

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE160026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

## Beschluss vom 18. August 2016

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 4. April 2016 (EE150021-A)**

### **Rechtsbegehren:**

#### Rechtsbegehren der Gesuchstellerin (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Es seien der Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008 sowie die Tochter D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010 unter die alleinige elterliche Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
3. Es sei der Gesuchsgegner für berechtigt zu erklären, die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ auf eigene Kosten jedes zweite Wochenende eines jeden Monats (ungerade Wochenenden) von freitags 18.00 Uhr bis sonntags 18.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Weiter sei der Gesuchsgegner für berechtigt zu erklären, die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ in ungeraden Jahren über Ostern (Gründonnerstag 18.00 Uhr bis Ostermontag 20.00 Uhr) und in geraden Jahren über Pfingsten (Pfingstsamstag 9.00 Uhr bis Pfingstmontag 20.00 Uhr) sowie vom 31. Dezember 9.00 Uhr bis 2. Januar 20.00 Uhr, und jedes Jahr vom 25. Dezember 10.00 Uhr bis 26. Dezember 10.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Zudem sei dem Gesuchsgegner ein zweiwöchiges Ferienbesuchsrecht pro Jahr in den Schulferien zu gewähren, welches er in zwei Ferienwochen à sieben Tagen auszuüben hat, und er sei zu verpflichten, dieses Ferienbesuchsrecht mindestens zwei Monate im Voraus schriftlich bekannt zu geben. Können sich die Parteien über die Verteilung der Ferienobhut nicht einigen, so soll das Entscheidungsrecht in geraden Jahren der Gesuchstellerin und in ungeraden Jahren dem Gesuchsgegner zukommen.

4. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Erziehung und Betreuung der Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ je einen angemessenen monatlichen Unterhaltsbeitrag zuzüglich Kinderzulagen ab Aufnahme und für die weitere Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
5. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin persönlich einen angemessenen monatlichen Unterhaltsbeitrag ab Aufnahme und für die weitere Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
6. Es sei die eheliche Wohnung, ... [Adresse], für und während der Dauer des Getrenntlebens der Eheleute der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung samt Möbeln und Inventar zuzuweisen. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung bis spätestens zum 1. September 2015 zu verlassen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu lasten des Gesuchsgegners."

Prozessualer Antrag der Gesuchstellerin (Urk. 1 S. 3):

"Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von CHF 5'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen."

Prozessualer Antrag des Gesuchsgegners (Urk. 30):

"Es sei dem Beklagten im vorliegenden Verfahren die unentgeltliche Prozessführung/Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person von RAin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

Prozessualer Antrag der Gesuchstellerin (Urk. 32, sinngemäss):

Eventualiter sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend ab Rechtshängigkeit des Gesuchs zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

Anlässlich der Hauptverhandlung modifiziertes Rechtsbegehren der Gesuchstellerin (Urk. 33 S. 1 f.):

1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Es sei der Gesuchstellerin die alleinige elterliche Sorge für den Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008 sowie die Tochter D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010 zu übertragen.  
Eventualiter seien der Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008 sowie die Tochter D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010 unter die alleinige elterliche Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
3. Es sei dem Gesuchsgegner in Ausgestaltung seines Rechts auf angemessenen Verkehr ein erweitertes Ferienbesuchsrecht von drei Ferienwochen im Jahr zu gewähren, aufzuteilen in zwei Wochen während der Sommerferien (am Stück) und eine Woche, die alternierend in ungeraden Jahren während der Frühlingsferien und in geraden Jahren während der Weihnachtsferien auszuüben sind. Während dieser Zeit ist der Gesuchsgegner berechtigt, die Kinder zu sich oder mit sich auf seine Kosten zu Besuch nehmen kann. Er sei zu verpflichten, die Modalitäten dieses Besuchsrechts jeweils mit Reisedaten mindestens zwei Monate vorher konkret anzukündigen. Auf ein weitergehendes Besuchsrecht sei zu verzichten.
4. Es sei dem Gesuchsgegner gerichtlich zu verbieten, das Besuchsrecht (einschliesslich Ferienbesuchsrecht) ausserhalb der Schweiz auszuüben, unter Androhung angemessener Zwangsmassnahmen im Widerhandlungsfall.
5. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, seine eigenen Reisedokumente (Identitätskarte, Pass, etc.) vor jeweiliger Ausübung des Besuchs- und Ferienrechts der Gesuchstellerin für die Ausübungsdauer auszuhändigen, unter Androhung angemessener Zwangsmassnahmen im Unterlassungsfall.

6. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Erziehung und Betreuung der Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ je CHF 1'500.-- zuzüglich Kinderzulagen ab Aufnahme und für die weitere Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
7. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin persönlich einen Trennungsunterhalt von CHF 3'055.-- ab Aufnahme und für die weitere Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu lasten des Gesuchsgegners.

In prozessualer Hinsicht stelle ich folgenden Antrag:

9. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag in Höhe von CHF 12'000.-- zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
10. Eventualiter sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend ab Rechtshängigkeit des Gesuchs zu gewähren und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

Rechtsbegehren des Gesuchsgegners anlässlich der Hauptverhandlung (Urk. 35 S. 1 f.):

- "1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen und davon Vormerk zu nehmen, dass sie seit dem 7. September 2015 getrennt leben.
2. Es seien die beiden gemeinsamen Kindern C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2010, unter die alleinige elterliche Obhut des Gesuchsgegners zu stellen und es sei ihm zu erlauben, die Kinder mit sich nach Athen zu nehmen und den Wohnsitz und Aufenthaltsort der Kinder nach Griechenland (Athen) zu verlegen.
3. Es sei der Gesuchstellerin ein tägliches telefonisches Kontaktrecht und ein erweitertes Besuchs- bzw. Ferienrecht auf eigene Kosten einzuräumen.
4. Es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin vorläufig mangels fehlender Einnahmenquellen keine Unterhaltszahlungen an die Kosten der Erziehung und des Unterhalts der Kinder zu leisten hat.
5. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Leistung eines Unterhaltsbeitrages des Gesuchsgegners an ihren persönlichen Unterhalt sei abzuweisen.
6. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Gesuchsgegner sei abzuweisen.
7. Alles - inkl. das Verfahren betreffend Vorsorglicher Massnahmen - unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt) zu Lasten der Gesuchstellerin.

