunden. Alle Treffen hätten inhaltlich und organisatorisch sehr gut umgesetzt werden können. Die Kindsmutter und die Kita hätten durch ihre Kooperation sehr gut zu den gelingenden Treffen zwischen Vater und Sohn beigetragen (Urk. 6/240 S. 2 ff.). Die Vorinstanz hielt in der Folge in ihrer Verfügung vom 15. November 2022 fest, dass es angesichts des bisherigen Verlaufs keine Gründe gebe, vom Modus gemäss Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung vom 10. September 2021 abzuweichen. Die Beiständin habe damit die Besuche mit begleiteten Übergaben vorzubereiten (Urk. 6/246 S. 5). Die beklagte Rechtsvertreterin nahm die Verfügung vom 15. November 2022 am 25. November 2022 entgegen (Urk. 6/247/1). Mit E-Mail vom 1. Dezember 2022 setzte die Beiständin zwei Termine für die unbegleiteten Besuche mit begleiteten Übergaben fest, nämlich den 17. und 23. Dezember 2022. Die beklagte Rechtsvertreterin antwortete gleichentags, dass dieses Vorgehen rechtswidrig sei. Sie sei nicht bereit, im Dreiecksverhältnis weiter zu diskutieren. Ihre Mandantin und sie würden warten, bis wie schriftlich angekündigt das rechtliche Gehör gewährt werde. Es sei nicht nachvollziehbar, dass sich das Gericht nicht an seine eigenen Anordnungen halte. Die Besuche würden erst weitergeführt, wenn die vom Gericht festgelegten Voraussetzungen erfüllt seien. Der Vorderrichter antwortete darauf gleichentags, dass die Verfügung vom 10. September 2021 rechtskräftig sei. Das Gericht sehe keine Notwendigkeit, vom bereits festgesetzten Modus abzuweichen. Er halte sie an, zu kooperieren. Der Klarheit halber halte er fest, dass nicht die beklagte

Rechtsvertreterin über die Fortführung der Besuche entscheide (Urk. 6/248/1). Mit E-Mail vom 2. Dezember 2022 teilte D. _____ der Beklagten mit, dass der nächste Besuch am 17. Dezember 2022 stattfinde. Die beklagte Rechtsvertreterin antwortete gleichentags, dass der Besuch nicht stattfinde. Die Voraussetzungen für einen Übergang zu unbegleiteten Besuchen seien nicht gegeben. Das Gericht halte sich nicht an seine eigenen Anordnungen (Urk. 6/248/2).

3.5. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, handelte die Vorinstanz nicht widersprüchlich. Sie musste der Beklagten auch nicht das rechtliche Gehör gewähren, bevor zu unbegleiteten Besuchen gewechselt würde (Urk. 10 S. 8 f.). Der Besuch vom 5. Juli 2022 konnte erst stattfinden, nachdem die Bedingung der Beklagten (vorgängige Information über geplante Unternehmungen) erfüllt war. Die Beklagte will die unbegleiteten Besuche erneut von einer eigenen Bedingung (vorgängiger Entscheid nach Anhörung der Parteien) abhängig machen. Die Vorinstanz ermahnte sie mit E-Mail vom 1. Dezember 2022, dass dies nicht angehe und sie kooperieren müsse. Mit Blick auf die Vorgeschichte sowie die bereits erfolgte Ermahnung erscheint eine (weitere) Ermahnung im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB ungeeignet. Ein anderes milderes Mittel als die Strafandrohung nach Art. 292 StGB ist sodann nicht ersichtlich und wurde von der Beklagten auch nicht vorgebracht.

4. Zustellung der angefochtenen Verfügung

4.1. Die Vorinstanz erwog, angesichts "der erwähnten Zustellungsproblematik" werde der Entscheid vorab per IncaMail zugestellt. Er gehe sodann postalisch separat auch an die Beklagte persönlich als Gerichtsurkunde (Urk. 2 S. 7).

