

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE140037-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die
Oberrichterinnen Dr. M. Schaffitz und Dr. D. Scherrer sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss und Urteil vom 5. Januar 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 27. Juni 2014 (EE140009-I)**

Rechtsbegehren (Urk. 4/20 S. 2):

- "1. Die Ferienwohnung an der Via C. _____ ..., ... [Adresse] sei der Klägerin samt Hausrat und Mobiliar ab dem 15. Mai 2014 bis zum Bezug einer Mietwohnung zur alleinigen Benützung zuzuteilen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, sämtliche Schlüssel der Ferienwohnung an der Via C. _____ ..., ... [Adresse], der Klägerin für die Dauer der alleinigen Benutzung auf erstes Verlangen an diese auszuhändigen sowie der Herausgabe des Schlüssels der Ferienwohnung, welcher sich im Besitze von D. _____ befindet, an die Klägerin zuzustimmen.
3. Dem Beklagten sei gestützt auf Art. 28b ZGB zu verbieten,
 - mit der Klägerin Kontakt aufzunehmen, namentlich auf persönlichem, telefonischem, schriftlichem, elektronischem Weg (SMS, Mail, etc.) oder über Dritte
 - sich ihr anzunähern und sich im Gebiet zwischen Via ..., Via ..., ..., Via ... aufzuhalten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchstellers."

Massnahmeentscheid des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 27. Juni 2014 (Urk. 4/42 = Urk. 2):

1. Die Ferienwohnung an der Via C. _____ ..., ... [Adresse] samt Hausrat und Mobiliar wird der Klägerin für die weitere Dauer des Getrenntlebens resp. bis zum Bezug einer Mietwohnung zur alleinigen Benützung zugewiesen.
2. Die klägerischen Anträge auf Übergabe sämtlicher sich in seinem Besitz befindlichen Schlüssel der Ferienwohnung durch den Beklagten sowie auf Zustimmung des Beklagten der Herausgabe des sich im Besitz von D. _____ befindlichen Schlüssels der Ferienwohnung werden als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Dem Beklagten wird verboten, mit der Klägerin Kontakt aufzunehmen, namentlich auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg (per SMS, per E-Mail etc.) oder durch Drittpersonen aufnehmen zu lassen.
4. Dem Beklagten wird zudem die Auflage erteilt, sich im Falle einer zufälligen Begegnung mit der Klägerin sofort auf eine Distanz von mindestens 100 Metern von ihr zu entfernen (Annäherungsverbot) und für die weitere Dauer des Getrenntlebens resp. bis zum Bezug einer Mietwohnung durch die Klägerin die Ferienwohnung bzw. Liegenschaft an der Via C. _____ ..., ... [Adresse] nicht zu betreten (Rayonverbot).

5. Befolgt der Beklagte das Kontaktverbot sowie die Auflage gemäss den vorstehenden Dispositivziffern 3 und 4 nicht, so wird er vom Strafrichter wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) mit einer Busse bis zu Fr. 10'000.– bestraft.
6. Im Übrigen wird das Massnahmebegehren der Klägerin vom 8. Mai 2014 abgewiesen.
7. Die unter den Ziffern 3 und 4 der vorliegenden Verfügung angeordneten Rayon-, Annäherungs- und Kontaktverbote bleiben bis zum Erlass eines weiteren Entscheids in Kraft.
8. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
9. [Schriftliche Mitteilung]
10. [Rechtsmittelbelehrung (Berufung, Frist 10 Tage)]

Berufungsanträge:

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

- "1. Die Zuweisung der Ferienwohnung an der Via C. _____ ..., ... [Adresse], inkl. Hausrat und Mobiliar an die Klägerin zur alleinigen Benützung gemäss Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 27. Juni 2014 (BG Uster, Geschäfts-Nr. EE140009) sei wie folgt zu befristen: "für die weitere Dauer des vorliegenden Eheschutzverfahrens resp. bis zum Bezug einer Mietwohnung".
2. Es seien die Dispositiv-Ziffern 3, 4, 5 und 7 gemäss Verfügung vom 27. Juni 2014 (BG Uster, Geschäfts-Nr. EE140009) vollständig aufzuheben.

Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 7 dahingehend abzuändern, dass die gemäss Ziff. 3, 4 und 5 angeordneten Rayon-, Annäherungs- und Kontaktverbote bis zum Erlass eines weiteren Entscheids, längstens aber für die Dauer des vorliegenden Eheschutzverfahrens in Kraft bleiben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zu Lasten der Klägerin / Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 12 S. 2):

"Die Berufung des Berufungsklägers / Beklagten sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsklägers / Beklagten vollumfänglich abzuweisen."

Erwägungen:

I.