Eventualanträge:

1. Bei Obhutszuteilung der Kinder an die Gesuchstellerin sei angesichts des ausländischen Wohnortes des Gesuchsgegners dieser berechtigt zu erklären, die Kinder C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2010, während den Schulferien für die Dauer von 6 Wochen im Jahr (davon jeweils zwingend 3 Wochen während den Sommerferien sowie jeweils maximal 2 zusammenhängende Wochen während den übrigen Ferien) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Darüber sei der Gesuchsgegner für berechtigt zu erklären, die Kinder in den geraden Kalenderjahren während den Weihnachtsschulferien für zwei Wochen auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.
2. Bei Obhutszuteilung der Kinder an die Gesuchstellerin sei der Gesuchsgegner berechtigt zu erklären, täglich maximal für die Dauer von jeweils 30 Minuten jeweils am Abend um 19.00 Uhr Schweizer Ortszeit mit seinen Kindern C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ telefonisch oder per Videotelefonie (Skype) in Kontakt zu treten.
3. Bei Obhutszuteilung der Kinder an die Gesuchstellerin sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, an die Kosten der Erziehung und des Unterhalts der Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ ab 1. November 2015 für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von je CHF 150.00 / Kind, total CHF 300.00 zzgl. allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu entrichten, zahlbar jeweils monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt) zu Lasten der Gesuchstellerin."

**Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 4. April 2016:**

(Urk. 62 = Urk. 70)

1. Den Parteien wird das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit 8. September 2015 getrennt leben.
3. Die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008 und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen.
4. Die Obhut über die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ wird für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zugeteilt.
5. Der Gesuchsgegner ist berechtigt und verpflichtet, wöchentlich jeweils an zwei Werktagen ungefähr ab 19.00 Uhr für etwa 30 Minuten und sonntags

ungefähr ab 18.00 Uhr für etwa 60 Minuten mit den Kindern C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ ungestört und grundsätzlich per Videotelefonie Kontakt aufzunehmen. Die Parteien sprechen sich mindestens 24 Stunden im Voraus über die Anrufe ab und nehmen dabei auf die Alltagsgestaltung des andern Elternteils sowie diejenige der Kinder Rücksicht. Die Gesuchstellerin hat alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, um diese Kontakte mittels Videotelefonie zu fördern.

Der Gesuchsgegner ist berechtigt und verpflichtet, die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ während vier Wochen in den Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen:

- Es wird dem Gesuchsgegner das Recht eingeräumt, die Kinder während der Sommerferien für die Dauer von zwei aufeinanderfolgenden Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.
- Es wird dem Gesuchsgegner das Recht eingeräumt die Kinder alternierend, in ungeraden Jahren während der Frühlingsferien und in geraden Jahren während der Weihnachtsferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Im Übrigen hat der Gesuchsgegner die gemeinsamen Ferien mit den Kindern jeweils mindestens drei Monate im Voraus anzumelden bzw. mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
  - a) Fr. 5'339.– pro Monat für den Zeitraum von 1. September bis 31. Oktober 2015, nämlich Fr. 1'000.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) für jedes Kind und Fr. 3'339.– für die Gesuchstellerin persönlich;
  - b) Fr. 325.– pro Monat für den Zeitraum von 1. November 2015 bis 31. Dezember 2015, nämlich Fr. 100.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) für jedes Kind und Fr. 125.– für die Gesuchstellerin persönlich;
  - c) Fr. 4'140.– pro Monat für den Zeitraum ab 1. Januar 2016 für die Dauer des Getrenntlebens, nämlich Fr. 1'000.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) für jedes Kind und Fr. 2'140.– für die Gesuchstellerin persönlich.

Allfällig bereits geleistete Unterhaltszahlungen des Gesuchsgegners können in Abzug gebracht werden.

7. Die eheliche Wohnung, ... [Adresse], wird für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung samt Möbeln und Inventar zugewiesen.
8. Die Entscheidgebühr (inkl. Massnahmeverfahren) wird festgesetzt auf:  
Fr. 4'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 375.– Dolmetscherkosten;  

---

**Fr. 4'375.– Total.**

---
9. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin zu zwei Fünftel (entsprechend Fr. 1'750.–) und dem Gesuchsgegner zu drei Fünftel (entsprechend Fr. 2'625.–) auferlegt, jedoch zufolge der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
10. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'200.– (inklusive 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
11. [Mitteilungssatz].
12. [Rechtsmittelbelehrung].

### **Berufungsanträge:**

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 69 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Affoltern vom 4. April 2016 aufzuheben und die Obhut über die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ für die weitere Dauer des Getrenntlebens dem Berufungskläger zuzuteilen mit Erlaubnis, die Kinder mit sich nach Athen zu nehmen und den Wohnsitz und Aufenthaltsort der Kinder nach Athen (Griechenland) zu verlegen. Der Berufungsbeklagten sei demzufolge ein angemessenes Kontaktrecht und ein erweitertes Ferienrecht auf eigene Kosten einzuräumen. Es sei festzustellen, dass die Berufungsbeklagte vorläufig mangels fehlender Einnahmequellen keine Unterhaltszahlungen an die Kosten der Erziehung und des Unterhalts der Kinder zu leisten hat.

2. Es sei Ziffer 6 lit. c des Urteils des Bezirksgerichtes Affoltern vom 4. April 2016 bei Obhutszuteilung der Kinder an den Berufungskläger aufzuheben; eventualiter sei der Berufungskläger für die Dauer des Getrenntlebens ab 1. Januar 2016 zu verpflichten, nur für die Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je CHF 150.-- / Kind, insgesamt CHF 300.00 zzgl. allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen.
3. Bei Gutheissung der Berufung seien die Ziffern 9 und 10 zu Lasten der Berufungsbeklagten neu festzusetzen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

prozessualer Antrag des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 69 S. 3):

"Es sei dem Berufungskläger auch für das Verfahren vor dem Obergericht die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sowie in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 75 S. 2):

- "1. Auf Ziffer 1 der Berufung sei nicht einzutreten. Eventualiter sei Ziffer 1 der Berufung abzuweisen.
2. Im Übrigen sei die Berufung des Berufungsklägers abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 4. April 2016 (EE150021-A) vollumfänglich zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsklägers."

prozessualer Antrag der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 69 S. 3):

"Es sei der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und die Person der Unterzeichnenden als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Parteien sind verheiratet und Eltern der beiden minderjährigen Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010. Mit Eingabe vom 3. Juli 2015 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