4.2. Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe die Verfügung vom 16. Dezember 2022 auch der Beklagten persönlich per Gerichtsurkunde zugestellt. Damit habe sie Art. 137 ZPO verletzt. Die Behauptung der Vorinstanz, dass eine "Zustellproblematik" bestehe, sei nicht wahr und zudem nicht relevant. Die Zustellung an die Beklagte sei willkürlich erfolgt und nicht rechtswirksam (Urk. 1 Rz. 17). Die Beklagte könne nicht genügend Deutsch, um sich im Scheidungsverfahren vor der Vorinstanz zurechtzufinden. Sie habe in den Verhandlungen vor

der Vorinstanz einen Dolmetscher gehabt. Sie habe die ihr am 19. Dezember 2022 via Gerichtsurkunde zugestellte Verfügung vom 16. Dezember 2022 nicht lesen und nicht verstehen können. Die Vorinstanz habe die Beklagte benachteiligt. Mit der doppelten Zustellung an Partei und Rechtsvertretung schaffe die Vorinstanz sodann eine Rechtsunsicherheit bezüglich des Laufs der Rechtsmittelfrist (Urk. 1 Rz. 18). Mit der angefochtenen Verfügung vom 16. Dezember 2022 habe das Gericht den ersten unbegleiteten Besuchstermin auf den 23. Dezember 2022 festgesetzt. Dies sei zeitlich nicht realistisch. Der 16. Dezember 2022 sei ein Freitag gewesen, sodass die Verfügung frühestens am Montag, 19. Dezember 2022, den Parteien habe zugestellt werden können. Mit Rücksicht auf die postalische Abholfrist von sieben Tagen sei die Terminierung des ersten Besuchs offensichtlich verfrüht erfolgt. Die Beklagte sei in der kurzen Zeit auch nicht wie vereinbart darüber informiert worden, wie der Vater den Besuch im Detail plane und wo er sich mit dem Sohn aufhalten werde. Analog zu Vorladungen (Art. 134 ZPO) sei eine Reaktionszeit von mindestens zehn Tagen einzuräumen. Die von der Vorinstanz angeordnete vorausgehende IncaMail-Zustellung sei nicht gesetzeskonform. Elektronische Zustellungen seien nur mit Zustimmung der Partei erlaubt. Die Rechtsvertreterin der Beklagten lehne sie ab und habe der Kanzlei der Vorinstanz zudem anlässlich der Terminierung der Hauptverhandlung mitgeteilt, dass auf die E-Mail-Adresse der Kanzlei aus technischen Gründen keine IncaMail-Zustellungen entgegengenommen werden könnten. Da die erfolgte Terminierung des ersten unbegleiteten Besuchsrechts verfrüht erfolgt sei, sei die Vollstreckungsanordnung ersatzlos aufzuheben (Urk. 1 Rz. 42).

4.3. Nach Art. 136 ZPO stellt das Gericht Urkunden (Vorladungen, Verfügungen und Entscheide sowie Eingaben der Gegenpartei) den betroffenen Personen zu. Ist eine Partei vertreten, so erfolgt die Zustellung an die Vertretung (Art. 137 ZPO). Wurde für das Verfahren rechtmässig ein Vertreter bestellt, so fällt eine direkte Zustellung an die Partei ausser Betracht und eine solche gilt grundsätzlich als nicht gehörig erfolgt (BGE 143 III 28 E. 2.2.1). Die Berufung auf den Formmangel findet ihre Grenze indes im Grundsatz von Treu und Glauben; es ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu prüfen, ob die Partei durch den Mangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist (*OGer ZH*

LA110044 vom 19.07.2013, in: ZR 113 [2014] Nr. 43, E. 5.2.2). Entscheide können mit Einverständnis der betroffenen Person elektronisch zugestellt werden (Art. 139 Abs. 1 ZPO). Fehlt dieses, so ist die Zustellung unwirksam (CR CPC-Bohnet, Art. 139 N 14).

4.4. Die Vorinstanz versandte ihre Verfügung vom 16. Dezember 2022 sowohl an die Beklagte als auch an deren Rechtsvertreterin. Die Beklagte nahm den Entscheid am 20. Dezember 2022, ihre Rechtsvertreterin am 27. Dezember 2022 physisch entgegen; letzterer wurde der Entscheid sodann vorab per IncaMail zugestellt (Urk. 6/251/2; Urk. 6/251/5). Dass sie zu dieser Zustellform ihr Einverständnis gegeben hätte, ist nicht ersichtlich; entsprechend sandte die Vorinstanz ihren Entscheid vorab per IncaMail "zur Information mit dem Ersuchen um zügige Abholung der postalischen Sendung" (Urk. 2 S. 8). Die Verfügung konnte demzufolge erst mit der postalischen Zustellung Wirkung entfalten. Fraglich ist, ob die Zustellung bei der Beklagten oder jene bei ihrer Rechtsvertreterin als massgebend zu erachten ist. Die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Rechtsvertreterin sämtliche relevanten Verfügungen jeweils erst auf das Ende der Abholfrist abholen lässt (Urk. 2 S. 6), blieb unangefochten. Wenn man bedenkt, dass es um die Umsetzung eines Besuchsrechts geht, liegt dieses Verhalten zumindest an der Grenze zum Rechtsmissbrauch. Indessen ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte für die Verhandlungen vor Vorinstanz auf einen Serbisch-Dolmetscher angewiesen war (Prot. I, S. 5, 32 und 60). Aufgrund ihrer beschränkten Deutschkenntnisse wurde die Beklagte durch die Direktzustellung der Verfügung benachteiligt. Die postalische Zustellung an ihre Rechtsvertreterin erfolgte demgegenüber korrekt. Vor diesem Hintergrund konnte Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung vom 16. Dezember 2022 erst ab dem 28. Dezember 2022 Wirkung entfalten.