1. Am 23. Januar 2014 machte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) ein Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 4/1). Mit Eingabe vom 8. Mai 2014 stellte sie ein Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen mit den vorstehend aufgeführten Anträgen (Urk. 4/20 S. 2), welche von der Vorinstanz mit Verfügung vom 12. Mai 2014 zunächst superprovisorisch und hinsichtlich der Zuweisung der Ferienwohnung und der Schlüsselherausgabe vollumfänglich, hinsichtlich der Anordnung der Kontakt-, Annäherungs- und Ra-
yonverbote teilweise gutgeheissen wurden (Urk. 4/22). Nach Eingang der Stellungnahme des Beklagten und Berufungsklägers (fortan Beklagter) am 5. Juni 2014 (Urk. 4/34) erliess die Vorinstanz sodann die angefochtene Verfügung vom 27. Juni 2014 mit den eingangs wiedergegebenen Massnahmen (Urk. 4/42, Urk. 2).

2. Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 11. Juli 2014 innert Frist Berufung mit den vorstehend aufgeführten Anträgen (Urk. 1 S. 2). Nach fristgerechtem Eingang des mit Verfügung vom 21. Juli 2014 eingeholten Kostenvorschusses (Urk. 5, 6), erstattete die Klägerin mit Eingabe vom 12. August 2014 ihre Berufungsantwort, mit welcher sie auf Abweisung der Berufung schloss (Urk. 12 S. 2). Diese Rechtsschrift wurde am 19. August 2014 an den Vertreter des Beklagten versandt und am 20. August 2014 von ihm in Empfang genommen (Urk. 15). Ebenfalls mit Eingabe vom 19. August 2014, hierorts eingegangen am 20. August 2014, gab der Rechtsvertreter des Beklagten dem Gericht seine Mandatsniederlegung bekannt (Urk. 16, Poststempel Briefumschlag). Mit Schreiben vom 7. September 2014 ersuchte der Beklagte um Gewährung einer Fristerstreckung zur Einreichung einer Stellungnahme zur Berufungsantwort (Urk. 17A+B). Ein Antwortschreiben an ihn erging am 9. September 2014 (Urk. 18). Auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft See / Oberland (Urk. 8-11) wurden ihr die Prozessakten zur Einsichtnahme zugestellt. Am 12. Dezember 2014 erfolgte eine unerbetene Eingabe der Klägerin, welche dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt

wurde (Urk. 19, 20). Die Sendung wurde vom Beklagten auf der Post nicht abgeholt und gilt als am 24. Dezember 2014 zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; Urk. 22).

3. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang ihrer Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 2 (Abschreibung der Anträge auf Schlüsselherausgabe), 6 (Abweisung der übrigen Massnahmebegehren) und 8 (Regelung Kostenfolgen im Endentscheid) des vorinstanzlichen Massnahmeentscheides blieben unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

4. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Der im vorliegenden Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO) ändert daran nichts, hat doch das Bundesgericht für der Untersuchungsmaxime unterstehende Verfahren eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO abgelehnt und einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO für massgebend erklärt (BGE 138 III 626 f. E. 2.2.). Sofern eine Partei rügt, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet, ist die Geltendmachung unechter Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können, ausnahmsweise zulässig (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 1214 und 2414 f.).

5. Die Berufungsantwort wurde dem Rechtsvertreter des Beklagten am 20. August 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 15). Der Beklagte liess demnach 18 Tage verstreichen, bis er mit Schreiben vom 7. September 2014 um Er Streckung resp. wohl vielmehr Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Stellungnahme ersuchte (Urk. 17A+B). Angesichts dieser Zeitspanne kann sein Antrag in einem Summarverfahren nicht mehr als umgehend gestellt gelten, was jedoch gemäss konstanter Bundesgerichtsrechtsprechung Voraussetzung für dessen Rechtzeitigkeit ist (vgl. BGE 138 I 484 E. 2.2., BGer 4A_215/2014, Urteil vom 18.9.2014, E. 2.1. f.). Daran ändert eine allfällige spätere Weiterleitung der

Rechtsschrift an ihn aufgrund der Mandatsniederlegung seines Rechtsvertreters nichts, ist doch die rechtsgenügende Zustellung an seinen Rechtsvertreter vom 20. August 2014 fristauslösend und somit allein ausschlaggebend für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit. Weitere Vorbringen des Beklagten - vorbehältlich echter Noven gemäss Art. 317 ZPO - wären mithin verspätet erfolgt, weshalb von einer Fristansetzung zur Stellungnahme abgesehen wurde.

6. Die Berufungsbegründung hat in der Berufungsschrift selbst enthalten zu sein und kann nicht durch Ausführungen im erstinstanzlichen Verfahren ersetzt werden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1.). Verweise in den Rechtsschriften auf Eingaben vor Vorinstanz und deren Erklärung zum "integralen Bestandteil" (Urk. 1 S. 11) sind mithin unbehelflich.

II.