(fortan Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Affoltern und stellte die eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (Urk. 1). Am 21. Oktober 2015 wurde C. \_\_\_\_\_ durch die Vorinstanz angehört. Gleichentags fand die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 9 f.; S. 11 ff.). Mit Verfügung vom 26. November 2015 entschied die Vorinstanz über die von der Gesuchstellerin beantragten vorsorglichen Massnahmen und verpflichtete den Gesuchsgegner für die Dauer des Verfahrens zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen für die Kinder und die Gesuchstellerin persönlich. Darüber hinaus regelte die Vorinstanz für die Dauer des Verfahrens das Kontaktrecht zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern (Urk. 50). Betreffend den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 62 = Urk. 70 S. 7 f.). Am 4. April 2016 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Endentscheid (Urk. 70).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) am 18. April 2016 innert Frist Berufung mit den obgenannten Anträgen und stellte die Nachreichung von weiteren Beweismitteln in Aussicht (Urk. 69 S. 2 und S. 14 f.). Zeitgleich stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren (Urk. 69 S. 3). Mit Verfügung vom 9. Mai 2016 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 74), welche die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 23. Mai 2016 erstattete (Urk. 75). Zudem stellte auch sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 75 S. 2). Mit Verfügung vom 3. Juni 2016 wurde die Berufungsantwortschrift samt Beilagen der Gegenpartei zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 78). Mit Eingabe vom 9. Juni 2016 reichte der Gesuchsgegner die zusätzlich in Aussicht gestellten Beweismittel nach (Urk. 79, 80 und 81/11-14). Am 17. Juni 2016 nahm der Gesuchsgegner zur Berufungsantwort Stellung und legte abermals neue Urkunden ins Recht (Urk. 82, 83 und 84/1-5). Diese Stellungnahme sowie die nachgereichten Beweismittel vom 9. Juni 2016 wurden der Gesuchstellerin am 20. Juni 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 85). Die Gesuchstellerin liess sich daraufhin nicht mehr vernehmen.

3. Mit Verfügung vom 22. Juli 2016 wurde den Parteien förmlich mitgeteilt, dass kein weiterer Schriftenwechsel und keine Berufungsverhandlung durchge-

führt wird, weshalb das Berufungsverfahren spruchreif und somit in die Phase der Urteilsberatung übergegangen ist (Urk. 86). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (Urk. 1-68).

## II.

Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3, 6a und 6b sowie die Dispositiv-Ziffern 7 und 8 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. Ebenfalls nicht explizit angefochten hat der Gesuchsgegner die Dispositiv-Ziffer 5. Aus seinem Berufungsantrag Ziffer 1 geht jedoch hervor, dass der Gesuchsgegner ausdrücklich ein vom angefochtenen Urteil abweichendes Kontakt- und Ferienrecht beantragt (Urk. 69 S. 2). Dementsprechend ist davon auszugehen, dass auch Dispositiv-Ziffer 5 als mitangefochten gilt. Überdies hat das Gericht beim Entscheid über die Obhutszuteilung aufgrund der Officialmaxime und in Anwendung von Art. 275 Abs. 2 ZGB ohnehin von Amtes wegen den persönlichen Verkehr zu regeln.

## III.

1. Die Parteien lebten bis Mitte des Jahres 2012 in Griechenland, wo auch die beiden gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_ am tt.mm.2008 und D.\_\_\_\_\_ am tt.mm.2010 zur Welt kamen. In Griechenland waren beide Parteien erwerbstätig, weshalb die Betreuung der Kinder teilweise durch die Grosseltern sichergestellt wurde. Im Juni 2012 zogen die Parteien zusammen mit den beiden Kindern in die Schweiz, wo der Gesuchsgegner seit dem 1. Juli 2012 zuerst als "Senior Developer" und später als Projektmanager für die E.\_\_\_\_\_ AG arbeitete (Urk. 15/1; Urk. 70 S. 35). Nachdem die Gesuchstellerin am 3. Juli 2015 das vorliegende Eheschutzverfahren anhängig gemacht hatte, kündigte der Gesuchsgegner im August 2015 seinen Arbeitsvertrag und kehrte Ende September 2015 wieder nach

Griechenland zurück. Die Gesuchstellerin lebt zusammen mit den beiden Kindern nach wie vor in der Schweiz.

Über die genauen Beweggründe für den ursprünglichen Umzug in die Schweiz sowie über die Frage einer gemeinsam geplanten Rückkehr nach Griechenland sind sich die Parteien uneinig. Der Gesuchsgegner geht davon aus, dass der Aufenthalt in der Schweiz stets befristet war und die Parteien von Anfang an geplant hätten, wieder gemeinsam nach Griechenland zurückzukehren. Man sei in die Schweiz ausgewandert, um die schon vor 2012 auseinandergeliebte Ehe unter neuen Rahmenbedingungen wieder zusammenzuführen. Die Gesuchstellerin sei ebenfalls der Meinung gewesen, dass eine Rückkehr nach Griechenland und eine Trennung bzw. Scheidung in der Heimat wohl das Beste wäre. So habe die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner bis zuletzt glauben lassen, sie sei mit einer Rückkehr nach Griechenland einverstanden (Urk. 70 S. 31). Die Gesuchstellerin bringt demgegenüber vor, ein gemeinsamer Plan die Schweiz zu verlassen, um sich wieder in Griechenland niederzulassen, habe nie bestanden. Die Familie habe sich in der Schweiz sozialisiert und integriert. Die gemeinsam geplante Rückkehr nach Griechenland sei als reine Erfindung des Gesuchsgegners zu betrachten (Urk. 70 S. 31 f.).

2. Die Vorinstanz beliess in ihrem Eheschutzurteil die elterliche Sorge über die gemeinsamen Kinder beiden Parteien und teilte der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens die alleinige Obhut zu. Ein Umzug eines Elternteils ins Ausland könne die Zuweisung der alleinigen elterlichen Sorge an den betreuenden Elternteil notwendig machen, eine gemeinsame elterliche Sorge sei aber auch bei grenzüberschreitenden Eltern-Kind-Beziehungen grundsätzlich der Regelfall. Zudem erreiche ein allfälliger Konflikt zwischen den Parteien nicht das für eine ausnahmsweise Alleinzuteilung erforderliche Mass. Konkrete unüberwindbare Konflikte bezüglich der Kinderbelange seien sodann nicht aktenkundig – so die Vorinstanz weiter (Urk. 70 S. 14 f.).