4.5. Die Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung bezieht sich auf "den Besuch gemäss Ziffer 4". In Dispositiv-Ziffer 4 merkte die Vorinstanz vor, dass der erste Besuch mit begleiteten Übergeben am 23. Dezember 2022 stattfindet. Die Festlegung der konkreten Modalitäten des Besuches vom 23. Dezember 2022 sowie die Festsetzung der nachfolgenden Besuche obliegt der Beiständin gemäss Verfügung vom 10. September 2021

(Urk. 2 S. 8). Die Verwendung des Singulars in Dispositiv-Ziffer 5 ("Besuch") deutet darauf hin, dass sich die Androhung nur auf den ersten Besuch vom 23. Dezember 2022 bezieht. Dies wird auch durch die Erwägungen gestützt (Urk. 2 S. 7): *"Es ist damit festzuhalten, dass der erste Besuch mit begleiteten Übergaben gemäss Verfügung vom 10. September 2021 wie von Herr D._____ geplant am 23. Dezember 2022 stattfindet. Die Beklagte ist unter Androhung der Ungehorsamstrafe nach Art. 292 StGB zu verpflichten, den Sohn C._____ dem Besuchsleiter Herr D._____ für diesen Besuch herauszugeben."* Da die Androhung vor dem 28. Dezember 2022 keine Wirkung entfalten konnte, ist Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 16. Dezember 2022 in Gutheissung der Beschwerde ersatzlos aufzuheben.

4.6. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den weiteren Rügen der Beklagten (insbesondere der Rüge, das rechtliche Gehör sei verletzt; Urk. 1 Rz. 37).

III. Sistierungsgesuch

1. Mit Eingabe vom 20. März 2023 ersuchte die Beklagte um die Sistierung des Beschwerdeverfahrens, bis das Bundesgericht rechtskräftig über die Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 1 des Beschlusses der Kammer vom 13. Februar 2023 entschieden habe. Sollte das Bundesgericht zur Auffassung gelangen, dass das Obergericht zu Unrecht nicht auf die Berufung eingetreten sei, stünde nämlich fest, dass es an einem erforderlichen Entscheid der Erstinstanz für unbegleitete Besuche fehle. Damit wäre der Vollstreckungsanordnung gemäss Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung vom 16. Dezember 2022, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei, die Grundlage entzogen. Der Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hänge somit vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht ab (Urk. 16).

2. Das Gericht kann das Verfahren sistieren, wenn dies zweckmässig erscheint. Letzteres ist namentlich der Fall, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist (Art. 126 Abs. 1 ZPO).

3. Vorliegend ist die Dispositiv-Ziffer 5 der vorinstanzlichen Verfügung vom 16. Dezember 2022 bereits aus anderen Gründen aufzuheben (E. II.4.5.). Damit erscheint eine Sistierung des Beschwerdeverfahrens nicht zweckmässig. Das Sistierungsgesuch der Beklagten ist abzuweisen.

IV. Gesuch um Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege

1. Die Beklagte beantragt, dass der Kläger zu verpflichten sei, ihr einen Prozesskostenvorschuss von vorläufig Fr. 5'000.– zu bezahlen. Eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege (inklusive der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung) zu bewilligen (Urk. 1 S. 3).

2. Bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die ansprechende Partei bedürftig und die angesprochene Partei leistungsfähig ist. Zudem darf der Prozess nicht aussichtslos erscheinen (*OGer ZH LY160046 vom 05.12.2017, E. IV.3.2.3*). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie zumindest vorläufig nichts kostet (*BGE 138 III 217 E. 2.2.4; BGer 4A_6/2022 vom 18. Februar 2022, E. 3.1*).