1. Die Vorinstanz hielt die Voraussetzungen für den Erlass von Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit der Klägerin gegen häusliche Gewalt als genügend glaubhaft dargetan, da für deren Vorhandensein eine grössere Wahrscheinlichkeit spreche. Sie stützte sich auf die unbestrittenermassen vorgefallenen tätlichen Auseinandersetzungen zwischen den Parteien, den unbestrittenen Polizeieinsatz sowie die stationäre Behandlung der Klägerin in der Privatklinik Hohenegg (Urk. 2 S. 5 f.). Sodann seien die Interessen der Klägerin an der Zuweisung der Ferienwohnung höher zu gewichten als diejenigen des Beklagten. Entsprechend wies sie der Klägerin vorsorglich die Ferienwohnung der Parteien samt Hausrat und Mobiliar für die weitere Dauer des Getrenntlebens resp. bis zum Bezug einer Mietwohnung zur alleinigen Benützung zu. Ferner erliess sie Kontakt-, Annäherungs- und Rayonverbote, welche bis zum Erlass eines weiteren Entscheids in Kraft bleiben (Urk. 2 S. 7 ff., Dispositiv-Ziffern 1, 3-5 und 7).

2. Regelungsmassnahmen wie die vorliegenden, welche eine vorläufige Friedensordnung herstellen sollen, können nach in der Lehre vertretener Auffassung unter den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 261 ff. ZPO grundsätzlich auch im Eheschutzverfahren als vorsorgliche Massnahmen erlassen werden (vgl. FamPra.ch 2012 S. 1091, Bemerkungen Ziff. 3.b.aa; Pfänder Baumann, in: DIKE-

Komm-ZPO, N 10 zu Art. 273 ZPO, OGer ZH LE140004 vom 4.3.2014, S. 9 E. III.2.1., offen gelassen in BGer Urteil 5A_870/2013 vom 28. Oktober 2014, E. 5 mit weiteren Hinweisen). Voraussetzung für deren Erlass ist das Glaubhaftmachen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, eine Gefährdung oder Verletzung dieses Anspruchs und das Bestehen einer zeitlichen Dringlichkeit. Indes kommt entgegen der Ansicht der Klägerin und der Vorinstanz (Urk. 12 S. 10, 2 S. 8) dem in Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO stipulierten Kriterium des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils im eherechtlichen Kontext eine nur geringe Bedeutung zu (vgl. bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren: Schwander, in: ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N 14 zu Art. 276 ZPO). Es genügt zu prüfen, ob das Anliegen der gesuchstellenden Partei berechtigt ist (vgl. FamPra.ch 2013, S. 214). Weiter ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten; die Massnahme soll nicht weiter gehen, als es zum Schutz des Anspruchs notwendig ist (Art. 261 Abs. 1 ZPO; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 261 N 17 ff.).

III.

A. Dauer der vorsorglichen Massnahmen

1. Der Beklagte beanstandet zunächst die Dauer der von der Vorinstanz getroffenen Anordnungen. Gemäss dem Wortlaut des angefochtenen Entscheides hätten sowohl die Zuweisung der Wohnung als auch die erlassenen Verbote auf unbestimmte Zeit Bestand, wenn beispielsweise die Klägerin das Eheschutzbegehren zurückziehen würde. Es sei daher eine Befristung der Anordnungen für die weitere Dauer des vorliegenden Eheschutzverfahrens resp. - bei der Zuweisung der Ferienwohnung - bis zum Bezug einer Mietwohnung vorzunehmen (Urk. 1 S. 4 f., 2).

2. Vorsorgliche Massnahmen regeln das in der Hauptsache umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens. Mit Rechtskraft des Entscheides in der Hauptsache fallen die Massnahmen von Gesetzes wegen dahin (Art. 268 Abs. 2 ZPO). Sofern im Ausnahmefall deren Weitergeltung über den Zeitpunkt der

Rechtskraft des Entscheids in der Hauptsache anzuordnen ist, hat darüber das Gericht in der Hauptsache (im Endentscheid) zu befinden (vgl. zum Ganzen Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 12 ff zu Art. 268 ZPO). Beim Wegfall der vorsorglichen Massnahmen handelt es sich um einen eigentlichen Automatismus, was folgerichtig ist, da der mit dem Entscheid in der Hauptsache zwangsläufig gewährte endgültige Rechtsschutz den einstweiligen, mit der vorsorglichen Massnahme verbundenen Rechtsschutz obsolet macht. Dies muss auch in Fällen Geltung haben, in denen das Verfahren durch Klageanerkennung, Vergleich oder Klagerückzug erledigt wird. Auch diese Entscheidsurrogate erwachsen in materielle Rechtskraft (Leumann Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 16 zu Art. 241 ZPO). Nähme die Klägerin somit, wie vom Beklagten angeführt (Urk. 1 S. 5), mittels Rückzug des Eheschutzbegehrens Abstand von ihren im Hauptverfahren gestellten Anträgen, erstreckte sich dies auch auf die vorsorglich für den Prozess beantragten (gleichlautenden) Massnahmen. Folglich würden mit Rechtskraft des Entscheids im durch Rückzug erledigten Hauptverfahren die Rechtsfolgen gemäss Art. 268 Abs. 2 ZPO eintreten, mithin die angeordneten Massnahmen dahinfallen. Nachdem diese somit von Gesetzes wegen und in jedem Fall längstens bis zur rechtskräftigen Erledigung des Hauptverfahrens andauern, besteht kein schutzwürdiges Interesse des Beklagten an deren explizit erwähnten Befristung im Dispositiv. Insofern ist der Beklagte somit durch die angefochtene Verfügung materiell nicht beschwert, weshalb auf die Berufung in diesem Umfang nicht einzutreten ist (Art. 59 Abs. 1 und 2 lit. a ZPO analog).