Zur Frage der Obhutzuteilung stellte die Erstinstanz fest, dass an der Erziehungsfähigkeit der Parteien keine ernsthaften Zweifel bestünden und sie bezüglich ihrer Erziehungsfähigkeit als etwa gleich qualifiziert zu betrachten seien.

Seitdem die Parteien im Juni 2012 in die Schweiz gezogen seien, sei die Gesuchstellerin mehrheitlich für die Kinderbetreuung zuständig gewesen, da seither nur der Gesuchsgegner einer Vollzeitbeschäftigung nachgegangen sei. Die Kinder lebten nun schon seit Juni 2012, also rund vier Jahre in der Schweiz, womit sie hier mehr Zeit als in Griechenland verbracht hätten. Es sei demjenigen Elternteil der Vorzug zu geben, bei dem für die Kinder mit weniger einschneidenden Veränderungen zu rechnen sei. So verhalte es sich auch mit dem sozialen Umfeld der Kinder, auf das besonderes Gewicht zu legen sei. Die bisherigen Lebensumstände sollten nicht ohne Not verändert werden. Ein Wegzug nach Griechenland stelle eine grundlegende Veränderung im Leben der Kinder dar. Somit spreche das Kriterium der Kontinuität für einen Verbleib in der Schweiz. Zudem sei eine persönliche Betreuung zu bevorzugen und diese sei durch die Gesuchstellerin, welche nicht erwerbstätig sei und sich auch bisher um die Kinder gekümmert habe, gewährleistet (Urk. 70 S. 19 ff.).

Zum persönlichen Kontakt erwog die Vorinstanz, es erscheine unter der Berücksichtigung der Aufnahmefähigkeit und Belastbarkeit der Kinder angemessen, dem Gesuchsgegner zu gestatten, wöchentlich jeweils an zwei Werktagen ungefähr ab 19.00 Uhr für etwa 30 Minuten und sonntags ungefähr ab 18.00 Uhr für etwa 60 Minuten mit den Kindern ungestört und grundsätzlich per Videotelefonie Kontakt aufzunehmen. Zudem gestand sie dem Gesuchsgegner ein vierwöchiges Ferienrecht zu und regelte die entsprechenden Modalitäten (Urk. 70 S. 23 ff.).

Weiter regelte die Vorinstanz die Zuteilung der ehelichen Wohnung (Urk. 70 S. 27) sowie die Unterhaltsbeiträge an die Kinder und die Gesuchstellerin persönlich (Urk. 70 S. 27-48). Gemäss Erstinstanz sei vorliegend nicht bestritten, dass der Gesuchsgegner seinen Wohnsitz nach Griechenland verlegt habe und nun dort ein weitaus tieferes Einkommen erziele. Das Gericht erachte es als genügend glaubhaft gemacht, dass der Gesuchsgegner nun lediglich ein Einkommen von EUR 1'800.– erziele. Bereits im Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen (Urk. 50) habe das Gericht geprüft, ob es dem Gesuchsgegner möglich und zumutbar sei, ein höheres Einkommen zu erzielen. Auch der weitere Verlauf des Verfahrens habe nichts Neues hervorgebracht, wodurch von der bereits getroffe-

nen Beurteilung hätte abgewichen werden müssen. Vor diesem Hintergrund er-  
scheine es für den Gesuchsgegner möglich und zumutbar, in der IT-Dienstleis-  
tungsbranche wieder Fuss zu fassen. Zudem sei es für den Gesuchsgegner als  
möglich zu erachten, in die Schweiz zurückzukehren, um seine Leistungsfähigkeit  
auszuschöpfen. Unter Berücksichtigung einer kurzen Übergangsfrist sei dem Ge-  
suchsgegner bereits mit dem vorsorglichen Massnahmenentscheid vom 26. No-  
vember 2015 (Urk. 50) ab dem 1. Januar 2016 ein hypothetisches, in der Schweiz  
erzielbares Nettoeinkommen von Fr. 7'670.– angerechnet worden, von welchem  
auch heute noch für die Unterhaltsberechnung auszugehen sei (Urk. 70 S. 33 ff.).  
Entsprechend verpflichtete die Vorinstanz den Gesuchsgegner ab dem 1. Januar  
2016 zu monatlichen Unterhaltszahlungen von insgesamt Fr. 4'140.–, davon  
Fr. 1'000.– für jedes Kind und Fr. 2'140.– für die Gesuchstellerin persönlich  
(Urk. 70, Dispositiv-Ziffer 6c).

3. Der Gesuchsgegner ficht mit seiner Berufung die Obhutszuteilung und damit  
einhergehend das Kontakt- und Ferienrecht sowie die Unterhaltsregelung an. Er  
rügt vor Obergericht im Wesentlichen, dass die Vorinstanz die vom Gesuchsgeg-  
ner glaubhaft gemachten Tatsachen nicht berücksichtigt und somit den Sachver-  
halt unrichtig festgestellt habe. In den Kinderbelangen habe es die Vorinstanz  
überdies unterlassen, von Amtes wegen Beweise zu erheben, obschon dies an-  
gebracht und notwendig gewesen wäre (Urk. 69 S. 4). Entgegen der Auffassung  
der Vorinstanz, habe der Gesuchsgegner durch seinen Wegzug ins Ausland sein  
Recht auf Obhutsausübung nicht faktisch verwirkt. Es sei die Gesuchstellerin, die  
den unbeschwerten und freien Kontakt zwischen dem Gesuchsgegner und den  
Kindern nicht zulasse. Die Kinder würden von der Gesuchstellerin sodann auch in  
den Konflikt zwischen den Ehegatten miteinbezogen. Bereits hier habe die Vorin-  
stanz die Tatsachen falsch festgestellt bzw. unrichtig gewürdigt und auch keine  
weiteren Beweise erhoben. Die Vorinstanz habe fälschlicherweise auf die Ausfüh-  
rungen der Gesuchstellerin abgestellt, wonach die Kinder gut Deutsch sprechen  
würden und in der Schweiz integriert und bestens sozialisiert seien, obwohl es  
sich dabei lediglich um Parteibehauptungen handle (Urk. 69 S. 6 f.). Dass beide  
Kinder Probleme mit der deutschen Sprache hätten, gehe eindeutig aus den neut-  
ralen Beurteilungen der Lehrpersonen von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ hervor. Darüber

hinaus habe die Vorinstanz Kenntnis davon gehabt, dass C.\_\_\_\_\_ an Essstörungen gelitten habe, zumal dies auch die Gesuchstellerin erwähnt habe. Die Vorinstanz habe diesbezüglich erwogen, dass das Schreiben der Kinderärztin das Ernährungsproblem auf eine Störung in der Beziehung zur Mutter zurückführe. Zudem habe die Gesuchstellerin selbst ausgeführt, dass C.\_\_\_\_\_ sehr unter dem Wegzug des Vaters leiden würde. Das Gericht habe gestützt auf das Kindeswohl zu beurteilen und zu entscheiden, welchem Elternteil es die Obhut über die Kinder zuteile. Der Sachverhalt sei in diesem Punkt nicht ausreichend und richtig festgestellt worden und deshalb sei auch die Obhutzuteilung unrichtig erfolgt (Urk. 69 S. 7 f.).