3. Die Beklagte focht die Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 5 der vorinstanzlichen Verfügung an (Urk. 1 S. 2). Soweit sich das Rechtsmittel gegen die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 richtete, trat die Kammer darauf in Ermangelung eines Anfechtungsobjekts nicht ein; diesbezüglich war nämlich kein separater Entscheid notwendig (Urk. 10 S. 10). Eine Partei, welche über die notwendigen Mittel verfügt, würde keinen Entscheid anfechten, der kein solcher ist. Damit erweist sich das

Rechtsmittel hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der vorinstanzlichen Verfügung als aussichtslos. Hingegen obsiegt die Beklagte, soweit sie Dispositiv-Ziffer 5 anfigt; diesbezüglich ist ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos.

4. Die Vorinstanz gewährte dem Kläger mit Verfügung vom 22. Dezember 2020 die unentgeltliche Rechtspflege für ihr Verfahren (Urk. 6/48 S. 38). Sie erwog, dass er in F._____ lebe und dort für eine Schweizer Firma arbeite, bei welcher er monatlich rund Fr. 900.– verdiene. Seine monatlichen Ausgaben betrügen Fr. 850.90 (Fr. 360.– Grundbetrag, Fr. 322.– Wohnkosten, Fr. 60.– Kommunikationskosten, Fr. 99.90 Krankenversicherung und Fr. 9.– Haushaltsversicherung). Damit sei glaubhaft, dass er nicht über genügend Mittel verfüge, um auch die Kosten des Verfahrens zu tragen (Urk. 6/48 S. 37). In seiner Klageschrift vom 20. Juni 2022 bestätigte der Kläger im Wesentlichen seine Lebens- und Vermögensverhältnisse. Er führte zusätzlich aus, dass er kein Vermögen habe (Urk. 6/217 Rz. 32 f.). Der Kläger lebt nach wie vor in Serbien. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass er in der Lage wäre, einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Demzufolge ist das Gesuch der Beklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren abzuweisen.

5. Die Beklagte verdiente in den Monaten Juni 2022 bis August 2022 bei der G._____ GmbH und der H._____ durchschnittlich insgesamt Fr. 1'975.85 pro Monat (Urk. 4/8–9). Sie wird zudem von der Gemeinde I._____ finanziell unterstützt (Urk. 4/10). Damit erscheint ihre Mittellosigkeit glaubhaft. Die Beklagte ist auf ihre Rechtsbeiständin angewiesen, da auch die Gegenseite anwaltlich vertreten ist.

6. Zusammenfassend ist der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren (das heisst, soweit sich ihr Rechtsmittel gegen Dispositiv-Ziffer 5 der vorinstanzlichen Verfügung richtet) zu bewilligen und es ist ihr in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Für das Berufungsverfahren (das heisst, soweit sich das Rechtsmittel gegen die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der vorinstanzlichen Verfügung richtet) ist das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege und Bestel-

lung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung demgegenüber abzuweisen (siehe Art. 118 Abs. 2 ZPO).

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 500.– festzusetzen (§ 5 Abs. 1 GebV OG, § 6 Abs. 1 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG). Sie ist der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese Gebühr wird von der unentgeltlichen Rechtspflege nicht erfasst; sie ist zu bezahlen.

2. Im Beschwerdeverfahren unterliegt der Kläger. Zu beachten ist indessen, dass er die Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams bezüglich des Besuches vom 23. Dezember 2022 vor Vorinstanz nicht beantragt hat. Er hat sich sodann im Beschwerdeverfahren nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifiziert. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, für das Beschwerdeverfahren keine Entscheidgebür zu erheben.

3. Dem Kläger ist aufgrund fehlender relevanter Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Beklagte unterliegt im Berufungsverfahren (Art. 106 Abs. 1 ZPO); im Beschwerdeverfahren rechtfertigt es sich mit Blick auf die vorstehende Erwägung, von der Zusprechung einer Parteientschädigung abzusehen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Sistierungsgesuch der Beklagten wird abgewiesen.
2. Der Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren bewilligt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 16. Dezember 2022 ersatzlos aufgehoben.
2. Das Gesuch der Beklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt. Sie werden von der unentgeltlichen Rechtspflege nicht umfasst.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an
 - die Beklagte,
 - den Kläger, unter Beilage des Doppels von Urk. 16,
 - den Verfahrensbeteiligten, unter Beilage des Doppels von Urk. 16,
 - die Beiständin E._____, kjz Dietikon, ... [Adresse],
 - die Vorinstanz,je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Be-

schwerde 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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, 24. März 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
Im