B. Glaubhaftmachung der Verletzung, Wiederholungsgefahr

1.1. Der Beklagte kritisiert unter diesem Titel, die Vorinstanz habe die klägerische Darstellung bezüglich der angeblich erlittenen häuslichen Gewalt zu Unrecht als glaubhaft erachtet. So habe sie auf Behauptungen der Klägerin abgestellt, welche sich nicht aus ihrer Eingabe vom 8. Mai 2014 (Urk. 4/20) ergeben würden und daher unbeachtlich seien.

1.2. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, gilt für die vorliegenden Anträge die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (Urk. 2 S. 3). Demnach hat das Ge-

richt den Sachverhalt zwar nicht von Amtes wegen zu erforschen, jedoch festzustellen. Diese Feststellung beinhaltet unter anderem die Sammlung des Prozessstoffes unter Anleitung des Gerichts. Zwar hat sich das Gericht bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhaltes wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten (Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 12, 14 zu Art. 272 ZPO). Dies gilt im Wesentlichen für die Einholung weiterer Behauptungen und Belege durch das Gericht im Rahmen von Substantiierungshinweisen. Behauptungen und Urkunden aber, welche von einer Partei im nämlichen Prozess bereits vorgebracht wurden, sind schon Prozessgegenstand. Dabei kann nicht entscheidend sein, ob diese Vorbringen in der Hauptsache oder im Massnahmeverfahren erfolgten, erscheint doch eine Beschränkung des zu würdigenden Sachverhalts auf die verschiedenen Verfahren im nämlichen Prozess systemwidrig und widerspräche dem Zweck des Untersuchungsgrundsatzes. Folglich stellte der Vorderrichter für die Prüfung der Massnahmebegehren zutreffend auch auf Vorbringen und Urkunden der Klägerin ab, welche in der Hauptsache in den Prozess eingeführt worden waren (Urk. 2 S. 5). Die Rüge des Beklagten, diese seien prozessual unbeachtlich, ist nicht stichhaltig.

2.1. Weiter führt der Beklagte aus, entgegen der Ansicht der Vorinstanz reiche für die Glaubhaftmachung von Tatsachen nicht aus, dass für deren Vorhandensein eine grössere Wahrscheinlichkeit spreche als für das Gegenteil. Vielmehr seien sie erst dann glaubhaft, wenn sie als überwiegend wahrscheinlich qualifiziert werden könnten (Urk. 1 S. 5).

2.2. Die Glaubhaftmachung schwebt zwischen Behauptung und Beweis. Der Richter ist gehalten, wenigstens summarisch zu prüfen, ob sich der vom Gesuchsteller geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und "Beweisen" (insbesondere den eingereichten Dokumenten) ergibt oder ob - anders ausgedrückt - für das Vorhandensein dieser Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht. Es reicht, wenn aufgrund objektiver Kriterien eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen bzw. den behaupteten Sachverhalt spricht (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenber-

ger, a.a.O., N 25 zu Art. 261 ZPO mit weiteren Hinweisen; BGE 138 III 232 E. 4.1.1.).

2.3. Die Vorinstanz kam zum Schluss, für die von der Klägerin behaupteten Tatsachen spreche aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine grössere Wahrscheinlichkeit, weshalb die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen glaubhaft gemacht worden seien (Urk. 2 S. 6, 3). Dies steht im Einklang mit der in der Lehre und Rechtsprechung vertretenen Auffassung zur Glaubhaftmachung eines Sachverhalts. Insofern wendete die Vorinstanz das Beweismass korrekt an, weshalb die entsprechenden Erwägungen nicht zu beanstanden sind.

3.1. Der Beklagte rügt ferner, die von der Vorinstanz angeführten objektiven Anhaltspunkte für die Begründung einer Gefährdung seien nicht glaubhaft gemacht worden. In den über 40 Ehejahren der Parteien sei es zu einzelnen, an einer Hand abzählbaren, tätlichen Auseinandersetzungen gekommen, als sich der Beklagte gegen tätliche Angriffe der jähzornig agierenden Klägerin zur Wehr gesetzt habe. Diese würden über 20 Jahre zurückliegen, als die Ehe durch die ausserhehliche Beziehung des Beklagten, aus welcher Tochter E._____ (geb. tt.mm.1993) hervorgegangen sei, stark belastet worden sei. Am 5. Dezember 2013 habe er sodann der Klägerin eine Ohrfeige gegeben, nachdem diese seine Tochter u.a. als "Mulattentussie" und deren Mutter als "Drecksneger" beschimpft habe (Urk. 1 S. 6). Sodann lasse der Polizeieinsatz die Behauptungen der Klägerin nicht glaubhaft erscheinen, da Unterlagen dazu fehlen würden und nach Einschätzung der Polizei kein Handlungsbedarf bestanden habe. Weiter sei der Klinikaufenthalt der Klägerin und ihr ernsthaftes psychisches Problem bezüglich der Glaubhaftigkeit ihrer massiven Anschuldigungen von häuslicher Gewalt eher als einschränkend zu werten (Urk. 1 S. 7). Schliesslich sei praktisch undenkbar, dass ein Ehegatte während vielen Jahren permanent Opfer massiver häuslicher Gewalt seitens des anderen Ehegatten sei und das Umfeld diesbezüglich völlig ahnungslos sei resp. dass die Klägerin nicht professionelle Stellen informiert habe (Urk. 1 S. 7 f.).