Auch bei der Beurteilung der Kontinuität und Stabilität würdige die Vorinstanz die Tatsachen falsch – so der Gesuchsgegner weiter. So habe sie im vorliegenden Fall nicht festgestellt oder überprüft, inwiefern die Tatsache, dass die Gesuchstellerin für sich und die Kinder Sozialhilfe beziehe und deshalb ihren Aufenthaltsstatus in der Schweiz verlieren könnte, lebensnah sei. Der Verbleib der Kinder in der Schweiz sei somit nicht sicher. Das Kriterium der Kontinuität sei demzufolge bei der Gesuchstellerin nicht gegeben. Ferner verkenne die Vorinstanz, dass ein Umzug der Kinder zum Vater nach Athen vielmehr eine Rückkehr in ein gewohntes und familiäres Umfeld darstellen würde. Die Kinder würden Griechenland und ihre dort ansässigen Verwandten lieben, weshalb eine Rückkehr nach Griechenland mühelos zu bewerkstelligen wäre (Urk. 69 S. 10 f.).

Weiter sei die Tatsachenfeststellung der Vorinstanz willkürlich, wonach das gerichtlich verfügte Kontaktrecht zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner stattfinden und funktionieren würde. Die Vorinstanz halte selbst fest, dass der Gesuchsgegner weiterhin moniere, die Gesuchstellerin würde die Kontakte stören, indem sie mithöre und interveniere. Als Beleg dafür, dass die Gesuchstellerin keinen ungestörten Kontakt zulasse, listet der Gesuchsgegner in seiner Berufungsschrift über mehrere Seiten Vorfälle auf, bei denen er das Kontaktrecht nicht wie vorgesehen ausüben konnte. Als Beweismittel reicht der Gesuchsgegner Aufzeichnungen gewisser Gespräche ein und offeriert für jeden aufgelisteten Vorfall die eigene Parteibefragung bzw. Beweisaussage (Urk. 69 S. 14-19; Urk. 81/11-

14). Gestützt auf die gemachten Ausführungen und in Anbetracht der Gesamtwürdigung aller Kriterien sei die Obhut über die Kinder für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner zuzuteilen. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, um weitere Abklärungen vorzunehmen (Urk. 69 S. 19).

Für den Fall, dass das Gericht die Obhut nicht dem Gesuchsgegner zuteilen sollte, beanstandet dieser auch die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt im gerichtlich festgestellten Umfang. Er habe bereits vor Vorinstanz dargelegt, dass die Parteien gemeinsam eine Rückkehr nach Griechenland geplant hätten und die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens somit tatsächlich und rechtlich nicht zulässig sei. Der Sachverhalt sei seitens der Vorinstanz nicht korrekt festgestellt worden und zahlreiche wichtige Beweise und Indizien seien nicht berücksichtigt worden (Urk. 69 S. 19 f.). Die einseitige und gegen Treu und Glauben erfolgte Entscheidung der Gesuchstellerin, doch in der Schweiz zu bleiben, könne und dürfe nicht dem Gesuchsgegner angelastet werden und er könne nicht praktisch genötigt werden, hier zu bleiben bzw. in die Schweiz zurückzukehren, nur weil die Ehefrau den einseitigen Wunsch hege, in der Schweiz zu bleiben. Fakt sei, dass eine gemeinsame Rückkehr stets geplant gewesen sei. Die Gesuchstellerin habe das Gegenteil lediglich behauptet und nicht ansatzweise glaubhaft gemacht. Auch hier seien die ins Recht gelegten Beweise falsch bzw. nicht gewürdigt worden. Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner kein hypothetisches Einkommen anrechnen dürfen.

4. Die Gesuchstellerin beantragt ihrerseits die vollumfängliche Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids (Urk. 75 S. 2). Zur Untermauerung ihrer Standpunkte beantragt auch sie mehrmals ihre Parteibefragung (Urk. 75 S. 10, 11, 14, 15 und 23). Die Gesuchstellerin macht vor Obergericht im Wesentlichen geltend, beide Kinder seien nun schon vier Jahre in der Schweiz und damit länger, als sie je in Griechenland gewohnt hätten. Seit dem Umzug in die Schweiz würden beide Kinder voll von der Gesuchstellerin betreut werden, die ihre Erwerbstätigkeit deshalb aufgegeben habe. Beide Kinder seien mittlerweile – auch sprachlich – gut integriert und sozialisiert. Unter dem Gesichtspunkt der Kontinuität und Stabilität der

Verhältnisse sowie der persönlichen Betreuung durch einen Elternteil sei ein Verbleib der Kinder in der Schweiz unter der Betreuung der Mutter daher ein zentrales Anliegen. Die Kommunikation mit dem Gesuchsgegner sei schwierig, da dieser vernünftiges Reden und Handeln verunmögliche. Er bedränge die Kinder mit Telefongesprächen, selbst wenn diese nicht wollten. Beide Kinder würden unter dem plötzlichen Wegzug des Vaters leiden, was einem Verlassenwerden gleichkomme. Sie hätten daher Mühe, eine scheinbar unbefangene Kommunikation mit dem Vater aufrechtzuerhalten. Jegliches kindliche Zögern interpretiere der Gesuchsgegner als Verweigerung seitens der Gesuchstellerin, was nicht den Tatsachen entspreche (Urk. 75 S. 7).

Die Gesuchstellerin bestreitet, dass die Vorinstanz notwendige Nachforschungen unterlassen und die angebotenen Beweise falsch gewürdigt habe. Das erstinstanzliche Gericht habe die Beweise geprüft, gewürdigt und gewichtet und seinen Erkenntnisweg zur Obhutszuteilung ausführlich dargestellt. Der Gesuchsgegner trage nicht im Einzelnen vor, welche Beweisofferten willkürlich oder unvollständig gewertet worden seien. Was der Gesuchsgegner ausführen lasse, sei sinngemäss, dass er mit der Beweiswürdigung unzufrieden sei, weil das Gericht ihm nicht geglaubt habe (Urk. 75 S. 8 f.).

