

# ZH\_OBERGERICHT LE160026 vom 18. August 2016

ZH Obergericht, 2016-08-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE160026](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE160026)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE160026 du 18 août 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LE160026 del 18 agosto 2016

## Erwägungen

### E. 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

- 9 - (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).

### E. 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.

### E. 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 Gesuchsgegner glaubhaft gemachten

Tatsachen nicht berücksichtigt und somit den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe. In den Kinderbelangen habe es die Vorinstanz überdies unterlassen, von Amtes wegen Beweise zu erheben, obschon dies angebracht 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 Vorinstanz die Tatsachen falsch festgestellt bzw. unrichtig gewürdigt und auch keine weiteren Beweise erhoben. Die Vorinstanz habe fälschlicherweise auf die Ausführungen 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 neutralen Beurteilungen der Lehrpersonen von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ hervor. Darüber

- 14 - 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-

- 15 - 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.

#### **E. 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

- 16 - 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 Gespräche 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-

- 17 - 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. 179ter 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 Alimentenbevorschussung, 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

- 18 - 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

- 19 - 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.;

- 20 - 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. Oficialmaxime; 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

- 21 - 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 Beweismassnahmen 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).

- 22 - 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 entscheidrelevante Hinweise bezüglich die Kinderbelange vorliegen, hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und die notwendigen Beweismittel auch ohne Parteienantrag 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.

- 23 - IV. 1. Zuzufolge 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 Entscheidgebühr 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 bedürfen – 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:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.