3.2. Zur Verletzung ihres materiellen Anspruchs auf Schutz der Persönlichkeit, mithin auf physische und psychische Integrität (Art. 28b ZGB), behauptet die

Klägerin, es sei während der Ehe immer wieder zu verbaler (Beschimpfungen/Demütigungen) und körperlicher Gewalt (Schlagen, Schupfen, Ohrfeigen etc.) von Seiten des Beklagten gekommen. Seit Sommer 2013 hätten die Spannungen zugenommen, weshalb sie mit der Opferberatung BIF Kontakt aufgenommen habe. Am 5. Dezember 2013 sei es erneut zu einem tätlichen Übergriff gekommen, worauf sich die Kommunikation der Parteien zusehends verschlechtert habe. Am 24. Dezember 2013 sei es eskaliert, weshalb sich die Klägerin zu ihrem Schutz in das Gästezimmer zurückgezogen habe, worauf ihr der Beklagte gedroht habe, die Türe einzutreten. Am 25. Dezember 2013 habe die Klägerin die eheliche Liegenschaft in Anwesenheit der Polizei verlassen (Urk. 4/16 S. 4, 12 S. 4 ff.).

3.3. Häufigkeit und Schwere der behaupteten physischen und verbalen Angriffe für die neuere Zeit sind umstritten. Der Beklagte anerkennt einzig, die Klägerin am 5. Dezember 2013 geohrfeigt zu haben, nachdem sie ihn provoziert habe (Urk. 1 S. 6). In den Akten finden sich keine Belege zu den konkreten Vorwürfen. Die nunmehr von der Klägerin mit einer Stellungnahme vor Vorinstanz eingereichten Bestätigungsschreiben Dritter, namentlich der Beratungsstelle BIF vom 24. Juni 2014 über einen Kontakt im Juni 2013 und Dezember 2013 (Urk. 14/1 S. 6/7, 13 f.), des Sohnes F. _____ über die Zeit des Zusammenlebens mit den Eltern (Urk. 14/1 S. 7), die Opferhilfemeldung der Kantonspolizei Zürich vom 25. Dezember 2013 sowie der Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 9. Januar 2014 (Urk. 14/1 S. 7) betreffen Vorfälle vor Einreichung des Massnahmebegehrens vom 8. Mai 2014 (Urk. 4/20), sind daher für das vorliegende Massnahmeverfahren verspätet und wurden denn auch im Berufungsverfahren nicht eingereicht (Urk. 14/1 S. 6 f.). Ebenfalls für das Massnahmeverfahren nicht zu berücksichtigen ist der Austrittsbericht der Privatklinik Hohenegg vom tt.mm.2014 (vgl. Beilagenverzeichnis zu Urk. 14/1 S. 40), welcher der Vorinstanz vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 27. Juni 2014 (Urk. 4/42) hätte eingereicht werden müssen. Dass dieser der Klägerin erst danach zugegangen sei, macht sie nicht geltend. Zu Recht weist der Beklagte sodann darauf hin, dass der von ihm anerkannte Polizeieinsatz im Dezember 2013 mangels weiterer Belege allein noch keine tätlichen Übergriffe seinerseits glaubhaft macht, zumal er behauptet, die Polizei sei grundlos gerufen worden (Urk. 4/34 S. 7). Anders verhält es sich mit den