Ferner bestreitet die Gesuchstellerin, dass sie die Telefongespräche zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern stören würde. Richtig sei vielmehr, dass die Kinder selbst die Gespräche mehr und mehr verweigern würden, woraufhin die Gesuchstellerin diese motiviere, wenigstens sitzenzubleiben und nicht sogleich davonzulaufen. Das Verschwinden des Gesuchsgegners ohne vorgängigen Abschied und Ankündigung habe besonders bei C.\_\_\_\_\_ tiefe Wunden hinterlassen. C.\_\_\_\_\_ weigere sich seither oft, mit dem Vater via Bildschirm zu kommunizieren. Zudem setzte der Gesuchsgegner die Kinder anlässlich der Telefonate regelmässig unter Druck und nutze diese Gespräch dazu, den Kindern von Griechenland vorzuschwärmen, um diese zu sich zu locken, was den bereits bestehenden Loyalitätskonflikt nur immer weiter verstärken würde (Urk. 75 S. 10 f.).

Zu den vom Gesuchsgegner vorgebrachten Vorfällen im Zusammenhang mit den Telefongesprächen bringt die Gesuchstellerin vor, dass sich der Gesuchs-

gegner bei den Videotelefonaten immer wieder von anderen Personen eskortieren lasse. Die Gesuchstellerin habe ihm bereits mitgeteilt, dass dies die Kinder überfordern würde und er alleine mit den Kindern reden solle. Weiter sei darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsgegner durch das Aufzeichnen der Gespräche den Tatbestand des Art. 179<sup>ter</sup> StGB erfüllt und sich somit strafbar gemacht habe. Daraus folge ein grundsätzliches prozessuales Verwertungsverbot im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO. Schliesslich bestreitet die Gesuchstellerin erneut, dass sie die Ursache dafür sei, dass die Kinder regelmässig nicht mit dem Vater reden wollten und dass sie die Telefonkontakte erschweren oder blockieren würde (Urk. 75 S. 15 f.).

Zur Obhutszuteilung führt die Gesuchstellerin aus, die Vorinstanz habe die Tatsache, dass der Gesuchsgegner die Familie verlassen habe und sich weigere, seine Verantwortung für die Folgen in finanzieller und sozialer Hinsicht zu tragen, richtigerweise als "faktische Verwirkung seines Obhutsrechts" bezeichnet. Der Gesuchsgegner habe durch sein Verhalten gezeigt, dass ihm sein Wohl wichtiger sei als alles andere. Es sei offensichtlich, dass die Sozialisation der Kinder mehrheitlich in der Schweiz stattgefunden habe und dass D.\_\_\_\_\_ bereits doppelt so lange in der Schweiz lebe als sie in Griechenland gelebt habe. Die Kinder besuchten Schule und Kindergarten in der Schweiz und hätten hier ihre Freunde. Unter dem Gesichtspunkt der Kontinuität und Stabilität sei daher sowohl in örtlicher wie in sozialer Hinsicht der Verbleib bei der Gesuchstellerin in der Schweiz angezeigt. Abschliessend sei die Vorinstanz zu einem nachvollziehbaren Schluss gekommen, wonach an der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin nicht zu zweifeln sei (Urk. 75 S. 17 ff.).

Letztlich bestreitet die Gesuchstellerin, dass sie Sozialhilfe beziehen würde. Sie finanziere ihren Lebensunterhalt mit den ihr zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen, welche sie einerseits als Alimenterbevorschussung, andererseits von den Sozialbehörden unter Zession ihres Unterhaltsanspruchs erhalte. Von Sozialhilfe könne keine Rede sein. Es handle sich nur um eine Inkassohilfe (Urk. 75 S. 20).

Bezüglich Unterhaltsberechnung wiederholt die Gesuchstellerin, dass der Gesuchsgegner seinen Entscheid, nach Griechenland zurückzukehren, einseitig

und als Reaktion auf das Eheschutzbegehren getroffen habe und dass es keinen gemeinsamen Plan zur Rückkehr gegeben habe. Der Gesuchsgegner habe diesen Schritt unternommen, nachdem er gewusst habe, dass die Gesuchstellerin hierzulande ihre Rechte einfordere. Er könne also nicht im Glauben an einen gemeinsamen Rückkehrplan gehandelt haben (Urk. 75 S. 21 f.).

5.1. Beide Parteien beantragen im Berufungsverfahren die Parteibefragung zur Untermauerung ihrer Standpunkte. Bereits vor Erstinstanz haben beide Parteien die Parteibefragung an zahlreichen Stellen explizit als Beweismittel offeriert (Urk. 33 S. 5, 6, 9-16, 18, 22 und 25; Urk. 35 S. 23, 26, 28, 29, 31 und 32; Urk. 46 S. 3 Rz. 3; Urk. 54 S. 3 oben). Ein Blick in das vorinstanzliche Protokoll zeigt, dass die an der Hauptverhandlung anwesenden Parteien von der Vorinstanz überhaupt nicht persönlich befragt wurden (Prot. I S. 11-18). Auch finden sich in den übrigen Vorakten keine Hinweise auf eine gerichtliche Anhörung der Parteien.

5.2. Das Eheschutzverfahren ist – von klaren und unbestrittenen Verhältnissen abgesehen – mündlich und die Parteien haben persönlich zu erscheinen (Art. 273 Abs. 1 und 2 ZPO). Nebst den Urkunden dienen daher die Parteiverhöre in erster Linie als Beweismittel (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., 2016, Art. 273 N 9). In aller Regel kann auf die direkte mündliche Parteibefragung zur Klärung des Sachverhalts und zur Anordnung der verschiedenen Massnahmen nicht verzichtet werden (Sutter-Somm/Hostettler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., 2016, Art. 273 N 6 m.w.H.). Sind Anordnungen über Kinder zu treffen, ergibt sich die Pflicht zur Anhörung der Eltern direkt aus Art. 297 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 296 Abs. 1 ZPO. Erst der direkte Kontakt ermöglicht dem Gericht, einen persönlichen Eindruck von den Parteien zu erhalten, und dient der Prozessbeschleunigung, was dem Charakter des summarischen Verfahrens entspricht (vgl. Sutter-Somm/Hostettler, a.a.O., Art. 273 N 5). Eine Parteibefragung ist in der Regel auch deshalb zweckmässig, weil die Parteien meist mehr wissen, als sich aus den Vorträgen ihrer Anwälte ergibt. Die Pflicht zur Anhörung der Eltern dient folglich einerseits der Sachverhaltsfeststellung und ist in Kinderbelangen eine Konsequenz der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime. Andererseits wird damit ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Eltern konkretisiert. Dadurch werden