beiden Arztzeugnissen der ... [Funktion] Dr. med. G._____, Privatklinik Hohenegg, vom tt.mm.2014 und tt.mm.2014. Beide Zeugnisse attestieren der Klägerin eine schwere depressive Episode bei längerdauernder familiärer Belastungssituation (seit Jahren massive psychische und physische Gewalt durch den Ehemann) (Urk. 4/25/1+2, 4/21/1). Im Zeugnis vom tt.mm.2014 wird überdies festgehalten, dass ein Kontaktverbot zum Ehemann aus medizinisch-therapeutischer Sicht zum Schutz vor Retraumatisierung und Destabilisierung dringend erforderlich sei (Urk. 4/25/2). Zwar ist dem Beklagten beizupflichten, dass sich Ärzte zunächst auf die Aussagen ihrer Patienten stützen, welche naturgemäss ihre subjektiven Empfindungen wiedergeben. Der Umstand aber, dass sich die Klägerin unbestrittenermassen vom tt.mm.2014 bis Ende mm.2014 in stationärer Behandlung in besagter Klinik aufhielt (Urk. 44/25/1+2, 4/20 S. 3, 4/34), spricht für die Fundiertheit der nämlichen Feststellungen, ermöglicht ein stationärer Aufenthalt doch eine viel eingehendere Betreuung des Patienten und eine damit einhergehende profunde Kenntnis dessen spezifischen Belastungssituation. Dass die Klägerin über einen Zeitraum von rund zwei Monaten zwischen Klinikeintritt und Zeugnisausstellung die behandelnde Psychiaterin über ihren Gesundheitszustand und dessen Ursache zu täuschen vermochte, ist wenig wahrscheinlich. Auch verfängt der Einwand des Beklagten nicht, die Schlussfolgerungen im Arztzeugnis seien aufgrund ihrer Formulierung offensichtlich von der Rechtsvertreterin vorgegeben worden (Urk. 1 S. 8). Vielmehr ist glaubhaft, dass das Eheschutzverfahren Gegenstand der Patientengespräche mit der Klägerin war, zumal es zu ihrer psychischen Belastung beigetragen haben dürfte. Der Einschätzung einer ausgebildeten Fachkraft stehen nun die vom Beklagten beigebrachten Schilderungen von Bekannten zur ehelichen Beziehung der Parteien gegenüber, welche keine Anzeichen einer Gefährdung der Klägerin wahrgenommen haben wollen (Urk. 4/35/1-4). Obwohl teils in nahem Kontakt zu den Parteien stehend - es handelt sich unter anderen um die Tochter des Beklagten (Urk. 4/35/1) sowie einen offenbar der Familie nahe stehenden Geschäftsfreund (Urk. 4/35/3) - erscheinen sie gegenüber der Fachmeinung der die Klägerin behandelnden Ärztin weniger aussagekräftig. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass - nicht medizinisch geschulte - Aussenstehende eine Paarbeziehung oftmals anders wahrnehmen als

das Paar selbst. Dies ist insbesondere bei psychisch, aber auch physisch ausgeübter Gewalt der Fall, zumal sich diese in den meisten Fällen unter Ausschluss von Dritten einzig unter den Beteiligten abspielt. Überdies erscheint nachvollziehbar, dass die Betroffenen die ihnen nahestehenden Personen aus Scham nicht ins Vertrauen ziehen (Urk. 12 S. 9), ein Phänomen, welches sich auch in der hohen Dunkelziffer bei häuslicher Gewalt widerspiegelt (vgl. "Häusliche Gewalt: Situation kantonaler Massnahmen aus rechtlicher Sicht", Bericht von Marianne Schwander, Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Fachstelle gegen Gewalt, S. 13 Ziff. 2.4.).

3.4. Insgesamt liegt demnach mit der nach zwei Monaten stationären Aufenthalts in der Privatklinik Hohenegg gestellten medizinischen Diagnose und deren Ursache ein objektives Kriterium vor, welches das Vorhandensein der behaupteten, zwischen den Parteien erfolgten, Auseinandersetzungen mit Gefährdung der Klägerin wahrscheinlich macht. Diesem Element ist gegenüber den vom Beklagten beigebrachten Wahrnehmungen Dritter aus genannten Gründen grösseres Gewicht beizumessen. Die erfolgte Verletzung des klägerischen Anspruchs auf physische und psychische Integrität wurde somit von ihr hinreichend glaubhaft gemacht.

4.1. Der Beklagte führt weiter an, neben der (bestrittenen) bisherigen Verletzung sei überdies eine künftige Gefährdung glaubhaft zu machen. Dies sei vorliegend nicht erfolgt, weshalb die Voraussetzungen zur Anordnung eines Kontakt-, Annäherungs- und Rayonverbots nicht gegeben seien (Urk. 1 S. 8). Das Schreiben des Beklagten vom 4. Mai 2014 (Urk. 4/21/9) stelle weder eine Gewaltausübung dar, noch enthalte es eine Drohung oder sei als Nachstellung zu qualifizieren. Dem Beklagten könne kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass er sich an die Klägerin gewandt habe. Die Parteien seien über 40 Jahre verheiratet und die Unterbindung des Kontakts sei für den Beklagten nicht nachvollziehbar, zumal die gegen ihn geäusserten Anschuldigungen offensichtlich haltlos seien. Die Parteien könnten es sich sodann finanziell nicht leisten, sämtliche Korrespondenz über Anwälte zu führen (Urk. 1 S. 9 f.). Das Arztzeugnis ziele denn auch nicht darauf

ab, eine solche Kommunikation, sondern lediglich persönliche Begegnungen zu vermeiden (Urk. 1 S. 10).

4.2. Für die Verletzung eines materiellen Anspruchs gestützt auf Art. 261 Abs. 1 ZPO hat im Gesuchszeitpunkt eine bestehende, andauernde Verletzung, eine erstmals drohende Verletzung oder eine geschehene Verletzung, deren Wiederholung droht, vorzuliegen (Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, N 14 zu Art. 261 ZPO). Entgegen der Ansicht der Klägerin reicht somit die Glaubhaftmachung einer erfolgten Persönlichkeitsverletzung allein nicht aus, um die Rechtsfolgen von Art. 28b ZGB auszulösen (Urk. 12 S. 9). Es ist daher das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr zu prüfen.

4.3. Wie bereits im angefochtenen Entscheid festgehalten, gelangte der Beklagte trotz Kenntnis des Arztzeugnisses vom tt.mm.2014 mit Schreiben vom 4. Mai 2014 wiederum an die Klägerin (Urk. 2 S. 8). Zwar trifft zu, dass dieses Schreiben keine direkte Drohung beinhaltet (Urk. 4/21/8). Die darin vorgebrachten Vorhaltungen und Vorwürfe sind jedoch vor dem Hintergrund, dass bei der Klägerin kurz zuvor eine schwere depressive Episode diagnostiziert wurde, durchaus geeignet, die Klägerin in ihrer psychischen Integrität zu gefährden, ist doch nachvollziehbar, dass sie diese im attestierten Zustand (noch) stärker belasten. Dem Beklagten, dem kurz vor Abfassen des Schreibens anlässlich der Hauptverhandlung vom 23. April 2014 Kenntnis vom Gesundheitszustand der Klägerin gegeben worden war (Prot. I S. 5), musste dies ohne Zweifel bewusst sein, zumal im fraglichen Zeugnis bei Kontakt ausdrücklich vor einer Retraumatisierung und Destabilisierung der Klägerin gewarnt wurde (Urk. 4/17/4). Dass dies nicht nur bei unmittelbaren Begegnungen, sondern auch bei schriftlich geäußerten Vorhaltungen der Fall sein kann, liegt auch ohne ausdrücklichen Hinweis im Arztzeugnis aufgrund der ärztlichen Diagnose auf der Hand. Wie die neuen Ausführungen des Beklagten in der Berufungsschrift zeigen, fehlt ihm jedoch diesbezüglich jegliches Unrechtsbewusstsein, macht er doch geltend, es sei ihm nicht vorzuwerfen, dass er nicht sämtliche Kommunikation mit der Klägerin unterlasse (Urk. 1 S. 9). Dieser Standpunkt lässt eine weitere Verletzung der psychischen und physischen Integrität der Klägerin befürchten, reicht doch bereits die Bestreitung der Wider-

rechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens für die Bejahung einer Wiederholungsgefahr aus (Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, N 16 zu Art. 261 ZPO).

4.4. Auch die Wiederholungsgefahr bezüglich der Verletzung des klägerischen Anspruchs auf physische und psychische Integrität wurde somit hinreichend glaubhaft gemacht.

C. Verhältnismässigkeit

1. Schliesslich führt der Beklagte ins Feld, die Vorinstanz habe sich bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahmen auf die Feststellung beschränkt, das angeordnete Kontakt- und Rayonverbot erscheine für den Beklagten zumutbar. Mit dem angeordneten Kontakt- und Rayonverbot gehe jedoch eine massive Stigmatisierung des Beklagten einher und er sei zwischenzeitlich gezwungen gewesen, dessen Bestand gegenüber Dritten offenzulegen. Es brauche wenig Phantasie sich vorzustellen, was für ein Bild sich eine Drittperson vom Beklagten und dessen Verhalten mache, wenn sie erfahre, dass er gerichtlich verfügt einen Mindestabstand gegenüber seiner Ehefrau einhalten müsse, mit welcher er über 40 Jahre verheiratet sei. Diesen Aspekt habe die Vorinstanz mit keinem Wort gewürdigt (Urk. 1 S. 11).

2. Eine Massnahme hat notwendig und angemessen zu sein. Unter den notwendigen ist die mildeste Massnahme zu wählen. Gemäss Praxis des Bundesgerichts ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, namentlich eine Betrachtung der Nachteile, welche sich bei Anordnung oder Nichtanordnung für die jeweils betroffene Partei ergeben (Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, N 28 zur Art. 261 ZPO mit Hinweisen auf die Bundesgerichtspraxis, namentlich auf BGE 131 III 473 E. 2.3.)

3.1. Aufgrund der glaubhaft gemachten Verletzung des klägerischen Anspruchs auf physische und psychische Integrität durch den Beklagten sowie der Wiederholungsgefahr derselben sind gestützt auf die ärztliche Empfehlung von Dr. med G._____, der ... [Funktion] Privatklinik Hohenegg vom tt.mm.2014 (Urk. 4/25/2), die angeordneten Verbote geeignet und notwendig, um die Klägerin

vor Retraumatisierung und Destabilisierung zu schützen. Dabei erscheint das angeordnete umfassende Kontaktverbot, mithin auch das Verbot zur Kontaktaufnahme auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg resp. durch Drittpersonen (Urk. 2 S. 9, Dispositivziffer 3), zum Schutz der Integrität der Klägerin notwendig, da eine Retraumatisierung auch durch indirekten Kontakt mit dem Beklagten glaubhaft ist. Dies gilt selbstredend für die physische Annäherung (Annäherungsverbot) sowie das Rayonverbot für die Liegenschaft im Tessin.