in einem besonders delikaten Bereich erhöhte Anforderungen an das rechtliche Gehör gestellt. Die Pflicht zur persönlichen Anhörung gehört ausserdem zum schweizerischen *ordre public* (BSK ZPO-Steck, 2. A., 2013, Art. 297 N 5 m.w.H.). Anzuhören sind die Eltern persönlich, nicht nur ihre Vertreter (BSK ZPO-Steck, a.a.O., Art. 297 N 10). Es ist somit generell von einem Obligatorium der Anhörung der Parteien im strittigen Eheschutzverfahren auszugehen (*OGer ZH LE150044 vom 09.10.2015, E. III./5.2.1; OGer ZH LE140020 vom 20.11.2014, E. II./3.1; OGer ZH LE130028 vom 26.11.2013, E. II./3.4.a*). Dies gilt umso mehr, wenn die Parteien die eigene Befragung explizit als Beweismittel offerieren. Unterbleiben darf die Anhörung eines Elternteils höchstens bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit (beispielsweise wegen unbekanntem Aufenthalts, Urteilsunfähigkeit, Krankheit; BK ZPO II-Spycher, Art. 297 N 10; vgl. Art. 273 Abs. 2 ZPO). Allenfalls ist die obligatorische Anhörung in solchen Fällen umständehalber ausnahmsweise schriftlich durchzuführen (BSK ZPO-Steck, a.a.O., Art. 297 N 12). Ein Verzicht auf Anhörung durch die Eltern kommt grundsätzlich nicht in Frage (BSK ZPO-Steck, a.a.O., Art. 297 N 15).

5.3. Darüber hinaus ist die Bedeutung der im Bereich der Kinderbelange geltenden sog. uneingeschränkten Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO besonders hervorzuheben. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um die prozessrechtliche Grundnorm zur Ermittlung des Sachverhalts bezüglich der Kinderbelange. Das Gericht hat auch ohne Parteiantrag sämtliche Tatsachen, die für die Anordnung über die Kinder von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu ermitteln. Wegleitend ist die Erkenntnis, dass in den familienrechtlichen Angelegenheiten für die Kinder ein "verstärktes Bedürfnis nach Schutz" und "ein erhöhtes Interesse an der materiellen Wahrheit besteht, deren Findung gefördert werden soll" (BGE 118 II 93 E. 1a; BSK ZPO-Steck, a.a.O., Art. 296 N 3). Das Gericht ist dabei nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, alle nötigen Abklärungen zu treffen. Das Gericht muss daher – unabhängig von Kostenüberlegungen oder Arbeitsbelastung – jede Sachverhaltsabklärung vornehmen, die notwendig oder geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu erstellen. Das Gericht hat insbesondere durch Befragung der Parteien nachzuprüfen, ob ihre Vorbringen und Beweisofferten vollständig sind (Schweighauser, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., Art. 296 N 11 m.w.H.;

BSK ZPO-Steck, a.a.O., Art. 296 N 12). Als Beweismittel zur "Erforschung" des Sachverhalts zu nennen sind in erster Linie die persönliche Befragung der Eltern und (je nach Alter) der Kinder (vgl. Art. 297 ZPO) sowie die förmliche Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO (*OGer ZH LE150044 vom 09.10.2015, E. III./5.2.1*). Denkbar sind jedoch auch diverse andere Beweiserhebungen (Befragung von Lehr- oder Vertrauenspersonen, Abklärungsberichte von Fachpersonen, Gutachten, angeordnete Beratungen, Beizug eines Sachverständigen etc.). Dabei sind die Gerichte gemäss ausdrücklicher Bestimmung nicht an die Beweismittel der Zivilprozessordnung gebunden (Art. 168 Abs. 2 ZPO; sog. Freibeweis). Das Gericht kann deshalb "nach eigenem Ermessen auf unübliche Art Beweise erheben und von sich aus Berichte einholen" (BGE 122 I 53 E. 4a). Das Gericht entscheidet zudem ohne Bindung an die Parteianträge (sog. *Offizialmaxime*; Art. 296 Abs. 3 ZPO).

5.4. Vorliegend hat die Vorinstanz die Parteien insbesondere nie zu den Kinderbelangen befragt. Dessen ungeachtet stellt sie fest, dass konkrete unüberwindbare Konflikte bezüglich den Kinderbelangen nicht aktenkundig seien. Es sei nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen, dass ein Elternteil in abstrakter Weise auf einen Konflikt hinweisen und daraus einen Anspruch auf Alleinsorge ableiten könne (Urk. 70 S. 15). Eine Befragung zu den vorgebrachten Konflikten hat die Vorinstanz jedoch nicht durchgeführt. Weiter hält die Vorinstanz fest, der Gesuchsgegner moniere zwar, dass die Gesuchstellerin die Kontakte zu den Kindern störe. Es scheine jedoch so, als würde die gerichtlich verfügte Kontaktregelung weitestgehend funktionieren (Urk. 70 S. 22). Persönliche Aussagen des Gesuchsgegners zum streitgegenständlichen Kontaktrecht fehlen dabei gänzlich. Ferner erwägt die Vorinstanz, dass die Ereignisse seit November 2014 keine klaren Schlüsse auf eine (vereinbarte) Rückkehr nach Griechenland zulassen würden. Vielmehr scheine es so, als sei es der einseitige Wunsch des Gesuchsgegners gewesen, die Schweiz zu verlassen. Der Gesuchsgegner habe jedenfalls nicht glaubhaft machen können, dass konkrete Pläne bestanden hätten oder Vorkehrungen getroffen worden seien, gemeinsam nach Griechenland zurückzukehren (Urk. 70 S. 33). Um seiner Glaubhaftmachungspflicht nachzukommen, hat der Gesuchsgegner zur Frage der gemeinsamen Rückkehrpläne nach Griechenland

explizit seine eigene Parteibefragung offeriert (Urk. 35 S. 31 f.). Betreffend das hypothetische Einkommen des Gesuchsgegners hielt die Vorinstanz schliesslich fest, es sei unbekannt, welche Ausbildung der Gesuchsgegner in Griechenland absolviert habe. Aufgrund seiner Karriereentwicklung in der Schweiz könne jedoch davon ausgegangen werden, dass er über ein ausgezeichnetes Fachwissen im Informatikbereich verfüge sowie auch Managementqualitäten aufweise (Urk. 70 S. 34 f.). Weshalb die Vorinstanz den Gesuchsgegner nicht zu seiner Ausbildung bzw. zu seinem beruflichen Werdegang befragt hat, ist nicht nachvollziehbar. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens in der festgestellten Höhe sowie die Festlegung einer derart kurzen Übergangsfrist erscheint unter diesen Umständen zumindest fraglich.