3.2. Dass es für den Beklagten schwierig sein dürfte, das gegen ihn angeordnete Rayon- und Kontaktverbot geheim zu halten, ist glaubhaft. Da ihm aufgrund des Rayonverbots eine Begehung der Liegenschaft in ... unmöglich ist, wird er sich insbesondere in seiner Funktion als Vorsitzender des Verwaltungsausschusses der Stockwerkeigentümer (Urk. 4/34 S. 9) erklären müssen. Auch nachvollziehbar ist, dass die weiteren Ausschussmitglieder daraus ihre Schlüsse ziehen. Sodann wird wohl die verbotene Annäherung an die Klägerin auf eine Distanz von 100 Metern sowie der unterbundene Kontakt zu ihr über kurz oder lang auch für Dritte augenfällig werden. Das Interesse der Klägerin an psychischer und physischer Integrität ist jedoch angesichts der glaubhaft gemachten Verletzungen derselben und der Wiederholungsgefahr höher zu gewichten, als das Vermeiden einer - wie der Beklagte es ausdrückt - massiven Stigmatisierung und gesellschaftlichen Ächtung seinerseits (Urk. 1 S. 11, 4/34 S. 9 f.). Eine mildere Form des Kontaktverbots, namentlich ein Zulassen von brieflichem Kontakt, erweist sich aus den dargelegten Gründen (Gefahr der Retraumatisierung) nicht sachgerecht. Insofern ist das Kontaktverbot im angeordneten Umfang angemessen. Das Rayonverbot wurde vom Vorderrichter mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip auf die Ferienwohnung bzw. die Liegenschaft in ... beschränkt (Urk. 2 S. 8). Somit geht die Rüge des Beklagten fehl, die Vorinstanz habe lediglich die Zumutbarkeit der Verbote festgestellt (Urk. 1 S. 11). Eine weitere Einschränkung, namentlich eine Beschränkung auf die Ferienwohnung, würde dem Beklagten zwar das Betreten der Liegenschaft und somit eine bessere Wahrnehmung seiner Aufgaben als Vorsitzender des Verwaltungsausschusses ermöglichen. Der Klägerin muss jedoch der Zugang zur Ferienwohnung über den Eingang zur Liegenschaft und das Treppenhaus ohne Gefahr eines Aufeinandertreffens möglich sein, was bei

einem Zutritt des Beklagten zum Gebäude nicht gewährleistet wäre. Das Rayonverbot ist daher im angeordneten Umfang angemessen. Ebenfalls verhältnismäßig ist vor diesem Hintergrund das Annäherungsverbot an die Klägerin, zu dessen konkreter Ausgestaltung (bis zu einer Distanz von 100 Metern) denn auch keine substantiierten Einwände vom Beklagten erhoben wurden (Urk. 1).

4. Dass die übrigen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen, namentlich das Bestehen einer zeitlichen Dringlichkeit sowie einer Berechtigung an der Geltendmachung der beantragten Massnahmen (vgl. vorstehend Ziff. II.2.) fehlen würden, wurde nicht gerügt (Urk. 1). Beide Voraussetzungen sind denn auch angesichts der aktenkundigen akuten gesundheitlichen Einschränkung der Klägerin und aufgrund der glaubhaft gemachten Verletzungen erfüllt.

D. Fazit

Die Verletzung des klägerischen Anspruchs auf physische und psychische Integrität im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes (Art. 28b ZGB) sowie eine zu befürchtende Wiederholung derselben wurde von der Klägerin glaubhaft dargelegt. Ihr Anspruch auf Erlass von Massnahmen im Sinne von Art. 28b Abs. 1 Ziff. 1-3 ZGB ist berechtigt und zeitlich dringlich. Die im angefochtenen Entscheid angeordneten Kontakt-, Rayon- und Annäherungsverbote erweisen sich als notwendig zum Schutz vor den glaubhaft gemachten Verletzungen und sind in ihrem Umfang angemessen. Sodann besteht kein schutzwürdiges Interesse des Beklagten auf Beschränkung dieser Massnahmen auf die Dauer des Eheschutzverfahrens, da diese von Gesetzes wegen gilt. Auf den entsprechenden Hauptantrag (Berufungsantrag Ziff. 1, Urk. 1 S. 2) und den Eventualantrag (Berufungseventualantrag Ziff. 2 Abs. 2, Urk. 1 S. 2) ist daher mangels Beschwer nicht einzutreten. Im übrigen Umfang ist die Berufung abzuweisen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 27. Juni 2014 zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV.

1. Die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung der Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Da der Beklagte mit seiner Berufung vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Überdies ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 Abs. 1 und 3 lit. b ZPO). Diese ist gestützt auf § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 3 und § 13 Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) auf Fr. 3'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, d.h. auf insgesamt Fr. 3'240.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 2, 6 und 8 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 27. Juni 2014 rechtskräftig sind.
2. Auf den Berufungsantrag Ziffer 1 (Befristung Zuweisung Ferienwohnung) und den Berufungseventualantrag Ziff. 2 Abs. 2 (Befristung Rayon-, Annäherungs- und Kontaktverbote) wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 27. Juni 2014 (EE140009) wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'240.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 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, 5. Januar 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
mc