5.5. Nach dem Gesagten stellte die Vorinstanz den Sachverhalt in einem wesentlichen Teil unvollständig fest und verletzte insbesondere das Recht der Parteien auf Beweis, indem sie das zentrale, gesetzlich vorgeschriebene und von den Parteien offerierte Beweismittel der Parteibefragung nicht abgenommen hat. Die im Rahmen der Befragung gemachten Aussagen der Parteien stellen ein zulässiges Mittel der Glaubhaftmachung von Parteivorbringen dar. Das Recht auf Beweis bildet das Korrelat zur Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast. Indem zu den umstrittenen Kinderbelangen keine Parteibefragung stattgefunden hat, wurde den Parteien die Möglichkeit verwehrt, ihrer Glaubhaftmachungspflicht nachzukommen. Der Vorwurf der Vorinstanz, der Gesuchsgegner sei seiner Glaubhaftmachungspflicht nicht nachgekommen, erscheint vor dem Hintergrund, dass der Gesuchsgegner die Parteibefragung mehrfach beantragt hat, aber dennoch nicht angehört wurde, als stossend.

Die Vorinstanz wird jedenfalls eine Anhörung gemäss Art. 297 Abs. 1 ZPO und allenfalls auch eine Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO durchzuführen haben. Alsdann wird sie zu entscheiden haben, ob das Verfahren spruchreif ist oder ob weitere Beweissmassnahmen zu treffen sind. Immerhin liegt beispielsweise ein Schreiben der Kinderärztin Dr. F. \_\_\_\_\_ vom 26. November 2015 vor, aus welchem hervorgeht, dass die frühkindlichen Ernährungsprobleme von C. \_\_\_\_\_ auf eine Störung in der Beziehung zu seiner Mutter zurückzuführen seien (Urk. 55/1).

In diesem Zusammenhang führt die Vorinstanz aus, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen der Essstörung und der angeblich strengen Erziehung bzw. Vernachlässigung durch die Mutter nicht schlüssig rekonstruiert werden könne. Dafür würden einschlägige ärztliche Berichte fehlen und das eingereichte Schreiben sei nicht beglaubigt übersetzt worden (Urk. 70 S. 18). Sofern im Rahmen der unbeschränkten Untersuchungsmaxime entscheidere Hinweise bezüglich die Kinderbelange vorliegen, hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und die notwendigen Beweismittel auch ohne Parteiantrag abzunehmen (vgl. vorstehend E. 5.3). Die Vorinstanz wird demgemäss zu prüfen haben, ob auf weitere Beweisabnahmen tatsächlich verzichtet werden kann.

5.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verfahren nicht spruchreif ist. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., Art. 318 N 35). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt keine Anhörung bzw. Befragung der Parteien stattgefunden hat und die Berufungsinstanz daher durch eine nachträgliche Parteibefragung im Rechtsmittelverfahren faktisch die Aufgabe der Vorinstanz wahrnehmen würde. Hinzu kommt, dass im Falle einer umfassenden Parteibefragung durch die Berufungsinstanz diese faktisch als erste Instanz über wichtige Tatfragen entscheiden würde und die Parteien im Ergebnis eine Instanz verlieren würden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine Rückweisung des Entscheids an die Vorinstanz zwecks Vervollständigung des Sachverhalts (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

Da die Unterhaltsbeiträge wie auch die Kontaktregelung massgeblich von der Obhutszuteilung abhängen, erübrigen sich hierzu weitere Ausführungen.

5.7. Nach dem Gesagten sind die Dispositiv-Ziffern 4, 5, 6c) sowie 9 und 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 4. April 2016 aufzuheben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts gemäss den vorstehenden Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### IV.

1. Zuzolge Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind daher zwar für das Berufungsverfahren Gerichtskosten festzusetzen, doch der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen ist dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Da das Verfahren nicht abgeschlossen wird, ist die Entscheidgebühre für das Berufungsverfahren in Anwendung der §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b, 8 Abs. 1 und 12 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

2. Schliesslich sind die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu beurteilen. Eine gesuchstellende Partei hat dann Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Es besteht zudem ein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der gesuchstellenden Partei notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

3. Die Vorinstanz hat beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (Urk. 70 S. 53). Ihre finanzielle Situation hat sich seither nicht verbessert. Der Gesuchsgegner lebt und arbeitet nach wie vor in Griechenland, wo er ein Einkommen von rund EUR 1'800.– erzielt. Es ist offensichtlich, dass er mit diesem Einkommen nicht in der Lage ist, den gesamten Unterhalt der Familie zu decken. Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes ist die Anrechnung fiktiver (bzw. hypothetischer) Einkommen und Vermögen zur Beurteilung der Mittellosigkeit nicht zulässig (Emmel, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., Art. 117 N 5). Die Gesuchstellerin ihrerseits ist nicht erwerbstätig und lebt einzig von den ihr zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen, welche der Gesuchsgegner derzeit nicht zu bezahlen vermag. Entsprechend wird die Gesuchstellerin von den Sozialbehörden unterstützt. Nach dem Gesagten und mit Verweis auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 70 S. 50 ff.) sind beide Parteien als mittellos zu betrachten und bedür-

fen – auch für das Berufungsverfahren – eines Rechtsvertreters. Ihre Standpunkte im Berufungsverfahren waren sodann nicht als im armenrechtlichen Sinn aussichtslos anzusehen. Es ist daher für das Berufungsverfahren beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3, 6a und 6b sowie die Dispositiv-Ziffern 7 und 8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 4. April 2016 (EE150021-A) in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.  
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.  
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Dispositiv-Ziffern 4, 5, 6c) sowie 9 und 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 4. April 2016 (EE150021-A) werden aufgehoben und die Sache wird zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
6. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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, 18. August 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:

kt